

กรณีศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วย
การป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (26 กุมภาพันธ์ 2550)



นางสาวอริศรา เหล็กคำ

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2553

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A STUDY OF THE ICJ CASE CONCERNING THE APPLICATION OF THE CONVENTION
ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE
(26 FEBRUARY 2007).



Miss Arisara Lekham

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2010

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

กรณีศึกษาค่าพิพาทของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี
การปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษ
อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (26 กุมภาพันธ์ 2550)

โดย

นางสาว อริศรา เหล็กคำ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

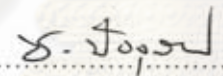
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์

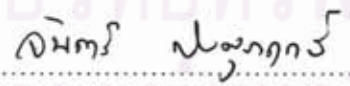
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

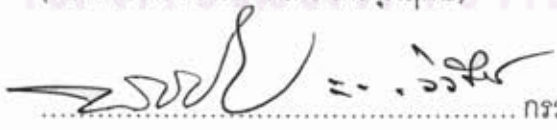
 คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

 ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจสานนท์)

 อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์)

 กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์)

 กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร. พรชัย ต่านวิวัฒน์)

อริศรา เหล็กคำ : กรณีศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการ
ปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์
(26 กุมภาพันธ์ 2550). (A STUDY OF THE ICJ CASE CONCERNING THE
APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND
PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (26 FEBRUARY 2007).)
อ. ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศ. วิจิต มันทาภรณ์, 427 หน้า.

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ห้ามมิให้ทั้งรัฐและปัจเจก
บุคคลกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ก็มีข้อโต้แย้งว่าเฉพาะปัจเจกบุคคล
เท่านั้นที่สามารถมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ ส่วนความรับผิดชอบ
ของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังคงถูกโต้แย้งอยู่

จากปัญหาดังกล่าว จึงจำเป็นจะต้องศึกษาคำพิพากษาคดีนี้เนื่องจากเป็น
คำพิพากษาที่ได้แสดงความชัดเจนว่าทั้งรัฐและปัจเจกบุคคลต่างมีความรับผิดชอบสำหรับ
การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นกัน แต่เป็นความรับผิดชอบคนละระบอบ กล่าวคือ รัฐมีความ
รับผิดชอบภายใต้หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วย
กฎหมายระหว่างประเทศ และปัจเจกบุคคลมีความรับผิดชอบภายใต้หลักกฎหมายเรื่องความ
รับผิดทางอาญาของปัจเจกบุคคล

เมื่อได้ทำการศึกษาและพิจารณาแล้วพบว่า รัฐสามารถมีความรับผิดชอบสำหรับการ
ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่สามารถลงโทษได้ผ่านการกระทำของปัจเจกบุคคลที่
ถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐ นอกจากนี้รัฐทั้งหลายยังมีความรับผิดชอบในการ
ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หากปรากฏว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น และรัฐนั้น
ไม่ได้ทำการป้องกันทั้งที่สามารถป้องกันได้

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....อริศรา เหล็ก คำ.....
ปีการศึกษา.....2553.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5086048834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : GENOCIDE / STATE RESPONSIBILITY / INDIVIDUAL CRIMINAL LIABILITY

ARISARA LEKKHAM : A STUDY OF THE ICJ CASE CONCERNING THE APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (26 FEBRUARY 2007).
ADVISOR : PROF. VITIT MUNTARBHORN, 427 pp.

Genocide is a crime under international law which is prohibited by States and humanity. Genocide is controversial only to the individuals who are responsible for genocide and not the State.

For this reason, this case will be studied because it indicates that both States and individuals can hold responsibility for genocide, but in different regimes. In other words, States can have responsibility for genocide under responsibility of States for internationally wrongful acts and individuals can have responsibility for genocide under individual criminal liability.

From the study, States can be responsible for genocide and punishable acts through their organs or persons or groups whose conduct is attributable to them. Furthermore, States can be responsible for prevention when the genocide occurred if the State could have prevented but did nothing to prevent the crime.

Field of Study : Laws

Student's Signature *Arisara Lekkhams.*

Academic Year : 2010

Advisor's Signature *Vitit Muntarbhorn*

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้รับความเมตตาและกรุณาอย่างสูงสุดจากท่าน ศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์ ที่ได้สละเวลาเพื่อต่อผู้เขียนในการรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ หากไม่มีท่านอาจารย์คอยให้การผลักดันแล้ว ผู้เขียนคงจะไม่สามารถทำวิทยานิพนธ์ ได้สำเร็จเป็นแน่ ซึ่งในชีวิตนี้ของผู้เขียนคงจะไม่มีอาจารย์ท่านใดทำให้ผู้เขียนได้มากขนาดนี้

ผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์ ที่ได้ให้ความเมตตาารับเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ภายในระยะเวลาอันจำกัด ซึ่งท่านได้ให้แนวคิดที่เป็นประโยชน์อย่างมากในการทำวิทยานิพนธ์ นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นศุภฤกษ์ ที่คอยถามไถ่และให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา และท่านยังได้ให้ความกรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ซึ่งแม้ท่านจะมีภารกิจที่สำคัญแต่ท่านก็ได้เสียสละมาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียนจนได้ รวมทั้งท่านอาจารย์ ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียนและได้ให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์ ผู้ที่ให้ความเมตตาและความเข้าใจต่อผู้เขียนเป็นอย่างสูงทั้งในด้านการศึกษาและการทำงาน ตลอดจนคุณอาจารย์ทุกท่านที่ได้ให้ความรู้และกำลังใจต่อผู้เขียนเสมอมา เจ้าหน้าที่ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่คอยช่วยเหลือผู้เขียนในด้านต่างๆ เพื่อนร่วมชั้นเรียนกฎหมายระหว่างประเทศปีการศึกษา 2550 เพื่อนร่วมชั้นเรียนปริญญาโทและเพื่อนจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงที่รัก และปรารถนาดีทุกท่านที่ได้ช่วยเหลือและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด โดยเฉพาะนางสาว ธัญสุดา ไพบูลย์ กัลยาณมิตรที่อยู่เคียงข้างผู้เขียนเสมอมา นางสาวภัสชนันท์ กลิ่นศรีสุข ผู้ผลักดันผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จ นางสาวกุศลิน ตันอารีย์ และนางสาวอุมาพร ดะสูงเนิน ผู้คอยสนับสนุนข้อมูลและกฎระเบียบต่างๆ เกี่ยวกับการส่งวิทยานิพนธ์

และท้ายที่สุด ต้องขอขอบพระคุณพ่อวุฒิศักดิ์ เหล็กคำ คุณแม่ธิดาธร แก้วเจิม คุณตาเสมอ แก้วเจิม คุณยายคำผูน แก้วเจิม นางสาวชลธิชา เหล็กคำ ตลอดจนวงศ์ญาติญาติญาติทั้งหลายที่คอยให้กำลังใจ และสนับสนุนผู้เขียนในทุกเรื่องมาตลอดชีวิตของผู้เขียน นอกจากนี้ยังมี พลตรีสรวง ไพบูลย์ พลตรีหญิงอัญชัญ ไพบูลย์ นางสาวปานชีวัน ไพบูลย์ รองศาสตราจารย์ พันเอก ดร.ถวัลย์ ฤกษ์งาม พลตรีหญิงอัญชวลี ฤกษ์งาม คุณยายปราณี พัฒนจันทร์ ผู้เปรียบเสมือนครอบครัวของผู้เขียนที่คอยสนับสนุนและให้กำลังใจกับผู้เขียนเสมอมา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	7
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	7
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย.....	8
บทที่ 2 คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วย การป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	9
2.1 ข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย....	14
2.2 คำพิพากษาคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	23
2.2.1 ประเด็นโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ....	30
2.2.2 ประเด็นโต้แย้งในเนื้อหาแห่งคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ สำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	33
2.2.2.1 การปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	35
2.2.2.2 การพิจารณาข้อเท็จจริงของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน ดินแดนบอสเนีย.....	51

2.2.2.3 ความรับผิดชอบสำหรับเหตุการณ์ที่เซปรีนีก้าภายใต้ บทบัญญัติข้อ 3 วรรค (a) ของอนุสัญญาการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์.....	62
2.2.2.3.1 การพิจารณาการกระทำขององค์กรของจำเลย ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เซปรีนีก้าของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	62
2.2.2.3.2 การพิจารณาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซปรีนีก้า ภายใต้การแนะนำและควบคุมโดยจำเลยของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	74
2.2.2.4 ความรับผิดชอบสำหรับเหตุการณ์ที่เซปรีนีก้าภายใต้ บทบัญญัติข้อ 3 วรรค (b) – (c) ของอนุสัญญาการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์.....	81
2.2.2.5 ความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดพันธกรณีในการป้องกัน และลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	86
2.2.2.5.1 ความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์.....	87
2.2.2.5.2 ความรับผิดชอบในการไม่ลงโทษการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์.	92
2.2.2.5.3 การชดใช้ความเสียหาย.....	95
2.3 การบังคับตามคำพิพากษา.....	96
 บทที่ 3 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้หลัก กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วย การป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	102
3.1 แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ.....	103
3.2 ความหมายของความรับผิดชอบของรัฐ.....	107
3.3 องค์ประกอบของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Internationally Wrongful Acts).....	109

3.3.1 การกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ (attributable to the State under international law).....	112
3.3.1.1 การกระทำขององค์กรของรัฐ.....	113
3.3.1.2 การกระทำที่อยู่ในอำนาจควบคุมของรัฐ.....	117
3.3.2 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ (breach of an international obligation of the State).....	120
3.3.2.1 ความหมายและลักษณะของพันธกรณีระหว่างประเทศ.....	121
3.3.2.2 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ.....	122
3.4 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	129
3.4.1 ความรับผิดชอบของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	125
3.4.2 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมคบ การยุยง และการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	131
3.4.2.1 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมคบและการยุยงในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	131
3.4.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐในการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	134
3.4.3 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	135
3.4.4 ความรับผิดชอบของรัฐในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	139
3.4.4.1 ความรับผิดชอบของรัฐในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	140
3.4.4.2 ความรับผิดชอบของรัฐในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	147
3.5 การเรียกร้องความรับผิดชอบระหว่างประเทศและผลในความรับผิดชอบของรัฐ.....	149
3.5.1 การเรียกร้องให้รัฐเข้ามารับผิดชอบ.....	150
3.5.2 ผลทางกฎหมายในความรับผิดชอบของรัฐ.....	151

3.5.2.1 การยุติการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและ การไม่กระทำซ้ำ.....	151
3.5.2.2 แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ.....	152
3.5.2.3 การชดใช้เยียวยาความเสียหาย.....	155
บทที่ 4 ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ.....	160
4.1 วิวัฒนาการของความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ.....	161
4.2 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำที่สามารถลงโทษได้.....	168
4.2.1 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	168
4.2.1.1 องค์ประกอบภายนอก.....	170
4.2.1.2 องค์ประกอบภายใน.....	182
4.2.2 การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	185
4.2.3 การสมคบกันในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	186
4.2.4 การยุยงบุคคลอื่นโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะให้ผู้อื่น กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	186
4.2.5 การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	187
4.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมทำลายล้าง เผ่าพันธุ์.....	189
4.4 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์.....	194
4.4.1 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลภายใน.....	195
4.4.2 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ.....	198
4.4.3 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	199
4.5 การเยียวยาความเสียหาย.....	200

บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	207
5.1 บทสรุป.....	207
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	213
รายการอ้างอิง.....	216
ภาคผนวก	230
ภาคผนวก ก Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948.....	231
ภาคผนวก ข Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.....	236
ภาคผนวก ค Case Concerning the Application of the Convention and Punishment of the Crime of Genocide (26 February 2007)	251
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	427

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1	
สรุปประเด็นการพิจารณาพันธกรณีของรัฐในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	48
ตารางที่ 2	
สรุปประเด็นการพิจารณาการกระทำขององค์กรของจำเลยในการทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์ที่เซปรีนีก้าของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	70



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International Crime) ที่มีความร้ายแรงมาก ถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมของอาชญากรรมทั้งหลาย (Crime of Crimes) จนได้รับการยอมรับว่าการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาด (*jus cogens*) หรือมีลักษณะบังคับเด็ดขาด (peremptory character)¹ กล่าวคือ บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาใดที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาดนี้ ย่อมตกเป็นโมฆะ* การกระทำของรัฐและปัจเจกบุคคลที่ละเมิดต่อการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบทั้งรัฐและปัจเจกบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐจะมีความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) ส่วนความรับผิดชอบของ

¹ โปรดดู ทวี เรืองฤทธิ์เดช, “การห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551)

*Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), Article 53: Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“*jus cogens*”)

“A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

ปัจเจกบุคคลนั้น (Individual Responsibility)² จะเป็นความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลในการทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเริ่มปรากฏชัดแจ้งตั้งแต่มีคำพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศแห่งนูเรมเบิร์กที่ได้ให้การรับรองว่าให้ปัจเจกบุคคลมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศที่ตนได้กระทำขึ้นด้วยการนำตัวมาลงโทษ* จนปัจจุบันได้ยอมรับว่าปัจเจกบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (individual criminal liability under international criminal law) นอกจากนี้ความผิดเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้มีการนำเสนอคดีต่อศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ทั้งในศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร และศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจอื่นๆ หลายคดี ซึ่งศาลเหล่านั้นก็ได้ตัดสินให้ปัจเจกบุคคลมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ปัจเจกบุคคลเหล่านั้นได้กระทำขึ้น ส่วนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยรัฐแม้จะมีการนำเสนอคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศบ้าง** แต่ก็มีเพียงคดีการปรับใช้ออนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษ

² International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, paras. 163, 173-174.

* Nuremberg Judgment, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal* 22, 466 (1948).

“Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.”

** คดีต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของคดีที่นำเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติข้อ 9 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ศาลไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีเนื่องจากไม่มีเขตอำนาจศาล และบางคดีรัฐที่พิพาทไม่ได้มุ่งให้ความสนใจในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ (1) คดี *Trial of Pakistani Prisoners of War* (Pakistan v. India) ที่ปากีสถานได้ยื่นฟ้องอินเดียตั้งแต่ปี ค.ศ. 1973 ให้รับผิดชอบตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ประเด็นที่ฟ้องไม่ได้อยู่ที่การให้อินเดียรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่มุ่งหมายที่จะให้อินเดียส่งมอบผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำ

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (ต่อไปจะเรียกว่า คดีปรับใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือ คดีนี้) ระหว่างบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา (ต่อไปจะเรียกว่า “บอสเนีย”) และเซอร์เบีย-มอนเตเนโกร (ต่อไปจะเรียกว่า “เซอร์เบีย”) ที่เป็นคนตีแรกที่รัฐหนึ่งฟ้องรัฐอื่นให้รับผิดชอบต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และศาลได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาแห่งคดี³

โดยก่อนหน้าที่ศาลจะมีคำพิพากษาในคดีนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศบางส่วนเห็นว่ารรัฐเองไม่สามารถมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 มีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษ

ละเมิดอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปยังบังคลาเทศเพื่อดำเนินคดี (2) คดี *The Legality of Use of Force Case* (Yugoslavia v. NATO Members) ที่ยูโกสลาเวียได้ยื่นฟ้องประเทศสมาชิกนาโต้เมื่อวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1999 ให้รับผิดชอบต่อการทิ้งระเบิดในการปฏิบัติการที่โคโซโว แต่ศาลได้ปฏิเสธเนื่องจากไม่มีการยอมรับเขตอำนาจศาลของสหรัฐอเมริกา ศาลจึงไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณา และ (3) คดี *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia and Montenegro) ที่โครเอเชียได้ยื่นฟ้องเซอร์เบียตั้งแต่วันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ในขั้นนี้ศาลมุ่งพิจารณาไปที่ประเด็นเรื่องเขตอำนาจ จึงยังไม่ได้ตัดสินว่า เซอร์เบียและมอนเตเนโกรจะมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ (International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14891.pdf>)

นอกจากนี้ยังมีคดี *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) ที่คองโกได้ยื่นฟ้องรวันดาให้รับผิดชอบต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่การห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ของกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ศาลจะวินิจฉัยว่าการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด แต่ศาลก็ไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเนื่องจากไม่มีการยอมรับเขตอำนาจศาลของรัฐคู่พิพาท (International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 3 February 2006 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>)

³ Amabelle C. Asuncion, “Pulling the stops on genocide: the state or the individual,” *E.J.I.L.*, 20, 4 (2009): 1195.

ปัจเจกบุคคลซึ่งได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ใช่รัฐ* และนอกจากนี้ยังเห็นว่าความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือการกระทำที่

* ผู้พิพากษา Shi และ Versechetin ในคดี *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* ในชั้น Preliminary Objections ที่ได้ตัดสินเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 มีความเห็นว่า อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มุ่งหมายที่จะลงโทษปัจเจกบุคคลที่กระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำที่เกี่ยวข้องและป้องกันการทำผิดของบุคคลทั้งหลายในอนาคตอันนั้น และในช่วงที่ร่างอนุสัญญานั้นไม่ได้ใส่เรื่องการชดเชยความเสียหายลงไป จึงเห็นว่าอนุสัญญานี้ไม่ได้มุ่งหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางแพ่งในการใช้ค่าเสียหาย ดังนั้น อนุสัญญานี้จึงไม่ได้มุ่งหมายที่จะให้รัฐมีความรับผิดชอบ (International Court of Justice, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, Joint declaration of Shi and Versechetin [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7355.pdf>, p. 631) "...We are disquieted by the statement of the Court ... that Article IX of the Genocide Convention "does not exclude any form of State Responsibility." It is this disquiet that we wish briefly to explain.

The Convention on Genocide is essentially and primarily directed towards the punishment of persons committing genocide or genocidal acts and the prevention of the commission of such crimes by individuals. The *travaux preparatoires* show that it was during the last stage of the elaboration of the Convention that, by a very slim majority of 19 votes to 17 with 9 abstentions, the provision relating to the responsibility of States for genocide or genocidal acts was included in the dispute settlement clause of Article IX, without the concurrent introduction of necessary modifications into other articles of the convention. As can be seen from the authoritative commentary to the Convention, published immediately after its adoption, "there were many doubts as to actual meaning" of the reference to the responsibility of States (Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention. Its Origin(s) and Interpretation*. New York, 1949, p. 42.) As to the creation of a separate civil remedy applicable as between States, the same author observes that "since the Convention does not specifically refer to reparation, the parties to it did not undertake to have accepted the Court's compulsory jurisdiction in this question" (*ibid.*, p.43)."

สามารถลงโทษได้ (punishable acts) ไม่สามารถมีได้เช่นกัน เนื่องจากความรับผิดชอบสำหรับการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอาญาที่มุ่งลงโทษปัจเจกบุคคล ซึ่งข้อคิดเห็นของนักนิติศาสตร์เหล่านี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลคดีนี้ และศาลได้สร้างความชัดเจนให้กับอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า พันธกรณีของรัฐในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถตีความโดยนัยได้ว่าหมายถึงพันธกรณีในการห้ามรัฐไม่ให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น รัฐทั้งหลายสามารถมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกัน แต่เป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) ขององค์กรหรือตัวแทนทั้งหลายของรัฐโดยอาศัยหลักการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในหัวข้อ 2.2.2.3 นอกจากนี้ศาลยังได้ตัดสินต่อไปอีกว่ารัฐสามารถมีความรับผิดชอบในการกระทำที่สามารถลงโทษได้ (punishable acts) ซึ่งได้แก่ การสมคบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 3 (b) – (e) แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกัน ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในหัวข้อ 2.2.2.4 แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าในคดีนี้ศาลไม่พบว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนั้นถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของเซอร์เบีย ดังนั้น

นอกจากนี้ผู้พิพากษาเฉพาะกิจ Kreca ในคดีเดียวกันมีความเห็นว่า อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีลักษณะเป็นความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งใช้กับปัจเจกบุคคลไม่ใช่รัฐ และความรับผิดชอบของรัฐในบทบัญญัติข้อ 9 นั้นไม่สามารถจะถือได้ว่าเป็นความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยรัฐเอง และได้พิจารณาบทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่าได้แยกความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของรัฐ รัฐบาล และผู้มีอำนาจในรัฐนั้นออกมาแล้ว จึงปฏิเสธที่จะปรับใช้ทฤษฎีเรื่องการกระทำในนามของรัฐออกไป โดยมองว่าบทบัญญัติข้อ 9 จำกัดให้รัฐต้องป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกบุคคล (International Court of Justice, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, Dissenting opinion of Judge ad hoc Kreca [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7365.pdf>, pp. 767-777.)

เซอร์เบียจึงไม่มีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และส่งผลให้เซอร์เบียไม่มีความรับผิดชอบในการกระทำที่สามารถลงโทษได้เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากเซอร์เบียมีอิทธิพลเหนือกลุ่มที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ พร้อมทั้งรู้ว่าเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นนั้นสิ่งที่จะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่เซอร์เบียหาได้ดำเนินการใดๆ อันเป็นการป้องกันไม่ โดยรายละเอียดจะศึกษาต่อไปในหัวข้อ 2.2.3.1 นอกจากนี้ศาลยังพบว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการไม่ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากเซอร์เบียไม่ให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Tribunal Criminal for the former Yugoslavia: ICTY) ในการนำตัวผู้กระทำผิดที่อยู่ในดินแดนของตนมาลงโทษ

จึงเห็นควรที่จะศึกษาคำพิพากษาดังกล่าวเพื่อให้เห็นถึงความชัดเจนของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐและปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจะมีรายละเอียดตามบทที่ 2 และเห็นควรที่จะศึกษาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) อันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่จะนำมาใช้เรียกกร้องให้รัฐผู้ละเมิดพันธกรณีเกิดความรับผิดชอบ ทั้งนี้เนื่องจากเป็นเครื่องมือที่ศาลในคดีนี้นำมาใช้ในการพิจารณาประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจะได้ศึกษาในบทที่ 3

อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ยังได้พิจารณาถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกบุคคล เพื่อพิจารณาว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนั้นสามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของเซอร์เบียหรือไม่ โดยศาลพิจารณาข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียและพบว่ามีเพียงคดี *Krstić* และคดี *Blagojević* ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำที่ประกอบด้วยเจตนาในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อชาวบอสเนียมุสลิม ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประกอบด้วย ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในบทที่ 4

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
2. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
3. เพื่อให้ทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้จากคำพิพากษาของศาลคดีนี้

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล เฉพาะความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศึกษาผ่านคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการปรับใช้อनुสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เฉพาะประเด็นที่ศาลตัดสินเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐตามพันธกรณีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 และความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลที่ศาลได้กล่าวถึง

1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

ทำการวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าหาข้อมูลจากเอกสารในห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ ห้องสมุดคณะรัฐศาสตร์ และสถาบันวิทยบริการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ตลอดจนฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ที่น่าเชื่อถือและเกี่ยวข้องกับคำ

พิพาทของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการปรับใช้ออนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพื่อค้นหาหลักกฎหมายของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในประเด็นที่ศาลตัดสินเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐตามพันธกรณีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 และความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แล้วจึงมาวิเคราะห์กับหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวที่มีอยู่แต่เดิม แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องส่วนใหญ่มีที่มาจากต่างประเทศ รูปแบบการเขียนเป็นแบบพรรณนาความ และวิเคราะห์หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดชอบของรัฐและและความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

คำพิพากษาคดีนี้ได้สร้างความชัดเจนในหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1.) ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- (2.) ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- (3.) เพื่อผลักดันให้รัฐที่เกี่ยวข้องตระหนักถึงหน้าที่ในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

บทที่ 2

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วย การป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ได้เกิดขึ้นมาช้านานนับตั้งแต่การสังหารหมู่ชาวอาร์เมเนียโดยรัฐบาลตุรกีในช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง เนื่องจากรัฐบาลตุรกีเห็นว่าชาวอาร์มาเนียซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยได้เป็นปรปักษ์ต่อรัฐบาลจึงได้ขับไล่ชาวอาร์มาเนียไปยังดินแดนซีเรียและเมโสโปเตเมียด้วยวิธีการที่ทารุณโหดร้าย ซึ่งเหตุการณ์ในครั้งนั้นทำให้มีผู้คนเสียชีวิตจำนวนมากประมาณ 2,000,000 คน¹ จนวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1915 รัฐบาลฝรั่งเศสร่วมกับสหราชอาณาจักรและรัสเซียได้ทำแถลงการณ์ร่วมกันว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นต่อชาวอาร์มาเนียนั้นเป็นอาชญากรรมใหม่ที่ตุรกีได้กระทำต่อมนุษยชาติและนานาชาติ ดังนั้น รัฐบาลพันธมิตรจึงได้แจ้งให้รัฐบาลออตโตมัน (ตุรกี) ทราบว่าจะต้องนำตัวผู้กระทำผิดและผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดมารับผิดชอบเป็นรายบุคคล² จะเห็นได้ว่าเริ่มมีการบัญญัติให้การสังหารหมู่ชาวอาร์มาเนียเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแล้ว แต่ยังไม่มีการบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

¹ Vahakn N. Dadrian, The history of the Armenian Genocide: Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus (Oxford: Berghahn Books, 1995), อ้างถึงใน John Quigley, The Genocide Convention: An International Law Analysis (Burlington: ASHGATE, 2006), p.3.

² William A. Schabas, Genocide in International Law: The Crime of crimes (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), pp. 19-20. "...in the presence of these new crimes of Turkey against humanity and civilization, the allied Governments publicly inform the Sublime Porte that they will hold personally responsibility for the said crimes all members of the Ottoman Government as well as those of its agents who are found to be involved in such massacres."

ต่อมาในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง การทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถพิจารณาได้กับ เหตุการณ์สังหารหมู่ (Holocaust) ชาวยิวและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ ทั่วทั้งยุโรปจำนวนประมาณ 6,000,000 คน โดยรัฐบาลนาซีเยอรมันด้วยวิธีการที่ทารุณโหดร้ายต่างๆ ในช่วงระยะเวลาตั้งแต่ ค.ศ. 1933 – 1945 ซึ่งได้สร้างความตกตะลึงให้กับชาวโลกเป็นอย่างมาก จนเมื่อสงครามโลก สิ้นสุดรัฐมหาอำนาจของฝ่ายสัมพันธมิตรได้จัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ (International Military Tribunal) ณ เมืองนูแรมเบิร์ก ซึ่งมีเขตอำนาจศาลในคดีอาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ* เพื่อดำเนินคดีกับผู้นำนาซี 24 คน โดยศาล

* Charter of the International Military Tribunal (1945), Article 6

“The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to Wave labour or for any other purpose of civilian population or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

ได้พิพากษาให้ประหารชีวิตจำเลย 12 ราย จำคุก 7 ราย และยกฟ้อง 3 ราย นอกจากนั้น องค์การที่สำคัญๆ ของระบอบการปกครองนาซีได้ถูกประกาศว่าเป็นองค์กรอาชญากรรม³ ซึ่งในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล Raphael Lemkin ได้เริ่มนำคำว่า “genos” ซึ่งแปลว่า ชาติ (nation) เชื้อชาติ (race) หรือ เผ่าพันธุ์ (tribe) มาผสมกับคำว่า “caedere” หรือ “cide” ซึ่งแปลว่า การฆ่า (to kill) ประกอบกันเป็นคำว่า “genocide” ซึ่งหมายถึง เมื่อนำมาแปลรวมกันได้ความว่า เป็นการกระทำอันใดก็ตามที่ทำด้วยเจตนาฆ่า หรือทำลายเผ่าพันธุ์ใดเผ่าพันธุ์หนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วน โดย Lemkin ไม่ได้มุ่งหมายเฉพาะการทำลายล้างกลุ่มชาติอย่างฉับพลันทันที แต่ยังหมายความรวมถึงการกระทำต่อกลุ่มวัฒนธรรม ศาสนา ภาษา สถาบันสังคม และการรวมกลุ่มทางกายภาพอื่นใด ที่เป็นการกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายล้างทั้งกลุ่มนั้นด้วย ซึ่งปัจจุบันความหมายของคำว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 2 มีความแตกต่างจากความหมายที่ Lemkin ให้ไว้ในขณะนั้น⁴ แต่ก็ได้มีการรับเอาคำนั้นมาใช้ในการดำเนินคดีกับ Hermann Goering อาชญากรชาวเยอรมัน โดยจำเลยถูกตั้งข้อหาว่า “ทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อนอย่างเป็นระบบ กล่าวคือ การทำลายล้างกลุ่มเชื้อชาติหรือกลุ่มชาติพันธุ์ต่อประชากรพลเมืองในดินแดนที่ตกเป็นอาณานิคม เพื่อที่จะทำลายล้างกลุ่มเชื้อชาติหรือกลุ่มชาติพันธุ์ต่อประชากรพลเมืองในดินแดนที่ตกเป็นอาณานิคม เพื่อที่จะทำลายอย่างเฉพาะเจาะจงในเผ่าพันธุ์และชนชั้นของประชาชนและชาติ กลุ่มเชื้อชาติหรือกลุ่มศาสนา โดยเฉพาะชาวยิว ชาวโปร

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.”

³ มูลนิธิแพลนเน็ต, **จากนูเรมเบิร์กสู่เฮก** [Online]. (n.d.). Available from: http://www.bangkok.diplo.de/contentblob/3016706/Daten/1050539/IStGH_downloaddatei.pdf

⁴ Raphael Lemkin, “Genocide as a Crime under International Law,” *AJIL* 41 (1947): 145 and Matthew R. Lippman, “The Drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,” *Boston University International Law Journal* 3 (1984): 1, อ้างถึงใน Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 67 and William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of crimes*, pp. 29-30.

แลนด์ ชาวชิปซี และชนชาติอื่น”⁵ ซึ่งการพิจารณาในครั้งนี้อธิบายเป็นการสร้างหลักเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเวลาต่อมา และศาลอาญาระหว่างประเทศวันดาเคย์บันทึกไว้ว่า “อาชญากรรมที่พิจารณาโดยศาลนูเรมเบิร์กนั้นเมื่อประกอบเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อย่างมาก แต่ศาลไม่สามารถที่จะนิยามว่าเป็นเช่นนั้นได้ เนื่องจากอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังไม่ได้มีการบัญญัติถึงจนกระทั่งในเวลาต่อมา⁶

เมื่อปี ค.ศ. 1946 ในระหว่างการประชุมครั้งที่ 1 ในส่วนที่ 2 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ รัฐต่างๆ ต้องการที่จะกำจัดการสังหารหมู่ที่เกิดขึ้นจากสาเหตุต่างๆ จึงได้ลงมติด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ในข้อมติที่ 96 (1) ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 ที่จะประนามและกำจัดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁷ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติได้เตรียมการที่จะร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ต่อมาในการประชุมครั้งที่ 2 ของสมัชชาใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 1947 แต่รัฐบาลรัฐเสนอให้ระงับการร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพราะเห็นเป็นการ

⁵IMT, “Major War Criminals (USA, France, UK, and USSR v. Hermann Goering et al.),” *IMT* 22, 203 (1946): 45-46, อ้างถึงใน William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of crimes*, p. 43. “...intended deliberate and systematic *genocidio*, that is extermination of racial and national groups of civilian population in certain occupied territories in order to destroy certain races and layers of nation and peoples, racial, and religious groups, in particularly Jews, Poles, Gypsies and other.”

⁶ The Prosecutor v. Jean Kambanda, ICTR (Trial Chamber I), Case No. ICTR-97-23-S, Judgment and Sentence of 4 September 1998, para. 16. “Regarding the crime of genocide, in particular, the preamble to the Genocide Convention recognizes that at all periods of history, genocide has inflicted great losses on humanity and reiterates the need for international cooperation to liberate humanity from this scourge. The crime of genocide is unique because of its element of *dolus specialis* (special intent) which requires that the crime be committed with the intent to destroy in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group as such, as stipulated in Article 2 of the Statute; hence the Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes, which must be taken into account when deciding the sentence.”

⁷ United Nation General Assembly Resolution 96 (I) (11 December 1946), The Crime of Genocide.

ซ้ำซ้อน อย่างไรก็ดี สมัชชาใหญ่โดยข้อมติที่ 180 (II) แสดงว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อภายในประเทศและระหว่างประเทศต่อบุคคลและรัฐทั้งหลาย และมีลักษณะแตกต่างหากจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติเนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีสาเหตุมาจากเชื้อชาติ ลัทธิความเชื่อ และสีผิวที่แตกต่างกัน ทำให้การร่างสนธิสัญญาเกี่ยวกับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ดำเนินต่อไป⁸ ดังนั้น คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อร่างอนุสัญญาขึ้นมา และเมื่อปี ค.ศ. 1948 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติโดยข้อมติที่ 260 (III) (A) ได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยมติเอกฉันท์อีกครั้ง⁹

แม้จะมีอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้วแต่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ปรากฏให้เห็นในสังคมระหว่างประเทศอยู่อีก ไม่ว่าจะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาที่ได้เกิดขึ้นในช่วงสงครามแบ่งแยกประเทศออกเป็นอิสระจากอดีตสหภาพโซเวียตในระหว่างปี ค.ศ. 1991-1995 จนวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ใช้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: ICTY) ในดินแดนประเทศอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 827 (1993)¹⁰ เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

นอกจากนี้ วันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนายังได้มีการนำเสนอคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้เซอร์เบียต้องรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา จนศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จสิ้นเมื่อวันที่ 26

⁸ United Nation General Assembly Resolution 180(II) (21 December 1947), Draft Convention of Genocide.

⁹ United Nation General Assembly Resolution 260 (III) (A) (9 December 1948), Adoption of the Convention on the Prevention and Punishment of f the crime of genocide, and text of the Convention.

¹⁰ United Nation Security Council Resolution 827 (25 May 1993)

กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ด้วยคะแนนเสียง 12 ต่อ 3 ให้เซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการไม่ป้องกัน และลงโทษทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามพันธกรณีข้อ 1 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้จะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้าตามคำพิพากษาของ ICTY ในคดี *Krstić* และคดี *Blagojević* เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในนามของเซอร์เบีย แต่ศาลได้วินิจฉัยว่า รัฐสามารถมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตนเองเป็นผู้กระทำการผ่าน บั้จเจกบุคคลอื่นสามารถถือได้ว่าการกระทำของบั้จเจกบุคคลนั้นเป็นการกระทำของรัฐได้เช่นกัน ซึ่งประเด็นดังกล่าวเป็นที่ถกเถียงกันมาอย่างช้านานว่ารัฐจะสามารถทำอาชญากรรมได้หรือไม่ และความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำอาชญากรรมคืออะไร โดยคำพิพากษาคดีนี้ได้สร้างความชัดเจนขึ้นว่าความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นความรับผิดชอบ ในกรณีที่รัฐได้กระทำการอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Internationally Wrongful Acts) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ และลักษณะของ ความรับผิดชอบของรัฐนั้นศาลได้ยืนยันว่าไม่สามารถนำตัวรัฐมาลงโทษทางอาญาได้ ซึ่งจะได้ ศึกษารายละเอียดในหัวข้อ 2.3 แต่ก่อนจะทราบว่ามีรายละเอียดเช่นใด ควรจะทราบ ข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในอดีตประเทศยูโกสลาเวียก่อนว่ามีที่มาอย่างไร เพื่อที่จะได้เข้าใจคำพิพากษาคดีนี้ ซึ่งจะได้ศึกษารายละเอียดในหัวข้อ 2.1 จากนั้นจึงเข้าสู่การ วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกัน และลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีรายละเอียดตามหัวข้อ 2.2 และหลังจากที่มีคำ พิพากษาแล้วควรจะทราบว่าผู้ใดมีอำนาจในการบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งมีรายละเอียดตาม หัวข้อ 2.3 ดังต่อไปนี้

2.1 ข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย

คดีนี้สืบเนื่องมาจากความล่มสลายของสหพันธ์สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย (Socialist Federal Republic of Yugoslavia: SFRY) หรืออดีตประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่ง ประกอบด้วย 6 สาธารณรัฐ ได้แก่ บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา (Bosnia-Herzegovina ต่อไปจะ

เรียกว่า “บอสเนีย”) โครเอเชีย (Croatia) มาซิโดเนีย (Macedonia) มอนเตเนโกร (Montenegro) เซอร์เบีย (Serbia) สโลวีเนีย (Slovenia) และ 2 มณฑลอิสระ คือ วอยวอดีนา (Vojvodina) และ โคโซโว (Kosovo) ประกอบไปด้วยคนเชื้อสายต่างๆ กระจายกันอยู่ตามรัฐต่างๆ คือ ชาวเซิร์บร้อยละ 36 ชาวโครแอทร้อยละ 20 ชาวมุสลิมร้อยละ 9 ชาวอัลเบเนียน้อยละ 8 และเชื้อชาติอื่นๆ จำนวนเล็กน้อย¹¹

การล่มสลายของอดีตประเทศยูโกสลาเวียนี้เกิดขึ้นจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างชาวโครแอท ชาวเซิร์บ และชาวมุสลิม) ศาสนา และความเป็นมาทางวัฒนธรรมที่สั่งสมยาวนานมาหลายปีตั้งแต่สาธารณรัฐต่างๆ รวมกลุ่มเข้ากับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย โดยในอดีต สโลวีเนียและโครเอเชียเคยเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรโรมันและจักรวรรดิออสเตรีย-ฮังการี (Austro-Hungarian Empire) แห่งราชวงศ์แฮบส์บูร์ก (Hapsburg Empire) มาเป็นเวลาหลายศตวรรษ จึงมีความเกี่ยวพันทางสังคม วัฒนธรรม ภาษา ศาสนา และจิตสำนึกยุโรปตะวันตก ทำให้ประชาชนนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ในขณะที่รัฐทั้งหลายทางตอนใต้คือ เซอร์เบีย มอนเตเนโกร บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา และมาเซโดเนีย เคยอยู่ภายใต้อำนาจของอาณาจักรไบแซนไทน์ (Byzantine) จึงได้รับเอาศาสนาและประเพณีของคริสเตียนิกายออร์ทอดอกซ์ตะวันออก (Eastern Orthodox) มาใช้และเมื่ออาณาจักรออตโตมัน (Ottoman Empire) ได้แผ่ขยายอิทธิพลมายังดินแดนบอสเนียฝั่งตะวันออก ทำให้ประชาชนบางส่วนที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายออร์ทอดอกซ์ตะวันออกหันมานับถือศาสนาอิสลาม ทำให้ประชาชนฝั่งนี้ได้รับการหล่อหลอมวัฒนธรรมแบบบอลข่าน คือ แบบมุสลิมหรือคริสเตียนตะวันออก¹²

¹¹ Samuel Totten, Teaching about Genocide: Issues, Approaches, and Resources (Greenwich, Conn: Information Age Publishing Inc., 2004), p.193.

¹² ศิริลักษณ์ อรุณศิลป์, “บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา: บทพิสูจน์ความจริงใจของชาติตะวันตก,” สารานุกรม: 71, อ้างถึงใน จันทิมา ลิ้มปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 13.

ชาวเซิร์บรู้สึกว่าการตนเองตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงจากชาวคาทอลิกและชาวมุสลิมมา โดยตลอด นับตั้งแต่อาณาจักรออตโตมันเข้ามาปกครองเซอร์เบียในปี ค.ศ. 1389 และได้ทำลายล้างชาวเซิร์บเป็นจำนวนมาก และต่อมาในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ยูโกสลาเวียถูกเยอรมันเข้ายึดครอง นาซีได้ก่อตั้งรัฐบาล UStashe ในโครเอเชียก็ได้สังหารชาวเซิร์บในโครเอเชียเป็นจำนวนหลายแสนคน¹³ ยอซิป บรอซ (Josip Brozi) หรือ ตีโต (Tito) ผู้นำพรรคคอมมิวนิสต์ยูโกสลาเวียจึงได้ก่อตั้งกองทัพปลดปล่อยแห่งชาติเพื่อปลดปล่อยประเทศออกจากการยึดครอง ซึ่งในที่สุดก็สามารถปลดแอกตนเองออกมาได้ ต่อมาภายหลังเขาได้รับการสนับสนุนให้เป็นประธานาธิบดี และได้ประกาศเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเป็นระบอบสังคมนิยมแบบสหภาพโซเวียต ทำให้ปัญหาการแบ่งแยกทางเชื้อชาติและศาสนาสงบลงไปด้วยนโยบายปราศจากกลุ่มเชื้อชาติ (no ethnic group) และสามารถยืดเหนี่ยวรัฐต่างๆ ของยูโกสลาเวียให้รวมกันอยู่ต่อไปได้ จนกระทั่งประธานาธิบดีตีโตถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1980 ความแตกแยกระหว่างรัฐทั้งหลายที่ประกอบขึ้นเป็นสหพันธรัฐยูโกสลาเวียก็เริ่มปรากฏขึ้น ทั้งนี้ สืบเนื่องจากการเกิดวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรงมานานนับสิบปี¹⁴

สาธารณรัฐสโลวีเนียและโครเอเชียที่มีฐานะทางเศรษฐกิจเหนือกว่าสาธารณรัฐอื่น ต้องการอิสระและอำนาจในการปกครองตนเอง เพื่อลดภาระการอุดหนุนทางเศรษฐกิจให้แก่เซอร์เบียที่มีภาคการผลิตน้อย ในขณะที่เซอร์เบียและมอนเตเนโกรต้องการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางเพื่อให้ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ เป็นเหตุให้ความรู้สึกชาตินิยมและกระบวนการแบ่งแยกดินแดนขยายตัวรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ ประกอบกับได้เกิดกระแสค่านิยมเรื่องสิทธิมนุษยชน สิทธิในการปกครองตนเองและความเจริญรุ่งเรืองภายใต้การปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยตามแบบตะวันตก ตลอดจนการแตกแยกภายใต้การปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยตามแบบตะวันตก ตลอดจนการแตกแยกภายในพรรคคอมมิวนิสต์ของยูโกสลาเวีย ทำให้พรรคคอมมิวนิสต์สูญเสียอำนาจปกครองในดินแดนของสาธารณรัฐโครเอเชีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาและมาซิโดเนีย จนสาธารณรัฐสโลวีเนียและโครเอเชียได้ประกาศแยกตัวเป็นเอกราชจากยูโกสลาเวียเมื่อวันที่ 25

¹³ Adam Jones, Genocide: A Comprehensive Introduction (Oxon: Routledge, 2007), p.212.

¹⁴ Ibid., p. 231.

มิถุนายน ค.ศ.1991 แต่หลังจากการประกาศเอกราชของสโลวีเนียได้ 2 วัน กองทัพประชาชนยูโกสลาเวีย (The Yugoslav People's Army: JNA) ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนเป็น “กองทัพยูโกสลาเวีย” (The Yugoslav Army: VJ) ซึ่งควบคุมโดยชาวเซอร์บได้เข้าโจมตีสโลวีเนีย¹⁵ เป็นระยะเวลา 10 กว่าวัน ตั้งแต่วันที่ 27 มิถุนายน – 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1991¹⁶

ทางด้านโครเอเชียได้เกิดสงครามเช่นเดียวกันในระหว่างเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1991 – เดือนมกราคม ค.ศ. 1992 เมื่อชาวเซอร์บที่อาศัยอยู่ในโครเอเชียได้ต่อต้านการประกาศอิสรภาพของโครเอเชียต่อกองกำลังโครเอเชีย¹⁷ โดยข้อพิพาทในครั้งนั้นส่งผลให้ประชาชนจำนวนมากเสียชีวิต หมู่บ้าน และเมืองต่างๆ ถูกทำลายลง รวมทั้งเกิดการสังหารหมู่และการกระทำอันทารุณโหดร้ายอย่างอื่นจำนวนมาก รวมถึงการนำนโยบาย “ชำระล้างเผ่าพันธุ์” (Ethnic Cleansing) * มา

¹⁵ ศิริลักษณ์ อรุณศิลป์, “บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา: บทพิสูจน์ความจริงใจของชาติตะวันตก,” สรวาญรมย์: 71, อ้างถึงในจันทิมา ลิมปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” หน้า 13.

¹⁶ Samuel Totten, Teaching about Genocide: Issues, Approaches, and Resources, p. 193.

¹⁷ Ibid., p. 194.

* คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญแห่งสหประชาชาติที่ถูกแต่งตั้งตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 780 (1992) เพื่อตรวจสอบการกระทำผิดในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย เห็นว่า การชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) คือ นโยบายของกลุ่มเผ่าพันธุ์ หรือกลุ่มศาสนาหนึ่งที่มีจุดประสงค์ในการขับไล่ประชาชนของกลุ่มเผ่าพันธุ์หรือกลุ่มศาสนาอื่นโดยใช้ความรุนแรงและการทำให้หวาดกลัวเพื่อให้ออกจากพื้นที่ โดยวิธีการชำระล้างเผ่าพันธุ์นั้นอาจทำขึ้นโดยการสังหารหมู่ การทรมาน การข่มขืน และการกระทำในลักษณะของความผิดทางเพศอื่นๆ การทำให้เสียหายทางจิตใจอย่างร้ายแรงต่อพลเรือนทั้งหลาย การทำทารุณกรรมต่อพลเรือนที่เป็นนักโทษและเชลยสงคราม การใช้พลเรือนเป็นโล่กำบังมนุษย์ การทำลายล้างซึ่งทรัพย์สิน สาธารณะและทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ขโมยหรือโจรกรรมทรัพย์สินส่วนบุคคล ใช้กำลังเข้ายึดเอา อสังหาริมทรัพย์ ใช้กำลังขับไล่ประชาชนพลเรือน และโจมตีโรงพยาบาล บุคคลากรทางการแพทย์และพื้นที่ที่มีสัญลักษณ์ภาษาสากล (Commission of Experts of United Nations Security Council, “Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992),” UN Doc. S/1994/674, 27 May 1996, p. 33.) ส่วนศาลยุติธรรมคดีนี้เห็นว่า การชำระล้างเผ่าพันธุ์เป็นคำที่ไม่มีลักษณะทางกฎหมายด้วยตัวเอง โดยศาลเห็นว่าการชำระล้างเผ่าพันธุ์อาจเข้าลักษณะของการกระทำในข้อ 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ในลักษณะคู่ขนาน ซึ่งการจะวินิจฉัยว่าเป็นการชำระล้างเผ่าพันธุ์หรือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นให้พิจารณาจากเจตนาพิเศษในการกระทำความผิด (International Court of Justice, Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of

ใช้ฆ่าชาวมุสลิมและชาวโครแอทในดินแดนโครเอเชียด้วย โดยการใช้อำกำลังบังคับโยกย้ายเผ่าพันธุ์ต่างๆ ออกจากดินแดนดั้งเดิมที่ตนอาศัยอยู่โดยกลุ่มเผ่าพันธุ์อื่นที่ต้องการดินแดนนั้นเพื่อเผ่าพันธุ์ตนเองเผ่าพันธุ์เดียว โดยความทารุณโหดร้ายและอาชญากรรมสงครามส่วนใหญ่ถูกกระทำโดยกองทัพยูโกสลาเวียแห่งชาติ (The Yugoslav National Army) และกองกำลังแบ่งแยกเซิร์บโครเอเชีย (Croatian Serb Separatist Forces) ตลอดจนกองทหารโครเอเชีย ซึ่งแยกออกจากกองทหารประชาชนยูโกสลาเวียและกองทหารอาสาสมัครแห่งชาติโครเอเชีย¹⁸ ภายหลังเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1991 กองทหารประชาชนยูโกสลาเวียถอนกำลังออกจากโครเอเชียอย่างเป็นทางการ แต่ยังคงให้การสนับสนุนการก่อตั้งขึ้นใหม่ของกองทัพในกราไจนา¹⁹ โดยเดือนธันวาคม ค.ศ. 1991 ชาวกราไจนาเซิร์บ (Krajina Serbs) ได้ประกาศเอกราชจากโครเอเชีย²⁰ ขณะที่สาธารณรัฐโครเอเชียซึ่งเพิ่งตั้งขึ้นใหม่ได้ก่อตั้งกองทัพของตัวเองหรือกองทัพโครเอเชีย ซึ่งประกอบด้วยกองกำลังพิเศษโครเอเชียจนกระทั่งสหประชาชาติได้จัดตั้งพื้นที่ปลอดภัย (Safe area) ขึ้นในกราไจนา²¹

ต่อมาบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาซึ่งในขณะนั้นประกอบด้วยชาวมุสลิมร้อยละ 44 ชาวเซิร์บร้อยละ 31 และชาวโครแอทร้อยละ 17 อาศัยอยู่อย่างกระจุกกระจายอยู่ในดินแดนของบอสเนีย²² โดยมีชาวมุสลิมและชาวโครแอทที่อาศัยอยู่ในบอสเนียซึ่งเป็นพรรคีรัฐบาลหลังจากเห็นสาธารณรัฐ

the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 190.)

¹⁸ Samuel Totten, *Teaching about Genocide: Issues, Approaches, and Resources*, p. 194.

¹⁹ สรศักดิ์ วาจาสิทธิศิลป์, “การกระทำรุนแรงทางเพศในกรอบของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 82.

²⁰ Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, p.215.

²¹ สรศักดิ์ วาจาสิทธิศิลป์, “การกระทำรุนแรงทางเพศในกรอบของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” หน้า 82.

²² *The Prosecutor v. Krajišnik, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-00-39-T and 40-T Judgment of 27 September 2006, para. 15.*

อื่นๆ ประกาศเอกราชสำเร็จจึงได้จัดให้มีการลงประชามติเพื่อแยกตัวเป็นเอกราชเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1991^{*} ทำให้ชาวเซิร์บไม่พอใจเนื่องจากช่วงนั้นได้รับอิทธิพลจากลัทธิชาตินิยมของประธานาธิบดีสโลโบดาน มิโลเชวิก (Slobodan Milosevic) เกี่ยวกับนโยบายรวมเซอร์เบีย (Greater Serbia) เพื่อต้องการให้ยูโกสลาเวียเป็นประเทศเดียว จึงต้องการที่จะรวมตนเองเข้ากับสาธารณรัฐเซอร์เบีย จึงได้ประกาศตนเป็นอิสระในดินแดนของบอสเนียเมื่อวันที่ 9 มกราคม ค.ศ. 1992 ในนาม “รัฐของชาวเซิร์บในบอสเนีย” (The Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina) ภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็น “สาธารณรัฐสเปสกา” (The Republika Srpska) แต่ไม่ได้รับการรับรองว่าเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ²³ ได้ทำการต่อสู้ขัดขวางการแยกตัวเป็นอิสระของชาวบอสเนียมุสลิมและชาวโครแอตอย่างทารุณโหดร้ายโดยนำนโยบายรวมเซอร์เบีย (Greater Serbia) และนโยบายการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) มาใช้ในการฆ่าชาวมุสลิมและชาวโครแอตในดินแดนบอสเนียและโครเอเชีย ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทางทหารขับไล่ชาบบอสเนียมุสลิมและชาวโครแอตออกจากพื้นที่ที่ตนครอบครองอย่างเป็นระบบ มีการสังหารหมู่ ฆ่าข่มขืน และกระทำการทารุณกรรมต่างๆ ในแคมป์อพยพ²⁴ โดยได้รับการช่วยเหลือทางอาวุธและการเงินจากเซอร์เบีย²⁵ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะแย่งชิงดินแดนให้ได้มากที่สุด เพื่อให้ดินแดนที่ชาวเซิร์บปกครองอยู่อย่างกระจัดกระจายในหลายส่วนของประเทศรวมเข้าเป็นดินแดนผืนเดียวกันกับดินแดนของเซอร์เบีย

^{*} วันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 1992 บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาได้ประกาศเอกราชอย่างเป็นทางการและได้รับการรับรองว่าเป็นรัฐจากองค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1992

²³ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 233.

²⁴ Ibid., pp. 88-134.

²⁵ The Prosecutor v Tadić Case, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997, paras. 589-606, อ้างถึงใน David Turns, “Application of the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide: Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro,” *MelbJILIntLaw* 22 (2007) [Online]. (n.d.). Available from : <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2007/22.html>

ในระหว่างการสู้รบของชาวเซิร์บตามนโยบาย Ethnic Cleansing นั้น ชาวเซิร์บได้ขับไล่ชาวมุสลิมออกจากดินแดนโดยนำไปกักขังไว้บนรถที่ปิดล็อกแน่นหนา และยังได้ทำลายเมืองบอสเนีย ทบตีทำร้ายชาวมุสลิมจนถึงพิการและได้ฆ่าชาวมุสลิมเป็นจำนวนมากด้วยวิธีการที่โหดร้ายทารุณ เช่น การให้ชาวมุสลิมจำนวนหนึ่งวิ่งหนีกระจัดกระจายไปในทิศทางต่างๆ และชาวเซิร์บก็จะยิงที่ด้านหลังขณะที่ศัตรูเหล่านั้นกำลังวิ่งหนี หรือการเรียกขานชื่อแบบสุ่มจากบัญชีรายชื่อที่มีอยู่และก็สังหารบุคคลที่ถูกเรียกชื่อเหล่านั้น ชาวมุสลิมบางส่วนก็ถูกกักขังและกระทำทารุณกรรมต่างๆ นานาภายในค่ายกักกัน นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้ง “ค่ายข่มขืนกระทำชำเรา” (rape camp) เพื่อให้ทหารเซอร์เบียข่มขืนเด็กหญิงและสตรีมุสลิมประมาณ 60,000 คน เพื่อเป็นการทำลายความบริสุทธิ์ทางเชื้อชาติและศาสนาอีกด้วย²⁶

การสู้รบดังกล่าวยังคงดำเนินต่อไปจนบอสเนียได้ยื่นฟ้องสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวียต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้รับผิดชอบต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของบอสเนียเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993

วันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ใช้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: ICTY) ในดินแดนประเทศอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 827 (1993) เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในข้อ 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์* ที่เกิดขึ้นในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991 และ

²⁶ จันทิมา ลิมปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” หน้า 15-16.

* Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Article 4 : Genocide

“1. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.

ได้มีมติรับเอาธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) ตามภาคผนวกของรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ²⁷

วันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 1993 องค์การสหประชาชาติได้ยื่นมือเข้าไปช่วยเหลือโดยจัดตั้งพื้นที่ปลอดภัย (Safe area) ภายใต้การดูแลขององค์การสหประชาชาติที่เซบรีนิก้า (Srebrenica) ในบอสเนียตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งองค์การสหประชาชาติที่ 819 (1993) โดยประกาศให้เป็นพื้นที่ปลอดภัยจากการโจมตีด้วยอาวุธหรือการกระทำอื่นอันเป็นปรปักษ์ เนื่องจากเซบรีนิก้าเป็นพื้นที่ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงที่สุดเพราะเซบรีนิก้าเป็นพื้นที่ทางยุทธศาสตร์ที่สำคัญในการเชื่อมต่อระหว่างดินแดนสาธารณรัฐสเปสกากับยูโกสลาเวีย โดยในระหว่างวันที่ 10-19 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 หน่วยทหารบอสเนียเซิร์บ (The Army of the Republika Srpska: VRS) ได้เข้าโจมตีและปิดล้อมเมืองดังกล่าว ในระหว่างที่ปิดล้อมนั้น

2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) killing members of the group;
- (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) forcibly transferring children of the group to another group.

3. The following acts shall be punishable:

- (a) genocide;
- (b) conspiracy to commit genocide;
- (c) direct and public incitement to commit genocide;
- (d) attempt to commit genocide;
- (e) complicity in genocide."

²⁷ Claire de Than and Edwin Shorts, International Criminal Law and Human Rights (London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 280.

ประชาชนชาวบอสเนียมุสลิมที่ส่วนใหญ่เป็นผู้หญิง เด็กและคนชราที่อาศัยอยู่ในนั้นประมาณ 25,000 คน ถูกขับออกจากพื้นที่ด้วยการล่ำเลียงใส่รถโดยสารโดยกองกำลังบอสเนียเซิร์บและส่งไปยังเส้นแบ่งดินแดนก่อนถึงพื้นที่ที่บอสเนียมุสลิมครอบครอง ส่วนผู้ชายชาวมุสลิมที่มีอายุในวัยเกณฑ์ทหารหลายพันคนถูกแยกออกไป และนำไปกักขังอย่างทรมานก่อนสังหาร จากเหตุการณ์ครั้งนั้นพบว่ามีผู้สูญหายไปประมาณ 7,000 คน²⁸ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีนี้เห็นว่าเหตุการณ์ปิดล้อมในครั้งนั้นที่กลุ่ม VRS ได้ทำกระทำไปเมื่อประมาณวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 เป็นที่ประกอบไปด้วยเจตนาพิเศษในการทำลายล้างซึ่งกลุ่มชาวมุสลิมด้วยการฆ่าและก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกกลุ่มอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 2 (a) และ (b)²⁹

หลังจากเหตุการณ์เข้าปิดล้อมดังกล่าวมาได้จึงปฏิบัติการโจมตีทางอากาศเพื่อขับไล่กองกำลังเซิร์บออกจากบอสเนียตั้งแต่เดือนสิงหาคม ค.ศ.1995 และสาเหตุนั้นเป็นการปูทางให้มีการลงนามในข้อตกลงสันติภาพที่เมืองเดย์ตัน เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 1995 ประธานาธิบดีมิโลสวิกได้ร่วมกับประธานาธิบดีโคเรเอเทียและบอสเนียลงนามย่อในข้อตกลงสันติภาพเมืองเดย์ตัน (Dayton Peace Accord) หลังจากนั้นได้ลงนามถาวรที่กรุงปารีส เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1995 โดยข้อตกลงมีผลบังคับใช้ในวันดังกล่าว³⁰ ซึ่งทำให้สถานการณ์ความทารุณโหดร้ายในอดีตยูโกสลาเวียสงบลง

²⁸ The Prosecutor v. Krstić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33-T, Judgment of 2 August 2001, para.1.

²⁹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 297.

³⁰ กระทรวงการต่างประเทศ, **บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา** [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/web/479.php?id=39> และ กระทรวงการต่างประเทศ, **สาธารณรัฐเซอร์เบีย** [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/web/479.php?id=281>

หลังจากที่ได้ทราบข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ผู้รบในอดีตประเทศยูโกสลาเวียอันเป็นที่มาของการนำเสนอข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้แล้วว่าเป็นเช่นใด หัวข้อต่อไปจะพิจารณาถึงประเด็นต่างๆ ของคำพิพากษา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.2 คำพิพากษาคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลังจากเกิดเหตุการณ์ผู้รบระหว่างเชื้อชาติต่างๆ ที่อยู่ในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา โดยเฉพาะระหว่างชาวบอสเนียมุสลิมกับชาวบอสเนียเซิร์บที่ได้รับการสนับสนุนจากยูโกสลาเวีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาจึงได้ยื่นฟ้องสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (The Federal Republic of Yugoslavia: FRY) * เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 ว่าละเมิดอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 อนุสัญญาเฮก ค.ศ. 1907 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และในวันเดียวกันนั้นได้ขอให้ศาลออกมาตรการ

* หลังจากสาธารณรัฐต่าง ๆ ของอดีตยูโกสลาเวียประกาศอิสรภาพ แต่เซอร์เบียและมอนเตเนโกรต้องการจะรวมเป็นหนึ่งจึงได้ทำหนังสือแจ้งไปยังองค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1992 ว่าทั้งสองต้องการที่จะคงสถานะของยูโกสลาเวียไว้และต้องการที่จะรวมตัวอยู่ด้วยกันเป็นสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (The Federal Republic of Yugoslavia: FRY ต่อไปจะเรียกว่า “ยูโกสลาเวีย”) จนเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2000 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ให้ความเห็นไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติรับรองว่า FRY เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ต่อมาเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 จึงได้เปลี่ยนชื่อเป็นเซอร์เบีย-มอนเตเนโกร (ต่อไปจะเรียกว่า “เซอร์เบีย”)

วันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2006 ประชาชนมอนเตเนโกรได้ลงประชามติให้มอนเตเนโกรแยกตัวเป็นอิสระจากเซอร์เบีย

วันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2006 เซอร์เบียได้ประกาศแยกตัวอย่างเป็นทางการจากเซอร์เบีย-มอนเตเนโกร โดยเซอร์เบียจะเป็นผู้สืบสิทธิยูโกสลาเวียแต่เพียงผู้เดียว (International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 67.)

คุ้มครองชั่วคราว* ให้หยุดกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 1, 2 (a) – (d), 3 (a) – (e), 4 และ 5 ต่อประชาชนและสาธารณรัฐบอสเนีย³¹

เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1993 ยูโกสลาเวียได้ร้องขอต่อศาลให้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นเดียวกัน โดยให้บอสเนียออกจากเมืองเซิร์บ หยุดทำลายล้างโบสถ์ของศาสนาคริสต์ นิกายออร์ทอด็อกซ์และสถานที่บูชาทั้งหลายและมรดกทางวัฒนธรรมของชาวเซิร์บอื่นๆ และให้รัฐบาลบอสเนียหยุดการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสัญชาติ ศาสนา และการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) รวมถึงการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งของที่เกี่ยวข้องกับความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมต่อประชาชนชาวเซิร์บในบอสเนีย³²

วันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1993 ศาลได้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้ FRY ในการดำเนินการทุกวิถีทางภายใต้อำนาจของตนเพื่อป้องกันการทำอันเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายงดเว้นการกระทำใดๆ ซึ่งอาจจะทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงหรือขยายขอบเขตข้อพิพาทเพิ่มขึ้น³³

* ศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามข้อ 41 (1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่ว่า “ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด หากพิจารณาณภาวะแวดล้อมทั้งหลายที่ร้องขอแล้วพบว่าควรจะมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อปกป้องสิทธิที่ภาคีสมาชิกทั้งหลายมี”

³¹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, paras. 1-4.

³² William A. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 502.

³³ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7305.pdf>; International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, paras. 7-8. and William A. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 503.

วันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 บอสเนียได้เสนอข้อพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเพื่อให้ศาลออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 13 กันยายน ค.ศ. 1993 ยืนยันตามคำสั่งของวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1993 และกล่าวต่อไปอีกว่ามาตรการทั้งหลายตามคำสั่งเมื่อวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1993 นั้นต้องดำเนินการทันทีและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ³⁴

วันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1995 ยูโกสลาเวียได้ยื่นข้อคัดค้านเบื้องต้น (Preliminary Objections) เกี่ยวกับอำนาจของศาลในการรับคดีและเขตอำนาจในการพิจารณาคดี คือ บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาแยกตัวโดยไม่ชอบด้วยหลักความเท่าเทียมกันของสิทธิ และการกำหนดเขตอำนาจของประชาชนจึงไม่อาจสืบสิทธิของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จากยูโกสลาเวียได้และไม่ถือว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีนี้³⁵ นอกจากนี้ยังคัดค้านเขตอำนาจศาลโดยให้เหตุผลว่าตนไม่ได้เป็นสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติซึ่งส่งผลให้ศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือยูโกสลาเวียตามหลัก *ratione personae* *

³⁴ See International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order of 13 September 1993 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7311.pdf> and International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, paras. 7-8.

³⁵ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 14.

* หลักเขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (*ratione personae*) ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นหมายถึง การเข้าสู่กระบวนการในการระงับข้อพิพาทของรัฐในทางระหว่างประเทศโดยอาศัยการเป็นภาคีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศของรัฐนั้น (USLegal, *Ratione Personae Law & Legal Definition* [Online]. (n.d.). Available from: <http://definitions.uslegal.com/r/ratione-personae/>)

สำหรับประเด็นของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติหรือไม่ ศาลเห็นว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติตามมติของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 1992 ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ และยังพิจารณาว่าข้อ 11 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเปิดโอกาสให้กับภาคีสมาชิกใดๆ แห่งสหประชาชาติเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ ซึ่งบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาสามารถเข้าเป็นสมาชิกได้เช่นกัน การแยกตัวเป็นอิสระนั้นมีผลเพียงเล็กน้อย บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาจึงสามารถเป็นภาคีในอนุสัญญาด้วยกลไกการสืบสิทธิของรัฐ³⁶

หลังจากนั้นศาลได้พิจารณาการเข้าเป็นสมาชิกของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยบอสเนียอ้างถึงการสืบสิทธิโดยอัตโนมัติหลังจากการประกาศอิสรภาพ³⁷ ซึ่งศาลเห็นว่าลักษณะของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามความเห็นของศาลในคดีการตั้งข้อสงวนของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ว่า “เป็นอนุสัญญาหนึ่งที่ภาคีสมาชิกทั้งหลายแห่งสนธิสัญญาไม่มีผลประโยชน์ใดๆ เป็นการส่วนตัว มีแต่เพียงผลประโยชน์ร่วมกันที่จะทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์สูงสุดที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเท่านั้น...”³⁸ และ

³⁶ International Court of Justice, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>, para. 19. “The Court notes that Bosnian and Herzegovina became a Member of the United Nations following the decisions adopted on 22 May 1992 by the Security Council and the General Assembly, bodies competent under the Charter. Article XI of the Genocide Convention opens it to “any Member of the United Nations”; from the time of its admission to the Organizations, Bosnia and Herzegovina could thus become a party to the Convention. Hence the circumstances of its accession to independence are of little consequence.”

³⁷ Ibid., para. 21.

³⁸ Ibid., para. 22. “In such a convention the contracting States do not have any interests of their own ; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those

“วัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชี้ให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและรัฐทั้งหลายให้รับรองอนุสัญญานี้โดยการเข้ามาเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ การกีดกันรัฐใดรัฐหนึ่งออกจากอนุสัญญาไม่เพียงแต่เป็นการจำกัดขอบเขตของการใช้ของอนุสัญญานั้น แต่ยังเป็นการทำให้หลักการพื้นฐานในด้านศีลธรรมและมนุษยธรรมเสียไปอีกด้วย”³⁹ และสรุปว่าบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาเป็นภาคีของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยไม่จำเป็นที่จะต้องอ้างถึงการสืบสิทธิอัตโนมัติ⁴⁰

สำหรับการเข้าเป็นภาคีของยูโกสลาเวียในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นในชั้นนั้นศาลเห็นว่าจากแถลงการณ์ของยูโกสลาเวียที่ฝากไว้ที่เลขาธิการสหประชาชาติเมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1992 ที่จะสืบสิทธิทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศและการเป็นบุคคลในทางการเมืองต่อจากสหพันธ์สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย โดยยืนยันว่าจะเข้าผูกพันตามความผูกพันทั้งหมดที่สหพันธ์สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวียได้ยอมรับในทางระหว่างประเทศนั้นถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งของยูโกสลาเวียที่จะยังคงผูกพันตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อจากอดีตประเทศยูโกสลาเวียตั้งแต่วันดังกล่าวแล้ว ดังนั้น ยูโกสลาเวียจึงมีความผูกพันตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตั้งแต่วันที่ยื่นฟ้องเป็นคดีเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1993 แล้ว⁴¹

high purpose which are the *raison d' être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties.”

³⁹Ibid., para. 22. “The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis.”

⁴⁰ Ibid., para. 23.

⁴¹ Ibid., para. 17. “The proceeding instituted before the Court are between two States whose territories are located within the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia. That Republic signed the Genocide Convention on 11 December 1948 and deposited its instrument of ratification,

ด้วยเหตุนี้ ศาลมีคำตัดสินเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 ว่าข้อคัดค้านเบื้องต้นของ ยูโกสลาเวียฟังไม่ขึ้นและศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทตามข้อ 9 ของ อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามหลัก *ratione personae*⁴² และศาลได้สรุปว่าคำฟ้องของ บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาที่รับฟังได้และสามารถที่จะพิจารณาในชั้นของเนื้อหาแห่งคดีต่อไป ได้⁴³ แต่ศาลปฏิเสธที่จะกล่าวถึงสถานะของคุณความว่าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ เมื่อใด

นอกจากนั้นศาลได้ยืนยันว่าสิทธิและหน้าที่ภายใต้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีผล บังคับใช้เป็นการทั่วไป (*erga omnes*) โดยพันธกรณีของรัฐในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรม ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นไม่ได้ถูกจำกัดแค่ภายในดินแดนเท่านั้น⁴⁴ จะเห็นได้ว่าศาลได้เริ่มยอมรับว่า พันธกรณีของรัฐในการป้องกันและทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผูกพันให้ทุกรัฐต้องป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ไม่เพียงแต่ภายในดินแดนของตนเองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการทำลายล้าง

without reservation, on 29 August 1950. At the time of the proclamation of the Federal Republic of Yugoslavia, on 27 April 1992, a formal declaration was adopted on its behalf to the effect that: "The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally.

This intention thus expressed by Yugoslavia to remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General. The Court observes, furthermore, that it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention. Thus, Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application in the present case, namely, on 20 March 1993."

⁴² Ibid., para. 34.

⁴³ Ibid., para. 46.

⁴⁴ Ibid., para. 32. "...It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are right and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention."

เผ่าพันธุ์ที่อยู่นอกดินแดนของตนด้วยเนื่องจากการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาดที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป

ต่อมายูโกสลาเวียได้โต้แย้งคำพิพากษาของศาลโดยเรียกร้องให้ศาลทบทวนคำพิพากษาใหม่อีกครั้งเนื่องจากตนได้เป็นสมาชิกใหม่ขององค์การสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 2000 และปฏิบัติตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เมื่อปี ค.ศ. 2001 จึงเห็นว่าเป็นข้อเท็จจริงใหม่ที่มีลักษณะสำคัญซึ่งมีเหตุผลเพียงพอให้การพิจารณาใหม่อีกครั้ง เนื่องจากในระหว่างที่เกิดข้อพิพาทนั้น ยูโกสลาเวียอ้างว่าตนไม่ได้เป็นสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงไม่มีความผูกพันตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ศาลปฏิเสธคำร้องนี้ในปี ค.ศ. 2003 โดยเห็นว่าข้ออ้างของยูโกสลาเวียไม่มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ตามข้อ 61 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเนื่องจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่อันจะสามารถนำมาร้องขอให้ศาลพิจารณาใหม่นั้นต้องปรากฏว่าต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ได้เปิดเผยที่มีอยู่ในเวลาที่คำพิพากษาแล้วถูกค้นพบขึ้นมาใหม่ ไม่ใช่เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีคำพิพากษาไปแล้ว ซึ่งการที่ยูโกสลาเวียอ้างว่าตนเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 นั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลังจากมีคำตัดสินเมื่อปี ค.ศ. 1996⁴⁵

ในช่วงเดือนมีนาคมและเดือนเมษายน ค.ศ. 2006 มีการนำเสนอข้อโต้แย้งด้วยวาจา (Oral argument) ระหว่างบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา กับ เซอร์เบีย-มอนเตเนโกร (ในขณะนั้นมอนเตเนโกรยังไม่ได้แยกตัวเป็นอิสระจากเซอร์เบีย) หลายประเด็นทั้งในเรื่องเขตอำนาจศาลว่าศาลไม่มีอำนาจในการรับคดีนี้ไว้พิจารณา และในเนื้อหาแห่งคดี (Merits) เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จนศาลมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

⁴⁵See International Court of Justice, *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment of 3 February 2003 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/122/8248.pdf>

2.2.1 ประเด็นโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

สำหรับประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลนั้นเริ่มจากทางเซอร์เบียได้โต้แย้งว่าศาลไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากในระหว่างพิจารณาคดีนี้เซอร์เบียไม่ได้สืบสิทธิจาก SFRY ดังนั้นเมื่อไม่ได้สืบสิทธิจึงไม่ได้เป็นสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์* หรือแม้กระทั่งเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ดังนั้น เมื่อไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติจึงไม่ได้มีการยอมรับเขตอำนาจศาลในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ⁴⁶

บอสเนียได้โต้แย้งว่าประเด็นที่เซอร์เบียหยิบยกขึ้นมานั้นเป็นประเด็นเดียวกับที่ศาลได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 จึงต้องห้ามไม่ให้เซอร์เบียหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอีกตามหลักหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา (*res judicata*) * ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าศาล

* FRY เป็นภาคีอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 2001 (Prevention Genocide International, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* [Online]. (n.d.). Available from: <http://preventgenocide.org/law/convention/UNTreatyCollection-GenocideConventionStatusReport.htm>)

⁴⁶ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, paras. 80-81.

* หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา (*res judicata*) นั้น หมายถึงคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันทางกฎหมายและเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด กล่าวคือ ไม่สามารถนำมาวินิจฉัยได้อีก โดยศาลได้เคยพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในคดี Corfu Channel เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1949 ว่า “...ธรรมนูญศาลข้อ 60 รับรองว่าคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นที่สุดและไม่มีการอุทธรณ์ ดังนั้น เนื้อหาของคำพิพากษาจึงเสร็จเด็ดขาด” (International Court of Justice, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain v. Northern Ireland-Albania)*, Assessment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Judgment of 15 December 1949 [Online]. (n.d.) Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf>, p. 248. “...the Statute (Article 60), which, for the settlement of the present dispute, is binding upon the Albanian Government, that Judgment is final and without appeal, and that therefore the matter is *res judicata*.”)

มีเขตอำนาจตามข้อ 9 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว จึงถือได้ว่าเป็นการยอมรับโดยปริยาย (acquiesced) ว่าศาลมีเขตอำนาจตั้งแต่คดีปี ค.ศ. 1996 และถือเป็นกฎหมายปิดปาก (estoppel) ในคดีนี้ และเซอร์เบียได้โต้แย้งต่อไปอีกว่าหากศาลกลับไปพิจารณาคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 ในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลอีกครั้งถือว่าศาลทำผิดหลัก *res judicata*⁴⁷

ศาลเห็นว่าการที่ถือว่าเซอร์เบียจะยอมรับเขตอำนาจศาลโดยปริยายและถือว่าเป็นกฎหมายปิดปากหรือไม่ นั้น ไม่ตัดสิทธิศาลในการพิจารณาตรวจสอบประเด็นดังกล่าวตามหลักสุจริต⁴⁸ ศาลจึงได้พิจารณาคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 และเห็นว่าศาลในปีนั้นได้ตัดสินว่าคู่ความมีความผูกพันตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีตามข้อ 9 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์* แล้ว ดังนั้น ศาลจึงได้นำหลัก *res judicata* มาปรับใช้โดยยึดถือตามคำตัดสินของศาลปี ค.ศ. 1996 ที่ได้ตัดสินเป็นที่สุดแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าในช่วงเวลาที่ยื่นคำฟ้องนั้นเซอร์เบียเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติหรือธรรมนูญศาลอีกหรือไม่⁴⁹

⁴⁷ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, paras. 100-101, 103 and 104.

⁴⁸ Ibid., para. 103.

* Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article IX

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfillment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

⁴⁹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 140.

ผู้พิพากษาจำนวน 5 ต่อ 15 ท่านไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของศาลโดยเห็นว่าคำตัดสินไม่สามารถที่จะนำหลัก *res judicata* มาใช้ได้⁵⁰ โดยผู้พิพากษา Ranjeva, Shi, Koroma (เป็นผู้พิพากษาที่เคยตัดสินคดีปี 1996) และ Tomka เห็นว่าการที่ศาลจะมีเขตอำนาจนั้นนอกจากจะมีความผูกพันตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ยังต้องปรากฏว่าต้องมีการยอมรับเขตอำนาจศาลตามข้อ 35 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ* ก่อนซึ่งในกรณีนี้เป็นเรื่องการยอมรับเขตอำนาจในฐานะเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติด้วยและการที่จะเข้าผูกพันเป็นภาคีอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องปรากฏว่าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติด้วย แต่คำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 ตัดสินเพียงว่าศาลมีเขตอำนาจตามข้อ 9 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยไม่ได้กล่าวถึงการเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติของยูโกสลาเวีย ซึ่งประเด็นดังกล่าวยังไม่สิ้นสุด การที่ศาลตัดสินว่าตนมีเขตอำนาจตามหลัก *res judicata* นั้นจึงไม่ชอบ อีกทั้งยังขัดต่อข้อ 56 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ** ที่กำหนดให้ศาลต้องแสดงเหตุผลประกอบคำพิพากษาด้วย⁵¹ และศาลคดีนี้ควรจะพิจารณาว่าเมื่อปี ค.ศ. 1993 ยูโกสลาเวียเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติหรือไม่⁵² และการที่ศาลมีเขตอำนาจตามคดีนี้น่าจะเป็นกรณีของกฎหมายปิดปาก (*estoppel*) มากกว่า⁵³

⁵⁰ Ibid., para. 471.

* Statute of the International Court of Justice, Article 35

“1. The Court shall be open to the states parties to the present Statute.”

** Statute of the International Court of Justice, Article 56

“1. The judgment shall state the reasons on which it is based.”

⁵¹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13691.pdf>, para. 2-4.

⁵² Ibid., para. 13.

⁵³ Ibid., para. 14.

ผู้พิพากษา Tomka เห็นว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้แต่มีเหตุผลแตกต่าง โดยเห็นว่าศาลควรจะพิจารณาตั้งแต่เริ่มต้นว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทหรือไม่ มากกว่าพิจารณาจากคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996⁵⁴ และเห็นว่าศาลมีเขตอำนาจตั้งแต่พบว่ายูโกสลาเวียเป็นสมาชิกของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เมื่อบอสเนียได้ยื่นฟ้องเมื่อปี ค.ศ. 1993 ตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องการสืบทอดรัฐที่แยกตัวออกมา⁵⁵

2.2.2 ประเด็นโต้แย้งในเนื้อหาแห่งคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สำหรับในชั้นเนื้อหาแห่งคดีนี้เนื่องจากเซอร์เบียโต้แย้งว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐสมาชิกดำเนินมาตรการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น การอนุวัติการออกกฎหมายภายในให้มีการลงโทษทางอาญาต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้อง การดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำผิด รวมถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวไม่ส่งผลให้รัฐต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁵⁶ และเห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล (Individual Criminal Responsibility)⁵⁷

⁵⁴ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, Separate opinion of Judge Tomka [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13699.pdf>, para. 24.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 35.

⁵⁶ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 176.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 156.

ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาว่าพันธกรณีของรัฐตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นรวมถึงพันธกรณีของรัฐในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในบทบัญญัติข้อ 1 นั้นรวมถึงพันธกรณีในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐด้วย ต่อมาศาลจึงได้พิจารณาว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าเฉพาะที่เซบรีนีก้าเท่านั้นที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 2 (a) และ (b) แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์* เนื่องจากเป็นพื้นที่เดียวที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างชาวบอสเนียมุสลิมของกองทัพ Republika Srpska หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า VRS นั้นประกอบไปด้วยเจตนาพิเศษ⁵⁸ หลังจากนั้นศาลจึงได้นำหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐมาพิจารณาว่าเซอร์เบียจะมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นที่เซบรีนีก้าหรือไม่ โดยศาลเห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของ VRS ในเซบรีนีก้านั้นไม่ถือว่าเป็นการกระทำของเซอร์เบีย อันจะทำให้เซอร์เบียมีความรับผิดชอบในความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ ศาลจึงพิจารณาต่อไปว่าเซอร์เบียจะมีความรับผิดชอบตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 3 (b) – (e)**

* Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article II

“In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.”

⁵⁸ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 297.

** Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article III

ต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้าหรือไม่ โดยศาลได้ตัดสินว่าเซอร์เบียไม่มีความรับผิดชอบ ตามบทบัญญัติดังกล่าวเลยเนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำในนามของเซอร์เบีย หลังจากนั้นศาลได้พิจารณาว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบสำหรับการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ โดยศาลได้เริ่มพิจารณาว่าพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีลักษณะอย่างไร และเซอร์เบียมีความรับผิดชอบสำหรับพันธกรณีนั้นหรือไม่ แล้วจึงมาพิจารณาว่าพันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีลักษณะอย่างไร และเซอร์เบียมีความรับผิดชอบสำหรับพันธกรณีนั้นหรือไม่ และท้ายที่สุดศาลได้พิจารณาเรื่องการชดใช้ความเสียหายว่าเซอร์เบียจะต้องชดใช้ความเสียหายอย่างไรบ้าง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.1 การปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เนื่องจากการโต้แย้งกันว่ารัฐสามารถมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้หรือไม่ ศาลจึงเริ่มพิจารณาจากบทบัญญัติข้อ 9 * แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่สามารถลงโทษได้ โดยศาล

“The following acts shall be punishable:

- (a) Genocide;
- (b) Conspiracy to commit genocide;
- (c) Direct and public incitement to commit genocide;
- (d) Attempt to commit genocide;
- (e) Complicity in genocide.”

* Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article IX

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

เริ่มพิจารณาคำพิพากษาปี ค.ศ. 1996 ที่ตัดสินว่า “ความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือสำหรับการกระทำอื่นใดตามที่ระบุไว้ในข้อ 3” ตามข้อ 9 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างพันธุ์ว่าความรับผิดชอบของรัฐหรือความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ตามบทบัญญัติข้อ 9 นั้น ไม่ถูกตัดออกโดยข้อ 4 ของอนุสัญญาในเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของผู้ปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ⁵⁹

ศาลในคดีนี้เห็นว่าบทบัญญัติข้อ 9 ที่ศาลปี ค.ศ. 1996 ตั้งข้อสังเกตไว้ยังคงเป็นประเด็นข้อพิพาทอยู่ว่า นอกจากพันธกรณีของรัฐสมาชิกในการบัญญัติกฎหมาย ดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการละเมิดพันธกรณีนี้จะขยายความรวมถึงพันธกรณีในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำผิดอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 หรือไม่ ศาลจึงมาพิจารณาพันธกรณีตามข้อ 9 รวมถึงพันธกรณีได้บ้าง

ศาลเริ่มพิจารณาจากบทบัญญัติข้อ 1* โดยเห็นว่า บทบัญญัติข้อ 1 ยืนยันว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหลักนี้ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ตามข้อมติที่ 96(I) แห่งสมัชชาใหญ่ และอารัมภบทแห่งอนุสัญญา นอกจากนี้ยังปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรม

⁵⁹ International Court of Justice, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, para. 32. “[T]he Court would observe that the reference to Article 9 to ‘the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article 3’, does not exclude any form of State responsibility. Nor is the responsibility of a State for acts of its organs excluded by Article IV of the Convention, which contemplates the commission of an act of genocide by ‘rulers’ or ‘public officials’.”

* Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article I

“The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.”

ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรม
ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1951 ที่มีเนื้อหาว่า

“บ่อเกิดของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสหประชาชาติ
ในการที่จะประนามและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็น ‘อาชญากรรม
ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ’ ที่ได้ปฏิเสธสิทธิในการมีอยู่ของกลุ่มประชาชนทั้งกลุ่ม ซึ่ง
สิ้นสะท้อนต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติ และเกิดความสูญเสียต่อมนุษยชาติอย่างใหญ่หลวง อีกทั้ง
ยังเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมายศีลธรรม จิตวิญญาณ และจุดมุ่งหมายของสหประชาชาติ (ข้อมติที่
96(I) แห่งสมัชชาใหญ่, 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946) ผลที่ตามมาประการแรกจากแนวคิดนี้คือ หลักการ
ภายใต้อนุสัญญานี้เป็นหลักการที่ได้รับการรับรองโดยชาติอารยะว่าผูกพันกับรัฐต่างๆ แม้ว่าจะไม่
มีพันธกรณีเกี่ยวกับประเพณีนิยมใด ๆ ผลที่ตามมาประการที่สองคือ ลักษณะความเป็นสากลของ
การประนามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และความร่วมมือในการปลดปล่อยมนุษยชาติจากหายนะอัน
เลวร้าย (อารัมภบทของอนุสัญญา)...

วัตถุประสงค์ดังกล่าวของอนุสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณา โดยอนุสัญญานี้ได้รับการ
ยอมรับอย่างชัดแจ้งว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้ จนยากที่จะ
จินตนาการว่าจะมีอนุสัญญาใดที่จะมีลักษณะควบคู่ไปมากกว่านี้ได้ ตั้งแต่อนุสัญญานี้มี
วัตถุประสงค์ในการปกป้องความมีอยู่ของกลุ่มมนุษย์ทั้งหลายและเป็นการยืนยันและรับรองถึง
หลักศีลธรรมขั้นพื้นฐานที่สุด”

หลังจากนั้นศาลได้พิจารณาว่าบทบัญญัติข้อ 1 นี้มีรากฐานมาจากหลักศีลธรรมและ
มนุษยธรรมโดยหลักการนี้ได้รับการรับรองจากข้อมติที่ 96 (I) แห่งสมัชชาใหญ่ ตามที่ถูกร้องใน
คำสั่งในมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ค.ศ. 1993 และคำพิพากษาในชั้น Preliminary Objection
ค.ศ. 1996 ได้อ้างถึงความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวน
ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1951 และศาลได้หยิบยกคำพิพากษาคดีกิจกรรมทหารบน
ดินแดนคองโก ค.ศ. 2002 มาพิจารณา โดยคำพิพากษาคดีดังกล่าวได้อ้างถึงความเห็นเชิงปรึกษา

ค.ศ. 1951 และคำพิพากษา ค.ศ. 1996 เช่นกัน และได้วินิจฉัยเพิ่มเติมว่าการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายเด็ดขาดตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁶⁰

⁶⁰ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 161. “To determine what are the obligations of the Contracting Parties under the Genocide Convention, the Court will begin with the terms of its Article I. It contains two propositions. The first is the affirmation that genocide is a crime under international law. That affirmation is to be read in conjunction with the declaration that genocide is a crime under international law, unanimously adopted by the General Assembly two years earlier in its resolution 96 (I), and referred to in the Preamble to the Convention (paragraph 142, above). The affirmation recognizes the existing requirements of customary international law, a matter emphasized by the Court in 1951.

The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention) . . .

The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality.” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23.*)

Later in that Opinion, the Court referred to “the moral and humanitarian principles which are its basis” (*ibid.*, p. 24). In earlier phases of the present case the Court has also recalled resolution 96

ต่อจากนั้นศาลได้พิจารณาลักษณะของการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา โดยเริ่มพิจารณาบทบัญญัติข้อ 1 ที่กำหนดให้ภาคีสมาชิกต้องดำเนินการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และโดยเฉพาะพันธกรณีในการดำเนินการป้องกัน ซึ่งศาลได้พิจารณาความหมายโดยปกติของคำว่า “undertake” ว่ามีลักษณะเป็นการให้สัญญาอย่างเป็นทางการที่จะผูกพันตนเองในการให้หลักประกันหรือคำมั่นสัญญาที่จะเข้าผูกพันและยอมรับพันธกรณีหนึ่ง ซึ่งปกติสนธิสัญญาทั้งหลายมักจะกำหนดพันธกรณีนี้ให้กับภาคีสมาชิกซึ่งไม่เพียงแต่ให้การสนับสนุนอย่างเต็มที่หรือมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนเท่านั้น แต่ “undertake” ตามข้อ 1 นี้เป็นการเข้าปฏิบัติตามสนธิสัญญาอย่างเต็มที่ ที่ไม่ใช่เพียงการบัญญัติกฎหมาย การดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด หรือส่งผู้ร้ายข้ามแดนเท่านั้น โดยพันธกรณีข้อ 1 ในการดำเนินการป้องกันนั้นได้สร้างพันธกรณีที่ต่างจากที่ปรากฏในบทบัญญัติข้ออื่น เนื่องจากอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้⁶¹

(I) (*I.C.J. Reports 1993*, p. 23; see also pp. 348 and 440) and has quoted the 1951 statement (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616). The Court reaffirmed the 1951 and 1996 statements in its Judgment of 3 February 2006 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, paragraph 64, when it added that the norm prohibiting genocide was assuredly a peremptory norm of international law (*jus cogens*).”

⁶¹ *Ibid.*, para. 162 “Those characterizations of the prohibition on genocide and the purpose of the Convention are significant for the interpretation of the second proposition stated in Article I — the undertaking by the Contracting Parties to prevent and punish the crime of genocide, and particularly in this context the undertaking to prevent. Several features of that undertaking are significant. The ordinary meaning of the word “undertake” is to give a formal promise, to bind or engage oneself, to give a pledge or promise, to agree, to accept an obligation. It is a word regularly used in treaties setting out the obligations of the Contracting Parties (cf., for example, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (7 March 1966), Article 2, para. 1; International Covenant on Civil and Political Rights (16 December 1966), Articles 2, para. 1, and 3, for example). It is not merely hortatory or purposive. The undertaking is unqualified (a matter

โดยศาลเห็นว่าข้อสรุปข้างต้นนั้นได้รับการยืนยันจากรายงานและร่างของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติได้เสนอต่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1947 ในสมัยการประชุมครั้งที่ 3 ของสมัชชาใหญ่ว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบภายในและความรับผิดชอบระหว่างประเทศทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและรัฐ” โดยความรับผิดชอบควบคู่ (Dual Responsibility) นี้ได้รับการนำมาใช้ทั้งโดยคณะกรรมการร่างกฎหมาย (ต่อไปจะเรียกว่า “ILC”) ในรูปแบบของสิทธิและหน้าที่ของรัฐ และตามหลักอนุเบร็กที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกบุคคล⁶²

หลังจากนั้นศาลได้พิจารณาต้นร่างของอนุสัญญาโดยให้ความสำคัญกับลักษณะการมีผลและสิ่งที่ไม่ใช่อารัมภทของข้อ 1 โดยอารัมภทของร่างอนุสัญญาที่ได้ร่างโดยคณะกรรมการ

considered later in relation to the scope of the obligation of prevention); and it is not to be read merely as an introduction to later express references to legislation, prosecution and extradition. Those features support the conclusion that Article I, in particular its undertaking to prevent, creates obligations distinct from those which appear in the subsequent Articles. That conclusion is also supported by the purely humanitarian and civilizing purpose of the Convention.”

⁶² Ibid., p. 61-62, para. 163 “The conclusion is confirmed by two aspects of the preparatory work of the Convention and the circumstances of its conclusion as referred to in Article 32 of the Vienna Convention. In 1947 the United Nations General Assembly, in requesting the Economic and Social Council to submit a report and a draft convention on genocide to the Third Session of the Assembly, declared “that genocide is an international crime entailing national and international responsibility on the part of individuals and States” (A/RES/180 (II)). That duality of responsibilities is also to be seen in two other associated resolutions adopted on the same day, both directed to the newly established International Law Commission (hereinafter “the ILC”): the first on the formulation of the Nuremberg principles, concerned with the rights (Principle V) and duties of individuals, and the second on the draft declaration on the rights and duties of States (A/RES/177 and A/RES/178 (II))...”

เฉพาะกรณีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (*Ad Hoc Committee on Genocide*) ในสมัยประชุมที่ 3 ของสมัชชาใหญ่ที่ถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการหกฝ่าย ที่มีเนื้อหาว่า

“ภาคีสมาชิกทั้งหลาย

.....

ถูกทำให้แน่ใจว่าการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุนี้ จึงได้ตกลงที่จะป้องกันและลงโทษอาชญากรรมที่ได้กำหนดไว้ดังต่อไปนี้”

คณะกรรมการเฉพาะกรณีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เห็นว่าบทบัญญัติข้อ 1 ควรกำหนดว่า “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะได้กระทำขึ้นในภาวะสันติหรือภาวะสงคราม”

ศาลได้พิจารณาความเห็นของประเทศต่างๆ ในช่วงร่างอนุสัญญาเพื่อประกอบการพิจารณา โดยเบลเยียม เห็นว่าการดำเนินการป้องกันและลงโทษนั้นควรจะมีประสิทธิภาพมากกว่านี้ โดยควรจะบรรจุไว้ในส่วนปฏิบัติการของอนุสัญญามากกว่าจะบรรจุไว้ในอารัมภบทและวัตถุประสงค์ตามบทบัญญัติข้อ 1 ที่คณะกรรมการหกฝ่ายของสหประชาชาติได้เสนอไว้ว่า “ภาคีสมาชิกต้องดำเนินการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์” เนเธอร์แลนด์ เสนอว่าบทบัญญัติข้อ 1 ขึ้นใหม่โดยรวมเนื้อหาที่คณะกรรมการเฉพาะกรณีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ร่างขึ้นพร้อมกับข้อเสนอของเบลเยียมว่า “ภาคีสมาชิกทั้งหลายยืนยันว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ที่ภาคีสมาชิกทั้งหลายต้องดำเนินการป้องกันและลงโทษเพื่อให้สอดคล้องกับบัญญัติดังต่อไปนี้” ตัวแทนของประเทศเดนมาร์ก เห็นว่า บทบัญญัติข้อ 1 ควรจะทำให้เป็นถ้อยคำที่มีประสิทธิภาพมากกว่านี้และเสนอให้ลบประโยคสุดท้ายที่ว่า “เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติดังต่อไปนี้” ออกไป ตัวแทนของประเทศเนเธอร์แลนด์เห็นด้วยกับข้อเสนอของประเทศเดนมาร์ก หลังจากนั้นข้อเสนอของสหภาพโซเวียตที่ให้ลบบทบัญญัติข้อ 1 ออกไปได้ถูกปฏิเสธด้วยคะแนนเสียง 36 ต่อ 8 และงดลงคะแนน 5 เสียง และข้อเสนอที่ให้โอน

ประเด็นต่างๆ ไปไว้ในอารัมภบทกฎปฏิเสธรด้วยคะแนนเสียง 40 ต่อ 8 เสียง และเห็นว่าให้ควรแทรกประโยคที่ว่า “ไม่ว่าจะได้กระทำขึ้นในภาวะสงครามและภาวะสันติ” ลงไปในบทบัญญัติด้วยคะแนนเสียง 30 ต่อ 7 และงดลงคะแนน 6 เสียง โดยเนื้อหาของบทบัญญัติข้อ 1 ที่แก้ไขใหม่นี้ได้รับการลงมติยอมรับด้วยคะแนนเสียง 37 ต่อ 3 และงดลงคะแนน 2 เสียง⁶³

ศาลจึงเห็นว่า ด้วยเหตุผลที่การดำเนินการได้ย้ายจากอารัมภบทมาสู่บทบัญญัติที่ปฏิบัติการได้และการถอนประโยคที่ว่า “เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติดังต่อไปนี้” ออกไป เป็นการยืนยันว่าบทบัญญัติข้อ 1 กำหนดพันธกรณีที่ต่างออกไปจากพันธกรณีอื่นๆ ในอนุสัญญา โดยเฉพาะพันธกรณีที่กำหนดให้ภาคีสมาชิกทั้งหลายมีความรับผิดชอบโดยตรงในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁶⁴

ต่อมาศาลได้พิจารณาพันธกรณีของภาคีสมาชิกว่าโดยอาศัยอำนาจตามอนุสัญญา รัฐสมาชิกมีพันธกรณีที่จะไม่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยมีข้อสังเกตว่าพันธกรณีดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในถ้อยคำแห่งอนุสัญญา ซึ่งบอสเนียได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติข้อ 9 ที่กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้นรวมถึงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 ด้วย ตั้งแต่บทบัญญัติข้อ 9 เป็นบทบัญญัติสำคัญที่ให้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งศาลได้ทำให้แน่ใจว่าพันธกรณีที่มีผลบังคับใช้เรื่องพันธกรณีของรัฐที่จะไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจมาจากบทบัญญัติข้ออื่นของอนุสัญญา โดยภายใต้บทบัญญัติข้อ 1 รัฐสมาชิกผูกพันที่จะป้องกันการกระทำเช่นว่านั้น ที่ได้อธิบายไว้ว่า “อาชญากรรมหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ” ได้กระทำผิดขึ้น ซึ่งบทบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องการให้รัฐงดเว้นตัวเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่อย่างไรก็ตามในมุมมองของศาลเห็นว่าภายใต้วัตถุประสงค์ที่จัดตั้งอนุสัญญาส่งผลให้บทบัญญัติข้อ 1 คือการห้ามรัฐกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยตนเอง โดยประการแรกข้อห้ามดังกล่าวถือตาม

⁶³ Ibid., para. 164.

⁶⁴ Ibid., para. 165. “...confirm that Article I does impose distinct obligations over and above those imposed by other Articles of the Convention. In particular, the Contracting Parties have a direct obligation to prevent genocide.”

ข้อเท็จจริงที่ว่าบทบัญญัตินี้จัดประเภทการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกจะต้องดำเนินการที่จะไม่กระทำผิดตามที่ได้ระบุไว้ และประการที่สองคือตามพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวเรียกร้องให้ภายในรัฐสมาชิกนำวิธีการต่างๆ เข้าจัดการเพื่อที่จะป้องกันบุคคลหรือกลุ่มคนที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจโดยตรงจากการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ซึ่งจะขัดแย้งได้หากไม่ต้องห้ามรัฐนั้นเองการกระทำผิดเช่นว่านั้นผ่านองค์กรของตนเอง หรือต่อบุคคลที่ตนมีอำนาจควบคุมให้เขาเหล่านั้นกระทำการที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น พันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จำเป็นจะต้องตีความโดยนัยว่าห้ามกระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁶⁵

⁶⁵ Ibid., para. 166. “The Court next considers whether the Parties are also under an obligation, by virtue of the Convention, not to commit genocide themselves. It must be observed at the outset that such an obligation is not expressly imposed by the actual terms of the Convention. The Applicant has however advanced as its main argument that such an obligation is imposed by Article IX, which confers on the Court jurisdiction over disputes “including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III”. Since Article IX is essentially a jurisdictional provision, the Court considers that it should first ascertain whether the substantive obligation on States not to commit genocide may flow from the other provisions of the Convention. Under Article I the States parties are bound to prevent such an act, which it describes as “a crime under international law”, being committed. The Article does not *expressis verbis* require States to refrain from committing genocide. However, in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide. Such a prohibition follows, first, from the fact that the Article categorizes genocide as “a crime under international law”: by agreeing to such a categorization, the States parties must logically be undertaking not to commit the act so described. Secondly, it follows from the expressly stated obligation to prevent the commission of acts of genocide. That obligation requires the States parties, *inter alia*, to employ the means at their disposal, in circumstances to be described more specifically later in this Judgment, to prevent persons or groups not directly under

ด้วยเหตุนี้ศาลจึงสรุปว่า ภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญามีความผูกพันที่จะไม่กระทำผิด ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผ่านการกระทำขององค์กร หรือบุคคลทั้งหลาย หรือกลุ่มทั้งหลายที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของภาคีสมาชิกทั้งหลาย โดยข้อสรุปนี้ต้องปรับเข้ากับการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 ด้วย และการกระทำเหล่านั้นต้องห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยตนเอง รวมถึงตามบทบัญญัติข้อ 3 โดยอ้างอิงถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในบทบัญญัติข้อ 9 และการปราศจากลักษณะของการกระทำที่ถูกลงโทษได้และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาเพื่อมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้ ซึ่งอาจจะสนับสนุนข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐทั้งหลายเป็นบุคคลที่มีพันธกรณีในการช่วยส่งเสริมเพื่อดำเนินการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็นความจริงที่แนวคิดในย่อหน้า (b) ถึง (e) ของบทบัญญัติข้อ 3 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสมรู้ร่วมคิด (complicity) เป็นที่ทราบกันดีว่าเป็นลักษณะของกฎหมายอาญาที่นำไปใช้ลงโทษทางอาญาต่อปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศก็จะเป็นการไม่รักษาไว้ซึ่งวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา ถึงแม้จะมีลักษณะต่างจากความรับผิดชอบทางอาญาก็สามารถกระทำการตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ได้⁶⁶

their authority from committing an act of genocide or any of the other acts mentioned in Article III. It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide.”

⁶⁶ Ibid., para. 167. “The Court accordingly concludes that Contracting Parties to the Convention are bound not to commit genocide, through the actions of their organs or persons or groups whose acts are attributable to them. That conclusion must also apply to the other acts enumerated in Article III. Those acts are forbidden along with genocide itself in the list included in Article III. They are referred to equally with genocide in Article IX and without being characterized as “punishable”; and the “purely humanitarian and civilizing purpose” of the Convention may be seen as being promoted by the fact that States are subject to that full set of obligations, supporting their

ข้อสรุปที่ว่าภาคีสมาชิกมีความผูกพันตามอนุสัญญาที่จะไม่กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 นั้นได้รับการยืนยันโดยถ้อยคำที่มีลักษณะพิเศษของข้อ 9 โดยลักษณะพิเศษนี้และถ้อยคำที่ว่า “บรรลุผล” (fulfillment) ของบทบัญญัตินี้ได้ถูกโต้แย้งเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความ และการปรับใช้อนุสัญญาโดยบทบัญญัติข้อ 9 เป็นบทบัญญัติมาตรฐานในการระงับข้อพิพาท⁶⁷

ลักษณะพิเศษของบทบัญญัติข้อ 9 คือ ประโยคที่ว่า “รวมถึงพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นใดตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3” โดยคำว่า “รวมถึง” นั้นเป็นการยืนยันว่าข้อพิพาทนั้นเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของภาคีสมาชิกสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ที่ได้อ้างถึง ซึ่งประกอบด้วยกลุ่มของข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความ การปรับใช้ หรือการทำให้บรรลุซึ่งอนุสัญญา ความรับผิดชอบของสมาชิกสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 เกิดขึ้นจากความล้มเหลวที่จะยอมทำตามพันธกรณีที่กำหนดขึ้นโดยบทบัญญัติข้ออื่นของอนุสัญญา และโดยเฉพาะบทบัญญัติข้อ 3 ต้องอ่านประกอบกับบทบัญญัติข้อ 1 และ 2

undertaking to prevent genocide. It is true that the concepts used in paragraphs (b) to (e) of Article III, and particularly that of “complicity”, refer to well known categories of criminal law and, as such, appear particularly well adapted to the exercise of penal sanctions against individuals. It would however not be in keeping with the object and purpose of the Convention to deny that the international responsibility of a State — even though quite different in nature from criminal responsibility — can be engaged through one of the acts, other than genocide itself, enumerated in Article III.”

⁶⁷ Ibid., para. 168. “The conclusion that the Contracting Parties are bound in this way by the Convention not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III is confirmed by one unusual feature of the wording of Article IX. But for that unusual feature and the addition of the word “fulfillment” to the provision conferring on the Court jurisdiction over disputes as to the “interpretation and application” of the Convention (an addition which does not appear to be significant in this case), Article IX would be a standard dispute settlement provision.”

สอดคล้องกับตัวบทภาษาอังกฤษของอนุสัญญาว่า ความรับผิดชอบถูกพิจารณาว่าเป็นความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ใช่เพียงความรับผิดชอบสำหรับการล้มเหลวที่จะป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเฉพาะถ้อยคำของประโยคทั้งหมดนี้เป็นการยืนยันว่าภาคีสมาชิกอาจจะต้องสามารถรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 ของอนุสัญญา⁶⁸

แต่ผู้พิพากษา Owada ไม่เห็นพ้องกับเสียงส่วนใหญ่ในประเด็นนี้ โดยเห็นว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกี่ยวข้องกับเฉพาะความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลผู้ที่ได้กระทำความทำลายล้างเผ่าพันธุ์และรัฐมีหน้าที่ในการลงโทษปัจเจกบุคคลเหล่านั้นหรือไม่ก็ป้องกันอาชญากรรมไม่ให้เกิดขึ้น ในทางตรงกันข้ามหน้าที่ของรัฐในการไม่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตัวของรัฐเองนั้นแตกต่างจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย⁶⁹

⁶⁸ Ibid., para. 169. “The unusual feature of Article IX is the phrase “including those [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III”. The word “including” tends to confirm that disputes relating to the responsibility of Contracting Parties for genocide, and the other acts enumerated in Article III to which it refers, are comprised within a broader group of disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention. The responsibility of a party for genocide and the other acts enumerated in Article III arises from its failure to comply with the obligations imposed by the other provisions of the Convention, and in particular, in the present context, with Article III read with Articles I and II. According to the English text of the Convention, the responsibility contemplated is responsibility “for genocide” (in French, “responsabilité . . . en matière de génocide”), not merely responsibility “for failing to prevent or punish genocide”. The particular terms of the phrase as a whole confirm that Contracting Parties may be responsible for genocide and the other acts enumerated in Article III of the Convention.”

⁶⁹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v.

นอกจากนี้ผู้พิพากษา Tomka ก็ไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ในการตีความบทบัญญัติข้อ 1 โดยเห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมสำหรับปัจเจกบุคคลทั้งหลายไม่ใช่รัฐ โดยรัฐทั้งหลายมีพันธกรณีในการป้องกันการกระทำอาชญากรรมเช่นว่านั้นไม่ให้เกิดขึ้น แต่หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วรัฐก็จะมีหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำผิด นอกจากนี้ผู้พิพากษา Tomka ยังคงพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ต้นร่างของบทบัญญัติข้อ 9 แห่งอนุสัญญาที่ว่าไม่ควรที่จะนำไปปรับใช้กับกรณีของรัฐหนึ่งฟ้องรัฐที่ได้กระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายใต้เขตอำนาจของศาล และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็เป็นศาลแพ่ง (civil court) ที่ไม่มีกระบวนการอุทธรณ์ จึงไม่เหมาะสมที่จะมาพิจารณาว่าอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้กระทำผิดขึ้นหรือยัง⁷⁰

ผู้พิพากษา Skotnikov ได้ปฏิเสธแนวคิดเรื่องพันธกรณีที่ไม่ได้ปรากฏ (unstated obligation) ของเสียงส่วนใหญ่ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเกี่ยวข้องกับควมรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล (criminal liability of individuals) และไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่จะให้รัฐมีความรับผิดชอบทางอาญา (state criminal responsibility) ได้ ท้ายที่สุดแล้วคำพิพากษาก็ออกมาในรูปการแปลงลักษณะอาญาของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปอยู่ในรูปของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย และยังได้มีความเห็นอย่างเดียวกับผู้พิพากษา Tomka ในตอนต้นว่าศาลไม่เหมาะสมที่จะพิจารณาความมีอยู่ของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และโดยเฉพาะการต้องการเจตนาพิเศษ (*mens rea*) สำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ตั้งแต่ที่ศาลไม่มีเขตอำนาจทางอาญา⁷¹

Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Separate Opinion of Judge Owada [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13697.pdf>

⁷⁰ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Separate Opinion of Judge Tomka [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13699.pdf>

⁷¹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Declaration of Judge Skotnikov [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13705.pdf>

ผู้พิพากษา Shi และ Koroma ได้ทำประกาศความเห็นแยกพร้อมกันว่าพวกเขาไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ในการขยายการตีความต่ออนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่ารัฐสามารถเข้ารับผิดชอบโดยตรงสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้น พวกเขาเห็นด้วยกับความเห็นของผู้พิพากษา Owada ผู้พิพากษา Tomka และผู้พิพากษา Skotnikov ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นตราสารของกฎหมายอาญา ที่มุ่งประสงค์ลงโทษปัจเจกบุคคลทั้งหลาย เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้รับรองแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ ซึ่งหากว่ารัฐสามารถกระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้แล้วก็เท่ากับว่ารัฐนั้นสามารถกระทำผิดอาชญากรรมอื่นรวมทั้งการฆาตกรรมได้ แต่ในสถานการณ์เช่นนี้ไม่สามารถยอมรับหรือรับรองได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน⁷²

จากการตีความของศาลดังกล่าวสามารถสรุปเป็นตารางเพื่อประกอบความเข้าใจถึงพันธกรณีของรัฐในการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้

ตารางที่ 1 : สรุปประเด็นการพิจารณาพันธกรณีของรัฐในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ประเด็น	ข้อโต้แย้งของคู่กรณี	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 9 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์	<u>เซอร์เบีย</u> เห็นว่าพันธกรณีของรัฐตามอนุสัญญานั้นมีเพียงพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้าง	อนุสัญญา มีวัตถุประสงค์เพื่อมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้จึงทำให้บทบัญญัติข้อ 1 แตกต่างจากบทบัญญัติ	อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกี่ยวข้องกับเฉพาะความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลผู้ที่ได้กระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์

⁷² International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Joint Declaration of Judges Shi and Koroma [Online]. (n.d.) Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13695.pdf>

ประเด็น	ข้อโต้แย้งของคู่กรณี	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
<p>รวมถึงพันธกรณีในการห้ามรัฐนั้นเองทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยตนเองหรือไม่</p>	<p>เผ่าพันธุ์ที่ให้รัฐออกกฎหมายภายในเพื่อลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การดำเนินคดีและลงโทษผู้กระผิด รวมทั้งพันธกรณีในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ไม่รวมถึงพันธกรณีในการห้ามรัฐทำลายล้างเผ่าพันธุ์</p>	<p>ข้ออื่น ซึ่งสามารถตีความได้ว่าพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในข้อ 1 นั้นหมายถึงการให้รัฐต้องดำเนินการในการป้องกันอย่างเต็มที่ และจากการที่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ต้องห้ามไม่ให้รัฐต้องกระทำการที่ต้องห้ามจึงสามารถตีความโดยนัยได้ว่ารวมถึงการห้ามรัฐนั้นเองในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย</p>	<p>และรัฐมีหน้าที่ในการลงโทษปัจเจกบุคคลเหล่านั้นหรือไม่ก็ป้องกันอาชญากรรมไม่ให้เกิดขึ้น จึงเห็นว่ารรัฐไม่สามารถมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ด้วยตนเอง</p>
<p>รัฐมีความรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สมคบ ผู้ยุยง ผู้พยายาม และสมรู้ร่วมคิด ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 หรือไม่</p>		<p>แม้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ข้อที่ 3 (b) – (e) จะเป็นลักษณะของกฎหมายอาญาที่ต้องลงโทษทางอาญาต่อปัจเจกบุคคล แต่ศาลเห็นว่าจะเป็นการ</p>	

ประเด็น	ข้อโต้แย้งของคู่กรณี	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
		<p>ไม่เหมาะสมตาม วัตถุประสงค์ของ อนุสัญญาเพื่อ มนุษยธรรมและอารย ธรรมโดยแท้ที่จะปฏิเสธ ความรับผิดชอบระหว่าง ประเทศของ รัฐ ประกอบกับบทบัญญัติ ข้อ 9 ที่ว่า “รวมถึง พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับ ความรับผิดชอบของรัฐ สำหรับการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์หรือการกระทำ อื่นใดตามที่บัญญัติไว้ ในข้อ 3” นั้นเป็นที่ ชัดเจนว่า ความ รับผิดชอบของรัฐ สำหรับการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์นั้นรวมถึงความ รับผิดชอบในการกระทำ ตามข้อ 3 ด้วย</p>	

จากตารางสรุปได้ว่ารัฐสามารถทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ด้วยตนเองและสามารถมีความรับผิดชอบต่อการกระทำอื่นตามที่ระบุในข้อ 3 ได้ผ่านการกระทำขององค์กรต่างๆ ที่สามารถถือเป็นการกระทำของรัฐได้ ดังนั้น การที่พิสูจน์ว่าเซอร์เบียจะมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำตามข้อ 3 หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.2 การพิจารณาข้อเท็จจริงของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนบอสเนีย

ก่อนที่ศาลจะเริ่มพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนบอสเนียหรือไม่ ศาลได้เริ่มพิจารณาองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ปรากฏในบทบัญญัติข้อ 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยอาศัยคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ มาพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลคดีนี้ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ได้ตัดสินมาใช้ในการพิจารณาดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องพิจารณาว่าความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีลักษณะเช่นใด เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในลักษณะควบคู่ (Dual Responsibility) ของปัจเจกบุคคลที่กระทำผิดและรัฐที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด สำหรับรายละเอียดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะได้ศึกษาต่อไปในบทที่ 4 แต่ในหัวข้อนี้จะเป็นการพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้หยิบยกมาพิจารณาข้อเท็จจริงตามที่คู่ความพิพาทกัน

ศาลเริ่มจากพิจารณาบทบัญญัติข้อ 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่บัญญัติว่า

“การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำใด ๆ ซึ่งกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายล้างกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนา ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพียง เพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น ดังต่อไปนี้

- (a) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (b) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกกลุ่ม
- (c) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (d) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายในกลุ่ม
- (e) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง”⁷³

ศาลเห็นว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประกอบด้วย “การกระทำ” และ “เจตนา” ในการกระทำตามที่ระบุไว้ในข้อ 2 (a) – (e)⁷⁴ ซึ่งเป็นเจตนาในการทำลายล้าง (intent to destroy) ทั้งหมดหรือบางส่วน (in whole or in part) ต่อบุคคลที่ได้รับการปกป้องตามที่ได้ระบุไว้ อันถือว่าเป็นเจตนาพิเศษ (*dolus specialis*) ที่แยกการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกจากอาชญากรรมอื่น ยกตัวอย่างเช่น การจงใจทำให้เกิดความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของกลุ่มเพื่อนำมาซึ่งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางกายภาพทั้งหมดหรือแต่บางส่วนนั้น อาจมีลักษณะการกระทำคล้ายกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมอื่นได้ แต่ที่จะทำให้เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้นั้น

⁷³ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, คำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เกรวาร์ดการพิมพ์, 2547), p. 3.

⁷⁴ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 186.

ต้องปรากฏว่ามีเจตนาในการจงใจที่จะทำให้กลุ่มที่ได้รับการปกป้องนั้นมีความยากลำบากในการดำเนินชีวิตเพื่อมุ่งหมายที่จะทำลายล้างซึ่งสมาชิกของกลุ่มนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน⁷⁵

ต่อมาศาลได้พิจารณาความแตกต่างระหว่าง “เจตนา” กับ “การชำระล้างเผ่าพันธุ์” (Ethnic Cleansing) * ว่าการชำระล้างเผ่าพันธุ์นั้นอาจจะเข้าลักษณะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตาม

⁷⁵ Ibid., paras. 187-188. “the *mens rea* requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than for genocide. In this context the Trial Chamber wishes to stress that persecution as a crime against humanity is an offence belonging to the same *genus* as genocide. Both persecution and genocide are crimes perpetrated against persons that belong to a particular group and who are targeted because of such belonging. In both categories what matters is the intent to discriminate: to attack persons on account of their ethnic, racial, or religious characteristics (as well as, in the case of persecution, on account of their political affiliation). While in the case of persecution the discriminatory intent can take multifarious inhumane forms and manifest itself in a plurality of actions including murder, in the case of genocide that intent must be accompanied by the intention to destroy, in whole or in part, the group to which the victims of the genocide belong. Thus, it can be said that, from the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of willful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide.” (IT-95-16-T, Judgment, 14 January 2000, para. 636.)”

* ผู้เขียนขอเรียกคำว่า “Ethnic Cleansing” ว่า “การชำระล้างเผ่าพันธุ์” เพื่อจะได้สอดคล้องกับคำที่นิยมใช้ในปัจจุบัน แต่จะขอเรียกคำว่า “ethnic” ซึ่งเป็นองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติข้อ 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่า “ชาติพันธุ์” ตามคำแปลของกระทรวงการต่างประเทศที่ได้แปลไว้ในคำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ หากใช้คำว่า “เผ่าพันธุ์” เช่นเดียวกับที่ใช้เรียก “Ethnic Cleansing” จะก่อให้เกิดความสับสนกับนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ได้

บทบัญญัติข้อ 2 ได้ โดยสิ่งที่แยกความแตกต่างระหว่างการทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ เจตนาพิเศษ (*dolus specialis*) ในการกระทำเหล่านั้น⁷⁶

หลังจากนั้นศาลได้พิจารณาว่ากลุ่มที่ได้รับการปกป้องนั้นมีลักษณะเช่นใด โดยศาลเห็นว่ากลุ่มที่ได้รับการปกป้องตามอนุสัญญาที่ได้แก่ กลุ่มชาติ ชาติพันธุ์ เชื้อชาติหรือกลุ่มความเชื่อที่มีความจำเป็นมากที่จะต้องมีความเจตนาในการทำลายล้างซึ่งกลุ่มดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งในคดีนี้โจทก์ได้กล่าวอ้างว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อกลุ่มบอสเนียมุสลิม ศาลจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าจะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เมื่อได้มีการกระทำที่มีเจตนาในการทำลายล้างซึ่งกลุ่มบอสเนียมุสลิมทั้งหมดหรือบางส่วน โดยหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่ามีการทำลายล้างซึ่งกลุ่มบอสเนียมุสลิม “บางส่วน” หรือไม่นั้น ศาลพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ประการแรก ศาลเห็นว่าจะต้องมีความเจตนาในการทำลายล้างอย่างน้อยต่อส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกลุ่ม กล่าวคือกลุ่มที่ถูกทำลายล้างไปจะต้องส่งผลกระทบต่อกลุ่มนั้น เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็เพื่อจะป้องกันการทำลายล้างกลุ่มที่ได้รับการปกป้องทั้งหมด โดยศาลได้อ้างถึงความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศชุดยกกว้างประมวลกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงต่อมนุษยชาติในปี ค.ศ. 1996 ขึ้นมาสนับสนุนด้วย รวมทั้งคำพิพากษาของ ICTY และ ICTR⁷⁷

⁷⁶ Ibid., para. 190. “...it is clear that acts of “ethnic cleansing” may occur in parallel to acts prohibited by Article II of the Convention, and may be significant as indicative of the presence of a specific intent (*dolus specialis*) inspiring those acts.”

⁷⁷ Ibid., para. 198. “In terms of that question of law, the Court refers to three matters relevant to the determination of “part” of the “group” for the purposes of Article II. In the first place, the intent must be to destroy at least a substantial part of the particular group. That is demanded by the very nature of the crime of genocide: since the object and purpose of the Convention as a whole is to prevent the intentional destruction of groups, the part targeted must be significant enough to have an impact on the group as a whole. That requirement of substantiality is supported by consistent rulings of the ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and by the Commentary of the

ประการที่สอง ศาลตั้งข้อสังเกตว่าเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาจพบว่ามีเจตนาในการทำลายล้างกลุ่มที่ได้รับการปกป้องนั้นอาจถูกจำกัดโดยดินแดนทางภูมิศาสตร์ได้⁷⁸

ประการที่สาม ศาลพิจารณาจากปริมาณของสมาชิกของกลุ่มที่ถูกทำลายล้างโดยได้อ้างอิงคดี *Krstić* ที่ตัดสินว่า “จำนวนของปัจเจกบุคคลที่เป็นเป้าหมายต้องมีจำนวนมาก”⁷⁹

ILC to its Articles in the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (e.g. *Krstić*, IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgment, 19 April 2004, paras. 8-11 and the cases of *Kayishema*, *Byilishema*, and *Semanza* there referred to; and *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. II, Part Two, p. 45, para. 8 of the Commentary to Article 17).”

⁷⁸ *Ibid.*, para.199. “Second, the Court observes that it is widely accepted that genocide may be found to have been committed where the intent is to destroy the group within a geographically limited area. In the words of the ILC, “it is not necessary to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe” (*ibid.*). The area of the perpetrator’s activity and control are to be considered. As the ICTY Appeals Chamber has said, and indeed as the Respondent accepts, the opportunity available to the perpetrators is significant (*Krstić*, IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 13). This criterion of opportunity must however be weighed against the first and essential factor of substantiality. It may be that the opportunity available to the alleged perpetrator is so limited that the substantiality criterion is not met. The Court observes that the ICTY Trial Chamber has indeed indicated the need for caution, lest this approach might distort the definition of genocide (*Stakić*, IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, para. 523). The Respondent, while not challenging this criterion, does contend that the limit militates against the existence of the specific intent (*dolus specialis*) at the national or State level as opposed to the local level — a submission which, in the view of the Court, relates to attribution rather than to the “group” requirement.”

⁷⁹ *Ibid.*, para. 200. “A third suggested criterion is qualitative rather than quantitative. The Appeals Chamber in the *Krstić* case put the matter in these carefully measured terms: “The number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the

ศาลเห็นว่า การจะนำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาพิจารณากับข้อเท็จจริงนั้นต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ ของแต่ละคดีไป และสรุปว่าเฉพาะการสังหารหมู่ในเซบรีนิกาในช่วงวันที่ 12 หรือ 13 กรกฎาคมเท่านั้นที่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีเจตนาพิเศษในการทำลายล้างกลุ่มบอสเนียมุสลิมบางส่วนโดยสมาชิก VRS ด้วยการฆ่าและการทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ⁸⁰ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาข้อเท็จจริงของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนิกามีรายละเอียดดังนี้

ศาลเริ่มพิจารณาข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ต่างๆ ที่โจทก์หยิบยกขึ้นมาว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยเริ่มจากการพิจารณาว่ามีการฆ่าสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องตามบทบัญญัติข้อ 2 (1)หรือไม่⁸¹ เพื่อพิจารณาถึงหลักฐานว่าการฆ่าสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องในดินแดนของบอสเนียในค่ายกักขังต่างๆ นั้นประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือไม่ โดยศาลจะพิจารณาการสังหารหมู่ที่ได้รับรายงานว่าเกิดขึ้นในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1995 ที่เซบรีนิกา จากการพิจารณารายงานที่ได้รับเกี่ยวกับการฆ่าในค่ายต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นใน Sarajevo, Drina River Valley, Prijedor, Banja Luka และ Brcko ศาลพบว่าการสังหารหมู่เกิดขึ้นในพื้นที่พิเศษและใน

overall size of the entire group. In addition to the numeric size of the targeted portion, its prominence within the group can be a useful consideration. If a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial within the meaning of Article 4 [of the Statute which exactly reproduces Article II of the Convention].” (IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 12; footnote omitted.) Establishing the “group” requirement will not always depend on the substantiality requirement alone although it is an essential starting point. It follows in the Court’s opinion that the qualitative approach cannot stand alone. The Appeals Chamber in *Krstić* also expresses that view.”

⁸⁰ Ibid., para. 297. “The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995.”

⁸¹ Ibid., paras. 245-277.

ค่ายต่างๆ ในดินแดนของบอสเนียในช่วงที่มีข้อพิพาทจริง โดยเหยื่อที่เสียชีวิตนั้นพบว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องจำนวนมาก ซึ่งอาจจะเป็นการฆ่าอย่างเป็นระบบ โดยศาลเห็นว่าการฆ่าสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องนี้เข้าองค์ประกอบด้านการกระทำตามข้อ 2 (a) แล้ว⁸² แต่ศาลไม่พบว่าการฆ่ากลุ่มที่ได้รับการปกป้องนี้ผู้กระทำผิดจะได้กระทำโดยเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างสมาชิกของกลุ่มเช่นนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งการฆ่าลักษณะนี้อาจจะเป็นอาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่ศาลไม่พบว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁸³

ต่อจากนั้นศาลพิจารณากองกำลังทหารหมู่ที่เซบรีนีก้า⁸⁴ โดยพิจารณาข้อเท็จจริงจากคดี *Krstić* และคดี *Blagojević* ประกอบกันและพบว่ากองกำลังชาวเซิร์บได้ฆ่าชาวบอสเนียมุสลิมมากกว่า 7,000 คน ในช่วงที่ยึดครองเซบรีนีก้าในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1995 นอกจากนี้ยังพบว่ามีการกระทำ (*actus reus*) ที่ประกอบด้วยการฆ่าตามบทบัญญัติข้อ 2 (a) และกองกำลังบอสเนียเซิร์บยังได้ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจต่อชาวบอสเนียมุสลิมตาม

⁸² Ibid., para. 276. “The Court thus finds that it has been established by conclusive evidence that massive killings of members of the protected group occurred and that therefore the requirements of the material element, as defined by Article II (a) of the Convention, are fulfilled.”

⁸³ Ibid., para. 277. “The Court is however not convinced, on the basis of the evidence before it, that it has been conclusively established that the massive killings of members of the protected group were committed with the specific intent (*dolus specialis*) on the part of the perpetrators to destroy, in whole or in part, the group as such. The Court has carefully examined the criminal proceedings of the ICTY and the finding of its Chambers, cited above, and observes that none of those convicted were found to have acted with specific intent (*dolus specialis*). The killings outlined above may amount to war crimes and crimes against humanity, but the Court has no jurisdiction to determine whether this is so. In the exercise of its jurisdiction under the Genocide Convention, the Court finds that it has not been established by the Applicant that the killings amounted to acts of genocide prohibited by the Convention....”

⁸⁴ Ibid., paras. 278-297.

บทบัญญัติข้อ 2 (b) อีกด้วย⁸⁵ ดังนั้น ศาลจึงพิจารณาองค์ประกอบภายในว่าการฆ่าชาวบอสเนียมุสลิมนั้นได้กระทำโดยเจตนาที่ประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือไม่ โดยศาลได้พิจารณาคำพิพากษาศาลชั้นต้นในคดี *Krstić* เพื่อหาว่าการฆ่าชาวบอสเนียมุสลิมนั้นประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าในระหว่างที่มีการยึดครองเซบรีนิกาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1995 นั้นบอสเนียเซิร์บได้วางแผนที่จะฆ่าชาวบอสเนียมุสลิมวัยเกณฑ์ทหารในดินแดนที่ถูกปิดล้อม ศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีเป้าหมายเป็นชายชาวบอสเนียมุสลิมโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นพลเรือนหรือทหาร และเห็นว่าเป้าหมายของกลุ่ม VRS ตอนเริ่มต้นอาจจะมุ่งหมายที่จะประหารชีวิตทหาร นอกจากนี้ยังเห็นว่าเป็นการจับกุมและฆ่าชาวบอสเนียมุสลิมเป็นไปโดยไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งศาลเห็นว่าไม่ทำให้เป็นการแยกความแตกต่างระหว่างทหารกับพลเรือน ซึ่งภายใต้เจตนาในการทำลายล้าง (*intent to destroy*) อันจะมีลักษณะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีเป้าหมายในการทำลายล้างกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่จำเป็นจะต้องวางแผนล่วงหน้าและเจตนาอาจจะตามมาภายหลังการปฏิบัติภารกิจได้⁸⁶ แต่ในชั้นอุทธรณ์ ICTY เห็นว่า

⁸⁵ *Ibid.*, para. 290. “The Trial Chambers in the *Krstić* and *Blagojević* cases both found that Bosnian Serb forces killed over 7,000 Bosnian Muslim men following the takeover of Srebrenica in July 1995 (*Krstić*, IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, paras. 426-427 and *Blagojević*, IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 643). Accordingly they found that the *actus reus* of killings in Article II (a) of the Convention was satisfied. Both also found that actions of Bosnian Serb forces also satisfied the *actus reus* of causing serious bodily or mental harm, as defined in Article II (b) of the Convention — both to those who were about to be executed, and to the others who were separated from them in respect of their forced displacement and the loss suffered by survivors among them (*Krstić*, *ibid.*, para. 543, and *Blagojević*, *ibid.*, paras. 644-654).”

⁸⁶ *Ibid.*, para. 292. “The issue of intent has been illuminated by the *Krstić* Trial Chamber. In its findings, it was convinced of the existence of intent by the evidence placed before it. Under the heading “A Plan to Execute the Bosnian Muslim Men of Srebrenica”, the Chamber “finds that, following the takeover of Srebrenica in July 1995, the Bosnian Serbs devised and implemented a plan to execute as many as possible of the military aged Bosnian Muslim men present in the enclave” (IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, para. 87). All the executions, the Chamber decided,

เจตนาของกลุ่ม VRS ในการยึดครองค่ายต่างๆ ได้เปลี่ยนแปลงไป แม้จะพบว่าสมาชิกในกลุ่ม VRS บางคนมีเจตนาที่จะทำลายล้างชาวบอสเนียมุสลิมของเซบรีนีก้า แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะสรุปว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁸⁷

สรุปได้ว่าในระหว่างที่กองกำลังเซิร์บยึดครองเซบรีนีก้าในช่วงเดือนกรกฎาคมปี ค.ศ. 1995 เป็นต้นมา ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น ศาลจึงมาพิจารณาหลักฐานในศาลชั้นต้นคดี *Blagojević* ที่พบว่ามีความเจตนาพิเศษ (specific intent) เกิดขึ้นในช่วงวันที่ 12 หรือ 13 กรกฎาคม ศาลจึงพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ของกองกำลังทหารในเซบรีนีก้าเปลี่ยนจากการลดการปิดล้อมดินแดนที่เป็นเมืองมาเป็นเซบรีนีก้าและพื้นที่รอบๆ นั้นจะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหรือไม่ โดยศาลเห็นว่ากองกำลังเซิร์บนั้นไม่เพียงแต่รู้ว่าการฆ่าผู้ชาย และการใช้กำลังบังคับโยกย้ายผู้หญิง เด็กและผู้สูงอายุจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชากรบอสเนียมุสลิมในเซบรีนีก้าอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่ยังมีเจตนาอย่างชัดแจ้งที่จะกระทำการทำลายล้างกลุ่มดังกล่าวทางกายภาพ⁸⁸ ศาลจึงสรุปว่า จากคำพิพากษาชั้นต้นของ ICTY ในคดี *Krstić* และคดี

“systematically targeted Bosnian Muslim men of military age, regardless of whether they were civilians or soldiers” (*ibid.*, para. 546). While “[t]he VRS may have initially considered only targeting military men for execution, . . . [the] evidence shows, however, that a decision was taken, at some point, to capture and kill all the Bosnian Muslim men indiscriminately. No effort was made to distinguish the soldiers from the civilians.” (*ibid.*, para. 547.) Under the heading “Intent to Destroy”, the Chamber reviewed the Parties’ submissions and the documents, concluding that it would “adhere to the characterization of genocide which encompass[es] only acts committed with the goal of destroying all or part of a group” (*ibid.*, para. 571; original emphasis). The acts of genocide need not be premeditated and the intent may become the goal later in an operation (*ibid.*, para. 572).”

⁸⁷ *Ibid.*, para. 293 “...In concluding that some members of the VRS Main Staff intended to destroy the Bosnian Muslims of Srebrenica, the Trial Chamber did not depart from the legal requirements for genocide. The Defence appeal on this issue is dismissed.” (*Ibid.*, paras. 37-38.)”

⁸⁸ *Ibid.*, para. 294 “...The Trial Chamber finds that the Bosnian Serb forces not only knew that the combination of the killings of the men with the forcible transfer of the women, children and

Blagojević นั้นพบว่ามีความเจตนาที่สำคัญเกิดขึ้นหลังจากมีการเปลี่ยนเป้าหมายทางทหารและหลังจากมีการยึดครองเซบรีนีก้าเมื่อวันที่ 12 หรือ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 ศาลจึงต้องพิจารณาว่าเจตนาที่เปลี่ยนไปนั้นเป็นเจตนาพิเศษหรือไม่⁸⁹ กล่าวคือ เป็นเจตนาในการทำลายล้างกลุ่มที่ได้รับการปกป้องหรือไม่ทั้งหมดหรือบางส่วนหรือไม่ ซึ่งศาลคดี *Krstić* ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ต่างเห็นตรงกันว่า เจ้าหน้าที่หลักของกลุ่ม VRS และนาย Radislav Krstić มีเป้าหมายคือชาวบอสเนียมุสลิมของเซบรีนีก้าหรือบอสเนียมุสลิมทางตะวันออกของบอสเนีย โดยศาลยังกล่าวต่อไปอีกว่า ก่อนที่จะมีการยึดครองในปี ค.ศ. 1995 นั้น ประชากรชาวบอสเนียมุสลิมในเซบรีนีก้ามีประมาณ 40,000 คน ซึ่งไม่ใช่เพียงแต่บอสเนียมุสลิมดั้งเดิมในดินแดนเซบรีนีก้าเท่านั้นแต่ยังรวมถึงชาวบอสเนียมุสลิมที่อพยพมาจากดินแดนอื่นๆ และที่อาศัยอยู่โดยรอบด้วย ดังนั้น การกระทำต่อประชากรบอสเนียมุสลิมจำนวนเล็กน้อยต่อชาวบอสเนียมุสลิมทั้งหมดก็มีความสำคัญต่อขนาดของประชากรบอสเนียมุสลิมของเซบรีนีก้าที่ไม่ถูกยึดครอง ICJ จึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลที่จะไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของ ICTY⁹⁰ ด้วยเหตุนี้ ICJ จึงสรุปว่าการกระทำผิดในเซบรีนีก้าในช่วง

elderly, would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population of Srebrenica, but clearly intended through these acts to physically destroy this group.”...

⁸⁹ Ibid., para. 295. “The Court’s conclusion, fortified by the Judgments of the Trial Chambers in the *Krstić* and *Blagojević* cases, is that the necessary intent was not established until after the change in the military objective and after the takeover of Srebrenica, on about 12 or 13 July. This may be significant for the application of the obligations of the Respondent under the Convention (paragraph 423 below). The Court has no reason to depart from the Tribunal’s determination that the necessary specific intent (*dolus specialis*) was established and that it was not established until that time.”

⁹⁰ Ibid., para. 296. “...In this case, having identified the protected group as the national group of Bosnian Muslims, the Trial Chamber concluded that the part the VRS Main Staff and Radislav Krstić targeted was the Bosnian Muslims of Srebrenica, or the Bosnian Muslims of Eastern Bosnia. This conclusion comports with the guidelines outlined above. The size of the Bosnian Muslim population in Srebrenica prior to its capture by the VRS forces in 1995 amounted to approximately forty thousand people. This represented not only the Muslim inhabitants of the Srebrenica

ประมาณวันที่ 12-13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 นั้นเป็นการฆ่าและทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 2 (a) และ (b) อันประกอบด้วยเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างซึ่งกลุ่มบอสเนียมุสลิมของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ดังนั้น จึงพบว่าได้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยสมาชิกกลุ่ม VRS ในเซบรีนีก้าและพื้นที่รอบๆ ประมาณวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995⁹¹

จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่าการจะพิสูจน์ว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลเริ่มพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอกก่อนว่ามีการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าในคดีนี้มีการฆ่าจำนวนมาก และการทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างสาหัสเกิดขึ้นแล้วจึงมาพิจารณาองค์ประกอบภายในว่าการกระทำดังกล่าวนั้นมีเจตนาพิเศษหรือไม่ โดยเริ่มจากการพิจารณาเหยื่อที่ถูกกระทำว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้คือชาวบอสเนียมุสลิม ซึ่งศาลพบว่ามี การกระทำต่อชาวบอสเนียมุสลิมจริง แต่ก็อาจจะไม่ใช่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถ้าไม่มีเจตนาพิเศษในการทำลายล้างกลุ่มเช่นว่านั้น โดยศาลได้พิจารณาเหตุการณ์การปิดล้อมเมืองเซบรีนีก้าว่าในการปิดล้อมช่วงหลังเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1995 นั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีเจตนาในการทำลายล้างต่อชาวบอสเนียมุสลิม แต่เพิ่งมาพบว่ามีเจตนาพิเศษในช่วงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 เท่านั้น โดยศาลได้พิจารณาปริมาณของสมาชิกที่ถูกทำลายล้างประกอบด้วยว่าแม้จะเป็นเพียงไม่กี่เปอร์เซ็นต์ของชาวบอสเนียมุสลิมทั้งหมดแต่ก็ส่งผลต่อบอสเนียมุสลิมที่อยู่ในเซบรีนีก้า ซึ่งการที่เซอร์เบียจะ

municipality but also many Muslim refugees from the surrounding region. Although this population constituted only a small percentage of the overall Muslim population of Bosnia and Herzegovina at the time, the importance of the Muslim community of Srebrenica is not captured solely by its size.” (IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 15; foot notes omitted.)...

⁹¹ Ibid., para. 297. “The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995.”

มีความรับผิดชอบสำหรับเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้าหรือไม่นั้นจะต้องพิสูจน์ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการกระทำของเซอร์เบียหรือไม่ โดยมีรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

2.2.2.3 ความรับผิดชอบสำหรับเหตุการณ์ที่เซบรีนีก้าภายใต้บทบัญญัติ

ข้อ 3 วรรค (a) ของอนุสัญญาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลังจากที่ศาลพิจารณาว่าเหตุการณ์สังหารหมู่ในเซบรีนีก้าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยสมาชิกของกลุ่ม VRS แล้วศาลจึงพิจารณาว่าการกระทำของกลุ่ม VRS นั้นจะถือได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยหรือไม่ ดังนั้น ศาลจึงได้ตั้งประเด็นพิจารณาสำหรับประเด็นนี้ไว้ 2 ประการคือ

(1) การกระทำผิดที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้านั้นเป็นการกระทำผิดที่ทำขึ้นโดยองค์กรของจำเลยหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ทำโดยบุคคลหรือตัวตนอื่นที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยหรือไม่ และ

(2) หากว่าภายหลังพิจารณาประเด็นแรกแล้วพบว่าไม่ใช่การกระทำขององค์กรของจำเลยก็จะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยบุคคลที่ไม่ใช่องค์กรของฝ่ายจำเลยนั้นได้กระทำไปตามคำแนะนำหรือภายใต้การชี้แนะหรือการควบคุมของจำเลยหรือไม่

ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.3.1 การพิจารณาการกระทำขององค์กรของจำเลยในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เซบรีนีก้าของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

สำหรับประเด็นที่ว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนิก้านั้นเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำขององค์กรของจำเลยหรือไม่ นั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาว่า ประเด็นดังกล่าวนี้มีความเกี่ยวข้องกับ 2 ลักษณะ ได้แก่ ความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำขององค์กรใดๆ ของรัฐที่ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและผลจากการกระทำนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐหากว่ามีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐนั้น โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้สะท้อนออกมาในข้อ 4 แห่งร่างข้อบทของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ดังนี้

ข้อ 4 การกระทำขององค์กรของรัฐ*

“1. การกระทำขององค์กรใด ๆ ของรัฐอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้หากว่าองค์กรนั้นทำหน้าที่นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือทำหน้าที่อื่นใดที่อยู่ในตำแหน่งองค์กรของรัฐหรือตำแหน่งใดก็ตามที่มีลักษณะเทียบเท่ากับองค์กรของรัฐบาลกลางของหน่วยที่เกี่ยวข้องกับดินแดนของรัฐนั้น

2. องค์กรหนึ่งรวมถึงบุคคลใด ๆ หรือตัวตนที่มีสถานะสอดคล้องกับกฎหมายภายในของรัฐ”

เมื่อนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีนี้ กฎเกณฑ์แรกที่จะต้องนำมาพิจารณาคือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนิก้านั้นเป็นการกระทำผิดที่ถูกทำขึ้น

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4: Conduct of organs of a State

“1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State”

โดย “บุคคลหรือตัวตนอื่น” ที่มีสถานะเป็นองค์กรของสมาพันธสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (จำเลยในสมัยนั้น) ตามกฎหมายภายในของจำเลยที่มีผลใช้บังคับหรือไม่ ศาลไม่พบว่ากองกำลังของสมาพันธสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (Federal Republic of Yugoslavia: FRY) นั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสังหารหมู่ ทั้งหัวหน้าทางการเมืองของ FRY ก็ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด การวางแผนหรือการกระทำใดๆ ที่จะเป็นการสังหารหมู่เลย แม้ว่าความจริงแล้วจะมีหลักฐานมากมายทั้งโดยตรงและโดยอ้อมว่ากองทัพอของ FRY มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย รวมทั้งกองกำลังบอสเนียเซิร์บที่มีการปฏิบัติการทางทหารในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในปีที่มีเหตุการณ์ในเซบรีนีก้า โดยการมีส่วนร่วมดังกล่าวได้ถูกตัดสินว่าเป็นการกระทำผิดหลายครั้งโดยองค์กรทางการเมืองของสหประชาชาติ ตัวอย่างเช่น มติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 752, 757, 762 ปี ค.ศ. 1992 มติที่ 819 และ 838 ปี ค.ศ. 1993 อย่างไรก็ตาม ศาลไม่พบว่าจำเลยมีส่วนเกี่ยวข้องดังกล่าวในการสังหารหมู่ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้านั้น นอกจากนี้ทั้ง Republika Srpska และ VRS ไม่เป็นองค์กรของ FRY ตามกฎหมาย (*de jure*) ตั้งแต่ที่กลุ่มดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมายภายใน⁹²

ฝ่ายโจทก์ได้เรียกร้องว่าเจ้าหน้าที่ทั้งหมดใน VRS รวมทั้ง Mladić ก็ยังเหลืออำนาจบริหารกองกำลังทหารของ FRY และเงินเดือนของพวกเขาที่ถูกจ่ายจาก Belgrade จนถึงปี ค.ศ. 2002 และสอดคล้องกับข้อโต้แย้งเหล่านี้เจ้าหน้าที่เหล่านี้เป็นองค์กรตามกฎหมาย (*de jure*) ของ FRY โดยพวกเขาปฏิบัติตามคำสั่งบัญชาของ VRS ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ซึ่งข้อโต้แย้งเหล่านี้ถือว่าเป็นข้อกล่าวหาของโจทก์ที่ว่าองค์กรที่กระทำผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของจำเลย นอกจากนี้ยังเป็นเจ้าหน้าที่ของ VRS และเป็นองค์กรตามกฎหมายของจำเลย ฝ่ายจำเลยยอมรับว่าเฉพาะเจ้าหน้าที่ของ VRS บางคนเท่านั้นที่บริหารงานใน Belgrade ที่จะถูกถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของ FRY โดยสถานะของ Mladić ก็ยังไม่แน่ชัดว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของ FRY หรือไม่⁹³

⁹² International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 386.

⁹³ *Ibid.*, para. 387.

ประเด็นดังกล่าวนี้ศาลพิจารณาว่าไม่มีหลักฐานแสดงให้เห็นว่าทั้ง Mladić หรือ เจ้าหน้าที่อื่นๆ ได้ปฏิบัติราชการซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายภายในของจำเลย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่เห็นว่าเป็นองค์กรของ FRY ตามที่โจทก์กล่าวอ้างอันจะทำให้จำเลยมีความรับผิดชอบของรัฐได้ แม้ FRY จะได้ให้การสนับสนุนไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนทางการเงินแก่ Republika Srpska และการสนับสนุนในรูปแบบอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายเงินเดือนและผลประโยชน์อื่นๆ แก่เจ้าหน้าที่ของ VRS แต่ก็ไม่ทำให้การกระทำเหล่านี้ถือได้ว่ากลุ่มดังกล่าวนี้เป็นองค์กรของ FRY เนื่องจากเจ้าหน้าที่ทั้งหลายได้รับการบังคับบัญชาจากประธานาธิบดีของ Republic of Srpska และอยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้นำทางการเมืองของ Republika Srpska จากการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและในข้อ 4 แห่งร่างข้อบทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นปรับใช้กับหนึ่งบุคคลหรือหลายบุคคลหรือการรวมกลุ่มของตัวตนอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐและกระทำในนามของรัฐ โดยที่หน้าที่การงานของเจ้าหน้าที่ VRS รวมถึง Mladić แม้จะถือว่าเป็นการกระทำในนามของเจ้าหน้าที่ของบอสเนียเซิร์บโดยเฉพาะของ Republika แต่ไม่ได้กระทำในนามของ FRY เนื่องจากเจ้าหน้าที่เหล่านั้นได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการของ Republika Srpska⁹⁴

ประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาต่อมาคือจำเลยจะมีความรับผิดชอบต่อกรรมการกระทำของ Scorpions ในเซบรีนิกาหรือไม่ โดยศาลจะพิสูจน์ว่า Scorpions จะเป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมาย (*de jure*) หรือไม่ โดยข้อพิพาทในประเด็นนี้สำหรับคู่ความคือเมื่อใดที่ Scorpions ได้ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นกองกำลังของจำเลย โดยฝ่ายโจทก์บอกว่าการจัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาเมื่อปี ค.ศ. 1991 ส่วนฝ่ายจำเลยกล่าวว่าบทบัญญัติที่โจทก์อ้างมานั้นเกี่ยวข้องกับสงครามใน Croatia เมื่อปี ค.ศ. 1991 เท่านั้น และไม่มีหลักฐานที่จะแสดงว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะยังมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1992 ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ศาลได้ตั้งข้อสังเกตต่อไปว่า ในขณะที่ยูโกสลาเวียเป็นรัฐเดี่ยวนั้นมีความแตกต่างจากช่วงเวลาดังกล่าว โดย

⁹⁴ Ibid., para. 388.

สถานะของ Scorpions ในช่วงกลางจนถึงปี ค.ศ. 1995 นั้นมีความเกี่ยวข้องกับคดีนี้ โดยโจทก์ได้ส่งเอกสารมาได้แย้งจำเลยสองชั้นที่อ้างว่า Scorpions เป็น MUP ของเซอร์เบีย และเป็นหน่วยของคณะรัฐมนตรีภายในของเซอร์เบีย ทางฝ่ายจำเลยได้ส่งเอกสารกลับมาว่า Ljubisa Borovcanin และ Savo Cvjetinovic เป็นเจ้าหน้าที่ของกองกำลังตำรวจของ Republika Srpska ศาลตั้งข้อสังเกตว่าเอกสารทั้งสองฝ่ายนั้นได้ถูกส่งมาที่ Belgrade เมื่อพิจารณาจากหลักฐานที่มีนั้นศาลไม่สามารถพบว่า Scorpions ในช่วงกลางถึงปี ค.ศ. 1995 นั้นเป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมาย (*de jure*) นอกจากนี้ศาลยังกล่าวต่อไปว่าการกระทำขององค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐแต่อำนาจการจัดการองค์กรเป็นของตัวตนที่มีอำนาจอื่นไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐหากว่าองค์กรนั้นได้กระทำในนามของตัวตนที่มีอำนาจอื่น⁹⁵

ทางฝ่ายโจทก์ยังคงโต้แย้งสถานะขององค์กรจำเลยในประเด็นข้อเท็จจริง (*de facto*) ต่อไป โดยกล่าวว่าบุคคลที่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อันได้แก่ Republika Srpska และ VRS นั้นรู้จักกันดีว่าเป็นหน่วยเสริมทหารที่เรียกว่า Scorpions, the Red Berets, the Tigers และ the White Eagles นั้นมีสถานะเป็นองค์กรของ FRY ตามความเป็นจริง (*de facto* organs) โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่ที่มีการสังหารหมู่ในเซบรีนีก้าซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำของ FRY หากว่าองค์กรดังกล่าวนั้นเป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมายภายในของจำเลยแล้วก็จะทำให้ความจริงดังกล่าวอยู่นอเหนือเหตุการณ์ที่ปรากฏขึ้น ทางฝ่ายจำเลยปฏิเสธข้อกล่าวหาของโจทก์และโต้แย้งว่าองค์กรดังกล่าวไม่ใช่ขององค์กรของ FRY ตามความเป็นจริง (*de facto*)⁹⁶

จากข้อโต้แย้งของคู่ความศาลได้ตั้งประเด็นไว้พิจารณาว่าข้อโต้แย้งฝ่ายใดจะมีความเป็นไปได้ตามหลักการกระทำในนามของรัฐของคณะบุคคลหรือกลุ่มของคณะบุคคล ในขณะที่พวกเขาเหล่านั้นไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรของรัฐ ในความเป็นจริงการกระทำภายใต้การควบคุมที่เข้มงวดโดยรัฐถือได้ว่าเป็นองค์กรของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอันจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

⁹⁵ Ibid., para. 389.

⁹⁶ Ibid., para. 390.

(Internationally wrongful act) ศาลได้นำคำพิพากษาคดี *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* มาพิจารณาประเด็นนี้ โดยคำพิพากษาดังกล่าวมีความว่า

“ศาลวินิจฉัยว่า...แต่ถึงอย่างนั้นความสัมพันธ์ระหว่าง *contras* กับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาขึ้นอยู่กับแต่ละฝ่ายอย่างหนึ่งและการควบคุมอย่างอื่นว่าจะเกิดสิทธิที่เท่าเทียมกันแก่ *contras* สำหรับวัตถุประสงค์ทางกฎหมายขององค์กรหนึ่งของรัฐบาลสหรัฐหรือการกระทำในนามของรัฐบาล”⁹⁷

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงของข้อมูลที่ยกขึ้นมาอ้างดังกล่าวศาลตั้งข้อสังเกตว่าไม่มีพยานหลักฐานที่ชัดเจนว่าสหรัฐอเมริกามีการดำเนินการอย่างแท้จริงดังเช่นพระราชกฤษฎีกาที่ควบคุมทุกลักษณะที่ใช้ปฏิบัติกับ *contras* เท่ากับการกระทำในนามของตนเอง อันทำให้ศาลในคดีดังกล่าวสรุปว่าพยานหลักฐานที่ศาลได้มานั้นไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่า *contras* ต้องพึ่งพาการช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกา ศาลจึงไม่สามารถตัดสินได้ว่ากองกำลัง *contras* จะมีวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่เทียบเท่ากับกองกำลังของสหรัฐอเมริกา⁹⁸

ข้อความที่ยกขึ้นมาแสดงข้างต้นนั้นสอดคล้องกับการตัดสินคดีของศาลที่ว่าเพื่อวัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศคณะบุคคล กลุ่มของคณะบุคคล หรือตัวตนอื่นอาจจะมีสถานะเทียบเท่ากับองค์กรของรัฐได้ถ้าหากสถานะนั้นไม่ได้รับตามกฎหมาย

⁹⁷ International Court of Justice, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, pp. 62-64, para. 109. “determine...whether or not the relationship of the *contras* to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the *contras*, for legal purpose, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government.”

⁹⁸ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 391.

ภายในก็อาจจะมีตามความเป็นจริงได้หากว่าการกระทำของคณะบุคคล กลุ่มหรือตัวตนอื่นนั้นขึ้นอยู่กับรัฐอย่างสมบูรณ์ (complete dependence)⁹⁹

อย่างไรก็ตาม การที่คณะบุคคลหรือตัวตนอื่น ๆ จะมีสถานะเทียบเท่ากับองค์กรของรัฐนั้นไม่ใช่มีแต่เพียงสถานะตามกฎหมายภายในเท่านั้นที่เป็นที่ยอมรับ แต่ยังพิจารณาจากระดับของการที่รัฐมีอำนาจควบคุมเหนือบุคคลเหล่านั้นตามที่ศาลคดีดังกล่าวได้เรียกความสัมพันธ์ดังกล่าวว่าเป็นลักษณะที่ “พึ่งพาอาศัยกันอย่างสมบูรณ์” (complete dependence) อันจะสามารถนำมาพิจารณาในคดีนี้ได้ว่าคณะบุคคลหรือตัวตนอื่นนั้นได้กระทำการผิดด้วยการกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เซบรีนีก้าในช่วงเวลาที่ตั้งคำถามนั้นมีความใกล้ชิดกับ FRY ที่จะถือว่าการพึ่งพาอาศัย FRY อย่างสมบูรณ์หรือไม่ ซึ่งหากพบว่ามีความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวแล้วคณะบุคคลเหล่านั้นก็จะถือได้ว่าเป็นองค์กรของจำเลยตามวัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ¹⁰⁰

ศาลสามารถตอบคำถามนี้ในทางปฏิเสธว่าในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องคือเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1995 นั้น ทั้ง Republika Srpska และ VRS ไม่มีตราสารใดๆที่จะระบุว่าเป็นการกระทำของ FRY และขาดความเป็นอิสระอย่างแท้จริง ในขณะที่ความสัมพันธ์ทางการเมือง การทหาร และการขนส่งระหว่างสมาพันธรัฐผู้มีอำนาจใน Belgrade และผู้มีอำนาจใน Pale กับกองทัพยูโกสลาเวียและ VRS นั้นมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดก่อนปีดังกล่าว และความสัมพันธ์นี้ยังคงมีอิทธิพลอยู่อย่างน้อยในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ แต่นักการเมืองชาวบอสเนียเซิร์บและองค์กรทหารไม่ถือได้ว่าเป็นองค์กรของ FRY เนื่องจากในความเป็นจริงมีความแตกต่างทางด้านยุทธศาสตร์เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวระหว่างผู้มีอำนาจในยูโกสลาเวียและผู้นำชาวบอสเนียเซิร์บอย่างน้อยหลักฐานที่ส่งมาภายหลังก็มีเพียงไม่กี่ชิ้นที่พบว่ามีความสัมพันธ์ต่อกันแต่ส่วนใหญ่แล้วพบว่าเป็นอิสระต่อกัน ซึ่งจะสนับสนุนกับข้อโต้แย้งของจำเลยที่ว่ากระทำของ Republika

⁹⁹ Ibid., para. 392.

¹⁰⁰ Ibid., para. 393.

Srpska นั้นไม่สามารถมีการกระทำของจำเลยหรือเป็นสัญลักษณ์ของกองทัพหรือหน่วยเสริมทหารของจำเลยได้ แสดงว่าการกระทำผิดทั้งหมดนั้นขึ้นอยู่กับ Republika Srpska ทั้งสิ้น¹⁰¹

ศาลจึงได้พิจารณาประเด็นต่อมาว่า Scorpions มีการกระทำตามความเป็นจริงในลักษณะที่พึงพาจำเลยอย่างสมบูรณ์หรือไม่ พบว่าจากหลักฐานที่ศาลมีพบว่าในระหว่างที่กระทำความผิดนั้นผู้กระทำความผิดได้รับคำสั่งจาก Mladić และคำสั่งบางส่วนจาก VRS เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ศาลจึงตัดสินว่าการกระทำทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เซปรีนิก้านั้นไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยผ่านการกระทำผิดขององค์กรหรือคณะบุคคลหรือตัวตนใดๆ ของจำเลย ทำให้จำเลยไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ¹⁰²

ซึ่งสำหรับประเด็นดังกล่าวสามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁰¹ Ibid., para. 394.

¹⁰² Ibid., para. 395.

ตารางที่ 2 สรุปประเด็นการพิจารณาการกระทำขององค์กรของจำเลยในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เซบรีนีก้าของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ประเด็นที่ศาลพิจารณา	โจทก์	จำเลย	ศาล
<p>- การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้านั้นเป็นการกระทำผิดที่ถูกทำขึ้นโดย “บุคคลหรือตัวตนอื่น” ที่มีลักษณะเป็นองค์กรของ FRY หรือไม่</p>	<p>อ้างว่าเจ้าหน้าที่ทั้งหมดใน VRS รวมทั้ง Mladić ยังเหลืออำนาจบริหารเหนือกองกำลัง FRY และมีการจ่ายเงินเดือนแก่กองกำลังดังกล่าวจาก Belgrade จนถึงปี ค.ศ. 2002 นอกจากนี้เจ้าหน้าที่เหล่านี้ยังเป็นองค์กรตามกฎหมายของ FRY โดยพวกเขาได้ปฏิบัติตามคำสั่ง</p>	<p>ยอมรับว่าเจ้าหน้าที่ของ VRS บางคนเท่านั้นที่บริหารงานใน Belgrade อันจะถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของ FRY ส่วนสถานะของ Mladić นั้นยังไม่ชัดเจนว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของ FRY หรือไม่</p>	<p>ไม่มีหลักฐานแสดงให้เห็นว่าทั้ง Mladić และเจ้าหน้าที่อื่นๆ ได้ปฏิบัติราชการตามกฎหมายภายในของจำเลย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นว่า Mladić ไม่เป็นองค์กรของรัฐตามกฎหมายภายใน</p> <p>แม้ FRY จะได้ให้การสนับสนุนต่างๆ แก่ Republika Srpska ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนทางการเงิน หรือทางด้านอื่นๆ แต่ก็ไม่ได้ทำให้กลุ่มดังกล่าวเป็นองค์กรของ FRY เนื่องจากเจ้าหน้าที่ทั้งหลายนั้นได้รับการบังคับบัญชาจากประธานาธิบดีของ Republic of Srpska และอยู่ภายใต้บังคับบัญชาจากผู้นำทางการเมืองของ Republika Srpska หรือ VRS ไม่ใช่จาก FRY</p> <p>สรุป : ไม่พบว่าจำเลยมีส่วนเกี่ยวข้องในการสังหารหมู่ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้า นอกจากนี้ยังพบว่า ทั้ง Republika Srpska และ VRS ไม่เป็น</p>

ประเด็นที่ศาลพิจารณา	โจทก์	จำเลย	ศาล
	ปัญหาของ VRS ใน บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา		องค์กรของ FRY ตามกฎหมาย (<i>de jure</i>) ตั้งแต่เมื่อกลุ่มดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมายภายใน
<p>จำเลยจะมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของ Scorpions ในเซบรีนีก้าหรือไม่</p> <p>ศาล : จะพิสูจน์ว่า Scorpions เป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมาย (<i>de jure</i>) หรือไม่ โดยคู่ความพิพาทกันว่าเมื่อใดที่</p>	<p>กลุ่ม Scorpions ได้ถูกจัดตั้งเป็นกองกำลังของจำเลยโดยพระราชกฤษฎีกาเมื่อปี ค.ศ. 1991 โดยโจทก์ได้ส่งเอกสารสองชิ้นที่อ้างว่า Scorpions เป็น MUP ของเซอร์เบีย และเป็นหน่วยของคณะรัฐมนตรีภายในของเซอร์เบีย</p>	<p>บทบัญญัติที่โจทก์อ้างมานั้นเกี่ยวข้องกับสงครามใน Croatia เมื่อปี ค.ศ. 1991 เท่านั้น และไม่มีหลักฐานที่จะแสดงว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะยังมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1992 ใน บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และจำเลยได้ส่งเอกสารกลับ มา ว่า Ljubisa</p>	<p>เมื่อพิจารณาจากหลักฐานที่ทั้งสองฝ่ายส่งมานั้น ไม่พบว่า Scorpions ในช่วงกลางถึงปี ค.ศ. 1995 เป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมาย นอกจากนี้ศาลยังกล่าวต่อไปว่า ในเหตุการณ์ใดๆ ที่เป็นการกระทำขององค์กรที่ถูกถือว่าเป็นของรัฐใดรัฐหนึ่งนั้น หากถูกจัดว่าเป็นของผู้มีอำนาจสาธารณะอื่นแล้วก็ไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐอีก หากว่าองค์กรดังกล่าวนั้นได้กระทำการในนามของผู้มีอำนาจสาธารณะ</p>

ประเด็นที่ศาลพิจารณา	โจทก์	จำเลย	ศาล
Scorpions ได้ถูกจัดตั้งขึ้น เป็นกองกำลังของจำเลย		Borovcanin และ Savo Cvjetinovic เป็นเจ้าหน้าที่ ของกองกำลังตำรวจของ Republika Srpska	
	โจทก์ได้โต้แย้งสถานะ ขององค์กรจำเลยใน ข้อเท็จจริงต่อไปว่า บุคคลที่กระทำการ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ Republika Srpska และ VRS นั้น รู้จักกันดีว่าเป็นหน่วย เสริมทหารที่เรียกว่า	ปฏิเสธข้อหาของโจทก์และ โต้แย้งว่าองค์กรดังกล่าว ไม่ใช่องค์กรของ FRY ตาม ความเป็นจริง	สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้ศาลได้หยิบหลัก “complete dependence” ใน <i>Nicaragua Case</i> มาพิจารณาว่าแม้ปัจเจกบุคคล จะไม่ได้รับสถานะเป็นองค์กรหรือตัวแทนต่างๆ ของรัฐตามกฎหมาย ภายใน แต่หากว่าปัจเจกบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง กับรัฐนั้นในลักษณะที่ต้องขึ้นอยู่กับรัฐนั้นอย่างสมบูรณ์ (complete dependence) แล้วก็สามารถกล่าวได้ว่ารัฐที่มีความสัมพันธ์ดังกล่าว กับปัจเจกบุคคลมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงพิจารณาว่าในช่วงที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบ รีนิก้านั้นกลุ่มที่ได้กระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความสัมพันธ์ใน

ประเด็นที่ศาลพิจารณา	โจทก์	จำเลย	ศาล
	<p>Scorpions, the Red Berets, the Tigers และ the White Eagles ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรของ FRY ตามความเป็นจริง โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่มีการสังหารหมู่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้า จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำของ FRY</p>		<p>ลักษณะที่ต้องพึงพาท้ายจำเลยอย่างสมบูรณ์หรือไม่</p> <p>โดยศาลพบว่าในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้านั้น ทั้ง Republika Srpska และ VRS มีความสัมพันธ์กับจำเลยน้อยมาก และความสัมพันธ์ส่วนใหญ่พบว่าเป็นอิสระจากจำเลย นอกจากนี้ การกระทำของกลุ่ม Scorpions นั้นได้รับคำสั่งจาก Mladić และคำสั่งบางส่วนจาก VRS เท่านั้น จึงถือไม่ได้ว่ากลุ่มดังกล่าวพึ่งพาท้ายจำเลยอย่างสมบูรณ์</p> <p>ด้วยเหตุที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ศาลจึงตัดสินใจว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้านั้นไม่สามารถถือเอาได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยผ่านการกระทำผิดขององค์กรใดๆ ของจำเลย ทำให้จำเลยไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ</p>

จากตารางแสดงให้เห็นว่าการกระทำของกลุ่ม VRS นั้นไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยทั้งในฐานะองค์กรตามกฎหมายภายใน และองค์กรตามความเป็นจริง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาประเด็นต่อไปว่าการกระทำของ VRS นั้นได้กระทำโดยการแนะนำหรือควบคุมจากจำเลยหรือไม่ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.3.2 การพิจารณาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้าภายใต้การแนะนำและควบคุมโดยจำเลยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ถึงแม้ว่าการสังหารหมู่ที่เซบรีนีก้าจะไม่ใช่การกระทำผิดโดยบุคคลที่มีสถานะเป็นองค์กรของจำเลย อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่ควรพิจารณาอยู่ว่าการกระทำผิดเหล่านั้นได้ถูกทำไปเนื่องจากคำแนะนำหรือภายใต้การชี้นำหรือการควบคุมของจำเลยหรือไม่¹⁰³

ศาลเห็นว่าประเด็นนี้ต่างจากประเด็นที่ว่าคณะบุคคลที่ได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นมีสถานะเป็นองค์กรของจำเลยตามกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าทั้งสองประเด็นก็มีส่วนที่คล้ายกันอยู่ตรงที่คณะบุคคลเหล่านั้นจะมีสถานะเทียบเท่ากับองค์กรของรัฐตามความเป็นจริง (*de facto*) หรือไม่ แม้ว่าจะไม่มีสถานะตามกฎหมายภายในก็ตาม ซึ่งต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ของคณะบุคคลนั้นว่าต้องพึ่งพาจำเลยอย่างสมบูรณ์หรือไม่ โดยคณะบุคคลเหล่านี้จะไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นองค์กรของรัฐที่มีความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยจำเลยอย่างสมบูรณ์ แต่จะพิจารณาว่าในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่เซบรีนีก้าที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการกระทำของภายใต้การแนะนำ หรือภายใต้การชี้นำหรือควบคุมของจำเลยหรือไม่ โดยการพิจารณาประเด็นนี้จะไม่มีการที่ปรับเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะเทียบเท่ากับองค์กรของ FRY หรือมีสถานะเทียบเท่าองค์กรอื่นได้ ซึ่งแปลความได้ว่าความรับผิดชอบของ FRY นั้นจะเกิดขึ้นเมื่อ

¹⁰³ Ibid., para. 396.

มีการกระทำขององค์กรที่ตนให้คำแนะนำหรือดำเนินการภายใต้การควบคุมแล้วก่อให้เกิดการกระทำละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศขึ้น¹⁰⁴

สำหรับประเด็นนี้กฎเกณฑ์ที่ศาลนำมาปรับใช้ก็คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในข้อ 8 แห่งร่างข้อบทของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐที่บัญญัติไว้ดังนี้

“ข้อ 8 การกระทำที่อยู่ภายใต้การสั่งการหรือการควบคุมโดยรัฐ”^{*}

การกระทำของบุคคลหรือกลุ่มของคณะบุคคลอาจจะถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้หากว่าบุคคลหรือกลุ่มของคณะบุคคลนั้นในความเป็นจริงแล้วได้กระทำการตามคำสั่งหรือภายใต้การชี้แนะหรือควบคุมของรัฐนั้นให้ถือว่าการกระทำของรัฐนั้น”¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ibid., para. 397 “...In other words, it is no longer a question of ascertaining whether the persons who directly committed the genocide were acting as organs of the FRY, or could be equated with those organs — this question having already been answered in the negative. What must be determined is whether FRY organs — incontestably having that status under the FRY’s internal law — originated the genocide by issuing instructions to the perpetrators or exercising direction or control, and whether, as a result, the conduct of organs of the Respondent, having been the cause of the commission of acts in breach of its international obligations, constituted a violation of those obligations.”

^{*} Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 8: Conduct directed or controlled by a State

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

¹⁰⁵ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 398.

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ถูกทำให้เข้าใจด้วยคำพิพากษาของศาลในปี ค.ศ. 1986 ในคดี *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* ที่ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่า *contras* นั้นถือว่าเป็นองค์กรของสหรัฐอเมริกาเพราะว่าพวกเขาต้องพึ่งพาอาศัยกันอย่างสมบูรณ์ และศาลได้กล่าวต่อไปว่าความรับผิดชอบของสหรัฐอเมริกาอาจจะมีขึ้นหากพิสูจน์ได้ว่าสหรัฐอเมริกาได้มีการสั่งการหรือมีการบังคับให้มีการกระทำผิดกฎหมายด้วยการกระทำอันมีลักษณะตรงข้ามกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมตามที่ถูกกล่าวหาโดยโจทก์ ดังนี้

“สำหรับการกระทำที่ทำให้สหรัฐอเมริกาที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าสหรัฐอเมริกามีการควบคุมที่มีประสิทธิภาพ (effective control) ต่อการปฏิบัติการของกองกำลังหรือหน่วยเสริมกองกำลังในช่วงเวลาที่ถูกกล่าวหาว่ามีการละเมิดอันเป็นการกระทำผิด”

จากข้อความข้างต้นนั้น การกระทำของปัจเจกบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์ตามกฎหมายกับรัฐนั้นจะถือว่าเป็นองค์กรของรัฐตามความเป็นจริงต่อเมื่อการกระทำละเมิดพันธกรณีของปัจเจกบุคคลนั้นต้องอาศัยรัฐในการกระทำแทบทั้งหมด (complete dependence) โดยพิจารณาจากการกระทำของปัจเจกบุคคลว่าได้กระทำโดยได้รับการชี้แนะจากรัฐหรือไม่ หรือการกระทำนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะมีการพึ่งพาอาศัยรัฐในการกระทำก็จะถือว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลเหล่านั้นเป็นองค์กรของรัฐอันทำให้รัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ แต่หากการละเมิดพันธกรณีของปัจเจกบุคคลนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากการขึ้นอยู่กักรัฐทั้งหมดก็ไม่ถือว่าปัจเจกบุคคลดังกล่าวเป็นองค์กรของรัฐตามความเป็นจริง¹⁰⁶

¹⁰⁶ Ibid., para. 400. “The test thus formulated differs in two respects from the test — described above — to determine whether a person or entity may be equated with a State organ even if not having that status under internal law. First, in this context it is not necessary to show that the persons who performed the acts alleged to have violated international law were in general in a relationship of “complete dependence” on the respondent State; it has to be proved that they acted

กฎเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐนั้นไม่มีความแตกต่างจากลักษณะของการกระทำที่มีขอบ (wrongful act) ตามกฎหมายเฉพาะ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐได้หากว่าการกระทำที่ก่อให้เกิด การทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้มีการกระทำผิดโดยองค์กรหรือบุคคลอื่นที่เป็นตัวแทนของรัฐทั้งหมด หรือบางส่วนโดยการกระทำตามคำแนะนำของรัฐหรือรัฐกระทำเองโดยตรงหรือภายใต้การควบคุม ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของรัฐที่สะท้อนอยู่ใน ร่างข้อบทของคณะกรรมการร่างกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ¹⁰⁷

โจทก์ได้เสนอให้นำคดี *Tadić* มาพิจารณาประกอบ โดยศาลอาญา ระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (ICTY) ได้พิจารณาคดี *Tadić* ว่า ลักษณะข้อพิพาทในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มีลักษณะระหว่างประเทศ และมีการกระทำผ่าน ชาวบอสเนียเซิร์บโดย FRY ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐด้วยเหตุผลที่ FRY มี อำนาจควบคุมเหนือการปฏิบัติการของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาทั้งหมด นอกจากนี้ในชั้น อุทธรณ์ศาลยังได้พิจารณาว่าการกระทำผิดที่สร้างขึ้นโดยชาวบอสเนียเซิร์บนั้นสามารถก่อให้เกิด ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อ FRY ในฐานะที่ FRY ได้ควบคุมการปฏิบัติการทั้งหมด เหนือ Republika Srpska และ VRS โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าการปฏิบัติการในแต่ละครั้งที่ฝ่าฝืน

in accordance with that State's instructions or under its "effective control". It must however be shown that this "effective control" was exercised, or that the State's instructions were given, in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or groups of persons having committed the violations."

¹⁰⁷ Ibid., para. 401. "...The rules for attributing alleged internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis*. Genocide will be considered as attributable to a State if and to the extent that the physical acts constitutive of genocide that have been committed by organs or persons other than the State's own agents were carried out, wholly or in part, on the instructions or directions of the State, or under its effective control. This is the state of customary international law, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility."

กฎหมายระหว่างประเทศนั้น FRY ได้ให้คำแนะนำหรืออยู่ภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ
อีก¹⁰⁸

ในประเด็นที่โจทก์เสนอมานี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาว่า คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี *Tadić* นั้นมีเหตุผลสนับสนุนแต่ไม่สามารถนำความเห็นของศาลดังกล่าวมาปรับใช้ในคดีนี้ได้เนื่องจากในเริ่มแรกแล้ว ICTY ไม่มีอำนาจในการพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของรัฐแต่มีอำนาจในการพิจารณาคดีอาญาของบุคคลเท่านั้น ดังนั้น คำพิพากษาของ ICTY จึงไม่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ตามเขตอำนาจศาลของ ICTY และทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ ICTY สร้างขึ้นนั้นอยู่ในเกณฑ์เรื่องความรับผิดทางอาญาของผู้ถูกกล่าวหาซึ่งในคดีนี้ไม่เหมือนกับประเด็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่ ICTY ทำจึงไม่ขึ้นอยู่เขตอำนาจและข้อมติของศาลก็ไม่มี ความจำเป็นเสมอไปสำหรับการตัดสินคดีอาญาต่อคดีนี้ที่เป็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ¹⁰⁹

นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้พิจารณาต่อไปอีกว่าคำพิพากษาในคดี *Tadić* นั้นได้ให้หลักเกณฑ์ในการทดสอบ “การควบคุมทั้งหมด” (overall control) กับการพิจารณาว่าเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือไม่ แต่ไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กับคดีนี้¹¹⁰ เนื่องจากมีลักษณะแตกต่างกันในระดับและลักษณะความเกี่ยวข้องของรัฐในข้อพิพาททางอาชญากรรมบนดินแดนของรัฐอื่นอันมีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากระดับและลักษณะความเกี่ยวข้องอันนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดอันเป็นพิเศษในข้อพิพาท¹¹¹

ในเรื่อง “การควบคุมทั้งหมด” (overall control) นั้นเป็นอุปสรรคที่สำคัญของการขยายขอบเขตของความรับผิดชอบของรัฐให้ไกลเกินกว่าหลักการขั้นพื้นฐานที่ครอบคลุมกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศที่ว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบเฉพาะการกระทำของตนเท่านั้น โดยอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำของบุคคลที่กระทำในนามของรัฐ ซึ่งการ

¹⁰⁸ Ibid., para. 402.

¹⁰⁹ Ibid., para. 403.

¹¹⁰ Ibid., para. 404.

¹¹¹ Ibid., para. 405.

กระทำตามจริงที่ถือว่าเป็นของรัฐได้แก่การกระทำขององค์กร ชำราชากร และโดยบุคคลหรือองค์
 ภาวะที่ไม่ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการว่ามีสถานะเท่ากับองค์กรราชการตามกฎหมายภายใน
 แต่อย่างไรก็ตามก็มีสถานะเทียบเท่ากับเป็นองค์กรของรัฐเพราะบุคคลเหล่านั้นมีความสัมพันธ์ที่
 ต้องอาศัยรัฐทั้งหมด ซึ่งบางส่วนจากคดีนี้ความรับผิดชอบของรัฐสามารถเกิดขึ้นได้สำหรับการ
 กระทำที่ได้กระทำขึ้นโดยบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลซึ่งไม่ใช่องค์กรของรัฐหรือมีสถานะเทียบเท่ากับ
 องค์กรของรัฐได้เพียงกรณีเดียวที่หากสันนิษฐานได้ว่าการกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ
 นั้นเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณี
 ระหว่างประเทศที่สะท้อนอยู่ในข้อ 8 หากว่าองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งได้ให้คำแนะนำหรือ
 เตรียมการสั่งการให้มีการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายหรือองค์กรดังกล่าวมีอำนาจควบคุมทั้งหมด
 เหนือการกระทำในช่วงเวลาที่มีการกระทำผิดขึ้น การทดสอบ “การควบคุมทั้งหมด” (overall
 control) นั้นไม่เหมาะสมเพราะวิธีการทดสอบไม่แน่นอน ในความสัมพันธ์ที่ปรากฏอยู่ระหว่างการ
 กระทำขององค์กรของรัฐและความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ¹¹²

จากคำพิพากษาที่ได้ยกขึ้นมาพิจารณานั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
 ได้ตัดสินว่าจะนำความรับผิดชอบตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่
 ปรากฏอยู่ในข้อ 8 แห่งร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมาพิจารณาว่าจำเลยจะมีความ
 รับผิดชอบเกิดขึ้นหรือไม่¹¹³

โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาหลักฐานต่างๆ ที่โจทก์และ
 จำเลยกล่าวอ้างมาไม่ว่าจะเป็นบันทึกการติดต่อระหว่าง Milosevic และองค์การสหประชาชาติ
 เมื่อวันที่ 10 และ 11 กรกฎาคม ที่มีการบันทึกในรายงานของเลขาธิการเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม
 หรือหลักฐานอื่นๆ ล้วนแล้วแต่ไม่ชี้ให้เห็นว่าจำเลยมีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ความรุนแรงใน
 ช่วงเวลาเกิดข้อพิพาทที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงไม่ปรากฏว่าในทางความเป็นจริงนั้นจำเลย
 มีความรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์ที่ได้มีการให้คำแนะนำหรือการควบคุม¹¹⁴

¹¹² Ibid., para. 406.

¹¹³ Ibid., para. 407.

¹¹⁴ Ibid., paras. 408-412.

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสอง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่าการสังหารหมู่ที่เซบรีนีก้านั้นไม่ได้ถูกกระทำขึ้นโดยบุคคลหรือองคภาวะที่มีสถานะเทียบเท่ากับองค์กรของจำเลยและไม่พบว่าการสังหารหมู่นั้นจะกระทำขึ้นโดยคำแนะนำหรือภายใต้การชี้นำขององค์กรของจำเลยหรือว่าจำเลยมีอำนาจควบคุมอย่างสมบูรณ์เหนือการปฏิบัติการสังหารหมู่ที่เซบรีนีก้าซึ่งเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

โดยใจทักไม่สามารถพิสูจน์ว่าการแนะนำของสมาพันธ์ที่มีอำนาจใน Belgrade หรือโดยองค์กรใดๆ ของ FRY นั้นก่อให้เกิดการสังหารหมู่ อันประกอบด้วยเจตนาพิเศษที่จะเข้าลักษณะอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อันจะทำให้จำเลยมีความรับผิดชอบได้ แม้จะมีการฆ่าวัยรุ่นมุสลิมในเซบรีนีก้าโดยสมาชิกของ VRS เป็นส่วนใหญ่แต่การกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำขึ้นโดยปราศจากคำแนะนำหรือการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของ FRY

สำหรับการฆ่าที่กระทำขึ้นโดย Scorpions หน่วยเสริมกำลังทหารที่มีชื่อเสียงที่ Trnovo นั้นจะมีการยอมรับว่าพวกเขาได้ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้า แต่คำพิพากษาของ ICTY ก็ยังไม่ชัดเจนที่จะพิสูจน์ได้ว่าพวกเขาได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามคำแนะนำหรือภายใต้การควบคุมขององค์กรของ FRY¹¹⁵

ท้ายที่สุดนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตั้งข้อสังเกตว่าไม่มีสถานการณ์ใดเลยที่จะเป็นไปตามที่อ้างในข้อ 4 และข้อ 8 ของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐที่จะถือเป็นการกระทำพิเศษที่อาจจะถือว่าเป็นในนามของรัฐจะเข้ากับสถานการณ์ในคดีนี้อันอาจจะอ้างได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้านั้นเป็นการกระทำในนามของจำเลย การกระทำที่ก่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นไม่ได้กระทำผิดขึ้นโดยบุคคลหรือองคภาวะที่เป็นองค์กรของ FRY ที่ได้มอบอำนาจให้กระทำการตามหน้าที่ตามข้อ 5 หรือโดยองค์กรของจำเลยที่ถูกโอนโดยรัฐอื่นตามข้อ 6 หรือโดยบุคคลที่ปฏิบัติ

¹¹⁵ Ibid., para. 413.

ตามความเป็นจริงโดยไม่มีหน้าที่หรือกระทำผิดหน้าที่ของจำเลยตามข้อ 9 และสุดท้ายจำเลยไม่รู้ และยอมรับว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นตนเป็นผู้กระทำตามข้อ 11¹¹⁶

ศาลจึงตัดสินว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ถูกทำขึ้นในเซบรีนีก้าไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ดังนั้น จำเลยจึงไม่ผูกพันที่จะต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ¹¹⁷

จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่า ศาลใช้มาตรฐานในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับเซอร์เบียสูงมาก กล่าวคือ ต้องพิสูจน์อย่างปราศจากข้อสงสัย ซึ่งหากมีข้อสงสัยในความสัมพันธ์ของรัฐกับปัจเจกบุคคล รัฐนั้นย่อมพ้นจากความรับผิดชอบในการกระทำของปัจเจกบุคคล เพราะไม่สามารถโอนการกระทำของปัจเจกบุคคลมาที่รัฐได้ แต่รัฐอาจมีความรับผิดชอบในการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ ซึ่งมีรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

2.2.3.4 ความรับผิดชอบสำหรับเหตุการณ์ที่เซบรีนีก้าภายใต้บทบัญญัติข้อ 3 วรรค (b) – (c) ของอนุสัญญาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลังจากที่ศาลได้พิจารณาว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของ VRS ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยทั้งตามกฎหมาย (*de jure*) และตามความเป็นจริง (*de facto*) ซึ่งทำให้จำเลยไม่มีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้า ดังนั้น ศาลจึงมาพิจารณาประเด็นถัดไปว่าจำเลยจะมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 (b) – (e) แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ดังต่อไปนี้

ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคดีนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการสมคบ (*conspiracy*) ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 (b) และการยุยงให้มีการ

¹¹⁶ Ibid., para. 414.

¹¹⁷ Ibid., para. 415.

ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide) ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 (c) เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าองค์กรต่างๆ ของ FRY หรือบุคคลทั้งหลายที่กระทำตามคำสั่งหรือภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของรัฐกระทำผิดในลักษณะที่ถือว่าเป็นการสมคบทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (b) หรือเป็นการยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (c) เพราะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนิก้านั้นเป็นการกระทำผิดโดยบุคคลทั้งหลายและกลุ่มของบุคคล (VRS) ที่ไม่มีลักษณะเป็นองค์กรทั้งหลายจำเลยและการกระทำของกลุ่มดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้การสั่งการหรือภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของจำเลย ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าจำเลยได้ทำการสมคบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (b) สำหรับการยุยงในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (c) ก็เช่นเดียวกัน ศาลไม่มีข้อมูลเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าองค์กรทั้งหลายของจำเลยหรือการกระทำของกลุ่มบุคคลที่อยู่ใต้การสั่งการหรือภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของจำเลยนั้นจะทำการยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนิก้า ทั้งไม่มีหลักฐานปรากฏว่าองค์กรทั้งหลายหรือบุคคลทั้งหลายนั้นทำการยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา¹¹⁸

¹¹⁸ Ibid., para. 417. "It is clear from an examination of the facts of the case that subparagraphs (b) and (c) of Article III are irrelevant in the present case. It has not been proved that organs of the FRY, or persons acting on the instructions or under the effective control of that State, committed acts that could be characterized as "[c]onspiracy to commit genocide" (Art. III, para. (b)), or as "[d]irect and public incitement to commit genocide" (Art. III, para. (c)), if one considers, as is appropriate, only the events in Srebrenica. As regards paragraph (b), what was said above regarding the attribution to the Respondent of acts of genocide, namely that the massacres were perpetrated by persons and groups of persons (the VRS in particular) who did not have the character of organs of the Respondent, and did not act on the instructions or under the effective control of the Respondent, is sufficient to exclude the latter's responsibility in this regard. As regards subparagraph (c), none of the information brought to the attention of the Court is sufficient to establish that organs of the Respondent, or persons acting on its instructions or under its effective control, directly and publicly incited the commission of the genocide in Srebrenica; nor is it proven, for that matter, that such organs or persons incited the commission of acts of genocide anywhere else on the territory of Bosnia and Herzegovina. In this respect, the Court must only accept precise and incontrovertible evidence, of which there is clearly none."

สำหรับการพยายาม (attempt) ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 (d) นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้พิจารณาประเด็นดังกล่าว น่าจะด้วยเหตุผลที่ว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นแล้วที่เซบรีนิกา ดังนั้น จึงไม่สามารถจะเป็นพยายามได้ นอกจากนี้ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนิกา นั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของจำเลย ดังนั้น จำเลยจึงไม่ผิดพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ประเด็นต่อมาที่ศาลพิจารณาก็คือลักษณะการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (complicity in genocide) ตามบทบัญญัติข้อ 3 (e) นั้นจะสามารถถือเป็นการกระทำขององค์กรต่างๆ ของจำเลยหรือบุคคลทั้งหลายที่กระทำการภายใต้คำสั่งหรือภายใต้อำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของจำเลยได้หรือไม่¹¹⁹

โดยคำว่า “การสมรู้ร่วมคิด” นั้นเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับระบบกฎหมายอาญาที่การให้คำแนะนำหรือคำสั่งแก่บุคคลให้กระทำผิดอาญาก็ถือได้ว่าการสมรู้ร่วมคิดแล้ว อย่างไรก็ตาม การปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบในขอบเขตของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นหากว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นภายใต้คำแนะนำหรือภายใต้การกระทำของรัฐหนึ่งโดยตรงแล้วก็จะป็นกรณีที่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐอันจะส่งให้รัฐนั้นมีความรับผิดชอบโดยตรงสำหรับความผิดนั้นซึ่งจะไม่ผิดในการสมรู้ร่วมคิดอีก อย่างไรก็ตาม การสมรู้ร่วมคิดตามบทบัญญัติข้อ 3 (e) นี้รวมถึงบทบัญญัติที่มีความหมายทำนองว่าสามารถทำให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นหรือช่วยให้การกระทำผิดเกิดขึ้นได้อีกด้วย แม้กระทั่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็พบว่ามิบบทบัญญัติในลักษณะนี้เช่นกันตามที่ปรากฏอยู่ในเรื่องการเข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุน (aid or assistance) โดยรัฐหนึ่งสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายต่อรัฐอื่น¹²⁰

¹¹⁹ Ibid., para. 418.

¹²⁰ Ibid., para. 419. “First, the question of “complicity” is to be distinguished from the question, already considered and answered in the negative, whether the perpetrators of the acts of genocide committed in Srebrenica acted on the instructions of or under the direction or effective control of the organs of the FRY. It is true that in certain national systems of criminal law, giving

โดยหลักกฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีเรื่องการช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นได้ปรากฏอยู่ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของ ILC ข้อ 16 เช่นกัน ซึ่งจะเป็นกรณีที่รัฐหนึ่งได้ช่วยเหลือหรือสนับสนุนรัฐอื่นในการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐที่ช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเมื่อรัฐนั้นได้กระทำการโดยรู้ว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และจะเป็นการกระทำที่มีขอบระหว่างประเทศเมื่อรัฐหนึ่งได้กระทำผิดขึ้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสองรัฐ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ แต่อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามความหมายของบทบัญญัติข้อ 3 (e) แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับบทบัญญัติข้อ 16 แห่งร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้นไม่มีความแตกต่างกัน โดยการสมรู้ร่วมคิดตามบทบัญญัติข้อ 3 (e) นั้นจำเลยจะมีความรับผิดชอบเมื่อองค์กักรทั้งหลายของจำเลย หรือบุคคลทั้งหลายที่ได้กระทำภายใต้คำแนะนำหรือภายใต้คำสั่งหรือภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของรัฐได้เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนใน

instructions or orders to persons to commit a criminal act is considered as the mark of complicity in the commission of that act. However, in the particular context of the application of the law of international responsibility in the domain of genocide, if it were established that a genocidal act had been committed on the instructions or under the direction of a State, the necessary conclusion would be that the genocide was attributable to the State, which would be directly responsible for it, pursuant to the rule referred to above (paragraph 398), and no question of complicity would arise. But, as already stated, that is not the situation in the present case. However there is no doubt that “complicity”, in the sense of Article III, paragraph (e), of the Convention, includes the provision of means to enable or facilitate the commission of the crime; it is thus on this aspect that the Court must focus. In this respect, it is noteworthy that, although “complicity”, as such, is not a notion which exists in the current terminology of the law of international responsibility, it is similar to a category found among the customary rules constituting the law of State responsibility, that of the “aid or assistance” furnished by one State for the commission of a wrongful act by another State.”

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เซบรีนีก้า ซึ่งไม่ต่างจากแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศ¹²¹

สำหรับประเด็นเรื่องเจตนาพิเศษ (specific intent or *dolus specialis*) ที่เป็นลักษณะของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นก็ต้องมีในการสมรู้ร่วมคิดด้วยเช่นกัน โดยการกระทำขององค์กรของรัฐหรือบุคคลที่ได้เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำอันเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เลย เว้นแต่ว่าองค์กรหรือบุคคลที่เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นจะได้อำนาจการกระทำความผิด ซึ่งการรับรู้ขององค์กรหรือบุคคลทั้งหลายนั้นถือเป็นเจตนาพิเศษ¹²²

¹²¹ Ibid., para. 420. "...The Court sees no reason to make any distinction of substance between "complicity in genocide", within the meaning of Article III, paragraph (e), of the Convention, and the "aid or assistance" of a State in the commission of a wrongful act by another State within the meaning of the aforementioned Article 16 — setting aside the hypothesis of the issue of instructions or directions or the exercise of effective control, the effects of which, in the law of international responsibility, extend beyond complicity. In other words, to ascertain whether the Respondent is responsible for "complicity in genocide" within the meaning of Article III, paragraph (e), which is what the Court now has to do, it must examine whether organs of the respondent State, or persons acting on its instructions or under its direction or effective control, furnished "aid or assistance" in the commission of the genocide in Srebrenica, in a sense not significantly different from that of those concepts in the general law of international responsibility."

¹²² Ibid., para. 421. "...It concerns the link between the specific intent (*dolus specialis*) which characterizes the crime of genocide and the motives which inspire the actions of an accomplice (meaning a person providing aid or assistance to the direct perpetrators of the crime): the question arises whether complicity presupposes that the accomplice shares the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator. But whatever the reply to this question, there is no doubt that the conduct of an organ or a person furnishing aid or assistance to a perpetrator of the crime of genocide cannot be treated as complicity in genocide unless at the least that organ or person acted knowingly, that is to say, in particular, was aware of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator. If that condition is not fulfilled, that is sufficient to exclude categorization as complicity. The Court will thus first consider whether this latter condition is met in the present

ซึ่งเมื่อศาลพิจารณาหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่กรณีนำเสนอแล้วพบว่าไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะเด่นชัดจนขนาดปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ที่มีอำนาจทั้งหลายของ FRY จะได้ทำการที่มีลักษณะช่วยเหลือหรือสนับสนุนได้ในขณะที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹²³

จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมานี้ศาลไม่พบว่าจำเลยจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการกระทำทั้งหลายที่เป็นการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹²⁴

สรุปได้ว่ารัฐสามารถทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ด้วยตนเอง และสามารถกระทำการอื่นไม่ว่าจะเป็นการสมคบ การยุยง หรือการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้โดยผ่านการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐ ส่วนการสมรู้ร่วมคิดของรัฐมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด ซึ่งรัฐจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อเมื่อรัฐนั้นได้ให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้รัฐอื่นทำละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศผ่านองค์กรหรือตัวแทนของรัฐ ซึ่งต้องปรากฏว่าองค์กรหรือบุคคลที่เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นจะได้อำนาจเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

2.2.2.5 ความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดพันธกรณีในการป้องกันและ ลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

case. It is only if it replies to that question of fact in the affirmative that it will need to determine the legal point referred to above.”

¹²³ Ibid., para. 422.

¹²⁴ Ibid., para. 424. “The Court concludes from the above that the international responsibility of the Respondent is not engaged for acts of complicity in genocide mentioned in Article III, paragraph (e), of the Convention. In the light of this finding, and of the findings above relating to the other paragraphs of Article III, the international responsibility of the Respondent is not engaged under Article III as a whole.”

ศาลได้พิจารณาความรับผิดชอบของรัฐตามพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 1 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลเห็นว่า แม้บทบัญญัติข้อ 1 จะมีความเชื่อมโยงกันระหว่างการป้องกันและการลงโทษการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ เนื่องจากการวิธีการป้องกันการกระทำผิดอาชญากรรมใดๆ อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การ ลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิด และการกำหนดโทษทางอาญาที่มีประสิทธิภาพต่อผู้กระทำ ผิดนั้นถือเป็นความพยายามประการหนึ่งในป้องกันการกระทำผิด นอกจากนี้บทบัญญัติข้อ 8 ยัง ได้กำหนดแนวทางในการป้องกันไว้ว่า “ภาคีสมาชิกใดๆ อาจร้องขอให้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่แห่ง องค์กรสหประชาชาติดำเนินการภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่พิจารณาว่ามีความเหมาะสม เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นที่ได้บัญญัติ ไว้ในบทบัญญัติข้อ 3”^{*} แต่ศาลเห็นว่าพันธกรณีในการป้องกันไม่ได้รวมเข้ากับพันธกรณีในการ ลงโทษ ทั้งไม่สามารถจะถือเป็นส่วนประกอบกับพันธกรณีในการลงโทษได้ เนื่องจากพันธกรณีใน การป้องกันมีขอบเขตของตนเองที่ขยายขอบเขตออกไปเป็นกรณีเฉพาะตามข้อ 8 ที่ให้องค์กรที่มี อำนาจขององค์กรสหประชาชาติดำเนินการที่เหมาะสม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีทั้งหลาย ปลดเปลื้องจากพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่รัฐนั้นเองสามารถกระทำได้ตาม กฎบัตรสหประชาชาติและข้อกำหนดจากองค์กรที่มีอำนาจ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงจะพิจารณาว่าจำเลย ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในการป้องกันก่อนที่จะพิจารณาพันธกรณีในการลงโทษ¹²⁵ โดยมี รายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.5.1 ความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

^{*} Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article VIII

“Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in article III.”

¹²⁵ Ibid., paras. 425-427.

ก่อนที่ศาลจะพิจารณาว่าจำเลยได้ละเมิดพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ศาลได้พิจารณาพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อนว่ามีลักษณะอย่างไร โดยศาลเริ่มจากจำกัดขอบเขตอำนาจของตนในการพิจารณาพันธกรณีในการป้องกันเฉพาะพันธกรณีที่ปรากฏตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และจะขยายการพิจารณาออกไปในประเด็นที่จำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น¹²⁶

ต่อมาศาลได้พิจารณาว่าพันธกรณีในการป้องกันนั้นมาจากการงดเว้นไม่กระทำการ เมื่อใดก็ตามที่เกิดสถานการณ์ที่จะต้องป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่กำลังเกิดขึ้น รัฐสมาชิกจำเป็นจะต้องทำทุกวิถีทางที่ชอบด้วยเหตุผลในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มากเท่าที่จะมากได้ โดยความรับผิดชอบของรัฐตามพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ปรากฏอย่างชัดแจ้ง (manifestly) ว่ารัฐนั้นล้มเหลวที่จะดำเนินทุกมาตรการในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ตนมีเขตอำนาจและอาจจะสามารถกระทำการป้องกันได้ ซึ่งการประเมินว่ารัฐปฏิบัติหน้าที่ตามพันธกรณีอย่างเหมาะสมหรือไม่นั้นได้นำแนวคิดเรื่อง “หน้าที่ในการระมัดระวัง” (due diligence) มาใช้ในการพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นความสามารถของรัฐหนึ่งที่มีอิทธิพลเหนือการกระทำของบุคคลที่น่าจะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกำลังทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ซึ่งความสามารถนี้ขึ้นอยู่กับระยะเวลาตามกฎหมายศาสตร์ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสถานที่เกิดเหตุ และความแข็งแกร่งของอำนาจปกครองระหว่างผู้มีอำนาจของรัฐกับผู้กระทำผิดที่เป็นตัวหลัก โดยความสามารถของรัฐที่ต้องปรากฏอย่างชัดแจ้งตามบรรทัดฐานของกฎหมายว่าทุกรัฐอาจจะกระทำการอันหนึ่งที่ตนมีอำนาจกระทำการได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น การพิจารณาว่ารัฐหนึ่งมีอิทธิพลหรือไม่อาจจะขึ้นอยู่กับสถานะทางกฎหมายระหว่างสถานการณ์ทั้งหลายกับบุคคลที่กำลังเผชิญอันตราย หรือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จริงๆ ซึ่งการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องอาศัยความพยายามร่วมกันระหว่าง

¹²⁶ Ibid., para. 429.

รัฐทั้งหลายในการปฏิบัติตามพันธกรณีในการป้องกันเพื่อทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ที่ป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งความพยายามของรัฐเดียวไม่เพียงพอที่จะกระทำได้¹²⁷

การที่รัฐหนึ่งจะมีความรับผิดชอบสำหรับพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องปรากฏว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นแล้ว โดยการละเมิดพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณีที่ต้องห้ามซึ่งไม่ว่าจะเป็นการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น ซึ่งสำหรับคดีนี้ศาลก็จะพิจารณาเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้า¹²⁸ และท้ายที่สุดแล้วพันธกรณีในการป้องกันการทำลาย

¹²⁷ Ibid., para. 430. "...A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide. In this area the notion of "due diligence", which calls for an assessment *in concreto*, is of critical importance. Various parameters operate when assessing whether a State has duly discharged the obligation concerned. The first, which varies greatly from one State to another, is clearly the capacity to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide. This capacity itself depends, among other things, on the geographical distance of the State concerned from the scene of the events, and on the strength of the political links, as well as links of all other kinds, between the authorities of that State and the main actors in the events. The State's capacity to influence must also be assessed by legal criteria, since it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law; seen thus, a State's capacity to influence may vary depending on its particular legal position vis-à-vis the situations and persons facing the danger, or the reality, of genocide. On the other hand, it is irrelevant whether the State whose responsibility is in issue claims, or even proves, that even if it had employed all means reasonably at its disposal, they would not have sufficed to prevent the commission of genocide. As well as being generally difficult to prove, this is irrelevant to the breach of the obligation of conduct in question, the more so since the possibility remains that the combined efforts of several States, each complying with its obligation to prevent, might have achieved the result — averting the commission of genocide — which the efforts of only one State were insufficient to produce."

¹²⁸ Ibid., para. 431. "...a State can be held responsible for breaching the obligation to prevent genocide only if genocide was actually committed. It is at the time when commission of the

ล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่บัญญัติไว้ในข้อ 1 นั้นแตกต่างจากการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (e) เนื่องจากการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะเข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น ในขณะที่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นเป็นผลที่จากการที่ล้มเหลวไม่นำมาตรการที่เหมาะสมมาปรับใช้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น กล่าวคือ การสมรู้ร่วมคิดเป็นผลจากการกระทำความผิดแต่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นเป็นผลที่เกิดจากการละเว้นการกระทำ นอกจากนี้การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องปรากฏว่าอย่างน้อยองค์กรหนึ่งของรัฐได้เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำผิดโดยรู้ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นแม้รัฐจะไม่มี ความเกี่ยวข้องโดยตรงแต่หากมีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นแล้วก็ถือว่ารัฐล้มเหลวในการป้องกันแล้วเพราะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น¹²⁹

prohibited act (genocide or any of the other acts listed in Article III of the Convention) begins that the breach of an obligation of prevention occurs...in the present case the Court will have to consider the Respondent's conduct, in the light of its duty to prevent, solely in connection with the massacres at Srebrenica, because these are the only acts in respect of which the Court has concluded in this case that genocide was committed."

¹²⁹ Ibid., para. 432. "...the Court believes it especially important to lay stress on the differences between the requirements to be met before a State can be held to have violated the obligation to prevent genocide — within the meaning of Article I of the Convention — and those to be satisfied in order for a State to be held responsible for "complicity in genocide" — within the meaning of Article III, paragraph (e) — as previously discussed. There are two main differences; they are so significant as to make it impossible to treat the two types of violation in the same way.

In the first place, as noted above, complicity always requires that some positive action has been taken to furnish aid or assistance to the perpetrators of the genocide, while a violation of the obligation to prevent results from mere failure to adopt and implement suitable measures to prevent genocide from being committed. In other words, while complicity results from commission, violation of the obligation to prevent results from omission; this is merely the reflection of the notion that the ban on genocide and the other acts listed in Article III, including complicity, places States under a

หลังจากที่ศาลได้พิจารณาพันธกรณีของรัฐในการป้องกันการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ศาลจึงได้มาพิจารณาการกระทำของ FRY ต่อการสังหารหมู่ที่เซบรีนีก้า พบว่าในช่วงเวลาดังกล่าว FRY มีอิทธิพลเหนือชาวบอสเนียเซิร์บผู้ทำล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้า โดยมีความสัมพันธ์ทางการเมือง การทหารและการเงินระหว่าง FRY กับ VRS นอกจากนี้ศาลยังพบว่าในช่วงเวลาดังกล่าว FRY ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลในปี ค.ศ. 1993 และเจ้าหน้าที่ของจำเลยได้ทราบว่าจะมีการทำอันตรายอย่างร้ายแรงในเซบรีนีก้าที่มีเจตนาในการจะกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แต่จำเลยก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าได้มีการเริ่มทำการป้องกันใดๆ ต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเลย ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าองค์กรทั้งหลายของจำเลยไม่ได้ทำการป้องกันใดการสังหารหมู่ที่เซบรีนีก้าใดๆ เลย ทั้งที่ตนมีเขตอำนาจในการทำ อีกทั้งตนยังมีอิทธิพลเหนือกลุ่ม VRS ดังนั้น จึงถือได้ว่าจำเลยละเมิดพันธกรณีในการป้องกันการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้าอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศขึ้น¹³⁰

negative obligation, the obligation not to commit the prohibited acts, while the duty to prevent places States under positive obligations, to do their best to ensure that such acts do not occur.

In the second place, as also noted above, there cannot be a finding of complicity against a State unless at the least its organs were aware that genocide was about to be committed or was under way, and if the aid and assistance supplied, from the moment they became so aware onwards, to the perpetrators of the criminal acts or to those who were on the point of committing them, enabled or facilitated the commission of the acts. In other words, an accomplice must have given support in perpetrating the genocide with full knowledge of the facts. By contrast, a State may be found to have violated its obligation to prevent even though it had no certainty, at the time when it should have acted, but failed to do so, that genocide was about to be committed or was under way; for it to incur responsibility on this basis it is enough that the State was aware, or should normally have been aware, of the serious danger that acts of genocide would be committed. As will be seen below, this latter difference could prove decisive in the present case in determining the responsibility incurred by the Respondent.”

¹³⁰ Ibid., paras. 433 – 438.

จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่าศาลได้ขยายขอบเขตของการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกไปนอกเหนือดินแดนของรัฐสมาชิก โดยพิจารณาจากความสามารถของรัฐที่อาจจะป้องกันได้ เช่น รัฐนั้นมีอิทธิพลต่อผู้กระทำผิด เป็นต้น นอกจากนี้คำพิพากษาศาลนี้ยังทำให้ชัดเจนว่าการล้มเหลวในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต่างจากการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพราะพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นกรณีที่รัฐละเว้นไม่กระทำการป้องกัน ส่วนการสมรู้ร่วมคิดเป็นกรณีที่รัฐมีส่วนรู้เห็นในการกระทำผิด

2.2.2.5.2 ความรับผิดชอบในการไม่ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

พันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 1 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้ถูกรับรองอีกครั้งในบทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวที่ว่า

“บุคคลทั้งหลายที่ถูกกล่าวหาว่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำการอย่างอื่นตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 ศาลภายในของรัฐที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในดินแดนมีความสามารถในการดำเนินคดีได้ หรือศาลระหว่างประเทศทางอาญา (international penal tribunal) ที่ภาคีสมาชิกยอมรับเขตอำนาจศาลนั้นก็จะมีเขตอำนาจในการพิจารณาได้เช่นกัน”

เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนกันนั้นไม่ได้เกิดขึ้นในดินแดนของจำเลย ดังนั้น จำเลยจึงไม่สามารถที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นตัวการผู้กระทำผิด หรือผู้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เซบรีนกันหรือการกระทำอื่นตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 ที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนกัน¹³¹

จึงมีประเด็นให้พิจารณาว่า จำเลยได้ยอมรับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศทางอาญาอื่นหรือไม่ โดยศาลได้พิจารณาว่าจำเลยได้ยอมรับเขตอำนาจ ICTY ซึ่งเป็นศาลที่มีลักษณะเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศที่จัดตั้งโดยข้อมติของคณะมนตรีความ

¹³¹ Ibid., para. 442.

มันคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งส่งผลให้เซอร์เบียจะต้องให้ความร่วมมือต่อศาลในการจับกุมผู้กระทำผิดในเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาลงโทษ เนื่องจากเซอร์เบียได้ลงนามความตกลงสันติภาพ Dayton ในขณะที่ยังเป็น FRY กับบอสเนียเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1995 ดังนั้น จึงถือได้ว่าวันดังกล่าวเป็นวันที่จำเลยได้ยอมรับเขตอำนาจ ICTY ตามความหมายของบทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าในปี ค.ศ. 2000 FRY จะได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ แต่พันธกรณีตามข้อ 6 ก็ได้เปลี่ยนแปลงไปจากวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1995 แต่ประการใด โดยเดือนเมษายน ค.ศ. 2006 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของจำเลยได้ทำประกาศแห่งชาติขึ้นโดยรับรู้ว่า นาย Mladić ผู้ถูกตัดสินว่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้าได้อาศัยอยู่ในเซอร์เบีย แต่ก็ไม่ได้กระทำการใดๆ ตามที่ตนมีความสามารถในการสั่งให้จับกุมตัวนาย Mladić เนื่องจากสมาชิกหลายคนดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังคงภักดีต่อนาย Mladić ดังนั้น ศาลเห็นว่าจำเลยล้มเหลวในหน้าที่ให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่แก่ ICTY ซึ่งความล้มเหลวดังกล่าวก่อให้เกิดการละเมิดขึ้นของจำเลยในหน้าที่ที่ตนมีตามความตกลง Dayton และในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ และยังเป็นการละเมิดพันธกรณีตามบทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในการให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ศาลมีเขตอำนาจเฉพาะอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น จำเลยจึงมีความรับผิดชอบในการละเมิดพันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 1 และ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹³²

ด้วยเหตุนี้ ศาลเห็นว่าจำเลยล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งปวงกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงก่อให้เกิดความรับผิดชอบ¹³³

จากคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐที่มีเขตอำนาจในการลงโทษความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ รัฐที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเกิดขึ้น แต่ในคดีนี้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในเซบรีนีก้า ซึ่งเป็นดินแดนของบอสเนีย ดังนั้น เซอร์เบียจึงไม่มีอำนาจในการลงโทษผู้กระทำผิด แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติข้อ 6 ได้ขยายเขตอำนาจในการดำเนินคดีและลงโทษไป

¹³² Ibid., paras. 443-449.

¹³³ Ibid., para. 450.

ยังศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่รัฐสมาชิกได้ยอมรับเขตอำนาจศาล เมื่อปรากฏว่าเซอร์เบียเคยยอมรับเขตอำนาจ ICTY ตั้งแต่สมัยที่ยังเป็นสหภาพโซเวียต จึงส่งผลให้ ICTY มีเขตอำนาจเหนือเซอร์เบีย และเซอร์เบียมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือกับ ICTY ในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งสำหรับคดีนี้ปรากฏว่านาย Mladić ผู้ซึ่งถูกตัดสินว่าได้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้าได้อาศัยอยู่ในดินแดนของเซอร์เบีย ทั้ง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของเซอร์เบียก็ทราบ แต่ก็นิ่งเฉยไม่ได้จับกุมนาย Mladić มาลงโทษ ดังนี้ เซอร์เบียจึงมีความรับผิดชอบในการไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่าพันธกรณีของรัฐในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นพันธกรณีที่แตกต่างหากจากกัน กล่าวคือ พันธกรณีในการป้องกันจะเป็นพันธกรณีก่อนที่เกิดเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งรวมถึงในขณะกำลังเกิดเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ส่วนพันธกรณีในการลงโทษเป็นพันธกรณีที่เกิดหลังจากมีเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม รัฐจะมีความรับผิดชอบตามพันธกรณีทั้งสองต่อเมื่อนิ่งเฉยไม่ดำเนินการใด กล่าวคือ พันธกรณีทั้งสองกำหนดหน้าที่ให้รัฐสมาชิกต้องกระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการป้องกัน และการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่รัฐไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ในการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดเหตุการณ์นั้น หรือไม่ยอมลงโทษ ซึ่งรวมทั้งการให้ความร่วมมือกับศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่มีเขตอำนาจเหนือคดีต่างๆ ในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบทั่วไป เนื่องจากรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องกระทำการแต่นิ่งเฉยไม่ดำเนินการใดๆ จนละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น

จากคำพิพากษาข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบจากการไม่ป้องกันและไม่ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากเป็นสิ่งที่สามารถพิสูจน์ได้อย่างชัดเจน แต่เซอร์เบียไม่มีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นที่เซบรีนีก้าของกลุ่ม VRS นั้นมีความสัมพันธ์กับเซอร์เบีย ไม่ว่าจะตามกฎหมาย (*de jure*) หรือตามความเป็นจริง (*de facto*) ต่อไปจะพิจารณาถึงเรื่องเกณฑ์ในการชดใช้ความเสียหายของศาล ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.6 การชดใช้ความเสียหาย

จากการล้มเหลวของจำเลยในการไม่ปฏิบัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น มีประเด็นให้ศาลพิจารณว่าการชดใช้ความเสียหายจะเป็นในรูปแบบใด

โดยฝ่ายโจทก์เรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบในการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการจ่ายค่าเสียหายแก่โจทก์สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น และส่งมอบตัวปัจเจกบุคคลผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำการอื่นตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวต่อ ICTY ทันที ซึ่งศาลจะพิจารณาว่าอะไรคือการชดใช้ความเสียหายที่เหมาะสมต่อการละเมิดพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹³⁴

ศาลได้พิจารณาคำพิพากษาต่างๆ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการกำหนดรูปแบบการชดใช้ความเสียหาย โดยคำพิพากษาของ PCIJ ในคดี *Factory at Chorzow* ได้ให้หลักเกณฑ์ว่าการชดใช้ความเสียหายต้องมีความเป็นไปได้เพื่อขจัดผลที่เกิดขึ้นจากการละเมิดกฎหมายและทำให้สถานการณ์กลับคืนดั้งเดิมเหมือนดังว่าไม่มีการกระทำผิดเกิดขึ้นมาก่อน สำหรับกรณีที่ไม่สามารถทำให้สถานการณ์กลับคืนดั้งเดิมได้นั้น ศาลได้กล่าวไว้ในคดี *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* ว่า “เป็นที่ทราบกันดีว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นรัฐที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยจากรัฐที่ได้กระทำการอันที่มีขอบด้วยกฎหมายขึ้นสำหรับความเสียหายที่ตนทำ”¹³⁵

โดยศาลได้พิจารณาว่าการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นหน้าที่มีไม่ได้มีผลโดยตรงสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่จะเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ ดังนั้น แม้จำเลยจะทำการป้องกันแต่ระดับความรุนแรงของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนก็าก์ก็จะเกิดขึ้นอยู่ดี ด้วยเหตุผลนี้

¹³⁴ Ibid., para. 459.

¹³⁵ Ibid., para. 460.

การละเมิดพันธกรณีในการไม่ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของจำเลยจึงไม่เหมาะที่จะขอให้
 ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งหมดเพราะไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการ
 ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้น¹³⁶ ซึ่งศาลเห็นว่าวิธีการที่เหมาะสมในการชดเชยความเสียหายสำหรับ
 กรณีนี้ คือ การทำให้พึงพอใจ (satisfaction) ตามที่บอสเนียร้องขอ ซึ่งได้แก่ การประกาศว่า
 เซอร์เบียล้มเหลวไม่ปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการ
 ป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งการชดเชยความเสียหายด้วยวิธีนี้ได้รับการพิจารณา
 จากศาลในคดี *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* เช่นกัน¹³⁷

สำหรับการชดเชยความเสียหายสำหรับการละเมิดพันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้าง
 เผ่าพันธุ์นั้น ศาลได้ประกาศว่าจำเลยกระทำความผิดและให้จำเลยส่งตัวปัจเจกบุคคลผู้ทำลายล้าง
 เผ่าพันธุ์หรือกระทำการอื่นตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์แก่
 ICTY และให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่กับ ICTY นั้นตามที่จำเลยร้องขอซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการทำ
 ให้พึงพอใจเนื่องจากจำเลยละเมิดพันธกรณีตามบทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้าง
 เผ่าพันธุ์¹³⁸

2.3 การบังคับตามคำพิพากษา¹³⁹

หลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาไปแล้ว คำพิพากษาย่อมมีผลผูกพันต่อรัฐที่เป็นฝ่ายในข้อ
 พิพากษาและถือเป็นที่สุดเด็ดขาด แต่หากมีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล คณะมนตรี
 ความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีอำนาจที่จะพิจารณาเพื่อออกมาตรการบังคับตามคำพิพากษา
 ทั้งนี้เป็นไปตามที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 94 วรรค 2^{*}

¹³⁶ Ibid., paras. 461 – 462.

¹³⁷ Ibid., para. 463.

¹³⁸ Ibid., para. 464.

¹³⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), หน้า 549.

* Charter of the United Nations, Article 94, para.2

จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่า ศาลได้เริ่มพิจารณาอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ว่ารวมถึงพันธกรณีในการไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐด้วย เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐสมาชิกจะต้องดำเนินการที่จะไม่กระทำผิดตามที่ได้ระบุไว้ และตามพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 1 ที่เรียกร้องให้รัฐสมาชิกรักษาวิธีการต่างๆ เข้าจัดการเพื่อที่จะป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ของบุคคลหรือกลุ่มคนที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐนั้นโดยตรง ดังนั้น จะเป็นการขัดกับพันธกรณีดังกล่าวได้หากไม่ห้ามตัวรัฐเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผ่านองค์กรของตนเอง หรือต่อบุคคลที่ตนมีอำนาจควบคุม ประกอบกับอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อมนุษยธรรมและอารยธรรมโดยแท้ ดังนั้น พันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงจำเป็นต้องตีความโดยนัยว่าห้ามกระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย¹⁴⁰ ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่ารัฐมีหน้าที่จะไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ด้วยตนเองและการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องผ่านการกระทำขององค์กรต่างๆ หรือตัวแทนของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้เป็นความรับผิดชอบตามหลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งได้รับการรับรองว่ารัฐไม่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบของเซอร์เบียสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ศาลเริ่มจากการพิสูจน์ว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ต้องพิสูจน์จากการกระทำของปัจเจกบุคคล และหากพบว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น

“If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.”

¹⁴⁰ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 166.

แล้ว ศาลจะพิจารณาต่อไปว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการกระทำของเซอร์เบียหรือไม่ ตามหลักการกระทำในนามของรัฐ

ในการพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในดินแดนของบอสเนียหรือไม่ ศาลเริ่มพิจารณาจากองค์ประกอบของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่ามี 2 องค์ประกอบ คือ องค์ประกอบภายนอก ซึ่งได้แก่ การกระทำต่างๆ ตามที่ระบุไว้ในข้อ 2 (a) – (e) และองค์ประกอบภายใน ซึ่งได้แก่ เจตนาพิเศษในการทำลายล้างกลุ่มที่ได้รับการปกป้องทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และศาลได้ชี้ให้เห็นว่าเจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างจากอาชญากรรมอื่นๆ รวมถึงการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) ด้วย ต่อจากนั้นศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย และพบว่าเฉพาะคำพิพากษาคดี *Krstić* และคดี *Blagojević* ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในเซบรีนีก้า โดยพบว่าเฉพาะเหตุการณ์ปิดล้อมของกองทัพบอสเนียมุสลิม (VRS) ที่เซบรีนีก้าในช่วงวันที่ 12 หรือ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 เท่านั้นที่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีเจตนาในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อกลุ่มบอสเนียมุสลิม¹⁴¹ จะเห็นได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นพิสูจน์ยากมาก ซึ่งสำหรับคดีนี้ศาลก็เกือบจะพิสูจน์ไม่ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น

หลังจากนั้น ศาลจึงพิจารณาว่าการกระทำของกลุ่ม VRS นั้นจะถือได้ว่าเป็นการกระทำของเซอร์เบียหรือไม่ โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของกลุ่ม VRS และเซอร์เบีย และพบว่ากลุ่ม VRS ไม่มีสถานะเป็นองค์กรตามกฎหมายภายในของเซอร์เบีย หลังจากนั้นจึงมาพิจารณาว่ากลุ่ม VRS มีสถานะเทียบเท่าองค์กรของเซอร์เบียตามความเป็นจริงหรือไม่ โดยพิจารณาจากอำนาจในการควบคุม ชีแนะ สั่งการของเซอร์เบียที่มีต่อกลุ่ม VRS ในการกระทำผิด โดยศาลได้นำหลักเกณฑ์เรื่องการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (effective control) ในคดี *Nicaragua* มาใช้ในการพิจารณา และพบว่าไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของกลุ่ม VRS นั้นเป็นของเซอร์เบีย ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่าเซอร์เบียจึงไม่มีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

¹⁴¹ Ibid., para. 297.

นอกจากนี้ ศาลเห็นว่าคดีนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการสมคบ (conspiracy) ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 (b) และการยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide) ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 (c) เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนกันนั้นเป็นการกระทำผิดกลุ่ม VRS ที่ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของเซอร์เบีย¹⁴²

ส่วนการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (e) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นศาลเห็นว่าไม่แตกต่างกับบทบัญญัติข้อ 16 แห่งร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในการให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุนให้มีการกระทำผิด สำหรับประเด็นเรื่องเจตนาพิเศษ (specific intent or *dolus specialis*) ที่เป็นลักษณะของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นก็ต้องมีในการสมรู้ร่วมคิดด้วยเช่นกัน โดยการกระทำขององค์กรของรัฐหรือบุคคลที่ได้เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำอันเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เลย เว้นแต่ว่าองค์กรหรือบุคคลที่เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นจะรู้ว่าเป็นการกระทำผิด ซึ่งการรับรู้ขององค์กรหรือบุคคลทั้งหลายนั้นถือเป็นเจตนาพิเศษ¹⁴³ และสำหรับคดีนี้ศาลไม่พบว่าเซอร์เบียจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการกระทำทั้งหลายที่เป็นการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 (e) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นกัน¹⁴⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าเซอร์เบียจะไม่มี ความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้อง แต่พันธกรณีข้อ 1 แห่งอนุสัญญากำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น ศาลจึงเริ่มพิจารณาจากพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก่อน โดยศาลเห็นว่าความรับผิดชอบของรัฐตามพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องเป็นกรณีที่น่าปรากฏอย่างชัดแจ้ง (manifestly) ว่ารัฐนั้นล้มเหลวที่จะทำทุกมาตรการในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายในเขตอำนาจของตนซึ่งตนอาจจะ

¹⁴² Ibid., para. 417.

¹⁴³ Ibid., para. 421.

¹⁴⁴ Ibid., para. 424.

กระทำการป้องกันได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้มาจากแนวคิดเรื่อง “หน้าที่ในการระมัดระวัง” (due diligence)¹⁴⁵ และศาลเห็นว่าการที่รัฐหนึ่งจะมีความรับผิดชอบสำหรับพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องปรากฏว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นแล้ว โดยการละเมิดพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณีที่ต้องห้าม ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น¹⁴⁶ และศาลเห็นว่าพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่บัญญัติไว้ในข้อ 1 นั้นแตกต่างจากการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (e) เนื่องจากการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะเข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น ในขณะที่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นเป็นผลที่จากการที่ล้มเหลวไม่นำมาตรการที่เหมาะสมมาปรับใช้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น กล่าวคือ การสมรู้ร่วมคิดเป็นผลจากการกระทำความผิด แต่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นเป็นผลที่เกิดจากการละเว้นการกระทำ นอกจากนี้การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องปรากฏว่าอย่างน้อยองค์กรหนึ่งของรัฐได้เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำผิดโดยรู้ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นแม้รัฐจะไม่มี ความเกี่ยวข้องโดยตรงแต่หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วก็ถือว่ารัฐล้มเหลวในการป้องกันแล้วเพราะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น¹⁴⁷ และศาลเห็นว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากเซอร์เบียไม่ได้ทำการป้องกันการสังหารหมู่ที่เซปรีนีกาแต่อย่างใด ทั้งที่เซอร์เบียมีอำนาจในการป้องกัน อีกทั้งเซอร์เบียยังมีอิทธิพลเหนือกลุ่ม VRS¹⁴⁸

หลังจากนั้นศาลได้พิจารณาพันธกรณีในการลงโทษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และเห็นว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการไม่ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเกิดขึ้นนอกดินแดนของเซอร์เบีย แต่การที่เซอร์เบียได้ยอมรับเขตอำนาจ ICTY ตั้งแต่ลง

¹⁴⁵ Ibid., para. 430.

¹⁴⁶ Ibid., para. 431.

¹⁴⁷ Ibid., para. 432.

¹⁴⁸ Ibid., paras. 433–438.

นามในความตกลง Dayton นั้นผูกพันเซอร์เบียในการให้ความร่วมมือกับ ICTY แต่เมื่อปรากฏว่า เซอร์เบียรับรู้ว่ามี Mladić ผู้ถูกตัดสินว่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้าได้อาศัยอยู่ในเซอร์เบียแต่ก็ไม่ได้ดำเนินการใดๆ ตามที่ตนมีความสามารถในการสั่งให้จับกุมตัว Mladić จึงเป็นการละเมิดพันธกรณีตามบทบัญญัติข้อ 6 ในการให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ประกอบกับข้อ 1 ในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์¹⁴⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า เซอร์เบียไม่มีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้อง แต่มีความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันและไม่ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งศาลได้กำหนดรูปแบบการชดใช้ความเสียหายให้บอสนีย์โดยพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยรูปแบบการชดใช้ความเสียหายในกรณีการไม่ป้องกัน คือ การทำให้พึงพอใจ (satisfaction) ด้วยการประกาศว่าเซอร์เบียล้มเหลวไม่ปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่ได้ชดใช้ความเสียหายในรูปตัวเงิน เพราะเห็นว่าการล้มเหลวที่จะป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้น¹⁵⁰ ส่วนรูปแบบการชดใช้ความเสียหายสำหรับการละเมิดพันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ศาลกำหนดรูปแบบของการชดเชยให้เป็นการทำให้พึงพอใจเช่นกัน โดยศาลได้ประกาศว่าเซอร์เบียกระทำความผิดไม่ให้ความร่วมมือกับ ICTY ในการจับกุมนาย Mladić ซึ่งเป็นผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้า จึงให้เซอร์เบียส่งตัวนาย Mladić ให้แก่ ICTY และให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่กับ ICTY¹⁵¹

เมื่อได้ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในประเด็นที่ศาลได้พิจารณาแล้ว บทต่อไปจะนำเสนอหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ศาลหยิบยกมาใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

¹⁴⁹ Ibid., paras. 443-449.

¹⁵⁰ Ibid., paras. 461-462.

¹⁵¹ Ibid., para. 464.

บทที่ 3

ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีการปรับใช้ อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลังจากได้ศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปแล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากคดีนี้เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ซึ่งได้แก่ บอสเนีย และเฮอร์เซโกวีนา ถึงแม้ในการพิจารณาว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากการกระทำของปัจเจกบุคคลประกอบว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหรือไม่ แต่ก็เป็นเพียงการพิจารณาเพื่อให้ทราบว่าการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นไม่เท่านั้น ซึ่งหากพบว่าการฝ่าฝืนพันธกรณีเช่นนั้นแล้วจึงค่อยมาพิจารณาว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลดังกล่าว ส่งผลต่อความรับผิดชอบของรัฐอย่างใดบ้าง

ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจลักษณะของความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่นำมาใช้เรียกร้องความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศทุกกรณี ซึ่งรวมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย โดยจะเริ่มพิจารณาจากแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐว่ามีความเป็นมาเช่นไร จากนั้นจึงจะพิจารณาความหมายของความรับผิดชอบของรัฐว่าหมายถึงความเช่นใด แล้วมาพิจารณาองค์ประกอบอันจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ เพื่อจะได้เข้าใจว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบเมื่อใด แล้วจึงมาพิจารณาลักษณะความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และสุดท้ายจึงมาพิจารณาการเรียกร้องให้

รัฐที่กระทำผิดมารับผิดชอบและผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ

แนวคิดที่สำคัญของความรับผิดชอบนั้นเป็นเรื่องที่มีพื้นฐานมาจากทั้งทางศาสนาและในรูปแบบของศีลธรรมที่พัฒนาจนกลายเป็นกฎหมาย โดยจะเริ่มจากแนวคิดในเรื่องของการกระทำที่ผิดซึ่งต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย (liable) การกระทำผิดที่สามารถตอบได้ (answerable) การกระทำผิดที่สามารถอธิบายได้ (accountable) จนกลายมาเป็นศัพท์เฉพาะทางว่า “ความรับผิดชอบ” (responsibility, *verantwortlichkeit*, *la responsabilité*, *la responsabilité*) ดังนั้นความรับผิดชอบจึงเป็นสิ่งที่มืออยู่แล้วในแต่ละสังคมตามการรับรู้ของแต่ละระบบ อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบก็ได้ถูกกระจายไปอยู่ในรูปแบบของศีลธรรม (morality) ศาสนา (religion) กฎหมาย (law) หรือในลักษณะอื่น ๆ¹

จนกระทั่งมีอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ว่าด้วยกฎหมายและสงครามทางบก ค.ศ. 1907 ที่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของรัฐไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 ว่า “การละเมิดกฎระเบียบในภาคผนวกของอนุสัญญาโดยรัฐภาคีย่อมมีผลทำให้รัฐภาคีนั้นมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในอันที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย”^{*} แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้นก็มิได้มีอิทธิพลต่อการก่อตัวของแนวคิดทางกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมากนัก

¹ Ian Brownlie, *System of the Law of Nation State Responsibility Part I* (Oxford: Clarendon Press, 1983), p. 1.

^{*} Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Article 3

“A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

ต่อมาในปี ค.ศ. 1930 ที่ประชุมจัดทำร่างกฎหมายกรุงเฮก (Hague Codification Conference) ได้หยิบยกหัวข้อเรื่องความรับผิดชอบของรัฐขึ้นมาพิจารณา ซึ่งในขณะนั้นได้ให้ความสำคัญในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ² จนกระทั่งปี ค.ศ. 1948 ได้มีการพยายามรวบรวมแนวทางปฏิบัติของรัฐในเรื่องต่างๆ ให้เป็นในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้จัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission หรือ ILC)^{*} ขึ้นมาเพื่อทำการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วและพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวต่อไป^{**} และประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐก็เป็นหนึ่งในสิบสี่

² โปรดดู S.P. Jagota, "State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness," *Netherland Yearbook of International Law* 16 (1985), pp. 253-254, อ้างถึงใน พรพนลธิ์ จอมศรี, "มาตรการตอบโต้ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ: วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวกับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 23.

^{*} ILC เป็นองค์กรย่อยในสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1947 ประกอบด้วยนักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการคัดเลือกโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจำนวน 34 คน มีวาระการทำงาน 5 ปี ทางด้านการทำงานของ ILC นั้นไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วเข้าไว้ด้วยกันเท่านั้น แต่ยังคงทำหน้าที่พัฒนากฎหมายระหว่างประเทศให้ก้าวหน้า (progressive development) อีกด้วย โดยการศึกษาในแต่ละหัวข้อนั้นจะมีผู้ทำหน้าที่เป็นหัวหน้าในการศึกษาค้นคว้า เรียกว่าผู้รายงานพิเศษ (special rapporteur) ทำหน้าที่ในการศึกษาหาข้อมูลนำเสนอต่อที่ประชุม ILC หาข้อสรุปในแต่ละประเด็นปัญหาและยกร่างข้อบท (draft article) เพื่อเตรียมเสนอต่อสมัชชาใหญ่ให้พิจารณาเพื่อรับรอง (adopt) ซึ่งหากสมัชชาใหญ่เห็นชอบกับร่างข้อบทดังกล่าวแล้ว สมัชชาใหญ่จะรับรองด้วยการออกข้อมติ (resolution) ซึ่งการรับรองของสมัชชาใหญ่ในขั้นตอนนี้ร่างข้อบทดังกล่าวยังคงมีสถานะเป็นร่างข้อบทเช่นเดิม จนกระทั่งมีการยอมรับให้เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention) และเปิดให้รัฐต่างๆ เข้ามาเป็นภาคีตามสนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ สนธิสัญญาจึงมีผลบังคับใช้ได้ (เรื่องเดียวกัน, หน้า 24 – 25.)

^{**} United Nation General Assembly Resolution 174 (II) (21 November 1947), Establishment of an International Law Commission

"The General Assembly,

หัวข้อที่ถูกหยิบยกขึ้นมาจัดทำด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญและสันนิบาตชาติเป็นผู้เลือกให้มาจัดทำเป็นประมวล³

โดยเริ่มแรกในปี ค.ศ. 1956 นั้น ได้มี F.V. García Amador ชาวคิวบาเป็นผู้รายงานพิเศษ (Special Rapporteur) ซึ่งจะมุ่งความสนใจไปในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชาวต่างชาติและทรัพย์สินของชาวต่างชาติที่อาศัยในดินแดนของรัฐซึ่งจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) และแม้ García Amador จะได้เสนอรายงานถึง 6 ฉบับในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1956 -1961 แต่ก็ไม่ได้รับการรับรองเนื่องจากหัวข้อที่เสนอนั้นจำกัดอยู่แค่ประเด็นการให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งเป็นสิ่งที่ล้าสมัยไปแล้ว⁴ จนกระทั่ง Roberto Ago ชาวอิตาลี ซึ่งดำรงตำแหน่ง inter-sessional subcommittee ในขณะนั้นได้เสนอความเห็นแก่คณะกรรมการกฎหมายว่าชอบเขตของประเด็นเรื่องความรับผิดชอบนั้นควรจะเป็นค่านิยมของกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ครอบคลุมถึงความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ⁵ ซึ่งหมายความว่ากฎเกณฑ์ที่นำมาปรับใช้ทั่วไปในเรื่องของความรับผิดชอบของรัฐนั้นไม่ใช่แค่ปรับใช้ได้กับกรณีของการให้ความคุ้มครองทางการทูตเพียงประการ

Recognizing the need for giving effect to Article 13, paragraph 1, sub-paragraph a, of the Charter, stipulating that the General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of encouraging the progressive development of international law and its codification;

....

(a) The methods by which the General Assembly should encourage the progressive development of international law and its eventual codification;

..."

³ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 1.

⁴ United Nations, Yearbook of the International Law Commission I (1957): 154-172, อ้างถึงใน Ibid.

⁵ United Nations, Yearbook of the International Law Commission II (1963), (Doc. A/CN.4/152, p. 228, para.5.), อ้างถึงใน Ibid., p. 2.

เดี่ยวแต่ควรปรับใช้ได้กับประเด็นอื่นด้วยไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิมนุษยชน การลดอาวุธ การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และกฎหมายทะเล เป็นต้น จนปี ค.ศ. 1963 ILC ได้อนุมัติให้มีการพิจารณาแนวคิดตามที่ Ago เสนอมาใหม่อีกครั้ง และต่อมาในระหว่างปี ค.ศ. 1969 – 1980 Ago ได้จัดทำรายงานถึง 8 ฉบับ ก่อนที่จะไปเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1979 ILC ได้รับรองข้อบทจำนวน 35 ข้อ โดยนำมาใส่ไว้ในส่วนแรกของร่างข้อบทที่ว่าด้วยจุดกำเนิดของความรับผิดชอบของรัฐ⁶

ปี ค.ศ. 1979 Willem Riphagen ชาวเนเธอร์แลนด์ ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้รายงานพิเศษในระหว่างปี ค.ศ. 1980 – 1986 ซึ่งในช่วงระยะเวลาดังกล่าว Riphagen ได้จัดทำร่างสองส่วนที่เหลือเสร็จสมบูรณ์ โดยส่วนที่สองจะเกี่ยวกับสาระ รูปแบบ และระดับของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ส่วนที่สามจะเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทพร้อมทั้งคำวิจารณ์ทั้งหลาย แต่ข้อบทของ Riphagen ได้รับการรับรองในส่วนที่สองเพียง 5 ข้อ จึงทำให้ Gaetano ArangioRuiz ชาวอิตาลีได้รับเลือกมาเป็นผู้รายงานพิเศษแทน Riphagen ในช่วงระหว่าง ค.ศ. 1988 – 1995 ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าว ArangioRuiz ได้เสนอรายงานจำนวน 7 ฉบับในสองส่วนที่เหลือ

ปี ค.ศ. 1996 ILC ได้รับรองร่างข้อบทดังกล่าวพร้อมทั้งคำอธิบายร่างข้อบท (commentaries) เป็นครั้งแรก⁷ แต่บางข้อบทของร่างยังคงถูกโต้แย้งและได้รับการแก้ไขเรื่อยมา จนปี ค.ศ. 2001 ILC ได้รับรองร่างข้อบทฉบับสมบูรณ์ที่มีชื่อว่า “ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ” (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : RSIWA) ในที่ประชุมครั้งที่ 2683 และรับรองร่างคำอธิบายร่างข้อบท (commentaries) ในที่ประชุมครั้งที่ 2701 ในภายหลังแล้ว

⁶ Shabtai Rosenne, The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility Articles 1-35, (Dordrecht: Nijhoff, 1991) อ้างถึงใน Ibid., p. 2.

⁷ Ibid., p. 3.

เสนอร่างข้อบทดังกล่าวพร้อมทั้งคำเสนอแนะไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ⁸ และจากสมัชชาใหญ่ได้รับการรับรองร่างดังกล่าวเพื่อให้สมาชิกสหประชาชาติพิจารณาเมื่อปี ค.ศ.2001⁹ โดยร่างข้อบทดังกล่าวได้รับการพิจารณาว่าเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰ ซึ่งหมายความว่าร่างข้อบทนี้มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการทั่วไป ดังนั้น การพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของรัฐจะพิจารณาจากร่างข้อบทนี้เป็นหลัก ต่อไปจะพิจารณาถึงความหมายของความรับผิดชอบของรัฐ

3.2 ความหมายของความรับผิดชอบของรัฐ

การพิจารณาความหมายของคำว่า “ความรับผิดชอบ” (Responsibility) ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ต้องเข้าใจก่อนว่าขอบเขตของกฎหมายที่ใช้นั้นจะเป็นกฎหมายที่ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ ในประชาคมโลก โดยความรับผิดชอบนั้นไม่ได้มีความหมายเดียวกับ “หน้าที่” (duty) หรือ “พันธกรณี” (Obligation) ในความหมายที่ๆ ไปแต่จะแสดงให้เห็น

⁸ พรรณสิทธิ์ จอมศรี, “มาตรการตอบโต้ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ: วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ,” หน้า 26.

⁹ United Nation General Assembly Resolution 56/83 (12 December 2001), Responsibility of States for internationally wrongful acts

¹⁰ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, paras. 385, 398, 401 and 407 และ International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 19 December 2005 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>, para. 160, อ้างถึงใน Stefan Talmon, “The Various Control Tests in the International Law of State Responsibility and the Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist,” *International and Comparative Law Quarterly*, 58 (2009) [Online]. (n.d.) Available from: <http://ssrn.com/abstract=142324>

ถึงทิศทางการเกี่ยวกับการพิจารณาทางกฎหมายของรัฐที่มีภาระหน้าที่ผูกพัน (Obligor – State) จากการกระทำละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹

โดยคำว่า “ความรับผิดชอบ” คือ ความจำเป็นที่สืบเนื่องจากพันธกรณี โดยทุกๆ ครั้งที่บุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศละเมิดพันธกรณีที่พวกเขาเหล่านั้นมีแล้วความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศก็จะเกิดขึ้น¹² กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเกิดขึ้นเมื่อบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์การระหว่างประเทศ หรือปัจเจกบุคคลได้กระทำการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่พวกเขาเหล่านั้นมีอยู่¹³

ส่วนความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นนักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่เห็นว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐหนึ่งได้กระทำการที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่ออีกรัฐหนึ่ง ความรับผิดชอบระหว่างประเทศก็จะเกิดขึ้นระหว่างทั้งสองรัฐนั้น โดยการละเมิดพันธกรณีหนึ่งนั้นนำมาซึ่งข้อเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหาย¹⁴

ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (Draft Articles on State Responsibility) ของ ILC ก็ได้ยืนยันภาระผูกพันที่เป็นความรับผิดชอบของรัฐไว้ในข้อบทที่ 1 ว่า “การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการกระทำนั้น” โดย ILC ได้เน้นว่า การใช้คำว่า “ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ” (International Responsibility) มีความมุ่งหมายที่ครอบคลุมทุกรูปแบบของความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นใหม่จากการกระทำผิดระหว่างประเทศของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะความสัมพันธ์นั้นจะ

¹¹ จีระพรรณ ผ่องชมภู, “ความรับผิดชอบของรัฐที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้ายตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 52.

¹² Malcolm D. Evans, ed. *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 451.

¹³ จันทรลักษณ์ โชติรัตนดิถ, “ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” *วารสารนิติศาสตร์* 15, 3 (2530): 137.

¹⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 778.

จำกัดขอบเขตต่อรัฐที่กระทำผิดและรัฐที่เสียหายโดยตรง หรือขยายไปสู่ผู้ทรงสิทธิอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อฟื้นฟูสถานะของรัฐที่เสียหายและเยียวยาความเสียหาย หรือไม่ว่าจะให้รัฐที่เสียหายหรือผู้ทรงสิทธิอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้มีการลงโทษรัฐที่กระทำผิดตามที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับ¹⁵

จึงอาจกล่าวได้ว่า “ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ” (State Responsibility in International Law) จะเกิดขึ้นต่อเมื่อรัฐได้กระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยไม่จำเป็นว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นหรือบุคคลอื่นหรือไม่

เมื่อได้ทราบถึงความหมายของความรับผิดชอบของรัฐแล้ว ต่อไปจะพิจารณาองค์ประกอบของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ เพื่อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐ

3.3 องค์ประกอบของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Internationally Wrongful Acts)

รัฐจะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเมื่อปรากฏว่ามีการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐนั้น ดังนั้น การพิจารณาองค์ประกอบของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งสำคัญในการนำไปสู่การยืนยันว่ารัฐที่ทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศมีพันธกรณีที่จะต้องมีการเยียวยาตามกฎหมาย ซึ่งหากรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ามีการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศขาดองค์ประกอบดังกล่าวไปก็จะทำให้รัฐนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้

¹⁵ Joseph H.H. Weiler, Antonio Cassese and Marina Spinedi, eds. *International Crimes of State: A Critical Analysis of ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* (Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1989), p. 19.

เดิมเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้นจะได้รับการพิจารณาจากองค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐเป็นหลัก ซึ่งองค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐนั้นนักกฎหมายระหว่างประเทศบางกลุ่มได้นำเรื่องความสูญเสียหรือความเสียหายมาเป็นองค์ประกอบด้วย ซึ่งปัจจุบันเห็นว่าแค่รัฐได้กระทำการที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐอื่นก็นำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐทันทีระหว่างสองรัฐนั้น¹⁶

โดย Aréchaga¹⁷ และ Mosler¹⁸ เห็นว่าองค์ประกอบอันนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐหรือเงื่อนไขนั้นมีดังนี้

(1.) มีการกระทำ (act) หรืองดเว้นการกระทำ (omission) ซึ่งฝ่าฝืน (violate) พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(2.) การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย (unlawful act) นั้น ต้องถือได้หรือกล่าวอ้างได้ว่า (impunity) เป็นการกระทำของรัฐ (act of state)

(3.) ความสูญเสียหรือความเสียหาย (loss or damage) เป็นผลมาจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

¹⁶ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries, p. 77.

¹⁷ โปรดดู Eduardo Jiménez de Aréchaga, "International Law in the past third of a century," Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 159 (1978): 267, อ้างถึงใน จันทลักษณ์ โชติรัตนดิลก, "ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ," วารสารนิติศาสตร์ 15: 143-144. และ Eduardo Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility" in M. Sørensen, ed. Manual of Public International Law (London: Macmillan, 1968), pp. 531, 534, อ้างถึงใน Malcolm N. Shaw, International Law, p. 781.

¹⁸ โปรดดู Herman Mosler, The International Society as a Legal Community, (Dordrecht, n.p., 1980), p. 157, อ้างถึงใน Malcolm N. Shaw, International Law, p. 781.

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่าน อาทิเช่น Oppenheim, Lauterpacht, Verdross และ Ago ได้เพิ่มองค์ประกอบของการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบว่าจะต้องมีองค์ประกอบทางอัตตวิสัย (subjective element) อีกด้วย กล่าวคือ การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำผิด (fault)¹⁹ โดยการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับรัฐนั้นต้องกระทำการโดยเจตนา (intent, *dolus*) หรือประมาท (negligent, *culpa*) จึงจะทำให้รัฐเกิดความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้²⁰ แต่ก็มีนักกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนมาก อาทิเช่น Borchard, Schwarzenberger, Guggenheim, Cheng, Aréchaga, Brownlie และ Starke อีกทั้งในคำพิพากษาคดี *Neer claim* และคดี *Cair claim* ที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดเรื่องการกระทำผิด เพราะในบางสถานการณ์แม้จะปราศจากการกระทำผิดรัฐยังต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ดี

สำหรับประเด็นเรื่องความสูญเสียหรือเสียหายนั้น ILC และนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านมิได้จัดให้ความเสียหายเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ เพราะรัฐต้องรับผิดชอบเมื่อมีการกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ตามที่ปรากฏในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่ว่า “การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายใดๆ ของรัฐก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น”* โดยการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐนั้นประกอบด้วย การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำดังกล่าวละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐนั้น**

¹⁹ จันทลักษณ์ โชติรัตน์ดิลก, “ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์ 15: 144.

²⁰ Malcolm N. Shaw, International Law, p. 783.

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 1: Responsibility of a State for its internationally wrongful acts

“Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.”

** Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 2: Elements of an internationally wrongful act of a State

จึงอาจกล่าวได้ว่าประเด็นเรื่องความเสียหาย แต่เป็นเงื่อนไขสำคัญที่รัฐผู้เรียกร้องจะใช้ สิทธิเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิดจะต้องรับผิดชอบและดำเนินวิธีการทดแทนความเสียหาย เนื่องจาก ความรับผิดชอบของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้กระทำการอันเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐนั้นมีอยู่ต่อรัฐอื่น ไม่ว่าพันธกรณีนั้นจะกำหนดโดยสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปหรือแม้กระทั่งกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมาย ระหว่างประเทศก็ตาม

สรุปได้ว่า องค์ประกอบหลักอันนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐจึงประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ มีการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายประเทศ และการ กระทำนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้กับรัฐนั้น²¹ ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.3.1 การกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ (attributable to the State under international law)

แม้รัฐจะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject in international law) แต่ก็ไม่อาจกระทำการต่างๆ ได้ด้วยตัวเอง เนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคล (juristic person) จึงต้อง อาศัยบุคคลธรรมดาทำหน้าที่แทน ดังนั้น การกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ (attributable to state) จึงจะต้องกระทำผ่านบุคคลธรรมดา (natural person) ตามหลัก “attributable” หรือ “Imputability” กล่าวคือ การกระทำของบุคคลนั้นสามารถถ่ายทอดหรือถือได้

“There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) Is attributable to the State under international law; and
- (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.”

²¹ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries, p. 81.

ว่าเป็นการกระทำของรัฐได้²² แต่มิได้หมายความว่าทุกการกระทำของบุคคลธรรมดาจะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ แต่ต้องปรากฏว่าเฉพาะการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐในระดับระหว่างประเทศขององค์กรต่างๆ ของรัฐบาล หรือ การกระทำของบุคคลภายใต้การแนะนำ การยุยง หรือการควบคุมโดยรัฐเสมือนกับเป็นองค์กรของรัฐเท่านั้นที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ²³ แต่ก็มีบางกรณีที่รัฐอาจจะต้องเข้ารับผิดชอบในการกระทำของบุคคลธรรมดาที่มีได้เป็นองค์กรของรัฐ เช่น บังคับบุคคลหรือฝ่ายกบฏ เป็นต้น หากว่ารัฐล้มเหลวไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นในการป้องกันกระทำเหล่านั้นตามสมควร หรือไม่ได้ให้ความคุ้มครอง ระมัดระวังอย่างเพียงพอแก่ผู้เสียหาย²⁴ ซึ่งในกรณีหลังนี้ผู้เขียนจะไม่ขอศึกษาเนื่องจากคำพิพากษาคดีนี้ศาลไม่ได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าว ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอแยกการศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อย่อยคือ การกระทำที่เป็นองค์กรของรัฐ และการกระทำที่อยู่ในอำนาจควบคุมของรัฐ

3.3.1.1 การกระทำขององค์กรของรัฐ

ร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ข้อ 4 * กำหนดให้การกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือหน่วยงานอื่นใด และองค์กรอื่นที่มีลักษณะ

²² ชุมพร ปัจจุสานนท์, “ความรับผิดชอบของรัฐ,” ใน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7-15, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528), หน้า 77.

²³ Anthonig Aust, Handbook of International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 410 and James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries, p. 91.

²⁴ Ibid., p. 92.

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4: Conduct of organs of a State

“1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions,

เทียบเท่ากับองค์กรของรัฐบาลกลางหรือของหน่วยที่เกี่ยวกับดินแดนใดของรัฐ รวมทั้งบุคคลหรือตัวตนใดๆ ที่มีสถานะตามกฎหมายภายในของรัฐถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการข้อนี้ถือได้ว่าเป็นการสะท้อนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่า การกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดๆ ขององค์กรของรัฐที่รวมทั้งบุคคลหรือตัวตนอื่นที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรของรัฐและกระทำในนามของรัฐตามถือได้ว่าเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบระหว่างประเทศ²⁵ โดยศาลได้ให้ความเห็นแนะนำในคดี *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* ไว้ว่า ภายใต้หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำใดๆ ขององค์กรของรัฐต้องถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้น²⁶ นอกจากนี้ศาลในคดีการปรับใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังได้เน้นย้ำว่าตามหลักการของกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้น การกระทำขององค์กรใดๆ ของรัฐถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อันนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ หากว่าการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีของรัฐที่รัฐนั้นมีความผูกพันอยู่ โดยหลักการนี้ถือว่าเป็นหนึ่งใน

whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.”

²⁵ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, p. 95

²⁶ International Court of Justice, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion of 29 April 1999 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/100/7619.pdf>, pp. 62 and 87. “According to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a state must be regard as an act of that state. This rule ... is of a customary character ...”

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สะท้อนอยู่ในข้อ 4 แห่งร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ²⁷

องค์กรของรัฐนั้นไม่จำเป็นจะต้องเป็นองค์การฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือของรัฐบาลกลาง องค์กรในระดับสูง หรือองค์กรในลำดับรอง หรือเป็นองค์กรที่มีลักษณะหรือมีอำนาจหน้าที่ในทางระหว่างประเทศหรือภายในประเทศเท่านั้น แต่ยังสามารถไปถึงองค์กรต่างๆ ของรัฐบาลโดยไม่คำนึงว่าจะเป็้องค์กรส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองตนเอง หรือปฏิบัติหน้าที่อย่างไร เพียงแต่เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติการในองค์กรเหล่านั้นจะต้องดำเนินการภายใต้หน้าที่ของตน โดยในคดี *Salvador Commercial Company* ระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ เอลซัลวาดอร์ ศาลเห็นว่า รัฐมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของผู้ปกครองรัฐโดยไม่คำนึงว่าผู้นั้นจะเป็นทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ หากปรากฏว่าการกระทำของผู้นั้นได้ทำภายใต้หน้าที่²⁸ แต่หากว่าบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบองค์กรหรือปฏิบัติหน้าที่ในนามองค์กรนั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการในทางส่วนตัวโดยแท้ การกระทำหรือละเว้นการกระทำการของบุคคลดังกล่าวยังไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำขององค์กรของรัฐอันจะถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้²⁹

โดยคำพิพากษาในคดีนี้ศาลได้พิจารณาประเด็นที่ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของ Republika Srpska และ VRS ในเซบรีนีก้าเป็นการกระทำขององค์กรของ FRY หรือไม่ ซึ่งศาลได้พิจารณากฎหมายภายในต่าง ๆ แต่ไม่พบว่ากลุ่มดังกล่าวเป็นองค์กรของ FRY

²⁷ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 385.

²⁸ Ibid.

²⁹ โปรดดูความเห็นของ The French – Mexican Claims Commission ในคดี *Caire Claim (France v. Mexico)* RIAA 5 (1929): 531.

ตามกฎหมายภายใน (*de jure*)³⁰ นอกจากนี้ศาลยังได้ตัดสินต่อไปอีกว่าการจ่ายเงินเดือนให้กับเจ้าหน้าที่ VRS นั้นไม่ถือว่าทำให้องค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรของรัฐตามกฎหมายภายในโดยอัตโนมัติ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ VRS ปฏิบัติการในนามของ Republika Srpska ไม่ใช่กระทำการในนามของ FRY เพราะองค์กรของรัฐนั้นต้องประกอบด้วยบุคคลหรือตัวตนอื่นที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรของรัฐและกระทำในนามของรัฐ³¹ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับศาลเนื่องจากการจะถือว่าเป็นองค์กรของรัฐหรือไม่นั้นควรจะต้องพิจารณากฎหมายภายในของรัฐเป็นหลักเพื่อให้รัฐมีความรับผิดชอบของบุคคลนั้นควรจะต้องปรากฏว่าบุคคลและรัฐนั้นมีความสัมพันธ์ต่อกันและการที่บุคคลเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการแทนรัฐนั้น ย่อมทำให้รัฐมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของบุคคลนั้นได้ หากปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวของบุคคลนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐนั้นอยู่ ดังนั้นการกระทำของบุคคลที่ไม่ได้จัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐจึงถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐ

สำหรับการกระทำของ Scorpions หรือ MUP ของเซอร์เบียและหน่วยของคณะรัฐมนตรีภายในของเซอร์เบียนั้น ศาลเห็นว่าในช่วงเวลาที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ Scorpions ไม่เป็นองค์กรของบอสเนียตามกฎหมาย เนื่องจากไม่มีกฎหมายในกำหนด แต่ศาลก็ได้พิจารณาว่า Scorpions อาจจะเป็นองค์กรของบอสเนียตามความเป็นจริงได้ (*de facto*) หากปรากฏว่ารัฐนั้นได้มีอำนาจควบคุมเหนือบุคคลนั้นอย่างสมบูรณ์ในระหว่างที่บุคคลนั้นได้กระทำการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาหลักฐานต่างๆ ศาลเห็นว่าบอสเนียไม่ได้มีอำนาจควบคุมเหนือกลุ่ม Scorpions แต่อย่างไร แต่การดำเนินการของ Scorpions นั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของ Republika Srpska ดังนั้น จึงถือไม่ได้ว่าการกระทำของ Scorpions เป็นการกระทำของเซอร์เบีย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาลพิจารณาเรื่องสถานะของ Scorpions ว่าเป็นองค์กรของรัฐตามความเป็นจริงหรือไม่นั้นไม่ควรจะนำมาอยู่ในเรื่องการกระทำขององค์กรของรัฐ

³⁰ International Court of Justice, *The Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para. 386.

³¹ *Ibid.*, para. 388.

เนื่องจาก Scorpions ไม่ได้มีฐานะเป็นองค์กรของเซอร์เบียตามกฎหมายภายใน แต่ศาลควรจะนำไปพิจารณาในเรื่องการกระทำภายใต้คำสั่งหรือภายใต้การควบคุมของรัฐในหัวข้อถัดไปมากกว่า

3.3.1.2 การกระทำที่อยู่ในอำนาจควบคุมของรัฐ

ร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ข้อ 8 ได้กำหนดให้การกระทำของกลุ่มบุคคลที่ได้กระทำการตามคำสั่ง หรือภายใต้การชี้นำ หรือการควบคุมโดยรัฐตามความเป็นจริง (*de facto*) ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ* โดยในคำอธิบายร่างข้อบ่งชี้ดังกล่าวได้เน้นว่า “การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นของรัฐเฉพาะกรณีของรัฐได้ชี้แนะหรือควบคุมการปฏิบัติการพิเศษและการกระทำที่ถูกฟ้องร้องนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติการ”³² โดยที่ระดับของการควบคุมที่จะถือว่าเป็นการกระทำอันอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐอันนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้นั้นต้องปรากฏว่าการควบคุมดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำผิดด้วย ไม่ใช่เป็นเพียงการกระทำผิดโดยไม่ได้ตั้งใจหรือการกระทำที่ไม่มีส่วนสำคัญ³³ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี *Nicaragua* ที่ศาลได้ตัดสินไว้ว่าการกระทำของกลุ่มกองโจรคอนทรา (*contra*) ถือได้ว่าเป็นการกระทำของ

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 8: Conduct directed or controlled by a State

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

³² James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, p. 104.

³³ Rebecca Wallace and Anne Holliday, *International Law in a Nutshell* (London: Sweet & Maxwell, 2006), p.74.

สหรัฐอเมริกา เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเป็นผู้วางแผนโดยตรง และให้การสนับสนุนต่างๆ³⁴ แต่ศาลได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องของนิการากัวที่เรียกร้องให้ทุกการกระทำของกลุ่มคนท้าวถือว่าเป็นการกระทำของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเข้าควบคุมกลุ่มคนท้าว เนื่องจากต้องคำนึงถึงระดับการควบคุมของสหรัฐอเมริกาต่อกลุ่มคนท้าวด้วย โดยระดับการควบคุมที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำของสหรัฐอเมริกานั้นต้องปรากฏว่าสหรัฐอเมริกามีอำนาจควบคุมเหนือการกระทำละเมิดของกลุ่มคนท้าวอย่างมีประสิทธิภาพ (effective control)³⁵ แต่ศาลปฏิเสธจะนำเรื่องการควบคุมทั้งหมด (overall control) มาใช้พิจารณาความรับผิดชอบของสหรัฐอเมริกา³⁶ โดยแนวคิดนี้ได้รับการยืนยันโดยศาลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) ในคดี *Loizidou v. Turkey* ว่า

“ความรับผิดชอบของภาคีสมาชิกอาจจะเกิดขึ้นจากผลของการปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งอาจจะชอบด้วยกฎหมายหรือมิชอบด้วยกฎหมายก็ได้ หากว่าการกระทำดังกล่าวภาคีสมาชิกมีอำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (effective control) ต่อของกำลังดังกล่าวนอกดินแดนของตน โดยพันธกรณีดังกล่าวนั้นเป็นการรับประกันสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา โดยให้พิจารณาจากข้อเท็จจริงของการควบคุมในการปฏิบัติการโดยตรงของรัฐผ่านกองกำลังทหาร หรือผ่านเจ้าหน้าที่บริหารระดับท้องถิ่นย่อย”³⁷

³⁴ International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986 [Online]. (n.d.) Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, p. 14.

³⁵ Ibid., paras. 109 and 115.

³⁶ Ibid.

³⁷ Case of *Loizidou v. Turkey*, European Court of Human Rights (Application no. 15318/89), Merits, Judgment of 18 December 1996, para. 52. “...that the responsibility of a Contracting Party could also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the

นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ของ ICTY ยังได้ตัดสินคดี *Kordić* ว่าเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นต้องพิสูจน์ว่ามีหลักฐานเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน และการฝึกอบรม อุปกรณ์ทางทหาร และการสนับสนุนการปฏิบัติการด้านอื่นๆ หรือไม่ และรัฐได้มีส่วนร่วม ให้ความร่วมมือ หรือวางแผนในการจัดตั้งการปฏิบัติการทหารหรือไม่³⁸ ซึ่งหากพิจารณาหลักเกณฑ์นี้จะเห็นได้ว่าศาลได้นำหลัก effective control ในคตินิการากัวมาปรับใช้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในคดี *Tadić* ของ ICTY กลับนำหลักเรื่องการควบคุมทั้งหมด (overall control) มาพิสูจน์ความรับผิดชอบของรัฐที่กระทำโดยปัจเจกบุคคลว่ารัฐต้องมีการควบคุมเหนือปัจเจกบุคคลทั้งหมดจึงจะถือได้ว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลนั้นเป็นการกระทำของรัฐ โดยระดับของการควบคุมนี้ขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ แต่ศาลอุทธรณ์ก็ล้มเหลวว่าทำไมทุกสถานการณ์ระหว่างประเทศจะต้องใช้มาตรฐานในการพิสูจน์การควบคุมเป็นอย่างสูง³⁹ โดย ICTY เห็นว่าระดับการควบคุมของยูโกสลาเวียต่อกองกำลังติดอาวุธต่างๆ นั้นจะต้องเป็นการควบคุมทั้งหมด โดยการควบคุมต้องมากกว่าการให้การสนับสนุนทางการเงิน และอุปกรณ์เพื่อใช้ในการต่อสู้ต่างๆ และการมีส่วนร่วมในการวางแผน หรือการตรวจตราการปฏิบัติการทางทหาร⁴⁰

ศาลคดีการปรับใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้รับเอาวิธีการในคดี *Nicaragua* มาใช้ โดยปฏิเสธการนำวิธีการของคดี *Tadić* มาใช้ ด้วยเหตุผลที่ว่าคดี *Tadić* ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ เพราะคดี *Tadić* เป็นเรื่องที่อยู่ในเขต

rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration..."

³⁸ The Prosecutor v. Kordić and Cerkez, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-95-14/2-1, Judgment of 17 December 2004, para. 361.

³⁹ The Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999, para. 117.

⁴⁰ Ibid., para. 145.

อำนาจศาลทางอาญาเหนือบุคคล⁴¹ นอกจากนี้การควบคุมทั้งหมด (overall control) นั้นไม่เหมาะสมกับความรับผิดชอบของรัฐ และวิธีการทดสอบการควบคุมตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สะท้อนออกมาเป็นบทบัญญัติข้อ 8 ของร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั้นเป็นกรณีที่ใช้กับความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำของบุคคลทั้งหลายหรือกลุ่มทั้งหลายที่มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐตามความเป็นจริง (de facto) จากการที่รัฐได้ให้คำแนะนำหรือกำหนดให้กระทำความผิดที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือกรณีที่รัฐมีอำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (effective control) เหนือการกระทำระหว่างที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น⁴² ซึ่งผู้เขียนด้วยกับศาลเนื่องจากการจะให้รัฐมีอำนาจควบคุมเหนือกลุ่มต่างๆ ทั้งหมดตามหลักของ overall control นั้นเป็นเรื่องที่ยากจะพิสูจน์ แต่หากเป็นการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (effective control) แล้วการหาหลักฐานในการพิสูจน์เรื่องการสนับสนุนทางการเงินหรือการวางแผนให้มีการปฏิบัติการทางทหารย่อมเป็นเรื่องที่ง่ายในการจะนำรัฐที่ได้ให้คำแนะนำ สั่งการ หรือมีอำนาจควบคุมเหนือบุคคลในการกระทำผิดมารับผิดชอบในการกระทำของบุคคลเหล่านั้น ในฐานะเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ

3.3.2 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ (breach of an international obligation of the State)

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นอันจะขาดเสียมิได้ (condition sine qua non) อันจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องทราบก่อนว่าพันธกรณีระหว่างประเทศมี

⁴¹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 403.

⁴² Ibid., paras. 403 – 6.

ความหมายและลักษณะเช่นใด แล้วจึงค่อยมาพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่จะเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

3.3.2.1 ความหมายและลักษณะของพันธกรณีระหว่างประเทศ

คำว่า “พันธกรณีระหว่างประเทศ” (international obligation) หมายถึง การก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือมีผลผูกพันทางกฎหมายในทางระหว่างประเทศ⁴³ กล่าวได้ว่า เฉพาะพันธกรณีที่มีผลผูกพันทางกฎหมายเท่านั้นที่จะถือได้ว่าเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งหากมีการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวขึ้นย่อมนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ แต่หากเป็นพันธกรณีอื่นที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เช่น พันธกรณีในทางศีลธรรม หรือพันธกรณีที่เป็นเพียงอัธยาศัยไมตรี (courtesy) ระหว่างประเทศ แม้มีการละเมิดเกิดขึ้นรัฐผู้ละเมิดก็ไม่เกิดความรับผิดชอบ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดให้การกระทำหรือการละเว้นการกระทำเช่นนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม⁴⁴

โดยพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นอาจเป็นพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามบ่อเกิดของพันธกรณีระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หลักกฎหมายทั่วไป ความเห็นของนักนิติศาสตร์ และคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งบ่อเกิดพันธกรณีระหว่างประเทศอื่นๆ ก็ได้ เช่น การกระทำฝ่ายเดียว (unilateral act) ดังคำพิพากษาคดี *Nuclear Test*⁴⁵ ระหว่างออสเตรเลียกับฝรั่งเศสและนิวซีแลนด์กับฝรั่งเศส ที่ว่า พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐมีอยู่นั้นสามารถเกิดขึ้นได้แม้กระทั่งจากการกระทำเพียงฝ่ายเดียวของรัฐ หากรัฐเช่น

⁴³ Ibid.

⁴⁴ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 293.

⁴⁵ Ibid.

ว่านั้นได้ออกประกาศหรือแถลงการณ์โดยตั้งใจที่จะผูกพันตามข้อกำหนดในประกาศหรือแถลงการณ์ดังกล่าวสามารถค้นหาได้จากการตีความถ้อยคำที่ใช้ในประกาศหรือแถลงการณ์นั้น ๆ ซึ่งถือเป็นการกระทำที่มีผลในทางกฎหมายและผูกพันรัฐซึ่งได้แสดงเจตนาผูกพันเช่นนั้น⁴⁶ โดยพันธกรณีดังกล่าวนี้ต้องมีผลใช้บังคับต่อรัฐนั้นในขณะที่รัฐนั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ*

สำหรับพันธกรณีของรัฐในเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น พบว่ารัฐมีพันธกรณีตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 3.4

3.3.2.2 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐนั้นมีความผูกพันอยู่ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงที่มาหรือลักษณะของพันธกรณีนั้น ** โดยพันธกรณีที่รัฐผูกพันนั้นอาจเป็นพันธกรณีในรูปแบบใดก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐนั้น โดยในระหว่างที่มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นต้องปรากฏว่าพันธกรณีนั้นมีผลผูกพันรัฐอยู่การละเมิดพันธกรณีเช่นนั้นโดยการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ

⁴⁶ Ibid.

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 13: International obligation in force for a State

“An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.”

** Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 12: Existence of a breach of an international obligation

“There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.”

สำหรับระยะเวลาในการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นข้อ 14 แห่งร่างข้อบพว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐให้ถือเอาวันละเมิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาระยะเวลาในการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ แต่หากการละเมิดพันธกรณีนั้นเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ให้ถือเอาระยะเวลาทั้งหมดที่มีการละเมิดนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาระยะเวลาในการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ แต่หากรัฐมีพันธกรณีในการป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ใด รัฐจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศตลอดระยะเวลาที่เหตุการณ์นั้นดำเนินอยู่ และขยายออกไปตลอดระยะเวลาที่ยังคงมีการไม่ปฏิบัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นอยู่* โดยศาลในคดีนี้ได้หยิบยกข้อ 14 วรรค 3 มาพิจารณาว่าบทบัญญัติข้อนี้ไม่เกี่ยวข้องกับคดี เพราะบทบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสองรัฐ ซึ่งไม่ส่งผลโดยตรงกับคดีนี้⁴⁷

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบต่อเมื่อได้กระทำการ ซึ่งรวมถึงการละเว้นกระทำการ จนก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐนั้นๆ มีความผูกพันอยู่ โดยพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นอาจเป็นพันธกรณีตามป่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ และสำหรับพันธกรณีของรัฐในเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นพบว่าเมื่ออนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ให้รัฐสมาชิกมีความผูกพัน ไม่ว่าจะเป็นการ

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 14: Extension in time of the breach of an international obligation

“1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.”

⁴⁷ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 420.

ป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การอนุวัติการกฎหมายภายในเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญา การร้องขอไปยังองค์กรของสหประชาชาติที่มีอำนาจมาช่วยเหลือในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น ซึ่งพันธกรณีเช่นว่านั้นมีความผูกพันเฉพาะรัฐสมาชิกเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี รัฐทั้งหลายมีความผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะไม่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ในฐานะที่การห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดสูงสุด (*jus cogens*) นอกจากนี้การป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้จะไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาดสูงสุด แต่ก็มีผลผูกพันเป็นการทั่วไปในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐทั้งหลายจึงมีความผูกพันที่จะต้องห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และมีความผูกพันที่จะต้องป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยไม่จำเป็นจะต้องเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ สำหรับพันธกรณีต่างๆ ของรัฐที่เกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.4 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลังจากที่ได้ทราบไปแล้วว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อเมื่อรัฐนั้นได้กระทำหรือละเว้นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐนั้นไว้ สำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็เช่นเดียวกัน รัฐจะมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นได้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือได้กระทำการที่สามารถลงโทษได้ (*punishable acts*) ซึ่งได้แก่ การสมคบ การยุยงส่งเสริมให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ พยายามและสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้รัฐยังมีความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้อีกเช่นกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.4.1 ความรับผิดชอบของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ภายใต้หลักการนูเรมเบิร์กที่ว่า “เฉพาะปัจเจกบุคคลเท่านั้นที่สามารถกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ บุคคลที่ถูกสมมติขึ้นไม่สามารถกระทำได้” เป็นหลักที่ถูกอ้างอิงบ่อยครั้งและมักจะมีการโต้แย้งอยู่เสมอว่าภายใต้หลักนี้รัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นไม่สามารถกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ในระหว่างการร่างบทบัญญัติข้อ 9 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คณะกรรมการร่างกฎหมาย มีความเห็นว่าบทบัญญัติข้อ 9 เป็นเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่ง จึงมีประเด็นว่ารัฐจะสามารถกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งมีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศได้หรือไม่

โดยร่างความรับผิดชอบของรัฐ ปี ค.ศ. 1976 สนับสนุนแนวคิดที่ว่ารัฐสามารถมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำอาชญากรรมได้ โดยได้นำเรื่องอาชญากรรมของรัฐมาร่างไว้ในบทบัญญัติข้อ 19 ว่าการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการละเมิดพันธกรณีของรัฐหนึ่ง พันธกรณีระหว่างประเทศที่จำเป็นอย่างยิ่งในการปกป้องผลประโยชน์ขั้นพื้นฐานของประชาคมระหว่างประเทศ ซึ่งการละเมิดนี้ถือเป็นอาชญากรรมต่อประชาคมทั้งหมด⁴⁸ ซึ่งสอดคล้องกับร่างฉบับ ปี ค.ศ. 1998 ที่กำหนดว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศอาจเป็นผลมาจากการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการปกป้องมนุษย์ เช่น การห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ร่างปี ค.ศ. 1998 ได้พักประเด็นนี้ไว้เพียงเท่านั้นเนื่องจากมีแนวความคิดมากมายที่เป็นปัญหาได้ถูกหยิบยกขึ้นมาและไม่ได้รับการยอมรับในระหว่างประเทศสมาชิก⁴⁹

รายงานของ ILC ปี ค.ศ. 1998 ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว โดยเห็นว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกี่ยวกับการดำเนินคดีกับปัจเจกบุคคลสำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งไม่เกี่ยวกับอาชญากรรมของรัฐ หรือความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐตามข้อ 9 ในเรื่องความรับผิดชอบ

⁴⁸ UN Doc.A/CN.4/453, Add.2 (8 June 1993), Fifth report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, Article 19 (2)

⁴⁹ Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session (20 April-12 June 1998, 27 July-14 August 1998), Supplement No.10 (A/53/10), para. 249, อ้างถึงใน William A. Schabas, Genocide in International Law: The Crime of crimes, p. 513.

ของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบ ฉบับปี ค.ศ. 2001 ที่ได้ตัดเรื่อง อาชญากรรมระหว่างประเทศออกไป⁵⁰ เพราะส่วนที่เป็นปัญหาที่สุดของร่างความรับผิดชอบของรัฐ ปี ค.ศ. 1976 คือ การแยกความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมและละเมิด เนื่องจากการกระทำที่มี ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่ใช่อาชญากรรมที่ถือว่าเป็นละเมิด โดยความหมายนี้ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาที่แยกออกมาจาก Napoleonic model ที่ได้อธิบายระดับ ของการกระทำผิดไว้ว่าเป็นความผิดลหุโทษ ความผิดต่อผู้อื่น และอาชญากรรม โดยทางปฏิบัติ ตามกฎหมายภายในนั้นเกี่ยวข้องกับกรปรับบทลงโทษและข้อจำกัดทางกฎหมาย โดยนิยม แบ่งแยกความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งหรือละเมิดในกฎหมายคอมมอนลอร์และ ความรับผิดชอบทางอาญา⁵¹

ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการร่างกฎหมายจึงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดเรื่องอาชญากรรมของรัฐ ภายใต้ระบบความรับผิดชอบของรัฐและไม่สามารถจะเทียบเคียงความรับผิดชอบทางอาญาของ บัณฑิตบุคคลมาใช้กับรัฐได้ ต่อมา มีการเสนอแนวคิดเรื่องความผิดร่วมกัน (collective guilt) และ เป็นการยากที่จะลงโทษตามองค์ประกอบภายในของอาชญากรรม ซึ่งเสียส่วนใหญ่ของ ILC เห็น ว่ามีปัญหาเกิดขึ้นในการเทียบเคียงกฎหมายอาญาในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งหากพัก แนวคิดเรื่องอาชญากรรมของรัฐไว้ก็จะเป็นการถูกต้องที่จะกำหนดรูปแบบความรับผิดชอบตาม ลักษณะทางแพ่ง ทั้งรากฐานทั่วไปก็ไม่ปรากฏว่าในทางปฏิบัติของรัฐจะมีเรื่องอาชญากรรมของรัฐ ในกรอบของความรับผิดชอบของรัฐ⁵²

ในระหว่างการอภิปราย เดนมาร์กในฐานะตัวแทนของกลุ่มประเทศนอร์ดิกเกี่ยวกับการ กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐมีความเห็นว่า “ในกรณีของอาชญากรรมทำลาย ล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมการรุกราน ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่กระทำผิดโดยปัจเจกบุคคล แต่ใน ขณะเดียวกันอาชญากรรมเหล่านั้นอาจจะถูกกล่าวหาเป็นของรัฐได้ทราบเท่าที่อาชญากรรม

⁵⁰ Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session (20 April-12 June 1998, 27 July-14 August 1998), Supplement No.10 (A/53/10), para. 331 (a), อ้างถึงใน Ibid.

⁵¹ Ibid., p. 514.

⁵² Ibid.

เหล่านั้นได้ทำโดยองค์กรทั้งหลายของรัฐที่สื่อให้เห็นว่ามีลักษณะเป็นการกระทำผิดที่เป็นระบบ โดยความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมเช่นนั้นไม่สามารถจำกัดเพียงความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลที่กระทำในนามของรัฐเท่านั้น การกระทำของปัจเจกบุคคลอาจจะถือเป็นความรับผิดชอบของรัฐที่ปัจเจกบุคคลเหล่านั้นเป็นตัวแทนก็ได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้รัฐมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายที่จะต้องเข้ารับผิดชอบต่อความเสียหายที่จะต้องถูกลงโทษหรือมาตรการที่กระทบต่อความมีเกียรติของรัฐ หากนิยามคำว่า “อาชญากรรม” ถูกใช้ในความสัมพันธ์ต่อรัฐหนึ่งควรจะต้องพิจารณาถึงคำว่า “การละเมิด” และ “การละเมิดอย่างร้ายแรง” (ต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ) ที่รัฐจำเป็นจะต้องมีการทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น การรุกราน และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือกรณีลักษณะอื่นที่มีการละเมิดร้ายแรงกว่า⁵³ และประเทศไอร์แลนด์เห็นว่า “ถึงแม้ว่ารัฐจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการละเมิดพันธกรณีในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แต่ก็ไม่มีควมรับผิดชอบในลักษณะอาญา”⁵⁴

ดังนั้น หลักในเรื่องอาชญากรรมของรัฐถูกถอนออกไปจากร่างบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของรัฐที่ร่างโดยคณะกรรมการร่างกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2001 แต่ก็ได้ไม่ได้หมายความว่าแนวคิดเรื่องอาชญากรรมของรัฐถูกปฏิเสธ เพราะในข้อวิจารณ์ของ James Crawford ในตัวบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในช่วงต้นได้ยอมรับว่าในทางปฏิบัติแล้วเฉพาะตัวแทนของรัฐ (State agencies) ที่สามารถกระทำอาชญากรรมว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมว่าด้วยการรุกรานได้⁵⁵

ปัจจุบันความรับผิดชอบของรัฐจึงมีเพียงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (internationally wrongful acts) ที่มุ่งครอบคลุมถึงพันธกรณีของรัฐทุกพันธกรณีโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นการละเมิดทางแพ่ง หรืออาชญากรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น

⁵³ UN Doc. A/CN.4/488 (25 March 1998), State Responsibility, Comments and Observations Received from Governments, pp. 53-4.

⁵⁴ Ibid., para. 52.

⁵⁵ James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries, p.19.

แม้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่รัฐทั้งหลายก็มีความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องห้ามมิให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และต้องป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้รัฐสมาชิกยังมีพันธกรณีตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้น หากรัฐได้ละเมิดพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ตนเองมีความผูกพันอยู่ก็จะส่งผลให้รัฐนั้นมีความรับผิดชอบ

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาคดีการปรับใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ทำให้ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชัดเจนขึ้น โดยศาลพบว่าพันธกรณีของรัฐที่จะไม่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยตนเองนั้นไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนตามถ้อยคำที่แท้จริงของอนุสัญญา แม้บทบัญญัติข้อ 1 จะไม่อธิบายอย่างชัดเจนว่ารัฐต้องละเว้นการกระทำของตนเองจากการกระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ผลของบทบัญญัติข้อ 1 นั้นห้ามรัฐทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยตนเอง เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการเห็นชอบว่ารัฐภาคีจะต้องไม่กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ศาลยังสรุปพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 1 ว่า

“จะเป็นการขัดแย้งกันหากพันธกรณีในการป้องกันของรัฐนั้นรัฐจะต้องทำการภายใต้เขตอำนาจของตนที่จะจัดการกับบุคคลผู้กระทำความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์แต่ไม่ห้ามกระทำความผิดผ่านองค์กรของตนเอง หรือบุคคลที่รัฐมีอำนาจควบคุมการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นในนามของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น พันธกรณีของรัฐในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จำเป็นจะต้องตีความโดยนัยว่าหมายถึงการห้ามมิให้รัฐนั้นกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย⁵⁶

⁵⁶ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 166.

ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่ารัฐสมาชิกแห่งอนุสัญญามีความผูกพันที่จะไม่กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผ่านการกระทำของเหล่าองค์กร บุคคล หรือกลุ่มที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐ นอกจากนี้ยังรวมถึงการกระทำอื่นที่ระบุไว้ในข้อ 3 ด้วย แม้ว่าโดยลักษณะของบทบัญญัติข้อ 3 จะปรับใช้กับระบบเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล⁵⁷ ข้อสรุปดังกล่าวนี้ ศาลได้ยืนยันจากถ้อยคำในข้อ 9 ที่ให้รวมถึงการกระทำอื่นตามทีระบุไว้ในข้อ 3 โดยคำว่า “รวมถึง” นั้นเป็นการยืนยันว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐที่แยกออกจากข้อพิพาทเรื่องการตีความ การปรับใช้ และการทำให้บรรลุซึ่งอนุสัญญา⁵⁸

แม้เซอร์เบียจะได้แย้งว่ากฎหมายระหว่างประเทศปฏิเสธแนวคิดเรื่องอาชญากรรมของรัฐและความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ แต่ศาลเห็นว่าคำว่าพันธกรณีนั้นถูกหยิบยกขึ้นมาจากนิยามของอนุสัญญา ความรับผิดชอบของรัฐนั้นมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นพันธกรณีและความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่ลักษณะทางอาญา⁵⁹ โดยศาลยืนยันว่าระบบความรับผิดชอบของรัฐนั้นแตกต่างกับปัจเจกบุคคลและไม่ใช้ลักษณะทางอาญา

อย่างไรก็ดี ศาลเห็นว่าความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างความรับผิดชอบรัฐและปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่สามารถปฏิเสธได้ โดยศาลได้พิจารณาประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ซึ่งศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของบอสเนียที่ให้ศาลปรับใช้มาตรฐานการพิสูจน์ทั่วไปที่เป็นเรื่องของความเป็นไปได้ของพยานหลักฐาน หรือความสำคัญของพยานหลักฐาน ตามที่ปรากฏในคำฟ้องที่กล่าวหาว่าจำเลยได้ละเมิดในการที่จะดำเนินการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการลงโทษด้วยการส่งมอบบุคคลผู้กระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ศาลต้องใช้มาตรฐานในการพิสูจน์อย่างสูงสำหรับข้อกล่าวหาที่ร้ายแรงซึ่งไม่เหมือนกับหลักพิสูจน์

⁵⁷ Ibid., para. 167.

⁵⁸ Ibid., para. 169.

⁵⁹ Ibid., para. 170.

จนปราศจากข้อสงสัยตามธรรมเนียมปฏิบัติทั่วไปที่ปรับใช้กับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ แต่ก็อยู่ในระบบเดียวกัน⁶⁰

ความสัมพันธ์ที่ใกล้เคียงกันระหว่างความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์คือเรื่องเจตนา ซึ่งตามนิยามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 2 นั้นจำเป็นจะต้องระบุว่าเป็นการกระทำของรัฐที่ประกอบด้วยเจตนา โดยแนวคิดเรื่องเจตนาอันนี้ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในกฎหมายอาญาทั้งกฎหมายภายในและในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่เหมาะสมกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ เนื่องจากตามกฎหมายอาญาภายในเจตนาขององค์กรนั้นรวมกับเจตนาที่อยู่ภายในของปัจเจกบุคคล ซึ่งจะง่ายกับการปรับใช้ในระบอบการปกครองแบบเผด็จการมากกว่ารัฐสมัยใหม่⁶¹

โดยศาลเห็นว่าวิธีการที่เหมาะสมที่จะใช้ตรวจสอบเจตนาของรัฐ คือ นโยบายของรัฐ เพราะในเรื่องการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แม้จะเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลแต่ก็ต้องคำนึงถึงแผนการณ์ หรือนโยบายด้วย เช่น การพิจารณาเจตนาของ Krstić ในการสังหารหมู่ชาวเซิร์บ ICTY เห็นว่า Krstić จะต้องรู้ถึงแผนการณ์ที่บังคับใช้ด้วย⁶² นอกจากนี้ นโยบายของรัฐยังปรากฏอยู่ในรายงานของคณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริงของดาร์ฟูที่ได้อภิปรายไปยังคณะมนตรีความมั่นคงว่าชุดานี้ได้กระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยพิจารณาจากแผนการณ์หรือนโยบายของรัฐมากกว่าเจตนา⁶³

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าโดยลักษณะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำของปัจเจกบุคคล ซึ่งปัจเจกบุคคลผู้กระทำผิดนั้นมีความรับผิดชอบ

⁶⁰ William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of crimes*, p. 517.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 517 – 518.

⁶² Inter-American Court of Human Rights, *Case of Plan de Sanchez Massacre v. Guatemala*, (Merits), Judgment of 29 April 2004, para. 3.

⁶³ UN Doc. S/2005/60, Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Right Law in Darfur, para. 518.

อาญา แต่การกระทำของปัจเจกบุคคลเหล่านั้นอาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้หากว่าปัจเจกบุคคลนั้นเป็นเจ้าของที่หรือองค์กรของรัฐ ซึ่งกรณีนี้ไม่ต้องคำนึงว่ารัฐนั้นจะมีนโยบายในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ หรือในกรณีที่ปัจเจกบุคคลที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นไม่ได้เป็นเจ้าของที่ หรือองค์กรของรัฐแต่ปัจเจกบุคคลนั้นได้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไปโดยคำแนะนำหรือการควบคุมโดยรัฐ รัฐนั้นอาจมีความรับผิดชอบได้ ซึ่งกรณีนี้อาจจะต้องดูนโยบายของรัฐว่ามีนโยบายในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยหรือไม่ สำหรับประเด็นต่อไปจะพิจารณาแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการสมคบ ยุยง และพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์

3.4.2 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมคบ การยุยง และการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมคบ การยุยง และการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐนั้นไม่มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นเหล่านี้มากนัก คำพิพากษาส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำของปัจเจกบุคคลมากกว่า ดังนั้น การพิจารณาความรับผิดชอบเหล่านี้จึงจำเป็นต้องอาศัยการเทียบเคียงจากกฎหมายอาญามาพิจารณาในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐแทน⁶⁴ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.4.2.1 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมคบและการยุยงในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ก่อนคำพิพากษาคดีนี้ไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใดที่จะหยิบยกประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมคบ หรือการยุยงให้

⁶⁴ Jens David Ohlin, "State Responsibility for Conspiracy, Incitement, and Attempt to Commit Genocide," in Paola Gaeta, ed. *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 374.

กระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นมาพิจารณา แต่อनुสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 1 และข้อ 5 ได้กำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเหล่านั้นด้วย⁶⁵

ปัจจุบันคำพิพากษาคดีการปรับใช้อनुสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นคดีเดียวที่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาแห่งคดีในประเด็นความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และได้ล่วงไปถึงประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการสมคบหรือยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่ารัฐสามารถมีความรับผิดชอบได้ แต่ประเด็นที่ศาลพิจารณาในเรื่องนี้มีเพียงเล็กน้อยโดยศาลตัดสินว่า “ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าองค์กรของ FRY หรือบุคคลที่กระทำการภายใต้คำแนะนำหรือภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของรัฐ กระทำการอันมีลักษณะสมคบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือยุยงโดยตรงหรือต่อสาธารณะให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นในเซบรีนีก้า”⁶⁶

สำหรับกรณีการยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ศาลเห็นว่าไม่มีหลักฐานว่าองค์กรหรือบุคคลต่างๆ ได้กระทำการยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนของบอสเนียเลย แต่ศาลได้แนะนำว่าการยุยงนั้นจะต้องปรากฏว่าเป็นหลักฐานที่มีความชัดเจนและไม่สามารถโต้แย้งได้⁶⁷ เช่น ปรากฏว่ามีกรกล่าวสุนทรพจน์เป็นพิเศษ หรือ มีเอกสารราชการที่ออกโดยผู้มีอำนาจของรัฐบาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มุ่งจะยุยงให้ประชาชนกระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำที่สามารถลงโทษได้อื่นๆ ซึ่งหากมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นในอนาคตศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าเป็นการยากที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการยุยง⁶⁸

⁶⁵ Ibid., p. 375.

⁶⁶ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 417. “...It has not been proved that organs of the FRY, or persons acting on the instructions or under the effective control of that State, committed acts that could be characterized as conspiracy to commit genocide (Art. III, para. (b)), or as direct and public incitement to commit genocide (Art. III, para. (c)), if one considers, as is appropriate, only the events in Srebrenica...”

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid., para. 414.

อย่างไรก็ตาม รองประธานผู้พิพากษา Al- Khasawneh ได้ให้ความเห็นแย้งว่า ได้ปรากฏหลักฐานว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นยังคงเกิดขึ้นในพื้นที่อื่นๆ ของบอสเนียด้วย และรัฐบาลเซอร์เบียมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้เซอร์เบียควรจะต้องมีความรับผิดชอบทั้งในฐานะตัวการและในฐานะเป็นสมรู้ร่วมคิด สมคบ หรือแม้กระทั่งยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย⁶⁹ หากว่าศาลได้ยอมรับฟังหลักฐานทุกชิ้นตามธรรมนูญศาลข้อ 49* แม้กระทั่งสามารถขอหลักฐานที่เป็นผลร้ายต่อเซอร์เบียได้เช่นกันโดยได้นำคำพิพากษาคดี *Corfu Channel* ที่ศาลได้บันทึกไว้ว่า ... โดยเหตุผลของการควบคุมแต่ผู้เดียวนั้น รัฐที่เป็นเหยื่อของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศมักจะไม่สามารถจัดหาพยานหลักฐานโดยตรงที่จะมาใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงที่จะเรียกร้องให้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีเกิดความรับผิดชอบได้ ดังนั้น ควรจะอนุญาตให้รัฐมีเสรีภาพในการนำเสนอพยานหลักฐานของข้อเท็จจริงและสภาพแวดล้อมต่างๆ มากกว่านี้ ซึ่งหลักฐานโดยข้อนี้⁷⁰ ได้รับการยอมรับในทุกระบบกฎหมายและถูกรับรองโดยคำตัดสินระหว่างประเทศ⁷⁰ นอกจากนี้ผู้พิพากษา Al-Khasawneh ยังไม่เห็นด้วยคำพิพากษาเสียงส่วนใหญ่ที่นำ

⁶⁹ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Dissenting opinion of Vice-President Al-Khasawneh [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf>, para. 3. "...This implies that the charge that genocide took place also in other parts of Bosnia and Herzegovina and that the FRY was responsible not only for its failure to prevent genocide but for being actively in it either as a principal or alternatively as an accomplice or by way of conspiracy or incitement would in all probability have been proven had the Court not adopted the methodology discussed below."

* Statue of the International Court of Justice (1945), Article 49

"The Court may, even before the hearing begins, call upon the agents to produce any document or to supply any explanations. Formal note shall be taken of any refusal."

⁷⁰ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Dissenting opinion of Vice-President Al-Khasawneh, para. 35.

หลักเรื่องการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (effective control) มาใช้ เนื่องจากได้มีการรับรองในคำพิพากษาชั้นอุทธรณ์ของ ICTY ในคดี *Čelebići* ที่ได้ตัดสินว่า การควบคุมทั้งหมด (overall control) นั้นสามารถนำมาปรับใช้กับกองกำลังที่กระทำในลักษณะเป็นรัฐเข้าควบคุม (controlling state) โดยรัฐได้เลือกวิธีการและเทคนิคอย่างอัตโนมัติในการมีส่วนร่วมในยุทธศาสตร์ทั่วไปในฐานะเป็นรัฐที่เข้าควบคุม⁷¹ จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษา Al-Khasawneh สนับสนุนแนวคิดเรื่องการควบคุมทั้งหมดตามคำพิพากษาชั้นอุทธรณ์ของ ICTY ในคดี *Tadić* ที่สามารถนำไปปรับใช้ได้กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำในนามของรัฐอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งไม่ใช่เพียงแต่เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ดังนั้น หากพิสูจน์ได้ว่าการสมคบหรืออยู่ในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยองค์กรของรัฐหรือบุคคลที่ได้กระทำการภายใต้คำแนะนำหรือควบคุมโดยรัฐแล้ว รัฐย่อมมีความรับผิดชอบในการสมคบหรืออยู่ให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ แต่ทั้งนี้มาตรฐานในการพิสูจน์ยังคงไม่ชัดเจนว่าจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิสูจน์ จึงจำเป็นจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ต่อไปจะเป็นการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐในการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์

3.4.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐในการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สำหรับการพยายามในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐนั้นไม่ปรากฏว่ามีคดีใดตัดสินไว้เลยแม้กระทั่งคดีนี้ หรือแม้กระทั่งในการพิจารณาการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกบุคคลก็เป็นเรื่องที่ยังก่อให้เกิดความสับสนอยู่โดยเฉพาะในเรื่ององค์ประกอบของการพยายามในกฎหมายอาญาว่าจะมีเจตนาหรือไม่ โดยเฉพาะในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยิ่งต้องมีเจตนาพิเศษ ซึ่งไม่ชัดเจนว่าการพยายามในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกี่ยวข้องกับการล้มเหลวที่จะกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทั้งหมด หรือมีการชดชวางไม่ให้มีการกระทำผิดสำเร็จ⁷² ซึ่งคำ

⁷¹ Ibid., para. 38.

⁷² Jens David Ohlin, "State Responsibility for Conspiracy, Incitement, and Attempt to Commit Genocide," in Paola Gaeta, ed. *The UN Genocide Convention: A Commentary*, p. 377.

พิพากษาของศาลคดีนี้ก็มิได้ให้ความชัดเจนในเรื่องนี้ โดยศาลได้กล่าวถึงการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์รวมไปกับการพิจารณาการกระทำที่สามารถลงโทษได้อื่นๆ ว่ารัฐมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพียงเท่านั้น

3.4.3 ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ในเรื่องการสมรู้ร่วมคิดของรัฐ ศาสตราจารย์ Ago เคยเสนอแนวคิดนี้ไว้ในร่างฉบับปี ค.ศ. 1978 ว่ารัฐสามารถมีความรับผิดชอบในการสมรู้ร่วมคิดในการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐอื่นได้ (Complicity of a State in the internationally wrongful act of another State)⁷³ ซึ่งร่างฉบับดังกล่าวกำหนดให้รัฐที่ช่วยเหลือและสนับสนุนรัฐอื่นในการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบ จะเห็นได้ว่า การสมรู้ร่วมคิดของรัฐตามร่างฉบับดังกล่าว คือ การให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในกรณีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐบาลนั้น Ago เห็นว่า การสมรู้ร่วมคิดของรัฐหนึ่งในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐบาลอาจจะเข้าลักษณะการสมรู้ร่วมคิดหรือไม่เข้าลักษณะของการสมรู้ร่วมคิดตามร่างฉบับนี้ได้⁷⁴ ซึ่งร่างฉบับดังกล่าวของ Ago ได้รับการรับรองด้วยเสียงข้างน้อย และปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวอยู่ในบทบัญญัติข้อ 16 แห่งร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ* ที่ได้ตัดคำว่า “การสมรู้ร่วมคิด” ออกไป เพราะรัฐสมาชิกหลายฝ่ายเห็นว่า คำ

⁷³ Paolo Palchetti, “State Responsibility for Complicity in Genocide,” in Paola Gaeta ed. *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 381.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 382.

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 16: Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act

“A State which aids or assists another State in the Commission of an internationally wrongful act by the latter is international responsible for doing so if:

ว่า “การสมรู้ร่วมคิด” นั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา ซึ่ง ILC ไม่ควรยึดถือคำของกฎหมายอาญาภายในมาใช้ และเห็นว่าหากนำคำว่า “การสมรู้ร่วมคิด” มาใช้อาจจะทำให้มีการตีความผิดและกำกวมได้

จากประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติข้อ 16 แห่งร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ จะเห็นได้ว่าการยอมรับแนวคิดเรื่องการสมรู้ร่วมคิดในความสัมพันธ์ของการกระทำของรัฐ แต่ไม่มีความชัดเจนว่าควรจะไปปรับใช้กับแนวคิดเรื่องการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ซึ่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ไม่ได้ให้คำนิยามของการสมรู้ร่วมคิดไว้ การตีความบทบัญญัติต้องอาศัยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการตีความ ซึ่งศาลในคดีนี้ก็ตีความว่าบทบัญญัติข้อ 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นใช้ได้กับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลและความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁵

ถึงแม้แนวคิดเรื่องการสมรู้ร่วมคิดจะสามารถนำไปปรับใช้ได้ทั้งการสมรู้ร่วมคิดของปัจเจกบุคคลและการสมรู้ร่วมคิดของรัฐ แต่ก็มีแนวคิดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ แนวคิดหนึ่งเห็นว่า การสมรู้ร่วมคิดตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นตราสารที่มีเป้าหมายหลักที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ในเรื่องการสมรู้ร่วมคิดของรัฐอาจมีข้อโต้แย้งให้นำหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมาใช้กับรัฐได้⁷⁶ แต่อีกแนวคิดหนึ่งนั้นเห็นว่า การสมรู้ร่วมคิดของรัฐควรเป็นไปตามหลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐทั่วไปในข้อ 16 ของร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งได้หลีกเลี่ยงที่จะนำคำว่า “การสมรู้ร่วมคิด” มาใช้

(a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and

(b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.”

⁷⁵ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 167.

⁷⁶ โปรดดู Marko Milanovic, “State Responsibility for Genocide,” *EJIL* 17 (2006): 556, อ้างถึงใน *Ibid.*, p. 383.

จะเห็นได้ว่าจากแนวคิดที่แตกต่างข้างต้น ทำให้เกิดประเด็นชวนสงสัยว่า การสมรู้ร่วมคิดของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะเช่นไร ซึ่งคำพิพากษาคดีนี้ศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีลักษณะทางอาญาที่ใช้พิจารณาการกระทำผิดของปัจเจกบุคคล ซึ่งสะท้อนให้เห็นในต้วบทข้อ 3 (b) – (e) จึงเห็นว่า การสมรู้ร่วมคิด มีลักษณะตามกฎหมายอาญา⁷⁷ ซึ่งการตีความการสมรู้ร่วมคตินั้นต้องนำระบบกฎหมายอาญาภายในมาใช้ในการตีความ และแม้การสมรู้ร่วมคิดจะมีลักษณะทางอาญา แต่ ICJ ก็นำบทบัญญัติข้อ 16 แห่งร่างข้อบพว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมาใช้ในการพิจารณาแนวคิดเรื่องการสมรู้ร่วมคิด โดยศาลเห็นว่าไม่พบว่ามีเหตุผลที่จะแยกความแตกต่างระหว่างการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 3 (e) แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุนของรัฐในการกระทำผิดตามบทบัญญัติข้อ 16 แห่งร่างข้อบพว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ⁷⁸ ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าว รัฐจะมีความรับผิดชอบในฐานะผู้ช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อ (1) องค์การหรือตัวแทนของรัฐนั้นได้ให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนโดย “รู้” ว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ (2) การช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นก่อให้เกิดการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ รัฐจะมีความรับผิดชอบตามข้อนี้ก็ต่อเมื่อการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการช่วยเหลือหรือสนับสนุนของรัฐนั้น และ (3) การช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น ต้องเป็นพันธกรณีที่รัฐที่ช่วยเหลือหรือสนับสนุนมีความผูกพันอยู่⁷⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การสมรู้ร่วมคิดตามบัญญัติข้อ 3 (e) นั้นจะถูกนำไปใช้ทั้งความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลและในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจะต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

⁷⁷ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 167.

⁷⁸ Ibid., para. 420.

⁷⁹ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, p. 149.

ของปัจเจกบุคคล ซึ่งควรจะขึ้นอยู่กับบริบทต่างๆ ดังนั้น การนำบทบัญญัติข้อ 16 ไปใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐในการสมรู้ร่วมคิดน่าจะชอบแล้ว

แต่ในกรณีที่ศาลตั้งข้อสังเกตว่า “การสมรู้ร่วมคิด” นั้นต้องการให้มีการกระทำอันเป็นการช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น จะเป็นการสมรู้ร่วมคิดเมื่อมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น⁸⁰ นั้น แตกต่างจากการช่วยเหลือหรือสนับสนุนตามบทบัญญัติข้อ 16 เนื่องจากบทบัญญัติข้อ 16 นั้นรวมถึงการงดเว้นการกระทำด้วย เช่น การที่รัฐอนุญาตให้รัฐอื่นเข้ามาใช้ดินแดนของตนเพื่อกระทำการที่มีชอบด้วยกฎหมาย การละเว้นไม่ทำอะไรของรัฐเจ้าของดินแดนนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบในการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่ผิดสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพราะไม่มีการเข้าร่วมในการกระทำผิด

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐนั้นมิได้เช่นกัน แม้ลักษณะการสมรู้ร่วมคิดจะมีลักษณะทางอาญา แต่เมื่อพิจารณาจากหลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแล้วเห็นว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับสมรู้ร่วมคิด แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนั้นรวมถึงการละเว้นการกระทำด้วย แต่การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นศาลตีความว่าหมายถึงการลงมือเข้าดำเนินการไม่รวมถึงการละเว้นการกระทำ จึงมีข้อสังเกตว่า ความรับผิดชอบของรัฐในการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นอาจมีความหมายกว้างกว่าการสมรู้ร่วมคิดตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในแง่ของการกระทำ แต่อย่างไรก็ดี ความรับผิดชอบของรัฐในการให้การสนับสนุนและช่วยเหลือนั้นรัฐจะมีความรับผิดชอบต่อเมื่อได้ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนต่อรัฐอื่นให้กระทำผิด แต่ไม่รวมถึงการให้ความช่วยเหลือตัวตนอื่นที่มีใช้รัฐ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้แคบเกินไป เพราะผู้ที่ทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ส่วนใหญ่มักจะเป็นปัจเจกบุคคล ดังเช่น ในกรณีของกลุ่ม VRS ที่ได้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้า และเซอร์เบียได้ให้ความ

⁸⁰ Ibid., para. 432.

ช่วยเหลือต่อสมาชิกกลุ่มดังกล่าว การให้ความช่วยเหลือของเซอร์เบียไม่สามารถมีความรับผิดชอบได้

หลังจากที่ได้พิจารณาความสามารถของรัฐในการเข้ารับผิดชอบต่อการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐสามารถมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ได้ หากว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลที่ทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ นอกจากนี้รัฐยังมีความรับผิดชอบในการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องได้ ไม่ว่าจะเป็นการสมคบในการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ หรือการยุยงให้มีการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น ได้เช่นกันหากว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลที่กระทำการดังกล่าวถือได้ว่าเป็นในนามของรัฐ ส่วนความรับผิดชอบในการพยายามทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์นั้นยังไม่มี ความชัดเจนว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบหรือไม่ อย่างไร ศาลเพียงแต่กล่าวว่ารรัฐอาจมีความรับผิดชอบในการพยายามทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ได้ แต่ศาลไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีว่าเมื่อใดรัฐจะมีความรับผิดชอบในการพยายามทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ สำหรับการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์นั้นสามารถนำหลักเรื่องการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนรัฐอื่นในการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบของรัฐในการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ได้

ความรับผิดชอบที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นความรับผิดชอบของรัฐในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำผิดในการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่สามารถลงโทษได้ ต่อไปจะพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐจากการนิ่งเฉยจนปล่อยให้มีการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น และการไม่ลงโทษการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.4.4 ความรับผิดชอบของรัฐในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์

บทบัญญัติข้อ 1 กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ในการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์ ส่งผลให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการป้องกันมิให้มีการทำลายล้างล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น

ประการหนึ่ง และพันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นแล้วอีกประการหนึ่ง โดยพันธกรณีทั้งสองนี้เป็นพันธกรณีที่แยกต่างหากจากกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.4.4.1 ความรับผิดชอบของรัฐในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

คำพิพากษาคดีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้วางหลักไว้ว่า “...บ่อเกิดของอนุสัญญานี้แสดงให้เห็นถึงความประสงค์ขององค์การสหประชาชาติที่จะประนามและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักการภายใต้อนุสัญญายทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นหลักการที่รับรองโดยชาติอารยะที่มีผลผูกพันทุกรัฐแม้จะไม่มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตาม และผลที่ตามมาจากแนวความคิดนี้คือ ลักษณะความเป็นสากลของการประนามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการร่วมมือกันของรัฐเพื่อให้มนุษยชาติพ้นจากความหายนะอันเลวร้ายยิ่ง...”⁸¹ จากคำพิพากษานี้จะเห็นได้ว่าการที่ศาลพิพากษาให้การป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีผลผูกพันทุกรัฐทุกรัฐยอมถือได้ว่าการป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป

⁸¹ *Reservations to Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, p. 23* “...The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)...”

ซึ่งตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้บัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในบทบัญญัติข้อ 1 และข้อ 8 ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 “รัฐภาคีรับรองว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าได้กระทำขึ้นในภาวะสันติหรือภาวะสงคราม เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐภาคีมีหน้าที่ป้องกันและลงโทษ”

ข้อ 8 “ไม่ว่ารัฐภาคีรัฐใดอาจร้องขอให้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ขององค์การสหประชาชาติดำเนินการใดภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่พิจารณาว่ามีความเหมาะสมเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 3”

เมื่อพิจารณาในเรื่องการป้องกันในข้อ 1 แล้วพบว่าพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐนั้นไม่ชัดเจนว่าเมื่อใดต้องทำการป้องกัน ต้องป้องกันแค่ไหน ดำเนินการป้องกันอย่างไร และใครบ้างที่ต้องป้องกัน

แต่ศาลคดีนี้ก็ได้ตีความบทบัญญัติข้อ 1 ให้มีความชัดเจนขึ้นว่า พันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐต้องกระทำการ (obligation of conduct) ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องกระทำการป้องกัน โดยรัฐจะมีความรับผิดชอบต่อเมื่อไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีเช่นนั้นได้สำเร็จ ซึ่งพันธกรณีเรียกร้องให้รัฐทั้งหลายต้องดำเนินมาตรการที่ชอบด้วยเหตุผลในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ร้ายเท่าที่จะเป็นไปได้⁸² โดยความรับผิดชอบของรัฐจะเกิดต่อเมื่อมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น หรือว่ารัฐรู้ หรือควรจะได้รู้ว่ามีการกระทำที่เสี่ยงอย่างมากที่จะเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า

⁸² International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 430.

หากไม่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 เกิดขึ้น รัฐก็ไม่มีควมรับผิดชอบในการไม่ป้องกัน เนื่องจากสิ่งที่ป้องกันไม่ได้เกิดขึ้น⁸³

สำหรับผู้ที่มีพันธกรณีในการป้องกันเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่จะเกิดขึ้นนั้น ต้องเป็นผู้มีความสามารถเหนือบุคคลที่เตรียมจะทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลในคดีนี้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของเซอร์เบียได้ตระหนักว่ามีความเสี่ยงอย่างร้ายแรงที่จะเกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้า โดยพวกเขามีโอกาสเห็นอกกำลังบอสเนียนเซิร์บผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่พวกเขาไม่ได้ดำเนินการใดๆ ที่จะเป็นการป้องกันนั้นเลย นอกจากนี้ รัฐที่มีหน้าที่ป้องกันนั้นอาจจะไม่ใช่รัฐเจ้าของดินแดนที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ได้ เนื่องจากคดีนี้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในเซบรีนีก้าซึ่งเป็นดินแดนของบอสเนีย แต่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำของกลุ่มบอสเนียนเซิร์บที่เซอร์เบียมีอิทธิพลเหนืออยู่ ดังนั้น เมื่อเซอร์เบียสามารถตระหนักได้ว่ามีความเสี่ยงที่จะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นแล้วไม่ดำเนินการมาตรการใดๆ เพื่อป้องกัน เซอร์เบียจึงมีความรับผิดชอบเนื่องจากไม่ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

นอกจากนี้บทบัญญัติข้อ 8 ได้กำหนดบทบาทให้องค์การสหประชาชาติเข้ามาช่วยในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยมีแนวคิดตั้งแต่ร่างฉบับของเลขาธิการสหประชาชาติที่ได้บัญญัติว่า “...เมื่ออาชญากรรมใดที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ได้มีการกระทำลงในส่วนใดส่วนหนึ่งของโลกก็ตาม หรือมีเหตุผลที่สำคัญที่ทำให้สงสัยได้ว่าอาชญากรรมดังกล่าวได้เกิดขึ้น รัฐสมาชิกสามารถที่จะร้องขอต่อองค์กรที่มีอำนาจในองค์การสหประชาชาติให้มีมาตรการเพื่อที่จะป้องกันหรือปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าว โดยในกรณีนี้ประเทศภาคีต้องดำเนินการทุกวิถีทางในอำนาจของตนเพื่อเป็นการสนับสนุนการเข้าแทรกแซงขององค์การสหประชาชาติ” ต่อมาร่างฉบับของคณะกรรมการร่างอนุสัญญาเฉพาะกิจ ได้บัญญัติว่า “ประเทศภาคีใด ๆ แห่งอนุสัญญานี้สามารถร้องขอต่อองค์กรที่มีอำนาจในองค์การสหประชาชาติ ถึงกรณีใด ๆ ที่เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญานี้ เพื่อกระทำการที่เหมาะสมภายใต้กฎบัตรในการที่จะป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์” และทำที่สู่บทบัญญัติข้อ 8 แห่งอนุสัญญาทำลายล้าง

⁸³ Ibid., para. 431.

เผ่าพันธุ์ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกร้องขอไปยังองค์กรที่มีอำนาจขององค์การสหประชาชาติเพื่อดำเนินการภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่พิจารณาว่ามีความเหมาะสมเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสมาชิกกับองค์การสหประชาชาติในการป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่ได้หมายความว่า เป็นหน้าที่ขององค์การสหประชาชาติในการจะเข้ามาดำเนินการป้องกันและปราบปรามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่เป็นการให้สิทธิแก่รัฐสมาชิกที่จะร้องขอไปยังองค์กรที่เกี่ยวข้องขององค์การสหประชาชาติเท่านั้น

ผู้เขียนขอยกกรณีการร้องขอของรัฐบาลบอสเนียให้องค์การสหประชาชาติเข้ามาคุ้มครองชาวมุสลิมจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นตัวอย่างในการศึกษา โดยหลังจากการร้องขอของรัฐบาลบอสเนีย คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ประกาศใช้มาตรการความมั่นคงร่วม (collective security) ดังต่อไปนี้⁸⁴

(1) สหประชาชาติได้เรียกร้องให้รัฐสมาชิกทั้งหมดช่วยเหลือในการหาข้อสรุปเพื่อสันติภาพและได้มีมติให้รัฐใช้มาตรการแทรกแซงโดยวิถีทางการทูต (diplomatic channels) และการกดดันทางการเมือง (political pressure)

(2) หลังจากที่ฝ่ายเซิร์บยังคงดำเนินการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวมุสลิมอยู่ในวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1991 องค์กรสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 713 ห้ามมิให้ทุกรัฐส่งอาวุธเข้าไปในดินแดนที่มีการสู้รบอย่างเด็ดขาด (imposing and arms embargo) นอกจากนี้ หลังจากที่ฝ่ายเซิร์บฝ่าฝืนข้อตกลงหยุดยิง (case – fire agreement) แล้ว คณะมนตรีความมั่นคงได้จัดตั้งกองกำลังรักษาสันติภาพ (UN Protection Force : UNPROFOR) ตามมติข้อที่ 743 (1992) ให้เข้าไปในเมืองซาราเยโว เพื่อช่วยเหลือผู้เคราะห์ร้ายและเมื่อฝ่ายเซิร์บเพิ่มความรุนแรงในการชำระ

⁸⁴ จันทิมา ลิมปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” หน้า 115-116.

ล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing)⁸⁵ คณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่ 752 เรียกร้องให้ทุกรัฐเข้าร่วมในการเจรจาเพื่อรักษาสันติภาพ (peace-keeping negotiation) และอาจให้ทุกรัฐให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยชนด้วย นอกจากนี้คณะมนตรีความมั่นคงยังได้ประกาศใช้มาตรการตอบโต้ทางเศรษฐกิจอีกด้วย

(3) คณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติให้นำตัวผู้กระทำผิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาขึ้นศาล และให้องค์การสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจัดทำรายงานการละเมิดสิทธิมนุษยชนในดินแดนของบอสเนีย นอกจากนี้ยังได้มีมติเป็นเอกฉันท์ให้จัดตั้งคณะกรรมการอาชญากรรมสงครามเพื่อรวบรวมหลักฐานการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดี นอกจากนี้ ยังได้ประกาศว่าการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) เป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ประกาศดังกล่าวทำให้คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะแทรกแซงบอสเนียตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติหมวด 7 ในการดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพและการกระทำที่เป็นการรุกรานและได้จัดตั้งศาลเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (ICTY) ตามข้อมติที่ 808 ของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อพิจารณาลงโทษปัจเจกบุคคลผู้กระทำผิดซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา

(4) หลังจากที่ได้มีการจัดตั้ง ICTY แล้ว คณะมนตรีความมั่นคงได้จัดให้มีเขตปลอดภัย (safe areas) ภายในเมืองบอสเนียเพื่อเป็นแหล่งพักพิงชั่วคราวสำหรับเหยื่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่เขตปลอดภัยดังกล่าวก็ยังคงถูกโจมตีโดยกองกำลังฝ่ายเซิร์บอีก คณะมนตรีความมั่นคงจึงให้กองกำลังรักษาสันติภาพตั้งกำลังไว้ในบอสเนียเพื่อตอบโต้การโจมตีดังกล่าว และคณะมนตรีความมั่นคงยังได้ปฏิเสธที่จะยกเลิกมาตรการห้ามส่งอาวุธเข้าไปในบอสเนีย ทำให้การโจมตีของฝ่ายเซิร์บลดน้อยลงไป

จากตัวอย่างข้างต้น ได้ชี้ให้เห็นถึงความพยายามของสหประชาชาติที่จะเข้ามาป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่รัฐสมาชิกร้องขอ แต่ไม่ประสบความสำเร็จมากนัก เนื่องจาก

⁸⁵ United Nations Security and Council Resolution 743 (21 February 1992)

การขาดกองกำลังทหารประจำในการเข้าไปสู้รบในดินแดนที่มีปัญหา ทำให้ต้องพึ่งพากองกำลังทหาร เงินบริจาคและอาวุธยุทโธปกรณ์จากประเทศสมาชิกที่จะทำการสู้รบในนามของสหประชาชาติ ดังนั้น รัฐทั้งหลายจึงควรให้ร่วมมือกับองค์การสหประชาชาติอย่างเต็มที่ในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

นอกจากนี้ยังมีความพยายามที่จะป้องกันมิให้มีอาชญากรรมระหว่างประเทศอันร้ายแรงซึ่งรวมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในกลไกระหว่างประเทศอื่น ในรูปแบบของ “ความรับผิดชอบในการปกป้อง” (The Responsibility to Protect : R2P) ที่ได้ปรากฏในเอกสารที่เป็นผลสรุปของการประชุมสุดยอดผู้นำ (World Summit Outcome Document) เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 2005 ซึ่งเป็นแนวคิดให้รัฐมีความรับผิดชอบต่อประชาชนของตนเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งความรับผิดชอบนี้ก่อให้เกิดหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรมเหล่านั้น รวมถึงการดำเนินการผ่านมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็น ซึ่งรัฐมีความรับผิดชอบและจะกระทำการให้สอดคล้องกับหลักการข้างต้น นอกจากนี้ยังกำหนดให้ประชาคมระหว่างประเทศแสดงความรับผิดชอบในการสนับสนุน ส่งเสริม และช่วยเหลือรัฐทั้งหลายตามความเหมาะสม ตลอดจนสนับสนุนให้องค์การสหประชาชาติดำเนินการจัดตั้งกลไกในการเตือนภัยล่วงหน้า⁸⁶

นอกจากนี้ประชาคมระหว่างประเทศยังมีความรับผิดชอบผ่านองค์การสหประชาชาติในการใช้มาตรการทางทหาร มาตรการทางด้านมนุษยธรรมและมาตรการสันติวิธีอื่นที่เหมาะสมภายใต้บทที่ 6 และ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติในการให้ความช่วยเหลือประชาชนจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยการปฏิบัติความร่วมมือกันอย่างเด็ดขาดและทันที่ผ่านคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ตามบทบัญญัติหมวด 7 ของกฎบัตร โดยจะพิจารณาเป็นรายกรณีและร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคที่เกี่ยวข้องตามความเหมาะสม ในกรณีนี้

⁸⁶ United Nations General Assembly A/60L.1 (15 September 2005), 2005 World Summit Outcome, para. 138.

มาตรการอย่างสันติไม่สามารถจัดการกับปัญหาได้อย่างเพียงพอ และรัฐบาลของรัฐนั้นๆ ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนแล้วว่าไม่สามารถปกป้องและให้ความคุ้มครองพลเมืองของตนเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม การชำระล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะเป็นผู้พิจารณาถึงหลักการความรับผิดชอบในการปกป้องคุ้มครองพลเมืองจากอาชญากรรมดังกล่าว ตลอดจนผลกระทบที่อาจจะตามมาโดยยึดหลักของกฎบัตรสหประชาชาติ และกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสำคัญ และรัฐทั้งหลายมีความมุ่งมั่นที่จะช่วยเหลือตามความจำเป็นและเหมาะสมแก่รัฐให้พัฒนาความสามารถในการปกป้องคุ้มครองชีวิตพลเมืองของตนจากอาชญากรรมดังกล่าว และมุ่งเน้นที่จะให้ความช่วยเหลือรัฐที่ตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่คับขันก่อนที่วิกฤตการณ์และความขัดแย้งจะเกิดขึ้น⁸⁷

นอกจากนี้รัฐทั้งหลายตกลงที่จะให้การสนับสนุนอย่างเต็มที่ต่อภารกิจของที่ปรึกษาพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์⁸⁸

จากหลักการข้างต้นจะเห็นได้ว่า R2P มีสาระสำคัญที่เป็นเสาหลัก 3 ประการ คือ (1) รัฐมีความรับผิดชอบเบื้องต้นในการปกป้องคุ้มครองประชาชนของตนเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การชำระล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม (2) ประชาคมระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบในการให้ความช่วยเหลือหน้าที่ดังกล่าว และ (3) ในกรณีที่รัฐได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าไม่สามารถ และ/หรือไม่เต็มใจที่จะให้การปกป้องและคุ้มครองพลเมืองของตนจากอาชญากรรมทั้งสี่ประการนั้นได้ ประชาคมระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบร่วมกันในการรับภาระหน้าที่ดังกล่าวโดยไม่ลังเลและอย่างทันการ โดยยึดหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎบัตรสหประชาชาติ⁸⁹

⁸⁷ Ibid., para. 139.

⁸⁸ Ibid., para. 140.

⁸⁹ ปราณี ทิพย์รัตน์, “หลักการความรับผิดชอบในการปกป้อง (R2P): จากแนวคิดสู่การสร้าง “บรรทัดฐานใหม่” ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ,” ใน วรศักดิ์ มัทธโนบท (บรรณาธิการ), รัฐคดี วิถีโลก 60 ปี ไชยวัฒน์ คำชู (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 176 – 177.

จะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบในการปกป้องนี้ได้รวมเรื่องการปกป้องประชาชนของตนเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ทั้งนี้เพื่อขจัดปัญหาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของรัฐนั้นเองต่อประชาชนของตนเอง เพื่อให้รัฐอื่นสามารถเข้าช่วยเหลือประชาชนในรัฐที่ถูกทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ อันเป็นการกำหนดหน้าที่ให้รัฐอื่นต้องป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ให้เกิดขึ้น นอกจากนี้รายงานฉบับดังกล่าวยังกำหนดให้รัฐทั้งหลายช่วยส่งเสริมการทำงานของผู้เชี่ยวชาญพิเศษของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อีกด้วย ดังนั้น รัฐทั้งหลายควรจะตระหนักถึงพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และร่วมมือกันในการเฝ้าระวังเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่จะเกิดขึ้น เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันเหตุการณ์ดังกล่าวมิให้เกิดขึ้น ซึ่งหากรัฐทั้งหลายปล่อยให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นแล้ว รัฐนั้นอาจจะมี ความรับผิดชอบก็เป็นได้

นอกจากพันธกรณีข้อ 1 จะกำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบสำหรับการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ยังกำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อีกด้วย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.4.4.2 ความรับผิดชอบของรัฐในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

สำหรับพันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนั้นต้องพิจารณาบทบัญญัติข้อ 6 ประกอบบทบัญญัติข้อ 1 เนื่องจากบทบัญญัติข้อ 6 กำหนดให้บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำการอื่นที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ต้องถูกพิจารณาคดีโดยศาลที่มีเขตอำนาจของรัฐในพื้นที่ที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น หรือศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจหากรัฐสมาชิกยอมรับ

ทั้งนี้เพื่อให้สามารถดำเนินคดีต่อเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ส่วนใหญ่มักจะเกิดจากการกระทำของรัฐบาลต่อประชาชนของตนเอง ซึ่งบางรัฐอาจจะไม่มีความหมายภายในเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และเมื่อไม่มี

กฎหมายภายในที่จะใช้บังคับแล้วก็ไม่สามารถจะลงโทษผู้กระทำผิดได้ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (*nullum crimen nulla poena sine lege* หรือ *no crime no punishment without law*) ดังนั้น หากรัฐที่มีเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นได้ยอมรับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศที่มีลักษณะอาญาอื่นๆ แล้วศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่มีเขตอำนาจนั้นก็จะสามารถที่จะพิจารณาและดำเนินคดีต่อผู้ถูกกล่าวหาได้ จากบทบัญญัติข้อนี้ จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีต่อผู้ถูกกล่าวหาว่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องดำเนินคดีโดยศาลภายในเป็นหลัก แต่ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ ว่ามีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ ซึ่งรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกมีพันธกรณีตามบทบัญญัติข้อ 5 แห่งอนุสัญญาที่จะอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการนำบุคคลธรรมดาที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำที่เกี่ยวข้องเนื่องมาลงโทษทางอาญา*

โดยพันธกรณีตามข้อ 6 ที่กำหนดให้ดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดต่อศาลภายในที่มีเขตอำนาจในพื้นที่ที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นนั้น ต้องปรากฏว่าเป็นการพิจารณาคดีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยศาลภายในประเทศที่มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น เมื่อคดีนี้สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นเฉพาะที่เซปรีนีก้า ซึ่งเป็นพื้นที่นอกเขตอำนาจศาลของเซอร์เบีย ดังนั้น เซอร์เบียจึงไม่มีความรับผิดชอบหากไม่ได้ดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในกรณีนี้

แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียซึ่งมีลักษณะเป็นศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่คู่ความได้ยอมรับเขตอำนาจศาลแล้วได้พิจารณาและตัดสินคดีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวียไปแล้ว ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐทั้งหลายที่จะต้องร่วมมือกับศาลในการนำผู้กระทำผิดที่อยู่ในดินแดน

* Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article V

“The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in article III.”

ของตนมาลงโทษ ดังนั้น เมื่อปรากฏว่านาย Mladić ซึ่งเป็นผู้กระทำผิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อาศัยอยู่ในดินแดนของเซอร์เบีย โดยเซอร์เบียก็ทราบแต่เซอร์เบียไม่ได้นำตัวนาย Mladić มาลงโทษ ดังนั้น เซอร์เบียจึงละเมิดพันธกรณีในการไม่ลงโทษการกระทำผิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกบุคคลที่ได้กระทำผิดขึ้น ทำให้เซอร์เบียมีความรับผิดชอบของรัฐในการไม่ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าพันธกรณีของรัฐในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในบทบัญญัติข้อ 1 นั้น เป็นพันธกรณีที่แยกจากกัน ซึ่งบทบัญญัติข้อ 1 กำหนดแต่หลักการไว้กว้างๆ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาบทบัญญัติข้ออื่นแห่งอนุสัญญาประกอบด้วย โดยพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นยังรวมถึงบทบัญญัติข้อ 8 ที่กำหนดให้รัฐสามารถร้องขอไปยังองค์การสหประชาชาติในการให้ความช่วยเหลือในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ นอกจากนี้พันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ยังรวมถึงบทบัญญัติข้อ 6 ที่กำหนดให้รัฐต้องนำบุคคลที่ต้องสงสัยว่ากระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำที่สามารถลงโทษได้อย่างอื่นมาดำเนินคดีและลงโทษด้วย

เมื่อทราบถึงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อันจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบแล้ว ต่อไปจะพิจารณาเรื่องการเรียกร้องความรับผิดชอบระหว่างประเทศและผลในความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.5 การเรียกร้องความรับผิดชอบระหว่างประเทศและผลในความรับผิดชอบของรัฐ

แม้ว่าการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของรัฐจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐแต่การเรียกร้องความรับผิดชอบระหว่างประเทศต้องปรากฏว่ารัฐนั้นได้รับความเสียหาย และการขาดใช้ความเสียหายนั้นขึ้นอยู่กับความเสียหายที่ได้รับ และก่อให้เกิดผลต่างๆ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.5.1 การเรียกร้องให้รัฐเข้ามารับผิดชอบ

แม้รัฐจะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเมื่อมีการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐมีความผูกพันแล้ว แต่การที่รัฐหนึ่งจะเรียกร้องให้รัฐอื่นรับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นได้รับความเสียหายจากการที่รัฐอื่นละเมิดพันธกรณีที่มีต่อตนเองหรือต่อสมาชิกในกลุ่มที่รัฐนั้นเป็นสมาชิกอยู่ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีที่รัฐนั้นมีต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด หากว่าการละเมิดพันธกรณีนั้นกระทบต่อรัฐนั้นเป็นพิเศษ หรือโดยการกระทำแล้วอาจจะเปลี่ยนจากพันธกรณีต่อรัฐทั้งหมดมาเป็นพันธกรณีต่อรัฐนั้นในภายหลัง* แต่รัฐที่ได้รับความเสียหายนั้นอาจจะสูญเสียสิทธิในการเรียกร้องได้เมื่อรัฐนั้นสละสิทธิ หรือเมื่อพิจารณาการกระทำของรัฐนั้นแล้วเห็นว่าทำให้สิทธิเรียกร้องนั้นหมดไป** ซึ่งการสละสิทธิในการเรียกร้องให้รัฐอื่นมารับผิดชอบนั้น คำพิพากษาคดี *Nauru* ในชั้น Preliminary Objection เมื่อปี ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าต้องปรากฏว่าความต้องการในการสละสิทธินั้นต้องอย่างชัดเจน (clear) และชัดเจน

* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 42: Invocation of responsibility by an injured State

“A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

(a) That State individually; or

(b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:

(i) Specially affects that State; or

(ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.”

** Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 45: Loss of the right to invoke responsibility

“The responsibility of a State may not be invoked if:

(a) The injured State has validly waived the claim;

(b) The injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim.”

(unequivocal)⁹⁰ ในขณะที่การเงยบเฉย (acquiescence) จะต้องพิจารณาสถานการณ์เฉพาะนั้น อย่างระมัดระวัง⁹¹

3.5.2 ผลทางกฎหมายในความรับผิดชอบของรัฐ

หลังจากที่รัฐมีความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐนั้นก็มีผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบของรัฐดังนี้

3.5.2.1 การยุติการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและการไม่กระทำซ้ำ

บทบัญญัติข้อ 30 ของร่างข้อบทฯ ได้บัญญัติถึงการยุติการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและไม่กระทำซ้ำไว้ดังนี้

“ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ คือการอยู่ภายใต้หน้าที่ ดังนี้

(a) ยุติการกระทำนั้น ถ้ายังมีการกระทำนั้นอยู่อย่างต่อเนื่อง

(b) เสนอการยืนยันหรือหลักประกันที่เหมาะสมในการที่จะไม่กระทำซ้ำอีก ถ้าเป็นที่ต้องการในสถานการณ์นั้นแล้ว”

ทั้งนี้เพื่อให้หยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมาย และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำซ้ำอีก เพราะหากยังคงปล่อยให้มีการกระทำผิดต่อไป ก็จะทำให้เกิดความเสียหายอีก

⁹⁰ International Court of Justice, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992 [Online]. (n.d.) Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/80/6795.pdf>, pp. 240 and 247.

⁹¹ Ibid., pp. 253-254.

3.5.2.2 แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ

สาเหตุที่ต้องพิจารณาแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐเนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดความสงสัยว่ารัฐที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะมีความรับผิดชอบเช่นใด จะมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ โดยความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐนั้น ร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่รับในปี ค.ศ. 1996 ในขณะนั้นมีความเห็นว่าเป็นการผิดที่จะเชื่อว่ามีระบอบแห่งความรับผิดชอบระบอบเดียวที่ใช้กับการกระทำความผิดระหว่างประเทศทุกๆ การกระทำโดยปราศจากความแตกต่าง ซึ่งต้องการผลที่ตามมาชนิดพิเศษเพื่อการกระทำผิดที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ⁹²

ดังนั้น บทบัญญัติข้อ 19 ของร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐฉบับดังกล่าว จึงได้แยกสถานการณ์ที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) ออกจากละเมิดระหว่างประเทศ (international delict) โดยได้ให้ความหมายของคำว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศไว้ว่า “การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการที่รัฐหนึ่งละเมิดพันธกรณีที่สำคัญเพื่อปกป้องผลประโยชน์พื้นฐานของประชาคมระหว่างประเทศนั้น การละเมิดดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมต่อประชาคมทั้งหมดอันก่อให้เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ”*

⁹²United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, (1976), p. 117. (The Commission also recognized that it would be wrong to believe that there is a single basic regime of international responsibility which is applicable to all internationally wrongful acts without distinction, and that all that is required is to add extra consequences to it for wrongful acts constituting international crimes.)

* Draft articles on Responsibility of States (1996), Article 19

จากบทบัญญัติข้อ 19 จะเห็นได้ว่าการกระทำของรัฐซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crime) เป็นการกระทำที่ไม่ชอบในทางระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการที่รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะสำคัญต่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาคม โดยการละเมิดดังกล่าวนี้ประชาคมโลกถือว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ จึงก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าการทำอาชญากรรมระหว่างประเทศของรัฐนั้นจะทำให้รัฐมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่⁹³ อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาและบรรดาประเทศในแถบเอเชียต่างเห็นว่ารัฐไม่อาจมีความรับผิดชอบในทางอาญาได้ โดยสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการกำหนดแนวคิดเรื่องการก่ออาชญากรรมของรัฐไว้ในร่างข้อบทจะทำให้เกิดความยุ่งยาก เพราะปัจจุบันระบอบทางระหว่างประเทศได้วางมาตรการทางกฎหมายที่จะตอบโต้การก่ออาชญากรรมไว้แล้ว นอกจากนี้ ตามธรรมนูญกรุงโรมข้อ 25 (4) ยังได้ระบุให้ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลตามธรรมนูญนี้ไม่ส่งผลต่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐไม่อาจรับผิดชอบและถูกลงโทษในทางอาญาได้

ปัจจุบันร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ฉบับปี ค.ศ. 2001 ได้ยกเลิกแนวคิดเรื่องอาชญากรรมในข้อ 19 ของร่างข้อบทฉบับเดิม โดยในอยู่บนพื้นฐานเดียวกันคือ การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ (breach of an international obligation) โดยไม่มีการแยกระหว่างการกระทำละเมิด (delictual) กับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่นำมาซึ่งความรับผิดชอบทางอาญา (criminal responsibility) แต่ได้นำเอาแนวคิดเรื่อง “การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง” ต่อพันธกรณีภายใต้กฎเกณฑ์ที่เด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (serious breaches of

“2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole, constitutes an international crime.”

⁹³ โปรดดู Pierre-Marie Dupuy, “Observations sur le crime international de l’Etat,” *Revue générale de droit international public* 84 (1980), p. 460, อ้างถึงใน Paola Gaeta, *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 352.

peremptory norm of general international law)* มาแทนที่อาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยใส่ไว้ในข้อ 40 ดังนั้น รัฐจึงสามารถกระทำผิดอาญาระหว่างประเทศได้ ตามหลักการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ (breach of an international obligation) โดยไม่ต้องแยกการละเมิดพันธกรณีของรัฐที่จะเป็นการทำละเมิดหรืออาชญากรรมระหว่างประเทศ

สำหรับเรื่องลักษณะของความรับผิดชอบของรัฐนั้นว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของ ILC ก็ไม่พบว่ามีร่างฉบับใดของ ILC ใส่เรื่องความรับผิดทางอาญาของรัฐลงไป โดยการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศทุกการกระทำจะส่งผลให้รัฐมีความรับผิดชอบในรูปของการชดใช้ความเสียหาย (reparation) ซึ่งได้แก่ การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (compensation) และการทำให้พึงพอใจ (satisfaction)* และถึงแม้จะมีการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง รูปแบบความรับผิดชอบของรัฐก็ยังคงเป็นความรับผิดทางแพ่งอยู่เช่นเดิม ไม่สามารถนำรูปแบบการลงโทษทางอาญาหรือกฎหมายอาญาอาญาระหว่างประเทศมาปรับใช้กับความรับผิดชอบของรัฐได้⁹⁴

นอกจากนี้ความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐยังถูกปฏิเสธจากศาลอาญาอาญาระหว่างประเทศทั้งหลายที่ได้จัดตั้งขึ้นตั้งแต่ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก เพราะไม่มีคำพิพากษา

* ข้อ 53 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ได้กำหนดว่า กฎเกณฑ์ที่เด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปนั้น ได้ยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจทำให้เสื่อมค่าได้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะกระทำได้โดยกฎเกณฑ์ในลักษณะเดียวกันนี้เท่านั้น

* Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 34: Forms of reparation

“Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter.”

⁹⁴ Shabtai Roseanne, “War Crimes and State responsibility,” in Yoram Dinstein and Mala Tabory, eds. *War Crimes in International Law* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996), p. 65.

โดยที่จะพิจารณาโทษทางอาญาให้กับรัฐที่ละเมิดกฎหมายเด็ดขาด โดยคำพิพากษาของ ICTR คดี *Blaškić* ได้อธิบายไว้ว่า “ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ชัดเจนว่าไม่สามารถจะนำรัฐมารับผิดทางอาญาตามระบบกฎหมายอาญาภายในได้”⁹⁵ ดังนั้น แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในทางอาญาจึงไม่อาจมีได้

จะเห็นได้ว่า แม้ว่ารัฐอาจจะมี ความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะนำรัฐมารับผิดทางอาญาได้ ดังนั้น ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงเป็นความรับผิดชอบในรูปแบบการชดใช้เยียวยาความเสียหาย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.5.2.3 การชดใช้เยียวยาความเสียหาย⁹⁶

การชดใช้เยียวยาความเสียหายเป็นผลมาจากการที่รัฐหนึ่งต้องเข้ารับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของตนเองตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ตนเข้าผูกพันต่ออีกรัฐหนึ่งที่ได้รับ ความเสียหาย โดยการชดใช้ความเสียหายนั้นอาจจะเป็นไปในรูปของตัวเงินหรือในรูปแบบอื่นๆ ก็ได้ขึ้นอยู่กับข้อเรียกร้องของรัฐผู้เสียหายและความเป็นไปได้ของการชดใช้ความเสียหาย ซึ่ง ก่อนที่จะได้รับการชดใช้ความเสียหายนั้นรัฐผู้เสียหายจำเป็นจะต้องมีการเรียกร้องสิทธิของตนเอง ด้วยการดำเนินการต่างๆ ให้รัฐผู้ละเมิดพันธกรณีเกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

วัตถุประสงค์ของการชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการที่รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ได้แก่ การลบล้างผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดกฎหมายทุกประการให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อให้รัฐผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะได้รับความเสียหาย (*status qua*

⁹⁵ The Prosecutor v. Blaškić, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-95-14-A, Judgment of 29 October 1997, para. 25.

⁹⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 6-10, หน้า 8-21 – 8-25.

ante) โดยที่การชดใช้ความเสียหายนั้นอาจเป็นในรูปค่าเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้หรือที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ก็เป็นได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายทางวัตถุหรือจิตใจ ซึ่งสามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

(1.) การชดใช้ความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้

(1.1) การชดใช้ความเสียหายด้วยสิ่งเดียวกัน เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการชดใช้ความเสียหายที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนได้รับความเสียหายมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้น เมื่อรัฐเสียหายอย่างไร รัฐที่กระทำละเมิดก็ต้องชดใช้ความเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันที่เรียกว่า *restitution in integrum* โดยมีเงื่อนไขว่าการชดใช้แบบ *restitution in integrum* จะต้องเปิดช่องบังคับให้กระทำได้ ถ้าหากสภาพแห่งนั้นไม่เปิดช่องให้กระทำได้แล้วรัฐผู้รับผิดชอบจำเป็นจะต้องชดใช้ความเสียหายในรูปของตัวเงิน (*indemnification*) แทน

(1.2) การชดใช้ความเสียหายในรูปของตัวเงิน จะเป็นการชดใช้ที่นิยมมากที่สุดทางปฏิบัติ ด้วยเหตุว่าการชดใช้ในรูปของจำนวนเงิน (*monetary compensation*) เป็นรูปแบบการชดใช้ค่าเสียหายที่ปกติธรรมดาที่สุด โดยเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถชดใช้ความเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันได้ โดยจำนวนเงินที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจำนวนที่ใช้ชดเชยความเสียหายก็คือจำนวนเงินที่เท่ากับความเสียหายที่แท้จริง แต่หากมีการสูญเสียกำไรหรือผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่ควรจะได้ (*lucrum cessans*) จากผลโดยตรงของการกระทำละเมิดระหว่างประเทศและไม่มีลักษณะใกล้เคียงกว่าเหตุหรือเป็นเพียงความคาดหมายที่ไกลเกินไปแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศก็รับรองว่าเรียกได้ตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและผลระหว่างความผิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

(2.) การชดใช้ค่าเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ ส่วนมากจะเป็นกรณีที่รัฐได้รับความเสียหายทางจิตใจ เช่น ได้รับการดูหมิ่นเหยียดหยามศักดิ์ศรีของประเทศ การละเมิดอำนาจอธิปไตย หรือการที่ตัวแทนทางทูตหรือสถานทูตถูกละเมิด เป็นต้น ซึ่งไม่อาจทำการชดใช้ความเสียหายด้วยวิธีตาม (1.) ได้ กฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้มีการชดใช้ความเสียหาย

ด้วยวิธีการที่เรียกว่า “การกระทำให้พึงพอใจ” (satisfaction) ซึ่งมีหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับความเสียหายที่ได้รับดังนี้

(2.1) การลงโทษผู้กระทำผิด กรณีนี้จะเป็นกรณีที่มีการกระทำผิดแล้วเกิดความเสียหายต่อคนต่างด้าว รัฐที่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีต้องลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายภายใน

(2.2) การประกาศว่าเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย เป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การประกาศว่าเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายโดยผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็เป็นการเยียวยาความเสียหายวิธีหนึ่งที่จะทำให้ความพึงพอใจเพียงพอแล้ว

(2.3) การแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการหรือการเสนอคำขอโทษ จะถูกใช้ในการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการละเมิดทางการทูต โดยเฉพาะการละเมิดตัวบุคคลแก่ตัวแทนทางทูต นอกจากนี้แล้วยังใช้ในกรณีที่มีการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐอีกด้วย

(2.4) การแสดงความเคารพธงชาติ เป็นการเยียวยาความเสียหายในเชิงสัญลักษณ์เมื่อมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันประกอบไปด้วยการสบประมาท (offense) หรือการดูถูก (outrage) แก่รัฐเจ้าของธงชาติ

สำหรับคำพิพากษาคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยถึงการเยียวยาของรัฐโดยไม่ได้วินิจฉัยถึงการเยียวยาปัจเจกบุคคล โดยวางกรอบในการพิจารณาการเยียวยาจากปัจจัย 2 ประการ คือ ผลของการปฏิบัติไม่สอดคล้องและความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยศาลมองว่ารูปแบบที่เหมาะสมสำหรับการการละเมิดพันธกรณีในการป้องกันคือ การประกาศว่ายูโกสลาเวียมีความผิด ซึ่งเป็นการเยียวยาที่อยู่ในรูปความพึงพอใจ (satisfaction) แต่ไม่สามารถจะเยียวยาในรูปของเงินได้ โดยศาลมองว่าเซอร์เบียไม่ได้เป็นผู้เกี่ยวข้องโดยตรงในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในเซบรีนีก้า ดังนั้น การที่เซอร์เบียละเมิดพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงไม่ทำให้บอสเนียเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง

หลังจากได้ศึกษาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อศึกษาถึงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประกอบกับความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วพบว่า ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้น รัฐสามารถมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกัน โดยอาศัยหลักการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นเกณฑ์ในการพิสูจน์ความรับผิดชอบ กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรต่างๆ ของรัฐได้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือเป็นส่วนเกี่ยวข้องในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นผู้สมคบ หรือผู้ยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การกระทำดังกล่าวของปัจเจกบุคคลเช่นว่านั้นย่อมถือได้ว่าเป็นของรัฐซึ่งส่งผลให้รัฐมีความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้แล้ว การกระทำของบุคคลบางกลุ่มที่ไม่ได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐแล้วก็ตามก็อาจส่งผลให้รัฐมีความรับผิดชอบได้ถ้าหากว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการเข้ามีส่วนร่วมในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้ทำขึ้นโดยรัฐได้ชี้แนะหรือมีอำนาจควบคุมเหนือปัจเจกบุคคลดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ หรือควบคุมอย่างสมบูรณ์ ซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเรื่องการกระทำในนามของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ที่กำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบต่อเมื่อได้มีการกระทำละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งรัฐนั้นผูกพันอยู่ ซึ่งการกระทำละเมิดพันธกรณีของรัฐนั้นเป็นการกระทำขององค์กรหรือตัวแทนของรัฐที่สามารถโอนการกระทำมายังรัฐได้ นอกจากนี้รัฐยังสามารถมีความรับผิดชอบในการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกันทั้งนี้เป็นไปตามหลักการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนรัฐอื่นในการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ จึงกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบของรัฐในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องนี้เป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการเข้ากระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งต้องอาศัยการกระทำของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาพิจารณา ซึ่งพิสูจน์ยากมาก โดยเฉพาะองค์ประกอบทางด้านจิตใจ เพราะต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่ามีเจตนาพิเศษในการทำลายล้างซึ่งเหยื่อที่ได้รับการปกป้อง ซึ่งจะพิจารณาต่อไปในบทที่ 4 นอกจากนี้ยังต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เห็นได้ว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลนั้นมีความเกี่ยวข้องกับรัฐจนถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐ ซึ่งพิสูจน์ยากเช่นกันเพราะต้องมีหลักฐานปรากฏอย่างชัดแจ้งและปราศจากข้อสงสัย

นอกจากนี้รัฐยังคงมีความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่นกัน โดยรัฐจะมีความรับผิดชอบต่อเมื่อรัฐนั้นล้มเหลวที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ขึ้นทั้งที่ตนสามารถป้องกันได้ โดยไม่คำนึงว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะเกิดขึ้นนอก ดินแดนของรัฐอื่นก็ตาม เนื่องการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศที่ผูกพันทุกรัฐเป็นการทั่วไป แม้กระทั่งรัฐที่ไม่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา ประกอบ กับปัจจุบันได้สมัครเข้าใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบในการปกป้องที่ มุ่งหมายจะปกป้องประชาชนของตนเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยได้กำหนดมาตรการต่างๆ ให้รัฐทั้งหลายต้องให้ความร่วมมือเพื่อป้องกันมิให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เพราะไม่เช่นนั้นจะ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้ ทั้งรัฐยังมีความรับผิดชอบสำหรับไม่การลงโทษในการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ด้วยเช่นกัน ซึ่งการไม่ลงโทษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้รวมถึงการไม่ให้ร่วมมือในการ ลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยตามบทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จาก ข้อความข้างต้นจะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบของรัฐในการไม่ป้องกันและไม่ลงโทษการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์นั้นเป็นความรับผิดชอบจากการที่รัฐหนึ่งเฉยไม่ดำเนินการตามหน้าที่ที่ตนเองต้องกระทำ จนก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะมีความรับผิดชอบสำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่ได้หมายความว่าจะสามารถนำตัวรัฐไปดำเนินคดีและรับโทษทางอาญาเช่นปัจเจกบุคคล ผู้กระทำผิดได้ เพราะความรับผิดชอบของรัฐยังคงเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งได้แก่ การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (compensation) และการทำให้พึงพอใจ (satisfaction)

ทั้งนี้ แม้รัฐมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว แต่มิได้ หมายความว่าปัจเจกบุคคลผู้กระทำความผิดจะหลุดพ้นจากความรับผิดได้ ปัจเจกบุคคลเหล่านั้น ยังต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนภายใต้หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของ ปัจเจกบุคคล ซึ่งมีรายละเอียดตามบทที่ 4

บทที่ 4

ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต่อ

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

คำพิพากษาของศาลคดีนี้นอกจากจะได้วิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ศาลยังได้พิจารณาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกบุคคลเพื่อพิจารณาว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหรือไม่ เนื่องจากการที่รัฐจะมีความรับผิดชอบสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องได้นั้นต้องปรากฏว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำที่สามารถลงโทษได้ของปัจเจกบุคคลเกิดขึ้นก่อน แล้วจึงมาพิจารณาว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลเหล่านั้นสามารถถ่ายโอนมาเป็นการกระทำในนามของรัฐได้หรือไม่ ซึ่งศาลก็ได้วินิจฉัยถึงเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเชบรีนิตี้ของกองกำลังบอสเนียเซิร์บ ดังนั้นจึงจำเป็นจะต้องศึกษาความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่ามีหลักเกณฑ์เช่นใดบ้าง ซึ่งจะเริ่มศึกษาจากวิวัฒนาการของแนวคิดที่จะนำปัจเจกบุคคลมารับผิดชอบต่อภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดตามหัวข้อ 4.1 ต่อจากนั้นจะศึกษาถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำที่สามารถลงโทษได้ตามหัวข้อ 4.2 หลังจากนั้นจึงศึกษาความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในหัวข้อ 4.3 แล้วจึงมาพิจารณาการดำเนินคดีและลงโทษในหัวข้อ 4.4 และท้ายที่สุดจะพิจารณาการเยียวยาความเสียหายต่อเหยื่อผู้ได้รับผลกระทบซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

4.1 วิวัฒนาการของความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการกระทำของปัจเจกบุคคล ดังนั้น การศึกษาวิวัฒนาการของความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลจึงมีความสำคัญ เพื่อที่จะได้เข้าใจถึงที่มาและเจตนารมณ์อันแท้จริงของหลักกฎหมายนั้นๆ

ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลเกิดจากการขยายหลักความรับผิดชอบจากรัฐสู่ปัจเจกบุคคล โดยแนวคิดดั้งเดิม ได้ยอมรับว่ารัฐคือบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องระหว่างรัฐต่อรัฐ ภายหลังจากกฎหมายเริ่มให้ความสำคัญกับสิทธิมนุษยชนจึงทำให้ปัจเจกบุคคลมีบทบาทในกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้น¹ นอกจากนี้คดี *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้พิจารณาถึงสถานะของบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศว่า

“บุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง บุคคลที่มีสิทธิและหน้าที่ในทางระหว่างประเทศ...และมีความสามารถที่จะดำรงรักษาสิทธิของตนเองด้วยการเรียกร้องในระดับระหว่างประเทศได้”²

อย่างไรก็ดี ขั้ววินิจัยนี้มิได้กำหนดลักษณะและประเภทของบุคคลรวมถึงมิได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศไว้ แต่ที่ปรากฏในขั้ววินิจัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศมิใช่กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับต่อรัฐเพียงอย่างเดียว หากแต่สามารถใช้บังคับกับองค์การระหว่างประเทศหรือแม้กระทั่งปัจเจกบุคคลได้ ยิ่งไปกว่านั้น รัฐเป็นนิติบุคคลที่ไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำใดๆ จำเป็นจะต้องกระทำผ่านปัจเจกบุคคล ซึ่งบางกรณีการกระทำของปัจเจกบุคคลมีลักษณะเป็นอาชญากรรม

¹ Lyal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 140.

² International Court of Justice, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>

ระหว่างประเทศ เช่น อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมการรุกราน อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นต้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำอาชญากรรมเหล่านั้นจึงเป็นผลที่รัฐกระทำการโดยผ่านการสั่งการกำกับ และควบคุมโดยปัจเจกบุคคล ดังนั้น การที่จะกำหนดให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบจากการกระทำดังกล่าวจึงไม่เพียงพอต่อการรักษาและดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การขยายความรับผิดชอบจากการกระทำของรัฐมาสู่ปัจเจกบุคคลที่มีอำนาจสั่งการ กำกับดูแล และมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าวจึงมีความจำเป็นและสมควรได้รับการพิจารณา

จุดเริ่มต้นของบทบาทของการขยายความรับผิดชอบจากรัฐไปสู่ปัจเจกบุคคลเริ่มต้นมาจากสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ซึ่งได้กำหนดเขตอำนาจศาลเพื่อไต่สวนและพิจารณาโทษของปัจเจกบุคคลขึ้นเพื่อพิจารณาอดีตกษัตริย์วิลเฮล์มที่ 2 (Kaiser Wilhelm II) ในฐานะที่ประกอบอาชญากรรมที่ละเมิดต่อกฎหมายแห่งมนุษยชาติ แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการพิจารณาคดีและลงโทษจักรพรรดิวิลเฮล์มก็ไม่สัมฤทธิ์ผล เนื่องจากจักรพรรดิวิลเฮล์มลี้ภัยไปยังเนเธอร์แลนด์³

แนวคิดที่จะขยายความรับผิดชอบในการประกอบอาชญากรรมจากรัฐมาสู่ปัจเจกบุคคลนั้น เพื่อลดและป้องกันการประกอบอาชญากรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนเป็นกลไกในการลงโทษปัจเจกบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรมดังกล่าว แต่แนวคิดการขยายความรับผิดชอบดังกล่าว ยังคงได้รับการโต้เถียงมากมายถึงการยอมรับสถานะของปัจเจกบุคคลในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีทั้งแนวคิดที่โต้แย้งและสนับสนุนความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล ดังนี้

(1) แนวคิดโต้แย้งความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล

แนวคิดนี้มีความเห็นว่า สถานะของปัจเจกบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งบรรดานักคิดในอดีตถือว่ารัฐเท่านั้นคือบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจเจกบุคคลจึงไม่มีสิทธิและ

³ M. Cherif Bassiouni, "From Versailles to Rwanda in Seventy – Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court," *Harvard Human Rights Journal* 10, (1997): 14.

หน้าที่ภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมนระหว่างประเทศจึงเป็นการกระทำของรัฐเท่านั้น และเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นรัฐเท่านั้นจึงจะมีความรับผิดชอบในการชดใช้ความเสียหายดังกล่าว*

(2) แนวคิดสนับสนุนความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล

แนวคิดนี้ได้รับความสนใจเมื่อ เฮฟเตอร์ (Heffer) ได้ชี้ว่าปัจเจกบุคคลนั้นไม่เพียงแต่มีสิทธิและหน้าที่ในฐานะบุคคลภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หากแต่เป็นสมาชิกของสังคมนระหว่างประเทศอีกด้วย⁴

นอกจากนี้ปัจเจกบุคคลได้รับการพิจารณาว่าไม่เพียงแต่เป็นบุคคลซึ่งสิทธิและผลประโยชน์ต่าง ๆ ได้รับการปกป้องโดยกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หากแต่ปัจเจกบุคคลยังสามารถที่จะกระทำการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้อีกด้วย ทั้งนี้ มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศมากมายที่กำหนดลักษณะความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลที่กระทำความผิดอาญาหรือการกระทำที่อันมิชอบด้วยกฎหมายรวมถึงการกำหนดบทลงโทษ ซึ่งรากฐานทางกฎหมายในการกำหนดให้ปัจเจกบุคคลต้องมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นปรากฏอยู่ในคำตัดสินของศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก หรือที่เรียกกันว่า “หลักเกณฑ์นูแรมเบิร์ก”

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* เช่น แนวคิดของ โกรเทียส และวัตเตล ซึ่งเห็นว่า ปัจเจกบุคคลมิใช่บุคคลที่แท้จริงในกฎหมายระหว่างประเทศ (Lyal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, pp.149-150.)

⁴ M.Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda, *A Treaties on International Criminal Law Volume I Crime and Punishment* (Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1973), p.104.

(Nuremburg Principles) ซึ่งมีทั้งหมด 7 หลักด้วยกัน แต่ในที่นี้จะเสนอเฉพาะข้อ 1 - 5 ที่สอดคล้องกับความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลดังต่อไปนี้⁵

“หลักที่ 1 บุคคลใดที่ได้กระทำการอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศมีความรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น และมีความรับผิดชอบด้วยการนำตัวมาลงโทษ

หลักที่ 2 ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายภายในไม่ได้กำหนดการลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไว้ จะไม่ทำให้บุคคลที่ก่อการกระทำนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักที่ 3 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่กระทำการอันประกอบเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นผู้นำรัฐ (Head of State) หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ ก็ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักที่ 4 ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลได้กระทำการไปตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น ไม่ทำให้เขาหลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศโดยได้กำหนดทางเลือกทางศีลธรรมที่มีอยู่ในข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้สำหรับบุคคลนั้น

หลักการที่ 5 บุคคลใดที่ถูกกล่าวหาด้วยความรับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย”

ต่อมาคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศโดยมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติก็ได้ทำร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind) ซึ่งได้กำหนดให้อาชญากรรมภายใต้ร่างประมวลความผิดนี้ ถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศและปัจเจกบุคคลต้องมีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวจากการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศดังกล่าว ถึงแม้ว่ากฎหมายภายใน

⁵United Nations , “Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No.12 (A/1316),” in *Yearbook of the International Law Commission*, 2 (1950): 374-378.

จะมีได้กำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นอาชญากรรมก็ตาม* และร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติได้กำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลไว้ดังนี้

(1) อาชญากรรมต่อสันติภาพ และความมั่นคงของมนุษยชาตินั้นนำมาซึ่งความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล

(2) ปัจเจกบุคคลจะมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมการรุกรานตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 16

(3) ปัจเจกบุคคลจะมีความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่กำหนดไว้ในข้อ 17*, 18**, 19***, และ 20† หากปัจเจกบุคคลนั้น

ก. เจตนาที่จะก่ออาชญากรรมนั้น

ข. สั่งการให้กระทำอาชญากรรมนั้นซึ่งในความเป็นจริงได้เกิดขึ้นหรือมีการพยายามที่กระทำ

ค. ไม่สามารถป้องกันหรือปราบปรามการก่ออาชญากรรมนั้นในสภาวะการณ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 6

ง. ให้ความช่วยเหลือโดยรู้ถึงการกระทำนั้น หรือยุยงส่งเสริม หรือช่วยเหลือโดยตรง และมีหลักฐานในการก่ออาชญากรรมนั้น รวมถึงการจัดหาวิธีการในการก่ออาชญากรรมนั้น

* Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996), Article 1: Scope and application of the present Code

“1. The present Code applies to the crime against the peace and security of mankind set out in part of the present Code

2. Crimes against the peace and security of mankind are crimes under international law and punishable as such, whether or not they are punishable under national law.”

* อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

** อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

*** อาชญากรรมต่อองค์การสหประชาชาติและองค์กรที่เกี่ยวข้อง

† อาชญากรรมสงคราม

จ. เข้าร่วมโดยตรงในการวางแผน หรือมีส่วนสมรู้ร่วมคิดในการก่ออาชญากรรม
ซึ่งได้เกิดขึ้นแล้ว

ฉ. กระตุ้นในทางตรงและเปิดเผยให้ปัจเจกบุคคลอื่นก่ออาชญากรรมนั้นซึ่งได้
เกิดขึ้นแล้ว

ช. พยายามที่จะก่ออาชญากรรมด้วยการดำเนินการในการก่ออาชญากรรมซึ่ง
มิได้เกิดขึ้นเนื่องจากสภาวะการที่นอกเหนือจากเจตนาของปัจเจกบุคคลนั้น^{††}

^{††} Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996), Article 2:
Individual responsibility

“1. A crime against the peace and security of mankind entails individual responsibility.

2. An individual shall be responsible for the crime of aggression in accordance with article
16.

3. An individual shall be responsible for a crime set out in article 17, 18, 19 or 20 if that
individual:

(a) Intentionally commits such a crime;

(b) Orders the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

(c) Fails to prevent or repress the commission of such a crime in the circumstances
set out in article 6;

(d) Knowingly aids, abets or otherwise assists, directly and substantially, in the
commission of such a crime, including providing the means for its commission;

(e) Directly participates in planning or conspiring to commit such a crime which in
fact occurs;

(f) Directly and publicly incites another individual to commit such a crime which in
fact occurs;

(g) Attempts to commit such a crime by taking action commencing the execution of
a crime which does not in fact occur because of circumstances independent of his intentions.”

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่าการพยายามขยายความรับผิดชอบของรัฐมาสู่ปัจเจกบุคคล จนปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับปัจเจกบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้ปัจเจกบุคคลผู้ใดที่ได้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศจะต้องมีความรับผิดชอบส่วนตัวและถูกลงโทษ

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการรับรองจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)* ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐภาคีทั้งหลายมีหน้าที่ต้องป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์* นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้ปัจเจกบุคคลผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องถูกลงโทษ** และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังเป็นความผิดตามธรรมนูญก่อตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่าง ๆ โดยธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (The Statute of International Tribunal for Former Yugoslavia: ICTY) และธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับรวันดา (The Statute of International Tribunal for Rwanda: ICTR) ได้มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำผิดต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา และไม่ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะเป็นผู้นำรัฐ ผู้นำรัฐบาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่เป็นเหตุให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาหรือลดโทษได้ และไม่ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะได้กระทำความผิดเนื่องจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือตาม

* ปัจจุบันมีประเทศที่ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้รวม 141 ประเทศ (ICRC, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/357?OpenDocument>)

* Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article I

“The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.”

** Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article VI

“Persons committing Genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally rulers, public officials or private individuals.”

คำสั่งของรัฐบาลก็ไม่สามารถทำให้ผู้หนึ่งพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาได้ แต่ศาลอาจจะพิจารณาลดโทษได้หากมีความจำเป็นเพื่อความยุติธรรม นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC) ซึ่งเป็นศาลถาวรได้มีเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีต่อปัจเจกบุคคลผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมอื่นๆ อีก 3 ประเภท ได้แก่ อาชญากรรมการรุกราน อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ในกรณีรัฐที่มีเขตอำนาจจะเลยหรือไม่สามารถดำเนินคดีได้เอง

จากวิวัฒนาการข้างต้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับแล้วว่าปัจเจกบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดมีความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศตามฐานความผิดต่างๆ ที่ตนเองได้กระทำลง และสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นพบว่า มีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำผิดและการกระทำที่เกี่ยวข้องอันสามารถลงโทษได้ และหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการดำเนินคดีต่อปัจเจกบุคคล นอกจากนี้ยังมีธรรมนูญศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ที่ได้กำหนดให้มีเขตอำนาจเหนือการกระทำผิดของปัจเจกบุคคลเพื่อพิจารณาดำเนินคดีกับปัจเจกบุคคลที่ถูกกล่าวหาและลงโทษปัจเจกบุคคลที่ได้กระทำผิด ดังนั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำผิดอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สามารถลงโทษปัจเจกบุคคลนั้นได้ จึงจำเป็นต้องศึกษาลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำที่สามารถลงโทษได้ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำที่สามารถลงโทษได้

การดำเนินคดีกับปัจเจกบุคคลซึ่งก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศในศาลอนุกรมเบิร์กและศาลโตเกียวสะท้อนให้เห็นได้ว่า นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและอนุสัญญาต่างๆ แล้ว ปัจเจกบุคคลยังต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น บุคคลที่ประกอบอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศจึง

ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาเช่นกัน โดยหัวข้อนี้จะพิจารณาการกระทำของปัจเจกบุคคลที่สามารถลงโทษได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.1 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

บทบัญญัติข้อ 2* แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ให้นิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ว่า

“การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หมายถึง การกระทำใด ๆ ซึ่งกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายล้างกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนา ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น ดังต่อไปนี้

- (a) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
- (b) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกกลุ่ม
- (c) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (d) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

* ลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่บัญญัติในข้อ 2 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) (International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 161; International Court of Justice, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4285.pdf>, para. 23 and *The Prosecutor v. Akayesu*, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, para.495.)

(e) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง”

จากคำนิยามดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ 2 ประเภท คือ องค์ประกอบภายนอก หรือองค์ประกอบด้านการกระทำ (*actus reus*) ซึ่งได้แก่ ผู้กระทำการกระทำ ผู้ถูกกระทำ โดยองค์ประกอบด้านการกระทำนั้นรวมถึงการละเว้นการกระทำด้วย⁶ และ องค์ประกอบภายใน หรือองค์ประกอบด้านจิตใจหรือเจตนา (*mens rea*) ซึ่งมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตาม (a) – (e) ที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนองค์ประกอบทางด้านจิตใจนั้นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องการเจตนาพิเศษ (*specific intent* หรือ *dolus specialis*) ซึ่งเจตนาพิเศษนี้ทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างจากอาชญากรรมทั่วไปและอาชญากรรมต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอื่นๆ⁷ โดยเจตนาพิเศษนั้นประกอบด้วย เจตนาที่จะทำลายล้างทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งสมาชิกของกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนา⁸ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1.1 องค์ประกอบภายนอก

⁶ โปรดดู The Prosecutor v. Akayesu Case, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, paras. 400 – 1, อ้างถึงใน Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 71.

⁷ โปรดดู The Prosecutor v. Goran Jelisić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, Judgment of 14 December 1999, para. 66, อ้างถึงใน Ibid., p. 72; The Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, para. 498 and International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, paras. 187-188.

⁸ โปรดดู The Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, para. 498 and The Prosecutor v. Goran Jelisić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, Judgment of 14 December 1999, para. 66, อ้างถึงใน Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 72.

(ก) ผู้กระทำ

ในส่วนของผู้กระทำความผิดนั้น อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้บัญญัติเกี่ยวกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบไว้ในข้อ 4 ว่า “บุคคลที่ได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำการอื่นใดตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 3 จะต้องถูกลงโทษ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ปกครองที่ต้องรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นสามัญชน” แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้กล่าวถึงบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบโดยตรงแต่ก็พออนุมานได้ว่าผู้ที่กระทำผิดได้คือปัจเจกบุคคลนั่นเอง โดยไม่คำนึงว่าปัจเจกบุคคลผู้นั้นจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา ซึ่งหากปัจเจกบุคคลผู้นั้นได้ประกอบอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาทั้งสิ้น ประกอบกับคำพิพากษาชั้นอุทธรณ์ของ ICTR คดี *Kayishema and Ruzindana* ได้ยืนยันเช่นกันว่า นิยามของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ได้กำหนดว่าบุคคลใดจะเป็นผู้กระทำผิด ดังนั้น ทุกคนสามารถทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปฏิบัติการระดับล่าง ผู้วางแผนระดับสูง หรือแม้กระทั่งสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องนั่นเอง⁹

นอกจากนี้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีนี้ก็ได้อืนยันแล้วว่าเฉพาะปัจเจกบุคคลเท่านั้นที่สามารถกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ แต่อาจมีบางกรณีที่มีการกระทำของปัจเจกบุคคลถ่ายโอนไปเป็นการกระทำในนามของรัฐได้ อันนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3

(ข) การกระทำ

⁹ The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Appeals Chamber), Case No. ICTR-95-1, Judgment (Reasons) of 1 June 2001, para. 170. “...genocide is not a crime that can only be committed by certain categories of persons. As evidenced by history, it is a crime which has been committed by the low-level executioner and the high-level planner or instigator alike...”

สำหรับการกระทำอันจะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นไปตามการกระทำตามข้อ 2 (a) – (e) แต่ทั้งนี้ต้องประกอบไปด้วยเจตนาในการทำลายล้างซึ่งกลุ่มที่ได้รับการปกป้อง¹⁰ ซึ่งประกอบด้วยการกระทำดังต่อไปนี้

1. การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม (Killing members of the group)

คำว่า “การฆ่า” (killing) นั้น หมายถึง การทำให้บุคคลหนึ่งถึงแก่ความตาย* แต่ทั้งนี้ การฆ่าที่จะเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะต้องประกอบไปด้วยเจตนาพิเศษ ซึ่งผู้ฆ่าจะต้องมีเจตนาในการทำลายล้างซึ่งสมาชิกของกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน กล่าวคือ ผู้ฆ่ามีเป้าหมายที่จะเลือกกระทำต่อเหยื่อที่ได้รับการปกป้อง¹¹

อย่างไรก็ดี คำว่า “สมาชิกของกลุ่ม” นั้นหมายถึงต้องเป็นการฆ่าบุคคลอย่างน้อยสองคนขึ้นไปหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ Working Group on Elements of Crimes ของ ICC¹² ได้มีข้อสรุปว่า คำว่า “สมาชิกของกลุ่ม” หมายถึง บุคคลของกลุ่มหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น*

¹⁰ Florian Jessberger, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide,” in The UN Genocide Convention: A Commentary, ed. Paola Gaeta (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 94.

* Element of Crimes, Article 6 (a) Genocide by Killing

“The term “killed” is interchangeable with the term “caused death”.”

¹¹ The Prosecutor v. Krtić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33, Judgment of 2 August 2001, para. 685.

¹² UN doc.PCNICC/1999/WGEC/RT.1, Working Group on Element of Crimes of the Preparatory Commission for the International Criminal Court

* Element of Crimes, Article 6 (a) Genocide by Killing

(1) “The perpetrator killed one or more persons.”

โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการฆ่าคนมากกว่าหนึ่งคนเท่านั้นจึงจะเข้าองค์ประกอบ ถึงแม้ว่าการฆ่าคนเพียงคนเดียวก็สามารถเป็นความผิดตามบทบัญญัติข้อนี้ได้ แต่การฆ่าเหล่านั้นต้องมืองค์ประกอบภายใน ซึ่งเป็นเจตนาพิเศษในการฆ่า คือ การทำลายล้างทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2. การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม (Causing serious bodily or mental harm to member of the group)

การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสที่จะเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างสาหัสต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างน้อยต่อสมาชิกในกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มศาสนาอย่างน้อยหนึ่งคน¹³ ซึ่งอันตราย (harm) ที่จะก่อขึ้นต้องเจตนาที่จะสร้างความเจ็บปวดให้เกิดขึ้น¹⁴ แต่ทั้งนี้ อันตรายที่ก่อให้เกิดขึ้นนั้นไม่จำเป็นจะต้องมีลักษณะถาวรหรือไม่สามารถรักษาได้ (permanent or irremediable)¹⁵

¹³ A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 133, อ้างถึงใน Florian Jessberger, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide,” in *The UN Genocide Convention – A Commentary*, p. 97.

¹⁴ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 186; The Prosecutor v. Brdanin, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-99-36-T, Judgment of 1 September, 2004, para. 645, อ้างถึงใน Ibid.

¹⁵ The Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, para. 502; The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Appeals Chamber), Case No. ICTR-95-1, Judgment (Reasons) of 1 June 2001, para. 108 and The Prosecutor v. Krstić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33, Judgment of 2 August 2001, para. 513, อ้างถึงใน Ibid., p.99.

การกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ลักษณะนี้สามารถแบ่งออกได้ 2 ส่วน คือ การก่อให้เกิดอันตรายแก่กายอย่างสาหัส (serious bodily harm) ซึ่งหมายถึง การทำร้ายร่างกายได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ (health) การทำให้เสียโฉม (disfigurement) และการทำให้อวัยวะ หรือระบบประสาทสัมผัสทั้งภายนอกและภายในได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง¹⁶ ส่วนการก่อให้เกิดอันตรายแก่จิตใจอย่างสาหัส (serious mental harm) นั้น ไม่เกี่ยวข้องกับการทำร้ายร่างกาย หรือผลกระทบที่เกิดจากร่างกายอันส่งผลต่อจิตใจ¹⁷ ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องตีความเป็นรายกรณีไป โดย ICTR ได้ตีความคำว่า “การก่อให้เกิดอันตรายต่อจิตใจอย่างสาหัส” ว่า หมายถึง การทำให้จิตใจถูกบั่นทอนเล็กน้อยหรือชั่วคราว เช่น การทำให้รู้สึกไม่มีความสุข (unhappiness) การทำให้รู้สึกอับอาย (embarrassment) หรือ การทำให้ถูกดูถูก (humiliation) เพียงชั่วคราว เป็นต้น¹⁸

สำหรับการกระทำลักษณะนี้ได้เคยมีแนวทางการพิจารณาคดีในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เกี่ยวข้องกับการก่อการดังกล่าวก็คือ กรณีที่ศาลแขวงกรุงเยรูซาเลมตัดสินในคดี Eichmann เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1961 ว่า การทำให้อันตรายร้ายแรงทางร่างกายและจิตใจต่อสมาชิกของกลุ่มนั้น สามารถเกิดขึ้นได้จากการทำให้ลงเป็นทาส ทำให้ออดตาย การเนรเทศ และการข่มเหงรังแก...และโดยการกักขังให้อยู่ในชุมชนแออัด ค่ายเดินทางหรือค่ายกักกัน โดยมี

¹⁶ The Prosecutor v. Akayesu, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, paras. 504, 711 and 720; The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Appeals Chamber), Case No. ICTR-95-1, Judgment (Reasons) of 1 June 2001, para. 109 and The Prosecutor v. Krstić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33, Judgment of 2 August 2001, para. 543 อ้างถึงใน Ibid., p.98.

¹⁷ D. Petrovic, “Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology,” *EJIL* 5, (1994): 342 and 357, อ้างถึงใน Ibid.

¹⁸ The Prosecutor v. Krstić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33, Judgment of 2 August 2001, para. 513, อ้างถึงใน Ibid., pp. 98 – 99.

สภาพการออกแบบมาเพื่อทำให้เกิดการเสื่อมเสีย การลดคุณค่าในสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่ง และเพื่อปราบปรามพวกเขา และทำให้พวกเขาเกิดความทุกข์ทรมานอย่างมิใช่มนุษย์¹⁹

ซึ่งต่อมาหลักการนี้ได้รับการนำมาอ้างอิงโดยศาล ICTR ในการพิจารณาคดีการกระทำต่าง ๆ โดยการกระทำลักษณะนี้อาจรวมถึง การทรมาน การสอบสวนที่ประกอบไปด้วยการบีบบังคับ (beating) และ/หรือการข่มขู่ว่าจะทำให้ถึงตาย ข่มขืน หรือ การปฏิบัติอย่างมิใช่มนุษย์ (inhuman) หรือการปฏิบัติอย่างเลวทราม (degrading treatment)²⁰ นอกจากนี้ในคดี *Akayesu* ศาล ICTR ยังได้ยืนยันว่าการกระทำรุนแรงทางเพศ (sexual violence) ก่อให้เกิดอันตรายอย่างสาหัสต่อร่างกายและจิตใจด้วย²¹ แต่ทั้งนี้จะเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาเจตนาประกอบด้วยว่ามุ่งกระทำต่อสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องหรือไม่

3. การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่า จะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือแต่บางส่วน (Deliberately inflicting on the group conditions of the life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part)

การกระทำที่จะเข้าลักษณะนี้ครอบคลุมถึงการเจตนากำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตของกลุ่มหนึ่งที่เกิดการณได้ว่าจะนำมาซึ่งการทำลายล้างทางกายภาพ

¹⁹ District Court of Jerusalem, *Attorney – General of the Government of Israel v. Eichmann*, Judgment of 12 December 1961 in *International Legal Materials* 36, (1968): 340, อ้างถึงใน Robert Cryer, Hankan Friman, Robinson Darryl, and Elezabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 174.

²⁰ The Prosecutor v. Krtić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-98-33, Judgment of 2 August 2001, para. 513.

²¹ The Prosecutor v. Akayasu, (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, paras. 706 and 731.

ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน²² ซึ่งครอบคลุมถึงการทำให้ตายอย่างช้า ๆ เช่น การขาดแคลนที่อยู่อาศัย เสื้อผ้า สุขภาพอนามัยและการรักษาทางการแพทย์ หรือ การให้งานหนักเกินไป หรือ กิจกรรมที่ต้องใช้แรงทางกายภาพเป็นอย่างมาก เป็นต้น²³

ในคดี *Akayesu* ศาล ICTR ได้มีการตีความของความผิดนี้ไว้ว่า กระทำการโดยเจตนาที่จะทำให้สภาพการดำรงชีวิตของกลุ่มเกิดความเสียหาย โดยคาดหมายว่าจะนำไปสู่การทำลายล้างกลุ่มทางกายภาพทั้งหมดหรือบางส่วน ต้องประกอบด้วยวิธีการในการทำลายล้างโดยที่ผู้กระทำไม่ได้ฆ่าสมาชิกของกลุ่มทันที แต่จะเจาะจงค้นหาการทำลายสภาพร่างกายของพวกเขา และยังรวมไปถึงการบังคับให้กลุ่มบุคคลมีชีวิตรอดอยู่ด้วยอาหารที่แคบอย่างชีพได้ การเนรเทศอย่างเป็นระบบให้ออกจากภูมิลำเนา และการลดการบริการทางการแพทย์ที่จำเป็นลง โดยให้มีระดับต่ำกว่าระดับน้อยที่สุดที่บุคคลต้องการ²⁴

โดยการกำหนดเงื่อนไขต่อ “กลุ่ม” นั้น มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนว คือ การกำหนดเงื่อนไขต่อสมาชิกในกลุ่มนั้นต้องเป็นการกำหนดต่อกลุ่ม ไม่ใช่แค่เพียงสมาชิกคนเดียวของกลุ่มนั้น²⁵ แต่ Working Group on Elements of Crimes ของ ICC เห็นว่า เป็นการกระทำต่อสมาชิกเพียงคนเดียวหรือมากกว่าหนึ่งขึ้นไป* ดังนั้น กรณีในการพิจารณาคำว่า “กลุ่ม” ว่าจะรวมถึงสมาชิกของกลุ่มเพียงคนเดียวหรือมากกว่านั้นหรือไม่นั้นจำเป็นต้องรอคำพิพากษาของ

²² Florian Jessberger, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide,” in *The UN Genocide Convention: A Commentary*, p. 100.

²³ *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-95-1, Judgment (Reasons) of 21 May 1999, para. 115.

²⁴ *Ibid.*, para. 505.

²⁵ Claus Kress, “The Crime of Genocide under International Law,” *International Criminal Law Review* 6 (2006): 481.

* Element of Crimes, Article 6 (c) Genocide by deliberately inflicting conditions of life calculated to bring about physical destruction

(1) “The perpetrator inflicted certain conditions of life upon one or more persons.”

ศาลในอนาคต แต่ทั้งนี้ เงื่อนไขการดำรงชีวิตที่กำหนดนั้นได้ทำลายทางกายภาพต่อกลุ่มเพียงบางส่วนก็เพียงพอ

อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่จะเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้นั้นจะต้องปรากฏว่า เงื่อนไขการดำรงชีวิตที่กำหนดนั้นจะต้องสังเกตเห็นได้ว่า สมาชิกของกลุ่มนั้นจะถูกกำจัด (exterminate)²⁶ ดังนั้น ความตายของสมาชิกของกลุ่มจึงไม่มีความจำเป็นที่จะเป็นองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ลักษณะนี้ แต่ทั้งนี้ ผู้กระทำจะต้องกระทำด้วยความ “จงใจ” (deliberately) ที่จะกำจัดกลุ่มนั้นทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม ความจงใจไม่จำเป็นจะต้องมีก่อนการวางแผน²⁷

นอกจากนี้ คำพิพากษาของ ICTY ในคดี *Krtić* ได้วินิจฉัยว่า การชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) ด้วยการใช้กำลังบังคับเคลื่อนย้ายยังไม่เข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในลักษณะนี้²⁸ อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่าการใช้กำลังบังคับเคลื่อนย้ายสมาชิกของกลุ่มนี้อาจเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้หากมีลักษณะเป็นการขับไล่อย่างเป็นระบบ (systematic expulsion) ซึ่งประกอบไปด้วยการระงับอาหาร การรักษาพยาบาล ที่หลบภัย เป็นต้น และการกระทำนั้นสังเกตเห็นได้ว่าจะเป็นการกำจัดสมาชิกกลุ่มทางกายภาพ²⁹ ประกอบกับคำพิพากษาของ ICJ ในคดีการปรับใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้วินิจฉัยว่า การเนรเทศหรือการขับไล่สมาชิกของกลุ่มที่แม้จะเป็นการใช้กำลังบังคับก็ยังไม่จำเป็นว่าจะเป็นการทำลายล้าง

²⁶ The Prosecutor v. Akayasu, (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 505.

²⁷ Florian Jessberger, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide,” in The UN Genocide Convention: A Commentary, p. 101.

²⁸ The Prosecutor v. Krtić, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-98-33-A, Judgment of 19 April 2004, para. 33.

²⁹ Willam A. Schabas, Genocide in International Law (Cambridge: Cambridge of University Press, 2000), p. 168, อ้างถึงใน Florian Jessberger, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide,” in The UN Genocide Convention – A Commentary, p. 101.

กลุ่มนั้นที่จะมีลักษณะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การชำระล้างเผ่าพันธุ์ จะไม่การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น การชำระล้างเผ่าพันธุ์อาจจะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ใน ลักษณะนี้ได้หากมีการจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่ การทำลายทางกายภาพของกลุ่มชาติพันธุ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนซึ่งต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษ นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าการทำลายล้างกลุ่มนั้นต่างจากการขับไล่ออกจากศาสนา³⁰ ดังนั้น การทำ ชำระล้างเผ่าพันธุ์อาจเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้หากปรากฏว่าการบังคับ เคลื่อนย้ายกลุ่มชาติพันธุ์นั้นได้ทำไปด้วยการจงใจที่จะกำหนดเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นได้ว่า จะทำลายทางกายภาพของกลุ่มชาติพันธุ์นั้น

4. การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายใน กลุ่ม (Imposing measures intended to prevent births within group)

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในลักษณะนี้ คือ การกำหนดมาตรการที่มี เป้าหมายเพื่อคุมกำเนิดภายในกลุ่มที่ได้รับการปกป้อง โดยมีเป้าหมายทางชีวภาพที่จะทำให้ไม่ สามารถกำเนิดบุตรได้โดยตรง นอกจากนี้ยังรวมถึงการทำลายล้างกลุ่มด้วยการเคลื่อนย้ายกลุ่มที่มี ความสามารถในการเจริญพันธุ์ออกไป³¹

สำหรับลักษณะของการกระทำศาล ICTR ได้เคยตีความของความผิดนี้ไว้ ในคดี *Akayesu* ว่า มาตรการที่มีเจตนาที่จะป้องกันการเกิดภายในกลุ่มต้องประกอบไปด้วย การ ทำให้ใช้การไม่ได้ทางเพศ การกระทำให้เป็นหมัน การบังคับให้ควบคุมการเกิด การจับแยกเพศ และการห้ามมิให้มีการสมรส...ยิ่งไปกว่านั้น มาตรการที่มีเจตนาในการป้องกันการเกิดภายในกลุ่ม

³⁰ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 190.

³¹ Florian Jessberger, "The Definition and the Elements of the Crime of Genocide," in *The UN Genocide Convention – A Commentary*, p. 101.

ไม่ได้จำกัดเพียงแค่ร่างกายเท่านั้น แต่อาจเป็นไปได้ในทางจิตใจอีกด้วย เช่น การข่มขืนอาจเป็นมาตรการในการป้องกันการเกิดได้เมื่อผู้ข่มขืนปฏิเสธการกำเนิดของบุตรในภายหลัง ซึ่งในทางเดียวกันสมาชิกของกลุ่มนั้นอาจโดนกระทำให้เกิดความกลัวหรือการบอบช้ำทางจิตใจไม่ให้เกิดบุตรก็เป็นได้³²

5. การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปสู่อีกกลุ่มหนึ่ง (Forcibly transferring children of the group to another group)

ความจริงแล้วการบังคับโยกย้ายเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปยังกลุ่มหนึ่งนั้น มีลักษณะเป็นการทำลายล้างทางวัฒนธรรม (cultural genocide)* แต่ไม่ได้รับการยอมรับในช่วงร่างอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์³³

การกระทำที่จะเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้จะต้องปรากฏว่าการเคลื่อนย้ายเด็กจะต้องเป็นการโยกย้ายโดยใช้กำลัง นอกจากนี้ในคดี Akayesu ศาล ICTR ได้มีการตีความของความผิดนี้ไว้ว่า นอกจากเด็กต้องถูกย้ายจากกลุ่มของเหยื่อไปสู่อีกกลุ่มหนึ่งแล้ว ยังรวมไปถึงการข่มขู่หรือทำให้บอบช้ำทางจิตใจว่าจะทำการโยกย้ายเช่นนั้นด้วย³⁴

³² The Prosecutor v. Akayasu, (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 507.

* การทำลายล้างทางวัฒนธรรมนั้น ต้องเป็นการทำลายล้างกลุ่มที่มีลักษณะพิเศษ เช่น กลุ่มภาษา หรือกลุ่มวัฒนธรรม ประเพณี เป็นต้น

³³ Florian Jessberger, "The Definition and the Elements of the Crime of Genocide," in The UN Genocide Convention: A Commentary, pp. 102-103.

³⁴ The Prosecutor v. Akayasu, Judgment (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 505.

นอกจากนี้ยังต้องเป็นการกระทำต่อ “เด็ก” ซึ่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ได้ให้นิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้ ดังนั้น จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention of the Right of the Child) ซึ่งได้ให้ความหมายของคำว่า “เด็ก” ไว้ว่า หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ดังนั้น การใช้กำลังบังคับโยกย้ายเด็กจึงต้องตีความว่าเป็นการใช้กำลังบังคับโยกย้ายเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จึงจะเข้าการกระทำลักษณะนี้ ส่วนการบังคับโยกย้ายผู้ที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปอาจจะเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 2 (c) นอกจากนี้ การบังคับโยกย้ายจะต้องกระทำโดยมีเจตนาที่จะทำลายล้างกลุ่มที่มีอยู่ด้วยการโยกย้ายอย่างถาวร โดยตั้งอยู่บนข้อสมมติฐานที่ว่าเมื่อเด็กได้เคลื่อนย้ายไปยังกลุ่มอื่นแล้วจะไม่สามารถเติบโตเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มดั้งเดิมของตนเองได้ หรือทำให้ห่างเหินจากเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของกลุ่มเหล่านั้น กล่าวคือ เด็กจะมีความรู้สึกภาษาและวัฒนธรรมของกลุ่มดั้งเดิมของเด็กจะกลายเป็นของกลุ่มอื่น³⁵

จากที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าการกระทำใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยการกระทำเหล่านั้นจะต้องเป็นการกระทำต่อกลุ่มที่ได้รับการปกป้องด้วยเจตนาพิเศษในการทำลายล้างกลุ่มดังกล่าวทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ดังนั้น ลำดับต่อไปจะพิจารณาลักษณะของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องซึ่งเป็นผู้ถูกกระทำว่ามีลักษณะเช่นใด เพราะหากไม่ใช่การกระทำต่อกลุ่มดังกล่าวแล้วอาจจะไม่เข้าลักษณะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็เป็นได้ แม้จะมีการกระทำในลักษณะที่ได้กล่าวมานี้ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(ค) ผู้ถูกกระทำ

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องกระทำลงต่อกลุ่มซึ่งได้แก่ กลุ่มชาติ กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มศาสนา ซึ่งแต่ละกลุ่มที่ได้กล่าวไว้นั้นหมายถึงกลุ่มบุคคลดังต่อไปนี้

³⁵ Florian Jessberger, “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide,” in The UN Genocide Convention – A Commentary, pp. 102-103.

กลุ่มชาติ (National Groups) หมายถึง กลุ่มบุคคลที่รวมกันโดยยอมรับที่จะใช้ความผูกพันตามกฎหมายร่วมกัน โดยมีพื้นฐานมาจากสภาพความเป็นพลเมืองเดียวกัน มีความผูกพันกันโดยการแลกเปลี่ยนซึ่งสิทธิและหน้าที่กัน³⁶

กลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Groups) หมายถึง กลุ่มซึ่งสมาชิกภายในกลุ่มนั้นใช้ภาษาหรือวัฒนธรรมเดียวกันหรือร่วมกัน³⁷ ส่วนในคดี *Kayishema* และ *Ruzindana* ของศาล ICTR ยังได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า การกำหนดว่าบุคคลใดเป็นสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติ ไม่ได้หมายถึงเพียงบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่มซึ่งมีภาษาหรือวัฒนธรรมร่วมกันซึ่งเป็นข้อพิจารณาทางภาววิสัยเท่านั้น แต่ยังต้องเป็นกลุ่มที่แยกแยะความเป็นสมาชิกของกลุ่มโดยตัวเอง (self-identification) หรือโดยบุคคลอื่น คือ ตัวผู้กระทำความผิด (identification by others) ซึ่งเป็นข้อพิจารณาทางอัตวิสัยด้วย กล่าวคือ เป็นการแยกแยะความเป็นสมาชิกกลุ่มทางเชื้อชาติด้วย³⁸

กลุ่มเชื้อชาติ (Racial Groups) หมายถึง กลุ่มที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของลักษณะเฉพาะทางพันธุกรรมทางกายภาพ โดยอาจบ่งชี้ได้จากสภาพภูมิศาสตร์ของดินแดน โดยไม่จำกัดคำนึงถึงองค์ประกอบทางภาษา วัฒนธรรม ชาติ หรือศาสนา³⁹

³⁶ The Prosecutor v. Akayasu, (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 511.

³⁷ Ibid., para. 512.

³⁸ Guglielmo Verdirame, "The Definition of Genocide in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals," *International and Comparative Law*, 578 (2000), p.591.

³⁹ The Prosecutor v. Akayasu, (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 513.

กลุ่มศาสนา (Religious Groups) หมายถึง กลุ่มที่เป็นสมาชิกภายใน กลุ่มซึ่งใช้ศาสนา นิกาย หรือรูปแบบของวัตถุในการบูชาที่เหมือนกันหรือร่วมกัน⁴⁰

การที่ต้องระบุกลุ่มไว้โดยเฉพาะนั้นก็เพื่อเป็นการบ่งบอกถึงเจตนาภายใน โดยเหยื่อจะถูกเลือกจากการเป็นสมาชิกของกลุ่มชาติ กลุ่มเผ่าพันธุ์ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มศาสนา ไม่ใช่เพราะความเป็นตัวตนของบุคคลผู้นั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงอยู่ ภายใต้กรอบความคิดที่ว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีตัวกลุ่มเป็นเหยื่อ มิใช่ตัวปัจเจกบุคคล⁴¹ ต่อไป จะพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1.2 องค์ประกอบภายใน

(ก) เจตนา

การกระทำที่จะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ผู้กระทำต้องรู้สำนึกถึง การกระทำหรือตวินการกระทำนั้น กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้หรือควรรู้ว่าตนได้กระทำความผิด ทั้งนี้การกระทำหรือกรรมนั้น จะเป็นสิ่งสำคัญที่จะเป็นเครื่องพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำ ศาล ICTR เคยได้กล่าวไว้ในคดี *Akayasu* ว่า “องค์ประกอบทางด้านจิตใจย่อมสะท้อนให้เห็นถึงความปรารถนาของจำเลยว่า อาชญากรรมได้ถูกกระทำขึ้นแล้วอย่างแท้จริง”⁴² ดังนั้น เจตนา (intent) จึง

⁴⁰ Ibid., para. 514.

⁴¹ Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court* (New York: Routledge, 2004), p.210.

⁴² The Prosecutor v. Akayasu, (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 475.

เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกระทำและเป็นการในการพิสูจน์ถึงความจงใจ ความมุ่งหมายในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่อย่างไรก็ดี ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปในประเด็นที่ว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นเจตนา ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้ว่าการกระทำนั้นมีเจตนาที่จะทำลายล้างเผ่าพันธุ์ กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็อาจทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดได้

(ข) เจตนาพิเศษ

เจตนาพิเศษ (special intent, *dolus specialis*) หมายถึง ความผิดที่อยู่ นอกเหนือเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ผู้กระทำต้องมีมูลเหตุจงใจในการกระทำ ดังนั้น หากผู้กระทำมี แต่เจตนาธรรมดาเท่านั้น ผู้กระทำก็ยังไม่มีความผิดเพราะถือว่าขาดองค์ประกอบภายในส่วนที่เป็นเจตนาพิเศษ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เจตนาพิเศษนั้น ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาโดยตรงมุ่งต่อการนั้น เท่านั้น จึงจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษ⁴³

ดังนั้น การมีเจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ ความต้องการที่จะทำลายล้างทางกายภาพ มิใช่แค่ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม ซึ่งการมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างกลุ่มคนทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น ถือเป็นสิ่งสำคัญที่แยกอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เพราะฉะนั้น หากพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษไม่ได้หรือยังไม่เพียงพอ ผู้กระทำอาจมีความผิดในฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติหรืออาชญากรรมสงครามได้⁴⁴

อย่างไรก็ดี ในเรื่องขององค์ประกอบภายในที่ยากจนถึงขั้นที่เป็นไปไม่ได้ในการที่จะตีความคดี *Akayesu* ว่า เจตนาเป็นองค์ประกอบภายในที่ยากจนถึงขั้นที่เป็นไปไม่ได้ในการที่จะตีความ

⁴³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: หจก. จีวิธการพิมพ์, 2549), หน้า 182.

⁴⁴ William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p.31-34.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อปราศจากการรับสารภาพของจำเลย เจตนา ก็จะเป็นเพียงแค่การพิจารณาได้จากจำนวนข้อเท็จจริงที่มาจากการสันนิษฐานเท่านั้น โดยศาล ICTR พิจารณาสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงเพื่อใช้ในการชี้ถึงเจตนาในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เช่น ในคดี *Akayesu* ศาลได้พิจารณาจากสัดส่วนและธรรมชาติโดยทั่วไปของความโหดร้ายที่เกิดขึ้น กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของการจำกัดเป้าหมายไปที่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยตัดสมาชิกของกลุ่มอื่นออกไปอย่างไต่ร่องไว้ก่อนหรืออย่างเป็นระบบ และพิจารณาถึงการทำซ้ำในการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และเป็นการทำลายล้างนั้นๆ รวมทั้งยังได้พิจารณาถึงการปราศรัยหรือโครงการใด ๆ ที่เตรียมการบนพื้นฐานเพื่อให้เกิดการสังหารหมู่ เป็นต้น การตีความของศาลในการพิจารณาคดีของ *Akayesu* นี้ ศาลได้ตีความเจตนาของ *Akayesu* แยกต่างหากออกจากเจตนา่วมกัน (Collective intent) ของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลได้ตีความเจตนาของ *Akayesu* จากการปราศรัยที่ได้กระทำขึ้นเพื่อเรียกร้องให้มีการร่วมกันทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และจากการกระทำการข่มขืนหญิงชาว Tutsi อย่างเป็นระบบในชุมชน Taba ซึ่ง *Akayesu* ปกครองอยู่ และผลลัพธ์ของการข่มขืนส่วนใหญ่จบลงด้วยการสังหารเหยื่อ

นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดี *Kayishema and Ruzindana* ศาล ICTR ยังได้กล่าวว่า องค์ประกอบภายในนั้นต้องมีขึ้นการก่อนการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และศาลยังได้เพิ่มองค์ประกอบในการพิจารณาเจตนาจากคดีของ *Akayesu* โดยพิจารณาถึงจำนวนเหยื่อภายในกลุ่ม การใช้ภาษาในทางเสียหายต่อสมาชิกในกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง การวางแผนกำหนดวิธีการฆ่าและการทำให้การฆ่านั้นเกิดขึ้นอย่างเป็นระบบ เป็นต้น ซึ่งอย่างไรก็ตาม การกระทำที่ได้กล่าวมาทั้งหมด บั้เจกชนไม่จำเป็นที่จะต้องล่วงรู้ถึงแผนการหรือนโยบายทั้งหมดในการก่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ก็ถือว่าเป็นผู้ที่มีองค์ประกอบภายในหรือมีเจตนาการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว⁴⁵

สำหรับคำพิพากษาคดีการปรับใช้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ นี้ ศาลได้หยิบยกคำพิพากษาของ ICTY ในคดี *Krstic* และคดี *Blagojevic* มาพิจารณาและชี้ให้เห็นถึง

⁴⁵ Guglielmo Verdirame, "The Definition of Genocide in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals," *International and Comparative Law* 49 (2000): 584.

เจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่าเจตนาพิเศษนั้นอาจมาภายหลังจากที่ได้ปฏิบัติการไปแล้วก็ได้⁴⁶ โดยในอดีตดังกล่าวพบว่ามีเจตนาพิเศษเกิดขึ้นหลังจากมีการเปลี่ยนเป้าหมายทางทหาร และหลังจากมีการยึดครองเซบรีนีก้าเมื่อวันที่ 12 หรือ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 จึงสรุปว่าการกระทำผิดในเซบรีนีก้านั้นเป็นการฆ่าและทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ข้อ 2 (a) และ (b) อันประกอบด้วยเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างซึ่งกลุ่มบอสเนียมุสลิมของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ดังนั้น จึงพบว่าได้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยสมาชิกกลุ่ม VRS ในเซบรีนีก้าและพื้นที่รอบๆ ประมาณวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995⁴⁷

ดังนั้น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกบุคคลต้องปรากฏว่ามีทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งหากขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งไปแล้ว บุคคลนั้นหาได้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ แต่อาจจะผิดอาชญากรรมทั่วไป เช่น ฆาตกรรม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เป็นต้น

4.2.2 การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลักการของระบบกฎหมายอาญาทุกระบบต้องมีการลงโทษผู้ที่ร่วมกันกระทำความผิด ซึ่งก็คือ ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน แนะนำ และจัดหา หรือมิฉะนั้นก็มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ถึงแม้ว่าพวกเขาจะไม่ใช่ว่าผู้กระทำความผิดตัวหลักก็ตาม การสมรู้ร่วมคิดกันกระทำความผิดในบางกรณีอาจได้รับการพิจารณาว่าเป็นการร่วมกันกระทำความผิดในลำดับที่

⁴⁶ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 295.

⁴⁷ Ibid., para. 297 “The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995.”

สอง แต่ในกรณีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เป็นเช่นนั้น ดังที่ศาล ICTY เคยได้อธิบายไว้ว่า ถึงแม้ว่าสมาชิกของกลุ่มจะเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดทางอาญา แต่ผู้มีส่วนร่วมหรือผู้สนับสนุนของสมาชิกคนอื่นในกลุ่มก็มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดการกระทำความผิดอาญานั้นขึ้น จึงสามารถพิจารณาเป็นผลตามมาได้ว่าแรงจูงใจทางศีลธรรมของผู้สมรู้ร่วมคิดกันในการกระทำนั้นไม่ได้น้อยไปกว่า หรือไม่ได้แตกต่างจากผู้ที่ดำเนินการกระทำความผิดนั้นเลย⁴⁸

การสมรู้ร่วมคิดกันกระทำความผิดในระดับที่จะถือเป็นความผิดตามบทบัญญัติข้อนี้ได้ นั้น ศาล ICTY ได้เคยกล่าวไว้ว่า การร่วมกันนั้นต้องมีผลโดยตรงหรือสำคัญต่อการก่ออาชญากรรม ซึ่งการร่วมกันนั้นจะเป็นผลสำคัญก็ต่อเมื่อ การกระทำทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้นในรูปแบบนั้น หากไม่มีบุคคลผู้มารับบทที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำลง⁴⁹ อย่างไรก็ตาม การร่วมกันนั้นไม่จำเป็นต้องมีความสำคัญจนถึงขนาดเป็นองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้สำหรับอาชญากรรมนั้นๆ ดังนั้น ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลจึงไม่จำกัดอยู่แค่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงเท่านั้น แต่ยังให้ผลขยายไปถึงการกระทำของผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำในหลายๆ กรณีอีกด้วย

4.2.3 การสมคบกันในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยที่จะเกิดขึ้นโดยไม่มี การสมคบกัน กระทำขึ้น การดำเนินคดีกับผู้สมคบกันนั้น ผู้ดำเนินคดีจะต้องพิสูจน์ได้ว่า มีบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้นตกลงกันในการวางแผนก่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพิสูจน์องค์ประกอบภายนอกของการเข้าร่วมนั้นต้องพิสูจน์โดยพยานเอกสาร แต่หากไม่สามารถหาได้หลักฐานโดยสภาพการณ์ว่า มีการวางแผนหรือสมคบกันก็เพียงพอแล้ว ในส่วนขององค์ประกอบภายในของผู้ดำเนินคดีต้องสร้างข้อกล่าวหาว่ามีเจตนาที่จะทำลายล้างทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง

⁴⁸ The Prosecutor v. Dusko Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para.191.

⁴⁹ Ibid., para. 688.

ซึ่งภายใต้หลักการว่าบุคคลมักจะกระทำการตามที่ตนเองได้เจตนาไว้ นั้น ศาลอาจพิสูจน์การมีอยู่ของเจตนาภายในเหล่านั้นจากพยานหลักฐานทางข้อเท็จจริงก็ได้

4.2.4 การยุยงบุคคลอื่นโดยตรงและเปิดเผยต่อสาธารณะให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ในการพิจารณาคดีของศาล ICTR ศาลได้กล่าวไว้ว่า เจตนาภายในของอาชญากรรมการยุยงปลุกปั่นโดยตรงหรือโดยสาธารณะเพื่อให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องมีเจตนาโดยตรงที่จะกระตุ้นหรือยุยงให้ผู้อื่นก่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเป็นการบ่งบอกถึงความต้องการในส่วนของตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งได้กระทำการสร้างสภาวะทางจิตใจในการก่ออาชญากรรมเช่นนั้นขึ้นในจิตใจของผู้ที่ตนมีอิทธิพลต่อ⁵⁰ โดยอาจกระทำผ่านการปราศรัย การตะโกน หรือการข่มขู่ ซึ่งได้กล่าวในสถานที่สาธารณะ หรือในการชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านการขายของ หรือการแจกจ่าย หรือการเสนอขาย หรือการเผยแพร่ในวัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือสิ่งพิมพ์ในที่สาธารณะหรือการชุมนุมสาธารณะ หรือผ่านการเผยแพร่ต่อสาธารณะในใบปลิว หรือป้ายประกาศ หรือผ่านวิธีการใดๆ ของการสื่อสารทางภาพและเสียง⁵¹

4.2.5 การพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การกระทำความผิดฐานพยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ยังไม่เคยถูกใช้ในการพิจารณาคดีมาก่อน⁵² เนื่องจากการพิจารณาคดีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในทุกกรณีนั้นเป็นการ

⁵⁰ The Prosecutor v. Jean – Paul Akayasu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 559.

⁵¹ Antonio Cassese, International Criminal Law (Oxford: Oxford University Press, 2003), p.198.

⁵² William A. Schabas, Genocide in International Law: the Crimes of Crimes, p.337.

พิจารณาคดีหลังจากเกิดเหตุการณ์เป็นผลสำเร็จไปแล้ว จึงไม่มีผู้กระทำความผิดใดที่พยายามกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

อย่างไรก็ดี ศาลภายในได้ตีความการพยายามกระทำผิดว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดทางอาญาที่มีบทลงโทษกำหนดไว้แต่ความผิดนั้นไม่สำเร็จ⁵³ ดังนั้น จึงสันนิษฐานได้ว่าการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์แต่ความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เกิดขึ้น⁵⁴ นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาล ICC ได้วางแนวทางไว้ว่า การพยายามกระทำเกิดขึ้นเมื่อผู้ถูกกล่าวหาได้เริ่มกระทำการลงมือในขั้นตอนที่จำเป็น (Substantial step) แต่อาชญากรรมดังกล่าวไม่บรรลุผลเพราะพฤติการณ์อื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาของบุคคลนั้น * จึงอาจกล่าวได้ว่า ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิด แต่มีเหตุให้การกระทำนั้นไม่บรรลุผลซึ่งสาเหตุดังกล่าวไม่ใช่การกลับใจของผู้ที่ตั้งใจจะกระทำความผิดนั่นเอง ซึ่งขั้นตอนจำเป็นนี้มีการตีความว่ามีพื้นฐานมาจากกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายอังกฤษ ซึ่งลักษณะของการตีความเช่นนี้สามารถพิจารณาได้ว่า การพยายามกระทำความผิดนั้นอยู่ในช่วงระหว่างขั้นตอนแรกภายหลังจากการเตรียมการ และขั้นตอนสุดท้ายก่อนการลงมือกระทำความผิด⁵⁵

⁵³P.H. Robinson, *Criminal Law* (New York: Aspen Publishers, 1997), p.611, อ้างถึงใน Jens David Ohlin, "Attempt to Commit Genocide," in *The UN Genocide Convention: A Commentary*, ed. Paola Gaeta (Oxford: Oxford University Press, 2009), p.194.

⁵⁴Ibid.

* Rome Statute of the International Criminal Court, Article 25: Individual Criminal Responsibility

3 (f) "Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions..."

⁵⁵ William A. Schabas, *Genocide in International Law: the Crimes of Crimes*, p.337.

ดังนั้น การพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงสามารถสันนิษฐานได้ว่า ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษที่จะทำลายล้างสมาชิกของกลุ่มที่ได้รับการปกป้องทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยได้เตรียมการที่จะกระทำความผิดไปแล้ว ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีการจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือแต่บางส่วน รัฐบาลของกลุ่มชนชาติหนึ่งที่มีอำนาจในการบริหารประเทศมีความตั้งใจที่จะทำลายล้างกลุ่มชนชาติอื่นที่เป็นชนกลุ่มน้อยที่อยู่ในดินแดนของตนเอง จึงวางแผนที่จะออกกฎหมายบังคับโยกย้ายออกไปจากดินแดนของตนไปยังดินแดนที่มีความแห้งแล้ง ขาดแคลนอาหาร ซึ่งหลังจากที่ได้ประกาศใช้กฎหมายและได้ดำเนินการบังคับโยกย้ายชนชาติอื่นนั้นได้มีการใช้กำลังบังคับโยกย้ายและทรมานต่างๆ ด้วย จนประเทศอื่นเล็งเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จึงได้ใช้มาตรการแทรกแซงต่าง ๆ เพื่อให้รัฐบาลนั้นยุติการโยกย้าย ทำให้รัฐบาลนั้นต้องยกเลิกกฎหมายและยุติการโยกย้าย จะเห็นได้ว่ารัฐบาลนั้นได้ลงมือกระทำในขั้นตอนที่จำเป็นอันจะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้วแต่ปรากฏว่ามีเหตุภายนอกที่ทำให้การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้ ดังนั้น ผู้ที่สั่งการและมีส่วนเกี่ยวข้องในการวางแผนต่างๆ จะต้องรับผิดชอบในการพยายามทำลายล้างเผ่าพันธุ์

หลังจากที่ได้ทราบแล้วว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำที่สามารถลงโทษได้แล้วนั้นก็มีลักษณะเช่นใด ต่อไปจะพิจารณาถึงผลจากการที่ปัจเจกบุคคลนั้นได้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ตามข้อมติที่ 96 (1) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ได้รับรองให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษ นอกจากนี้ในข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังได้

กำหนดให้ผู้ที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำผิดและต้องถูกลงโทษโดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำจะเป็นผู้ใด โดยจุดมุ่งหมายของบทบัญญัติข้อนี้ต้องการที่จะลงโทษประมุขของรัฐ (head of state) และผู้ออกนโยบายในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพื่อไม่ให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แต่ไม่ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด และแม้บทบัญญัติข้อ 6 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะกำหนดให้รัฐที่มีการทำอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษ หรือในกรณีที่รัฐนั้นไม่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้ก็ต้องให้ศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นและได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีเป็นผู้พิจารณาแทน แต่ก็ไม่ได้กำหนดลักษณะความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ว่ามีความรับผิดชอบเช่นใด ดังนั้น จึงต้องพิจารณาแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลในการกระทำผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศทั่วไปมาพิจารณาด้วย

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อได้มีการก่อตั้งคณะตุลาการศาลทหารระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกที่นูเรมเบิร์กและที่โตเกียว เพื่อดำเนินคดีต่อกลุ่มผู้แพ้สงครามและชาวญี่ปุ่นที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในข้อหาอาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เริ่มมีแนวคิดที่ต้องการให้ปัจเจกชนมีความรับผิดชอบทางอาญาในทางระหว่างประเทศ โดยศาลนูเรมเบิร์กได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนไว้ว่าอาชญากรรมที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกก่อขึ้นโดยมนุษย์ และไม่ได้เกิดจากการกระทำของบุคคลสมมติที่เป็นเพียงนามธรรม การลงโทษปัจเจกบุคคลผู้ก่ออาชญากรรมจึงจะทำให้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับได้⁵⁶

ภายหลังต่อมาได้มีการก่อตั้งศาลเฉพาะกิจสองแห่งในเวลาไล่เลี่ยกันตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ เพื่อดำเนินคดีอาญาต่อผู้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศคือศาลสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: ICTY) ที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามข้อมติที่ 808 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1993 และข้อมติที่ 827 เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 เพื่อดำเนินคดีต่อปัจเจกชนผู้ก่ออาชญากรรมสงคราม

⁵⁶ Kriangsak Kittichaisaree, *International criminal law*, p.18.

ต่อมนุษยชาติที่ได้เกิดขึ้นในยามสงคราม และอาชญากรรมที่เป็นการฆ่าฟันอนุสัญญาเจนีวา ปี ค.ศ. 1949 รวมทั้งการกระทำที่ฆ่าฟันกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงคราม และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในอดีตกาลเวียตั้งแต่ปี ค.ศ.1991⁵⁷ และศาลสำหรับประเทศรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR) ถูกก่อตั้งตามข้อมติที่ 955 เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1994 เพื่อดำเนินคดีต่อบังเจกชนผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์และกระทำการฆ่าฟันกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในรวันดา และประเทศเพื่อนบ้านของรวันดาระหว่างวันที่ 1 มกราคม ปี ค.ศ. 1994 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1994⁵⁸ ธรรมนูญก่อตั้งศาลเฉพาะกิจทั้งสองได้มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา และไม่ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะเป็นผู้นำรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐก็ไม่เป็นเหตุให้พ้นความรับผิดชอบทางอาญาหรือให้ลดโทษได้ และแม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะได้กระทำความผิดเนื่องจากปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือตามคำสั่งของรัฐบาลก็ไม่สามารถทำให้ผู้นั้นพ้นความรับผิดชอบทางอาญาได้ ซึ่งหลักความรับผิดชอบทางอาญานี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อ 6 ของธรรมนูญก่อตั้งศาล ICTY และข้อ 7 ของธรรมนูญก่อตั้งศาล ICTR ซึ่งเป็นการนำหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนต่อการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศตามหลักการนูเรมเบิร์กมาใช้โดยตรง

ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อเสริมกลไกและกระบวนการยุติธรรมของศาลภายในประเทศ ในการนำตัวบุคคลมาสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจศาลได้ก็ต่อเมื่อรัฐภาคนั้นไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดอาชญากรรมที่อยู่ในเขตศาล ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติทั้งหมด โดยศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือความผิด 4 ประการ กล่าวคือ อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมรุกราน (Aggression) (ความผิดฐาน

⁵⁷ UN.Doc.S/RES/808 (1993); UN.Doc.S/RES/827 (1993)

⁵⁸ UN.Doc.S/RES/955 (1994)

อาชญากรรมรุกรานนี้ ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจเหนือได้ต่อเมื่อมีการกำหนดคำนิยามอาชญากรรมดังกล่าวแล้วเท่านั้น) โดยช่องทางในการเสนอคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอยู่ 3 ทางด้วยกัน กล่าวคือ การเสนอคดีโดยรัฐภาคี การเสนอคดีโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ และกรณีที่ยกการของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผู้เริ่มสอบสวนและดำเนินคดี ซึ่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล (Individual criminal responsibility) ไว้ในข้อ 25 แห่งธรรมนูญศาล* ว่า

* Rome Statute of the International Criminal Court, Article 25: Individual Criminal Responsibility

“1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.

3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

1. ให้ศาลฯ มีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาตามธรรมนูญศาลฯ นี้
2. บุคคลใดที่ก่ออาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน และอาจต้องได้รับโทษตามธรรมนูญศาลฯ นี้
3. ตามธรรมนูญศาลฯ นี้ บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาและอาจต้องได้รับโทษในอาชญากรรมภายในเขตอำนาจ หากบุคคลนั้น
 - (ก) ประกอบอาชญากรรมเช่นว่า ไม่ว่าจะกระทำคนเดียว ร่วมกระทำกับบุคคลอื่น หรือผ่านทางบุคคลอื่น ไม่ว่าจะบุคคลอื่นดังกล่าวจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ก็ตาม
 - (ข) สั่งการ ขอร้อง หรือชักจูง ให้มีการประกอบอาชญากรรมเช่นว่า ซึ่งได้เกิดขึ้นจริงหรือถึงขั้นพยายามแล้ว

(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;

(e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;

(f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose."

(ค) ให้การสนับสนุน ยุยง หรือช่วยเหลืออื่นใด ในการประกอบอาชญากรรม หรือพยายามประกอบอาชญากรรม รวมทั้งหาวิธีการสำหรับการประกอบอาชญากรรม เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะอำนวยความสะดวกต่อการประกอบอาชญากรรมเช่นว่า

(ง) มีส่วนในการประกอบอาชญากรรม หรือพยายามประกอบอาชญากรรมเช่นว่าไม่ว่าทางหนึ่งทางใด โดยกลุ่มบุคคลที่กระทำด้วยความมุ่งประสงค์ร่วมกัน การมีส่วนร่วมเช่นว่าจะต้องเป็นไปโดยเจตนาและต้องเป็นไปอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

(i) มุ่งหมายที่จะสนับสนุนกิจกรรมทางอาชญากรรม หรือให้บรรลุความมุ่งประสงค์

(ii) รู้ถึงเจตนาของกลุ่มที่จะประกอบอาชญากรรม

(จ) เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ให้ปฏิบัติการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในส่วนที่ยุยงบุคคลอื่นโดยตรง และเปิดเผยต่อสาธารณชน

(ฉ) พยายามประกอบอาชญากรรมเช่นว่า โดยเริ่มปฏิบัติการด้วยวิธีการอันเป็นขั้นต้นอนสำคัญ แต่อาชญากรรมดังกล่าวไม่บรรลุผล เพราะพฤติการณ์อื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาของบุคคล อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ละทิ้งความพยายามที่จะประกอบอาชญากรรมหรือป้องกันด้วยประการอื่นไม่ให้อาชญากรรมบรรลุผล ไม่ต้องได้รับโทษตามธรรมนูญศาลฯ นี้ สำหรับความพยายามประกอบอาชญากรรม หากบุคคลนั้นยอมล้มเลิกความมุ่งประสงค์ทางอาชญากรรมนั้นอย่างสิ้นเชิงและโดยสมัครใจ

4. ไม่มีบทบัญญัติใดในธรรมนูญศาลฯ นี้ เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่จะส่งผลต่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่า จากวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในอดีตถึงปัจจุบันได้ให้ความสำคัญต่อความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นสิ่งจำเป็นจนกระทั่งในที่สุดได้เกิดศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อเป็นกลไกในการทำให้แน่ใจว่า

ปัจเจกบุคคลไม่สามารถหลีกเลี่ยงจากความรับผิดชอบทางอาญาต่อการกระทำที่ถือได้ว่า เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งปัจจุบันเป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วว่า ปัจเจกบุคคลจำเป็นต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหากได้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้น ดังนั้น ปัจเจกบุคคลที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา แต่ทั้งนี้ต้องผ่านการพิจารณาคดีของศาลที่มีเขตอำนาจก่อน สำหรับขั้นตอนการดำเนินคดีต่อปัจเจกบุคคลในความผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.4 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้อ 6 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวอาศัยหลักดินแดนเป็นลำดับแรกในการดำเนินคดีและลงโทษปัจเจกบุคคลผู้กระทำผิด แต่หากรัฐภาคีได้ตกลงยอมรับเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศทางอาญาโดยเข้าเป็นภาคีในธรรมนูญศาลนั้นแล้ว ก็ถือเป็นทางเลือกลำดับถัดมาของรัฐภาคีในการยอมรับหลักเขตอำนาจสากล ดังนั้น การจะนำตัวปัจเจกบุคคลผู้กระทำผิดมาดำเนินคดีต้องขึ้นอยู่กับศาลภายในเป็นหลัก และศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่าง ๆ ก็อาจมีบทบาทในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดและลงโทษได้ถ้าประเทศนั้น ๆ ยอมรับเขตอำนาจศาล ดังนั้น จึงขอแบ่งการพิจารณาดังนี้

4.4.1 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยศาลภายใน

การจะดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายในได้นั้นจะต้องปรากฏว่ามีกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ กำหนดความผิดและโทษที่จะลงไว้ ซึ่งปัจจุบันข้อมูลล่าสุด

เมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 ปรากฏว่ามีประเทศต่างๆ จำนวน 80 ประเทศที่ได้บัญญัติให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความผิดตามกฎหมายภายใน⁵⁹

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลภายในที่ได้ตัดสินเกี่ยวกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้เช่นกัน แม้บางส่วนจะเป็นการดำเนินการทางการเมือง⁶⁰ เช่น

1. คดี Mengistu & Dergue Leader ในประเทศเอธิโอเปีย ที่นาย Mengistu Haile Mariam อดีตนายกรัฐมนตรีถูกดำเนินคดีในข้อหาทำลายล้างเผ่าพันธุ์และละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยไม่มีตัวจำเลย จากการสั่งให้เคลื่อนย้ายคนจำนวน 1.5 ล้านคนจากเขตขาดแคลนอาหารไปยังเขตที่ไม่มีอาหารอยู่อาศัยในปี ค.ศ. 1984 ทำให้มีผู้เสียชีวิตประมาณ 100,000 คน

2. คดี Ceausecu ในประเทศโรมาเนีย ที่ผู้นำเผด็จการ Nicolae Ceausecu แห่งโรมาเนีย ถูกกล่าวหาว่าทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยการสังหารหมู่เมืองติมิโซอราในโรมาเนียตะวันตกในวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1989

3. คดีสองประธานาธิบดี (Romeo Lucas Garcia and Efrain Rios Montt) ในประเทศกัวเตมาลา ซึ่งดำเนินนโยบายทำลายล้างเผ่าพันธุ์ชาวอินเดียนมายันในระหว่างปีค.ศ. 1978 – ค.ศ. 1983 เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีในความผิดฐานทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายในมีน้อย และส่วนใหญ่เป็นการดำเนินการที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุผลทางการเมือง กล่าวคือ เมื่อกลุ่มที่มีอำนาจในการปกครองเดิมหมดอำนาจลง กลุ่มที่มีอำนาจใหม่จึงทำการดำเนินคดีด้วยข้อหาที่ร้ายแรง คือ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

⁵⁹ Prevention Genocide International, *Implementing the Genocide Convention in Domestic Law* [Online]. (6 May 2004). Available from: <http://preventgenocide.org/law/domestic/>

⁶⁰โปรดดู ทวี เรื่องฤทธิ์เดช, “การห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศ,” หน้า 47.

นอกจากนี้ยังมีการดำเนินคดีทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในศาลภายในของประเทศต่าง ๆ ที่มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นศาลอดีตยูโกสลาเวียและศาลมากมาย และยังมีการพิจารณาในประเทศอื่น เช่น⁶¹

- คดี Adolf Eichmann

คดี Eichmann เป็นกรณีที่ประเทศอิสราเอลใช้กำลังเข้าไปลักพาตัว Adolf Eichmann ซึ่งอดีตหัวหน้าแผนกคนยิวในหน่วยเกสตาโปของเยอรมันช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 และเป็นผู้ต้องรับผิดชอบต่อแผนสังหารชาวยิวมาจากประเทศอาร์เจนตินา ทั้งนี้ศาลสูงสุดของอิสราเอลได้ตัดสินลงโทษประหารชีวิต Eichmann ด้วยการแขวนคอ โดยอาศัยหลักเขตอำนาจสากล (universal jurisdiction) ในข้อกล่าวหาว่าก่อทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งอาชญากรรมระหว่างประเทศตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นการใช้เขตอำนาจในฐานะเป็นตัวแทนของประชาคมระหว่างประเทศ แม้ว่า Eichmann จะต่อสู้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ (act of State) แต่ศาลอิสราเอลวินิจฉัยว่าประเด็นดังกล่าวไม่มีผลต่อความรับผิดชอบของปัจเจกชน อยางไรก็ตามในเบื้องต้นอาร์เจนตินาประท้วงการกระทำของอิสราเอลถือว่าการฝ่าฝืนอธิปไตยของตน และส่งเรื่องให้คณะมนตรีความมั่นคงวินิจฉัย โดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 138 ได้ยอมรับว่า Eichmann ควรถูกนำตัวไปพิจารณาคดีในกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสม โดยมีได้ระบุชัดเจนว่าการกระทำของอิสราเอลเป็นการละเมิดต่ออธิปไตยของอาร์เจนตินาแต่ประการใด เพียงแต่ระบุว่า “การกระทำภายใต้การพิจารณาดังกล่าวซึ่งส่งผลกระทบต่ออธิปไตยของรัฐสมาชิกและเป็นเหตุให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศ หากเกิดขึ้นซ้ำอีกย่อมเป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และเรียกร้องให้รัฐบาลของอิสราเอลชดใช้ค่าเสียหายที่เหมาะสมโดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ”⁶² แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่าการใช้เขตอำนาจสากลของอิสราเอลเป็นการกระทำที่กระทบต่ออำนาจ

⁶¹ โปรตดู ดวงเด่น นาคสีหราช, “อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948,” หน้า 205 – 207.

⁶² U.N. Doc.S/Res/138 (1960) S/4349

อธิปไตยโดยไม่ชอบ จึงต้องมีการชดเชยค่าเสียหายดังกล่าว นอกจากนี้หลายประเทศได้ประณามการกระทำของอิสราเอลในการละเมิดอธิปไตยของประเทศอาร์เจนตินา และในท้ายที่สุดอาร์เจนตินาสามารถตกลงระงับข้อพิพาทกับอิสราเอลได้โดยการแถลงการณ์ร่วมกันระหว่าง 2 ประเทศซึ่งมีพอสรุปได้ว่า การตัดสินคดีของศาลสูงอิสราเอลในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างใกล้ชิดเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศอาร์เจนตินา ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับว่าการกระทำของอิสราเอลเป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิ

- คดี Pinochet

นายพล Augusto Pinochet ได้ทำการปฏิวัติในประเทศชิลี เพื่อโค่นล้มรัฐบาลของประธานาธิบดีอาเยนเดและตั้งตนเป็นประธานาธิบดีเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1974 ภายหลังจากการยึดอำนาจสำเร็จแล้ว Pinochet ได้แต่งตั้งหน่วยงานลับทางราชการชื่อ “The International Intelligence Directorate” (DINA) เป็นหน่วยงานที่ขึ้นตรงต่อตน โดยหน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่ทำลายล้างฝ่ายที่มีความคิดทางการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐบาล Pinochet ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง นอกจากนี้องค์กรดังกล่าวยังร่วมมือกับประเทศบางประเทศในแอฟริกาและองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติอื่น ภายใต้ภารกิจ “Operation Condor” เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลและช่วยระงับภัยให้กันในการต่อต้านและโค่นล้มลัทธิคอมมิวนิสต์ ทั้งนี้ข้อสำคัญคือ ระหว่างที่ Pinochet ดำรงตำแหน่งเป็นประธานาธิบดีของชิลี ได้ออกกฤษฎีกานิรโทษกรรมตนเอง ทำให้รอดพ้นจากเขตอำนาจศาลภายในประเทศอังกฤษ

ในคดี Pinochet นับเป็นคดีแรกที่มีการดำเนินคดีกับอดีตประมุขของรัฐและเป็นครั้งแรกที่ความคุ้มกันของรัฐสำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการปฏิเสธจากศาลภายใน คือ ศาลอังกฤษ โดยในคำวินิจฉัยของวุฒิสภาในอังกฤษนั้นได้ตัดสินว่า ประมุขของรัฐไม่ได้รับความคุ้มกันในกรณีที่กระทำความผิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศหรือการกระทำที่ฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งก่อนหน้านั้นเป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนว่าประมุขของรัฐได้รับความคุ้มกัน อย่างน้อยที่สุดในกรณีที่ได้ปฏิบัติหน้าที่สำหรับตำแหน่งอย่างเป็นทางการ นอกจากนี้ในคดี Pinochet ยังยอมรับว่าความคุ้มกันด้วยเหตุผลจากหน้าที่การ

งาน ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลที่ทำหน้าที่อย่างเป็นทางการในนามรัฐ เพราะว่าโดยชีวิตส่วนตัวแล้ว จะไม่ได้รับความคุ้มครอง จึงไม่มีผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เนื่องจากเจ้าหน้าที่อื่นสามารถปฏิบัติหน้าที่แทนได้ ดังนั้นแล้วความคุ้มครองด้วยเหตุผลมาจากหน้าที่การงาน จึงไม่สมควรเป็นอุปสรรคในการดำเนินคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือการกระทำที่ ถือว่าเป็นฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง กล่าวคือ ในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความคุ้มครองโดยไม่ใช่ เป็นเพียงการปฏิบัติของรัฐ (state practice) อย่างชัดเจนซึ่งสาธารณชนเกิดจิตสำนึกร่วมกันว่า เป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม (*opinio juris*) เท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงสอดคล้องกับลำดับศักดิ์ สูงสุดของคุณค่าของประชาคมระหว่างประเทศอีกด้วย

4.4.2 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยอาญาระหว่าง ประเทศเฉพาะกิจ

ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจจัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อดำเนินคดีกับ บัณฑิตบุคคลที่กระทำการหรืองดเว้นการกระทำเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพและการละเมิดต่อ สันติภาพและการกระทำที่เป็นการรุกราน ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้อาศัยอำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ ดังนี้

- 1) ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย
- 2) ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจสำหรับประเทศรวันดา

ซึ่งศาลทั้งสองมีเขตอำนาจเหนือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในดินแดนที่กำหนดไว้ โดย ขั้นตอนการดำเนินคดีต่างๆ เป็นไปตามธรรมนูญศาลที่ได้บัญญัติไว้

4.4.3 การดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์โดยอาญาระหว่าง ประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลถาวรที่พิจารณาและลงโทษผู้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นการกระทำที่สามารถลงโทษได้ตามบทบัญญัติข้อ 3 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ สำหรับขั้นตอนในการดำเนินคดีต่างๆ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นเป็นไปตามที่ธรรมนูญศาลกำหนดไว้

สรุปได้ว่า การดำเนินคดีต่ออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเริ่มจากศาลภายในเป็นหลัก แต่รัฐนั้น ๆ อาจเลือกที่จะดำเนินคดีกับศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ได้ ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับเขตอำนาจศาลของศาลระหว่างประเทศนั้นๆ และการยอมรับเขตอำนาจศาลของรัฐภาคี สำหรับขั้นตอนการดำเนินคดีต่างๆ ขึ้นอยู่กับธรรมนูญศาลแต่ละศาลที่ได้กำหนดไว้

แม้จะนำตัวผู้กระทำผิดมาดำเนินคดีและลงโทษแล้ว แต่เหยื่อผู้ที่ได้รับผลกระทบก็หาได้รับการเยียวยาเพียงพอไม่ ดังนั้น ในหัวข้อต่อไปจะศึกษาการเยียวยาความเสียหายแก่เหยื่อผู้ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์

4.5 การเยียวยาความเสียหาย

สำหรับการเยียวยาความเสียหายในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ไม่มีบทบัญญัติในอนุสัญญารับรองเรื่องการเยียวยาผู้ตกเป็นเหยื่อจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่าจะได้รับการเยียวยาทางแพ่งอย่างไรหรือควรจะมีสิทธิเช่นไร แต่เคยมีแนวความคิดเรื่องการเยียวยาเหยื่อของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในร่างของเลขาธิการร่างอนุสัญญาฯ ว่า “เมื่อมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในประเทศหนึ่งโดยรัฐบาลหรือผู้มีอำนาจหรือโดยกลุ่มประชาชนแล้ว หากรัฐบาล

นั่นล้มเหลวที่จะต่อต้านการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ให้เกิดขึ้น รัฐนั้นจะต้องยินยอมที่จะชดเชยให้กับเหยื่อผู้เสียหายตามลักษณะและจำนวนที่องค์การสหประชาชาติกำหนด”⁶³

เลขาธิการเห็นว่าการชดเชยนั้นควรเป็นการชดเชยใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อผู้ตกเป็นเหยื่อ การทำให้ทรัพย์สินที่ถูกยึดครองกลับคืนสู่สภาพเดิม และผลประโยชน์อื่น เช่น การให้ที่อยู่อาศัย ให้การศึกษาและผลประโยชน์อื่น นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังเห็นให้คณะกรรมการร่างกฎหมายเป็นผู้กำหนดรูปแบบของการชดเชย และยังเสนอให้จัดตั้งศาลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีเขตอำนาจในการกำหนดค่าชดเชยและค่าสินไหมทดแทน ส่วนประเทศเนเธอร์แลนด์เห็นว่าสามารถนำเรื่องค่าปรับมาใช้ได้⁶⁴

แนวคิดเหล่านี้ไม่ได้ถูกรับรองในปัจจุบัน แต่ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศว่า ผู้เคราะห์ร้ายที่ตกเป็นเหยื่อของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย โดยปี ค.ศ. 2005 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้รับรองหลักการเรื่องสิทธิในการเยียวยาและการชดเชยค่าเสียหายต่อเหยื่อผู้ถูกละเมิดอย่างร้ายแรงตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรง แม้หลักการดังกล่าวจะไม่ได้รับรองเรื่องการเยียวยาเหยื่อที่ถูกทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ก็ควรนำมาปรับใช้กับการเยียวยาเหยื่อผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นเดียวกันเพราะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

โดยหลักการในเรื่องดังกล่าวได้ยืนยันถึงสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งรวมถึงการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันและมีประสิทธิภาพ การได้รับค่าสินไหมทดแทนที่เป็นธรรมและเหมาะสมสำหรับความเสียหายที่ได้รับ และการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดและกลไกในการชดเชยความเสียหาย⁶⁵

⁶³ William A. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 470.

⁶⁴ Ibid., pp. 470-471.

⁶⁵ Ibid., pp. 471-472.

นอกจากนี้ เราสามารถศึกษาถึงสิทธิของเหยื่อได้ตามตามธรรมเนียมของบรรดาศาลอาญาระหว่างประเทศดังนี้

ประเภทของการชดเชยความเสียหาย

- สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้เสียหายและการคุ้มครองในการดำเนินคดี

แนวคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมนั้น ปรากฏชัดเมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งอดีตกองทัพยูโกสลาเวีย (ICTY) ซึ่งในระเบียบวิธีพิจารณาความและการรับฟังพยานของศาลดังกล่าว ได้ให้ความคุ้มครองพยาน ซึ่งหมายความรวมถึงเหยื่ออาชญากรรมด้วยนั้นมีความชัดเจนอย่างมาก กล่าวคือ ความจำเป็นที่จะต้องให้พยานมาให้การรวมทั้งจะต้องคุ้มครองบุคคลเหล่านั้น เนื่องจากพยานหรือเหยื่อมักจะเกิดความหวาดกลัวและรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัย ดังนั้นในวิธีการพิจารณาของศาลนี้ จึงได้อนุญาตให้อัยการนำเสนอพยานหลักฐาน ซึ่งจัดเตรียมนอกศาลไว้แล้วในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษ วิธีการนี้มีประโยชน์ในแง่ที่ทำให้ศาลสามารถดำเนินคดีต่อไปได้ โดยอาศัยหลักฐานดังกล่าว ในกรณีที่พยานหายตัวไป หรือพยานไม่สามารถหรือไม่เต็มใจที่จะมาเบิกความต่อหน้าศาล การจัดเตรียมหลักฐานดังกล่าว สามารถจัดทำได้ในเขตพื้นที่ท้องถิ่นนั้นโดยการบันทึกวิดีโอตามความเหมาะสม และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลยให้พยานหลักฐานที่จัดเตรียมนอกศาลนั้นตกอยู่ให้การถามค้านพยานด้วย⁶⁶ นอกจากนี้ยังมีการคุ้มครองพยานอีกรูปแบบหนึ่ง คือ การปกปิดตัวบุคคลพยานมิให้จำเลยทราบจนกว่าพยานจะอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของศาลเรียบร้อยแล้ว และในกรณีที่เห็นสมควรอาจปกปิดมิให้สาธารณชนทราบว่าพยานเป็นใครด้วย

⁶⁶ Statute of International Tribunal for the Former Yugoslavia, Article 18 and 22.

นอกจากนี้เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นศาลถาวรเพื่อดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้น ในธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้กำหนดเกี่ยวกับเหยื่อและการคุ้มครองสิทธิของเหยื่อไว้ด้วยเช่นกัน ในข้อบทที่ 68

ข้อบทที่ 68 ของธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานและการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของบุคคลดังกล่าว

- การชดเชยค่าเสียหายและการคืนทรัพย์สินให้กับผู้เสียหาย

ศาล ICTY มีอำนาจที่จะสั่งให้ส่งทรัพย์สินใดๆ และผลประโยชน์ต่างๆที่ได้มาโดยการกระทำความผิดอาญาคืนให้กับเจ้าของผู้มีสิทธิได้⁶⁷ และแม้ว่าทรัพย์สินหรือเงินนั้นจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ศาลก็สามารถสั่งได้โดยบุคคลภายนอกนั้นอาจถูกเรียกมายังศาลเพื่อชี้แจงถึงสิทธิของตนเหนือทรัพย์สินหรือเงินนั้น และศาลจะได้ตัดสินว่าทรัพย์สินดังกล่าวควรจะเป็นของผู้ใด หากศาลไม่สามารถจะตัดสินความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นได้ ศาลจะแจ้งไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐและขอให้หน่วยงานนั้นช่วยตัดสินความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นให้ตามกฎหมายที่ 105 ของระเบียบวิธีพิจารณาคความและพยานหลักฐานของ ICTY และในกฎที่ 106 ยังได้กำหนดให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องต่อศาลภายในหรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจของรัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าเสียหายอีกด้วย⁶⁸

ส่วนในศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดา (ICTR) ก็ได้กำหนดการเยียวยาความเสียหายในข้อบทที่ 23 (3) ซึ่งกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ส่งทรัพย์สินใดๆและผลประโยชน์ต่างๆที่ได้มาจากการกระทำความผิดอาญาคืนให้กับเจ้าของผู้มีสิทธิ เช่นเดียวกับธรรมนูญของศาล ICTY นอกจากนี้ในระเบียบวิธีพิจารณาคความและพยานหลักฐานของศาล ICTR กฎที่ 106 ยังได้

⁶⁷ Statute of International Tribunal for the Former Yugoslavia, Article 24.

⁶⁸ Dinah shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Great Britain: Biddles, 2005), p.231.

กำหนดให้ฟ้องร้องต่อศาลภายในหรือหน่วยงานอื่นของรัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าเสียหาย เช่นเดียวกับ
กฎข้อที่ 106 ของศาล ICTY

ในข้อบทที่ 77(2) ของธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดให้ ศาล
สามารถปรับ ระบายได้ ทรัพย์สิน สิ้นทรัพย์ที่ได้มาจากอาชญากรรมนั้นทั้งทางตรงและทางอ้อม
ซึ่งในเรื่องของจำนวนที่จะปรับนั้นจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบในระเบียบวิธีพิจารณารวมทั้งเรื่อง
อายุ สภาพทางสังคม เศรษฐกิจของผู้ต้องหาและมูลเหตุจูงใจ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาและความ
รุนแรงของอาชญากรรมตามที่ working group on Penalties at the Rome Conference ได้
กำหนดไว้⁶⁹

ข้อบทที่ 75 ของธรรมนูญกรุงโรม เรื่องการชดใช้แก่ผู้เสียหาย (Reparations to victims)
ดังนี้

1. ให้ศาลฯ กำหนดหลักการที่เกี่ยวกับหรือเกี่ยวข้องกับ การชดใช้แก่ผู้เสียหาย
รวมทั้งการชดใช้คืน (restitution) การใช้ค่าสินไหมทดแทน (compensation)
และการฟื้นฟูสภาพ (rehabilitation) ตามหลักการคำตัดสินของศาลฯ ศาลฯ
อาจวินิจฉัยขอบเขตและระดับของความเสียหาย ความสูญเสียและอาการ
บาดเจ็บที่เกิดขึ้นต่อหรือที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย และให้ศาลฯ แกลงหลักการ
ที่ใช้เป็นพื้นฐานในประเด็นที่กำลังวินิจฉัยอยู่แก่ผู้เสียหาย ไม่ว่าจะได้รับการ
ร้องขอหรือโดยที่ศาลฯ เห็นเองในพฤติการณ์เฉพาะ
2. ศาลฯ อาจมีคำสั่งโดยตรงต่อผู้ต้องพิพากษาว่ามีความผิด โดยกำหนดการ
ชดใช้ที่เหมาะสมให้กับผู้เสียหาย หรือที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย รวมทั้งการ
ชดใช้คืน การใช้ค่าสินไหมทดแทน และการฟื้นฟูสภาพ เมื่อเห็นสมควร ศาลฯ
อาจมีคำสั่งว่า คำตัดสินชี้ขาดสำหรับการชดใช้ค่าเสียหายอาจทำผ่านกองทุน
ที่จัดตั้งตามข้อ 79

⁶⁹ Ibid., p.233.

3. ก่อนที่คำสั่งภายใต้ข้อนี้ ศาลฯ อาจเชิญและต้องพิจารณาข้อชี้แจงจากหรือในนามของผู้ต้องคำพิพากษาว่ามีความผิด ผู้เสียหาย บุคคลอื่นที่มีส่วนได้เสีย หรือผู้แทนของบุคคลหรือรัฐดังกล่าว
4. หลังจากบุคคลถูกพิพากษาว่ามีความผิดในอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลฯ แล้ว ในการใช้อำนาจของตนภายใต้ข้อนี้ ศาลฯ อาจวินิจฉัยว่าจำเป็นที่จะต้องหามาตรการภายใต้ข้อ 93 วรรค 1 หรือไม่* เพื่อที่จะให้คำสั่งที่ศาลฯ อาจจะมีตามวรรคนี้มีผลบังคับใช้
5. ให้รัฐภาคีปฏิบัติตามคำตัดสินในข้อนี้ เสมือนหนึ่งว่าเป็นบทบัญญัติของข้อ 109** สามารถนำมาใช้บังคับกับข้อนี้ได้
6. ไม่มีความใดในข้อนี้ที่จะถูกตีความไปในทางที่กระทบสิทธิของผู้เสียหาย ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อบทที่ 79 ของธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยเรื่องกองทุน (Trust Fund)

1. ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นโดยมติของสมัชชารัฐภาคีเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายจากอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ และของครอบครัวผู้เสียหายดังกล่าว
2. ศาลฯ อาจสั่งให้โอนเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ที่รวบรวมจากค่าปรับหรือการริบทรัพย์สินโดยคำสั่งของศาลฯ เข้ากองทุน
3. การจัดการกองทุนให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่สมัชชารัฐภาคีกำหนด
 - การบำบัดและฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้ที่ได้รับผลจากการก่ออาชญากรรม

* ข้อ 93 วรรค 1 คือรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามคำร้องขอจากศาลฯ ในการให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวน หรือการฟ้องร้องดำเนินคดี.....

** ข้อ 109 คือ การบังคับให้เป็นไปตามมาตรการปรับและริบทรัพย์สิน...

ในธรรมนูญศาล ICTY ได้กำหนดจัดตั้งหน่วยงานบริการผู้เสียหายและพยานในส่วน อัยการ ซึ่งหน่วยงานนี้มีใช้เพียงหน่วยงานบริการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่เหยื่อและพยาน เท่านั้น แต่ยังให้ความช่วยเหลือด้านจิตแพทย์เท่าที่จำเป็นด้วย⁷⁰

ด้านศาล ICTY มีการแก้ไขระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานของศาล ICTR ข้อกำหนดที่ 34 (A) (ii) ในปี 1998 ได้จัดตั้ง the Victims and Witnesses Support Unit เพื่อเป็นการยืนยันว่าเหยื่อและพยานได้รับการส่งเสริมด้านต่างๆ ซึ่งประกอบไปด้วยการฟื้นฟูทั้งทาง ร่างกายและจิตใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้คำปรึกษาในกรณีการถูกข่มขืนและการกระทำรุนแรง ทางเพศเช่นกัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าแม้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะมีได้กำหนดมาตรการในการคุ้มครอง หรือเยียวยาเหยื่อผู้ได้รับผลกระทบจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่ได้หมายความว่าเหยื่อเหล่านั้นจะถูกปฏิเสธที่จะได้รับการคุ้มครองและเยียวยาเหยื่อเพราะเมื่อพิจารณาจากการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศพบว่า มีบทบัญญัติที่รับรองเรื่องการคุ้มครองเหยื่อในการดำเนินคดี การชดเชยค่าเสียหาย และการฟื้นฟูจิตใจเหยื่อ ประกอบกับหลักประกันของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติที่วางแนวทางในการชดเชยและเยียวยาความเสียหายให้กับเหยื่อแล้ว พบว่าสามารถนำมาปรับใช้กับเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

จากที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่าเมื่อได้ศึกษาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลสำหรับอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้วจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีความสำคัญมากที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษโดยเฉพาะการพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งพิสูจน์ยากมาก โดยคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่าง

⁷⁰ อภิรักษ์ ทิมวงศ์, "สิทธิของเหยื่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ: ผลกระทบต่อประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 80-84.

ประเทศในคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็เช่นเดียวกันที่แสดงให้เห็นว่าศาลได้พยายามหาเจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในพื้นที่ต่างๆ ตามที่บอสเนียได้กล่าวอ้าง แต่ก็พบเพียงการเข้าปิดล้อมของกองทัพบอสเนียเซิร์บในเซบรีนีก้าในช่วงประมาณวันที่ 12 - 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 เท่านั้นที่ประกอบด้วยเจตนาพิเศษในการทำลายล้างซึ่งชาวบอสเนียมุสลิมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ดังนั้น หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของปัจเจกบุคคลเหล่านั้นครบองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้วย่อมไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ นอกจากนั้นเจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ยังทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่างจากอาชญากรรมอื่น

เมื่อปัจเจกบุคคลทั้งหลายได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องแล้ว ย่อมถือได้ว่าปัจเจกบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำผิด ซึ่งต้องถูกนำตัวมาดำเนินคดีเพื่อรับโทษในผลแห่งการกระทำของตนตามศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว ซึ่งได้แก่ ศาลภายใน หรือศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ตามศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น โดยไม่คำนึงว่าปัจเจกบุคคลเหล่านั้นจะมีสถานะใดหรือตำแหน่งใด

ส่วนทางด้านเหยื่อของเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น แม้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะไม่ได้กล่าวถึงการเยียวยาเหยื่อจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธสิทธิของเหยื่อที่จะได้รับการเยียวยาได้ไม่ โดยมีการพยายามบัญญัติแนวทางในการให้ความคุ้มครองเหยื่อตามธรรมนูญศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ทั้งนี้ เพื่อรับรองสิทธิของเหยื่อผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง จึงอาจกล่าวได้ว่าเหยื่อจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถเรียกร้องให้มีการเยียวยาได้ภายใต้ระบอบความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ระหว่างบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา นอกจากรัฐจะมีความรับผิดชอบในการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามบทบัญญัติข้อ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว รัฐยังมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่สามารถลงโทษได้ ไม่ว่าจะเป็นการสมคบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การยุยงให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การพยายามในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นเดียวกับปัจเจกบุคคล เพียงแต่ความรับผิดชอบของรัฐนั้นเป็นความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (Internationally Wrongful Acts) ส่วนความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นความรับผิดชอบทางอาญาตามหลักความรับผิดทางอาญา (Individual Criminal Liability)

ทั้งนี้ เนื่องจากการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ที่มีผลผูกพันทั่วไป ดังนั้น รัฐทั้งหลายจึงต้องห้ามมิให้กระทำการอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ประกอบกับบทบัญญัติข้อ 1 แห่งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ได้รับรองว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมหนึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกมีความผูกพันที่จะป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งสามารถตีความได้ว่าเป็นการห้ามมิให้รัฐกระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยตนเอง นอกจากนี้พันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้าง

เผ่าพันธุ์ยังเรียกร้องให้รัฐสมาชิกดำเนินการต่าง ๆ เพื่อป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ของบุคคลหรือกลุ่มคนที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐนั้นโดยตรง ดังนั้น จะเป็นการขัดกับพันธกรณีดังกล่าวได้หากไม่ห้ามตัวรัฐเองจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ผ่านองค์การของตนเอง หรือต่อบุคคลที่ตนมีอำนาจควบคุม และนอกจากนี้ ดังนั้น พันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จึงจำเป็นต้องตีความโดยนัยว่าห้ามรัฐกระทำผิดทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย โดยกฎเกณฑ์ซึ่งนำมาใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่เกี่ยวข้องคือ หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐ (attribution to the State under international law) ซึ่งจะต้องพิจารณาจากการกระทำขององค์การของรัฐหรือปัจเจกบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐ และการกระทำของรัฐนั้นได้ละเมิดพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐนั้นมีความผูกพันอยู่ (breach of an international obligation of State)

สำหรับคดีนี้ในส่วนของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศมีประเด็นว่าเซอร์เบียได้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์บนดินแดนของบอสเนียผ่านการกระทำขององค์การของตัวเองหรือปัจเจกบุคคลอื่นหรือไม่ โดยศาลได้นำองค์ประกอบของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มาวินิจฉัยถึงเหตุการณ์ความทารุณโหดร้ายอย่างรุนแรงที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอก ซึ่งได้แก่ การกระทำต่าง ๆ และองค์ประกอบภายใน ซึ่งต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษ (Special Intent) คือ เจตนาที่มุ่งหมายจะทำลายล้างเหยื่อที่ได้รับการปกป้องทั้งหมดหรือบางส่วน* ซึ่งเจตนาพิเศษนี้เองที่ทำให้การทำลายล้างเผ่าพันธุ์แตกต่างจากอาชญากรรมอื่น และทำให้การกระทำทั้งหลายยากที่จะเข้าลักษณะของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เนื่องจากต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาพิเศษอย่างชัดเจนและปราศจากข้อสงสัย เช่น ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำข้อเท็จจริงที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวียได้ตัดสินไว้มาพิจารณาเนื่องจากเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในอดีตประเทศยูโกสลาเวียซึ่งรวมถึงดินแดนบอสเนียซึ่ง

* Intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group.

เป็นดินแดนที่มีข้อพิพาทด้วย และศาลพบว่าเฉพาะคำพิพากษาในคดี *Krstić* และคดี *Blagojević* เพียงสองคดีที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหตุการณ์ปิดล้อมของกองทัพบอสเนียเซิร์บ (VRS) ที่เซบรีนีก้า ในช่วงประมาณวันที่ 12 - 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 เท่านั้นที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต่อกลุ่มบอสเนียมุสลิมเกิดขึ้น แม้ว่าบอสเนียจะได้หยิบยกเหตุการณ์ทารุณโหดร้ายในพื้นที่ต่าง ๆ มานำเสนอว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น แต่ก็ไม่สามารถพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้

หลังจากนั้นศาลจึงมาพิจารณาข้อเท็จจริงของความสัมพันธ์ระหว่างกองทัพบอสเนียเซิร์บกับเซอร์เบียเพื่อพิจารณาการกระทำของกองทัพบอสเนียเซิร์บสามารถถ่ายโอนไปยังเซอร์เบียได้หรือไม่ โดยเริ่มจากพิจารณาสถานะของกองทัพบอสเนียเซิร์บตามกฎหมายภายในของเซอร์เบียซึ่งไม่พบหลักฐานใดๆ ที่จะแสดงว่ากองทัพดังกล่าวเป็นองค์กรของเซอร์เบียตามกฎหมายภายในเลย ดังนั้น ศาลจึงมาพิจารณาความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง โดยพิจารณาจากอำนาจควบคุมของเซอร์เบียต่อกองทัพบอสเนียเซิร์บในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ว่าเซอร์เบียมีอำนาจควบคุมเหนือกองกำลังบอสเนียเซิร์บอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ (effective control) โดยได้นำหลักเกณฑ์ในคดี *Nicaragua* มาพิจารณา ซึ่งศาลพบว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้านั้นจะเกิดขึ้นโดยการแนะนำหรือควบคุมโดยเซอร์เบียไม่ ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรีนีก้าเป็นการกระทำที่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำในนามของเซอร์เบีย เซอร์เบียจึงไม่มีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ จะเห็นได้ว่าการพิสูจน์ความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลกับรัฐในการกระทำนั้นมีมาตรฐานในการพิสูจน์สูง เพราะต้องมีหลักฐานเป็นที่ปรากฏอย่างชัดเจนและโดยปราศจากข้อสงสัย ซึ่งส่งผลให้เป็นการยากที่จะเรียกร้องให้รัฐเข้ามารับผิดชอบต่อ

นอกจากนี้ศาลไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจะมีปัจเจกบุคคลที่กระทำการในนามของเซอร์เบียได้กระทำการอันเป็นการสมคบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และการยุยงในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นกัน ดังนั้น เซอร์เบียจึงไม่มีความรับผิดชอบต่อกรรมการสมคบและยุยงในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ สำหรับความรับผิดชอบต่อกรรมการสมรู้ร่วมคิดนั้น ศาลได้นำเรื่องการช่วยเหลือหรือสนับสนุนรัฐอื่นให้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบต่อรัฐมา

พิจารณาการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และได้วินิจฉัยไปถึงเจตนาพิเศษที่เป็นลักษณะของอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นก็ต้องมีในการสมรู้ร่วมคิดด้วยเช่นกัน โดยการกระทำขององค์กรของรัฐหรือบุคคลที่ได้เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำอันเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เลย เว้นแต่ว่าองค์กรหรือบุคคลที่เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นจะรู้ว่าเป็นการกระทำความผิด ซึ่งการรับรู้ขององค์กรหรือบุคคลทั้งหลายนั้นถือเป็นเจตนาพิเศษ และสำหรับคดีนี้ศาลไม่พบว่าเซอร์เบียจะมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการกระทำทั้งหลายที่เป็นการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นกัน

แม้เซอร์เบียจะไม่มีควมรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่สามารถลงโทษได้ แต่เซอร์เบียก็มีความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งสำหรับความรับผิดชอบในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องปรากฏอย่างชัดแจ้ง (manifestly) ว่ารัฐนั้นล้มเหลวที่จะทำทุกมาตรการในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ภายในเขตอำนาจของตนซึ่งตนอาจจะกระทำการป้องกันได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้มาจากแนวคิดเรื่อง “หน้าที่ในการระมัดระวัง” (due diligence) และศาลเห็นว่าการที่รัฐหนึ่งจะมีความรับผิดชอบสำหรับพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นต้องปรากฏว่ามีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นแล้ว โดยการละเมิดพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดพันธกรณีที่ต้องห้ามซึ่งไม่ว่าจะเป็นการห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือการกระทำอื่นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น และศาลเห็นว่าพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่บัญญัติไว้ในข้อ 1 นั้นแตกต่างจากการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 3 (e) เนื่องจากการสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะเข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น ในขณะที่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นเป็นผลที่จากการที่ล้มเหลวไม่นำมาตรการที่เหมาะสมมาปรับใช้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ขึ้น กล่าวคือ การสมรู้ร่วมคิดเป็นผลจากการกระทำความผิดแต่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นเป็นผลที่เกิดจากการละเว้นการกระทำ นอกจากนี้การสมรู้ร่วมคิดในการทำลายล้าง

เผ่าพันธุ์นั้นต้องปรากฏว่าอย่างน้อยองค์กรหนึ่งของรัฐได้เข้าช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการกระทำผิดโดยรู้ว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่การละเมิดพันธกรณีในการป้องกันนั้นแม้รัฐจะไม่มี ความเกี่ยวข้องโดยตรงแต่หากมีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นแล้วก็ถือว่ารัฐล้มเหลวในการป้องกันแล้วเพราะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น และศาลเห็นว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เนื่องจากเซอร์เบียไม่ได้ทำการป้องกันการสังหารหมู่ที่เซบรีนิกาไต ๆ เลย ทั้งที่ตนมีอำนาจในการป้องกัน อีกทั้งเซอร์เบียยังมีอิทธิพลเหนือกลุ่ม VRS อย่างไรก็ตาม องค์การสหประชาชาติสามารถเข้ามามีบทบาทในการช่วยป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้เช่นกันหากได้รับการร้องขอจากรัฐ ซึ่งรัฐบาลบอสเนียได้เคยร้องขอไปยังคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติให้เข้ามาช่วยเหลือ และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ประกาศใช้มาตรการความมั่นคงร่วมกัน (collective security) จนกระทั่งได้จัดตั้ง ICTY เพื่อพิจารณาการกระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวีย นอกจากนี้ยังมีแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบในการปกป้อง (Responsibility to Protect: R2P) ที่กำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบในการปกป้องประชาชนของตนเองจากอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งรวมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ซึ่งแม้แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบในการปกป้องจะยังไม่ชัดเจนในแง่ของความผูกพัน แต่ถึงอย่างไรทุกรัฐต่างผูกพันในพันธกรณีในการป้องกัน เนื่องจากพันธกรณีในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป

สำหรับความรับผิดชอบในการลงโทษในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แม้ว่าเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะเกิดขึ้นนอกดินแดนของเซอร์เบีย แต่การที่เซอร์เบียได้ยอมรับเขตอำนาจ ICTY ตั้งแต่ลงนามในความตกลง Dayton นั้นได้ผูกพันเซอร์เบียในการให้ความร่วมมือกับ ICTY แต่เมื่อปรากฏว่าเซอร์เบียรับรู้ว่านาย Miladić ผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้อาศัยอยู่ในเซอร์เบียแต่ก็ไม่ได้กระทำการใดๆ ตามที่ตนมีความสามารถในการสั่งให้จับกุมตัวนาย Miladić จึงเป็นการละเมิดพันธกรณีตามบทบัญญัติข้อ 6 ในการให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ และข้อ 1 ในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์

จากข้างต้น จะเห็นว่าเซอร์เบียสามารถมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และการกระทำอื่นที่สามารถลงโทษได้หากปรากฏว่าการกระทำของกลุ่ม VRS ถือได้ว่าเป็นการกระทำของเซอร์เบีย แต่กรณีไม่สามารถพิสูจน์ได้ ดังนั้น เซอร์เบียจึงไม่มีความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว แต่แม้เซอร์เบียจะสามารถมีความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ ก็ไม่ได้หมายความว่าลักษณะของความรับผิดชอบที่เซอร์เบียจะได้รับนั้นจะเป็นความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ารัฐเป็นบุคคลที่ถูกสมมติขึ้น จึงไม่สามารถนำตัวรัฐมาลงโทษทางอาญาได้ ดังนั้น การเยียวยาความเสียหายนั้นจึงอยู่ในรูปของการชดใช้ความเสียหาย ซึ่งได้แก่ การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (compensation) และการทำให้พึงพอใจ (satisfaction) สำหรับคดีนี้ศาลได้กำหนดรูปแบบการชดใช้ความเสียหายให้เซอร์เบียในกรณีการป้องกัน คือ การทำให้พึงพอใจด้วยการประกาศว่าจำเลยล้มเหลวไม่ปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ แต่ไม่ได้ชดใช้ความเสียหายในรูปตัวเงิน เพราะเห็นว่าการล้มเหลวที่จะป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้น และสำหรับการชดใช้ความเสียหายสำหรับการละเมิดพันธกรณีในการลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น ศาลกำหนดรูปแบบของการชดเชยให้เป็นการทำให้พึงพอใจเช่นกัน โดยศาลได้ประกาศว่าเซอร์เบียกระทำ ความผิดและให้เซอร์เบียส่งตัวปัจเจกบุคคลผู้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือกระทำการอื่นตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แก่ ICTY และให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่กับ ICTY แต่เมื่อพิจารณาถึงเหยื่อ (victim) ของเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นปัจเจกบุคคลทั่วไปแล้ว พบว่าไม่สามารถที่จะเรียกร้องให้รัฐที่ละเมิดมาเยียวยาความเสียหายได้ เนื่องจากการเสนอคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กำหนดให้เฉพาะรัฐเท่านั้นที่สามารถเป็นคู่ความได้ อีกทั้งอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็มิได้กำหนดเรื่องการเยียวยาไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่าเหยื่อของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ นอกจากนี้สิทธิของเหยื่อยังได้รับการรับรองในธรรมนูญของศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่าง ๆ จึงกล่าวได้ว่าในเรื่องการเยียวยาเหยื่อของเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นไม่สามารถจะเรียกร้องภายใต้ระบอบของกฎหมาย

ระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้ แต่สามารถเรียกร้องผ่านกลไกของศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่าง ๆ รวมทั้งศาลภายในของรัฐนั้นๆ

จึงกล่าวได้ว่า การทำลายล้างเผ่าพันธุ์เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ส่งผลให้มีความรับผิดชอบในลักษณะควบคู่ (Dual Responsibility) แก่รัฐและปัจเจกบุคคล เพียงแต่ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นอยู่ในกรอบของความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล ส่วนความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีความรับผิดชอบของรัฐจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงจากการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของปัจเจกบุคคลมาพิจารณาประกอบด้วย จึงสรุปได้ว่า การศึกษานี้เป็นไปตามสมมติฐานของการวิจัย

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. การห้ามทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีสถานะเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ที่ห้ามมิให้ทั้งรัฐและปัจเจกบุคคลทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งหากปรากฏว่ารัฐและปัจเจกบุคคลได้กระทำผิด ทั้งรัฐและปัจเจกบุคคลต่างมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำนั้น เพียงแต่เป็นความรับผิดชอบคนละระบอบกฎหมาย โดยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลนั้นเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ทั้งรัฐและปัจเจกบุคคลจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ และสำหรับขั้นตอนในการเรียกร้องความรับผิดชอบนั้น ในกรณีของรัฐต้องอาศัยกลไกของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเข้ามาช่วยเหลือ ส่วนปัจเจกบุคคลนั้นต้องอาศัยศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น

2. การป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ดังนั้น รัฐทุกรัฐจึงมีหน้าที่ในการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ถึงแม้รัฐนั้นจะไม่ใช่ภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและทำลายล้างเผ่าพันธุ์ก็ตาม

3. การดำเนินการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ถูกจำกัดโดยเขตแดน เพราะรัฐสามารถดำเนินการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐนั้นได้ ดังตัวอย่างของคำพิพากษาคดีนี้ที่ศาลได้รับรองว่าเซอร์เบียมีความรับผิดชอบในการไม่ป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นในเซบรินก้าซึ่งอยู่ในดินแดนของบอสเนีย เพราะเซอร์เบียมีอิทธิพลเหนือกองกำลังบอสเนียเซิร์บ และมีเหตุอันควรรู้ว่าจะมีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น แต่ได้นิ่งเฉยไม่ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการป้องกัน ดังนั้น รัฐทั้งหลายควรป้องกันมิให้มีการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น แม้จะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่อาจจะเกิดขึ้นนอกดินแดนของตนเองก็ตาม

4. ในด้านการดำเนินการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้น พบว่าอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์บอกไว้แต่เพียงหลักการ ไม่ได้กำหนดเรื่องรายละเอียดลงไปว่าจะมีมาตรการในการดำเนินการป้องกันเช่นใด มีแต่เพียงบทบัญญัติข้อ 8 ที่ให้รัฐสามารถร้องขอไปยังองค์กรขององค์การสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องให้มาช่วยเหลือได้ ซึ่งไม่ได้เพิ่มความชัดเจนในการดำเนินการมาตรการในการป้องกันแต่อย่างใด ปัจจุบันได้มีการยอมรับแนวคิดที่จะปกป้องประชาชนของตนจากอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งรวมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ในแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบในการปกป้อง (*Responsibility to Protect*) ที่ได้รับการรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ในการดำเนินการปกป้องประชาชนจากอาชญากรรมทั้งหลาย ซึ่งประกอบไปด้วย การคว่ำบาตร (*sanction*) การดำเนินคดี (*international prosecution*) การแทรกแซงทางทหาร (*military intervention*) และการแก้ไขข้อขัดข้องจากการใช้อำนาจยับยั้ง (*veto*) ของสมาชิกถาวรคณะมนตรีความมั่นคง จึงเห็นควรนำหลักการดังกล่าวมาใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการป้องกันการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

5. แม้อนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะไม่ได้กำหนดมาตรการในการเยียวยาเหยื่อผู้ที่ได้รับผลกระทบไว้ แต่ควรนำหลักเกณฑ์เรื่องสิทธิในการเยียวยาสำหรับการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดรูปแบบในการเยียวยาเหยื่อที่ได้รับผลกระทบ เพราะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ถือได้ว่าเป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรงเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อให้เหยื่อผู้ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยอย่างแท้จริง

6. การเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมุ่งเยียวยาความเสียหายให้กับรัฐที่เสียหายเท่านั้น ดังนั้น บัณฑิตบุคคลที่เป็นเหยื่อจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่สามารถที่จะเรียกร้องให้รัฐที่ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เยียวยาความเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ตาม พบว่าตามธรรมเนียมศาลระหว่างประเทศทางอาญาต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น ICTY, ICTR และ ICC ต่างรับรองสิทธิของเหยื่อจากอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งรวมถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วย ดังนั้น เหยื่อจากเหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์สามารถได้รับการเยียวยาจากศาลระหว่างประเทศทางอาญาที่มีเขตอำนาจได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ. คำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาล
อาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอร่าวิถ์การพิมพ์, 2547.

กระทรวงการต่างประเทศ. บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา
<http://www.mfa.go.th/web/479.php?id=39> [2554, กุมภาพันธ์ 15]

กระทรวงการต่างประเทศ. สาธารณรัฐเซอร์เบีย. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา
<http://www.mfa.go.th/web/479.php?id=281> [2554, กุมภาพันธ์ 15]

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: หจก. จีรัชการพิมพ์
, 2549.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

จันทร์ลักษณ์ ไชติรัตน์ดิลก. ความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ. วารสาร
นิติศาสตร์ 15 (กันยายน 2538): 132-154.

จันทิมา ลิ้มปานนท์. ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2540.

จีระพรรณ ผ่องชมพู. ความรับผิดชอบของรัฐที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้ายตามหลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

ดวงเด่น นาคสีหราช. อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ทวี เรืองเดช. การห้ามการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

ปราณี ทิพย์รัตน์. หลักการความรับผิดชอบในการปกป้อง (R2P): จากแนวคิดสู่การสร้าง “บรรทัดฐานใหม่” ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ. ใน วรศักดิ์ มัทธโนบท (บรรณาธิการ), รัฐคดี วิถีโลก 60 ปี ไชยวัฒน์ คำชู, หน้า 176 – 177. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

พรณสิทธิ จอมศรี. มาตรการตอบโต้ของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ: วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับร่างข้อบ่งชี้ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 6-10. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. 2549

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7 -15. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528.

มูลนิธิแพลเลนเน็ต. จากนอร์มเบอร์กสู่เฮก. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา http://www.bangkok.diplo.de/contentblob/3016706/Daten/1050539/IStGH_downloaddatei.pdf
[2554, กุมภาพันธ์ 15]

สรศักดิ์ วาจาสิทธิศิลป์. การกระทำรุนแรงทางเพศในกรอบของศาลอาญาระหว่างประเทศ.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2545.

ภาษาอังกฤษ

Aksar, Y. Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court. New York: Routledge, 2004.

Asuncion, A. C. Pulling the stops on genocide: the state or the individual. E.J.I.L. 20, 4
(2009): 1195-1222.

Aust, A. Handbook of International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Bassiouni, M. C. and Nanda, V. P. A Treaties on International Criminal Law Volume I Crime and Punishment. Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1973.

Bassiouni, M. C. From Versailles to Rwanda in Seventy – Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. Harvard Human Rights Journal 10 (1997): 11-62.

Brownlie, I. System of the Law of Nation State Responsibility Part I. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Case of Loizidou v. Turkey, European Court of Human Rights (Application no. 15318/89),
Merits, Judgment of 18 December 1996.

Cassese, A. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Cassese, A., Spinedi, M. and Weiler, J. H.H., eds. International Crimes of State: A
Critical Analysis of ILC's Draft Article 19 on State Responsibility. Berlin: Walter de
Gruyter & Co., 1989.

Crawford, J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility
Introduction, Text and Commentaries. Cambridge: Cambridge University Press,
2002.

Cryer, R., Darryl, R., Friman, H. and Wilmshurst, E. An Introduction to International
Criminal Law and Procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2007

Dadrian, V. N. The history of the Armenian Genocide: Ethnic Conflict from the Balkans to
Anatolia to the Caucasus. Oxford: Berghahn Books, 1995.

De Than, C. and Shorts, E. International Criminal Law and Human Rights. London: Sweet
& Maxwell, 2003.

Dinstein, Y. and Tabory, M., eds. War Crimes in International Law. The Hague: Martinus
Nijhoff Publishers, 1996.

Evans, M. D., ed. International Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Gaeta, P., ed. The UN Genocide Convention: A Commentary. Oxford: Oxford University
Press, 2009.

Holliday, A. and Wallace, R. International Law in a Nutshell. London: Sweet & Maxwell, 2006.

ICRC. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/357?OpenDocument> [2011, April 20]

Inter-American Court of Human Rights, Case of Plan de Sanchez Massacre v. Guatemala, (Merits), Judgment of 29 April 2004.

International Court of Justice. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 3 February 2006 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf> [2011, January 10]

International Court of Justice. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 19 December 2005 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> [2011, March 20]

International Court of Justice. Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> [2010, September 21]

International Court of Justice. Case Concerning the Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and

Herzegovina), Judgment of 3 February 2003 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/122/8248.pdf> [2011, January 20]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14891.pdf> [2011, February 25]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> [2009, May 25]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, Joint declaration of Shi and Versechetin [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7355.pdf> [2011, February 25]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, Dissenting opinion of Judge ad hoc Kreca [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7365.pdf> [2011, February 25]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 8 April 1993 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7305.pdf> [2011, February 25]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order of 13 September 1993 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7311.pdf> [2011, February 25]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf> [2011, January 15]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Joint Dissenting Opinion of Judges Ranjeva, Shi and Koroma [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13691.pdf> [2011, January 20]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February

2007, Separate opinion of Judge Tomka [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13699.pdf> [2011, January 20]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Separate Opinion of Judge Owada [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13697.pdf> [2011, February 10]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Declaration of Judge Skotnikov [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13705.pdf> [2011, February 10]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Joint Declaration of Judges Shi and Koroma [Online]. (n.d.) Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13695.pdf> [2011, February 10]

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, Dissenting opinion of Vice-President Al-Khasawneh [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf> [2011, January 20]

International Court of Justice. Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992 [Online]. (n.d.) Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/80/6795.pdf> [2011, January 20]

International Court of Justice. Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain v. Northern Ireland- Albania), Assessment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Judgment of 15 December 1949 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf> [2010, June 10]

International Court of Justice. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion of 29 April 1999 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/100/7619.pdf> [2011, March 20]

International Court of Justice. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> [2010, October 1]

International Court of Justice. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf> [2010, October 20]

International Court of Justice. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951 [Online]. (n.d.). Available from: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4285.pdf> [2011, January 10]

Jones, A. Genocide: A Comprehensive Introduction. Oxon: Routledge, 2007.

Kittichaisaree, K. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Kress, C. The Crime of Genocide under International Law. International Criminal Law Review 6 (2006): 461-502.

Prevention Genocide International. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [Online]. (n.d.). Available from: <http://preventgenocide.org/law/convention/UNTreatyCollection-GenocideConventionStatusReport.htm> [2011, April 20]

Prevention Genocide International. Implementing the Genocide Convention in Domestic Law [Online]. (6 May 2004). Available from: <http://preventgenocide.org/law/domestic/> [2011, April 20]

Quigley, J. The Genocide Convention: An International Law Analysis. Burlington: ASHGATE, 2006.

Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session (20 April-12 June 1998, 27 July-14 August 1998), Supplement No.10 (A/53/10)

Schabas, W. A. An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Schabas, W. A. Genocide in International Law: The Crime of crimes. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Shabtai Rosenne. The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility Articles 1-35. Dordrecht: Nijhoff, 1991.

- Shaw, M. N. International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Sørensen, M., ed. Manual of Public International Law. London: Macmillan, 1968.
- Sunga, L.S. Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Talmon, S. The Various Control Tests in the International Law of State Responsibility and the Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist. International and Comparative Law Quarterly 58 (2009) [Online]. (n.d.) Available from: <http://ssrn.com/abstract=142324> [2009, October 1]
- The Prosecutor v. Akayasu, (Trial Chamber), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.
- The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999.
- The Prosecutor v. Goran Jelisić, ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-10, Judgment of 14 December 1999.
- The Prosecutor v. Jean – Paul Akayasu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.
- The Prosecutor v. Jean Kambanda, ICTR (Trial Chamber I), Case No. ICTR-97-23-S, Judgment and Sentence of 4 September 1998.
- The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Appeals Chamber), Case No. ICTR-95-1, Judgment (Reasons) of 1 June 2001.
- The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-95-1, Judgment (Reasons) of 21 May 1999.

The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR (Trial Chamber), Case No. ICTR-95-1, Judgment (Reasons) of 21 May 1999.

The Prosecutor v. Kordić and Cerkez, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-95-14/2-1, Judgment of 17 December 2004.

The Prosecutor v. Krtić, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-98-33-A, Judgment of 19 April 2004.

The Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999.

Totten, S. Teaching about Genocide: Issues, Approaches, and Resources. Greenwich, Conn: Information Age Publishing Inc., 2004.

Turns, D. Application of the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide: Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro. MelbJILIntLaw 22 (2007) [Online]. (n.d.). Available from : <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2007/22.html> [19 October 2010]

UN Doc.A/CN.4/152 (1963)

UN Doc.A/CN.4/453, Add.2 (8 June 1993), Fifth report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur

UN Doc.A/CN.4/488 (25 March 1998), State Responsibility, Comments and Observations Received from Governments

UN Doc.PCNICC/1999/WGEC/RT.1, Working Group on Element of Crimes of the Preparatory Commission for the International Criminal Court

UN Doc.S/1994/674 (27 May 1996)

UN Doc.S/2005/60, Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Right Law in Darfur

UN Doc.S/Res/138 (1960) S/4349

UN Doc.S/RES/808 (1993)

UN Doc.S/RES/827 (1993)

UN Doc.S/RES/955 (1994)

United Nation General Assembly Resolution 174 (II) (21 November 1947), Establishment of an International Law Commission

United Nation General Assembly Resolution 56/83 (12 December 2001), Responsibility of States for internationally wrongful acts

United Nations General Assembly A/60L.1 (15 September 2005), 2005 World Summit Outcome

United Nations Security and Council Resolution 743 (21 February 1992)

USLegal. Ratione Personae Law & Legal Definition [Online]. (n.d.). Available from:
<http://definitions.uslegal.com/r/ratione-personae/> [2011, January 10]

Verdirame, G. The Definition of Genocide in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals.
International and Comparative Law 49 (2000): 578-598.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก.**Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**

Adopted by Resolution 260 (III) A of the United Nations General Assembly on 9 December 1948.

Article 1

The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.

Article 2

In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

Article 3

The following acts shall be punishable:

- (a) Genocide;
- (b) Conspiracy to commit genocide;
- (c) Direct and public incitement to commit genocide;
- (d) Attempt to commit genocide;
- (e) Complicity in genocide.

Article 4

Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in Article 3 shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.

Article 5

The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3.

Article 6

Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in Article 3 shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.

Article 7

Genocide and the other acts enumerated in Article 3 shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.

The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.

Article 8

Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3.

Article 9

Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article 3, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.

Article 10

The present Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall bear the date of 9 December 1948.

Article 11

The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly.

The present Convention shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

After 1 January 1950, the present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid.

Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 12

Any Contracting Party may at any time, by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, extend the application of the present Convention to all or any of the territories for the conduct of whose foreign relations that Contracting Party is responsible.

Article 13

On the day when the first twenty instruments of ratification or accession have been deposited, the Secretary-General shall draw up a proces-verbal and transmit a copy of it to each Member of the United Nations and to each of the non-member States contemplated in Article 11.

The present Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the twentieth instrument of ratification or accession.

Any ratification or accession effected subsequent to the latter date shall become effective on the ninetieth day following the deposit of the instrument of ratification or accession.

Article 14

The present Convention shall remain in effect for a period of ten years as from the date of its coming into force.

It shall thereafter remain in force for successive periods of five years for such Contracting Parties as have not denounced it at least six months before the expiration of the current period.

Denunciation shall be effected by a written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations.

Article 15

If, as a result of denunciations, the number of Parties to the present Convention should become less than sixteen, the Convention shall cease to be in force as from the date on which the last of these denunciations shall become effective.

Article 16

A request for the revision of the present Convention may be made at any time by any Contracting Party by means of a notification in writing addressed to the Secretary-General.

The General Assembly shall decide upon the steps, if any, to be taken in respect of such request.

Article 17

The Secretary-General of the United Nations shall notify all Members of the United Nations and the non-member States contemplated in Article 11 of the following:

- (a) Signatures, ratifications and accessions received in accordance with Article 11;
- (b) Notifications received in accordance with Article 12;
- (c) The date upon which the present Convention comes into force in accordance with Article 13;
- (d) Denunciations received in accordance with Article 14;
- (e) The abrogation of the Convention in accordance with Article 15;
- (f) Notifications received in accordance with Article 16.

Article 18

The original of the present Convention shall be deposited in the archives of the United Nations.

A certified copy of the Convention shall be transmitted to all Members of the United Nations and to the non-member States contemplated in Article 11.

Article 19

The present Convention shall be registered by the Secretary-General of the United Nations on the date of its coming into force.

ภาคผนวก ข.

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
2001

Text adopted by the Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*. Text reproduced as it appears in the annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



Copyright © United Nations

2005

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

PART ONE

THE INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT OF A STATE

CHAPTER I

GENERAL PRINCIPLES

Article 1

Responsibility of a State for its internationally wrongful acts

Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

Article 2

Elements of an internationally wrongful act of a State

There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) Is attributable to the State under international law; and
- (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

Article 3

Characterization of an act of a State as internationally wrongful

The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

CHAPTER II

ATTRIBUTION OF CONDUCT TO A STATE

Article 4

Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Article 5
Conduct of persons or entities exercising elements
of governmental authority

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

Article 6
Conduct of organs placed at the disposal of a State
by another State

The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.

Article 7
Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

Article 8
Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

Article 9
Conduct carried out in the absence or default
of the official authorities

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.

Article 10
Conduct of an insurrectional or other movement

1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law.

2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.

3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9.

Article 11

Conduct acknowledged and adopted by a State as its own

Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.

CHAPTER III

BREACH OF AN INTERNATIONAL OBLIGATION

Article 12

Existence of a breach of an international obligation

There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

Article 13

International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

Article 14

Extension in time of the breach of an international obligation

1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.

3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

Article 15
Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

CHAPTER IV
RESPONSIBILITY OF A STATE IN CONNECTION WITH THE
ACT OF ANOTHER STATE

Article 16
Aid or assistance in the commission of an
internationally wrongful act

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 17
Direction and control exercised over the commission
of an internationally wrongful act

A State which directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for that act if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 18
Coercion of another State

A State which coerces another State to commit an act is internationally responsible for that act if:

- (a) The act would, but for the coercion, be an internationally wrongful act of the coerced State; and
- (b) The coercing State does so with knowledge of the circumstances of the act.

Article 19
Effect of this chapter

This chapter is without prejudice to the international responsibility, under other provisions of these articles, of the State which commits the act in question, or of any other State.

CHAPTER V
CIRCUMSTANCES PRECLUDING WRONGFULNESS

Article 20
Consent

Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

Article 21
Self-defence

The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations.

Article 22
Countermeasures in respect of an internationally wrongful act

The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of part three.

Article 23
Force majeure

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to force majeure, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation.

2. Paragraph 1 does not apply if:

- (a) The situation of force majeure is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or
- (b) The State has assumed the risk of that situation occurring.

Article 24

Distress

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care.

2. Paragraph 1 does not apply if:

- (a) The situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or
- (b) The act in question is likely to create a comparable or greater peril.

Article 25

Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

- (a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
- (b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

- (a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
- (b) The State has contributed to the situation of necessity.

Article 26

Compliance with peremptory norms

Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

Article 27

*Consequences of invoking a circumstance
precluding wrongfulness*

The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to:

- (a) Compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists;
- (b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.

PART TWO

CONTENT OF THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF A STATE

CHAPTER I

GENERAL PRINCIPLES

Article 28

Legal consequences of an internationally wrongful act

The international responsibility of a State which is entailed by an internationally wrongful act in accordance with the provisions of part one involves legal consequences as set out in this part.

Article 29

Continued duty of performance

The legal consequences of an internationally wrongful act under this part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.

Article 30

Cessation and non-repetition

The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation:

- (a) To cease that act, if it is continuing;
- (b) To offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.

Article 31

Reparation

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.

2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

Article 32

Irrelevance of internal law

The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this part.

*Article 33**Scope of international obligations set out in this part*

1. The obligations of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.

2. This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.

CHAPTER II

REPARATION FOR INJURY

*Article 34**Forms of reparation*

Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter.

*Article 35**Restitution*

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) Is not materially impossible;
- (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.

*Article 36**Compensation*

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.

2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.

*Article 37**Satisfaction*

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.

2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.

3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.

Article 38

Interest

1. Interest on any principal sum due under this chapter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation. The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result.

2. Interest runs from the date when the principal sum should have been paid until the date the obligation to pay is fulfilled.

Article 39

Contribution to the injury

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

CHAPTER III

SERIOUS BREACHES OF OBLIGATIONS UNDER PEREMPTORY
NORMS OF GENERAL INTERNATIONAL LAW

Article 40

Application of this chapter

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

Article 41

*Particular consequences of a serious breach
of an obligation under this chapter*

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.

2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.

3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.

PART THREE
THE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL
RESPONSIBILITY OF A STATE

CHAPTER I
INVOCATION OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE

Article 42
Invocation of responsibility by an injured State

A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

- (a) That State individually; or
- (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:
 - (i) Specially affects that State; or
 - (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

Article 43
Notice of claim by an injured State

1. An injured State which invokes the responsibility of another State shall give notice of its claim to that State.

2. The injured State may specify in particular:

- (a) The conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing;
- (b) What form reparation should take in accordance with the provisions of part two.

Article 44
Admissibility of claims

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims;
- (b) The claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted.

Article 45

Loss of the right to invoke responsibility

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The injured State has validly waived the claim;
- (b) The injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim.

Article 46

Plurality of injured States

Where several States are injured by the same internationally wrongful act, each injured State may separately invoke the responsibility of the State which has committed the internationally wrongful act.

Article 47

Plurality of responsible States

1. Where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act.

2. Paragraph 1:

- (a) Does not permit any injured State to recover, by way of compensation, more than the damage it has suffered;
- (b) Is without prejudice to any right of recourse against the other responsible States.

Article 48

Invocation of responsibility by a State other than an injured State

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

- (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
- (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.

2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:

- (a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and
- (b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

3. The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a State entitled to do so under paragraph 1.

CHAPTER II COUNTERMEASURES

Article 49 Object and limits of countermeasures

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two.

2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.

3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question.

Article 50 Obligations not affected by countermeasures

1. Countermeasures shall not affect:

- (a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations;
- (b) Obligations for the protection of fundamental human rights;
- (c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals;
- (d) Other obligations under peremptory norms of general international law.

2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations:

- (a) Under any dispute settlement procedure applicable between it and the responsible State;

- (b) To respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents.

Article 51
Proportionality

Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

Article 52
Conditions relating to resort to countermeasures

1. Before taking countermeasures, an injured State shall:

- (a) Call upon the responsible State, in accordance with article 43, to fulfil its obligations under part two;
- (b) Notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate with that State.

2. Notwithstanding paragraph 1 (b), the injured State may take such urgent countermeasures as are necessary to preserve its rights.

3. Countermeasures may not be taken, and if already taken must be suspended without undue delay if:

- (a) The internationally wrongful act has ceased; and
- (b) The dispute is pending before a court or tribunal which has the authority to make decisions binding on the parties.

4. Paragraph 3 does not apply if the responsible State fails to implement the dispute settlement procedures in good faith.

Article 53
Termination of countermeasures

Countermeasures shall be terminated as soon as the responsible State has complied with its obligations under part two in relation to the internationally wrongful act.

Article 54
Measures taken by States other than an injured State

This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

PART FOUR
GENERAL PROVISIONS

Article 55
Lex specialis

These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

Article 56
Questions of State responsibility not regulated
by these articles

The applicable rules of international law continue to govern questions concerning the responsibility of a State for an internationally wrongful act to the extent that they are not regulated by these articles.

Article 57
Responsibility of an international organization

These articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization.

Article 58
Individual responsibility

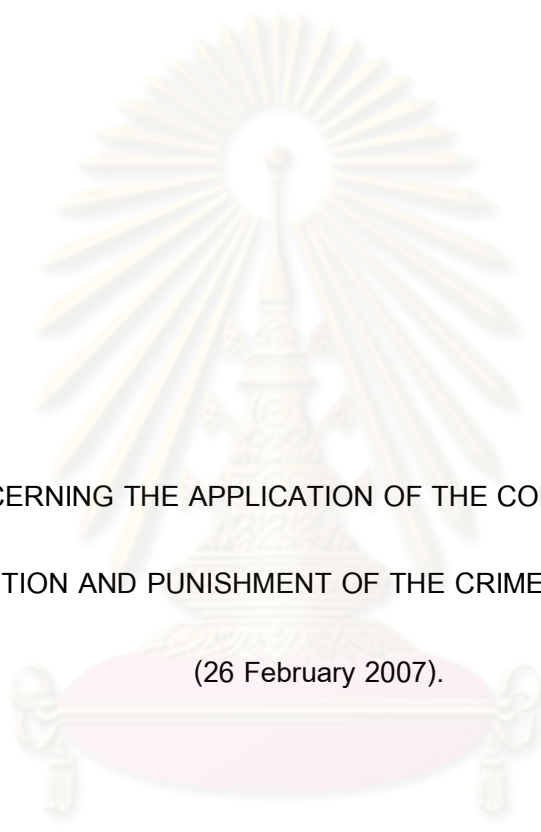
These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.

Article 59
Charter of the United Nations

These articles are without prejudice to the Charter of the United Nations.

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ค.



CASE CONCERNING THE APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE
PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(26 February 2007).

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>Qualités</i>	1-66
II. Identification of the respondent party	67-79
III. The Court's jurisdiction	80-141
(1) Introduction: the jurisdictional objection of Serbia and Montenegro	80-87
(2) History of the status of the FRY with regard to the United Nations	88-99
(3) The response of Bosnia and Herzegovina	100-104
(4) Relevant past decisions of the Court	105-113
(5) The principle of <i>res judicata</i>	114-120
(6) Application of the principle of <i>res judicata</i> to the 1996 Judgment	121-139
(7) Conclusion: jurisdiction affirmed	140-141
IV. The applicable law: the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide	142-201
(1) The Convention in brief	142-149
(2) The Court's 1996 decision about the scope and meaning of Article IX	150-152
(3) The Court's 1996 decision about the territorial scope of the Convention	153-154
(4) The obligations imposed by the Convention on the Contracting Parties	155-179
(5) Question whether the Court may make a finding of genocide by a State in the absence of a prior conviction of an individual for genocide by a competent court	180-182
(6) The possible territorial limits of the obligations	183-184
(7) The Applicant's claims in respect of alleged genocide committed outside its territory against non-nationals	185
(8) The question of intent to commit genocide	186-189
(9) Intent and "ethnic cleansing"	190
(10) Definition of the protected group	191-201
V. Questions of proof: burden of proof, the standard of proof, methods of proof	202-230
VI. The facts invoked by the Applicant, in relation to Article II	231-376
(1) The background	231-234
(2) The entities involved in the events complained of	235-241
(3) Examination of factual evidence: introduction	242-244
(4) Article II (a): Killing members of the protected group	245-277
Sarajevo	246-249
Drina River Valley	250-256
(a) <i>Zvornik</i>	250-251

(b) <i>Camps</i>	252-256
(i) Sušica camp	252
(ii) Foča Kazneno-Popravni Dom camp	253-254
(iii) Batković camp	255-256
Prijedor	257-269
(a) <i>Kozarac and Hambarine</i>	257-261
(b) <i>Camps</i>	262-269
(i) Omarska camp	262-264
(ii) Keraterm camp	265-266
(iii) Trnopolje camp	267-269
Banja Luka	270
Manjača camp	270
Brčko	271-273
Luka camp	271-273
(5) The massacre at Srebrenica	278-297
(6) Article II (b): Causing serious bodily or mental harm to members of the protected group	298-319
Drina River Valley	305-310
(a) <i>Zvornik</i>	305
(b) <i>Foča</i>	306
(c) <i>Camps</i>	307-310
(i) Batković camp	307
(ii) Sušica camp	308
(iii) Foča Kazneno-Popravni Dom camp	309-310
Prijedor	311-314
(a) <i>Municipality</i>	311
(b) <i>Camps</i>	312-314
(i) Omarska camp	312
(ii) Keraterm camp	313
(iii) Trnopolje camp	314
Banja Luka	315-316
Manjača camp	315-316
Brčko	317-318
Luka camp	317-318
(7) Article II (c): Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part	320-354
Alleged encirclement, shelling and starvation	323-328
Deportation and expulsion	329-334
Destruction of historical, religious and cultural property	335-344
Camps	345-354
(a) <i>Drina River Valley</i>	346-347
(i) Sušica camp	346
(ii) Foča Kazneno-Popravni Dom camp	347
(b) <i>Prijedor</i>	348-350
(i) Omarska camp	348
(ii) Keraterm camp	349
(iii) Trnopolje camp	350
(c) <i>Banja Luka</i>	351
Manjača Camp	351
(d) <i>Bosanski Šamac</i>	352

(8) Article II (<i>d</i>): Imposing measures to prevent births within the protected group	355-361
(9) Article II (<i>e</i>): Forcibly transferring children of the protected group to another group	362-367
(10) Alleged genocide outside Bosnia and Herzegovina	368-369
(11) The question of pattern of acts said to evidence an intent to commit genocide	370-376
VII. The question of responsibility for events at Srebrenica under Article III, paragraph (<i>a</i>), of the Genocide Convention	377-415
(1) The alleged admission	377-378
(2) The test of responsibility	379-384
(3) The question of attribution of the Srebrenica genocide to the Respondent on the basis of the conduct of its organs	385-395
(4) The question of attribution of the Srebrenica genocide to the Respondent on the basis of direction or control	396-412
(5) Conclusion as to responsibility for events at Srebrenica under Article III, paragraph (<i>a</i>), of the Genocide Convention	413-415
VIII. The question of responsibility, in respect of Srebrenica, for acts enumerated in Article III, paragraphs (<i>b</i>) to (<i>e</i>), of the Genocide Convention	416-424
IX. The question of responsibility for breach of the obligations to prevent and punish genocide	425-450
(1) The obligation to prevent genocide	428-438
(2) The obligation to punish genocide	439-450
X. The question of responsibility for breach of the Court's Orders indicating provisional measures	451-458
XI. The question of reparation	459-470
XII. Operative clause	471

List of acronyms

Abbreviation	Full name	Comments
ARBiH	Army of the Republic of Bosnia and Herzegovina	
FRY	Federal Republic of Yugoslavia	Name of Serbia and Montenegro between 27 April 1992 (adoption of the Constitution) and 3 February 2003
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda	
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia	
ILC	International Law Commission	
JNA	Yugoslav People's Army	Army of the SFRY (ceased to exist on 27 April 1992, with the creation of the VJ)
MUP	Ministarstvo Unutrašnjih Pollova	Ministry of the Interior
NATO	North Atlantic Treaty Organization	
SFRY	Socialist Federal Republic of Yugoslavia	
TO	Teritorijalna Odbrana	Territorial Defence Forces
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees	
UNPROFOR	United Nations Protection Force	
VJ	Yugoslav Army	Army of the FRY, under the Constitution of 27 April 1992 (succeeded to the JNA)
VRS	Army of the Republika Srpska	

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2007

2007
26 February
General List
No. 91

26 February 2007

**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**

Present: *President* HIGGINS; *Vice-President* AL-KHASAWNEH; *Judges* RANJEVA, SHI, KOROMA, OWADA, SIMMA, TOMKA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV; *Judges ad hoc* MAHIOU, KREĆA; *Registrar* COUVREUR.

In the case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,

between

Bosnia and Herzegovina,

represented by

Mr. Sakib Softić,

as Agent;

Mr. Phon van den Biesen, Attorney at Law, Amsterdam,

as Deputy Agent;

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of the United Nations International Law Commission,

Mr. Thomas M. Franck, Professor Emeritus of Law, New York University School of Law,

Ms Brigitte Stern, Professor at the University of Paris I,

Mr. Luigi Condorelli, Professor at the Faculty of Law of the University of Florence,

Ms Magda Karagiannakis, B.Ec., LL.B., LL.M., Barrister at Law, Melbourne, Australia,

Ms Joanna Korner Q.C., Barrister at Law, London,

Ms Laura Dauban, LL.B. (Hons),

Mr. Antoine Ollivier, Temporary Lecturer and Research Assistant, University of Paris X-Nanterre,

as Counsel and Advocates;

Mr. Morten Torkildsen, BSc., MSc., Torkildsen Granskin og Rådgivning, Norway,

as Expert Counsel and Advocate;

H.E. Mr. Fuad Šabeta, Ambassador of Bosnia and Herzegovina to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Wim Muller, LL.M., M.A.,

Mr. Mauro Barelli, LL.M. (University of Bristol),

Mr. Ermin Sarajlija, LL.M.,

Mr. Amir Bajrić, LL.M.,

Ms Amra Mehmedić, LL.M.,

Ms Isabelle Moulrier, Research Student in International Law, University of Paris I,

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor at the University of Macerata, Italy,

as Counsel,

and

Serbia and Montenegro,

represented by

H.E. Mr. Radoslav Stojanović, S.J.D., Head of the Law Council of the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro, Professor at the Belgrade University School of Law,

as Agent;

Mr. Saša Obradović, First Counsellor of the Embassy of Serbia and Montenegro in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Vladimir Cvetković, Second Secretary of the Embassy of Serbia and Montenegro in the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agents;

Mr. Tibor Varady, S.J.D. (Harvard), Professor of Law at the Central European University, Budapest, and Emory University, Atlanta,

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., Member of the International Law Commission, member of the English Bar, Distinguished Fellow of All Souls College, Oxford,

Mr. Xavier de Roux, Maîtrise de droit, avocat à la cour, Paris,

Ms Nataša Fauveau-Ivanović, avocat à la cour, Paris, member of the Council of the International Criminal Bar,

Mr. Andreas Zimmerman, LL.M. (Harvard), Professor of Law at the University of Kiel, Director of the Walther-Schücking Institute,

Mr. Vladimir Djerić, LL.M. (Michigan), Attorney at Law, Mikijelj, Janković & Bogdanović, Belgrade, President of the International Law Association of Serbia and Montenegro,

Mr. Igor Olujić, Attorney at Law, Belgrade,

as Counsel and Advocates;

Ms Sanja Djajić, S.J.D, Associate Professor at the Novi Sad University School of Law,

Ms Ivana Mroz, LL.M. (Minneapolis),

Mr. Svetislav Rabrenović, Expert-associate at the Office of the Prosecutor for War Crimes of the Republic of Serbia,

Mr. Aleksandar Djurdjić, LL.M., First Secretary at the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

Mr. Miloš Jastrebić, Second Secretary at the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

Mr. Christian J. Tams, LL.M., Ph.D. (Cambridge), Walther-Schücking Institute, University of Kiel,

Ms Dina Dobrkovic, LL.B.,

as Assistants,

The COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 20 March 1993, the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina (with effect from 14 December 1995 “Bosnia and Herzegovina”) filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Federal Republic of Yugoslavia (with effect from 4 February 2003, “Serbia and Montenegro” and with effect from 3 June 2006, the Republic of Serbia — see paragraphs 67 and 79 below) in respect of a dispute concerning alleged violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1948 (hereinafter “the Genocide Convention” or “the Convention”), as well as various matters which Bosnia and Herzegovina claimed were connected therewith. The Application invoked Article IX of the Genocide Convention as the basis of the jurisdiction of the Court.

2. Pursuant to Article 40, paragraph 2, of the Statute of the Court, the Application was immediately communicated to the Government of the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter “the FRY”) by the Registrar; and in accordance with paragraph 3 of that Article, all States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. In conformity with Article 43 of the Rules of Court, the Registrar addressed the notification provided for in Article 63, paragraph 1, of the Statute to all the States appearing on the list of the parties to the Genocide Convention held by the Secretary-General of the United Nations as depositary. The Registrar also sent to the Secretary-General the notification provided for in Article 34, paragraph 3, of the Statute.

4. On 20 March 1993, immediately after the filing of its Application, Bosnia and Herzegovina submitted a request for the indication of provisional measures pursuant to Article 73 of the Rules of Court. On 31 March 1993, Bosnia and Herzegovina filed in the Registry, and invoked as an additional basis of jurisdiction, the text of a letter dated 8 June 1992, addressed jointly by the President of the then Republic of Montenegro and the President of the then Republic of Serbia to the President of the Arbitration Commission of the International Conference for Peace in Yugoslavia. On 1 April 1993, the FRY submitted written observations on Bosnia and Herzegovina’s request for provisional measures, in which it, in turn, recommended that the Court indicate provisional measures to be applied to Bosnia and Herzegovina. By an Order dated 8 April 1993, the Court, after hearing the Parties, indicated certain provisional measures with a view to the protection of rights under the Genocide Convention.

5. By an Order dated 16 April 1993, the President of the Court fixed 15 October 1993 as the time-limit for the filing of the Memorial of Bosnia and Herzegovina and 15 April 1994 as the time-limit for the filing of the Counter-Memorial of the FRY.

6. Since the Court included upon the Bench no judge of the nationality of the Parties, each of them exercised its right under Article 31, paragraph 3, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case: Bosnia and Herzegovina chose Mr. Elihu Lauterpacht and the FRY chose Mr. Milenko Kreća.

7. On 27 July 1993, Bosnia and Herzegovina submitted a new request for the indication of provisional measures. By letters of 6 August and 10 August 1993, the Agent of Bosnia and Herzegovina indicated that his Government wished to invoke additional bases of jurisdiction in the case: the Treaty between the Allied and Associated Powers and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes on the Protection of Minorities, signed at Saint-Germain-en-Laye on 10 September 1919, and customary and conventional international laws of war and international humanitarian law. By a letter of 13 August 1993, the Agent of Bosnia and Herzegovina confirmed his Government's intention also to rely on the above-mentioned letter from the Presidents of Montenegro and Serbia dated 8 June 1992 as an additional basis of jurisdiction (see paragraph 4).

8. On 10 August 1993, the FRY also submitted a request for the indication of provisional measures and on 10 August and 23 August 1993, it filed written observations on Bosnia and Herzegovina's new request. By an Order dated 13 September 1993, the Court, after hearing the Parties, reaffirmed the measures indicated in its Order of 8 April 1993 and stated that those measures should be immediately and effectively implemented.

9. By an Order dated 7 October 1993, the Vice-President of the Court, at the request of Bosnia and Herzegovina, extended the time-limit for the filing of the Memorial to 15 April 1994 and accordingly extended the time-limit for the filing of the Counter-Memorial to 15 April 1995. Bosnia and Herzegovina filed its Memorial within the time-limit thus extended. By a letter dated 9 May 1994, the Agent of the FRY submitted that the Memorial filed by Bosnia and Herzegovina failed to meet the requirements of Article 43 of the Statute and Articles 50 and 51 of the Rules of Court. By letter of 30 June 1994, the Registrar, acting on the instructions of the Court, requested Bosnia and Herzegovina, pursuant to Article 50, paragraph 2, of the Rules of Court, to file as annexes to its Memorial the extracts of the documents to which it referred therein. Bosnia and Herzegovina accordingly filed Additional Annexes to its Memorial on 4 January 1995.

10. By an Order dated 21 March 1995, the President of the Court, at the request of the FRY, extended the time-limit for the filing of the Counter-Memorial to 30 June 1995. Within the time-limit thus extended, the FRY, referring to Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court of 14 April 1978, raised preliminary objections concerning the Court's jurisdiction to entertain the case and to the admissibility of the Application. Accordingly, by an Order of 14 July 1995, the President of the Court noted that, by virtue of Article 79, paragraph 3, of the 1978 Rules of Court, the proceedings on the merits were suspended, and fixed 14 November 1995 as the time-limit within which Bosnia and Herzegovina might present a written statement of its observations and submissions on the preliminary objections raised by the FRY. Bosnia and Herzegovina filed such a statement within the time-limit thus fixed.

11. By a letter dated 2 February 1996, the Agent of the FRY submitted to the Court the text of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina and the annexes thereto, initialled in Dayton, Ohio, on 21 November 1995, and signed in Paris on 14 December 1995 (hereinafter the “Dayton Agreement”).

12. Public hearings were held on preliminary objections between 29 April and 3 May 1996. By a Judgment of 11 July 1996, the Court dismissed the preliminary objections and found that it had jurisdiction to adjudicate on the dispute on the basis of Article IX of the Genocide Convention and that the Application was admissible.

13. By an Order dated 23 July 1996, the President fixed 23 July 1997 as the time-limit for the filing of the Counter-Memorial of the FRY. The Counter-Memorial, which was filed on 22 July 1997, contained counter-claims. By a letter dated 28 July 1997, Bosnia and Herzegovina, invoking Article 80 of the 1978 Rules of Court, challenged the admissibility of the counter-claims. On 22 September 1997, at a meeting held between the President of the Court and the Agents of the Parties, the Agents accepted that their respective Governments submit written observations on the question of the admissibility of the counter-claims. Bosnia and Herzegovina and the FRY submitted their observations to the Court on 10 October 1997 and 24 October 1997, respectively. By an Order dated 17 December 1997, the Court found that the counter-claims submitted by the FRY were admissible as such and formed part of the current proceedings since they fulfilled the conditions set out in Article 80, paragraphs 1 and 2, of the 1978 Rules of Court. The Court further directed Bosnia and Herzegovina to submit a Reply and the FRY to submit a Rejoinder relating to the claims of both Parties and fixed 23 January 1998 and 23 July 1998 as the respective time-limits for the filing of those pleadings. The Court also reserved the right of Bosnia and Herzegovina to present its views on the counter-claims of the FRY in an additional pleading.

14. By an Order dated 22 January 1998, the President, at the request of Bosnia and Herzegovina, extended the time-limit for the filing of the Reply of Bosnia and Herzegovina to 23 April 1998 and accordingly extended the time-limit for the filing of the Rejoinder of the FRY to 22 January 1999.

15. On 15 April 1998, the Co-Agent of the FRY filed “Additional Annexes to the Counter-Memorial of the Federal Republic of Yugoslavia”. By a letter dated 14 May 1998, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina, referring to Articles 50 and 52 of the Rules of Court, objected to the admissibility of these documents in view of their late filing. On 22 September 1998, the Parties were informed that the Court had decided that the documents in question “[were] admissible as Annexes to the Counter-Memorial to the extent that they were established, in the original language, on or before the date fixed by the Order of 23 July 1996 for the filing of the Counter-Memorial” and that “[a]ny such document established after that date [would] have to be submitted as an Annex to the Rejoinder, if Yugoslavia so wishe[d]”.

16. On 23 April 1998, within the time-limit thus extended, Bosnia and Herzegovina filed its Reply. By a letter dated 27 November 1998, the FRY requested the Court to extend the time-limit for the filing of its Rejoinder to 22 April 1999. By a letter dated 9 December 1998, Bosnia and

Herzegovina objected to any extension of the time-limit fixed for the filing of the Rejoinder. By an Order of 11 December 1998, the Court, having regard to the fact that Bosnia and Herzegovina had been granted an extension of the time-limit for the filing of its Reply, extended the time-limit for the filing of the Rejoinder of the FRY to 22 February 1999. The FRY filed its Rejoinder within the time-limit thus extended.

17. On 19 April 1999, the President of the Court held a meeting with the representatives of the Parties in order to ascertain their views with regard to questions of procedure. Bosnia and Herzegovina indicated that it did not intend to file an additional pleading concerning the counter-claims made by the FRY and considered the case ready for oral proceedings. The Parties also expressed their views about the organization of the oral proceedings.

18. By a letter dated 9 June 1999, the then Chairman of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, Mr. Zivko Radisić, informed the Court of the appointment of a Co-Agent, Mr. Svetozar Miletić. By a letter dated 10 June 1999, the thus appointed Co-Agent informed the Court that Bosnia and Herzegovina wished to discontinue the case. By a letter of 14 June 1999, the Agent of Bosnia and Herzegovina asserted that the Presidency of Bosnia and Herzegovina had taken no action to appoint a Co-Agent or to terminate the proceedings before the Court. By a letter of 15 June 1999, the Agent of the FRY stated that his Government accepted the discontinuance of the proceedings. By a letter of 21 June 1999, the Agent of Bosnia and Herzegovina reiterated that the Presidency had not made any decision to discontinue the proceedings and transmitted to the Court letters from two members of the Presidency, including the new Chairman of the Presidency, confirming that no such decision had been made.

19. By letters dated 30 June 1999 and 2 September 1999, the President of the Court requested the Chairman of the Presidency to clarify the position of Bosnia and Herzegovina regarding the pendency of the case. By a letter dated 3 September 1999, the Agent of the FRY submitted certain observations on this matter, concluding that there was an agreement between the Parties to discontinue the case. By a letter dated 15 September 1999, the Chairman of the Presidency of Bosnia and Herzegovina informed the Court that at its 58th session held on 8 September 1999, the Presidency had concluded that: (i) the Presidency “did not make a decision to discontinue legal proceedings before the International Court of Justice”; (ii) the Presidency “did not make a decision to name a Co-Agent in this case”; (iii) the Presidency would “inform [the Court] timely about any further decisions concerning this case”.

20. By a letter of 20 September 1999, the President of the Court informed the Parties that the Court intended to schedule hearings in the case beginning in the latter part of February 2000 and requested the Chairman of the Presidency of Bosnia and Herzegovina to confirm that Bosnia and Herzegovina’s position was that the case should so proceed. By a letter of 4 October 1999, the Agent of Bosnia and Herzegovina confirmed that the position of his Government was that the case should proceed and he requested the Court to set a date for the beginning of the oral proceedings as soon as possible. By a letter dated 10 October 1999, the member of the Presidency of Bosnia and Herzegovina from the Republika Srpska informed the Court that the letter of 15 September 1999 from the Chairman of the Presidency was “without legal effects” *inter alia* because the National Assembly of the Republika Srpska, acting pursuant to the Constitution of Bosnia and Herzegovina, had declared the decision of 15 September “destructive of a vital interest” of the Republika Srpska. On 22 October 1999, the President informed the Parties that, having regard to the correspondence received on this matter, the Court had decided not to hold hearings in the case in February 2000.

21. By a letter dated 23 March 2000 transmitting to the Court a letter dated 20 March 2000 from the Chairman of the Presidency, the Agent of Bosnia and Herzegovina reaffirmed that the appointment of a Co-Agent by the former Chairman of the Presidency of Bosnia and Herzegovina on 9 June 1999 lacked any legal basis and that the communications of the Co-Agent did not reflect the position of Bosnia and Herzegovina. Further, the Agent asserted that, contrary to the claims of the member of the Presidency of Bosnia and Herzegovina from the Republic of Srpska, the letter of 15 September 1999 was not subject to the veto mechanism contained in the Constitution of Bosnia and Herzegovina. The Agent requested the Court to set a date for oral proceedings at its earliest convenience.

22. By a letter dated 13 April 2000, the Agent of the FRY transmitted to the Court a document entitled "Application for the Interpretation of the Decision of the Court on the Pendency of the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)", requesting an interpretation of the decision of the Court to which the President of the Court had referred in his letter dated 22 October 1999. By a letter dated 18 April 2000, the Registrar informed the Agent of the FRY that, according to Article 60 of the Statute, a request for interpretation could relate only to a judgment of the Court and therefore the document transmitted to the Court on 13 April 2000 could not constitute a request for interpretation and had not been entered on the Court's General List. The Registrar further explained that the sole decision to which reference was made in the letter of 22 October 1999 was that no hearings would be held in February 2000. The Registrar requested the Agent to transmit as soon as possible any comments he might have on the letter dated 23 March 2000 from the Agent of Bosnia and Herzegovina and the letter from the Chairman of the Presidency enclosed therewith. By a letter dated 25 April 2000, the Agent of the FRY submitted such comments to the Court and requested that the Court record and implement the agreement for the discontinuance of the case evidenced by the exchange of the letter of the Co-Agent of the Applicant dated 10 June 1999 and the letter of the Agent of the FRY dated 15 June 1999. By a letter dated 8 May 2000, the Agent of Bosnia and Herzegovina submitted certain observations regarding the letter dated 25 April 2000 from the Agent of the FRY and reiterated the wish of his Government to continue with the proceedings in the case. By letters dated 8 June, 26 June and 4 October 2000 from the FRY and letters dated 9 June and 21 September 2000 from Bosnia and Herzegovina, the Agents of the Parties restated their positions.

23. By a letter dated 29 September 2000, Mr. Svetozar Miletić, who had purportedly been appointed Co-Agent on 9 June 1999 by the then Chairman of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, reiterated his position that the case had been discontinued. By a letter dated 6 October 2000, the Agent of Bosnia and Herzegovina stated that this letter and the recent communication from the Agent of the FRY had not altered the commitment of the Government of Bosnia and Herzegovina to continue the proceedings.

24. By letters dated 16 October 2000 from the President of the Court and from the Registrar, the Parties were informed that, at its meeting of 10 October 2000, the Court, having examined all the correspondence received on this question, had found that Bosnia and Herzegovina had not demonstrated its will to withdraw the Application in an unequivocal manner. The Court had thus concluded that there had been no discontinuance of the case by Bosnia and Herzegovina. Consequently, in accordance with Article 54 of the Rules, the Court, after having consulted the Parties, would, at an appropriate time, fix a date for the opening of the oral proceedings.

25. By a letter dated 18 January 2001, the Minister for Foreign Affairs of the FRY requested the Court to grant a stay of the proceedings or alternatively to postpone the opening of the oral proceedings for a period of 12 months due, *inter alia*, to the change of Government of the FRY and the resulting fundamental change in the policies and international position of that State. By a letter dated 25 January 2001, the Agent of Bosnia and Herzegovina communicated the views of his Government on the request made by the FRY and reserved his Government's final judgment on the matter, indicating that, in the intervening period, Bosnia and Herzegovina's position continued to be that there should be an expedited resolution of the case.

26. By a letter dated 20 April 2001, the Agent of the FRY informed the Court that his Government wished to withdraw the counter-claims submitted by the FRY in its Counter-Memorial. The Agent also informed the Court that his Government was of the opinion that the Court did not have jurisdiction *ratione personae* over the FRY and further that the FRY intended to submit an application for revision of the Judgment of 11 July 1996. On 24 April 2001, the FRY filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings whereby, referring to Article 61 of the Statute, it requested the Court to revise the Judgment delivered on Preliminary Objections on 11 July 1996 (*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (*Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), hereinafter referred to as "the *Application for Revision case*"). In the present case the Agent of the FRY submitted, under cover of a letter dated 4 May 2001, a document entitled "Initiative to the Court to Reconsider *ex officio* Jurisdiction over Yugoslavia", accompanied by one volume of annexes (hereinafter "the Initiative"). The Agent informed the Court that the Initiative was based on facts and arguments which were essentially identical to those submitted in the FRY's Application for revision of the Judgment of 11 July 1996 since his Government believed that these were both appropriate procedural avenues. In the Initiative, the FRY requested the Court to adjudge and declare that it had no jurisdiction *ratione personae* over the FRY, contending that it had not been a party to the Statute of the Court until its admission to the United Nations on 1 November 2000, that it had not been and still was not a party to the Genocide Convention; it added moreover that its notification of accession to that Convention dated 8 March 2001 contained a reservation to Article IX thereof. The FRY asked the Court to suspend the proceedings on the merits until a decision was rendered on the Initiative.

27. By a letter dated 12 July 2001 and received in the Registry on 15 August 2001, Bosnia and Herzegovina informed the Court that it had no objection to the withdrawal of the counter-claims by the FRY and stated that it intended to submit observations regarding the Initiative. By an Order dated 10 September 2001, the President of the Court placed on record the withdrawal by the FRY of the counter-claims submitted in its Counter-Memorial.

28. By a letter dated 3 December 2001, Bosnia and Herzegovina provided the Court with its views regarding the Initiative and transmitted a memorandum on "differences between the Application for Revision of 23 April 2001 and the 'Initiative' of 4 May 2001" as well as a copy of the written observations and annexes filed by Bosnia and Herzegovina on 3 December 2001 in the *Application for Revision case*. In that letter, Bosnia and Herzegovina submitted that "there [was] no basis in fact nor in law to honour this so-called 'Initiative'" and requested the Court *inter alia* to "respond in the negative to the request embodied in the 'Initiative'".

29. By a letter dated 22 February 2002 to the President of the Court, Judge *ad hoc* Lauterpacht resigned from the case.

30. Under cover of a letter of 18 April 2002, the Registrar, referring to Article 34, paragraph 3, of the Statute, transmitted copies of the written proceedings to the Secretary-General of the United Nations.

31. In its Judgment of 3 February 2003 in the *Application for Revision* case, the Court found that the FRY's Application for revision, under Article 61 of the Statute of the Court, of the Judgment of 11 July 1996 on preliminary objections was inadmissible.

32. By a letter dated 5 February 2003, the FRY informed the Court that, following the adoption and promulgation of the Constitutional Charter of Serbia and Montenegro by the Assembly of the FRY on 4 February 2003, the name of the State had been changed from the "Federal Republic of Yugoslavia" to "Serbia and Montenegro". The title of the case was duly changed and the name "Serbia and Montenegro" was used thereafter for all official purposes of the Court.

33. By a letter of 17 February 2003, Bosnia and Herzegovina reaffirmed its position with respect to the Initiative, as stated in the letter of 3 December 2001, and expressed its desire to proceed with the case. By a letter dated 8 April 2003, Serbia and Montenegro submitted that, due to major new developments since the filing of the last written pleading, additional written pleadings were necessary in order to make the oral proceedings more effective and less time-consuming. On 24 April 2003, the President of the Court held a meeting with the Agents of the Parties to discuss questions of procedure. Serbia and Montenegro stated that it maintained its request for the Court to rule on its Initiative while Bosnia and Herzegovina considered that there was no need for additional written pleadings. The possible dates and duration of the oral proceedings were also discussed.

34. By a letter dated 25 April 2003, Bosnia and Herzegovina chose Mr. Ahmed Mahiou to sit as judge *ad hoc* in the case.

35. By a letter of 12 June 2003, the Registrar informed Serbia and Montenegro that the Court could not accede to its request that the proceedings be suspended until a decision was rendered on the jurisdictional issues raised in the Initiative; however, should it wish to do so, Serbia and Montenegro would be free to present further argument on jurisdictional questions during the oral proceedings on the merits. In further letters of the same date, the Parties were informed that the Court, having considered Serbia and Montenegro's request, had decided not to authorize the filing of further written pleadings in the case.

36. In an exchange of letters in October and November 2003, the Agents of the Parties made submissions as to the scheduling of the oral proceedings.

37. Following a further exchange of letters between the Parties in March and April 2004, the President held a meeting with the Agents of the Parties on 25 June 2004, at which the Parties presented their views on, *inter alia*, the scheduling of the hearings and the calling of witnesses and experts.

38. By letters dated 26 October 2004, the Parties were informed that, after examining the list of cases before it ready for hearing and considering all the relevant circumstances, the Court had decided to fix Monday 27 February 2006 for the opening of the oral proceedings in the case.

39. On 14 March 2005, the President met with the Agents of the Parties in order to ascertain their views with regard to the organization of the oral proceedings. At this meeting, both Parties indicated that they intended to call witnesses and experts.

40. By letters dated 19 March 2005, the Registrar, referring to Articles 57 and 58 of the Rules of Court, requested the Parties to provide, by 9 September 2005, details of the witnesses, experts and witness-experts whom they intended to call and indications of the specific point or points to which the evidence of the witness, expert or witness-expert would be directed. By a letter of 8 September 2005, the Agent of Serbia and Montenegro transmitted to the Court a list of eight witnesses and two witness-experts whom his Government wished to call during the oral proceedings. By a further letter of the same date, the Agent of Serbia and Montenegro communicated a list of five witnesses whose attendance his Government requested the Court to arrange pursuant to Article 62, paragraph 2, of the Rules of Court. By a letter dated 9 September 2005, Bosnia and Herzegovina transmitted to the Court a list of three experts whom it wished to call at the hearings.

41. By a letter dated 5 October 2005, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Registry of Bosnia and Herzegovina's views with regard to the time that it considered necessary for the hearing of the experts it wished to call and made certain submissions, *inter alia*, with respect to the request made by Serbia and Montenegro pursuant to Article 62, paragraph 2, of the Rules of Court. By letters of 4 and 11 October 2005, the Agent and the Co-Agent of Serbia and Montenegro, respectively, informed the Registry of the views of their Government with respect to the time necessary for the hearing of the witnesses and witness-experts whom it wished to call.

42. By letters of 15 November 2005, the Registrar informed the Parties, *inter alia*, that the Court had decided that it would hear the three experts and ten witnesses and witness-experts that Bosnia and Herzegovina and Serbia and Montenegro respectively wished to call and, moreover, that it had decided not to arrange for the attendance, pursuant to Article 62, paragraph 2, of the Rules of Court, of the five witnesses proposed by Serbia and Montenegro. However, the Court reserved the right to exercise subsequently, if necessary, its powers under that provision to call persons of its choosing on its own initiative. The Registrar also requested the Parties to provide certain information related to the hearing of the witnesses, experts and witness-experts including, *inter alia*, the language in which each witness, expert or witness-expert would speak and, in respect of those speaking in a language other than English or French, the arrangements which the Party intended to make, pursuant to Article 70, paragraph 2, of the Rules of Court, for interpretation into one of the official languages of the Court. Finally the Registrar transmitted to the Parties the calendar for the oral proceedings as adopted by the Court.

43. By a letter dated 12 December 2005, the Agent of Serbia and Montenegro informed the Court, *inter alia*, that eight of the ten witnesses and witness-experts it wished to call would speak in Serbian and outlined the arrangements that Serbia and Montenegro would make for interpretation from Serbian to one of the official languages of the Court. By a letter dated 15 December 2005, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court, *inter alia*, that the three experts called by Bosnia and Herzegovina would speak in one of the official languages of the Court.

44. By a letter dated 28 December 2005, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina, on behalf of the Government, requested that the Court call upon Serbia and Montenegro, under Article 49 of the Statute and Article 62, paragraph 1, of the Rules of Court, to produce a certain number of documents. By a letter dated 16 January 2006, the Agent of Serbia and Montenegro informed the Court of his Government's views on this request. By a letter dated 19 January 2006, the Registrar, acting on the instructions of the Court, asked Bosnia and Herzegovina to provide certain further information relating to its request under Article 49 of the Statute and Article 62, paragraph 2, of the Rules of Court. By letters dated 19 and 24 January 2006, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina submitted additional information and informed the Court that Bosnia and Herzegovina had decided, for the time being, to restrict its request to the redacted sections of certain documents. By a letter dated 31 January 2006, the Co-Agent of Serbia and Montenegro communicated his Government's views regarding this modified request. By letters dated 2 February 2006, the Registrar informed the Parties that the Court had decided, at this stage of the proceedings, not to call upon Serbia and Montenegro to produce the documents in question. However, the Court reserved the right to exercise subsequently, if necessary, its powers under Article 49 of the Statute and Article 62, paragraph 1, of the Rules of Court, to request, *proprio motu*, the production by Serbia and Montenegro of the documents in question.

45. By a letter dated 16 January 2006, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina transmitted to the Registry copies of new documents that Bosnia and Herzegovina wished to produce pursuant to Article 56 of the Rules of Court. Under cover of the same letter and of a letter dated 23 January 2006, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina also transmitted to the Registry copies of video material, extracts of which Bosnia and Herzegovina intended to present at the oral proceedings. By a letter dated 31 January 2006, the Co-Agent of Serbia and Montenegro informed the Court that his Government did not object to the production of the new documents by Bosnia and Herzegovina. Nor did it object to the video material being shown at the oral proceedings. By letters of 2 February 2006, the Registrar informed the Parties that, in view of the fact that no objections had been raised by Serbia and Montenegro, the Court had decided to authorize the production of the new documents by Bosnia and Herzegovina pursuant to Article 56 of the Rules of Court and that it had further decided that Bosnia and Herzegovina could show extracts of the video material at the hearings.

46. Under cover of a letter dated 18 January 2006 and received on 20 January 2006, the Agent of Serbia and Montenegro provided the Registry with copies of new documents which his Government wished to produce pursuant to Article 56 of the Rules of Court. By a letter of 1 February 2006, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court that Bosnia and Herzegovina did not object to the production of the said documents by Serbia and Montenegro. By a letter dated 2 February 2006, the Registrar informed the Parties that, in view of the fact that no objection had been raised by Bosnia and Herzegovina, the Court had decided to authorize the production of the new documents by Serbia and Montenegro. By a letter dated 9 February 2006,

the Co-Agent of Serbia and Montenegro transmitted to the Court certain missing elements of the new documents submitted on 20 January 2006 and made a number of observations concerning the new documents produced by Bosnia and Herzegovina. By a letter dated 20 February 2006, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court that Bosnia and Herzegovina did not intend to make any observations regarding the new documents produced by Serbia and Montenegro.

47. Under cover of a letter dated 31 January 2006, the Co-Agent of Serbia and Montenegro transmitted to the Court a list of public documents that his Government would refer to in its first round of oral argument. By a further letter dated 14 February 2006, the Co-Agent of Serbia and Montenegro transmitted to the Court copies of folders containing the public documents referred to in the list submitted on 31 January 2006 and informed the Court that Serbia and Montenegro had decided not to submit the video materials included in that list. By a letter dated 20 February 2006, the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court that Bosnia and Herzegovina had no observations to make regarding the list of public documents submitted by Serbia and Montenegro on 31 January 2006. He also stated that Bosnia and Herzegovina would refer to similar sources during its pleadings and was planning to provide the Court and the Respondent, at the end of the first round of its oral argument, with a CD-ROM containing materials it had quoted (see below, paragraph 54).

48. By a letter dated 26 January 2006, the Registrar informed the Parties of certain decisions taken by the Court with regard to the hearing of the witnesses, experts and witness-experts called by the Parties including, *inter alia*, that, exceptionally, the verbatim records of the sittings at which the witnesses, experts and witness-experts were heard would not be made available to the public or posted on the website of the Court until the end of the oral proceedings.

49. By a letter dated 13 February 2006, the Agent of Serbia and Montenegro informed the Court that his Government had decided not to call two of the witnesses and witness-experts included in the list transmitted to the Court on 8 September 2005 and that the order in which the remaining witnesses and witness-expert would be heard had been modified. By a letter dated 21 February 2006, the Agent of Serbia and Montenegro requested the Court's permission for the examination of three of the witnesses called by his Government to be conducted in Serbian (namely, Mr. Dušan Mihajlović, Mr. Vladimir Milićević, Mr. Dragoljub Mićunović). By a letter dated 22 February 2006, the Registrar informed the Agent of Serbia and Montenegro that there was no objection to such a procedure being followed, pursuant to the provisions of Article 39, paragraph 3, of the Statute and Article 70 of the Rules of Court.

50. Pursuant to Article 53, paragraph 2, of the Rules, the Court, after ascertaining the views of the Parties, decided that copies of the pleadings and documents annexed would be made available to the public at the opening of the oral proceedings.

51. Public sittings were held from 27 February to 9 May 2006, at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For Bosnia and Herzegovina: Mr. Sakib Softić,
Mr. Phon van den Biesen,
Mr. Alain Pellet,
Mr. Thomas M. Franck,
Ms Brigitte Stern,
Mr. Luigi Condorelli,
Ms Magda Karagiannakis,
Ms Joanna Korner,
Ms Laura Dauban,
Mr. Antoine Ollivier,
Mr. Morten Torkildsen.

For Serbia and Montenegro: H.E. Mr. Radoslav Stojanović,
Mr. Saša Obradović,
Mr. Vladimir Cvetković,
Mr. Tibor Varady,
Mr. Ian Brownlie,
Mr. Xavier de Roux,
Ms Nataša Fauveau-Ivanović,
Mr. Andreas Zimmerman,
Mr. Vladimir Djerić,
Mr. Igor Olujić.

52. On 1 March 2006, the Registrar, on the instructions of the Court, requested Bosnia and Herzegovina to specify the precise origin of each of the extracts of video material and of the graphics, charts and photographs shown or to be shown at the oral proceedings. On 2 March 2006 Bosnia and Herzegovina provided the Court with certain information regarding the extracts of video material shown at the sitting on 1 March 2006 and those to be shown at the sittings on 2 March 2006 including the source of such video material. Under cover of a letter dated 5 March 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina transmitted to the Court a list detailing the origin of the extracts of video material, graphics, charts and photographs shown or to be shown by it during its first round of oral argument, as well as transcripts, in English and in French, of the above-mentioned extracts of video material.

53. By a letter dated 5 March 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court that it wished to withdraw one of the experts it had intended to call. In that letter, the Agent of Bosnia and Herzegovina also asked the Court to request each of the Parties to provide a one-page outline per witness, expert or witness-expert detailing the topics which would be covered in his evidence or statement. By letters dated 7 March 2006, the Parties were informed that the Court requested them to provide, at least three days before the hearing of each witness, expert or witness-expert, a one-page summary of the latter's evidence or statement.

54. On 7 March 2006, Bosnia and Herzegovina provided the Court and the Respondent with a CD-ROM containing "ICTY Public Exhibits and other Documents cited by Bosnia and Herzegovina during its Oral Pleadings (07/03/2006)". By a letter dated 10 March 2006, Serbia and Montenegro informed the Court that it objected to the production of the CD-ROM on the grounds that the submission at such a late stage of so many documents "raise[d] serious concerns related to

the respect for the Rules of Court and the principles of fairness and equality of the parties". It also pointed out that the documents included on the CD-ROM "appear[ed] questionable from the point of [view of] Article 56, paragraph 4, of the Rules [of Court]". By a letter dated 13 March 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court of his Government's views regarding the above-mentioned objections raised by Serbia and Montenegro. In that letter, the Agent submitted, *inter alia*, that all the documents on the CD-ROM had been referred to by Bosnia and Herzegovina in its oral argument and were documents which were in the public domain and were readily available within the terms of Article 56, paragraph 4, of the Rules of Court. The Agent added that Bosnia and Herzegovina was prepared to withdraw the CD-ROM if the Court found it advisable. By a letter of 14 March 2006, the Registrar informed Bosnia and Herzegovina that, given that Article 56, paragraph 4, of the Rules of Court did not require or authorize the submission to the Court of the full text of a document to which reference was made during the oral proceedings pursuant to that provision and since it was difficult for the other Party and the Court to come to terms, at the late stage of the proceedings, with such an immense mass of documents, which in any case were in the public domain and could thus be consulted if necessary, the Court had decided that it was in the interests of the good administration of justice that the CD-ROM be withdrawn. By a letter dated 16 March 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina withdrew the CD-ROM which it had submitted on 7 March 2006.

55. On 17 March 2006, Bosnia and Herzegovina submitted a map for use during the statement to be made by one of its experts on the morning of 20 March 2006. On 20 March 2006, Bosnia and Herzegovina produced a folder of further documents to be used in the examination of that expert. Serbia and Montenegro objected strongly to the production of the documents at such a late stage since its counsel would not have time to prepare for cross-examination. On 20 March 2006, the Court decided that the map submitted on 17 March 2006 could not be used during the statement of the expert. Moreover, having consulted both Parties, the Court decided to cancel the morning sitting and instead hear the expert during an afternoon sitting in order to allow Serbia and Montenegro to be ready for cross-examination.

56. On 20 March 2006, Serbia and Montenegro informed the Court that one of the witnesses it had intended to call finally would not be giving evidence.

57. The following experts were called by Bosnia and Herzegovina and made their statements at public sittings on 17 and 20 March 2006: Mr. András J. Riedlmayer and General Sir Richard Dannatt. The experts were examined by counsel for Bosnia and Herzegovina and cross-examined by counsel for Serbia and Montenegro. The experts were subsequently re-examined by counsel for Bosnia and Herzegovina. Questions were put to Mr. Riedlmayer by Judges Kreća, Tomka, Simma and the Vice-President and replies were given orally. Questions were put to General Dannatt by the President, Judge Koroma and Judge Tomka and replies were given orally.

58. The following witnesses and witness-expert were called by Serbia and Montenegro and gave evidence at public sittings on 23, 24, 27 and 28 March 2006: Mr. Vladimir Lukić; Mr. Vitomir Popović; General Sir Michael Rose; Mr. Jean-Paul Sardon (witness-expert); Mr. Dušan Mihajlović; Mr. Vladimir Milićević; Mr. Dragoljub Mićunović. The witnesses and witness-expert were examined by counsel for Serbia and Montenegro and cross-examined by

counsel for Bosnia and Herzegovina. General Rose, Mr. Mihajlović and Mr. Milićević were subsequently re-examined by counsel for Serbia and Montenegro. Questions were put to Mr. Lukić by Judges Ranjeva, Simma, Tomka and Bennouna and replies were given orally. Questions were put to General Rose by the Vice-President and Judges Owada and Simma and replies were given orally.

59. With the exception of General Rose and Mr. Jean-Paul Sardon, the above-mentioned witnesses called by Serbia and Montenegro gave their evidence in Serbian and, in accordance with Article 39, paragraph 3, of the Statute and Article 70, paragraph 2, of the Rules of Court, Serbia and Montenegro made the necessary arrangements for interpretation into one of the official languages of the Court and the Registry verified this interpretation. Mr. Stojanović conducted his examination of Mr. Dragoljub Mićunović in Serbian in accordance with the exchange of correspondence between Serbia and Montenegro and the Court on 21 and 22 February 2006 (see paragraph 49 above).

60. In the course of the hearings, questions were put by Members of the Court, to which replies were given orally and in writing, pursuant to Article 61, paragraph 4, of the Rules of Court.

61. By a letter of 8 May 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina requested the Court to allow the Deputy Agent to take the floor briefly on 9 May 2006, in order to correct an assertion about one of the counsel of and one of the experts called by Bosnia and Herzegovina which had been made by Serbia and Montenegro in its oral argument. By a letter dated 9 May 2006, the Agent of Serbia and Montenegro communicated the views of his Government on that matter. On 9 May 2006, the Court decided, in the particular circumstances of the case, to authorize the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina to make a very brief statement regarding the assertion made about its counsel.

62. By a letter dated 3 May 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court that there had been a number of errors in references included in its oral argument presented on 2 March 2006 and provided the Court with the corrected references. By a letter dated 8 May 2006, the Agent of Serbia and Montenegro, “in light of the belated corrections by the Applicant, and for the sake of the equality between the parties”, requested the Court to accept a paragraph of its draft oral argument of 2 May 2006 which responded to one of the corrections made by Bosnia and Herzegovina but had been left out of the final version of its oral argument “in order to fit the schedule of [Serbia and Montenegro’s] presentations”. By a letter dated 7 June 2006, the Parties were informed that the Court had taken due note of both the explanation given by the Agent of Bosnia and Herzegovina and the observations made in response by the Agent of Serbia and Montenegro.

63. In January 2007, Judge Parra-Aranguren, who had attended the oral proceedings in the case, and had participated in part of the deliberation, but had for medical reasons been prevented from participating in the later stages thereof, informed the President of the Court, pursuant to Article 24, paragraph 1, of the Statute, that he considered that he should not take part in the decision of the case. The President took the view that the Court should respect and accept Judge Parra-Aranguren’s position, and so informed the Court.

64. In its Application, the following requests were made by Bosnia and Herzegovina:

“Accordingly, while reserving the right to revise, supplement or amend this Application, and subject to the presentation to the Court of the relevant evidence and legal arguments, Bosnia and Herzegovina requests the Court to adjudge and declare as follows:

- (a) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has breached, and is continuing to breach, its legal obligations toward the People and State of Bosnia and Herzegovina under Articles I, II (a), II (b), II (c), II (d), III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), IV and V of the Genocide Convention;
- (b) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is continuing to violate its legal obligations toward the People and State of Bosnia and Herzegovina under the four Geneva Conventions of 1949, their Additional Protocol I of 1977, the customary international laws of war including the Hague Regulations on Land Warfare of 1907, and other fundamental principles of international humanitarian law;
- (c) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and continues to violate Articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26 and 28 of the Universal Declaration of Human Rights with respect to the citizens of Bosnia and Herzegovina;
- (d) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has killed, murdered, wounded, raped, robbed, tortured, kidnapped, illegally detained, and exterminated the citizens of Bosnia and Herzegovina, and is continuing to do so;
- (e) that in its treatment of the citizens of Bosnia and Herzegovina, Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated, and is continuing to violate, its solemn obligations under Articles 1 (3), 55 and 56 of the United Nations Charter;
- (f) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has used and is continuing to use force and the threat of force against Bosnia and Herzegovina in violation of Articles 2 (1), 2 (2), 2 (3), 2 (4) and 33 (1), of the United Nations Charter;
- (g) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has used and is using force and the threat of force against Bosnia and Herzegovina;
- (h) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has violated and is violating the sovereignty of Bosnia and Herzegovina by:
 - armed attacks against Bosnia and Herzegovina by air and land;
 - aerial trespass into Bosnian airspace;
 - efforts by direct and indirect means to coerce and intimidate the Government of Bosnia and Herzegovina;

- (i) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has intervened and is intervening in the internal affairs of Bosnia and Herzegovina;
- (j) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in recruiting, training, arming, equipping, financing, supplying and otherwise encouraging, supporting, aiding, and directing military and paramilitary actions in and against Bosnia and Herzegovina by means of its agents and surrogates, has violated and is violating its express charter and treaty obligations to Bosnia and Herzegovina and, in particular, its charter and treaty obligations under Article 2 (4), of the United Nations Charter, as well as its obligations under general and customary international law;
- (k) that under the circumstances set forth above, Bosnia and Herzegovina has the sovereign right to defend itself and its people under United Nations Charter Article 51 and customary international law, including by means of immediately obtaining military weapons, equipment, supplies and troops from other States;
- (l) that under the circumstances set forth above, Bosnia and Herzegovina has the sovereign right under United Nations Charter Article 51 and customary international law to request the immediate assistance of any State to come to its defence, including by military means (weapons, equipment, supplies, troops, etc.);
- (m) that Security Council resolution 713 (1991), imposing a weapons embargo upon the former Yugoslavia, must be construed in a manner that shall not impair the inherent right of individual or collective self-defence of Bosnia and Herzegovina under the terms of United Nations Charter Article 51 and the rules of customary international law;
- (n) that all subsequent Security Council resolutions that refer to or reaffirm resolution 713 (1991) must be construed in a manner that shall not impair the inherent right of individual or collective self-defence of Bosnia and Herzegovina under the terms of United Nations Charter Article 51 and the rules of customary international law;
- (o) that Security Council resolution 713 (1991) and all subsequent Security Council resolutions referring thereto or reaffirming thereof must not be construed to impose an arms embargo upon Bosnia and Herzegovina, as required by Articles 24 (1) and 51 of the United Nations Charter and in accordance with the customary doctrine of *ultra vires*;
- (p) that pursuant to the right of collective self-defence recognized by United Nations Charter Article 51, all other States parties to the Charter have the right to come to the immediate defence of Bosnia and Herzegovina — at its request — including by means of immediately providing it with weapons, military equipment and supplies, and armed forces (soldiers, sailors, air-people, etc.);

- (q) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) and its agents and surrogates are under an obligation to cease and desist immediately from its breaches of the foregoing legal obligations, and is under a particular duty to cease and desist immediately:
- from its systematic practice of so-called ‘ethnic cleansing’ of the citizens and sovereign territory of Bosnia and Herzegovina;
 - from the murder, summary execution, torture, rape, kidnapping, mayhem, wounding, physical and mental abuse, and detention of the citizens of Bosnia and Herzegovina;
 - from the wanton devastation of villages, towns, districts, cities, and religious institutions in Bosnia and Herzegovina;
 - from the bombardment of civilian population centres in Bosnia and Herzegovina, and especially its capital, Sarajevo;
 - from continuing the siege of any civilian population centres in Bosnia and Herzegovina, and especially its capital, Sarajevo;
 - from the starvation of the civilian population in Bosnia and Herzegovina;
 - from the interruption of, interference with, or harassment of humanitarian relief supplies to the citizens of Bosnia and Herzegovina by the international community;
 - from all use of force — whether direct or indirect, overt or covert — against Bosnia and Herzegovina, and from all threats of force against Bosnia and Herzegovina;
 - from all violations of the sovereignty, territorial integrity or political independence of Bosnia and Herzegovina, including all intervention, direct or indirect, in the internal affairs of Bosnia and Herzegovina;
 - from all support of any kind — including the provision of training, arms, ammunition, finances, supplies, assistance, direction or any other form of support — to any nation, group, organization, movement or individual engaged or planning to engage in military or paramilitary actions in or against Bosnia and Herzegovina;
- (r) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has an obligation to pay Bosnia and Herzegovina, in its own right and as *parens patriae* for its citizens, reparations for damages to persons and property as well as to the Bosnian economy and environment caused by the foregoing violations of international law in a sum to be determined by the Court. Bosnia and Herzegovina reserves the right to introduce to the Court a precise evaluation of the damages caused by Yugoslavia (Serbia and Montenegro).”

65. In the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Bosnia and Herzegovina,

in the Memorial:

“On the basis of the evidence and legal arguments presented in this Memorial, the Republic of Bosnia and Herzegovina,

Requests the International Court of Justice to adjudge and declare,

1. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), directly, or through the use of its surrogates, has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, by destroying in part, and attempting to destroy in whole, national, ethnical or religious groups within the, but not limited to the, territory of the Republic of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population, by

- killing members of the group;
- causing deliberate bodily or mental harm to members of the group; deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- imposing measures intended to prevent births within the group;

2. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by conspiring to commit genocide, by complicity in genocide, by attempting to commit genocide and by incitement to commit genocide;

3. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by aiding and abetting individuals and groups engaged in acts of genocide;

4. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by virtue of having failed to prevent and to punish acts of genocide;

5. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) must immediately cease the above conduct and take immediate and effective steps to ensure full compliance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

6. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) must wipe out the consequences of its international wrongful acts and must restore the situation existing before the violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide were committed;

7. That, as a result of the international responsibility incurred for the above violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) is required to pay, and the Republic of Bosnia and Herzegovina is entitled to receive, in its own right and as *parens patriae* for its citizens, full compensation for the damages and losses caused, in the amount to be determined by the Court in a subsequent phase of the proceedings in this case.

The Republic of Bosnia and Herzegovina reserves its right to supplement or amend its submissions in the light of further pleadings.

The Republic of Bosnia and Herzegovina also respectfully draws the attention of the Court to the fact that it has not reiterated, at this point, several of the requests it made in its Application, on the formal assumption that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has accepted the jurisdiction of this Court under the terms of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. If the Respondent were to reconsider its acceptance of the jurisdiction of the Court under the terms of that Convention — which it is, in any event, not entitled to do — the Government of Bosnia and Herzegovina reserves its right to invoke also all or some of the other existing titles of jurisdiction and to revive all or some of its previous submissions and requests.”

On behalf of the Government of Serbia and Montenegro,

in the Counter-Memorial¹:

“The Federal Republic of Yugoslavia requests the International Court of Justice to adjudge and declare:

1. In view of the fact that no obligations established by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide have been violated with regard to Muslims and Croats,

- since the acts alleged by the Applicant have not been committed at all, or not to the extent and in the way alleged by the Applicant, or
- if some have been committed, there was absolutely no intention of committing genocide, and/or
- they have not been directed specifically against the members of one ethnic or religious group, i.e. they have not been committed against individuals just because they belong to some ethnic or religious group,

consequently, they cannot be qualified as acts of genocide or other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; and/or

2. In view of the fact that the acts alleged by the Applicant in its submissions cannot be attributed to the Federal Republic of Yugoslavia,

¹Submissions 3 to 6 relate to counter-claims which were subsequently withdrawn (see paragraphs 26 and 27 above).

- since they have not been committed by the organs of the Federal Republic of Yugoslavia,
- since they have not been committed on the territory of the Federal Republic of Yugoslavia,
- since they have not been committed by the order or under control of the organs of the Federal Republic of Yugoslavia,
- since there is no other grounds based on the rules of international law to consider them as acts of the Federal Republic of Yugoslavia,

therefore the Court rejects all claims of the Applicant; and

3. Bosnia and Herzegovina is responsible for the acts of genocide committed against the Serbs in Bosnia and Herzegovina and for other violations of the obligations established by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,

- because it has incited acts of genocide by the ‘Islamic Declaration’, and in particular by the position contained in it that ‘there can be no peace or coexistence between “Islamic faith” and “non-Islamic” social and political institutions’,
- because it has incited acts of genocide by the *Novi Vox*, paper of the Muslim youth, and in particular by the verses of a ‘Patriotic Song’ which read as follows:

‘Dear mother, I’m going to plant willows,
We’ll hang Serbs from them.
Dear mother, I’m going to sharpen knives,
We’ll soon fill pits again’;

- because it has incited acts of genocide by the paper *Zmaj od Bosne*, and in particular by the sentence in an article published in it that ‘Each Muslim must name a Serb and take oath to kill him’;
- because public calls for the execution of Serbs were broadcast on radio ‘Hajat’ and thereby acts of genocide were incited;
- because the armed forces of Bosnia and Herzegovina, as well as other organs of Bosnia and Herzegovina have committed acts of genocide and other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, against the Serbs in Bosnia and Herzegovina, which have been stated in Chapter Seven of the Counter-Memorial;
- because Bosnia and Herzegovina has not prevented the acts of genocide and other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, against the Serbs on its territory, which have been stated in Chapter Seven of the Counter-Memorial;

4. Bosnia and Herzegovina has the obligation to punish the persons held responsible for the acts of genocide and other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

5. Bosnia and Herzegovina is bound to take necessary measures so that the said acts would not be repeated in the future;

6. Bosnia and Herzegovina is bound to eliminate all consequences of the violation of the obligations established by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and provide adequate compensation.”

On behalf of the Government of Bosnia and Herzegovina,

in the Reply:

“Therefore the Applicant persists in its claims as presented to this Court on 14 April 1994, and recapitulates its Submissions in their entirety. Bosnia and Herzegovina requests the International Court of Justice to adjudge and declare,

1. That the Federal Republic of Yugoslavia, directly, or through the use of its surrogates, has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, by destroying in part, and attempting to destroy in whole, national, ethnical or religious groups within the, but not limited to the, territory of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population, by

- killing members of the group;
- causing deliberate bodily or mental harm to members of the group;
- deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- imposing measures intended to prevent births within the group;

2. That the Federal Republic of Yugoslavia has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by conspiring to commit genocide, by complicity in genocide, by attempting to commit genocide and by incitement to commit genocide;

3. That the Federal Republic of Yugoslavia has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by aiding and abetting individuals and groups engaged in acts of genocide;

4. That the Federal Republic of Yugoslavia has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by virtue of having failed to prevent and to punish acts of genocide;

5. That the Federal Republic of Yugoslavia must immediately cease the above conduct and take immediate and effective steps to ensure full compliance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

6. That the Federal Republic of Yugoslavia must wipe out the consequences of its international wrongful acts and must restore the situation existing before the violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide were committed;

7. That, as a result of the international responsibility incurred for the above violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Federal Republic of Yugoslavia is required to pay, and Bosnia and Herzegovina is entitled to receive, in its own right and as *parens patriae* for its citizens, full compensation for the damages and losses caused, in the amount to be determined by the Court in a subsequent phase of the proceedings in this case.

Bosnia and Herzegovina reserves its right to supplement or amend its submissions in the light of further pleadings;

8. On the very same grounds the conclusions and submissions of the Federal Republic of Yugoslavia with regard to the submissions of Bosnia and Herzegovina need to be rejected;

9. With regard to the Respondent's counter-claims the Applicant comes to the following conclusion. There is no basis in fact and no basis in law for the proposition that genocidal acts have been committed against Serbs in Bosnia and Herzegovina. There is no basis in fact and no basis in law for the proposition that any such acts, if proven, would have been committed under the responsibility of Bosnia and Herzegovina or that such acts, if proven, would be attributable to Bosnia and Herzegovina. Also, there is no basis in fact and no basis in law for the proposition that Bosnia and Herzegovina has violated any of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. On the contrary, Bosnia and Herzegovina has continuously done everything within its possibilities to adhere to its obligations under the Convention, and will continue to do so;

10. For these reasons, Bosnia and Herzegovina requests the International Court of Justice to reject the counter-claims submitted by the Respondent in its Counter-Memorial of 23 July 1997.”

On behalf of the Government of Serbia and Montenegro,

in the Rejoinder¹:

“The Federal Republic of Yugoslavia requests the International Court of Justice to adjudge and declare:

1. In view of the fact that no obligations established by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide have been violated with regard to Muslims and Croats,

- since the acts alleged by the Applicant have not been committed at all, or not to the extent and in the way alleged by the Applicant, or
- if some have been committed, there was absolutely no intention of committing genocide, and/or

¹Submissions 3 to 6 relate to counter-claims which were subsequently withdrawn (see paragraphs 26 and 27 above).

- they have not been directed specifically against the members of one ethnic or religious group, i.e. they have not been committed against individuals just because they belong to some ethnic or religious group,

consequently they cannot be qualified as acts of genocide or other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and/or

2. In view of the fact that the acts alleged by the Applicant in its submissions cannot be attributed to the Federal Republic of Yugoslavia,

- since they have not been committed by the organs of the Federal Republic of Yugoslavia,
- since they have not been committed on the territory of the Federal Republic of Yugoslavia,
- since they have not been committed by the order or under control of the organs of the Federal Republic of Yugoslavia,
- since there are no other grounds based on the rules of international law to consider them as acts of the Federal Republic of Yugoslavia,

therefore the Court rejects all the claims of the Applicant, and

3. Bosnia and Herzegovina is responsible for the acts of genocide committed against Serbs in Bosnia and Herzegovina and for other violations of the obligations established by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,

- because it has incited acts of genocide by the ‘Islamic Declaration’, and in particular by the position contained in it that *‘there can be no peace or coexistence between “Islamic faith” and “non-Islamic” social and political institutions’*,
- because it has incited acts of genocide by the *Novi Vox*, paper of the Muslim youth, and in particular by the verses of a ‘Patriotic Song’ which read as follows:

‘Dear mother, I’m going to plant willows,
We’ll hang Serbs from them.
Dear mother, I’m going to sharpen knives,
We’ll soon fill pits again’;

- because it has incited acts of genocide by the paper *Zmaj od Bosne*, and in particular by the sentence in an article published in it that ‘Each Muslim’ must name a Serb and take oath to kill him;
- because public calls for the execution of Serbs were broadcast on radio ‘Hajat’ and thereby acts of genocide were incited;

- because the armed forces of Bosnia and Herzegovina, as well as other organs of Bosnia and Herzegovina have committed acts of genocide and other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (enumerated in Article III), against Serbs in Bosnia and Herzegovina, which have been stated in Chapter Seven of the Counter-Memorial;
- because Bosnia and Herzegovina has not prevented the acts of genocide and other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (enumerated in Article III), against Serbs on its territory, which have been stated in Chapter Seven of the Counter-Memorial;

4. Bosnia and Herzegovina has the obligation to punish the persons held responsible for the acts of genocide and other acts prohibited by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

5. Bosnia and Herzegovina is bound to take necessary measures so that the said acts would not be repeated in the future;

6. Bosnia and Herzegovina is bound to eliminate all the consequences of violation of the obligations established by the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and to provide adequate compensation.”

66. At the oral proceedings, the following final submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Bosnia and Herzegovina,

at the hearing of 24 April 2006:

“Bosnia and Herzegovina requests the International Court of Justice to adjudge and declare:

1. That Serbia and Montenegro, through its organs or entities under its control, has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by intentionally destroying in part the non-Serb national, ethnical or religious group within, but not limited to, the territory of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population, by

- killing members of the group;
- causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- imposing measures intended to prevent births within the group;
- forcibly transferring children of the group to another group;

2. Subsidiarily:

- (i) that Serbia and Montenegro has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by complicity in genocide as defined in paragraph 1, above; and/or
- (ii) that Serbia and Montenegro has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by aiding and abetting individuals, groups and entities engaged in acts of genocide, as defined in paragraph 1 above;

3. That Serbia and Montenegro has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by conspiring to commit genocide and by inciting to commit genocide, as defined in paragraph 1 above;

4. That Serbia and Montenegro has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide for having failed to prevent genocide;

5. That Serbia and Montenegro has violated and is violating its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide for having failed and for failing to punish acts of genocide or any other act prohibited by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and for having failed and for failing to transfer individuals accused of genocide or any other act prohibited by the Convention to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and to fully co-operate with this Tribunal;

6. That the violations of international law set out in submissions 1 to 5 constitute wrongful acts attributable to Serbia and Montenegro which entail its international responsibility, and, accordingly,

- (a) that Serbia and Montenegro shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation to punish acts of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide or any other act prohibited by the Convention and to transfer individuals accused of genocide or any other act prohibited by the Convention to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and to fully co-operate with this Tribunal;
- (b) that Serbia and Montenegro must redress the consequences of its international wrongful acts and, as a result of the international responsibility incurred for the above violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, must pay, and Bosnia and Herzegovina is entitled to receive, in its own right and as *parens patriae* for its citizens, full compensation for the damages and losses caused. That, in particular, the compensation shall cover any financially assessable damage which corresponds to:

- (i) damage caused to natural persons by the acts enumerated in Article III of the Convention, including non-material damage suffered by the victims or the surviving heirs or successors and their dependants;
 - (ii) material damage caused to properties of natural or legal persons, public or private, by the acts enumerated in Article III of the Convention;
 - (iii) material damage suffered by Bosnia and Herzegovina in respect of expenditures reasonably incurred to remedy or mitigate damage flowing from the acts enumerated in Article III of the Convention;
- (c) that the nature, form and amount of the compensation shall be determined by the Court, failing agreement thereon between the Parties one year after the Judgment of the Court, and that the Court shall reserve the subsequent procedure for that purpose;
- (d) that Serbia and Montenegro shall provide specific guarantees and assurances that it will not repeat the wrongful acts complained of, the form of which guarantees and assurances is to be determined by the Court;

7. That in failing to comply with the Orders for indication of provisional measures rendered by the Court on 8 April 1993 and 13 September 1993 Serbia and Montenegro has been in breach of its international obligations and is under an obligation to Bosnia and Herzegovina to provide for the latter violation symbolic compensation, the amount of which is to be determined by the Court.”

On behalf of the Government of Serbia and Montenegro,

at the hearing of 9 May 2006:

“Serbia and Montenegro asks the Court to adjudge and declare:

- that this Court has no jurisdiction because the Respondent had no access to the Court at the relevant moment; or, in the alternative;
- that this Court has no jurisdiction over the Respondent because the Respondent never remained or became bound by Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and because there is no other ground on which jurisdiction over the Respondent could be based.

In case the Court determines that jurisdiction exists Serbia and Montenegro asks the Court to adjudge and declare:

- That the requests in paragraphs 1 to 6 of the Submissions of Bosnia and Herzegovina relating to alleged violations of the obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide be rejected as lacking a basis either in law or in fact.
- In any event, that the acts and/or omissions for which the respondent State is alleged to be responsible are not attributable to the respondent State. Such attribution would necessarily involve breaches of the law applicable in these proceedings.

- Without prejudice to the foregoing, that the relief available to the applicant State in these proceedings, in accordance with the appropriate interpretation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, is limited to the rendering of a declaratory judgment.
- Further, without prejudice to the foregoing, that any question of legal responsibility for alleged breaches of the Orders for the indication of provisional measures, rendered by the Court on 8 April 1993 and 13 September 1993, does not fall within the competence of the Court to provide appropriate remedies to an applicant State in the context of contentious proceedings, and, accordingly, the request in paragraph 7 of the Submissions of Bosnia and Herzegovina should be rejected.”

*

*

*

II. Identification of the respondent party

67. The Court has first to consider a question concerning the identification of the Respondent party before it in these proceedings. After the close of the oral proceedings, by a letter dated 3 June 2006, the President of the Republic of Serbia informed the Secretary-General of the United Nations that, following the Declaration of Independence adopted by the National Assembly of Montenegro on 3 June 2006, “the membership of the state union Serbia and Montenegro in the United Nations, including all organs and organisations of the United Nations system, [would be] continued by the Republic of Serbia on the basis of Article 60 of the Constitutional Charter of Serbia and Montenegro”. He further stated that “in the United Nations the name ‘Republic of Serbia’ [was] to be henceforth used instead of the name ‘Serbia and Montenegro’” and added that the Republic of Serbia “remain[ed] responsible in full for all the rights and obligations of the state union of Serbia and Montenegro under the UN Charter”.

68. By a letter of 16 June 2006, the Minister for Foreign Affairs of the Republic of Serbia informed the Secretary-General, *inter alia*, that “[t]he Republic of Serbia continue[d] to exercise its rights and honour its commitments deriving from international treaties concluded by Serbia and Montenegro” and requested that “the Republic of Serbia be considered a party to all international agreements in force, instead of Serbia and Montenegro”. By a letter addressed to the Secretary-General dated 30 June 2006, the Minister for Foreign Affairs confirmed the intention of the Republic of Serbia to continue to exercise its rights and honour its commitments deriving from international treaties concluded by Serbia and Montenegro. He specified that “all treaty actions undertaken by Serbia and Montenegro w[ould] continue in force with respect to the Republic of Serbia with effect from 3 June 2006”, and that, “all declarations, reservations and notifications made by Serbia and Montenegro w[ould] be maintained by the Republic of Serbia until the Secretary-General, as depositary, [were] duly notified otherwise”.

69. On 28 June 2006, by its resolution 60/264, the General Assembly admitted the Republic of Montenegro (hereinafter “Montenegro”) as a new Member of the United Nations.

70. By letters dated 19 July 2006, the Registrar requested the Agent of Bosnia and Herzegovina, the Agent of Serbia and Montenegro and the Foreign Minister of Montenegro to communicate to the Court the views of their Governments on the consequences to be attached to the above-mentioned developments in the context of the case. By a letter dated 26 July 2006, the Agent of Serbia and Montenegro explained that, in his Government’s opinion, “there [was] continuity between Serbia and Montenegro and the Republic of Serbia (on the grounds of Article 60 of the Constitutional Charter of Serbia and Montenegro)”. He noted that the entity which had been Serbia and Montenegro “ha[d] been replaced by two distinct States, one of them [was] Serbia, the other [was] Montenegro”. In those circumstances, the view of his Government was that “the Applicant ha[d] first to take a position, and to decide whether it wishe[d] to maintain its original claim encompassing both Serbia and Montenegro, or whether it [chose] to do otherwise”.

71. By a letter to the Registrar dated 16 October 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina referred to the letter of 26 July 2006 from the Agent of Serbia and Montenegro, and observed that Serbia’s definition of itself as the continuator of the former Serbia and Montenegro had been accepted both by Montenegro and the international community. He continued however as follows:

“this acceptance cannot have, and does not have, any effect on the applicable rules of state responsibility. Obviously, these cannot be altered bilaterally or retroactively. At the time when genocide was committed and at the time of the initiation of this case, Serbia and Montenegro constituted a single state. Therefore, Bosnia and Herzegovina is of the opinion that both Serbia and Montenegro, jointly and severally, are responsible for the unlawful conduct that constitute the cause of action in this case.”

72. By a letter dated 29 November 2006, the Chief State Prosecutor of Montenegro, after indicating her capacity to act as legal representative of the Republic of Montenegro, referred to the letter from the Agent of Bosnia and Herzegovina dated 16 October 2006, quoted in the previous paragraph, expressing the view that “both Serbia and Montenegro, jointly and severally, are responsible for the unlawful conduct that constitute[s] the cause of action in this case”. The Chief State Prosecutor stated that the allegation concerned the liability in international law of the sovereign State of Montenegro, and that Montenegro regarded it as an attempt to have it become a participant in this way, without its consent, “i.e. to become a respondent in this procedure”. The Chief State Prosecutor drew attention to the fact that, following the referendum held in Montenegro on 21 May 2006, the National Assembly of Montenegro had adopted a decision pronouncing the independence of the Republic of Montenegro. In the view of the Chief State Prosecutor, the Republic of Montenegro had become “an independent state with full international legal personality within its existing administrative borders”, and she continued:

“The issue of international-law succession of [the] State union of Serbia and Montenegro is regulated in Article 60 of [the] Constitutional Charter, and according to [that] Article the legal successor of [the] State union of Serbia and Montenegro is the Republic of Serbia, which, as a sovereign state, [has] become [the] follower of all international obligations and successor in international organizations.”

The Chief State Prosecutor concluded that in the dispute before the Court, “the Republic of Montenegro may not have [the] capacity of respondent, [for the] above mentioned reasons”.

73. By a letter dated 11 December 2006, the Agent of Serbia referred to the letters from the Applicant and from Montenegro described in paragraphs 71 and 72 above, and observed that there was “an obvious contradiction between the position of the Applicant on the one hand and the position of Montenegro on the other regarding the question whether these proceedings may or may not yield a decision which would result in the international responsibility of Montenegro” for the unlawful conduct invoked by the Applicant. The Agent stated that “Serbia is of the opinion that this issue needs to be resolved by the Court”.

74. The Court observes that the facts and events on which the final submissions of Bosnia and Herzegovina are based occurred at a period of time when Serbia and Montenegro constituted a single State.

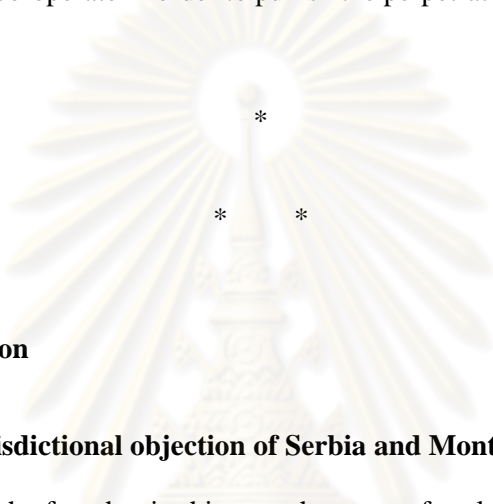
75. The Court notes that Serbia has accepted “continuity between Serbia and Montenegro and the Republic of Serbia” (paragraph 70 above), and has assumed responsibility for “its commitments deriving from international treaties concluded by Serbia and Montenegro” (paragraph 68 above), thus including commitments under the Genocide Convention. Montenegro, on the other hand, does not claim to be the continuator of Serbia and Montenegro.

76. The Court recalls a fundamental principle that no State may be subject to its jurisdiction without its consent; as the Court observed in the case of *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, the Court’s “jurisdiction depends on the consent of States and, consequently, the Court may not compel a State to appear before it . . .” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 260, para. 53). In its Judgment of 11 July 1996 (see paragraph 12 above), the significance of which will be explained below, the Court found that such consent existed, for the purposes of the present case, on the part of the FRY, which subsequently assumed the name of Serbia and Montenegro, without however any change in its legal personality. The events related in paragraphs 67 to 69 above clearly show that the Republic of Montenegro does not continue the legal personality of Serbia and Montenegro; it cannot therefore have acquired, on that basis, the status of Respondent in the present case. It is also clear from the letter of 29 November 2006 quoted in paragraph 72 above that it does not give its consent to the jurisdiction of the Court over it for the purposes of the present dispute. Furthermore, the Applicant did not in its letter of 16 October 2006 assert that Montenegro is still a party to the present case; it merely emphasized its views as to the joint and several liability of Serbia and of Montenegro.

77. The Court thus notes that the Republic of Serbia remains a respondent in the case, and at the date of the present Judgment is indeed the only Respondent. Accordingly, any findings that the Court may make in the operative part of the present Judgment are to be addressed to Serbia.

78. That being said, it has to be borne in mind that any responsibility for past events determined in the present Judgment involved at the relevant time the State of Serbia and Montenegro.

79. The Court observes that the Republic of Montenegro is a party to the Genocide Convention. Parties to that Convention have undertaken the obligations flowing from it, in particular the obligation to co-operate in order to punish the perpetrators of genocide.



III. The Court's jurisdiction

(1) Introduction: the jurisdictional objection of Serbia and Montenegro

80. Notwithstanding the fact that in this case the stage of oral proceedings on the merits has been reached, and the fact that in 1996 the Court gave a judgment on preliminary objections to its jurisdiction (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 595, hereinafter “the 1996 Judgment”), an important issue of a jurisdictional character has since been raised by the Initiative, and the Court has been asked to rule upon it (see paragraphs 26-28 above). The basis of jurisdiction asserted by the Applicant, and found applicable by the Court by the 1996 Judgment, is Article IX of the Genocide Convention. The Socialist Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter “the SFRY”) became a party to that Convention on 29 August 1950. In substance, the central question now raised by the Respondent is whether at the time of the filing of the Application instituting the present proceedings the Respondent was or was not the continuator of the SFRY. The Respondent now contends that it was not a continuator State, and that therefore not only was it not a party to the Genocide Convention when the present proceedings were instituted, but it was not then a party to the Statute of the Court by virtue of membership in the United Nations; and that, not being such a party, it did not have access to the Court, with the consequence that the Court had no jurisdiction *ratione personae* over it.

81. This contention was first raised, in the context of the present case, by the “Initiative to the Court to Reconsider *ex officio* Jurisdiction over Yugoslavia” filed by the Respondent on 4 May 2001 (paragraph 26 above). The circumstances underlying that Initiative will be examined in more detail below (paragraphs 88-99). Briefly stated, the situation was that the Respondent, after claiming that since the break-up of the SFRY in 1992 it was the continuator of that State, and

as such maintained the membership of the SFRY in the United Nations, had on 27 October 2000 applied, “in light of the implementation of the Security Council resolution 777 (1992)”, to be admitted to the Organization as a new Member, thereby in effect relinquishing its previous claim. The Respondent contended that it had in 2000 become apparent that it had not been a Member of the United Nations in the period 1992-2000, and was thus not a party to the Statute at the date of the filing of the Application in this case; and that it was not a party to the Genocide Convention on that date. The Respondent concluded that “the Court has no jurisdiction over [the Respondent] *ratione personae*”. It requested the Court “to suspend proceedings regarding the merits of the Case until a decision on this Initiative is rendered”.

82. By a letter of 12 June 2003, the Registrar, acting on the instructions of the Court, informed the Respondent that the Court could not accede to the request made in that document, that the proceedings be suspended until a decision was rendered on the jurisdictional issues raised therein. The Respondent was informed, nevertheless, that the Court “w[ould] not give judgment on the merits in the present case unless it [was] satisfied that it ha[d] jurisdiction” and that, “[s]hould Serbia and Montenegro wish to present further argument to the Court on jurisdictional questions during the oral proceedings on the merits, it w[ould] be free to do so”. The Respondent accordingly raised, as an “issue of procedure”, the question whether the Respondent had access to the Court at the date of the Application, and each of the parties has now addressed argument to the Court on that question. It has however at the same time been argued by the Applicant that the Court may not deal with the question, or that the Respondent is debarred from raising it at this stage of the proceedings. These contentions will be examined below.

83. Subsequently, on 15 December 2004, the Court delivered judgment in eight cases brought by Serbia and Montenegro against Member States of NATO (cases concerning the *Legality of Use of Force*). The Applications instituting proceedings in those cases had been filed on 29 April 1999, that is to say prior to the admission of Serbia and Montenegro (then known as the Federal Republic of Yugoslavia) to the United Nations on 1 November 2000. In each of these cases, the Court held that it had no jurisdiction to entertain the claims made in the Application (see, for example, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 328, para. 129), on the grounds that “Serbia and Montenegro did not, at the time of the institution of the present proceedings, have access to the Court under either paragraph 1 or paragraph 2 of Article 35 of the Statute” (*ibid.*, p. 327, para. 127). It held, “in light of the legal consequences of the new development since 1 November 2000”, that “Serbia and Montenegro was not a Member of the United Nations, and in that capacity a State party to the Statute of the International Court of Justice, at the time of filing its Application . . .” (*ibid.*, p. 311, para. 79). No finding was made in those judgments on the question whether or not the Respondent was a party to the Genocide Convention at the relevant time.

84. Both Parties recognize that each of these Judgments has the force of *res judicata* in the specific case for the parties thereto; but they also recognize that these Judgments, not having been rendered in the present case, and involving as parties States not parties to the present case, do not constitute *res judicata* for the purposes of the present proceedings. In view however of the findings in the cases concerning the *Legality of Use of Force* as to the status of the FRY vis-à-vis the United Nations and the Court in 1999, the Respondent has invoked those decisions as supportive of its contentions in the present case.

85. The grounds upon which, according to Bosnia and Herzegovina, the Court should, at this late stage of the proceedings, decline to examine the questions raised by the Respondent as to the status of Serbia and Montenegro in relation to Article 35 of the Statute, and its status as a party to the Genocide Convention, are because the conduct of the Respondent in relation to the case has been such as to create a sort of *forum prorogatum*, or an estoppel, or to debar it, as a matter of good faith, from asserting at this stage of the proceedings that it had no access to the Court at the date the proceedings were instituted; and because the questions raised by the Respondent had already been resolved by the 1996 Judgment, with the authority of *res judicata*.

86. As a result of the Initiative of the Respondent (paragraph 81 above), and its subsequent argument on what it has referred to as an “issue of procedure”, the Court has before it what is essentially an objection by the Respondent to its jurisdiction, which is preliminary in the sense that, if it is upheld, the Court will not proceed to determine the merits. The Applicant objects in turn to the Court examining further the Respondent’s jurisdictional objection. These matters evidently require to be examined as preliminary points, and it was for this reason that the Court instructed the Registrar to write to the Parties the letter of 12 June 2003, referred to in paragraph 82 above. The letter was intended to convey that the Court would listen to any argument raised by the Initiative which might be put to it, but not as an indication of what its ruling might be on any such arguments.

87. In order to make clear the background to these issues, the Court will first briefly review the history of the relationship between the Respondent and the United Nations during the period from the break-up of the SFRY in 1992 to the admission of Serbia and Montenegro (then called the Federal Republic of Yugoslavia) to the United Nations on 1 November 2000. The previous decisions of the Court in this case, and in the *Application for Revision* case, have been briefly recalled above (paragraphs 4, 8, 12 and 31). They will be referred to more fully below (paragraphs 105-113) for the purpose of (in particular) an examination of the contentions of Bosnia and Herzegovina on the question of *res judicata*.

* *

(2) History of the status of the FRY with regard to the United Nations

88. In the early 1990s the SFRY, a founding Member State of the United Nations, made up of Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro, Serbia and Slovenia, began to disintegrate. On 25 June 1991 Croatia and Slovenia both declared independence, followed by Macedonia on 17 September 1991 and Bosnia and Herzegovina on 6 March 1992. On 22 May 1992, Bosnia and Herzegovina, Croatia and Slovenia were admitted as Members to the United Nations; as was the former Yugoslav Republic of Macedonia on 8 April 1993.

89. On 27 April 1992 the “participants of the joint session of the SFRY Assembly, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro” had adopted a declaration, stating in pertinent parts:

“.....

1. The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the state, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the SFR of Yugoslavia assumed internationally,

.....

Remaining bound by all obligations to international organizations and institutions whose member it is . . .” (United Nations doc. A/46/915, Ann. II).

90. An official Note dated 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General of the United Nations, stated *inter alia* that:

“The Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, at its session held on 27 April 1992, promulgated the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia. Under the Constitution, on the basis of the continuing personality of Yugoslavia and the legitimate decisions by Serbia and Montenegro to continue to live together in Yugoslavia, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is transformed into the Federal Republic of Yugoslavia, consisting of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro.

Strictly respecting the continuity of the international personality of Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia shall continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia.” (United Nations doc. A/46/915, Ann. I.)

91. On 30 May 1992, the Security Council adopted resolution 757 (1992), in which, *inter alia*, it noted that “the claim by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations has not been generally accepted”.

92. On 19 September 1992, the Security Council adopted resolution 777 (1992) which read as follows:

“The Security Council,

Reaffirming its resolution 713 (1991) of 25 September 1991 and all subsequent relevant resolutions,

Considering that the state formerly known as the Socialist Federal Republic of Yugoslavia has ceased to exist,

Recalling in particular resolution 757 (1992) which notes that ‘the claim by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations has not been generally accepted’,

1. *Considers* that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations; and therefore *recommends* to the General Assembly that it decide that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly;

2. *Decides* to consider the matter again before the end of the main part of the forty-seventh session of the General Assembly.”

The resolution was adopted by 12 votes in favour, none against, and 3 abstentions.

93. On 22 September 1992 the General Assembly adopted resolution 47/1, according to which:

“The General Assembly,

Having received the recommendation of the Security Council of 19 September 1992 that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly,

1. *Considers* that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations; and therefore *decides* that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly;

2. *Takes note* of the intention of the Security Council to consider the matter again before the end of the main part of the forty-seventh session of the General Assembly.”

The resolution was adopted by 127 votes to 6, with 26 abstentions.

94. On 25 September 1992, the Permanent Representatives of Bosnia and Herzegovina and Croatia addressed a letter to the Secretary-General, in which, with reference to Security Council resolution 777 (1992) and General Assembly resolution 47/1, they stated their understanding as follows: “At this moment, there is no doubt that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is not a member of the United Nations any more. At the same time, the Federal Republic of Yugoslavia is clearly not yet a member.” They concluded that “[t]he flag flying in front of the United Nations and the name-plaque bearing the name ‘Yugoslavia’ do not represent anything or anybody any more” and “kindly request[ed] that [the Secretary-General] provide a legal explanatory statement concerning the questions raised” (United Nations doc. A/47/474).

95. In response, on 29 September 1992, the Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations addressed a letter to the Permanent Representatives of Bosnia and Herzegovina and Croatia, in which he stated that the “considered view of the United Nations Secretariat regarding the practical consequences of the adoption by the General Assembly of resolution 47/1” was as follows:

“While the General Assembly has stated unequivocally that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot automatically continue the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations and that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations, the only practical consequence that the resolution draws is that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) shall not *participate* in the work of the General Assembly. It is clear, therefore, that representatives of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) can no longer *participate* in the work of the General Assembly, its subsidiary organs, nor conferences and meetings convened by it.

On the other hand, the resolution neither terminates nor suspends Yugoslavia’s *membership* in the Organization. Consequently, the seat and nameplate remain as before, but in Assembly bodies representatives of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot sit behind the sign ‘Yugoslavia’. Yugoslav missions at United Nations Headquarters and offices may continue to function and may receive and circulate documents. At Headquarters, the Secretariat will continue to fly the flag of the old Yugoslavia as it is the last flag of Yugoslavia used by the Secretariat. The resolution does not take away the right of Yugoslavia to participate in the work of organs other than Assembly bodies. The admission to the United Nations of a new Yugoslavia under Article 4 of the Charter will terminate the situation created by resolution 47/1.” (United Nations doc. A/47/485; emphasis in the original.)

96. On 29 April 1993, the General Assembly, upon the recommendation contained in Security Council resolution 821 (1993) (couched in terms similar to those of Security Council resolution 777 (1992)), adopted resolution 47/229 in which it decided that “the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) shall not participate in the work of the Economic and Social Council”.

97. In its Judgments in the cases concerning the *Legality of Use of Force* (paragraph 83 above), the Court commented on this sequence of events by observing that “all these events testify to the rather confused and complex state of affairs that obtained within the United Nations surrounding the issue of the legal status of the Federal Republic of Yugoslavia in the Organization during this period” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 308, para. 73), and earlier the Court, in another context, had referred to the “*sui generis* position which the FRY found itself in” during the period between 1992 to 2000 (*loc. cit.*, citing *I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 71).

98. This situation, however, came to an end with a new development in 2000. On 24 September 2000, Mr. Koštunica was elected President of the FRY. In that capacity, on 27 October 2000 he sent a letter to the Secretary-General requesting admission of the FRY to membership in the United Nations, in the following terms:

“In the wake of fundamental democratic changes that took place in the Federal Republic of Yugoslavia, in the capacity of President, I have the honour to request the admission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations *in light of the implementation of the Security Council resolution 777 (1992).*” (United Nations doc. A/55/528-S/2000/1043; emphasis added.)

99. Acting upon this application by the FRY for membership in the United Nations, the Security Council on 31 October 2000 “*recommend[ed]* to the General Assembly that the Federal Republic of Yugoslavia be admitted to membership in the United Nations” (United Nations doc. S/RES/1326). On 1 November 2000, the General Assembly, by resolution 55/12, “[*h*]aving received the recommendation of the Security Council of 31 October 2000” and “[*h*]aving considered the application for membership of the Federal Republic of Yugoslavia”, decided to “admit the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations”.

* * *

(3) The response of Bosnia and Herzegovina

100. The Court will now consider the Applicant’s response to the jurisdictional objection raised by the Respondent, that is to say the contention of Bosnia and Herzegovina that the Court should not examine the question, raised by the Respondent in its Initiative (paragraph 81 above), of the status of the Respondent at the date of the filing of the Application instituting proceedings. It is first submitted by Bosnia and Herzegovina that the Respondent was under a duty to raise the issue of whether the FRY (Serbia and Montenegro) was a Member of the United Nations at the time of the proceedings on the preliminary objections, in 1996, and that since it did not do so, the principle of *res judicata*, attaching to the Court’s 1996 Judgment on those objections, prevents it from reopening the issue. Secondly, the Applicant argues that the Court itself, having decided in 1996 that it had jurisdiction in the case, would be in breach of the principle of *res judicata* if it were now to decide otherwise, and that the Court cannot call in question the authority of its decisions as *res judicata*.

101. The first contention, as to the alleged consequences of the fact that Serbia did not raise the question of access to the Court under Article 35 at the preliminary objection stage, can be dealt with succinctly. Bosnia and Herzegovina has argued that to uphold the Respondent's objection "would mean that a respondent, after having asserted one or more preliminary objections, could still raise others, to the detriment of the effective administration of justice, the smooth conduct of proceedings, and, in the present case, the doctrine of *res judicata*". It should however be noted that if a party to proceedings before the Court chooses not to raise an issue of jurisdiction by way of the preliminary objection procedure under Article 79 of the Rules, that party is not necessarily thereby debarred from raising such issue during the proceedings on the merits of the case. As the Court stated in the case of *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*,

"There are of course circumstances in which the party failing to put forward an objection to jurisdiction might be held to have acquiesced in jurisdiction (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). However, apart from such circumstances, a party failing to avail itself of the Article 79 procedure may forfeit the right to bring about a suspension of the proceedings on the merits, but can still argue the objection along with the merits." (*Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 29, para. 24).

This first contention of Bosnia and Herzegovina must thus be understood as a claim that the Respondent, by its conduct in relation to the case, including the failure to raise the issue of the application of Article 35 of the Statute, by way of preliminary objection or otherwise, at an earlier stage of the proceedings, should be held to have acquiesced in jurisdiction. This contention is thus parallel to the argument mentioned above (paragraph 85), also advanced by Bosnia and Herzegovina, that the Respondent is debarred from asking the Court to examine that issue for reasons of good faith, including estoppel and the principle *allegans contraria nemo audietur*.

102. The Court does not however find it necessary to consider here whether the conduct of the Respondent could be held to constitute an acquiescence in the jurisdiction of the Court. Such acquiescence, if established, might be relevant to questions of consensual jurisdiction, and in particular jurisdiction *ratione materiae* under Article IX of the Genocide Convention, but not to the question whether a State has the capacity under the Statute to be a party to proceedings before the Court.

The latter question may be regarded as an issue prior to that of jurisdiction *ratione personae*, or as one constitutive element within the concept of jurisdiction *ratione personae*. Either way, unlike the majority of questions of jurisdiction, it is not a matter of the consent of the parties. As the Court observed in the cases concerning the *Legality of Use of Force*,

"a distinction has to be made between a question of jurisdiction that relates to the consent of a party and the question of the right of a party to appear before the Court under the requirements of the Statute, which is not a matter of consent. The question is whether *as a matter of law* Serbia and Montenegro was entitled to seise the Court as a party to the Statute at the time when it instituted proceedings in these cases. Since that question is independent of the views or wishes of the Parties, even if they were

now to have arrived at a shared view on the point, the Court would not have to accept that view as necessarily the correct one. The function of the Court to enquire into the matter and reach its own conclusion is thus mandatory upon the Court irrespective of the consent of the parties and is in no way incompatible with the principle that the jurisdiction of the Court depends on consent.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 295, para. 36; emphasis in the original.)

103. It follows that, whether or not the Respondent should be held to have acquiesced in the jurisdiction of the Court in this case, such acquiescence would in no way debar the Court from examining and ruling upon the question stated above. The same reasoning applies to the argument that the Respondent is estopped from raising the matter at this stage, or debarred from doing so by considerations of good faith. All such considerations can, at the end of the day, only amount to attributing to the Respondent an implied acceptance, or deemed consent, in relation to the jurisdiction of the Court; but, as explained above, *ad hoc* consent of a party is distinct from the question of its capacity to be a party to proceedings before the Court.

104. However Bosnia and Herzegovina’s second contention is that, objectively and apart from any effect of the conduct of the Respondent, the question of the application of Article 35 of the Statute in this case has already been resolved as a matter of *res judicata*, and that if the Court were to go back on its 1996 decision on jurisdiction, it would disregard fundamental rules of law. In order to assess the validity of this contention, the Court will first review its previous decisions in the present case in which its jurisdiction, or specifically the question whether Serbia and Montenegro could properly appear before the Court, has been in issue.

* * *

(4) Relevant past decisions of the Court

105. On 8 April 1993, the Court made an Order in this case indicating certain provisional measures. In that Order the Court briefly examined the circumstances of the break-up of the SFRY, and the claim of the Respondent (then known as “Yugoslavia (Serbia and Montenegro)”) to continuity with that State, and consequent entitlement to continued membership in the United Nations. It noted that “the solution adopted” within the United Nations was “not free from legal difficulties”, but concluded that “the question whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations and as such a party to the Statute of the Court is one which the Court does not need to determine definitively at the present stage of the proceedings” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 14 para. 18). This conclusion was based in part on a provisional view taken by the Court as to the effect of the proviso to Article 35, paragraph 2, of the Statute (*ibid.*, para. 19). The Order contained the reservation, normally included in orders on requests for provisional measures, that “the decision

given in the present proceedings in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case . . . and leaves unaffected the right of the Governments of Bosnia-Herzegovina and Yugoslavia to submit arguments in respect of [that question]" (*ibid.*, p. 23, para. 51). It is therefore evident that no question of *res judicata* arises in connection with the Order of 8 April 1993. A further Order on provisional measures was made on 13 September 1993, but contained nothing material to the question now being considered.

106. In 1995 the Respondent raised seven preliminary objections (one of which was later withdrawn), three of which invited the Court to find that it had no jurisdiction in the case. None of these objections were however founded on a contention that the FRY was not a party to the Statute at the relevant time; that was not a contention specifically advanced in the proceedings on the preliminary objections. At the time of those proceedings, the FRY was persisting in the claim, that it was continuing the membership of the former SFRY in the United Nations; and while that claim was opposed by a number of States, the position taken by the various organs gave rise to a "confused and complex state of affairs . . . within the United Nations" (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 308, para. 73). Neither party raised the matter before the Court: Bosnia and Herzegovina as Applicant, while denying that the FRY was a Member of the United Nations as a continuator of the SFRY, was asserting before this Court that the FRY was nevertheless a party to the Statute, either under Article 35, paragraph 2, thereof, or on the basis of the declaration of 27 April 1992 (see paragraphs 89 to 90 above); and for the FRY to raise the issue would have involved undermining or abandoning its claim to be the continuator of the SFRY as the basis for continuing membership of the United Nations.

107. By the 1996 Judgment, the Court rejected the preliminary objections of the Respondent, and found that, "on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 623, para. 47 (2) (a)). It also found that the Application was admissible, and stated that "the Court may now proceed to consider the merits of the case . . ." (*ibid.*, p. 622, para. 46).

108. However, on 24 April 2001 Serbia and Montenegro (then known as the Federal Republic of Yugoslavia) filed an Application instituting proceedings seeking revision, under Article 61 of the Statute, of the 1996 Judgment on jurisdiction in this case. That Article requires that there exist "some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Court . . .". The FRY claimed in its Application that:

"The admission of the FRY to the United Nations as a new Member on 1 November 2000 is certainly a new fact . . .

.....

The admission of the FRY to the United Nations as a new Member clears ambiguities and sheds a different light on the issue of the membership of the FRY in the United Nations, in the Statute and in the Genocide Convention." (*Application for Revision, I.C.J. Reports 2003*, p. 12, para. 18.)

Essentially the contention of the FRY was that its admission to membership in 2000 necessarily implied that it was not a Member of the United Nations and thus not a party to the Statute in 1993, when the proceedings in the present case were instituted, so that the Court would have had no jurisdiction in the case.

109. The history of the relationship between the FRY and the United Nations, from the break-up of the SFRY in 1991-1992 up to the admission of the FRY as a new Member in 2000, has been briefly recalled in paragraphs 88 to 99 above. That history has been examined in detail on more than one occasion, both in the context of the Application for revision referred to in paragraph 108 and in the Court's Judgments in 2004 in the cases concerning the *Legality of Use of Force*. In its Judgment of 3 February 2003 on the Application for revision, the Court carefully studied that relationship; it also recalled the terms of its 1996 Judgment finding in favour of jurisdiction. The Court noted that

“the FRY claims that the facts which existed at the time of the 1996 Judgment and upon the discovery of which its request for revision of that Judgment is based ‘are that the FRY was *not* a party to the Statute, and that it did *not* remain bound by the Genocide Convention continuing the personality of the former Yugoslavia’. It argues that these ‘facts’ were ‘revealed’ by its admission to the United Nations on 1 November 2000 and by [a letter from the United Nations Legal Counsel] of 8 December 2000.

.....

In the final version of its argument, the FRY claims that its admission to the United Nations and the Legal Counsel's letter of 8 December 2000 simply ‘revealed’ two facts which had existed in 1996 but had been unknown at the time: that it was not then a party to the Statute of the Court and that it was not bound by the Genocide Convention.” (*I.C.J. Reports 2003*, p. 30, paras. 66 and 69.)

110. The Court did not consider that the admission of the FRY to membership was itself a “new fact”, since it occurred after the date of the Judgment of which the revision was sought (*ibid.*, para. 68). As to the argument that facts on which an application for revision could be based were “revealed” by the events of 2000, the Court ruled as follows:

“In advancing this argument, the FRY does not rely on facts that existed in 1996. In reality, it bases its Application for revision on the legal consequences which it seeks to draw from facts subsequent to the Judgment which it is asking to have revised. Those consequences, even supposing them to be established, cannot be regarded as facts within the meaning of Article 61. The FRY's argument cannot accordingly be upheld.” (*Ibid.*, pp. 30-31, para. 69.)

111. The Court therefore found the Application for revision inadmissible. However, as the Court has observed in the cases concerning *Legality of Use of Force*, it did not, in its Judgment on the Application for revision,

“regard the alleged ‘decisive facts’ specified by Serbia and Montenegro as ‘facts that existed in 1996’ for the purpose of Article 61. The Court therefore did not have to rule on the question whether ‘the legal consequences’ could indeed legitimately be deduced from the later facts; in other words, it did not have to say whether it was correct that Serbia and Montenegro had not been a party to the Statute or to the Genocide Convention in 1996.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 313, para. 87.)

112. In a subsequent paragraph of the 2003 Judgment on the Application for revision of the 1996 Judgment, the Court had stated:

“It follows from the foregoing that it has not been established that the request of the FRY is based upon the discovery of ‘some fact’ which was ‘when the judgment was given, unknown to the Court and also to the party claiming revision’. The Court therefore concludes that one of the conditions for the admissibility of an application for revision prescribed by paragraph 1 of Article 61 of the Statute has not been satisfied.” (*I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 72.)

In its 2004 decisions in the *Legality of Use of Force* cases the Court further commented on this finding:

“The Court thus made its position clear that there could have been no retroactive modification of the situation in 2000, which would amount to a new fact, and that therefore the conditions of Article 61 were not satisfied. This, however, did not entail any finding by the Court, in the revision proceedings, as to what that situation actually was.” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 314, para. 89.)

113. For the purposes of the present case, it is thus clear that the Judgment of 2003 on the Application by the FRY for revision, while binding between the parties, and final and without appeal, did not contain any finding on the question whether or not that State had actually been a Member of the United Nations in 1993. The question of the status of the FRY in 1993 formed no part of the issues upon which the Court pronounced judgment when dismissing that Application.

* *

(5) The principle of *res judicata*

114. The Court will now consider the principle of *res judicata*, and its application to the 1996 Judgment in this case. The Applicant asserts that the 1996 Judgment, whereby the Court found that it had jurisdiction under the Genocide Convention, “enjoys the authority of *res judicata* and is not susceptible of appeal” and that “any ruling whereby the Court reversed the 1996 Judgment... would be incompatible both with the *res judicata* principle and with Articles 59, 60 and 61 of the Statute”. The Applicant submits that, like its judgments on the merits, “the Court’s decisions on jurisdiction are *res judicata*”. It further observes that, pursuant to Article 60 of the Statute, the Court’s 1996 Judgment is “final and without appeal” subject only to

the possibility of a request for interpretation and revision; and the FRY's request for revision was rejected by the Court in its Judgment of 3 February 2003. The Respondent contends that jurisdiction once upheld may be challenged by new objections; and considers that this does not contravene the principle of *res judicata* or the wording of Article 79 of the Rules of Court. It emphasizes "the right and duty of the Court to act *proprio motu*" to examine its jurisdiction, mentioned in the case of the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)* (see paragraph 118 below), and contends that the Court cannot "forfeit" that right by not having itself raised the issue in the preliminary objections phase.

115. There is no dispute between the Parties as to the existence of the principle of *res judicata* even if they interpret it differently as regards judgments deciding questions of jurisdiction. The fundamental character of that principle appears from the terms of the Statute of the Court and the Charter of the United Nations. The underlying character and purposes of the principle are reflected in the judicial practice of the Court. That principle signifies that the decisions of the Court are not only binding on the parties, but are final, in the sense that they cannot be reopened by the parties as regards the issues that have been determined, save by procedures, of an exceptional nature, specially laid down for that purpose. Article 59 of the Statute, notwithstanding its negative wording, has at its core the positive statement that the parties are bound by the decision of the Court in respect of the particular case. Article 60 of the Statute provides that the judgment is final and without appeal; Article 61 places close limits of time and substance on the ability of the parties to seek the revision of the judgment. The Court stressed those limits in 2003 when it found inadmissible the application made by Serbia and Montenegro for revision of the 1996 Judgment in the *Application for Revision case (I.C.J. Reports 2003, p. 12, para. 17)*.

116. Two purposes, one general, the other specific, underlie the principle of *res judicata*, internationally as nationally. First, the stability of legal relations requires that litigation come to an end. The Court's function, according to Article 38 of its Statute, is to "decide", that is, to bring to an end, "such disputes as are submitted to it". Secondly, it is in the interest of each party that an issue which has already been adjudicated in favour of that party be not argued again. Article 60 of the Statute articulates this finality of judgments. Depriving a litigant of the benefit of a judgment it has already obtained must in general be seen as a breach of the principles governing the legal settlement of disputes.

117. It has however been suggested by the Respondent that a distinction may be drawn between the application of the principle of *res judicata* to judgments given on the merits of a case, and judgments determining the Court's jurisdiction, in response to preliminary objections; specifically, the Respondent contends that "decisions on preliminary objections do not and cannot have the same consequences as decisions on the merits". The Court will however observe that the decision on questions of jurisdiction, pursuant to Article 36, paragraph 6, of the Statute, is given by a judgment, and Article 60 of the Statute provides that "[t]he judgment is final and without appeal", without distinguishing between judgments on jurisdiction and admissibility, and judgments on the merits. In its Judgment of 25 March 1999 on the request for interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the case of the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, the Court expressly recognized that the 1998 Judgment, given on a number of preliminary objections to

jurisdiction and admissibility, constituted *res judicata*, so that the Court could not consider a submission inconsistent with that judgment (*Judgment, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 39, para. 16). Similarly, in its Judgment of 3 February 2003 in the *Application for Revision* case, the Court, when it began by examining whether the conditions for the opening of the revision procedure, laid down by Article 61 of the Statute, were satisfied, undoubtedly recognized that an application could be made for revision of a judgment on preliminary objections; this could in turn only derive from a recognition that such a judgment is “final and without appeal”. Furthermore, the contention put forward by the Respondent would signify that the principle of *res judicata* would not prevent a judgment dismissing a preliminary objection from remaining open to further challenge indefinitely, while a judgment upholding such an objection, and putting an end to the case, would in the nature of things be final and determinative as regards that specific case.

118. The Court recalls that, as it has stated in the case of the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, it “must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*” (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). That decision in its context (in a case in which there was no question of reopening a previous decision of the Court) does not support the Respondent’s contention. It does not signify that jurisdictional decisions remain reviewable indefinitely, nor that the Court may, *proprio motu* or otherwise, reopen matters already decided with the force of *res judicata*. The Respondent has argued that there is a principle that “an international court may consider or reconsider the issue of jurisdiction at any stage of the proceedings”. It has referred in this connection both to the dictum just cited from the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, and to the *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* case. It is correct that the Court, having in the first phase of that case rejected Albania’s preliminary objection to jurisdiction, and having decided that proceedings on the merits were to continue (*Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 15), did at the merits stage consider and rule on a challenge to its jurisdiction, in particular whether it had jurisdiction to assess compensation (*I.C.J. Reports 1949*, pp. 23-26; 171). But no reconsideration at all by the Court of its earlier Judgment was entailed in this because, following that earlier Judgment, the Parties had concluded a special agreement submitting to the Court, *inter alia*, the question of compensation. The later challenge to jurisdiction concerned only the scope of the jurisdiction conferred by that subsequent agreement.

119. The Respondent also invokes certain international conventions and the rules of other international tribunals. It is true that the European Court of Human Rights may reject, at any stage of the proceedings, an application which it considers inadmissible; and the International Criminal Court may, in exceptional circumstances, permit the admissibility of a case or the jurisdiction of the Court to be challenged after the commencement of the trial. However, these specific authorizations in the instruments governing certain other tribunals reflect their particular admissibility procedures, which are not identical with the procedures of the Court in the field of jurisdiction. They thus do not support the view that there exists a general principle which would apply to the Court, whose Statute not merely contains no such provision, but declares, in Article 60, the *res judicata* principle without exception. The Respondent has also cited certain jurisprudence of the European Court of Human Rights, and an arbitral decision of the German-Polish Mixed Arbitral Tribunal (*von Tiedemann* case); but, in the view of the Court, these too, being based on their particular facts, and the nature of the jurisdictions involved, do not indicate the existence of a principle of sufficient generality and weight to override the clear provisions of the Court’s Statute, and the principle of *res judicata*.

120. This does not however mean that, should a party to a case believe that elements have come to light subsequent to the decision of the Court which tend to show that the Court's conclusions may have been based on incorrect or insufficient facts, the decision must remain final, even if it is in apparent contradiction to reality. The Statute provides for only one procedure in such an event: the procedure under Article 61, which offers the possibility for the revision of judgments, subject to the restrictions stated in that Article. In the interests of the stability of legal relations, those restrictions must be rigorously applied. As noted above (paragraph 110) the FRY's Application for revision of the 1996 Judgment in this case was dismissed, as not meeting the conditions of Article 61. Subject only to this possibility of revision, the applicable principle is *res judicata pro veritate habetur*, that is to say that the findings of a judgment are, for the purposes of the case and between the parties, to be taken as correct, and may not be reopened on the basis of claims that doubt has been thrown on them by subsequent events.

* *

(6) Application of the principle of *res judicata* to the 1996 Judgment

121. In the light of these considerations, the Court reverts to the effect and significance of the 1996 Judgment. That Judgment was essentially addressed, so far as questions of jurisdiction were concerned, to the question of the Court's jurisdiction under the Genocide Convention. It resolved in particular certain questions that had been raised as to the status of Bosnia and Herzegovina in relation to the Convention; as regards the FRY, the Judgment stated simply as follows:

“the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia... signed the Genocide Convention on 11 December 1948 and deposited its instrument of ratification, without reservation, on 29 August 1950. At the time of the proclamation of the Federal Republic of Yugoslavia, on 27 April 1992, a formal declaration was adopted on its behalf to the effect that:

‘The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally.’

This intention thus expressed by Yugoslavia to remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General. The Court observes, furthermore, that it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention. Thus, Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application in the present case, namely, on 20 March 1993.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17.)

122. Nothing was stated in the 1996 Judgment about the status of the FRY in relation to the United Nations, or the question whether it could participate in proceedings before the Court; for the reasons already mentioned above (paragraph 106), both Parties had chosen to refrain from asking for a decision on these matters. The Court however considers it necessary to emphasize that the question whether a State may properly come before the Court, on the basis of the provisions of the Statute, whether it be classified as a matter of capacity to be a party to the proceedings or as an aspect of jurisdiction *ratione personae*, is a matter which precedes that of jurisdiction *ratione materiae*, that is, whether that State has consented to the settlement by the Court of the specific dispute brought before it. The question is in fact one which the Court is bound to raise and examine, if necessary, *ex officio*, and if appropriate after notification to the parties. Thus if the Court considers that, in a particular case, the conditions concerning the capacity of the parties to appear before it are not satisfied, while the conditions of its jurisdiction *ratione materiae* are, it should, even if the question has not been raised by the parties, find that the former conditions are not met, and conclude that, for that reason, it could not have jurisdiction to decide the merits.

123. The operative part of a judgment of the Court possesses the force of *res judicata*. The operative part of the 1996 Judgment stated, in paragraph 47 (2) (a), that the Court found “that, on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to decide upon the dispute”. That jurisdiction is thus established with the full weight of the Court’s judicial authority. For a party to assert today that, at the date the 1996 Judgment was given, the Court had no power to give it, because one of the parties can now be seen to have been unable to come before the Court is, for the reason given in the preceding paragraph, to call in question the force as *res judicata* of the operative clause of the Judgment. At first sight, therefore, the Court need not examine the Respondent’s objection to jurisdiction based on its contention as to its lack of status in 1993.

124. The Respondent has however advanced a number of arguments tending to show that the 1996 Judgment is not conclusive on the matter, and the Court will now examine these. The passage just quoted from the 1996 Judgment is of course not the sole provision of the operative clause of that Judgment: as, the Applicant has noted, the Court first dismissed *seriatim* the specific preliminary objections raised (and not withdrawn) by the Respondent; it then made the finding quoted in paragraph 123 above; and finally it dismissed certain additional bases of jurisdiction invoked by the Applicant. The Respondent suggests that, for the purposes of applying the principle of *res judicata* to a judgment of this kind on preliminary objections, the operative clause (*dispositif*) to be taken into account and given the force of *res judicata* is the decision rejecting specified preliminary objections, rather than “the broad ascertainment upholding jurisdiction”. The Respondent has drawn attention to the provisions of Article 79, paragraph 7, of the 1978 Rules of Court, which provides that the judgment on preliminary objections shall, in respect of each objection “either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character”. The Respondent suggests therefore that only the clauses of a judgment on preliminary objections that are directed to these ends have the force of *res judicata*, which is, it contends, consistent with the view that new objections may be raised subsequently.

125. The Court does not however consider that it was the purpose of Article 79 of the Rules of Court to limit the extent of the force of *res judicata* attaching to a judgment on preliminary objections, nor that, in the case of such judgment, such force is necessarily limited to the clauses of

the *dispositif* specifically rejecting particular objections. There are many examples in the Court's jurisprudence of decisions on preliminary objections which contain a general finding that the Court has jurisdiction, or that the application is admissible, as the case may be; and it would be going too far to suppose that all of these are necessarily superfluous conclusions. In the view of the Court, if any question arises as to the scope of *res judicata* attaching to a judgment, it must be determined in each case having regard to the context in which the judgment was given (cf. *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 218-219, para. 48).

126. For this purpose, in respect of a particular judgment it may be necessary to distinguish between, first, the issues which have been decided with the force of *res judicata*, or which are necessarily entailed in the decision of those issues; secondly any peripheral or subsidiary matters, or *obiter dicta*; and finally matters which have not been ruled upon at all. Thus an application for interpretation of a judgment under Article 60 of the Statute may well require the Court to settle "[a] difference of opinion [between the parties] as to whether a particular point has or has not been decided with binding force" (*Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J. Series A, No. 13*, pp. 11-12). If a matter has not in fact been determined, expressly or by necessary implication, then no force of *res judicata* attaches to it; and a general finding may have to be read in context in order to ascertain whether a particular matter is or is not contained in it.

127. In particular, the fact that a judgment may, in addition to rejecting specific preliminary objections, contain a finding that "the Court has jurisdiction" in the case does not necessarily prevent subsequent examination of any jurisdictional issues later arising that have not been resolved, with the force of *res judicata*, by such judgment. The Parties have each referred in this connection to the successive decisions in the *Corfu Channel* case, which the Court has already considered above (paragraph 118). Mention may also be made of the judgments on the merits in the two cases concerning *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland; Federal Republic of Germany v. Iceland)* (*I.C.J. Reports 1974*, p. 20, para. 42; pp. 203-204, para. 74), which dealt with minor issues of jurisdiction despite an express finding of jurisdiction in previous judgments (*I.C.J. Reports 1973*, p. 22, para. 46; p. 66, para. 46). Even where the Court has, in a preliminary judgment, specifically reserved certain matters of jurisdiction for later decision, the judgment may nevertheless contain a finding that "the Court has jurisdiction" in the case, this being understood as being subject to the matters reserved (see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 442, para. 113 (1) (c), and pp. 425-426, para. 76; cf. also, in connection with an objection to admissibility, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom) (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), I.C.J. Reports 1998*, p. 29, para. 51 and pp. 30-31, paras. 53 (2) (b) and 53 (3); p. 134, para. 50 and p. 156, paras. 53 (2) (b) and 53 (3)).

128. On the other hand, the fact that the Court has in these past cases dealt with jurisdictional issues after having delivered a judgment on jurisdiction does not support the contention that such a judgment can be reopened at any time, so as to permit reconsideration of issues already settled with the force of *res judicata*. The essential difference between the cases mentioned in the previous

paragraph and the present case is this: the jurisdictional issues examined at a late stage in those cases were such that the decision on them would not contradict the finding of jurisdiction made in the earlier judgment. In the *Fisheries Jurisdiction* cases, the issues raised related to the extent of the jurisdiction already established in principle with the force of *res judicata*; in the *Military and Paramilitary Activities* case, the Court had clearly indicated in the 1984 Judgment that its finding in favour of jurisdiction did not extend to a definitive ruling on the interpretation of the United States reservation to its optional clause declaration. By contrast, the contentions of the Respondent in the present case would, if upheld, effectively reverse the 1996 Judgment; that indeed is their purpose.

129. The Respondent has contended that the issue whether the FRY had access to the Court under Article 35 of the Statute has in fact never been decided in the present case, so that no barrier of *res judicata* would prevent the Court from examining that issue at the present stage of the proceedings. It has drawn attention to the fact that when commenting on the 1996 Judgment, in its 2004 Judgments in the cases concerning the *Legality of Use of Force*, the Court observed that “[t]he question of the status of the Federal Republic of Yugoslavia in relation to Article 35 of the Statute was not raised and the Court saw no reason to examine it” (see, for example, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 311, para. 82), and that “in its pronouncements in incidental proceedings” in the present case, the Court “did not commit itself to a definitive position on the issue of the legal status of the Federal Republic of Yugoslavia in relation to the Charter and the Statute” (*ibid.*, pp. 308-309, para. 74).

130. That does not however signify that in 1996 the Court was unaware of the fact that the solution adopted in the United Nations to the question of continuation of the membership of the SFRY “[was] not free from legal difficulties”, as the Court had noted in its Order of 8 April 1993 indicating provisional measures in the case (*I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18; above, paragraph 105). The FRY was, at the time of the proceedings on its preliminary objections culminating in the 1996 Judgment, maintaining that it was the continuator State of the SFRY. As the Court indicated in its Judgments in the cases concerning the *Legality of Use of Force*,

“No specific assertion was made in the Application [of 1993, in the present case] that the Court was open to Serbia and Montenegro under Article 35, paragraph 1, of the Statute of the Court, but it was later made clear that the Applicant claimed to be a Member of the United Nations and thus a party to the Statute of the Court, by virtue of Article 93, paragraph 1, of the Charter, at the time of filing of the Application . . . [T]his position was expressly stated in the Memorial filed by Serbia and Montenegro on 4 January 2000 . . .” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 299, para. 47.)

The question whether the FRY was a continuator or a successor State of the SFRY was mentioned in the Memorial of Bosnia and Herzegovina. The view of Bosnia and Herzegovina was that, while the FRY was not a Member of the United Nations, as a successor State of the SFRY which had

expressly declared that it would abide by the international commitments of the SFRY, it was nevertheless a party to the Statute. It is also essential, when examining the text of the 1996 Judgment, to take note of the context in which it was delivered, in particular as regards the contemporary state of relations between the Respondent and the United Nations, as recounted in paragraphs 88 to 99 above.

131. The “legal difficulties” referred to were finally dissipated when in 2000 the FRY abandoned its former insistence that it was the continuator of the SFRY, and applied for membership in the United Nations (paragraph 98 above). As the Court observed in its 2004 Judgments in the cases concerning the *Legality of Use of Force*,

“the significance of this new development in 2000 is that it has clarified the thus far amorphous legal situation concerning the status of the Federal Republic of Yugoslavia vis-à-vis the United Nations. It is in that sense that the situation that the Court now faces in relation to Serbia and Montenegro is manifestly different from that which it faced in 1999. If, at that time, the Court had had to determine definitively the status of the Applicant vis-à-vis the United Nations, its task of giving such a determination would have been complicated by the legal situation, which was shrouded in uncertainties relating to that status. However, from the vantage point from which the Court now looks at the legal situation, and in light of the legal consequences of the new development since 1 November 2000, the Court is led to the conclusion that Serbia and Montenegro was not a Member of the United Nations, and in that capacity a State party to the Statute of the International Court of Justice, at the time of filing its Application to institute the present proceedings before the Court on 29 April 1999.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, pp. 310-311, para. 79.)

As the Court here recognized, in 1999 — and even more so in 1996 — it was by no means so clear as the Court found it to be in 2004 that the Respondent was not a Member of the United Nations at the relevant time. The inconsistencies of approach expressed by the various United Nations organs are apparent from the passages quoted in paragraphs 91 to 96 above.

132. As already noted, the legal complications of the position of the Respondent in relation to the United Nations were not specifically mentioned in the 1996 Judgment. The Court stated, as mentioned in paragraph 121 above, that “Yugoslavia was bound by the provisions of the [Genocide] Convention on the date of the filing of the Application in the present case” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17), and found that “on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute” (*ibid.*, p. 623, para. 47 (2) (a)). Since, as observed above, the question of a State’s capacity to be a party to proceedings is a matter which precedes that of jurisdiction *ratione materiae*, and one which the Court must, if necessary, raise *ex officio* (see paragraph 122 above), this finding must as a matter of construction be understood, by necessary implication, to mean that the Court at that time perceived the Respondent as being in a position to participate in cases before the Court. On that basis, it proceeded to make a finding on jurisdiction which would

have the force of *res judicata*. The Court does not need, for the purpose of the present proceedings, to go behind that finding and consider on what basis the Court was able to satisfy itself on the point. Whether the Parties classify the matter as one of “access to the Court” or of “jurisdiction *ratione personae*”, the fact remains that the Court could not have proceeded to determine the merits unless the Respondent had had the capacity under the Statute to be a party to proceedings before the Court.

133. In the view of the Court, the express finding in the 1996 Judgment that the Court had jurisdiction in the case *ratione materiae*, on the basis of Article IX of the Genocide Convention, seen in its context, is a finding which is only consistent, in law and logic, with the proposition that, in relation to both Parties, it had jurisdiction *ratione personae* in its comprehensive sense, that is to say, that the status of each of them was such as to comply with the provisions of the Statute concerning the capacity of States to be parties before the Court. As regards Bosnia and Herzegovina, there was no question but that it was a party to the Statute at the date of filing its application instituting proceedings; and in relation to the Convention, the Court found that it “could . . . become a party to the Convention” from the time of its admission to the United Nations (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 611, para. 19), and had in fact done so. As regards the FRY, the Court found that it “was bound by the provisions of the Convention”, i.e. was a party thereto, “on the date of the filing of the Application” (*ibid.*, p. 610, para 17); in this respect the Court took note of the declaration made by the FRY on 27 April 1992, set out in paragraph 89 above, whereby the FRY “continuing the State, international legal and political personality” of the SFRY, declared that it would “strictly abide by” the international commitments of the SFRY. The determination by the Court that it had jurisdiction under the Genocide Convention is thus to be interpreted as incorporating a determination that all the conditions relating to the capacity of the Parties to appear before it had been met.

134. It has been suggested by the Respondent that the Court’s finding of jurisdiction in the 1996 Judgment was based merely upon an assumption: an assumption of continuity between the SFRY and the FRY. It has drawn attention to passages, already referred to above (paragraph 129), in the Judgments in the *Legality of Use of Force* cases, to the effect that in 1996 the Court saw no reason to examine the question of access, and that, in its pronouncements in incidental proceedings, the Court did not commit itself to a definitive position on the issue of the legal status of the Respondent.

135. That the FRY had the capacity to appear before the Court in accordance with the Statute was an element in the reasoning of the 1996 Judgment which can — and indeed must — be read into the Judgment as a matter of logical construction. That element is not one which can at any time be reopened and re-examined, for the reasons already stated above. As regards the passages in the 2004 Judgments relied on by the Respondent, it should be borne in mind that the concern of the Court was not then with the scope of *res judicata* of the 1996 Judgment, since in any event such *res judicata* could not extend to the proceedings in the cases that were then before it, between different parties. It was simply appropriate in 2004 for the Court to consider whether there was an expressly stated finding in another case that would throw light on the matters before it. No such express finding having been shown to exist, the Court in 2004 did not, as it has in the present case, have to go on to consider what might be the unstated foundations of a judgment given in another case, between different parties.

136. The Court thus considers that the 1996 Judgment contained a finding, whether it be regarded as one of jurisdiction *ratione personae*, or as one anterior to questions of jurisdiction, which was necessary as a matter of logical construction, and related to the question of the FRY's capacity to appear before the Court under the Statute. The force of *res judicata* attaching to that judgment thus extends to that particular finding.

137. However it has been argued by the Respondent that even were that so,

“the fundamental nature of access as a precondition for the exercise of the Court's judicial function means that positive findings on access cannot be taken as definitive and final until the final judgment is rendered in proceedings, because otherwise it would be possible that the Court renders its final decision with respect to a party over which it cannot exercise [its] judicial function. In other words, access is so fundamental that, until the final judgment, it overrides the principle of *res judicata*. Thus, even if the 1996 Judgment had made a finding on access, *quod non*, that would not be a bar for the Court to re-examine this issue until the end of the proceedings.”

A similar argument advanced by the Respondent is based on the principle that the jurisdiction of the Court derives from a treaty, namely the Statute of the Court; the Respondent questions whether the Statute could have endowed the 1996 Judgment with any effects at all, since the Respondent was, it alleges, not a party to the Statute. Counsel for the Respondent argued that

“Today it is known that in 1996 when the decision on preliminary objections was rendered, the Respondent was not a party to the Statute. Thus, there was no foothold, Articles 36 (6), 59, and 60 did not represent a binding treaty provision providing a possible basis for deciding on jurisdiction with *res judicata* effects.”

138. It appears to the Court that these contentions are inconsistent with the nature of the principle of *res judicata*. That principle signifies that once the Court has made a determination, whether on a matter of the merits of a dispute brought before it, or on a question of its own jurisdiction, that determination is definitive both for the parties to the case, in respect of the case (Article 59 of the Statute), and for the Court itself in the context of that case. However fundamental the question of the capacity of States to be parties in cases before the Court may be, it remains a question to be determined by the Court, in accordance with Article 36, paragraph 6, of the Statute, and once a finding in favour of jurisdiction has been pronounced with the force of *res judicata*, it is not open to question or re-examination, except by way of revision under Article 61 of the Statute. There is thus, *as a matter of law*, no possibility that the Court might render “its final decision with respect to a party over which it cannot exercise its judicial function”, because the question whether a State is or is not a party subject to the jurisdiction of the Court is one which is reserved for the sole and authoritative decision of the Court.

139. Counsel for the Respondent contended further that, in the circumstances of the present case, reliance on the *res judicata* principle “would justify the Court's *ultra vires* exercise of its judicial functions contrary to the mandatory requirements of the Statute”. However, the operation

of the “mandatory requirements of the Statute” falls to be determined by the Court in each case before it; and once the Court has determined, with the force of *res judicata*, that it has jurisdiction, then for the purposes of that case no question of *ultra vires* action can arise, the Court having sole competence to determine such matters under the Statute. For the Court *res judicata pro veritate habetur*, and the judicial truth within the context of a case is as the Court has determined it, subject only to the provision in the Statute for revision of judgments. This result is required by the nature of the judicial function, and the universally recognized need for stability of legal relations.

* *

(7) Conclusion: jurisdiction affirmed

140. The Court accordingly concludes that, in respect of the contention that the Respondent was not, on the date of filing of the Application instituting proceedings, a State having the capacity to come before the Court under the Statute, the principle of *res judicata* precludes any reopening of the decision embodied in the 1996 Judgment. The Respondent has however also argued that the 1996 Judgment is not *res judicata* as to the further question whether the FRY was, at the time of institution of proceedings, a party to the Genocide Convention, and has sought to show that at that time it was not, and could not have been, such a party. The Court however considers that the reasons given above for holding that the 1996 Judgment settles the question of jurisdiction in this case with the force of *res judicata* are applicable *a fortiori* as regards this contention, since on this point the 1996 Judgment was quite specific, as it was not on the question of capacity to come before the Court. The Court does not therefore find it necessary to examine the argument of the Applicant that the failure of the Respondent to advance at the time the reasons why it now contends that it was not a party to the Genocide Convention might raise considerations of estoppel, or *forum prorogatum* (cf. paragraphs 85 and 101 above). The Court thus concludes that, as stated in the 1996 Judgment, it has jurisdiction, under Article IX of the Genocide Convention, to adjudicate upon the dispute brought before it by the Application filed on 20 March 1993. It follows from the above that the Court does not find it necessary to consider the questions, extensively addressed by the Parties, of the status of the Respondent under the Charter of the United Nations and the Statute of the Court, and its position in relation to the Genocide Convention at the time of the filing of the Application.

*
ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

141. There has been some reference in the Parties’ arguments before the Court to the question whether Article 35, paragraphs 1 and 2, of the Statute apply equally to applicants and to respondents. This matter, being one of interpretation of the Statute, would be one for the Court to determine. However, in the light of the conclusion that the Court has reached as to the *res judicata* status of the 1996 decision, it does not find at present the necessity to do so.

*

* *

IV. The applicable law: the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

(1) The Convention in brief

142. The Contracting Parties to the Convention, adopted on 9 December 1948, offer the following reasons for agreeing to its text:

“The Contracting Parties,

Having considered the declaration made by the General Assembly of the United Nations in its resolution 96 (I) dated 11 December 1946 that genocide is a crime under international law, contrary to the spirit and aims of the United Nations and condemned by the civilized world,

Recognizing that at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity, and

Being convinced that, in order to liberate mankind from such an odious scourge, international co-operation is required,

Hereby agree as hereinafter provided . . .”

143. Under Article I “[t]he Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish”. Article II defines genocide in these terms:

“In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.”

Article III provides as follows:

“The following acts shall be punishable:

- (a) Genocide;
- (b) Conspiracy to commit genocide;

- (c) Direct and public incitement to commit genocide;
- (d) Attempt to commit genocide;
- (e) Complicity in genocide.”

144. According to Article IV, persons committing any of those acts shall be punished whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals. Article V requires the parties to enact the necessary legislation to give effect to the Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or other acts enumerated in Article III. Article VI provides that “[p]ersons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction”. Article VII provides for extradition.

145. Under Article VIII

“Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in Article III.”

146. Article IX provides for certain disputes to be submitted to the Court:

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

The remaining ten Articles are final clauses dealing with such matters as parties to the Convention and its entry into force.

147. The jurisdiction of the Court in this case is based solely on Article IX of the Convention. All the other grounds of jurisdiction invoked by the Applicant were rejected in the 1996 Judgment on jurisdiction (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 617-621, paras. 35-41). It follows that the Court may rule only on the disputes between the Parties to which that provision refers. The Parties disagree on whether the Court finally decided the scope and meaning of that provision in its 1996 Judgment and, if it did not, on the matters over which the Court has jurisdiction under that provision. The Court rules on those two matters in following sections of this Judgment. It has no power to rule on alleged breaches of other obligations under international law, not amounting to genocide, particularly those protecting human rights in armed conflict. That is so even if the alleged breaches are of obligations under peremptory norms, or of obligations which protect essential humanitarian values, and which may be owed *erga omnes*.

148. As it has in other cases, the Court recalls the fundamental distinction between the existence and binding force of obligations arising under international law and the existence of a court or tribunal with jurisdiction to resolve disputes about compliance with those obligations. The fact that there is not such a court or tribunal does not mean that the obligations do not exist. They retain their validity and legal force. States are required to fulfil their obligations under international law, including international humanitarian law, and they remain responsible for acts contrary to international law which are attributable to them (e.g. case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, pp. 52-53, para. 127).

149. The jurisdiction of the Court is founded on Article IX of the Convention, and the disputes subject to that jurisdiction are those “relating to the interpretation, application or fulfilment” of the Convention, but it does not follow that the Convention stands alone. In order to determine whether the Respondent breached its obligation under the Convention, as claimed by the Applicant, and, if a breach was committed, to determine its legal consequences, the Court will have recourse not only to the Convention itself, but also to the rules of general international law on treaty interpretation and on responsibility of States for internationally wrongful acts.

* * *

(2) The Court’s 1996 decision about the scope and meaning of Article IX

150. According to the Applicant, the Court in 1996 at the preliminary objections stage decided that it had jurisdiction under Article IX of the Convention to adjudicate upon the responsibility of the respondent State, as indicated in that Article, “for genocide or any of the other acts enumerated in article III”, and that that reference “does not exclude any form of State responsibility”. The issue, it says, is *res judicata*. The Respondent supports a narrower interpretation of the Convention: the Court’s jurisdiction is confined to giving a declaratory judgment relating to breaches of the duties to prevent and punish the commission of genocide by individuals.

151. The Respondent accepts that the first, wider, interpretation “was preferred by the majority of the Court in the preliminary objections phase” and quotes the following passage in the Judgment:

“The Court now comes to the second proposition advanced by Yugoslavia [in support of one of its preliminary objections], regarding the type of State responsibility envisaged in Article IX of the Convention. According to Yugoslavia, that Article would only cover the responsibility flowing from the failure of a State to fulfil its obligations of prevention and punishment as contemplated by Articles V, VI and VII; on the other hand, the responsibility of a State for an act of genocide perpetrated by the State itself would be excluded from the scope of the Convention.

The Court would observe that the reference to Article IX to ‘the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III’, does not exclude any form of State responsibility.

Nor is the responsibility of a State for acts of its organs excluded by Article IV of the Convention, which contemplates the commission of an act of genocide by ‘rulers’ or ‘public officials’.

In the light of the foregoing, the Court considers that it must reject the fifth preliminary objection of Yugoslavia. It would moreover observe that it is sufficiently apparent from the very terms of that objection that the Parties not only differ with respect to the facts of the case, their imputability and the applicability to them of the provisions of the Genocide Convention, but are moreover in disagreement with respect to the meaning and legal scope of several of those provisions, including Article IX. For the Court, there is accordingly no doubt that there exists a dispute between them relating to ‘the interpretation, application or fulfilment of the . . . Convention, including . . . the responsibility of a State for genocide . . .’, according to the form of words employed by that latter provision (cf. *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, pp. 27-32).” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 616-617, paras. 32-33; emphasis now added to 1996 text.)

The Applicant relies in particular on the sentences in paragraph 32 which have been emphasized in the above quotation. The Respondent submits that

“this expression of opinion is of marked brevity and is contingent upon the dismissal of the preliminary objection based upon the existence or otherwise of a dispute relating to the interpretation of the Genocide Convention. The interpretation adopted in this provisional mode by the Court is not buttressed by any reference to the substantial preparatory work of the Convention.

In the circumstances, there is no reason of principle or consideration of common sense indicating that the issue of interpretation is no longer open.”

While submitting that the Court determined the issue and spoke emphatically on the matter in 1996 the Applicant also says that this present phase of the case

“will provide an additional opportunity for this Court to rule on [the] important matter, not only for the guidance of the Parties here before you, but for the benefit of future generations that should not have to fear the immunity of States from responsibility for their genocidal acts”.

152. The Court has already examined above the question of the authority of *res judicata* attaching to the 1996 Judgment, and indicated that it cannot reopen issues decided with that authority. Whether or not the issue now raised by the Respondent falls in that category, the Court observes that the final part of paragraph 33 of that Judgment, quoted above, must be taken as indicating that “the meaning and legal scope” of Article IX and of other provisions of the

Convention remain in dispute. In particular a dispute “exists” about whether the only obligations of the Contracting Parties for the breach of which they may be held responsible under the Convention are to legislate, and to prosecute or extradite, or whether the obligations extend to the obligation not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III. That dispute “exists” and was left by the Court for resolution at the merits stage. In these circumstances, and taking into account the positions of the Parties, the Court will determine at this stage whether the obligations of the Parties under the Convention do so extend. That is to say, the Court will decide “the meaning and legal scope” of several provisions of the Convention, including Article IX with its reference to “the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III”.

* *

(3) The Court’s 1996 decision about the territorial scope of the Convention

153. A second issue about the *res judicata* effect of the 1996 Judgment concerns the territorial limits, if any, on the obligations of the States parties to prevent and punish genocide. In support of one of its preliminary objections the Respondent argued that it did not exercise jurisdiction over the Applicant’s territory at the relevant time. In the final sentence of its reasons for rejecting this argument the Court said this: “[t]he Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 31).

154. The Applicant suggests that the Court in that sentence ruled that the obligation extends without territorial limit. The Court does not state the obligation in that positive way. The Court does not say that the obligation is “territorially unlimited by the Convention”. Further, earlier in the paragraph, it had quoted from Article VI (about the obligation of any State in the territory of which the act was committed to prosecute) as “the only provision relevant to” territorial “problems” related to the application of the Convention. The quoted sentence is therefore to be understood as relating to the undertaking stated in Article I. The Court did not in 1996 rule on the territorial scope of each particular obligation arising under the Convention. Accordingly the Court has still to rule on that matter. It is not *res judicata*.

* *

(4) The obligations imposed by the Convention on the Contracting Parties

155. The Applicant, in the words of its Agent, contends that “[t]his case is about State responsibility and seeks to establish the responsibilities of a State which, through its leadership, through its organs, committed the most brutal violations of one of the most sacred instruments of

international law”. The Applicant has emphasized that in its view, the Genocide Convention “created a universal, treaty-based concept of State responsibility”, and that “[i]t is State responsibility for genocide that this legal proceeding is all about”. It relies in this respect on Article IX of the Convention, which, it argues, “quite explicitly impose[s] on States a direct responsibility themselves not to commit genocide or to aid in the commission of genocide”. As to the obligation of prevention under Article I, a breach of that obligation, according to the Applicant, “is established — it might be said is ‘eclipsed’ — by the fact that [the Respondent] is *itself* responsible for the genocide committed; . . . a State which commits genocide has not fulfilled its commitment to prevent it” (emphasis in the original). The argument moves on from alleged breaches of Article I to “violations [by the Respondent] of its obligations under Article III . . . to which express reference is made in Article IX, violations which stand at the heart of our case. This fundamental provision establishes the obligations whose violation engages the responsibility of States parties.” It follows that, in the contention of the Applicant, the Court has jurisdiction under Article IX over alleged violations by a Contracting Party of those obligations.

156. The Respondent contends to the contrary that

“the Genocide Convention does not provide for the responsibility of States for acts of genocide as such. The duties prescribed by the Convention relate to ‘the prevention and punishment of the crime of genocide’ when this crime is committed by individuals: and the provisions of Articles V and VI [about enforcement and prescription] . . . make this abundantly clear.”

It argues that the Court therefore does not have jurisdiction *ratione materiae* under Article IX; and continues:

“[t]hese provisions [Articles I, V, VI and IX] do not extend to the responsibility of a Contracting Party as such for acts of genocide but [only] to responsibility for failure to prevent or to punish acts of genocide committed by individuals within its territory or . . . its control”.

The sole remedy in respect of that failure would, in the Respondent’s view, be a declaratory judgment.

157. As a subsidiary argument, the Respondent also contended that

“for a State to be responsible under the Genocide Convention, the facts must first be established. As genocide is a crime, it can only be established in accordance with the rules of criminal law, under which the first requirement to be met is that of individual responsibility. The State can incur responsibility only when the existence of genocide has been established beyond all reasonable doubt. In addition, it must then be shown that the person who committed the genocide can engage the responsibility of the State . . .”

(This contention went on to mention responsibility based on breach of the obligation to prevent and punish, matters considered later in this Judgment.)

158. The Respondent has in addition presented what it refers to as “alternative arguments concerning solely State responsibility for breaches of Articles II and III”. Those arguments addressed the necessary conditions, especially of intent, as well as of attribution. When presenting those alternative arguments, counsel for the Respondent repeated the principal submission set out above that “the Convention does not suggest in any way that States themselves can commit genocide”.

159. The Court notes that there is no disagreement between the Parties that the reference in Article IX to disputes about “the responsibility of a State” as being among the disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention which come within the Court’s jurisdiction, indicates that provisions of the Convention do impose obligations on States in respect of which they may, in the event of breach, incur responsibility. Articles V, VI and VII requiring legislation, in particular providing effective penalties for persons guilty of genocide and the other acts enumerated in Article III, and for the prosecution and extradition of alleged offenders are plainly among them. Because those provisions regulating punishment also have a deterrent and therefore a preventive effect or purpose, they could be regarded as meeting and indeed exhausting the undertaking to prevent the crime of genocide stated in Article I and mentioned in the title. On that basis, in support of the Respondent’s principal position, that Article would rank as merely hortatory, introductory or purposive and as preambular to those specific obligations. The remaining specific provision, Article VIII about competent organs of the United Nations taking action, may be seen as completing the system by supporting both prevention and suppression, in this case at the political level rather than as a matter of legal responsibility.

160. The Court observes that what obligations the Convention imposes upon the parties to it depends on the ordinary meaning of the terms of the Convention read in their context and in the light of its object and purpose. To confirm the meaning resulting from that process or to remove ambiguity or obscurity or a manifestly absurd or unreasonable result, the supplementary means of interpretation to which recourse may be had include the preparatory work of the Convention and the circumstances of its conclusion. Those propositions, reflected in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, are well recognized as part of customary international law: see *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 174, para. 94; case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 48, para. 83; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2001*, p. 501, para. 99; and *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 645, para. 37, and the other cases referred to in those decisions.

161. To determine what are the obligations of the Contracting Parties under the Genocide Convention, the Court will begin with the terms of its Article I. It contains two propositions. The first is the affirmation that genocide is a crime under international law. That affirmation is to be read in conjunction with the declaration that genocide is a crime under international law, unanimously adopted by the General Assembly two years earlier in its resolution 96 (I), and referred to in the Preamble to the Convention (paragraph 142, above). The affirmation recognizes the existing requirements of customary international law, a matter emphasized by the Court in 1951:

“The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention) . . .

The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality.” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23.*)

Later in that Opinion, the Court referred to “the moral and humanitarian principles which are its basis” (*ibid.*, p. 24). In earlier phases of the present case the Court has also recalled resolution 96 (I) (*I.C.J. Reports 1993, p. 23*; see also pp. 348 and 440) and has quoted the 1951 statement (*I.C.J. Reports 1996 (II), p. 616*). The Court reaffirmed the 1951 and 1996 statements in its Judgment of 3 February 2006 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, paragraph 64, when it added that the norm prohibiting genocide was assuredly a peremptory norm of international law (*jus cogens*).

162. Those characterizations of the prohibition on genocide and the purpose of the Convention are significant for the interpretation of the second proposition stated in Article I—the undertaking by the Contracting Parties to prevent and punish the crime of genocide, and particularly in this context the undertaking to prevent. Several features of that undertaking are significant. The ordinary meaning of the word “undertake” is to give a formal promise, to bind or engage oneself, to give a pledge or promise, to agree, to accept an obligation. It is a word regularly used in treaties setting out the obligations of the Contracting Parties (cf., for example, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (7 March 1966), Article 2, para. 1; International Covenant on Civil and Political Rights (16 December 1966), Articles 2, para. 1, and 3, for example). It is not merely hortatory or purposive. The undertaking is unqualified (a matter considered later in relation to the scope of the obligation of prevention); and it is not to be read merely as an introduction to later express references to legislation, prosecution and extradition. Those features support the conclusion that Article I, in particular its undertaking to prevent, creates obligations distinct from those which appear in the subsequent Articles. That conclusion is also supported by the purely humanitarian and civilizing purpose of the Convention.

163. The conclusion is confirmed by two aspects of the preparatory work of the Convention and the circumstances of its conclusion as referred to in Article 32 of the Vienna Convention. In 1947 the United Nations General Assembly, in requesting the Economic and Social Council to

submit a report and a draft convention on genocide to the Third Session of the Assembly, declared “that genocide is an international crime entailing national and international responsibility on the part of individuals and States” (A/RES/180 (II)). That duality of responsibilities is also to be seen in two other associated resolutions adopted on the same day, both directed to the newly established International Law Commission (hereinafter “the ILC”): the first on the formulation of the Nuremberg principles, concerned with the rights (Principle V) and duties of individuals, and the second on the draft declaration on the rights and duties of States (A/RES/177 and A/RES/178 (II)). The duality of responsibilities is further considered later in this Judgment (paragraphs 173-174).

164. The second feature of the drafting history emphasizes the operative and non-preambular character of Article I. The Preamble to the draft Convention, prepared by the *Ad Hoc* Committee on Genocide for the Third Session of the General Assembly and considered by its Sixth Committee, read in part as follows:

“The High Contracting Parties

.....

Being convinced that the prevention and punishment of genocide requires international co-operation,

Hereby agree to prevent and punish the crime as hereinafter provided.”

The first Article would have provided “[g]enocide is a crime under international law whether committed in time of peace or in time of war” (report of the *Ad Hoc* Committee on Genocide, 5 April to 10 May 1948, United Nations, *Official Records of the Economic and Social Council, Seventh Session, Supplement No. 6*, doc. E/794, pp. 2, 18).

Belgium was of the view that the undertaking to prevent and punish should be made more effective by being contained in the operative part of the Convention rather than in the Preamble and proposed the following Article I to the Sixth Committee of the General Assembly: “The High Contracting Parties undertake to prevent and punish the crime of genocide.” (United Nations doc. A/C.6/217.) The Netherlands then proposed a new text of Article I combining the *Ad Hoc* Committee draft and the Belgian proposal with some changes: “The High Contracting Parties reaffirm that genocide is a crime under international law, which they undertake to prevent and to punish, in accordance with the following articles.” (United Nations docs. A/C.6/220; United Nations, *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, Summary Records of the 68th meeting*, p. 45.) The Danish representative thought that Article I should be worded more effectively and proposed the deletion of the final phrase — “in accordance with the following articles” (*ibid.*, p. 47). The Netherlands representative agreed with that suggestion (*ibid.*, pp. 49-50). After the USSR’s proposal to delete Article I was rejected by 36 votes to 8 with 5 abstentions and its proposal to transfer its various points to the Preamble was rejected by 40 votes to 8, and the phrase “whether committed in time of peace or of war” was inserted by 30 votes to 7 with 6 abstentions, the amended text of Article I was adopted by 37 votes to 3 with 2 abstentions (*ibid.*, pp. 51 and 53).

165. For the Court both changes — the movement of the undertaking from the Preamble to the first operative Article and the removal of the linking clause (“in accordance with the following articles”) — confirm that Article I does impose distinct obligations over and above those imposed by other Articles of the Convention. In particular, the Contracting Parties have a direct obligation to prevent genocide.

166. The Court next considers whether the Parties are also under an obligation, by virtue of the Convention, not to commit genocide themselves. It must be observed at the outset that such an obligation is not expressly imposed by the actual terms of the Convention. The Applicant has however advanced as its main argument that such an obligation is imposed by Article IX, which confers on the Court jurisdiction over disputes “including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III”. Since Article IX is essentially a jurisdictional provision, the Court considers that it should first ascertain whether the substantive obligation on States not to commit genocide may flow from the other provisions of the Convention. Under Article I the States parties are bound to prevent such an act, which it describes as “a crime under international law”, being committed. The Article does not *expressis verbis* require States to refrain from themselves committing genocide. However, in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide. Such a prohibition follows, first, from the fact that the Article categorizes genocide as “a crime under international law”: by agreeing to such a categorization, the States parties must logically be undertaking not to commit the act so described. Secondly, it follows from the expressly stated obligation to prevent the commission of acts of genocide. That obligation requires the States parties, *inter alia*, to employ the means at their disposal, in circumstances to be described more specifically later in this Judgment, to prevent persons or groups not directly under their authority from committing an act of genocide or any of the other acts mentioned in Article III. It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide.

167. The Court accordingly concludes that Contracting Parties to the Convention are bound not to commit genocide, through the actions of their organs or persons or groups whose acts are attributable to them. That conclusion must also apply to the other acts enumerated in Article III. Those acts are forbidden along with genocide itself in the list included in Article III. They are referred to equally with genocide in Article IX and without being characterized as “punishable”; and the “purely humanitarian and civilizing purpose” of the Convention may be seen as being promoted by the fact that States are subject to that full set of obligations, supporting their undertaking to prevent genocide. It is true that the concepts used in paragraphs (b) to (e) of Article III, and particularly that of “complicity”, refer to well known categories of criminal law and, as such, appear particularly well adapted to the exercise of penal sanctions against individuals. It would however not be in keeping with the object and purpose of the Convention to deny that the international responsibility of a State — even though quite different in nature from criminal responsibility — can be engaged through one of the acts, other than genocide itself, enumerated in Article III.

168. The conclusion that the Contracting Parties are bound in this way by the Convention not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III is confirmed by one unusual feature of the wording of Article IX. But for that unusual feature and the addition of the word “fulfilment” to the provision conferring on the Court jurisdiction over disputes as to the “interpretation and application” of the Convention (an addition which does not appear to be significant in this case), Article IX would be a standard dispute settlement provision.

169. The unusual feature of Article IX is the phrase “including those [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III”. The word “including” tends to confirm that disputes relating to the responsibility of Contracting Parties for genocide, and the other acts enumerated in Article III to which it refers, are comprised within a broader group of disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention. The responsibility of a party for genocide and the other acts enumerated in Article III arises from its failure to comply with the obligations imposed by the other provisions of the Convention, and in particular, in the present context, with Article III read with Articles I and II. According to the English text of the Convention, the responsibility contemplated is responsibility “for genocide” (in French, “responsabilité . . . en matière de génocide”), not merely responsibility “for failing to prevent or punish genocide”. The particular terms of the phrase as a whole confirm that Contracting Parties may be responsible for genocide and the other acts enumerated in Article III of the Convention.

*

170. The Court now considers three arguments, advanced by the Respondent which may be seen as contradicting the proposition that the Convention imposes a duty on the Contracting Parties not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III. The first is that, as a matter of general principle, international law does not recognize the criminal responsibility of the State, and the Genocide Convention does not provide a vehicle for the imposition of such criminal responsibility. On the matter of principle the Respondent calls attention to the rejection by the ILC of the concept of international crimes when it prepared the final draft of its Articles on State Responsibility, a decision reflecting the strongly negative reactions of a number of States to any such concept. The Applicant accepts that general international law does not recognize the criminal responsibility of States. It contends, on the specific issue, that the obligation for which the Respondent may be held responsible, in the event of breach, in proceedings under Article IX, is simply an obligation arising under international law, in this case the provisions of the Convention. The Court observes that the obligations in question in this case, arising from the terms of the Convention, and the responsibilities of States that would arise from breach of such obligations, are obligations and responsibilities under international law. They are not of a criminal nature. This argument accordingly cannot be accepted.

171. The second argument of the Respondent is that the nature of the Convention is such as to exclude from its scope State responsibility for genocide and the other enumerated acts. The Convention, it is said, is a standard international criminal law convention focussed essentially on

the criminal prosecution and punishment of individuals and not on the responsibility of States. The emphasis of the Convention on the obligations and responsibility of individuals excludes any possibility of States being liable and responsible in the event of breach of the obligations reflected in Article III. In particular, it is said, that possibility cannot stand in the face of the references, in Article III to punishment (of individuals), and in Article IV to individuals being punished, and the requirement, in Article V for legislation in particular for effective penalties for persons guilty of genocide, the provision in Article VI for the prosecution of persons charged with genocide, and requirement in Article VII for extradition.

172. The Court is mindful of the fact that the famous sentence in the Nuremberg Judgment that “[c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities . . .” (Judgment of the International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals, 1947, *Official Documents*, Vol. 1, p. 223) might be invoked in support of the proposition that only individuals can breach the obligations set out in Article III. But the Court notes that that Tribunal was answering the argument that “international law is concerned with the actions of sovereign States, and provides no punishment for individuals” (*ibid.*, p. 222), and that thus States alone were responsible under international law. The Tribunal rejected that argument in the following terms: “[t]hat international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized” (*ibid.*, p. 223; the phrase “as well as upon States” is missing in the French text of the Judgment).

173. The Court observes that that duality of responsibility continues to be a constant feature of international law. This feature is reflected in Article 25, paragraph 4, of the Rome Statute for the International Criminal Court, now accepted by 104 States: “No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.” The Court notes also that the ILC’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Annex to General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001), to be referred to hereinafter as “the ILC Articles on State Responsibility”, affirm in Article 58 the other side of the coin: “These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.” In its Commentary on this provision, the Commission said:

“Where crimes against international law are committed by State officials, it will often be the case that the State itself is responsible for the acts in question or for failure to prevent or punish them. In certain cases, in particular aggression, the State will by definition be involved. Even so, the question of individual responsibility is in principle distinct from the question of State responsibility. The State is not exempted from its own responsibility for internationally wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out.” (ILC Commentary on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC Report A/56/10, 2001, Commentary on Article 58, para. 3.)

The Commission quoted Article 25, paragraph 4, of the Rome Statute, and concluded as follows:

“Article 58 . . . [makes] it clear that the Articles do not address the question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State. The term ‘individual responsibility’ has acquired an accepted meaning in light of the Rome Statute and other instruments; it refers to the responsibility of individual persons, including State officials, under certain rules of international law for conduct such as genocide, war crimes and crimes against humanity.”

174. The Court sees nothing in the wording or the structure of the provisions of the Convention relating to individual criminal liability which would displace the meaning of Article I, read with paragraphs (a) to (e) of Article III, so far as these provisions impose obligations on States distinct from the obligations which the Convention requires them to place on individuals. Furthermore, the fact that Articles V, VI and VII focus on individuals cannot itself establish that the Contracting Parties may not be subject to obligations not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III.

175. The third and final argument of the Respondent against the proposition that the Contracting Parties are bound by the Convention not to commit genocide is based on the preparatory work of the Convention and particularly of Article IX. The Court has already used part of that work to confirm the operative significance of the undertaking in Article I (see paragraphs 164 and 165 above), an interpretation already determined from the terms of the Convention, its context and purpose.

176. The Respondent, claiming that the Convention and in particular Article IX is ambiguous, submits that the drafting history of the Convention, in the Sixth Committee of the General Assembly, shows that “there was no question of direct responsibility of the State for acts of genocide”. It claims that the responsibility of the State was related to the “key provisions” of Articles IV-VI: the Convention is about the criminal responsibility of individuals supported by the civil responsibility of States to prevent and punish. This argument against any wider responsibility for the Contracting Parties is based on the records of the discussion in the Sixth Committee, and is, it is contended, supported by the rejection of United Kingdom amendments to what became Articles IV and VI. Had the first amendment been adopted, Article IV, concerning the punishment of individuals committing genocide or any of the acts enumerated in Article III, would have been extended by the following additional sentence: “[Acts of genocide] committed by or on behalf of States or governments constitute a breach of the present Convention”(A/C.6/236 and Corr. 1). That amendment was defeated (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, Summary Records of the 96th meeting*, p. 355). What became Article VI would have been replaced by a provision conferring jurisdiction on the Court if an act of genocide is or is alleged to be the act of a State or government or its organs. The United Kingdom in response to objections that the proposal was out of order (because it meant going back on a decision already taken) withdrew the amendment in favour of the joint amendment to what became Article IX, submitted by the United Kingdom and Belgium (*ibid.*, 100th meeting, p. 394). In speaking to that joint amendment the United Kingdom delegate acknowledged that the debate had clearly shown the Committee’s decision to confine what is now Article VI to the responsibility of individuals (*ibid.*, 100th meeting, p. 430). The United Kingdom/Belgium amendment would have added the words “including disputes relating to the responsibility of a State for any of the acts

enumerated in Articles II and IV [as the Convention was then drafted]”. The United Kingdom delegate explained that what was involved was civil responsibility, not criminal responsibility (*ibid.*, 103rd meeting, p. 440). A proposal to delete those words failed and the provision was adopted (*ibid.*, 104th meeting, p. 447), with style changes being made by the Drafting Committee.

177. At a later stage a Belgium/United Kingdom/United States proposal which would have replaced the disputed phrase by including “disputes arising from a charge by a Contracting Party that the crime of genocide or any other of the acts enumerated in article III has been committed within the jurisdiction of another Contracting Party” was ruled by the Chairman of the Sixth Committee as a change of substance and the Committee did not adopt the motion (which required a two-thirds majority) for reconsideration (A/C.6/305). The Chairman gave the following reason for his ruling which was not challenged:

“it was provided in article IX that those disputes, among others, which concerned the responsibility of a State for genocide or for any of the acts enumerated in article III, should be submitted to the International Court of Justice. According to the joint amendment, on the other hand, the disputes would not be those which concerned the responsibility of the State but those which resulted from an accusation to the effect that the crime had been committed in the territory of one of the contracting parties.” (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, Summary Records of the 131st meeting*, p. 690.)

By that time in the deliberations of the Sixth Committee it was clear that only individuals could be held criminally responsible under the draft Convention for genocide. The Chairman was plainly of the view that the Article IX, as it had been modified, provided for State responsibility for genocide.

178. In the view of the Court, two points may be drawn from the drafting history just reviewed. The first is that much of it was concerned with proposals supporting the criminal responsibility of States; but those proposals were *not* adopted. The second is that the amendment which was adopted — to Article IX — is about jurisdiction in respect of the responsibility of States *simpliciter*. Consequently, the drafting history may be seen as supporting the conclusion reached by the Court in paragraph 167 above.

179. Accordingly, having considered the various arguments, the Court affirms that the Contracting Parties are bound by the obligation under the Convention not to commit, through their organs or persons or groups whose conduct is attributable to them, genocide and the other acts enumerated in Article III. Thus if an organ of the State, or a person or group whose acts are legally attributable to the State, commits any of the acts proscribed by Article III of the Convention, the international responsibility of that State is incurred.

(5) Question whether the Court may make a finding of genocide by a State in the absence of a prior conviction of an individual for genocide by a competent court

180. The Court observes that if a State is to be responsible because it has breached its obligation not to commit genocide, it must be shown that genocide as defined in the Convention has been committed. That will also be the case with conspiracy under Article III, paragraph (b), and complicity under Article III, paragraph (e); and, as explained below (paragraph 431) for purposes of the obligation to prevent genocide. The Respondent has raised the question whether it is necessary, as a matter of law, for the Court to be able to uphold a claim of the responsibility of a State for an act of genocide, or any other act enumerated in Article III, that there should have been a finding of genocide by a court or tribunal exercising criminal jurisdiction. According to the Respondent, the condition *sine qua non* for establishing State responsibility is the prior establishment, according to the rules of criminal law, of the individual responsibility of a perpetrator engaging the State's responsibility.

181. The different procedures followed by, and powers available to, this Court and to the courts and tribunals trying persons for criminal offences, do not themselves indicate that there is a legal bar to the Court itself finding that genocide or the other acts enumerated in Article III have been committed. Under its Statute the Court has the capacity to undertake that task, while applying the standard of proof appropriate to charges of exceptional gravity (paragraphs 209-210 below). Turning to the terms of the Convention itself, the Court has already held that it has jurisdiction under Article IX to find a State responsible if genocide or other acts enumerated in Article III are committed by its organs, or persons or groups whose acts are attributable to it.

182. Any other interpretation could entail that there would be no legal recourse available under the Convention in some readily conceivable circumstances: genocide has allegedly been committed within a State by its leaders but they have not been brought to trial because, for instance, they are still very much in control of the powers of the State including the police, prosecution services and the courts and there is no international penal tribunal able to exercise jurisdiction over the alleged crimes; or the responsible State may have acknowledged the breach. The Court accordingly concludes that State responsibility can arise under the Convention for genocide and complicity, without an individual being convicted of the crime or an associated one.

* *

(6) The possible territorial limits of the obligations

183. The substantive obligations arising from Articles I and III are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question. The extent of that ability in law and fact is considered, so far as the obligation to prevent the crime of genocide is concerned, in the section of the Judgment concerned with that obligation (cf. paragraph 430 below). The significant relevant condition concerning the obligation not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III is provided by the rules on attribution (paragraphs 379 ff. below).

184. The obligation to prosecute imposed by Article VI is by contrast subject to an express territorial limit. The trial of persons charged with genocide is to be in a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed (cf. paragraph 442 below), or by an international penal tribunal with jurisdiction (paragraphs 443 ff. below).

* *

(7) The Applicant's claims in respect of alleged genocide committed outside its territory against non-nationals

185. In its final submissions the Applicant requests the Court to make rulings about acts of genocide and other unlawful acts allegedly committed against “non-Serbs” outside its own territory (as well as within it) by the Respondent. Insofar as that request might relate to non-Bosnian victims, it could raise questions about the legal interest or standing of the Applicant in respect of such matters and the significance of the *jus cogens* character of the relevant norms, and the *erga omnes* character of the relevant obligations. For the reasons explained in paragraphs 368 and 369 below, the Court will not however need to address those questions of law.

* *

(8) The question of intent to commit genocide

186. The Court notes that genocide as defined in Article II of the Convention comprises “acts” and an “intent”. It is well established that the acts —

- “(a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; [and]
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group” —

themselves include mental elements. “Killing” must be intentional, as must “causing serious bodily or mental harm”. Mental elements are made explicit in paragraphs (c) and (d) of Article II by the words “deliberately” and “intended”, quite apart from the implications of the words “inflicting” and “imposing”; and forcible transfer too requires deliberate intentional acts. The acts, in the words of the ILC, are by their very nature conscious, intentional or volitional acts (Commentary on Article 17 of the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, ILC Report 1996, *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, Vol. II, Part Two, p. 44, para. 5).

187. In addition to those mental elements, Article II requires a further mental element. It requires the establishment of the “intent to destroy, in whole or in part, . . . [the protected] group, as such”. It is not enough to establish, for instance in terms of paragraph (a), that deliberate unlawful killings of members of the group have occurred. The additional intent must also be established, and is defined very precisely. It is often referred to as a special or specific intent or *dolus specialis*; in the present Judgment it will usually be referred to as the “specific intent (*dolus specialis*)”. It is not enough that the members of the group are targeted because they belong to that group, that is because the perpetrator has a discriminatory intent. Something more is required. The acts listed in Article II must be done with intent to destroy the group as such in whole or in part. The words “as such” emphasize that intent to destroy the protected group.

188. The specificity of the intent and its particular requirements are highlighted when genocide is placed in the context of other related criminal acts, notably crimes against humanity and persecution, as the Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter “ICTY” or “the Tribunal”) did in the *Kupreškić et al.* case:

“the *mens rea* requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than for genocide. In this context the Trial Chamber wishes to stress that persecution as a crime against humanity is an offence belonging to the same *genus* as genocide. Both persecution and genocide are crimes perpetrated against persons that belong to a particular group and who are targeted because of such belonging. In both categories what matters is the intent to discriminate: to attack persons on account of their ethnic, racial, or religious characteristics (as well as, in the case of persecution, on account of their political affiliation). While in the case of persecution the discriminatory intent can take multifarious inhumane forms and manifest itself in a plurality of actions including murder, in the case of genocide that intent must be accompanied by the intention to destroy, in whole or in part, the group to which the victims of the genocide belong. Thus, it can be said that, from the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of wilful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide.” (IT-95-16-T, Judgment, 14 January 2000, para. 636.)

189. The specific intent is also to be distinguished from other reasons or motives the perpetrator may have. Great care must be taken in finding in the facts a sufficiently clear manifestation of that intent.

(9) Intent and “ethnic cleansing”

190. The term “ethnic cleansing” has frequently been employed to refer to the events in Bosnia and Herzegovina which are the subject of this case; see, for example, Security Council resolution 787 (1992), para. 2; resolution 827 (1993), Preamble; and the Report with that title

attached as Annex IV to the Final Report of the United Nations Commission of Experts (S/1994/674/Add.2) (hereinafter “Report of the Commission of Experts”). General Assembly resolution 47/121 referred in its Preamble to “the abhorrent policy of ‘ethnic cleansing’, which is a form of genocide”, as being carried on in Bosnia and Herzegovina. It will be convenient at this point to consider what legal significance the expression may have. It is in practice used, by reference to a specific region or area, to mean “rendering an area ethnically homogeneous by using force or intimidation to remove persons of given groups from the area” (S/35374 (1993), para. 55, Interim Report by the Commission of Experts). It does not appear in the Genocide Convention; indeed, a proposal during the drafting of the Convention to include in the definition “measures intended to oblige members of a group to abandon their homes in order to escape the threat of subsequent ill-treatment” was not accepted (A/C.6/234). It can only be a form of genocide within the meaning of the Convention, if it corresponds to or falls within one of the categories of acts prohibited by Article II of the Convention. Neither the intent, as a matter of policy, to render an area “ethnically homogeneous”, nor the operations that may be carried out to implement such policy, can *as such* be designated as genocide: the intent that characterizes genocide is “to destroy, in whole or in part” a particular group, and deportation or displacement of the members of a group, even if effected by force, is not necessarily equivalent to destruction of that group, nor is such destruction an automatic consequence of the displacement. This is not to say that acts described as “ethnic cleansing” may never constitute genocide, if they are such as to be characterized as, for example, “deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part”, contrary to Article II, paragraph (c), of the Convention, provided such action is carried out with the necessary specific intent (*dolus specialis*), that is to say with a view to the destruction of the group, as distinct from its removal from the region. As the ICTY has observed, while “there are obvious similarities between a genocidal policy and the policy commonly known as ‘ethnic cleansing’” (*Krstić*, IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, para. 562), yet “[a] clear distinction must be drawn between physical destruction and mere dissolution of a group. The expulsion of a group or part of a group does not in itself suffice for genocide.” (*Stakić*, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 519.) In other words, whether a particular operation described as “ethnic cleansing” amounts to genocide depends on the presence or absence of acts listed in Article II of the Genocide Convention, and of the intent to destroy the group as such. In fact, in the context of the Convention, the term “ethnic cleansing” has no legal significance of its own. That said, it is clear that acts of “ethnic cleansing” may occur in parallel to acts prohibited by Article II of the Convention, and may be significant as indicative of the presence of a specific intent (*dolus specialis*) inspiring those acts.

* *

(10) Definition of the protected group

191. When examining the facts brought before the Court in support of the accusations of the commission of acts of genocide, it is necessary to have in mind the identity of the group against which genocide may be considered to have been committed. The Court will therefore next

consider the application in this case of the requirement of Article II of the Genocide Convention, as an element of genocide, that the proscribed acts be “committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. The Parties disagreed on aspects of the definition of the “group”. The Applicant in its final submission refers to “the non-Serb national, ethnical or religious group within, but not limited to, the territory of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population” (paragraph 66 above). It thus follows what is termed the negative approach to the definition of the group in question. The Respondent sees two legal problems with that formulation:

“First, the group targeted is not sufficiently well defined as such, since, according to the Applicant’s allegation, that group consists of the non-Serbs, thus an admixture of all the individuals living in Bosnia and Herzegovina except the Serbs, but more particularly the Muslim population, which accounts for only a part of the non-Serb population. Second, the intent to destroy concerned only a part of the non-Serb population, but the Applicant failed to specify which part of the group was targeted.”

In addition to those issues of the negative definition of the group and its geographic limits (or their lack), the Parties also discussed the choice between subjective and objective approaches to the definition. The Parties essentially agree that international jurisprudence accepts a combined subjective-objective approach. The issue is not in any event significant on the facts of this case and the Court takes it no further.

192. While the Applicant has employed the negative approach to the definition of a protected group, it places major, for the most part exclusive, emphasis on the Bosnian Muslims as the group being targeted. The Respondent, for instance, makes the point that the Applicant did not mention the Croats in its oral arguments relating to sexual violence, Srebrenica and Sarajevo, and that other groups including “the Jews, Roma and Yugoslavs” were not mentioned. The Applicant does however maintain the negative approach to the definition of the group in its final submissions and the Court accordingly needs to consider it.

193. The Court recalls first that the essence of the intent is to destroy the protected group, in whole or in part, as such. It is a group which must have particular positive characteristics—national, ethnical, racial or religious—and not the lack of them. The intent must also relate to the group “as such”. That means that the crime requires an intent to destroy a collection of people who have a particular group identity. It is a matter of who those people are, not who they are not. The etymology of the word—killing a group—also indicates a positive definition; and Raphael Lemkin has explained that he created the word from the Greek *genos*, meaning race or tribe, and the termination “-cide”, from the Latin *caedere*, to kill (*Axis Rule in Occupied Europe* (1944), p. 79). In 1945 the word was used in the Nuremberg indictment which stated that the defendants “conducted deliberate and systematic genocide, viz., the extermination of racial and national groups . . . in order to destroy particular races and classes of people and national, racial or religious groups . . .” (Indictment, Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, *Official Documents*, Vol. 1, pp. 43 and 44). As the Court explains below

(paragraph 198), when part of the group is targeted, that part must be significant enough for its destruction to have an impact on the group as a whole. Further, each of the acts listed in Article II require that the proscribed action be against members of the “group”.

194. The drafting history of the Convention confirms that a positive definition must be used. Genocide as “the denial of the existence of entire human groups” was contrasted with homicide, “the denial of the right to live of individual human beings” by the General Assembly in its 1946 resolution 96 (I) cited in the Preamble to the Convention. The drafters of the Convention also gave close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing characteristics in deciding which groups they would include and which (such as political groups) they would exclude. The Court spoke to the same effect in 1951 in declaring as an object of the Convention the safeguarding of “the very existence of certain human groups” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23). Such an understanding of genocide requires a positive identification of the group. The rejection of proposals to include within the Convention political groups and cultural genocide also demonstrates that the drafters were giving close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing well-established, some said immutable, characteristics. A negatively defined group cannot be seen in that way.

195. The Court observes that the ICTY Appeals Chamber in the *Stakić* case (IT-97-24-A, Judgment, 22 March 2006, paras. 20-28) also came to the conclusion that the group must be defined positively, essentially for the same reasons as the Court has given.

196. Accordingly, the Court concludes that it should deal with the matter on the basis that the targeted group must in law be defined positively, and thus not negatively as the “non-Serb” population. The Applicant has made only very limited reference to the non-Serb populations of Bosnia and Herzegovina other than the Bosnian Muslims, e.g. the Croats. The Court will therefore examine the facts of the case on the basis that genocide may be found to have been committed if an intent to destroy the Bosnian Muslims, as a group, in whole or in part, can be established.

197. The Parties also addressed a specific question relating to the impact of geographic criteria on the group as identified positively. The question concerns in particular the atrocities committed in and around Srebrenica in July 1995, and the question whether in the circumstances of that situation the definition of genocide in Article II was satisfied so far as the intent of destruction of the “group” “in whole or in part” requirement is concerned. This question arises because of a critical finding in the *Krstić* case. In that case the Trial Chamber was “ultimately satisfied that murders and infliction of serious bodily or mental harm were committed with the intent to kill all the Bosnian Muslim men of military age at Srebrenica” (IT-98-33, Judgment, 2 August 2001, para. 546). Those men were systematically targeted whether they were civilians or soldiers (*ibid.*). The Court addresses the facts of that particular situation later (paragraphs 278-297). For the moment, it considers how as a matter of law the “group” is to be defined, in territorial and other respects.

198. In terms of that question of law, the Court refers to three matters relevant to the determination of “part” of the “group” for the purposes of Article II. In the first place, the intent must be to destroy at least a substantial part of the particular group. That is demanded by the very nature of the crime of genocide: since the object and purpose of the Convention as a whole is to prevent the intentional destruction of groups, the part targeted must be significant enough to have an impact on the group as a whole. That requirement of substantiality is supported by consistent rulings of the ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and by the Commentary of the ILC to its Articles in the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (e.g. *Krstić*, IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgment, 19 April 2004, paras. 8-11 and the cases of *Kayishema*, *Byilishema*, and *Semanza* there referred to; and *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, Vol. II, Part Two, p. 45, para. 8 of the Commentary to Article 17).

199. Second, the Court observes that it is widely accepted that genocide may be found to have been committed where the intent is to destroy the group within a geographically limited area. In the words of the ILC, “it is not necessary to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe” (*ibid.*). The area of the perpetrator’s activity and control are to be considered. As the ICTY Appeals Chamber has said, and indeed as the Respondent accepts, the opportunity available to the perpetrators is significant (*Krstić*, IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 13). This criterion of opportunity must however be weighed against the first and essential factor of substantiality. It may be that the opportunity available to the alleged perpetrator is so limited that the substantiality criterion is not met. The Court observes that the ICTY Trial Chamber has indeed indicated the need for caution, lest this approach might distort the definition of genocide (*Stakić*, IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, para. 523). The Respondent, while not challenging this criterion, does contend that the limit militates against the existence of the specific intent (*dolus specialis*) at the national or State level as opposed to the local level — a submission which, in the view of the Court, relates to attribution rather than to the “group” requirement.

200. A third suggested criterion is qualitative rather than quantitative. The Appeals Chamber in the *Krstić* case put the matter in these carefully measured terms:

“The number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the overall size of the entire group. In addition to the numeric size of the targeted portion, its prominence within the group can be a useful consideration. If a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial within the meaning of Article 4 [of the Statute which exactly reproduces Article II of the Convention].” (IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 12; footnote omitted.)

Establishing the “group” requirement will not always depend on the substantiality requirement alone although it is an essential starting point. It follows in the Court’s opinion that the qualitative approach cannot stand alone. The Appeals Chamber in *Krstić* also expresses that view.

201. The above list of criteria is not exhaustive, but, as just indicated, the substantiality criterion is critical. They are essentially those stated by the Appeals Chamber in the *Krstić* case, although the Court does give this first criterion priority. Much will depend on the Court's assessment of those and all other relevant factors in any particular case.

*

* * *

V. Questions of proof: burden of proof, the standard of proof, methods of proof

202. When turning to the facts of the dispute, the Court must note that many allegations of fact made by the Applicant are disputed by the Respondent. That is so notwithstanding increasing agreement between the Parties on certain matters through the course of the proceedings. The disputes relate to issues about the facts, for instance the number of rapes committed by Serbs against Bosnian Muslims, and the day-to-day relationships between the authorities in Belgrade and the authorities in Pale, and the inferences to be drawn from, or the evaluations to be made of, facts, for instance about the existence or otherwise of the necessary specific intent (*dolus specialis*) and about the attributability of the acts of the organs of Republika Srpska and various paramilitary groups to the Respondent. The allegations also cover a very wide range of activity affecting many communities and individuals over an extensive area and over a long period. They have already been the subject of many accounts, official and non-official, by many individuals and bodies. The Parties drew on many of those accounts in their pleadings and oral argument.

203. Accordingly, before proceeding to an examination of the alleged facts underlying the claim in this case, the Court first considers, in this section of the Judgment, in turn the burden or onus of proof, the standard of proof, and the methods of proof.

204. On the burden or onus of proof, it is well established in general that the applicant must establish its case and that a party asserting a fact must establish it; as the Court observed in the case of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, "it is the litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it" (*Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para. 101). While the Applicant accepts that approach as a general proposition, it contends that in certain respects the onus should be reversed, especially in respect of the attributability of alleged acts of genocide to the Respondent, given the refusal of the Respondent to produce the full text of certain documents.

205. The particular issue concerns the "redacted" sections of documents of the Supreme Defence Council of the Respondent, i.e. sections in which parts of the text had been blacked out so as to be illegible. The documents had been classified, according to the Co-Agent of the Respondent, by decision of the Council as a military secret, and by a confidential decision of the

Council of Ministers of Serbia and Montenegro as a matter of national security interest. The Applicant contends that the Court should draw its own conclusions from the failure of the Respondent to produce complete copies of the documents. It refers to the power of the Court, which it had invoked earlier (paragraph 44 above), to call for documents under Article 49 of the Statute, which provides that “[f]ormal note shall be taken of any refusal”. In the second round of oral argument the Applicant’s Deputy Agent submitted that

“Serbia and Montenegro should not be allowed to respond to our quoting the redacted SDC reports if it does not provide at the very same time the Applicant and the Court with copies of entirely unredacted versions of *all* the SDC shorthand records and of *all* of the minutes of the same. Otherwise, Serbia and Montenegro would have an overriding advantage over Bosnia and Herzegovina with respect to documents, which are apparently, and not in the last place in the Respondent’s eyes, of direct relevance to winning or losing the present case. We explicitly, Madam President, request the Court to instruct the Respondent accordingly.” (Emphasis in the original.)

206. On this matter, the Court observes that the Applicant has extensive documentation and other evidence available to it, especially from the readily accessible ICTY records. It has made very ample use of it. In the month before the hearings it submitted what must be taken to have been a careful selection of documents from the very many available from the ICTY. The Applicant called General Sir Richard Dannatt, who, drawing on a number of those documents, gave evidence on the relationship between the authorities in the Federal Republic of Yugoslavia and those in the Republika Srpska and on the matter of control and instruction. Although the Court has not agreed to either of the Applicant’s requests to be provided with unedited copies of the documents, it has not failed to note the Applicant’s suggestion that the Court may be free to draw its own conclusions.

207. On a final matter relating to the burden of proof, the Applicant contends that the Court should draw inferences, notably about specific intent (*dolus specialis*), from established facts, i.e., from what the Applicant refers to as a “pattern of acts” that “speaks for itself”. The Court considers that matter later in the Judgment (paragraphs 370-376 below).

208. The Parties also differ on the second matter, the standard of proof. The Applicant, emphasizing that the matter is not one of criminal law, says that the standard is the balance of evidence or the balance of probabilities, inasmuch as what is alleged is breach of treaty obligations. According to the Respondent, the proceedings “concern the most serious issues of State responsibility and . . . a charge of such exceptional gravity against a State requires a proper degree of certainty. The proofs should be such as to leave no room for reasonable doubt.”

209. The Court has long recognized that claims against a State involving charges of exceptional gravity must be proved by evidence that is fully conclusive (cf. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 17). The Court requires that it be fully

convinced that allegations made in the proceedings, that the crime of genocide or the other acts enumerated in Article III have been committed, have been clearly established. The same standard applies to the proof of attribution for such acts.

210. In respect of the Applicant's claim that the Respondent has breached its undertakings to prevent genocide and to punish and extradite persons charged with genocide, the Court requires proof at a high level of certainty appropriate to the seriousness of the allegation.

211. The Court now turns to the third matter — the method of proof. The Parties submitted a vast array of material, from different sources, to the Court. It included reports, resolutions and findings by various United Nations organs, including the Secretary-General, the General Assembly, the Security Council and its Commission of Experts, and the Commission on Human Rights, the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and the Special Rapporteur on Human Rights in the former Yugoslavia; documents from other intergovernmental organizations such as the Conference for Security and Co-operation in Europe; documents, evidence and decisions from the ICTY; publications from governments; documents from non-governmental organizations; media reports, articles and books. They also called witnesses, experts and witness-experts (paragraphs 57-58 above).

212. The Court must itself make its own determination of the facts which are relevant to the law which the Applicant claims the Respondent has breached. This case does however have an unusual feature. Many of the allegations before this Court have already been the subject of the processes and decisions of the ICTY. The Court considers their significance later in this section of the Judgment.

213. The assessment made by the Court of the weight to be given to a particular item of evidence may lead to the Court rejecting the item as unreliable, or finding it probative, as appears from the practice followed for instance in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, pp. 9-10, paras. 11-13; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 39-41, paras. 59-73; and *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, pp. 200-201, paras. 57-61. In the most recent case the Court said this:

“The Court will treat with caution evidentiary materials specially prepared for this case and also materials emanating from a single source. It will prefer contemporaneous evidence from persons with direct knowledge. It will give particular attention to reliable evidence acknowledging facts or conduct unfavourable to the State represented by the person making them (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 41, para. 64). The Court will also give weight to evidence that has not, even before this litigation, been challenged by impartial persons for the

correctness of what it contains. The Court moreover notes that evidence obtained by examination of persons directly involved, and who were subsequently cross-examined by judges skilled in examination and experienced in assessing large amounts of factual information, some of it of a technical nature, merits special attention. The Court thus will give appropriate consideration to the Report of the Porter Commission, which gathered evidence in this manner. The Court further notes that, since its publication, there has been no challenge to the credibility of this Report, which has been accepted by both Parties.” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 35, para. 61. See also paras. 78-79, 114 and 237-242.)

214. The fact-finding process of the ICTY falls within this formulation, as “evidence obtained by examination of persons directly involved”, tested by cross-examination, the credibility of which has not been challenged subsequently. The Court has been referred to extensive documentation arising from the Tribunal’s processes, including indictments by the Prosecutor, various interlocutory decisions by judges and Trial Chambers, oral and written evidence, decisions of the Trial Chambers on guilt or innocence, sentencing judgments following a plea agreement and decisions of the Appeals Chamber.

215. By the end of the oral proceedings the Parties were in a broad measure of agreement on the significance of the ICTY material. The Applicant throughout has given and gives major weight to that material. At the written stage the Respondent had challenged the reliability of the Tribunal’s findings, the adequacy of the legal framework under which it operates, the adequacy of its procedures and its neutrality. At the stage of the oral proceedings, its position had changed in a major way. In its Agent’s words, the Respondent now based itself on the jurisprudence of the Tribunal and had “in effect” distanced itself from the opinions about the Tribunal expressed in its Rejoinder. The Agent was however careful to distinguish between different categories of material:

“[W]e do not regard all the material of the Tribunal for the former Yugoslavia as having the same relevance or probative value. We have primarily based ourselves upon the judgments of the Tribunal’s Trial and Appeals Chambers, given that only the judgments can be regarded as establishing the facts about the crimes in a credible way.”

And he went on to point out that the Tribunal has not so far, with the exception of Srebrenica, held that genocide was committed in any of the situations cited by the Applicant. He also called attention to the criticisms already made by Respondent’s counsel of the relevant judgment concerning General Krstić who was found guilty of aiding and abetting genocide at Srebrenica.

216. The Court was referred to actions and decisions taken at various stages of the ICTY processes:

- (1) The Prosecutor’s decision to include or not certain changes in an indictment;
- (2) The decision of a judge on reviewing the indictment to confirm it and issue an arrest warrant or not;

- (3) If such warrant is not executed, a decision of a Trial Chamber (of three judges) to issue an international arrest warrant, provided the Chamber is satisfied that there are reasonable grounds for believing that the accused has committed all or any of the crimes charged;
- (4) The decision of a Trial Chamber on the accused's motion for acquittal at the end of the prosecution case;
- (5) The judgment of a Trial Chamber following the full hearings;
- (6) The sentencing judgment of a Trial Chamber following a guilty plea.

The Court was also referred to certain decisions of the Appeals Chamber.

217. The Court will consider these stages in turn. The Applicant placed some weight on indictments filed by the Prosecutor. But the claims made by the Prosecutor in the indictments are just that — allegations made by one party. They have still to proceed through the various phases outlined earlier. The Prosecutor may, instead, decide to withdraw charges of genocide or they may be dismissed at trial. Accordingly, as a general proposition the inclusion of charges in an indictment cannot be given weight. What may however be significant is the decision of the Prosecutor, either initially or in an amendment to an indictment, not to include or to exclude a charge of genocide.

218. The second and third stages, relating to the confirmation of the indictment, issues of arrest warrants and charges, are the responsibility of the judges (one in the second stage and three in the third) rather than the Prosecutor, and witnesses may also be called in the third, but the accused is generally not involved. Moreover, the grounds for a judge to act are, at the second stage, that a prima facie case has been established, and at the third, that reasonable grounds exist for belief that the accused has committed crimes charged.

219. The accused does have a role at the fourth stage — motions for acquittal made by the defence at the end of the prosecution's case and after the defence has had the opportunity to cross-examine the prosecution's witnesses, on the basis that "there is no evidence capable of supporting a conviction". This stage is understood to require a decision, not that the Chamber trying the facts *would* be satisfied beyond reasonable doubt by the prosecution's evidence (if accepted), but rather that it *could* be so satisfied (*Jelisić*, IT-95-10-A, Appeals Chamber Judgment, 5 July 2001, para. 37). The significance of that lesser standard for present purposes appears from one case on which the Applicant relied. The Trial Chamber in August 2005 in *Krajišnik* dismissed the defence motion that the accused who was charged with genocide and other crimes had no case to answer (IT-00-39-T, transcript of 19 August 2005, pp. 17112-17132). But following the full hearing the accused was found not guilty of genocide nor of complicity in genocide. While the *actus reus* of genocide was established, the specific intent (*dolus specialis*) was not (Trial Chamber

Judgment, 27 September 2006, paras. 867-869). Because the judge or the Chamber does not make definitive findings at any of the four stages described, the Court does not consider that it can give weight to those rulings. The standard of proof which the Court requires in this case would not be met.

220. The processes of the Tribunal at the fifth stage, leading to a judgment of the Trial Chamber following the full hearing are to be contrasted with those earlier stages. The processes of the Tribunal leading to final findings are rigorous. Accused are presumed innocent until proved guilty beyond reasonable doubt. They are entitled to listed minimum guarantees (taken from the International Covenant on Civil and Political Rights), including the right to counsel, to examine witness against them, to obtain the examination of witness on their behalf, and not to be compelled to testify against themselves or to confess guilt. The Tribunal has powers to require Member States of the United Nations to co-operate with it, among other things, in the taking of testimony and the production of evidence. Accused are provided with extensive pre-trial disclosure including materials gathered by the prosecution and supporting the indictment, relevant witness statements and the pre-trial brief summarizing the evidence against them. The prosecutor is also to disclose exculpatory material to the accused and to make available in electronic form the collections of relevant material which the prosecution holds.

221. In practice, now extending over ten years, the trials, many of important military or political figures for alleged crimes committed over long periods and involving complex allegations, usually last for months, even years, and can involve thousands of documents and numerous witnesses. The Trial Chamber may admit any relevant evidence which has probative value. The Chamber is to give its reasons in writing and separate and dissenting opinions may be appended.

222. Each party has a right of appeal from the judgment of the Trial Chamber to the Appeals Chamber on the grounds of error of law invalidating the decision or error of fact occasioning a miscarriage of justice. The Appeals Chamber of five judges does not rehear the evidence, but it does have power to hear additional evidence if it finds that it was not available at trial, is relevant and credible and could have been a decisive factor in the trial. It too is to give a reasoned opinion in writing to which separate or dissenting opinions may be appended.

223. In view of the above, the Court concludes that it should in principle accept as highly persuasive relevant findings of fact made by the Tribunal at trial, unless of course they have been upset on appeal. For the same reasons, any evaluation by the Tribunal based on the facts as so found for instance about the existence of the required intent, is also entitled to due weight.

224. There remains for consideration the sixth stage, that of sentencing judgments given following a guilty plea. The process involves a statement of agreed facts and a sentencing judgment. Notwithstanding the guilty plea the Trial Chamber must be satisfied that there is

sufficient factual basis for the crime and the accused's participation in it. It must also be satisfied that the guilty plea has been made voluntarily, is informed and is not equivocal. Accordingly the agreed statement and the sentencing judgment may when relevant be given a certain weight.

*

225. The Court will now comment in a general way on some of the other evidence submitted to it. Some of that evidence has been produced to prove that a particular statement was made so that the Party may make use of its content. In many of these cases the accuracy of the document as a record is not in doubt; rather its significance is. That is often the case for instance with official documents, such as the record of parliamentary bodies and budget and financial statements. Another instance is when the statement was recorded contemporaneously on audio or videotape. Yet another is the evidence recorded by the ICTY.

226. In some cases the account represents the speaker's own knowledge of the fact to be determined or evaluated. In other cases the account may set out the speaker's opinion or understanding of events after they have occurred and in some cases the account will not be based on direct observation but may be hearsay. In fact the Parties rarely disagreed about the authenticity of such material but rather about whether it was being accurately presented (for instance with contention that passages were being taken out of context) and what weight or significance should be given to it.

227. The Court was also referred to a number of reports from official or independent bodies, giving accounts of relevant events. Their value depends, among other things, on (1) the source of the item of evidence (for instance partisan, or neutral), (2) the process by which it has been generated (for instance an anonymous press report or the product of a careful court or court-like process), and (3) the quality or character of the item (such as statements against interest, and agreed or uncontested facts).

228. One particular instance is the comprehensive report, "The Fall of Srebrenica", which the United Nations Secretary-General submitted in November 1999 to the General Assembly (United Nations doc. A/54/549). It was prepared at the request of the General Assembly, and covered the events from the establishing by the Security Council of the "safe area" on 16 April 1993 (Security Council resolution 819 (1993)) until the endorsement by the Security Council on 15 December 1995 of the Dayton Agreement. Member States and others concerned had been encouraged to provide relevant information. The Secretary-General was in a very good position to prepare a comprehensive report, some years after the events, as appears in part from this description of the method of preparation:

"This report has been prepared on the basis of archival research within the United Nations system, as well as on the basis of interviews with individuals who, in one capacity or another, participated in or had knowledge of the events in question. In the interest of gaining a clearer understanding of these events, I have taken the

exceptional step of entering into the public record information from the classified files of the United Nations. In addition, I would like to record my thanks to those Member States, organizations and individuals who provided information for this report. A list of persons interviewed in this connection is attached as annex 1. While that list is fairly extensive, time, as well as budgetary and other constraints, precluded interviewing many other individuals who would be in a position to offer important perspectives on the subject at hand. In most cases, the interviews were conducted on a non-attribution basis to encourage as candid a disclosure as possible. I have also honoured the request of those individuals who provided information for this report on the condition that they not be identified.” (A/54/549, para. 8.)

229. The chapter, “Fall of Srebrenica: 6-11 July 1995”, is preceded by this note:

“The United Nations has hitherto not publicly disclosed the full details of the attack carried out on Srebrenica from 6 to 11 July 1995. The account which follows has now been reconstructed mainly from reports filed at that time by Dutchbat and the United Nations military observers. The accounts provided have also been supplemented with information contained in the Netherlands report on the debriefing of Dutchbat, completed in October 1995, and by information provided by Bosniac, Bosnian Serb and international sources. In order to independently examine the information contained in various secondary sources published over the past four years, as well to corroborate key information contained in the Netherlands debriefing report, interviews were conducted during the preparation of this report with a number of key personnel who were either in Srebrenica at the time, or who were involved in decision-making at higher levels in the United Nations chain of command.” (A/54/549, Chap. VII, p. 57.)

The introductory note to the next chapter, “The Aftermath of the fall of Srebrenica: 12-20 July 1995”, contains this description of the sources:

“The following section attempts to describe in a coherent narrative how thousands of men and boys were summarily executed and buried in mass graves within a matter of days while the international community attempted to negotiate access to them. It details how evidence of atrocities taking place gradually came to light, but too late to prevent the tragedy which was unfolding. In 1995, the details of the tragedy were told in piecemeal fashion, as survivors of the mass executions began to provide accounts of the horrors they had witnessed; satellite photos later gave credence to their accounts.

The first official United Nations report which signalled the possibility of mass executions having taken place was the report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, dated 22 August 1995 (E/CN.4/1996/9). It was followed by the Secretary-General’s reports to the Security Council, pursuant to resolution 1010 (1995), of 30 August (S/1995/755) and 27 November 1995 (S/1995/988). Those reports included information obtained from governmental and

non-governmental organizations, as well as information that had appeared in the international and local press. By the end of 1995, however, the International Tribunal for the Former Yugoslavia had still not been granted access to the area to corroborate the allegations of mass executions with forensic evidence.

The Tribunal first gained access to the crime scenes in January 1996. The details of many of their findings were made public in July 1996, during testimony under rule 60 of the Tribunal's rules of procedure, in the case against Ratko [sic: Ratko] Mladić and Radovan Karadžić. Between that time and the present, the Tribunal has been able to conduct further investigations in the areas where the executions were reported to have taken place and where the primary and secondary mass graves were reported to have been located. On the basis of the forensic evidence obtained during those investigations, the Tribunal has now been able to further corroborate much of the testimony of the survivors of the massacres. On 30 October 1998, the Tribunal indicted Radislav Krstić, Commander of the BSA's Drina Corps, for his alleged involvement in those massacres. The text of the indictment provides a succinct summary of the information obtained to date on where and when the mass executions took place.

The aforementioned sources of information, coupled with certain additional confidential information that was obtained during the preparation of this report, form the basis of the account which follows. Sources are purposely not cited in those instances where such disclosure could potentially compromise the Tribunal's ongoing work." (*Ibid.*, Chap. VIII, p. 77.)

230. The care taken in preparing the report, its comprehensive sources and the independence of those responsible for its preparation all lend considerable authority to it. As will appear later in this Judgment, the Court has gained substantial assistance from this report.

*

* *

VI. The facts invoked by the Applicant, in relation to Article II

(1) The background

231. In this case the Court is seised of a dispute between two sovereign States, each of which is established in part of the territory of the former State known as the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, concerning the application and fulfilment of an international convention to which they are parties, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. The task of the Court is to deal with the legal claims and factual allegations advanced by Bosnia and Herzegovina against Serbia and Montenegro; the counter-claim advanced earlier in the proceedings by Serbia and Montenegro against Bosnia and Herzegovina has been withdrawn.

232. Following the death on 4 May 1980 of President Tito, a rotating presidency was implemented in accordance with the 1974 Constitution of the SFRY. After almost ten years of economic crisis and the rise of nationalism within the republics and growing tension between different ethnic and national groups, the SFRY began to break up. On 25 June 1991, Slovenia and Croatia declared independence, followed by Macedonia on 17 September 1991. (Slovenia and Macedonia are not concerned in the present proceedings; Croatia has brought a separate case against Serbia and Montenegro, which is still pending on the General List.) On the eve of the war in Bosnia and Herzegovina which then broke out, according to the last census (31 March 1991), some 44 per cent of the population of the country described themselves as Muslims, some 31 per cent as Serbs and some 17 per cent as Croats (*Krajišnik*, IT-00-39-T and 40-T, Trial Chamber Judgment, 27 September 2006, para. 15).

233. By a “sovereignty” resolution adopted on 14 October 1991, the Parliament of Bosnia and Herzegovina declared the independence of the Republic. The validity of this resolution was contested at the time by the Serbian community of Bosnia and Herzegovina (Opinion No. 1 of the Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia (the Badinter Commission), p. 3). On 24 October 1991, the Serb Members of the Bosnian Parliament proclaimed a separate Assembly of the Serb Nation/Assembly of the Serb People of Bosnia and Herzegovina. On 9 January 1992, the Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina (subsequently renamed the Republika Srpska on 12 August 1992) was declared with the proviso that the declaration would come into force upon international recognition of the Republic of Bosnia and Herzegovina. On 28 February 1992, the Constitution of the Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina was adopted. The Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina (and subsequently the Republika Srpska) was not and has not been recognized internationally as a State; it has however enjoyed some *de facto* independence.

234. On 29 February and 1 March 1992, a referendum was held on the question of independence in Bosnia and Herzegovina. On 6 March 1992, Bosnia and Herzegovina officially declared its independence. With effect from 7 April 1992, Bosnia and Herzegovina was recognized by the European Community. On 7 April 1992, Bosnia and Herzegovina was recognized by the United States. On 27 April 1992, the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia was adopted consisting of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro. As explained above (paragraph 67), Montenegro declared its independence on 3 June 2006. All three States have been admitted to membership of the United Nations: Bosnia and Herzegovina on 22 May 1992; Serbia and Montenegro, under the name of the Federal Republic of Yugoslavia on 1 November 2000; and the Republic of Montenegro on 28 June 2006.

(2) The entities involved in the events complained of

235. It will be convenient next to define the institutions, organizations or groups that were the actors in the tragic events that were to unfold in Bosnia and Herzegovina. Of the independent sovereign States that had emerged from the break-up of the SFRY, two are concerned in the present proceedings: on the one side, the FRY (later to be called Serbia and Montenegro), which was

composed of the two constituent republics of Serbia and Montenegro; on the other, the Republic of Bosnia and Herzegovina. At the time when the latter State declared its independence (15 October 1991), the independence of two other entities had already been declared: in Croatia, the Republika Srpska Krajina, on 26 April 1991, and the Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina, later to be called the Republika Srpska, on 9 January 1992 (paragraph 233 above). The Republika Srpska never attained international recognition as a sovereign State, but it had *de facto* control of substantial territory, and the loyalty of large numbers of Bosnian Serbs.

236. The Parties both recognize that there were a number of entities at a lower level the activities of which have formed part of the factual issues in the case, though they disagree as to the significance of those activities. Of the military and paramilitary units active in the hostilities, there were in April 1992 five types of armed formations involved in Bosnia: first, the Yugoslav People's Army (JNA), subsequently the Yugoslav Army (VJ); second, volunteer units supported by the JNA and later by the VJ, and the Ministry of the Interior (MUP) of the FRY; third, municipal Bosnian Serb Territorial Defence (TO) detachments; and, fourth, police forces of the Bosnian Serb Ministry of the Interior. The MUP of the Republika Srpska controlled the police and the security services, and operated, according to the Applicant, in close co-operation and co-ordination with the MUP of the FRY. On 15 April 1992, the Bosnian Government established a military force, based on the former Territorial Defence of the Republic, the Army of the Republic of Bosnia and Herzegovina (ARBiH), merging several non-official forces, including a number of paramilitary defence groups, such as the Green Berets, and the Patriotic League, being the military wing of the Muslim Party of Democratic Action. The Court does not overlook the evidence suggesting the existence of Muslim organizations involved in the conflict, such as foreign Mujahideen, although as a result of the withdrawal of the Respondent's counter-claims, the activities of these bodies are not the subject of specific claims before the Court.

237. The Applicant has asserted the existence of close ties between the Government of the Respondent and the authorities of the Republika Srpska, of a political and financial nature, and also as regards administration and control of the army of the Republika Srpska (VRS). The Court observes that insofar as the political sympathies of the Respondent lay with the Bosnian Serbs, this is not contrary to any legal rule. It is however argued by the Applicant that the Respondent, under the guise of protecting the Serb population of Bosnia and Herzegovina, in fact conceived and shared with them the vision of a "Greater Serbia", in pursuit of which it gave its support to those persons and groups responsible for the activities which allegedly constitute the genocidal acts complained of. The Applicant bases this contention first on the "Strategic Goals" articulated by President Karadžić at the 16th Session of the FRY Assembly on 12 May 1992, and subsequently published in the *Official Gazette* of the Republika Srpska (paragraph 371), and secondly on the consistent conduct of the Serb military and paramilitary forces vis-à-vis the non-Serb Bosnians showing, it is suggested, an overall specific intent (*dolus specialis*). These activities will be examined below.

238. As regards the relationship between the armies of the FRY and the Republika Srpska, the Yugoslav Peoples' Army (JNA) of the SFRY had, during the greater part of the period of existence of the SFRY, been effectively a federal army, composed of soldiers from all the

constituent republics of the Federation, with no distinction between different ethnic and religious groups. It is however contended by the Applicant that even before the break-up of the SFRY arrangements were being made to transform the JNA into an effectively Serb army. The Court notes that on 8 May 1992, all JNA troops who were not of Bosnian origin were withdrawn from Bosnia-Herzegovina. However, JNA troops of Bosnian Serb origin who were serving in Bosnia and Herzegovina were transformed into, or joined, the army of the Republika Srpska (the VRS) which was established on 12 May 1992, or the VRS Territorial Defence. Moreover, Bosnian Serb soldiers serving in JNA units elsewhere were transferred to Bosnia and Herzegovina and subsequently joined the VRS. The remainder of the JNA was transformed into the Yugoslav army (VJ) and became the army of the Federal Republic of Yugoslavia. On 15 May 1992 the Security Council, by resolution 752, demanded that units of the JNA in Bosnia and Herzegovina “be withdrawn, or be subject to the authority of the Government of Bosnia and Herzegovina, or be disbanded and disarmed”. On 19 May 1992, the Yugoslav army was officially withdrawn from Bosnia and Herzegovina. The Applicant contended that from 1993 onwards, around 1,800 VRS officers were “administered” by the 30th Personnel Centre of the VJ in Belgrade; this meant that matters like their payment, promotions, pensions, etc., were handled, not by the Republika Srpska, but by the army of the Respondent. According to the Respondent, the importance of this fact was greatly exaggerated by the Applicant: the VRS had around 14,000 officers and thus only a small number of them was dealt with by the 30th Personnel Centre; this Centre only gave a certain degree of assistance to the VRS. The Applicant maintains that all VRS officers remained members of the FR Yugoslavia army — only the label changed; according to the Respondent, there is no evidence for this last allegation. The Court takes note however of the comprehensive description of the processes involved set out in paragraphs 113 to 117 of the Judgment of 7 May 1997 of the ICTY Trial Chamber in the *Tadić* case (IT-94-1-T) quoted by the Applicant which mainly corroborate the account given by the latter. Insofar as the Respondent does not deny the fact of these developments, it insists that they were normal reactions to the threat of civil war, and there was no premeditated plan behind them.

239. The Court further notes the submission of the Applicant that the VRS was armed and equipped by the Respondent. The Applicant contends that when the JNA formally withdrew on 19 May 1992, it left behind all its military equipment which was subsequently taken over by the VRS. This claim is supported by the Secretary-General’s report of 3 December 1992 in which he concluded that “[t]hrough the JNA has completely withdrawn from Bosnia and Herzegovina, former members of Bosnian Serb origin have been left behind with their equipment and constitute the Army of the ‘Serb Republic’” (A/47/747, para. 11). Moreover, the Applicant submits that Belgrade actively supplied the VRS with arms and equipment throughout the war in Bosnia and Herzegovina. On the basis of evidence produced before the ICTY, the Applicant contended that up to 90 per cent of the material needs of the VRS were supplied by Belgrade. General Dannatt, one of the experts called by the Applicant (paragraph 57 above), testified that, according to a “consumption review” given by General Mladić at the Bosnian Serb Assembly on 16 April 1995, 42.2 per cent of VRS supplies of infantry ammunition were inherited from the former JNA and 47 per cent of VRS requirements were supplied by the VJ. For its part, the Respondent generally denies that it supplied and equipped the VRS but maintains that, even if that were the case, such assistance “is very familiar and is an aspect of numerous treaties of mutual security, both bilateral and regional”. The Respondent adds that moreover it is a matter of public knowledge that the armed forces of Bosnia and Herzegovina received external assistance from friendly sources.

However, one of the witnesses called by the Respondent, Mr. Vladimir Lukić, who was the Prime Minister of the Republika Srpska from 20 January 1993 to 18 August 1994 testified that the army of the Republika Srpska was supplied from different sources “including but not limited to the Federal Republic of Yugoslavia” but asserted that the Republika Srpska “mainly paid for the military materiel which it obtained” from the States that supplied it.

240. As regards effective links between the two governments in the financial sphere, the Applicant maintains that the economies of the FRY, the Republika Srpska, and the Republika Srpska Krajina were integrated through the creation of a single economic entity, thus enabling the FRY Government to finance the armies of the two other bodies in addition to its own. The Applicant argued that the National Banks of the Republika Srpska and of the Republika Srpska Krajina were set up as under the control of, and directly subordinate to, the National Bank of Yugoslavia in Belgrade. The national budget of the FRY was to a large extent financed through primary issues from the National Bank of Yugoslavia, which was said to be entirely under governmental control, i.e. in effect through creating money by providing credit to the FRY budget for the use of the JNA. The same was the case for the budgets of the Republika Srpska and the Republika Srpska Krajina, which according to the Applicant had virtually no independent sources of income; the Respondent asserts that income was forthcoming from various sources, but has not specified the extent of this. The National Bank of Yugoslavia was making available funds (80 per cent of those available from primary issues) for “special purposes”, that is to say “to avoid the adverse effects of war on the economy of the Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina”. The Respondent has denied that the budget deficit of the Republika Srpska was financed by the FRY but has not presented evidence to show how it was financed. Furthermore, the Respondent emphasizes that any financing supplied was simply on the basis of credits, to be repaid, and was therefore quite normal, particularly in view of the economic isolation of the FRY, the Republika Srpska and the Republika Srpska Krajina; it also suggested that any funds received would have been under the sole control of the recipient, the Republika Srpska or the Republika Srpska Krajina.

241. The Court finds it established that the Respondent was thus making its considerable military and financial support available to the Republika Srpska, and had it withdrawn that support, this would have greatly constrained the options that were available to the Republika Srpska authorities.

ศูนย์วิทยทวัพยากร

* *

(3) Examination of factual evidence: introduction

242. The Court will therefore now examine the facts alleged by the Applicant, in order to satisfy itself, first, whether the alleged atrocities occurred; secondly, whether such atrocities, if established, fall within the scope of Article II of the Genocide Convention, that is to say whether the facts establish the existence of an intent, on the part of the perpetrators of those atrocities, to destroy, in whole or in part, a defined group (*dolus specialis*). The group taken into account for this purpose will, for the reasons explained above (paragraphs 191-196), be that of the Bosnian Muslims; while the Applicant has presented evidence said to relate to the wider group of non-Serb

Bosnians, the Bosnian Muslims formed such a substantial part of this wider group that that evidence appears to have equal probative value as regards the facts, in relation to the more restricted group. The Court will also consider the facts alleged in the light of the question whether there is persuasive and consistent evidence for a pattern of atrocities, as alleged by the Applicant, which would constitute evidence of *dolus specialis* on the part of the Respondent. For this purpose it is not necessary to examine every single incident reported by the Applicant, nor is it necessary to make an exhaustive list of the allegations; the Court finds it sufficient to examine those facts that would illuminate the question of intent, or illustrate the claim by the Applicant of a pattern of acts committed against members of the group, such as to lead to an inference from such pattern of the existence of a specific intent (*dolus specialis*).

243. The Court will examine the evidence following the categories of prohibited acts to be found in Article II of the Genocide Convention. The nature of the events to be described is however such that there is considerable overlap between these categories: thus, for example, the conditions of life in the camps to which members of the protected group were confined have been presented by the Applicant as violations of Article II, paragraph (c), of the Convention (the deliberate infliction of destructive conditions of life), but since numerous inmates of the camps died, allegedly as a result of those conditions, or were killed there, the camps fall to be mentioned also under paragraph (a), killing of members of the protected group.

244. In the evidentiary material submitted to the Court, and that referred to by the ICTY, frequent reference is made to the actions of “Serbs” or “Serb forces”, and it is not always clear what relationship, if any, the participants are alleged to have had with the Respondent. In some cases it is contended, for example, that the JNA, as an organ *de jure* of the Respondent, was involved; in other cases it seems clear that the participants were Bosnian Serbs, with no *de jure* link with the Respondent, but persons whose actions are, it is argued, attributable to the Respondent on other grounds. Furthermore, as noted in paragraph 238 above, it appears that JNA troops of Bosnian Serb origin were transformed into, or joined the VRS. At this stage of the present Judgment, the Court is not yet concerned with the question of the attributability to the Respondent of the atrocities described; it will therefore use the terms “Serb” and “Serb forces” purely descriptively, without prejudice to the status they may later, in relation to each incident, be shown to have had. When referring to documents of the ICTY, or to the Applicant’s pleadings or oral argument, the Court will use the terminology of the original.

(4) Article II (a): Killing members of the protected group

245. Article II (a) of the Convention deals with acts of killing members of the protected group. The Court will first examine the evidence of killings of members of the protected group in the principal areas of Bosnia and in the various detention camps, and ascertain whether there is evidence of a specific intent (*dolus specialis*) in one or more of them. The Court will then consider under this heading the evidence of the massacres reported to have occurred in July 1995 at Srebrenica.

Sarajevo

246. The Court notes that the Applicant refers repeatedly to killings, by shelling and sniping, perpetrated in Sarajevo. The Fifth Periodic Report of the United Nations Special Rapporteur is presented by the Applicant in support of the allegation that between 1992 and 1993 killings of Muslim civilians were perpetrated in Sarajevo, partly as a result of continuous shelling by Bosnian Serb forces. The Special Rapporteur stated that on 9 and 10 November 1993 mortar attacks killed 12 people (E/CN.4/1994/47, 17 November 1992, p. 4, para. 14). In his periodic Report of 5 July 1995, the Special Rapporteur observed that as from late February 1995 numerous civilians were killed by sniping activities of Bosnian Serb forces and that “one local source reported that a total of 41 civilians were killed . . . in Sarajevo during the month of May 1995” (Report of 5 July 1995, para. 69). The Report also noted that, in late June and early July 1995, there was further indiscriminate shelling and rocket attacks on Sarajevo by Bosnian Serb forces as a result of which many civilian deaths were reported (Report of 5 July 1995, para. 70).

247. The Report of the Commission of Experts gives a detailed account of the battle and siege of Sarajevo. The Commission estimated that over the course of the siege nearly 10,000 persons had been killed or were missing in the city of Sarajevo (Report of the Commission of Experts, Vol. II, Ann. VI, p. 8). According to the estimates made in a report presented by the Prosecution before the ICTY in the *Galić* case (IT-98-29-T, Trial Chamber Judgment, 5 December 2003, paras. 578 and 579), the monthly average of civilians killed fell from 105 in September to December 1992, to around 64 in 1993 and to around 28 in the first six months of 1994.

248. The Trial Chamber of the ICTY, in its Judgment of 5 December 2003 in the *Galić* case examined specific incidents in the area of Sarajevo, for instance the shelling of the Markale market on 5 February 1994 which resulted in the killing of 60 persons. The majority of the Trial Chamber found that “civilians in ABiH-held areas of Sarajevo were directly or indiscriminately attacked from SRK-controlled territory during the Indictment Period, and that as a result and as a minimum, hundreds of civilians were killed and thousands others were injured” (*Galić*, IT-98-29-T, Judgment, 5 December 2003, para. 591), the Trial Chamber further concluded that “[i]n sum, the Majority of the Trial Chamber finds that each of the crimes alleged in the Indictment — crime of terror, attacks on civilians, murder and inhumane acts — were committed by SRK forces during the Indictment Period” (*ibid.*, para. 600).

249. In this connection, the Respondent makes the general point that in a civil war it is not always possible to differentiate between military personnel and civilians. It does not deny that crimes were committed during the siege of Sarajevo, crimes that “could certainly be characterized as war crimes and certain even as crimes against humanity”, but it does not accept that there was a strategy of targeting civilians.

Drina River Valley

(a) Zvornik

250. The Applicant made a number of allegations with regard to killings that occurred in the area of Drina River Valley. The Applicant, relying on the Report of the Commission of Experts, claims that at least 2,500 Muslims died in Zvornik from April to May 1992. The Court notes that the findings of the Report of the Commission of Experts are based on individual witness statements and one declassified United States State Department document No. 94-11 (Vol. V, Ann. X, para. 387; Vol. IV, Ann. VIII, p. 342 and para. 2884; Vol. I, Ann. III.A, para. 578). Further, a video reporting on massacres in Zvornik was shown during the oral proceedings (excerpts from “The Death of Yugoslavia”, BBC documentary). With regard to specific incidents, the Applicant alleges that Serb soldiers shot 36 Muslims and mistreated 27 Muslim children in the local hospital of Zvornik in the second half of May 1992.

251. The Respondent contests those allegations and contends that all three sources used by the Applicant are based solely on the account of one witness. It considers that the three reports cited by the Applicant cannot be used as evidence before the Court. The Respondent produced the statement of a witness made before an investigating judge in Zvornik which claimed that the alleged massacre in the local hospital of Zvornik had never taken place. The Court notes that the Office of the Prosecutor of the ICTY had never indicted any of the accused for the alleged massacres in the hospital.

(b) Camps

(i) Sušica camp

252. The Applicant further presents claims with regard to killings perpetrated in detention camps in the area of Drina River Valley. The Report of the Commission of Experts includes the statement of an ex-guard at the Sušica camp who personally witnessed 3,000 Muslims being killed (Vol. IV, Ann. VIII, p. 334) and the execution of the last 200 surviving detainees (Vol. I, Ann. IV, pp. 31-32). In proceedings before the ICTY, the commander of that camp, Dragan Nikolić, pleaded guilty to murdering nine non-Serb detainees and, according to the Sentencing Judgment of 18 December 2003, “the Accused persecuted Muslim and other non-Serb detainees by subjecting them to murders, rapes and torture as charged specifically in the Indictment” (*Nikolić*, IT-94-2-S, para. 67).

(ii) Foča Kazneno-Popravni Dom camp

253. The Report of the Commission of Experts further mentions numerous killings at the camp of Foča Kazneno-Popravni Dom (Foča KP Dom). The Experts estimated that the number of prisoners at the camp fell from 570 to 130 over two months (Vol. IV, Ann. VIII, p. 129). The United States State Department reported one eye-witness statement of regular executions in July 1992 and mass graves at the camp.

254. The Trial Chamber of the ICTY made the following findings on several killings at this camp in its Judgment in the *Krnjelac* case:

“The Trial Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that all but three of the persons listed in Schedule C to the Indictment were killed at the KP Dom. The Trial Chamber is satisfied that these persons fell within the pattern of events that occurred at the KP Dom during the months of June and July 1992, and that the only reasonable explanation for the disappearance of these persons since that time is that they died as a result of acts or omissions, with the relevant state of mind [sc. that required to establish murder], at the KP Dom.” (IT-97-25-T, Judgment, 15 March 2002, para. 330.)

(iii) Batković camp

255. As regards the detention camp of Batković, the Applicant claims that many prisoners died at this camp as a result of mistreatment by the Serb guards. The Report of the Commission of Experts reports one witness statement according to which there was a mass grave located next to the Batković prison camp. At least 15 bodies were buried next to a cow stable, and the prisoners neither knew the identity of those buried at the stable nor the circumstances of their deaths (Report of the Commission of Experts, Vol. V, Ann. X, p. 9). The Report furthermore stresses that

“[b]ecause of the level of mistreatment, many prisoners died. One man stated that during his stay, mid-July to mid-August, 13 prisoners were beaten to death. Another prisoner died because he had gangrene which went untreated. Five more may have died from hunger. Allegedly, 20 prisoners died prior to September.” (Vol. IV, Ann. VIII, p. 63.)

Killings at the Batković camp are also mentioned in the Dispatch of the United States State Department of 19 April 1993. According to a witness, several men died as a result of bad conditions and beatings at the camp (United States Dispatch, 19 April 1993, Vol. 4, No. 30, p. 538).

256. On the other hand, the Respondent stressed that, when the United Nations Special Rapporteur visited the Batković prison camp, he found that: “The prisoners did not complain of ill-treatment and, in general appeared to be in good health.” (Report of 17 November 1992, para. 29) However, the Applicant contends that “it is without any doubt that Mazowiecki was shown a ‘model’ camp”.

Prijedor

(a) Kozarac and Hambarine

257. With regard to the area of the municipality of Prijedor, the Applicant has placed particular emphasis on the shelling and attacks on Kozarac, 20 km east of Prijedor, and on Hambarine in May 1992. The Applicant contends that after the shelling, Serb forces shot people in their homes and that those who surrendered were taken to a soccer stadium of Kozarac where some men were randomly shot. The Report of the Commission of Experts (Vol. I, Ann. III, pp. 154-155) states that:

“The attack on Kozarac lasted three days and caused many villagers to flee to the forest while the soldiers were shooting at ‘every moving thing’. Survivors calculated that at least 2,000 villagers were killed in that period. The villagers’ defence fell on 26 May . . .

Serbs then reportedly announced that the villagers had 10 minutes to reach the town’s soccer stadium. However, many people were shot in their homes before given a chance to leave. One witness reported that several thousand people tried to surrender by carrying white flags, but three Serb tanks opened fire on them, killing many.”

The Respondent submits that the number of killings is exaggerated and that “there was severe fighting in Kozarac, which took place on 25 and 26 May, and naturally, it should be concluded that a certain number of the victims were Muslim combatants”.

258. As regards Hambarine, the Report of the Commission of Experts (Vol. I, p. 39) states that:

“Following an incident in which less than a handful of Serb[ian] soldiers were shot dead under unclear circumstances, the village of Hambarine was given an ultimatum to hand over a policeman who lived where the shooting had occurred. As it was not met, Hambarine was subjected to several hours of artillery bombardment on 23 May 1992. The shells were fired from the aerodrome Urije just outside Prijedor town. When the bombardment stopped, the village was stormed by infantry, including paramilitary units, which sought out the inhabitants in every home. Hambarine had a population of 2,499 in 1991.”

The Report of the Special Rapporteur of 17 November 1992, states that:

“Between 23 and 25 May, the Muslim village of Hambarine, 5 km south of Prijedor, received an ultimatum: all weapons must be surrendered by 11 a.m. Then, alleging that a shot was fired at a Serbian patrol, heavy artillery began to shell the village and tanks appeared, firing at homes. The villagers fled to Prijedor. Witnesses reported many deaths, probably as many as 1,000.” (Periodic Report of 17 November 1992, p. 8, para. 17 (c).)

The Respondent says, citing the indictment in the *Stakić* case, that “merely 11 names of the victims are known” and that it is therefore impossible that the total number of victims in Hambarine was “as many as 1,000”.

259. The Report of the Commission of Experts found that on 26, 27 or 28 May, the Muslim village of Kozarac, came under attack of heavy Serb artillery. It furthermore notes that: “The population, estimated at 15,000, suffered a great many summary executions, possibly as many as 5,000 persons according to some witnesses.” (Report of the Commission of Experts, Vol. IV, pt. 4.)

260. The Applicant also claimed that killings of members of the protected group were perpetrated in Prijedor itself. The Report of the Commission of Experts, as well as the United Nations Special Rapporteur collected individual witness statements on several incidents of killing in the town of Prijedor (Report of the Commission of Experts, Vol. I, Ann. V, pp. 54 *et seq.*). In particular, the Special Rapporteur received testimony “from a number of reliable sources” that 200 people were killed in Prijedor on 29 May 1992 (Report of 17 November 1992, para. 17).

261. In the *Stakić* case, the ICTY Trial Chamber found that “many people were killed during the attacks by the Bosnian Serb army on predominantly Bosnian Muslim villages and towns throughout the Prijedor municipality and several massacres of Muslims took place”, and that “a comprehensive pattern of atrocities against Muslims in Prijedor municipality in 1992 ha[d] been proved beyond reasonable doubt” (IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, paras. 544 and 546). Further, in the *Brđanin* case, the Trial Chamber was satisfied that “at least 80 Bosnian Muslim civilians were killed when Bosnian Serb soldiers and police entered the villages of the Kozarac area” (IT-99-36, Judgment, 1 September 2004, para. 403).

(b) Camps

(i) Omarska camp

262. With respect to the detention camps in the area of Prijedor, the Applicant has stressed that the camp of Omarska was “arguably the cruellest camp in Bosnia and Herzegovina”. The Report of the Commission of Experts gives an account of seven witness statements reporting between 1,000 to 3,000 killings (Vol. IV, Ann. VIII, p. 222). The Report noted that

“[s]ome prisoners estimate that on an average there may have been 10 to 15 bodies displayed on the grass each morning, when the first prisoners went to receive their daily food rations. But there were also other dead bodies observed in other places at other times. Some prisoners died from their wounds or other causes in the rooms where they were detained. Constantly being exposed to the death and suffering of fellow prisoners made it impossible for anyone over any period of time to forget in what setting he or she was. Given the length of time Logor Omarska was used, the numbers of prisoners detained in the open, and the allegations that dead bodies were exhibited there almost every morning.”

The Report of the Commission of Experts concludes that “all information available . . . seems to indicate that [Omarska] was more than anything else a death camp” (Vol. I, Ann. V, p. 80). The United Nations Secretary-General also received submissions from Canada, Austria and the United States, containing witness statements about the killings at Omarska.

263. In the Opinion and Judgment of the Trial Chamber in the *Tadić* case, the ICTY made the following findings on Omarska: “Perhaps the most notorious of the camps, where the most horrific conditions existed, was the Omarska camp.” (IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997,

para. 155.) “The Trial Chamber heard from 30 witnesses who survived the brutality to which they were systematically subjected at Omarska. By all accounts, the conditions at the camp were horrendous; killings and torture were frequent.” (*Ibid.*, para. 157.) The Trial Chamber in the *Stakić* Judgment found that “over a hundred people were killed in late July 1992 in the Omarska camp” and that

“[a]round late July 1992, 44 people were taken out of Omarska and put in a bus. They were told that they would be exchanged in the direction of Bosanska Krupa; they were never seen again. During the exhumation in Jama Lisac, 56 bodies were found: most of them had died from gunshot injuries.” (IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, paras. 208 and 210).

At least 120 people detained at Omarska were killed after having been taken away by bus.

“The corpses of some of those taken away on the buses were later found in Hrastova Glavica and identified. A large number of bodies, 126, were found in this area, which is about 30 kilometres away from Prijedor. In 121 of the cases, the forensic experts determined that the cause of death was gunshot wounds.” (*Ibid.*, para. 212.)

264. In the *Brđanin* case, the Trial Chamber, in its Judgment of 1 September 2004 held that between 28 May and 6 August, a massive number of people were killed at Omarska camp. The Trial Chamber went on to say specifically that “[a]s of late May 1992, a camp was set up at Omarska, where evidence shows that several hundred Bosnian Muslim and Bosnian Croat civilians from the Prijedor area were detained, and where killings occurred on a massive scale” (IT-99-36-T, Trial Chamber Judgment, 1 September 2004, para. 441). “The Trial Chamber is unable to precisely identify all detainees that were killed at Omarska camp. It is satisfied beyond reasonable doubt however that, at a minimum, 94 persons were killed, including those who disappeared.” (*Ibid.*, para. 448.)

(ii) Keraterm camp

265. A second detention camp in the area of Prijedor was the Keraterm camp where, according to the Applicant, killings of members of the protected group were also perpetrated. Several corroborating accounts of a mass execution on the morning of 25 July 1992 in Room 3 at Keraterm camp were presented to the Court. This included the United States Dispatch of the State Department and a letter from the Permanent Representative of Austria to the United Nations dated 5 March 1993, addressed to the Secretary-General. The Report of the Commission of Experts cites three separate witness statements to the effect that ten prisoners were killed per day at Keraterm over three months (Vol. IV, para. 1932; see also Vol. I, Ann. V, para. 445).

266. The Trial Chamber of the ICTY, in the *Sikirica et al.* case, concerning the commander of Keraterm camp, found that 160 to 200 men were killed or wounded in the so-called Room 3 massacre (IT-95-8-S, Sentencing Judgment, 13 November 2001, para. 103). According to the

Judgment, Sikirica himself admitted that there was considerable evidence “concerning the murder and killing of other named individuals at Keraterm during the period of his duties”. There was also evidence that “others were killed because of their rank and position in society and their membership of a particular ethnic group or nationality” (*ibid.*, para. 122). In the *Stakić* case, the Trial Chamber found that “from 30 April 1992 to 30 September 1992 . . . killings occurred frequently in the Omarska, Keraterm and Trnopolje camps” (IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, para. 544).

(iii) Trnopolje camp

267. The Applicant further contends that there is persuasive evidence of killing at Trnopolje camp, with individual eye-witnesses corroborating each other. The Report of the Commission of Experts found that “[i]n Trnopolje, the regime was far better than in Omarska and Keraterm. Nonetheless, harassment and malnutrition was a problem for all the inmates. Rapes, beatings and other kinds of torture, and even killings, were not rare.” (Report of the Commission of Experts, Vol. IV, Ann. V, p. 10.)

“The first period was allegedly the worst in Trnopolje, with the highest numbers of inmates killed, raped, and otherwise mistreated and tortured . . .

The people killed in the camp were usually removed soon after by some camp inmates who were ordered by the Serbs to take them away and bury them . . .

Albeit *Logor* Trnopolje was not a death camp like *Logor* Omarska or *Logor* Keraterm, the label ‘concentration camp’ is none the less justified for *Logor* Trnopolje due to the regime prevailing in the camp.” (Report of the Commission of Experts, Vol. I, Ann. V, pp. 88-90.)

268. With regard to the number of killings at Trnopolje, the ICTY considered the period between 25 May and 30 September 1992, the relevant period in the *Stakić* case (IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, paras. 226-227). The Trial Chamber came to the conclusion that “killings occurred frequently in the Omarska, Keraterm and Trnopolje camps and other detention centres” (*ibid.*, para. 544). In the Judgment in the *Brđanin* case, the Trial Chamber found that in the period from 28 May to October 1992,

“numerous killings occurred in Trnopolje camp. A number of detainees died as a result of the beatings received by the guards. Others were killed by camp guards with rifles. The Trial Chamber also [found] that at least 20 inmates were taken outside the camp and killed there.” (IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, para. 450.)

269. In response to the allegations of killings at the detention camps in the area of Prijedor, the Respondent questions the number of victims, but not the fact that killings occurred. It contends that killings in Prijedor “were committed sporadically and against individuals who were not a significant part of the group”. It further observed that the ICTY had not characterized the acts committed in the Prijedor region as genocide.

Banja Luka

(i) Manjača camp

270. The Applicant further contends that killings were also frequent at Manjača camp in Banja Luka. The Court notes that multiple witness accounts of killings are contained in the Report of the Commission of Experts (Vol. IV, paras. 370-376) and a mass grave of 540 bodies, “presumably” from prisoners at Manjača, is mentioned in a report on missing persons submitted by Manfred Nowak, the United Nations Expert on Missing Persons:

“In September 1995, mass graves were discovered near Krasulje in northwest Bosnia and Herzegovina. The Government has exhumed 540 bodies of persons who were presumably detained at Manjaca concentration camp in 1992. In January 1996, a mass grave containing 27 bodies of Bosnian Muslims was discovered near Sanski Most; the victims were reportedly killed in July 1992 during their transfer from Sanski Most to Manjaca concentration camp (near Banja Luka).” (E/CN.4/1996/36 of 4 March 1996, para. 52.)

Brčko

(i) Luka camp

271. The Applicant claims that killings of members of the protected group were also perpetrated at Luka camp and Brčko. The Report of the Commission of Experts confirms these allegations. One witness reported that “[s]hootings often occurred at 4.00 a.m. The witness estimates that during his first week at Luka more than 2,000 men were killed and thrown into the Sava River.” (Report of the Commission of Experts Vol. IV, Ann. VIII, p. 93.) The Report further affirms that “[a]pparently, murder and torture were a daily occurrence” (*ibid.*, p. 96), and that it was reported that

“[t]he bodies of the dead or dying internees, were often taken to the camp dump or moved behind the prisoner hangars. Other internees were required to move the bodies. Sometimes the prisoners who carried the dead were killed while carrying such bodies to the dump. The dead were also taken and dumped outside the Serbian Police Station located on Majevička Brigada Road in Brčko.” (*Ibid.*)

These findings are corroborated by evidence of a mass grave being found near the site (Report of the Commission of Experts, Vol. IV, Ann. VIII, p. 101 and United States State Department Dispatch).

272. In the *Jelisić* case, eight of the 13 murders to which the accused pleaded guilty were perpetrated at Luka camp and five were perpetrated at the Brčko police station (IT-95-10-T, Trial Chamber Judgment, 14 December 1999, paras. 37-38). The Trial Chamber further held that “[a]lthough the Trial Chamber is not in a position to establish the precise number of victims ascribable to Goran Jelisić for the period in the indictment, it notes that, in this instance, the material element of the crime of genocide has been satisfied” (*ibid.*, para. 65).

273. In the *Milošević* Decision on Motion for Judgment of Acquittal, the Trial Chamber found that many Muslims were detained in Luka camp in May and June 1992 and that many killings were observed by witnesses (IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, paras. 159, 160-168), it held that “[t]he conditions and treatment to which the detainees at Luka Camp were subjected were terrible and included regular beatings, rapes, and killings” (*ibid.*, para. 159). “At Luka Camp . . . The witness personally moved about 12 to 15 bodies and saw approximately 100 bodies stacked up like firewood at Luka Camp; each day a refrigerated meat truck from the local Bimeks Company in Brčko would come to take away the dead bodies.” (*Ibid.*, para. 161.)

274. The Court notes that the *Brđanin* Trial Chamber Judgment of 1 September 2004 made a general finding as to killings of civilians in camps and municipalities at Banja Luka, Prijedor, Sanski Most, Ključ, Kotor Varoš, Bosanski Novi. It held that:

“In sum, the Trial Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that, considering all the incidents described in this section of the judgment, at least 1669 Bosnian Muslims and Bosnian Croats were killed by Bosnian Serb forces, all of whom were non-combatants.” (IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, para. 465.)

There are contemporaneous Security Council and General Assembly resolutions condemning the killing of civilians in connection with ethnic cleansing, or expressing alarm at reports of mass killings (Security Council resolution 819 (1993), Preamble, paras. 6 and 7; General Assembly resolution 48/153 (1993), paras. 5 and 6; General Assembly resolution 49/196 (1994), para. 6).

275. The Court further notes that several resolutions condemn specific incidents. These resolutions, *inter alia*, condemn “the Bosnian Serb forces for their continued offensive against the safe area of Goražde, which has resulted in the death of numerous civilians” (Security Council resolution 913 (1994), Preamble, para. 5); condemn ethnic cleansing “perpetrated in Banja Luka, Bijeljina and other areas of the Republic of Bosnia and Herzegovina under the control of Bosnian Serb forces” (Security Council resolution 941 (1994), para. 2); express concern at “grave violations of international humanitarian law and of human rights in and around Srebrenica, and in the areas of Banja Luka and Sanski Most, including reports of mass murder” (Security Council resolution 1019 (1995), Preamble, para. 2); and condemn “the indiscriminate shelling of civilians in the safe areas of Sarajevo, Tuzla, Bihać and Goražde and the use of cluster bombs on civilian targets by Bosnian Serb and Croatian Serb forces” (General Assembly resolution 50/193 (1995) para. 5).

276. On the basis of the facts set out above, the Court finds that it is established by overwhelming evidence that massive killings in specific areas and detention camps throughout the territory of Bosnia and Herzegovina were perpetrated during the conflict. Furthermore, the

evidence presented shows that the victims were in large majority members of the protected group, which suggests that they may have been systematically targeted by the killings. The Court notes in fact that, while the Respondent contested the veracity of certain allegations, and the number of victims, or the motives of the perpetrators, as well as the circumstances of the killings and their legal qualification, it never contested, as a matter of fact, that members of the protected group were indeed killed in Bosnia and Herzegovina. The Court thus finds that it has been established by conclusive evidence that massive killings of members of the protected group occurred and that therefore the requirements of the material element, as defined by Article II (a) of the Convention, are fulfilled. At this stage of its reasoning, the Court is not called upon to list the specific killings, nor even to make a conclusive finding on the total number of victims.

277. The Court is however not convinced, on the basis of the evidence before it, that it has been conclusively established that the massive killings of members of the protected group were committed with the specific intent (*dolus specialis*) on the part of the perpetrators to destroy, in whole or in part, the group as such. The Court has carefully examined the criminal proceedings of the ICTY and the findings of its Chambers, cited above, and observes that none of those convicted were found to have acted with specific intent (*dolus specialis*). The killings outlined above may amount to war crimes and crimes against humanity, but the Court has no jurisdiction to determine whether this is so. In the exercise of its jurisdiction under the Genocide Convention, the Court finds that it has not been established by the Applicant that the killings amounted to acts of genocide prohibited by the Convention. As to the Applicant's contention that the specific intent (*dolus specialis*) can be inferred from the overall pattern of acts perpetrated throughout the conflict, examination of this must be reserved until the Court has considered all the other alleged acts of genocide (violations of Article II, paragraphs (b) to (e)) (see paragraph 370 below).

* * *

(5) The massacre at Srebrenica

278. The atrocities committed in and around Srebrenica are nowhere better summarized than in the first paragraph of the Judgment of the Trial Chamber in the *Krstić* case:

“The events surrounding the Bosnian Serb take-over of the United Nations (‘UN’) ‘safe area’ of Srebrenica in Bosnia and Herzegovina, in July 1995, have become well known to the world. Despite a UN Security Council resolution declaring that the enclave was to be ‘free from armed attack or any other hostile act’, units of the Bosnian Serb Army (‘VRS’) launched an attack and captured the town. Within a few days, approximately 25,000 Bosnian Muslims, most of them women, children and elderly people who were living in the area, were uprooted and, in an atmosphere of terror, loaded onto overcrowded buses by the Bosnian Serb forces and transported across the confrontation lines into Bosnian Muslim-held territory. The military-aged

Bosnian Muslim men of Srebrenica, however, were consigned to a separate fate. As thousands of them attempted to flee the area, they were taken prisoner, detained in brutal conditions and then executed. More than 7,000 people were never seen again.” (IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, para. 1; footnotes omitted.)

While the Respondent raises a question about the number of deaths, it does not essentially question that account. What it does question is whether specific intent (*dolus specialis*) existed and whether the acts complained of can be attributed to it. It also calls attention to the attacks carried out by the Bosnian army from within Srebrenica and the fact that the enclave was never demilitarized. In the Respondent’s view the military action taken by the Bosnian Serbs was in revenge and part of a war for territory.

279. The Applicant contends that the planning for the final attack on Srebrenica must have been prepared quite some time before July 1995. It refers to a report of 4 July 1994 by the commandant of the Bratunac Brigade. He outlined the “final goal” of the VRS: “an entirely Serbian Podrinje. The enclaves of Srebrenica, Žepa and Goražde must be militarily defeated.” The report continued:

“We must continue to arm, train, discipline, and prepare the RS Army for the execution of this crucial task — the expulsion of Muslims from the Srebrenica enclave. There will be no retreat when it comes to the Srebrenica enclave, we must advance. The enemy’s life has to be made unbearable and their temporary stay in the enclave impossible so that they leave *en masse* as soon as possible, realising that they cannot survive there.”

The Chamber in the *Blagojević* case mentioned testimony showing that some “members of the Bratunac Brigade . . . did not consider this report to be an order. Testimony of other witnesses and documentary evidence show that the strategy was in fact implemented.” (IT-02-60-T, Trial Chamber Judgment, 17 January 2005, para. 104; footnotes omitted.) The Applicant sees the “final goal” described here as “an entirely Serbian Podrinje”, in conformity with the objective of a Serbian region 50 km to the west of the Drina river identified in an April or a May 1991 meeting of the political and State leadership of Yugoslavia. The Court observes that the object stated in the report, like the 1992 Strategic Objectives, does not envisage the destruction of the Muslims in Srebrenica, but rather their departure. The Chamber did not give the report any particular significance.

280. The Applicant, like the Chamber, refers to a meeting on 17 March 1995 between the Commander of the United Nations Protection Force (UNPROFOR) and General Mladić, at which the latter expressed dissatisfaction with the safe area régime and indicated that he might take military action against the eastern enclaves. He gave assurances however for the safety of the Bosnian Muslim population of those enclaves. On the following day, 8 March 1995, President Karadžić issued the Directive for Further Operations 7, also quoted by the Chamber and the Applicant: “‘Planned and well-thought-out combat operations’ were to create ‘an unbearable situation of total insecurity with no hope of further survival or life for the inhabitants of both enclaves.’” The *Blagojević* Chamber continues as follows:

“The separation of the Srebrenica and Žepa enclaves became the task of the Drina Corps. As a result of this directive, General Ratko Mladić on 31 March 1995 issued Directive for Further Operations, Operative No. 7/1, which further directive specified the Drina Corps’ tasks.” (*Ibid.*, pp. 38-39, para. 106.)

281. Counsel for the Applicant asked in respect of the first of those directives “[w]hat could be a more clear-cut definition of the genocidal intent to destroy on the part of the authorities in Pale?”. As with the July 1994 report, the Court observes that the expulsion of the inhabitants would achieve the purpose of the operation. That observation is supported by the ruling of the Appeals Chamber in the *Krstić* case that the directives were “insufficiently clear” to establish specific intent (*dolus specialis*) on the part of the members of the Main Staff who issued them. “Indeed, the Trial Chamber did not even find that those who issued Directives 7 and 7.1 had genocidal intent, concluding instead that the genocidal plan crystallized at a later stage.” (IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 90.)

282. A Netherlands Battalion (Dutchbat) was deployed in the Srebrenica safe area. Within that area in January 1995 it had about 600 personnel. By February and through the spring the VRS was refusing to allow the return of Dutch soldiers who had gone on leave, causing their numbers to drop by at least 150, and were restricting the movement of international convoys of aid and supplies to Srebrenica and to other enclaves. It was estimated that without new supplies about half of the population of Srebrenica would be without food after mid-June.

283. On 2 July the Commander of the Drina Corps issued an order for active combat operations; its stated objective on the Srebrenica enclave was to reduce “the enclave to its urban area”. The attack began on 6 July with rockets exploding near the Dutchbat headquarters in Potočari; 7 and 8 July were relatively quiet because of poor weather, but the shelling intensified around 9 July. Srebrenica remained under fire until 11 July when it fell, with the Dutchbat observation posts having been taken by the VRS. Contrary to the expectations of the VRS, the Bosnia and Herzegovina army showed very little resistance (*Blagojević*, IT-02-60-T, Trial Chamber Judgment, 17 January 2005, para. 125). The United Nations Secretary-General’s report quotes an assessment made by United Nations military observers on the afternoon of 9 July which concluded as follows:

“the BSA offensive will continue until they achieve their aims. These aims may even be widening since the United Nations response has been almost non-existent and the BSA are now in a position to overrun the enclave if they wish.’ Documents later obtained from Serb sources appear to suggest that this assessment was correct. Those documents indicate that the Serb attack on Srebrenica initially had limited objectives. Only after having advanced with unexpected ease did the Serbs decide to overrun the entire enclave. Serb civilian and military officials from the Srebrenica area have stated the same thing, adding, in the course of discussions with a United Nations official, that they decided to advance all the way to Srebrenica town when they assessed that UNPROFOR was not willing or able to stop them.” (A/54/549, para. 264.)

Consistently with that conclusion, the Chamber in the *Blagojević* case says this:

“As the operation progressed its military object changed from ‘reducing the enclave to the urban area’ [the objective stated in a Drina Corps order of 2 July] to the taking-over of Srebrenica town and the enclave as a whole. The Trial Chamber has heard no direct evidence as to the exact moment the military objective changed. The evidence does show that President Karadžić was ‘informed of successful combat operations around Srebrenica . . . which enable them to occupy the very town of Srebrenica’ on 9 July. According to Miroslav Deronjić, the President of the Executive Board of the Bratunac Municipality, President Karadžić told him on 9 July that there were two options in relation to the operation, one of which was the complete take-over of Srebrenica. Later on 9 July, President Karadžić ‘agreed with continuation of operations for the takeover of Srebrenica’. By the morning of 11 July the change of objective of the ‘Krivaja 95’ operation had reached the units in the field; and by the middle of the afternoon, the order to enter Srebrenica had reached the Bratunac Brigades’s IKM in Pribićevec and Colonel Blagojević. Miroslav Deronjić visited the Bratunac Brigade IKM in Pribićevec on 11 July. He briefly spoke with Colonel Blagojević about the Srebrenica operation. According to Miroslav Deronjić, the VRS had just received the order to enter Srebrenica town.” (IT-02-60-T, Trial Chamber Judgment, 17 January 2005, para. 130.)

284. The Chamber then begins an account of the dreadful aftermath of the fall of Srebrenica. A Dutchbat Company on 11 July started directing the refugees to the UNPROFOR headquarters in Potočari which was considered to be the only safe place for them. Not all the refugees went towards Potočari; many of the Bosnian Muslim men took to the woods. Refugees were soon shelled and shot at by the VRS despite attempts to find a safe route to Potočari where, to quote the ICTY, chaos reigned:

“The crowd outside the UNPROFOR compound grew by the thousands during the course of 11 July. By the end of the day, an estimated 20,000 to 30,000 Bosnian Muslims were in the surrounding area and some 4,000 to 5,000 refugees were in the UNPROFOR compound.

(b) Conditions in Potočari

The standards of hygiene within Potočari had completely deteriorated. Many of the refugees seeking shelter in the UNPROFOR headquarters were injured. Medical assistance was given to the extent possible; however, there was a dramatic shortage of medical supplies. As a result of the VRS having prevented aid convoys from getting through during the previous months, there was hardly any fresh food in the DutchBat headquarters. There was some running water available outside the compound. From 11 to 13 July 1995 the temperature was very high, reaching 35 degrees centigrade and this small water supply was insufficient for the 20,000 to 30,000 refugees who were outside the UNPROFOR compound.” (*Ibid.*, paras. 146-147.)

The Tribunal elaborates on those matters and some efforts made by Bosnian Serb and Serbian authorities, i.e., the local Municipal Assembly, the Bratunac Brigade and the Drina Corps, as well as UNHCR, to assist the Bosnian Muslim refugees (*ibid.*, para. 148).

285. On 10 July at 10.45 p.m., according to the Secretary-General's 1999 Report, the delegate in Belgrade of the Secretary-General's Special Representative telephoned the Representative to say that he had seen President Milošević who had responded that not much should be expected of him because "the Bosnian Serbs did not listen to him" (A/54/549, para. 292). At 3 p.m. the next day, the President rang the Special Representative and, according to the same report, "stated that the Dutchbat soldiers in Serb-held areas had retained their weapons and equipment, and were free to move about. This was not true." (*Ibid.*, para. 307.) About 20 minutes earlier two NATO aircraft had dropped two bombs on what were thought to be Serb vehicles advancing towards the town from the south. The Secretary-General's report gives the VRS reaction:

"Immediately following this first deployment of NATO close air support, the BSA radioed a message to Dutchbat. They threatened to shell the town and the compound where thousands of inhabitants had begun to gather, and to kill the Dutchbat soldiers being held hostage, if NATO continued with its use of air power. The Special Representative of the Secretary-General recalled having received a telephone call from the Netherlands Minister of Defence at this time, requesting that the close air support action be discontinued, because Serb soldiers on the scene were too close to Netherlands troops, and their safety would be jeopardized. The Special Representative considered that he had no choice but to comply with this request." (*Ibid.*, para. 306.)

286. The Trial Chamber in the *Blagojević* case recorded that on 11 July at 8 p.m. there was a meeting between a Dutch colonel and General Mladić and others. The former said that he had come to negotiate the withdrawal of the refugees and to ask for food and medicine for them. He sought assurances that the Bosnian Muslim population and Dutchbat would be allowed to withdraw from the area. General Mladić said that the civilian population was not the target of his actions and the goal of the meeting was to work out an arrangement. He then said "'you can all leave, all stay, or all die here' . . . 'we can work out an agreement for all this to stop and for the issues of the civilian population, your soldiers and the Muslim military to be resolved in a peaceful way'" (*Blagojević*, IT-02-60-T, Trial Chamber Judgment, 17 January 2005, paras. 150-152). Later that night at a meeting beginning at 11 p.m., attended by a representative of the Bosnian Muslim community, General Mladić said:

"Number one, you need to lay down your weapons and I guarantee that all those who lay down their weapon will live. I give you my word, as a man and a General, that I will use my influence to help the innocent Muslim population which is not the target of the combat operations carried out by the VRS . . . In order to make a decision as a man and a Commander, I need to have a clear position of the representatives of your people on whether you want to survive . . . stay or vanish. I am prepared to receive here tomorrow at 10 a.m. hrs. a

delegation of officials from the Muslim side with whom I can discuss the salvation of your people from . . . the former enclave of Srebrenica . . . Nesib [a Muslim representative], the future of your people is in your hands, not only in this territory . . . Bring the people who can secure the surrender of weapons and save your people from destruction.'

The Trial Chamber finds, based on General Mladić's comments, that he was unaware that the Bosnian Muslim men had left the Srebrenica enclave in the column.

General Mladić also stated that he would provide the vehicles to transport the Bosnian Muslims out of Potočari. The Bosnian Muslim and Bosnian Serb sides were not on equal terms and Nesib Mandžić felt his presence was only required to put up a front for the international public. Nesib Mandžić felt intimidated by General Mladić. There was no indication that anything would happen the next day." (*Ibid.*, paras. 156-158.)

287. A third meeting was held the next morning, 12 July. The Tribunal in the *Blagojević* case gives this account:

"After the Bosnian Muslim representatives had introduced themselves, General Mladić stated:

'I want to help you, but I want absolute co-operation from the civilian population because your army has been defeated. There is no need for your people to get killed, your husband, your brothers or your neighbours . . . As I told this gentleman last night, you can either survive or disappear. For your survival, I demand that all your armed men, even those who committed crimes, and many did, against our people, surrender their weapons to the VRS . . . You can choose to stay or you can choose to leave. If you wish to leave, you can go anywhere you like. When the weapons have been surrendered every individual will go where they say they want to go. The only thing is to provide the needed gasoline. You can pay for it if you have the means. If you can't pay for it, UNPROFOR should bring four or five tanker trucks to fill up trucks . . .'

Čamila Omanović [one of the Muslim representatives] interpreted this to mean that if the Bosnian Muslim population left they would be saved, but that if they stayed they would die. General Mladić did not give a clear answer in relation to whether a safe transport of the civilian population out of the enclave would be carried out. General Mladić stated that the male Bosnian Muslim population from the age of 16 to 65 would be screened for the presence of war criminals. He indicated that after this screening, the men would be returned to the enclave. This was the first time that the separation of men from the rest of the population was mentioned. The Bosnian Muslim representatives had the impression that 'everything had been prepared in advance, that there was a team of people working together in an organized manner' and that 'Mladić was the chief organizer.'

The third Hotel Fontana meeting ended with an agreement that the VRS would transport the Bosnian Muslim civilian population out of the enclave to ABiH-held territory, with the assistance of UNPROFOR to ensure that the transportation was carried out in a humane manner.” (*Ibid.*, paras. 160-161.)

The Court notes that the accounts of the statements made at the meetings come from transcripts of contemporary video recordings.

288. The VRS and MUP of the Republika Srpska from 12 July separated men aged 16 to approximately 60 or 70 from their families. The Bosnian Muslim men were directed to various locations but most were sent to a particular house (“The White House”) near the UNPROFOR headquarters in Potočari, where they were interrogated. During the afternoon of 12 July a large number of buses and other vehicles arrived in Potočari including some from Serbia. Only women, children and the elderly were allowed to board the buses bound for territory held by the Bosnia and Herzegovina military. Dutchbat vehicles escorted convoys to begin with, but the VRS stopped that and soon after stole 16-18 Dutchbat jeeps, as well as around 100 small arms, making further escorts impossible. Many of the Bosnian Muslim men from Srebrenica and its surroundings including those who had attempted to flee through the woods were detained and killed.

289. Mention should also be made of the activities of certain paramilitary units, the “Red Berets” and the “Scorpions”, who are alleged by the Applicant to have participated in the events in and around Srebrenica. The Court was presented with certain documents by the Applicant, which were said to show that the “Scorpions” were indeed sent to the Trnovo area near Srebrenica and remained there through the relevant time period. The Respondent cast some doubt on the authenticity of these documents (which were copies of intercepts, but not originals) without ever formally denying their authenticity. There was no denial of the fact of the relocation of the “Scorpions” to Trnovo. The Applicant during the oral proceedings presented video material showing the execution by paramilitaries of six Bosnian Muslims, in Trnovo, in July 1995.

290. The Trial Chambers in the *Krstić* and *Blagojević* cases both found that Bosnian Serb forces killed over 7,000 Bosnian Muslim men following the takeover of Srebrenica in July 1995 (*Krstić*, IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, paras. 426-427 and *Blagojević*, IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 643). Accordingly they found that the *actus reus* of killings in Article II (a) of the Convention was satisfied. Both also found that actions of Bosnian Serb forces also satisfied the *actus reus* of causing serious bodily or mental harm, as defined in Article II (b) of the Convention — both to those who were about to be executed, and to the others who were separated from them in respect of their forced displacement and the loss suffered by survivors among them (*Krstić*, *ibid.*, para. 543, and *Blagojević*, *ibid.*, paras. 644-654).

291. The Court is fully persuaded that both killings within the terms of Article II (a) of the Convention, and acts causing serious bodily or mental harm within the terms of Article II (b) thereof occurred during the Srebrenica massacre. Three further aspects of the ICTY decisions relating to Srebrenica require closer examination — the specific intent (*dolus specialis*), the date by

which the intent was formed, and the definition of the “group” in terms of Article II. A fourth issue which was not directly before the ICTY but which this Court must address is the involvement, if any, of the Respondent in the actions.

292. The issue of intent has been illuminated by the *Krstić* Trial Chamber. In its findings, it was convinced of the existence of intent by the evidence placed before it. Under the heading “A Plan to Execute the Bosnian Muslim Men of Srebrenica”, the Chamber “finds that, following the takeover of Srebrenica in July 1995, the Bosnian Serbs devised and implemented a plan to execute as many as possible of the military aged Bosnian Muslim men present in the enclave” (IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, para. 87). All the executions, the Chamber decided, “systematically targeted Bosnian Muslim men of military age, regardless of whether they were civilians or soldiers” (*ibid.*, para. 546). While “[t]he VRS may have initially considered only targeting military men for execution, . . . [the] evidence shows, however, that a decision was taken, at some point, to capture and kill all the Bosnian Muslim men indiscriminately. No effort was made to distinguish the soldiers from the civilians.” (*Ibid.*, para. 547.) Under the heading “Intent to Destroy”, the Chamber reviewed the Parties’ submissions and the documents, concluding that it would “adhere to the characterization of genocide which encompass[es] only acts committed with the *goal* of destroying all or part of a group” (*ibid.*, para. 571; original emphasis). The acts of genocide need not be premeditated and the intent may become the goal later in an operation (*ibid.*, para. 572).

“Evidence presented in this case has shown that the killings were planned: the number and nature of the forces involved, the standardized coded language used by the units in communicating information about the killings, the scale of the executions, the invariability of the killing methods applied, indicate that a decision was made to kill all the Bosnian Muslim military aged men.

The Trial Chamber is unable to determine the precise date on which the decision to kill all the military aged men was taken. Hence, it cannot find that the killings committed in Potočari on 12 and 13 July 1995 formed part of the plan to kill all the military aged men. Nevertheless, the Trial Chamber is confident that the mass executions and other killings committed from 13 July onwards were part of this plan.” (*Ibid.*, paras. 572-573; see also paras. 591-598.)

293. The Court has already quoted (paragraph 281) the passage from the Judgment of the Appeals Chamber in the *Krstić* case rejecting the Prosecutor’s attempted reliance on the Directives given earlier in July, and it would recall the evidence about the VRS’s change of plan in the course of the operation in relation to the complete takeover of the enclave. The Appeals Chamber also rejected the appeal by General Krstić against the finding that genocide occurred in Srebrenica. It held that the Trial Chamber was entitled to conclude that the destruction of such a sizeable number of men, one fifth of the overall Srebrenica community, “would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica” (IT-98-33-A, Appeals Chamber

Judgment, 19 April 2004, paras. 28-33); and the Trial Chamber, as the best assessor of the evidence presented at trial, was entitled to conclude that the evidence of the transfer of the women and children supported its finding that some members of the VRS Main Staff intended to destroy the Bosnian Muslims in Srebrenica. The Appeals Chamber concluded this part of its Judgment as follows:

“The gravity of genocide is reflected in the stringent requirements which must be satisfied before this conviction is imposed. These requirements — the demanding proof of specific intent and the showing that the group was targeted for destruction in its entirety or in substantial part — guard against a danger that convictions for this crime will be imposed lightly. Where these requirements are satisfied, however, the law must not shy away from referring to the crime committed by its proper name. By seeking to eliminate a part of the Bosnian Muslims, the Bosnian Serb forces committed genocide. They targeted for extinction the forty thousand Bosnian Muslims living in Srebrenica, a group which was emblematic of the Bosnian Muslims in general. They stripped all the male Muslim prisoners, military and civilian, elderly and young, of their personal belongings and identification, and deliberately and methodically killed them solely on the basis of their identity. The Bosnian Serb forces were aware, when they embarked on this genocidal venture, that the harm they caused would continue to plague the Bosnian Muslims. The Appeals Chamber states unequivocally that the law condemns, in appropriate terms, the deep and lasting injury inflicted, and calls the massacre at Srebrenica by its proper name: genocide. Those responsible will bear this stigma, and it will serve as a warning to those who may in future contemplate the commission of such a heinous act.

In concluding that some members of the VRS Main Staff intended to destroy the Bosnian Muslims of Srebrenica, the Trial Chamber did not depart from the legal requirements for genocide. The Defence appeal on this issue is dismissed.” (*Ibid.*, paras. 37-38.)

294. On one view, taken by the Applicant, the *Blagojević* Trial Chamber decided that the specific intent (*dolus specialis*) was formed earlier than 12 or 13 July, the time chosen by the *Krstić* Chamber. The Court has already called attention to that Chamber’s statement that at some point (it could not determine “the exact moment”) the military objective in Srebrenica changed, from “reducing the enclave to the urban area” (stated in a Drina Corps order of 2 July 1995 referred to at times as the “Krivaja 95 operation”) to taking over Srebrenica town and the enclave as a whole. Later in the Judgment, under the heading “Findings: was genocide committed?”, the Chamber refers to the 2 July document:

“The Trial Chamber is convinced that the criminal acts committed by the Bosnian Serb forces were all parts of one single scheme to commit genocide of the Bosnian Muslims of Srebrenica, as reflected in the ‘Krivaja 95 operation’, the ultimate objective of which was to eliminate the enclave and, therefore, the Bosnian Muslim community living there.” (*Blagojević*, IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 674.)

The Chamber immediately goes on to refer only to the events — the massacres and the forcible transfer of the women and children — after the fall of Srebrenica, that is sometime after the change of military objective on 9 or 10 July. The conclusion on intent is similarly focussed:

“The Trial Chamber has no doubt that all these acts constituted a single operation executed with the intent to destroy the Bosnian Muslim population of Srebrenica. The Trial Chamber finds that the Bosnian Serb forces not only knew that the combination of the killings of the men with the forcible transfer of the women, children and elderly, would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population of Srebrenica, but clearly intended through these acts to physically destroy this group.” (*Ibid.*, para. 677.) (See similarly all but the first item in the list in paragraph 786.)

295. The Court’s conclusion, fortified by the Judgments of the Trial Chambers in the *Krstić* and *Blagojević* cases, is that the necessary intent was not established until after the change in the military objective and after the takeover of Srebrenica, on about 12 or 13 July. This may be significant for the application of the obligations of the Respondent under the Convention (paragraph 423 below). The Court has no reason to depart from the Tribunal’s determination that the necessary specific intent (*dolus specialis*) was established and that it was not established until that time.

296. The Court now turns to the requirement of Article II that there must be the intent to destroy a protected “group” in whole or in part. It recalls its earlier statement of the law and in particular the three elements there discussed: substantiality (the primary requirement), relevant geographic factors and the associated opportunity available to the perpetrators, and emblematic or qualitative factors (paragraphs 197-201). Next, the Court recalls the assessment it made earlier in the Judgment of the persuasiveness of the ICTY’s findings of facts and its evaluation of them (paragraph 223). Against that background it turns to the findings in the *Krstić* case (IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, paras. 551-599 and IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgment, 19 April 2004, paras. 6-22), in which the Appeals Chamber endorsed the findings of the Trial Chamber in the following terms.

“In this case, having identified the protected group as the national group of Bosnian Muslims, the Trial Chamber concluded that the part the VRS Main Staff and Radislav Krstić targeted was the Bosnian Muslims of Srebrenica, or the Bosnian Muslims of Eastern Bosnia. This conclusion comports with the guidelines outlined above. The size of the Bosnian Muslim population in Srebrenica prior to its capture by the VRS forces in 1995 amounted to approximately forty thousand people. This represented not only the Muslim inhabitants of the Srebrenica municipality but also many Muslim refugees from the surrounding region. Although this population constituted only a small percentage of the overall Muslim population of Bosnia and Herzegovina at the time, the importance of the Muslim community of Srebrenica is not captured solely by its size.” (IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 15; footnotes omitted.)

The Court sees no reason to disagree with the concordant findings of the Trial Chamber and the Appeals Chamber.

297. The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995.

* *

(6) Article II (b): Causing serious bodily or mental harm to members of the protected group

298. The Applicant contends that besides the massive killings, systematic serious harm was caused to the non-Serb population of Bosnia and Herzegovina. The Applicant includes the practice of terrorizing the non-Serb population, the infliction of pain and the administration of torture as well as the practice of systematic humiliation into this category of acts of genocide. Further, the Applicant puts a particular emphasis on the issue of systematic rapes of Muslim women, perpetrated as part of genocide against the Muslims in Bosnia during the conflict.

299. The Respondent does not dispute that, as a matter of legal qualification, the crime of rape may constitute an act of genocide, causing serious bodily or mental harm. It disputes, however, that the rapes in the territory of Bosnia and Herzegovina were part of a genocide perpetrated therein. The Respondent, relying on the Report of the Commission of Experts, maintains that the rapes and acts of sexual violence committed during the conflict, were not part of genocide, but were committed on all sides of the conflict, without any specific intent (*dolus specialis*).

300. The Court notes that there is no dispute between the Parties that rapes and sexual violence could constitute acts of genocide, if accompanied by a specific intent to destroy the protected group. It notes also that the ICTR, in its Judgment of 2 September 1998 in the *Akayesu* case, addressed the issue of acts of rape and sexual violence as acts of genocide in the following terms:

“Indeed, rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental harm on the victims and are even, according to the Chamber, one of the worst ways of inflicting harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm” (ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, para. 731).

The ICTY, in its Judgment of 31 July 2003 in the *Stakić* case, recognized that:

“‘Causing serious bodily and mental harm’ in subparagraph (b) [of Article 4 (2) of the Statute of the ICTY] is understood to mean, *inter alia*, acts of torture, inhumane or degrading treatment, sexual violence including rape, interrogations combined with beatings, threats of death, and harm that damages health or causes disfigurement or injury. The harm inflicted need not be permanent and irremediable.” (IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 516.)

301. The Court notes furthermore that Security Council and General Assembly resolutions contemporary with the facts are explicit in referring to sexual violence. These resolutions were in turn based on reports before the General Assembly and the Security Council, such as the Reports of the Secretary-General, the Commission of Experts, the Special Rapporteur for Human Rights, Tadeusz Mazowiecki, and various United Nations agencies in the field. The General Assembly stressed the “extraordinary suffering of the victims of rape and sexual violence” (General Assembly resolution 48/143 (1993), Preamble; General Assembly resolution 50/192 (1995), para. 8). In resolution 48/143 (1993), the General Assembly declared it was:

“*Appalled* at the recurring and substantiated reports of widespread rape and abuse of women and children in the areas of armed conflict in the former Yugoslavia, in particular its systematic use against the Muslim women and children in Bosnia and Herzegovina by Serbian forces” (Preamble, para. 4).

302. Several Security Council resolutions expressed alarm at the “massive, organised and systematic detention and rape of women”, in particular Muslim women in Bosnia and Herzegovina (Security Council resolutions 798 (1992), Preamble, para. 2; resolution 820 (1993), para. 6; 827 (1993), Preamble, para. 3). In terms of other kinds of serious harm, Security Council resolution 1034 (1995) condemned

“in the strongest possible terms the violations of international humanitarian law and of human rights by Bosnian Serb and paramilitary forces in the areas of Srebrenica, Žepa, Banja Luka and Sanski Most as described in the report of the Secretary-General of 27 November 1995 and showing a consistent pattern of summary executions, rape, mass expulsions, arbitrary detentions, forced labour and large-scale disappearances” (para. 2).

The Security Council further referred to a “persistent and systematic campaign of terror” in Banja Luka, Bijeljina and other areas under the control of Bosnian Serb forces (Security Council resolution 941 (1994), Preamble, para. 4). It also expressed concern at reports of mass murder, unlawful detention and forced labour, rape, and deportation of civilians in Banja Luka and Sanski Most (Security Council resolution 1019 (1995), Preamble, para. 2).

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

303. The General Assembly also condemned specific violations including torture, beatings, rape, disappearances, destruction of houses, and other acts or threats of violence aimed at forcing individuals to leave their homes (General Assembly resolution 47/147 (1992), para. 4; see also General Assembly resolution 49/10 (1994), Preamble, para. 14 and General Assembly resolution 50/193 (1995), para. 2).

304. The Court will now examine the specific allegations of the Applicant under this heading, in relation to the various areas and camps identified as having been the scene of acts causing “bodily or mental harm” within the meaning of the Convention. As regards the events of Srebrenica, the Court has already found it to be established that such acts were committed (paragraph 291 above).

Drina River Valley

(a) Zvornik

305. As regards the area of the Drina River Valley, the Applicant has stressed the perpetration of acts and abuses causing serious bodily or mental harm in the events at Zvornik. In particular, the Court has been presented with a report on events at Zvornik which is based on eye-witness accounts and extensive research (Hannes Tretter *et al.*, “‘Ethnic cleansing’ Operations in the Northeast Bosnian-City of Zvornik from April through June 1992”, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights (1994), p. 48). The report of the Ludwig Boltzmann Institute gives account of a policy of terrorization, forced relocation, torture, rape during the takeover of Zvornik in April-June 1992. The Report of the Commission of Experts received 35 reports of rape in the area of Zvornik in May 1992 (Vol. V, Ann. IX, p. 54).

(b) Foča

306. Further acts causing serious bodily and mental harm were perpetrated in the municipality of Foča. The Applicant, relying on the Judgment in the *Kunarac et al.* case (IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgment, 22 February 2001, paras. 574 and 592), claims, in particular that many women were raped repeatedly by Bosnian Serb soldiers or policemen in the city of Foča.

(c) Camps

(i) Batković camp

307. The Applicant further claims that in Batković camp, prisoners were frequently beaten and mistreated. The Report of the Commission of Experts gives an account of a witness statement according to which “prisoners were forced to perform sexual acts with each other, and sometimes with guards”. The Report continues: “Reports of the frequency of beatings vary from daily beatings to beatings 10 times each day.” (Report of the Commission of Experts, Vol. IV, Ann. VIII, p. 62, para. 469.) Individual witness accounts reported by the Commission of Experts

(Report of the Commission of Experts, Vol. IV, Ann. VIII, pp. 62-63 and Ann. X, p. 9) provide second-hand testimony that beatings occurred and prisoners lived in terrible conditions. As already noted above (paragraph 256), however, the periodic Report of Special Rapporteur Mazowiecki of 17 November 1992 stated that “[t]he prisoners . . . appeared to be in good health” (p. 13); but according to the Applicant, Mazowiecki was shown a “model” camp and therefore his impression was inaccurate. The United States Department of State Dispatch of 19 April 1993 (Vol. 4, No. 16), alleges that in Batković camp, prisoners were frequently beaten and mistreated. In particular, the Dispatch records two witness statements according to which “[o]n several occasions, they and other prisoners were forced to remove their clothes and perform sex acts on each other and on some guards”.

(ii) Sušica camp

308. According to the Applicant, rapes and physical assaults were also perpetrated at Sušica camp; it pointed out that in the proceedings before the ICTY, in the “Rule 61 Review of the Indictment” and the Sentencing Judgment, in the *Nikolić* case, the accused admitted that many Muslim women were raped and subjected to degrading physical and verbal abuse in the camp and at locations outside of it (*Nikolić*, IT-94-2-T, Sentencing Judgment, 18 December 2003, paras. 87-90), and that several men were tortured in that same camp.

(iii) Foča Kazneno-Popravni Dom camp

309. With regard to the Foča Kazneno-Popravni Dom camp, the Applicant asserts that beatings, rapes of women and torture were perpetrated. The Applicant bases these allegations mainly on the Report of the Commission of Experts and the United States State Department Dispatch. The Commission of Experts based its findings on information provided by a Helsinki Watch Report. A witness claimed that some prisoners were beaten in Foča KP Dom (Report of the Commission of Experts, Vol. IV, pp. 128-132); similar accounts are contained in the United States State Department Dispatch. One witness stated that

“Those running the center instilled fear in the Muslim prisoners by selecting certain prisoners for beatings. From his window in Room 13, the witness saw prisoners regularly being taken to a building where beatings were conducted. This building was close enough for him to hear the screams of those who were being beaten.” (Dispatch of the United States Department of State, 19 April 1993, No. 16, p. 262.)

310. The ICTY Trial Chamber in its *Kunarac* Judgment of 22 February 2001, described the statements of several witnesses as to the poor and brutal living conditions in Foča KP Dom. These seem to confirm that the Muslim men and women from Foča, Gacko and Kalinovik municipalities were arrested, rounded up, separated from each other, and imprisoned or detained at several detention centres like the Foča KP Dom where some of them were killed, raped or severely beaten (*Kunarac et al*, IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgment, 22 February 2001).

Prijedor

(a) Municipality

311. Most of the allegations of abuses said by the Applicant to have occurred in Prijedor have been examined in the section of the present Judgment concerning the camps situated in Prijedor. However, the Report of the Commission of Experts refers to a family of nine found dead in Stara Rijeka in Prijedor, who had obviously been tortured (Vol. V, Ann. X, p. 41). The Trial Chamber of the ICTY, in its Judgment in the *Tadić* case made the following factual finding as to an attack on two villages in the Kozarac area, Jaskići and Sivci:

“On 14 June 1992 both villages were attacked. In the morning the approaching sound of shots was heard by the inhabitants of Sivci and soon after Serb tanks and Serb soldiers entered the village . . . There they were made to run along that road, hands clasped behind their heads, to a collecting point in the yard of one of the houses. On the way there they were repeatedly made to stop, lie down on the road and be beaten and kicked by soldiers as they lay there, before being made to get up again and run some distance further, where the whole performance would be repeated . . . In all some 350 men, mainly Muslims but including a few Croats, were treated in this way in Sivci.

On arrival at the collecting point, beaten and in many cases covered with blood, some men were called out and questioned about others, and were threatened and beaten again. Soon buses arrived, five in all, and the men were made to run to them, hands again behind the head, and to crowd on to them. They were then taken to the Keraterm camp.

The experience of the inhabitants of the smaller village of Jaskići, which contained only 11 houses, on 14 June 1992 was somewhat similar but accompanied by the killing of villagers. Like Sivci, Jaskići had received refugees after the attack on Kozarac but by 14 June 1992 many of those refugees had left for other villages. In the afternoon of 14 June 1992 gunfire was heard and Serb soldiers arrived in Jaskići and ordered men out of their homes and onto the village street, their hands clasped behind their heads; there they were made to lie down and were severely beaten.” (IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997, paras. 346-348.)

(b) Camps

(i) Omarska camp

312. As noted above in connection with the killings (paragraph 262), the Applicant has been able to present abundant and persuasive evidence of physical abuses causing serious bodily harm in Omarska camp. The Report of the Commission of Experts contains witness accounts regarding the “white house” used for physical abuses, rapes, torture and, occasionally, killings, and the “red house” used for killings (Vol. IV, Ann. VIII, pp. 207-222). Those accounts of the sadistic methods of killing are corroborated by United States submissions to the Secretary-General. The most persuasive and reliable source of evidence may be taken to be the factual part of the Opinion and

Judgment of the ICTY in the *Tadić* case (IT-94-1-T, Trial Chamber Judgment, 7 May 1997). Relying on the statements of 30 witnesses, the *Tadić* Trial Judgment made findings as to interrogations, beatings, rapes, as well as the torture and humiliation of Muslim prisoners in Omarska camp (in particular: *ibid.*, paras. 155-158, 163-167). The Trial Chamber was satisfied beyond reasonable doubt of the fact that several victims were mistreated and beaten by Tadić and suffered permanent harm, and that he had compelled one prisoner to sexually mutilate another (*ibid.*, paras. 194-206). Findings of mistreatment, torture, rape and sexual violence at Omarska camp were also made by the ICTY in other cases; in particular, the Trial Judgment of 2 November 2001 in the *Kvočka et al.* case (IT-98-30/1-T, Trial Chamber Judgment, paras. 21-50, and 98-108) — upheld on appeal, the Trial Judgment of 1 September 2004 in the *Brđanin* case (IT-99-36-T, Trial Chamber Judgment, paras. 515-517) and the Trial Judgment of 31 July 2003 in the *Stakić* case (IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, paras. 229-336).

(ii) Keraterm camp

313. The Applicant also pointed to evidence of beatings and rapes at Keraterm camp. Several witness accounts are reported in the Report of the Commission of Experts (Vol. IV, Ann. VIII, pp. 225, 231, 233, 238) and corroborated by witness accounts reported by the Permanent Mission of Austria to the United Nations and Helsinki Watch. The attention of the Court has been drawn to several judgments of the ICTY which also document the severe physical abuses, rapes and sexual violence that occurred at this camp. The Trial Judgment of 1 September 2004 in the *Brđanin* case found that:

“At Keraterm camp, detainees were beaten on arrival . . . Beatings were carried out with wooden clubs, baseball bats, electric cables and police batons . . .

In some cases the beatings were so severe as to result in serious injury and death. Beatings and humiliation were often administered in front of other detainees. Female detainees were raped in Keraterm camp.” (IT-99-36-T, Trial Chamber Judgment, paras. 851-852.)

The Trial Chamber in its Judgment of 31 July 2003 in the *Stakić* case found that

“the detainees at the Keraterm camp were subjected to terrible abuse. The evidence demonstrates that many of the detainees at the Keraterm camp were beaten on a daily basis. Up until the middle of July, most of the beatings happened at night. After the detainees from Brdo arrived, around 20 July 1992, there were ‘no rules’, with beatings committed both day and night. Guards and others who entered the camp, including some in military uniforms carried out the beatings. There were no beatings in the rooms since the guards did not enter the rooms — people were generally called out day and night for beatings.” (IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, para. 237.)

The Chamber also found that there was convincing evidence of further beatings and rape perpetrated in Keraterm camp (*ibid.*, paras. 238-241).

In the Trial Judgment in the *Kvočka et al.* case, the Chamber held that, in addition to the “dreadful” general conditions of life, detainees at Keraterm camp were “mercilessly beaten” and “women were raped” (IT-98-30/1-T, Trial Chamber Judgment, 2 November 2001, para. 114).

(iii) Trnopolje camp

314. The Court has furthermore been presented with evidence that beatings and rapes occurred at Trnopolje camp. The rape of 30-40 prisoners on 6 June 1992 is reported by both the Report of the Commission of Experts (Vol. IV, Ann. VIII, pp. 251-253) and a publication of the United States State Department. In the *Tadić* case the Trial Chamber of the ICTY concluded that at Trnopolje camp beatings occurred and that “[b]ecause this camp housed the largest number of women and girls, there were more rapes at this camp than at any other” (IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997, paras. 172-177, (para. 175)). These findings concerning beatings and rapes are corroborated by other Judgments of the ICTY, such as the Trial Judgment in the *Stakić* case where it found that,

“although the scale of the abuse at the Trnopolje camp was less than that in the Omarska camp, mistreatment was commonplace. The Serb soldiers used baseball bats, iron bars, rifle butts and their hands and feet or whatever they had at their disposal to beat the detainees. Individuals who were taken out for questioning would often return bruised or injured” (IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 242);

and that, having heard the witness statement of a victim, it was satisfied beyond reasonable doubt “that rapes did occur in the Trnopolje camp” (*ibid.*, para. 244). Similar conclusions were drawn in the Judgment of the Trial Chamber in the *Brđanin* case (IT-99-36-T, 1 September 2004, paras. 513-514 and 854-857).

Banja Luka

(i) Manjača camp

315. With regard to the Manjača camp in Banja Luka, the Applicant alleges that beatings, torture and rapes were occurring at this camp. The Applicant relies mainly on the witnesses cited in the Report of the Commission of Experts (Vol. IV, Ann. VIII, pp. 50-54). This evidence is corroborated by the testimony of a former prisoner at the Joint Hearing before the Select Committee on Intelligence in the United States Senate on 9 August 1995, and a witness account reported in the Memorial of the Applicant (United States State Department Dispatch, 2 November 1992, p. 806). The Trial Chamber, in its Decision on Motion for Judgment of Acquittal of 16 June 2004, in the *Milošević* case reproduced the statement of a witness who testified that,

“at the Manjaca camp, they were beaten with clubs, cables, bats, or other similar items by the military police. The men were placed in small, bare stables, which were overcrowded and contained no toilet facilities. While at the camp, the detainees received inadequate food and water. Their heads were shaved, and they were severely beaten during interrogations.” (IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 178.)

316. The Applicant refers to the Report of the Commission of Experts, which contains reports that the Manjača camp held a limited number of women and that during their stay they were “raped repeatedly”. Muslim male prisoners were also forced to rape female prisoners (Report of the Commission of Experts, Vol. IV, Annex VIII, pp. 53-54). The Respondent points out that the *Brđanin* Trial Judgment found no evidence had been presented that detainees were subjected to “acts of sexual degradation” in Manjača.

Brčko

(i) Luka camp

317. The Applicant alleges that torture, rape and beatings occurred at Luka camp (Brčko). The Report of the Commission of Experts contains multiple witness accounts, including the evidence of a local guard forced into committing rape (Vol. IV, Ann. VIII, pp. 93-97). The account of the rapes is corroborated by multiple sources (United States State Department Dispatch, 19 April 1993). The Court notes in particular the findings of the ICTY Trial Chamber in the *Češić* case, with regard to acts perpetrated in the Luka camp. In his plea agreement the accused admitted several grave incidents, such as beatings and compelling two Muslim brothers to perform sexual acts with each other (IT-95-10/1-S, Sentencing Judgment, 11 March 2004, paras. 8-17). These findings are corroborated by witness statements and the guilty plea in the *Jelisić* case.

318. The Respondent does not deny that the camps in Bosnia and Herzegovina were “in breach of humanitarian law and, in most cases, in breach of the law of war”, but argues that the conditions in all the camps were not of the kind described by the Applicant. It stated that all that had been demonstrated was “the existence of serious crimes, committed in a particularly complex situation, in a civil and fratricidal war”, but not the requisite specific intent (*dolus specialis*).

*

319. Having carefully examined the evidence presented before it, and taken note of that presented to the ICTY, the Court considers that it has been established by fully conclusive evidence that members of the protected group were systematically victims of massive mistreatment, beatings, rape and torture causing serious bodily and mental harm, during the conflict and, in particular, in the detention camps. The requirements of the material element, as defined by Article II (b) of the Convention are thus fulfilled. The Court finds, however, on the basis of the evidence before it, that it has not been conclusively established that those atrocities, although they too may amount to war crimes and crimes against humanity, were committed with the specific intent (*dolus specialis*) to destroy the protected group, in whole or in part, required for a finding that genocide has been perpetrated.

* *

(7) Article II (c): Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part

320. Article II (c) of the Genocide Convention concerns the deliberate infliction on the group of conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part. Under this heading, the Applicant first points to an alleged policy by the Bosnian Serb forces to encircle civilians of the protected group in villages, towns or entire regions and to subsequently shell those areas and cut off all supplies in order to starve the population. Secondly, the Applicant claims that Bosnian Serb forces attempted to deport and expel the protected group from the areas which those forces occupied. Finally, the Applicant alleges that Bosnian Serb forces attempted to eradicate all traces of the culture of the protected group through the destruction of historical, religious and cultural property.

321. The Respondent argues that the events referred to by the Applicant took place in a context of war which affected the entire population, whatever its origin. In its view, “it is obvious that in any armed conflict the conditions of life of the civilian population deteriorate”. The Respondent considers that, taking into account the civil war in Bosnia and Herzegovina which generated inhuman conditions of life for the entire population in the territory of that State, “it is impossible to speak of the deliberate infliction on the Muslim group alone or the non-Serb group alone of conditions of life calculated to bring about its destruction”.

322. The Court will examine in turn the evidence concerning the three sets of claims made by the Applicant: encirclement, shelling and starvation; deportation and expulsion; destruction of historical, religious and cultural property. It will also go on to consider the evidence presented regarding the conditions of life in the detention camps already extensively referred to above (paragraphs 252-256, 262-273, 307-310 and 312-318).

Alleged encirclement, shelling and starvation

323. The principal incident referred to by the Applicant in this regard is the siege of Sarajevo by Bosnian Serb forces. Armed conflict broke out in Sarajevo at the beginning of April 1992 following the recognition by the European Community of Bosnia and Herzegovina as an independent State. The Commission of Experts estimated that, between the beginning of April 1992 and 28 February 1994, in addition to those killed or missing in the city (paragraph 247 above), 56,000 persons had been wounded (Report of the Commission of Experts, Vol. II, Ann. VI, p. 8). It was further estimated that, “over the course of the siege, the city [was] hit by an average of approximately 329 shell impacts per day, with a high of 3,777 shell impacts on 22 July 1993” (*ibid.*). In his report of 28 August 1992, the Special Rapporteur observed that:

“The city is shelled on a regular basis . . . Snipers shoot innocent civilians . . .

The civilian population lives in a constant state of anxiety, leaving their homes or shelters only when necessary . . . The public systems for distribution of electrical power and water no longer function. Food and other basic necessities are scarce, and depend on the airlift organized by UNHCR and protected by UNPROFOR.” (Report of 28 August 1992, paras. 17-18.)

324. The Court notes that, in resolutions adopted on 16 April and 6 May 1993, the Security Council declared Sarajevo, together with Tuzla, Žepa, Goražde, Bihać and Srebrenica, to be “safe areas” which should be free from any armed attack or any other hostile act and fully accessible to UNPROFOR and international humanitarian agencies (resolutions 819 of 16 April 1993 and 824 of 6 May 1993). However, these resolutions were not adhered to by the parties to the conflict. In his report of 26 August 1993, the Special Rapporteur noted that

“Since May 1993 supplies of electricity, water and gas to Sarajevo have all but stopped . . . a significant proportion of the damage caused to the supply lines has been deliberate, according to United Nations Protection Force engineers who have attempted to repair them. Repair crews have been shot at by both Bosnian Serb and government forces . . .” (Report of 26 August 1993, para. 6).

He further found that UNHCR food and fuel convoys had been “obstructed or attacked by Bosnian Serb and Bosnian Croat forces and sometimes also by governmental forces” (Report of 26 August 1993, para. 15). The Commission of Experts also found that the “blockade of humanitarian aid ha[d] been used as an important tool in the siege” (Report of the Commission of Experts, Ann. VI, p. 17). According to the Special Rapporteur, the targeting of the civilian population by shelling and sniping continued and even intensified throughout 1994 and 1995 (Report of 4 November 1994, paras. 27-28; Report of 16 January 1995, para. 13; Report of 5 July 1995, paras. 67-70). The Special Rapporteur noted that

“[a]ll sides are guilty of the use of military force against civilian populations and relief operations in Sarajevo. However, one cannot lose sight of the fact that the main responsibility lies with the [Bosnian Serb] forces, since it is they who have adopted the tactic of laying siege to the city.” (Report of 17 November 1992, para. 42.)

325. The Court notes that in the *Galić* case, the Trial Chamber of the ICTY found that the Serb forces (the SRK) conducted a campaign of sniping and shelling against the civilian population of Sarajevo (*Galić*, IT-98-29-T, Judgment, 5 December 2003, para. 583). It was

“convinced by the evidence in the Trial Record that civilians in ABiH-held areas of Sarajevo were directly or indiscriminately attacked from SRK-controlled territory . . ., and that as a result and as a minimum, hundreds of civilians were killed and thousands others were injured” (*ibid.*, para. 591).

These findings were subsequently confirmed by the Appeals Chamber (*Galić*, IT-98-29-A, Judgment, 30 November 2006, paras. 107-109). The ICTY also found that the shelling which hit the Markale market on 5 February 1994, resulting in 60 persons killed and over 140 injured, came from behind Bosnian Serb lines, and was deliberately aimed at civilians (*ibid.*, paras. 333 and 335 and *Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber Judgment, 5 December 2003, para. 496).

326. The Respondent argues that the safe areas proclaimed by the Security Council had not been completely disarmed by the Bosnian army. For instance, according to testimony given in the *Galić* case by the deputy commander of the Bosnian army corps covering the Sarajevo area, the

Bosnian army had deployed 45,000 troops within Sarajevo. The Respondent also pointed to further testimony in that case to the effect that certain troops in the Bosnian army were wearing civilian clothes and that the Bosnian army was using civilian buildings for its bases and positioning its tanks and artillery in public places. Moreover, the Respondent observes that, in his book, *Fighting for Peace*, General Rose was of the view that military equipment was installed in the vicinity of civilians, for instance, in the grounds of the hospital in Sarajevo and that “[t]he Bosnians had evidently chosen this location with the intention of attracting Serb fire, in the hope that the resulting carnage would further tilt international support in their favour” (Michael Rose, *Fighting for Peace*, London, 1998, p. 254).

327. The Applicant also points to evidence of sieges of other towns in Bosnia and Herzegovina. For instance, with regard to Goražde, the Special Rapporteur found that the enclave was being shelled and had been denied convoys of humanitarian aid for two months. Although food was being air-dropped, it was insufficient (Report of 5 May 1992, para. 42). In a later report, the Special Rapporteur noted that, as of spring 1994, the town had been subject to a military offensive by Bosnian Serb forces, during which civilian objects including the hospital had been targeted and the water supply had been cut off (Report of 10 June 1994, paras. 7-12). Humanitarian convoys were harassed including by the detention of UNPROFOR personnel and the theft of equipment (Report of 19 May 1994, paras. 17 *et seq.*). Similar patterns occurred in Bihać, Tuzla, Cerska and Maglaj (Bihać: Special Rapporteur’s Report of 28 August 1992, para. 20; Report of the Secretary-General pursuant to resolution 959 (1994), para. 17; Special Rapporteur’s Report of 16 January 1995, para. 12; Tuzla: Report of the Secretary-General pursuant to resolutions 844 (1993), 836 (1993) and 776 (1992), paras. 2-4; Special Rapporteur’s Report of 5 July 1995; Cerska: Special Rapporteur’s Report of 5 May 1993, paras. 8-17; Maglaj: Special Rapporteur’s Report of 17 November 1993, para. 93).

328. The Court finds that virtually all the incidents recounted by the Applicant have been established by the available evidence. It takes account of the assertion that the Bosnian army may have provoked attacks on civilian areas by Bosnian Serb forces, but does not consider that this, even if true, can provide any justification for attacks on civilian areas. On the basis of a careful examination of the evidence presented by the Parties, the Court concludes that civilian members of the protected group were deliberately targeted by Serb forces in Sarajevo and other cities. However, reserving the question whether such acts are in principle capable of falling within the scope of Article II, paragraph (c), of the Convention, the Court does not find sufficient evidence that the alleged acts were committed with the specific intent to destroy the protected group in whole or in part. For instance, in the *Galić* case, the ICTY found that

“the attacks on civilians were numerous, but were not consistently so intense as to suggest an attempt by the SRK to wipe out or even deplete the civilian population through attrition . . . the only reasonable conclusion in light of the evidence in the Trial Record is that the primary purpose of the campaign was to instil in the civilian population a state of extreme fear” (*Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber Judgment, 5 December 2003, para. 593).

These findings were not overruled by the judgment of the Appeals Chamber of 30 November 2006 (*Galić*, IT-98-29-A, Judgment: see e.g., paras. 107-109, 335 and 386-390). The Special Rapporteur of the United Nations Commission on Human Rights was of the view that “[t]he siege, including the shelling of population centres and the cutting off of supplies of food and other essential goods, is another tactic used to force Muslims and ethnic Croats to flee” (Report of 28 August 1992, para. 17). The Court thus finds that it has not been conclusively established that the acts were committed with the specific intent (*dolus specialis*) to destroy the protected group in whole or in part.

Deportation and expulsion

329. The Applicant claims that deportations and expulsions occurred systematically all over Bosnia and Herzegovina. With regard to Banja Luka, the Special Rapporteur noted that since late November 1993, there had been a “sharp rise in repossessions of apartments, whereby Muslim and Croat tenants [were] summarily evicted” and that “a form of housing agency ha[d] been established . . . which chooses accommodation for incoming Serb displaced persons, evicts Muslim or Croat residents and reputedly receives payment for its services in the form of possessions left behind by those who have been evicted” (Report of 21 February 1994, para. 8). In a report dated 21 April 1995 dedicated to the situation in Banja Luka, the Special Rapporteur observed that since the beginning of the war, there had been a 90 per cent reduction in the local Muslim population (Report of 21 April 1995, para. 4). He noted that a forced labour obligation imposed by the *de facto* authorities in Banja Luka, as well as “the virulence of the ongoing campaign of violence” had resulted in “practically all non-Serbs fervently wishing to leave the Banja Luka area” (Report of 21 April 1995, para. 24). Those leaving Banja Luka were required to pay fees and to relinquish in writing their claim to their homes, without reimbursement (Report of 21 April 1995, para. 26). The displacements were “often very well organized, involving the bussing of people to the Croatian border, and involve[d] large numbers of people” (Report of 4 November 1994, para. 23). According to the Special Rapporteur, “[o]n one day alone in mid-June 1994, some 460 Muslims and Croats were displaced” (*ibid.*).

330. As regards Bijeljina, the Special Rapporteur observed that, between mid-June and 17 September 1994, some 4,700 non-Serbs were displaced from the Bijeljina and Janja regions. He noted that many of the displaced, “whether forced or choosing to depart, were subject to harassment and theft by the Bosnian Serb forces orchestrating the displacement” (Report of 4 November 1994, para. 21). These reports were confirmed by those of non-governmental organizations based on witness statements taken on the ground (Amnesty International, “Bosnia and Herzegovina: Living for the Day — Forced expulsions from Bijeljina and Janja”, December 1994, p. 2).

331. As for Zvornik, the Commission of Experts, relying on a study carried out by the Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights based on an evaluation of 500 interviews of individuals who had fled the area, found that a systematic campaign of forced deportation had occurred (Report of the Commission of Experts, Vol. I, Ann. IV, pp. 55 *et seq.*). The study observed that Bosnian Muslims obtained an official stamp on their identity card indicating a change of domicile in exchange for transferring their property to an “agency for the exchange of houses” which was subsequently a prerequisite for being able to leave the town (Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, “‘Ethnic Cleansing Operations’ in the northeast Bosnian city of Zvornik

from April through June 1992”, pp. 28-29). According to the study, forced deportations of Bosnian Muslims began in May/June 1992 by bus to Mali Zvornik and from there to the Bosnian town of Tuzla or to Subotica on the Serbian-Hungarian border (*ibid.*, pp. 28 and 35-36). The Special Rapporteur’s report of 10 February 1993 supports this account, stating that deportees from Zvornik had been “ordered, some at gunpoint, to board buses and trucks and later trains”, provided with Yugoslav passports and subsequently taken to the Hungarian border to be admitted as refugees (Report of 10 February 1993, para. 99).

332. According to the Trial Chamber of the ICTY in its review of the indictment in the cases against *Karadžić and Mladić*, “[t]housands of civilians were unlawfully expelled or deported to other places inside and outside the Republic of Bosnia and Herzegovina” and “[t]he result of these expulsions was the partial or total elimination of Muslims and Bosnian Croats in some of [the] Bosnian Serb-held regions of Bosnia and Herzegovina”. The Chamber further stated that “[i]n the municipalities of Prijedor, Foča, Vlasenica, Brčko and Bosanski Šamac, to name but a few, the once non-Serbian majority was systematically exterminated or expelled by force or intimidation” (*Karadžić and Mladić*, IT-95-5-R61 and IT-95-18-R61, Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 16).

333. The Respondent argues that displacements of populations may be necessary according to the obligations set down in Articles 17 and 49, paragraph 2, of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, for instance if the security of the population or imperative military reasons so demand. It adds that the displacement of populations has always been a way of settling certain conflicts between opposing parties and points to a number of examples of forced population displacements in history following an armed conflict. The Respondent also argues that the mere expulsion of a group cannot be characterized as genocide, but that, according to the ICTY Judgment in the *Stakić* case, “[a] clear distinction must be drawn between physical destruction and mere dissolution of a group” and “[t]he expulsion of a group or part of a group does not in itself suffice for genocide” (*Stakić*, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 519).

334. The Court considers that there is persuasive and conclusive evidence that deportations and expulsions of members of the protected group occurred in Bosnia and Herzegovina. With regard to the Respondent’s argument that in time of war such deportations or expulsions may be justified under the Geneva Convention, or may be a normal way of settling a conflict, the Court would observe that no such justification could be accepted in the face of proof of specific intent (*dolus specialis*). However, even assuming that deportations and expulsions may be categorized as falling within Article II, paragraph (c), of the Genocide Convention, the Court cannot find, on the basis of the evidence presented to it, that it is conclusively established that such deportations and expulsions were accompanied by the intent to destroy the protected group in whole or in part (see paragraph 190 above).

Destruction of historical, religious and cultural property

335. The Applicant claims that throughout the conflict in Bosnia and Herzegovina, Serb forces engaged in the deliberate destruction of historical, religious and cultural property of the protected group in “an attempt to wipe out the traces of their very existence”.

336. In the *Tadić* case, the ICTY found that “[n]on-Serb cultural and religious symbols throughout the region were targeted for destruction” in the Banja Luka area (*Tadić*, IT-94-1-T, Trial Chamber Judgment, 7 May 1997, para. 149). Further, in reviewing the indictments of Karadžić and Mladić, the Trial Chamber stated that:

“Throughout the territory of Bosnia and Herzegovina under their control, Bosnian Serb forces . . . destroyed, quasi-systematically, the Muslim and Catholic cultural heritage, in particular, sacred sites. According to estimates provided at the hearing by an expert witness, Dr. Kaiser, a total of 1.123 mosques, 504 Catholic churches and five synagogues were destroyed or damaged, for the most part, in the absence of military activity or after the cessation thereof.

This was the case in the destruction of the entire Islamic and Catholic heritage in the Banja Luka area, which had a Serbian majority and the nearest area of combat to which was several dozen kilometres away. All of the mosques and Catholic churches were destroyed. Some mosques were destroyed with explosives and the ruins were then levelled and the rubble thrown in the public dumps in order to eliminate any vestige of Muslim presence.

Aside from churches and mosques, other religious and cultural symbols like cemeteries and monasteries were targets of the attacks.” (*Karadžić and Mladić*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 15.)

In the *Brđanin* case, the Trial Chamber was “satisfied beyond reasonable doubt that there was wilful damage done to both Muslim and Roman Catholic religious buildings and institutions in the relevant municipalities by Bosnian Serb forces” (*Brđanin*, IT-99-36-T, Judgment, 1 September 2004, paras. 640 and 658). On the basis of the findings regarding a number of incidents in various regions of Bosnia and Herzegovina, the Trial Chamber concluded that a “campaign of devastation of institutions dedicated to religion took place throughout the conflict” but “intensified in the summer of 1992” and that this concentrated period of significant damage was “indicative that the devastation was targeted, controlled and deliberate” (*ibid.*, paras. 642-657). For instance, the Trial Chamber found that the Bosanska Krupa town mosque was mined by Bosnian Serb forces in April 1992, that two mosques in Bosanski Petrovac were destroyed by Bosnian Serb forces in July 1992 and that the mosques in Staro Šipovo, Bešnjevo and Pljeva were destroyed on 7 August 1992 (*ibid.*, paras. 644, 647 and 656).

337. The Commission of Experts also found that religious monuments especially mosques and churches had been destroyed by Bosnian Serb forces (Report of the Commission of Experts, Vol. I, Ann. IV, pp. 5, 9, 21 ff.). In its report on the Prijedor region, the Commission found that at

least five mosques and associated buildings in Prijedor town had been destroyed and noted that it was claimed that all 16 mosques in the Kozarac area had been destroyed and that not a single mosque, or other Muslim religious building remained intact in the Prijedor region (Report of the Commission of Experts, Vol. I, Ann. V, p. 106). The report noted that those buildings were “allegedly not desecrated, damaged and destroyed for any military purpose nor as a side-effect of the military operations as such” but rather that the destruction “was due to later separate operations of dynamiting” (*ibid.*).

338. The Special Rapporteur found that, during the conflict, “many mosques, churches and other religious sites, including cemeteries and monasteries, have been destroyed or profaned” (Report of 17 November 1992, para. 26). He singled out the “systematic destruction and profanation of mosques and Catholic churches in areas currently or previously under [Bosnian Serb] control” (Report of 17 November 1992, para. 26).

339. Bosnia and Herzegovina called as an expert Mr. András Riedlmayer, who had carried out a field survey on the destruction of cultural heritage in 19 municipalities in Bosnia and Herzegovina for the Prosecutor of the ICTY in the *Milošević* case and had subsequently studied seven further municipalities in two other cases before the ICTY (“Destruction of Cultural Heritage in Bosnia and Herzegovina, 1992-1996: A Post-war Survey of Selected Municipalities”, *Milošević*, IT-02-54-T, Exhibit Number P486). In his report prepared for the *Milošević* case, Mr. Riedlmayer documented 392 sites, 60 per cent of which were inspected first hand while for the other 40 per cent, his assessment was based on photographs and information obtained from other sources judged to be reliable and where there was corroborating documentation (Riedlmayer Report, p. 5).

340. The report compiled by Mr. Riedlmayer found that of the 277 mosques surveyed, none were undamaged and 136 were almost or entirely destroyed (Riedlmayer Report, pp. 9-10). The report found that:

“The damage to these monuments was clearly the result of attacks directed against them, rather than incidental to the fighting. Evidence of this includes signs of blast damage indicating explosives placed inside the mosques or inside the stairwells of minarets; many mosques [were] burnt out. In a number of towns, including Bijeljina, Janja (Bijeljina municipality), Foča, Banja Luka, Sanski Most, Zvornik and others, the destruction of mosques took place while the area was under the control of Serb forces, at times when there was no military action in the immediate vicinity.” (*Ibid.*, p. 11.)

The report also found that, following the destruction of mosques:

“the ruins [of the mosques] were razed and the sites levelled with heavy equipment, and all building materials were removed from the site... Particularly well-documented instances of this practice include the destruction and razing of

5 mosques in the town of Bijeljina; of 2 mosques in the town of Janja (in Bijeljina municipality); of 12 mosques and 4 turbes in Banja Luka; and of 3 mosques in the city of Brčko.” (*Ibid.*, p. 12.)

Finally, the Report noted that the sites of razed mosques had been “turned into rubbish tips, bus stations, parking lots, automobile repair shops, or flea markets” (*ibid.*, p. 14), for example, a block of flats and shops had been erected on the site of the Zamlaz Mosque in Zvornik and a new Serbian Orthodox church was built on the site of the destroyed Divic Mosque (*ibid.*, p. 14).

341. Mr. Riedlmayer’s report together with his testimony before the Court and other corroborative sources detail the destruction of the cultural and religious heritage of the protected group in numerous locations in Bosnia and Herzegovina. For instance, according to the evidence before the Court, 12 of the 14 mosques in Mostar were destroyed or damaged and there are indications from the targeting of the minaret that the destruction or damage was deliberate (Council of Europe, *Information Report: The Destruction by War of the Cultural Heritage in Croatia and Bosnia and Herzegovina-Herzegovina*, Parliamentary Assembly doc. 6756, 2 February 1993, paras. 129 and 155). In Foča, the town’s 14 historic mosques were allegedly destroyed by Serb forces. In Banja Luka, all 16 mosques were destroyed by Serb forces including the city’s two largest mosques, the Ferhadija Mosque (built in 1578) and the Arnaudija Mosque (built in 1587) (United States Department of State, Bureau of Public Affairs, *Dispatch*, 26 July 1993, Vol. 4, No. 30, pp. 547-548; “War Crimes in Bosnia-Herzegovina: UN Cease-Fire Won’t Help Banja Luka”, Human Rights Watch/Helsinki Watch, June 1994, Vol. 6, No. 8, pp. 15-16; The Humanitarian Law Centre, *Spotlight Report*, No. 14, August 1994, pp. 143-144).

342. The Court notes that archives and libraries were also subjected to attacks during the war in Bosnia and Herzegovina. On 17 May 1992, the Institute for Oriental Studies in Sarajevo was bombarded with incendiary munitions and burnt, resulting in the loss of 200,000 documents including a collection of over 5,000 Islamic manuscripts (Riedlmayer Report, p. 18; Council of Europe, Parliamentary Assembly; *Second Information Report on War Damage to the Cultural Heritage in Croatia and Bosnia-Herzegovina*, doc. 6869, 17 June 1993, p. 11, Ann. 38). On 25 August 1992, Bosnia’s National Library was bombarded and an estimated 1.5 million volumes were destroyed (Riedlmayer Report, p. 19). The Court observes that, although the Respondent considers that there is no certainty as to who shelled these institutions, there is evidence that both the Institute for Oriental Studies in Sarajevo and the National Library were bombarded from Serb positions.

343. The Court notes that, in cross-examination of Mr. Riedlmayer, counsel for the Respondent pointed out that the municipalities included in Mr. Riedlmayer’s report only amounted to 25 per cent of the territory of Bosnia and Herzegovina. Counsel for the Respondent also called into question the methodology used by Mr. Riedlmayer in compiling his report. However, having closely examined Mr. Riedlmayer’s report and having listened to his testimony, the Court considers that Mr. Riedlmayer’s findings do constitute persuasive evidence as to the destruction of historical, cultural and religious heritage in Bosnia and Herzegovina albeit in a limited geographical area.

344. In light of the foregoing, the Court considers that there is conclusive evidence of the deliberate destruction of the historical, cultural and religious heritage of the protected group during the period in question. The Court takes note of the submission of the Applicant that the destruction of such heritage was “an essential part of the policy of ethnic purification” and was “an attempt to wipe out the traces of [the] very existence” of the Bosnian Muslims. However, in the Court’s view, the destruction of historical, cultural and religious heritage cannot be considered to constitute the deliberate infliction of conditions of life calculated to bring about the physical destruction of the group. Although such destruction may be highly significant inasmuch as it is directed to the elimination of all traces of the cultural or religious presence of a group, and contrary to other legal norms, it does not fall within the categories of acts of genocide set out in Article II of the Convention. In this regard, the Court observes that, during its consideration of the draft text of the Convention, the Sixth Committee of the General Assembly decided not to include cultural genocide in the list of punishable acts. Moreover, the ILC subsequently confirmed this approach, stating that:

“As clearly shown by the preparatory work for the Convention . . . , the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group.” (Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eighth Session, *Yearbook of the International Law Commission 1996*, Vol. II, Part Two, pp. 45-46, para. 12.)

Furthermore, the ICTY took a similar view in the *Krstić* case, finding that even in customary law, “despite recent developments”, the definition of acts of genocide is limited to those seeking the physical or biological destruction of a group (*Krstić*, IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, para. 580). The Court concludes that the destruction of historical, religious and cultural heritage cannot be considered to be a genocidal act within the meaning of Article II of the Genocide Convention. At the same time, it also endorses the observation made in the *Krstić* case that “where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group” (*ibid.*).

Camps

345. The Court notes that the Applicant has presented substantial evidence as to the conditions of life in the detention camps and much of this evidence has already been discussed in the sections regarding Articles II (a) and (b). The Court will briefly examine the evidence presented by the Applicant which relates specifically to the conditions of life in the principal camps.

(a) Drina River Valley

(i) Sušica camp

346. In the Sentencing Judgment in the case of Dragan Nikolić, the commander of Sušica camp, the ICTY found that he subjected detainees to inhumane living conditions by depriving them of adequate food, water, medical care, sleeping and toilet facilities (*Nikolić*, IT-94-2-S, Sentencing Judgment, 18 December 2003, para. 69).

(ii) Foča Kazнено-Popravni Dom camp

347. In the *Krnojelac* case, the ICTY Trial Chamber made the following findings regarding the conditions at the camp:

“the non-Serb detainees were forced to endure brutal and inadequate living conditions while being detained at the KP Dom, as a result of which numerous individuals have suffered lasting physical and psychological problems. Non-Serbs were locked in their rooms or in solitary confinement at all times except for meals and work duty, and kept in overcrowded rooms even though the prison had not reached its capacity. Because of the overcrowding, not everyone had a bed or even a mattress, and there were insufficient blankets. Hygienic conditions were poor. Access to baths or showers, with no hot water, was irregular at best. There were insufficient hygienic products and toiletries. The rooms in which the non-Serbs were held did not have sufficient heating during the harsh winter of 1992. Heaters were deliberately not placed in the rooms, windowpanes were left broken and clothes made from blankets to combat the cold were confiscated. Non-Serb detainees were fed starvation rations leading to severe weight loss and other health problems. They were not allowed to receive visits after April 1992 and therefore could not supplement their meagre food rations and hygienic supplies”. (*Krnojelac*, IT-97-25-T, Judgment, 15 March 2002, para. 440.)

(b) Prijedor

(i) Omarska camp

348. In the Trial Judgment in the *Kvočka et al.* case, the ICTY Trial Chamber provided the following description of the poor conditions in the Omarska camp based on the accounts of detainees:

“Detainees were kept in inhuman conditions and an atmosphere of extreme mental and physical violence pervaded the camp. Intimidation, extortion, beatings, and torture were customary practices. The arrival of new detainees, interrogations, mealtimes, and use of the toilet facilities provided recurrent opportunities for abuse. Outsiders entered the camp and were permitted to attack the detainees at random and at will . . .

.....

The Trial Chamber finds that the detainees received poor quality food that was often rotten or inedible, caused by the high temperatures and sporadic electricity during the summer of 1992. The food was sorely inadequate in quantity. Former detainees testified of the acute hunger they suffered in the camp: most lost 25 to 35 kilograms in body weight during their time at Omarska; some lost considerably more.” (*Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, Trial Chamber Judgment, 2 November 2001, paras. 45 and 55.)

(ii) Keraterm camp

349. The *Stakić* Trial Judgment contained the following description of conditions in the Keraterm camp based on multiple witness accounts:

“The detainees slept on wooden pallets used for the transport of goods or on bare concrete in a big storage room. The conditions were cramped and people often had to sleep on top of each other. In June 1992, Room 1, which according to witness statements was slightly larger than Courtroom 2 of this Tribunal (98.6 m²), held 320 people and the number continued to grow. The detainees were given one meal a day, made up of two small slices of bread and some sort of stew. The rations were insufficient for the detainees. Although families tried to deliver food and clothing every day they rarely succeeded. The detainees could see their families walking to the camp and leaving empty-handed, so in all likelihood someone at the gates of the camp took the food and prevented it from being distributed to the detainees.” (*Stakić*, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 163.)

(iii) Trnopolje camp

350. With respect to the Trnopolje camp, the *Stakić* Trial Judgment described the conditions as follows, noting that they were slightly better than at Omarska and Keraterm:

“The detainees were provided with food at least once a day and, for some time, the families of detainees were allowed to bring food. However the quantity of food available was insufficient and people often went hungry. Moreover, the water supply was insufficient and the toilet facilities inadequate. The majority of the detainees slept in the open air. Some devised makeshift . . . shelters of blankets and plastic bags. While clearly inadequate, the conditions in the Trnopolje camp were not as appalling as those that prevailed in Omarska and Keraterm.” (*Ibid.*, para. 190.)

(c) Banja Luka

Manjača camp

351. According to ICTY Trial Chamber in the *Plavšić* Sentencing Judgment:

“the sanitary conditions in Manjača were ‘disastrous . . . inhuman and really brutal’: the concept of sanitation did not exist. The temperature inside was low, the inmates slept on the concrete floor and they relieved themselves in the compound or in a bucket placed by the door at night. There was not enough water, and any water that became available was contaminated. In the first three months of Adil Draganović’s detention, Manjača was a ‘camp of hunger’ and when there was food available, it was of a very poor quality. The inmates were given two small meals per day, which

usually consisted of half a cup of warm tea, which was more like warm water, and a small piece of thin, 'transparent' bread. Between two and a half thousand men there were only 90 loaves of bread, with each loaf divided into 20 or 40 pieces. Most inmates lost between 20 and 30 kilograms of body weight while they were detained at Manjača. The witness believes that had the ICRC and UNHCR not arrived, the inmates would have died of starvation." (*Plavšić*, IT-00-39-S and 40/1-S, Sentencing Judgment, 27 February 2003, para. 48.)

(d) *Bosanski Šamac*

352. In its Judgment in the *Simić* case, the Trial Chamber made the following findings:

"the detainees who were imprisoned in the detention centres in Bosanski Šamac were confined under inhumane conditions. The prisoners were subjected to humiliation and degradation. The forced singing of 'Chetnik' songs and the verbal abuse of being called 'ustasha' or 'balija' were forms of such abuse and humiliation of the detainees. They did not have sufficient space, food or water. They suffered from unhygienic conditions, and they did not have appropriate access to medical care. These appalling detention conditions, the cruel and inhumane treatment through beatings and the acts of torture caused severe physical suffering, thus attacking the very fundamentals of human dignity . . . This was done because of the non-Serb ethnicity of the detainees." (*Simić*, IT-95-9-T, Judgment, 17 October 2003, para. 773.)

353. The Respondent does not deny that the camps in Bosnia and Herzegovina were in breach of humanitarian law and, in most cases, in breach of the law of war. However, it notes that, although a number of detention camps run by the Serbs in Bosnia and Herzegovina were the subject of investigation and trials at the ICTY, no conviction for genocide was handed down on account of any criminal acts committed in those camps. With specific reference to the Manjača camp, the Respondent points out that the Special Envoy of the United Nations Secretary-General visited the camp in 1992 and found that it was being run correctly and that a Muslim humanitarian organization also visited the camp and found that "material conditions were poor, especially concerning hygiene [b]ut there were no signs of maltreatment or execution of prisoners".

354. On the basis of the elements presented to it, the Court considers that there is convincing and persuasive evidence that terrible conditions were inflicted upon detainees of the camps. However, the evidence presented has not enabled the Court to find that those acts were accompanied by specific intent (*dolus specialis*) to destroy the protected group, in whole or in part. In this regard, the Court observes that, in none of the ICTY cases concerning camps cited above, has the Tribunal found that the accused acted with such specific intent (*dolus specialis*).

(8) Article II (d): Imposing measures to prevent births within the protected group

355. The Applicant invoked several arguments to show that measures were imposed to prevent births, contrary to the provision of Article II, paragraph (d) of the Genocide Convention. First, the Applicant claimed that the

“forced separation of male and female Muslims in Bosnia and Herzegovina, as systematically practised when various municipalities were occupied by the Serb forces . . . in all probability entailed a decline in the birth rate of the group, given the lack of physical contact over many months”.

The Court notes that no evidence was provided in support of this statement.

356. Secondly, the Applicant submitted that rape and sexual violence against women led to physical trauma which interfered with victims’ reproductive functions and in some cases resulted in infertility. However, the only evidence adduced by the Applicant was the indictment in the *Gagović* case before the ICTY in which the Prosecutor stated that one witness could no longer give birth to children as a result of the sexual abuse she suffered (*Gagović et al.*, IT-96-23-I, Initial Indictment, 26 June 1996, para. 7.10). In the Court’s view, an indictment by the Prosecutor does not constitute persuasive evidence (see paragraph 217 above). Moreover, it notes that the *Gagović* case did not proceed to trial due to the death of the accused.

357. Thirdly, the Applicant referred to sexual violence against men which prevented them from procreating subsequently. In support of this assertion, the Applicant noted that, in the *Tadić* case, the Trial Chamber found that, in Omarska camp, the prison guards forced one Bosnian Muslim man to bite off the testicles of another Bosnian Muslim man (*Tadić*, IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997, para. 198). The Applicant also cited a report in the newspaper, *Le Monde*, on a study by the World Health Organization and the European Union on sexual assaults on men during the conflict in Bosnia and Herzegovina, which alleged that sexual violence against men was practically always accompanied by threats to the effect that the victim would no longer produce Muslim children. The article in *Le Monde* also referred to a statement by the President of a non-governmental organization called the Medical Centre for Human Rights to the effect that approximately 5,000 non-Serb men were the victims of sexual violence. However, the Court notes that the article in *Le Monde* is only a secondary source. Moreover, the results of the World Health Organization and European Union study were only preliminary, and there is no indication as to how the Medical Centre for Human Rights arrived at the figure of 5,000 male victims of sexual violence.

358. Fourthly, the Applicant argued that rape and sexual violence against men and women led to psychological trauma which prevented victims from forming relationships and founding a family. In this regard, the Applicant noted that in the *Akayesu* case, the ICTR considered that “rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to

procreate” (*Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, para. 508). However, the Court notes that the Applicant presented no evidence that this was the case for women in Bosnia and Herzegovina.

359. Fifthly, the Applicant considered that Bosnian Muslim women who suffered sexual violence might be rejected by their husbands or not be able to find a husband. Again, the Court notes that no evidence was presented in support of this statement.

360. The Respondent considers that the Applicant “alleges no fact, puts forward no serious argument, and submits no evidence” for its allegations that rapes were committed in order to prevent births within a group and notes that the Applicant’s contention that there was a decline in births within the protected group is not supported by any evidence concerning the birth rate in Bosnia and Herzegovina either before or after the war.

361. Having carefully examined the arguments of the Parties, the Court finds that the evidence placed before it by the Applicant does not enable it to conclude that Bosnian Serb forces committed acts which could be qualified as imposing measures to prevent births in the protected group within the meaning of Article II (*d*) of the Convention.

* *

(9) Article II (*e*): Forcibly transferring children of the protected group to another group

362. The Applicant claims that rape was used “as a way of affecting the demographic balance by impregnating Muslim women with the sperm of Serb males” or, in other words, as “procreative rape”. The Applicant argues that children born as a result of these “forced pregnancies” would not be considered to be part of the protected group and considers that the intent of the perpetrators was to transfer the unborn children to the group of Bosnian Serbs.

363. As evidence for this claim, the Applicant referred to a number of sources including the following. In the indictment in the *Gagović et al.* case, the Prosecutor alleged that one of the witnesses was raped by two Bosnian Serb soldiers and that “[b]oth perpetrators told her that she would now give birth to Serb babies” (*Gagović et al.*, IT-96-23-I, Initial Indictment, 26 June 1996, para. 9.3). However, as in paragraph 356 above, the Court notes that an indictment cannot constitute persuasive evidence for the purposes of the case now before it and that the *Gagović* case did not proceed to trial. The Applicant further referred to the Report of the Commission of Experts which stated that one woman had been detained and raped daily by three or four soldiers and that “[s]he was told that she would give birth to a chetnik boy” (Report of the Commission of Experts, Vol. I, p. 59, para. 248).

364. The Applicant also cited the Review of the Indictment in the *Karadžić and Mladić* cases in which the Trial Chamber stated that “[s]ome camps were specially devoted to rape, with the aim of forcing the birth of Serbian offspring, the women often being interned until it was too late to undergo an abortion” and that “[i]t would seem that the aim of many rapes was enforced impregnation” (*Karadžić and Mladić*, IT-95-5-R61 and IT-95-18-R61, Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 64). However, the Court notes that this finding of the Trial Chamber was based only on the testimony of one *amicus curiae* and on the above-mentioned incident reported by the Commission of Experts (*ibid.*, para. 64, footnote 154).

365. Finally, the Applicant noted that in the *Kunarac* case, the ICTY Trial Chamber found that, after raping one of the witnesses, the accused had told her that “she would now carry a Serb baby and would not know who the father would be” (*Kunarac et al* cases, Nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001, para. 583).

366. The Respondent points out that Muslim women who had been raped gave birth to their babies in Muslim territory and consequently the babies would have been brought up not by Serbs but, on the contrary, by Muslims. Therefore, in its view, it cannot be claimed that the children were transferred from one group to the other.

367. The Court, on the basis of the foregoing elements, finds that the evidence placed before it by the Applicant does not establish that there was any form of policy of forced pregnancy, nor that there was any aim to transfer children of the protected group to another group within the meaning of Article II (*e*) of the Convention.

* *

(10) Alleged genocide outside Bosnia and Herzegovina

368. In the submissions in its Reply, the Applicant has claimed that the Respondent has violated its obligations under the Genocide Convention “by destroying in part, and attempting to destroy in whole, national, ethnical or religious groups within the, *but not limited to* the, territory of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population . . .” (emphasis added). The Applicant devoted a section in its Reply to the contention that acts of genocide, for which the Respondent was allegedly responsible, also took place on the territory of the FRY; these acts were similar to those perpetrated on Bosnian territory, and the constituent elements of “ethnic cleansing as a policy” were also found in the territory of the FRY. This question of genocide committed within the FRY was not actively pursued by the Applicant in the course of the oral argument before the Court; however, the submission quoted above was maintained in the final submissions presented at the hearings, and the Court must therefore address it. It was claimed by the Applicant

that the genocidal policy was aimed not only at citizens of Bosnia and Herzegovina, but also at Albanians, Sandžak Muslims, Croats, Hungarians and other minorities; however, the Applicant has not established to the satisfaction of the Court any facts in support of that allegation. The Court has already found (paragraph 196 above) that, for purposes of establishing genocide, the targeted group must be defined positively, and not as a “non-Serb” group.

369. The Applicant has not in its arguments dealt separately with the question of the nature of the specific intent (*dolus specialis*) alleged to accompany the acts in the FRY complained of. It does not appear to be contending that actions attributable to the Respondent, and committed on the territory of the FRY, were accompanied by a specific intent (*dolus specialis*), peculiar to or limited to that territory, in the sense that the objective was to eliminate the presence of non-Serbs in the FRY itself. The Court finds in any event that the evidence offered does not in any way support such a contention. What the Applicant has sought to do is to convince the Court of a pattern of acts said to evidence specific intent (*dolus specialis*) inspiring the actions of Serb forces in Bosnia and Herzegovina, involving the destruction of the Bosnian Muslims in that territory; and that same pattern lay, it is contended, behind the treatment of Bosnian Muslims in the camps established in the FRY, so that that treatment supports the pattern thesis. The Applicant has emphasized that the same treatment was meted out to those Bosnian Muslims as was inflicted on their compatriots in Bosnia and Herzegovina. The Court will thus now turn to the question whether the specific intent (*dolus specialis*) can be deduced, as contended by the Applicant, from the pattern of actions against the Bosnian Muslims taken as a whole.

* *

(11) The question of pattern of acts said to evidence an intent to commit genocide

370. In the light of its review of the factual evidence before it of the atrocities committed in Bosnia and Herzegovina in 1991-1995, the Court has concluded that, save for the events of July 1995 at Srebrenica, the necessary intent required to constitute genocide has not been conclusively shown in relation to each specific incident. The Applicant however relies on the alleged existence of an overall plan to commit genocide, indicated by the pattern of genocidal or potentially acts of genocide committed throughout the territory, against persons identified everywhere and in each case on the basis of their belonging to a specified group. In the case, for example, of the conduct of Serbs in the various camps (described in paragraphs 252-256, 262-273, 307-310 and 312-318 above), it suggests that “[t]he genocidal intent of the Serbs becomes particularly clear in the description of camp practices, due to their striking similarity all over the territory of Bosnia and Herzegovina”. Drawing attention to the similarities between actions attributed to the Serbs in Croatia, and the later events at, for example, Kosovo, the Applicant observed that

“it is not surprising that the picture of the takeovers and the following human and cultural destruction looks indeed similar from 1991 through 1999. These acts were perpetrated as the expression of one single project, which basically and effectively

included the destruction in whole or in part of the non-Serb group, wherever this ethnically and religiously defined group could be conceived as obstructing the all-Serbs-in-one-State group concept.”

371. The Court notes that this argument of the Applicant moves from the intent of the individual perpetrators of the alleged acts of genocide complained of, to the intent of higher authority, whether within the VRS or the Republika Srpska, or at the level of the Government of the Respondent itself. In the absence of an official statement of aims reflecting such an intent, the Applicant contends that the specific intent (*dolus specialis*) of those directing the course of events is clear from the consistency of practices, particularly in the camps, showing that the pattern was of acts committed “within an organized institutional framework”. However, something approaching an official statement of an overall plan is, the Applicant contends, to be found in the Decision on Strategic Goals issued on 12 May 1992 by Momčilo Krajišnik as the President of the National Assembly of Republika Srpska, published in the *Official Gazette* of the Republika Srpska, and the Court will first consider what significance that Decision may have in this context. The English translation of the Strategic Goals presented by the Parties during the hearings, taken from the Report of Expert Witness Donia in the *Milošević* case before the ICTY, Exhibit No. 537, reads as follows:

“DECISION ON THE STRATEGIC GOALS OF THE SERBIAN PEOPLE
IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

The Strategic Goals, i.e., the priorities, of the Serbian people in Bosnia and Herzegovina are:

1. Separation as a state from the other two ethnic communities.
2. A corridor between Semberija and Krajina.
3. The establishment of a corridor in the Drina River valley, i.e., the elimination of the border between Serbian states.
4. The establishment of a border on the Una and Neretva rivers.
5. The division of the city of Sarajevo into a Serbian part and a Muslim part, and the establishment of effective state authorities within each part.
6. An outlet to the sea for the Republika Srpska.”

While the Court notes that this document did not emanate from the Government of the Respondent, evidence before the Court of intercepted exchanges between President Milošević of Serbia and President Karadžić of the Republika Srpska is sufficient to show that the objectives defined represented their joint view.

372. The Parties have drawn the Court’s attention to statements in the Assembly by President Karadžić which appear to give conflicting interpretations of the first and major goal of these objectives, the first on the day they were adopted, the second two years later. On that first

occasion, the Applicant contended, he said: “It would be much better to solve this situation by political means. It would be best if a truce could be established right away and the borders set up, even if we lose something”. Two years later he said (according to the translation of his speech supplied by the Applicant):

“We certainly know that we must give up something — that is beyond doubt in so far as we want to achieve our first strategic goal: to drive our enemies by the force of war from their homes, that is the Croats and Muslims, so that we will no longer be together [with them] in a State.”

The Respondent disputes the accuracy of the translation, claiming that the stated goal was not “to drive our enemies by the force of war from their homes” but “to free the homes from the enemy”. The 1992 objectives do not include the elimination of the Bosnian Muslim population. The 1994 statement even on the basis of the Applicant’s translation, however shocking a statement, does not necessarily involve the intent to destroy in whole or in part the Muslim population in the enclaves. The Applicant’s argument does not come to terms with the fact that an essential motive of much of the Bosnian Serb leadership — to create a larger Serb State, by a war of conquest if necessary — did not necessarily require the destruction of the Bosnian Muslims and other communities, but their expulsion. The 1992 objectives, particularly the first one, were capable of being achieved by the displacement of the population and by territory being acquired, actions which the Respondent accepted (in the latter case at least) as being unlawful since they would be at variance with the inviolability of borders and the territorial integrity of a State which had just been recognized internationally. It is significant that in cases in which the Prosecutor has put the Strategic Goals in issue the ICTY has not characterized them as genocidal (see *Brđanin*, IT-99-36-T, Trial Chamber Judgment, 1 September 2004, para. 303 and *Stakić*, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, paras. 546-561 (in particular para. 548)). The Court does not see the 1992 Strategic Goals as establishing the specific intent.

373. Turning now to the Applicant’s contention that the very pattern of the atrocities committed over many communities, over a lengthy period, focussed on Bosnian Muslims and also Croats, demonstrates the necessary intent, the Court cannot agree with such a broad proposition. The *dolus specialis*, the specific intent to destroy the group in whole or in part, has to be convincingly shown by reference to particular circumstances, unless a general plan to that end can be convincingly demonstrated to exist; and for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent.

374. Furthermore, and again significantly, the proposition is not consistent with the findings of the ICTY relating to genocide or with the actions of the Prosecutor, including decisions not to charge genocide offences in possibly relevant indictments, and to enter into plea agreements, as in the *Plavšić* and *Sikirica et al.* cases (IT-00-40 and IT-95-8), by which the genocide-related charges were withdrawn. Those actions of the Prosecution and the Tribunal can be conveniently enumerated here. Prosecutions for genocide and related crimes before the ICTY can be grouped in the following way:

- (a) convictions in respect of charges involving genocide relating to Srebrenica in July 1995: *Krstić* (IT-98-33) (conviction of genocide at trial was reduced to aiding and abetting genocide on appeal) and *Blagojević* (IT-02-60) (conviction of complicity in genocide “through aiding and abetting” at trial is currently on appeal);

- (b) plea agreements in which such charges were withdrawn, with the accused pleading guilty to crimes against humanity: *Obrenović* (IT-02-60/2) and *Momir Nikolić* (IT-02-60/1);
- (c) acquittals on genocide-related charges in respect of events occurring elsewhere: *Krajišnik*, (paragraph 219 above) (on appeal), *Jelisić* (IT-95-10) (completed), *Stakić* (IT-97-24) (completed), *Brđanin* (IT-99-36) (on appeal) and *Sikirica* (IT-95-8) (completed);
- (d) cases in which genocide-related charges in respect of events occurring elsewhere were withdrawn: *Plavšić* (IT-00-39 and 40/1) (plea agreement), *Župljanin* (IT-99-36) (genocide-related charges withdrawn) and *Mejakić* (IT-95-4) (genocide-related charges withdrawn);
- (e) case in which the indictment charged genocide and related crimes in Srebrenica and elsewhere in which the accused died during the proceedings: *Milošević* (IT-02-54);
- (f) cases in which indictments charge genocide or related crimes in respect of events occurring elsewhere, in which accused have died before or during proceedings: *Kovačević and Drljača* (IT-97-24) and *Talić* (IT-99-36/1);
- (g) pending cases in which the indictments charge genocide and related crimes in Srebrenica and elsewhere: *Karadžić and Mladić* (IT-95-5/18); and
- (h) pending cases in which the indictments charge genocide and related crimes in Srebrenica: *Popović, Beara, Drago Nikolić, Borovčanin and Pandurević, Trbić* (IT-05-88/1) and *Tolimir* (IT-05-88/2).

375. In the cases of a number of accused, relating to events in July 1995 in Srebrenica, charges of genocide or its related acts have not been brought: *Erdemović* (IT-96-22) (completed), *Jokić* (IT-02-60) (on appeal), *Miletić and Gvero* (IT-05-88, part of the *Popović et al.* proceeding referred to in paragraph 374 (h) above), *Perišić* (IT-04-81) (pending) and *Stanišić and Simatović* (IT-03-69) (pending).

376. The Court has already concluded above that — save in the case of Srebrenica — the Applicant has not established that any of the widespread and serious atrocities, complained of as constituting violations of Article II, paragraphs (a) to (e), of the Genocide Convention, were accompanied by the necessary specific intent (*dolus specialis*) on the part of the perpetrators. It also finds that the Applicant has not established the existence of that intent on the part of the Respondent, either on the basis of a concerted plan, or on the basis that the events reviewed above reveal a consistent pattern of conduct which could only point to the existence of such intent. Having however concluded (paragraph 297 above), in the specific case of the massacres at Srebrenica in July 1995, that acts of genocide were committed in operations led by members of the VRS, the Court now turns to the question whether those acts are attributable to the Respondent.

*

* *

VII. The question of responsibility for events at Srebrenica under Article III, paragraph (a), of the Genocide Convention

(1) The alleged admission

377. The Court first notes that the Applicant contends that the Respondent has in fact recognized that genocide was committed at Srebrenica, and has accepted legal responsibility for it. The Applicant called attention to the following official declaration made by the Council of Ministers of the Respondent on 15 June 2005, following the showing on a Belgrade television channel on 2 June 2005 of a video-recording of the murder by a paramilitary unit of six Bosnian Muslim prisoners near Srebrenica (paragraph 289 above). The statement reads as follows:

“Those who committed the killings in Srebrenica, as well as those who ordered and organized that massacre represented neither Serbia nor Montenegro, but an undemocratic regime of terror and death, against whom the majority of citizens of Serbia and Montenegro put up the strongest resistance.

Our condemnation of crimes in Srebrenica does not end with the direct perpetrators. We demand the criminal responsibility of all who committed war crimes, organized them or ordered them, and not only in Srebrenica.

Criminals must not be heroes. Any protection of the war criminals, for whatever reason, is also a crime.”

The Applicant requests the Court to declare that this declaration “be regarded as a form of admission and as having decisive probative force regarding the attributability to the Yugoslav State of the Srebrenica massacre”.

378. It is for the Court to determine whether the Respondent is responsible for any acts of genocide which may be established. For purposes of a finding of this kind the Court may take into account any statements made by either party that appear to bear upon the matters in issue, and have been brought to its attention (cf. *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgments*, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 263 ff., paras. 32 ff.; *(New Zealand v. France)*, *ibid.*, pp. 465 ff., paras. 27 ff.; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, pp. 573-574, paras. 38-39), and may accord to them such legal effect as may be appropriate. However, in the present case, it appears to the Court that the declaration of 15 June 2005 was of a political nature; it was clearly not intended as an admission, which would have had a legal effect in complete contradiction to the submissions made by the Respondent before this Court, both at the time of the declaration and subsequently. The Court therefore does not find the statement of 15 June 2005 of assistance to it in determining the issues before it in the case.

(2) The test of responsibility

379. In view of the foregoing conclusions, the Court now must ascertain whether the international responsibility of the Respondent can have been incurred, on whatever basis, in connection with the massacres committed in the Srebrenica area during the period in question. For the reasons set out above, those massacres constituted the crime of genocide within the meaning of the Convention. For this purpose, the Court may be required to consider the following three issues in turn. First, it needs to be determined whether the acts of genocide could be attributed to the Respondent under the rules of customary international law of State responsibility; this means ascertaining whether the acts were committed by persons or organs whose conduct is attributable, specifically in the case of the events at Srebrenica, to the Respondent. Second, the Court will need to ascertain whether acts of the kind referred to in Article III of the Convention, other than genocide itself, were committed by persons or organs whose conduct is attributable to the Respondent under those same rules of State responsibility: that is to say, the acts referred to in Article III, paragraphs (b) to (e), one of these being complicity in genocide. Finally, it will be for the Court to rule on the issue as to whether the Respondent complied with its twofold obligation deriving from Article I of the Convention to prevent and punish genocide.

380. These three issues must be addressed in the order set out above, because they are so interrelated that the answer on one point may affect the relevance or significance of the others. Thus, if and to the extent that consideration of the first issue were to lead to the conclusion that some acts of genocide are attributable to the Respondent, it would be unnecessary to determine whether it may also have incurred responsibility under Article III, paragraphs (b) to (e), of the Convention for the same acts. Even though it is theoretically possible for the same acts to result in the attribution to a State of acts of genocide (contemplated by Art. III, para. (a)), conspiracy to commit genocide (Art. III, para. (b)), and direct and public incitement to commit genocide (Art. III, para. (c)), there would be little point, where the requirements for attribution are fulfilled under (a), in making a judicial finding that they are also satisfied under (b) and (c), since responsibility under (a) absorbs that under the other two. The idea of holding the same State responsible by attributing to it acts of “genocide” (Art. III, para. (a)), “attempt to commit genocide” (Art. III, para. (d)), and “complicity in genocide” (Art. III, para. (e)), in relation to the same actions, must be rejected as untenable both logically and legally.

381. On the other hand, there is no doubt that a finding by the Court that no acts that constitute genocide, within the meaning of Article II and Article III, paragraph (a), of the Convention, can be attributed to the Respondent will not free the Court from the obligation to determine whether the Respondent’s responsibility may nevertheless have been incurred through the attribution to it of the acts, or some of the acts, referred to in Article III, paragraphs (b) to (e). In particular, it is clear that acts of complicity in genocide can be attributed to a State to which no act of genocide could be attributed under the rules of State responsibility, the content of which will be considered below.

382. Furthermore, the question whether the Respondent has complied with its obligations to prevent and punish genocide arises in different terms, depending on the replies to the two preceding questions. It is only if the Court answers the first two questions in the negative that it will have to consider whether the Respondent fulfilled its obligation of prevention, in relation to the whole accumulation of facts constituting genocide. If a State is held responsible for an act of genocide (because it was committed by a person or organ whose conduct is attributable to the State), or for one of the other acts referred to in Article III of the Convention (for the same reason), then there is no point in asking whether it complied with its obligation of prevention in respect of the same acts, because logic dictates that a State cannot have satisfied an obligation to prevent genocide in which it actively participated. On the other hand, it is self-evident, as the Parties recognize, that if a State is not responsible for any of the acts referred to in Article III, paragraphs (a) to (e), of the Convention, this does not mean that its responsibility cannot be sought for a violation of the obligation to prevent genocide and the other acts referred to in Article III.

383. Finally, it should be made clear that, while, as noted above, a State's responsibility deriving from any of those acts renders moot the question whether it satisfied its obligation of prevention in respect of the same conduct, it does not necessarily render superfluous the question whether the State complied with its obligation to punish the perpetrators of the acts in question. It is perfectly possible for a State to incur responsibility at once for an act of genocide (or complicity in genocide, incitement to commit genocide, or any of the other acts enumerated in Article III) committed by a person or organ whose conduct is attributable to it, and for the breach by the State of its obligation to punish the perpetrator of the act: these are two distinct internationally wrongful acts attributable to the State, and both can be asserted against it as bases for its international responsibility.

384. Having thus explained the interrelationship among the three issues set out above (paragraph 379), the Court will now proceed to consider the first of them. This is the question whether the massacres committed at Srebrenica during the period in question, which constitute the crime of genocide within the meaning of Articles II and III, paragraph (a), of the Convention, are attributable, in whole or in part, to the Respondent. This question has in fact two aspects, which the Court must consider separately. First, it should be ascertained whether the acts committed at Srebrenica were perpetrated by organs of the Respondent, i.e., by persons or entities whose conduct is necessarily attributable to it, because they are in fact the instruments of its action. Next, if the preceding question is answered in the negative, it should be ascertained whether the acts in question were committed by persons who, while not organs of the Respondent, did nevertheless act on the instructions of, or under the direction or control of, the Respondent.

(3) The question of attribution of the Srebrenica genocide to the Respondent on the basis of the conduct of its organs

385. The first of these two questions relates to the well-established rule, one of the cornerstones of the law of State responsibility, that the conduct of any State organ is to be considered an act of the State under international law, and therefore gives rise to the responsibility of the State if it constitutes a breach of an international obligation of the State. This rule, which is one of customary international law, is reflected in Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility as follows:

“Article 4

Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.”

386. When applied to the present case, this rule first calls for a determination whether the acts of genocide committed in Srebrenica were perpetrated by “persons or entities” having the status of organs of the Federal Republic of Yugoslavia (as the Respondent was known at the time) under its internal law, as then in force. It must be said that there is nothing which could justify an affirmative response to this question. It has not been shown that the FRY army took part in the massacres, nor that the political leaders of the FRY had a hand in preparing, planning or in any way carrying out the massacres. It is true that there is much evidence of direct or indirect participation by the official army of the FRY, along with the Bosnian Serb armed forces, in military operations in Bosnia and Herzegovina in the years prior to the events at Srebrenica. That participation was repeatedly condemned by the political organs of the United Nations, which demanded that the FRY put an end to it (see, for example, Security Council resolutions 752 (1992), 757 (1992), 762 (1992), 819 (1993), 838 (1993)). It has however not been shown that there was any such participation in relation to the massacres committed at Srebrenica (see also paragraphs 278 to 297 above). Further, neither the Republika Srpska, nor the VRS were *de jure* organs of the FRY, since none of them had the status of organ of that State under its internal law.

387. The Applicant has however claimed that all officers in the VRS, including General Mladić, remained under FRY military administration, and that their salaries were paid from Belgrade right up to 2002, and accordingly contends that these officers “were *de jure* organs of [the FRY], intended by their superiors to serve in Bosnia and Herzegovina with the VRS”. On this basis it has been alleged by the Applicant that those officers, in addition to being officers of the VRS, remained officers of the VJ, and were thus *de jure* organs of the Respondent (paragraph 238 above). The Respondent however asserts that only some of the VRS officers were being

“administered” by the 30th Personnel Centre in Belgrade, so that matters like their payment, promotion, pension, etc., were being handled from the FRY (paragraph 238 above); and that it has not been clearly established whether General Mladić was one of them. The Applicant has shown that the promotion of Mladić to the rank of Colonel General on 24 June 1994 was handled in Belgrade, but the Respondent emphasizes that this was merely a verification for administrative purposes of a promotion decided by the authorities of the Republika Srpska.

388. The Court notes first that no evidence has been presented that either General Mladić or any of the other officers whose affairs were handled by the 30th Personnel Centre were, according to the internal law of the Respondent, officers of the army of the Respondent — a *de jure* organ of the Respondent. Nor has it been conclusively established that General Mladić was one of those officers; and even on the basis that he might have been, the Court does not consider that he would, for that reason alone, have to be treated as an organ of the FRY for the purposes of the application of the rules of State responsibility. There is no doubt that the FRY was providing substantial support, *inter alia*, financial support, to the Republika Srpska (cf. paragraph 241 above), and that one of the forms that support took was payment of salaries and other benefits to some officers of the VRS, but this did not automatically make them organs of the FRY. Those officers were appointed to their commands by the President of the Republika Srpska, and were subordinated to the political leadership of the Republika Srpska. In the absence of evidence to the contrary, those officers must be taken to have received their orders from the Republika Srpska or the VRS, not from the FRY. The expression “State organ”, as used in customary international law and in Article 4 of the ILC Articles, applies to one or other of the individual or collective entities which make up the organization of the State and act on its behalf (cf. ILC Commentary to Art. 4, para. (1)). The functions of the VRS officers, including General Mladić, were however to act on behalf of the Bosnian Serb authorities, in particular the Republika Srpska, not on behalf of the FRY; they exercised elements of the public authority of the Republika Srpska. The particular situation of General Mladić, or of any other VRS officer present at Srebrenica who may have been being “administered” from Belgrade, is not therefore such as to lead the Court to modify the conclusion reached in the previous paragraph.

389. The issue also arises as to whether the Respondent might bear responsibility for the acts of the “Scorpions” in the Srebrenica area. In this connection, the Court will consider whether it has been proved that the Scorpions were a *de jure* organ of the Respondent. It is in dispute between the Parties as to when the “Scorpions” became incorporated into the forces of the Respondent. The Applicant has claimed that incorporation occurred by a decree of 1991 (which has not been produced as an Annex). The Respondent states that “these regulations [were] relevant exclusively for the war in Croatia in 1991” and that there is no evidence that they remained in force in 1992 in Bosnia and Herzegovina. The Court observes that, while the single State of Yugoslavia was disintegrating at that time, it is the status of the “Scorpions” in mid-1995 that is of relevance to the present case. In two of the intercepted documents presented by the Applicant (the authenticity of which was queried — see paragraph 289 above), there is reference to the “Scorpions” as “MUP of Serbia” and “a unit of Ministry of Interiors of Serbia”. The Respondent identified the senders of these communications, Ljubiša Borovčanin and Savo Cvjetinović, as being “officials of the police

forces of Republika Srpska”. The Court observes that neither of these communications was addressed to Belgrade. Judging on the basis of these materials, the Court is unable to find that the “Scorpions” were, in mid-1995, *de jure* organs of the Respondent. Furthermore, the Court notes that in any event the act of an organ placed by a State at the disposal of another public authority shall not be considered an act of that State if the organ was acting on behalf of the public authority at whose disposal it had been placed.

390. The argument of the Applicant however goes beyond mere contemplation of the status, under the Respondent’s internal law, of the persons who committed the acts of genocide; it argues that Republika Srpska and the VRS, as well as the paramilitary militias known as the “Scorpions”, the “Red Berets”, the “Tigers” and the “White Eagles” must be deemed, notwithstanding their apparent status, to have been “*de facto* organs” of the FRY, in particular at the time in question, so that all of their acts, and specifically the massacres at Srebrenica, must be considered attributable to the FRY, just as if they had been organs of that State under its internal law; reality must prevail over appearances. The Respondent rejects this contention, and maintains that these were not *de facto* organs of the FRY.

391. The first issue raised by this argument is whether it is possible in principle to attribute to a State conduct of persons — or groups of persons — who, while they do not have the legal status of State organs, in fact act under such strict control by the State that they must be treated as its organs for purposes of the necessary attribution leading to the State’s responsibility for an internationally wrongful act. The Court has in fact already addressed this question, and given an answer to it in principle, in its Judgment of 27 June 1986 in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 62-64)*. In paragraph 109 of that Judgment the Court stated that it had to

“determine . . . whether or not the relationship of the *contras* to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the *contras*, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government” (p. 62).

Then, examining the facts in the light of the information in its possession, the Court observed that “there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf” (para. 109), and went on to conclude that “the evidence available to the Court . . . is insufficient to demonstrate [the *contras*] complete dependence on United States aid”, so that the Court was “unable to determine that the *contra* force may be equated for legal purposes with the forces of the United States” (pp. 62-63, para. 110).

392. The passages quoted show that, according to the Court’s jurisprudence, persons, groups of persons or entities may, for purposes of international responsibility, be equated with State organs even if that status does not follow from internal law, provided that in fact the persons, groups or entities act in “complete dependence” on the State, of which they are ultimately merely the instrument. In such a case, it is appropriate to look beyond legal status alone, in order to grasp the reality of the relationship between the person taking action, and the State to which he is so closely

attached as to appear to be nothing more than its agent: any other solution would allow States to escape their international responsibility by choosing to act through persons or entities whose supposed independence would be purely fictitious.

393. However, so to equate persons or entities with State organs when they do not have that status under internal law must be exceptional, for it requires proof of a particularly great degree of State control over them, a relationship which the Court's Judgment quoted above expressly described as "complete dependence". It remains to be determined in the present case whether, at the time in question, the persons or entities that committed the acts of genocide at Srebrenica had such ties with the FRY that they can be deemed to have been completely dependent on it; it is only if this condition is met that they can be equated with organs of the Respondent for the purposes of its international responsibility.

394. The Court can only answer this question in the negative. At the relevant time, July 1995, neither the Republika Srpska nor the VRS could be regarded as mere instruments through which the FRY was acting, and as lacking any real autonomy. While the political, military and logistical relations between the federal authorities in Belgrade and the authorities in Pale, between the Yugoslav army and the VRS, had been strong and close in previous years (see paragraph 238 above), and these ties undoubtedly remained powerful, they were, at least at the relevant time, not such that the Bosnian Serbs' political and military organizations should be equated with organs of the FRY. It is even true that differences over strategic options emerged at the time between Yugoslav authorities and Bosnian Serb leaders; at the very least, these are evidence that the latter had some qualified, but real, margin of independence. Nor, notwithstanding the very important support given by the Respondent to the Republika Srpska, without which it could not have "conduct[ed] its crucial or most significant military and paramilitary activities" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 63, para. 111), did this signify a total dependence of the Republika Srpska upon the Respondent.

395. The Court now turns to the question whether the "Scorpions" were in fact acting in complete dependence on the Respondent. The Court has not been presented with materials to indicate this. The Court also notes that, in giving his evidence, General Dannatt, when asked under whose control or whose authority the paramilitary groups coming from Serbia were operating, replied, "they would have been under the command of Mladić and part of the chain of the command of the VRS". The Parties referred the Court to the *Stanišić and Simatović* case (IT-03-69, pending); notwithstanding that the defendants are not charged with genocide in that case, it could have its relevance for illuminating the status of the "Scorpions" as Serbian MUP or otherwise. However, the Court cannot draw further conclusions as this case remains at the indictment stage. In this respect, the Court recalls that it can only form its opinion on the basis of the information which has been brought to its notice at the time when it gives its decision, and which emerges from the pleadings and documents in the case file, and the arguments of the Parties made during the oral exchanges.

The Court therefore finds that the acts of genocide at Srebrenica cannot be attributed to the Respondent as having been committed by its organs or by persons or entities wholly dependent upon it, and thus do not on this basis entail the Respondent's international responsibility.

(4) The question of attribution of the Srebrenica genocide to the Respondent on the basis of direction or control

396. As noted above (paragraph 384), the Court must now determine whether the massacres at Srebrenica were committed by persons who, though not having the status of organs of the Respondent, nevertheless acted on its instructions or under its direction or control, as the Applicant argues in the alternative; the Respondent denies that such was the case.

397. The Court must emphasize, at this stage in its reasoning, that the question just stated is not the same as those dealt with thus far. It is obvious that it is different from the question whether the persons who committed the acts of genocide had the status of organs of the Respondent under its internal law; nor however, and despite some appearance to the contrary, is it the same as the question whether those persons should be equated with State organs *de facto*, even though not enjoying that status under internal law. The answer to the latter question depends, as previously explained, on whether those persons were in a relationship of such complete dependence on the State that they cannot be considered otherwise than as organs of the State, so that all their actions performed in such capacity would be attributable to the State for purposes of international responsibility. Having answered that question in the negative, the Court now addresses a completely separate issue: whether, in the specific circumstances surrounding the events at Srebrenica the perpetrators of genocide were acting on the Respondent's instructions, or under its direction or control. An affirmative answer to this question would in no way imply that the perpetrators should be characterized as organs of the FRY, or equated with such organs. It would merely mean that the FRY's international responsibility would be incurred owing to the conduct of those of its own organs which gave the instructions or exercised the control resulting in the commission of acts in breach of its international obligations. In other words, it is no longer a question of ascertaining whether the persons who directly committed the genocide were acting as organs of the FRY, or could be equated with those organs — this question having already been answered in the negative. What must be determined is whether FRY organs — incontestably having that status under the FRY's internal law — originated the genocide by issuing instructions to the perpetrators or exercising direction or control, and whether, as a result, the conduct of organs of the Respondent, having been the cause of the commission of acts in breach of its international obligations, constituted a violation of those obligations.

398. On this subject the applicable rule, which is one of customary law of international responsibility, is laid down in Article 8 of the ILC Articles on State Responsibility as follows:

“Article 8

Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

399. This provision must be understood in the light of the Court's jurisprudence on the subject, particularly that of the 1986 Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* referred to above (paragraph 391). In that Judgment the Court, as noted above, after having rejected the argument that the *contras* were to be equated with organs of the United States because they were "completely dependent" on it, added that the responsibility of the Respondent could still arise if it were proved that it had itself "directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 64, para. 115); this led to the following significant conclusion:

"For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed." (*Ibid.*, p. 65.)

400. The test thus formulated differs in two respects from the test — described above — to determine whether a person or entity may be equated with a State organ even if not having that status under internal law. First, in this context it is not necessary to show that the persons who performed the acts alleged to have violated international law were in general in a relationship of "complete dependence" on the respondent State; it has to be proved that they acted in accordance with that State's instructions or under its "effective control". It must however be shown that this "effective control" was exercised, or that the State's instructions were given, in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or groups of persons having committed the violations.

401. The Applicant has, it is true, contended that the crime of genocide has a particular nature, in that it may be composed of a considerable number of specific acts separate, to a greater or lesser extent, in time and space. According to the Applicant, this particular nature would justify, among other consequences, assessing the "effective control" of the State allegedly responsible, not in relation to each of these specific acts, but in relation to the whole body of operations carried out by the direct perpetrators of the genocide. The Court is however of the view that the particular characteristics of genocide do not justify the Court in departing from the criterion elaborated in the Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (see paragraph 399 above). The rules for attributing alleged internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis*. Genocide will be considered as attributable to a State if and to the extent that the physical acts constitutive of genocide that have been committed by organs or persons other than the State's own agents were carried out, wholly or in part, on the instructions or directions of the State, or under its effective control. This is the state of customary international law, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility.

402. The Court notes however that the Applicant has further questioned the validity of applying, in the present case, the criterion adopted in the *Military and Paramilitary Activities* Judgment. It has drawn attention to the Judgment of the ICTY Appeals Chamber in the *Tadić* case (IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999). In that case the Chamber did not follow the jurisprudence of the Court in the *Military and Paramilitary Activities* case: it held that the appropriate criterion,

applicable in its view both to the characterization of the armed conflict in Bosnia and Herzegovina as international, and to imputing the acts committed by Bosnian Serbs to the FRY under the law of State responsibility, was that of the “overall control” exercised over the Bosnian Serbs by the FRY; and further that that criterion was satisfied in the case (on this point, *ibid.*, para. 145). In other words, the Appeals Chamber took the view that acts committed by Bosnian Serbs could give rise to international responsibility of the FRY on the basis of the overall control exercised by the FRY over the Republika Srpska and the VRS, without there being any need to prove that each operation during which acts were committed in breach of international law was carried out on the FRY’s instructions, or under its effective control.

403. The Court has given careful consideration to the Appeals Chamber’s reasoning in support of the foregoing conclusion, but finds itself unable to subscribe to the Chamber’s view. First, the Court observes that the ICTY was not called upon in the *Tadić* case, nor is it in general called upon, to rule on questions of State responsibility, since its jurisdiction is criminal and extends over persons only. Thus, in that Judgment the Tribunal addressed an issue which was not indispensable for the exercise of its jurisdiction. As stated above, the Court attaches the utmost importance to the factual and legal findings made by the ICTY in ruling on the criminal liability of the accused before it and, in the present case, the Court takes fullest account of the ICTY’s trial and appellate judgments dealing with the events underlying the dispute. The situation is not the same for positions adopted by the ICTY on issues of general international law which do not lie within the specific purview of its jurisdiction and, moreover, the resolution of which is not always necessary for deciding the criminal cases before it.

404. This is the case of the doctrine laid down in the *Tadić* Judgment. Insofar as the “overall control” test is employed to determine whether or not an armed conflict is international, which was the sole question which the Appeals Chamber was called upon to decide, it may well be that the test is applicable and suitable; the Court does not however think it appropriate to take a position on the point in the present case, as there is no need to resolve it for purposes of the present Judgment. On the other hand, the ICTY presented the “overall control” test as equally applicable under the law of State responsibility for the purpose of determining — as the Court is required to do in the present case — when a State is responsible for acts committed by paramilitary units, armed forces which are not among its official organs. In this context, the argument in favour of that test is unpersuasive.

405. It should first be observed that logic does not require the same test to be adopted in resolving the two issues, which are very different in nature: the degree and nature of a State’s involvement in an armed conflict on another State’s territory which is required for the conflict to be characterized as international, can very well, and without logical inconsistency, differ from the degree and nature of involvement required to give rise to that State’s responsibility for a specific act committed in the course of the conflict.

406. It must next be noted that the “overall control” test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. That is true of acts carried out by its official organs, and also by persons or entities which are not formally recognized as official organs

under internal law but which must nevertheless be equated with State organs because they are in a relationship of complete dependence on the State. Apart from these cases, a State's responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons — neither State organs nor to be equated with such organs — only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in Article 8 cited above (paragraph 398). This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful act acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed. In this regard the “overall control” test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State's organs and its international responsibility.

407. Thus it is on the basis of its settled jurisprudence that the Court will determine whether the Respondent has incurred responsibility under the rule of customary international law set out in Article 8 of the ILC Articles on State Responsibility.

*

408. The Respondent has emphasized that in the final judgments of the Chambers of the ICTY relating to genocide in Srebrenica, none of its leaders have been found to have been implicated. The Applicant does not challenge that reading, but makes the point that that issue has not been before the ICTY for decision. The Court observes that the ICTY has indeed not up to the present been directly concerned in final judgments with the question whether those leaders might bear responsibility in that respect. The Court notes the fact that the report of the United Nations Secretary-General does not establish any direct involvement by President Milošević with the massacre. The Court has already recorded the contacts between Milošević and the United Nations on 10 and 11 July (paragraph 285). On 14 July, as recorded in the Secretary-General's Report,

“the European Union negotiator, Mr. Bildt, travelled to Belgrade to meet with President Milošević. The meeting took place at Dobanovci, the hunting lodge outside Belgrade, where Mr. Bildt had met President and General Mladić one week earlier. According to Mr. Bildt's public account of that second meeting, he pressed the President to arrange immediate access for UNHCR to assist the people of Srebrenica, and for ICRC to start to register those who were being treated by the BSA as prisoners of war. He also insisted that the Netherlands soldiers be allowed to leave at will. Mr. Bildt added that the international community would not tolerate an attack on Goražde, and that a ‘green light’ would have to be secured for free and unimpeded access to the enclaves. He also demanded that the road between Kiseljak and Sarajevo (‘Route Swan’) be opened to all non-military transport. President Milošević apparently acceded to the various demands, but also claimed that he did not have control over the matter. Milošević had also apparently explained, earlier in the meeting, that the whole incident had been provoked by escalating Muslim attacks from the enclave, in violation of the 1993 demilitarization agreement.

A few hours into the meeting, General Mladić arrived at Dobanovci. Mr. Bildt noted that General Mladić readily agreed to most of the demands on Srebrenica, but remained opposed to some of the arrangements pertaining to the other enclaves, Sarajevo in particular. Eventually, with President Milošević's intervention, it appeared that an agreement in principle had been reached. It was decided that another meeting would be held the next day in order to confirm the arrangements. Mr. Bildt had already arranged with Mr. Stoltenberg and Mr. Akashi [the Special Representative of the Secretary-General] that they would join him in Belgrade. He also requested that the UNPROFOR Commander also come to Belgrade in order to finalize some of the military details with Mladić." (A/54/549, paras. 372-373.)

409. By 19 July, on the basis of the Belgrade meeting, Mr. Akashi was hopeful that both President Milošević and General Mladić might show some flexibility. The UNPROFOR Commander met with Mladić on 19 July and throughout the meeting kept in touch with Mr. Bildt who was holding parallel negotiations with President Milošević in Belgrade. Mladić gave his version of the events of the preceding days (his troops had "'finished [it] in a correct way"; some "'unfortunate small incidents' had occurred"). The UNPROFOR Commander and Mladić then signed an agreement which provided for

"ICRC access to all 'reception centres' where the men and boys of Srebrenica were being held, by the next day;

UNHCR and humanitarian aid convoys to be given access to Srebrenica;

The evacuation of wounded from Potočari, as well as the hospital in Bratunac;

The return of Dutchbat weapons and equipment taken by the BSA;

The transfer of Dutchbat out of the enclave commencing on the afternoon of 21 July, following the evacuation of the remaining women, children and elderly who wished to leave.

Subsequent to the signing of this agreement, the Special Representative wrote to President Milošević, reminding him of the agreement, that had not yet been honoured, to allow ICRC access to Srebrenica. The Special Representative later also telephoned President Milošević to reiterate the same point." (*Ibid.*, para. 392.)

410. The Court was referred to other evidence supporting or denying the Respondent's effective control over, participation in, involvement in, or influence over the events in and around Srebrenica in July 1995. The Respondent quotes two substantial reports prepared seven years after the events, both of which are in the public domain, and readily accessible. The first, *Srebrenica* — a "safe" area, published in 2002 by the Netherlands Institute for War Documentation was prepared

over a lengthy period by an expert team. The Respondent has drawn attention to the fact that this report contains no suggestion that the FRY leadership was involved in planning the attack or inciting the killing of non-Serbs; nor any hard evidence of assistance by the Yugoslav army to the armed forces of the Republika Srpska before the attack; nor any suggestion that the Belgrade Government had advance knowledge of the attack. The Respondent also quotes this passage from point 10 of the Epilogue to the Report relating to the “mass slaughter” and “the executions” following the fall of Srebrenica: “There is no evidence to suggest any political or military liaison with Belgrade, and in the case of this mass murder such a liaison is highly improbable.” The Respondent further observes that the Applicant’s only response to this submission is to point out that “the report, by its own admission, is not exhaustive”, and that this Court has been referred to evidence not used by the authors.

411. The Court observes, in respect of the Respondent’s submissions, that the authors of the Report do conclude that Belgrade was aware of the intended attack on Srebrenica. They record that the Dutch Military Intelligence Service and another Western intelligence service concluded that the July 1995 operations were co-ordinated with Belgrade (Part III, Chap. 7, Sect. 7). More significantly for present purposes, however, the authors state that “there is no evidence to suggest participation in the preparations for executions on the part of Yugoslav military personnel or the security agency (RDB). In fact there is some evidence to support the opposite view . . .” (Part IV, Chap. 2, Sect. 20). That supports the passage from point 10 of the Epilogue quoted by the Respondent, which was preceded by the following sentence: “Everything points to a central decision by the General Staff of the VRS.”

412. The second report is *Balkan Battlegrounds*, prepared by the United States Central Intelligence Agency, also published in 2002. The first volume under the heading “The Possibility of Yugoslav involvement” arrives at the following conclusion:

“No basis has been established to implicate Belgrade’s military or security forces in the post-Srebrenica atrocities. While there are indications that the VJ or RDB [the Serbian State Security Department] may have contributed elements to the Srebrenica battle, there is no similar evidence that Belgrade-directed forces were involved in any of the subsequent massacres. Eyewitness accounts by survivors may be imperfect recollections of events, and details may have been overlooked. Narrations and other available evidence suggest that only Bosnian Serb troops were employed in the atrocities and executions that followed the military conquest of Srebrenica.” (*Balkan Battlegrounds*, p. 353.)

The response of the Applicant was to quote an earlier passage which refers to reports which “suggest” that VJ troops and possibly elements of the Serbian State Security Department may have been engaged in the battle in Srebrenica — as indeed the second sentence of the passage quoted by the Respondent indicates. It is a cautious passage, and significantly gives no indication of any involvement by the Respondent in the post-conflict atrocities which are the subject of

genocide-related convictions. Counsel for the Respondent also quoted from the evidence of the Deputy Commander of Dutchbat, given in the *Milošević* trial, in which the accused put to the officer the point quoted earlier from the Epilogue to the Netherlands report. The officer responded:

“At least for me, I did not have any evidence that it was launched in co-operation with Belgrade. And again, I read all kinds of reports and opinions and papers where all kinds of scenarios were analysed, and so forth. Again, I do not have any proof that the action, being the attack on the enclave, was launched in co-operation with Belgrade.”

The other evidence on which the Applicant relied relates to the influence, rather than the control, that President Milošević had or did not have over the authorities in Pale. It mainly consists of the evidence given at the *Milošević* trial by Lord Owen and General Wesley Clark and also Lord Owen's publications. It does not establish a factual basis for finding the Respondent responsible on a basis of direction or control.

* *

(5) Conclusion as to responsibility for events at Srebrenica under Article III, paragraph (a), of the Genocide Convention

413. In the light of the information available to it, the Court finds, as indicated above, that it has not been established that the massacres at Srebrenica were committed by persons or entities ranking as organs of the Respondent (see paragraph 395 above). It finds also that it has not been established that those massacres were committed on the instructions, or under the direction of organs of the Respondent State, nor that the Respondent exercised effective control over the operations in the course of which those massacres, which, as indicated in paragraph 297 above, constituted the crime of genocide, were perpetrated.

The Applicant has not proved that instructions were issued by the federal authorities in Belgrade, or by any other organ of the FRY, to commit the massacres, still less that any such instructions were given with the specific intent (*dolus specialis*) characterizing the crime of genocide, which would have had to be present in order for the Respondent to be held responsible on this basis. All indications are to the contrary: that the decision to kill the adult male population of the Muslim community in Srebrenica was taken by some members of the VRS Main Staff, but without instructions from or effective control by the FRY.

As for the killings committed by the “Scorpions” paramilitary militias, notably at Trnovo (paragraph 289 above), even if it were accepted that they were an element of the genocide committed in the Srebrenica area, which is not clearly established by the decisions thus far rendered by the ICTY (see, in particular, the Trial Chamber's decision of 12 April 2006 in the *Stanišić and Simatović* case, IT-03-69), it has not been proved that they took place either on the instructions or under the control of organs of the FRY.

414. Finally, the Court observes that none of the situations, other than those referred to in Articles 4 and 8 of the ILC's Articles on State Responsibility, in which specific conduct may be attributed to a State, matches the circumstances of the present case in regard to the possibility of attributing the genocide at Srebrenica to the Respondent. The Court does not see itself required to decide at this stage whether the ILC's Articles dealing with attribution, apart from Articles 4 and 8, express present customary international law, it being clear that none of them apply in this case. The acts constituting genocide were not committed by persons or entities which, while not being organs of the FRY, were empowered by it to exercise elements of the governmental authority (Art. 5), nor by organs placed at the Respondent's disposal by another State (Art. 6), nor by persons in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities of the Respondent (Art. 9); finally, the Respondent has not acknowledged and adopted the conduct of the perpetrators of the acts of genocide as its own (Art. 11).

415. The Court concludes from the foregoing that the acts of those who committed genocide at Srebrenica cannot be attributed to the Respondent under the rules of international law of State responsibility: thus, the international responsibility of the Respondent is not engaged on this basis.

*

* *

VIII. The question of responsibility, in respect of Srebrenica, for acts enumerated in Article III, paragraphs (b) to (e), of the Genocide Convention

416. The Court now comes to the second of the questions set out in paragraph 379 above, namely, that relating to the Respondent's possible responsibility on the ground of one of the acts related to genocide enumerated in Article III of the Convention. These are: conspiracy to commit genocide (Art. III, para. (b)), direct and public incitement to commit genocide (Art. III, para. (c)), attempt to commit genocide (Art. III, para. (d)) — though no claim is made under this head in the Applicant's final submissions in the present case — and complicity in genocide (Art. III, para. (e)). For the reasons already stated (paragraph 380 above), the Court must make a finding on this matter inasmuch as it has replied in the negative to the previous question, that of the Respondent's responsibility in the commission of the genocide itself.

417. It is clear from an examination of the facts of the case that subparagraphs (b) and (c) of Article III are irrelevant in the present case. It has not been proved that organs of the FRY, or persons acting on the instructions or under the effective control of that State, committed acts that could be characterized as "[c]onspiracy to commit genocide" (Art. III, para. (b)), or as "[d]irect and public incitement to commit genocide" (Art. III, para. (c)), if one considers, as is appropriate, only the events in Srebrenica. As regards paragraph (b), what was said above regarding the attribution to the Respondent of acts of genocide, namely that the massacres were perpetrated by persons and

groups of persons (the VRS in particular) who did not have the character of organs of the Respondent, and did not act on the instructions or under the effective control of the Respondent, is sufficient to exclude the latter's responsibility in this regard. As regards subparagraph (c), none of the information brought to the attention of the Court is sufficient to establish that organs of the Respondent, or persons acting on its instructions or under its effective control, directly and publicly incited the commission of the genocide in Srebrenica; nor is it proven, for that matter, that such organs or persons incited the commission of acts of genocide anywhere else on the territory of Bosnia and Herzegovina. In this respect, the Court must only accept precise and incontrovertible evidence, of which there is clearly none.

418. A more delicate question is whether it can be accepted that acts which could be characterized as "complicity in genocide", within the meaning of Article III, paragraph (e), can be attributed to organs of the Respondent or to persons acting under its instructions or under its effective control.

This question calls for some preliminary comment.

419. First, the question of "complicity" is to be distinguished from the question, already considered and answered in the negative, whether the perpetrators of the acts of genocide committed in Srebrenica acted on the instructions of or under the direction or effective control of the organs of the FRY. It is true that in certain national systems of criminal law, giving instructions or orders to persons to commit a criminal act is considered as the mark of complicity in the commission of that act. However, in the particular context of the application of the law of international responsibility in the domain of genocide, if it were established that a genocidal act had been committed on the instructions or under the direction of a State, the necessary conclusion would be that the genocide was attributable to the State, which would be directly responsible for it, pursuant to the rule referred to above (paragraph 398), and no question of complicity would arise. But, as already stated, that is not the situation in the present case.

However there is no doubt that "complicity", in the sense of Article III, paragraph (e), of the Convention, includes the provision of means to enable or facilitate the commission of the crime; it is thus on this aspect that the Court must focus. In this respect, it is noteworthy that, although "complicity", as such, is not a notion which exists in the current terminology of the law of international responsibility, it is similar to a category found among the customary rules constituting the law of State responsibility, that of the "aid or assistance" furnished by one State for the commission of a wrongful act by another State.

420. In this connection, reference should be made to Article 16 of the ILC's Articles on State Responsibility, reflecting a customary rule, which reads as follows:

"Article 16

Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.”

Although this provision, because it concerns a situation characterized by a relationship between two States, is not directly relevant to the present case, it nevertheless merits consideration. The Court sees no reason to make any distinction of substance between “complicity in genocide”, within the meaning of Article III, paragraph (e), of the Convention, and the “aid or assistance” of a State in the commission of a wrongful act by another State within the meaning of the aforementioned Article 16— setting aside the hypothesis of the issue of instructions or directions or the exercise of effective control, the effects of which, in the law of international responsibility, extend beyond complicity. In other words, to ascertain whether the Respondent is responsible for “complicity in genocide” within the meaning of Article III, paragraph (e), which is what the Court now has to do, it must examine whether organs of the respondent State, or persons acting on its instructions or under its direction or effective control, furnished “aid or assistance” in the commission of the genocide in Srebrenica, in a sense not significantly different from that of those concepts in the general law of international responsibility.

421. Before the Court turns to an examination of the facts, one further comment is required. It concerns the link between the specific intent (*dolus specialis*) which characterizes the crime of genocide and the motives which inspire the actions of an accomplice (meaning a person providing aid or assistance to the direct perpetrators of the crime): the question arises whether complicity presupposes that the accomplice shares the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator. But whatever the reply to this question, there is no doubt that the conduct of an organ or a person furnishing aid or assistance to a perpetrator of the crime of genocide cannot be treated as complicity in genocide unless at the least that organ or person acted knowingly, that is to say, in particular, was aware of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator. If that condition is not fulfilled, that is sufficient to exclude categorization as complicity. The Court will thus first consider whether this latter condition is met in the present case. It is only if it replies to that question of fact in the affirmative that it will need to determine the legal point referred to above.

422. The Court is not convinced by the evidence furnished by the Applicant that the above conditions were met. Undoubtedly, the quite substantial aid of a political, military and financial nature provided by the FRY to the Republika Srpska and the VRS, beginning long before the tragic events of Srebrenica, continued during those events. There is thus little doubt that the atrocities in Srebrenica were committed, at least in part, with the resources which the perpetrators of those acts possessed as a result of the general policy of aid and assistance pursued towards them by the FRY. However, the sole task of the Court is to establish the legal responsibility of the Respondent, a responsibility which is subject to very specific conditions. One of those conditions is not fulfilled, because it is not established beyond any doubt in the argument between the Parties whether the authorities of the FRY supplied — and continued to supply — the VRS leaders who decided upon and carried out those acts of genocide with their aid and assistance, at a time when those authorities

were clearly aware that genocide was about to take place or was under way; in other words that not only were massacres about to be carried out or already under way, but that their perpetrators had the specific intent characterizing genocide, namely, the intent to destroy, in whole or in part, a human group, as such.

423. A point which is clearly decisive in this connection is that it was not conclusively shown that the decision to eliminate physically the adult male population of the Muslim community from Srebrenica was brought to the attention of the Belgrade authorities when it was taken; the Court has found (paragraph 295 above) that that decision was taken shortly before it was actually carried out, a process which took a very short time (essentially between 13 and 16 July 1995), despite the exceptionally high number of victims. It has therefore not been conclusively established that, at the crucial time, the FRY supplied aid to the perpetrators of the genocide in full awareness that the aid supplied would be used to commit genocide.

424. The Court concludes from the above that the international responsibility of the Respondent is not engaged for acts of complicity in genocide mentioned in Article III, paragraph (e), of the Convention. In the light of this finding, and of the findings above relating to the other paragraphs of Article III, the international responsibility of the Respondent is not engaged under Article III as a whole.

*

* *

IX. The question of responsibility for breach of the obligations to prevent and punish genocide

425. The Court now turns to the third and last of the questions set out in paragraph 379 above: has the respondent State complied with its obligations to prevent and punish genocide under Article I of the Convention?

Despite the clear links between the duty to prevent genocide and the duty to punish its perpetrators, these are, in the view of the Court, two distinct yet connected obligations, each of which must be considered in turn.

426. It is true that, simply by its wording, Article I of the Convention brings out the close link between prevention and punishment: “The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.” It is also true that one of the most effective ways of preventing criminal acts, in general, is to provide penalties for persons committing such acts, and to impose those penalties effectively on those who commit the acts one is trying to prevent. Lastly, it

is true that, although in the subsequent Articles, the Convention includes fairly detailed provisions concerning the duty to punish (Articles III to VII), it reverts to the obligation of prevention, stated as a principle in Article I, only in Article VIII:

“Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in article III.”

427. However, it is not the case that the obligation to prevent has no separate legal existence of its own; that it is, as it were, absorbed by the obligation to punish, which is therefore the only duty the performance of which may be subject to review by the Court. The obligation on each contracting State to prevent genocide is both normative and compelling. It is not merged in the duty to punish, nor can it be regarded as simply a component of that duty. It has its own scope, which extends beyond the particular case envisaged in Article VIII, namely reference to the competent organs of the United Nations, for them to take such action as they deem appropriate. Even if and when these organs have been called upon, this does not mean that the States parties to the Convention are relieved of the obligation to take such action as they can to prevent genocide from occurring, while respecting the United Nations Charter and any decisions that may have been taken by its competent organs.

This is the reason why the Court will first consider the manner in which the Respondent has performed its obligation to prevent before examining the situation as regards the obligation to punish.

(1) The obligation to prevent genocide

428. As regards the obligation to prevent genocide, the Court thinks it necessary to begin with the following introductory remarks and clarifications, amplifying the observations already made above.

429. First, the Genocide Convention is not the only international instrument providing for an obligation on the States parties to it to take certain steps to prevent the acts it seeks to prohibit. Many other instruments include a similar obligation, in various forms: see, for example, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984 (Article 2); the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents, of 14 December 1973 (Art. 4); the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel of 9 December 1994 (Art. 11); the International Convention on the Suppression of Terrorist Bombings of 15 December 1997 (Art. 15). The content of the duty to prevent varies from one instrument to another, according to the wording of the relevant provisions, and depending on the nature of the acts to be prevented.

The decision of the Court does not, in this case, purport to establish a general jurisprudence applicable to all cases where a treaty instrument, or other binding legal norm, includes an obligation for States to prevent certain acts. Still less does the decision of the Court purport to find whether, apart from the texts applicable to specific fields, there is a general obligation on States to prevent the commission by other persons or entities of acts contrary to certain norms of general international law. The Court will therefore confine itself to determining the specific scope of the duty to prevent in the Genocide Convention, and to the extent that such a determination is necessary to the decision to be given on the dispute before it. This will, of course, not absolve it of the need to refer, if need be, to the rules of law whose scope extends beyond the specific field covered by the Convention.

430. Secondly, it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible. A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide. In this area the notion of “due diligence”, which calls for an assessment *in concreto*, is of critical importance. Various parameters operate when assessing whether a State has duly discharged the obligation concerned. The first, which varies greatly from one State to another, is clearly the capacity to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide. This capacity itself depends, among other things, on the geographical distance of the State concerned from the scene of the events, and on the strength of the political links, as well as links of all other kinds, between the authorities of that State and the main actors in the events. The State’s capacity to influence must also be assessed by legal criteria, since it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law; seen thus, a State’s capacity to influence may vary depending on its particular legal position vis-à-vis the situations and persons facing the danger, or the reality, of genocide. On the other hand, it is irrelevant whether the State whose responsibility is in issue claims, or even proves, that even if it had employed all means reasonably at its disposal, they would not have sufficed to prevent the commission of genocide. As well as being generally difficult to prove, this is irrelevant to the breach of the obligation of conduct in question, the more so since the possibility remains that the combined efforts of several States, each complying with its obligation to prevent, might have achieved the result — averting the commission of genocide — which the efforts of only one State were insufficient to produce.

431. Thirdly, a State can be held responsible for breaching the obligation to prevent genocide only if genocide was actually committed. It is at the time when commission of the prohibited act (genocide or any of the other acts listed in Article III of the Convention) begins that the breach of an obligation of prevention occurs. In this respect, the Court refers to a general rule of the law of State responsibility, stated by the ILC in Article 14, paragraph 3, of its Articles on State Responsibility:

“.....

3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.”

This obviously does not mean that the obligation to prevent genocide only comes into being when perpetration of genocide commences; that would be absurd, since the whole point of the obligation is to prevent, or attempt to prevent, the occurrence of the act. In fact, a State’s obligation to prevent, and the corresponding duty to act, arise at the instant that the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed. From that moment onwards, if the State has available to it means likely to have a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harbouring specific intent (*dolus specialis*), it is under a duty to make such use of these means as the circumstances permit. However, if neither genocide nor any of the other acts listed in Article III of the Convention are ultimately carried out, then a State that omitted to act when it could have done so cannot be held responsible *a posteriori*, since the event did not happen which, under the rule set out above, must occur for there to be a violation of the obligation to prevent.

In consequence, in the present case the Court will have to consider the Respondent’s conduct, in the light of its duty to prevent, solely in connection with the massacres at Srebrenica, because these are the only acts in respect of which the Court has concluded in this case that genocide was committed.

432. Fourth and finally, the Court believes it especially important to lay stress on the differences between the requirements to be met before a State can be held to have violated the obligation to prevent genocide — within the meaning of Article I of the Convention — and those to be satisfied in order for a State to be held responsible for “complicity in genocide” — within the meaning of Article III, paragraph (*e*) — as previously discussed. There are two main differences; they are so significant as to make it impossible to treat the two types of violation in the same way.

In the first place, as noted above, complicity always requires that some positive action has been taken to furnish aid or assistance to the perpetrators of the genocide, while a violation of the obligation to prevent results from mere failure to adopt and implement suitable measures to prevent genocide from being committed. In other words, while complicity results from commission, violation of the obligation to prevent results from omission; this is merely the reflection of the notion that the ban on genocide and the other acts listed in Article III, including complicity, places States under a negative obligation, the obligation not to commit the prohibited acts, while the duty to prevent places States under positive obligations, to do their best to ensure that such acts do not occur.

In the second place, as also noted above, there cannot be a finding of complicity against a State unless at the least its organs were aware that genocide was about to be committed or was under way, and if the aid and assistance supplied, from the moment they became so aware onwards, to the perpetrators of the criminal acts or to those who were on the point of committing them, enabled or facilitated the commission of the acts. In other words, an accomplice must have given support in perpetrating the genocide with full knowledge of the facts. By contrast, a State may be

found to have violated its obligation to prevent even though it had no certainty, at the time when it should have acted, but failed to do so, that genocide was about to be committed or was under way; for it to incur responsibility on this basis it is enough that the State was aware, or should normally have been aware, of the serious danger that acts of genocide would be committed. As will be seen below, this latter difference could prove decisive in the present case in determining the responsibility incurred by the Respondent.

433. In light of the foregoing, the Court will now consider the facts of the case. For the reasons stated above (paragraph 431), it will confine itself to the FRY's conduct vis-à-vis the Srebrenica massacres.

434. The Court would first note that, during the period under consideration, the FRY was in a position of influence, over the Bosnian Serbs who devised and implemented the genocide in Srebrenica, unlike that of any of the other States parties to the Genocide Convention owing to the strength of the political, military and financial links between the FRY on the one hand and the Republika Srpska and the VRS on the other, which, though somewhat weaker than in the preceding period, nonetheless remained very close.

435. Secondly, the Court cannot but note that, on the relevant date, the FRY was bound by very specific obligations by virtue of the two Orders indicating provisional measures delivered by the Court in 1993. In particular, in its Order of 8 April 1993, the Court stated, *inter alia*, that although not able, at that early stage in the proceedings, to make "definitive findings of fact or of imputability" (*I.C.J. Reports 1993*, p. 22, para. 44) the FRY was required to ensure:

"that any military, paramilitary or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts of genocide, of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, or of complicity in genocide . . ." (*ibid.*, p. 24, para. 52 A.(2)).

The Court's use, in the above passage, of the term "influence" is particularly revealing of the fact that the Order concerned not only the persons or entities whose conduct was attributable to the FRY, but also all those with whom the Respondent maintained close links and on which it could exert a certain influence. Although in principle the two issues are separate, and the second will be examined below, it is not possible, when considering the way the Respondent discharged its obligation of prevention under the Convention, to fail to take account of the obligation incumbent upon it, albeit on a different basis, to implement the provisional measures indicated by the Court.

436. Thirdly, the Court recalls that although it has not found that the information available to the Belgrade authorities indicated, as a matter of certainty, that genocide was imminent (which is why complicity in genocide was not upheld above: paragraph 424), they could hardly have been unaware of the serious risk of it once the VRS forces had decided to occupy the Srebrenica enclave.

Among the documents containing information clearly suggesting that such an awareness existed, mention should be made of the above-mentioned report (see paragraphs 283 and 285 above) of the United Nations Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution 53/35 on the “fall of Srebrenica” (United Nations doc. A/54/549), which recounts the visit to Belgrade on 14 July 1995 of the European Union negotiator Mr. Bildt to meet Mr. Milošević. Mr. Bildt, in substance, informed Mr. Milošević of his serious concern and

“pressed the President to arrange immediate access for the UNHCR to assist the people of Srebrenica, and for the ICRC to start to register those who were being treated by the BSA [Bosnian Serb Army] as prisoners of war”.

437. The Applicant has drawn attention to certain evidence given by General Wesley Clark before the ICTY in the *Milošević* case. General Clark referred to a conversation that he had had with Milošević during the negotiation of the Dayton Agreement. He stated that

“I went to Milošević and I asked him. I said, ‘If you have so much influence over these [Bosnian] Serbs, how could you have allowed General Mladić to have killed all those people at Srebrenica?’ And he looked to me — at me. His expression was very grave. He paused before he answered, and he said, ‘Well, General Clark, I warned him not to do this, but he didn’t listen to me.’ And it was in the context of all the publicity at the time about the Srebrenica massacre.” (*Milošević*, IT-02-54-T, Transcript, 16 December 2003, pp. 30494-30495).

General Clark gave it as his opinion, in his evidence before the ICTY, that the circumstances indicated that Milošević had foreknowledge of what was to be “a military operation combined with a massacre” (*ibid.*, p. 30497). The ICTY record shows that Milošević denied ever making the statement to which General Clark referred, but the Trial Chamber nevertheless relied on General Clark’s testimony in its Decision of 16 June 2004 when rejecting the Motion for Judgment of Acquittal (*Milošević*, IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004, para. 280).

438. In view of their undeniable influence and of the information, voicing serious concern, in their possession, the Yugoslav federal authorities should, in the view of the Court, have made the best efforts within their power to try and prevent the tragic events then taking shape, whose scale, though it could not have been foreseen with certainty, might at least have been surmised. The FRY leadership, and President Milošević above all, were fully aware of the climate of deep-seated hatred which reigned between the Bosnian Serbs and the Muslims in the Srebrenica region. As the Court has noted in paragraph 423 above, it has not been shown that the decision to eliminate physically the whole of the adult male population of the Muslim community of Srebrenica was brought to the attention of the Belgrade authorities. Nevertheless, given all the international concern about what looked likely to happen at Srebrenica, given Milošević’s own observations to Mladić, which made it clear that the dangers were known and that these dangers seemed to be of an order that could suggest intent to commit genocide, unless brought under control, it must have been clear that there

was a serious risk of genocide in Srebrenica. Yet the Respondent has not shown that it took any initiative to prevent what happened, or any action on its part to avert the atrocities which were committed. It must therefore be concluded that the organs of the Respondent did nothing to prevent the Srebrenica massacres, claiming that they were powerless to do so, which hardly tallies with their known influence over the VRS. As indicated above, for a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it manifestly refrained from using them.

Such is the case here. In view of the foregoing, the Court concludes that the Respondent violated its obligation to prevent the Srebrenica genocide in such a manner as to engage its international responsibility.

(2) The obligation to punish genocide

439. The Court now turns to the question of the Respondent's compliance with its obligation to punish the crime of genocide stemming from Article I and the other relevant provisions of the Convention.

440. In its fifth final submission, Bosnia and Herzegovina requests the Court to adjudge and declare:

“5. That Serbia and Montenegro has violated and is violating its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide for having failed and for failing to punish acts of genocide or any other act prohibited by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and for having failed and for failing to transfer individuals accused of genocide or any other act prohibited by the Convention to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and to fully co-operate with this Tribunal.”

441. This submission implicitly refers to Article VI of the Convention, according to which:

“Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.”

442. The Court would first recall that the genocide in Srebrenica, the commission of which it has established above, was not carried out in the Respondent's territory. It concludes from this that the Respondent cannot be charged with not having tried before its own courts those accused of having participated in the Srebrenica genocide, either as principal perpetrators or as accomplices,

or of having committed one of the other acts mentioned in Article III of the Convention in connection with the Srebrenica genocide. Even if Serbian domestic law granted jurisdiction to its criminal courts to try those accused, and even supposing such proceedings were compatible with Serbia's other international obligations, *inter alia* its obligation to co-operate with the ICTY, to which the Court will revert below, an obligation to try the perpetrators of the Srebrenica massacre in Serbia's domestic courts cannot be deduced from Article VI. Article VI only obliges the Contracting Parties to institute and exercise territorial criminal jurisdiction; while it certainly does not prohibit States, with respect to genocide, from conferring jurisdiction on their criminal courts based on criteria other than where the crime was committed which are compatible with international law, in particular the nationality of the accused, it does not oblige them to do so.

443. It is thus to the obligation for States parties to co-operate with the "international penal tribunal" mentioned in the above provision that the Court must now turn its attention. For it is certain that once such a court has been established, Article VI obliges the Contracting Parties "which shall have accepted its jurisdiction" to co-operate with it, which implies that they will arrest persons accused of genocide who are in their territory — even if the crime of which they are accused was committed outside it — and, failing prosecution of them in the parties' own courts, that they will hand them over for trial by the competent international tribunal.

444. In order to determine whether the Respondent has fulfilled its obligations in this respect, the Court must first answer two preliminary questions: does the ICTY constitute an "international penal tribunal" within the meaning of Article VI? And must the Respondent be regarded as having "accepted the jurisdiction" of the tribunal within the meaning of that provision?

445. As regards the first question, the Court considers that the reply must definitely be in the affirmative. The notion of an "international penal tribunal" within the meaning of Article VI must at least cover all international criminal courts created after the adoption of the Convention (at which date no such court existed) of potentially universal scope, and competent to try the perpetrators of genocide or any of the other acts enumerated in Article III. The nature of the legal instrument by which such a court is established is without importance in this respect. When drafting the Genocide Convention, its authors probably thought that such a court would be created by treaty: a clear pointer to this lies in the reference to "those Contracting Parties which shall have accepted [the] jurisdiction" of the international penal tribunal. Yet, it would be contrary to the object of the provision to interpret the notion of "international penal tribunal" restrictively in order to exclude from it a court which, as in the case of the ICTY, was created pursuant to a United Nations Security Council resolution adopted under Chapter VII of the Charter. The Court has found nothing to suggest that such a possibility was considered by the authors of the Convention, but no intention of seeking to exclude it can be imputed to them.

446. The question whether the Respondent must be regarded as having "accepted the jurisdiction" of the ICTY within the meaning of Article VI must consequently be formulated as follows: is the Respondent obliged to accept the jurisdiction of the ICTY, and to co-operate with the Tribunal by virtue of the Security Council resolution which established it, or of some other rule

of international law? If so, it would have to be concluded that, for the Respondent, co-operation with the ICTY constitutes both an obligation stemming from the resolution concerned and from the United Nations Charter, or from another norm of international law obliging the Respondent to co-operate, and an obligation arising from its status as a party to the Genocide Convention, this last clearly being the only one of direct relevance in the present case.

447. For the purposes of the present case, the Court only has to determine whether the FRY was under an obligation to co-operate with the ICTY, and if so, on what basis, from when the Srebrenica genocide was committed in July 1995. To that end, suffice it to note that the FRY was under an obligation to co-operate with the ICTY from 14 December 1995 at the latest, the date of the signing and entry into force of the Dayton Agreement between Bosnia and Herzegovina, Croatia and the FRY. Annex 1A of that treaty, made binding on the parties by virtue of its Article II, provides that they must fully co-operate, notably with the ICTY. Thus, from 14 December 1995 at the latest, and at least on the basis of the Dayton Agreement, the FRY must be regarded as having “accepted [the] jurisdiction” of the ICTY within the meaning of Article VI of the Convention. This fact is sufficient for the Court in its consideration of the present case, since its task is to rule upon the Respondent’s compliance with the obligation resulting from Article VI of the Convention in relation to the Srebrenica genocide, from when it was perpetrated to the present day, and since the Applicant has not invoked any failure to respect the obligation to co-operate alleged to have occurred specifically between July and December 1995. Similarly, the Court is not required to decide whether, between 1995 and 2000, the FRY’s obligation to co-operate had any legal basis besides the Dayton Agreement. Needless to say, the admission of the FRY to the United Nations in 2000 provided a further basis for its obligation to co-operate: but while the legal basis concerned was thereby confirmed, that did not change the scope of the obligation. There is therefore no need, for the purposes of assessing how the Respondent has complied with its obligation under Article VI of the Convention, to distinguish between the period before and the period after its admission as a Member of the United Nations, at any event from 14 December 1995 onwards.

448. Turning now to the facts of the case, the question the Court must answer is whether the Respondent has fully co-operated with the ICTY, in particular by arresting and handing over to the Tribunal any persons accused of genocide as a result of the Srebrenica genocide and finding themselves on its territory. In this connection, the Court would first observe that, during the oral proceedings, the Respondent asserted that the duty to co-operate had been complied with following the régime change in Belgrade in the year 2000, thus implicitly admitting that such had not been the case during the preceding period. The conduct of the organs of the FRY before the régime change however engages the Respondent’s international responsibility just as much as it does that of its State authorities from that date. Further, the Court cannot but attach a certain weight to the plentiful, and mutually corroborative, information suggesting that General Mladić, indicted by the ICTY for genocide, as one of those principally responsible for the Srebrenica massacres, was on the territory of the Respondent at least on several occasions and for substantial periods during the last few years and is still there now, without the Serb authorities doing what they could and can reasonably do to ascertain exactly where he is living and arrest him. In particular, counsel for the

Applicant referred during the hearings to recent statements made by the Respondent's Minister for Foreign Affairs, reproduced in the national press in April 2006, and according to which the intelligence services of that State knew where Mladić was living in Serbia, but refrained from informing the authorities competent to order his arrest because certain members of those services had allegedly remained loyal to the fugitive. The authenticity and accuracy of those statements has not been disputed by the Respondent at any time.

449. It therefore appears to the Court sufficiently established that the Respondent failed in its duty to co-operate fully with the ICTY. This failure constitutes a violation by the Respondent of its duties as a party to the Dayton Agreement, and as a Member of the United Nations, and accordingly a violation of its obligations under Article VI of the Genocide Convention. The Court is of course without jurisdiction in the present case to declare that the Respondent has breached any obligations other than those under the Convention. But as the Court has jurisdiction to declare a breach of Article VI insofar as it obliges States to co-operate with the "international penal tribunal", the Court may find for that purpose that the requirements for the existence of such a breach have been met. One of those requirements is that the State whose responsibility is in issue must have "accepted [the] jurisdiction" of that "international penal tribunal"; the Court thus finds that the Respondent was under a duty to co-operate with the tribunal concerned pursuant to international instruments other than the Convention, and failed in that duty. On this point, the Applicant's submissions relating to the violation by the Respondent of Articles I and VI of the Convention must therefore be upheld.

450. It follows from the foregoing considerations that the Respondent failed to comply both with its obligation to prevent and its obligation to punish genocide deriving from the Convention, and that its international responsibility is thereby engaged.

*

* *

X. The question of responsibility for breach of the Court's Orders indicating provisional measures

451. In its seventh submission Bosnia and Herzegovina requests the Court to adjudge and declare:

"7. That in failing to comply with the Orders for indication of provisional measures rendered by the Court on 8 April 1993 and 13 September 1993 Serbia and Montenegro has been in breach of its international obligations and is under an obligation to Bosnia and Herzegovina to provide for the latter violation symbolic compensation, the amount of which is to be determined by the Court."

452. The Court observes that its “orders on provisional measures under Article 41 [of the Statute] have binding effect” (*LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 506, para. 109). Although the Court only had occasion to make such a finding in a judgment subsequent to the Orders that it made in the present dispute, this does not affect the binding nature of those Orders, since in the Judgment referred to the Court did no more than give the provisions of the Statute the meaning and scope that they had possessed from the outset. It notes that provisional measures are aimed at preserving the rights of each of the parties pending the final decision of the Court. The Court’s Orders of 8 April and 13 September 1993 indicating provisional measures created legal obligations which both Parties were required to satisfy.

453. The Court indicated the following provisional measures in the *dispositif*, paragraph 52, of its Order of 8 April 1993:

“A. (1)

The Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should immediately, in pursuance of its undertaking in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948, take all measures within its power to prevent commission of the crime of genocide;

(2)

The Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should in particular ensure that any military, paramilitary or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts of genocide, of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, or of complicity in genocide, whether directed against the Muslim population of Bosnia and Herzegovina or against any other national, ethnical, racial or religious group;

.....

B.

The Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) and the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina should not take any action and should ensure that no action is taken which may aggravate or extend the existing dispute over the prevention or punishment of the crime of genocide, or render it more difficult of solution.”

454. The Court reaffirmed these measures in the *dispositif* of its Order of 13 September 1993.

455. From the Applicant's written and oral pleadings as a whole, it is clear that the Applicant is not accusing the Respondent of failing to respect measure B above, and that its submissions relate solely to the measures indicated in paragraph A, subparagraphs (1) and (2). It is therefore only to that extent that the Court will consider whether the Respondent has fully complied with its obligation to respect the measures ordered by the Court.

456. The answer to this question may be found in the reasoning in the present Judgment relating to the Applicant's other submissions to the Court. From these it is clear that in respect of the massacres at Srebrenica in July 1995 the Respondent failed to fulfil its obligation indicated in paragraph 52 A (1) of the Order of 8 April 1993 and reaffirmed in the Order of 13 September 1993 to "take all measures within its power to prevent commission of the crime of genocide". Nor did it comply with the measure indicated in paragraph 52 A (2) of the Order of 8 April 1993, reaffirmed in the Order of 13 September 1993, insofar as that measure required it to "ensure that any . . . organizations and persons which may be subject to its . . . influence . . . do not commit any acts of genocide".

457. However, the remainder of the Applicant's seventh submission claiming that the Respondent failed to comply with the provisional measures indicated must be rejected for the reasons set out above in respect of the Applicant's other submissions (paragraphs 415 and 424).

458. As for the request that the Court hold the Respondent to be under an obligation to the Applicant to provide symbolic compensation, in an amount to be determined by the Court, for the breach thus found, the Court observes that the question of compensation for the injury caused to the Applicant by the Respondent's breach of aspects of the Orders indicating provisional measures merges with the question of compensation for the injury suffered from the violation of the corresponding obligations under the Genocide Convention. It will therefore be dealt with below, in connection with consideration of points (b) and (c) of the Respondent's sixth submission, which concern the financial compensation which the Applicant claims to be owed by the Respondent.

*

* *

XI. The question of reparation

459. Having thus found that the Respondent has failed to comply with its obligations under the Genocide Convention in respect of the prevention and punishment of genocide, the Court turns to the question of reparation. The Applicant, in its final submissions, has asked the Court to decide that the Respondent

“must redress the consequences of its international wrongful acts and, as a result of the international responsibility incurred for . . . violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, must pay, and Bosnia and Herzegovina is entitled to receive, in its own right and as *parens patriae* for its citizens, full compensation for the damages and losses caused” (submission 6 (b)).

The Applicant also asks the Court to decide that the Respondent

“shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation to punish acts of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide or any other act prohibited by the Convention and to transfer individuals accused of genocide or any other act prohibited by the Convention to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and to fully co-operate with this Tribunal” (submission 6 (a)),

and that the Respondent “shall provide specific guarantees and assurances that it will not repeat the wrongful acts complained of, the form of which guarantees and assurances is to be determined by the Court” (submission 6 (d)). These submissions, and in particular that relating to compensation, were however predicated on the basis that the Court would have upheld, not merely that part of the Applicant’s claim as relates to the obligation of prevention and punishment, but also the claim that the Respondent has violated its substantive obligation not to commit genocide, as well as the ancillary obligations under the Convention concerning complicity, conspiracy and incitement, and the claim that the Respondent has aided and abetted genocide. The Court has now to consider what is the appropriate form of reparation for the other forms of violation of the Convention which have been alleged against the Respondent and which the Court has found to have been established, that is to say breaches of the obligations to prevent and punish.

460. The principle governing the determination of reparation for an internationally wrongful act is as stated by the Permanent Court of International Justice in the *Factory at Chorzów* case: that “reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed” (*P.C.I.J. Series A, No. 17*, p. 47: see also Article 31 of the ILC’s Articles on State Responsibility). In the circumstances of this case, as the Applicant recognizes, it is inappropriate to ask the Court to find that the Respondent is under an obligation of *restitutio in integrum*. Insofar as restitution is not possible, as the Court stated in the case of the *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, “[i]t is a well-established rule of international law that an injured State is entitled to obtain compensation from the State which has committed an internationally wrongful act for the damage caused by it” (*I.C.J. Reports 1997*, p. 81, para. 152.; cf. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 198, paras. 152-153; see also Article 36 of the ILC’s Articles on State Responsibility). It is therefore appropriate to consider what were the consequences of the failure of the Respondent to comply with its obligations under the Genocide Convention to prevent and punish the crime of genocide, committed in Bosnia and Herzegovina, and what damage can be said to have been caused thereby.

461. The Court has found that the authorities of the Respondent could not have been unaware of the grave risk of genocide once the VRS forces had decided to take possession of the Srebrenica enclave, and that in view of its influence over the events, the Respondent must be held to have had the means of action by which it could seek to prevent genocide, and to have manifestly refrained from employing them (paragraph 438). To that extent therefore it failed to comply with its obligation of prevention under the Convention. The obligation to prevent the commission of the crime of genocide is imposed by the Genocide Convention on any State party which, in a given situation, has it in its power to contribute to restraining in any degree the commission of genocide. To make this finding, the Court did not have to decide whether the acts of genocide committed at Srebrenica would have occurred anyway even if the Respondent had done as it should have and employed the means available to it. This is because, as explained above, the obligation to prevent genocide places a State under a duty to act which is not dependent on the certainty that the action to be taken will succeed in preventing the commission of acts of genocide, or even on the likelihood of that outcome. It therefore does not follow from the Court's reasoning above in finding a violation by the Respondent of its obligation of prevention that the atrocious suffering caused by the genocide committed at Srebrenica would not have occurred had the violation not taken place.

462. The Court cannot however leave it at that. Since it now has to rule on the claim for reparation, it must ascertain whether, and to what extent, the injury asserted by the Applicant is the consequence of wrongful conduct by the Respondent with the consequence that the Respondent should be required to make reparation for it, in accordance with the principle of customary international law stated above. In this context, the question just mentioned, whether the genocide at Srebrenica would have taken place even if the Respondent had attempted to prevent it by employing all means in its possession, becomes directly relevant, for the definition of the extent of the obligation of reparation borne by the Respondent as a result of its wrongful conduct. The question is whether there is a sufficiently direct and certain causal nexus between the wrongful act, the Respondent's breach of the obligation to prevent genocide, and the injury suffered by the Applicant, consisting of all damage of any type, material or moral, caused by the acts of genocide. Such a nexus could be considered established only if the Court were able to conclude from the case as a whole and with a sufficient degree of certainty that the genocide at Srebrenica would in fact have been averted if the Respondent had acted in compliance with its legal obligations. However, the Court clearly cannot do so. As noted above, the Respondent did have significant means of influencing the Bosnian Serb military and political authorities which it could, and therefore should, have employed in an attempt to prevent the atrocities, but it has not been shown that, in the specific context of these events, those means would have sufficed to achieve the result which the Respondent should have sought. Since the Court cannot therefore regard as proven a causal nexus between the Respondent's violation of its obligation of prevention and the damage resulting from the genocide at Srebrenica, financial compensation is not the appropriate form of reparation for the breach of the obligation to prevent genocide.

463. It is however clear that the Applicant is entitled to reparation in the form of satisfaction, and this may take the most appropriate form, as the Applicant itself suggested, of a declaration in the present Judgment that the Respondent has failed to comply with the obligation imposed by the

Convention to prevent the crime of genocide. As in the *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* case, the Court considers that a declaration of this kind is “in itself appropriate satisfaction” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, pp. 35, 36), and it will, as in that case, include such a declaration in the operative clause of the present Judgment. The Applicant acknowledges that this failure is no longer continuing, and accordingly has withdrawn the request made in the Reply that the Court declare that the Respondent “has violated *and is violating* the Convention” (emphasis added).

464. The Court now turns to the question of the appropriate reparation for the breach by the Respondent of its obligation under the Convention to punish acts of genocide; in this respect, the Applicant asserts the existence of a continuing breach, and therefore maintains (*inter alia*) its request for a declaration in that sense. As noted above (paragraph 440), the Applicant includes under this heading the failure “to transfer individuals accused of genocide or any other act prohibited by the Convention to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and to fully co-operate with this Tribunal”; and the Court has found that in that respect the Respondent is indeed in breach of Article VI of the Convention (paragraph 449 above). A declaration to that effect is therefore one appropriate form of satisfaction, in the same way as in relation to the breach of the obligation to prevent genocide. However, the Applicant asks the Court in this respect to decide more specifically that

“Serbia and Montenegro shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation to punish acts of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide or any other act prohibited by the Convention and to transfer individuals accused of genocide or any other act prohibited by the Convention to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and to fully co-operate with this Tribunal.”

465. It will be clear from the Court’s findings above on the question of the obligation to punish under the Convention that it is satisfied that the Respondent has outstanding obligations as regards the transfer to the ICTY of persons accused of genocide, in order to comply with its obligations under Articles I and VI of the Genocide Convention, in particular in respect of General Ratko Mladić (paragraph 448). The Court will therefore make a declaration in these terms in the operative clause of the present Judgment, which will in its view constitute appropriate satisfaction.

466. In its final submissions, the Applicant also requests the Court to decide “that Serbia and Montenegro shall provide specific guarantees and assurances that it will not repeat the wrongful acts complained of, the form of which guarantees and assurances is to be determined by the Court”. As presented, this submission relates to all the wrongful acts, i.e. breaches of the Genocide Convention, attributed by the Applicant to the Respondent, thus including alleged breaches of the Respondent’s obligation not itself to commit genocide, as well as the ancillary obligations under the Convention concerning complicity, conspiracy and incitement. Insofar as the Court has not upheld these claims, the submission falls. There remains however the question whether it is appropriate to direct that the Respondent provide guarantees and assurances of non-repetition in relation to the established breaches of the obligations to prevent and punish genocide. The Court

notes the reasons advanced by counsel for the Applicant at the hearings in support of the submission, which relate for the most part to “recent events [which] cannot fail to cause concern as to whether movements in Serbia and Montenegro calling for genocide have disappeared”. It considers that these indications do not constitute sufficient grounds for requiring guarantees of non-repetition. The Applicant also referred in this connection to the question of non-compliance with provisional measures, but this matter has already been examined above (paragraphs 451 to 458), and will be mentioned further below. In the circumstances, the Court considers that the declaration referred to in paragraph 465 above is sufficient as regards the Respondent’s continuing duty of punishment, and therefore does not consider that this is a case in which a direction for guarantees of non-repetition would be appropriate.

467. Finally, the Applicant has presented the following submission:

“That in failing to comply with the Orders for indication of provisional measures rendered by the Court on 8 April 1993 and 13 September 1993 Serbia and Montenegro has been in breach of its international obligations and is under an obligation to Bosnia and Herzegovina to provide for the latter violation symbolic compensation, the amount of which is to be determined by the Court.”

The provisional measures indicated by the Court’s Order of 8 April 1993, and reiterated by the Order of 13 September 1993, were addressed specifically to the Respondent’s obligation “to prevent commission of the crime of genocide” and to certain measures which should “in particular” be taken to that end (*I.C.J. Reports 1993*, p. 24, para. 52 (A) (1) and (2)).

468. Provisional measures under Article 41 of the Statute are indicated “pending [the] final decision” in the case, and the measures indicated in 1993 will thus lapse on the delivery of the present Judgment (cf. *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 114; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 442, para. 112). However, as already observed (paragraph 452 above), orders made by the Court indicating provisional measures under Article 41 of the Statute have binding effect, and their purpose is to protect the rights of either party, pending the final decision in the case.

469. The Court has found above (paragraph 456) that, in respect of the massacres at Srebrenica in July 1995, the Respondent failed to take measures which would have satisfied the requirements of paragraphs 52 (A) (1) and (2) of the Court’s Order of 8 April 1993 (reaffirmed in the Order of 13 September 1993). The Court however considers that, for purposes of reparation, the Respondent’s non-compliance with the provisional measures ordered is an aspect of, or merges with, its breaches of the substantive obligations of prevention and punishment laid upon it by the Convention. The Court does not therefore find it appropriate to give effect to the Applicant’s request for an order for symbolic compensation in this respect. The Court will however include in the operative clause of the present Judgment, by way of satisfaction, a declaration that the Respondent has failed to comply with the Court’s Orders indicating provisional measures.

470. The Court further notes that one of the provisional measures indicated in the Order of 8 April and reaffirmed in that of 13 September 1993 was addressed to both Parties. The Court's findings in paragraphs 456 to 457 and 469 are without prejudice to the question whether the Applicant did not also fail to comply with the Orders indicating provisional measures.

*

* *

XII. Operative clause

471. For these reasons,

THE COURT,

(1) by ten votes to five,

Rejects the objections contained in the final submissions made by the Respondent to the effect that the Court has no jurisdiction; and *affirms* that it has jurisdiction, on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, to adjudicate upon the dispute brought before it on 20 March 1993 by the Republic of Bosnia and Herzegovina;

IN FAVOUR: *President Higgins; Vice-President Al-Khasawneh; Judges Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna; Judge ad hoc Mahiou;*

AGAINST: *Judges Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov; Judge ad hoc Kreća;*

(2) by thirteen votes to two,

Finds that Serbia has not committed genocide, through its organs or persons whose acts engage its responsibility under customary international law, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

IN FAVOUR: *President Higgins; Judges Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Judge ad hoc Kreća;*

AGAINST: *Vice-President Al-Khasawneh; Judge ad hoc Mahiou;*

(3) by thirteen votes to two,

Finds that Serbia has not conspired to commit genocide, nor incited the commission of genocide, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; *Judge* ad hoc Kreća;

AGAINST: *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judge* ad hoc Mahiou;

(4) by eleven votes to four,

Finds that Serbia has not been complicit in genocide, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Sepúlveda-Amor, Skotnikov; *Judge* ad hoc Kreća;

AGAINST: *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judges* Keith, Bennouna; *Judge* ad hoc Mahiou;

(5) by twelve votes to three,

Finds that Serbia has violated the obligation to prevent genocide, under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in respect of the genocide that occurred in Srebrenica in July 1995;

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna; *Judge* ad hoc Mahiou;

AGAINST: *Judges* Tomka, Skotnikov; *Judge* ad hoc Kreća;

(6) by fourteen votes to one,

Finds that Serbia has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by having failed to transfer Ratko Mladić, indicted for genocide and complicity in genocide, for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and thus having failed fully to co-operate with that Tribunal;

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; *Judge* ad hoc Mahiou;

AGAINST: *Judge* ad hoc Kreća;

(7) by thirteen votes to two,

Finds that Serbia has violated its obligation to comply with the provisional measures ordered by the Court on 8 April and 13 September 1993 in this case, inasmuch as it failed to take all measures within its power to prevent genocide in Srebrenica in July 1995;

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna; *Judge* ad hoc Mahiou;

AGAINST: *Judge* Skotnikov; *Judge* ad hoc Kreća;

(8) by fourteen votes to one,

Decides that Serbia shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to punish acts of genocide as defined by Article II of the Convention, or any of the other acts proscribed by Article III of the Convention, and to transfer individuals accused of genocide or any of those other acts for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and to co-operate fully with that Tribunal;

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; *Judge ad hoc* Mahiou;

AGAINST: *Judge ad hoc* Kreća;

(9) by thirteen votes to two,

Finds that, as regards the breaches by Serbia of the obligations referred to in subparagraphs (5) and (7) above, the Court's findings in those paragraphs constitute appropriate satisfaction, and that the case is not one in which an order for payment of compensation, or, in respect of the violation referred to in subparagraph (5), a direction to provide assurances and guarantees of non-repetition, would be appropriate.

IN FAVOUR: *President* Higgins; *Judges* Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; *Judge ad hoc* Kreća;

AGAINST: *Vice-President* Al-Khasawneh; *Judge ad hoc* Mahiou.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-sixth day of February, two thousand and seven, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of Bosnia and Herzegovina and the Government of Serbia, respectively.

(Signed) Rosalyn HIGGINS,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Vice-President AL-KHASAWNEH appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judges RANJEVA, SHI and KOROMA append a joint dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judge RANJEVA appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judges SHI and KOROMA append a joint declaration to the Judgment of the Court; Judges OWADA and TOMKA append separate opinions to the Judgment of the Court; Judges KEITH, BENNOUNA and SKOTNIKOV append declarations to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* MAHIOU appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* KREČA appends a separate opinion to the Judgment of the Court.

(Initialed) R.H.

(Initialed) Ph.C.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนเกิดเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2528 สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงเมื่อ 2549 และเข้าศึกษาต่อใน หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยปี 2550

ระหว่างการศึกษาได้ทำงานเป็นผู้ช่วยอาจารย์ ของ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์ และเป็นผู้ช่วยวิจัย ของศาสตราจารย์ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ในการเขียนหนังสือ “บทบาทของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ”



ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย