



คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ
หรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ

เดือนสิงหาคม ๒๕๖๘

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศ ประจำเดือนสิงหาคม ๒๕๖๘ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจมานำเสนอ อาทิ กรณีการพิจารณาข้อพิพาทโดยศาลศาสนาหรือศาลจารีตประเพณีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย กรณีการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เป็นที่ยอมรับต่อสาธารณะขัดต่อเสรีภาพในการพูดและการแสดงออกหรือไม่ของศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย กรณีการคุ้มครองการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพของนักปกป้องสิทธิมนุษยชนของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกา กรณีการเผยแพร่ข้อความที่มีเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการโต้แย้งขัดต่อเสรีภาพในการพูดหรือไม่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน และกรณีวิธีการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดาหรือไม่ของศาลสูงสุดแห่งแคนาดา

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าของประเทศต่าง ๆ รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สิงหาคม ๒๕๖๘

สารบัญ

หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญ
แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย
ความเห็น ลงวันที่ ๑ พฤษภาคม ๒๕๕๗ (ค.ศ. ๒๐๐๔)
กรณีการพิจารณาข้อพิพาทโดยศาลศาสนาหรือศาลจารีตประเพณีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ๑
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย
คำพิพากษาในการอุทธรณ์คดีอาญา เลขที่ 913, 2010 ลงวันที่ ๒๘ เมษายน ๒๕๕๓ (ค.ศ. ๒๐๑๐)
กรณีการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เป็นที่ยอมรับต่อสาธารณะขัดต่อเสรีภาพในการพูดและการแสดงออกหรือไม่ ๒
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกา
คดีระหว่าง Acosta et al. v. Nicaragua ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)
กรณีการคุ้มครองการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพของนักปกป้องสิทธิมนุษยชน ๑๑
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน
คำวินิจฉัยเลขที่ STC 38/2020 ลงวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)
กรณีการเผยแพร่ข้อความที่มีเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการโต้แย้งขัดต่อเสรีภาพในการพูดหรือไม่ ๒๔
๕. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งแคนาดา
คำพิพากษา เลขที่ 40465 ลงวันที่ ๖ ธันวาคม ๒๕๖๗ (ค.ศ. ๒๐๒๔)
กรณีวิธีการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ
ของแคนาดาหรือไม่ ๓๐

สรุปข้อเท็จจริงและความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญ
แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย
ความเห็น ลงวันที่ ๑ พฤษภาคม ๒๕๕๗ (ค.ศ. ๒๐๐๕)
กรณีการพิจารณาข้อพิพาทโดยศาลศาสนาหรือศาลจารีตประเพณีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ^๑

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

คณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย (Council of Constitutional Inquiry)^๒ ได้วางหลักในเรื่องนี้ว่า ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องส่วนบุคคลหรือเรื่องครอบครัว อาจได้รับการพิจารณาโดยศาลศาสนา (religious courts) หรือโดยศาลจารีตประเพณี (customary courts) ได้ เฉพาะในกรณีที่ได้รับคามยินยอมจากคู่ความทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทนั้น ทั้งนี้ ศาลปกติ (ordinary courts) ย่อมมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้ หากปราศจากซึ่งคามยินยอมของคู่ความในคดี

๒. สรุปข้อเท็จจริง

สมาคมนักกฎหมายสตรีแห่งเอธิโอเปีย (the Ethiopian Women Lawyers Association) ในนามของนางสาว เคดิดจา เบชิรี (Ms Kedija Beshir) ได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญ เพื่อโต้แย้งคำตัดสินในคดีมรดก (an inheritance case) ของศาลศาสนา หรือศาล Naiba (Naiba Court) ซึ่งเป็นศาลตามกฎหมายชารีอะห์ (the Sharia law) ทั้งนี้ ก่อนที่คำร้องดังกล่าวจะถูกยื่นต่อคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญ คดีดังกล่าวได้ผ่านขั้นตอนการอุทธรณ์จนถึงศาลสูงสุดชารีอะห์ (the Supreme Sharia Court) และถึงแผนกฎีกาของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์อันเป็นศาลปกติ (the Federal Supreme Court' Cassation Division)

^๑ สามารถสืบค้นรายละเอียดของความเห็นได้ที่:

<https://codices.coe.int/codices/documents/precis/69586DB6-94FA-4F07-3D5D-08DC225DC81B>

^๒ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย มาตรา ๘๒ บัญญัติให้ คณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย สมาชิกจำนวน ๑๑ คน ได้แก่ ประธานศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ (the President of the Federal Supreme Court) เป็นประธาน รองประธานศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ เป็นรองประธาน ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายซึ่งมีความเชี่ยวชาญและมีศีลธรรมเป็นที่ประจักษ์ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ตามคำแนะนำของสภาผู้แทนราษฎร จำนวน ๖ คน และสมาชิกที่ได้รับมอบหมายจากสภาแห่งสหพันธ์ (the House of the Federation) จำนวน ๓ คน

ทั้งนี้ คณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา ๘๔ ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มีอำนาจในการสอบสวนข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากคณะกรรมการฯ เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ ก็ให้ส่งเรื่องดังกล่าวพร้อมความเห็นไปยังสภาแห่งสหพันธ์ นอกจากนี้ ในกรณีที่กฎหมายแห่งสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐถูกโต้แย้งว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเรื่องดังกล่าวถูกเสนอต่อคณะกรรมการฯ โดยศาลหรือคู่ความที่เกี่ยวข้อง ให้คณะกรรมการฯ พิจารณาเรื่องดังกล่าวและส่งไปยังสภาแห่งสหพันธ์เพื่อวินิจฉัยชี้ขาด

ในกรณีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในศาลทั้งหลาย คณะกรรมการฯ อาจ (๑) ส่งเรื่องกลับไปยังศาลดังกล่าวหากพบว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ หรือหากคู่ความไม่พอใจกับคำตัดสินของคณะกรรมการฯ ก็อาจยื่นอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวไปยังสภาแห่งสหพันธ์ได้ หรือ (๒) อาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อสภาแห่งสหพันธ์เพื่อขอให้วินิจฉัยชี้ขาด หากเห็นว่าเรื่องดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ

อนึ่ง ผู้ร้องได้ยื่นฟ้อง และจำเลยร่วมจำนวนสามคนได้ยื่นคำโต้แย้งต่อศาล Naiba โดยระบุความประสงค์ว่าต้องการให้คดีนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลศาสนา อย่างไรก็ตาม ศาลที่ได้รับคำโต้แย้งดังกล่าวได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามข้อเท็จจริงแห่งคดีและได้มีคำตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายชารีอะห์ ซึ่งต่อมาสมาคมนักกฎหมายสตรีแห่งเอธิโอเปียได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ร้องโดยเห็นว่า วิธีการที่คดีดังกล่าวได้รับการพิจารณาจากศาลทั้งหลายในทุกลำดับขั้นนั้น แสดงให้เห็นถึงการละเมิดสิทธิของสตรีซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้อง โดยความช่วยเหลือของสมาคมนักกฎหมายสตรีแห่งเอธิโอเปีย จึงได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งว่า คำตัดสินของศาล Naiba รวมทั้งการเห็นชอบด้วยกับคำตัดสินดังกล่าวของศาลศาสนาสูงสุดและศาลสูงสุดของประเทศนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปีย ค.ศ. ๑๙๙๕

มาตรา ๓๔ สิทธิในการสมรส สิทธิส่วนบุคคล และสิทธิในครอบครัว

๕. รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ขัดต่อการวินิจฉัยข้อพิพาททั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยบุคคลและกฎหมายครอบครัว ตามกฎหมายศาสนาหรือกฎหมายจารีตประเพณี เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่ความในข้อพิพาทนั้น ทั้งนี้ รายละเอียดให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด^๓

๔. ความเห็นของคณะกรรมการฯ

คณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้วเห็นว่า วิธีการที่คดีนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลทั้งหลายในทุกลำดับขั้นศาลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๔.๕ อันเป็นบทบัญญัติที่ให้การรับรองสิทธิของคู่ความที่จะขอให้มีการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทโดยศาลศาสนาหรือศาลจารีตประเพณีได้ ซึ่งตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ข้อพิพาททั้งหลายอันเกี่ยวข้องกับเรื่องส่วนบุคคลหรือเรื่องครอบครัว สามารถได้รับการพิจารณาโดยศาลศาสนาหรือศาลจารีตประเพณีได้ เฉพาะแต่โดยความยินยอมของคู่ความในข้อพิพาทดังกล่าวเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่า เขตอำนาจในการตัดสินข้อพิพาททางศาสนาหรือข้อพิพาททางจารีตประเพณีมีอาจถือได้ว่าเป็นเขตอำนาจภาคบังคับ (a compulsory jurisdiction)

ดังนั้น การพิจารณาคำตัดสินข้อพิพาทของศาล Naiba โดยปราศจากความยินยอมของคู่ความทุกฝ่ายในข้อพิพาทนั้น จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวได้รับการพิจารณาโดยศาล Naiba ซึ่งเป็นศาลศาสนา ประกอบกับข้อพิพาทดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเรื่องครอบครัว ซึ่งจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ความเสียก่อน อันเป็นเงื่อนไขเบื้องต้น (a prerequisite) ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่า คำตัดสินของศาลทั้งหลาย (ไม่ว่าจำเป็นศาลศาสนาหรือศาลปกติ) ในคดีนี้ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และให้ส่งความเห็นของคณะกรรมการฯ นี้ไปยังสภาแห่งสหพันธ์ (the House of Federation) ต่อไป

^๓ Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia 1995

Article 34 Marital, Personal and Family Rights

5. This Constitution shall not preclude the adjudication of disputes relating to personal and family laws in accordance with religious or customary laws, with the consent of the parties to the dispute. Particulars shall be determined by law.

(ที่มา : <https://ecn1.org/sites/default/files/files/2021/EthiopiaConstitution.pdf>)

ทั้งนี้ สภาแห่งสหพันธ์ เห็นชอบให้รับความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญ และ
วินิจฉัยให้คำตัดสินของศาลทั้งหลายนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ^๔

^๔ ในส่วนของการตีความรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๘๓ กำหนดให้ ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ (constitutional disputes) ทั้งหลาย ย่อมได้รับการวินิจฉัยโดยสภาแห่งสหพันธ์ (the House of the Federation) โดยสภาแห่งสหพันธ์จะต้องวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ยื่นมาโดยคณะกรรมการสอบสวนทางรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

ETH-2004-A-001

English

a) Ethiopia b) Council of Constitutional Inquiry c) d) 01/05/2004 e) Kedija Beshir case f) g) h)

Headnotes

Disputes relating to personal and family matters can be handled by religious or customary courts only with the consent of all parties to the dispute. The ordinary courts have jurisdiction in the absence of such consent by a party.

Summary

I. This case was submitted to The Council of Constitutional Inquiry by an application filed by the Ethiopian Women Lawyers Association on behalf of Ms Kedija Beshir. It refers to a decision on an inheritance case by a *Naiba* court (a religious court) based on the Sharia law. Before its submission to the Council, the case had passed through the appeal stages up to the Supreme Sharia Court and finally the Federal Supreme Court' Cassation Division of the regular courts. The decision of the *Naiba* court was upheld at all levels. The present applicant (in whose name the Ethiopian Women Lawyers Association) filed the complaint and three other co-defendants together originally filed their objection to the *Naiba* court itself, stating their unwillingness for the case to be considered by this religious court. However the court to which the objection was filed ruled against the objection and proceeded to deal with the merits of the case and delivered its decision according to the laws of the Sharia. The Ethiopian Women Lawyers Association extended its assistance to the applicant with a view that the way this case was handled at all levels of the court it passed through, jeopardised rights of women in general by contravening constitutionally recognised rights of women. The present applicant thus, with the assistance of the Ethiopian Women Lawyers Association, brought the case to the attention of the Council of Constitutional Inquiry challenging the ruling of the *Naiba* court and the further confirmation of its decision by the highest religious and regular courts of the country as unconstitutional.

II. The Council of Constitutional Inquiry examined the case and reached the conclusion that the way this case was resolved by the courts at all levels contravened Article 34.5 of the Constitution - a provision that recognises the right of the parties to adjudication of disputes

by religious or customary institutions. According to this provision, disputes relating to personal and family matters can be handled by religious or customary institutions only with the consent of parties to the dispute. Accordingly, the Council stated that the jurisdiction of religious or customary adjudication is not a compulsory jurisdiction. Thus the determination of the matter by the *Naiba* court against the consent of the parties to the dispute was unconstitutional. This was so because the case was tried by the *Nabia* court (a religious court) against the objection of the parties to the dispute, while it was a dispute related to a family matter that needed to secure the consent of the parties as a prerequisite. The Council thus reached the conclusion that the decision of the courts (both the religious and the formal court) in this case contravened the Constitution and delivered its opinion to the House of Federation.

(source: <https://codices.coe.int/codices/documents/precis/69586DB6-94FA-4F07-3D5D-08DC225DC81B>)

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดีย
คำพิพากษาในการอุทธรณ์คดีอาญา เลขที่ 913, 2010 ลงวันที่ ๒๘ เมษายน ๒๕๕๓ (ค.ศ. ๒๐๑๐)
กรณีการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เป็นที่ยอมรับต่อสาธารณะ
ขัดต่อเสรีภาพในการพูดและการแสดงออก หรือไม่^{*}

นางสาวเปรมิกา แสนทอง
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

๑. บทสรุปแห่งคดี

กรณีนี้เกี่ยวข้องกับกรณีการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เป็นที่ยอมรับต่อสาธารณะ โดยศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอินเดียได้วางหลักในคดีนี้ว่า การเผยแพร่ข่าวสารหรือความคิดเห็นเพื่อให้ประชาชนได้รับทราบนั้น เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าเสรีภาพในการพูดและการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ (the constitutional freedom of speech and expression) จะมีใช้สิทธิเด็ดขาด และสามารถถูกจำกัดได้ด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น ความเหมาะสม (decency) และจริยธรรม (morality) แต่กรณีนี้ก็จำเป็นจะต้องมีความอดทนต่อความคิดเห็นซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับในพื้นที่ทางสังคมและวัฒนธรรม (socio-cultural space) ด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ในการจำกัดเสรีภาพในการพูดและการแสดงความคิดเห็นนั้นมีสูงมาก และควรมีข้อสันนิษฐานที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ถูกกล่าวหาด้วย

๒. สรุปข้อเท็จจริง

นิตยสารชาวอินเดียฉบับหนึ่งได้ทำการสำรวจความคิดเห็นเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ (sexual habits) ของผู้คนที่อาศัยอยู่ในเมืองใหญ่ของอินเดีย โดยนิตยสารดังกล่าวได้รวบรวมและเผยแพร่ความคิดเห็นของผู้คนเป็นจำนวนมากซึ่งรวมถึงผู้ร้อง โดยผู้ร้องได้แสดงความคิดเห็นของตนเกี่ยวกับการเพิ่มขึ้นของการมีเพศสัมพันธ์ก่อนการแต่งงาน (pre-marital sex) โดยเฉพาะในบริบทความสัมพันธ์แบบอยู่กินด้วยกัน (live-in relationship) และความต้องการให้ประเด็นดังกล่าวได้รับการยอมรับจากสังคม ทั้งนี้ มีการฟ้องร้องในทางอาญาเป็นจำนวนมากจากหลายสถานที่เพื่อให้ดำเนินคดีกับผู้ร้องในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ. ๑๘๖๐ (Indian Penal Code, 1860) และรัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำลามกอนาจารต่อสตรี (ข้อห้าม) ค.ศ. ๑๙๘๖ (Indecent Representation of Women (Prohibition) Act, 1986) โดยกล่าวหาว่าคำพูดของผู้ร้องมีลักษณะที่เป็นการหมิ่นประมาท ลามกอนาจาร และกระทำอนาจารต่อสตรี และอาจสร้างความเข้าใจผิดให้แก่เยาวชนโดยการส่งเสริมให้มีเพศสัมพันธ์ก่อนการแต่งงาน

ต่อมา เรื่องดังกล่าวได้เข้าสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดโดยคณะผู้พิพากษาสามนาย ซึ่งในการพิจารณาคดีนั้น ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องโดยชี้แจงว่า ผู้ร้องแสดงความคิดเห็นอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผลในฐานะ

^{*} สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่:

<https://codices.coe.int/codices/documents/precis/1CEEF037-ADED-4E8D-278D-08DC225DC81B>

วิญญูชน (prudent person) ดังนั้น ความคิดเห็นที่ผู้ร้องแสดงออกมานั้นจึงได้รับความคุ้มครองตาม มาตรา ๑๙.๑.๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินเดีย ซึ่งรับรองเสรีภาพในการพูดและการแสดงความคิดเห็น ของพลเมืองชาวอินเดียทุกคน

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินเดีย^๒

มาตรา ๑๙ การคุ้มครองสิทธิบางประการเกี่ยวกับเสรีภาพในการพูด ฯลฯ

๑. พลเมืองทุกคนมีสิทธิ

a. ในการพูดและการแสดงความคิดเห็น

๔. คำพิพากษาของศาลสูงสุด

ศาลสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า การเผยแพร่ข่าวสารและความคิดเห็นเพื่อให้ประชาชนได้รับทราบ เป็นสิ่ง ที่สามารถกระทำได้ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แม้ว่าเสรีภาพในการพูดและการแสดงความคิดเห็นตาม รัฐธรรมนูญจะมีได้เป็นสิทธิเด็ดขาด และสามารถถูกจำกัดได้ด้วยเหตุ เช่น “ความเหมาะสม (decency) และ จริยธรรม (morality)” แต่กระนั้นก็จำเป็นจะต้องมีความอดทนต่อความคิดเห็นซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับในพื้นที่ทางสังคม และวัฒนธรรม (socio-cultural space) ด้วย

นอกจากนี้ กฎหมายอาญามีได้มีหน้าที่ในการลงโทษบุคคลเพียงเพราะแสดงความคิดเห็นที่ไม่เป็นที่ยอมรับ ของสังคม ซึ่งหลักเกณฑ์ในการจำกัด “เสรีภาพในการพูดและการแสดงความคิดเห็น” นั้นมีสูงมาก และควรต้องมี ข้อสันนิษฐานที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ถูกกล่าวหาในคดีดังกล่าวด้วย โดยผู้พิพากษาจะสามารถดำเนินการพิจารณาคดี ดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อผู้ร้องเรียน (complainants) ได้นำเสนอหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาเบื้องต้นสำหรับ ความผิดตามกฎหมายเท่านั้นขณะที่ พลเมืองที่มีความรู้ (informed citizenry) ถือเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นของการ ปกครองตามนัยทางการเมือง วัฒนธรรมแห่งการเสวนาอย่างเปิดกว้างก็จะต้องได้รับการสนับสนุนเพื่อสร้างทัศนคติ ของสังคมด้วย นอกจากนี้ กรณีเป็นที่ยอมรับว่า ถ้อยคำของผู้ร้องได้ทำให้เกิดข้อถกเถียงเนื่องจากการยอมรับการมี เพศสัมพันธ์ก่อนแต่งงานและความสัมพันธ์แบบอยู่กินด้วยกัน (pre-marital sex and live-in relationships) ถูกมองว่าเป็นการโจมตีแก่นแท้ของการแต่งงาน อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีข้อสงสัยใด ๆ เลยว่าการแต่งงานเป็น สถาบันทางสังคมที่สำคัญในประเทศอินเดีย แต่ก็ยังมีทั้งบุคคลและกลุ่มคนที่ไม่ได้มีความเห็นในทำนองเดียวกัน แม้กระทั่งในสังคมกระแสหลักก็มีความจำนวนมากที่เห็นว่ากรณีเพศสัมพันธ์ก่อนแต่งงานนั้นไม่ใช่เรื่องผิดแต่อย่างใด

อนึ่ง แนวคิดเรื่องจริยธรรมทางสังคม (notions of social morality) โดยเนื้อแท้แล้วเป็นเรื่องอัตวิสัย ประกอบกับกฎหมายอาญาไม่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการแทรกแซงขอบเขตของความเป็นอิสระส่วนบุคคล (the domain of personal autonomy) โดยไม่เหมาะสมได้ ขณะเดียวกัน จริยธรรม (morality) กับ อาชญากรรม (criminality) ก็ไม่ได้ไม่ได้ครอบคลุมซึ่งกันและกัน

^๒ Constitution of India

Article 19 Protection of certain rights regarding freedom of speech, etc.

(1) All citizens shall have the right

(a) to freedom of speech and expression;

(ที่มา: https://ddashboard.legislative.gov.in/sites/default/files/coi/COI_2024.pdf)

อนึ่ง ในกรณีนี้ สาระสำคัญของข้อพิพาทไม่ได้เกี่ยวข้องกับกรณีที่ว่าการมีเพศสัมพันธ์ก่อนการแต่งงาน ถูกยอมรับจากสังคมหรือไม่ หากแต่ประเด็นที่น่ากังวลนั้น แท้จริงแล้วคือการตอบสนองต่อคำพูดของผู้ร้องอย่าง มิได้สัดส่วน ซึ่งหากผู้ร้องเรียนไม่เห็นด้วยกับความคิดเห็นของผู้ร้อง ผู้ร้องเรียนก็ควรโต้แย้งความคิดเห็นนั้นผ่าน สื่อมวลชนหรือช่องทางสาธารณะอื่น ๆ ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ควรถูกนำมาใช้ในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการพูดและการแสดงความคิดเห็น

IND-2010-W-004

a) India b) Supreme Court c) d) 28/04/2010 e) Criminal Appeal no. 913, 2010 f) S. Khushboo v. Kanniammal and another g) [2010] 5 SCR 322 h) Codices (English)

Headnotes

Dissemination of news and views for popular consumption is permissible under the Indian constitutional scheme. Even though the constitutional freedom of speech and expression is not absolute and can be subjected to reasonable restrictions on grounds such as 'decency and morality' among others, there is a need to tolerate unpopular views in the socio-cultural space. The threshold for placing reasonable restrictions on the 'freedom of speech and expression' is indeed a very high one and there should be a presumption in favour of the accused in such cases.

Summary

I. A survey was conducted by an Indian news magazine on the subject of sexual habits of people residing in bigger cities of India. The Magazine gathered and published views expressed by several individuals as also of the appellant. The appellant expressed her opinion regarding the increasing incidence of pre-marital sex especially in the context of live-in relationship and need for its societal acceptance. Numerous criminal complaints were filed in several places against the appellant under the Indian Penal Code, 1860 and Indecent Representation of Women (Prohibition) Act, 1986 alleging that the appellant's remarks amounted to defamation, obscenity, indecent representation of women and would have effect of misguiding young people by encouraging them to indulge in pre-marital sex.

The matter ultimately came before a three Judges Bench of the Supreme Court of India. In the proceedings before it, the appellant inter alia submitted that she had made a fair and reasas a prudent person, and therefore, the opinion expressed by her was fully protected under Article 19.1.a of the Constitution of India which guarantees freedom of speech and expression to all citizens of India.

II. The Supreme Court of India inter alia held as follows:

a. The dissemination of news and views for popular consumption is permissible under the Indian constitutional scheme. Even though the constitutional freedom of speech and expression is not absolute and can be subjected to reasonable restrictions on grounds such as 'decency and morality' among others, there is a need to tolerate unpopular views in the socio-cultural space.

b. It is not the task of the criminal law to punish individuals merely for expressing unpopular views. The threshold for placing reasonable restrictions on the 'freedom of speech and expression' is indeed a very high one and there should be a presumption in favour of the accused in such cases. It is only when the complainants produce materials that support a prima facie case for a statutory offence that the Magistrates can proceed to take cognizance of the same.

c. While an informed citizenry is a pre-condition for meaningful governance in the political sense, a culture of open dialogue must also be promoted when it comes to societal attitudes. Admittedly, the appellant's remarks did provoke a controversy since the acceptance of pre-marital sex and live-in relationships is viewed by some as an attack on the centrality of marriage. However, while there can be no doubt that in India, marriage is an important social institution, there are also certain individuals or groups who do not hold the same view. Even in the societal mainstream, there are a significant number of people who see nothing wrong in engaging in pre-marital sex.

d. Notions of social morality are inherently subjective and the criminal law cannot be used as a means to unduly interfere with the domain of personal autonomy. Morality and criminality are not co-extensive.

e. In the present case, the substance of the controversy does not really touch on whether pre-marital sex is socially acceptable. Instead, the real issue of concern is the disproportionate response to the appellant's remarks. If the complainants vehemently disagreed with the appellant's views, then they should have contested her views through the news media or any other public platform. The law should not be used in a manner that has chilling effects on the 'freedom of speech and expression'.

(source: <https://codices.coe.int/codices/documents/precis/1CEEF037-ADED-4E8D-278D-08DC225DC81B>)

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกา
คดีระหว่าง Acosta et al. v. Nicaragua ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)
กรณีการคุ้มครองการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพของนักปกป้องสิทธิมนุษยชน*

นายนิติกร จิรฐิติกาลกิจ
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) ได้วางหลักในคดีนี้เอาไว้ว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณาตัดสินว่าบุคคลใดทำหน้าที่เป็นนักปกป้องสิทธิมนุษยชน (a human rights defender) หรือไม่นั้น มิได้ขึ้นอยู่กับว่าบุคคลนั้นถือว่าตนเองเป็นนักปกป้องสิทธิมนุษยชน หากแต่ขึ้นอยู่กับกิจกรรมที่บุคคลนั้นได้กระทำ ซึ่งการกระทำที่เป็นการปกป้องสิทธิมนุษยชนจะสำเร็จลงได้ก็ด้วยการที่นักปกป้องสิทธิมนุษยชนไม่ตกเป็นเป้าหมายของการคุกคามหรือถูกรุกรานไม่ว่าจะทางร่างกาย จิตใจ ศีลธรรม หรือการคุกคามในรูปแบบอื่นใด ดังนั้น ในกรณีที่เกิดภัยคุกคามหรือการรุกรานขึ้นกับนักปกป้องสิทธิมนุษยชนหรือกับสมาชิกในครอบครัวของบุคคลดังกล่าว รัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาทรัพยากรที่จำเป็นในการคุ้มครองนักปกป้องสิทธิมนุษยชน โดยรวมถึงการเข้าถึงความยุติธรรมที่เที่ยงธรรม ทันทีทันใด และเป็นไปตามหน้าที่ (impartial, timely and ex officio justice) นอกจากนี้ รัฐย่อมมีหน้าที่ในการสืบสวนอย่างจริงจังและมีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงบริบทและกิจกรรมของนักปกป้องสิทธิมนุษยชน เพื่อกำหนดแนวทางในการสืบสวน (ผลประโยชน์ที่อาจได้รับผลกระทบ) และเพื่อระบุตัวผู้รับผิดชอบ

อนึ่ง ระบบการพิจารณาคดี (the system of proceedings) เป็นวิธีการหนึ่งในการบรรลุซึ่งความยุติธรรม และจะต้องไม่เสียสละความยุติธรรมเพียงเพราะด้วยระเบียบพิธีการ ทั้งนี้ ระเบียบพิธีการ (a formality) ย่อมปราศจากเหตุผลที่จะดำรงอยู่ หากมีการแสดงให้เห็นว่า การเยียวยาโดยทางศาล (judicial remedies) และการอุทธรณ์ (judicial appeals) ได้ถูกปฏิเสธ โดยปราศจากการตรวจสอบความถูกต้อง หรือโดยอิงกับเหตุผลที่ไร้ประโยชน์ (futile reasons) ซึ่งมีผลเป็นการขัดขวางการพิจารณาวินิจฉัยข้อร้องเรียนในบางกรณีให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อันส่งผลเสียต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แม้รัฐอาจและควรต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการยอมรับการเยียวยาโดยทางศาลดังกล่าว แต่รัฐก็ต้องให้ความมั่นคงทางกฎหมาย (legal security) ในการบริหารกระบวนการยุติธรรมให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม รวมถึงเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ผู้พิพากษา (Judges) ซึ่งมีบทบาทในฐานะผู้กำกับกระบวนการพิจารณาคดี (directors of the proceedings) ย่อมมีหน้าที่ในการกำหนดกระบวนการยุติธรรมที่ไม่จำเป็นต้องเสียสละความยุติธรรมและการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมกับระเบียบพิธีการและการลอยนวลพ้นผิด (impunity) นอกจากนี้ สิทธิที่จะได้รับ

* สามารถสืบค้นรายละเอียดของความเห็นได้ที่:

<https://codices.coe.int/codices/documents/precis/CDB92E26-7C7C-406E-2C04-08DC225DC81B>

การสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (the right of presumption of innocence) ย่อมผูกพันรัฐในการที่จะไม่ประณามบุคคลหรือสร้างความคิดเห็นสาธารณะต่อบุคคลใด ๆ ในขณะที่ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลนั้นยังไม่ได้รับการตัดสินโดยกระบวนการทางกฎหมาย ทั้งนี้ สิทธิดังกล่าวอาจถูกละเมิดได้ ไม่ว่าจะโดยผู้พิพากษาที่รับผิดชอบในคดีนั้นหรือโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ ด้วยเหตุนี้ ผู้พิพากษาหรือหน่วยงานของรัฐจึงควรมีความรอบคอบและถี่ถ้วนในการแถลงต่อสาธารณะเกี่ยวกับกระบวนการทางอาญาที่ยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการ

๒. สรุปข้อเท็จจริง

มาเรีย ลุยซา อาโกस्ता กาสเตญอน (María Luisa Acosta Castellón) เป็นทนายความที่มีชื่อเสียงและเป็นนักปกป้องสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะกับชนพื้นเมืองที่อาศัยอยู่แถวชายฝั่งนิการากัว โดยในช่วงระหว่างเดือนตุลาคม ๒๕๔๓ จนถึงเดือนมกราคม ๒๕๔๕ มาเรียได้ให้คำแนะนำทางกฎหมายแก่ชุมชนชาวพื้นเมืองจากลาเกวงกา เด ลากูนา เด แปรึลาส (from la Cuenca de Laguna de Perlas) ซึ่งได้ยื่นฟ้องในคดีทั่วไปและคดีปกครองหลายกรณี เพื่อพิสูจน์สิทธิในการใช้และครอบครองที่ดินของบรรพบุรุษพื้นเมืองที่ตั้งอยู่ใน “กายอส แปรึลาส” (Cayos Perlas) โดยพื้นที่จำนวนเจ็ดในยี่สิบสองแห่งได้ถูกซื้อโดย พีที (PT) ซึ่งเป็นนักลงทุนสังหาริมทรัพย์ชาวอเมริกัน-กรีก และหุ้นส่วนชื่อ พีเอ็มเอฟ (PMF) ซึ่งเป็นทนายความชาวนิการากัว ผู้ซึ่งเคยซื้อขายทรัพย์สินให้แก่ชาวต่างชาติ ผ่านการทำธุรกรรมที่ถูกกล่าวหาว่าผิดกฎหมาย ทั้งนี้ คำร้องที่ยื่นโดยชุมชนชาวพื้นเมือง ซึ่งมีมาเรียเป็นผู้แทนนั้น ได้มุ่งเป้าไปที่ พีที และ พีเอ็มเอฟ (ตัวตนของบุคคลดังกล่าวได้ถูกสงวนไว้บนพื้นฐานของสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์)

ต่อมาในวันที่ ๘ เมษายน ๒๕๔๕ มาเรียพบว่า สามีของเธอ คือ ฟรานซิสโก โยเซ การ์เซีย วัลเล่ (Francisco José García Valle) นอนเสียชีวิตอยู่ภายในบ้านพัก โดยในระหว่างเวลา ๑๙.๐๐ - ๒๐.๐๐ น. ฟรานซิสโกได้ถูกยิงบริเวณหน้าอก ขณะที่มือและเท้าถูกมัดไว้และถูกปิดปาก ทั้งนี้ คดีฆาตกรรมดังกล่าวกระทำโดยชาวนิการากัวสองคน คือ อีวาน อาร์กูเอลโล (Iván Argüello) และวิลเบิร์ต โอโชอา (Wilberth Ochoa) ซึ่งมาเช่าห้องอยู่ที่ชั้นล่างของบ้านไม่กี่วันก่อนเกิดเหตุ

จากเหตุการณ์ดังกล่าว เจ้าหน้าที่ตำรวจได้เริ่มต้นการสืบสวน ซึ่งประกอบด้วยการศึกษาหลายกระบวนการและใช้เวลาในอีกหลายเดือนต่อมา และหลังจากนั้น ศาลอาญาบลูฟีลด์ (the Criminal Court of Bluefields) ได้เริ่มกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี (pre-trial proceedings) และได้รับคำแถลงจากมาเรีย พีที และพีเอ็มเอฟ ซึ่งในคำแถลงของมาเรียได้ยืนยันว่า พีทีและพีเอ็มเอฟ เป็นผู้วางแผน นอกจากนี้ ยังให้เหตุผลว่า แท้จริงแล้วทั้งสองคนพยายามที่จะฆ่าเธอ มิใช่สามีของเธอ เนื่องจากคำแนะนำทางกฎหมายของเธอที่ให้แก่ชาวพื้นเมืองกระทบผลประโยชน์ส่วนตัวเกี่ยวกับที่ดินของชนพื้นเมืองของบรรดานักธุรกิจ ขณะเดียวกัน พีทีและพีเอ็มเอฟ ได้ปฏิเสธข้อกล่าวหาและขอให้ทางการสอบสวนมาเรีย ในฐานะผู้ต้องสงสัยที่ปกปิดตัวตนที่แท้จริง ซึ่งต่อมาผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ (the presiding judge) ที่พิจารณาคดีนี้ ได้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาในทันที

ต่อมา มาเรียและบุตรของเธอได้ย้ายออกจากเมืองบลูฟีลด์เนื่องจากความกลัว รวมถึงยังร้องขอต่อผู้พิพากษาหัวหน้าคณะให้อนุญาตให้เธอสามารถยื่นคำแถลง (declarations) จากที่พำนักแห่งใหม่แทน

เมืองบลูฟีลด์ ซึ่งคำร้องขอตั้งกล่าวถูกปฏิเสธ ดังนั้น ในเดือนเมษายน ๒๕๔๕ ทนายความของมาเรียจึงได้นำหนังสือมอบอำนาจทั่วไป (a general power of attorney - "poder generalísimo") เพื่อขอเป็นผู้แทนในคดีในนามของลูกความและยื่นข้อกล่าวหาต่อศาล อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำดังกล่าวของทนายความนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากทนายความจำเป็นที่จะต้องมีหนังสือมอบอำนาจพิเศษ (a special power of attorney - "poder especialísimo") จากนั้น ทนายความของมาเรียได้ยื่นหนังสือมอบอำนาจฉบับใหม่ แต่หนังสือดังกล่าวไม่ได้รับการพิจารณา จนกระทั่งวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๔๕ ซึ่งเป็นวันเดียวกันกับที่ผู้พิพากษาได้ตัดสินให้ยกฟ้องผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้วางแผนก่ออาชญากรรม ทั้งนี้ ทนายความของมาเรียได้ยื่นอุทธรณ์คำตัดสินในสามวันต่อมา แต่อุทธรณ์ดังกล่าวก็ถูกยก ด้วยเหตุเพราะมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคดีแพ่ง ซึ่งกำหนดให้การยื่นอุทธรณ์นั้นจะต้องยื่นพร้อมด้วยกระดาษเปล่าเพิ่มเติม (extra blank paper) ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงตัดสินให้การปฏิเสธตามกฎหมายดังกล่าวถือเป็นเด็ดขาดและมีผลผูกพัน อย่างไรก็ตาม ทนายความของมาเรียได้ยื่นอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวหลายครั้งต่อศาลที่มีลำดับชั้นสูงกว่า แต่การอุทธรณ์ก็ไม่ได้รับการพิจารณา ไม่ว่าจะเพราะเหตุผลทางการของศาลนั้นหรือเป็นเพราะผู้พิพากษาในศาลนั้นเห็นชอบด้วยกับคำตัดสินที่ผ่านมา

ในเดือนพฤษภาคม ๒๕๔๕ พีทีและพีเอ็มเอฟ ได้ยื่นฟ้องมาเรียต่อศาลแพ่งบลูฟีลด์ (the Civil Court of Bluefields) เพื่อเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหาย รวมถึงร้องขอให้มีการยึดทรัพย์สินของมาเรียเพื่อป้องกันไว้ก่อน ทั้งนี้ ผู้พิพากษาได้มีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินของมาเรีย แต่ต่อมาก็ได้มีคำสั่งเพิกถอน เนื่องจากทนายความของมาเรียได้ยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำตัดสินดังกล่าวหลายครั้ง จากนั้น พีทีและพีเอ็มเอฟ ได้ยื่นฟ้องมาเรียในข้อหาให้การเท็จ (false testimony) และการรายงานเท็จ (false report) อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีได้สิ้นสุดลงภายหลังจากที่ผ่านไปกว่า ๘ เดือน โดยที่ไม่มีฝ่ายใดได้เข้าร่วม

ในส่วนของการดำเนินคดีอาญากับอีวาน อาร์กูเอลโล (Iván Argüello) และวิลเบิร์ต โอโชอา (Wilberth Ochoa) นั้น ในเดือนกันยายนจนถึงเดือนตุลาคม ๒๕๔๕ (ภายหลังจากการยื่นฟ้องพีทีและพีเอ็มเอฟฐานเป็นผู้วางแผนถูกยกฟ้อง) สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ข้อสรุปว่า อาวุธปืนที่ใช้ในการก่อเหตุฆาตกรรมสามีของมาเรียนั้นเป็นทรัพย์สินของพีเอ็มเอฟ รวมทั้งอีวานได้เคยทำงานให้กับพีทีมาก่อน จากนั้นตลอดปี ๒๕๔๖ มาเรียได้พยายามยื่นร้องเรียนทางวินัยกับผู้พิพากษาและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี แต่หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกลับไม่มีการดำเนินการใด ๆ ด้วยเหตุนี้เอง ในวันที่ ๙ เมษายน ๒๕๔๖ มาเรียได้ยื่นเรื่องร้องเรียนต่อสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน (the office of the Ombudsperson) โดยระบุว่า เธอถูกละเมิดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในเวลาอันสมควรจากคณะกรรมการวินัยประจำศาลสูงสุด (the Commissioners of the Disciplinary Regime of the Supreme Court of Justice) และหัวหน้าสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินได้แถลงว่า คณะกรรมการได้กระทำการละเมิดสิทธิของมาเรียจริง แต่ประธานศาลสูงสุดกลับไม่ให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

ต่อมาในเดือนเมษายน ๒๕๔๗ อีวาน อาร์กูเอลโล (Iván Argüello) และวิลเบิร์ต โอโชอา (Wilberth Ochoa) ได้ถูกพิพากษาจำคุก เนื่องจากเป็นผู้ก่อเหตุฆาตกรรมสามีของมาเรีย นอกจากนี้ ศาลสูงสุดยังพิพากษายืนตามคำสั่งยกฟ้องพีทีและพีเอ็มเอฟฐานเป็นผู้ก่ออาชญากรรมดังกล่าวด้วย ซึ่งทนายความของมาเรียได้ยื่นอุทธรณ์ แต่ก็ถูกปฏิเสธ

เมื่อวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๕๖ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกา (the Inter American Commission of Human Rights) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกาว่า กรณีมีการละเมิด ข้อบทที่ ๑.๑ ข้อบทที่ ๕ ข้อบทที่ ๕.๑ ข้อบทที่ ๘.๑ ข้อบทที่ ๘.๒ และข้อบทที่ ๒๕ ของอนุสัญญาอเมริกันว่า ด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Rights) ซึ่งต่อมา รัฐบาลนิการากัว ได้ยื่นคำร้อง จำนวน ๓ ฉบับ เพื่อเป็น “คำคัดค้านเบื้องต้น” (preliminary objections) กล่าวคือ คำคัดค้านดังกล่าว เกี่ยวข้องกับขอบเขตของข้อเท็จจริงแห่งคดี การยอมรับพยานหลักฐานบางอย่าง และการไม่เห็นด้วยของ รัฐบาลนิการากัวต่อการกำหนดคุณลักษณะของข้อเท็จจริงและคำแนะนำของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ระหว่างอเมริกา

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - สนธิสัญญาซาน โฮเซ คอสตาริกา^๖

^๖ American Convention on Human Rights “Pact of San Jose, Costa Rica”

Article 1. Obligation to Respect Rights

1. The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.

Article 5. Right to Humane Treatment

1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected.

Article 8. Right to a Fair Trial

1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.

2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees:

- a. the right of the accused to be assisted without charge by a translator or interpreter, if he does not understand or does not speak the language of the tribunal or court;
- b. prior notification in detail to the accused of the charges against him;
- c. adequate time and means for the preparation of his defense;
- d. the right of the accused to defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing, and to communicate freely and privately with his counsel;
- e. the inalienable right to be assisted by counsel provided by the state, paid or not as the domestic law provides, if the accused does not defend himself personally or engage his own counsel within the time period established by law;
- f. the right of the defense to examine witnesses present in the court and to obtain the appearance, as witnesses, of experts or other persons who may throw light on the facts;
- g. the right not to be compelled to be a witness against himself or plead guilty; and
- h. the right to appeal the judgment to a higher court

Article 25. Right to Judicial Protection

1. Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties.

2. The States Parties undertake:

ข้อบทที่ ๑ พันธกรณีในการเคารพสิทธิ

๑. รัฐภาคีตามอนุสัญญาฉบับนี้ยอมรับที่จะเคารพสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองในที่นี้ และจะให้การรับรองแก่บุคคลทั้งหลายที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลตน ให้สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้อย่างอิสระ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ชาติและสังคมกำเนิด สถานะทางเศรษฐกิจ การเกิด หรือ เจเนอไซทางสังคมอื่น ๆ

ข้อบทที่ ๕ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม

๑. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะมีความสมบูรณ์ทั้งทางร่างกาย จิตใจ และศีลธรรม

ข้อบทที่ ๘ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

๑. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดี โดยมีหลักประกันที่เหมาะสมและภายในระยะเวลาที่สมควร โดยศาลที่มีอำนาจ เป็นอิสระ และเป็นกลาง ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย เพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวหาในทางอาญาใด ๆ ที่บุคคลนั้นถูกกล่าวหา หรือเพื่อการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและพันธะผูกพันในทางแพ่ง แรงงาน ภาษี หรือลักษณะอื่นใดของบุคคลนั้น

๒. บุคคลทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ตราบใดที่ความผิดนั้นยังมิถูกตัดสินตามกฎหมาย และในระหว่างการพิจารณาคดี บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นต่ำที่มีคุณภาพดังต่อไปนี้

a. สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่จะได้รับการช่วยเหลือโดยไม่มีค่าใช้จ่ายโดยล่ามหรือผู้แปล หากบุคคลนั้นไม่เข้าใจหรือไม่สามารถพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้

b. การแจ้งเกี่ยวกับรายละเอียดข้อกล่าวหาให้ทราบล่วงหน้า

c. เวลาและวิธีการที่เหมาะสมสำหรับการเตรียมตัวแก้ข้อกล่าวหา

d. สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการปกป้องตนเอง หรือได้รับความช่วยเหลือจากที่ปรึกษา กฎหมายที่ตนเลือก รวมถึงสื่อสารกับที่ปรึกษากฎหมายของตนได้อย่างเป็นอิสระและเป็นการส่วนตัว

e. สิทธิที่ไม่อาจถ่ายโอนได้ที่จะได้รับการช่วยเหลือจากทนายความที่รัฐจัดหาให้ ไม่ว่าจะได้รับหรือไม่ได้รับค่าจ้างก็ตาม ตามที่กฎหมายในประเทศกำหนดไว้ ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ปกป้องตนเอง หรือว่าจ้างทนายความของตนเองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

f. สิทธิของจำเลยในการซักถามพยานที่อยู่ในศาล รวมถึงขอให้ผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลอื่นปรากฏตัวในฐานะพยานเพื่อชี้แจงข้อเท็จจริง

g. สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ต้องเป็นพยานเพื่อกล่าวโทษตนเองหรือรับสารภาพ และ

h. สิทธิในการอุทธรณ์คำตัดสินต่อศาลในลำดับขั้นที่สูงกว่า

ข้อบทที่ ๒๕ สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยทางศาล

a. to ensure that any person claiming such remedy shall have his rights determined by the competent authority provided for by the legal system of the state;

b. to develop the possibilities of judicial remedy; and

c. to ensure that the competent authorities shall enforce such remedy shall have his rights determined by the competent authority such remedies when granted.

(ที่มา: https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf)

๑. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาโดยสะดวกและรวดเร็ว หรือวิธีการเยียวยาอื่นที่มีประสิทธิภาพ จากศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อขอรับความคุ้มครองจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐหรือโดยอนุสัญญาฉบับนี้ แม้ว่าการกระทำล่วงละเมิดดังกล่าวจะกระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการก็ตาม

๒. รัฐภาคีตกลงที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

a. เพื่อให้แน่ใจว่า บุคคลซึ่งเรียกร้องการเยียวยา ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการตัดสินโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่กฎหมายของรัฐนั้นกำหนด

b. เพื่อพัฒนาความเป็นไปได้ในการเยียวยาโดยศาล และ

c. เพื่อให้แน่ใจว่า หน่วยงานที่มีอำนาจจะบังคับตามการเยียवादังกล่าวเมื่อได้รับความเห็นชอบ

๔. คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนฯ

ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกามีคำสั่งไม่รับคำร้องทั้ง ๓ ประเด็นไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมิได้มีลักษณะที่เป็น “คำคัดค้านเบื้องต้น” (preliminary objections)

จากนั้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่า รัฐบาลนิการากัวต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิที่ได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สิทธิที่จะรู้ความจริง และสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยทางศาล (the rights to a fair trial, access to justice, the right to know the truth and judicial protection) ซึ่งเป็นไปตามข้อบทที่ ๘.๑ และข้อบทที่ ๒๕ ประกอบข้อบทที่ ๑.๑ ของอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อมาเรีย ลุยซา อาโกस्ता และสมาชิกคนอื่นในครอบครัวของสามีของมาเรีย เนื่องจากมิได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนอย่างมุ่งมั่นและจริงจังต่อสมมติฐานที่ว่า การฆาตกรรมนั้นถูกวางแผนโดยบุคคลที่ถูกขัดผลประโยชน์จากการกระทำของมาเรียในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองในพื้นที่ชายฝั่งนิการากัว ขณะเดียวกัน ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะก็ตัดสินยกฟ้องผู้ต้องสงสัยภายในเวลาหนึ่งเดือนหลังจากที่เริ่มการพิจารณาคดี การกระทำดังกล่าวถือว่ามีขัดต่อหลักเกณฑ์พื้นฐานว่าด้วยการสืบสวนคดีอาญา เนื่องจากขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดี (pre-trial proceedings) ยังไม่เสร็จสิ้น และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง (เช่น การวิเคราะห์ทางนิติวิทยาศาสตร์ของอาวุธปืนที่ใช้ในการก่อเหตุ) ยังอยู่ในระหว่างการรวบรวมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้น การตัดสินยกฟ้องผู้ต้องสงสัยจึงไม่ได้รับการอธิบายหรือให้เหตุผลที่เหมาะสม ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ เน้นย้ำว่า พันธกรณีของรัฐตามข้อบทที่ ๘ และข้อบทที่ ๒๕ ของอนุสัญญาอเมริกันฯ นั้นคือ จะต้องพิจารณาบริบทแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงและกิจกรรมของนักปกป้องสิทธิมนุษยชน เพื่อที่จะระบุผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องที่อาจได้รับผลกระทบ รวมถึงการระบุตัวผู้กระทำความผิด

นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ยังเห็นว่า การละเมิดสิทธิซึ่งได้รับการรับรองตามอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวข้างต้นนั้น เนื่องจากรัฐบาลนิการากัวปฏิเสธมิให้เหยื่อสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเหตุผลเพียงเพราะระเบียบพิธีการ อาทิ การที่จะต้องจัดเตรียมกระดาษเปล่าเพิ่มเติมสำหรับการยื่นฟ้องตามหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาทางแพ่ง โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรว่าการดำเนินการ

ดังกล่าวเป็นความจำเป็นสำหรับการบริหารกระบวนการยุติธรรมอย่างไร นอกจากนี้ รัฐบาลนิการากัวยังมีได้ให้ความสนใจอย่างเหมาะสมกับการยื่นอุทธรณ์การดำเนินการที่ผิดปกติกี่เกิดขึ้นในศาล และเมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้ตัดสินว่ามีความรับผิดชอบทางวินัยจากการละเมิดสิทธิของมาเรีย กรณีก็พบว่า ศาลก็มีได้ดำเนินการแก้ไขแต่ประการใด และประการสุดท้าย ในการเปลี่ยนแปลงสถานะของมาเรียในกระบวนการพิจารณาคดีจากการเป็นเหยื่อไปสู่การเป็นผู้ต้องสงสัย รวมถึงการขัดขวางมิให้ทนายความของมาเรียมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี ย่อมแสดงให้เห็นว่า รัฐบาลนิการากัวละเมิดสิทธิของมาเรียที่จะได้รับการรับฟังและสิทธิที่จะปกป้องตนเอง (right to be heard and to a defense)

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ยังเห็นว่า ผู้พิพากษากระทำการไม่ครบถ้วน เนื่องจากการแถลงต่อสาธารณะได้แสดงให้เห็นอย่างไม่ต้องสงสัยถึงแรงจูงใจที่จะขัดขวางการพิจารณาคดี ซึ่งเรื่องนี้ถือว่าเป็นกรณีที่น่ารังเกียจอย่างยิ่ง โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการก่อนการพิจารณาคดี (pre-trial proceedings) ซึ่งมีผู้พิพากษาคงกล่าวเป็นหัวหน้าคณะ นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ยังเห็นว่า ผู้พิพากษาในชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกาก็มิได้ให้หลักประกันกับสิทธิที่จะได้รับการรับฟังโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางด้วย (the right to be heard by an impartial judge)

ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ยังเห็นอีกว่า รัฐบาลนิการากัวละเมิดข้อบทที่ ๘.๒ และข้อบทที่ ๒๕ ประกอบข้อบทที่ ๑.๑ ของอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งส่งผลกระทบต่อมาเรีย โดยเฉพาะการที่สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ของมาเรียถูกละเมิด เนื่องจากการแถลงต่อสาธารณะของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะได้แสดงให้เห็นถึงอคติที่มีต่อมาเรีย นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ยังเห็นว่า รัฐบาลนิการากัวต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิในความสมบูรณ์ของบุคคล (right to personal integrity) โดยในกรณีของมาเรียนั้น สิทธิในความสมบูรณ์ของมาเรียได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรง ไม่เพียงแต่เฉพาะจากการที่สามีของเธอถูกฆาตกรรมเท่านั้น หากแต่ยังได้รับผลกระทบจากการที่ต้องเผชิญกับกระบวนการสืบสวนที่ไม่เหมาะสมเพียงพอ การถูกสอบสวนในข้อหาแจ้งความเท็จและให้การเท็จ การถูกตีตราอันเป็นผลจากกระบวนการทางกฎหมายที่ปราศจากมูลความจริง และความผิดหวังจากการลอยนวลพ้นผิด (impunity)

อาศัยเหตุผลดังกล่าว ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกาจึงมีคำสั่งให้รัฐบาลนิการากัวดำเนินการดังต่อไปนี้

๑. บังคับใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การฆาตกรรมที่เกิดขึ้นไม่เป็นการลอยนวลพ้นผิด และเพื่อให้เหยื่อมีสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และความจริงได้รับการแก้ไขให้เหมาะสม
๒. เผยแพร่คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนฯ รวมถึงสรุปย่อคำพิพากษา
๓. กำหนดกลไกการคุ้มครองและระเบียบพิธีการสืบสวนสำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายคุกคาม หรือการรุกราน ที่อาจเกิดขึ้นกับนักปกป้องสิทธิมนุษยชน
๔. ชดเชยค่าเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและมีใช่ตัวเงิน รวมถึงค่าฤชาธรรมเนียมทั้งหลาย

IAC-2017-1-003

a) Organisation of American States b) Inter-American Court of Human Rights c) d) 25/03/2017 e) *Acosta et al. v. Nicaragua* f) g) Secretariat of the Court h) Codices (Spanish)

Headnotes

The decisive criteria for determining if a person is acting as a human rights defender is not whether he or she considers herself as such, but in the identification of the activities he or she performs. The defense of human rights can only be freely achieved if the defenders are not subject to threats or to any kind of physical, psychological or moral aggression, or any other kind of harassment. Therefore, in cases of threats or aggression to human rights defenders or their family members, States must provide the resources necessary for them to be protected, as well as access to impartial, timely and *ex officio* justice. States shall investigate in a serious and effective manner, taking into account the context and the activities of the defender, in order to determine the lines of investigation (possible interests affected) and to identify those responsible.

The system of proceedings is a means for achieving justice and justice cannot be sacrificed by mere formalities. A formality has no reason for being when it is demonstrated that judicial remedies and appeals are dismissed without examining their validity, or based on futile reasons, with the effect of hindering certain complaints from being effectively decided, to the detriment of certain individuals. Even though States may and should establish criteria of admissibility for such remedies, they must provide legal security as to the correct and functionally fit administration of justice, as well as the effective protection of the rights of individuals.

Judges, in their role of directors of the proceedings, have a duty to set forth the judicial process without sacrificing justice and fair trial against formalities and impunity. The right of presumption of innocence obliges the State to not informally condemn a person, nor shape public opinion about any person, while his or her criminal responsibility has not yet been determined by a legal process. This right can be violated either by the judges in charge of the case or by other state authorities; thus, judges and other authorities should be discreet and prudent when giving public declarations concerning an ongoing criminal proceeding.

Summary

I. María Luisa Acosta Castellón is a renowned lawyer and human rights defender, specifically of indigenous peoples inhabiting the Nicaraguan coast. Between October 2000 and January 2002, she provided legal advice to indigenous communities from la Cuenca de Laguna de Perlas, who lodged several administrative and judicial complaints, in order to vindicate their right to use and possess ancestral indigenous lands located in the "Cayos Perlas" (Perlas Keys). Seven out of twenty-two of these Keys were purchased by "PT," a US-American/Greek real estate investor, and his partner "PMF," a Nicaraguan lawyer who further sold the properties to foreign buyers, by means of alleged illegal transactions. The complaints lodged by the indigenous communities represented by María Luisa Acosta were directed at "PT" and "PMF" (identity reserved on the basis of their right to presumption of innocence).

On 8 April 2002, María Luisa Acosta found her husband, Francisco José García Valle, lying dead in their family home. Between 19:00 and 20:00 he was shot in the chest area, his hands and feet were tied and his mouth was bound. The homicide was perpetrated by Iván Argüello and Wilberth Ochoa, two Nicaraguans who had rented the ground floor of the house the day before.

As a result, authorities began a police investigation which involved several proceedings over the following months. Some days after that, the Criminal Court of Bluefields initiated pre-trial proceedings and received the declarations of María Luisa Acosta, PT and PMF. In her declarations, María Luisa Acosta insisted that PT and PMF were the masterminds or intellectual authors of the homicide. She reasoned that they were actually trying to kill her, instead of her husband, as her legal advice of the indigenous peoples was against the businessmen's personal interests on the indigenous lands. PT and PMF plead not guilty and requested that María Luisa Acosta be investigated as a possible masking agent. This request was immediately accepted by the presiding judge.

María Luisa Acosta and her children moved away from Bluefields out of fear. She also requested that the presiding judge allow her declarations to be taken in her new place of residence, instead of Bluefields. The request was rejected. Therefore, in April 2002, María Luisa's lawyer presented a *general* power of attorney ("*poder generalísimo*") so as to intervene in the proceedings in the name of his client and to submit accusations.

Nevertheless, the judge decided that the acts of the lawyer were not legally valid, as he needed a *special* power of attorney ("*poder especialísimo*"). María Luisa's lawyer submitted the new power of attorney, but it was not accepted until 13 May 2002, the same day that the judge decided to definitively dismiss the case against those signaled as masterminds of the crime. María Luisa's lawyer appealed the decision three days later, but the appeal was rejected on the basis of non-compliance with a rule of civil procedure establishing that the appeal had to be presented along with extra blank paper. Thus, the judge resolved that the legal dismissal should be made final and binding. This decision was appealed several times by Acosta's lawyer before superior Courts, but each appeal was dismissed, either for formal reasons or because those superior judges agreed with the decision.

In May 2002, "PT" and "PMF" lodged a complaint before the Civil Court of Bluefields against María Luisa Acosta requesting compensation for damages, as well as the preventive seizure of María Luisa's goods. The seizure was ordered by the judge, but it was subsequently cancelled, after María Luisa's lawyer presented several appeals against the decision. Later on, they also submitted complaints against María Luisa for the crimes of false testimony and false report. The proceedings ended after more than eight months without any of the parties taking part therein.

As to the continuation of the criminal procedure against Ivan Argüello and Wilberth Ochoa, in September and October 2002 h after the legal dismissal of PT and PMF as masterminds ? the National Police determined that the gun used in the homicide of María Luisa's husband was property of PMF, and also that Iván Argüello had previously worked for PT. Throughout 2003, María Luisa Acosta lodged several disciplinary complaints against the judges and court members hearing the case, but the relevant judicial authority showed no activity in that regard. Therefore, on 9 April 2003 Acosta submitted a complaint before the office of the Ombudsperson ("*Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*"), in which she claimed the violation of her right to proper access to timely justice by the Commissioners of the Disciplinary Regime of the Supreme Court of Justice. The Head of the office of the ombudsperson declared that the Commissioners did indeed violate María Luisa's right and that the President of the Supreme Court of Justice disregarded this.

In April 2004, Iván Argüello and Wilberth Ochoa were sentenced to prison as authors of the homicide of María Luisa Acosta's husband. Additionally, the Supreme Court also confirmed the dismissal of PT and PMT as possible intellectual authors of the crime. Acosta's lawyer presented two appeals, which were dismissed by the domestic Court.

On 7 August 2015, the Inter American Commission of Human Rights submitted the case before the Inter American Court, alleging violations to Articles 1.1, 5, 5.1, 8.1, 8.2 and 25 ACHR.

The State submitted three pleadings as "preliminary objections". The first referred to the scope of the facts of the case; the second referred to the admissibility of certain evidence, and the third referred to Nicaragua's disagreement with the Inter-American Commission's characterisation of the facts and with the recommendations contained in its report on the merits.

II. The Court dismissed all the pleadings, as it considered that they were not preliminary objections in nature.

On the merits, the Court found the State internationally responsible for the violation of the rights to a fair trial, access to justice, the right to know the truth and judicial protection, in accordance with Articles 8.1 and 25 ACHR, in relation to Article 1.1 ACHR, to the detriment of María Luisa Acosta and other family members of her husband, because it did not diligently and seriously investigate the hypothesis that the homicide was masterminded by persons whose interests were compromised by Acosta's defense of human rights of the indigenous peoples of the Nicaraguan coastal areas. The presiding judge declared the definitive legal dismissal of the suspects one month after the beginning of the proceedings. This course of action by the judge was against basic rational rules of criminal investigation, as the pre-trial phase had not been concluded and certain relevant evidence (such as the forensic analysis of the gun used in the homicide) was still being gathered by the police. The decision of legally dismissing the suspects was not duly explained or justified. The Court reiterated that the obligations of the State under Articles 8 and 25 ACHR must take into account the context surrounding the facts and the activities of human rights defenders, in order to identify any possible interests that could be affected and to identify the possible authors.

Additionally, the Court found the violation of the aforementioned rights protected in the American Convention of Human Rights because the State denied the victim's access to criminal justice based on mere formalities such as the providing of blank paper, in application of civil procedural rules, without a reasonable justification as to its necessity for the administration of justice. The State did not give proper attention to the appeals concerning possible irregular proceeding by the national courts and, when the Ombudsperson determined disciplinary responsibility for the existence of a violation of Acosta's rights, the courts did not correct or rectify them. Finally, in changing the status of Acosta in the proceedings from victim to possible suspect, as well as hindering the participation of her legal counselor, the State violated Acosta's right to be heard and to a defense. The Court also found that the judge acted in a partial manner, as his public declarations would leave no doubt as to his motivations in hindering the proceedings. This is especially serious, given the pre-trial proceedings in which the judge was presiding. Additionally, the Court resolved that the appeal and superior judges did not properly guarantee the right to be heard by an impartial judge.

The Court also established that the State violated Articles 8.2 and 25 ACHR, in relation to Article 1.1 ACHR, to the detriment of María Luisa Acosta, because her right to be presumed innocent was violated, as certain public declarations made by the presiding judge revealed possible prejudices against María Luisa Acosta.

The Court also found the State responsible for the violation of the right to personal integrity, contained in Article 5.1 ACHR. In the case of María Luisa Acosta, her personal integrity was seriously affected not only because of the suffering caused by her husband's murder, but as a consequence of the lack of an adequate investigation; the investigations against her for the crimes of false report and false testimony; the stigmatisation resulting from unfounded legal procedures; and the frustration of the partial impunity she had to confront. Finally, the Inter-American Court established that the judgment constituted *per se* a form of reparation and ordered, among other things, that the State:

- i. adopt the measures necessary so that the homicide not to be left in impunity and for the victims' rights to access to justice and to truth to be adequately restituted;

- ii. publish the judgment of the Inter-American Court, as well as its summary;
- iii. create mechanisms of protection and investigation protocols for cases concerning risks, threats or aggression against human rights defenders; and
- iv. pay pecuniary and non-pecuniary damages, as well as costs and expenses.

(source: <https://codices.coe.int/codices/documents/precis/CDB92E26-7C7C-406E-2C04-08DC225DC81B>)

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน
คำวินิจฉัยเลขที่ STC ๓๕/๒๐๒๐ ลงวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓ (ค.ศ. ๒๐๒๐)
กรณีการเผยแพร่ข้อความที่มีเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการโต้แย้งขัดต่อเสรีภาพในการพูด หรือไม่ *

นางสาวเปรมิกา แสนทอง
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

๑. บทสรุปแห่งคดี

บุคคลผู้โพสต์ (posted) ข้อความทางออนไลน์ซึ่งมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความไม่พอใจหรือความขัดแย้งทางการเมือง ไม่อาจถูกตัดสินให้มีความผิดในข้อหา “ดูหมิ่นเหยียดจากการก่อการร้าย” (humiliating the victims of terrorism) ได้ เว้นแต่ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีนั้นได้ชี้แจงน้ำหนักแล้วว่า การระบุข้อความในลักษณะดังกล่าวอาจเป็นการแสดงออกประเภทหนึ่งที่ครอบคลุมอยู่ในเสรีภาพในการพูด (freedom of speech)

๒. สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ร้องในคดีนี้ เป็นนักร้องและนักแต่งเพลง ได้ทำการเผยแพร่ข้อความจำนวนมากผ่านทางเพจ (page) ส่วนตัวของตนเองที่อยู่ในเครือข่ายสังคมออนไลน์แบบข้อความสั้น (microblogging) โดยที่บางข้อความมีเนื้อหาที่หยาบคายและมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งและความไม่พอใจ เกี่ยวกับกิจกรรมขององค์กรก่อการร้ายหลายกลุ่ม รวมถึงเหยื่ออีกหลายราย ซึ่งบางรายได้กลายเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองในเวลาต่อมา และภายหลังจากที่ถูกจับกุมและถูกดำเนินคดีในข้อหา “ดูหมิ่นเหยียดจากการก่อการร้าย” ศาลแห่งชาติ (Audiencia Nacional) ได้ตัดสินให้ผู้ร้องไม่มีความผิด ด้วยเหตุที่ว่าไม่มีหลักฐานว่าข้อความของผู้ร้องมีเจตนาอันสอดคล้องกับการกระทำขององค์กรก่อการร้าย หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เหยื่อต้องอับอาย

ต่อมาสำนักงานอัยการได้ยื่นอุทธรณ์ ซึ่งศาลสูงสุดได้ตัดสินให้ผู้ร้องมีความผิดในข้อกล่าวหาดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า จุดมุ่งหมายเชิงอัตวิสัยเพิ่มเติม (an additional subjective aim) ที่ให้การรับรองกิจกรรมขององค์กรก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องนั้นไม่จำเป็นสำหรับการใช้ข้อกล่าวหาทางอาญาดังกล่าว ขณะเดียวกันผลลัพธ์เชิงวัตถุวิสัย (the objective result) ในการทำให้เหยื่อเกิดความอับอายจากถ้อยคำในข้อความนั้นเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ตัดสินลงโทษได้

๓. ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน^๖

* สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่: <https://codices.coe.int/codices/documents/precis/B27EC4FD-47E8-4011-425B-08DC225DC81B>

^๖ The Spanish Constitution
Article 20

มาตรา ๒๐

๑. สิทธิต่อไปนี้ย่อมได้รับการยอมรับและคุ้มครอง:

a) สิทธิในการแสดงออกและเผยแพร่ความคิด แนวคิด และความเห็นอย่างเสรี ไม่ว่าจะด้วยถ้อยคำ ลายลักษณ์อักษร หรือวิธีการสื่อสารอื่นใด

b) สิทธิในการผลิตและการสร้างสรรค์ทางวรรณกรรม ศิลปะ วิทยาศาสตร์ และเทคนิค

c) สิทธิในเสรีภาพทางวิชาการ

d) สิทธิในการสื่อสารหรือรับข้อมูลที่ถูกต้องอย่างเสรี ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม กฎหมายจะควบคุมสิทธิในการใช้มโนธรรมส่วนบุคคลและความลับทางวิชาชีพในการใช้เสรีภาพเหล่านี้

๒. การใช้สิทธิเหล่านี้จะต้องไม่ถูกจำกัดโดยการเซ็นเซอร์ใด ๆ ก่อนหน้านี้

๓. กฎหมายจะควบคุมองค์กรและควบคุมของรัฐสภาในประเทศเกี่ยวกับการสื่อสารทางสังคมภายใต้การควบคุมของรัฐหรือหน่วยงานสาธารณะใด ๆ และจะรับรองการเข้าถึงสื่อดังกล่าวของกลุ่มสังคมและการเมืองหลัก โดยเคารพความหลากหลายในสังคมและภาษาต่าง ๆ ของสเปน

๔. เสรีภาพเหล่านี้ถูกจำกัดโดยการเคารพสิทธิที่รับรองไว้ในหมวดนี้โดยบทบัญญัติทางกฎหมายที่บังคับใช้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในเกียรติยศ ความเป็นส่วนตัว ชื่อเสียงส่วนบุคคล และการคุ้มครองเยาวชนและเด็ก

๕. การยัดสิ่งพิมพ์และการบันทึกเสียง และสื่อสารสนเทศอื่น ๆ จะต้องกระทำโดยคำสั่งศาลเท่านั้น

๓.๒ ประมวลกฎหมายอาญา ^๑

1. The following rights are recognised and protected:

a) the right to freely express and disseminate thoughts, ideas and opinions through words, in writing or by any other means of communication;

b) the right to literary, artistic, scientific and technical production and creation;

c) the right to academic freedom;

d) the right to freely communicate or receive accurate information by any means of dissemination whatsoever.

The law shall regulate the right to invoke personal conscience and professional secrecy in the exercise of these freedoms.

2. The exercise of these rights may not be restricted by any form of prior censorship.

3. The law shall regulate the organisation and parliamentary control of the social communications media under the control of the State or any public agency and shall guarantee access to such media to the main social and political groups, respecting the pluralism of society and of the various languages of Spain.

4. These freedoms are limited by respect for the rights recognised in this Title, by the legal provisions implementing it, and especially by the right to honour, to privacy, to personal reputation and to the protection of youth and childhood.

5. The confiscation of publications and recordings and other information media may only be carried out by means of a court order.

(ที่มา: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-40001-consolidado.pdf>)

^๑ Criminal Code

Article 578

1. Public praise or justification of the criminal offences comprised in Articles 572 to 577 or of those who have participated in the perpetration thereof or the perpetration of deeds that involve discredit, disdain or humiliation of the victims of terrorist criminal offences or the relatives thereof shall be punished with a penalty of one to three years' imprisonment and a fine from twelve to eighteen months. The judge may also order in the sentence, during the period he may indicate, any or some of the prohibitions foreseen in Article 57.

2. The penalties foreseen in the previous Section shall be imposed in the upper half when the deeds have been carried out through the dissemination of services or contents accessible to the public through the media, the Internet, or electric communication media or using information technologies.

มาตรา ๕๗๘

๑. การยกประเด็นในที่สาธารณะหรืออ้างเหตุผลในการกระทำความผิดอาญาตามมาตรา ๕๗๒ ถึงมาตรา ๕๗๗ หรือการกระทำของผู้ที่มีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมดังกล่าว หรือการกระทำอันเป็นการเสื่อมเสียชื่อเสียง ดูหมิ่น หรือทำให้เสื่อมเสียเกียรติแก่เหยื่อของอาชญากรรมก่อการร้ายหรือญาติ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี และปรับตั้งแต่สิบสองถึงสิบแปดเดือน โดยผู้พิพากษาอาจสั่งลงโทษตามข้อห้ามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๕๗ ก็ได้

๒. ระวางโทษที่กำหนดไว้ในข้อที่แล้วนั้น ให้ลงโทษในครั้งบนเมื่อการกระทำดังกล่าวได้เกิดขึ้นโดยการเผยแพร่บริการหรือเนื้อหาที่สาธารณชนเข้าถึงได้ผ่านสื่อ อินเทอร์เน็ต สื่อการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ

๓. หากข้อเท็จจริงของคดี เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์แล้วพบว่าสามารถเปลี่ยนแปลงความสงบสุขของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือก่อให้เกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัยหรือหวาดกลัวอย่างรุนแรงในสังคมหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสังคม ระวางโทษจะถูกกำหนดไว้ในระดับครั้งบนและอาจเพิ่มไปจนถึงโทษที่รุนแรงขึ้น

๔. ผู้พิพากษาหรือศาลมีอำนาจสั่งทำลาย ลบ หรือทำให้หนังสือ จดหมายเหตุ เอกสาร บทความ หรือสื่อประกอบอื่นใดของสื่อที่ใช้ในการก่ออาชญากรรมเสียหาย หากเป็นกระทำโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร จะต้องสั่งเพิกถอนเนื้อหาดังกล่าว

หากข้อเท็จจริงได้เกิดขึ้นผ่านบริการหรือเนื้อหาที่เข้าถึงได้ทางอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้พิพากษาหรือศาลอาจสั่งให้ผู้ให้บริการโฮสติ้ง (hosting services) ถอนเนื้อหาที่ผิดกฎหมายนั้นออก ให้มีเครื่องมือค้นหาลิงก์ที่เชื่อมโยงไปยังเนื้อหาดังกล่าวออก และให้ผู้ให้บริการการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหาหรือบริการที่ผิดกฎหมายดังกล่าว หากเกิดขึ้นพร้อมกับกับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งต่อไปนี้:

a) หากมาตรการดังกล่าวได้สัดส่วนโดยพิจารณาจากสถานการณ์และความสำคัญของข้อมูล และความจำเป็นต่อการหลีกเลี่ยงการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว

b) หากมีการเผยแพร่เนื้อหาที่มาตราข้างต้นอ้างถึงเพียงส่วนเดียวหรือส่วนใหญ่

3. If the facts of the case, in the light of the circumstances, are capable of gravely altering the public peace or of generating a serious feeling of insecurity or fear in society or part thereof the penalty shall be imposed in the upper half and may be increased until the higher degree penalty.

4. The judge or court shall order the destruction, erasure or disablement of the books, archives, documents, articles or any other supporting material of the medium through which the criminal offence was committed. If perpetrated using information and communication technologies the withdrawal of the contents shall be ordered.

If the facts have been perpetrated through services or contents accessible via the Internet or electronic communication, the judge or court may order the providers of hosting services to withdraw the unlawful contents, for search engines to remove the links directing to them and to the providers of electronic communication services to impede access to the unlawful contents or services provided any of the following circumstances concurs:

a) If the measure is proportionate in the light of the circumstances and of the importance of the information and necessary to avoid the dissemination thereof;

b) If exclusively or mainly the contents to which the preceding Sections refer are disseminated.

5. The measures foreseen in the previous Section may also be ordered by the investigating judge as a precautionary measure during the investigation of the case.

(ที่มา: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Criminal_Code_2016.pdf)

๕. มาตรการที่คาดการณ์ไว้ในมาตราก่อนหน้านี้ อาจสั่งการโดยผู้พิพากษาผู้สอบสวนในฐานะ มาตรการป้องกันในระหว่างการสอบสวนคดีก็ได้

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องเพื่อขอความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ("recurso de amparo") ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับคำร้องดังกล่าว และวินิจฉัยให้คำพิพากษาของศาลสูงสุดที่ตัดสินลงโทษผู้ร้องเป็นโมฆะ

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การตัดสินลงโทษดังกล่าวเป็นการละเมิดเสรีภาพในการพูดของผู้ร้อง (the applicant's freedom of speech) เนื่องจากคำพิพากษาของศาลสูงสุดไม่ได้ให้ความสำคัญต่อสิทธิขั้น พื้นฐานอันเป็นหลักทางกฎหมาย (jurisprudential doctrine) ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ ศาลสูงสุดไม่ได้ใส่ใจต่อสิ่งที่เรียกว่า "แง่มุมเชิงสถาบัน" (institutional aspect) ของเสรีภาพในการพูด ซึ่งเป็นธรรมชาติของเสรีภาพในการพูดในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีบทบาทสำคัญในการบรรลุความคิดเห็นเห็น สาธารณะที่เสรีและหลากหลาย ในทำนองเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า สภาวะแวดล้อมอื่น ๆ ที่อาจระบุ ข้อความดังกล่าวในบริบทที่เหมาะสมนั้นไม่ได้รับการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนในคำพิพากษาที่ผู้ร้องถูกตัดสิน ลงโทษ เช่น ข้อความดังกล่าวถูกมองว่าเป็นการแสดงออกถึงการสนับสนุนแนวคิดทางการเมืองอันชอบธรรม หรือไม่ การตัดสินว่ามีความผิดเช่นนี้อาจเป็น "ผลกระทบในเชิงยับยั้ง" (dissuasive effect) ต่อการแสดงออก ทางเสรีภาพในการพูดอื่น ๆ หรือไม่ หรือการระบุข้อความดังกล่าวอาจเทียบเคียงได้กับการสนับสนุนพฤติกรรม รุนแรงที่มุ่งหมายทำลายความสงบเรียบร้อยตามรัฐธรรมนูญของรัฐหรือไม่ โดยท้ายที่สุดแล้ว การที่ศาลฎีกา ระบุเกี่ยวกับการใช้ชื่อกล่าวหาเกี่ยวกับ "การดูหมิ่นเหยียดจากการก่อการร้าย" นั้น ไม่ควรให้น้ำหนักกับเจตนา หรือจุดประสงค์ของผู้เขียนข้อความดังกล่าว แต่นั่นเป็นองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้ในการวิเคราะห์ เกี่ยวกับ สถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพในการพูด (the right to freedom of speech)

อย่างไรก็ดี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนายหนึ่งมีความเห็นแย้งว่า กรณีอาจเป็นความผิดพลาดที่จะระบุว่า คำพิพากษาของศาลสูงสุดไม่ได้คำนึงถึงความสำคัญของเสรีภาพในการพูดและหลักทางกฎหมายของ ศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ คำพิพากษาดังกล่าวยังเน้นย้ำถึงความสำคัญของ ข้อเท็จจริงที่ว่า การลงโทษนั้นอยู่บนพื้นฐานของชื่อกล่าวหาเกี่ยวกับ "การดูหมิ่นเหยียดจากการก่อการร้าย" ซึ่งเป็นความผิดทางอาญาที่ต่างไปจาก "การชื่นชมการก่อการร้าย" (praising terrorism) ซึ่งนี่คือประเด็น สำคัญที่ควรให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงการคุ้มครองเหยื่อว่าสมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ

ESP-2021-1-007

a) Spain b) Constitutional Court c) Plenary d) 25/02/2020 e) STC 35/2020 f) g) Boletín Oficial del Estado (Official Gazette), 83, 26.03.2020 www.boe.es/boe/dias/2020/03/26/pdfs/BOE-A-2020-4120.pdf h) <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26247>

Headnotes

A person who has posted several online messages that are characterised by potentially offensive and politically controversial statements cannot be sentenced on charges of "humiliating the victims of terrorism" unless the competent court has weighed up the possibility that the issuing of such messages could be a type of expression covered by freedom of speech.

Summary

I. The applicant in this matter, a singer and songwriter, published several messages via his personal page in a microblogging social network. Some of them contained acidic, controversial and potentially offensive statements concerning the activity of several terrorist organisations and several of the victims of this activity, some of whom had later become active members of a political party. Following his arrest and prosecution on charges of "humiliation of the victims of terrorism", a national court (Audiencia Nacional) acquitted him on the grounds that there was no evidence that his messages intended to adhere to the actions of any terrorist organisation, or that their aim was to humiliate their victims.

Following an appeal by the public prosecutor's office, the Supreme Court convicted him on those same charges, arguing that an additional subjective aim of endorsing the activity of the relevant terrorist organisations was not necessary for the application of those criminal charges. The objective result of humiliating the victims that arose from the wording of the messages would suffice to ground the conviction.

II. The applicant lodged an appeal for constitutional protection ("recurso de amparo"). This was upheld by the Constitutional Court, which, accordingly, nullified the judgment of the Supreme Court whereby he had been convicted.

The Constitutional Court adopted this decision on the grounds that the conviction had violated the applicant's freedom of speech, since the Supreme Court's judgment had not afforded this fundamental right the significance required by the jurisprudential doctrine of the Constitutional Court. In particular, the Supreme Court had not taken heed of what is known as the "institutional aspect" of freedom of speech, this being its nature as a fundamental right with

a vital role in the attainment of a free and pluralistic public opinion. Likewise, the Constitutional Court observed that several other circumstances that might have placed the messages in their appropriate context were not duly considered by the judgment whereby the applicant was convicted, such as whether the messages had been regarded as expressive of an endorsement of legitimate political ideas, whether this kind of conviction might engender a "dissuasive effect" on other expressions of free speech or whether the issuing of such messages might be equated to an endorsement of violent behaviour that actively purports to annihilate the constitutional order of a state. Finally, the Supreme Court had stated that, regarding the application of the charges concerning the "humiliation of the victims of terrorism", the intention or aims of the author of the messages should not be given weight. Yet this is an indispensable element of any analysis concerning a situation that involves the right to freedom of speech.

III. A dissenting opinion was issued by one of the twelve sitting magistrates of the Court. The magistrate in question believed that it was incorrect to state that the Supreme Court's judgment paid inadequate heed to the importance of freedom of speech and the jurisprudential doctrine of the Constitutional Court concerning this fundamental right. Moreover, it highlighted the significance of the fact that the conviction was based on charges regarding the "humiliation of the victims of terrorism", as a criminal offence different from that of "praising terrorism". This was a key point that should have prompted the Constitutional Court to consider the protection of victims as a value that merited special protection.

(source: <https://codices.coe.int/codices/documents/precis/B27EC4FD-47E8-4011-425B-08DC225DC81B>)

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งแคนาดา
คำพิพากษา เลขที่ 40465 ลงวันที่ ๖ ธันวาคม ๒๕๖๗ (ค.ศ. ๒๐๒๔)
กรณีวิธีการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำที่ละเมิด
กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดาหรือไม่*

นางสาวกชกร น้อยเพ็ญ
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ

๑. บทสรุปแห่งคดี

เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ปลอมแปลงตัวตนเป็นบุคคลที่ผู้ต้องหาซึ่งเป็นผู้ค้ายาเสพติดรู้จัก และได้มีการติดต่อสื่อสารกับผู้ต้องหาผ่านข้อความทางโทรศัพท์มือถือ โดยในกรณีนี้ ผู้ต้องหาที่มีความคาดหวังต่อความเป็นส่วนตัวในข้อความของบทสนทนาระหว่างตนกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งตนมีสิทธิที่จะได้แจ้งการตรวจค้นภายใต้บทบัญญัติมาตรา ๘ ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับความมั่นคงปลอดภัยจากการถูกตรวจค้นหรือการยึดทรัพย์โดยมิชอบ" อย่างไรก็ตาม การตรวจค้นข้อความของบทสนทนาผ่านทางโทรศัพท์มือถือโดยไม่มีหมายค้นนั้น มีเหตุผลอันเนื่องมาจากความจำเป็นของสถานการณ์ (exigent circumstances) ที่ทำให้ไม่อาจขอหมายค้นได้ (impracticable) ตามมาตรา ๑๑ (๗) แห่งรัฐบัญญัติยาเสพติดและสารเสพติดควบคุม (Controlled Drugs and Substances Act หรือ CDSA) ดังนั้น การตรวจค้นดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย และไม่ได้เป็นการกระทำที่ละเมิดมาตรา ๘ ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา

๒. สรุปข้อเท็จจริง

เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำการยึดโทรศัพท์มือถือในระหว่างการตรวจค้น ตามภารกิจการจับกุมผู้ค้ายาเสพติดรายหนึ่ง และภายหลังจากการจับกุมไม่กี่นาที ได้ปรากฏข้อความจำนวนมากจากผู้ส่งรายหนึ่งบนหน้าจอของโทรศัพท์ โดยเป็นการเสนอขายยาเสพติดให้แก่ผู้ค้ารายดังกล่าว หลังจากนั้น ๒ ชั่วโมงต่อมา เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ตอบกลับข้อความดังกล่าวโดยปลอมตัวเป็นผู้ค้ายาเสพติดโดยไม่มีหมายค้น และเร่งให้ผู้ส่งนำยาเสพติดมาส่งมอบ โดยในระหว่างการส่งมอบยาเสพติด ผู้ต้องหาได้ถูกจับกุมและเจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจพบสารเฮโรอินที่เจือปนกับสารเพนทานิลไว้ในครอบครอง จึงถูกตั้งข้อหาจำหน่ายและมียาเสพติดไว้ในครอบครอง ต่อมาผู้ต้องหาได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนข้อความดังกล่าวออกจากพยานหลักฐาน ซึ่งผู้พิพากษาศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ต้องหาได้มีความคาดหวังต่อความเป็นส่วนตัวในการสื่อสาร (a reasonable expectation of privacy) จึงไม่มีสิทธิที่จะได้แจ้งว่าสิทธิของตนถูกละเมิดตามมาตรา ๘ ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา อย่างไรก็ตาม

* สามารถสืบค้นรายละเอียดของคำวินิจฉัยได้ที่:

<https://codices.coe.int/codices/documents/precis/09EE5433-DE93-4E93-FD08-08DD3170E66F>

ก็ตาม ศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ต้องหาที่มีความคาดหวังต่อความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารสำหรับบทสนทนาดังกล่าว และด้วยเหตุนี้จึงมีสิทธิที่จะโต้แย้งว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการละเมิดสิทธิของตน ตามมาตรา ๘ ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) เห็นว่า การตรวจค้นของเจ้าหน้าที่ตำรวจชอบด้วยสถานการณ์ซึ่งเป็นความจำเป็น ตามมาตรา ๑๑ (๗) แห่งรัฐบัญญัติยาเสพติดและสารเสพติดควบคุม (CDSA) จึงพิพากษาให้ยกอุทธรณ์

๓. ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ รัฐบัญญัติยาเสพติดและสารเสพติดควบคุม พ.ศ. ๒๕๓๙^๒

มาตรา ๑๑

^๒ Controlled Drugs and Substances Act 1996

Section 11 Information for search warrant

(1) A justice who, on *ex parte* application, is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that

(a) a controlled substance or precursor in respect of which this Act has been contravened,

(b) anything in which a controlled substance or precursor referred to in paragraph (a) is contained or concealed,

(c) offence-related property, or

(d) anything that will afford evidence in respect of an offence under this Act or an offence, in whole or in part in relation to a contravention of this Act, under section 354 or 462.31 of the Criminal Code is in a place may, at any time, issue a warrant authorizing a peace officer, at any time, to search the place for any such controlled substance, precursor, property or thing and to seize it.

Etc.

Search of person and seizure

(5) Where a peace officer who executes a warrant issued under subsection (1) has reasonable grounds to believe that any person found in the place set out in the warrant has on their person any controlled substance, precursor, property or thing set out in the warrant, the peace officer may search the person for the controlled substance, precursor, property or thing and seize it.

Seizure of things not specified

(6) A peace officer who executes a warrant issued under subsection (1) may seize, in addition to the things mentioned in the warrant,

(a) any controlled substance or precursor in respect of which the peace officer believes on reasonable grounds that this Act has been contravened;

(b) anything that the peace officer believes on reasonable grounds to contain or conceal a controlled substance or precursor referred to in paragraph (a);

(c) anything that the peace officer believes on reasonable grounds is offence-related property; or

(d) anything that the peace officer believes on reasonable grounds will afford evidence in respect of an offence under this Act

Where warrant not necessary

(7) A peace officer may exercise any of the powers described in subsection (1), (5) or (6) without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain one.

ข้อมูลสำหรับการขอยกข้อห้าม

(๑) ผู้พิพากษาสามารถยกข้อห้ามได้ หากเจ้าหน้าที่ตำรวจยื่นคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรที่เชื่อถือได้ว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีสิ่งของบางอย่างอยู่ในสถานที่ที่ระบุ สิ่งของที่สามารถค้นหาและยึดได้ ได้แก่

(ก) สารควบคุมหรือสารตั้งต้นที่ได้มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้

(ข) ภาชนะหรือวัตถุใด ๆ ที่ซุกซ่อนสารควบคุมหรือสารตั้งต้นที่ระบุไว้ใน (ก)

(ค) ทรัพย์สินใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด

(ง) สิ่งของใด ๆ ที่สามารถใช้เป็นหลักฐานสำหรับการกระทำผิดภายใต้พระราชบัญญัตินี้ หรือความผิดทั้งหมดหรือบางส่วนที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ ภายใต้มาตรา ๓๕๔ และ ๔๖๒ (๓๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ผู้พิพากษาอาจยกข้อห้ามเพื่ออนุญาตให้เจ้าพนักงานรักษาความสงบเรียบร้อยเข้าค้นสถานที่นั้นในเวลาใดก็ได้ เพื่อค้นหาและยึดสารควบคุม สารตั้งต้น ทรัพย์สิน หรือสิ่งของดังกล่าว

ฯลฯ

การค้นตัวบุคคลและการยึด

(๕) หากเจ้าหน้าที่ตำรวจกำลังดำเนินการตามขอยกข้อห้าม และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลที่อยู่ในสถานที่ดังกล่าวมีสิ่งของตามที่ระบุใน (๑) และมีเหตุอันควรเชื่อว่าคุณคนใดในสถานที่ที่ระบุในขอยกข้อห้ามมีสารควบคุม สารตั้งต้น ทรัพย์สิน หรือสิ่งของใด ๆ ที่ระบุไว้ในขอยกข้อห้ามอยู่กับตน เจ้าพนักงานอาจตรวจค้นตัวบุคคลนั้นและยึดสิ่งของดังกล่าวได้

การยึดสิ่งของที่ไม่ได้ระบุไว้ในขอยกข้อห้าม

(๖) เจ้าพนักงานที่ดำเนินการตามขอยกข้อห้ามที่ออกตาม (๑) อาจยึดสิ่งของเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในขอยกข้อห้าม ได้แก่

(ก) สารควบคุมหรือสารตั้งต้นที่เจ้าพนักงานเชื่อโดยมีเหตุอันควรว่าได้มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้

(ข) สิ่งของใด ๆ ที่เจ้าพนักงานเชื่อโดยมีเหตุอันควรว่ามีการบรรจุหรือซุกซ่อนสารควบคุมหรือสารตั้งต้นที่ระบุไว้ในข้อ (ก)

(ค) สิ่งของใด ๆ ที่เจ้าพนักงานเชื่อโดยมีเหตุอันควรว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับความผิด หรือ

(ง) สิ่งของใด ๆ ที่เจ้าพนักงานเชื่อโดยมีเหตุอันควรว่าจะสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้

ในกรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีขอยกข้อห้าม

(๗) พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจอาจใช้อำนาจใด ๆ ตามที่ระบุไว้ใน (๑), (๕) หรือ (๖) โดยไม่มีขอยกข้อห้ามได้ หากเข้าเงื่อนไขในการขอยกข้อห้าม แต่เนื่องจากมีเหตุฉุกเฉินเฉพาะหน้า จึงเป็นไปได้ในทางปฏิบัติที่จะขอยกข้อห้ามได้ทันที

๓.๒ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา พ.ศ. ๒๕๒๕^๓

^๓ Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

มาตรา ๘ บุคคลมีสิทธิในการได้รับความมั่นคงปลอดภัยจากการตรวจค้นหรือการยึดทรัพย์โดยไม่ชอบด้วยเหตุผล

๔. คำพิพากษาของศาลสูงสุด

ศาลสูงสุดโดยเสียงข้างมากได้พิพากษาให้ยกอุทธรณ์ โดยเห็นว่า วัตถุประสงค์หลักของมาตรา ๘ แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา คือ การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการถูกรุกล้ำโดยไม่ชอบธรรมจากรัฐ ขณะเดียวกันผู้ร้องที่ต้องการโต้แย้งว่าสิทธิตามมาตรา ๘ ของตนถูกละเมิดก็จะต้องแสดงให้เห็นว่าตนเองมีความคาดหวังว่าข้อมูลการสื่อสารส่วนบุคคลที่เป็นเป้าหมายของการตรวจค้นจากเจ้าหน้าที่ของรัฐจะยังคงเป็นเรื่องส่วนบุคคล และความคาดหวังนั้นต้องสมเหตุสมผลในเชิงวัตถุวิสัยด้วย (objectively reasonable) นอกจากนี้ กรณีไม่ปรากฏว่ามีปัจจัยใดที่ครบถ้วนหรือใกล้เคียงที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาว่าความคาดหวังว่าข้อมูลการสื่อสารส่วนบุคคลของผู้ร้องนั้นสมเหตุสมผลในเชิงวัตถุวิสัยหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ลักษณะของข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นเป้าหมายของการตรวจค้นถือเป็นปัจจัยสำคัญ โดยศาลจะต้องให้ความสำคัญว่า สิ่งที่เป็นเป้าหมายของการตรวจค้นนั้นเป็นหรือมีแนวโน้มที่จะแสดงให้เห็นถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ร้องหรือไม่

ในส่วน of ข้อความทางโทรศัพท์ (text messages) นั้น ความสำคัญไม่ได้อยู่ที่เนื้อหาที่แท้จริงของข้อความ แต่มุ่งเน้นไปที่บริบทของบทสนทนาทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวว่ามีความเสี่ยงที่จะเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลทางชีวประวัติหรือไม่ ซึ่งการรุกรานด้วยการใช้วิธีการสืบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เมื่อพิจารณาเทียบกับสิทธิส่วนบุคคล จะเห็นว่าวิธีการดังกล่าวอาจเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการประเมินความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การควบคุมมิได้เป็นตัวบ่งชี้เด็ดขาด (an absolute indicator) ของความคาดหวังต่อความเป็นส่วนตัว หรือมิได้เป็นการขาดการควบคุมที่เป็นอุปสรรคต่อผลประโยชน์ในความเป็นส่วนตัว กล่าวคือ บุคคลมิได้สูญเสียการควบคุมข้อมูลเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรา ๘ ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา เพียงเพราะบุคคลอื่นเป็นผู้ครอบครองหรือสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ ขณะที่บทสนทนาทางข้อความอาจได้รับการคุ้มครองซึ่งเกินกว่าตัวอุปกรณ์โทรศัพท์ของบุคคลนั้น ๆ ตลอดจนถึงผู้รับข้อความ แม้ว่าบุคคลนั้นจะแบ่งปันข้อมูลส่วนบุคคลกับผู้อื่นด้วยก็ตาม

ขณะที่ในกรณีของคดีนี้ ผู้ต้องหาที่มีความคาดหวังต่อความเป็นส่วนตัว รวมถึงความคาดหวังเชิงวัตถุวิสัยต่อความเป็นส่วนตัวนั้นก็สมเหตุสมผล การตรวจค้นบทสนทนาทางข้อความของผู้ต้องหาที่ถูกร้องเรียนนั้นได้รุกรานเข้าไปในช่องทางการสื่อสารของบุคคลที่โดยปกติแล้วมีเหตุผลอันพึงจะคาดหมายได้ว่ามีความเป็นส่วนตัวสูงที่สุด นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจยังใช้วิธีการสืบสวนโดยการแทรกแซงเข้าไปในบทสนทนาที่กำลังดำเนินอยู่ระหว่างคนสองคนที่มีความสัมพันธ์กันมาก่อน และปลอมแปลงตัวตนเพื่อเป็นหนึ่งในคู่สนทนา อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหา มิได้สูญเสียสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๘ ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา เพียงเพราะแบ่งปันข้อมูลส่วนบุคคลกับคู่สนทนาผ่านทางข้อความของตนเอง เมื่อผู้ร้องได้โต้แย้งว่าสิทธิตามมาตรา ๘ ได้ถูกละเมิดแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการพิจารณาว่าการกระทำของรัฐนั้นไม่สมเหตุสมผลหรือไม่ ทั้งนี้ การตรวจค้นจะถือว่าสมเหตุสมผลตามมาตรา ๘ หากได้รับการอนุญาตตามกฎหมายและการตรวจค้นนั้นได้ดำเนินการในลักษณะที่สมเหตุสมผล

ในส่วนของมาตรา ๑๑ (๗) แห่งรัฐบัญญัติยาเสพติดและสารเสพติดควบคุม (CDSA) ได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถตรวจค้นสถานที่ใดโดยไม่ต้องมีหมายค้น หากมีสถานการณ์ที่จำเป็น (exigent circumstances) ที่ทำให้ไม่สามารถที่จะขอหมายค้นได้ ทั้งนี้ สถานการณ์ดังกล่าวมิได้หมายถึงเพียงแค่ความสะดวกในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ (convenience) โอกาสหรือจังหวะที่มีความเหมาะสม (propitiousness) หรือความประหยัดเวลาหรือค่าใช้จ่าย (economy) เท่านั้น หากแต่ยังหมายถึงความเร่งด่วน (urgency) ที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่จำเป็นต้องมีการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจในทันที เพื่อรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐาน ความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่ หรือความปลอดภัยของสาธารณะ จากนั้นจะต้องแสดงให้เห็นว่าสถานการณ์ดังกล่าวทำให้การขอหมายค้นไม่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติ โดยหมายถึงไม่สามารถบริหารจัดการหรือดำเนินการเพื่อขอหมายค้นได้ทันที

ในกรณีของคดีนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการตรวจค้นโดยไม่ต้องมีหมายค้นได้ ตามมาตรา ๑๑ (๗) แห่งรัฐบัญญัติยาเสพติดและสารเสพติดควบคุม (CDSA) เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่ากำลังเผชิญกับสถานการณ์เร่งด่วนที่จำเป็นต้องมีการดำเนินการในทันที เพื่อป้องกันมิให้ยาเสพติดถูกนำไปจำหน่ายในชุมชน นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจยังกระทำโดยมีเหตุอันควรและมีมูลเหตุอันน่าเชื่อถือที่จะเชื่อได้ว่า การซื้อขายสารเสพติดดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเฮโรอีนที่เจือปนกับสารเฟนทานิล (fentanyl) ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อความปลอดภัยของสาธารณะ ดังนั้น การขอหมายค้นจึงไม่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากในเวลานั้นจะสามารถขอได้เพียงหมายค้นทางไกล (Tele warrant) เท่านั้น และคาดว่าหมายค้นจะมาถึงช้ากว่าที่จะดำเนินการซื้อขายสารเสพติดนี้ได้ทันการณ์ ด้วยเหตุนี้ การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่ถือเป็นการละเมิดมาตรา ๘ ของกฏบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา

อนึ่ง หนึ่งในผู้พยานของศาลสูงสุดที่เห็นชอบด้วยกับการยกอุทธรณ์ได้ให้เหตุผลที่ต่างออกไป กล่าวคือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ถือเป็นการตรวจค้นตามวัตถุประสงค์ของมาตรา ๘ ของกฏบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา เนื่องจากความคาดหวังต่อความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องหาในการสื่อสารผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างผู้ต้องหากับผู้ค้ายาเสพติดนั้นไม่สมเหตุสมผลในเชิงวัตถุประสงค์ ในขณะที่ผู้พิพากษาอีกสามนายซึ่งเป็นเสียงข้างน้อย เห็นควรให้รับอุทธรณ์และตัดสินให้ผู้ต้องหาพ้นจากความผิด เนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถยกข้ออ้างความจำเป็นของสถานการณ์ได้

CAN-2024-3-007

a) Canada b) Supreme Court c) d) 06/12/2024 e) 40465 f) R. v. Campbell g) Canada Supreme Court Reports (Official Digest), 2024 SCC 42, [2024] X S.C.R. XXX h) https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/nav_date.do; [2024] S.C.J. no. 42 (Lexis+); 2024 CarswellOnt 18869 (Westlaw); CODICES (English, French) Codices (English, French)

Headnotes

An accused with whom the police corresponded by text messages by impersonating a drug trafficker known to the accused had a reasonable expectation of privacy in his text message conversation and had standing to challenge the search under Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (hereinafter, “Charter”), which states that “everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure”. The warrantless search by the police of the text message conversation was, however, justified by “exigent circumstances” that made it “impracticable” to obtain a warrant under Section 11.7 of the Controlled Drugs and Substances Act (hereinafter, “CDSA”). The search was thus reasonable and justified by law and did not breach Section 8.

Summary

I. Police lawfully seized a cellphone during a search incident to the arrest of a known drug dealer. A few minutes after the arrest, four text messages from a sender lit up the lock screen of the phone, appearing to offer to sell drugs to the drug dealer. Over the next 2 hours, the police, without a warrant, replied to the texts by impersonating the drug dealer and encouraged the sender to deliver the drugs. During the delivery, the accused was arrested and found in possession of heroin laced with fentanyl and was charged with drug trafficking and possession offences. The accused applied to exclude the texts from evidence. The trial judge found that the accused did not have a reasonable expectation of privacy in the texts, and therefore lacked standing to argue that his Section 8 Charter rights had been infringed. The Court of Appeal accepted that the accused had a reasonable expectation of privacy in his text message conversation and thus had standing to argue that the police violated his rights under Section 8. However, it concluded that the search was justified by exigent circumstances under Section 11.7 of the CDSA and dismissed the appeal.

II. A majority of the Supreme Court of Canada dismissed the appeal. The main purpose of s. 8 of the Charter is to protect the right to privacy from unjustified state intrusion. A claimant seeking standing to argue that their rights under Section 8 were infringed must show that they subjectively expected the subject matter of the search would remain private, and that their expectation was objectively reasonable having regard to the totality of the circumstances. There is no closed or definitive list of factors relevant to whether a claimant's subjective expectation of privacy in the subject matter of a search is objectively reasonable. However, the private nature of the subject matter is a critical factor. Courts must focus on whether the subject matter of the search at issue has the potential or tendency to reveal private information about the claimant.

With respect to text messages, the focus is not on the actual contents of the messages, but rather on the potential of a given electronic conversation to reveal personal or biographical information. The intrusiveness of the police technique in relation to the privacy interest at issue can be another important factor in the assessment. Control is not an absolute indicator of a reasonable expectation of privacy, nor is lack of control fatal to a privacy interest. A person does not lose control of information for the purposes of Section 8 simply because another person possesses it or can access it. Text message conversations may be protected by a zone of privacy that extends beyond a person's own mobile device to the recipient of the message, even when the person shares private information with others.

In the instant case, the accused had a reasonable expectation of privacy and his subjective expectation of privacy was objectively reasonable. The alleged search of the accused's text message conversation intruded into a medium of communication in which a reasonable person would ordinarily expect the utmost privacy. In addition, the police used an especially intrusive investigative technique by inserting themselves into a conversation that was already underway, between two real people with a pre-existing relationship, hijacking the identity of one of the participants. The accused did not lose the protection of Section 8 of the Charter simply by sharing private information with the other party to his text message conversation. Once a claimant has established standing to argue that their rights under Section 8 were infringed, the next step is to determine whether the police acted lawfully, which is relevant to whether the state conduct was unreasonable. A search is reasonable under Section 8 if it is authorised by a reasonable law and conducted in a reasonable manner.

Section 11.7 of the CDSA authorises a peace officer to search a place without a warrant, if exigent circumstances make it impracticable to obtain one. Exigent circumstances denote not merely convenience, propitiousness, or economy, but rather urgency, arising from circumstances calling for immediate police action to preserve evidence, officer safety, or public safety. It must then be shown that exigent circumstances rendered it impracticable to obtain a warrant, meaning that it was impossible in practice or unmanageable to obtain a warrant.

In the instant case, the police had authority for a warrantless search under Section 11.7. The police reasonably believed that they faced an urgent situation calling for immediate police action to prevent the drugs from being trafficked in the community imminently. The police also had reasonable and probable grounds to believe the transaction involved heroin laced with fentanyl, which posed a grave risk to public safety. It was impracticable to obtain a warrant as only a telewarrant would have been available at that time of day and it would likely arrive too late to complete this transaction. The police did not infringe Section 8 of the Charter.

III. One judge would also have dismissed the appeal, but for different reasons. In her view, the police conduct did not amount to a search for the purposes of Section 8 of the Charter because the accused's subjective expectation of privacy in the electronic communications between him and the drug dealer was not objectively reasonable. Three judges, dissenting, would have allowed the appeal and entered acquittals. In their view, the police actions could not be justified by exigent circumstances.

(source: <https://codices.coe.int/codices/documents/precis/09EE5433-DE93-4E93-FD08-08DD3170E66F>)

