

## บทที่ 4

### ประเด็นปัญหาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีการสร้างกำแพง

จากการศึกษาที่ผ่านมา นั้น จะพบว่าอิสราเอลมีพันธกรณีที่จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเฮก และอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 โดยดินแดนปาเลสไตน์นั้น ให้ถือว่าเป็นดินแดนที่ถูกยึดครองโดยอิสราเอล ดังนั้น อิสราเอลในฐานะที่เป็นรัฐที่ยึดครอง จึงจะต้องมีหน้าที่ในการคุ้มครองประชาชนพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครอง ซึ่งในบทนี้จะ ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่างๆ ที่มีต่อการสร้างกำแพง โดยจะเป็นการแสดงให้เห็นว่าการสร้างกำแพง และมาตรการที่เกี่ยวข้องนั้น เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งยังเป็นการศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อยกเว้นในเรื่อง ความจำเป็นทางการทหาร และการป้องกันตนเอง ซึ่งทางฝ่ายอิสราเอลได้อ้างถึงความชอบธรรมในการสร้างกำแพงดังกล่าวด้วย

#### 4.1 ประเด็นปัญหาการละเมิดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

##### 4.1.1 เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน

เสรีภาพในการโยกย้ายประชากรพลเรือนนี้ จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยมีข้อ 27<sup>1</sup> แห่งอนุสัญญาเจนีวา

---

<sup>1</sup> Article 27 of the Fourth Geneva Convention

ฉบับที่ 4 อันเป็นบทบัญญัติทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพในการโยกย้ายประชากรพลเรือน โดยข้อ 27 ให้อำนาจแก่รัฐที่ยึดครองในการจัดวางระเบียบการ เพื่อการควบคุมและเพื่อความปลอดภัยอันเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง เท่าที่จำเป็นเพราะผลแห่งสงคราม ซึ่งจะสังเกตได้ว่าการที่ข้อ 27 ได้บัญญัติไว้เช่นนี้ เป็นการให้อำนาจแก่รัฐที่ยึดครองในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าความจำเป็นทางทหารนั้น จะใช้ต่อเมื่อมีความจำเป็นในระดับไหนถึงจะเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลยพินิจนั้น ก็ได้สามารถใช้ได้ตามอิสระ หากแต่เป็นการใช้อย่างจำกัด โดยเสรีภาพในการโยกย้ายนั้นจะใช้เฉพาะในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง มิใช่เป็นเพียงความคิดเห็นลอยๆ เท่านั้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าระหว่างที่มีการยึดครองอยู่นั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เสรีภาพส่วนบุคคลของประชากรพลเรือนจะไม่ถูกล่วงละเมิด

อันที่จริงแล้ว รัฐที่ยึดครองก็มีสิทธิที่จะคำนึงถึงกองกำลังและทรัพย์สินของตน ในขณะที่รัฐที่ยึดครองนั้นบริหารจัดการดินแดนที่ถูกยึดครองอยู่ แต่การคำนึงถึงดังกล่าวนี้ ก็ต้องขึ้นอยู่กับกรกระทำอย่างเหมาะสมด้วย โดยรัฐที่ยึดครองจะมีภาระผูกพันในการพิสูจน์ให้เห็นถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความปลอดภัย อันเป็นเหตุแห่งการพิสูจน์ในการจำกัดเสรีภาพในการโยกย้ายประชากรพลเรือนได้

การที่อิสราเอลได้สร้างกำแพงและจำกัดการตั้งถิ่นฐานนั้น เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมและไม่สามารถใช้บังคับในทางกฎหมายได้ อิสราเอลไม่ได้ให้ทางเลือกแก่ผู้ตั้งถิ่นฐานในการเลือกตั้งถิ่นฐานได้อย่างเสรี ทางเลือกเดียวที่อิสราเอลมีให้คือ ผู้ตั้งถิ่นฐานจะต้องไปตั้งถิ่นฐานทางด้านตะวันตกของกำแพง

---

However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war.

#### 4.1.2 การจำกัดการโยกย้ายถิ่นฐาน

##### 4.1.2.1 การบังคับย้ายบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง

ในการพิจารณาถึงข้อ 49<sup>2</sup> แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 จะต้องมีการพิจารณาใน 2 ลักษณะกล่าวคือ ประการแรก เป็นการรื้อถอน และการเรียกคืนที่พักอาศัยของบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองนี้ในดินแดนที่ถูกยึดครอง และอีกประการหนึ่งคือ เป็นการยินยอมให้มีการตั้งถิ่นที่อยู่อาศัยภายในบริเวณเขตปิด เป็นการบังคับให้ผู้อาศัยจำยอมที่จะต้องละจากถิ่นที่อยู่อาศัยของตน

ขณะที่ "การเนรเทศ" อาจหมายถึงการขับไล่ให้พ้นจากเขตแดนของรัฐไป ส่วน "การเคลื่อนย้าย" นั้น ให้หมายถึงการบังคับให้โยกย้ายภายในรัฐ และจะต้องเป็นการบังคับให้โยกย้ายภายในดินแดนที่ถูกยึดครองอีกด้วย คำจำกัดความอีกคำหนึ่งที่สำคัญมากก็คือ "การบังคับให้โยกย้าย" ซึ่งอาจหมายถึง การบังคับใด ที่ไม่จำกัดเพียงแต่การบังคับทางร่างกายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง การบีบบังคับ

---

<sup>2</sup> Article 49 of the Fourth Geneva Convention

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons do demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.

ต่างๆ เช่นการทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพ การกักขัง การบีบบังคับทางจิตใจ หรือ การใช้กำลังรุนแรงต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลอื่น

จากกรณีการสร้างกำแพงดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า อิสราเอลใช้มาตรการบีบบังคับต่างๆ นานา เพื่อให้ชาวปาเลสไตน์ละทิ้งบ้านเรือนของตน เพื่อที่จะนำที่ดินเหล่านั้นมาใช้ในการสร้างกำแพง โดยไม่มีมาตรการใดๆ ที่เหมาะสมมารองรับชาวปาเลสไตน์ที่เดือดร้อนนั้นได้เลย จึงอาจสรุปได้ว่าอิสราเอลจงใจที่จะกระทำละเมิดต่อหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวนี้

#### 4.1.2.2 การโยกย้ายพลเรือนของรัฐที่ยึดครองเข้าไปในดินแดนที่ถูกยึดครอง

บทบัญญัติข้อ 49<sup>3</sup> แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ห้ามรัฐที่ยึดครองทำการโยกย้ายประชากรพลเรือนของตน เข้าไปในดินแดนที่รัฐนั้นยึดครอง กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวนี้ รัฐที่ยึดครองไม่อาจอ้างความจำเป็นทางการทหารเพื่อพิสูจน์ถึงการโยกย้ายถิ่นฐานที่ผิดตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้

วัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายตามข้อ 49 นี้ เป็นการปกป้องมิให้สถิติประชากรของชาวปาเลสไตน์เปลี่ยนแปลงในระหว่างที่มีการยึดครอง

<sup>3</sup> Article 49 of the Fourth Geneva Convention

The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.

ทั้งยังปกป้องการโยกย้ายประชากรพลเรือนที่ถูกกีดกันจากภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ หรือ การคุกคามให้โยกย้าย โดยข้อ 49 นี้ มิได้ห้ามแต่เฉพาะการกระทำที่จะต้องเป็นการโยกย้ายประชากรพลเรือนโดยตรงแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นการห้ามในการกระทำที่มีลักษณะเป็นความผิดต่อเนื่องด้วย

อิสราเอลได้ทำการเวนคืนที่ดินมากมายในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ เพื่อนำมาตั้งหลักแหล่งที่อยู่ให้แก่ประชากรชาติของตน อีกทั้งยังได้มีการดำเนินการสร้างกำแพงกันเป็นแนวตามแหล่งชุมชนของชาติตน ซึ่งถือได้ว่าเป็นการรุกล้ำเข้าไปในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ และกวาดต้อนประชากรชาวปาเลสไตน์ให้ไปอยู่ในบริเวณที่ล้อมรอบไปด้วยกำแพง เช่นนี้จึงถือว่าอิสราเอลลงใจที่จะละเมิดตามบทบัญญัติในส่วนนี้

#### 4.1.3 การเรียกรื้อ การริบ และการทำลายทรัพย์สิน

การสร้างกำแพงนั้น ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงถึงทรัพย์สินในดินแดนที่ถูกยึดครอง โดยจะแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะด้วยกันคือ ประการแรกเป็นการริบทรัพย์สิน ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ โดยคำสั่งของกองทัพ และประการที่สองเป็นการทำลายทรัพย์สินเพื่อที่จะก่อสร้างกำแพง เช่น ที่พักอาศัย ต้นไม้ พืชพันธุ์ เป็นต้น ทั้งนี้รวมถึงการรื้อถอนทำลายบ้านในบริเวณใกล้เคียงกับกำแพงอีกด้วย

#### 4.1.3.1 การริบทรัพย์สิน

ในส่วนของการริบทรัพย์สินหรือที่ดินส่วนบุคคลในดินแดนที่ถูกยึดครองนี้ เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเฮก<sup>4</sup> โดยในวรรคแรกกล่าวถึงการรับรองสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลในระหว่างที่มีการยึดครอง และในวรรคที่สองนี้ กล่าวถึงการห้ามรัฐผู้ยึดครองกระทำการริบทรัพย์สินส่วนบุคคลในดินแดนที่ถูกยึดครอง อย่างไรก็ตาม ทางฝ่ายอิสราเอลนั้นได้อ้างถึงการริบทรัพย์สินตามมาตรา 23 (g)<sup>5</sup> แห่งอนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งให้ทรัพย์สินอยู่ในการดำเนินการของฝ่ายที่เป็นปรปักษ์ กล่าวคือ รัฐปรปักษ์สามารถริบหรือทำลายทรัพย์สินระหว่างกรณีพิพาททางอาวุธได้ แต่การริบทรัพย์สินดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นการกระทำเพื่อความจำเป็นของกองทัพเท่านั้น

ซึ่งต่อข้ออ้างของอิสราเอลดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า ข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเฮกนี้ เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับเฉพาะที่มีการต่อสู้กันทางอาวุธเท่านั้น ซึ่งในกรณีของอิสราเอลนี้ อิสราเอลมิได้อยู่ในสถานการณ์ที่มีการต่อสู้กันทางอาวุธแต่อย่างใด ดังนั้นอิสราเอลจึงไม่อาจอ้างเหตุเพื่อความจำเป็นของกองทัพในการให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินของประชากรชาวปาเลสไตน์ได้

<sup>4</sup> Article 46 of the 1907 Hague Regulations

Private property cannot be confiscated.

<sup>5</sup> Art. 23 of the 1907 Hague Regulations

In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war;

นอกจากนี้ การรบกวนในทรัพย์สินส่วนบุคคล รวมทั้งที่ดิน นั้น ไม่เพียงแต่จะต้องพิสูจน์ว่ามีความสัมพันธ์กันในทางเป็นปรีภักซ์แล้ว แต่จะต้องเป็นการเข้ายึดครองในภาวะสงครามด้วย ทั้งนี้ การริบที่ดินนั้นจะอยู่ในบทบัญญัติข้อ 46 หรือ ข้อ 52<sup>6</sup> แห่งอนุสัญญากรุงเฮก

ส่วนการริบที่ดินส่วนบุคคลมาทำการสร้างกำแพง ถนน และอุปกรณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกำแพงนั้น จะเป็นการต้องห้ามภายใต้ข้อ 46 แห่งอนุสัญญากรุงเฮกเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในประเด็นการเรียกร้องที่ดินส่วนบุคคลนี้ อิศราเอลได้อ้างบทบัญญัติข้อ 52 แห่งอนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งบัญญัติให้รัฐผู้ยึดครองสามารถเรียกร้องที่ดินของท้องถิ่น หรือของประชากรที่อาศัยอยู่ในท้องถิ่นนั้นได้ ถ้าหากการเรียกร้องที่ดินนั้น เป็นการกระทำเพื่อความจำเป็นของกองทัพ ซึ่งในประเด็นนี้ บทบัญญัติข้อ 52 จะไม่ก่อให้เกิดข้อยกเว้นบทบัญญัติอันเป็นการห้ามโดยเด็ดขาดตาม ข้อ 46 วรรค 2 และถึงแม้ว่าจะมีการอ้างถึงมาตรการในการสร้างกำแพงนี้ เป็นมาตรการชั่วคราว รัฐผู้ยึดครองจะสามารถอ้างข้อ 52 มาเป็นข้อพิสูจน์ในการเรียกร้องที่ดินเพื่อสร้างกำแพงได้หรือไม่ โดยในที่นี้ขอตั้งข้อสังเกตว่า ข้อ 52 ของอนุสัญญากรุงเฮกนั้น

---

<sup>6</sup> Art. 52 of the 1907 Hague Regulations

Requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation. They shall be in proportion to the resources of the country, and of such a nature as not to involve the inhabitants in the obligation of taking part in military operations against their own country.

Such requisitions and services shall only be demanded on the authority of the commander in the locality Occupied.

Contributions in kind shall as far as possible be paid for in cash; if not, a receipt shall be given and the payment of the amount due shall be made as soon as possible.

ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของการเรียกร้องที่ดินส่วนบุคคล ซึ่งถ้าหากรัฐผู้ยึดครองสามารถนำมาอ้างเพื่อยกเว้นบทบัญญัติอื่นๆ ในเรื่องเดียวกันนี้ มีเท่ากับว่าบทบัญญัติทั่วไปได้กลายมาเป็นอุปสรรคเองแก่บทบัญญัติอื่นๆ อย่างนั้นหรือ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการอ้างเหตุจำเป็นของกองทัพมาเป็นข้อยกเว้นบทบัญญัติอื่นนั้น น่าจะกระทำได้อย่างจำกัด ซึ่งจะขอกล่าวไว้ในหัวข้อถัดไป

ในส่วนของการริบทรัพย์สินและที่ดินของรัฐนั้น ข้อ 55<sup>7</sup> แห่งอนุสัญญากรุงเฮกได้กำหนดให้รัฐผู้ยึดครองจัดการทรัพย์สินของรัฐได้อย่างบุคคลผู้มีสิทธิเก็บกินในทรัพย์สินที่ครอบครอง กล่าวคือ รัฐผู้ยึดครองจะมีอำนาจเหนือผลิตผลอันเนื่องมาจากที่ดิน อย่างไรก็ตาม รัฐผู้ยึดครองจะต้องใช้สิทธิดังกล่าวนี้เพื่อประโยชน์แก่ประชากรท้องถิ่นนั้นด้วย แต่กระนั้นก็ดี อิสราเอลจะอ้างบทบัญญัติตามข้อ 55 นี้แก่การสร้างกำแพงไม่ได้ เพราะถึงแม้ว่าการสร้างกำแพงมิใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายต่อที่ดินโดยตรง แต่การสร้างกำแพงนั้นอาจเป็นการกีดกันบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองในการถือครองหรือการเข้าถึงที่ดินต่อไป

#### 4.1.3.2 การทำลายทรัพย์สิน

ในการสร้างกำแพงนั้น อิสราเอลเลือกเส้นทางกำแพงให้เข้าไปในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ โดยเส้นทางการสร้างกำแพง รวมไปถึง

<sup>7</sup> Art. 55 of the 1907 Hague Regulations

The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct.



ถนน และอุปกรณ์ต่างๆ อันเนื่องมาจากกำแพงนั้น ได้ก่อให้เกิดการทำลายทรัพย์สินของประชาชนชาวปาเลสไตน์เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ทางการเกษตรในทางตะวันตกเฉียงเหนือของเขต West Bank ซึ่งก่อให้เกิดการทำลายที่ดิน และพืชผลทางการเกษตรเป็นจำนวนมาก ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้ จะได้รับความคุ้มครองจากข้อ 53<sup>8</sup> แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ซึ่งบัญญัติไว้ว่ารัฐผู้ยึดครองจะทำลายสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นของเอกชน หรือของรัฐที่ถูกยึดครองไม่ได้ เว้นแต่เป็นความจำเป็นทางการทหาร ซึ่งบทบัญญัติในข้อ 53 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 นี้ จะเป็นการส่งเสริมบทบัญญัติข้อ 147<sup>9</sup> แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ซึ่งระบุเอาไว้ว่า การทำลายทรัพย์สินอย่างกว้างขวางโดยไม่มีความจำเป็นทางการทหาร และซึ่งได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายและโดยพลการถือเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง

---

<sup>8</sup> Article 53 of the Fourth Geneva Convention

Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations.

<sup>9</sup> Article 147 of the Fourth Geneva Convention

Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly

ซึ่งดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การสร้างกำแพงของอิสราเอลนั้นเป็นการสร้างกำแพงที่เอื้อเพื่อแก่ประโยชน์ฝ่ายตนแต่เพียงฝ่ายเดียว การทำลายที่ดินและพืชไร่เพื่อนำมาสร้างกำแพงนั้น สร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชนชาวปาเลสไตน์อย่างแสนสาหัส ทั้งๆ ที่การเลือกเส้นทางกำแพงนั้น อิสราเอลสามารถเลือกเส้นทางกำแพงอันส่งผลกระทบต่อชาวปาเลสไตน์ได้น้อยกว่านี้ได้ เช่นนี้แล้วจึงเห็นได้ว่าอิสราเอลจงใจที่จะกระทำการละเมิดต่อหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น ซึ่งอิสราเอลก็ได้มีการยอมรับว่าได้กระทำละเมิดจริง แต่การที่อิสราเอลจะอ้างหลักความจำเป็นทางการทหารตามข้อยกเว้นได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาในส่วนของหัวข้อถัดไป

#### 4.1.4 ความต้องการในการได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม

ข้อ 27<sup>10</sup> แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ถึงการคุ้มครองประชาชนพลเรือนว่า ไม่ว่าในพฤติการณ์ใดๆ พลเรือนจะต้องได้รับผลปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และแม้ในยามที่ตกอยู่ในความควบคุม สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนพลเรือนก็ยังคงได้รับความคุ้มครองอยู่นั่นเอง โดยวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานั้นเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนพลเรือนที่อยู่ในความควบคุมของฝ่ายศัตรู ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองไม่เพียงแต่อาการบาดเจ็บทางกายเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการได้รับความเสียหายทางจิตใจอีกด้วย

<sup>10</sup> Article 27 of the Fourth Geneva Convention

Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity

การสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นั้น ถือได้ว่าเป็นการปิดกั้นประชาชนพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครองจากการได้รับผลปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม กล่าวคือ โดยเส้นทางของกำแพงนั้น เป็นการขัดขวางประชาชนพลเรือนในการดำรงชีพ เนื่องจากกำแพงนั้นได้ถูกสร้างทับหรือตัดพื้นที่ทางการเกษตร ปศุสัตว์ แหล่งน้ำ และการชลประทาน ส่งผลกระทบให้ประชาชนขาดแคลนปัจจัยจำเป็นในการดำรงชีวิต เช่น การขาดแคลนพืชผลและน้ำในการบริโภค และการสูญเสียพื้นที่ทำการเกษตร ทำให้ประชาชนชาวปาเลสไตน์ขาดรายได้ อันเป็นการส่งผลกระทบโดยรวมต่อเศรษฐกิจของประชาชนชาวปาเลสไตน์ และเนื่องจากเส้นทางกำแพงได้ทอดตัวตัดพื้นที่บางส่วนในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ทำให้เป็นการปิดกั้นเส้นทางในการเข้าถึงที่ทำงาน โรงเรียน โรงพยาบาล และแม้กระทั่งการได้อยู่รวมกันเป็นครอบครัว ซึ่งสิ่งเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมเป็นอย่างยิ่ง

#### 4.2 ประเด็นปัญหาข้อยกเว้นเกี่ยวกับการสร้างกำแพง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลนั้น เป็นการละเมิดหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้ง ซึ่งอิสราเอลควรที่จะยุติการกระทำดังกล่าวโดยเร็ว อย่างไรก็ตาม อิสราเอลได้อ้างว่า การสร้างกำแพงของอิสราเอลนั้นหาได้เป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ เนื่องจากอิสราเอลได้ปฏิบัติตามหลักความจำเป็นทางการทหาร ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่สามารถกระทำได้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งการสร้างกำแพงของอิสราเอลดังกล่าวนี้ ยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันตนเองจากการก่อการร้ายอีกด้วย โดยข้ออ้างทั้งสองประการนี้จะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

#### 4.2.1 ความจำเป็นทางการทหาร

แม้ว่าคู่พิพาทในการขัดกันด้วยอาวุธจะต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักกฎหมายภาคสงคราม แต่กระนั้นการได้รับชัยชนะเหนือสงครามนั้นก็ยังเป็นส่วนประกอบที่รัฐต่างๆ ยังคงให้ความสำคัญมากอยู่ ทั้งนี้จะเห็นได้จากแนวความคิดเรื่องความจำเป็นทางการทหาร (Military Necessity)<sup>11</sup> ที่มักปรากฏให้เห็นควบคู่กับการพิจารณาหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอยู่เสมอ โดยความจำเป็นทางการทหารนั้น เป็นข้อพิสูจน์ทางกฎหมายประการหนึ่ง อันเป็นการอ้างสิทธิตามกฎหมายในการกระทำการใดๆ ว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมายได้ แม้ว่าการกระทำดังกล่าว นั้น จะได้กระทำต่อพลเรือนหรือทรัพย์สินของพลเรือนก็ตาม กล่าวคือความจำเป็นทางการทหารเป็นข้อยกเว้นจากหลักความคุ้มครองทั่วไปของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเป็นการให้อำนาจแก่กองทัพทหารในการกระทำการใดๆ ซึ่งโดยปกติแล้วไม่สามารถกระทำได้<sup>12</sup> อย่างไรก็ตาม การอ้างความจำเป็นทางการทหารนั้น จะต้องเป็นการอ้างที่มีความสมมูลต่อหลักทางด้านมนุษยธรรมอื่นๆ<sup>13</sup> และจะต้องไม่เป็นการอ้างเพื่อหลบเลี่ยงการบังคับใช้ตามบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> คำว่า "Kriegsraison" หรือ ความมั่นคงทางการทหาร (Military Security) เป็นคำจำกัดความที่มีความหมายครอบคลุมถึงหลักความจำเป็นทางการทหาร (Military Necessity) เช่นกัน

<sup>12</sup> Françoise Hampson, "Military Necessity," [ online ] Available from : <http://www.crimesofwar.org/thebook/military-necessity.html>

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ardi Imseis, "ICJ advisory opinion on construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory: Critical reflections on the international humanitarian law aspects of the ICJ wall advisory opinion" *The American Journal International Law* (January/2005): 8.

ในส่วนของการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นั้น ความจำเป็นทางการทหารก็เป็นประเด็นอีกประเด็นหนึ่งที่อิสราเอลได้ใช้เป็นข้ออ้างถึงความชอบธรรมทางกฎหมายในการสร้างกำแพง โดยบทบัญญัติทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวนี้ จะประกอบไปด้วยการโยกย้ายถิ่นฐานตามข้อ 49 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 และการทำลายทรัพย์สินตามข้อ 53 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ให้ความเห็นไว้ว่า อิสราเอลจะอ้างความจำเป็นทางการทหารในการทำลายทรัพย์สินของประชาชนชาวปาเลสไตน์เพื่อทำการสร้างกำแพงไม่ได้<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพียงแต่พิจารณาว่า การละเมิดอันเป็นผลเนื่องมาจากการสร้างกำแพงนั้น ไม่สามารถนำข้ออ้างในเรื่องความจำเป็นทางการทหารมาเป็นข้อยกเว้นเพื่อทำให้เกิดความชอบธรรมทางกฎหมายได้<sup>16</sup> แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มิได้มีการนำเสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแต่ประการใด ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ ผู้พิพากษา Kooijmans ก็ได้กล่าวเพิ่มเติมไว้ในความเห็นแย้งว่า เนื่องจากความจำเป็นทางการทหารและความได้สัดส่วนนั้นมีความเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นการสร้างกำแพงจึงควรที่จะต้องมีการพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย<sup>17</sup>

เมื่อพิจารณาถึงหลักการข้างต้นนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ความจำเป็นทางการทหารนั้น จะต้องเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางด้านความปลอดภัยของกองกำลังทหารเท่านั้น โดยมีหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) เป็นตัวพิจารณา

<sup>15</sup> "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory," advisory opinion, p.54, para. 135

<sup>16</sup> Ibid., p. 55, para. 137

<sup>17</sup> "Separate opinion of Judge Kooijmans," pp. 8-9, para. 34

ประกอบ ทั้งนี้ มาตรการใดๆ ซึ่งมีขึ้นจากการอ้างความจำเป็นทางการทหารนั้น ให้ถือเป็นเพียงมาตรการชั่วคราว และจะต้องได้รับการตรวจพิจารณาใหม่เป็นระยะๆ ด้วย

การตรวจพิสูจน์ในเรื่องความจำเป็นทางการทหารนี้ อาจแบ่งพิจารณาออกเป็น 5 ประการ<sup>18</sup> ดังต่อไปนี้

ประการแรก มาตรการที่ใช้จะต้องมิใช่เป็นมาตรการที่ละเมิดต่อข้อห้ามอย่างเด็ดขาดตามที่ระบุไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติข้อ 49 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ในเรื่องของการย้ายประชาชนพลเรือนของรัฐผู้ยึดครองเข้าไปในอาณาเขตที่ยึดครอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด ดังนั้นจึงไม่สามารถอ้างความจำเป็นทางการทหารแก่มาตรการดังกล่าวนี้ได้แต่ประการใด

ประการที่สอง รัฐที่ยึดครองมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าการอ้างความจำเป็นทางการทหารนั้น เป็นความจำเป็นของรัฐ (State of Necessity) อย่างแท้จริง

ความจำเป็นของรัฐนั้น จะต้องเป็นเหตุจำเป็นอันเป็นเหตุฉุกเฉินและเป็นภัยอันตรายอย่างร้ายแรงเท่านั้น โดยผู้พิพากษา Higgins ได้ให้ความเห็นแย้งไว้ในความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อาวุธนิวเคลียร์ (Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear

---

<sup>18</sup> These principles have been authoritatively set forth by the International Humanitarian Law Research Initiative (IHLRI) of the Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (HPCR). HPCR, The Separation Barrier and International Humanitarian Law: Policy Brief 6 (July 2004), available at <http://www.ihlresearch.org/>

Weapons) ซึ่งมีใจความสำคัญว่า ความสมดุลของความจำเป็นของรัฐนั้น จะต้องพิจารณาถึงความเท่าเทียมกันระหว่างความจำเป็นในการใช้อาวุธ และความปลอดภัยของมวลมนุษยชาติ กล่าวคือการใช้อาวุธที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อมนุษยชาติอย่างร้ายแรง โดยไม่มีการแบ่งแยกพลรบหรือพลเรือนนี้ เป็นการใช้อาวุธที่เหมาะสมหรือไม่ และการใช้อาวุธนิวเคลียร์ดังกล่าวนี้เป็นวิธีเดียวที่จะใช้โจมตีเป้าหมายได้ไซหรือไม่<sup>19</sup> กล่าวคือ การใช้อาวุธนิวเคลียร์โดยการกล่าวอ้างความจำเป็นทางการทหารนั้น จะต้องเป็นการใช้ในสถานการณ์ที่หลีกเลี่ยงไม่ได้เลย ทั้งนี้ รัฐผู้ใช้จะต้องตกอยู่ภายใต้การคุกคามอย่างร้ายแรง ซึ่งจะเกี่ยวพันถึงการดำรงอยู่ของรัฐด้วย<sup>20</sup>

ทั้งนี้ ความจำเป็นทางการทหารของรัฐจะเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ เป็นการขจัดภัยอันตรายใดๆ ที่มีต่อกองกำลังยึดครอง ซึ่งจะปรากฏออกมาจากความต้องการในการปฏิบัติการทางทหาร หรือเป็นสิ่งจำเป็นของกองกำลังยึดครอง เช่น อาหาร น้ำ อุปกรณ์ทางการแพทย์ กองบัญชาการ เป็นต้น ความจำเป็นของรัฐจะต้องเป็นการอ้างในสถานการณ์ที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง และกระทำในฐานะที่เป็นรัฐที่ยึดครอง และจะต้องอยู่ในช่วงของการยึดครองเท่านั้น

ในส่วนของการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นั้น เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางด้านความมั่นคงของชาวอิสราเอลที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ มิใช่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการทหารแต่อย่างใด โดยอิสราเอลในฐานะที่เป็นรัฐที่ยึดครอง ไม่สามารถกำหนดความจำเป็นทาง

<sup>19</sup> "Dissenting Opinion of Judge Higgins," p. 3, para 15-18

<sup>20</sup> Françoise Hampson, "Military Necessity," [ online ] Available from : <http://www.crimesofwar.org/thebook/military-necessity.html>

ความมั่นคง และความจำเป็นทางการทหาร โดยรวมผลประโยชน์ทางด้านความมั่นคงของประชาชนของตนในการโยกย้าย ตั้งถิ่นฐานในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์เข้าด้วยกันได้ และถึงแม้ว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลนั้น จะถือเป็นมาตรการหนึ่งในการคุ้มครองชีวิตของประชาชนพลเรือนชาวอิสราเอลจากการก่อการร้าย อันเป็นการกระทำตามสิทธิและหน้าที่ในการคุ้มครองประชาชนพลเรือนในรัฐของตน อย่างไรก็ตาม ความจำเป็นทางการทหารนั้น จะต้องเป็นการกระทำใดๆ อันเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ในเรื่องความปลอดภัยของกองทัพทหารของรัฐผู้ยึดครองเท่านั้น การที่อิสราเอลพยายามที่จะใช้แนวความคิดในเรื่องความจำเป็นทางการทหารเพื่อนำมาคุ้มครองผลประโยชน์ของอาณานิคมอิสราเอล และประชาชนพลเรือนของตนนั้น เป็นการละเมิดหลักทั่วไป ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่เห็นถึงเหตุจำเป็นอันส่งผลเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงแก่รัฐผู้ยึดครองแต่ประการใด อีกทั้ง การสร้างกำแพงนี้ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายได้

ประการที่สาม มาตรการที่ใช้จะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเกิดประสิทธิผลสูงสุด

ในส่วนของการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นั้น อิสราเอลไม่ได้คำนึงถึงแนวทางที่เป็นไปได้ในการใช้มาตรการอื่นๆ อันจะส่งผลให้ประชาชนชาวปาเลสไตน์และชุมชนนั้น ได้รับความเสียหายน้อยกว่านี้เลย และถึงแม้ว่าการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นั้น จะมีการอ้างเหตุการณืคุกคามจากมือระเบิดสังหารมาสนับสนุน แต่ก็มิได้เป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางด้านความมั่นคงของประชาชนชาวอิสราเอลแต่อย่างใด ซึ่งการที่รัฐบาลอิสราเอลมีมาตรการทางความมั่นคงในการปกป้องประชาชนชาวอิสราเอล



จากการระเบิดพลีชีพนั้น รัฐบาลอิสราเอลไม่ได้พิจารณาถึงประสิทธิภาพของวิธีการที่พอจะเลือกได้เลย ซึ่งหากอิสราเอลมีการพัฒนาด้านตรวจสอบทางทหาร และมีการรักษาความปลอดภัยในบริเวณรอบๆ Green Line หรือ แนวชายแดนที่มีปัญหาให้ดีกว่านี้ ก็จะเป็นอีกมาตรการหนึ่งในการป้องกันการก่อการร้ายที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น<sup>21</sup>

ประการที่สี่ มาตรการที่ใช้จะต้องเป็นมาตรการที่คำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนผู้บริสุทธิ์เป็นหลัก

ปัจจัยประการนี้ ถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของแนวความคิดในเรื่องความจำเป็นทางการทหารเลยทีเดียว โดยรัฐที่ยึดครองจะต้องมีมาตรการอันเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดสำหรับประชาชน กล่าวคือ ประโยชน์ทางการทหารและประโยชน์ของประชาชนจะต้องได้สัดส่วนที่เหมาะสม ทั้งนี้ จะถือประโยชน์ทางการทหารเหนือกว่าความเสียหายของประชาชนไม่ได้

การที่อิสราเอลได้สร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ อันเป็นการส่งผลให้เกิดบริเวณที่ถูกปิดล้อมไปด้วยกำแพงนั้น เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนพลเรือนชาวปาเลสไตน์อย่างร้ายแรง ด้วยว่าพลเรือนประมาณ 237,000 คนที่อาศัยอยู่ในบริเวณดังกล่าวนั้น จะต้องประสบปัญหากับการขอผ่านดินแดนที่ถูกกั้นด้วยกำแพง ซึ่งมีทางเข้าออกที่จำกัด และมีการตรวจตราในการเข้าออกแต่ละครั้งที่เข้มงวดมาก ทำให้ประชาชนพลเรือนชาวปาเลสไตน์ไม่สามารถเข้าถึงการบริการทางด้าน

---

<sup>21</sup> จากการสำรวจของ B'Tselem แสดงให้เห็นว่ามีระเบิดสังหารพลีชีพที่เข้ามาก่อความวุ่นวายภายในอิสราเอลนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นการเข้ามาโดยผ่านทางด่านตรวจสอบ ซึ่งปัจจุบันยังคงมีการตรวจสอบที่หละหลวม และไร้ซึ่งประสิทธิภาพ

สุขภาพอนามัย การศึกษา และแหล่งน้ำ อีกทั้งการสร้างกำแพงดังกล่าวนี้ ยังเป็นการส่งผลกระทบต่อผลิตผลทางการเกษตรอีกด้วย โดยจะเห็นได้จากยอดผู้ที่ต้องการได้รับความช่วยเหลือทางด้านอาหารที่พุ่งสูงขึ้นกว่า 25,000 คน ในบริเวณดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าการสร้างกำแพงดังกล่าวนี้ มิได้เป็นมาตรการที่คำนึงถึงประชาชนพลเรือน ผู้บริสุทธิ์แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม กลับเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ประชาชนผู้บริสุทธิ์มากขึ้นด้วย ดังนั้นจึงถือว่าการสร้างกำแพงดังกล่าวนี้ เป็นการสร้างกำแพงที่ไม่เหมาะสม

ประการสุดท้าย มาตรการที่นำมาใช้จะต้องผ่านการพิจารณาอย่างเหมาะสมและถูกต้องแล้ว กล่าวคือ การพิจารณาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายแก่การกระทำใดๆ หรือ นโยบายใดๆ ของรัฐผู้ยึดครองนั้น จะต้องเป็นการพิจารณาจากข้อมูลที่เหมาะสม

ในกรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นี้ ผู้พิพากษา Buergenthal<sup>22</sup> ก็ได้ให้ความเห็นแย้งไว้ในประเด็นนี้เช่นกัน กล่าวคือ แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะตัดสินโดยอาศัยข้อเท็จจริงจากรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติว่า การสร้างกำแพงของอิสราเอลนั้น เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนและเสียหายต่อประชากรชาวปาเลสไตน์ ซึ่งอาศัยอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ แต่การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ตัดสินในข้อเท็จจริงที่อยู่บนพื้นฐานของทางฝ่ายอิสราเอลเลย ซึ่งท่านผู้พิพากษาเห็นว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศควรที่จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของทั้งสองฝ่ายด้วย

<sup>22</sup> Declaration of Judge Buergenthal, pp 3-4, para.7-8

ซึ่งในส่วนนี้ จากการศึกษาจะพบว่า การพิจารณาจากข้อมูลที่เหมาะสมนั้น เป็นการพิจารณาจากข้อมูลที่มีอยู่จริง เท่าที่จะสามารถหามาได้ ในเมื่อทางฝ่ายอิสราเอลเพิกเฉยไม่ยอมยื่นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ให้แก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณา การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้พิจารณาข้อมูลจากรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ และเอกสารทั่วไปเท่าที่จะหามาได้นั้น ก็ถือได้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาจากข้อมูลที่เหมาะสมแล้ว

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของการพิจารณาความจำเป็นทางการทหาร และหลักการได้สัดส่วนนี้ จะปรากฏชัดในคำพิพากษาของศาลสูงอิสราเอล<sup>23</sup> โดยในคดี Beit Sourik v. Israel ศาลสูงได้พิจารณาเอาไว้ว่า เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความจำเป็นทางการทหารและหน้าที่ในการเคารพลิทธิของประชาชนในท้องถิ่น การกระทำของผู้นำทางทหารต้องได้สัดส่วนกัน<sup>24</sup> โดยตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณี กฎหมายภาคพื้นทวีป (continental law) และกฎหมายของอิสราเอลแล้ว สัดส่วนที่เหมาะสมนั้นจะต้องประกอบไปด้วย 3 ลักษณะดังนี้คือ

1. วิธีการที่ใช้จะต้องมุ่งสู่เป้าหมายอย่างมีเหตุผล กล่าวคือ ความสัมพันธ์อันเป็นเหตุเป็นผลกันระหว่างเส้นทางกำแพงและเหตุผลในการสร้างกำแพง

<sup>23</sup> ดูคำพิพากษาศาลสูงของอิสราเอล ในคดี Beit Sourik v. Israel เพิ่มเติมได้ในบทที่ 5

<sup>24</sup> "Beit Sourik v. Israel," The Israeli High Court Decision, pp. 17-18, par. 36-37

2. วิธีการที่ใช้จะต้องส่งผลกระทบต่อปัจเจกชนน้อยที่สุด กล่าวคือ ในจำนวนของเส้นทางเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของการสร้างกำแพงนั้น เส้นทางที่เลือกควรที่จะส่งผลกระทบต่อให้น้อยที่สุด

3. ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับแต่ละบุคคลจะต้องได้สัดส่วนกับผลตอบแทนที่จะได้รับ กล่าวคือ จะต้องดูสัดส่วนที่พอเหมาะระหว่างความเสียหายของผู้อยู่อาศัยในพื้นที่และผลตอบแทนด้านความปลอดภัยที่จะได้จากการสร้างกำแพง<sup>25</sup>

การสร้างกำแพงและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องมิใช่เป็นมาตรการความมั่นคงอันเป็นชั่วคราว แต่เป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์อย่างถาวร อิสราเอลในฐานะรัฐที่ยึดครองไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้ได้ การยึดครองไม่ได้เป็นการโอนอำนาจอธิปไตยให้รัฐที่ยึดครอง การยึดครองนั้นโดยคำจำกัดความแล้วเป็นเพียงการชั่วคราวเท่านั้น

#### 4.2.2 การป้องกันตนเอง

สิทธิป้องกันตนเอง (Self-defense) นี้ เป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิม จนถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันโดยตลอดมาตั้งแต่ก่อนที่ จะมีกฎบัตรสหประชาชาติ สิทธิป้องกันตนเองนั้นเป็นสิทธิติดตัว (Inherent Right) อันเป็นหลักอิสระ คือติดมากับความเป็นรัฐ โดยได้รับการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>26</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ไม่มีบทบัญญัติใดในกฎบัตรสหประชาชาตินี้

<sup>25</sup> Ibid., p.20, par. 40-41

<sup>26</sup> Article 51 of the Charter of the United Nations

ที่กระทบกระเทือนสิทธิติดตัวของทุกๆ รัฐในอันที่จะป้องกันตนเองเมื่อถูกรุกรานด้วยกำลังทหาร ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันตัวโดยลำพังหรือโดยร่วมกันก็ตาม ทั้งนี้จนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะได้เริ่มดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ<sup>27</sup> ทั้งนี้ การใช้สิทธิป้องกันตนเองนั้น จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำเพื่อตอบโต้ต่อการรุกราน โดยมาตรการที่ใช้ตอบโต้ นั้นต้องได้สัดส่วนกับการรุกรานด้วยเท่านั้น รัฐที่ถูกคุกคามนั้นจะมีสิทธิป้องกันตนเองได้ก็ต่อเมื่อเห็นได้ชัดว่าจะต้องถูกรุกรานอย่างแน่นอนหรือเป็นการรุกรานที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ โดยรัฐที่ถูกคุกคามนั้นจะต้องใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้าได้ก่อนที่จะสายเกินไป<sup>28</sup> ซึ่งการวัดค่าความได้สัดส่วนดังกล่าวนี้ ยังคงเป็นปัญหาอยู่มากในการนำมาบังคับใช้ในภาคปฏิบัติ เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงหลักการข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐใดๆ อาจใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ โดยไม่จำเป็นที่จะต้องรอให้ถูกรุกรานจริงๆ เสียก่อนเลยก็ได้ เพียงแต่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกำลังจะถูกรุกรานหรือสามารถแสดงหลักฐานอ้างอิงที่พอรับฟังได้ รัฐก็มีสิทธิอ้างการป้องกันตนเองกระทำการใดๆ เหนือรัฐอื่นรัฐหนึ่งได้ ซึ่งตรงนี้เป็น การเสี่ยงต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก เราจะรู้ได้อย่างไรว่ามาตรการตอบโต้ทั้งหลายอันเนื่องมาจากการอ้างสิทธิป้องกันตนเองนี้ เป็นการใช้เพื่อป้องกันตนเองอย่างแท้จริงหรือเป็นข้ออ้างที่ยกขึ้นบังหน้าเพื่อใช้กำลังทางทหารต่อรัฐอื่น และขอบเขตของความรุนแรงของมาตรการที่จะใช้นั้นอยู่ตรงไหน

---

Nothing in the present charter shall impair the inherent right of individual or collective Self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nation, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security

<sup>27</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 513

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 522

อย่างไรก็ดี มาตรการที่ใช้ในการป้องกันตัวไม่ว่าจะเป็นในกรณีที่เกิดการรุกรานแล้วหรือเพียงแต่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ก็ตามจะต้องเป็นมาตรการที่มีลักษณะชั่วคราวเท่านั้น และเป็นมาตรการที่จำเป็นจะต้องใช้เพื่อป้องกันมิให้สถานการณ์เสื่อมทรามเลวร้ายลงไปอีก<sup>29</sup>

กรณีของการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ก็เป็นกรณีอีกกรณีหนึ่งซึ่งอิสราเอลใช้การป้องกันตนเองเป็นข้ออ้างในการสร้างกำแพง และการใช้มาตรการที่เกี่ยวข้องกัน เพื่อป้องกันการก่อการร้ายที่เกิดขึ้นในอิสราเอล โดยอิสราเอลกล่าวว่าประชาชนชาวอิสราเอลจำนวนไม่น้อยที่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อผู้ก่อการร้ายระเบิดพลีชีพชาวปาเลสไตน์ ซึ่งตั้งแต่อิสราเอลได้เริ่มมีการสร้างกำแพงขึ้น และกำแพงบางส่วนได้สร้างเสร็จสิ้นลงแล้ว ตามรายงานของอิสราเอลปรากฏว่าจำนวนผู้เสียหายหรือความเสียหายซึ่งเกิดจากการก่อการร้ายดังกล่าวนี้ได้ลดลงไปอย่างมาก

จากการที่อิสราเอลอ้างการป้องกันตนเองตามบทบัญญัติข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ และมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1368 (2001) และ 1373 (2001) นี้เอง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีความเห็นในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้ว่า ข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินั้น เป็นบทบัญญัติที่ยอมรับสิทธิติดตัวของการป้องกันตนเองในกรณีที่มีการขัดกันทางอาวุธโดยรัฐหนึ่งกระทำต่ออีกรัฐหนึ่ง การกระทำของอิสราเอลอันเป็นการยึดครองดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นั้น เป็นการกระทำของรัฐอิสราเอลเอง การคุกคามอันเป็นการพิสูจน์ว่าจะต้องสร้างกำแพงนั้น เป็นการคุกคามภายในดินแดน

<sup>29</sup> Ibid.

มิใช่ภายนอกดินแดน ดังนั้นข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินี้จึงไม่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวแต่ประการใด<sup>30</sup>

ส่วนในเรื่องของมติคณะมนตรีความมั่นคงนั้น มติที่ 1368 (2001) และมติที่ 1373 (2001) นั้น เป็นกรณีการป้องกันตนเองจากเหตุการณ์การก่อการร้ายในวันที่ 11 กันยายน 2001 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่ารัฐทั้งหลายมีสิทธิป้องกันตนเองในการที่จะใช้กำลังต่อต้านการก่อการร้ายได้<sup>31</sup> ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นไว้ว่า สถานการณ์การก่อการร้ายในวันที่ 11 กันยายน 2001 ตามมติดังกล่าวนี้แตกต่างจาก สถานการณ์การก่อการร้ายอันเป็นเหตุให้มีการสร้างกำแพง<sup>32</sup> เนื่องจากการก่อการร้ายในอิสราเอลนั้น ผู้ก่อการร้ายระเบิดสังหารพลีชีพส่วนมากข้ามเขต Green Line มาทางด้านตรวจสอบของอิสราเอล ซึ่งอิสราเอลเองก็ไม่ได้มีมาตรการเข้มงวดในการตรวจสอบผู้เข้าออก อีกทั้งผู้สังเกตการณ์ที่ทำหน้าที่เฝ้าด้านนั้นก็ไร้ประสิทธิภาพ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า หากอิสราเอลเพิ่มความระมัดระวังในการตรวจสอบ และมีการจัดเวรยามตามแนว Green Line ให้แน่นหนามากยิ่งขึ้นกว่านี้ ก็จะเป็นการป้องกันการก่อการร้ายได้อีกทางหนึ่ง ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ย่อมเป็นแนวทางที่เหมาะสมกว่าการสร้างกำแพง

---

<sup>30</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion, ICJ Reports 2004, p. 56, para. 138-139.

<sup>31</sup> Security Council resolution 1373 (2001)

<sup>32</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion, ICJ Reports 2004, p. 56, para. 138-139.

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาความเห็นแย้งของผู้พิพากษา จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาบางท่านมีความเห็นที่แตกต่างออกไปจากความเห็นเชิงปริกษา ซึ่งมีความเห็นเป็น 2 ประเด็น กล่าวคือ

1. ตามข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่กล่าวถึงสิทธิติดตัวของการป้องกันตนเอง และข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1368 (2001) และ 1373 (2001) ที่กล่าวถึงสิทธิในการป้องกันตนเองนี้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกร้องให้ประชาคมระหว่างประเทศต่อสู้กับการก่อการร้ายได้นั้น มิได้บัญญัติหรือแสดงนัยให้เป็นการใช้บังคับแก่รัฐเท่านั้น<sup>33</sup> โดยเฉพาะข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น ถือเป็นข้อมติที่ยืนยันถึงสิทธิที่ติดตัวของการป้องกันตนเองของปัจเจกชนและการป้องกันตนเองโดยส่วนรวมในกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>34</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ในส่วนของข้อกฎหมายนั้นจะมีความเห็นแตกต่างกันออกไป แต่ในส่วนของข้อเท็จจริงนั้น ผู้พิพากษา Kooijmans และผู้พิพากษา Higgins เห็นพ้องตรงกันว่าควรจะนำหลักความเหมาะสมและความจำเป็นมาใช้พิจารณาแก่ข้อเท็จจริงในสถานการณ์ดังกล่าวนี้ด้วย ซึ่งเป็นที่น่าเสียดายยิ่งที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวไว้แต่อย่างใด

2. อิสราเอลอ้างว่า อิสราเอลมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองต่อการโจมตีของผู้ก่อการร้าย ซึ่งเข้ามาก่อการร้ายยังดินแดนของอิสราเอล โดยข้ามผ่าน Green Line ในการประเมินความชอบธรรมของข้ออ้างดังกล่าวนี้ ไม่มีความเกี่ยวข้องกับในกรณีที่อิสราเอลถูกกล่าวหาว่ากระทำการควบคุมดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ อย่างไรก็ตาม คำจำกัดความของคำว่า "ควบคุม" จะหมายถึง การส่งกองกำลังของ

<sup>33</sup> Separate opinion of Judge Higgins, p. 7, para. 33

<sup>34</sup> Separate opinion of Judge Kooijmans, p. 9, para. 35



อิสราเอลเข้าไปควบคุมในดินแดนนั้น หรือ กองกำลังนั้นไม่ได้มาจากภายนอกดินแดน ซึ่งในกรณีนี้ Green Line ได้รับการยอมรับจากศาลว่าเป็นเส้นที่กำหนดแบ่งเขตระหว่างอิสราเอลและดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ การที่ผู้ก่อการร้ายชาวปาเลสไตน์ได้โจมตีโดยข้ามเส้นแบ่งเขตนี้เข้ามายังอิสราเอลนั้น เสมือนเป็นการอนุญาตให้อิสราเอลใช้สิทธิในการป้องกันตนเองแล้ว ทั้งนี้ ควรที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมและความจำเป็นเป็นลำดับต่อไป<sup>35</sup>

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาในประเด็นสิทธิในการป้องกันตนเองนี้ ควรพิจารณาถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับประเด็นดังกล่าวให้ครบถ้วน เพราะเนื่องจากประเด็นเรื่องความเหมาะสมในการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองนั้น เป็นประเด็นที่อ่อนไหว และยากที่จะตัดสินชี้ขาดได้ว่า สิ่งใดควร และสิ่งใดไม่ควรแก่การใช้สิทธิป้องกันตนเอง ซึ่งในบางครั้งอาจก่อให้เกิดมีการอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองเพื่อใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองได้ อันถือเป็นการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองอย่างผิดวัตถุประสงค์ และเป็นการละเมิดหลักการห้ามใช้กำลังตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติอีกด้วย ดังนั้นจึงควรที่จะมีการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมและความจำเป็นแก่สถานการณ์ดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษาพบว่าเงื่อนไขในการใช้สิทธิป้องกันตนเองนั้น จะต้อง

1. มีความจำเป็นที่จะต้องป้องกัน (Necessity to defense)<sup>36</sup>

ต้องมีความจำเป็นจะต้องป้องกัน หากไม่ป้องกันแล้วจะเป็นอันตรายต่อองค์ประกอบของความเป็นรัฐ อันได้แก่ ดินแดน ประชาชน และรัฐบาล ดังนั้น

<sup>35</sup> Declaration of Judge Buergenthal, pp. 1-2, para. 2-6

<sup>36</sup> Oil Platforms, ICJ Reports 2003, par. 43, 51, 57 and 73-75.

ความจำเป็นจึงเป็นกรณีที่ไม่มีทางเลือกอื่นใดที่จะดำเนินการได้ นอกจากการจะต้องใช้กำลังป้องกันตนเอง

## 2. จะต้องได้สัดส่วน<sup>37</sup>

การป้องกันตนเองนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น ห้ามการใช้กำลังป้องกันตนเองเกินกว่าเหตุ

## 3. จะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายมนุษยธรรมในการปฏิบัติการ

ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ตามหลักการข้างต้นประกอบกับข้อเท็จจริงแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าการสร้างกำแพงได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ อันเป็นการละเมิดต่อหลักมนุษยธรรมที่มุ่งเน้นถึงการคุ้มครองประชาชนพลเรือนเป็นหลัก และแม้ว่าอิสราเอลจะอ้างการก่อการร้ายที่ได้โจมตีประชาชนชาวอิสราเอลด้วยอาวุธ หรือด้วยระเบิดสังหารพลีชีพ อันเป็นความจำเป็นในการป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน แต่อิสราเอลก็ยังคงมีทางเลือกอื่นอีก นอกจากการสร้างกำแพง เช่น การจัดเวรยามตามแนว Green Line ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อีกทั้งความปลอดภัยของประชาชนชาวอิสราเอลนั้นไม่ได้สัดส่วนกับความทุกข์ทรมานของประชาชนชาวปาเลสไตน์เลย จึงอาจกล่าวได้ว่าการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์นั้นเป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุ เช่นนี้แล้ว อิสราเอลจึงไม่อาจอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองแก่กรณีดังกล่าวได้

<sup>37</sup> Ibid.

จากการศึกษาข้างต้นพบว่า การสร้างกำแพงนั้นเป็นการละเมิดต่อหลักเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน ทั้งยังเป็นการจำกัดการโยกย้ายถิ่นฐาน นอกจากนี้ การที่อิสราเอลเรียกร่องหรือริบที่ดินอันเป็นที่อยู่อาศัย หรือที่ดินทำกิน ตลอดจนรื้อถอนทำลายต้นไม้บ้านเรือน เหล่านี้เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การที่อิสราเอลอ้างหลักความจำเป็นทางการทหาร และสิทธิในการป้องกันตนเองเพื่ออ้างถึงความชอบธรรมในการสร้างกำแพงนั้น เมื่อพิจารณาถึงเส้นทางกำแพงที่ได้ถูกเลือกแล้วนั้น จะเห็นว่ามีลักษณะทางการเมืองอันเป็นความต้องการที่จะผนวกดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์เข้ากับดินแดนของอิสราเอลเสียมากกว่า หาใช่เป็นการป้องกันตนเองจากภัยก่อการร้ายหรือเป็นการกระทำอันเนื่องมาจากความจำเป็นของกองทัพไม่

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลนั้น เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และการสร้างกำแพงดังกล่าวนี้ได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์เป็นอย่างมาก ซึ่งประชาคมระหว่างประเทศควรที่จะต้องร่วมกันกระทำการหรือมีมาตรการใด ๆ ในอันที่จะบังคับให้อิสราเอลยุติการกระทำที่ไม่ถูกต้องดังกล่าวนี้ได้โดยเร็ว ทั้งนี้ โดยยึดถือเอาความเห็นเชิงปรีชากรณิการสร้างกำแพงนี้เป็นแนวทางในการพัฒนา ประกอบกับมาตรการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะได้กล่าวไว้ในบทต่อไป