

**แนวคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาต่องค์ประกอบภายนอกของ
ความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์
และแนวทางป้องกันการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์**

**4.1 แนวคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาต่องค์ประกอบภายนอกของ
ความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์**

การพิพากษาในความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในมิติระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงอันหนึ่ง ได้แก่ คดี Julius Streicher ภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก ที่มีต่อบทความต่อต้านชาวยิวอย่างรุนแรง ซึ่งเขาได้ตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์รายสัปดาห์ของเขาที่ชื่อว่า Der Stürmer ซึ่งศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กพบว่า “การยุยงของ Streicher ให้ฆ่าและทำลายล้าง ณ เวลาที่ชาวยิวในตะวันออกถูกฆ่าตาย ภายใต้สถานการณ์ที่เลวร้ายที่สุด เป็นการประหัตประหารตามความเชื่อทางลัทธิการเมืองและความเชื่อทางศาสนาที่ขัดแย้งอันเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับอาชญากรรมสงครามตามที่นิยามไว้ในกฎบัตรและเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย”

ณ เวลาที่มีการรับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 นั้น ผู้แทนประเทศต่างๆ ตกลงร่วมกันที่จะแสดงโดยชัดแจ้งว่า การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยบทบาทจำเป็นในการวางแผนทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ผู้แทนจากสหภาพโซเวียตได้กล่าวถึงเรื่องนี้ว่า “มันเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ที่คนหลายแสนคนจะกระทำอาชญากรรมมากมาย เว้นแต่พวกเขาจะ ‘ได้ถูกยุยงให้กระทำ และเว้นแต่อาชญากรรมเหล่านั้นได้รับการไตร่ตรองไว้ล่วงหน้าและจัดระบบอย่างรอบคอบแล้ว เขาจึงขอลถามว่าในสถานการณ์เช่นนั้น ผู้ยุยงและผู้ก่ออาชญากรรมควรจะได้รับอนุญาตให้เล็ดรอดจากการลงโทษหรือ ในเมื่อพวกเขาเป็นผู้นำซึ่งต้องรับผิดชอบอย่างแท้จริงต่ออาชญากรรมที่กระทำลง”

ภายใต้ระบบคอมมอนลอว์ การยุยงมีแนวโน้มที่จะได้รับการพิจารณาให้เป็นรูปแบบการเข้าร่วมทางอาญาที่ลงโทษได้เป็นการเฉพาะ ในทำนองเดียวกัน ภายใต้การบัญญัติกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งรวมถึงอาร์เจนตินา โบลิเวีย ชิลี เปรู สเปน

อุรุกวัย และเวเนซุเอลา การก่อให้เกิดความผิด (provocation) เหมือนกับการยุยง (incitement) เพราะเป็นรูปแบบเฉพาะของการเข้าร่วมกระทำความผิด โดยประมวลกฎหมายวันดาเป็นหนึ่งในบทบัญญัติกฎหมาย ที่มีการถกเถียงกันเรื่องของการมีส่วนร่วมในการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ที่กำหนดว่าการยุยงหรือการปลุกปั่นโดยตรงและโดยสาธารณะ เป็นรูปแบบหนึ่งของการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยประมวลกฎหมายวันดา มาตรา 91 วรรค 4 กำหนดว่า การสมรู้ร่วมคิดจะหมายถึง "บุคคลหนึ่ง หรือหลายคนที่ยุยงผู้กระทำความผิดคนเดียวหรือหลายคน โดยตรงให้เกิดความผิดเช่นนั้น ไม่ว่าจะผ่านการปราศรัย การพูดด้วยเสียงอันดังหรือด้วยการขู่เข็ญในที่สาธารณะหรือที่การชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านทางเจ้าหน้าที่หรือเผยแพร่ เสนอเพื่อจำหน่ายหรือเปิดเผยเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยการพิมพ์ ในที่สาธารณะหรือที่การชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านทาง การเปิดเผยสาธารณะด้วยป้ายประกาศหรือป้ายโฆษณา ให้ใช้บังคับโทษต่อบรรดาผู้ซึ่งยุยงผู้อื่นให้เกิดความผิด แม้ว่าการยุยงเช่นนั้นจะไม่บรรลุผลก็ตาม"¹

การดำเนินคดีเพื่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้ยืนยันในคดี AKAYESU ถึงองค์ประกอบภายนอกของการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า ความผิดนี้มีองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (incitement to commit genocide) โดยตรง (direct) และโดยสาธารณะ (public)² ดังนั้น ในบทนี้จึงจะกล่าวถึงแนวทางของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาต่อองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนี้

4.1.1 การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้วางหลักไว้ในคดี NAHIMANA et al. ว่า บุคคลอาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 2(3)(ซี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา เมื่อเขาหรือเธอได้ยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันเป็นองค์ประกอบภายนอกหรือ actus reus และมีเจตนาโดยตรงและโดยสาธารณะที่จะยุยงผู้อื่นให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันเป็นองค์ประกอบภายในหรือ mens rea ซึ่งเจตนาเช่นนั้น

¹ AKAYESU Judgment, para. 550-553.

² Ibid., para 554.

พิจารณาได้จากเจตนาทำลายล้างเผ่าพันธุ์³ ดังนั้น การยุยงจึงเป็นองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิดอันดับแรกที่ต้องพิจารณาเพื่อความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น การยุยงประกอบด้วย “การสนับสนุนส่งเสริม (encouraging) หรือการกดดัน (pressuring) ผู้อื่นให้กระทำความผิด”⁴ ในขณะที่ในกฎหมายระหว่างประเทศ การยุยงยังไม่ใช่ที่รู้จักและยังไม่ได้รับการบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญา ภายใต้การพิจารณาของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก ถึงแม้ว่า Julius Streicher จะถูกตัดสินว่ามีความผิดเนื่องจากการเผยแพร่บทความทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเขาในหนังสือพิมพ์ Der Stürmer อย่างไรก็ตาม เขาไม่ได้ถูกดำเนินคดีอย่างเป็นทางการในข้อหายุยง* และที่ผ่านมา เพิ่งได้มีการพิจารณาความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา

ภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ปราบปรามการเริ่มต้นแห่งการพิจารณาคดีในความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี AKAYESU”) ซึ่งเป็นคดีแรกและเป็นต้นแบบการวินิจฉัยความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สืบเนื่องจากการปราศรัยของ

³ AKAYESU Judgment, para. 560 and the NAHIMANA et al. Judgment, para. 1012.

⁴ Geary, R., Essential Criminal Law (2nd edn.) (London: Cavendish Publishing Ltd., 1998), p. 36.

* Streicher ถูกตัดสินว่าผิดในข้อหาประหารชีวิตในอาชญากรรมต่อมนุษยชาติภายใต้ข้อหาที่ 4 แต่ถูกตัดสินให้พ้นผิดในข้อหาวางแผนร่วมหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด (participation in the common plan or conspiracy) ภายใต้ข้อหาที่ 1 แต่ไม่เป็นที่ชัดเจนจากคำพิพากษาว่าการยุยงเป็นธรรมชาติของการประหารชีวิต. See Judgment, Streicher, International Military Tribunal at Nuremberg. ในขณะที่ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กตัดสินให้ Hans Fritzsche แห่งกระทรวงโฆษณาชวนเชื่อนาซีพ้นผิด ถึงแม้ว่าเขาจะแสดงออกถึงความผิดต่อด้านชาวยิวอย่างชัดเจน แต่เนื่องจากการออกอากาศของเขา “ไม่เป็นการกระตุ้นให้ประหารชีวิตหรือทำลายล้างชาวยิว” อีกทั้งยังไม่เป็นการยุยงชาวเยอรมันให้ “กระทำความผิดต่อประชาชนผู้ถูกยึดครอง”. See Judgment, Fritzsche, International Military Tribunal at Nuremberg.

Jean-Paul AKAYESU ในสภาพแวดล้อมที่แปรปรวนด้วยการเรียกให้ผู้ฟังของเขาร่วมมือในการฆ่าปัจเจกชนชาวตุตซีซึ่งเขากล่าวว่าเป็น “ศัตรูที่แท้จริงและหนึ่งเดียวของชาวฮูตู”⁵

ก่อนที่จะศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจะได้วินิจฉัยความผิดของ Jean-Paul AKAYESU ต่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้วางหลักกฎหมายก่อน โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเห็นว่า จำเป็นที่จะต้องนิยามคำว่า “การยุยง” โดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดากล่าวว่า

“การยุยง” โดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การก่อโดยตรงให้ผู้กระทำความผิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะผ่านทางการปราศรัย การพูดเสียงดังหรือการพูดคุยกคามในที่สาธารณะ หรือที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านการจำหน่าย หรือเผยแพร่ เสนอเพื่อจำหน่ายหรือปิดวัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือวัตถุสิ่งพิมพ์ในที่สาธารณะ หรือที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านทางการปิดประกาศหรือโปสเตอร์โฆษณาสาธารณะ หรือผ่านทางวิธีการสื่อสารด้วยภาพและเสียงอื่นใด*

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดายังได้กล่าวถึงนิยามของยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยอ้างอิงตามระบบกฎหมายภายในทั้งนิยามตามกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมาย รวมถึงกฎหมายรวันดาที่เกี่ยวข้องว่า

การยุยงในระบบคอมมอนลอว์เป็นการสนับสนุนส่งเสริม (encouraging) หรือการชักนำ (persuading) บุคคลอีกคนหนึ่งให้กระทำความผิด นอกจากนั้น ตามระบบคอมมอนลอว์ สายการบังคับบัญชาหนึ่งสายก็อาจแสดงให้เห็นถึงการคุกคามหรือรูปแบบการกดดันอื่นๆ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของการยุยง

⁵ AKAYESU Judgment, para. 334.

* ICTR defined “incitement” as “as directly provoking the perpetrator(s) to commit genocide, whether through speeches, shouting or threats uttered in public places or at public gatherings, or through the sale or dissemination, offer for sale or display of written material or printed matter in public places or at public gatherings, or through the public display of placards or posters, or through any other means of audiovisual communication”. See AKAYESU Judgment, para. 559.

ส่วนในระบบประมวลกฎหมายจะลงโทษการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะโดยถือว่าเป็นรูปแบบของการก่อให้เกิดความผิด (*provocation*) อันนิยามว่า หมายถึง การกระทำโดยเจตนาที่จะก่อให้เกิดความผิดหรือการประทุพติมิชอบผ่านทางการปราศรัย การพูดเสียงดังหรือการคุกคาม หรือวิธีการสื่อสารด้วยภาพและเสียงอื่นใด ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ภายใต้ระบบประมวลกฎหมาย การก่อให้เกิดความผิดจะต้องมีองค์ประกอบ “โดยตรง (*direct*)” และ “โดยสาธารณะ (*public*)” ด้วย เช่นเดียวกับการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา⁶

เมื่อคดี AKAYESU เป็นการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ต่อ Jean-Paul AKAYESU ซึ่งเป็นนายกเทศมนตรีของชุมชน Taba โดยเมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1994 Jean-Paul AKAYESU ได้กล่าวปราศรัยต่อประชาชนกลุ่มหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกของทหารพลเรือน Interahamwe* และในการปราศรัยนี้ Jean-Paul AKAYESU ได้ชักชวนฝูงชนให้เป็นหนึ่งเดียวกันเพื่อกำจัดศัตรูร่วมกัน ซึ่ง Jean-Paul AKAYESU ได้อ้างถึงผู้สมรู้ร่วมคิดของ Inkotanyi** นอกจากนั้น Jean-Paul AKAYESU ยังได้อ่านรายชื่อของประชาชนที่เชื่อว่าเป็นผู้สนับสนุนกลุ่ม RPF⁷ และภายในช่วงเวลานั้น การสังหารชาวตุตซีในชุมชน Taba จึงเกิดขึ้น⁸

Jean-Paul AKAYESU จึงต้องรับผิดทางอาญาต่อการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตามมาตรา 2(3)(ซี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา

ต่อมาในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-99-52-T ระหว่าง Prosecutor v. Ferdinand NAHIMANA, Jean-Bosco

⁶ Ibid., para. 555.

* ฝูงชนก่อตัวรอบศพของสมาชิกทหารพลเรือน Interahamwe. See AKAYESU Judgment, para. 673.

** คำว่า Inkotanyi มีความหมายตามตัวอักษรว่า นักสู้ต่อต้าน และเช่นเดียวกับ Inyenzi ซึ่งเป็นคำลบลู่ผู้สนับสนุนกลุ่ม RPF และชาวตุตซีอย่างเป็นการทั่วไป. See AKAYESU Judgment, para. 147-149.

⁷ AKAYESU Judgment, para. 673.

⁸ Ibid., para. 675.

BARAYAGWIZA & Hassen NGEZE (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี NAHIMANA et al.”) ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กล่าวอย่างตรงไปตรงมาถึงบทบาทของสื่อในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในรวันดาเมื่อปี ค.ศ. 1994 และปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาส่วนบุคคลเพื่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากการใช้สื่อ

เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดี NAHIMANA et al. แตกต่างจากข้อเท็จจริงในคดี AKAYESU และคดีอื่นๆ เนื่องจากในคดี AKAYESU และคดีอื่นๆ ของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเป็นการวินิจฉัยเพื่อการยุยงผ่านทาง การปราศรัยของตัวจำเลยเอง ในขณะที่จำเลยทั้งสาม อันได้แก่ Ferdinand NAHIMANA, Jean-Bosco BARAYAGWIZA และ Hassen NGEZE ในคดี NAHIMANA et al. นี้ ได้ใช้สื่อสิ่งพิมพ์และวิทยุอย่างเป็นระบบเพื่อรวบรวมการสื่อสารทางความคิดและเพื่อการเคลื่อนไหวประชากรในวงกว้างเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ในการวินิจฉัยบทบาทของสื่อ นั้น นอกจากศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของ การออกอากาศและบทความเป็นการเฉพาะแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ยังต้องวินิจฉัยถึงกระบวนการวางแผนรายการที่นำไปสู่การนำสื่อไปใช้อย่างกว้างขวาง รวมถึงความเป็นเจ้าของและองค์กรที่ควบคุมเนื้อหาเหล่านั้นด้วย⁹

ในส่วนขององค์ประกอบ “ยุยง” นั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี NAHIMANA et al. ได้ตีความองค์ประกอบนี้ตามแนวทางของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี AKAYESU โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้พิจารณาถึงกฎหมายทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมายแล้วจึงวินิจฉัยว่า

“การยุยง (*incitement*)” หรือ “การก่อ (*provocation*)” ตามที่เรียกกันในกฎหมายระบบประมวลกฎหมายนั้น ได้รับการนิยามว่าเป็นการส่งเสริม (*encouraging*) หรือการก่อ (*provocation*) ให้กระทำความผิด¹⁰

การวางแผนเช่นนี้ย่อมเป็นการยั่วยุการใช้และตีความกฎหมายตามระบบประมวลกฎหมาย และแม้ว่าข้อเท็จจริงในคดี NAHIMANA et al. นี้แตกต่างจากข้อเท็จจริงในคดี

⁹ NAHIMANA et al. Judgment, para. 979.

¹⁰ Ibid., para. 1011.

AKAYESU เนื่องจากคดี NAHIMANA et al. เป็นการยุยงบนฐานของสื่อที่แตกต่างกัน ได้แก่ วิทยุ (สถานีวิทยุ RTLM) และสิ่งพิมพ์ (หนังสือพิมพ์ Kangura)¹¹ อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาก็ได้นำหลักการใช้และการตีความของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี AKAYESU มาใช้ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดี NAHIMANA et al. ด้วย

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาวินิจฉัยว่า การออกอากาศของสถานีวิทยุ RTLM เป็นเสมือนการชักจูงที่เรียกร้องให้ผู้ฟังกระทำการต่อต้านศัตรูและผู้สมรู้ร่วมคิดกับศัตรู โดยเปรียบเทียบกับประชากรชาวตุตซีและวลีที่ว่า "heating up head" ก็แสดงให้เห็นถึงกระบวนการของการยุยงอย่างเป็นระบบที่สถานีวิทยุ RTLM ได้เข้าร่วม ซึ่งภายหลังในวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1994 สถานีวิทยุ RTLM ก็เป็นที่รู้จักในชื่อ "วิทยุมืด (Radio Machete)" และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กล่าวอีกว่า ธรรมชาติของการกระจายเสียงทางวิทยุของสถานีวิทยุ RTLM มีความอันตรายและเป็นภัยคุกคามเพราะสามารถรับรู้ได้เมื่อฟัง ซึ่งต่างจากสิ่งพิมพ์ เนื่องจากวิทยุสามารถรับรู้ได้ปัจจุบันทันทีและคล่องตัว ยกตัวอย่างเช่น การออกอากาศเมื่อวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1994 โดย Kantano Habimana ที่แสดงให้เห็นถึงการยุยงที่สถานีวิทยุ RTLM ได้เข้าร่วม จากการเรียกร้องให้ผู้ฟังกำจัด Inkotanyi อันรู้ได้จากความสูงและลักษณะทางกายภาพ โดย Kantano Habimana กล่าวแก่ผู้ฟังว่า "จงดูที่ความสูงของบุคคลและลักษณะทางกายภาพของเขา เพื่อดูที่จมูกเล็กๆ นั้นและหักมันซะ" การบ่งชี้ศัตรูโดยลักษณะของจมูกและความสูงเพื่อการทำลาย เป็นการแสดงอย่างแจ่มแจ้งถึงเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ตุตซี¹²

ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่า Ferdinand NAHIMANA ต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินรายการของสถานีวิทยุ RTLM และพบว่าเขามีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบมาตรา 6(1) และ 6(3) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา¹³

¹¹ Travaux préparatoires of the Genocide Convention, UN ORGA, 6th Committee, 3rd Session, 86th meeting, UN Doc. A/C.6/3/CR. 86, 28 October 1948, para. 244-248, and UN ORGA, 6th Committee, 3rd Session, 87th meeting, UN Doc. A/C.6/3/CR. 87, 29 October 1948, para. 248-254.

¹² Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement.

¹³ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1031-1034.

นอกจากสถานีวิทยุ RTLM แล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศยังพบการฆ่าประชากรชาวตุตซีที่ได้รับการส่งเสริมโดยพรรค CDR ซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่ตั้งตัวเป็นศัตรูกับชาวตุตซี ซึ่งปรากฏพยานหลักฐานจากการร้องเพลง “tubatsembatsembe” หรือ “ทำลายพวกมันกันเถิด (let's exterminate them)” ที่ร้องโดย Jean-Bosco BARAYAGWIZA และโดยสมาชิกของพรรค CDR รวมถึงยุวชนทหาร Impuzamugambi ในการปรากฏตัวของ Jean-Bosco BARAYAGWIZA ที่การชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน ซึ่งมีการอ้างอิงคำว่า “พวกมัน (them)” ให้เป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงประชากรชาวตุตซี¹⁴ นอกจากนั้น การฆ่าพลเรือนชาวตุตซียังได้รับการส่งเสริมโดยพรรค CDR ผ่านทางการประกาศแถลงการณ์และงานเขียนอื่นๆ ที่เรียกร้องให้กำจัดศัตรูและจำกัดความคำว่าศัตรูกับประชากรชาวตุตซี

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจึงเห็นว่าความเกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงของ Jean-Bosco BARAYAGWIZA ในการเรียกร้องให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ด้วยการควบคุมบังคับทางองค์กรของ Jean-Bosco BARAYAGWIZA ในตำแหน่งผู้นำของพรรค CDR อีกทั้งการเข้าร่วมในการชุมนุม การเดินขบวน และการปิดถนนที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้น กิจกรรมเหล่านี้เป็นโครงสร้างพื้นฐานเพื่อการฆ่าพลเรือนชาวตุตซีของ Jean-Bosco BARAYAGWIZA ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาเชื่อว่า Jean-Bosco BARAYAGWIZA มีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบมาตรา 6(1) และมาตรา 6(3) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา¹⁵

ในส่วนของหนังสือพิมพ์ Kangura นั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดากล่าวว่า งานเขียนมากมายที่ตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ Kangura ที่มีทั้งความเกลียดชังทางชาติพันธุ์และการเผยแพร่ความหวาดกลัวด้วยการเรียกหาความรุนแรงที่มุ่งต่อต้านประชากรชาวตุตซี ซึ่งได้รับการพรรณนาคุณลักษณะว่าเป็นศัตรูและผู้สมรู้ร่วมคิดกับศัตรู หัวข้อของบทความที่ชื่อว่า “เรียกร้องสำนึกของชาวฮูตู (Appeal to the Conscience of the Hutu)” และปกของหนังสือพิมพ์ Kangura เล่มที่ 26 ก็เป็นตัวอย่งที่ชัดเจนของข้อความที่ถ่ายทอดสู่ผู้อ่านของหนังสือพิมพ์ Kangura อย่างชัดเจนว่า ชาวฮูตูต้อง “ตื่นขึ้น (Wake up)” และใช้ทุกมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันศัตรูจากการสังหารหมู่ชาวฮูตู ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาก็เห็นว่าชื่อของหนังสือพิมพ์ Kangura เองก็มีความหมายว่า “ปลุกให้ตื่น (Wake others up)” ดังนั้น อะไรคือ

¹⁴ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement.

¹⁵ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1035.

เจตนาในการปลุกให้ชาวฮูตูตื่นขึ้นก็ปรากฏพยานหลักฐานจากเนื้อหา การเล่าเรื่องราวแห่งการเหยียดหยามชาติพันธุ์ด้วยการนำเสนอว่าประชากรชาวฮูตูที่ชั่วร้ายโดยกำเนิดและเรียกร้องให้กำจัดชาวฮูตูอย่างเป็นมาตรการป้องกัน นอกจากนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดายังพบอีกว่า การเพิ่มชิ้นการอ่านสิ่งพิมพ์ของหนังสือพิมพ์ Kangura ในปี ค.ศ. 1994 เป็นสืบเนื่องจากความหวาดกลัวต่อการโจมตีและภัยคุกคามของกลุ่ม RPF และเกิดผลลัพธ์ตามมาเป็นการฆ่าพลเรือนชาวฮูตูที่ผู้บริสุทธิ์

ดังนั้น Hassen NGEZE ในฐานะผู้ก่อตั้ง เจ้าของ และบรรณาธิการของหนังสือพิมพ์ Kangura เขาจึงควบคุมโดยตรงต่อการตีพิมพ์และเนื้อหาทั้งหมดของหนังสือพิมพ์ Hassen NGEZE จึงใช้หนังสือพิมพ์ในการสอดแทรกความเกลียดชัง ส่งเสริมความหวาดกลัว และยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จนทำให้หนังสือพิมพ์ Kangura มีบทบาทสำคัญในการสร้างเงื่อนไขที่นำไปสู่การกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในที่สุด ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงเชื่อว่า ด้วยบทบาทของ Hassen NGEZE ในฐานะผู้ก่อตั้ง เจ้าของ และบรรณาธิการของหนังสือพิมพ์ Kangura เขาจึงมีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบมาตรา 6(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา¹⁶

นอกจากบทบาทของ Hassen NGEZE ในฐานะผู้ก่อตั้ง เจ้าของและบรรณาธิการของหนังสือพิมพ์ Kangura แล้ว Hassen NGEZE ยังต้องรับผิดชอบจากการกระทำของเขาที่เขาขับรถพร้อมด้วยเครื่องขยายเสียงไปรอบๆ เพื่อเคลื่อนไหวประชากรชาวฮูตูให้เข้าร่วมในการชุมนุมของพรรค CDR และกระจายข้อความว่า Inyenzi จะต้องถูกกำจัด ซึ่ง Inyenzi หมายถึงและเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงชนกลุ่มน้อยชาวฮูตู ดังนั้น การกระทำนี้จึงเป็นการเรียกร้องให้กำจัดประชากรชาวฮูตู และจากการกระทำนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงเชื่อว่า Hassen NGEZE มีความผิดฐานยุยงโดยตรงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบมาตรา 6(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา¹⁷

ต่อมาในการพิจารณาคดีหมายเลข ICTR-98-44-T ระหว่าง Prosecutor v. Juvénal KAJELIJELI¹⁸ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี KAJELIJELI”) ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่ง

¹⁶ Ibid., para. 1036-1038.

¹⁷ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement.

¹⁸ KAJELIJELI Judgment.

วันดา ก็ยังคงยึดถือแนวทางการใช้และตีความตามแนวทางการใช้และตีความ การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในคดี AKAYESU ที่พิจารณาตามระบบกฎหมายภายในว่า

ในเขตอำนาจของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั้น การยุยงให้กระทำความผิดถูกนิยามไว้ว่าเป็นการสนับสนุนส่งเสริม (*encouraging*) หรือการชักนำ (*persuading*) ผู้อื่นให้กระทำความผิด รวมถึงโดยการใช้การคุกคามหรือรูปแบบของการกดดันอื่น ไม่ว่าอาชญากรรมจะได้รับการกระทำลงจริงหรือไม่

ส่วนระบบประมวลกฎหมายนั้น จะลงโทษการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะที่ยอมรับกันว่าเป็นรูปแบบของการก่อให้เกิดกระทำความผิด (*provocation*) ที่ได้รับการนิยามว่า เป็นการกระทำด้วยเจตนาโดยตรงที่จะก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดหรือการประพฤตินิยมชอบผ่านทางการปราศรัย การพูดเสียงดังหรือขู่เข็ญ หรือวิธีการสื่อสารด้วยการมองเห็นและการได้ยินอื่นใด¹⁹

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้นำนิยามดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี KAJELIJELI ว่าการที่ Juvénal KAJELIJELI ได้สั่งทหารพลเรือน Interahamwe ที่ตลาด Byangabo และยุยงให้ฝูงชนที่เข้าร่วมชุมนุม ณ ที่นั้น ให้ “ฆ่าและกำจัดประชาชนเหล่านั้นทั้งหมดใน Rwankeri” และให้ “กำจัดชาวตุตซี” และการที่ Juvénal KAJELIJELI ได้สั่งทหารพลเรือน Interahamwe ให้แต่งตัวและ “เริ่มทำงาน” เมื่อเช้าของวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1994 เป็นการที่ Juvénal KAJELIJELI กระทำลงด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ตุตซีทั้งหมดหรือบางส่วน ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจึงพบว่า เมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1994 ที่ตลาด Byangabo ชุมชน Mukingo จำเลยคือ Juvénal KAJELIJELI ได้ยุยงทหารพลเรือน Interahamwe และฝูงชนโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อประชากรชาวตุตซี

เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาไม่พบว่าบุคคลผู้ที่อาจมีฐานะเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของ Juvénal KAJELIJELI ได้เข้าร่วมในการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อประชากรชาวตุตซี ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 6(3) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ก็พบว่า Juvénal KAJELIJELI มีความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 6(1) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง

¹⁹ Ibid., para. 850.

ประเทศแห่งวันดานี้ ในการยุยงทหารพลเรือน Interahamwe และฝูงชน โดยตรงและในที่สาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยการฆ่าหรือการทำร้ายทางร่างกายหรือทางจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของประชากรชาวตุตซีใน Rwankeri ชุมชน Mukingo ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจึงตัดสินให้ Juvénal KAJELIJELI มีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามฟ้องโจทก์²⁰

เมื่อสื่อมีบทบาทเพิ่มมากขึ้นในการกระจายอารมณ์ความรู้สึกในเวลาที่น่าไปสู่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในปี ค.ศ. 1994 โดยในปี ค.ศ. 1990 หนังสือพิมพ์ Kangura ที่ก่อตั้งโดย Hassen NGEZE ได้ตีพิมพ์ชุดบทความที่เรียกร้องให้ทำลายประชาชนชาวตุตซีในวันดา และในปี ค.ศ. 1993 สถานีวิทยุ RTLM ที่ก่อตั้งโดยพรรคการเมืองของประธานาธิบดี Habyarimana ก็เริ่มกระจายเสียงภัยคุกคามต่อชาวตุตซี ตลอดเวลา 100 วัน ที่สถานีวิทยุ RTLM กระจายเสียงโจมตีชาวตุตซี ซึ่งรวมถึงการเรียกชื่อชาวตุตซีและฝ่ายการเมืองตรงข้ามชาวฮูตูทำให้มีการตายเกิดขึ้นในเวลาต่อมานั้น สถานีวิทยุ RTLM เป็นผู้สนับสนุนหลักในการกระจายเสียงเพลงของ Simon BIKINDI และมีการเชิญ Simon BIKINDI มาเป็นแขกในรายการของสถานีหลายครั้งหลายครา²¹

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจึงมีการดำเนินคดีต่อ Simon BIKINDI ในคดีหมายเลข ICTR-01-72-T ระหว่าง Prosecutor v. Simon BIKINDI (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี BIKINDI”) ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้ตีความคำว่า “ยุยง” ให้รวมถึงการใช้เพลงเพื่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย โดยกล่าวว่า

ภาษาที่ใช้ในแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาเกี่ยวกับการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะอ้างถึง “การเรียกโดยตรง (direct appeal)” และ “ข้อความ (message)” ซึ่งกว้างพอที่จะรวมเพลงเข้ากับการยุยงได้

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจำกัดความการแสดงออกและการปราศรัยในทางระหว่างประเทศให้กว้างขวางเพียงพอที่จะรวมถึงการแสดงออกทางศิลปะด้วยว่า

²⁰ Ibid., para 856-860.

²¹ BIKINDI Judgment, para. 40.

การแสดงออกได้รับการนิยามว่าเป็น เสรีภาพในการ “ถ่ายทอดข้อมูลและความคิด (import information and ideas)” “ไม่ว่าจะโดยทางวาจา โดยการเขียนหรือพิมพ์ ในรูปแบบของศิลปะ หรือผ่านทางสื่ออื่น” และ “แสดงออกหรือเผยแพร่ความเห็น” การพูดที่ถูกห้ามได้รับการนิยามโดยรวมๆ ว่าเป็น “การโฆษณาชวนเชื่อ (propaganda)” “การพูดสนับสนุนความเกลียดชัง (advocacy of [...] hatred)” และ “การแพร่กระจายความคิด (dissemination of ideas)” ดังนั้น ถ้อยคำที่มาจากคนตรีหรืองานศิลปะก็อาจเปรียบในทางกฎหมายได้กับถ้อยคำที่ใช้ในการปราศรัยด้วย²² และด้วยรูปแบบการแสดงออกต้องห้ามที่แตกต่างกัน ซึ่งรวมถึงการยุยงให้เกลียดชัง ให้เลือกปฏิบัติ หรือให้เกิดความรุนแรงอย่างใดอย่างหนึ่ง ด้วยวิธีการที่หลากหลายข้างต้น ในกรณีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจึงใช้คำว่า “การพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง (hate speech)” เพื่อเป็นคำครอบคลุมบรรดารูปแบบของการแสดงออกเหล่านี้ทั้งหมด

จะเห็นได้ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิของเสรีภาพในการแสดงออก การคุ้มครองการแสดงออกอย่างเสรีจึงได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางเพื่อเปิดกว้างต่อการอภิปรายที่สร้างมูลค่าทางสังคม ส่งเสริมการแสวงหาความรู้ทางศิลปะและวิชาการ และนำสู่เสรีภาพแห่งมโนธรรมและการบรรลุโดยตนเอง และด้วยประโยชน์ต่างๆ เช่นว่านี้ เสรีภาพในการแสดงออกจึงได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นพื้นฐานที่แท้จริงของประชาธิปไตยที่ประสบความสำเร็จ ซึ่งการไม่ปกป้องการแสดงออกอาจนำไปสู่ความรุ่งเรืองของระบอบการปกครองที่กดขี่ประชาชนได้

อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดามีความเห็นว่าการแสดงออกมีหลายระดับ ซึ่งการแสดงออกอันหนึ่ง ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาอาจปฏิบัติแตกต่างออกไปจากรูปแบบการแสดงออกอีกรูปแบบหนึ่งที่แตกต่างกันได้ โดยรูปแบบของการแสดงออกส่วนใหญ่อาจอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายอย่างชัดเจน ในขณะที่รูปแบบอื่นอาจมีลักษณะทางอาญาอย่างชัดเจนและควรได้รับการลงโทษ

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจึงวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดี BIKINDI นี้ว่า การที่ในช่วงปลายเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1994 ในเขตการปกครอง Gisenyi ที่ Simon BIKINDI ได้เดินทางบนถนนสายหลักระหว่างเมือง Kivumu และ Kayove อันเป็นส่วนหนึ่งของขบวนคุ้มกันการเดินของทหารกองหนุน Interahamwe ด้วยยานพาหนะพร้อมกับระบบการปราศรัยสาธารณะ

²² BIKINDI Judgment, para. 379-384.

ที่กระจายเสียงเพลง ซึ่งรวมถึงเพลงของ Simon BIKINDI เองด้วย และเมื่อมุ่งหน้าไปที่เมือง Kayove จำเลยคือ Simon BIKINDI ได้ใช้ระบบปราศรัยสาธารณะในการกล่าวว่า คนส่วนใหญ่ชาวฮูตู ควรลุกขึ้นทำลายชนกลุ่มน้อยชาวตุตซีให้สิ้น และในระหว่างทางกลับ Simon BIKINDI ก็ได้ใช้ระบบเดียวกันในการถามประชาชนว่าได้ฆ่าชาวตุตซีหรือยัง ซึ่ง Simon BIKINDI ได้เปรียบชาวตุตซีกับงู ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงวินิจฉัยว่า คำกล่าวของ Simon BIKINDI ผ่านทางเครื่องกระจายเสียงบนถนนสายหลักระหว่างเมือง Kivumu และ Kayove เป็นการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น บนฐานของถ้อยคำและวิธีการที่ Simon BIKINDI เผยแพร่นั้น Simon BIKINDI ได้ยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ชาวตุตซี

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี BIKINDI ยังได้วางหลักเพิ่มเติมเกี่ยวกับการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง (Hate speech) ว่า

การพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังโดยตัวของมันเองนั้นไม่มีความผิดทางอาญาภายใต้ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา²³ แต่การพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังอาจมาก่อนหรือติดตามมากับการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเฉพาะแต่กรณีแรกคือ กรณีที่การพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังอาจเกิดขึ้นก่อนเท่านั้นที่เป็นการเรียกให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างแท้จริง อันจะลงโทษได้ตามมาตรา 2(3)(ซี) ของธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา²³ เมื่อพิจารณาประกอบกับงานต้นร่างของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ให้การสนับสนุนข้อสรุปนี้ว่า อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เจตนาที่จะกำหนดการกระทำให้เป็นความผิดทางอาญาและลงโทษทางอาญาต่อการเรียกโดยตรงให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น แต่มิใช่ทุกรูปแบบของการยุยงให้เกลียดชัง²⁴

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจะลงโทษการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังที่เกิดขึ้นก่อนการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่ง

²³ NAHIMANA et al. Judgment, para. 692.

²⁴ Travaux préparatoires of the Genocide Convention, UN ORGA, 6th Committee, 3rd Session, 86th meeting, UN Doc. A/C.6/3/CR. 86, 28 October 1948, para. 244-248, and UN ORGA, 6th Committee, 3rd Session, 87th meeting, UN Doc. A/C.6/3/CR. 87, 29 October 1948, para. 248-254.

ถือเป็นส่วนหนึ่งของการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างพันธุ์ได้ เนื่องจากอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาก็ได้กล่าวถึงความแตกต่างระหว่างการปลุกปั่นและการยุยงว่า

รูปแบบที่สองของการเข้าร่วมกระทำความผิดตามมาตรา 6(1) อันได้แก่ การปลุกปั่นให้กระทำความผิด อันมาจากคำว่า incitation ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในรูปแบบภาษาฝรั่งเศส หรือ instigated ตามมาตรา 6(1) ในรูปแบบภาษาอังกฤษ มีความคล้ายคลึงกับคำว่า ยุยง (incitement) โดยคำว่า incitement และ instigation เป็นคำที่มีความหมายเหมือนกัน (synonym) อย่างไรก็ตาม ในบางระบบกฎหมายและโดยเฉพาะตามระบบประมวลกฎหมายแนวคิดทั้งสองแตกต่างกันมาก ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้ให้ข้อพิจารณาความแตกต่างระหว่างการปลุกปั่น (instigation) ตามมาตรา 6(1) และการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide) ตามมาตรา 2(3)(ซี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในประการแรกว่า

การปลุกปั่นตามมาตรา 6(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเป็นรูปแบบความรับผิดชอบ ซึ่งจำเลยจะต้องรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อการปลุกปั่นก่อให้เกิดผลเป็นการกระทำความผิดอาชญากรรมใดอาชญากรรมหนึ่งในอาชญากรรมตามมาตรา 2 ถึง 4 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ในทางกลับกันการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2(3)(ซี) เป็นอาชญากรรมโดยตัวของมันเองและไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าการยุยงนั้นก่อให้เกิดการลงมือกระทำการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จริง²⁵

เมื่อประกอบกับอาชญากรรมยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล (inchoate offense) ซึ่งสามารถลงโทษได้แม้ว่าจะไม่มีการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นผลจากการยุยงนั้น ซึ่งการวินิจฉัยเช่นนี้ได้รับการยืนยันจากงานต้นร่าง (travaux préparatoires) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งอาจสรุปได้ว่า ผู้ร่าง

²⁵ KAJELIJELI Judgment, para. 855, AKAYESU Judgment, para. 562, and NAHIMANA et al. Judgment, para.1013, 1015.

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เจตนาที่จะลงโทษการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าจะไม่มีการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ถูกกระทำลง* และข้อแตกต่างประการที่สองคือ

มาตรา 2(3)(ซี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา กำหนดองค์ประกอบให้การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในขณะที่มาตรา 6(1) มิได้กำหนดองค์ประกอบเช่นนั้น²⁶

* สหรัฐอเมริกาเสนอแก้ไขให้ลบการยุยงออกจากรายการการกระทำที่ลงโทษได้ (See UN ORGA, Sixth Committee, Third session, 84th meeting, UN Doc. A/C.6/3/SR. 84, 25 October 1948, paras. 213-214) ซึ่งได้รับเสียงคะแนนเสียงคัดค้าน 27 เสียงต่อ 16 และงดออกเสียง 5 เสียง (See UN ORGA, Sixth Committee, Third session, 85th meeting, UN Doc. A/C.6/3/SR. 84, 27 October 1948, page 229). ผู้แทนหลายประเทศลงคะแนนคัดค้านการแก้ไขนี้โดยอธิบายว่าเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ลงโทษได้แม้ว่าจะไม่เกิดการกระทำใดๆ ตามมา เนื่องจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ควรเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพเพื่อการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์: See UN ORGA, Sixth Committee, Third session, 84th and 85th meeting, UN Doc. A/C.6/3/SR. 84 and UN Doc. A/C.6/3/SR. 85, 25 and 27 October 1948, page 208 (Venezuela), 215 and 226 (Poland), 216 (Yugoslavia), 219 (Cuba), 219, 227 and 230 (USSR), 222 (Uruguay), 223 (Egypt).

คณะพิจารณาอุทธรณ์แห่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาให้ข้อสังเกตว่า ร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงแห่งมนุษยชาติ (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind) ของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) กำหนดว่า การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ลงโทษได้ต่อเมื่อการกระทำได้เกิดขึ้นจริง: see Article 2(f) and 17 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind and the comments relating thereto, 1996, report of the International Law Commission on the deliberations of its 48th meeting, 51 UN ORGA Supp. (No. 10), reproduced in the Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II (Part Two) (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”) อย่างไรก็ตาม คณะพิจารณาอุทธรณ์แห่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาพิจารณาว่า การกำหนดเช่นนี้มีได้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้ จริงๆ แล้ว คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเองระบุว่า การจำกัดนี้ “ไม่มีผลกระทบต่อการใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นอิสระในประมวลดังกล่าวหรือบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันในเครื่องมืออื่นๆ ดังเช่นมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์”: Draft Code of Crimes against the Peace and security of Mankind, footnote 45 (para. 6, p. 20).

²⁶ NAHIMANA et al. Judgment, para. 673-679.

ซึ่งเป็นการวินิจฉัยที่สอดคล้องกับที่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี AKAYESU ด้วย

นอกจากองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะ ให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องมีการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว การยุยงนั้นจะต้องกระทำโดยตรง ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้วางแนวทาง การใช้และการตีความคำว่า โดยตรงในคดีทั้งสี่ไว้อย่างน่าสนใจดังที่จะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

4.1.2 การกระทำโดยตรง

องค์ประกอบ "โดยตรง" ของการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2(3)(ซี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา มีที่มาจากอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีการเสนอองค์ประกอบนี้ตั้งแต่องานต้นร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขาธิการสหประชาชาติและได้รับการยอมรับองค์ประกอบนี้ และในการพิจารณาร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญ และในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการที่หกของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ก็ยังคงยืนยันว่าถึงการมีอยู่ขององค์ประกอบโดยตรงของการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตลอดมา โดยในร่างของคณะกรรมการที่หกแห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีความพยายามในการเสนอให้ลงโทษการยุยง รวมถึงการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังด้วย แต่ก็ได้รับการปฏิเสธจากผู้แทนประเทศต่างๆ เพราะตีความได้ว่าเป็นการเสนอให้แก้ไข รวมถึงการยุยงโดยอ้อมให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นที่ยุติแล้วในชั้นคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญ จึงมีการอธิบายเพื่อความเข้าใจต่อคำว่า ยุยง "โดยตรง" ว่า

การยุยงโดยตรงจะเกิดขึ้นเมื่อผู้พูดเจาะจงที่จะชักจูงโน้มน้าวผู้ฟังของเขาให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มากกว่าการให้ความเห็นสาธารณะอย่างเป็นการทั่วไปที่จะนำไปสู่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยง่าย ซึ่งกรณีหลังนี้จะเพียงการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังเท่านั้น อีกทั้งการยุยงโดยตรงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะครอบคลุมถึงการยุยงให้ก่ออาชญากรรมที่กระทำลงที่เวลาเฉพาะ ในสถานที่เฉพาะและต่อประเภทของบุคคลเป็นการเฉพาะ

เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้พิจารณาคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "คดี AKAYESU") ในกรณีที่ Jean-Paul AKAYESU ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีของชุมชน Taba เนื่องด้วย Jean-Paul AKAYESU ได้ปรากฏตัวใน Gishyeshye ในช่วงเช้าของวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1994 และ Jean-Paul

AKAYESU ได้เรียกร้องอย่างชัดเจนต่อประชากรให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและกำจัดศัตรูเพียงหนึ่งเดียว คือ ผู้สมรู้ร่วมคิดของ Inkotanyi ทั้งยังพบว่า คำว่า Inkotanyi และผู้สมรู้ร่วมคิด (accomplice) ในระหว่างการชุมนุมนั้น เป็นการอ้างอิงถึงชาวตุตซี และ Jean-Paul AKAYESU รู้ยู่คำพูดของเขาที่มีต่อฝูงชนจะเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นการเรียกให้ฆ่าชาวตุตซีอย่างเป็นทางการทั่วไป นอกจากนั้น Jean-Paul AKAYESU ยังได้กล่าวถึง Ephrem Karangwa ในระหว่างการชุมนุมที่ Gishyeshye และเขาไปถึงผลที่ตามมาของการระบุชื่อบุคคลใดๆ เป็นผู้สมรู้ร่วมคิดกับกลุ่ม RPF ในเหตุการณ์ ณ ช่วงเวลานั้น²⁷

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กล่าวถึงการนิยามองค์ประกอบความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า จะต้องนิยามให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 2(3)(ซี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา โดยกล่าวว่า

การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องเป็นการก่อโดยตรงให้ผู้กระทำความผิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะผ่านทางทางปราศรัย การพูดเสียงดังหรือการพูดคุยกามในที่สาธารณะ หรือที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านการจำหน่ายหรือเผยแพร่ เสนอเพื่อจำหน่ายหรือปิดวัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือวัตถุสิ่งพิมพ์ในที่สาธารณะหรือที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านทางทางปิดประกาศหรือโปสเตอร์โฆษณาสาธารณะ หรือผ่านทางวิธีการสื่อสารด้วยภาพและเสียงอื่นใด²⁸

และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงได้วางหลักการใช้และการตีความองค์ประกอบ "โดยตรง" ของการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในคดี AKAYESU นี้ว่า

การยุยงต้องกระทำในรูปแบบโดยตรงและก่อให้เกิดผู้อื่นให้เข้าร่วมในการกระทำความผิดอาญาโดยเฉพาะเจาะจง และการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องมากกว่าเพียงคลุมเครือหรือการแนะนำที่ไม่ชัดเจนที่นำไปสู่การยุยงโดยตรง²⁹

²⁷ Ibid., para. 675.

²⁸ AKAYESU Judgment, para. 559.

²⁹ The "direct" element of incitement implies that the incitement assume a direct form and specifically provoke another to engage in a criminal act, and that more than mere vague or indirect suggestion goes to constitute direct incitement. See AKAYESU Judgment, para. 557.

และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้กล่าวต่อไปว่า

ภายใต้ระบบประมวลกฎหมายนั้น การก่อให้เกิดกระทำความผิด (provocation) มีความหมายเหมือนกับการยุยง (incitement) ที่ต้องกระทำโดยตรงด้วยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิดเป็นการเฉพาะ โดยใจทกมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (causation) ที่ชัดเจนระหว่างการกระทำอันเป็นการยุยงหรือการก่อให้เกิดกระทำความผิดในกรณีนี้ และความผิดเฉพาะนั้นๆ ดังนั้น แม้ว่าการกระทำจะแน่นอนว่าเป็นการยุยง การกระทำนั้นก็ต้องกระทำโดยตรง

เมื่อการยุยงเป็นการก่อให้เกิดกระทำความผิด ดังนั้น การยุยงจะกระทำโดยตรงได้ก็ต่อเมื่อการกระทำความผิดเฉพาะที่มุ่งหมายนั้นได้กระทำลง³⁰

อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้วางหลักในการพิจารณาองค์ประกอบโดยตรงของการยุยงว่า

องค์ประกอบโดยตรงจะต้องพิจารณาถึงบริบททางวัฒนธรรมและภาษาศาสตร์ (cultural and linguistic content) ด้วย ดังนั้น การปราศรัยในบางกรณีอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำ “โดยตรง” ในประเทศหนึ่ง แต่อาจไม่ใช่การกระทำโดยตรงในอีกประเทศหนึ่ง จึงเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับความรู้ของผู้ฟังในแต่ละประเทศ³¹ ศาลจึงต้องวินิจฉัยบนพื้นฐานของการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญ (case-by-case factual inquiry) ว่าในบริบทวัฒนธรรมของวันดาและสถานการณ์เฉพาะของคดีนั้นๆ การกระทำอันเป็นการยุยงจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยตรงหรือไม่ โดยมุ่งพิจารณาเป็นหลักว่า “บุคคลผู้รับฟังข้อความที่ผู้พูดมุ่งประสงค์นั้นได้เข้าใจโดยทันทีถึงความหมายโดยนัยของผู้พูดหรือไม่”³²

³⁰ Ibid., para. 673 (vii).

³¹ the direct element of incitement should be viewed in the light of its cultural and linguistic content. See AKAYESU Judgment, para. 557.

³² Indeed, a particular speech may be perceived as “direct” in one country, and not so in another, depending on the audience. See AKAYESU Judgment, para. 558.

ผู้เขียนจึงขอลำดับถึงการวินิจฉัยข้อเท็จจริงแยกเป็นสองบริบท ดังนี้

(1) บริบททางภาษาศาสตร์³³

ในการวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี AKAYESU ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาพิจารณาโดยอ้างอิงคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญและพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำเบิกความของ Dr. Mathias Ruzindana ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ด้านภาษาศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยรวันดา³⁴ ในการถอดรหัสคำปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU ที่เรียกร้องให้ผู้ฟังของเขาฆ่า “Inkotanyi”

โดย Dr. Mathias Ruzindana ได้กล่าวถึงที่มาของคำว่า Inkotanyi ว่ามีที่มาจากตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ในระบบศักดินาของกษัตริย์ชาวตุตซีที่ปกครองประชากรส่วนใหญ่ชาวฮูตู โดยคำว่า Inkotanyi เป็นชื่อของกลุ่มนักรบกลุ่มหนึ่งที่ได้รับการยกย่องของกษัตริย์ Rwabugiris แห่งรวันดา และ ณ เวลาที่สงครามระหว่างกลุ่ม RPF และรัฐบาลรวันดาเริ่มต้นขึ้น ก็มีการเรียกชื่อกองทัพนักรบของ RPF ว่า Inkotanyi เช่นนี้จึงอนุมานได้ว่าความหมายพื้นฐานของคำว่า Inkotanyi หมายถึงกองทัพร PF แต่เมื่อได้พิจารณาจากสิ่งพิมพ์ของชาวรวันดา รวมทั้งการกระจายเสียงของสถานีวิทยุ RTLM รวมถึงประสบการณ์ส่วนตัวในช่วงเวลาแห่งความขัดแย้งของ Dr. Mathias Ruzindana ทำให้ Dr. Mathias Ruzindana เชื่อว่า คำว่า Inkotanyi มีความหมายที่ขยายออกไปจำนวนมาก ซึ่งรวมถึงการหมายถึงผู้ที่เข้าข้างหรือผู้สนับสนุนกลุ่มแนวร่วมรักชาติ RPF* และในบางกรณีก็เป็นการอ้างอิงถึงชาวตุตซีอย่างเป็นกลุ่มชาติพันธุ์

ส่วนความหมายพื้นฐานที่ใช้กันทั่วไปของคำว่า Inyenzi หมายถึงแมลงสาบ (cockroach) ซึ่งมีที่มาจากประวัติศาสตร์ของรวันดา ในระหว่างการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1959 ที่ผู้ลี้ภัยซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาวตุตซีต้องหนีออกนอกประเทศ ซึ่งตลอดทศวรรษที่ 1960 ได้เกิดการรุกรานดินแดนรวันดาโดยผู้ลี้ภัยเหล่านี้เข้าและออกประเทศโดยใช้การแอบซ่อนในเวลากลางคืน และอาจพบเห็นได้ไม่บ่อยครั้งในเวลาเช้า การกระทำเช่นนี้เหมือนกับพฤติกรรมของแมลงสาบที่ยากจะพบ

³³ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement.

³⁴ AKAYESU Judgment, para. 340, 673 (iv).

* RPF หมายถึง กลุ่มแนวร่วมรักชาติ “Rwanda Patriotic Front” อันเป็นกลุ่มชาวตุตซีที่ถูกเนรเทศไปอยู่ ณ ประเทศอูกันดา (Uganda) และได้ทำการรุกรานรวันดาภายหลังจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เริ่มต้นขึ้น

ในเวลากลางวันแต่ มักจะถูกพบในเวลากลางคืน และจึงเรียกขานผู้บุกรุกเหล่านี้ว่า Inyenzi การเปรียบเทียบผู้รุกรานชาวตุตซีที่ลี้ภัยกับแมลงสาบมีขึ้นเมื่อกองทัพ RPF จู่โจมวันดาหลายต่อหลายครั้งในปี ค.ศ. 1990 โดยคิดว่า Inyenzi ของปี ค.ศ. 1990 เป็นลูกๆ ของ Inyenzi ในทศวรรษที่ 1960 เห็นได้จากหัวข้อบทความในหนังสือพิมพ์ Kangura ที่ว่า “แมลงสาบให้กำหนดแมลงสาบอื่นๆ ได้แต่ไม่ใช่ผีเสื้อ” และหัวข้อในสิ่งพิมพ์อื่นๆ ที่อ้างอิงอย่างชัดเจน โดยกล่าวว่า “สงครามระหว่างเราและ Inyenzi-Inkotanyi จะคงอยู่ต่อไปอีกยาวนาน นี่เป็นเวลาที่ต้องพูดความจริง สงครามระหว่างฮูตูและตุตซีในปัจจุบัน ไม่ได้เริ่มต้นขึ้นในวันนี้ แต่มีมานานแล้ว”

แม้คำว่า Inkotanyi จะไม่เหมือนกับคำว่า Inyenzi แต่ต่างมีความหมายโดยนัยในทางลบ และถูกนำไปใช้ในทางที่ไม่ดี เช่น การที่สถานีวิทยุ RTLM ออกอากาศเมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1994 ว่า “มีกลุ่มตุตซีหัวรุนแรงที่เรียกตัวเองว่า Inkotanyi ในขณะที่พวกมันเป็นได้แค่ Inyenzi” และในการปราศรัยเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992 ที่ Léon Mugesera ได้กล่าวว่า “อย่าเรียกพวกมันว่า Inkotanyi จริงๆ พวกมันคือ Inyenzi” คำว่า Inyenzi จึงถูกใช้อย่างแพร่หลายในสื่อหัวรุนแรงที่ไม่เห็นด้วยกับการยอมรับความตกลงสันติภาพอรูชา (Arusha Accord) และพวกที่ต้องการทำลายล้างชาวตุตซีทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งมักจะปรากฏอยู่ในการออกอากาศของสถานีวิทยุ RTLM ซึ่งเป็นสถานีวิทยุที่ต่อต้านชาวตุตซี ตามความเห็นของ Dr. Ruzindana³⁵ ดังนั้น คำว่า Inkotanyi จึงเป็นการเชื่อมโยงกลุ่ม RPF ซึ่งเป็นผู้นำชาวตุตซีด้วยความทรงจำในอดีตถึงผู้ปกครองที่โหดร้ายและอยุติธรรมชาวตุตซีในจิตใจของผู้ฟังชาวฮูตู

นอกจากบริบททางภาษาศาสตร์แล้ว การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นกระทำโดยตรงหรือไม่นั้น ยังต้องพิจารณาถึงบริบททางวัฒนธรรมด้วย ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ วัฒนธรรมของวันดาและสถานการณ์เฉพาะในคดีนั้น

(2) บริบททางวัฒนธรรม³⁶

ในคดี AKAYESU ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้พิจารณาคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญ ได้แก่ Dr. Mathias Ruzindana ที่อธิบายถึงวัฒนธรรมของวันดาว่า ชาววันดาส่วนใหญ่อาศัยอยู่ในประเพณีทางวาจา เนื่องจากมีประชาชนจำนวนไม่มากนักที่

³⁵ AKAYESU Judgment, para. 147-149.

³⁶ Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, International Criminal Law and its Enforcement.

สามารถอ่านออกเขียนได้ หรือเป็นเจ้าของวิทยุเครื่องหนึ่ง ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1994 ข้อมูลข่าวสารส่วนใหญ่จะได้รับการเผยแพร่ทางหนังสือพิมพ์ และถ่ายทอดสู่ผู้ฟังลำดับสองจำนวนมากผ่านทางคำพูดจากปากที่แน่นอนว่ามีอันตรายจากการบิดเบือนข้อมูลในแต่ละครั้งที่มีการส่งผ่านไปยังผู้ฟังคนใหม่

Dr. Ruzindana ยังให้การอีกว่า เป็นลักษณะพิเศษของวัฒนธรรมของชาววันดา ที่ผู้คนจะไม่ตอบคำถามตรงๆ โดยเฉพาะคำถามที่มีความละเอียดอ่อน ในกรณีเช่นนี้ บ่อยครั้งที่ในการตอบคำถามจะต้องใช้การ “ถอตรหัส” เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง ซึ่งการตีความก็ต้องเป็นไปตามบริบท (context) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปราศรัยต่อชุมชน ต้องพิจารณาถึงสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างผู้พูดและผู้ฟัง รวมถึงเรื่องที่พูดด้วย เช่น เมื่อพยานหลายคนถูกถามถึงความหมายที่แท้จริงของคำว่า Inyenzi จะมีการลังเลและไม่สมัครใจที่จะกล่าวว่าคำนี้หมายถึงแมลงสาบ แม้ว่าจะเป็นที่ขัดแย้งต่อศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในระหว่างพิจารณาคดีนี้ว่า ชาววันดารู้ถึงความหมายที่แท้จริงของคำนี้ก็ตาม³⁷

ดังนั้น ในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงตามคำให้การของพยานบุคคล และคำให้การของ Dr. Mathias Ruzindana ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ทางภาษาศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยวันดา ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญฝ่ายโจทก์ว่า บนพื้นฐานการวิเคราะห์จากสิ่งพิมพ์ของวันดา และการออกอากาศของสถานีวิทยุ RTLM ประกอบกับประสบการณ์ส่วนตัวของ Dr. Mathias Ruzindana ทำให้ Dr. Mathias Ruzindana มีความเห็นว่า ณ เวลาที่การกระทำที่กล่าวหาตามฟ้องได้เกิดขึ้น คำว่า Inkotanyi มีความหมายที่ขยายออกไปหลายความหมาย ตั้งแต่การหมายถึงพวกหรือผู้สนับสนุนกลุ่ม RPF ไปจนถึงสมาชิกของกลุ่มชาวตุตซี ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับบริบทแวดล้อม³⁸

ดังนั้น เมื่อ Jean-Paul AKAYESU เรียกร้องอย่างขัดแย้งต่อประชากรให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและกำจัดศัตรูเพียงหนึ่งเดียว ได้แก่ ผู้สมรู้ร่วมคิดของ Inkotanyi โดยบนพื้นฐานของพยานหลักฐานที่สอดคล้องกันและข้อมูลที่ได้รับจาก Dr. Ruzindana ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญด้านภาษาศาสตร์ ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาเชื่อว่า ประชากรเข้าใจการเรียกร้องของ Jean-Paul AKAYESU ว่าเป็นการเรียกร้องให้ฆ่าชาวตุตซี³⁹ ศาลอาญาระหว่าง

³⁷ AKAYESU Judgment, para. 155-156.

³⁸ Ibid., para. 340.

³⁹ Ibid., para. 361, 709.

ประเทศแห่งวันดาจึงวินิจฉัยว่า โจทก์ได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ณ บริบท (context) ของเวลา (time) สถานที่ (place) และสถานการณ์ (circumstances) ในการปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU คำว่า "Inkotanyi" หมายถึง ชาวดุตซี และเมื่อการปราศรัยข้างต้นได้กระทำลงต่อสาธารณชนและในที่สาธารณะ จึงเป็นความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁴⁰

จากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี AKAYESU ในประเด็นเรื่องข้อพิจารณาองค์ประกอบโดยตรงนั้น อาจกล่าวได้ว่า นอกจากจะต้องพิจารณาในบริบททางภาษาและวัฒนธรรมแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงบริบทของเวลา สถานที่และสถานการณ์ที่ปราศรัยเกิดขึ้น รวมถึงสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างผู้พูดและผู้ฟัง รวมถึงเรื่องที่พูดด้วย

ต่อมาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดีหมายเลข ICTR-99-52-T ระหว่าง Prosecutor v. Ferdinand NAHIMANA, Jean-Bosco BARAYAGWIZA & Hassen NGEZE (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "คดี NAHIMANA et al.") ก็ตีความองค์ประกอบ "โดยตรง" โดยอ้างถึงคดี AKAYESU ว่า

การยุยง "โดยตรง" จะต้อง "มากกว่าเพียงคลุมเครือหรือการแนะนำโดยอ้อม"

นอกจากนั้น ศาลจำเป็นต้องตีความคำว่า "โดยตรง" ในบริบททางวัฒนธรรมและภาษาของชาววันดาด้วย ดังที่กล่าวไว้ ดังนี้

... ศาลมีความเห็นว่า องค์ประกอบโดยตรงของการยุยงจะต้องพิจารณาถึงบริบททางวัฒนธรรมและภาษาศาสตร์ในเวลาที่เกิดขึ้น การปราศรัยในบางกรณีอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำ "โดยตรง" ในประเทศหนึ่ง แต่อาจไม่ใช่การกระทำโดยตรงในอีกประเทศหนึ่ง ขึ้นอยู่กับการรับรู้ของผู้ฟังในแต่ละประเทศ ศาลยังได้กล่าวอีกว่าแม้ว่าการกระทำจะแน่นอนว่าเป็นการยุยง การกระทำนั้นก็ต้องกระทำโดยตรง ...

ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจะต้องวินิจฉัยบนพื้นฐานของการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญว่าในบริบทวัฒนธรรมของวันดาและสถานการณ์เฉพาะของคดีนั้นๆ การกระทำอันเป็นการยุยงจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยตรง

⁴⁰ Ibid., para. 674.

หรือไม่ โดยมุ่งพิจารณาเป็นหลักว่า “บุคคลผู้รับฟังข้อความที่ผู้พูดมุ่งประสงค์นั้นได้เข้าใจโดยทันทีถึงความหมายโดยนัยของผู้พูดหรือไม่”

ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาก็กล่าวว่า วิธีการนี้ได้รับการนำไปใช้ในคำพิพากษาอื่นๆ หลายคำพิพากษา รวมถึงโดยศาลสูงของแคนาดาในคดี MUGESERA ด้วย⁴¹

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาเห็นด้วยว่า วัฒนธรรม รวมถึงความแตกต่างเล็กๆ น้อยๆ ของภาษารวันดาควรจะได้รับพิจารณาในการวินิจฉัยว่าอะไรเป็นการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในวันดา ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นประโยชน์ที่จะตรวจสอบว่าการปราศรัยถูกเข้าใจว่าอย่างไรจากผู้ฟังที่การปราศรัยมุ่งหมายในการวินิจฉัยถึงข้อความที่แท้จริง*

ข้อพิจารณาหลักคือ ความหมายของถ้อยคำที่ใช้ในบริบทเฉพาะ ไม่ว่าข้อความจะไม่ชัดเจนต่อผู้ฟังอีกคนหนึ่งหรือไม่ หรือไม่ชัดเจนในบริบทอื่นๆ ดังนั้น หากข้อความไม่ชัดเจนหรือมีความหมายสองนัยในบริบทเฉพาะนั้น ก็ไม่อาจเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่าเป็นการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ส่วนที่จำเลยโต้แย้งว่า ในคดี Julius Streicher และคดี Hans Fritzsche ของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก ได้พิสูจน์ให้เห็นว่า เฉพาะคำกล่าวที่เรียกร้องอย่างชัดแจ้งให้ทำลายล้าง (extermination) ต่อผู้ฟังเท่านั้น จึงจะถูกตัดสินว่าเป็นการยุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาอธิบายในประการแรกว่า “ในคดี Julius Streicher และคดี Hans Fritzsche จำเลยทั้งสองไม่ได้ถูกตั้งข้อหายุ้งโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากไม่มีอาชญากรรมเช่นนั้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในขณะนั้น” ประการที่สอง “สาเหตุที่ Hans Fritzsche ถูกตัดสินให้พ้นผิดมิใช่เพราะคำกล่าวของเขาไม่ชัดแจ้งเพียงพอ แต่เป็นเพราะว่าคำกล่าวของเขาไม่แสดงให้เห็นแน่นอน

⁴¹ MUVUNYI Judgment, para. 502, KAJELIJELI Judgment, para. 853, and NIYITEGEKA Judgment, para. 431.

* ในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าคำกล่าวนั้นๆ เกิดผลขึ้นจริงหรือไม่ ข้อเท็จจริงที่ว่าคำกล่าวเหล่านั้นก่อให้เกิดผลเป็นเพียงตัวชี้วัดว่าผู้รับข้อความเข้าใจข้อความว่าเป็นการยุ้งโดยตรงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่

หรือโดยชัดแจ้งถึง “เจตนาที่จะยุยงประชาชนชาวเยอรมันให้กระทำอาชญากรรมต่อประชาชนผู้ถูกปราบปราม”⁴²

ในคดี NAHIMANA et al. นี้ นอกจากศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาจะพิจารณาองค์ประกอบโดยตรงจากบริบททางภาษาและทางวัฒนธรรมของวันดาแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดายังพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางการเมืองและชุมชน (political or community affiliation) ของผู้แต่งคำปราศรัยด้วย⁴³ ดังนั้น ความสัมพันธ์ทางการเมืองหรือทางชุมชนของผู้แต่งคำปราศรัยอาจถือเป็นองค์ประกอบทางบริบทที่จะช่วยในการตีความคำปราศรัยได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาใช้บริบท (context) เป็นปัจจัยในการพิจารณาตัดสินว่าการกล่าวปราศรัยเป็นการยุยงโดยตรงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่เป็นสำคัญ⁴⁴

ต่อมาในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Juvénal KAJELIJELI⁴⁵ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี KAJELIJELI”) ยังคงยึดถือแนวทางการใช้และการตีความองค์ประกอบ “โดยตรง” ของการยุยงให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในคดี AKAYESU ว่า

องค์ประกอบโดยตรงของการยุยงให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ ความต้องการ “การกระตุ้นบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นการเฉพาะให้เข้าร่วมกระทำความผิดอาญาในทันที มากกว่าเป็นเพียงการแนะนำที่คลุมเครือหรือไม่ชัดเจนเท่านั้น” และภายใต้ระบบประมวลกฎหมายนั้น การก่อให้เกิดการกระทำ (provocation) มีความหมายเหมือนกับการยุยง (incitement) ที่ต้องกระทำโดยตรงด้วยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิดเป็นการเฉพาะ โดยใจทักมีหน้าที่พิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (causation) ที่ชัดเจนระหว่างการกระทำอันเป็นการยุยงหรือการก่อให้เกิดการทำความผิดและความผิดเฉพาะนั้นๆ

⁴² Nuremberg Judgment, para. 161-163.

⁴³ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1008-1009.

⁴⁴ Ibid., para. 710-715.

⁴⁵ KAJELIJELI Judgment.

นอกจากนั้น องค์ประกอบโดยตรงของการยุยงจะต้องพิจารณาถึงบริบททางวัฒนธรรมและภาษาศาสตร์ (cultural and linguistic content)

และในท้ายที่สุด ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาก็ได้กล่าวว่า

“ไม่ว่าระบบกฎหมายใด การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะต้องนิยามให้ เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการตีความมาตรา 2(3)(ซี) ว่าเป็นการก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดโดยตรง ไม่ว่าจะผ่านทาง การปราศรัย การพูดเสียงดังหรือข่มขู่ ที่กล่าวในสถานที่สาธารณะหรือในการชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านทาง การจำหน่ายหรือเผยแพร่ เสนอเพื่อจำหน่ายหรือเปิดเผยซึ่ง เนื้อหาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเนื้อหาที่ตีพิมพ์ในสถานที่สาธารณะหรือในที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านการเปิดเผยสาธารณะด้วยป้ายประกาศหรือป้ายโฆษณา หรือผ่านทางวิธีการสื่อสารด้วย ภาพและเสียงอื่นใด⁴⁶

ดังนั้น การที่ในเช้าของวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1994 Juvénal KAJELIJELI ได้สั่ง ทหารกองหนุน Interahamwe ที่ตลาด Byangabo และยุยงให้ฝูงชนที่เข้าร่วมชุมนุม ณ ที่นั้น ให้ “ฆ่าและกำจัดประชาชนเหล่านั้นทั้งหมดใน Rwankeri” และให้ “กำจัดชาวตุตซี” และ Juvénal KAJELIJELI ได้สั่งทหารกองหนุน Interahamwe ให้แต่งตัวและ “เริ่มทำงาน” ด้วยเจตนาที่จะ ทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ตุตซีทั้งหมดหรือบางส่วน ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึง วินิจฉัยว่า Juvénal KAJELIJELI ได้ยุยงทหารพลเรือน Interahamwe และฝูงชนโดยตรงและโดย สาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อประชากรชาวตุตซี และมีความผิดฐานยุยงโดยตรง และโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁴⁷

ต่อมา ในการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-01-72-T ระหว่าง Prosecutor v. Simon BIKINDI⁴⁸ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี BIKINDI”) ก็ วินิจฉัยว่า

⁴⁶ Ibid., para. 852-853.

⁴⁷ Ibid., para 856-861.

⁴⁸ BIKINDI Judgment.

การพูดจะเป็นการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่นั้น การพูดจะต้องเป็นการเรียกโดยสาธารณะและโดยตรงให้กระทำการตามมาตรา 2(2) ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ซึ่งจะต้อง “มากกว่าเพียงคลุมเครือหรือการแนะนำโดยอ้อม”⁴⁹

นอกจากนั้น การยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังเป็นอาชญากรรมตามบริบท กล่าวคือ การยุยงจะเข้าใจได้จากรูปแบบการพูดเกิดขึ้นในเวลานั้นหรือในคดีนี้คือการร้องเพลง⁵⁰ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี BIKINDI กล่าวว่า

ในการวินิจฉัยว่าการปราศรัยถึงระดับของการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ บริบท (context) เป็นข้อพิจารณาหลัก⁵¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริบททางวัฒนธรรมและทางภาษาศาสตร์ ได้แก่ การเป็นสมาชิกทางการเมืองหรือทางสังคมของผู้เขียน ของผู้ฟัง และวิธีการในการเข้าใจข้อความโดยผู้ฟังที่เขามุ่งหมาย เช่น การพิจารณาว่าบรรดาผู้ฟังที่ข้อความมุ่งหมายเข้าใจนัยของข้อความนั้นหรือไม่⁵² การเรียกโดยตรงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจแสดงเป็นนัย กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องเรียกให้ทำลายอย่างชัดเจน แต่ก็อาจเป็นการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ในบางบริบท⁵³

อันเป็นการยืนยันตามการแนวทางของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี AKAYUSU ที่ว่า

⁴⁹ NAHIMANA et al. Judgment, para. 692, affirming KAJELIJELI Judgment, para. 852, and AKAYESU Judgment, para. 557. See also Report of the International Law Commission on the work of its Forty-Eight Session to the General Assembly, 51 UN ORGA, Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 (1996), Draft Code of crimes Against the Peace and Security of Mankind, Article 2(3)(f), p. 26.

⁵⁰ Robert H. Snyder, “Disillusion words like bullet bark”: Incitement to genocide, music, and the trial of Simon Bikindi,” Georgia Journal of International and Comparative Law.

⁵¹ NAHIMANA et al. Judgment, para. 701, 715.

⁵² NAHIMANA et al. Judgment, para. 700, 711, and 713, NIIYITEGEKA Judgment, para. 431, and AKAYESU Judgment, para. 557-558.

⁵³ NAHIMANA et al. Judgment, para. 703.

องค์ประกอบโดยตรงของการยุยงจะต้องพิจารณาถึงบริบททางวัฒนธรรมและภาษาศาสตร์ในเวลาที่การยุยงเกิดขึ้น การปราศรัยในบางกรณีอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำ “โดยตรง” ในประเทศหนึ่ง แต่อาจไม่ใช่การกระทำโดยตรงในอีกประเทศหนึ่ง ขึ้นอยู่กับการรับรู้ของผู้ฟัง⁵⁴

ในคดี BIKINDI ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงได้วินิจฉัยไปถึงการใช้เพลงเพื่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของข้อความที่ถ่ายทอดและพฤติกรรมแวดล้อม เนื่องจากภาษาที่ศาลใช้ในแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเกี่ยวกับการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ผ่านมาจะอ้างถึง “การเรียกโดยตรง (direct appeal)” และ “ข้อความ (message)” ซึ่งมีความหมายกว้างพอที่จะรวมเพลงเข้ากับการยุยงได้

ดังนั้น ในคดี BIKINDI ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงวินิจฉัยว่า การเรียก “ชนส่วนใหญ่” ของ Simon BIKINDI ให้ “ลุกขึ้นและมองหาทุกวิถีที่เป็นไปได้” และไม่ให้ “เหลือใครไว้” ในทันทีที่กล่าวถึงชาวตุตซีว่าเป็นชนกลุ่มน้อย จึงเป็นที่แน่นอนว่าเป็นการเรียกโดยตรงให้ทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ชาวตุตซี* ในทำนองเดียวกัน การปราศรัยของ Simon BIKINDI ต่อประชากรในระหว่างทางกลับจาก Kayove ด้วยการถามว่า “คุณได้ฆ่าตุตซีที่นี้ใช่ไหม” และว่าพวกเขาได้ฆ่า “งู” หรือไม่ เป็นการเรียกโดยตรงให้ฆ่าชาวตุตซี โดยกล่าวอย่างหยาบคายว่าเป็นงู ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเชื่อว่า “ในบริบทแห่งการฆ่าประชากรชาวตุตซีที่แพร่ออกไปทั่วและเกิดขึ้นจริงในรวันดาเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1994 ผู้ฟังที่ข้อความนั้นมุ่งหมายได้แก่ บรรดาพวกที่ยืนบนถนน สามารถเข้าใจโดยทันทีถึงความหมายและนัยของมัน”

ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงวินิจฉัยว่า คำกล่าวของ Simon BIKINDI ผ่านทางเครื่องกระจายเสียงบนถนนสายหลักระหว่างเมือง Kivumu และ Kayove เป็นการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น บนฐานของคำกล่าวและวิธีการที่ Simon BIKINDI เผยแพร่ข้อความนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงตัดสินว่า

⁵⁴ AKAYESU Judgment, para. 557. See also William A. Schabas, Genocide in International Law: The crimes of crimes.

* ด้วยเป็นที่ยุติในคดีนี้ว่าชาวตุตซีเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องภายใต้มาตรา 2 แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา

Simon BIKINDI มีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ชาวตุตซี

4.1.3 การกระทำโดยสาธารณะ

เมื่อพิจารณางานเตรียมร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของผู้เชี่ยวชาญสามกลุ่ม ได้แก่ ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของเลขานุการสหประชาชาติ ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการวิชาการวิสามัญว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ และร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของคณะกรรมการที่หกของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ที่มีต่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาก็ได้นำมาเป็นต้นแบบโดยบัญญัติเหมือนอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ทุกตัวอักษร ซึ่งได้กล่าวถึงมาแล้วในบทที่ 2 นั้น จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบ "โดยสาธารณะ" เป็นองค์ประกอบหลักมีอยู่ในทุกงานเตรียมร่างของผู้เชี่ยวชาญทั้งสามกลุ่ม และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาก็ได้วางหลักการใช้และการตีความองค์ประกอบ "โดยสาธารณะ" ไว้ดังนี้

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "คดี AKAYESU") ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องนิยามคำว่า "การยุยง" โดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยกล่าวว่า

"การยุยง" โดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การก่อโดยตรงให้ผู้กระทำความผิดกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะผ่านทางการปราศรัย การพูดเสียงดังหรือการพูดคุยกามในที่สาธารณะ หรือที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านการจำหน่ายหรือเผยแพร่ เสนอเพื่อจำหน่ายหรือปิดวัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือวัตถุสิ่งพิมพ์ในที่สาธารณะ หรือที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านทาง การปิดประกาศหรือโปสเตอร์โฆษณาสาธารณะ หรือผ่านทางวิธีการสื่อสารด้วยภาพและเสียงอื่นใด*

* ICTR defined "incitement" as "as directly provoking the perpetrator(s) to commit genocide, whether through speeches, shouting or threats uttered in public places or at public gatherings, or through the

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กล่าวถึงข้อพิจารณาขององค์ประกอบ “โดยสาธารณะ (public)” ของการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า

การจะเป็นการยุยง “โดยสาธารณะ” หรือไม่ จะต้องวินิจฉัยบนฐานของ จากปัจจัย 2 ประการ ได้แก่ (1) สถานที่ (Place) ที่การยุยงได้เกิดขึ้น และ (2) ไม่ว่าจะการกระทำ (assistance) จะเป็นไปโดยเลือกกลุ่ม (selective) หรือโดยจำกัดกลุ่มหรือจำนวน (limited) หรือไม่ก็ตาม **

ต่อมาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงพิจารณานิยามของคำว่า “โดยสาธารณะ” ตามภาษาฝรั่งเศส รวมถึงหลักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมายว่า

ในระบบประมวลกฎหมายจะใช้คำว่า “โดยสาธารณะ (public)” เมื่อเป็นการพูดสาธารณะที่เป็น “การพูดด้วยเสียงอันดัง (spoken aloud) ในที่ซึ่งเป็นที่สาธารณะตาม นิยามของกฎหมาย” ***

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงได้ลงมติโดยอ้างความเห็น ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission หรือ ILC) ที่ เสนอให้กำหนดคุณลักษณะของการยุยงสาธารณะว่าเป็น

“การเรียกร้องต่อประชาชนจำนวนมากให้กระทำความผิดทางอาญาในที่ สาธารณะ หรือต่อสาธารณะชนทั่วไปจำนวนมากด้วยวิธี เช่น การสื่อมวลชน (mass media) ยกตัวอย่างเช่น วิทยุ หรือโทรทัศน์” *

sale or dissemination, offer for sale or display of written material or printed matter in public places or at public gatherings, or through the public display of placards or posters, or through any other means of audiovisual communication”. See AKAYESU Judgment, para. 559.

** The public element of incitement to commit genocide may be better appreciated in light of two factors: the place where the incitement occurred and whether or not assistance was selective or limited. See AKAYESU Judgment, para. 556.

*** Words as being public where they were spoken aloud in a place that were public by definition. See AKAYESU Judgment, para. 556.

อย่างไรก็ตาม มีการตั้งข้อสังเกตว่า ณ เวลาที่อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการรับรองนั้น ผู้แทนจากหลายรัฐตกลงเป็นการเฉพาะให้ตัดการยุบโดยส่วนตัวให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกจากฐานความผิด ดังนั้น จึงต้องเน้นย้ำข้อผูกพันที่จะลงโทษเฉพาะรูปแบบการยุบสาธารณะเท่านั้น⁵⁵

ดังนั้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในคดี AKAYESU ว่าในช่วงเช้าของวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1994 Jean-Paul AKAYESU เข้าร่วมการประชุมใน Gishyeshye และใช้โอกาสนี้ในการกล่าวต่อสาธารณะชน โดยที่เขาเป็นผู้นำและดำเนินการชุมนุมของฝูงชนมากกว่า 100 คน เขาได้เรียกร้องคนเหล่านั้นให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพื่อการกวาดล้างสิ่งที่เขาอ้างว่าเป็นศัตรูเพียงหนึ่งเดียว คือ ผู้สมรู้ร่วมคิดของ Inkotanyi และประชาชนเหล่านั้นก็เข้าใจได้ว่า Jean-Paul AKAYESU กระตุ้นพวกเขาให้ฆ่าชาวตูตซี⁵⁶ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงวินิจฉัยว่า การปราศรัยข้างต้นได้กระทำลงต่อสาธารณะชนและในที่สาธารณะแล้ว⁵⁷

ต่อมา ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-99-52-T ระหว่าง Prosecutor v. Ferdinand NAHIMANA, Jean Bosco BARAYAGWIZA & Hassen NGEZE (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี NAHIMANA et al.”) จึงตีความองค์ประกอบ “โดยสาธารณะ” โดยอ้างอิงการใช้และการตีความในคดี AKAYESU ที่ได้อ้างความเห็นของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อกำหนดคุณลักษณะของการยุบ “สาธารณะ” ว่าเป็น

“การเรียกให้กระทำความผิดทางอาญาคู่ต่อคนจำนวนมากในที่สาธารณะ หรือต่อสาธารณะชนทั่วไปจำนวนมากด้วยวิธีการสื่อสารมวลชน เช่น วิทยุ หรือโทรทัศน์”⁵⁸

* public incitement is characterized by a call for criminal action to a number of individuals in a public place or to members of the general public at large by such means as the mass media, for example, radio or television. See AKAYESU Judgment, para. 556.

⁵⁵ AKAYESU Judgment.

⁵⁶ Ibid., para. 359, 706.

⁵⁷ Ibid., para. 674.

⁵⁸ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1011.

และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Juvénal KAJELIJELI⁵⁹ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี KAJELIJELI”) ก็รับรองแนวทางการใช้และการตีความองค์ประกอบ “โดยสาธารณะ” ของการยุยงให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า

ต้องพิจารณาจากเหตุการณ์ของการยุยง ได้แก่ สถานที่ที่การยุยงได้เกิดขึ้น และไม่ว่าผู้ฟังจะถูกเลือกหรือจำกัดหรือไม่

และอ้างอิงถึงคดี AKAYESU ที่อ้างความเห็นของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดคุณลักษณะของการยุยงสาธารณะว่าคือ

การเรียกร้องการกระทำทางอาญาต่อปัจเจกชนจำนวนมากในที่สาธารณะหรือต่อสมาชิกของกลุ่มชนเป็นการทั่วไปด้วยวิธีการ เช่น การสื่อสารมวลชน ยกตัวอย่างเช่น วิทยุ หรือโทรทัศน์⁶⁰

ดังนั้น เมื่อปรากฏในคดี Juvénal KAJELIJELI ว่า เมื่อเช้าของวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1994 Juvénal KAJELIJELI ได้สั่งทหารกองหนุน Interahamwe ที่ตลาด Byangabo และยุยงให้ฝูงชนที่เข้าร่วมชุมนุม ณ ที่นั้น ให้ “ฆ่าและกำจัดประชาชนเหล่านั้นทั้งหมดใน Rwankeri” และให้ “กำจัดชาวตุตซี” เขายังได้สั่งทหารกองหนุน Interahamwe ให้แต่งตัวและ “เริ่มทำงาน” ด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ตุตซีทั้งหมดหรือบางส่วน Juvénal KAJELIJELI จึงได้ยุยงทหารกองหนุน Interahamwe และฝูงชนโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อประชากรชาวตุตซี และมีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁶¹

ต่อมาในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-01-72-T ระหว่าง Prosecutor v. Simon BIKINDI⁶² (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี

⁵⁹ KAJELIJELI Judgment.

⁶⁰ Ibid., para. 851.

⁶¹ Ibid., para. 856-861.

⁶² BIKINDI Judgment.

BIKINDI”) ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดากล่าวว่า การตัดสินความผิดในคดี NAHIMANA et al. เพื่อการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตั้งอยู่บนฐานของสื่อปราชัยที่แตกต่างกัน ได้แก่ วิทยู (รายการของ RTLM) และสิ่งพิมพ์ (หนังสือพิมพ์ Kangura) โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้เน้นย้ำถึงถ้อยคำทั้งหมดของมาตรา 2(3)(เอฟ) ของร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติที่กำหนดให้

การยุยงสาธารณะมีลักษณะเป็นการเรียกให้กระทำความผิดทางอาญาต่อคนจำนวนมากในที่สาธารณะหรือต่อสาธารณชนทั่วไปจำนวนมาก⁶³

ดังนั้น ในคดี BIKINDI นี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงพบว่า ในช่วงปลายเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1994 ในเขตการปกครอง Gisenyi Simon BIKINDI ได้เดินทางบนถนนสายหลักระหว่าง Kivumu และ Kayove อันเป็นส่วนหนึ่งของขบวนคุ้มกันการเดินทางของ Interahamwe ด้วยยานพาหนะพร้อมกับระบบการปราชัยสาธารณะที่กระจายเสียงเพลง ซึ่งรวมถึงเพลงของ Simon BIKINDI ด้วย เมื่อมุ่งหน้าไปที่ Kayove นั้น จำเลย Simon BIKINDI ได้ใช้ระบบปราชัยสาธารณะในการกล่าวว่า คนส่วนใหญ่ชาวฮูตู ควรลุกขึ้นทำลายชนกลุ่มน้อยชาวตุตซีให้สิ้น ในระหว่างทางกลับ Simon BIKINDI ได้ใช้ระบบเดียวกันในการถามประชาชนว่าได้ฆ่าชาวตุตซีหรือยัง ซึ่งเขาได้เปรียบชาวตุตซีกับงู และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาพบว่าข้อความทั้งสองข้อความนั้น กระจายเสียงผ่านเครื่องกระจายเสียง ซึ่งกระทำโดยสาธารณะ ดังนั้นบนฐานของถ้อยคำและวิธีการที่ Simon BIKINDI เผยแพร่ข้อความนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาพบว่า Simon BIKINDI มีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเจตนาพิเศษที่จะทำลายกลุ่มชาติพันธุ์ชาวตุตซี

4.1.4 การเป็นความผิดที่ไม่ต้องการความสำเร็จของการกระทำหรือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 หรืออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ทั้งในชั้นเลขาธิการสหประชาชาติและคณะกรรมการการวิสามัญแห่งสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ ได้มีการรวมวลีที่ว่า “ไม่ว่าการยุยงจะสำเร็จหรือไม่ (whether such incitement be successful or not)” ไว้ในมาตรา 3 (ซี) แห่ง

⁶³ Report of the International Law Commission to the General Assembly, 51 U.N. ORGA Supp. (No. 10), at 26, U.N. Doc. A/51/10 (1996).

อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย แต่ก็ถูกลบในร่างต่อมาของอนุสัญญาดังกล่าวในชั้นของ คณะกรรมการที่หกแห่งสหประชาชาติอันเป็นผลจากข้อเสนอแก้ไขของผู้แทนจากเบลเยียม โดยผู้แทนจากเบลเยียมได้อธิบายว่าการแก้ไขนี้เป็นวิธีการประนีประนอมเพื่อให้มีการให้สัตยาบันของ รัฐต่างๆ ที่ไม่ยอมรับว่าการยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลอย่างหนึ่ง (an inchoate crime) เนื่องจากบางรัฐ เช่น เยอรมนี ยอมรับการยุยง อย่างเป็นรูปแบบหนึ่งของการสนับสนุน (complicity) ซึ่งจะลงโทษก็ต่อเมื่อได้มีการลงมือกระทำความผิดหลัก และประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกัน เพียงมีข้อยกเว้นโดยชัดแจ้งเฉพาะกรณีการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์* ในขณะที่ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การยุยงให้บุคคลกระทำความผิดเป็นความผิดทางอาญา ถึงแม้ว่าความผิดไม่ได้เกิดขึ้นจริงก็ตาม ดังนั้น การยุยงจึงไม่ต้องการความสำเร็จของความผิดหลัก อย่างในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป

4.1.4.1 การเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี AKAYESU”) เริ่มต้นพิจารณาจากตามงานเตรียมร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ผู้ร่างอนุสัญญานี้ได้พิจารณาให้ ระบุอย่างชัดแจ้งว่า “การยุยงให้ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจลงโทษได้ ไม่ว่าจะสำเร็จตามที่ยุยงหรือไม่” ซึ่งในท้ายที่สุด เสียงส่วนใหญ่ก็ตัดสินใจคัดค้านวิธีการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาก็มีความเห็นว่า

เมื่อพิจารณาถึงงานเตรียมร่างทั้งหมดของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว จึงไม่อาจอนุมานได้ว่า เจตนาของผู้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือการไม่ลงโทษการกระทำอันเป็นการยุยงที่ไม่สำเร็จผล ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงยึดถือในความเห็นที่ว่า “ผู้ร่างอนุสัญญาเพียงตัดสินใจที่จะไม่กล่าวถึงรูปแบบของการยุยงนั้นว่า จะลงโทษได้หรือไม่เป็นการเฉพาะเท่านั้น”⁶⁴

* รัฐบางรัฐ เช่น เยอรมนี ปฏิบัติต่อการยุยง อย่างเป็นรูปแบบหนึ่งของการสนับสนุน (complicity) ที่จะลงโทษได้ ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดหลัก โปรดดู ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 29 (กำหนดให้ดำเนินคดีต่อการยุยงก็ต่อเมื่อการยุยงก่อให้เกิดผลเป็นการกระทำหรือพยายามกระทำความผิด) ในขณะที่การยุยงที่ไม่นำไปสู่การกระทำความผิดหลักก็อาจลงโทษฐานพยายามยุยงตามมาตรา 30 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน.

⁶⁴ AKAYESU Judgment, para. 561.

โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้กล่าวว่า

ความผิดที่ไม่สมบูรณ์ในตัวเอง/ความผิดที่ไม่ต้องการผล (inchoate offence) ในระบบคอมมอนลอว์ ที่อาจลงโทษการกระทำความผิดทางอาญานั้นได้เลย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลของความผิดนั้นว่าอาจหรือไม่อาจบรรลุผลสำเร็จ ในขณะที่ความผิดที่ไม่สมบูรณ์ในตัวเอง (inchoate crime) หรือที่เรียกว่า *infractions formelles* ในระบบประมวลกฎหมาย หมายถึง การกระทำที่ก่อความผิดในตัวของมันเองโดยไม่คำนึงถึงผลของการกระทำนั้น ซึ่งตรงกันข้ามกับ *infractions matérielles* ที่หมายถึง ความผิดที่เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด ซึ่งคดีที่เป็นความผิดในตัวเอง (inchoate offense) ตามกฎหมายวันดา ผู้ร่างกฎหมายกำหนดลักษณะของการกระทำตามมาตรา 91(4) แห่งประมวลกฎหมายอาญารวันดาว่าเป็น *infractions formelles* เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ลงโทษได้ ไม่ว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่าความผิดสำเร็จหรือไม่ อย่างไรก็ตาม มีการตั้งข้อสังเกตว่า ความผิดเช่นนั้นเป็นการยกเว้นหลักที่มีอยู่ในทฤษฎีที่ว่า ความผิดทางอาญาอาจลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีผลลัพธ์ตามที่ผู้ร่างกฎหมายคาดไว้

ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาเห็นว่า

การกระทำเช่นนั้นต้องเป็นการกระทำที่อันตรายเป็นพิเศษโดยตัวของมันเอง เนื่องจากอาจนำพาความเสี่ยงระดับสูงมาสู่สังคม ถึงแม้ว่าการกระทำจะไม่ก่อให้เกิดผลก็ตาม การกำหนดความรับผิดชอบเช่นนี้ จึงเป็นการรับรองว่าการกระทำเหล่านั้นจะได้รับการลงโทษ อันเป็นมาตรการยกเว้น

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดายังยืนยันอีกว่า

เป็นที่ชัดเจนว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดประเภทที่ร้ายแรงมาก จนกระทั่งการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำความผิดเช่นนั้นจะต้องได้รับการลงโทษเช่นกัน แม้ว่าการยุยงเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลตามที่ผู้กระทำได้คาดหวังไว้ก็ตาม⁶⁵

⁶⁵ Ibid., para. 562.

ในขณะที่ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดีระหว่าง
Prosecutor v. Ferdinand NAHIMANA, Jean Bosco BARAYAGWIZA & Hassen NGEZE (ซึ่ง
ต่อไปจะเรียกว่า “คดี NAHIMANA et al.”) กล่าวยืนยันว่า

อาชญากรรมยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้าง
เผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (conspiracy) ต่างเป็นความผิดที่
ไม่ต้องการผล (inchoate offense) ที่มีความผิดต่อเนื่องจนการกระทำที่ไตร่ตรองไว้ได้สำเร็จ
ลง⁶⁶

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้อ้างถึงแนวคำพิพากษาของศาล
อาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี AKAYESU เกี่ยวกับการตีความคำว่า “การยุงโดยตรง
และโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ว่าในการพิจารณาประเด็นที่ว่า อาชญากรรมยุง
โดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็อาจลงโทษได้แม้ว่าการยุงเช่นว่า
นั้นจะไม่ประสบความสำเร็จหรือไม่ ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี AKAYESU เห็น
ว่า

เนื่องจากอาชญากรรมยุงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล
(inchoate offence) ภายใต้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ หรือ *infractions formelles* ภายใต้
กฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย อาชญากรรมเช่นนี้อาจลงโทษได้ เนื่องจาก “การกระทำ
เช่นว่านั้นต้องเป็นการกระทำที่อันตรายเป็นพิเศษโดยตัวของมันเอง เนื่องจากมันนำพาความเสี่ยง
ระดับสูงมาสู่สังคม ถึงแม้ว่าการกระทำจะไม่ก่อให้เกิดผลก็ตาม” และศาลอาญาระหว่างประเทศ
แห่งวันดาก็ยืนยันว่า “เป็นที่ชัดเจนว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตกอยู่ในประเภทความผิดที่ร้ายแรง
มาก จนกระทั่งการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำความผิดเช่นว่านั้นจะต้องได้รับการ
ลงโทษเช่นกัน แม้ว่าการยุงเช่นว่านั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลตามที่ผู้กระทำได้คาดหวังไว้ก็ตาม”⁶⁷

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี NAHIMANA et al. ก็
เช่นกันเห็นว่า



⁶⁶ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1017.

⁶⁷ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1013. See also AKAYESU Judgment, para. 562.

อาชญากรรมยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ “เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลที่ต่อเนื่องจนกระทั่งในเวลาแห่งความสำเร็จของการกระทำที่มุ่งหมาย”⁶⁸ ความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์สำเร็จทันทีที่การกล่าวคำปราศรัยนั้นเสร็จสิ้นหรือได้ตีพิมพ์เผยแพร่ แม้ว่าผลกระทบของการยุยงจะขยายเวลาออกมา

ในคดี NAHIMANA et al. เป็นกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาดำเนินคดีต่อการออกอากาศและการตีพิมพ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 ซึ่งเป็นวันที่เขตอำนาจทางเวลา (temporal jurisdiction) ของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้เริ่มต้นขึ้น แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาก็ได้ใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปราศรัยที่เกิดขึ้นก่อนปี ค.ศ. 1994 ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้อธิบายไว้บนพื้นฐานของสองหลักการสำคัญ คือ

หลักการที่ 1 เขตอำนาจทางเวลาของศาลย่อมรวมถึง ความผิดที่ไม่ต้องการผลที่ส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดในปี ค.ศ. 1994⁶⁹ โดยการกำหนดให้การยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้สรุปว่าความผิดนี้ “ต่อเนื่องมาถึงเวลาที่ลงมือกระทำตามการยุยง”⁷⁰ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดากล่าวว่า “แม้ว่าการตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ Kangura ออกวางครั้งแรกเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1990 จนถึงเดือนมีนาคม ค.ศ. 1994 จนเกิดผลเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1994 นั้น ดังนั้น การตีพิมพ์ดังกล่าวจึงอยู่ภายในเขตอำนาจด้านเวลาของศาลอาญาระหว่างประเทศและเป็นการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์”^{*}

การกำหนดให้การยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล ทำให้การยุยงเป็นความผิดไม่ว่าจะเกิดผลตามที่ตั้งใจหรือไม่ ความเห็นของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาใน

⁶⁸ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1017. See also para. 104.

⁶⁹ Ibid., para 104.

⁷⁰ Ibid., para. 1013

^{*} ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาวินิจฉัยในแนวทางเดียวกันกับกรณีของการออกอากาศของสถานีวิทยุ RTLM ก่อนปี ค.ศ. 1994.

คดี NAHIMANA et al. เช่นว่านี่ถือเป็นความพยายามทำให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันความ
ความเห็นของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีอื่นๆ⁷¹ จึงอาจกล่าวได้ว่าการยุยงเป็น
ความผิดทางอาญาเมื่อการปราศรัยได้สำเร็จลง

หลักการที่ 2 ในการใช้การตีพิมพ์ที่เกิดขึ้นก่อนปี ค.ศ. 1994 เป็นฐาน
ความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากหนังสือพิมพ์ Kangura ไม่ได้เผยแพร่บทความใดๆ ในระหว่างการทำ
ลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดาเมื่อปี ค.ศ. 1994 ที่เริ่มต้นขึ้นในเดือนเมษายนของปี ค.ศ. 1994⁷²
แม้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจะลงมติว่า “เนื่องจากการแข่งขันตอบคำถามมีการให้
รางวัลต่อผู้เข้ารอบ 10 คน ที่มีคะแนนสูงสุดในการตอบ 11 คำถาม ซึ่งผู้เข้าแข่งขันจะสามารถหา
คำตอบได้จากหนังสือพิมพ์ Kangura ฉบับที่ผ่านมา⁷³ ด้วยผลของการแข่งขันที่ถูกตีพิมพ์ใน
หนังสือพิมพ์ Kangura จำนวนสองครั้งต่อสัปดาห์เมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 1994 ทำให้หนังสือพิมพ์
Kangura ที่ตีพิมพ์ในอดีต ก่อให้เกิดผลเช่นเดียวกับการตีพิมพ์ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1994 ซึ่งเป็น
วันที่อยู่ภายในเขตอำนาจเวลาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา” ศาลอาญาระหว่าง
ประเทศแห่งรวันดาจึงลงมติว่าการแข่งขันนี้ “มุ่งหมายที่จะนำความสนใจของผู้อ่านมาที่บทความที่
ตีพิมพ์ในอดีตและเป็นการนำบทความเหล่านั้นมาสู่รวันดาอีกครั้งอย่างมีประสิทธิภาพในเดือน
มีนาคม ค.ศ. 1994”⁷⁴ ดังนั้น การออกอากาศของสถานีวิทยุ RTLM ทั้งหมด จากเดือนกรกฎาคม
ค.ศ. 1993 จนถึงเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1994, [...] จึงอยู่ในเขตอำนาจเวลาของศาลอาญา
ระหว่างประเทศแห่งรวันดา⁷⁵

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาอธิบายเพิ่มเติมว่า “ถึงแม้ว่าข้อหา
ยุยงจะมีได้อยู่บนฐานของการออกอากาศของสถานีวิทยุ RTLM ในปี ค.ศ. 1993 ก็ตาม ศาลอาญา

⁷¹ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1013, 1029. See Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU, Case No. ICTR 96-4-T Judgment (2 September 1998), p. 562, aff'd, Case No. ICTR 96-4-A Judgment (1 June 2001). See, e.g., William A. Schabas, “Hate Speech in Rwanda: The Road to Genocide,” 46 *McGill L.J.* 141, 149 (2000). See Mugesera v. Canada Judgment 2 S.C.R. 100 (2005), p. 136.

⁷² NAHIMANA et al. Judgment, para. 121.

⁷³ Ibid., para. 247

⁷⁴ Ibid., para. 257

⁷⁵ Ibid., para. 1017.

ระหว่างประเทศแห่งวันดาก็สามารถพิจารณาการออกอากาศเหล่านั้นอย่างเป็นองค์ประกอบทางบริบทของการออกอากาศในปี ค.ศ. 1994 ได้ ดังนั้น การออกอากาศเมื่อปี ค.ศ. 1994 สามารถอธิบายว่าผู้ฟังสถานีวิทยุ RTLM เข้าใจการออกอากาศในปี ค.ศ. 1994 ว่าอย่างไร และผลกระทบที่อาจได้รับจากการออกอากาศเหล่านั้น เช่นเดียวกับ การตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ Kangura ก่อนปี ค.ศ. 1994 ก็ไม่จำเป็นที่จะไม่ยอมรับ เมื่อการตีพิมพ์เหล่านั้นเกี่ยวข้องและเป็นพยานหลักฐานที่มีคุณค่าในบางประเด็น”⁷⁶

ต่อมาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้วางหลักไว้ในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Juvénal KAJELIJELI⁷⁷ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี KAJELIJELI”) ว่า

อาชญากรรมยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล (*inchoate offense*) ภายใต้ระบบคอมมอนลอว์ อันการสื่อสารเพียงอย่างเดียวก็อาจลงโทษได้ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงผลสำเร็จของวัตถุประสงค์แห่งการสื่อสารนั้น

อันเป็นการยืนยันตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี AKAYESU ที่ว่า

“เป็นที่ชัดแจ้งว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นประเภทของความผิดที่ร้ายแรงมากเสียจนกระทั่งการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้กระทำอาชญากรรมเช่นว่านั้นต้องถูกลงโทษ แม้ว่าการยุยงเช่นว่านั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลตามที่ผู้กระทำความผิดคาดไว้ก็ตาม”

ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี KAJELIJELI นี้ ก็เป็นพร้องด้วย⁷⁸

⁷⁶ Ibid., para. 716-727.

⁷⁷ KAJELIJELI Judgment.

⁷⁸ Ibid., para. 855.

นอกจากนั้น เมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาพิจารณาคดีหมายเลข ICTR-01-72-T ระหว่าง Prosecutor v. Simon BIKINDI⁷⁹ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี BIKINDI”) ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาได้กล่าวว่า

บุคคลจะกระทำอาชญากรรมยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เมื่อเขา ยุงโดยตรงหรือโดยสาธารณะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเจตนาที่จะยุงผู้อื่นโดยตรงหรือโดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁸⁰

อย่างไรก็ตาม แม้การยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นความผิดที่ลงโทษได้ แม้ผลที่เกิดขึ้นจะไม่เป็นไปตามที่ผู้ยุงมุ่งหมายก็ตาม แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี BIKINDI ก็ยังเห็นว่า

เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความความสัมพันธ์มูลเหตุ (causal link) ระหว่างคำกล่าวของผู้ยุงกับผลที่เกิดขึ้นตามมา

นอกจากการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลแล้ว ก็ยังมีข้อพิจารณาตามที่จำเลยในคดีต่างๆ ต่อสู้เสมอมาในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ

4.1.4.2 การเป็นความผิดที่ไม่ต้องการ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ

ภายใต้การพิจารณาคดี Julius Streicher และ Hans Fritzsche ของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์ก ซึ่งต่างเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้สื่อเพื่อการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังอันนำไปสู่การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กได้วางหลักไว้ว่า “ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (causation)” ซึ่งถือเป็นการที่ศาลทหารระหว่างประเทศแห่ง

⁷⁹ BIKINDI Judgment.

⁸⁰ NAHIMANA et al. Judgment, para. 677.

นุเรมเบิร์กวางหลักในคดี Julius Streicher ว่า ไม่ต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการกระทำและผลระหว่างคำกล่าวของ Julius Streicher และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้น⁸¹

ในเวลาต่อมาเมื่อมีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี AKAYESU”) ยังคงรับรองตามแนวทางดังกล่าว โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาอธิบายว่า

การยุยงเป็นการก่อให้เกิดกระทำความผิด และการก่อให้เกิดกระทำ ความผิด ดังนั้น การยุยงจะกระทำโดยตรงได้การกระทำความผิดเฉพาะที่มุ่งหมายนั้นจะต้องได้กระทำลง

อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ว่า

โจทก์ต้องแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยง (nexus) หรือ “ความสัมพันธ์มูลเหตุ (causal relationship)” ระหว่างการปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU และผลลัพธ์คือ การสังหารหมู่ที่เกิดขึ้น⁸² กล่าวคือ โจทก์ไม่เพียงแต่ต้องพิสูจน์ “เหตุที่เป็นไปได้ (possible coincidence)” ระหว่างการปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU ที่การชุมนุม ณ Gishyeshye และเริ่มต้นของการสังหารหมู่ชาวตุตซีในชุมชน Taba ซึ่งเป็นชุมชนที่ Jean-Paul AKAYESU เป็นนายกเทศมนตรีอยู่ แต่โจทก์ยังต้องพิสูจน์ “ความเชื่อมโยงแห่งเหตุและผลที่เป็นไปได้ (possible causal link) ระหว่างคำกล่าวปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU ในระหว่างการชุมนุมและการเริ่มต้นของการสังหารหมู่”⁸³

⁸¹ Robert H. Snyder, ““Disillusion words like bullet bark”: Incitement to genocide, music, and the trial of Simon Bikindi,” *Georgia Journal of International and Comparative Law* (2007).

⁸² NAHIMANA et al. Judgment, para. 673 (vii).

⁸³ The prosecution must prove a definite causation between the act characterized as incitement, or provocation in this case, and a specific offence. See AKAYESU Judgment, para. 557.

ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงวางหลักว่า

โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าการปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU ก่อให้เกิดการฆ่าในชุมชนของเขา⁸⁴

ดังนั้น ตามทางพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี AKAYESU นั้น ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่า มีความเชื่อมโยงแห่งเหตุและผล (causal link) ระหว่างคำปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU ในการชุมนุมเมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1994 และผลคือ การสังหารหมู่ชาวตุตซีที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในชุมชน Taba จริง⁸⁵ และการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำโดย Jean-Paul AKAYESU ได้สำเร็จลงและนำสู่การทำลายผู้ลี้ภัยที่ถูกกักขังจำนวนมหาศาลชาวตุตซีในชุมชน Taba ซึ่งคนเหล่านั้นล้วนแล้วแต่เป็นพลเรือนและเป็นผู้ที่ไม่ได้มีหน้าที่ในการสู้รบที่มีอยู่ทั่ววันดาในปี ค.ศ. 1994 และ Jean-Paul AKAYESU ยังได้ส่งตัวคนเหล่านั้นให้แก่ทหารพลเรือนที่รู้จักกันในนาม Interahamwe ด้วยประสงค์ให้พวกเขาถูกสังหาร⁸⁶

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ยังให้ความเห็นว่า

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (causation) เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เนื่องจาก “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขัดแย้งว่าอยู่ในประเภทอาชญากรรมที่ร้ายแรงเสียจน แม้เมื่อการยุยงเช่นว่านั้นจะไม่ก่อผลลัพธ์ตามที่ผู้กระทำความผิดคาดหมายก็ตาม การกระทำอันเป็นการยุยงที่ไม่สำเร็จก็อาจลงโทษได้”⁸⁷

ดังนั้น เมื่อผู้ลงชนที่ฟังการปราศรัยของ Jean-Paul AKAYESU ที่ชักนำพวกเขาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและกำจัดการุ ที่เป็นผู้สมรู้ร่วมคิดกับ Inkotanyi และเข้าใจการเรียกร้องของจำเลยได้ว่าเป็นการเรียกร้องให้ฆ่าชาวตุตซี รวมถึงข้อเท็จจริงในคดีที่ว่า จำเลย

⁸⁴ AKAYESU Judgment, para. 673(vii), 675.

⁸⁵ Ibid., para. 362.

⁸⁶ Ibid., para 675.

⁸⁷ Ibid., para. 562.

ตระหนักว่าสิ่งที่เขากล่าวจะเป็นที่เข้าใจได้ และข้อเท็จจริงที่ว่าปรากฏความสัมพันธ์มูลเหตุระหว่าง คำกล่าวของเขาและผลการสังหารหมู่ชาวตุตซีในชุมชนที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง ดังนั้น Jean-Paul AKAYESU จึงมีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ต่อมา ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีระหว่าง Prosecutor v. Ferdinand NAHIMANA, Jean Bosco BARAYAGWIZA & Hassen NGEZE (ซึ่งต่อไปจะ เรียกว่า “คดี NAHIMANA et al.”) ได้ยืนยันตามคำพิพากษาในคดี AKAYESU ว่า

“การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขัดแย้งว่าอยู่ในประเภทอาชญากรรมที่ ร้ายแรงเสียจน แม้เมื่อการยุยงเช่นนั้นจะไม่ก่อผลลัพธ์ตามที่ผู้กระทำความผิดคาดหวังก็ตาม การกระทำอันเป็นการยุยงที่ไม่สำเร็จก็อาจลงโทษได้”⁸⁸

อนึ่ง ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี NAHIMANA et al. นี้ ได้อ้างถึงแนวคำพิพากษาในคดี AKAYESU ที่วินิจฉัยข้อกฎหมายในข้อหา ยุยงโดยตรงและโดย สาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า “ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causal relationship) ระหว่างการปราศรัยของจำเลยต่อฝูงชนและเป็นการรับรองการสังหารหมู่ชาวตุตซีที่ เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในชุมชนนั้น” แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี NAHIMANA et al. ก็ยังคงให้ข้อสังเกตว่า

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยใน เรื่องการยุยง แต่เป็นศักยภาพของการสื่อสารต่างหากที่จะก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และ ทำให้มันเป็นการยุยง ดังนั้น เมื่อศักยภาพนั้นได้รับการรับรู้อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และ การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็เกิดขึ้น

ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนี้ การยุยงจึงเป็น ความผิด ไม่ว่าจะเกิดผลตามที่เจตนาจะให้เกิดหรือไม่ ในการวินิจฉัยว่าการสื่อสารนั้นแสดงเจตนา ที่จะก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และเป็นการยุยงหรือไม่นั้น ศาลจะต้องพิจารณาในประการ สำคัญว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นจริงหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อสื่อเจตนาที่จะก่อให้เกิดผล เช่นนั้นย่อมปรากฏจากพยานหลักฐานในส่วนของข้อเท็จจริงที่ได้ก่อให้เกิดผล⁸⁹

⁸⁸ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1013. See also, AKAYESU Judgment, para. 562.

⁸⁹ NAHIMANA et al. Judgment, para. 1014-1015.

ซึ่งแสดงให้เห็นว่า แม้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม การเผยแพร่การปราศรัยอันมิชอบสู่สาธารณชนเช่นนี้ ก็เป็นอาชญากรรมยุงโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ การวินิจฉัยเช่นนี้ จึงเป็นการปฏิเสธรูปแบบการคุ้มครองสิทธิในการพูดของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เลือกที่จะใช้และตีความตามปรัชญาทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง

ในการวินิจฉัยว่าการแสดงออกเฉพาะกรณีนั้นๆ เป็นรูปแบบหนึ่งของการยุงที่ต้องห้ามหรือไม่ จะต้องวินิจฉัยตามปรัชญาของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ได้กำหนดเป็นพิเศษในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เชื่อมโยงระหว่างการแสดงออกที่ถ่ายทอดออกมากับการพิสูจน์ผลที่เกิดขึ้นโดยตรง⁹⁰

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในคดี NAHIMANA et al. ยังอธิบายอีกว่า

อาชญากรรมประหัตประหารแตกต่างจากอาชญากรรมยุงที่พิจารณาจากเจตนา (*intent*) ในขณะที่อาชญากรรมประหัตประหารพิจารณาจากผลกระทบ (*impact*) การประหัตประหารมิใช่การก่อให้เกิดอันตราย แต่ตัวการประหัตประหารเองเป็นอันตราย ดังนั้น การประหัตประหารจึงไม่ต้องการความเชื่อมโยงระหว่างการประหัตประหารและการกระทำรุนแรง โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดากล่าวว่า ในคดี *Julius Streicher* ที่ถูกฟ้องฐานประหัตประหารภายใต้ศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กเนื่องจากงานเขียนต่อต้านชาวยิวของเขาก่อนการทำลายล้างชาวยิวในทศวรรษที่ 1940 ในขณะที่ในวันดา งานเขียนของหนังสือพิมพ์ *Kangura* และการออกอากาศของสถานีวิทยุ *RTLM* ก็ดำเนินการในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ การสร้างเงื่อนไขให้ประชากรชาวฮูตูและสร้างบรรยากาศแห่งความอันตราย เห็นได้จากการทำลายล้างและการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นตามมา เช่นเดียวกันกิจกรรมของพรรค *CDR* ซึ่งเป็นพรรคการเมืองของชาวฮูตูที่สร้างภาพประชากรชาวตุตซีให้เป็นศัตรู สร้างความหวาดกลัวและความเกลียดชังที่ก่อให้เกิดเงื่อนไขในการทำลายล้างและทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในวันดา⁹¹

⁹⁰ Ibid., para. 1007.

⁹¹ NAHIMANA et al. Summary Judgment, para. 115.

ส่วนที่จำเลยโต้แย้งว่าการตกของเครื่องบินของประธานาธิบดีและความตายของประธานาธิบดี Habyarimana เร่งให้เกิดการฆ่าพลเรือนชาวตุตซีผู้บริสุทธิ์นั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดายอมรับว่า “ช่วงเวลาขณะนั้นเป็นเสมือนการเหนี่ยวไกปืนเพื่อเหตุการณ์ที่ตามมา แต่หากการตกของเครื่องบินเป็นเสมือนการเหนี่ยวไกปืนแล้วไซ้ร่ สถานีวิทยุ RTLM หนังสือพิมพ์ Kangura และพรรค CDR ย่อมเป็นกระสุนที่บรรจุอยู่ในปืน การเหนี่ยวไกปืนจะก่อผลถึงตายก็ต่อเมื่อปืนได้บรรจุกระสุน”

ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงวินิจฉัยว่า “การฆ่าพลเรือนชาวตุตซีจากกล่าวได้ว่าเป็นผลอย่างน้อยก็ส่วนหนึ่งจากข้อความที่มุ่งหมายเพื่อความตายทางชาติพันธุ์ที่ได้รับการเผยแพร่โดยชัดแจ้งและมีประสิทธิภาพผ่านทางสถานีวิทยุ RTLM หนังสือพิมพ์ Kangura และพรรค CDR ก่อนและหลังวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1994

ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงพิพากษาว่า สถานีวิทยุ RTLM ได้เข้าร่วมอย่างเป็นระบบในการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁹² ทำให้ Ferdinand NAHIMANA และ Jean-Bosco BARAYAGWIZA มีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2(3)(ซี) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา ประกอบมาตรา 6(1) และ 6(3) ในกรณีของ Ferdinand NAHIMANA และ ประกอบมาตรา 6(3) ในกรณีของ Jean-Bosco BARAYAGWIZA⁹³ และ Jean-Bosco BARAYAGWIZA ยังมีความผิดในข้อหายุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 6(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา เนื่องจากการเข้าร่วมโดยส่วนตัวของเขาในการเรียกร้องให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำโดยพรรค CDR และตามมาตรา 6(3) เพื่อการละเว้นที่จะใช้มาตรการที่จำเป็นสมเหตุสมผลในการป้องกันการกระทำอันเป็นการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำลงโดยสมาชิกพรรค CDR⁹⁴

นอกจากนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดายังพิพากษาว่า หนังสือพิมพ์ Kangura ได้เข้าร่วมโดยตรงในการยุยงให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และพบว่า

⁹² Ibid., para. 1031.

⁹³ Ibid., para. 1033-1034.

⁹⁴ Ibid., para. 1035.

Hassen NGEZE มีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 6(1) แห่งธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา และยังพบว่า Hassen NGEZE มีความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 6(1) เนื่องจากการกระทำส่วนตัวของเขาที่เรียกร้องให้ทำลาย (extermination) ประชากรชาวตุตซี⁹⁵

ต่อมาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-96-4-T ระหว่าง Prosecutor v. Juvénal KAJELIJELI⁹⁶ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี KAJELIJELI”) ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเห็นพ้องด้วยแนวทางการวินิจฉัยของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดี AKAYESU ที่ว่า

อาชญากรรมยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล (*inchoate offense*) อย่างไรก็ตาม โจทก์มีภาระที่จะต้องพิสูจน์ถึงมูลเหตุ (*causation*) ที่ชัดเจนระหว่างการทำอันมีลักษณะเป็นการยุยง หรือการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำในกรณีนี้ และในความผิดเฉพาะนั้นๆ⁹⁷

ดังนั้น โจทก์จึงต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความความสัมพันธ์มูลเหตุ (*causal link*) ระหว่างคำกล่าวของผู้ยุยงกับผลที่เกิดขึ้นตามมาด้วย

Juvénal KAJELIJELI จึงต้องรับผิดชอบการยุยงทหารพลเรือน Interahamwe และฝูงชนโดยตรงและในที่สาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยการฆ่าหรือการทำร้ายทางร่างกายหรือทางจิตใจอย่างร้ายแรงต่อสมาชิกของประชากรชาวตุตซีใน Rwankeri ชุมชน Mukingo⁹⁸

และศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาในคดีหมายเลข ICTR-01-72-T ระหว่าง Prosecutor v. Simon BIKINDI⁹⁹ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “คดี BIKINDI”) ก็เห็นว่า

⁹⁵ Ibid., para. 1039.

⁹⁶ KAJELIJELI Judgment.

⁹⁷ Ibid., para. 852.

⁹⁸ Ibid., para. 856-861.

⁹⁹ BIKINDI Judgment.

ด้วยความเป็นอาชญากรรมที่สมบูรณ์โดยตนเอง (*inchoate crimes*) การยุยงโดยสาธารณะและโดยตรงให้กระทำทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงลงโทษได้ แม้ว่าไม่มี การกระทำของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นผลจากการยุยงนั้น¹⁰⁰

ดังนั้น ในคดี BIKINDI ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงวินิจฉัย ว่า คำกล่าวของ Simon BIKINDI ผ่านทางเครื่องกระจายเสียงบนถนนสายหลักระหว่างเมือง Kivumu และ Kayove เป็นการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ดังนั้น ตามที่ได้กล่าวถึงแนวทางการใช้และการตีความองค์ประกอบ ภายในและองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ในบทที่ 3 และ 4 แล้ว ผู้เขียนจึงขอเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานยุยงโดยตรง และโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่ง รวันดาโดยสังเขปตามตารางที่ 3 ต่อไปนี้

¹⁰⁰ NAHIMANA et al. Judgment, para. 678, 720.

ตารางที่ 3

เปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานอยู่โดยตรงและโดยอ้อมภายใต้พหุคูณตามแนวคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การอยู่ให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การอยู่เป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
คดีหมายเลข ICTR-96- 4-T ระหว่าง Prosecutor v. Jean-Paul AKAYESU	ผู้อยู่ต้องมีเจตนา โดยตรงที่จะบอกหรือก่อให้เกิด ให้คนอื่นหนึ่งกระทำการ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เจตนาที่แสดงนัยแห่ง ความประสงค์บนบทบาท ของผู้กระทำคามผิด ด้วยการกระทำของเขา ในการสร้างเจตนาพิเศษ ตามที่กฎหมายกำหนด	"การอยู่" โดยตรงและ โดยสาธารณะให้ทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การก่อโดยตรงให้ ผู้กระทำความผิดกระทำ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะผ่านทาง ปราศรัย การพูดเสียงดัง หรือการพูดคุกคามในที่ สาธารณะ หรือที่ชุมนุม สาธารณะ	การอยู่ต้องกระทำใน รูปแบบโดยตรงและก่อให้เกิด ผู้อื่นให้เข้าร่วมในการ กระทำความผิดอาญา โดยเฉพาะจะแจ้ง และ การอยู่ให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ต้องมากกว่า เพียงคลุมเครือหรือการ แนะนำที่ไม่ชัดเจนที่ นำไปสู่การอยู่โดยตรง	การอยู่ "โดยสาธารณะ" จะต้องวินิจฉัยบนฐาน ของจากปัจจัย 2 ประการ ได้แก่ (1) สถานที่ที่การอยู่ ยังได้เกิดขึ้น และ (2) ไม่ ว่าจะการกระทำจะ เป็นไปโดยเลือกกลุ่มหรือ โดยจำกัดกลุ่มหรือ จำนวนหรือไม่ก็ตาม	เมื่อพิจารณาถึงงาน เตรียมร่างทั้งหมดของ อนุสัญญาทำลายล้าง เผ่าพันธุ์แล้ว จึงไม่อาจ อนุมานได้ว่า เจตนาของ ผู้ร่างอนุสัญญาว่าด้วย การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือการไม่ลงโทษการ กระทำอันเป็นการอยู่ที่ไม่ สำเร็จ "ผู้ร่าง

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล/ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
	ในการกระทำมีความผิด เช่นว่านั้นในจิตใจของบุคคลที่ได้เข้าร่วม ซึ่งหมายความว่า บุคคลผู้ยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เองจะต้องมีเจตนาพิเศษที่จะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แก่ การมุ่งจะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งกลุ่มชนชาติเชื้อชาติ สีผิว หรือศาสนา เช่นว่านั้น	สาธารณะ หรือผ่านการจำหน่ายหรือเผยแพร่เสนอเพื่อจำหน่ายหรือปิดวัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือวัตถุสิ่งพิมพ์ในที่สาธารณะหรือที่ชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านทางการปิดประกาศหรือโปสเตอร์โฆษณาสาธารณะ หรือผ่านทางวิธีการสื่อสารด้วยภาพ และเสียงอื่นใด	ภายใต้ระบบประมวลกฎหมายนั้น การก่อให้เกิดความเสียหายเมื่อมีการยุยงที่ต้องการกระทำโดยตรงด้วยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการกระทำ ความผิดเป็นการเฉพาะ โดยใจทกมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการทำกระทำและผลของการกระทำที่ชัดแจ้ง ระหว่างการกระทำอันเป็นการยุยง	โดยนิยามตามระบบประมวลกฎหมายจะใช้คำว่า "โดยสาธารณะ" เมื่อเป็นการพูดสาธารณะที่เป็นการพูดด้วยเสียงอันดังในที่ซึ่งเป็นที่สาธารณะตามนิยามของกฎหมาย ประกอบกับความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หมายความว่า เป็นการเรียกร้องต่อ	อนุสัญญาเพียงตัดสินใจที่จะไม่กล่าวถึงรูปแบบของการยุยงนั้นว่า จะลงโทษได้หรือไม่เป็นการเฉพาะเท่านั้น" ความผิดที่ไม่สมบูรณ์ในตัวเอง/ความผิดที่ไม่ต้องการผลในระบบคอมมอนลอว์ ที่อาจลงโทษ การกระทำความผิดทางอาญานั้นได้โดย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลของความผิดนั้นว่าอาจ

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
คำพิพากษา	อนุมานได้จากปัจจัยต่อไปนี้ - บริบททั่วไปของการกระทำมีความผิดอย่างเป็นระบบที่มุ่งต่อกลุ่มเดียวกัน ไม่ว่าจะกระทำโดยผู้กระทำความผิดคนเดียวหรือโดยผู้อื่น - ขนาดของอาชญากรรมที่ได้กระทำ - ธรรมชาติทั่วไปของ	ฆอ น ล อ ร ์ เป็น การ ส ั บ ส ุ น ุ ส ่ง เส ร ิ ม หรือ การ ช ั ก น ำ บ ุ ค ค ล อ ื ก ค ุ น หนึ่งให้กระทำความผิดนอกจากนั้น ตามระบบคอมมอนลอว์ สายการบังคับบัญชาหนึ่งสายก็อาจแสดงให้เห็นถึงการคุกคามหรือรูปแบบการกดขี่อื่นๆ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของการยุยง ส่วนในระบบประมวลกฎหมายจะลงโทษการยุยงโดยตรงและโดย	หรือการก่อให้เกิดความผิดในกรณีนี้ และความผิดเฉพาะนั้นๆ ดังนั้น แม้ว่าการกระทำจะแน่นอนว่าเป็นการยุยง การกระทำนั้นก็ต้องการกระทำโดยตรง องค์ประกอบโดยตรงจะต้องพิจารณาถึงบริบททางวัฒนธรรม และภาษาศาสตร์ด้วย ดังนั้น การปราศรัยในบางกรณีอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการ	ประชาชนจำนวนมากให้กระทำความผิดทางอาญาในที่สาธารณะหรือต่อสาธารณะชนทั่วไปจำนวนมากด้วยวิธี เช่น การสื่อสารมวลชน ยกตัวอย่างเช่น วิทยุ หรือโทรทัศน์	หรือไม่อาจบรรลุผลสำเร็จ ในขณะที่มีความผิดที่ไม่สมบูรณ์ในตัวเอง หรือที่เรียกว่า infractions formelles ในระบบประมวลกฎหมาย หมายถึง การกระทำที่ก่อความผิดในตัวของมันเอง โดยไม่คำนึงถึงผลของการกระทำนั้น ซึ่งตรงกันข้ามกับ infractions matérielles ที่หมายถึงความผิดที่เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด ซึ่งคดีที่เป็น

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	อาชญากรรมที่กระทำในภูมิภาคหรือประเทศนั้นๆ - ข้อเท็จจริงของการมุ่งต่อเหยื่อโดยตรงไว้ก่อนและอย่างเป็นระบบอันเนื่องมาจากความเป็นสมาชิกของกลุ่มเฉพาะนั้น ที่แยกออกจากสมาชิกของกลุ่มอื่น - ลัทธิทางการเมืองทั่วไปที่นำมาซึ่งการกระทำนั้น	สถานการณ์โดยถือว่าเป็นรูปแบบของการก่อให้กระทำความผิด อันนิยามว่าหมายถึง การกระทำโดยเจตนาที่จะก่อโดยตรงให้บุคคลอีกคนกระทำความผิดหรือการประทุพถุติมิชอบผ่านทางการปราศรัย การพูดเสียงดังหรือการคุกคามหรือวิธีการสื่อสารด้วยภาพและเสียงอื่นใด ดังนั้น จะเห็นได้ว่าภายใต้ระบบประมวล	กระทำ “โดยตรง” ในประเทศหนึ่ง แต่อาจไม่ใช้การกระทำโดยตรงในอีกประเทศหนึ่ง จึงเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับการรับรู้ของผู้ฟังในแต่ละประเทศ ศาลจึงต้องวินิจฉัยบนพื้นฐานของการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญว่าในบริบทวัฒนธรรมของวันดาและสถานการณ์เฉพาะของคดีนั้นๆ การกระทำอันเป็นการยุยงจะ		ความผิดในตัวเอง ตามกฎหมายวันดา ผู้ร่างกฎหมายกำหนดลักษณะของการกระทำตามมาตรา 91(4) แห่งประมวลกฎหมายอาญารวันดาว่า เป็น infractions formelles เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ลงโทษได้ ไม่ว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่าความผิดสำเร็จหรือไม่

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	- ความถี่ของการกระทำที่เป็นการทำลายและเลือกปฏิบัติ หรือ - การกระทำความผิดที่ละเอียดหรือที่ผู้กระทำมีความผิดเองเห็นว่าละเอียดรากฐานแท้จริงของกลุ่ม	กฎหมาย การก่อให้กระทำความผิดจะต้องมีองค์ประกอบ “โดยตรง” และ “โดยสาธารณะ” ด้วย เช่นเดียวกับการยุยงโดยตรง และ โดยสาธารณะให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 2 ของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา	ได้รับการพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยตรงหรือไม่ โดยมุ่งพิจารณาเป็นหลักว่า “บุคคลผู้รับฟังข้อความที่ผู้พูดมุ่งประสงค์นั้นได้เข้าใจโดยทันทีถึงความหมายโดยนัยของผู้พูดหรือไม่”		อย่างไรก็ตาม มีการตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับความผิดเช่นว่านั้นเป็นการยกเว้นหลักที่มีอยู่ในทฤษฎีที่ว่าความผิดทางอาญาอาจลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีผลลัพธ์ตามที่ผู้ร่างกฎหมายคาดไว้ ซึ่งการกระทำเช่นนั้นต้องเป็น การกระทำที่อันตรายเป็นพิเศษโดยตัวของมันเอง เนื่องจากอาจนำพาความเสียหายระดับสูงมาสู่สังคม

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล ถึงแม้ว่าการกระทำจะไม่ ก่อให้เกิดผลก็ตาม การ กำหนดความรับผิดชอบ จึงเป็นการรับรองว่าการ กระทำเหล่านั้นจะได้รับ การลงโทษ อันเป็น มาตรการยกเว้น เมื่อเป็น ที่ชัดแจ้งว่าการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิด ประเภทที่ร้ายแรงมาก จนกระทั่งการยุยง โดยตรงและโดย สาธารณะให้กระทำ ความผิดเช่นนั้น

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
					จะต้องได้รับการลงโทษ เช่นกัน แม้ว่าการยุยงเช่น ว่านั้นจะไม่ก่อให้เกิดผล ตาม ที่ ผู้ กระ ทำ ได้ คาดหวังไว้ก็ตาม ส่วน ความ สัม พันธ์ ระหว่าง การกระทำและ ผลของการกระทำเป็นสิ่ง ที่ไม่จำเป็น เนื่องจาก “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ชัดแจ้งว่าอยู่ในประเภท อาชญากรรมที่ร้ายแรง เสียจน แม้เมื่อการยุยง

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล เช่นว่านั้นจะไม่ก่อ ผลลัพธ์ตามที่ผู้กระทำ ความผิดคาดหมายก็ตาม การกระทำอันเป็นการยุ ยงที่ไม่ล่าช้าก็อาจ ลงโทษได้

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
คดีหมายเลข ICTR-99- 52-T ระหว่าง Prosecutor v. Ferdinand NAHIMANA, Jean-Bosco BARAYAGWIZA & Hassen NGEZE	ผู้ยุยงจะต้องมีเจตนา โดยตรงที่จะบอกหรือก่อ ให้อีกคนหนึ่งกระทำการ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เจตนาที่แสดงนัยแห่ง ความประสงค์แบบบาท ของผู้กระทำความผิด ด้วยการกระทำของเขา ในการสร้างเจตนาพิเศษ ตามที่กฎหมายกำหนด ในการกระทำความผิด เช่นว่านั้น ในจิตใจของ บุคคลที่ได้เข้าร่วม ซึ่ง	"การยุยง" หรือ "การก่อ" ตามที่เรียกกัน ใน กฎหมายระบบประมวล กฎหมายได้รับการนิยาม ว่าเป็นการส่งเสริมหรือ การก่อให้เกิดความผิด	การยุยง "โดยตรง" จะต้อง "มากกว่าเพียง คลุมเครือหรือการแนะนำ โดยอ้อม" นอกจากนี้องค์ประกอบ โดยตรงของการยุยง จะต้องพิจารณาถึงบริบท ทางวัฒนธรรมและ ภาษาศาสตร์ในเวลา การยุยงเกิดขึ้น การ ปราศรัยในบางกรณีอาจ เข้าใจได้ว่าเป็นการ	การเรียกให้กระทำ ความผิดทางอาญาต่อ คนจำนวนมากในที่ สาธารณะ หรือต่อ สาธารณชนทั่วไปจำนวน มาก ด้วยวิธีการ สื่อสารมวลชน เช่น วิทยุ หรือ โทรทัศน์	"การทำลายล้างเผ่าพันธุ์" ชัดเจนว่าอยู่ในประเภท อาชญากรรมที่ร้ายแรง เสียจน แม้เมื่อการยุยง เช่นว่านั้นจะไม่ก่อ ผลลัพธ์ตามที่ผู้กระทำ ความผิดคาดหมายก็ตาม การกระทำอันเป็นการยุ ยงที่ไม่สำเร็จก็อาจ ลงโทษได้" ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผลไม่

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	หมายความว่า บุคคลผู้ยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เองจะต้องมีเจตนาพิเศษที่จะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แก่ การมุ่งจะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งกลุ่มชนชาติเชื้อชาติ สีผิว หรือศาสนา เช่นว่านั้น ในกรณีของการยุยงผ่านสื่อ บรรณาธิการและผู้ตีพิมพ์สื่อโดยทั่วไปก็ย่อมต้องรับผิดชอบสื่อที่พวกเขา		กระทำ "โดยตรง" ในประเทศหนึ่ง แต่อาจไม่ใช่การกระทำโดยตรงในอีกประเทศหนึ่ง ขึ้นอยู่กับการรับรู้ของผู้ฟังในแต่ละประเทศ ศาลยังได้กล่าวอีกว่าแม้ว่าการกระทำจะแน่นอนว่าเป็นการยุยง การกระทำนั้นก็ต้องการทำโดยตรง นอกจากนั้นการกระทำอันเป็นการยุยงจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นการ		จำเป็นต้องวินิจฉัยในเรื่องการยุยง แต่เป็นศักยภาพของการสื่อสารต่างหากที่จะก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และทำให้มันเป็นการยุยงดังนั้น เมื่อศักยภาพนั้นได้ รับ ก า ร บ ู้ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็เกิดขึ้น

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	เขาคบคุยมซึ่งเจตนาเป็น สิ่งสำคัญในการวินิจฉัย ขอบเขตของความรับผิดชอบ อันได้แก่ วัตถุประสงค์ ของการสื่อสารที่พวกเขา ถ่ายทอดออกมา ไม่ว่าจะเป็น วัตถุประสงค์ในการ เผยแพร่เนื้อหาต่อ สาธารณะชนนั้นจะ เป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ เช่น การค้นคว้าหรือวิจัย ทางประวัติศาสตร์ การ แพร่ข่าวหรือข้อมูล หรือ การชี้แจงต่อสาธารณะ		กระทำโดยตรงหรือไม่ โดยมุ่งพิจารณาเป็นหลัก ว่า “บุคคลผู้รับฟัง ข้อความที่ผู้พูดมุ่ง ประสงค์นั้นได้เข้าใจโดย ทันทีถึงความหมาย โดยนัยของผู้พูดหรือไม่”		การยุยงจึงเป็นความผิด ไม่ว่าจะเกิดผลตามที่ เจตนาจะให้เกิดหรือไม่ ในการวินิจฉัยว่าการ สื่อสารนั้นแสดงเจตนาที่ จะก่อให้เกิดการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์และเป็นการ ยุยงหรือไม่ นั่น ศาล จะต้องพิจารณาใน ประการสำคัญว่า การ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เกิดขึ้นจริงหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อสื่อเจตนาที่

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	ของเจ้าหน้าที่รัฐ โดย ภาษาที่ใช้จริงในสื่อจะถูก อ้างเพื่อเป็นตัวตั้งวัดถึง เจตนา				จะก่อให้เกิดผลเช่นนั้น ย่อมปราฏจาก พยานหลักฐานในส่วน ของข้อเท็จจริงที่ได้ ก่อให้เกิดผล

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
คดีหมายเลข ICTR-98-44A-T ระหว่าง Prosecutor v. Juvénal KAJELIJELI	ผู้ยุยงจะต้องมีความมุ่งหมายที่จะสร้างเจตนาพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดให้กระทำ ความผิดเช่นนั้นในจิตใจของบุคคลที่ได้เข้าร่วม ซึ่งหมายความว่าบุคคลผู้ยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เองจะต้องมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แก่ การมุ่งจะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งกลุ่มชนชาติ	ในระบบคอมมอนลอว์ การยุยงให้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าเป็น การสนับสนุนส่งเสริม หรือการชักนำผู้อื่นให้กระทำความผิด รวมถึง โดยการใช้การคุกคาม หรือรูปแบบของการกดดันอื่น ไม่ว่า อาชญากรรมจะได้รับ การทำลายจริงหรือไม่ ส่วน ในระบบประมวลกฎหมาย จะลงโทษการยุยง	ต้อง “กระตุ้นบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นการเฉพาะให้เข้าร่วมกระทำความผิด อาญาในทันที มากกว่า เป็นเพียงการแนะนำที่คลุมเครือหรือไม่ชัดเจน เท่านั้น” และภายใต้ ระบบประมวลกฎหมาย นั้น การก่อให้เกิดความเสียหายเหมือนกัน การยุยงที่ต่อกระทำโดยตรงด้วยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการกระทำ	ต้องพิจารณาจาก เหตุการณ์ของการยุยงได้แก่ สถานที่ที่การยุยงได้เกิดขึ้น และไม่ว่าผู้ฟังจะถูกเลือกหรือจำกัดหรือไม่ และอ้างถึง ความเห็นของ คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าคือ การเรียกร้องการกระทำทางอาญาต่อปัจเจกชนจำนวนมาก ในที่สาธารณะหรือต่อสมาชิก	อาชญากรรมยุยงเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล ภายใตระบบคอมมอนลอว์ อันการสื่อสารเพียงอย่างเดียวก็อาจลงโทษได้ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงผลสำเร็จของวัตถุประสงค์แห่งการสื่อสารนั้น เนื่องจาก “เป็นที่ชัดแจ้งว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นประเภทของความผิดที่ร้ายแรงมากเสีย

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	เชื้อชาติ สีผิว หรือศาสนา เช่นว่านั้น	ยงโดยตรงและโดย สาธารณะที่ยอมรับกันว่า เป็นรูปแบบของการก่อให้ กระทำความผิดที่ได้รับ การนิยามว่า เป็นการ กระทำด้วยเจตนาโดย ตรงที่จะก่อให้ผู้ถูกระทำ ความผิดหรือการ ประทุพถิติมีขอบผ่าน ทางการปราศรัย การพูด เสียงดังหรือขู่เข็ญ หรือ วิธีการสื่อสารด้วยการ มองเห็นและการได้ยินอื่น ใด	ความผิดเป็นการเฉพาะ โดยเจตนาที่มีหน้าที่พิสูจน์ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผลของการ การกระทำที่ชัดเจน ระหว่างการกระทำอัน เป็นการยุยงหรือการก่อ ให้กระทำความผิดและ ความผิดเฉพาะนั้นๆ	ของกลุ่มชนเป็นการทั่วไป ด้วยวิธีการ เช่น การ สื่อสารมวลชน หรือ ยกตัวอย่างเช่นวิทยุ หรือ โทรทัศน์	จนกระทั่งการยุยง โดยตรงและโดย สาธารณะให้กระทำ อาชญากรรมเช่นว่านั้น ต้องถูกลงโทษ แม้ว่าการ ยุยงเช่นว่านั้นจะไม่ ก่อให้เกิดผลตามที่ ผู้กระทำความผิดคาดไว้ ก็ตาม"
			นอกจากนี้องค์ประกอบ โดยตรงของการยุยง จะต้องพิจารณาถึงบริบท ทางวัฒนธรรมและ		แม้อาชญากรรมยุยงเป็น ความผิดที่ไม่ต้องการผล อย่างไรก็ตาม โจทก์มี ภาระที่จะต้องพิสูจน์ถึง

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การุญยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การุญยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องผลการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
			ภาษาศาสตร์และ “ไม่ว่า ระบบกฎหมายใด การุญ ยงโดยตรง และโดย สาธารณะต้องนิยามให้ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ แห่งการตีความมาตรา 2(3)(ซี) ว่า เป็นการก่อให้เกิด ผู้กระทำการทำความผิด โดยตรง” ไม่ว่าจะผ่าน ทางการปราศรัย การพูด เสียงดังหรือขมิ้ม ที่กล่าว ในสถานที่สาธารณะหรือ ในการชุมนุมสาธารณะ หรือ ผ่าน ทาง การ		มูลเหตุที่ชัดเจนระหว่าง การกระทำอันมีลักษณะ เป็นการุญยง หรือการก่อ ให้ผู้อื่นกระทำการในกรณีนี้ และในความผิดเฉพาะ นั้นๆ ดังนั้น โจทก์จึงต้อง พิสูจน์ให้เห็นถึงความ ความสัมพันธ์มูลเหตุ ระหว่างคำกล่าวของผู้ ยงกับผลที่เกิดขึ้นตามมา ด้วย

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
			จำหน่ายหรือเผยแพร่ เสนอเพื่อจำหน่ายหรือ เปิดเผยซึ่งเนื้อหาเป็น ลายลักษณ์อักษรหรือ เนื้อหาที่ตีพิมพ์ในสถานที่ สาธารณะหรือในที่ชุมนุม สาธารณะ หรือผ่านการ เปิดเผยสาธารณะด้วย ป้ายประกาศหรือป้าย โฆษณา หรือผ่านทาง วิธีการสื่อสารด้วยภาพ และเสียงอื่นใด		

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
คดีหมายเลข ICTR-01- 72-T ระหว่าง Prosecutor v. Simon BIKINDI	เจตนาที่จะยุยงผู้อื่น โดยตรงและโดย สาธารณะให้กระทำการ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดย สันนิษฐานว่ามีเจตนา ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในกรณีนี้ที่ปราศจาก พยานหลักฐานโดยตรง เจตนาทำลายล้าง เผ่าพันธุ์อาจอนุมานได้ จากข้อเท็จจริงที่ เกี่ยวข้องและ	ภาษาที่ใช้ในแนวคำ พิพากษาของศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่ง รวันดาเกี่ยวกับการยุยง โดยตรงและโดย สาธารณะให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์จะอ้างถึง "การ เรียกโดยตรง" และ "ข้อความ" ซึ่งกว้าง พอที่จะรวมเพลงเข้ากับ การยูยงได้ นอกจากนั้นการพูดเพื่อ	การเรียกโดยสาธารณะ และโดยตรงให้กระทำการ ตามมาตรา 2(2) ของ ธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่ง รวันดา ซึ่งจะต้อง "มากกว่าเพียงคลุมเครือ หรือการแนะนำโดยอ้อม" และในการวินิจฉัยว่าการ ปราศรัยถึงระดับของการ ยุยงโดยตรงและโดย สาธารณะให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์หรือไม่ บริบท	การเรียกให้กระทำการ ความผิดทางอาญาต่อ คนจำนวนมากในที่ สาธารณะหรือต่อ สาธารณชนทั่วไปจำนวน มาก	บุคคลจะกระทำ อาชญากรรมยูยงโดยตรง และโดยสาธารณะให้ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เมื่อ เขายุยงโดยตรงหรือโดย สาธารณะกระทำการ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย เจตนาที่จะยุยงผู้อื่น โดยตรงหรือโดย สาธารณะให้กระทำการ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้อง พิสูจน์ให้เห็นถึงความ

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	สถานการณ์แวดล้อม แล้วแต่กรณี เช่น บริบท ทั้งหมดที่ความผิดนั้นเกิด การมุ่งเป้าโจมตีเหยื่อ อย่างเป็นระบบเนื่องด้วย ความเป็นสมาชิกของ กลุ่มที่ได้รับการปกป้อง การเฉพาะเจาะจง สมาชิกของกลุ่มอื่นเป็น พิเศษ ระดับและขอบเขต ของความผิดที่ได้กระทำ ลง ความถี่ของการ กระทำที่เป็นการทำลาย และเลือกปฏิบัติ หรือ	สร้างความเกลียดชังโดย ตัวของมันเองนั้นไม่เป็น ความผิดทางอาญา ภายใต้ธรรมนูญของศาล อาญาระหว่างประเทศ แห่งวันนี้ แต่การพูด เพื่อสร้างความเกลียดชัง อาจมาก่อนหรือติดตาม มากับการยุยงโดยตรง และโดยสาธารณะให้ กระทำการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ ซึ่งเฉพาะแต่ กรณีแรกคือ กรณีที่การ พูดเพื่อสร้างความเกลียด	เป็นข้อพิจารณาหลัก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริบททางวัฒนธรรมและ ทางภาษาศาสตร์ ได้แก่ การเป็นสมาชิกทาง การเมืองหรือทางสังคม ของผู้เขียน ของผู้ฟัง และ วิธีการในการเข้าใจ ข้อความโดยผู้ฟังที่เขามุ่ง หมาย เช่น การพิจารณา ว่าบรรดาผู้ฟังที่ข้อความมุ่ง หมายเข้าใจเนื้อหาของ ข้อความนั้นหรือไม่ การ เรียกโดยตรงให้ทำลาย		ความสัมพันธ์มูลเหตุ ระหว่างคำกล่าวของผู้ยุย ยงกับผลที่เกิดขึ้นตามมา ดูว่า ค ว ม เป็น อาชญากรรมที่สมบูรณ์ โดยตนเอง การยุยงโดย สาธารณะและโดยตรงให้ กระทำทำลายล้าง เผ่าพันธุ์จึงลงโทษได้ แม้ว่าไม่มีการกระทำของ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็นผลจากการยุยงนั้น

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การยุยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การยุยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
	ลัทธิทางการเมืองที่สร้าง การกระทำดังกล่าวขึ้น	ซึ่งอาจเกิดขึ้นก่อนเท่านั้น ที่เป็นกรเรียกให้ทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์อย่างแท้จริง อันจะลงโทษได้ตาม มาตรา 2(3)(ซี) ของ ธรรมนูญของศาลอาญา ระหว่างประเทศแห่ง รวันดา นี้ และเมื่อ พิจารณาประกอบกับงาน ต้นร่างของอนุสัญญา ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ให้ การสนับสนุนข้อสรุปนี้ว่า อนุสัญญาทำลายล้าง เผ่าพันธุ์เจตนาที่จะ	ล้างเผ่าพันธุ์อาจแสดง เป็นนัย กล่าวคือ ไม่ จำเป็นต้องเรียกให้ทำลาย อย่างชัดแจ้ง แต่ก็อาจ เป็นการยุยงโดยตรงและ โดยสาธารณะให้ทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์ได้ในบาง บริบท		

องค์ประกอบความผิด คำพิพากษา	เจตนา	การุญยงให้ทำลายล้าง เผ่าพันธุ์	โดยตรง	โดยสาธารณะ	การุญยงเป็นความผิดที่ ไม่ต้องการผล/ ความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล
		กำหนดการกระทำให้เป็น ความผิดทางอาญาและ ลงโทษทางอาญาต่อการ เรียกโดยตรงให้กระทำ การอันเป็นการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์เท่านั้น แต่ มิใช่ทุกรูปแบบของการยุ ยงให้เกิดซึ่ง			

แม้ศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาได้สร้างแนวทางการใช้และการตีความความผิดฐานยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่นอกจากการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นความผิดภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา การยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ด้วย

4.2 แนวคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศอื่นต่อความผิดฐานยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศอื่นเกี่ยวกับความผิดฐานนี้ เพื่อให้เห็นถึงแนวโน้มการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าว และเมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ภายใต้ศาลระหว่างประเทศอื่น ก็พบว่าไม่มีเพียงศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับการใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (ระหว่าง บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา กับ เซอร์เบียและมอนเตเนโกร) ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า คดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007¹⁰¹ ที่กล่าวถึงความผิดฐานยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่เป็นในบริบทของความรับผิดชอบของรัฐ มิใช่ความรับผิดชอบปัจเจกบุคคลดังเช่นกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา

ในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 นี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้อธิบายถึงความรับผิดชอบของจำเลยในคดีนี้ ได้แก่ เซอร์เบียและมอนเตเนโกร ต่อการกระทำที่เกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ การกร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 3 วรรค (บี)) การยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 3 วรรค (ซี)) การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 3 วรรค (ดี)) และการสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 3 วรรค (อี))

¹⁰¹ Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment (26 February 2007) [ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "Genocide in Bosnia (2007) Judgment"].

โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยในส่วนของความผิดของรัฐต่อการกระทำอื่นเพื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งรวมถึงการยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า ด้วยปรากฏข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณาคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 ต่อความรับผิดชอบ (ปี) และ (ซี) ของมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า องค์การของ FR Yugoslavia หรือบุคคลที่กระทำตามคำสั่งหรือภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของรัฐ ได้กระทำการที่เป็น “การร่วมกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (มาตรา 3 วรรค (ปี)) หรือเป็น “การยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์” (มาตรา 3 วรรค (ซี)) เฉพาะในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใน Srebrenica ซึ่งในกรณีตามวรรค (ซี) ไม่ปรากฏข้อมูลที่เพียงพอต่อศาลที่จะวินิจฉัยให้องค์การของจำเลย หรือบุคคลที่กระทำการตามคำสั่งของจำเลยหรืออยู่ภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของจำเลย ได้กระทำการยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างพันธุ์ใน Srebrenica และไม่มีการพิสูจน์ในประเด็นที่ว่า องค์การหรือบุคคลยุบให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อื่นใดบนดินแดนของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา¹⁰² อีกทั้งศาลระหว่างประเทศวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศตามมาตรา 3 วรรค (ปี) และ (อี) แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ดังนั้น ศาลระหว่างประเทศจึงวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศตามมาตรา 3 ทั้งหมด¹⁰³

คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 แสดงให้เห็นว่า ความรับผิดชอบต่อการยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น นอกจากจะสามารถดำเนินคดีต่อปัจเจกชนแล้ว ก็ยังสามารถดำเนินคดีต่อความรับผิดชอบของรัฐได้อีกด้วย ดังนั้น แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาต่อความผิดฐานยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างพันธุ์ จึงสร้างความชัดเจนของแนวทางการใช้และการตีความความผิดฐานดังกล่าว มิใช่แค่ในบริบทของความรับผิดชอบทางอาญาสวนบุคคล แต่ยังรวมถึงบริบทของความรับผิดชอบของรัฐด้วย

เมื่อบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวีย และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา มีองค์ประกอบเหมือนกัน ประกอบกับการดำเนินคดีต่ออาชญากรภายใต้ฐานความผิดยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้

¹⁰² Genocide in Bosnia (2007) Judgment, para. 416-417.

¹⁰³ Ibid., para. 416-424.

ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้การพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาเป็นการดำเนินคดีล่าสุดต่อความผิดฐานนี้ ดังนั้น แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงย่อมถือเป็นหลักเพื่อการใช้และการตีความความผิดฐานยุงโดยตรงและโดยสาธารณะนี้ต่อไป

นอกจากแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจะมีอิทธิพลต่อการกำหนดองค์ประกอบความผิดในข้อหาดังกล่าวในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดายังทำให้เห็นความจำเป็นในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่อาจเกิดขึ้นด้วย

4.3 แนวทางการป้องกันการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน 2 แนวทาง ได้แก่ แนวทางการป้องกันการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และแนวทางการป้องกันการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง

4.3.1 แนวทางตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948

เนื่องจากที่ผ่านมาไม่เคยมีการกล่าวถึงความรับผิดชอบของรัฐเพื่อการยุงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เลย อย่างไรก็ตาม มาตรา 1 และมาตรา 5 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ก็กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดด้วย¹⁰⁴ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007¹⁰⁵ เห็นว่า ความรับผิดชอบของรัฐเพื่อละเมิดพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น มีความเชื่อมโยงอย่างชัดเจนระหว่างหน้าที่ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และหน้าที่ลงโทษผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

¹⁰⁴ Paola Gaeta, The United Nations Genocide Convention: a commentary (New York: Oxford University Press, 2009), p. 207-380.

¹⁰⁵ Genocide in Bosnia (2007) Judgment, para. 425-427.

โดยปรากฏคดีภายใต้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวของรัฐ ในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 ที่ได้วางหลักเกี่ยวกับพันธกรณีของรัฐในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า ถ้อยคำในมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงใกล้ชิดระหว่างการป้องกันและการลงโทษว่า “ภาคีแห่งอนุสัญญารับรองว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าจะกระทำลงในการะสงบหรือการะสงคราม ก็เป็นอาชญากรรมหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ที่ภาคีรับเอาเพื่อป้องกันและลงโทษ”

นอกจากนั้น หนึ่งในวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการป้องกันการกระทำทางอาญาโดยทั่วไป ได้แก่ การกำหนดบทลงโทษต่อบุคคลที่กระทำอาชญากรรมเช่นนั้น และการกำหนดบทลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพต่อบรรดาผู้พยายามกระทำอาชญากรรมเช่นนั้น เพื่อการป้องกัน และสุดท้าย ถึงแม้ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะกำหนดบทบัญญัติอย่างละเอียดและชัดเจนเกี่ยวกับหน้าที่ในการลงโทษ (มาตรา 3 ถึง 7) แต่ผลของมาตราดังกล่าวก็เพื่อพันธกรณีในการป้องกัน ตามที่ระบุอย่างเป็นหลักการในมาตรา 1 โดยมาตรา 8 กล่าวว่า “ภาคีแห่งอนุสัญญาอาจร้องขอให้องค์การของสหประชาชาติที่มีอำนาจดำเนินการใดๆ ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ เมื่อองค์การนั้นพิจารณาว่าเหมาะสมเพื่อการป้องกันและการปราบปรามการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3”

ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 ก็อธิบายว่า แม้ว่ามาตรา 8 นี้จะเป็นกรณีที่องค์การของสหประชาชาติที่มีอำนาจถูกร้องขอให้ดำเนินการตามที่พิจารณาว่าเหมาะสมก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่ารัฐภาคีแห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะปลดเปลื้องจากพันธกรณีในการดำเนินการเท่าที่ทำได้ในการป้องกันการเกิดขึ้นของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและการตัดสินใจต่างๆ ขององค์การที่มีความสามารถนั้น

ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงต้องพิจารณาประการแรกว่ารัฐได้ดำเนินการตามพันธกรณีในการป้องกันหรือไม่ ก่อนที่จะวินิจฉัยถึงพันธกรณีในการลงโทษ

4.3.1.1 พันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948¹⁰⁶

ด้วยพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวในประการแรกว่า อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิใช่เครื่องมือระหว่างประเทศเพียงอันเดียวที่กำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีต่างๆ ในการป้องกันการกระทำที่ต้องห้าม โดยเครื่องมือระหว่างประเทศอื่นที่กำหนดพันธกรณีเดียวกันในรูปแบบต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้ความเป็นมนุษย์หรือลดความเป็นมนุษย์อื่น ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (มาตรา 2) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้องระหว่างประเทศ รวมถึงผู้แทนทางการทูต ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1973 (มาตรา 4) อนุสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยของสหประชาชาติและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1994 (มาตรา 11) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับการกระเบิดก่อการร้าย ลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1997 (มาตรา 15) ซึ่งเนื้อหาว่าด้วยหน้าที่ป้องกันจะแตกต่างกันไปในแต่ละอนุสัญญาตามถ้อยคำที่เกี่ยวข้องและขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำที่ได้รับการป้องกัน

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า แม้คำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้จะไม่เป็นการสร้างปรัญาทั่วไปทางกฎหมายต่อทุกคดีที่มีสนธิสัญญาหรือแบบแผนทางกฎหมายที่ผูกพันรัฐในการป้องกันการกระทำเฉพาะนั้นๆ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในส่วนที่นอกเหนือจากบทบัญญัติที่บังคับใช้เป็นการเฉพาะ ก็ย่อมเป็นพันธกรณีทั่วไปต่อรัฐในการป้องกันการกระทำของบุคคลหรือตัวตนอื่นที่ขัดต่อปทัสฐานของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงจำกัดตัวเองในการวินิจฉัยขอบเขตเฉพาะของหน้าที่ในการป้องกันในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และในกรณีจำเป็นที่ต้องขยายขอบเขตออกจากบริบทเฉพาะตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ก็ต้องใช้หลักกฎหมายในการวินิจฉัย

ประการที่สอง ศาลระหว่างประเทศกล่าวว่า เป็นที่ชัดเจนว่าพันธกรณีที่เป็นปัญหาเป็นเรื่องของการกระทำมิใช่ผลลัพธ์ ในกรณีที่รัฐไม่สามารถดำเนินการตามพันธกรณีได้สำเร็จ ในทุกสถานการณ์ซึ่งรวมถึงในการป้องกันการกระทำทำลายล้างเผ่าพันธุ์

¹⁰⁶ Ibid., para. 428-438.

ได้แก่ พันธกรณีของรัฐบาลในการใช้ทุกมาตรการที่เป็นไปได้และสมเหตุสมผลเพื่อป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เท่าที่เป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบเกิดขึ้นเมื่อรัฐละเลยอย่างชัดแจ้งที่จะใช้ทุกมาตรการที่จำเป็นภายในอำนาจของรัฐเพื่อป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งในกรณีนี้ การรับรู้ถึง "การละเลย" ย่อมเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ

ประการที่สาม รัฐอาจต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิดพันธกรณีที่จะป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพียงเมื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เกิดขึ้นจริง ได้แก่ ในเวลาที่มีการกระทำความผิด (ได้แก่ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือการกระทำอื่นตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งรวมถึงการยุบโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์) เริ่มต้นขึ้น การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันจึงเกิดขึ้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบของรัฐจึงเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น

เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 แล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงวินิจฉัยว่า เมื่อปรากฏความเสี่ยงอย่างร้ายแรงที่จะเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน Srebrenica แต่จำเลย คือ เซอร์เบียและมอนเตเนโกร มิได้แสดงให้เห็นถึงความริเริ่มใดๆ ในการป้องกันสิ่งที่จะเกิดขึ้นหรือการกระทำใดๆ ในส่วนของจำเลยที่จะหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นของอาชญากรรม ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าองค์การของจำเลยมิได้กระทำการใดๆ เพื่อป้องกันการสังหารหมู่ใน Srebrenica แม้ว่าจำเลยจะอ้างว่าตนเองไม่มีอำนาจก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงกล่าวว่า ความรับผิดชอบของรัฐต่อการละเมิดพันธกรณีในการป้องกัน ไม่ต้องพิสูจน์ว่ารัฐมีอำนาจเด็ดขาดในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพียงปรากฏวิธีที่จะทำได้และละเลยโดยชัดแจ้งในการใช้วิธีนั้นก็เป็นการเพียงพอ

ดังนั้น ในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 นี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงวินิจฉัยว่าจำเลย ได้แก่ เซอร์เบียและมอนเตเนโกร ละเมิดพันธกรณีของตนในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน Srebrenica จำเลยจึงต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

นอกจากพันธกรณีตามมาตรา 1 จะกล่าวถึงการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มิให้เกิดขึ้นแล้ว ก็ยังกำหนดพันธกรณีในการลงโทษแก่ภาคีแห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

4.3.1.2 พันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948¹⁰⁷

พันธกรณีในการลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาจากมาตรา 1 ดังที่กล่าวมาแล้ว ประกอบกับมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งกำหนดให้ “บุคคลที่ถูกกล่าวหาในข้อหาทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำการอื่นตามที่กำหนดในมาตรา 3 จะต้องถูกดำเนินคดีโดยศาลที่มีเขตอำนาจของรัฐในดินแดนที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น หรือโดยศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเมื่อภาคีแห่งอนุสัญญายอมรับเขตอำนาจของศาล”

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในคดี Genocide in Bosnia ค.ศ. 2007 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน Srebrenica อยู่นอกพื้นที่ของจำเลย (เซอร์เบียและมอนเตเนโกร) จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการไม่ดำเนินคดีในศาลภายในของตน อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตาลีเยโกสลาเวียเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศตามหมายของมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และเมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตาลีเยโกสลาเวียตั้งขึ้นตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่กระทำการภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ จำเลยจึงมีพันธกรณี 2 ประการ คือ พันธกรณีในการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอิตาลีเยโกสลาเวีย และพันธกรณีที่จะต้องให้ความร่วมมือกับศาลซึ่งเกิดจากมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ก่อตั้งศาลนั้น

เมื่อปรากฏมีผู้กระทำความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนของจำเลย และจำเลยไม่นำตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าวมาลงโทษ จำเลยจึงละเมิดพันธกรณีในการลงโทษการกระทำอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกชนที่เกิดขึ้น จำเลยจึงมีความรับผิดชอบของรัฐในการไม่ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เมื่อจำเลยไม่กระทำตามพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ก็ย่อมมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเพื่อการละเมิดพันธกรณีนั้น

ดังนั้น ตามแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ทุกรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ จึงมีหน้าที่ให้ความร่วมมือ

¹⁰⁷ Ibid., para. 439-450.

ปฏิบัติตามคำขอและคำสั่งของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาในการจับตัวผู้ต้องสงสัยว่ากระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา ซึ่งเป็นศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่ก่อตั้งขึ้นโดยมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมาลงโทษ อีกทั้งในกรณีที่เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐภาคีก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำขอหรือคำสั่งของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาผูกพันรัฐภาคีในสนธิสัญญาอยู่ด้วย

นอกจากแนวทางป้องกันการข่มขืนโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งเป็นพันธกรณีระดับรัฐเพื่อป้องกันการและลงโทษการข่มขืนโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ก็ยังมีความจำเป็นในการป้องกันการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง ซึ่งอาจนำมาซึ่งความเกลียดชังทางเชื้อชาติและการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในท้ายที่สุดด้วย

4.3.2 แนวทางการป้องกันการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง

แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาสะท้อนให้เห็นถึงผลร้ายที่เกิดจากการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่ไม่ถูกต้องและนำมาสู่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในท้ายที่สุด ดังนั้น การป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงมากที่สุดประการหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกี่ยวข้องกับการปราศรัย นอกจากนั้นยังต้องมีมาตรการเชิงบวกเพื่อส่งเสริมการปราศรัยที่ต่อสู้หรือต่อต้านการเหยียดผิวอันเป็นจุดกำเนิดของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในท้ายที่สุดด้วย

4.3.2.1 มาตรการต่อการปราศรัยที่ไม่ดี

การปราศรัยที่ “ไม่ดี” อาจเรียงลำดับความรุนแรงได้จากการข่มขืนให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง และการปราศรัยของลัทธิเหยียดผิวอื่นที่อาจเพียงมีแนวโน้มที่จะสร้างทัศนคติที่ไม่ดี โดยการจัดการต่อการปราศรัยที่ไม่ดีนั้นอาจใช้ทั้งมาตรการทางกฎหมายและความพยายามในการจัดระบบการควบคุมตนเองของสื่อ รวมถึงการห้ามการเผยแพร่ของกลุ่มที่สร้างความเกลียดชัง

(1) มาตรการทางกฎหมาย

มาตรการทางกฎหมายเป็นมาตรการที่แน่นอนและใช้บังคับเป็นการทั่วไป จึงเป็นมาตรการสำคัญในการดำเนินคดีและป้องกันการปราชัยที่ไม่ดีที่อาจนำไปสู่การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในท้ายที่สุดได้ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบัน ได้แก่ มาตรการทางอาญา มาตรการทางแพ่ง และมาตรการทางปกครอง

(ก) มาตรการทางกฎหมายอาญา

หนึ่งในมาตรการทางกฎหมายที่ต่อสู้กับการปราชัยที่ไม่ดี คือ กฎหมายอาญาที่ควบคุมการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังหรือการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งในระดับพหุภาคี ปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินคดีตามกฎหมายและการป้องกันการปราชัยที่ไม่ดีนั้น คือ การที่รัฐทั้งหลายต่างใช้นโยบายสาธารณะที่กว้างขวางในการพิจารณาว่าจะดำเนินคดีต่อการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังและการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการแห่งอนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 กล่าวว่า อนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 ได้ประกันกระบวนการตัดสินใจนี้ด้วยการจำกัดการใช้ดุลพินิจของรัฐที่ไม่จะดำเนินคดี

ในระดับภูมิภาค สภาให้คำแนะนำแห่งยุโรปว่าด้วยการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง (The Council of Europe Recommendation on Hate Speech) ก็มีการเรียกร้องรัฐต่างๆ ให้ “พัฒนานโยบายการดำเนินคดีอย่างเป็นระเบียบร่วมกันโดยยึดถือชนชาติด้วยความเคารพต่อหลักการในข้อแนะนำนี้”¹⁰⁸ และเรียกร้องเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจให้ใช้อำนาจดูแลการดำเนินคดี โดยคำนึงถึงเสรีภาพในการแสดงออกและการแทรกแซงการใช้เสรีภาพด้วยการลงโทษทางอาญา¹⁰⁹

¹⁰⁸ Recommendation R(97)20 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on ‘Hate Speech’, 30 October 1997, principle 2.

¹⁰⁹ Ibid., principle 5.

ในขณะที่มาตรการทางกฎหมายอาญาตามกฎหมายไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ก็ให้การคุ้มครองทั้งสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรีและสิทธิที่จะปราศจากการเลือกปฏิบัติไว้ตามมาตรา 45 ที่กำหนดให้ “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” อย่างไรก็ตาม ในวรรค 2 ของมาตรา 45 ก็กำหนดให้มีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ประกอบกับมาตรา 28 ก็กำหนดให้ “บุคคล (...) ใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น (...)” ยังกำหนดมีมาตรการป้องกันการปราชัยที่ไม่ดี ซึ่งรวมถึงการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังและการปราชัยเหยียดผิวไว้ตามมาตรา 30 วรรค 3 ที่ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ (...) ความเชื่อทางศาสนา (...) หรือความเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้” อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 29 วรรค 1 ก็กำหนดว่า “การจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

ในกรณีของการปราชัยที่ไม่ดีนั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 85 กำหนดให้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดที่มีโทษไม่ต่ำกว่าหกเดือน ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น และในกรณีที่ความผิดได้กระทำความผิดเพราะการโฆษณาหรือประกาศ ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นเสมือนเป็นตัวการ ซึ่งเป็นการกำกับการใช้เสรีภาพในการแสดงออกโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามนัยแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 วรรค 1 แล้ว ทำให้ผู้โฆษณาและประกาศให้กระทำความผิดย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วย

(ข) มาตรการทางกฎหมายแพ่ง

ในหลายประเทศก็มีการดำเนินคดีทางแพ่งด้วยการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการเลือกปฏิบัติ เช่น ในที่ทำงาน รวมถึงการโฆษณาด้วยวิธีการ

ปราศรัยด้วย และความสำคัญของการใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งก็เป็นที่รับรู้กันทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภายในประเทศ

ในระดับพหุภาคี ความสำคัญของการใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งได้รับการยอมรับในองค์การระหว่างประเทศด้วย อาทิเช่น สภาให้คำแนะนำแห่งยุโรปว่าด้วยการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง (The Council of Europe Recommendation on Hate Speech) ที่เรียกร้องความสนใจในการเยียวยาทางแพ่งมากขึ้นซึ่งนำไปสู่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง¹¹⁰ ซึ่งมีการอ้างถึงในข้อเสนอแนะเดียวกันนี้ถึงความเป็นไปได้ในการให้สิทธิการตอบโต้และ/หรือการถอนคำพูดในกรณีการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง

ส่วนมาตรการทางกฎหมายแพ่งในระดับภายในประเทศของไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สิทธิในการฟ้องร้องและดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และถึงแม้การละเมิดจะเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิตามกฎหมาย (เช่น สิทธิในการแสดงออก) แต่หากการใช้สิทธินั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ก็ถือเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายและเป็นละเมิดตามนัยแห่งมาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปราศรัยที่ไม่ดีอีกทางหนึ่ง

ถึงแม้ว่ามาตรการทางกฎหมายทั้งหมดจะพึงพาศาลเพื่อการบังคับใช้กฎหมายในท้ายที่สุด แต่อย่างน้อยที่สุดมาตรการทางกฎหมายแพ่งก็ช่วยหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีทางกฎหมายอาญาได้ ซึ่งการเยียวยาตามกฎหมายแพ่งยังมีแนวโน้มที่จะรบกวนสิทธิของบุคคลและเสรีภาพในการแสดงออกน้อยกว่ามาตรการทางกฎหมายอาญานอกจากนั้น มาตรการทางอาญาอาจเป็นเพียงการลงโทษเพื่อให้ไม่กล้ากระทำความผิดอีก แต่การเยียวยาทางแพ่งด้วยการให้สิทธิการตอบโต้และ/หรือการถอนคำพูด ย่อมสร้างคุณค่ามากกว่า

¹¹⁰ Recommendation R(97)20 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on 'Hate Speech', 30 October 1997, principle 2. See also the European Commission Against Racism and Tolerance's General Policy Recommendation No7: On National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, adopted 13 December 2002.

ด้วยการเปิดโอกาสในการอธิบายข้อเท็จจริงและให้ผู้กระทำความผิดแสดงความสำนึกผิดด้วยการ ชี้แจงหรือขอโทษ เป็นต้น

(ค) มาตรการทางปกครอง

ในหลายประเทศมีระบบกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการพูดที่เลือกปฏิบัติ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการใช้มาตรการโดยองค์กรทางปกครองที่ต่อต้านการเลือกปฏิบัติในการตอบโต้ต่อการปราศรัยที่เป็นการเลือกปฏิบัติและรูปแบบการเลือกปฏิบัติอื่น

มาตรการทางกฎหมายปกครองในระดับภูมิภาค ได้แก่ การที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยโทรทัศน์ผ่านพรมแดน (The European Convention on Transfrontier Television) ให้เปิดการแบ่งปันการออกอากาศระหว่างรัฐสมาชิกเพื่อให้รายการต่างๆ มีมาตรฐานขั้นต่ำที่แน่นอน รวมถึงการให้รายการต่างๆ เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ให้ยุ่งให้เกลียดชังทางเชื้อชาติ"

ในขณะที่มาตรการทางกฎหมายปกครองในระดับภายในประเทศนั้น รัฐส่วนใหญ่กำหนดเนื้อหาการออกอากาศผ่านทางประมวลกฎหมายว่าด้วยเนื้อหาของรายการที่ใช้บังคับโดยองค์กรกำกับดูแลและมีการกำหนดบทบัญญัติความผิดต่อเนื้อหาที่เหยียดผิวด้วย ยกตัวอย่างมาตรา 2.3 แห่งประมวลของสำนักงานกระจายเสียงและสื่อสารแห่งสหราชอาณาจักร (the United Kingdom Office of Communications Broadcasting Code) ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 2005 ระบุว่า "ในการใช้มาตรฐานที่ยอมรับกันเป็นการทั่วไป สถานีแพร่ภาพกระจายเสียงต้องทำให้ปลอดจากเนื้อหา (material) ที่เป็นการเหยียดผิว โดยเนื้อหาที่เป็นความผิดเช่นนั้น รวมถึงแต่ไม่จำกัดต่อภาษาที่ล่อลวงละเมิด รุนแรง กิจกรรมทางเพศ ความรุนแรงทางเพศ การลบหลู่ ความวุ่นวาย การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การปฏิบัติหรือใช้ภาษาโดยการเลือกปฏิบัติ (เช่น ด้วยเหตุแห่งอายุ ความพิการ เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อและความนิยมทางเพศ) โดยควรแพร่ภาพกระจายเสียงข้อมูลที่เหมาะสมโดยหลีกเลี่ยงหรือทำให้เป็นความผิดน้อยที่สุด"

สำหรับประเทศไทยนั้น ในปัจจุบันมีความพยายามในการออกกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและส่งเสริมมาตรฐานผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและส่งเสริมมาตรฐานผู้ประกอบ

วิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. ... โดยจะจัดให้มีสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและส่งเสริมมาตรฐานผู้ประกอบการวิชาชีพสื่อมวลชนเป็นผู้กำกับดูแลตามกฎหมายร่างกฎหมายนี้ เพื่อให้สื่อมวลชนมีเสรีภาพในการเสนอข่าวและแสดงความคิดเห็นภายใต้ข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญ แต่ต้องไม่ขัดต่อจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพ¹¹¹ โดยจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนตามร่างกฎหมายนี้ ได้แก่ การเสนอข่าวเพื่อประโยชน์สาธารณะ การเสนอความจริงที่ถูกต้องและครบถ้วนรอบด้าน และการเคารพสิทธิมนุษยชนของผู้ที่เกี่ยวข้องในข่าว เป็นต้น¹¹² ซึ่งในขณะนี้อยู่ระหว่างการประชุมรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง¹¹³

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะจัดตั้งองค์กรอิสระเพื่อใช้บังคับกฎระเบียบต่างๆ ต่อเนื้อหาของรายการต่างๆ แล้ว เพื่อให้การดำเนินงานของสื่อมวลชนสอดคล้องกับสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้รัฐธรรมนูญและจริยธรรมแห่งวิชาชีพ

(2) มาตรการที่ไม่ใช่ทางกฎหมาย

เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายเป็นเพียงส่วนเสริม มาตรการที่ไม่ใช่กฎหมายจำนวนมาก โดยในบางครั้งมาตรการที่ไม่ใช่กฎหมายก็เป็นสิ่งสำคัญที่สุด มาตรการที่ไม่ใช่กฎหมาย ได้แก่ มาตรการควบคุมตนเองโดยองค์กรสื่อ สมาคมเกี่ยวกับการเผยแพร่สื่อหรือสมาคมนักข่าว ที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อป้องกันการเผยแพร่การปราศรัยที่ไม่ดี ในหลายประเทศนั้น สื่อโดยเฉพาะหนังสือพิมพ์และนักข่าว จะมีการจัดตั้งองค์กรควบคุมตนเองเพื่อส่งเสริมมาตรฐานทางวิชาชีพและในบางกรณีก็จัดให้มีระบบการร้องเรียนให้กับสาธารณะเพื่อการรายงานถึงการละเว้นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานทางวิชาชีพ ในหลายกรณี มาตรฐานเหล่านั้นรวมถึงกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการรายงานเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับเชื้อชาติด้วย ยกตัวอย่างเช่น การที่สมาพันธ์นักข่าวระหว่างประเทศ (The International Federation Of Journalists) มีมติรับเอาประกาศหลักการว่าด้วยความประพฤติของนักข่าว (Declaration of Principles on the Conduct

¹¹¹ มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและส่งเสริมมาตรฐานผู้ประกอบการวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. ...

¹¹² มาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและส่งเสริมมาตรฐานผู้ประกอบการวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. ...

¹¹³ Available from: <http://www.krisdika.go.th>

of Journalists) โดยในหลักการที่ 7 กำหนดว่า “นักข่าวจะต้องตระหนักถึงอันตรายของการเลือกปฏิบัติจากสื่อ และจะต้องหลีกเลี่ยงอย่างถึงที่สุดต่อการอำนวยความสะดวกแก่การเลือกปฏิบัติ เช่นว่านั้นที่อยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ เพศ ความนิยมทางเพศ ภาษา ศาสนา การเมือง หรือความคิดเห็นอื่น และกำเนิดทางชนชาติหรือสังคม”

ความตระหนักนี้มุ่งหมายเป็นการเฉพาะต่อสื่อและยังมุ่งหมายต่อสาธารณะชนอย่างเป็นการทั่วไปด้วย อันเป็นวิธีการทางสังคมที่สำคัญอีกอันหนึ่งที่มีต่อการพูดปดร้ายที่ไม่ดี และในชั้นคณะกรรมการสิทธิการทั่วไปที่ 29 แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 ว่าด้วยการโจมตีลัทธิเหยียดผิวเรียกร้องรัฐภาคีให้ “ใช้มาตรการที่จะสร้างความตระหนักระหว่างวิชาชีพสื่อให้อยู่บนพื้นฐานของการโจมตีการเลือกปฏิบัติ”¹¹⁴

(3) การห้ามกลุ่มต่างๆ

การห้ามกลุ่มเกลียดชังต่างๆ เป็นการสร้างผลเชิงป้องกันที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นเหตุผลที่สำคัญที่สุดในการรวมการห้ามกลุ่มเกลียดชังต่างๆ นี้ไว้ในมาตรา 4(บี) แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966

ในชั้นคณะกรรมการสิทธิการทั่วไปที่ 15 ขอคณะกรรมการอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 ยอมรับว่า บางรัฐปฏิเสธที่จะห้ามกลุ่มต่างๆ ก่อนที่สมาชิกของกลุ่มนั้นจะยุ้งให้เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและกล่าวว่ามาตรานี้ “วางภาระอันยิ่งใหญ่ให้กับรัฐเพื่อเตรียมพร้อมในการดำเนินการทางกฎหมายต่อองค์กรเช่นว่านั้นก่อนการเกิดขึ้นของการยุ้งให้เลือกปฏิบัติ โดยประกาศให้ระบบและกิจกรรมโฆษณาชวนเชื่ออื่นขององค์กรเหล่านี้เป็นสิ่งผิดกฎหมายและต้องห้าม รวมถึงให้การเข้าร่วมองค์กรเหล่านี้ต้องได้รับการลงโทษด้วย” แม้ในข้อสงวนเฉพาะของประเทศต่างๆ คณะกรรมการอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1966 ก็ยังคงยืนยันถึงการห้ามกลุ่มเหยียดผิวและกลุ่มเหยียดผิวจะต้องได้รับบทลงโทษทางอาญาในประเทศสมาชิกอย่างเหมาะสม และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

¹¹⁴ General Recommendation 29: Article 1, paragraph 1 of the Convention (Descent) (1 November 2002), para. 20.

ระหว่างประเทศก็ยินดีกับความพยายามที่จะห้ามกลุ่มต่างๆ ที่โฆษณาชวนเชื่อความคิดเหยียดผิวนั้น

ในสถานการณ์ที่รุนแรงที่สุดที่มีการกระจายเสียงวิทยุและการตีพิมพ์เผยแพร่การยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา การดำเนินการแรกเพื่อได้ตอบการกระจายเสียงวิทยุและการตีพิมพ์เผยแพร่งกล่าวเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1998 ที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ผ่านมติที่ 1161 เกี่ยวกับรวันดาและประเทศข้างเคียงว่า “กระตุนรัฐทั้งหมดและองค์การที่เกี่ยวข้องให้ร่วมมือในการได้ตอบการกระจายเสียงวิทยุและการตีพิมพ์เผยแพร่ที่ยุยงการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ความเกลียดชังและความรุนแรงในภูมิภาคนี้”

ดังนั้น การผ่านมติที่ 1161 ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาตินี้จึงเป็นการรับรองว่าการส่งคลื่นวิทยุรบกวน (jamming) การกระจายเสียงของสถานีวิทยุ RTLM ในบริบทของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดาเป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมาย¹¹⁵

4.3.2.2 มาตรการเชิงบวก

ในสังคมที่ปกครองด้วยกฎหมาย สื่อย่อมมีบทบาทสำคัญในการต่อสู้กับลัทธิเหยียดผิว บทบาทเช่นนั้นของสื่อไม่ควรต้องถูกบังคับโดยกฎหมาย แต่ย่อมเป็นหน้าที่ทางสังคมที่สำคัญของผู้มีบทบาทเกี่ยวข้องกับสื่อในการต่อสู้กับลัทธิเหยียดผิว ซึ่ง 3 หน่วยงานสำคัญที่มีอำนาจเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก ได้แก่ ผู้รายงานพิเศษของสหประชาชาติเกี่ยวกับเสรีภาพในความคิดเห็นและการแสดงออก ผู้แทน OSCE เกี่ยวกับเสรีภาพในสื่อ และผู้รายงานพิเศษของ OAS เกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก กล่าวว่า “องค์กรสื่อ ผู้ประกอบกิจการสื่อและผู้ทำงานสื่อ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานีให้บริการแพร่ภาพกระจายเสียงสาธารณะ ย่อมมีพันธกรณีทางจริยธรรมและทางสังคมในการช่วยต่อสู้กับลัทธิเหยียดผิว การเลือกปฏิบัติ ความเกลียดกลัวคนต่างชาติและการขาดความอดทนอดกลั้น”

¹¹⁵ Metz, J.F., “Rwanda Genocide and the International Law of Radio Jamming,” *American Journal of International Law* 91 (1997): 628.

ดังนั้น สถานีให้บริการแพร่ภาพกระจายเสียงจึงมีพันธกรณีพิเศษที่จะส่งเสริมความใจกว้างและการแบ่งปันคุณค่าของการอยู่ร่วมกันภายใต้ความแตกต่างทางวัฒนธรรมและความแตกต่างทางเชื้อชาติของคนในรัฐนั้น

นอกจากนั้น การให้โอกาสชนกลุ่มน้อยได้แสดงออกก็เป็นอีกแนวทางสำคัญในการต่อสู้กับลัทธิเหยียดผิว เนื่องจากลัทธิเหยียดผิวมักใช้การบรรยายภาพของชนกลุ่มน้อยโดยรวบรวมจุดบกพร่อง เช่น ความโง่เขลา ความไม่รู้ ความละโมภหรืออื่นๆ แล้วนำมาแสดงในมิติหรือแง่มุมเดียว ซึ่งการบิดเบือนเช่นนี้เกิดขึ้นได้จากความไม่รู้เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยเหล่านั้น ดังนั้น สื่อย่อมเป็นเส้นทางที่สำคัญในการต่อสู้กับความไม่รู้เหล่านั้น

ความหลากหลายของสื่อในการคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงชนกลุ่มน้อยอาจได้รับการส่งเสริมในหลายทาง ซึ่งรวมถึงผ่านทางกระบวนการออกใบอนุญาตออกอากาศและด้วยการให้การอุดหนุนสื่อสิ่งพิมพ์ของชนกลุ่มน้อย ยกตัวอย่างเช่นในแอฟริกาใต้ มาตรา 2(เอ) ของกฎหมายว่าด้วยอำนาจการสื่อสารอิสระแห่งแอฟริกาใต้ (the Independent Communications Authority of South Africa Act) ระบุว่า หนึ่งในวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้คือ “การกำกับดูแลการออกอากาศเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อคุ้มครองความยุติธรรมและความหลากหลายทางความคิดที่กว้างขวางที่เกิดขึ้นในสังคมแอฟริกาใต้”

ดังนั้น เมื่อแนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงได้สร้างแนวทางการใช้และการตีความบทบัญญัติว่าด้วยการยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ให้มีความชัดเจนมากขึ้น และส่งอิทธิพลต่อการกำหนดองค์ประกอบความผิดในข้อหาดังกล่าวในกฎหมายระหว่างประเทศให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นแล้ว แนวคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาจึงแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของการดำเนินมาตรการป้องกันการยุยงให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังด้วย