



กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอล  
บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

โดย

นางสาววาดน้ำ จันทร์พวง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอล  
บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

โดย

นางสาววาดน้ำ จันทร์พวง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW IN THE CASE OF ISRAEL'S  
CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN  
TERRITORY

BY

MISS WADNAM JANPOUNG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS  
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS  
INTERNATIONAL LAW  
FACULTY OF LAW  
THAMMASAT UNIVERSITY  
ACADEMIC YEAR 2016  
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาววาดน้ำ จันทร์พวง

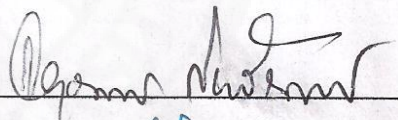
เรื่อง

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอล  
บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง


ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2560

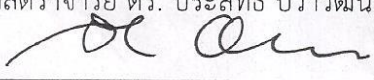
-ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(ศาสตราจารย์ ดร. จิตรนต์ ธีระวัฒน์)

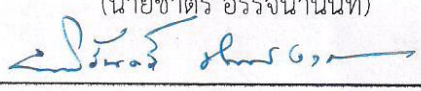
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

  
(ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช)

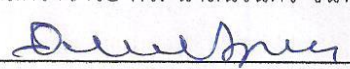
กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(นายชาติรี อรรถนันท)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นาถนรินทร์ จันทร์งาม)

คณบดี

  
(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฏมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้าง กำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง
ชื่อผู้เขียน	นางสาววาดน้ำ จันทร์พวง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช
ปีการศึกษา	2559

### บทคัดย่อ

ความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลกับปาเลสไตน์ที่ดำเนินมาอย่างยาวนานเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้อิสราเอลเข้ายึดครองดินแดนของชาวปาเลสไตน์และชนชาติอาหรับอื่นๆ ในปี ค.ศ.1967 และการที่อิสราเอลสร้างกำแพงเพื่อกั้นดินแดนระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์ในปี ค.ศ. 2002 โดยอ้างเหตุผลด้านความมั่นคงของอิสราเอลในการป้องกันการโจมตีจากฝั่งปาเลสไตน์ได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งที่รุนแรงเพิ่มมากขึ้นด้วยกำแพงบางส่วนถูกสร้างลงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองอันมีชื่อเรียกว่าดินแดนเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่ารวมไปถึงเยรูซาเลมตะวันออก และกำแพงดังกล่าวยังครอบคลุมอาณาเขตเกินเลยออกไปจากแนวเส้น Green Line นอกจากนี้ประเด็นดังกล่าวอิสราเอลยังได้มีคำสั่งและมาตรการอื่นๆ มีผลกระทบต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์อันเกี่ยวเนื่องด้วยการสร้างและ การใช้กำแพงความมั่นคง อาทิ คำสั่งยึดที่ดินและรื้อทำลายทรัพย์สินของชาวปาเลสไตน์เพื่อการสร้างกำแพง มาตรการในการตรวจสอบและอนุญาตบุคคลเพื่อเดินทางผ่านประตูกำแพง มาตรการในการขออนุญาตเข้าอยู่อาศัยในพื้นที่ seam zone ซึ่งเป็นพื้นที่ปิดล้อมโดยกำแพงและอยู่ระหว่างฝั่งตะวันออกของแนวเส้น Green Line กับฝั่งตะวันตกของแนวกำแพง

ทั้งนี้อิสราเอลยังได้ให้การสนับสนุนชาวอิสราเอลหรือชาวยิวบางส่วนให้เข้าไปตั้งรกรากในดินแดนที่ถูกยึดครองเป็นนิคมที่อยู่อาศัยชาวยิว ซึ่งการสร้างกำแพงรวมถึงคำสั่งและมาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกำแพงของอิสราเอลได้สร้างความเสียหายต่อชาวปาเลสไตน์เป็นอย่างมาก ด้วย

ประเด็นข้างต้นก่อให้เกิดคำถามว่าการกระทำเหล่านี้ของอิสราเอลชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

ในกรณีนี้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยในความเห็นเชิงปรึกษา (Advisory Opinion) ถึงประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยในกรณีนี้เมื่อปี ค.ศ.2004 โดยมีใจความว่าอิสราเอลมีพันธกรณีที่ต้องเคารพสิทธิของประชาชนชาวปาเลสไตน์และมีพันธกรณีต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งยังมีคำสั่งให้อิสราเอลยุติการละเมิดพันธกรณีของตนตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยยุติการสร้างกำแพงและรั้วถอนกำแพงที่สร้างลงบนดินแดนที่ถูกยึดครองในทันที รวมทั้งให้เพิกถอนหรือยกเลิกกฎหมายหรือข้อบังคับที่มีขึ้นเพื่อการสร้างกำแพง และมีคำสั่งให้อิสราเอลเยียวยาความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลที่ล่วงจากการสร้างกำแพงนั้นอีกด้วย อย่างไรก็ตาม อิสราเอลไม่ได้ปฏิบัติตามความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ทั้งยังดำเนินการก่อสร้างกำแพงส่วนที่เหลือรวมทั้งมีคำสั่งและมาตรการอันเกี่ยวข้องกับการกำแพงเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาประเด็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ซึ่งผู้เขียนแบ่งประเด็นที่ศึกษาออกเป็นสองประเด็นใหญ่อันได้แก่ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง โดยศึกษาวิเคราะห์จากข้อเท็จจริงและผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนชาวปาเลสไตน์ในปัจจุบันและเลือกวิเคราะห์ในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายเฉพาะต่อหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน 8 ประการอันได้แก่สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

**คำสำคัญ:** สิทธิมนุษยชน , กำแพงแบ่งแยก , อิสราเอล , ปาเลสไตน์

Thesis Title	INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW IN THE CASE OF ISRAEL'S CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY
Author	Miss Wadnam Janpoung
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Prasit Pivavatnapanich, Ph.D.
Academic Years	2016

## ABSTRACT

The long-term conflict between Israel and Palestine is a principle factor that leads to the occurrence of territories occupation of Palestinian and other Arab nations by Israel in 1967. Moreover, Israel's construction of a wall or a separation barrier between Israeli and Palestinian territories in 2002 under Israeli government's construction reasons of security and prevention of Palestinian terrorist attacks is emphasized more problematic. As Israel's construction of a wall, some parts of the wall have been built in the occupied Palestinian territories, which are called West Bank and Gaza Strip, including East Jerusalem exceeding beyond the 1945 Green Line. In addition, Israeli government and Israel Defense Forces (IDF) have issued commands and taken other measures according to construction of a wall, such as, confiscation and demolition commands of lands and other properties of Palestinians, measures of checkpoints and gates of the wall, measures for Palestinians to apply for permission to live in their own houses in the area of Seam Zone, etc. Furthermore, Israeli government has supported more than 500,000 Israeli citizens to settle down in the occupied Palestinian territory. This construction of a wall including commands and measures of Israel have seriously caused and affected high damages to Palestinians

and brought into the question of legal consequence over Israel executions through the occupied Palestinian territory.

According to this case, General Assembly of the United Nations adopted resolution ES-10/14 embodying a request for an advisory opinion from the International Court of Justice (ICJ) on the legal consequences arising from Israel's construction of a wall separating part of the occupied Palestinian territory from Israel. The Court rendered its advisory opinion in 2004 recalling Israel's obligation to respect the right of the Palestinian people and its obligations under humanitarian and human rights law. The Court also stated that Israel has to put an immediate end to the violation of its international obligations by ceasing the works of construction of the wall and dismantling those parts of that structure situated within Occupied Palestinian Territory and repealing or rendering ineffective all legislative and regulatory acts adopted with a view to construction of the wall. The Court further obviously declared that Israel has to make reparation for all damage suffered by all natural or legal persons affected by the wall's construction. However, Israel has denied to follow ICJ's advisory opinion and continued other parts of the wall construction up to present time including commands and other measures according to the construction of Israeli wall.

The purpose of this thesis is to study of international human rights law issues in the case of Israel's construction of a wall in occupied Palestinian territory. This study included by two main legal issues, one is the application of international human rights law in the case of Israel's construction of a wall in occupied Palestinian territory and the other is the legality of Israel's construction of a wall in occupied Palestinian territory by considering the current references, facts and effects to Palestinian people on entirely 8 human rights which are right to freedom of movement, right to non-racial discrimination, right to self-determination, right to freedom of thought, conscience and religion, right to fair trial, right to privacy, right to work and finally right to an adequate standard of living.



**Keywords:** Human rights, separation barrier, wall, Israel, Palestine



## กิตติกรรมประกาศ

ก่อนอื่นผู้เขียนต้องกราบขอบพระคุณคุณพ่อณฑล จันทร์พวง และคุณแม่เข็มิกา จันทร์พวง ที่เป็นกำลังใจและแรงผลักดันที่สำคัญให้ผู้เขียนเข้าเรียนในคณะนิติศาสตร์รวมถึงสนับสนุนความสนใจของผู้เขียนที่จะเรียนต่อปริญญาโทในสาขากฎหมายระหว่างประเทศ และวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็จะสำเร็จลุล่วงไปไม่ได้เลยหากไม่ได้รับความกรุณาจากท่านศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ที่รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ตลอดจนสละเวลาในการให้คำแนะนำและให้กำลังใจผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ นอกจากนี้ ผู้เขียนยังต้องกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ธิระวัฒน์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ทั้งยังได้กรุณาให้ความรู้ในการทำวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียนเป็นครั้งแรกในชั้นเรียนบัณฑิตสัมมนาจนผู้เขียนสามารถนำมาพัฒนาเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ รวมทั้งขอกราบขอบพระคุณท่านชาตรี อรรถนันทน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นาถนิรันดร์ จันทร์งาม ที่กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียนและกรุณาให้ข้อเสนอแนะอันมีค่าในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วง อีกทั้ง ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ณพนธิ สุริยะ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ พิรุณา ดิงศภัทย์ ที่ท่านได้กรุณาให้คำแนะนำในประเด็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องให้แก่ผู้เขียนในชั้นเรียนอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมไปถึงคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกท่านที่กรุณาถ่ายทอดความรู้ในวิชาต่างๆจนผู้เขียนสำเร็จการศึกษา

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังต้องขอขอบคุณพี่น้องและครอบครัวของผู้เขียน แม้นเขียนและพาฝันที่คอยเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วง ขอขอบคุณป้าต้อย อุบล จันทร์พวง ที่คอยถามไถ่ถึงความคืบหน้าของวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณพี่โรส ชนกสุตา สินทร์พัย ที่กรุณาตรวจบทคัดย่อภาษาอังกฤษให้ผู้เขียน ขอขอบคุณเพื่อนๆและพี่น้องร่วมสาขากฎหมายระหว่างประเทศทุกท่านทั้งคุณวรวรรณ คุณวัลภา คุณวนิดา คุณภาณุมาส คุณธนภัทร คุณนิติ คุณยลรวี คุณอังสนา และท่านอื่นที่ไม่ได้เอ่ยนาม ซึ่งคอยช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้กันและกันจนวิทยานิพนธ์สำเร็จได้ ขอขอบคุณบุคลากรและเจ้าหน้าที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกท่านที่ได้ช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกในทุกด้านตลอดช่วงเวลาที่ผู้เขียนเป็นนักศึกษาวិชากฎหมายของที่นี่

ท้ายที่สุดนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์อยู่บ้างประการใด ผู้เขียนขอมอบคุณความดีทั้งหมดให้แก่บิดามารดา คณาจารย์ และบุคคลที่ให้การสนับสนุนแก่ผู้เขียนทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นางสาววาดน้ำ จันทร์พวง

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(6)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	2
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	3
1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา	4
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
ภาคหนึ่ง ข้อเท็จจริงในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและ หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพง ของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	
บทที่ 2 ข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอล บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	7
2.1 ข้อเท็จจริงโดยสรุปช่วงก่อนการก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดน ปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	7
2.2 ข้อเท็จจริงโดยสรุปตั้งแต่การก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลจนถึงปี ค.ศ.2017	13
2.2.1 ลักษณะทางกายภาพของกำแพง	14
2.2.2 การออกคำสั่งยึดและรื้อทำลายบ้านเรือน ที่อยู่อาศัย ที่ดินทำกิน และทรัพย์สินอื่นของชาวปาเลสไตน์	15
2.2.3 ข้อจำกัดต่อการเคลื่อนย้ายและการเดินทางของชาวปาเลสไตน์	17

2.2.4	ข้อจำกัดต่อการอยู่อาศัยในบ้านเรือนตนเองและการอยู่ร่วมกัน เป็นครอบครัวของชาวปาเลสไตน์	17
2.2.5	การสร้างนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลและการเลือกปฏิบัติต่อ ชาวปาเลสไตน์ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	18
2.3	ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคำพิพากษาของ ศาลภายในประเทศต่อกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ ที่ถูกยึดครอง	19
2.3.1	ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีผลทางกฎหมาย ของการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ปี ค.ศ.2004	20
2.3.2	คำพิพากษาของศาลสูงแห่งอิสราเอลในคดี Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel ปี ค.ศ.2004	22
2.3.3	คำพิพากษาของศาลสูงแห่งอิสราเอลในคดี Mara'abe v. The Prime Minister of Israel ปี ค.ศ.2005	24
2.4	บทสรุป	25
บทที่ 3	หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของ อิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	27
3.1	ที่มาของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เป็นลายลักษณ์อักษร	28
3.1.1	สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	28
3.1.2	กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ	29
3.1.3	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	30
3.2	ที่มาของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร	31
3.2.1	จารีตประเพณีระหว่างประเทศ	31
3.2.2	กฎหมายเดียดขาด	32
3.2.2.1	ลักษณะและผลทางกฎหมายของหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็น กฎหมายเดียดขาด	33
3.3	หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอล บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	36
3.3.1	สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย	36
3.3.1.1	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	36
3.3.1.2	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	37

3.3.2 สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ	38
3.3.2.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	38
3.3.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	39
3.3.2.3 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	39
3.3.2.4 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ในทุกรูปแบบ	39
3.3.2.5 กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ	39
3.3.2.6 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	40
3.3.2.7 จารัตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด	40
3.3.3 สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง	42
3.3.3.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	42
3.3.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	43
3.3.3.3 กฎบัตรสหประชาชาติ	43
3.3.3.4 จารัตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด	43
3.3.4 สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา	46
3.3.4.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	46
3.3.4.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	47
3.3.4.3 จารัตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด	47
3.3.5 สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม	49
3.3.5.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	49
3.3.5.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	50
3.3.5.3 จารัตประเพณีระหว่างประเทศ	51
3.3.6 สิทธิในความเป็นส่วนตัว	54
3.3.6.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	54
3.3.6.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	54
3.3.7 สิทธิในการทำงาน	55
3.3.7.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	55
3.3.4.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	55
3.3.8 สิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ	55
3.3.8.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	55
3.3.8.2 อนุสัญญาสิทธิเด็ก	56

3.3.8.3	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	56
3.4	บทสรุป	56
ภาคสอง ประเด็นปัญหาทางกฎหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง		
บทที่ 4	ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้าง กำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์	50
4.1	การตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วย สิทธิมนุษยชน	60
4.1.1	การตั้งข้อสงวนของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	60
4.1.1.1	ข้อสงวนต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิ ทางการเมือง	60
4.1.1.2	คำแถลงต่อพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ	61
4.1.1.3	ข้อสงวนและคำแถลงตีความต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัด การเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ	62
4.1.1.4	คำแถลงตีความต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติ ทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ	63
4.1.1.5	ข้อสงวนต่ออนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี	63
4.1.1.6	ข้อสงวนต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ	63
4.1.2	การเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	64
4.1.3	ผลของการตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอลต่อการบังคับใช้ กฎหมายสิทธิมนุษยชนในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดน ปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	66
4.1.3.1	ผลของการตั้งข้อสงวนของอิสราเอล	66
4.1.3.2	ผลของการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอล	67
4.2	ข้อต่อสู้ในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในยามสงคราม	73
4.2.1	ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกฎหมาย สิทธิมนุษยชน	74

4.2.2	วิเคราะห์ข้อต่อสู้ในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในยามสงครามต่อกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ ที่ถูกยึดครอง	76
4.3	ข้อต่อสู้ในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดน อธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐภาคี	77
4.3.1	ขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตย ของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐภาคี	78
4.3.1.1	บทบัญญัติว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในแง่ดินแดนและในแง่บุคคล	78
4.3.1.2	แนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศและการตีความขององค์กรวินิจฉัย ข้อพิพาทในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในแง่ดินแดนและในแง่บุคคล	80
4.3.1.3	ความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศ	82
4.3.2	วิเคราะห์ข้อต่อสู้ในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐภาคี	83
4.4	ข้อต่อสู้ในเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้านสิทธิมนุษยชนแก่ องค์กรบริหารปาเลสไตน์	84
4.4.1	ข้อเท็จจริงในการถ่ายโอนอำนาจของอิสราเอล	85
4.4.2	การยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของ PLO	86
4.4.3	วิเคราะห์ข้อต่อสู้ในเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้าน สิทธิมนุษยชนแก่องค์กรบริหารปาเลสไตน์	87
4.5	บทสรุป	88
บทที่ 5	ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพง ของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง	94
5.1	ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย	96
5.1.1	ผลกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย	96
5.1.2	วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย	97
5.2	ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ทางเชื้อชาติ	99
5.2.1	ผลกระทบต่อสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ	99

5.2.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ทางเชื้อชาติ	99
5.3 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนง ตนเอง	100
5.3.1 ผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง	100
5.3.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง	100
5.4 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา	103
5.4.1 ผลกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา	103
5.4.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา	103
5.5 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพิจารณา คดีที่เป็นธรรม	104
5.5.1 ผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม	104
5.5.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดี ที่เป็นธรรม	105
5.6 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องปัญหาความชอบด้วย กฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัว	106
5.6.1 ผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว	106
5.6.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในความเป็นส่วนตัว	106
5.7 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในการทำงาน	108
5.7.1 ผลกระทบต่อสิทธิในการทำงาน	108
5.7.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในการทำงาน	108
5.8 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิที่จะมีมาตรฐานการ ครองชีพที่เพียงพอ	109
5.8.1 ผลกระทบต่อสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ	109
5.8.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพ ที่เพียงพอ	110
5.9 บทสรุป	110
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	112



6.1 บทสรุป	112
6.2 ข้อเสนอแนะ	117
บรรณานุกรม	120
ภาคผนวก	136
ภาคผนวก ก United Nations Security Council Resolution 242 (1967)	137
ภาคผนวก ข United Nations General Assembly Resolution ES-10/14 (2003)	139
ภาคผนวก ค Summary of ICJ Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (2004)	143
ประวัติผู้เขียน	183

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและสภาพของปัญหา

ความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลกับปาเลสไตน์มีมาอย่างยาวนานในดินแดนตะวันออกกลางและเป็นหนึ่งในปัญหาความขัดแย้งอันเรื้อรังและยาวนานที่สุดในโลก หากนับตั้งแต่อิสราเอลเข้ายึดครองดินแดนปาเลสไตน์ในปี ค.ศ.1967 จนถึงปัจจุบันก็ดำเนินมานานถึง 50 ปีแล้ว การยึดครองในครั้งนั้นส่งผลให้อิสราเอลมีสถานะเป็น “รัฐผู้ใช้อำนาจยึดครอง” (occupying power) ส่วนดินแดนในแถบที่ราบสูงโกลันของซีเรีย คาบสมุทรไซไนของอียิปต์ ฉนวนกาซา ดินแดนฝั่งตะวันตกของแม่น้ำจอร์แดน (หรือเวสต์แบงก์) และเยรูซาเลมตะวันออก มีสถานะเป็น “ดินแดนที่ถูกยึดครอง” (occupied territories) โดยนับแต่นั้นมาอิสราเอลได้ใช้กำลังและมาตรการต่างๆบนดินแดนที่ถูกยึดครองมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งเป็นการกระทำเพื่อตอบโต้และป้องกันผู้ที่คัดค้านการยึดครองของอิสราเอลหรือผู้ก่อการร้าย และการกระทำเพื่อการอื่นๆเช่น การสนับสนุนให้ประชาชนชาวอิสราเอลเข้าไปตั้งถิ่นฐานเป็นนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง เป็นต้น มาตรการเหล่านั้นรวมถึงการสร้างกำแพงความมั่นคงขึ้นในปี ค.ศ.2002 เพื่อกั้นดินแดนระหว่างฝั่งอิสราเอลและฝั่งปาเลสไตน์ ทั้งนี้ อิสราเอลอ้างเหตุผลด้านความมั่นคงและการป้องกันการโจมตีของผู้ก่อการร้ายชาวปาเลสไตน์ซึ่งมักจะโจมตีชาวอิสราเอลด้วยระเบิดพลีชีพ อย่างไรก็ตาม กำแพงที่ควรสร้างขึ้นตามแนวเส้น Green Line อันเป็นเส้นแบ่งเขตแดนที่เป็นผลมาจากความตกลงสงบศึกในปี ค.ศ.1949 ที่อิสราเอลได้ตกลงไว้กับคู่สงครามในขณะนั้นเพื่อกำหนดเขตทางดินแดนของอิสราเอลกับประเทศเพื่อนบ้าน กลับกลายเป็นการสร้างกำแพงที่รูกล้ำเข้ามาในดินแดนของชาวปาเลสไตน์ อีกทั้งคำสั่งและมาตรการต่างๆที่อิสราเอลนำออกมาใช้อันเกี่ยวเนื่องด้วยการสร้างและการใช้กำแพง ส่งผลให้ชาวปาเลสไตน์จำนวนมากได้รับความเสียหายและส่งผลกระทบต่อการค้าทางชีวิตของชาวปาเลสไตน์อย่างร้ายแรง องค์การสหประชาชาติได้มีมติหลายครั้งถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการยึดครองดินแดนและการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง แต่อิสราเอลก็ยังไม่ยุติการกระทำเช่นนั้น จนในที่สุดสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีความเห็นเชิงปรึกษา (Advisory Opinion) ถึงประเด็นความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีความเห็นเชิงปรึกษาในปี ค.ศ.2004 และวินิจฉัยว่าการสร้างกำแพง

ของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายสิทธิมนุษยชน ทั้งยังมีคำสั่งให้อิสราเอลยุติการสร้างกำแพงและรื้อถอนกำแพงในส่วนที่อยู่บนดินแดนที่ถูกยึดครองออกไป

อย่างไรก็ดี อิสราเอลไม่ได้ปฏิบัติตามความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และยังคงดำเนินการสร้างกำแพงในส่วนต่อไป ทั้งยังคงใช้มาตรการต่างๆอันเกี่ยวเนื่องด้วยการสร้างและการใช้กำแพงซึ่งกระทบต่อการดำรงชีวิตและทรัพย์สินของชาวปาเลสไตน์อย่างรุนแรงมาจนถึงปัจจุบัน จึงเกิดเป็นประเด็นคำถามที่ว่าจากสถานการณ์และข้อเท็จจริงในปัจจุบัน มีกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนใดบ้างที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ และกฎหมายสิทธิมนุษยชนเช่นว่านั้นมีผลบังคับใช้แก่กรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลหรือไม่ อีกทั้งการกระทำของอิสราเอลในกรณีนี้ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่และอย่างไร โดยผู้เขียนเลือกที่จะศึกษาเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ส่วนประเด็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้มีผู้ศึกษาไปก่อนหน้านี้แล้ว<sup>1</sup> โดยประเด็นที่ผู้เขียนมุ่งศึกษาประกอบด้วยหลักสิทธิมนุษยชนจากสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณี รวมไปถึงหลักสิทธิมนุษยชนที่มีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาดอันเกี่ยวกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และวิเคราะห์ถึงประเด็นทางกฎหมายในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในกรณีการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาให้ทราบถึงกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ซึ่งนอกจากจะมีสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเข้าเป็นภาคีแล้ว ยังมีกฎหมายสิทธิมนุษยชนอันเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสิทธิมนุษยชนที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดอีกด้วย

<sup>1</sup> วรียา ฮยิกประเสริฐ, “ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์และผลลัพธ์ต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549).

โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษาเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองอย่างชัดเจนจำนวน 8 สิทธิอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ อีกทั้งจะศึกษาและวิเคราะห์ถึงประเด็นทางกฎหมายในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในกรณีการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

### 1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำแนกการศึกษาเรื่องกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองออกเป็น 2 ภาค อันได้แก่ ภาคหนึ่ง ผู้เขียนจะศึกษาถึงข้อเท็จจริงในปัจจุบันและผลกระทบต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และศึกษาหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้ทั้งจากสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี ตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ จารัตประเพณีระหว่างประเทศรวมไปถึงกฎหมายเด็ดขาด โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษาเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองอย่างชัดเจนจำนวน 8 หลักอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

ภาคสอง ผู้เขียนจะศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง โดยแบ่งเป็น 2 ประเด็นปัญหาหลักอันได้แก่ ประการแรกคือประเด็นปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และประการที่สองคือประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

## 1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา

การศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากตำรากฎหมายระหว่างประเทศและบทความที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง รวมทั้งเอกสารงานวิจัยต่างๆ ตลอดจนวิทยานิพนธ์ที่จัดทำขึ้นเพื่อวิเคราะห์ในเรื่องที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังได้ศึกษาจากความเห็นและข้อมติขององค์กรต่างๆที่ได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับผลทางกฎหมายระหว่างประเทศของการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและประเด็นอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และศึกษาจากความเห็นและคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศรวมถึงองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทอื่นๆและคำพิพากษาของศาลภายในของอิสราเอลที่ได้วินิจฉัยในเรื่องนี้และในประเด็นที่เกี่ยวข้อง รวมถึงองค์กรเอกชนต่างๆที่ติดตามกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลนี้ด้วยเช่น B'Tselem และ Human Rights Watch นอกจากนี้ยังได้สืบค้นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากแหล่งข้อมูลต่างๆเพื่อความทันสมัยและครบถ้วนของข้อมูลที่ศึกษา

## 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้มีความรู้และความเข้าใจในเรื่องกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ตลอดจนประเด็นปัญหาทางกฎหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในกรณีนี้
2. ทำให้ตระหนักถึงความเสียหายของชาวปาเลสไตน์อันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศของอิสราเอลในกรณีการสร้างกำแพงบนดินแดนที่ถูกยึดครอง และความจำเป็นในการสนับสนุนให้ยุติการละเมิดสิทธิมนุษยชนเหล่านั้น
3. ทำให้มีความรู้และความเข้าใจถึงสิทธิมนุษยชนอันเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด รวมถึงลักษณะโดยทั่วไปและผลของการเป็นกฎหมายเช่นนั้น
4. ทำให้ตระหนักถึงความสำคัญของการร่วมมือกันระหว่างประชาคมโลกเพื่อยุติความขัดแย้งอันนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงและกว้างขวาง และกระตุ้นให้มีการศึกษา

ต่อไปเพื่อหาวิธีการที่จะนำพาสันติสุขมาสู่ดินแดนที่มีความขัดแย้งเช่นในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง



## ภาค 1

ข้อเท็จจริงในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึด  
ครอง และหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณี  
การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

## บทที่ 2

### ข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยขององค์การตุลาการ ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์มีที่มาจากความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์ซึ่งเกิดขึ้นและมีมาอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ทั้งยังมีการกล่าวอ้างกันว่ามีความตึงเครียดตั้งแต่ยุคจุดเริ่มต้นของศาสนายูดาห์ของชาวอิสราเอลหรือชาวยิวและศาสนาอิสลามของชาวปาเลสไตน์เลยทีเดียว ดังนั้นเพื่อให้เข้าใจบริบทและภาพรวมของความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลกับปาเลสไตน์อันเป็นสาเหตุสำคัญที่นำไปสู่การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และเพื่อไม่ให้เนื้อหาในส่วนนี้ยืดเยื้อจนเกินไป ในบทที่ 2 ผู้เขียนจึงขอเสนอข้อเท็จจริงโดยสรุปนับแต่อิสราเอลเข้ายึดครองดินแดนในปี ค.ศ.1967 และการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองในปี ค.ศ.2002 มาจนถึงปัจจุบัน โดยแบ่งข้อเท็จจริงเป็นสองส่วนได้แก่ ส่วนที่หนึ่งคือข้อเท็จจริงช่วงก่อนการสร้างกำแพง และส่วนที่สองคือข้อเท็จจริงนับตั้งแต่การสร้างกำแพงจนถึงปัจจุบัน รวมไปถึงความเห็นเชิงปรึกษา (Advisory Opinion) ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีต่อการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองเมื่อปี ค.ศ.2004 และคำพิพากษาโดยศาลภายในของอิสราเอลที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ เพื่อนำไปสู่การศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในเรื่องการบังคับใช้และความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองในภาคสอง

#### 2.1 ข้อเท็จจริงโดยสรุปช่วงก่อนการก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

ในปี ค.ศ.1967 ได้เกิดสงครามระหว่างอิสราเอล<sup>1</sup> ฝ่ายหนึ่งกับประเทศเพื่อนบ้านอีกฝ่ายหนึ่งอันได้แก่อียิปต์ จอร์แดน และซีเรีย หรือที่เรียกกันว่าสงครามหกวัน (Six-Day War<sup>2</sup>) ซึ่งผล

<sup>1</sup> อิสราเอลประกาศการสถาปนารัฐอิสราเอลเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ.1948 และได้รับการรับรองให้เป็นรัฐสมาชิกของสหประชาชาติเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ.1949 โดยข้อมติที่ 273 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (UN Doc. A/RES/273 (III))



ของสงครามคืออิสราเอลเป็นฝ่ายได้รับชัยชนะและเข้ายึดครองดินแดนบางส่วนของชาวอาหรับ<sup>3</sup> รวมไปถึงดินแดนแถบที่ราบสูงโกลันของซีเรีย คาบสมุทรไซไนของอียิปต์ ฉนวนกาซ่า<sup>4</sup> ดินแดนฝั่งตะวันตกของแม่น้ำจอร์แดน (หรือเวสต์แบงก์<sup>5</sup>) และเยรูซาเลมตะวันออก โดยดินแดนเหล่านี้ถูกเรียกรวมกันว่า “ดินแดนที่ถูกยึดครอง” (occupied territories) เป็นครั้งแรกโดยข้อมติที่ 242 ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งข้อมติดังกล่าวได้เน้นย้ำถึงการไม่ยอมรับการได้มาซึ่งดินแดนโดยสงครามและความจำเป็นในการดำเนินงานให้เกิดสันติภาพที่เป็นจริงและยั่งยืนอันจะทำให้รัฐทุกรัฐสามารถดำรงอยู่ด้วยความมั่นคง อีกทั้งเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของกฎบัตรสหประชาชาติในอันที่จะสร้างสันติภาพให้เกิดขึ้นในดินแดนตะวันออกกลาง โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้ยืนยันไว้ในข้อมติให้อิสราเอลปฏิบัติตามหลักการดังต่อไปนี้

“(i) ถอนกองกำลังติดอาวุธของอิสราเอลออกจากดินแดนที่ถูกยึดครองในระหว่างความขัดแย้งที่เกิดขึ้น และ

(ii) ยุติทุกข้อกล่าวอ้างหรือสถานะรัฐคู่สงคราม และเคารพและยอมรับอำนาจอธิปไตย บูรณภาพทางดินแดน และอิสราภาพทางการเมืองของรัฐทุกรัฐในพื้นที่ และสิทธิที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสันติภาพภายใต้เขตแดนอันมั่นคงและได้รับการรับรองว่าปลอดภัยจากภัยคุกคามหรือการใช้กำลัง<sup>6</sup>”

<sup>2</sup> บางแหล่งข้อมูลเรียกว่าสงครามเดือนมิถุนายน (June War), สงครามอาหรับ-อิสราเอล 1967 (1967 Arab-Israeli War) และสงครามอาหรับ-อิสราเอลครั้งที่สาม (Third Arab-Israeli War)

<sup>3</sup> ศราวุฒิ อารีย์, “รู้จัก ‘ฉนวนกาซ่า’ เข้าใจวิกฤติตะวันออกกลาง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.ias.chula.ac.th/ias/en/Article-Detail.php?id=1>.

<sup>4</sup> ก่อนเกิดสงครามหกวันในปี ค.ศ.1967 ดินแดนฉนวนกาซ่า (Gaza Strip) เคยถูกปกครองโดยอียิปต์มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1959

<sup>5</sup> ดินแดนเวสต์แบงก์ (West Bank) เคยอยู่ภายใต้การยึดครองของทรานส์จอร์แดน (หรือ ‘จอร์แดน’ ในเวลาต่อมา) มาตั้งแต่สิ้นสุดสงครามอาหรับ-อิสราเอลครั้งที่หนึ่งในปี ค.ศ.1948 ต่อมาในปี ค.ศ.1950 จอร์แดนประกาศผนวกดินแดนเวสต์แบงก์ให้เป็นส่วนหนึ่งของจอร์แดน ทำให้จอร์แดนมีอำนาจปกครองเหนือดินแดนเวสต์แบงก์มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1948 จนกระทั่งถูกยึดครองไปโดยอิสราเอลในปี ค.ศ.1967

<sup>6</sup> UN Security Council, “Resolution 242 (1967),” 22 November 1967, UN Doc. S/RES/242.

อย่างไรก็ตาม อิสราเอลไม่ได้ถอนกำลังออกจากกลุ่มดินแดนที่ถูกยึดครอง แต่ยังคงยึดครองดินแดนเหล่านั้นเรื่อยมา เป็นเหตุให้ชาวปาเลสไตน์กว่า 3 แสนคนต้องอพยพจากเขตเวสต์แบงก์ เข้าสู่จอร์แดนและชาวยิวเริ่มเข้าไปตั้งถิ่นฐานหรือที่เรียกว่านิคมที่อยู่อาศัยของชาวยิว (Jewish settlements) เป็นจำนวนมากในเขตเวสต์แบงก์<sup>7</sup> และความขัดแย้งก็ยังดำเนินต่อไปตลอดระยะเวลาการยึดครองจนเกิดเหตุการณ์รุนแรงหลายครั้งจากการเริ่มต้นของทั้งสองฝ่าย ซึ่งกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก เช่น เหตุการณ์กลุ่มติดอาวุธชาวปาเลสไตน์ที่เรียกตนเองว่า “กลุ่มกันยายนทมิฬ” (Black September) บุกจับตัวประกันและสังหารหมู่ นักกีฬาและครูฝึกชาวอิสราเอลจำนวน 11 คนในบ้านพักนักกีฬาที่เมืองมิวนิค ประเทศเยอรมนี ระหว่างการแข่งขันกีฬาโอลิมปิกในปี ค.ศ.1972<sup>8</sup> และการตอบโต้ของอิสราเอลต่อกรณีนี้ในปฏิบัติการที่มีชื่อว่า Spring of Youth ซึ่งเป็นปฏิบัติการโจมตีทางอากาศที่พุ่งเป้าหมายไปที่ค่ายผู้ก่อการร้ายต้องสงสัยทั้งหมดตั้งแต่ทางใต้ของเลบานอนไปจนถึงทางเหนือของจอร์แดนและปฏิบัติการ Wrath of God ซึ่งเป็นปฏิบัติการลอบสังหารกลุ่มผู้ร่วมก่อเหตุที่เมืองมิวนิค<sup>9</sup> หรือเหตุการณ์การลุกฮือของชาวปาเลสไตน์ในเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซาเพื่อต่อต้านการยึดครองดินแดนของอิสราเอลในปี ค.ศ.1987 (เหตุการณ์ Intifadah หรืออินติฟาฎาะห์ครั้งที่หนึ่ง<sup>10</sup>) เป็นต้น

แม้ความขัดแย้งยังคงดำเนินไป แต่ทั้งสองฝ่ายก็มีความพยายามหลายครั้งในการเจรจาสันติภาพเพื่อให้ดินแดนในแถบนี้กลับมาสงบสุข โดยต่างฝ่ายต่างเสนอเงื่อนไขให้กันและกันเพื่อแลกกับประโยชน์หรือความต้องการของฝ่ายตน ตัวอย่างเช่น การเจรจาสันติภาพระหว่างรัฐบาล

<sup>7</sup> กรมเอเชียใต้ ตะวันออกกลางและแอฟริกา กระทรวงการต่างประเทศ, “ปาเลสไตน์ การเมืองการปกครอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2560, จาก [http://sameaf.mfa.go.th/th/country/middle-east/detail.php?ID=41&phrase\\_id=931323#2](http://sameaf.mfa.go.th/th/country/middle-east/detail.php?ID=41&phrase_id=931323#2).

<sup>8</sup> Ian Deitch, “Correction: Israel-Munich Massacre story,” Accessed June 16, 2017, <https://www.apnews.com/1b8d6107f51f4cd88349bca8fa79b602>.

<sup>9</sup> Benjamin Mapes, “Eye for an Eye: Israel's Swift and Devastating Response to the Munich Massacre at the 1972 Olympic Games,” *Historia*, vol.19, pp.150-151, (2010)

<sup>10</sup> Edward W. Said, “Chapter 1: Intifada and Independence,” *Intifada: The Palestinian Uprising Against Israeli Occupation*, ed. Zachary Lockman and Joel Beinin (Boston, MA.: South End Press, 1989), p.5.

อิสราเอลกับองค์กรปลดปล่อยปาเลสไตน์ (Palestine Liberation Organization หรือ PLO<sup>11</sup>) จนมีการลงนามใน Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements หรือ The Oslo I Accord (ข้อตกลงกรุงออสโลฉบับที่ 1) ในปี ค.ศ.1993<sup>12</sup> ส่งผลให้ฝ่ายปาเลสไตน์โดย PLO จัดตั้งสภาที่เรียกว่าองค์กรบริหารปาเลสไตน์ (Palestinian National Authority หรือ PA) ในปี ค.ศ.1994 เพื่อรับการถ่ายโอนอำนาจจากอิสราเอลในการจัดการและควบคุมพื้นที่ซึ่งอิสราเอลจะถอนกองกำลังออกไปและส่งมอบอำนาจให้ โดยแลกเปลี่ยนกับการที่ PLO จะรับรองรัฐอิสราเอล พร้อมทั้งให้ความร่วมมือในการปราบปรามผู้ก่อการร้าย<sup>13</sup> และความตกลงชั่วคราวว่าด้วยเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่าปี ค.ศ.1995 (Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza หรือ Oslo II Accord หรือข้อตกลงออสโลฉบับที่สอง) ที่กำหนดเรื่องการขยายเขตปกครองตนเองในฉนวนกาซ่าและเมืองเจอร์ริโค (Jericho) ในเวสต์แบงก์ให้แก่ PA<sup>14</sup> และจัดสรรเขต

<sup>11</sup> PLO ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1964 โดยกลุ่มรัฐอาหรับในขณะนั้นและมีวัตถุประสงค์เพื่อประกาศเอกราชแก่รัฐปาเลสไตน์ ซึ่ง PLO ได้รับการรับรองจากที่ประชุมสุดยอดสันนิบาตอาหรับ Arab Summit ในปี ค.ศ.1974 ให้เป็น ‘ตัวแทนโดยชอบด้วยกฎหมายเพียงหนึ่งเดียวของชาวปาเลสไตน์’ และเป็นตัวแทนของชาวปาเลสไตน์เข้าร่วมเป็นสมาชิกของสันนิบาตอาหรับ (The League of Arab States หรือ Arab League) อีกทั้งยังได้รับการยอมรับภายในองค์กรว่าเป็นรัฐเอกราชในนาม “รัฐปาเลสไตน์” (State of Palestine) และนับแต่นั้นเป็นต้นมา PLO ก็รับหน้าที่เป็นตัวแทนของชาวปาเลสไตน์ในสหประชาชาติ, กลุ่มประเทศไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Non-Aligned Movement) และองค์การการประชุมอิสลาม (Organisation of the Islamic Conference ซึ่งปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็น Organisation of Islamic Cooperation หรือองค์การความร่วมมืออิสลาม) เป็นต้น นอกจากนี้ในปี ค.ศ.1994 นายยิตซัค ราบิน นายกรัฐมนตรีของอิสราเอลในขณะนั้นได้รับรองสถานะของ PLO ว่าเป็นตัวแทนของประชาชนชาวปาเลสไตน์ในจดหมายที่ส่งถึงนายยัสเซอร์ อาราฟัต ประธานองค์กรปลดปล่อยปาเลสไตน์ในขณะนั้นด้วย

<sup>12</sup> การทำความตกลงครั้งนี้ส่งผลให้นายยัสเซอร์ อาราฟัต ประธานของ PLO ได้รับรางวัลโนเบลสาขาสันติภาพประจำปี ค.ศ.1994 ร่วมกับนายยิตซัค ราบิน นายกรัฐมนตรีของอิสราเอลและนายชิมอน เปเรส รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของอิสราเอลในขณะนั้น ด้วยเหตุผลว่า “เพื่อความพยายามของพวกเขาในการสร้างสันติภาพในตะวันออกกลาง”

<sup>13</sup> Joel Beinin, “The Demise of the Oslo Process,” Accessed June 16, 2017, <https://web.archive.org/web/20000816222849/http://www.merip.org/pins/pin1.html>.

<sup>14</sup> กชกร คัดตพันธ์, “ลักษณะการดำเนินนโยบายต่างประเทศของสหรัฐฯ ต่อกระบวนการสันติภาพอิสราเอล-ปาเลสไตน์: เปรียบเทียบสมัยประธานาธิบดีวิลเลียม เจ. คลินตัน (1993-2001)

ปกครองในเวสต์แบงก์ออกเป็น 3 เขตโดยให้ PA มีอำนาจควบคุมอย่างจำกัด ได้แก่ 1) เขต Area A (ประกอบด้วยเมือง Nablus, Jenin, Tulkarem, Qalqilya, Ramallah, Bethlehem, พื้นที่ส่วนใหญ่ของเมือง Hebron และเมืองของชาวปาเลสไตน์ทั้งหมด รวมทั้งประชาชนชาวปาเลสไตน์ส่วนใหญ่ในเวสต์แบงก์ ซึ่งปัจจุบันคิดเป็นพื้นที่ประมาณ 18 เปอร์เซ็นต์ของพื้นที่ทั้งหมดในเวสต์แบงก์) ที่อิสราเอลจะถอนกองกำลังทั้งหมดออกไปและให้ PA มีอำนาจปกครองชาวปาเลสไตน์ในเรื่องกิจการพลเรือนและความมั่นคงภายในเขต<sup>15</sup>, 2) เขต Area B (พื้นที่ประมาณ 23 เปอร์เซ็นต์ของเวสต์แบงก์ รวมไปถึงหมู่บ้าน 440 แห่งและดินแดนแถบชนบทส่วนใหญ่<sup>16</sup>) ที่ให้ PA มีอำนาจปกครองร่วมกับอิสราเอล โดยให้ PA มีอำนาจเฉพาะในเรื่องกิจการพลเรือน ส่วนอิสราเอลมีอำนาจในด้านความมั่นคง<sup>17</sup> และ 3) เขต Area C (พื้นที่ส่วนที่เหลือซึ่งคิดเป็น 60 เปอร์เซ็นต์ของพื้นที่เขตเวสต์แบงก์ทั้งหมดอันประกอบด้วยบรรดานิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอล หุบเขาจอร์แดน (Jordan valley) และบรรดาถนนเชื่อมระหว่างชุมชนต่างๆของชาวปาเลสไตน์) ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของอิสราเอลทั้งหมด ซึ่งรวมถึงอำนาจในเรื่องความมั่นคง กิจการพลเรือนต่างๆเกี่ยวกับดินแดน การจัดสรรที่ดิน การวางแผนก่อสร้าง และสิ่งก่อสร้างพื้นฐานทั้งหมด<sup>18</sup> ส่วนดินแดนเยรูซาเลมตะวันออกนั้นอยู่นอกเหนือข้อตกลง

แต่อย่างไรก็ดี การเจรจาแต่ละครั้งไม่ได้ส่งผลให้เกิดสันติภาพที่แท้จริงและความสงบก็ดำรงอยู่ได้ไม่นานอันเนื่องมาจากบรรดากลุ่มต่อต้านกระบวนการสันติภาพอิสราเอล-ปาเลสไตน์ ที่ไม่พอใจความพยายามอ่อนข้อให้ซึ่งกันและกันของผู้นำทั้งสองฝ่าย ซึ่งกลุ่มเช่นว่านี้มีทั้งกลุ่มมุสลิมญิฮาด (Jihad) กลุ่มมุสลิมฮามาส (Hamas)<sup>19</sup> และกลุ่มต่อต้านจากฝ่ายอิสราเอลด้วย ส่งผลให้เกิด

---

กับ ประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู. บุช (2001-2007),” (ภาคนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), p.34.

<sup>15</sup> Joel Beinin, *supra* note 14; B'Tselem, “What is Area C?,” Accessed June 17, 2017, [http://www.btselem.org/area\\_c/what\\_is\\_area\\_c](http://www.btselem.org/area_c/what_is_area_c).

<sup>16</sup> Joel Beinin, *supra* note 14; B'Tselem, *ibid*.

<sup>17</sup> กชกร คัดตพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.35.

<sup>18</sup> Joel Beinin, *supra* note 14; B'Tselem, *supra* note 16.

<sup>19</sup> กลุ่มมุสลิมฮามาส (Hamas) ถูกก่อตั้งในปี ค.ศ.1987 โดยสืบทอดแนวความคิดมาจากขบวนการภราดรภาพมุสลิมอียิปต์ (Egyptian Muslim Brotherhood) โดยกลุ่มฮามาสมีวัตถุประสงค์เพื่อยุติการยึดครองดินแดนเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่าของอิสราเอล และสถาปนารัฐปาเลสไตน์บนดินแดนเดิมก่อนการก่อตั้งรัฐอิสราเอลในปี ค.ศ.1948 ทำให้กลุ่มฮามาสคัดค้านการลงนามข้อตกลงสันติภาพระหว่างอิสราเอลและ PLO เพราะถือว่าปาเลสไตน์เป็นฝ่ายเสียเปรียบ โดย

การปะทะกันระหว่างอิสราเอลและชาวปาเลสไตน์หลายครั้งในเขตยึดครองเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่า<sup>20</sup> ถึงขั้นมีการลอบสังหารผู้นำอิสราเอลโดยชาวอิสราเอลเองเพื่อขัดขวางการเจรจาสันติภาพ<sup>21</sup>

นอกจากนี้ แม้อิสราเอลจะทำได้ทำสนธิสัญญาสันติภาพกับอียิปต์ในปี ค.ศ.1979 อันเป็นผลให้อิสราเอลส่งคืนดินแดนคาบสมุทรไซไนคืนให้แก่อียิปต์เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่อียิปต์รับรองสถานะความเป็นรัฐให้แก่อิสราเอล<sup>22</sup> แต่ในส่วนที่ราบสูงโกลันกลับถูกผนวกเข้ากับเขตทางเหนือ (Northern district) ของอิสราเอลตามกฎหมาย Golan Heights Law ที่อิสราเอลตราขึ้นในปี ค.ศ. 1981<sup>23</sup> ส่วนดินแดนฉนวนกาซ่า เวสต์แบงก์ และเยรูซาเลมตะวันออกยังคงอยู่ภายใต้การยึดครองของอิสราเอล ซึ่งแม้อิสราเอลจะถ่ายโอนอำนาจอันจำกัดบางประการให้กับ PA ตามความตกลงออสโลฉบับที่สองและมีการขยายอำนาจควบคุมของ PA ในการเจรจาครั้งต่อๆมาก็ตาม แต่ในบางครั้งอำนาจควบคุมที่ PA ได้รับจากอิสราเอลก็เหมือนจะไม่มีอยู่จริงในทางปฏิบัติ เนื่องจากกองกำลังความมั่นคงของอิสราเอล (Israel Defense Forces หรือ IDF) ยังสามารถเข้าควบคุมพื้นที่ในเขตปกครองของ PA ได้เสมอตั้งแต่เห็นได้จากหลายกรณีเช่น กรณีการสู้รบในเหตุการณ์ลูกฮือของ

การต่อต้านอิสราเอลและ PLO ของฮามาสมักแสดงออกในรูปแบบของความรุนแรงและการใช้กำลัง เช่นเดียวกับการตอบโต้และการป้องกันจากฝ่ายอิสราเอล กลุ่มฮามาสพัฒนาเป็นพรรคการเมืองฮามาสและชนะการเลือกตั้งในเดือนมกราคม ค.ศ.2006 จนสามารถจัดตั้งรัฐบาลผสมร่วมกับพรรคการเมืองอีกฝ่ายได้แก่พรรคฟาตาค์ (หรือ Fatah ซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่สืบทอดอำนาจมาจาก PLO) อย่างไรก็ตาม พรรคฮามาสไม่ได้รับการยอมรับจากพรรคฟาตาค์ผู้ยังกุมอำนาจในเขตเวสต์แบงก์ ทั้งยังถูกปฏิเสธจากอิสราเอล สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และอีกหลายประเทศซึ่งตราหน้าว่าฮามาสเป็นกลุ่มก่อการร้าย ปัจจุบันในปี ค.ศ.2017 พรรคฮามาสกุมอำนาจอยู่ในฉนวนกาซ่าโดยพฤตินัย (*de facto*) ส่วนเวสต์แบงก์อยู่ในความปกครองของพรรคฟาตาค์ซึ่งนำโดยมาห์มูด อับบาส (Mahmoud Abbas)

<sup>20</sup> กชกร คัดตพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 15*, น.33.

<sup>21</sup> *เพิงอ้าง*, น.35.

<sup>22</sup> Alan Taylor, "On This Day 36 Years Ago: The Signing of the Egypt-Israel Peace Treaty," Accessed June 16, 2017, <https://www.theatlantic.com/photo/2015/03/on-this-day-36-years-ago-the-signing-of-the-egyptisrael-peace-treaty/388781/>.

<sup>23</sup> กฎหมาย Golan Heights Law ของอิสราเอลที่ตราขึ้นเพื่อผนวกดินแดนที่แถบที่ราบสูงโกลันตามกฎหมายที่ 497 ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติตัดสินว่าเป็นโมฆะและไม่มีผลทางกฎหมายระหว่างประเทศ และให้ที่ราบสูงโกลันยังคงเป็นดินแดนซีเรียที่ถูกยึดครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ชาวปาเลสไตน์ครั้งที่สอง (Second Intifada หรือ Al-Aqsa Intifada) ที่ IDF ใช้กำลังเข้าควบคุมดินแดนปาเลสไตน์ในหลายพื้นที่ รวมทั้งกรณีที่อิสราเอลถอนกองกำลังและนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลออกจากเขตฉนวนกาซ่าในปี ค.ศ.2005 แต่ยังคงควบคุมพื้นที่ตามแนวชายแดน ทั้งบรรดาจุดข้ามแดน น่านฟ้า ชายฝั่งของแหล่งน้ำ<sup>24</sup> และมาตรการอื่นๆมาจนถึงปัจจุบันซึ่งส่งผลให้ฉนวนกาซ่ามีลักษณะเป็นพื้นที่ปิด หรือการบุกพื้นที่ในเขต Area A ของกองกำลัง IDF เพื่อเข้าจับกุมบุคคล ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้าย โดยแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของ PA ทราบเมื่อบุกเข้าพื้นที่แล้วหรือก่อนหน้าการบุกเพียงไม่กี่ชั่วโมง<sup>25</sup> ซึ่งสิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงอำนาจควบคุมของอิสราเอลที่ยังมีต่อดินแดนปาเลสไตน์อยู่ ซึ่งความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลกับปาเลสไตน์ก็ยังคงดำเนินเรื่อยมา และยิ่งทวีความรุนแรงขึ้นเมื่อมีการใช้วิธีการโจมตีที่เรียกว่าระเบิดพลีชีพอันสามารถสร้างความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนอย่างรุนแรงได้ในวงกว้าง

## 2.2 ข้อเท็จจริงโดยสรุปตั้งแต่การก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลจนถึงปี ค.ศ.2017

เมื่อเกิดเหตุการณ์การโจมตีโดยใช้ระเบิดพลีชีพและวิธีการอื่นๆบ่อยครั้ง รวมทั้งความล้มเหลวของกระบวนการเจรจาเพื่อสันติภาพระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์ในช่วงที่ผ่านมา ในปี ค.ศ.2001 รัฐบาลอิสราเอลจึงตัดสินใจอนุมัติแผนการก่อสร้างกำแพงหลังจากตระหนักว่าวิธีการอื่นๆที่อิสราเอลเคยใช้ตลอดหลายปีที่ผ่านมาเช่น การรุกรานชาวปาเลสไตน์ออกจากดินแดนที่ยึดครอง การทำลายบ้านเรือน หรือการจับกุมคุมขัง ไม่ได้ช่วยลดอัตราการโจมตีของผู้ก่อการร้าย<sup>26</sup> ในปี ค.ศ. 2002 อิสราเอลจึงได้เริ่มต้นก่อสร้างสิ่งกีดขวางที่อิสราเอลเรียกว่า “กำแพงความมั่นคง” (Security Fence หรือ Separation Barrier<sup>27</sup>) รวมทั้งส่วนประกอบอื่นๆของกำแพง เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ก่อการร้ายชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครองอันได้แก่เขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่า เข้ามา

<sup>24</sup> Joel Beinin, *supra* note 14.

<sup>25</sup> Nahum Barnea, “Beitunian nights: The IDF in the West Bank,” Accessed June 16, 2017, <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4780153,00.html>.

<sup>26</sup> Daphne Barak-Erez, “Israel: The Security Barrier – between International Law, Constitutional Law, and Domestic Judicial Review,” *Int’l J Con Law*, vol.4, no.3, p.540 (July 2006).

<sup>27</sup> ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้คำว่า wall (กำแพง)

และโจมตีประชาชนในดินแดนของอิสราเอล โดยผู้เขียนขอสรุปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองดังต่อไปนี้

### 2.2.1 ลักษณะทางกายภาพของกำแพง

กำแพงของอิสราเอลถูกสร้างขึ้นเพื่อกั้นระหว่างดินแดนฝั่งอิสราเอลและดินแดนฝั่งปาเลสไตน์ โดยเส้นทางของกำแพงบางส่วนถูกกำหนดโดยการอ้างอิงตามแนวเส้น Green Line<sup>28</sup> แนวกำแพงส่วนหนึ่งกั้นระหว่างดินแดนอิสราเอลกับเขตฉนวนกาซ่า และอีกส่วนหนึ่งกั้นระหว่างดินแดนอิสราเอลกับเขตเวสต์แบงก์ ซึ่งโครงสร้างของกำแพงส่วนใหญ่ประกอบด้วยกำแพงคอนกรีต สิ่งกีดขวาง ร่องน้ำ รั้วลวดหนาม ทางเดินทราย ระบบกล้องวงจรปิดอิเล็กทรอนิกส์ ทางลาดตระเวน และเขตกันชน โดยกำแพงในส่วนของฉนวนกาซ่าถูกดำเนินการสร้างมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 มีลักษณะโอบล้อมเขตฉนวนกาซ่าออกจากโลกภายนอก และมีความยาวอย่างน้อย 55 กิโลเมตรโดยเริ่มตั้งแต่พื้นที่ทางตะวันตกเฉียงเหนือของเมือง Beit Lahia ไปจนถึงทางตะวันออกเฉียงใต้ของเมือง Rafah ตามแนวกำแพงจะมีเขตกันชน (buffer zone) กว้างประมาณ 300 ถึง 600 เมตร<sup>29</sup> ส่วนกำแพงในฝั่งเวสต์แบงก์เริ่มต้นก่อสร้างในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2002 ความยาวทั้งหมดของกำแพงตามแผนการก่อสร้างยาวประมาณ 712 กิโลเมตร ซึ่งมีความยาวมากกว่าความยาวของเส้น Green Line ถึงสองเท่า ส่วนความกว้างโดยเฉลี่ยของกำแพงคือ 60 เมตร ในบางพื้นที่มีการสร้างกำแพงคอนกรีตสูงถึง 6 – 8 เมตร<sup>30</sup> แนวกำแพงประมาณ 85 เปอร์เซ็นต์ตั้งอยู่ในพื้นที่ของเวสต์แบงก์แทนที่จะถูกสร้างตามแนว Green Line ซึ่งหากกำแพงในส่วนนี้ถูกสร้างแล้วเสร็จตามแผนการก่อสร้าง กำแพงจะล้อมพื้นที่ของเวสต์แบงก์ไว้ประมาณ 9.4 เปอร์เซ็นต์ (ซึ่งเป็นพื้นที่อันตกอยู่ระหว่างแนวกำแพงและแนวเส้น Green Line) รวมทั้งดินแดนเยรูซาเลมตะวันออกด้วย ใน

<sup>28</sup> เส้นแบ่งเขตตามความตกลงสงบศึกชั่วคราว ค.ศ. 1949 (armistice agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐคู่สงครามในขณะนั้น ได้แก่ อิสราเอลฝ่ายหนึ่ง กับอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่ จอร์แดน, อียิปต์, เลบานอน และซีเรีย เพื่อแบ่งเขตแดนระหว่างอิสราเอลกับเขตเวสต์แบงก์, ฉนวนกาซ่า, ที่ราบสูงโกลัน และคาบสมุทรไซไน โดยแนว Green Line นี้ยังเป็นที่ยกเถียงอยู่ว่าเป็นเส้นกำหนดเขตแดนที่ชัดเจนของอิสราเอลหรือไม่

<sup>29</sup> Palestinian Grassroots Anti-Apartheid Wall Campaign, “The Wall,” Accessed June 16, 2017, <https://www.stophthewall.org/the-wall>.

<sup>30</sup> B’Tselem, “The Separation Barrier,” Accessed June 16, 2017, [http://www.btselem.org/separation\\_barrier](http://www.btselem.org/separation_barrier).

ปัจจุบัน การก่อสร้างกำแพงเสร็จไปแล้วอย่างน้อยประมาณ 62 เปอร์เซ็นต์ของแผนการก่อสร้างทั้งหมด ประมาณ 10 เปอร์เซ็นต์กำลังก่อสร้าง และอีกประมาณ 28 เปอร์เซ็นต์ยังไม่ได้เริ่มก่อสร้าง<sup>31</sup>

## 2.2.2 การออกคำสั่งยึดและรื้อทำลายบ้านเรือน ที่อยู่อาศัย ที่ดินทำกิน และทรัพย์สินอื่นของชาวปาเลสไตน์

อิสราเอลออกคำสั่งยึดและรื้อทำลายทรัพย์สินของชาวปาเลสไตน์เป็นจำนวนมากเพื่อดำเนินการสร้างกำแพง โดยเฉพาะที่ดินและบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์ที่อยู่ในเขตเวสต์แบงก์ ยกตัวอย่างเช่น การยึดที่ดินทางการเกษตรซึ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของเกษตรกรชาวปาเลสไตน์อย่างน้อยจำนวน 2,850 เอเคอร์เพื่อการก่อสร้างกำแพงในส่วนแรก<sup>32</sup>, การยึดที่ดินในเขต Ramallah จำนวนมากกว่า 1,500 เอเคอร์ในเดือนมกราคม ค.ศ.2004, ในเขต Qatanna จำนวนอย่างน้อย 787 เอเคอร์, ในเขต Qibya จำนวนอย่างน้อย 500 – 625 เอเคอร์ และในเขต Beitunia อีกอย่างน้อย 390 เอเคอร์เพื่อการก่อสร้างกำแพงในส่วนที่สอง<sup>33</sup> นอกจากนี้ในระหว่างปี ค.ศ.2000 – 2012 อิสราเอลได้ออกคำสั่งให้รื้อถอนอสังหาริมทรัพย์ของชาวปาเลสไตน์จำนวน 9,682 ฉบับโดยไม่ได้รับความยินยอมจากชาวปาเลสไตน์ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินแต่อย่างใด ซึ่งการรื้อถอนถูกดำเนินไปแล้วอย่างน้อยจำนวน 2,829 ราย, ปี ค.ศ.2006 ถึงเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.2013 อิสราเอลได้รื้อถอนชุมชนที่อยู่อาศัยของชาวปาเลสไตน์ไปอย่างน้อย 624 แห่ง (ไม่รวมในบริเวณเยรูซาเลมตะวันออก) ส่งผลให้ประชาชนอย่างน้อยจำนวน 3,075 คนซึ่งในจำนวนนี้มีเด็กอย่างน้อย

<sup>31</sup> UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs: occupied Palestinian territory, “The Humanitarian Impact of the Barrier, July 2013,” Accessed July 16, 2017, [https://www.ochaopt.org/documents/ocha\\_opt\\_barrier\\_factsheet\\_july\\_2013\\_english.pdf](https://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_barrier_factsheet_july_2013_english.pdf).

<sup>32</sup> Oxford Public Interest Lawyer, “Legal Consequences of Israel’s Construction of a Separation Barrier in the Occupied Territories International Law Opinion,” para.239, Accessed May 22, 2017, <http://www.hamoked.org/items /5730.pdf>.

<sup>33</sup> UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, “Humanitarian Update: 16 Dec-19 Jan 2004,” Accessed June 16, 2017, <http://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/ocha-humanitarian-update-occupied-palestinian-territories-16-0>.



1,457 คนต้องสูญเสียที่อยู่อาศัย<sup>34</sup>, ในปี ค.ศ.2015 - 2016 อิสราเอลได้อนุมัติและเริ่มต้นการสร้างกำแพงบริเวณใกล้กับเมือง Beit Jala ในเขตเวสต์แบงก์ ส่งผลให้มีการยึดที่ดินและรื้อถอนพืชพันธุ์ของชาวเมือง Beit Jala โดยเฉพาะต้นมะกอกเป็นจำนวนมาก<sup>35</sup> เช่นเดียวกับการยึดที่ดินและรื้อทำลายบ้านเรือน ที่อยู่อาศัย และที่ดินทำกินของชาวปาเลสไตน์ในเขตฉนวนกาซ่า ตัวอย่างเช่น การก่อสร้างเขตกันชนตลอดแนวกำแพงที่ทำให้พื้นที่เกษตรกรรมของฉนวนกาซ่าไม่สามารถใช้เพาะปลูกได้อย่างน้อย 25 เปอร์เซ็นต์ของพื้นที่ทั้งหมด ส่งผลให้เกษตรกรอย่างน้อย 15 เปอร์เซ็นต์ไม่มีที่ดินทำกิน<sup>36</sup> โดยบางส่วนของกรรณการรื้อทำลายที่อยู่อาศัยและทรัพย์สินในดินแดนที่ถูกยึดครองนั้น มีลักษณะเป็นบทลงโทษซึ่งบังคับใช้กับครอบครัวที่มีสมาชิกในครอบครัวมีส่วนเกี่ยวข้องหรือถูกต้องสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายหรือการกระเปิดพลีชีพ<sup>37</sup>

การก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของชาวปาเลสไตน์ในหลายพื้นที่ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการในการยึด รื้อทำลาย หรือจำกัดไม่ให้ชาวปาเลสไตน์เข้าถึงที่ดินทางการเกษตร ทรัพย์สิน และแหล่งน้ำของพวกเขา ตัวอย่างเช่นในรายงานเดือนธันวาคม ค.ศ.2002 พื้นที่ในเขต 3 เมืองของเวสต์แบงก์อันได้แก่ Jenin, Tulkarm และ Qalqilya ซึ่งเป็นพื้นที่ทางการเกษตรอันอุดมสมบูรณ์คิดเป็น 37 เปอร์เซ็นต์ของพื้นที่ทางการเกษตรทั้งหมดในเขตเวสต์แบงก์<sup>38</sup> ได้รับความเสียหายต่อพืชผลทางการเกษตรโดยเฉพาะต้นมะกอกอย่างน้อยประมาณ 83,000 ต้น ต่อคลองชลประทานความยาว 37 กิโลเมตร และต่อเส้นทางทางการเกษตรระยะทาง 15 กิโลเมตร ทั้งยังทำให้พื้นที่ประมาณ 238.3 ตารางกิโลเมตรของดินแดนแถบนี้ตกอยู่ในพื้นที่ระหว่างแนวกำแพงและแนว Green Line เป็นต้น<sup>39</sup>

<sup>34</sup> B'Tselem, "Planning and construction policy for Palestinians in Area C," Accessed June 16, 2017, [http://www.btselem.org/planning\\_and\\_building](http://www.btselem.org/planning_and_building).

<sup>35</sup> B'Tselem, "Separation Barrier by Beit Jala - Critically harming town to lay groundwork for annexation," Accessed June 16, 2017, [http://www.btselem.org/separation\\_barrier/beit\\_jala\\_separation\\_barrier](http://www.btselem.org/separation_barrier/beit_jala_separation_barrier).

<sup>36</sup> Palestinian Grassroots Anti-Apartheid Wall Campaign, *supra note 30*.

<sup>37</sup> UN Human Rights Committee, "Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel," 21 August 2003, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, para.16.

<sup>38</sup> Local Aid Coordination Committee Report, "The Impact of Israel's Separation Barrier on Affected West Bank Communities," 4 May 2003, para.24.

<sup>39</sup> *Ibid*, para.26.

### 2.2.3 ข้อจำกัดต่อการเคลื่อนย้ายและการเดินทางของชาวปาเลสไตน์

การสร้างกำแพงของอิสราเอลก่อให้เกิดสิ่งกีดขวางในการเดินทางของชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครองระหว่างพื้นที่สองฝั่งของกำแพง เนื่องจากแนวกำแพงส่วนใหญ่ถึง 85 เปอร์เซ็นต์ตั้งอยู่ในดินแดนเขตเวสต์แบงก์ รวมทั้งมาตรการอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการใช้กำแพงที่อิสราเอลบังคับใช้ในพื้นที่เหล่านี้เช่น จุดตรวจ เขตกันชนตามแนวกำแพง ระบบการขออนุญาตเข้าออกและขออนุญาตอยู่อาศัยในพื้นที่ปิดทางทหาร และการเปิดปิดประตูกำแพงที่ไม่มีกำหนดแน่นอนและไม่สามารถคาดหมายได้ เป็นต้น มาตรการเหล่านี้ก่อให้เกิดอุปสรรคอย่างมากในการเดินทางของชาวปาเลสไตน์ เพราะชาวปาเลสไตน์ประมาณ 190,000 คนต้องเปลี่ยนไปใช้เส้นทางอื่นที่เป็นเส้นทางอ้อมและมีระยะทางไกลมากกว่าเส้นทางปกติที่พวกเขาเคยใช้เดินทาง และประชาชนอีกกว่า 11,000 คนที่ตกอยู่ภายในพื้นที่ระหว่างแนวเส้น Green Line และแนวกำแพงยังต้องพบอุปสรรคในการเดินทาง ทั้งจากข้อจำกัดในการเข้าไปยังอิสราเอลและจากการเดินทางที่ต้องผ่านกำแพงเพื่อกลับไปยังที่ดินและแหล่งประกอบอาชีพของพวกเขา รวมไปถึงการเข้าถึงบริการและสาธารณูปโภคต่างๆที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เขตเวสต์แบงก์ด้วย อีกทั้งยังเป็นการกีดขวางผู้มีอาชีพเกษตรกรและเจ้าของที่ดินชาวปาเลสไตน์ที่อาศัยอยู่ในชุมชนจำนวน 150 แห่งออกจากที่ดินและแหล่งทำกินของพวกเขา<sup>40</sup> นอกจากนี้ในทางปฏิบัติยังพบว่าอิสราเอลได้มีคำสั่งจำกัดการใช้เส้นทางหลักหรือถนนหลวงบางสายต่อชาวปาเลสไตน์โดยเฉพาะในเขตเวสต์แบงก์ ในขณะที่ผู้อยู่อาศัยชาวอิสราเอลสามารถเดินทางบนถนนเหล่านี้ได้โดยเสรี และในปี ค.ศ.2012 มีรายงานว่าพบจุดตรวจของอิสราเอลประมาณ 340 จุดในเขตเวสต์แบงก์ ซึ่งแต่ละจุดต้องใช้เวลาหลายชั่วโมงในการผ่านไป<sup>41</sup>

### 2.2.4 ข้อจำกัดต่อการอยู่อาศัยในบ้านเรือนตนเองและการอยู่รวมกันเป็นครอบครัวของชาวปาเลสไตน์

นอกจากการยึดที่ดินและรื้อทำลายบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์แล้ว ในเขตปิดทางทหาร (พื้นที่รอยต่อ หรือ seam zones<sup>42</sup>) อิสราเอลได้ออกคำสั่งกำหนดให้ชาวปาเลสไตน์ทุกคน

<sup>40</sup> Human Rights Watch, “World Report 2016 : Israel/Palestine,” Accessed June 16, 2017, <https://www.hrw.org/world-report/2017/countrychapters/israel/palestine>.

<sup>41</sup> B’Tselem, “Background on the restriction of movement,” Accessed June 16, 2017, [http://www.btselem.org/freedom\\_of\\_movement](http://www.btselem.org/freedom_of_movement).

<sup>42</sup> พื้นที่ระหว่างแนว Green Line และแนวกำแพงของอิสราเอล ซึ่งพื้นที่เหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของเขตเวสต์แบงก์และถูกกำหนดโดยอิสราเอลให้เป็นพื้นที่ปิดทางทหาร

ที่มีอายุเกิน 12 ปีและอาศัยอยู่ในพื้นที่เหล่านี้ต้องได้รับใบอนุญาตอยู่อาศัยจากเจ้าหน้าที่ทหารของอิสราเอล เพื่อให้ได้รับสิทธิอยู่อาศัยในบ้านเรือนของพวกเขาต่อไป โดยผู้อยู่อาศัยชาวปาเลสไตน์ที่ยื่นขอใบอนุญาตและถูกปฏิเสธอาจคัดค้านได้โดยการยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการทหาร และหากคณะกรรมการมีคำสั่งยกอุทธรณ์ พวกเขาจะต้องย้ายออกไปจากบ้านเรือนของพวกเขา อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในการได้รับใบอนุญาตเช่นนี้ไม่มีกำหนดไว้ในกฎหมาย มีเพียงข้อกำหนดให้ผู้ขอใบอนุญาตต้องแสดงหลักฐานว่าได้อาศัยอยู่ในสถานที่เหล่านี้จริงจนเป็นที่พอใจของเจ้าหน้าที่ทหารของอิสราเอล ซึ่งการพิสูจน์หลักฐานดังกล่าวไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แน่นอนและเป็นผลให้เจ้าหน้าที่ของอิสราเอลมีดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะปฏิเสธใบอนุญาตได้<sup>43</sup> ซึ่งจากรายงานปรากฏว่าผู้ที่ผ่านการอนุญาตให้อยู่อาศัยในพื้นที่ปิดทางทหารมีจำนวนน้อยมาก และทำให้ครอบครัวของชาวปาเลสไตน์จำนวนมากไม่สามารถอาศัยอยู่ด้วยกันได้<sup>44</sup>

## 2.2.5 การสร้างนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลและการเลือกปฏิบัติต่อชาวปาเลสไตน์ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

นับตั้งแต่การเข้ายึดครองดินแดนปาเลสไตน์ของอิสราเอล ในปี ค.ศ. 1967 จนถึงปี ค.ศ. 2017 ชาวอิสราเอลจำนวนมากได้เข้ามาตั้งนิคมที่อยู่อาศัย (Jewish settlements) ภายในดินแดนที่ถูกยึดครองหลายแห่ง โดยปรากฏว่าในการสร้างกำแพงบางส่วนมีการโอบล้อมเอานิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลให้อยู่ในฝั่งตะวันตกของกำแพงซึ่งเป็นฝั่งที่อยู่ติดกับชายแดนอิสราเอล และแม้จะมีการรื้อถอนนิคมเหล่านั้นออกไปในบางส่วนของดินแดนที่ถูกยึดครองแล้ว เช่น นิคมที่อยู่อาศัย 16 แห่งในฉนวนกาซ่าและอีก 4 แห่งทางตอนเหนือของเวสต์แบงก์ซึ่งถูกรื้อถอนไปในปี ค.ศ. 2005 แต่ในปัจจุบันยังคงมีนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลในเขตเวสต์แบงก์และเยรูซาเลมตะวันออกเหลืออยู่จำนวน 127 แห่งซึ่งมีการประเมินว่านิคมเหล่านั้นมีชาวอิสราเอลอยู่อาศัยอย่างน้อย 588,000 คนแล้ว<sup>45</sup> โดยรัฐบาลอิสราเอลได้ให้การสนับสนุนนิคมเหล่านี้ทั้งด้านการรักษาความปลอดภัย บริการสาธารณสุข การสร้างบ้าน โรงเรียน และสถานพยาบาลให้แก่นิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลเรื่อยมา โดยมีรายงานจากสำนักงานสถิติกลางของอิสราเอลว่ารัฐบาลอิสราเอลได้

<sup>43</sup> Oxford Public Interest Lawyers, *supra* note 33, paras. 224 - 225.

<sup>44</sup> BADIL Resource Center for Palestinian Residency & Refugee Rights, “Seam Zones,” No.25 *BADIL Occasional Bulletin*, p.6 (July 2012).

<sup>45</sup> B’Tselem, “Land Expropriation and Settlements,” Accessed June 16, 2017, <http://www.btselem.org/settlements>.

ดำเนินการสร้างบ้านเรือนให้แก่ชาวอิสราเอลในนิคมที่อยู่อาศัยในเขตเวสต์แบงก์ (ไม่รวมในเขตเยรูซาเลมตะวันออก) จำนวนมากกว่า 1,000 หลังคาเรือนภายในช่วงครึ่งปีแรกของปี ค.ศ.2016 ซึ่งเพิ่มจำนวนขึ้นจากการก่อสร้างในปี ค.ศ.2015 ถึง 17 เปอร์เซ็นต์<sup>46</sup>

ในขณะที่การก่อสร้างบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์ต้องผ่านขั้นตอนการขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่อิสราเอลซึ่งมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและมีอัตราการได้รับอนุญาตที่น้อยมาก โดยเฉพาะชาวปาเลสไตน์ที่อาศัยอยู่ในพื้นที่เขต Area C (เยรูซาเลมตะวันออกและพื้นที่ 60 เปอร์เซ็นต์ของเขตเวสต์แบงก์) อันอยู่ภายใต้การปกครองของอิสราเอลเต็มรูปแบบ ส่งผลให้การก่อสร้างบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์และธุรกิจรับก่อสร้างมีความเสี่ยงสูงมากที่จะถูกรื้อทำลายหรือถูกยึดโดยรัฐบาลอิสราเอลด้วยเหตุที่ว่าไม่มีอำนาจในการก่อสร้าง นอกจากนี้ยังปรากฏว่าชาวปาเลสไตน์ในเขต Area C สามารถเข้าถึงแหล่งน้ำ ไฟฟ้า โรงเรียน และบริการสาธารณสุขอย่างอื่นได้ อย่างจำกัดกว่าชาวอิสราเอลหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายในราคาที่สูงกว่าบริการอย่างเดียวกันที่รัฐบาลอิสราเอลให้แก่ผู้อยู่อาศัยในนิคมชาวยิวอีกด้วย<sup>47</sup>

จากข้อมูลที่ Human Right Watch ได้รับในเดือนตุลาคม ค.ศ.2016 เจ้าหน้าที่อิสราเอลได้รื้อทำลายบ้านเรือนและอาคารอื่นๆของชาวปาเลสไตน์ในเขตเวสต์แบงก์รวมทั้งในเยรูซาเลมตะวันออกซึ่งไม่ผ่านการขออนุญาตก่อสร้างจำนวนมากถึง 925 หลัง ทั้งยังมีการทำลายบ้านเรือนของสมาชิกในครอบครัวของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการโจมตีชาวอิสราเอลเพื่อเป็นการแก้แค้นหรือลงโทษด้วย ซึ่งการรื้อทำลายบ้านเรือนทั้งหมดทำให้ชาวปาเลสไตน์กว่า 1,347 คนไร้ที่อยู่อาศัยหรือต้องย้ายไปอยู่ที่อื่น<sup>48</sup>

### 2.3 ความเห็นเชิงปรีกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคำพิพากษาของศาลภายในประเทศต่อการนิการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

ภายหลังจากที่อิสราเอลได้เริ่มต้นก่อสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองในปี ค.ศ.2002 ประชาคมโลกต่างตั้งคำถามและมีความเห็นในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำเช่นว่านี้ของอิสราเอลอย่างกว้างขวาง ทั้งจากองค์การสหประชาชาติผ่านทางศาลยุติธรรม

<sup>46</sup> Human Rights Watch, *supra* note 41.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

ระหว่างประเทศและข้อขัดแย้งต่างๆ รวมไปถึงจากองค์กรตุลาการภายในของอิสราเอลเอง ซึ่งมีดังต่อไปนี้

### 2.3.1 ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีผลทางกฎหมายของการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ปี ค.ศ.2004

ในปี ค.ศ.2003 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ ES-10/14 โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อขอความเห็นเชิงปรึกษา (Advisory Opinion) จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้มีคำวินิจฉัยอย่างเร่งด่วนในประเด็นดังต่อไปนี้

“ผลทางกฎหมายอันเกิดจากการสร้างกำแพงโดยอิสราเอล ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจยึดครอง (Occupying Power) ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง รวมทั้งบริเวณภายในและโดยรอบเยรูซาเลมตะวันออก ตามที่ได้อธิบายไว้ในรายงานของเลขาธิการ โดยพิจารณาจากกฎเกณฑ์และหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่สี่ปี ค.ศ.1949 และข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่เกี่ยวข้อง”<sup>49</sup>

ต่อมาในวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ.2004 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยในความเห็นเชิงปรึกษาคดีผลทางกฎหมายของการสร้างกำแพงในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory)<sup>50</sup> ซึ่งผู้เขียนขอสรุปสาระสำคัญในประเด็นที่ศาลได้วินิจฉัยดังต่อไปนี้

(1) ศาลมีเขตอำนาจที่จะให้ความเห็นเชิงปรึกษาตามคำร้องขอโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

(2) การก่อสร้างกำแพงโดยอิสราเอลซึ่งมีสถานะเป็นผู้ใช้อำนาจยึดครอง (occupying power) ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองรวมทั้งภายในและบริเวณโดยรอบของเยรูซาเลมตะวันออกขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>49</sup> General Assembly, “Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory,” 12 December 2003, UN Doc. A/RES/ES-10/14.

<sup>50</sup> ICJ Reports, “Legality Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,” Advisory Opinion, 9 July 2004.

(3) อิสราเอลมีพันธกรณีที่จะต้องยุติการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และมีพันธกรณีที่จะต้องระงับการดำเนินงานก่อสร้างกำแพงในส่วนที่กำลังก่อสร้างอยู่ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองในทันที รวมทั้งภายในและบริเวณโดยรอบเยรูซาเลมตะวันออก และรื้อถอนกำแพงส่วนที่สร้างเสร็จแล้วในทันที และเพิกถอนหรือยกเลิกกฎหมายและข้อบังคับที่ทั้งปวงอันเกิดขึ้นเนื่องจากการสร้างกำแพงในทันที เว้นแต่ส่วนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีของอิสราเอลในการเยียวยาความเสียหาย

(4) อิสราเอลมีพันธกรณีที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายทั้งปวงอันเนื่องมาจากการสร้างกำแพงในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง รวมทั้งภายในและบริเวณโดยรอบเยรูซาเลมตะวันออก

(5) รัฐทั้งปวงมีพันธกรณีที่จะไม่ให้การรับรองสถานะอันมิชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพง และมีพันธกรณีที่จะไม่ให้ความช่วยเหลือหรือการสนับสนุนต่อการคงอยู่ของการสร้างกำแพงเช่นนั้น และรัฐทั้งปวงจะต้องกำจัดอุปสรรคทั้งหลายอันเกิดจากการสร้างกำแพงที่มีต่อการใช้สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของประชาชนให้หมดไป อีกทั้งรัฐที่เป็นภาคีต่ออนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม ค.ศ. 1949 ยังมีพันธกรณีในการประกันให้อิสราเอลปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย

(6) ความคุ้มครองตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนไม่ได้ระงับไปในภาวะขัดกันทางอาวุธ เว้นแต่เป็นการเลียงพันธกรณีตามข้อ 4 แห่ง ICCPR และสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี(ในขณะนั้น) อันได้แก่ ICCPR , ICESCR และ CRC มีผลบังคับใช้ทั้งในดินแดนของรัฐภาคีและนอกอาณาเขตของรัฐภาคีซึ่งรัฐภาคีมีเขตอำนาจด้วย

(7) มาตรการของอิสราเอลไม่มีความจำเป็นต่อวัตถุประสงค์ทางด้านความมั่นคง ทั้งการสร้างกำแพงและเส้นทางที่ถูกกำหนดเพื่อสร้างกำแพง รวมถึงมาตรการที่เกี่ยวข้องเป็นการละเมิดอย่างรุนแรงต่อสิทธิหลายประการของชาวปาเลสไตน์ซึ่งอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยอิสราเอล และการละเมิดเป็นผลจากการที่อิสราเอลไม่สามารถพิสูจน์ถึงความจำเป็นทางทหารหรือเงื่อนไขในเรื่องความมั่นคงแห่งชาติหรือความสงบเรียบร้อยได้ ดังนั้นการสร้างกำแพงจึงเป็นการละเมิดพันธกรณีหลายประการของอิสราเอลภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน

(8) อิสราเอลไม่อาจอ้างสิทธิในการป้องกันตนเอง (self-defense) หรือความจำเป็นของรัฐ (state of necessity) เพื่อลบล้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพง และมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสร้างกำแพงล้วนขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม คณะผู้พิพากษาไม่ได้มีมติเป็นเอกฉันท์ในทุกประเด็น โดยผู้พิพากษา Thomas Buergenthal คัดค้านในเกือบทุกประเด็น ยกเว้นเพียงประเด็นเดียวคือประเด็นเรื่องเขตอำนาจในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาในคดีนี้ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และผู้พิพากษา Pieter Kooijmans คัดค้านในประเด็นการกำหนดพันธกรณีให้แก่รัฐอื่นที่ไม่ใช่คู่ความ

ผู้พิพากษา Buergenthal ได้แสดงเหตุผลไว้ในความเห็นของท่าน มีสาระสำคัญว่าศาลไม่ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงและหลักฐานที่เพียงพอ เนื่องจากศาลพิจารณาจากรายงานที่สหประชาชาติส่งมาเพียงเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาพยานหลักฐานจากฝ่ายของอิสราเอลเพราะอิสราเอลไม่ได้ส่งพยานหลักฐานมา จึงทำให้การวินิจฉัยว่าอิสราเอลไม่มีอำนาจป้องกันตัวเองจากพยานหลักฐานที่ไม่เพียงพอเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม โดยท่านเห็นว่าอิสราเอลมีสิทธิที่จะไม่ส่งพยานหลักฐานเนื่องจากการขอให้มีความเห็นเชิงปรึกษามีเพียงผู้ร้องขอ คดีไม่ได้มีลักษณะเป็นข้อพิพาทสองฝ่ายและไม่ใช่การฟ้องร้องอิสราเอล ดังนั้น อิสราเอลจึงไม่ใช่คู่ความในคดีและไม่มีหน้าที่ต้องส่งพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน

ส่วนผู้พิพากษา Kooijmans ได้ให้เหตุผลไว้ในความเห็นของท่าน มีสาระสำคัญว่าการกำหนดพันธกรณีให้แก่รัฐทุกรัฐที่จะต้องไม่รับรองสถานะอันมิชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงเป็นพันธกรณีที่เป็นไปไม่ได้ในความเป็นจริง และพันธกรณีในการประกันให้อิสราเอลปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของรัฐที่เป็นภาคีต่ออนุสัญญาเจนีวาไม่ควรบังคับกับรัฐที่สามซึ่งไม่ใช่ฝ่ายในความขัดแย้งด้วย

### 2.3.2 คำพิพากษาของศาลสูงแห่งอิสราเอลในคดี Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel ปี ค.ศ.2004

ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.2004 ศาลสูงแห่งอิสราเอล (Israel's High Court of Justice) ได้เริ่มการพิจารณาคดีที่สภาชุมชน Beit Sourik ยื่นฟ้องรัฐบาลอิสราเอลและผู้บังคับบัญชากองกำลังความมั่นคงแห่งอิสราเอล (Israel Defense Forces หรือ IDF) ที่ประจำในเขตเวสต์แบงก์ (หรือที่รัฐบาลอิสราเอลเรียกว่าเขต Judea และ Samaria) เกี่ยวกับคำสั่งยึดที่ดินและทรัพย์สินของประชาชนจำนวนมากในพื้นที่เขตเวสต์แบงก์ทางตอนเหนือของเยรูซาเลมเพื่อก่อสร้างกำแพงความมั่นคงที่มีความยาว 40 กิโลเมตร โดยฝ่ายโจทก์อ้างว่ากำแพงนี้จะกีดขวางไม่ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงที่ดินทางการเกษตรพื้นที่ขนาด 37 ตารางกิโลเมตรได้ และจะเป็นอุปสรรคต่อการเดินทางระหว่างชุมชนต่างๆของชาวปาเลสไตน์ไปยังพื้นที่เยรูซาเลมตะวันออกรวมไปถึงจะก่อให้เกิดความเสียหายในด้านอื่นๆด้วย อีกทั้งการสร้างกำแพงของอิสราเอลยังไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากสร้าง

ขึ้นเพื่อประโยชน์ของอิสราเอลเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนผู้อยู่อาศัยและผู้ที่ต้องประกอบอาชีพในพื้นที่ดังกล่าวแต่อย่างใด และการกำหนดเส้นทางของแนวกำแพงไม่ได้มีเหตุผลในเรื่องความจำเป็นทางทหารแต่เป็นเจตนาที่จะผนวกดินแดนเขตเวสต์แบงก์เข้ากับดินแดนอิสราเอล นอกจากนี้โจทก์ยังอ้างอีกว่าคำสั่งยึดที่ดินไม่ได้เป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายและความเสียหายจากการสร้างกำแพงที่เกิดกับชาวปาเลสไตน์ไม่ได้สัดส่วนกับความจำเป็นทางทหาร ซึ่งคดีนี้มีประเด็นว่าคำสั่งของรัฐบาลอิสราเอลและผู้บังคับบัญชากองกำลัง IDF ในเขตเวสต์แบงก์ในการสร้างกำแพงชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ส่วนประเด็นเรื่องการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ศาลไม่ได้วินิจฉัยเนื่องจากคู่ความทั้งสองฝ่ายรับกันแล้วว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตามอนุสัญญาเจนีวาระดับที่มีผลบังคับใช้ต่อกรณี<sup>51</sup> โดยศาลได้มีคำพิพากษาในคดีนี้เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.2004 ซึ่งผู้เขียนขอสรุปสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) ประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงของอิสราเอล ศาลวินิจฉัยว่าอิสราเอลมีอำนาจสร้างกำแพงความมั่นคงได้หากมีความจำเป็นทางการทหาร (military necessity) อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจเช่นว่านั้นมีข้อจำกัด กล่าวคือการสร้างกำแพงความมั่นคงต้องได้สัดส่วนระหว่างความจำเป็นทางทหารและความจำเป็นของประชาชนผู้อยู่อาศัยในท้องถิ่นนั้นด้วย ซึ่งหลักความได้สัดส่วนนี้ไม่อาจมีข้อพิจารณาอื่นร่วมด้วย ไม่ว่าจะเป็นข้อพิจารณาทางการเมือง การผนวกดินแดน หรือการกำหนดเส้นเขตแดนถาวรของรัฐ<sup>52</sup>

(2) ประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของเส้นทางของแนวกำแพง ศาลวินิจฉัยว่าการกำหนดเส้นทางของกำแพงต้องได้สัดส่วนระหว่างความจำเป็นทางด้านความมั่นคงกับสิทธิของประชาชนในท้องถิ่น โดยศาลเห็นว่า การกำหนดเส้นทางของกำแพงพิพาทบางส่วนไม่ได้สัดส่วนกับการละเมิดสิทธิของประชาชนที่อาศัยอยู่ในชุมชนตามแนวกำแพง<sup>53</sup>

(3) ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ศาลได้อ้างถึงกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาทางทหารต้องกระทำการโดยคำนึงถึงเงื่อนไขสองประการอันได้แก่การประกันความมั่นคงของผู้ยึดครองดินแดนและสิทธิของประชาชนในท้องถิ่นของดินแดนที่ถูกยึดครอง กล่าวคือต้องคำนึงทั้งความจำเป็นทางทหารและการ

<sup>51</sup> Israel : High Court of Justice, “Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel,” Judgment, HCJ 2056/04, 30 June 2004, para. 23.

<sup>52</sup> *Ibid*, para. 27.

<sup>53</sup> *Ibid*, paras. 60 - 62.



คุ้มครองสิทธิของพลเรือน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นข้อพิจารณาทางมนุษยธรรมที่ผู้บังคับบัญชาทางทหารจำต้องคำนึงถึงด้วย<sup>54</sup>

(4) ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งยึดทรัพย์จำนวน 7 ฉบับจากจำนวน 8 ฉบับตามคำฟ้อง อันได้แก่คำสั่งยึดที่ดินตามแนวกำแพงเป็นระยะทาง 30 กิโลเมตรจากระยะทางของกำแพงพิพาททั้งสิ้น 40 กิโลเมตร โดยศาลให้เหตุผลว่าคำสั่งยึดที่ดินเหล่านั้นไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิของประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่อาศัยอยู่ในพื้นที่เหล่านั้น และให้เจ้าหน้าที่ทหารของอิสราเอลพิจารณากำหนดเส้นทางของแนวกำแพงใหม่ โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนที่ศาลได้วางหลักไว้ในคำพิพากษา โดยศาลให้เหตุผลว่ายังมีเส้นทางอื่นที่อาจใช้เพื่อสร้างกำแพงความมั่นคงและสามารถลดการละเมิดทางมนุษยธรรมได้<sup>55</sup>

### 2.3.3 คำพิพากษาของศาลสูงแห่งอิสราเอลในคดี *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel* ปี ค.ศ.2005

คดีนี้มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับเส้นทางของกำแพงทางตอนเหนือของเขตเวสต์แบงก์ แนวกำแพงในส่วนนี้อยู่ห่างจากแนวเส้น Green Line ไปทางทิศตะวันออก 4 กิโลเมตรและโอบล้อมพื้นที่อันเป็นที่ตั้งของนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองที่ชื่อ Alfei Menashe รวมถึงชุมชนชาวปาเลสไตน์จำนวน 5 แห่ง ทำให้พื้นที่ดังกล่าวมีลักษณะเป็นพื้นที่ปิดล้อม (enclave) และถูกตัดขาดจากพื้นที่ส่วนที่เหลือของเขตเวสต์แบงก์ ในขณะเดียวกันทางฝั่งตะวันตกของพื้นที่ปิดล้อมก็มีลักษณะเป็นทางเชื่อมต่อไปยังชายแดนของอิสราเอล<sup>56</sup> ซึ่งคดีนี้ศาลได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 15 กันยายน ค.ศ.2005 โดยวินิจฉัยว่าเส้นทางของกำแพงในส่วนนี้ละเมิดต่อสิทธิของผู้อยู่อาศัยชาวปาเลสไตน์ซึ่งชุมชนที่อยู่อาศัยต้องตกอยู่ภายในพื้นที่ปิดล้อมดังกล่าว ด้วยเหตุนี้กำแพงในส่วนนี้ต้องถูกรื้อถอนออกไปและต้องมีการพิจารณาทางเลือกอื่นรวมทั้งกำหนดเส้นทาง

<sup>54</sup> *Ibid*, para. 34.

<sup>55</sup> International Committee of the Red Cross, “National Implementation of IHL,” Accessed August 9, 2017, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/39a82e2ca42b52974125673e00508144/09d47365bd007706c12575c20046ec2a?openDocument>.

<sup>56</sup> Israel : High Court of Justice, “*Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*,” Judgment, HCJ 7957/04, 15 September 2005, paras.8-9.

ใหม่ของการกำหนดที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อยู่อาศัยในพื้นที่น้อยกว่าเส้นทางเดิม<sup>57</sup> ซึ่งเป็นการยืนยันตามหลักเดิมที่ศาลเคยวินิจฉัยไว้เมื่อปี ค.ศ.2004 อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่าผู้บังคับบัญชาทางทหารมีอำนาจก่อสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองรวมทั้งมีอำนาจออกคำสั่งยึดทรัพย์สินของชาวปาเลสไตน์เพื่อการก่อสร้างกำแพงด้วยเนื่องจากมีเหตุผลในเรื่องความจำเป็นทางทหารและความมั่นคงอันได้แก่การคุ้มครองสิทธิของชาวอิสราเอลที่เข้าไปตั้งถิ่นฐานในดินแดนที่ถูกยึดครอง ซึ่งคำวินิจฉัยในส่วนนี้ของศาลสูงแห่งอิสราเอลขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในความเห็นเชิงปรึกษาปี ค.ศ.2004 ที่เห็นว่าการสร้างกำแพงภายในดินแดนที่ถูกยึดครองทุกส่วนมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศาลสูงแห่งอิสราเอลให้เหตุผลว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงจากพยานหลักฐานที่ไม่สมบูรณ์เพียงพอ กล่าวคือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากรายงานของเลขาธิการแห่งสหประชาชาติและผู้เสนอรายงานพิเศษ (Special Rapporteur) เพียงฝ่ายเดียว ในขณะที่ศาลสูงแห่งอิสราเอลวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงที่เสนอโดยผู้ร้องชาวปาเลสไตน์และรัฐบาลอิสราเอลด้วย อีกทั้งยังได้อ้างถึงความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Thomas Buergenthal ในความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ออกเสียงคัดค้านคำวินิจฉัยส่วนใหญ่เนื่องจากท่านเห็นว่าศาลไม่ได้รับพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่สำคัญในคดีอันควรเป็นเหตุไม่ให้ศาลรับพิจารณาคดีนี้<sup>58</sup>

## 2.4 บทสรุป

ความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์นำไปสู่การยึดครองดินแดนของชาวปาเลสไตน์โดยอิสราเอลในระหว่างสงครามปี ค.ศ.1967 เหตุการณ์การยึดครองดินแดนในครั้งนั้นทำให้อิสราเอลมีฐานะเป็นรัฐผู้ใช้อำนาจยึดครอง (occupying power) และดินแดนปาเลสไตน์อันได้แก่ดินแดนเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซามีฐานะเป็นดินแดนที่ถูกยึดครอง (occupied territory) ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งความขัดแย้งระหว่างสองชนชาติได้ดำเนินเรื่อยมาตลอดระยะเวลาหลายปีมานี้ และแม้จะมีความพยายามในการเจรจาสันติภาพหลายครั้งซึ่งมีทั้งกลุ่มผู้เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย แต่ก็ไม่ได้ส่งผลให้เกิดความสงบสุขในดินแดนที่ถูกยึดครองอย่างแท้จริงและยังคงมีการปะทะระหว่างกันโดยใช้วิธีการโจมตีด้วยกำลังในรูปแบบต่างๆรวมทั้งการใช้ระเบิดพลีชีพจนกระทั่งในปี ค.ศ. 2002 อิสราเอลได้เริ่มต้นสร้างกำแพงความมั่นคงขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความ

<sup>57</sup> *ibid*, para. 116.

<sup>58</sup> *ibid*, p.66.

ปลอดภัยของชาวอิสราเอลและเพื่อป้องกันการโจมตีของผู้ก่อการร้ายรวมถึงมีระเบิดพลีชีพชาวปาเลสไตน์ ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อการสร้างกำแพงรวมทั้งมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสร้างกำแพงของอิสราเอลส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งยึดและทำลายทรัพย์สินของชาวปาเลสไตน์เพื่อการก่อสร้างกำแพง โดยเฉพาะที่ดินบ้านเรือน ที่อยู่อาศัย แหล่งประกอบอาชีพ และผลผลิตทางการเกษตรของชาวปาเลสไตน์ การออกมาตรการและข้อบังคับอันเข้มงวดสำหรับชาวปาเลสไตน์ในการผ่านเข้าออกกำแพง การกำหนดเส้นทางของกำแพงบางส่วนที่ตั้งอยู่บนดินแดนของชาวปาเลสไตน์และบางส่วนที่ส่งผลเป็นการปิดล้อมพื้นที่และตัดขาดชุมชนที่อยู่อาศัยหลายแห่งของชาวปาเลสไตน์ออกจากดินแดนที่ถูกยึดครองส่วนอื่น อีกทั้งยังมีการเข้ามาตั้งถิ่นฐานและนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง การกระทำเหล่านี้ของอิสราเอลกระทบต่อสิทธิต่างๆและการดำรงชีวิตของปาเลสไตน์อย่างร้ายแรง จึงเกิดเป็นประเด็นทางกฎหมายที่ว่า การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองนี้ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีความเห็นเชิงปริกษาในกรณีนี้เมื่อปี ค.ศ.2004 ตามคำร้องขอของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยศาลมีคำวินิจฉัยว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชน และมีคำสั่งให้อิสราเอลรื้อถอนกำแพงในส่วนที่ตั้งอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองออกไปและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายจากการสร้างกำแพงนั้น อย่างไรก็ตามความเห็นเชิงปริกษาไม่ได้มีสภาพบังคับดังเช่นคำพิพากษาและอิสราเอลไม่ต้องผูกพันต่อความเห็นเชิงปริกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในฐานะคู่ความ นอกจากนี้ ศาลภายในของอิสราเอลก็ได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงของอิสราเอลเช่นกัน โดยคำพิพากษาของศาลสูงแห่งอิสราเอลทั้งในปี ค.ศ.2004 และปี ค.ศ.2005 ต่างยืนยันหลักที่ว่า การกำหนดเส้นทางของกำแพงต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนของความจำเป็นทางทหารหรือความมั่นคงกับสิทธิของประชาชนที่อาศัยอยู่ในท้องถิ่น รวมไปถึงทางเลือกอื่นที่อาจกระทบต่อสิทธิของประชาชนน้อยที่สุดตามหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงแห่งอิสราเอลเห็นว่าอิสราเอลมีอำนาจสร้างกำแพงความมั่นคงบนดินแดนที่ถูกยึดครองหากมีเหตุผลทางด้านความมั่นคงหรือความจำเป็นทางทหาร และการพิจารณาประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงบนดินแดนที่ถูกยึดครองต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ส่วนประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ศาลสูงแห่งอิสราเอลวางหลักไว้แต่เพียงว่าผู้บังคับบัญชาทางทหารจำต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชนในท้องถิ่นด้วย

### บทที่ 3

## หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของ อิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง นอกจากจะมีที่มาจากสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีและตราสารระหว่างประเทศอย่างอื่นแล้ว ยังมีสิทธิมนุษยชนบางประเภทที่มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ซึ่งส่งผลให้พันธกรณีในการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนประเภทนั้นมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐ<sup>1</sup> รวมทั้งอิสราเอลให้ต้องปฏิบัติตามด้วย ยิ่งไปกว่านั้น สิทธิมนุษยชนบางประเภทยังมีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) อันไม่อาจเลี่ยงพันธกรณีได้แม้ในยามที่มีภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ<sup>2</sup> ในบทนี้ ผู้เขียนจะศึกษาหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ทั้งจากที่มาของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันได้แก่สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีรวมทั้งตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ และที่มาของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอันได้แก่จารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด รวมถึงพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนอันเกิดจากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเหล่านี้ โดยเลือกศึกษาเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชนที่ผู้เขียนเห็นว่าเกี่ยวข้องกับกรณีนี้อย่างชัดเจนที่สุดอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

<sup>1</sup> Theodor Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, (Oxford: Clarendon Press, 1989), p.80.

<sup>2</sup> Gillian D. Triggs, International Law: Contemporary Principles and Practices, (Australia: LexisNexis Butterworths, 2006), p.943.

### 3.1 ที่มาของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เป็นลายลักษณ์อักษร

#### 3.1.1 สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปัจจุบันอิสราเอลเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่สำคัญจำนวน 9 ฉบับ<sup>3</sup> อันได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR)<sup>4</sup>, กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR)<sup>5</sup>, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child หรือ CRC)<sup>6</sup>, พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict)<sup>7</sup>, พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)<sup>8</sup>, อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women หรือ CEDAW)<sup>9</sup>, อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination หรือ CERD)<sup>10</sup>, อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or

<sup>3</sup> UN High Commissioner for Human Rights, “Status of Ratification,” Accessed May 22, 2017, <http://indicators.ohchr.org>.

<sup>4</sup> อิสราเอลให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ.1991

<sup>5</sup> อิสราเอลให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ.1991

<sup>6</sup> อิสราเอลให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ.1991

<sup>7</sup> อิสราเอลให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ.2005

<sup>8</sup> อิสราเอลให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ.2008

<sup>9</sup> อิสราเอลได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ.1991

<sup>10</sup> อิสราเอลได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 3 มกราคม ค.ศ.1979

Punishment หรือ CAT)<sup>11</sup> และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities หรือ CRPD)<sup>12</sup> ซึ่งสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ได้กำหนดให้รัฐภาคีเช่นอิสราเอลต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา

### 3.1.2 กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ

กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) เป็นตราสารระหว่างประเทศเพื่อก่อตั้งองค์การสหประชาชาติที่ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ทางด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติไว้ในข้อ 1(2) และ (3) ว่า

“เพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติทั้งหลาย โดยยึดการเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิที่เท่าเทียมกันและการกำหนดเจตจำนงตนเองแห่งประชาชนทั้งหลายเป็นมูลฐาน และจะดำเนินมาตรการอื่นๆอันเหมาะสมเพื่อเสริมสร้างสันติภาพในระดับสากล” และ

“เพื่อให้บรรลุถึงความร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ปัญหาระหว่างประเทศ ทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมหรือมนุษยธรรม และในการส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและต่อเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา”

นอกจากนี้ กฎบัตรสหประชาชาติยังได้กำหนดถึงความรับผิดชอบ อำนาจ และหน้าที่ในการสนับสนุน ส่งเสริม และตรวจสอบการเคารพซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลให้แก่องค์กรต่างๆในสหประชาชาติรวมถึงสมาชิกสหประชาชาติด้วย<sup>13</sup> และแม้จะยังมีข้อถกเถียงกันถึงสถานะของตราสารนี้เป็นเพียงสนธิสัญญาพหุภาคีธรรมดาหรือมีสถานะที่เหนือกว่าสนธิสัญญาโดยทั่วไปแต่ไม่เทียบเท่าธรรมนูญระหว่างประเทศก็ตาม<sup>14</sup> อย่างไรก็ตาม กฎบัตรสหประชาชาติย่อมเสมอด้วยสนธิสัญญาแล้วเพราะได้มีการลงนามและให้สัตยาบันโดยรัฐสมาชิกอันเป็นลักษณะทั่วไปของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ<sup>15</sup> อีกทั้งในกฎบัตรสหประชาชาติเองก็มีบทบัญญัติ

<sup>11</sup> อิสราเอลได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ.1991

<sup>12</sup> อิสราเอลได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ.2012

<sup>13</sup> ข้อ 13, 55, 56, 62 และ 68 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

<sup>14</sup> ธนาสฤกษ์ สตะเวทิน และคนอื่นๆ, องค์การระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526), น.61.

<sup>15</sup> เฟิงอ้วง, น.62.

ถึงการให้สัตยาบันตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญของรัฐอีกด้วย<sup>16</sup> ดังนั้น อิสราเอลในฐานะสมาชิกแห่งองค์การสหประชาชาติ<sup>17</sup> ย่อมต้องผูกพันและปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งกฎบัตรสหประชาชาติด้วย

### 3.1.3 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) เป็นมาตรฐานร่วมกัน (a common standard) ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนสำหรับปัจเจกชนทุกคนและรัฐทุกรัฐ โดยปฏิญญาฉบับนี้ไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญา เนื่องจากไม่มีขั้นตอนของการเจรจา ลงนาม และให้สัตยาบันเหมือนเช่นการทำสนธิสัญญาทั่วไป<sup>18</sup> และเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาในปฏิญญาแล้ว มีลักษณะเป็นการกำหนดมาตรฐานร่วมกันอย่างกว้างๆ ในเรื่องการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และไม่มีบทบัญญัติในลักษณะที่กำหนดเป็นพันธกรณีให้รัฐต้องปฏิบัติ จึงอาจกล่าวได้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่มีสภาพบังคับในฐานะสนธิสัญญา

อย่างไรก็ตาม UDHR ได้บัญญัติรับรองหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานบางประการไว้เช่น การยืนยันถึงศักดิ์ศรีแต่กำเนิด , สิทธิที่เท่าเทียมกันและไม่อาจเพิกถอนได้ของมนุษย์ , หลักนิติธรรมในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน , หลักความเสมอภาค , การไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ , การยืนยันถึงสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ ความมั่นคงของบุคคล , สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพและสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมจากศาล , เสรีภาพจากการถูกแทรกแซงตามอำเภอใจในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสาร , เสรีภาพจากการถูกลบหลู่หมิ่นเกียรติยศและชื่อเสียง , เสรีภาพในการโยกย้าย , สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และเสรีภาพจากการถูกเอาทรัพย์สินของตนไปโดยอำเภอใจ , เสรีภาพในความคิด ความเชื่อ ศาสนา และการแสดงออกซึ่งความคิด เป็นต้น ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนเหล่านี้มีอิทธิพลต่อการร่างตราสารอื่นๆ

<sup>16</sup> ข้อ 110 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

<sup>17</sup> รัฐอิสราเอลเข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ.1949 ส่วนรัฐปาเลสไตน์โดยองค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ (Palestine Liberation Organization หรือ PLO) เป็นตัวแทน ได้รับสถานะรัฐผู้สังเกตการณ์ที่ไม่ใช่สมาชิก (Non-member Observer State) เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ.2012 ตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 67/19 โดยมีรัฐสมาชิกที่ให้คะแนนสนับสนุนรัฐปาเลสไตน์จำนวน 138 รัฐ และมีรัฐสมาชิกที่คัดค้านจำนวน 9 รัฐ ซึ่งส่วนหนึ่งของรัฐผู้คัดค้านคืออิสราเอลและสหรัฐอเมริกา

<sup>18</sup> กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น.44.

ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในภายหลังทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาค<sup>19</sup> อีกทั้งยังถือว่าเป็นคำแนะนำอันเชื่อถือได้ (authoritative guide) ในการตีความบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติ และยังถูกอ้างถึงในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหประชาชาติอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งผลทางกฎหมายโดยอ้อมเหล่านี้ของ UDHR เป็นสิ่งที่ไม่ควรถูกมองข้าม<sup>20</sup> อีกทั้งข้อบทย่างยิ่งถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไป<sup>21</sup> อันแสดงให้เห็นว่าหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏใน UDHR อาจมีผลผูกพันรัฐได้ในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาจากบริบทของสิทธิมนุษยชนในแต่ละสิทธิเป็นกรณีๆไป

### 3.2 ที่มาของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

#### 3.2.1 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) คือหลักฐานของแนวปฏิบัติทั่วไปที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายอันเป็นที่มาอย่างหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศตามบทบัญญัติข้อ 38(1)(b) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยหลักสิทธิมนุษยชนใดที่จะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะต้องปรากฏหลักฐานของแนวปฏิบัติทั่วไป

<sup>19</sup> เช่น ICCPR, ICESCR, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965; สนธิสัญญาในระดับภูมิภาค เช่น Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights), American Convention on Human Rights, African Charter on Human and Peoples' Rights, Arab Charter on Human Rights เป็นต้น

<sup>20</sup> Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 3<sup>rd</sup> ed., (Oxford: Claredon Press, 1979), p.571.

<sup>21</sup> Jaime Oraa, Human Rights in States of Emergency in International Law, (Oxford: Claredon Press, 1992), p.215 ; UN High Commissioner for Human Rights, "General Objectives of International Human Rights Treaties and their Application at the National Level," NGO manual on international and regional instruments concerning refugees and human rights, European Series, Vol. 4, No. 2, 1998/07, p.41.



(practice) ของรัฐ กล่าวคือมีแนวปฏิบัติเดียวกันซ้ำๆ เป็นระยะเวลาหนึ่ง<sup>22</sup> โดยมีองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (*opinio juris sive necessitatis*) คือความรู้สึกหรือความเชื่อมั่นว่าสิ่งที่ปฏิบัตินั้นเป็นพันธกรณีตามกฎหมาย<sup>23</sup> ซึ่งแนวปฏิบัติเช่นว่านี้ของรัฐอาจสังเกตได้จากการกระทำและคำแถลงของผู้แทนรัฐต่อองค์การระหว่างประเทศต่างๆ และการรับเอาหลักสิทธิมนุษยชนไปปฏิบัติโดยผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการภายในรัฐ<sup>24</sup> รวมไปถึงการตีความโดยศาลหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจตรวจสอบตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต่างๆ<sup>25</sup> ส่วนผลของการเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศคือหลักสิทธิมนุษยชนนั้นย่อมผูกพันรัฐทุกรัฐ ทั้งในกรณีที่จารีตประเพณีนั้นถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาแต่รัฐไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญา<sup>26</sup> และในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาแต่หลักสิทธิมนุษยชนนั้นมีฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

### 3.2.2 กฎหมายเด็ดขาด

หลักสิทธิมนุษยชนบางประเภทถูกจัดให้มีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (*peremptory norms* หรือ *jus cogens*) เนื่องจากถือว่าเป็นหลักสิทธิมนุษยชนที่จำเป็นอย่างที่สุด<sup>27</sup> อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาได้ให้คำนิยามของกฎหมายเด็ดขาดไว้ในข้อ 53 และ 64 ว่าหมายถึงบรรทัดฐาน (*norm*) ที่ได้รับการยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศแห่งรัฐโดยรวมว่าเป็นบรรทัดฐานที่ไม่อาจเล็งพันกรณีได้ และอาจเปลี่ยนแปลงได้ต่อเมื่อมีบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่เกิดขึ้นภายหลังและมีลักษณะอย่างเดียวกัน และหากมีแบบแผนใหม่อันเป็นกฎหมายเด็ดขาดเกิดขึ้น สนธิสัญญาที่มีอยู่ฉบับใดๆ อันขัดแย้งกับแบบแผนเช่นนั้น ให้เป็นอันใช้ไม่ได้และเป็นโมฆะ โดยหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดจะมีลักษณะและผล

<sup>22</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.98.

<sup>23</sup> Theodor Meron, *supra note 1*, pp.3, 79.

<sup>24</sup> *Ibid*, p.100.

<sup>25</sup> Gillian D. Triggs, *supra note 2*, pp.885-886.

<sup>26</sup> Theodor Meron, *supra note 1*, p.80.

<sup>27</sup> Ulrich Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequence," 27 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, p.526 (1967).

ทางกฎหมายที่พิเศษกว่าหลักสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

### 3.2.2.1 ลักษณะและผลทางกฎหมายของหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด

#### (1) เป็นพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป

พันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป (*obligatio erga omnes*) เป็นลักษณะที่เห็นได้จากกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด<sup>28</sup> หมายถึงพันธกรณีที่รัฐทุกรัฐมีส่วนได้เสีย และมีสิทธิที่จะโต้แย้งการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งอย่างใดเมื่อเกิดการละเมิดเช่นนั้นขึ้น ไม่ว่าจะผู้ถูกละเมิดจะมีสัญชาติของรัฐใดก็ตาม<sup>29</sup> หลักการนี้ได้รับการยืนยันว่าเป็นลักษณะของหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดโดยสภาขุนนางแห่งสหราชอาณาจักร (House of Lords) ที่ได้วางหลักไว้ในคดีเกี่ยวกับการออกหมายจับอดีตผู้นำเผด็จการของประเทศชิลี Augusto Pinochet ว่าข้อห้ามการทรมานมีลักษณะของกฎหมายเด็ดขาดหรือพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>30</sup> และโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี East Timor ระหว่างโปรตุเกสกับออสเตรเลียที่ศาลได้วางหลักไว้ว่าสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองเป็นสิทธิที่เกิดจากหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติและแนวปฏิบัติของสหประชาชาติ ซึ่งมีลักษณะเป็นพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) เป็นสิทธิที่ไม่มีข้อจำกัด (*irreproachable*) และเป็นหนึ่งในหลักการอันสำคัญยิ่งของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน<sup>31</sup> อย่างไรก็ตาม ในคดีเดียวกันนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักอีกว่าลักษณะพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไปของสิทธิมนุษยชนกับกฎเกณฑ์ในเรื่องการยอมรับอำนาจอศาลเป็นคนละกรณีกัน ไม่ว่าจะมีการกล่าวอ้างถึงสิทธิใดๆก็ตาม หรือแม้ประเด็นที่พิพาทกันอยู่จะเกี่ยวกับพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไปก็ตาม

<sup>28</sup> M. Cherif Bassiouni, “International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*,” *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, No.4, p.63 (Autumn 1996).

<sup>29</sup> Theodore Meron, “On the Hierarchy of International Human Rights,” *The American Journal of International Law*, Vol.80, No.1, p.11 (January 1986).

<sup>30</sup> House of Lords, “Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No.3) (2000),” 1 A.C. 147.

<sup>31</sup> ICJ Reports, “East Timor (Portugal v. Australia),” Judgment, 30 June 1995, p.29.

ศาลก็ไม่อาจบังคับให้รัฐกระทำการตามกฎหมายได้ หากปรากฏว่าคำพิพากษาเป็นการบังคับต่อรัฐอื่นที่ไม่ใช่คู่ความในคดี<sup>32</sup>

## (2) มีลำดับของกฎหมายในทางระหว่างประเทศที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

แม้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มาทั้งสามประเภทของกฎหมายอันได้แก่สนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป ต่างมีลำดับและสถานะในการบังคับใช้เท่ากัน กล่าวคือกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (no hierarchy of sources of International Law) ไม่เหมือนเช่นในกฎหมายภายใน เนื่องจากรัฐทั้งหลายไม่ได้ต้องการให้มีเงื่อนไขต่อการใช้อำนาจอธิปไตยโดยที่รัฐไม่ได้แสดงเจตนายอมรับโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย<sup>33</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายเด็ดขาดในหลักกฎหมายทั่วไปมีลำดับพิเศษในการบังคับทางกฎหมายอันเกิดจากจารีตประเพณี โดยกฎหมายเด็ดขาดเหล่านั้นไม่อาจใช้สิทธิเลียงตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ มิฉะนั้นมาตรการอันเป็นการเลียงพันธกรณีในกฎหมายเด็ดขาดจะถือว่าไม่มีผลและเป็นโมฆะ ดังนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าแบบแผนอันเป็นกฎหมายเด็ดขาดมีลำดับของกฎหมาย (hierarchy of rules) และสถานะที่เหนือกว่าที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสามประเภท<sup>34</sup> และในทำนองเดียวกัน หลักสิทธิมนุษยชนที่มีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดย่อมมีลำดับของกฎหมายสูงกว่าหลักสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป

หลักนี้ได้รับการยืนยันโดยคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวียในคดี Prosecutor v. Anto Furundzija ที่วางหลักไว้ว่าข้อห้ามการทรมานถือเป็นกฎหมายเด็ดขาดเนื่องจากความสำคัญในคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง กฎหมายนี้มีลำดับที่สูงกว่าสนธิสัญญาและแม้แต่จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งผลที่เด่นชัดที่สุดของการมีลำดับที่สูงกว่าทางกฎหมายคือกฎหมายเด็ดขาดไม่อาจถูกเลียงพันธกรณีผ่านทางสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณีพิเศษหรือของท้องถิ่น หรือแม้กระทั่งจารีตประเพณีทั่วไปก็ไม่มีสถานะในการบังคับทางกฎหมายที่

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Antonio Cassese, *International Law*, 2<sup>nd</sup> ed., (Oxford: Oxford University Press, 2005), p.198.

<sup>34</sup> Ibid.

เทียบเท่ากฎหมายเด็ดขาด<sup>35</sup> และเมื่อคำนึงถึงคุณค่าแห่งกฎหมายเด็ดขาดของข้อห้ามการทรมาน หากสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณีใดที่อนุญาตให้มีการทรมานได้ย่อมไม่มีผลและเป็นโมฆะมาตั้งแต่นั้น<sup>36</sup>

### (3) ไม่อาจมีการเลียงพันกรณีได้

กฎหมายระหว่างประเทศใดที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาดย่อมไม่อาจมีการเลียงพันกรณีได้ (non-derogable)<sup>37</sup> ไม่ว่าจะเป็นการเลียงพันกรณีตามสนธิสัญญาหรือโดยผ่านการสร้างหลักกฎหมายให้เป็นจารีตประเพณีก็ตาม<sup>38</sup> กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดก็เช่นกัน ดังนั้น แม้ในกรณีที่มีภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติและได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการภายในรัฐแล้ว ก็ไม่อาจมีการเลียงพันกรณีในสิทธิอันเป็นกฎหมายเด็ดขาดได้ และหากมีการเลียงพันกรณีตามกฎหมายเด็ดขาด มาตรการอันเป็นการเลียงพันกรณีเช่นนั้นย่อมไม่มีผลและเป็นโมฆะ<sup>39</sup> อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นกฎหมายเด็ดขาดบางประการไม่ถูกบัญญัติไว้เป็นสิทธิที่ไม่อาจเลียงพันกรณีได้ เช่นในบทบัญญัติข้อ 4(2) แห่ง ICCPR ที่ไม่ครอบคลุมไปถึงกฎหมายเด็ดขาดตามกฎหมายมนุษยธรรมในเรื่องข้อห้ามการจับตัวประกัน ข้อห้ามการลงโทษแบบเหมารวม หรือสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม<sup>40</sup> เป็นต้น

### (4) เป็นพันกรณีไม่อาจตั้งข้อสงวนได้

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีความเห็นว่าบทบัญญัติใน ICCPR ที่มีฐานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดเป็นบทบัญญัติที่รัฐภาคีไม่อาจตั้งข้อสงวนได้ อีกทั้งคณะกรรมการฯ ยังได้ยกตัวอย่างถึงหลักสิทธิมนุษยชนตาม ICCPR ที่มีลักษณะอันไม่อาจตั้งข้อสงวนได้อันได้แก่ ข้อห้ามเอาคนลงเป็นทาส ข้อห้ามการทรมาน ข้อห้ามการกระทำหรือการลงโทษโดยโหดร้ายทารุณ ไร้มนุษยธรรม หรืออ้ายศักดิ์ศรี ข้อห้ามการฆ่าผู้อื่นโดยอำเภอใจ ข้อห้ามการจับกุมหรือกักขังบุคคล

<sup>35</sup> International Tribunal for the former Yugoslavia (Trial Judgment), “Prosecutor v. Anto Furundzija,” 10 December 1998, IT-95-17/1-T, paras.147 and 153, para.153.

<sup>36</sup> *Ibid*, para.155.

<sup>37</sup> Gillian D. Triggs, *supra note 2*, p.943.

<sup>38</sup> Antonio Cassese, *supra note 33*.

<sup>39</sup> *Ibid*.

<sup>40</sup> Gillian D. Triggs, *supra note 2*, p.943.

โดยอำเภอใจ สิทธิแห่งเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด ข้อห้ามการประหารชีวิตสตรีมีครรภ์หรือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ข้อห้ามการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งชาติ เผ่าพันธุ์หรือศาสนา สิทธิในการสมรสของบุคคลซึ่งอยู่ในวัยที่อาจสมรสได้ สิทธิของชนกลุ่มน้อยที่จะมีวัฒนธรรมของตน ที่จะนับถือศาสนาของตน หรือใช้ภาษาของตน และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม<sup>41</sup> เป็นต้น

### 3.3 หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนอันเกี่ยวกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง มีที่มาจากทั้งกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันได้แก่สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี กฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงที่มาจากกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอันได้แก่จารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษาเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชนที่ผู้เขียนเห็นว่าเกี่ยวข้องกับกรณีนี้อย่างชัดเจนที่สุดอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

#### 3.3.1 สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย

หลักสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย (right to freedom of movement) ได้รับการรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศดังนี้

##### 3.3.1.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

<sup>41</sup> UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant,” 4 November 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, p.3.

ICCPR ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการโยกย้ายไว้ในข้อ 12 ว่า

- “1. บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ ภายในดินแดนของรัฐนั้น
2. บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีที่จะออกจากประเทศใดๆ รวมทั้งประเทศของตนได้
3. สิทธิดังกล่าวข้างต้นไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใดๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมายและที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และข้อจำกัดนั้นต้องสอดคล้องกับสิทธิอื่นๆที่ได้รับการรับรองไว้ในกติกา
4. บุคคลจะถูกกีดกันสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยอำเภอใจมิได้”

### 3.3.1.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

UDHR รับรองสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายไว้ในข้อ 13 ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการโยกย้ายและการอยู่อาศัยภายในพรมแดนของแต่ละรัฐ” และ “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะออกนอกประเทศใดๆรวมทั้งประเทศของตน และมีสิทธิที่จะกลับสู่ประเทศของตนได้”

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีความเห็นว่าเสรีภาพในการโยกย้ายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับบุคคลและเป็นสิทธิที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิอื่นๆที่ได้รับการรับรองไว้ใน ICCPR<sup>42</sup> โดยข้อจำกัดสิทธิเช่นว่านี้อาจมีได้ตามกฎหมาย (limitation) จะต้องไม่เป็นการทำให้เสื่อมซึ่งหลักการของเสรีภาพในการโยกย้าย และต้องเป็นไปตามเงื่อนไขในเรื่องความจำเป็นดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 12(3) รวมถึงเงื่อนไขในเรื่องความสอดคล้องกับสิทธิอื่นๆที่ได้รับการรับรองไว้ใน ICCPR ตามข้อ 12(4) ด้วย<sup>43</sup> นอกจากนี้ พันธกรณีในการเคารพสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายยังอาจถูกเลี้ยง

<sup>42</sup> UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement),” 2 November 1999, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para.1.

<sup>43</sup> *Ibid*, para.2.

พันธกรณีได้ (derogation) หากมีภาวะฉุกเฉินสาธารณะตามเงื่อนไขในบทบัญญัติข้อ 4 แห่ง ICCPR<sup>44</sup> อย่างไรก็ตาม อิสราเอลไม่ได้แจ้งรัฐภาคีอื่นให้ทราบถึงการเลียงพันธกรณีนี้ตามข้อ 4(3) แต่อย่างใด

### 3.3.2 สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

หลักสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (right to non-racial discrimination) ถูกรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศ จารีตประเพณี และกฎหมายเด็ดขาดดังต่อไปนี้

#### 3.3.2.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ICCPR บัญญัติรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไว้ในข้อ 2(1) ความว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตน ซึ่งสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกอย่างใดๆ อาทิเช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด” และในข้อ 26 ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันต่อบุคคลทั้งปวงซึ่งการคุ้มครองอย่างเสมอภาคและมีประสิทธิผลจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใดๆ อาทิเช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด”

<sup>44</sup> ข้อ 4 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง :

“1. ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐภาคีแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการเลียงพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินแห่งสถานการณ์ ทั้งนี้ มาตรการเช่นว่านั้นจะต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณีอื่นๆของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม

2. การเลียงพันธกรณีตามข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 (วรรค 1 และ 2) ข้อ 11 ข้อ 15 ข้อ 16 และข้อ 18 ไม่อาจทำได้ภายใต้บทบัญญัติแห่งข้อนี้

3. รัฐภาคีใดแห่งกติกานี้ที่ใช้สิทธิเลียงดังกล่าวต้องแจ้งรัฐภาคีอื่นแห่งกติกานี้โดยทันทีเพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติซึ่งตนได้เลียงและเหตุผลแห่งการเลียงดังกล่าว โดยให้เลขาธิการสหประชาชาติเป็นสื่อกลาง ให้มีการแจ้งโดยผ่านสื่อเดิมในวันที่รัฐนั้นยุติการเลียงดังกล่าว”

### 3.3.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ICESCR รับรองสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไว้ในข้อ 2(2) ว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้จะใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”

### 3.3.2.3 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

CRC บัญญัติรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติของเด็กไว้ในข้อ 2(1) ว่า “รัฐภาคีจะเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ โดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่นๆของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย”

### 3.3.2.4 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

หลักสิทธิมนุษยชนในเรื่องข้อห้ามการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเป็นแนวความคิดพื้นฐานและพัฒนาเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติ ดังที่ปรากฏในส่วนอารัมภบทของอนุสัญญาว่า “รัฐภาคีได้ประกาศตนที่จะร่วมกันดำเนินการโดยร่วมมือกับสหประชาชาติ ให้บรรลุถึงเจตนารมณ์ประการหนึ่งของสหประชาชาติในอันที่จะส่งเสริมและสนับสนุนความเคารพและนับถือในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทั้งหมด โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา” โดย CERD ได้นิยามความหมายของคำว่าเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไว้ในบทบัญญัติข้อ 1(1) ว่าหมายถึง “การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่นๆของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล”

### 3.3.2.5 กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ

กฎบัตรสหประชาชาติรับรองสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติไว้ในข้อ 55(c) ว่าสหประชาชาติจะส่งเสริม “การเคารพโดยสากล และการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและ



เสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา” และในข้อ 56 ที่กำหนดเป็นพันธกรณีแก่รัฐสมาชิกไว้ว่า “สมาชิกทั้งปวงให้คำมั่นว่าตนจะดำเนินการ โดยร่วมกันและโดยลำพัง ในการร่วมมือกับองค์การฯ เพื่อให้บรรลุความมุ่งประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อ 55”

### 3.3.2.6 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

UDHR ได้ยืนยันหลักการนี้ไว้ในข้อ 2 ว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ ทั้งปวงที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆ อาทิเช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นทางอื่น เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด ยิ่งไปกว่านั้น จะไม่มีความแตกต่างใดๆเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งสถานะทางการเมือง ทางการศึกษา หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัด ไม่ว่าจะเป็ดินแดนอันมีเอกราช อันอยู่ในความพิทักษ์ อันไม่ได้ปกครองตนเอง หรืออันอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทางอธิปไตยอย่างใดๆ” นอกจากนี้ สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติยังปรากฏอยู่ในข้อ 7 ของ UDHR ว่า “ทุกคนเสมอภาคตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใดๆอันเป็นการละเมิดต่อปฏิญญา และจากการส่งเสริมให้เลือกปฏิบัติดังกล่าว”

### 3.3.2.7 จารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเคยมีความเห็นว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) เป็นหลักการพื้นฐานและหลักการทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ<sup>45</sup> และได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเนื้อหาทางกฎหมายของจารีตประเพณีได้รับการพัฒนาผ่านการเจรจาเพื่อร่างเป็นตราสารระหว่างประเทศต่างๆ<sup>46</sup> ทั้งยังเป็นหลักการพื้นฐานของสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเฉพาะเรื่องที่สำคัญเช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ , อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ เป็นต้น

<sup>45</sup> UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination,” 10 November 1989, para.1.

<sup>46</sup> Gillian D. Triggs, *supra note 2*, p.916; นอกจากนี้ตัวอย่างที่กล่าวมาแล้วยังมีสนธิสัญญาที่รับรองข้อห้ามการเลือกปฏิบัติอีกหลายฉบับเช่น ข้อ 2 ของ African Charter on Human and Peoples' Rights; ข้อ 14 ของ European Convention on Human Rights เป็นต้น

ในส่วนของหลักข้อห้ามการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติได้รับการยืนยันจากประชาคมโลกหลายครั้ง ทั้งการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (individual right) และสิทธิแบบกลุ่ม (collective right)<sup>47</sup> ตัวอย่างเช่น การที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติยอมรับสนธิสัญญา International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid ในปี ค.ศ.1973 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่มีพื้นฐานมาจากความต้องการของสหประชาชาติในการต่อต้านนโยบายการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติของรัฐบาลแอฟริกาใต้หรือที่เรียกกันว่า “การแบ่งผิว” (Apartheid) โดยได้กำหนดให้การแบ่งผิวเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crime against humanity) และกำหนดให้ “การกระทำอันไร้มนุษยธรรมที่มาจากนโยบายและทางปฏิบัติของการแบ่งผิว รวมทั้งนโยบายและทางปฏิบัติอันคล้ายคลึงกันของการแบ่งแยกและการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ<sup>48</sup> เช่นเดียวกับในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดให้ “อาชญากรรมของการแบ่งผิว” เป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ<sup>49</sup>

คณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติอันเป็นองค์กรตรวจสอบการปฏิบัติตามอนุสัญญา CERD ได้ให้ข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 30 (General Recommendation 30) ในปี ค.ศ.2004 ว่าด้วยปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐ (non-citizens) โดยคณะกรรมการฯ ได้อ้างถึงคำแถลง Durban Declaration and Program of Action<sup>50</sup> ที่เคยยืนยันไว้เมื่อปี ค.ศ.2001 ว่าความรังเกียจและหวาดกลัวทางเชื้อชาติต่อกลุ่มบุคคลไร้สัญชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มผู้อพยพ ผู้ลี้ภัย และผู้แสวงหาที่หลบภัย ถือเป็นหนึ่งในสาเหตุหลักของการเหยียดเชื้อชาติในปัจจุบัน และการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อสมาชิกของกลุ่มบุคคลเหล่านั้นอันเกิดขึ้นในวงกว้าง

<sup>47</sup> Gillian D. Triggs, *supra note 2*, p.917.

<sup>48</sup> John Dugard, “Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid,” Accessed June 10, 2017, <http://legal.un.org/avl/ha/cspca/cspca.html>.

<sup>49</sup> Article 7 of Rome Statute of the International Criminal Court.

<sup>50</sup> คำแถลงโดยที่ประชุมระดับโลกว่าด้วยการต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติ การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ความหวาดกลัวทางเชื้อชาติ และการไม่ยอมรับอื่นๆที่เกี่ยวข้อง (World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance) ซึ่งจัดขึ้นในปี ค.ศ.2001 ที่เมือง Durban ประเทศแอฟริกาใต้ ตามข้อมติที่ 52/111 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยการประชุมครั้งนี้ถือเป็นความพยายามครั้งสำคัญของประชาคมโลกในการช่วยเหลือมนุษยจำนวนหลายล้านคนทั่วโลกซึ่งตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติและการไม่ยอมรับทางเชื้อชาติ

ถือเป็นส่วนหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ การปฏิบัติอันเป็นการรังเกียจและเหยียดเชื้อชาติ<sup>51</sup> อีกทั้งคณะกรรมการฯ ยังแสดงความกังวลถึงปัญหาในกลุ่มบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองและไม่มีหลักฐานแสดงตน และกลุ่มบุคคลที่ไม่สามารถขอสัญชาติของรัฐที่พวกเขาอยู่อาศัยได้ แม้จะได้อาศัยอยู่ในดินแดนนั้นมาตั้งแต่เกิดก็ตาม<sup>52</sup> และได้ยืนยันถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่ต้องออกกฎหมายและมาตรการบังคับเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่ไม่ใช่พลเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประกันว่ารัฐภาคีทั้งหลายจะไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุของความเป็นพลเมืองของรัฐหรือสัญชาติของบุคคล จะไม่จับกุมคุมขังบุคคลโดยอำเภอใจ และจะดำเนินการให้สภาพของศูนย์พักพิงผู้พวยพและผู้แสวงหาที่หลบภัยอยู่ในมาตรฐานระหว่างประเทศ<sup>53</sup> เป็นต้น

การยืนยันถึงข้อห้ามการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเหล่านี้ ทั้งในสนธิสัญญาหลายฉบับไม่ว่าจะเป็นระดับภูมิภาคและระหว่างประเทศ คำแถลงและการดำเนินงานในทางระหว่างประเทศขององค์กรต่างๆ รวมถึงในบรรดากฎหมายภายในและการดำเนินงานของฝ่ายบริหารภายในรัฐ เป็นเครื่องแสดงถึงหลักฐานของแนวปฏิบัติอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>54</sup> และเป็นการยอมรับว่าหลักสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเด็ดขาดด้วย<sup>55</sup>

### 3.3.3 สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง

หลักสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง (right to self-determination) ได้รับการรับรองไว้ทั้งในตราสารระหว่างประเทศ จารีตประเพณี และกฎหมายเด็ดขาด ดังต่อไปนี้

#### 3.3.3.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

<sup>51</sup> World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, “Durban Declaration and Programme of Action,” 2001, para.16 ; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, “General Recommendation 30 on Discrimination against non-citizens,” March 2004, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, pre-ample.

<sup>52</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, paras.13 and 19.

<sup>54</sup> John Dugard, *supra note 48* ; Gillian D. Triggs, *supra note 2*, p.917.

<sup>55</sup> Gillian D. Triggs, *Ibid.*

ข้อ 1(1) แห่ง ICCPR บัญญัติรับรองสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองไว้ว่า “ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง โดยอาศัยสิทธินั้น ประชาชนจะกำหนดสถานะทางการเมืองของตนอย่างเสรี และดำเนินการอย่างเสรีในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตน”

### 3.3.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ข้อ 1(1) แห่ง ICESCR บัญญัติรับรองสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองไว้ด้วยข้อความอย่างเดียวกันกับ ICCPR ว่า “ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดยอาศัยสิทธินั้น ประชาชนจะกำหนดสถานะทางการเมืองของตนอย่างเสรี และดำเนินการอย่างเสรีในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตน”

### 3.3.3.3 กฎบัตรสหประชาชาติ

การเคารพต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของบุคคลเป็นหนึ่งในความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติตามข้อ 1(2) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่จะดำเนินการ “เพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติทั้งหลาย โดยยึดการเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิอันเท่าเทียมกันและการกำหนดเจตจำนงของตนเองแห่งประชาชนทั้งหลายเป็นมูลฐาน และจะดำเนินการมาตรการอื่นๆอันเหมาะสมเพื่อส่งเสริมสันติภาพสากล” และเพื่ออนุวัติการตามความมุ่งประสงค์ดังกล่าว สมาชิกของสหประชาชาติ “จะต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลังต่อบุรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ” ทั้งนี้ตามข้อ 2(4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

### 3.3.3.4 จารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด

นอกจากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศข้างต้นแล้ว หลักสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองยังปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระดับภูมิภาคและตราสารอื่นๆเช่นใน Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act (Helsinki Final Act 1975) , บทบัญญัติข้อ 20(1) ของ African Charter on Human and Peoples' Rights และใน Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations เป็นต้น โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission หรือ ILC) ได้ให้ความเห็นต่อข้อบทที่ 50 ของร่างข้อบทว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาอันเป็นร่างข้อบทว่าด้วยสนธิสัญญาที่ขัดแย้งกับกฎหมายเด็ดขาดแห่งกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศว่าหลักการแห่งการกำหนดเจตจำนงตนเองอาจใช้

อ้างได้ว่าเป็นตัวอย่างของกฎหมายเด็ดขาด<sup>56</sup> เช่นเดียวกับ Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities ซึ่งยืนยันความเห็นที่ว่าสิทธิในการกำหนดเขตอำนาจตนเองมีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาดแล้ว<sup>57</sup> รวมถึงผู้เสนอรายงานพิเศษ Hector Gros Espiell<sup>58</sup> ที่เคยให้ความเห็นในทำนองเดียวกันไว้ว่าไม่มีใครสามารถโต้แย้งความจริงในทางระหว่างประเทศที่ว่าหลักการกำหนดเขตอำนาจของตนเองมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดแล้ว<sup>59</sup>

นอกจากนี้ พันธกรณีของรัฐในการเคารพต่อสิทธิในการกำหนดเขตอำนาจตนเองได้รับการยืนยันหลายครั้งโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่นในคดี East Timor ระหว่างโปรตุเกสกับออสเตรเลียที่ศาลได้วางหลักไว้ว่า สิทธิในการกำหนดเขตอำนาจตนเองเป็นสิทธิที่เกิดจากหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติและแนวปฏิบัติของสหประชาชาติ ซึ่งมีลักษณะเป็นพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) เป็นสิทธิที่ไม่มีข้อจำกัด (*irreproachable*) และเป็นหนึ่งในหลักการอันสำคัญยิ่งของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน<sup>60</sup> โดยศาลได้อ้างถึงคำวินิจฉัยของศาลในคดีก่อนที่ยืนยันถึงหลักการนี้และพันธกรณีของรัฐที่ต้องเคารพสิทธิในการกำหนดเขตอำนาจตนเองของบุคคลไว้ด้วย<sup>61</sup> เช่นเดียวกับความเห็นเชิงปรีกษาคติ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* ที่ศาลยืนยันว่ารัฐทุกรัฐมี

<sup>56</sup> International Law Commission, “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966,” *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.247.

<sup>57</sup> Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its thirty-first session (E/CN.4/1296), paras.163-172, อ้างใน Hector Gros Espiell, “The Right to Self-Determination: Implementation of United Nations Resolutions,” 1980, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, para.21.

<sup>58</sup> ผู้เสนอรายงานพิเศษของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยการป้องกันการเลือกปฏิบัติและการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย

<sup>59</sup> Hector Gros Espiell, *supra note 57*, para.74.

<sup>60</sup> ICJ Reports, *supra note 31*, p.29.

<sup>61</sup> ได้แก่ ความเห็นเชิงปรีกษาคติ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)* ปี ค.ศ.1970 และคดี *Western Sahara* ปี ค.ศ.1975

หน้าที่ต้องยุติการใช้อำนาจใดๆอันเป็นการพรากสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองไปจากประชาชน<sup>62</sup> และหลังจากพิจารณารายงานของเลขาธิการสหประชาชาติรวมถึงพยานหลักฐานแล้ว ศาลยังได้วินิจฉัยว่าการก่อสร้างกำแพงบนดินแดนที่ถูกยึดครองของชาวปาเลสไตน์นั้นขัดขวางการใช้สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของประชาชนชาวปาเลสไตน์อย่างรุนแรงอีกด้วย<sup>63</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการปลดปล่อยอาณานิคม (decolonization) สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองอาจถูกจำกัดภายใต้หลักการที่เรียกว่า *uti possidetis* กล่าวคือ หากเป็นกรณีรัฐที่เคยเป็นอาณานิคม ประชาชนจะไม่สามารถยกเลิกเส้นเขตแดนอันมีอยู่เดิมตั้งแต่สมัยยังเป็นอาณานิคมได้<sup>64</sup> ซึ่งหลักการนี้ได้รับการยืนยันโดยองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคดีในทางระหว่างประเทศ เช่นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Frontier Dispute ที่วางหลักไว้ในกรณีที่รัฐได้รับเอกราช จำเป็นต้องมีการปกป้องความเป็นเอกราชและความมั่นคงของรัฐใหม่ไม่ให้ได้รับอันตรายจากกลุ่มชนร่วมชาติผู้ไม่เห็นด้วยซึ่งได้โต้แย้งเส้นเขตแดนภายหลังจากการถอนกำลังของเจ้าอาณานิคมที่ใช้กำลังยึดครอง<sup>65</sup> เช่นเดียวกับหลักการที่ระบุไว้ใน Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples ซึ่งรับรองสิทธิในการแสดงเจตจำนงของประชาชน ในขณะเดียวกันก็รับรองการเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดน และส่งเสริมให้ดินแดนที่ทั้งปวงที่ยังไม่ได้รับเอกราชให้ได้รับเอกราชโดยไม่มีเงื่อนไขและข้อจำกัดใดๆ และหากมีความพยายามใดที่มุ่งประสงค์จะแบ่งแยกความเป็นหนึ่งเดียวของชาติหรือบูรณภาพทางดินแดนของประเทศ ไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมด ย่อมเป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์และหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>66</sup> อันเป็นหลักการเดียวกับที่ระบุไว้ใน Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States<sup>67</sup> ดังนั้นเมื่อมีเหตุเกี่ยวกับบูรณภาพแห่งดินแดน สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของประชาชนอาจถูกจำกัดได้ในกรณีที่มีการโต้แย้งเรื่องเส้น

<sup>62</sup> ICJ Reports, “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,” Advisory Opinion, 9 July 2004, para.88.

<sup>63</sup> *Ibid*, para.122.

<sup>64</sup> Gillian D. Triggs, *supra note 2*, p.159.

<sup>65</sup> ICJ Reports, “Frontier Dispute,” Judgment, 22 December 1986, para.20.

<sup>66</sup> UN General Assembly, “Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples,” 14 December 1960, A/RES/1514(XV).

<sup>67</sup> UN General Assembly, “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations,” 24 October 1970, A/RES/2625(XXV).

เขตแดนหรือบูรณภาพแห่งดินแดน แต่อย่างไรก็ดีในเอกสารฉบับหลังได้ระบุไว้ว่ารัฐอธิปไตยและรัฐเอกราชทั้งปวง เพื่อให้ได้รับการเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ จะต้องปฏิบัติตนให้เป็นไปตามหลักการแห่งสิทธิอันเสมอภาคและการกำหนดเจตจำนงตนเอง และต้องมีรัฐบาลที่เป็นตัวแทนของประชาชนทั้งปวงที่อยู่ในดินแดน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ความเชื่อหรือสีผิว<sup>68</sup>

ดังนั้น สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของบุคคลมีสถานะเป็นจารีตประเพณีอันเป็นกฎหมายเด็ดขาด ซึ่งอาจถูกจำกัดได้ในกรณีเดียวเท่านั้นคือกรณีที่มีประเด็นเรื่องบูรณภาพแห่งดินแดนเข้ามาเกี่ยวข้อง

### 3.3.4 สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา

หลักสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา (right to freedom of thought, conscience and religion) ได้รับการรับรองไว้ในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ทั้งในตราสารระหว่างประเทศ จารีตประเพณี และกฎหมายเด็ดขาด ดังต่อไปนี้

#### 3.3.4.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

บทบัญญัติข้อ 18 แห่ง ICCPR รับรองสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ไว้ว่า

“1. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้ย่อมรวมถึงเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของตนโดยการสักการบูชา การปฏิบัติ การประกอบพิธีกรรม และการสอน ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และไม่ว่าในที่สาธารณะหรือเป็นการส่วนบุคคล

2. บุคคลจะถูกบีบบังคับให้เสื่อมเสียเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือความเชื่อตามคตินิยมของตนมิได้

3. เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของบุคคลอาจอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อจำกัดเฉพาะที่บัญญัติโดยกฎหมาย และตามความจำเป็นเพื่อรักษาความ

<sup>68</sup> *Ibid.*

ปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นเท่านั้น

4. รัฐภาคีแห่งกติกาที่รับที่จะเคารพเสรีภาพของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ในการให้การศึกษาทางศาสนาและศีลธรรมแก่เด็กตามความเชื่อของตน”

### 3.3.4.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

UDHR รับรองสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ไว้ในข้อ 18 ว่า “ทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อของตน และเสรีภาพในการแสดงออกถึงศาสนาหรือความเชื่อของตน โดยการสอน การปฏิบัติ การสักการบูชา และการประกอบพิธีกรรม ไม่ว่าจะโดยลำพังตนเองหรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และในที่สาธารณะหรือที่ส่วนบุคคล”

### 3.3.4.3 จารัตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายเด็ดขาด

หลักสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ถูกพัฒนาไปเป็น Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief<sup>69</sup> ซึ่งได้กล่าวถึงศาสนาและความเชื่อของบุคคลที่ศรัทธาไว้ว่าเป็นหนึ่งในองค์ประกอบขั้นพื้นฐานของแนวทางการดำเนินชีวิตของบุคคล ซึ่งเสรีภาพในทางศาสนาและความเชื่อควรได้รับการเคารพและประกันอย่างเต็มที่<sup>70</sup> อีกทั้งผู้เสนอรายงานพิเศษในกรณีอิหร่านของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้กล่าวไว้ว่ามีแนวปฏิบัติอันยอมรับว่าสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา เป็นจารัตประเพณีระหว่างประเทศและมีลักษณะของกฎหมายเด็ดขาดด้วย<sup>71</sup> อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ Hurst Hannum ได้ให้ข้อสังเกตว่าการปิดกั้นเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ทั้งโดยกฎหมายและในทางปฏิบัติของบางศาสนาอาจทำให้

<sup>69</sup> ซึ่งรับรองและประกาศโดยข้อมติที่ 36/55 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ.1981

<sup>70</sup> General Assembly, “Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief,” 25 November 1981.

<sup>71</sup> Commission on Human Rights, “Preliminary Report by the Special Representative of the Commission, Mr. Andres Aguilar, appointed pursuant to resolution 1984/54, on the Human Rights Situation in the Islamic Republic of Iran,” 1 February 1985, UN Doc. E/CN.4/1985/20, para.14.



สถานะกฎหมายเด็ดขาดของสิทธิในเสรีภาพเหล่านี้มีปัญหาตามมา โดยเฉพาะในบางประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามเป็นหลักซึ่งมีกฎหมายศาสนาห้ามชาวมุสลิมเปลี่ยนศาสนา<sup>72</sup>

บทบัญญัติข้อ 4(2) แห่ง ICCPR กำหนดให้สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ตามข้อ 18 เป็นหนึ่งในสิทธิที่มีอาจเสี่ยงพันธกรณีได้แม้ในภาวะฉุกเฉิน สาธารณะอันคุกคามความอยู่รอดของชาติ อย่างไรก็ตาม การเป็นสิทธิอื่นไม่อาจเสี่ยงพันธกรณีได้ของข้อ 18 ไม่ได้หมายความว่าสิทธิเช่นว่านี้จะไม่ถูกจำกัดโดยทางอื่นๆในทุกรณี โดยข้อ 18(3) ได้กำหนดเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดสิทธิในส่วนของ “เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของบุคคล” ที่อาจถูกจำกัดได้เฉพาะที่บัญญัติโดยกฎหมาย และตามความจำเป็นเพื่อรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าในบางกรณี สิทธิที่ไม่อาจเสี่ยงพันธกรณีตามข้อ 4(2) อาจถูกเสี่ยงหรืออยู่ในภาวะเสี่ยงที่จะถูกเสี่ยงได้หากกฎหมายภายในของรัฐมีช่องโหว่<sup>73</sup> ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิส่วนอื่นๆตามข้อ 18 แห่ง ICCPR นอกจากเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของบุคคล อันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา เสรีภาพในการมีหรือไม่นับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน รวมทั้งเสรีภาพของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายในการให้การศึกษาทางศาสนาและศีลธรรมแก่เด็ก เป็นหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดซึ่งไม่อาจถูกเสี่ยงพันธกรณีได้แม้ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะและไม่อาจถูกจำกัดได้ไม่ว่าในกรณีใดๆ

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา เป็นหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่ผูกพันอิสราเอลทั้งให้ฐานะสนธิสัญญาที่อิสราเอลเป็นภาคีจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกฎหมายเด็ดขาดที่ไม่อาจเสี่ยงพันธกรณีได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิเช่นว่านี้อาจถูกจำกัดได้เฉพาะในเรื่องการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของบุคคลด้วยเงื่อนไขเฉพาะที่บัญญัติไว้ในข้อ 18(3) แห่ง ICCPR

<sup>72</sup> Hurst Hannum, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law,” Georgia Journal of International and Comparative Law, p.348 (1996).

<sup>73</sup> UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency,” 31 August 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para.7.

### 3.3.5 สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

หลักสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (right to fair trial) ถูกรับรองไว้ในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ทั้งในตราสารระหว่างประเทศและจารีตประเพณี ดังต่อไปนี้

#### 3.3.5.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

หลักสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมถูกบัญญัติไว้ในข้อ 14 แห่ง ICCPR ดังต่อไปนี้

“1. บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่ากระทำความผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ที่มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และมีความเป็นกลาง สื่อมวลชนและสาธารณชนอาจถูกห้ามเข้าฟังการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงของชาติในสังคมประชาธิปไตยหรือเพื่อความจำเป็นเกี่ยวกับส่วนได้เสียในเรื่องชีวิตส่วนตัวของคู่กรณี หรือในสภาพการณ์พิเศษซึ่งศาลเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่ง เมื่อการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้นอาจเป็นการเสื่อมเสียต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่คำพิพากษาในคดีอาญา หรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอื่นต้องเปิดเผย เว้นแต่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน หรือเป็นกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับข้อพิพาทของคู่สมรสในเรื่องการเป็นผู้ปกครองเด็ก

2. บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด

3. ในการพิจารณาคดีอาญา บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นต่อดังต่อไปนี้โดยเสมอภาค

(a) สิทธิที่จะได้รับแจ้งโดยพลันซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพและเหตุแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหาในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้

(b) สิทธิที่จะมีเวลาและได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดีและติดต่อกับทนายความที่ตนเลือกได้

(c) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้าเกินความจำเป็น

(d) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้าบุคคลนั้นและสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ตนเลือก สิทธิที่บุคคลจะได้รับแจ้งให้ทราบถึง

สิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายหากบุคคลนั้นไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ในกรณีใดๆเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งมีการแต่งตั้งให้โดยปราศจากค่าตอบแทนในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถรับภาระในการจ่ายค่าตอบแทน

(e) สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตนและขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมาซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน

(f) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากล่ามโดยไม่คิดมูลค่าหากไม่สามารถเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้

(g) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความเป็นปรปักษ์ต่อตนเองหรือให้รับสารภาพผิด

4. ในกรณีของบุคคลที่เป็นเด็กหรือเยาวชน วิธีพิจารณาความให้เป็นไปโดยคำนึงถึงอายุและความปรารถนาที่จะส่งเสริมการแก้ไขฟื้นฟูความประพฤติของบุคคลนั้น

5. บุคคลทุกคนที่ต้องคำพิพากษาลงโทษในความผิดอาญาย่อมมีสิทธิที่จะให้คณะตุลาการระดับเหนือขึ้นไปพิจารณาทบทวนการลงโทษและคำพิพากษาโดยเป็นไปตามกฎหมาย

6. เมื่อบุคคลใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษในความผิดอาญาและภายหลังจากนั้นมีการกลับคำพิพากษาที่ให้ลงโทษบุคคลนั้น หรือบุคคลนั้นได้รับอภัยโทษ โดยเหตุที่มีข้อเท็จจริงใหม่หรือมีข้อเท็จจริงที่ได้ค้นพบใหม่อันแสดงให้เห็นว่าได้มีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่มีขอบ บุคคลที่ได้รับความทุกข์อันเนื่องมาจากการลงโทษตามผลของคำพิพากษาลงโทษ เช่นว่านั้นต้องได้รับการชดเชยตามกฎหมาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ยังไม่รู้ให้ทันเวลาเกิดจากบุคคลนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน

7. บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำในความผิดซึ่งบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษหรือให้ปล่อยตัวแล้วตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ”

### 3.3.5.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

UDHR ได้รับรองสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมไว้ในข้อ 10 ว่า “ทุกคนมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในอันที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียง ในการพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของตนและคดีอาญาซึ่งตนต้องทำว่ากระทำผิด” และข้อ 11 ว่า

“(1) ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดทางอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาคดีที่เปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันที่จำเป็นทั้งปวงสำหรับการต่อสู้คดี

(2) บุคคลใดจะถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาใด อันเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นกระทำใด อันมิได้ถือว่าเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายแห่งชาติหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ได้กระทำการนั้นไม่ได้ และจะกำหนดโทษที่หนักกว่าที่บังคับใช้ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้”

### 3.3.5.3 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีความเห็นว่าบทบัญญัติข้อ 14 แห่ง ICCPR มีพื้นฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณี<sup>74</sup> โดยได้พยายามวางหลักและอธิบายบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมผ่านการดำเนินงานของคณะกรรมการฯ ในหลายกรณี เช่น สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จะต้องปราศจากการแทรกแซงของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะต้องหลีกเลี่ยงการตัดสินล่วงหน้าถึงผลของคดี ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่รัฐแถลงต่อสื่อว่าผู้ต้องหาเป็นฆาตกรจึงละเมิดสิทธิของผู้ต้องหาตามข้อ 14(2) แห่ง IC-CPR<sup>75</sup>, ข้ออ้างว่าศาลไม่อาจควบคุมบรรยากาศของความขัดแย้งและแรงกดดันจากสาธารณะในห้องพิจารณาได้ ไม่อาจใช้เป็นเหตุผลเพื่อปฏิเสธสิทธิของผู้ต้องหาที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยตามข้อ 14(1) ได้<sup>76</sup>, การที่ผู้ต้องสงสัยไม่อาจเข้าถึงทนายความตามที่เขาร้องขอทันทีหลังจากถูกจับกุม ถูกสอบสวนหรือตั้งคำถามใดๆ ขณะที่เขาไม่มีทนายความและไม่ได้ปรึกษากับทนายความตามที่ร้องขอ เป็นการละเมิดสิทธิตามข้อ 14(3)(b)<sup>77</sup>, สิทธิในการปรึกษาทนายความหมายถึงผู้ต้องหาต้องสามารถติดต่อกับทนายความอย่างเป็นความลับซึ่งต้องได้รับการเคารพอย่างเต็มที่ และทนายความต้องสามารถให้คำปรึกษาและต่อสู้คดีเพื่อลูกความของเขาตามมาตรฐานวิชาชีพโดย

<sup>74</sup> UN Human Rights Committee, “General comment no.32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial,” 23 August 2007, UN Doc. CCPR/C/GC/32, para.24.

<sup>75</sup> UN Human Rights Committee, “Mr. Dimitry L. Gridin v. Russian Federation,” Communication No. 770, UN Doc. CCPR/C/69/D/770/1997 (2000), para.8.3.

<sup>76</sup> *Ibid*, para.8.2.

<sup>77</sup> *Ibid*, para.8.5 ; UN Human Rights Committee, “Dave Marais, Jr. v. Madagascar,” Communication No. 49/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/2 at 82 (1990), para.19.

ปราศจากข้อจำกัด อิทธิพล แรงกดดันหรือการแทรกแซงใดๆจากทุกฝ่าย<sup>78</sup>, สิทธิที่จะมีเวลาและได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี หมายความว่ารวมถึงสิทธิในการเข้าถึงเอกสารและพยานหลักฐานอื่นซึ่งผู้ต้องหาเรียกร้องเพื่อเตรียมต่อสู้คดี และเวลาที่เพียงพอขึ้นกับสภาพการณ์ของแต่ละกรณี<sup>79</sup> แต่หากเวลาเตรียมการต่อสู้คดีไม่เพียงพอ หมายความว่าหน้าที่ที่จะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อเลื่อนการพิจารณา หากนายความไม่ได้ร้องขอไว้และศาลพิจารณาคดีต่อไปให้ถือว่ารัฐภาคีไม่ได้ละเมิดพันธกรณีข้อ 14(3)(b)<sup>80</sup>, โทษประหารชีวิตจะละเมิดสิทธิในการมีชีวิตตามข้อ 6 แห่ง ICCPR ต่อเมื่อผู้ต้องหาถูกละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามข้อ 14 อันส่งผลให้การพิพากษาประหารชีวิตโดยศาลนั้นมีข้อขัดแย้ง<sup>81</sup>, สิทธิที่จะต่อสู้คดีผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายตามข้อ 14(3)(d) หมายถึงผู้ต้องหาที่มีสิทธิเลือกนายความเอง ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้เลือกให้จากรายชื่อที่นายความของศาล<sup>82</sup>, สิทธิที่จะมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายโดยปราศจากค่าตอบแทน ไม่รวมถึงในคดีเล็กๆเช่นคดีอาญาธรรมดาที่มีเพียงโทษปรับเล็กน้อยเท่านั้น<sup>83</sup> เป็นต้น

นอกจากนี้ หน่วยงาน Counter-Terrorism Implementation Task Force (CTITF) ของสหประชาชาติยังได้ให้ความเห็นถึงบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมในข้อ 14 รวมถึงข้อห้ามในการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังตามข้อ 15 แห่ง ICCPR ว่าเป็นบทบัญญัติที่รับรองว่าการดำเนินคดีตามกฎหมายจะเป็นไปโดยที่ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม และมีความเท่าเทียมในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ (equality of arms)

<sup>78</sup> UN Human Rights Committee, “General Comment 13 on Article 14: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies,” UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14 (1994), para.9.

<sup>79</sup> *Ibid* ; UN Human Rights Committee, “Wright v. Jamaica,” Communication No. 349/1989, UN Doc. CCPR/C/45/D/349/1989 (1992), para.8.4.

<sup>80</sup> *Ibid*.

<sup>81</sup> *Ibid*, para.8.7.

<sup>82</sup> UN Human Rights Committee, “Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay,” Communication No. R.12/52, UN Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 176 (1981), paras.7.4, 11.5.

<sup>83</sup> UN Human Rights Committee, “Communication No. 158/1983; O.F. v. Norway (1984),” Selected Decisions of the Human Rights Committee, vol.2, UN Doc. CCPR/C/OP/2, p.46.

เช่นเดียวกับมาตรฐานและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>84</sup> โดยองค์ประกอบหลายประการของสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามบทบัญญัติแห่ง ICCPR ถูกพบอยู่ในแบบแผนของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน และสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ รวมไปถึงสนธิสัญญาว่าด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และกฎหมายว่าการต่อต้านผู้ก่อการร้ายด้วย<sup>85</sup>

ในทำนองเดียวกัน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันบังคับใช้ในยามสงครามก็มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในการพิจารณาคดีให้แก่นักโทษสงครามและพลเรือนที่ถูกจับกุมคุมขังในความผิดทางอาญา เช่น ข้อห้ามในการลงโทษประหารชีวิตโดยปราศจากคำพิพากษาล่วงหน้าซึ่งประกาศโดยศาลยุติธรรมปกติ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สะท้อนถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>86</sup> และแสดงให้เห็นว่าสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยังคงได้รับการคุ้มครองในยามที่มีภาวะขัดกันทางอาวุธ และการปฏิเสธสิทธิเช่นนั้นอาจถือเป็นอาชญากรรมสงคราม (war crime) ได้ในบางกรณี<sup>87</sup>

อย่างไรก็ดี แม้จะมีความเห็นจากหลายฝ่ายว่าสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมมีฐานะเป็นจารีตประเพณีแล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติข้อ 4(2) แห่ง ICCPR อันเป็นบทบัญญัติถึงสิทธิอันไม่อาจเลี่ยงพ้นกรณีได้ ไม่ได้กำหนดให้สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามข้อ 14 เป็นสิทธิอันมีอาจเลี่ยงพ้นกรณีได้ ดังนั้น สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมจึงอาจถูกเลี่ยงพ้นกรณีได้หากมีภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติและรัฐได้ประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้วตามความในข้อ 4(1) แห่ง ICCPR อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้วางแนวปฏิบัติต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมไว้ไม่ให้ถูกเลี่ยงพ้นกรณีได้ในกรณีที่มาตราการอันเป็นการเลี่ยงกรณีนั้นมีขึ้นเพื่อเลี่ยงการคุ้มครองสิทธิอื่นอันไม่อาจเลี่ยงพ้นกรณีได้ เช่น สิทธิในการมีชีวิตซึ่งไม่อาจเลี่ยงพ้นกรณีได้ในทุกกรณี และหากมีการพิจารณาคดีอาญาที่มีโทษประหารชีวิตในภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐ เช่นนี้การพิจารณาคดีจะต้องเป็นไป

<sup>84</sup> Counter-Terrorism Implementation Task Force (CTITF), Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism, (New York: UN Department of Political Affairs, 2015), p.4.

<sup>85</sup> *Ibid*, p.7.

<sup>86</sup> Inter-American Commission on Human Rights, “Report on Terrorism and Human Rights,” 22 October 2002, OEA/Ser.L/V/II.116. Doc.5 rev.1 corr., paras.257-259.

<sup>87</sup> Counter-Terrorism Implementation Task Force (CTITF), *supra note 84*, p.8.

ตามบทบัญญัติของ ICCPR ทุกประการรวมไปถึงข้อ 14 ด้วยและไม่อาจใช้สิทธิการเลี่ยงพันธกรณีตามข้อ 4 ได้<sup>88</sup> อีกทั้งในกรณีที่อาจเลี่ยงพันธกรณีจากข้อ 14 ได้ ต้องนำเอาหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติธรรม (rule of law) มาใช้โดยต้องเคารพต่อพื้นฐานของสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม กล่าวคือ ต้องเป็นศาลตามกฎหมายเท่านั้นที่จะพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของบุคคลได้ ต้องเคารพต่อสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์เสมอ ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลโดยไม่ชักช้า และการคุ้มครองตัวบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องไม่ถูกลดทอนลงด้วยการเลี่ยงพันธกรณี ในขณะที่หากมีการขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้น สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่อาจถูกเลี่ยงพันธกรณีไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ<sup>89</sup>

### 3.3.6 สิทธิในความเป็นส่วนตัว

หลักสิทธิในความเป็นส่วนตัว (right to privacy) ถูกรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

#### 3.3.6.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ICCPR รับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้ในข้อ 17 ว่า

“1. บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยอำเภอใจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้

2. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือกลบหลู่เช่นนั้น”

#### 3.3.6.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

UDHR รับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้ในข้อ 12 ว่า “บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสาร หรือจะถูกกลบหลู่เกียรติยศและชื่อเสียงมิได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย ต่อการแทรกแซงสิทธิหรือการกลบหลู่ดังกล่าวนี้”

<sup>88</sup> UN Human Rights Committee, *supra note 63*, paras.6 and 59.

<sup>89</sup> UN Secretary-General, “Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism,” 6 August 2008, UN Doc. A/63/223, para.12.

### 3.3.7 สิทธิในการทำงาน

หลักสิทธิในการทำงาน (right to work) ถูกรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

#### 3.3.7.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ICESCR รับรองสิทธิในการทำงานไว้ในบทบัญญัติข้อ 6 ว่า

“1. รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรี และจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมในการปกป้องสิทธินี้

2. ขั้นตอนซึ่งรัฐภาคีแห่งกติกานี้จะต้องดำเนินเพื่อให้บรรลุผลในการทำให้สิทธินี้เป็นจริงอย่างบริบูรณ์ จะต้องรวมถึงการให้คำแนะนำทางเทคนิคและวิชาชีพและโครงการฝึกอบรม นโยบายและเทคนิคที่จะทำให้บรรลุผลในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างสม่ำเสมอ และการจ้างงานอย่างบริบูรณ์และเป็นประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขทั้งหลายที่เป็นการปกป้องเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางการเมืองและทางเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคล”

#### 3.3.7.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

UDHR รับรองสิทธิในการทำงานไว้ในข้อ 23(1) ว่า “ทุกคนมีสิทธิในการทำงาน ในการเลือกงานโดยอิสระ ในเงื่อนไขที่ยุติธรรมและเอื้ออำนวยต่อการทำงาน และในการคุ้มครองต่อการว่างงาน”

### 3.3.8 สิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

หลักสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ (right to an adequate standard of living) ถูกรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

#### 3.3.8.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ICESCR รับรองสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอไว้ในข้อ 11(1) ว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคนในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับตนเองและครอบครัว ซึ่งรวมถึงอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่อยู่อาศัยที่เพียงพอ และสภาพการครองชีพที่ดีขึ้นอย่างต่อเนื่อง รัฐภาคีจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อประกันการทำให้สิทธินี้เป็นจริง โดยรับรองความสำคัญอย่างแท้จริงของความร่วมมือระหว่างประเทศบนพื้นฐานของความยินยอมโดยเสรี”



### 3.3.8.2 อนุสัญญาสิทธิเด็ก

CRC รับรองสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับเด็กไว้ในข้อ 27(1) ว่า “รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กทุกคน ในอันที่จะได้รับมาตรฐานของการดำรงชีวิตที่เพียงพอสำหรับการพัฒนาด้านร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคมของเด็ก”

### 3.3.8.3 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

UDHR รับรองสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอไว้ในข้อ 25(1) ว่า “ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับสุขภาพและความอยู่ดีของตนและของครอบครัว รวมทั้งอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และการดูแลรักษาทางการแพทย์ และบริการสังคมที่จำเป็น และมีสิทธิในหลักประกันว่างงาน เจ็บป่วย พิการ หมาย ภัยพิบัติ หรือปราศจากการดำรงชีพในสภาวะแวดล้อมนอกเหนือการควบคุมของตน”

## 3.4 บทสรุป

หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง มีที่มาจากสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี จากตราสารระหว่างประเทศอย่างอื่นอันได้แก่กฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้หลักสิทธิมนุษยชนบางประการยังมีที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐทุกรัฐ และยิ่งไปกว่านั้นคือจากหลักสิทธิมนุษยชนที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาดซึ่งไม่สามารถเลี่ยงพ้นกรณีได้แม้ในยามที่มีภาวะฉุกเฉินสาธารณะ หลักสิทธิมนุษยชนเหล่านี้กำหนดพันธกรณีให้อิสราเอลต้องเคารพและปฏิบัติตามทั้งในฐานะที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาและในกรณีที่สิทธิมนุษยชนเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐด้วย โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษาเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจนกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองจำนวน 8 หลักอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ ซึ่งในจำนวนนี้มีหลักสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ หลักสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง และหลักสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ที่เป็นทั้งหลักสิทธิมนุษยชนอันได้รับการรับรองไว้ใน

สนธิสัญญา เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และยังมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจละเมิดได้อีกด้วย

ในภาคสอง ผู้เขียนได้ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ โดยจะแบ่งปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวเป็นสองประเด็นใหญ่ อันได้แก่ ประเด็นขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีนี้ซึ่งจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ในบทที่ 4 และประเด็นความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีนี้ซึ่งจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ในบทที่ 5





ภาคสอง

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ  
ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

## บทที่ 4

### ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์

อิสราเอลมีความผูกพันต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ทั้งต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ 9 ฉบับที่อิสราเอลเข้าเป็นภาคี ต่อตราสารระหว่างประเทศที่บัญญัติรับรองหลักสิทธิมนุษยชนไว้อันได้แก่กฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และต่อจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รับรองหลักสิทธิมนุษยชนบางประการอันมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐให้ต้องเคารพและปฏิบัติตาม ยิ่งไปกว่านั้น หลักสิทธิมนุษยชนที่สำคัญบางประเภทยังมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดที่ไม่อาจละเมิดและไม่อาจเลี่ยงพันธกรณีได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง อิสราเอลได้ยกข้ออ้างและข้อต่อสู้หลายประการเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่อกรณีการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง โดยบางข้ออ้างที่อิสราเอลใช้ต่อสู้นั้นเป็นการประกาศมาตั้งแต่การก่อตั้งรัฐอิสราเอลในปี ค.ศ.1948 เลยทีเดียว จึงมีประเด็นว่าในปัจจุบันกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์หรือไม่ โดยผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายนี้ ออกเป็น 4 ประเด็นย่อยอันได้แก่ ประเด็นแรกคือประเด็นการตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี ส่วนอีก 3 ประเด็นสุดท้ายคือข้อต่อสู้ที่อิสราเอลใช้อ้างเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายอันได้แก่ ประเด็นการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในยามสงคราม ประเด็นการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่มีเชื้อพลเมืองของรัฐภาคี และประเด็นเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้านสิทธิมนุษยชนแก่องค์การบริหารปาเลสไตน์ (Palestinian National Authority หรือ PA)

## 4.1 การตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

### 4.1.1 การตั้งข้อสงวนของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

อิสราเอลได้ตั้งข้อสงวน (reservation) บางประการไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนบางฉบับที่อิสราเอลเป็นภาคี โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้ให้คำนิยามของข้อสงวนไว้ว่าเป็นถ้อยแถลงฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะใช้ถ้อยคำหรือเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม ซึ่งรัฐได้กระทำขณะที่มีการลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ รับรอง หรือทำภาคยานุวัติต่อสนธิสัญญา โดยถ้อยแถลงนี้เป็นการแสดงเจตนาที่จะกันตนเองออก (exclude) หรือเปลี่ยนแปลง (modify) ผลทางกฎหมายของบทบัญญัติบางประการของสนธิสัญญาในส่วนของ การบังคับใช้กับรัฐนั้น<sup>1</sup> นอกจากนี้อิสราเอลยังได้ทำคำแถลงตีความ (declaration)<sup>2</sup> ไว้ต่อสนธิสัญญาบางฉบับ ซึ่งคำแถลงตีความเหล่านี้เป็นถ้อยแถลงฝ่ายเดียวซึ่งทำขึ้นโดยรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ เกี่ยวกับความหมายหรือขอบเขตของบทบัญญัติบางประการในสนธิสัญญา อันอาจนำมาประกอบการตีความสนธิสัญญาภายใต้หลักสุจริต (good faith) แต่ไม่ได้มีผลโดยตรงหรือผลผูกพันตามกฎหมายด้วยตัวมันเอง โดยคำแถลงตีความเช่นนี้อาจจำแนกได้ 2 ประเภท ได้แก่ 1) คำแถลงตีความเพียงอย่างเดียว (mere interpretative declaration) ซึ่งเป็นคำแถลงตีความที่รัฐได้แนบมากับตราสารรับรองเพื่อแถลงประกอบการตีความส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของสนธิสัญญา และ 2) คำแถลงตีความเพื่อขยายความ (qualified interpretative declaration) ซึ่งเป็นคำแถลงตีความที่รัฐทำขึ้นในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขว่ารัฐจะให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติต่อสนธิสัญญาต่อเมื่อเนื้อหาในสนธิสัญญานั้นหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสนธิสัญญาเป็นไปตามการตีความหรือความเข้าใจของรัฐ ซึ่งคำแถลงในลักษณะเช่นนี้มีลักษณะคล้ายการทำข้อสงวน<sup>3</sup> โดยอิสราเอลได้ตั้งข้อสงวนและทำคำแถลงตีความต่อสนธิสัญญาว่าสิทธิมนุษยชนไว้ดังต่อไปนี้

#### 4.1.1.1 ข้อสงวนต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมือง

<sup>1</sup> ข้อ 2(1)(d) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

<sup>2</sup> ถ้อยแถลงคำแปลจากเว็บไซต์ของกรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, <http://humanrights.mfa.go.th>; บางแหล่งข้อมูลใช้คำว่า interpretative declaration

<sup>3</sup> Alain Pellet, "Third Report on Reservations to Treaties," UN Doc. A/CN.4/491 and Add.1-6, *Yearbook of the International Law Commission 1998*, Vol.II Part one, p.271 paras.301, 305-307.

อิสราเอลได้ตั้งข้อสงวนต่อ ICCPR<sup>4</sup> ไว้ว่า “ต่อทบัญญัติในข้อ 23 แห่งกติกา นี้ และบทบัญญัติอื่นใดที่อาจเกี่ยวเนื่องกับข้อสงวนนี้ เรื่องของสถานะบุคคลในอิสราเอลต้องเป็นไปตามกฎหมายศาสนาแห่งรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง” และ “ในส่วนที่กฎหมายเช่นว่านั้นขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีของรัฐภายใต้กติกา นี้ อิสราเอลขอสงวนสิทธิเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายเช่นว่านั้น”

#### 4.1.1.2 คำแถลงต่อพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ

อิสราเอลได้ทำคำแถลงต่อพิธีสารเลือกรับ<sup>5</sup> ฉบับนี้ไว้ดังนี้

“รัฐบาลแห่งรัฐอิสราเอลขอแถลงตามความในข้อ 3(2) แห่งพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธว่า

(a) เกณฑ์อายุอย่างต่ำซึ่งรัฐอิสราเอลอนุญาตให้บุคคลเข้ารับการศึกษาโดยสมัครใจเพื่อเข้าร่วมกองทัพคือ 17 ปี ตามมาตรา 14 แห่งกฎหมายกองทัพ (defense service law)

(b) รัฐบาลแห่งรัฐอิสราเอลจะรักษาไว้ซึ่งมาตรการป้องกันที่จะกล่าวต่อไปนี้ อันเกี่ยวกับการคัดเลือกบุคคลเข้าเป็นทหารโดยสมัครใจในกองทัพ เพื่อประกันว่าการคัดเลือกบุคคลเช่นว่านั้นจะไม่เกิดจากการบังคับหรือข่มขู่ :

1. ตามหมวด 14 แห่งกฎหมายกองทัพ ห้ามมิให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีสมัครเข้าเป็นทหารในกองทัพอิสราเอล โดยไม่มีใบสมัครเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งถูกยื่นโดยผู้สมัครเองและหนังสือให้ความยินยอมของบิดามารดาหรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้สมัคร อย่างไรก็ตาม หากมีความยากลำบากอย่างมากในการติดต่อบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะมีเพียงหนังสือให้ความยินยอมจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ และ

<sup>4</sup> UN Treaty Section, “International Covenant on Civil and Political Rights” Accessed May 22, 2017, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en).

<sup>5</sup> UN Treaty Section, “Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict” Accessed May 22, 2017, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=_en).

2. ต้องจัดให้มีคำอธิบายที่ชัดเจนและถูกต้องของลักษณะของหน้าที่อันเกี่ยวข้องในกองทัพให้แก่ทั้งผู้สมัครและบิดามารดาหรือผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้สมัคร และ

3. ก่อนที่จะรับบุคคลใดเข้าสู่กองกำลังอิสราเอล จะต้องมีการยื่นหลักฐานที่เชื่อถือได้ในเรื่องอายุให้แก่สำนักทะเบียนราษฎรแห่งชาติของกระทรวงมหาดไทย

4. กองกำลังอิสราเอล (IDF) มีโครงการระยะยาวหลายโครงการที่ผู้เข้าร่วมอาจเข้ารับการอบรมทางวิชาการหรือทางด้านศาสนายิว หรือทำงานอาสาสมัคร ก่อนที่จะเริ่มต้นงานด้านการทหารอย่างแท้จริง โครงการเหล่านี้เปิดรับสมัครสำหรับบุคคลที่มีอายุ 17 ปี เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดการ ผู้เข้าร่วมเหล่านี้ต้องผ่านการคัดเลือกทางด้านการจัดการเพื่อเข้ากองกำลังเป็นเวลาหนึ่งวัน เมื่อผ่านการคัดสรรทางด้านการจัดการแล้ว ผู้เข้าร่วมจึงจะหมดภาระและสมัครเข้าโครงการที่เลือกได้

5. บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งได้สมัครเข้ามาตามวิธีใดวิธีหนึ่งดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่พลรบได้โดยไม่มีเงื่อนไข”

#### 4.1.1.3 ข้อสงวนและคำแถลงตีความต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

อิสราเอลได้ตั้งข้อสงวนต่อ CEDAW<sup>6</sup> ไว้ 2 ข้อ ดังนี้

ข้อ 1 “รัฐอิสราเอลขอตั้งข้อสงวนต่อบทบัญญัติข้อ 7(b) แห่งอนุสัญญานี้ อันเกี่ยวกับการแต่งตั้งสตรีเพื่อเข้ารับตำแหน่งผู้พิพากษาแห่งศาลศาสนาซึ่งเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายแห่งชุมชนใดๆทางศาสนาในอิสราเอล นอกเหนือจากนี้ ให้ข้อบทดังกล่าวมีผลบังคับใช้อย่างเต็มที่ในอิสราเอล โดยคำนึงถึงความจริงที่ว่าสตรีต้องมีส่วนร่วมอย่างชัดเจนในทุกแง่มุมของวิถีชีวิตสาธารณะ” และ

ข้อ 2 “รัฐอิสราเอลขอตั้งข้อสงวนต่อบทบัญญัติข้อ 16 แห่งอนุสัญญานี้ ในเรื่องของกฎหมายว่าด้วยสถานะบุคคลที่บังคับใช้ในชุมชนต่างๆทางศาสนาในอิสราเอล ไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งข้อบทเช่นนั้น”

นอกจากนี้อิสราเอลยังได้ทำคำแถลงตีความต่อ CEDAW ไว้อีก 1 ข้อดังนี้

<sup>6</sup> UN Treaty Section, “Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women” Accessed May 22, 2017, [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg\\_no=iv-8&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-8&chapter=4&lang=en).

ข้อ 3 “ตามความในย่อหน้า 2 ของข้อ 29 แห่งอนุสัญญาฯ รัฐอิสราเอลขอประกาศว่าอิสราเอลพิจารณาว่าตนไม่ต้องผูกพันต่อบทบัญญัติในย่อหน้า 1 แห่งข้อบทเช่นว่านั้น” อันเป็นคำแถลงเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

#### 4.1.1.4 คำแถลงตีความต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

อิสราเอลได้ทำคำแถลงตีความต่อ CERD<sup>7</sup> ไว้ดังนี้

“รัฐอิสราเอลพิจารณาว่าตนไม่ต้องผูกพันต่อบทบัญญัติข้อ 22 แห่งอนุสัญญาฯ” ซึ่งเป็นคำแถลงเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

#### 4.1.1.5 ข้อสงวนต่ออนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี

อิสราเอลได้ตั้งข้อสงวนต่อ CAT<sup>8</sup> ไว้ 2 ข้อ ดังนี้

ข้อ 1 “ตามความในข้อ 28 แห่งอนุสัญญา รัฐอิสราเอลขอประกาศว่าอิสราเอลไม่รับรองอำนาจของคณะกรรมการตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 20” อันเป็นข้อสงวนเพื่อปฏิเสธอำนาจการตรวจสอบของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในเรื่องการทรมานอย่างเป็นระบบภายในอาณาเขตของอิสราเอล และ

ข้อ 2 “ตามความในย่อหน้า 2 ของข้อ 30 รัฐอิสราเอลขอประกาศว่าอิสราเอลไม่ต้องผูกพันต่อบทบัญญัติในย่อหน้า 1 ของข้อบทเช่นว่านั้น” อันเป็นข้อสงวนเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

#### 4.1.1.6 ข้อสงวนต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ

<sup>7</sup> UN Treaty Section, “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination” Accessed May 22, 2017, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4 &lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4 &lang=en).

<sup>8</sup> UN Treaty Section, “Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment” Accessed May 22, 2017, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV9&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV9&chapter=4&lang=en).



อิสราเอลได้ตั้งข้อสงวนต่อ CRPD<sup>9</sup> ไว้ดังนี้

“รัฐอิสราเอลขอตั้งข้อสงวนต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการสมรสในข้อ 23(1)(a) แห่งอนุสัญญา ให้กฎหมายว่าด้วยสถานะบุคคลซึ่งบังคับใช้ในชุมชนต่างๆทางศาสนาในอิสราเอล ไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติเหล่านี้”

#### 4.1.2 การเลียงพันกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

อิสราเอลได้แจ้งเพื่อใช้มาตรการที่เป็นการเลียงพันกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ตนเป็นภาคี (derogation) อันเป็นกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐสามารถละเว้นจากพันธกรณีในการเคารพสิทธิมนุษยชนบางประการได้ในกรณีที่รัฐตกอยู่ในภาวะฉุกเฉิน โดยการละเว้นพันธกรณีเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย<sup>10</sup> ซึ่งอิสราเอลได้แจ้งเพื่อใช้สิทธิเลียงพันกรณีนี้ไว้ต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพียงฉบับเดียว ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมือง<sup>11</sup> โดยได้แจ้งไว้ดังนี้<sup>12</sup>

<sup>9</sup> UN Treaty Section, “Convention on the Rights of Persons with Disabilities” Accessed May 22, 2017, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4 &lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4 &lang=en).

<sup>10</sup> ญาดา ทัดถรรรมนุญ, “การงดเว้นสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมในภาวะฉุกเฉินตามกฎหมายระหว่างประเทศ และทางปฏิบัติของรัฐ: ศึกษากรณีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยตุลาการที่เป็นอิสระ และสิทธิในหลักประกันเกี่ยวกับการจับกุมและควบคุมตัวบุคคล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.17.

<sup>11</sup> ซึ่งได้บัญญัติให้สิทธินี้แก่รัฐภาคีและกำหนดเงื่อนไขไว้ในข้อ 4 แห่ง ICCPR ดังต่อไปนี้

“1. ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐภาคีแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการเลียงพันกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินแห่งสถานการณ์ ทั้งนี้ มาตรการเช่นว่านั้นจะต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณีอื่นๆของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม

2. การเลียงพันกรณีตามข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 (วรรค 1 และ 2) ข้อ 11 ข้อ 15 ข้อ 16 และข้อ 18 ไม่อาจทำได้ภายใต้บทบัญญัติของข้อนี้

“นับตั้งแต่การก่อตั้งรัฐ รัฐอิสราเอลต้องตกเป็นเหยื่อของภัยคุกคามและการโจมตีอย่างต่อเนื่องต่อการดำรงอยู่ของรัฐ รวมไปถึงชีวิตและทรัพย์สินของพลเมืองของรัฐ

สิ่งที่เกิดขึ้นเหล่านี้เป็นรูปแบบของภัยคุกคามจากสงคราม จากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธและรูปแบบของผู้ก่อการร้ายที่มีจุดประสงค์ให้เกิดการบาดเจ็บล้มตายของมนุษย์

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ ภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐ (State of Emergency) ซึ่งถูกประกาศอย่างเป็นทางการเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1948 จึงยังคงมีผลบังคับใช้มานับแต่นั้น สถานการณ์เช่นนี้ก่อให้เกิดภาวะฉุกเฉินสาธารณะ (Public Emergency) ตามความหมายในข้อ 4(1) แห่งกติกาฯ

รัฐบาลอิสราเอลจึงเล็งเห็นถึงความจำเป็นตามความในบทบัญญัติข้อ 4 ที่ได้กล่าวมาแล้ว ในการใช้มาตรการเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ เพื่อป้องกันรัฐและเพื่อคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สิน รวมไปถึงการใช้อำนาจในการจับกุมและควบคุม

ในกรณีที่มาตรการเหล่านี้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติข้อ 9 แห่งกติกาฯ อิสราเอลขอเลียงพันธกรณีของตนภายใต้บทบัญญัติเช่นว่านั้น”

จากการแจ้งขอใช้สิทธิเลียงพันธกรณีของอิสราเอล จะเห็นได้ว่ามีการกล่าวอ้างถึงภัยคุกคามจากสงคราม จากการโจมตีด้วยกำลังอาวุธ และจากผู้ก่อการร้าย ซึ่งอิสราเอลถือเป็นภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐ (State of Emergency) หรือภาวะฉุกเฉินสาธารณะ (Public Emergency) โดยอิสราเอลได้ประกาศภาวะฉุกเฉินภายในรัฐมาตั้งแต่เดือนพฤษภาคม ค.ศ.1948 และได้แจ้งขอเลียงพันธกรณีเฉพาะข้อ 9 แห่ง ICCPR<sup>13</sup> เพียงข้อเดียว อันเป็นพันธกรณีในการรับรองและคุ้มครองสิทธิ

---

3. รัฐภาคีใดแห่งกติกานี้ที่ใช้สิทธิเลียงดังกล่าวต้องแจ้งรัฐภาคีอื่นแห่งกติกานี้โดยทันทีเพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติซึ่งตนได้เลียงและเหตุผลแห่งการเลียงดังกล่าว โดยให้เลขาธิการสหประชาชาติเป็นสื่อกลาง ให้มีการแจ้งโดยผ่านสื่อเดิมในวันที่รัฐนั้นยุติการเลียงดังกล่าว”

<sup>12</sup> UN Treaty Section, *supra* note 4.

<sup>13</sup> ข้อ 9 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

“1. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและปลอดภัยของร่างกาย บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกลดทอนเสรีภาพของตนมิได้ ยกเว้นโดยเหตุและโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

2. ในขณะที่จับกุม บุคคลใดที่ถูกจับกุมจะต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผล และจะต้องได้รับแจ้งถึงข้อหาที่ถูกจับกุมโดยพลัน

ในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกายจากการถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่มีการแจ้งรัฐอื่นให้ทราบถึงการขอลี้ภัยพหุกรณีในข้ออื่น

#### 4.1.3 ผลของการตั้งข้อสงวนและการลี้ภัยพหุกรณีของอิสราเอลต่อการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

##### 4.1.3.1 ผลของการตั้งข้อสงวนของอิสราเอล

ในส่วนของการตั้งข้อสงวนรวมถึงการทำคำแถลงตีความของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นข้อสงวนเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้เฉพาะเรื่องของสถานะบุคคล การสมรส และเรื่องต้องห้ามทางศาสนาบางประการ อันได้แก่ใน ICCPR , CEDAW และ CRPD ซึ่งอิสราเอลขอสงวนสิทธิเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายภายใน นอกจากนี้ยังมีข้อสงวนหรือคำแถลงตีความว่าจะไม่ผูกพันบทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาอันได้แก่ใน CEDAW , CERD และ CAT และจะไม่ยอมรับการตรวจสอบจากคณะกรรมการฯตามอนุสัญญาอันได้แก่ ใน CAT นอกจากนี้ ในส่วนของคำแถลงต่อพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ มีลักษณะเป็นคำแถลงตามความในบทบัญญัติข้อ 3(2) ของพิธีสารเลือกรับฯ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีต้องแถลงถึงเกณฑ์ด้านอายุขั้นต่ำและมาตรการป้องกัน (safeguards) ที่รัฐจัดให้มีเพื่อประกันว่าจะไม่มีการเกณฑ์บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเข้าสู่กองทัพโดยบังคับหรือข่มขู่ โดยอิสราเอลไม่ได้ตั้งข้อสงวนหรือทำคำแถลงตีความไว้ใน ICESCR , CRC และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกเกี่ยวกับเด็กแต่อย่างใด

3. บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือควบคุมตัวในข้อหาทางอาญา จะต้องถูกนำตัวโดยพลันไปยังศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้อำนาจทางตุลาการ และจะต้องมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาอันสมควรหรือได้รับการปล่อยตัว มิให้ถือเป็นหลักทั่วไปว่าจะต้องควบคุมบุคคลที่รอการพิจารณาคดี แต่ในการปล่อยตัวอาจมีกำหนดให้มีการประกันว่าจะมาปรากฏตัวเพื่อการบังคับตามคำพิพากษา เมื่อถึงวาระนั้น

4. บุคคลใดที่ถูกลิดรอนเสรีภาพโดยการจับกุมหรือการควบคุม มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลตัดสินโดยไม่ชักช้าถึงความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมบุคคลนั้น และหากการควบคุมไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวไป

5. บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน”

อย่างไรก็ตาม ไม่มีข้อสงวนหรือคำแถลงตีความใดที่มีผลกระทบต่อหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอิสราเอลในการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครอง โดยเฉพาะพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่ผู้เขียนเลือกศึกษาอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

#### 4.1.3.2 ผลของการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอล

อิสราเอลได้แจ้งเพื่อเลี่ยงพันธกรณีเพียงข้อเดียวคือพันธกรณีในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกายจากการถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายตามข้อ 9 แห่ง ICCPR ดังที่ได้ศึกษามาแล้ว โดยไม่ปรากฏว่ามีการแจ้งเพื่อเลี่ยงพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในข้ออื่น ซึ่งบทบัญญัติข้อ 4(3) แห่ง ICCPR ได้กำหนดขั้นตอนสำคัญในการเลี่ยงพันธกรณีไว้ว่า

“รัฐภาคีใดแห่งกติกานี้ที่ใช้สิทธิเลี่ยงพันธกรณีต้องแจ้งรัฐภาคีอื่นแห่งกติกานี้โดยทันทีเพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติซึ่งตนได้เลี่ยงและเหตุผลแห่งการเลี่ยงดังกล่าว โดยให้เลขาธิการสหประชาชาติเป็นสื่อกลาง ให้มีการแจ้งโดยผ่านสื่อเดมิในวันที่ยุติการเลี่ยงดังกล่าว”

ขั้นตอนในการแจ้งรัฐภาคีอื่นโดยผ่านทางเลขาธิการแห่งสหประชาชาติให้ทราบโดยทันทีถึงบทบัญญัติซึ่งรัฐภาคีได้เลี่ยงและเหตุผลแห่งการเลี่ยงเช่นว่านี้ไม่ใช่แค่เป็นขั้นตอนตามพิธีการเท่านั้น แต่ยังเป็นเงื่อนไขสำคัญต่อการมีผลตามกฎหมายของการเลี่ยงพันธกรณีของรัฐภาคี และการแจ้งว่ารัฐจะเลี่ยงบทบัญญัติในข้อใดบ้างนี้จะประกันได้ถึง การตรวจสอบมาตรการอันเป็นการเลี่ยงพันธกรณีโดยประชาคมโลก เพื่อป้องกันมิให้มาตรการดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>14</sup>

ดังนั้น อิสราเอลจึงไม่อาจอ้างภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐหรือภาวะฉุกเฉินสาธารณะเพื่อเลี่ยงพันธกรณีอื่นตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีได้ และยังคงปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนอื่นรวมถึงสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม

<sup>14</sup> Oxford Public Interest Lawyer, “Legal Consequences of Israel’s Construction of a Separation Barrier in the Occupied Territories International Law Opinion,” Accessed, para.141, cited May 22, 2017, <http://www.hamoked.org/items/5730.pdf>.

และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

อย่างไรก็ดี แม้การเลียงพันกรณีของอิสราเอลตามข้อ 9 แห่ง ICCPR จะ เป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในข้อ 4 แห่งกติกานั้นก็ตาม แต่มาตรการที่เป็นการเลียงพันกรณี จะต้องมึลักษณะเป็นข้อยกเว้นและเป็นการชั่วคราว (exceptional and temporary) โดยในเรื่อง การเลียงพันกรณีนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเคยให้ความเห็นไว้ว่าก่อนที่รัฐ จะใช้สิทธิเลียงพันกรณีตามบทบัญญัติข้อ 4 ได้จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขพื้นฐาน 2 ประการอัน ได้แก่ ประการแรกคือต้องมีสถานการณ์ที่ถึงระดับเป็นภาวะฉุกเฉินสาธารณะอันคุกคามต่อความอยู่ รอดของชาติ (a public emergency which threatens the life of the nation) และประการที่ สองคือรัฐภาคีจะต้องประกาศภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐอย่างเป็นทางการตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ<sup>15</sup> ซึ่งภัยคุกคามเช่นว่านี้ต้องเกิดขึ้นจริงหรือใกล้จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ไม่ใช่เพียงแค่การคาดหมายว่า จะเกิดขึ้นหรือถูกสันนิษฐานว่ามีอยู่โดยง่ายเท่านั้น<sup>16</sup> และต้องถึงขนาดเป็นภัยคุกคามต่อประชาคม โดยรวม (an actual or at any rate imminent threat to the community as a whole) ไม่ว่าจะ เกิดขึ้นในส่วนหนึ่งส่วนใดหรือในพื้นที่ทั้งหมดของดินแดนรัฐก็ตาม<sup>17</sup> ยกตัวอย่างเช่น คุกคามต่อ การปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญหรือต่อสิทธิมนุษยชนของประชาชน<sup>18</sup> คุกคามต่อสิทธิในบูรณภาพแห่งเนื้อ ตัวร่างกายของประชาชน คุกคามต่ออิสราภาพทางการเมือง คุกคามต่อบูรณภาพทางดินแดนของรัฐ คุกคามต่อการคงอยู่หรือการดำเนินการขึ้นพื้นฐานอันจะขาดเสียมิได้ขององค์กรต่างๆเพื่อรับรองและ

<sup>15</sup> Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency,” 31 August 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para.2

<sup>16</sup> Oxford Public Interest Lawyer, *supra note 14*, para.144.

<sup>17</sup> Report of Leandro Despouy (Special Rapporteur on the Question of Human Rights and States of Emergency), “Tenth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency,” UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19, para.34 ; UN Commission on Human Rights, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4 (Annex), para.39(a).

<sup>18</sup> Report of Leandro Despouy, *ibid*, para.43.

คุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ใน ICCPR<sup>19</sup> เป็นต้น นอกจากนี้การประกาศภาวะฉุกเฉินเพื่อใช้มาตรการที่เล็งพันกรณีต้องเป็นเพียงมาตรการอันเป็นข้อยกเว้นชั่วคราวที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อแก้ไขสถานการณ์ให้กลับคืนสู่สภาวะปกติและเพื่อให้สิทธิต่างๆที่รับรองไว้ใน ICCPR ได้รับการเคารพอย่างเต็มที่อีกครั้ง<sup>20</sup> โดยการประกาศภาวะฉุกเฉินจะต้องเป็นมาตรการทางเลือกสุดท้าย หลังจากการใช้มาตรการอื่นที่อาจกระทบต่อสิทธิของประชาชนน้อยกว่านี้รวมทั้งกฎหมายภายในแล้วแต่ไม่อาจแก้ไขสถานการณ์ให้กลับมาสงบเรียบร้อยได้ และต้องเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวที่ไม่สามารถประกาศเป็นภาวะฉุกเฉินถาวรเพื่อเป็นเหตุในการใช้ข้อยกเว้นนี้ได้<sup>21</sup>

อีกทั้ง ในส่วนของมาตรการที่เป็นการเล็งพันกรณีนั้น รัฐภาคีสามารถใช้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ตามความในข้อ 4(1) ของ ICCPR โดยต้องพิจารณาจากระยะเวลา (duration), ขนาดของพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่เกิดภาวะฉุกเฉินและขอบเขตทางกายภาพของภาวะฉุกเฉิน (geographical coverage and material scope of the state of emergency) และมาตรการตัวเลือกรูปแบบอื่นที่อาจนำมาใช้กับภาวะฉุกเฉินนี้ได้ (any measures of derogation resorted to because of the emergency) ซึ่งข้อพิจารณาเหล่านี้หมายถึงหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ระหว่างมาตรการที่เป็นการเล็งพันกรณีของรัฐกับความจำเป็นในการป้องกันผลประโยชน์สาธารณะของชาติ<sup>22</sup> หากปรากฏว่ายังมีมาตรการทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าหรือก่อให้เกิดผลเสียต่อประชาชนน้อยกว่ามาตรการอันเป็นการเล็งพันกรณีแล้ว มาตรการอันเป็นการเล็งพันกรณีเช่นนั้นอาจไม่ใช่มาตรการที่ได้สัดส่วน และหลักความได้สัดส่วนนี้จะต้องถูกใช้ทั้งกับมาตรการและกับปฏิบัติการเพื่อบังคับตามมาตรการนั้นรวมทั้งระยะเวลาในการใช้มาตรการด้วย<sup>23</sup> โดยรัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องลดระดับมาตรการอันเป็นการเล็งพันกรณีลงเมื่อความจำเป็นเร่งด่วนของภาวะฉุกเฉินนั้นลดระดับลง<sup>24</sup> และมาตรการเช่นนั้น

<sup>19</sup> UN Commission on Human Rights, The Siracusa Principles, *supra note 17*, para.39(b).

<sup>20</sup> UN Human Right Committee, General Comment 29, *supra note 15*, para.1.

<sup>21</sup> Judgment of the European Court of Human Rights, Lawless case, 1 July 1961, para.36; Oxford Public Interest Lawyer, *supra note 14*, para.146.

<sup>22</sup> UN Human Right Committee, General Comment 29, *supra note 15*, para.4; Jaime Orea, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1992) p.142.

<sup>23</sup> Oxford Public Interest Lawyer, *supra note 14*, paras.147-148.

<sup>24</sup> UN Human Right Committee, General Comment 29, *supra note 15*, para.6.

จะต้องยุติลงเมื่อความจำเป็นฉุกเฉินสิ้นสุดลง นอกจากนี้ในข้อ 4(1) ของ ICCPR ยังได้บัญญัติให้ มาตรการที่เป็นการเล็งพันกรณีต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณีอื่นของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่าง ประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายเด็ตขาดและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ<sup>25</sup> และไม่เป็นการ เลือปฏิบัติเพียงเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม<sup>26</sup> เว้นแต่ มาตรการเช่นว่านั้นไม่ได้ออกมาด้วยเหตุผลเหล่านี้โดยเฉพาะ หากแต่ถูกกำหนดขึ้นจากความจำเป็น ความเหมาะสมกับสถานการณ์ และความได้สัดส่วนกับภาวะฉุกเฉินร่วมด้วย ซึ่งอาจเป็นมาตรการที่ ชอบด้วยกฎหมายได้<sup>27</sup> และข้อ 4(2) ยังได้บัญญัติถึงพันธกรณีที่มิอาจใช้สิทธิได้ถึง อันได้แก่ พันธกรณีตามข้อ 6 : สิทธิในการมีชีวิตอยู่ , ข้อ 7 : เสรีภาพจากการถูกทรมาน การถูกปฏิบัติหรือถูก ลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า , ข้อ 8(1) และ (2) : เสรีภาพจากการถูกเอาตัวลงเป็น ทาสหรือถูกบังคับให้อยู่ในภาวะเยี่ยงทาส , ข้อ 11 : เสรีภาพจากการถูกจำคุกด้วยเหตุที่ไม่สามารถ ชำระหนี้ตามสัญญาได้ , ข้อ 15 : เสรีภาพจากการถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง , ข้อ 16 : สิทธิ ที่จะได้รับการรับรองว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย และข้อ 18 : สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา

แม้อิสราเอลจะได้ประกาศภาวะฉุกเฉินและแจ้งการเล็งพันกรณีตามข้อ 9 ของ ICCPR แล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากการประกาศภาวะฉุกเฉินอย่างต่อเนื่องนับแต่การก่อตั้ง รัฐอิสราเอลในปี ค.ศ.1948 จนถึงปัจจุบัน<sup>28</sup> จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าภัยคุกคามต่ออิสราเอลนั้นอยู่ใน ระดับที่เป็นภัยคุกคามต่อความอยู่รอดของชาติ (threatens the life of the nation) อันจะถือว่า

<sup>25</sup> European Court of Human Rights, De Becker ,8 Jan 1960, Ser. B: Report of the Commission, 133. อ้างใน Oxford Public Interest Lawyer, *supra note 14*, para.148.

<sup>26</sup> ไม่รวมถึงเหตุแห่งความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติ ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่นๆ อันต้องห้ามใช้อ้างเพื่อเลือกปฏิบัติในข้อ 2(1) และข้อ 26 แห่ง ICCPR และเป็นหลักทั่วไปของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ เนื่องจากผู้ร่างกติกาฯนี้เห็นว่าการออก ข้อจำกัดตามกฎหมายด้วยเหตุเหล่านี้อาจมีขึ้นได้เมื่อเกิดภาวะฉุกเฉินในบางกรณี; see also UN General Assembly, Draft International Covenants on Human Rights (1 July 1955), A/2929, para.44, อ้างใน Jaime Oraa, *supra note 22*, p.172.

<sup>27</sup> Jaime Oraa, *supra note 22*, p.175.

<sup>28</sup> สถานิติบัญญัติชั่วคราวของอิสราเอล (Provisional State Council) ประกาศภาวะฉุกเฉิน แห่งชาติครั้งแรกในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1948 ไว้ในมาตรา 9 ของกฎหมาย Law and Administration Ordinance (1948) ซึ่งปัจจุบันเป็นระยะเวลา 69 ปีนับจากการประกาศครั้งแรกและ 25 ปี นับจากการแจ้งเล็งพันกรณีตามข้อ 4(3) แห่ง ICCPR เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ.1991

เป็นภาวะฉุกเฉินสาธารณะ (Public Emergency) ตามความหมายของข้อ 4(1) แห่ง ICCPR มาตลอดระยะเวลาดังกล่าวหรือไม่ และระดับความรุนแรงของภัยคุกคามดังกล่าวในปัจจุบันอยู่ในระดับใด อย่างไรก็ตาม แม้อิสราเอลจะมีกฎหมายเพื่อตรวจสอบภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1992 เมื่อสภา Knesset<sup>29</sup> ออกกฎหมาย Basic Law: The Government (1992) ที่มีบทบัญญัติข้อ 49(b) กำหนดให้การประกาศภาวะฉุกเฉินมีผลบังคับใช้ได้ไม่เกินคราวละหนึ่งปี หากเกินจากนั้นจะต้องมีการพิจารณาใหม่ และหากสถานการณ์ยังคงมีความจำเป็น สภา Knesset อาจประกาศขยายภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐได้<sup>30</sup> แต่ปรากฏว่าการประกาศขยายภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐถูกนำมาใช้เรื่อยมา โดยไม่มีการตรวจสอบสถานการณ์ของภาวะฉุกเฉินอย่างแท้จริงและไม่มีที่ท้าวว่าจะประกาศยุติ โดยรัฐบาลและสภา Knesset ได้ทำการพิจารณาเห็นชอบและขยายภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐโดยไม่ได้ประเมินภัยคุกคามต่อชีวิตของประชาชนหรือความมั่นคงสาธารณะ ทำให้ภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐอิสราเอลยังคงมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน<sup>31</sup> การประกาศภาวะฉุกเฉินภายในรัฐทำให้รัฐมีข้ออ้างที่จะออกข้อบังคับมากมายอันเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของทั้งปัจเจกบุคคลและกลุ่มบุคคลในอิสราเอล รวมไปถึงสิทธิของแรงงาน สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งต่อมาแม้จะมีการเรียกร้องให้ตรวจสอบสถานการณ์ของภาวะฉุกเฉินภายในอิสราเอลในปี ค.ศ.1999 โดยองค์กร Association for Civil Rights in Israel (หรือ ACRI)<sup>32</sup> ได้ยื่นคำฟ้องสภา Knesset และรัฐบาลอิสราเอลต่อศาลสูงอิสราเอล (High Court of Justice) เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของภาวะฉุกเฉินแห่งรัฐและพิพากษายกเลิกภาวะฉุกเฉิน โดย ACRI กล่าวอ้างว่าการประกาศภาวะ

<sup>29</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติของอิสราเอล

<sup>30</sup> ปัจจุบันถูกแก้ไขโดยกฎหมาย Basic Law: The Government (2001) ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการประกาศขยายภาวะฉุกเฉินเช่นเดียวกับฉบับปี ค.ศ.1992 โดยบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในมาตรา 38(b), available from: [https://knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14\\_eng.htm](https://knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm); see also Submission by Adalah: The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel to UN Human Rights Committee, “State of Emergency,” Accessed May 27, 2017, [http://www.adalah.org/uploads/oldfiles/eng/intladvocacy/unhrc\\_03\\_emergency.pdf](http://www.adalah.org/uploads/oldfiles/eng/intladvocacy/unhrc_03_emergency.pdf).

<sup>31</sup> Ahmad Amara, *Israel’s Perpetual “State of Emergency” : Criminalizing Palestinian Civil Society and Political Dissent*, (Nazareth: Meezaan Organization for Human Rights, March 2016) p.7.

<sup>32</sup> Association for Civil Rights in Israel (หรือ ACRI) เป็นองค์กรเอกชนไม่แสวงหากำไรที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและปกป้องสิทธิมนุษยชนในอิสราเอลและในดินแดนที่อยู่ในความควบคุมของอิสราเอล



ฉุกเฉินทำให้รัฐบาลมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองและข้อบังคับอันเป็นการจำกัดและละเมิดอย่างรุนแรงซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในบางครั้งมาตรการเหล่านี้ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องอย่างแท้จริงกับความจำเป็นทางด้านความมั่นคงเลย ต่อมาในระหว่างการพิจารณาคดี ศาลได้มีคำสั่งให้รัฐบาลแจ้งสาเหตุ (*order nisi*) ที่ต้องมีการประกาศภาวะฉุกเฉินต่อไป มีคำสั่งให้รัฐให้ข้อมูลเกี่ยวกับการออกกฎหมายในภาวะฉุกเฉิน และแนะนำให้กระทรวงยุติธรรมเตรียมร่างกฎหมายเพื่อยกเลิกภาวะฉุกเฉินหรืออย่างน้อยเพื่อยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่มีขึ้นภายใต้ภาวะเช่นว่านี้ ซึ่งนับตั้งแต่ศาลมีคำสั่งดังกล่าวจนถึงเดือนมีนาคม ค.ศ.2003 รัฐไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งศาลได้เลย อีกทั้งยังคงประกาศขยายภาวะฉุกเฉินเรื่อยมาและเพียงแค่ประกาศว่าสถานการณ์ในขณะนั้นยังมีความจำเป็นที่จะต้องประกาศภาวะฉุกเฉินอยู่ ซึ่งศาลสูงอิสราเอลเห็นด้วยและมีคำพิพากษาปกป้องในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.2012 (13 ปี นับจากยื่นฟ้อง) พร้อมทั้งยืนยันการประกาศภาวะฉุกเฉินต่อไป โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าคำฟ้องไม่มีน้ำหนักมากพอ และแม้รัฐบาลอิสราเอลจะอ้างว่ารัฐบาลมีความตั้งใจที่จะแก้ไขและออกกฎหมายใหม่มาแทนกฎหมายภาวะฉุกเฉิน แต่มีการตั้งข้อสังเกตว่าการออกกฎหมายใหม่ดังกล่าวของรัฐบาลอิสราเอลกำลังทำให้กฎหมายภาวะฉุกเฉินบางฉบับกลายเป็นกฎหมายในภาวะปกติ อันจะทำให้การกระทำภายใต้การประกาศภาวะฉุกเฉินไม่ใช่ข้อยกเว้นอีกต่อไป และยังมีกฎหมายภาวะฉุกเฉินอีกหลายฉบับที่ยังคงมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน<sup>33</sup>

สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าการประกาศภาวะฉุกเฉินของอิสราเอลตั้งแต่ปี ค.ศ.1948 จนถึงปัจจุบัน รัฐบาลอิสราเอลไม่ได้มีการพิจารณาโดยคำนึงถึงความปลอดภัยของระดับภัยคุกคามต่ออิสราเอลในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวและไม่ได้มีการตรวจสอบสถานการณ์ในปัจจุบันอย่างชัดเจนว่าถึงระดับเป็นภัยคุกคามต่อความอยู่รอดของชาติอันจะถือว่าเป็นภาวะฉุกเฉิน สาธารณะตามความหมายของข้อ 4(1) แห่ง ICCPR หรือไม่ จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าภัยคุกคามต่ออิสราเอลในปัจจุบันนี้อยู่ในระดับใดอย่างชัดเจน และทำให้ไม่สามารถเปรียบเทียบสัดส่วนของมาตรการอันเป็นการเล็งพันทรณที่อิสราเอลใช้กับความจำเป็นทางด้านความมั่นคงของอิสราเอลได้ ทั้งยังเกิดคำถามต่อไปที่ว่า การประกาศภาวะฉุกเฉินอย่างต่อเนื่องเพื่อให้รัฐมีอำนาจในการใช้มาตรการใดๆ อันเป็นการเล็งพันทรณได้เช่นนี้ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ดังนั้นมาตรการใดๆ

<sup>33</sup> Israel High Court of Justice, “The Association for Civil Rights v. 1.The Knesset; 2.The Israeli Government,” H CJ 3091/99, อ้างใน Ahmad Amara, *supra note 31*; Submission by Adalah: The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel to UN Human Rights Committee, *supra note 30*; see also ACRI, “Supreme Court Rejects Petition to End Continual State of Emergency,” Accessed May 22, 2017, <http://www.acri.org.il/en/2012/05/08/state-of-emergency-petition-rejected>.

ที่อิสราเอลนำออกมาใช้เพื่อเลี่ยงพันธกรณีตามข้อ 9 แห่ง ICCPR ที่อิสราเอลได้แจ้งไว้จึงอาจไม่ใช่มาตรการที่เป็นข้อยกเว้น เป็นการชั่วคราว และได้สัดส่วนกับความจำเป็นในการแก้ไขสถานการณ์ที่เป็นภาวะฉุกเฉินอันเป็นเงื่อนไขของการเลี่ยงพันธกรณีด้วย ซึ่งคำถามเหล่านี้นี้อาจอยู่นอกเหนือขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่ประเด็นนี้ก็เป็นคำถามที่น่าสนใจและควรต้องหาคำตอบต่อไป อีกทั้งจากการที่อิสราเอลได้แจ้งการเลี่ยงพันธกรณีโดยชัดแจ้งและเป็นทางการเฉพาะต่อบทบัญญัติข้อ 9 แห่ง ICCPR มีผลทำให้อิสราเอลไม่อาจอ้างภาวะฉุกเฉินสาธารณะเพื่อเลี่ยงพันธกรณีในข้ออื่นๆของ ICCPR รวมทั้งพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นด้วย จึงเกิดเป็นคำถามต่อไปว่ามาตรการต่างๆที่อิสราเอลบังคับใช้ในช่วงเวลาที่เหมาะสมภาวะฉุกเฉินนี้ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาและวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 5 ในส่วนของปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่รองรับสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกละเมิดปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

#### 4.2 ข้อต่อสู้ในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในยามสงคราม

อิสราเอลปฏิเสธการบังคับใช้ ICCPR และ ICESCR บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง โดยอ้างว่าสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองพลเมืองจากรัฐบาลของตนเองในยามสงบเท่านั้น แต่ไม่บังคับใช้ในเวลาที่เกิดสถานการณ์ความขัดแย้งหรือภาวะขัดกันทางอาวุธ เช่นที่เกิดขึ้นในดินแดนเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่า ซึ่งต้องบังคับใช้กฎหมายภาคสงครามอันได้แก่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น<sup>34</sup> โดยประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นต้องศึกษาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอันเป็นกฎหมายภาค

<sup>34</sup> Annex I to the report of the Secretary-General, อ้างใน ICJ Reports, “Legality Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,” Advisory Opinion, 9 July 2004, para.102 ; see also UN Human Rights Committee, “Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel,” 21 August 2003, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, para.11; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations, Israel,” 26 June 2003, UN Doc. E/C.12/1/Add.90, para.15.

สงครามกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนและต้องทราบลักษณะและความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองนี้  
ก่อน

#### 4.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน

เอกสารของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้กล่าวถึงลักษณะของกฎหมายทั้งสองไว้ว่า “กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศคือระบบของมาตรฐานระหว่างประเทศ (a system of international norms) ซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคน สิทธิเหล่านี้ซึ่งมีอยู่ในมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะมีความเชื่อ ศาสนา ที่อยู่อาศัย เพศ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือสถานะอื่นใด ล้วนเกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน พึ่งพาอาศัยกัน และไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ สิทธิเหล่านี้มักได้รับการยืนยันและรับรองโดยกฎหมาย ในรูปของสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป และกฎเกณฑ์ที่ยังไม่มีสภาพบังคับ (soft law) โดยสิทธิมนุษยชนประกอบด้วยทั้งสิทธิ (rights) และหน้าที่ (obligations) กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้วางหลักพันธกรณีของรัฐในการกระทำการใดและการละเว้นกระทำการใด เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนหรือกลุ่มบุคคล”<sup>35</sup> และ “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นชุดของกฎเกณฑ์ (a set of rules) ที่มีไว้เพื่อเหตุผลทางด้านมนุษยธรรม เพื่อจำกัดผลกระทบจากการขัดกันทางอาวุธ (armed conflict) กฎหมายนี้คุ้มครองบุคคลที่ไม่ใช่ฝ่ายในสงครามหรือไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับฝ่ายในสงครามอีกต่อไป และตั้งข้อจำกัดในวิธีหรือแนวทางของการสู้รบ ดังนั้นขอบเขตของกฎหมายนี้จึงถูกจำกัดในแง่เนื้อหา (*ratione materiae*) อยู่ที่สถานการณ์ของการขัดกันทางอาวุธเท่านั้น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของ *jus in bello* (กฎหมายว่าด้วยวิธีการใช้กำลังในการสู้รบ) ซึ่งแตกต่างและแยกต่างหากจาก *jus ad bellum* (กฎหมายว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้กำลังหรือการกระทำ) และการใช้กำลังเป็นสิ่งต้องห้ามภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต้องถูกบังคับใช้อย่างเท่าเทียมกันโดยทุกฝ่ายในทุกๆ การขัดกันทางอาวุธ ไม่ว่าจะสาเหตุแห่งการสู้รบกันนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ความเท่าเทียมระหว่างฝ่ายในสงครามนี้ยังเป็นข้อบังคับที่สำคัญซึ่งแยกการขัดกันทางอาวุธอันต้องบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ออกจากอาชญากรรม

<sup>35</sup> UN High Commissioner for Refugee, *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, (Geneva: United Nations Publication, 2011), p.5.

(crime) ซึ่งต้องบังคับใช้เพียงแค่กฎหมายอาญา (criminal law) และกฎเกณฑ์ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน”<sup>36</sup> ซึ่งจากลักษณะของกฎหมายทั้งสองนี้จะเห็นว่าจะมีความแตกต่างในแง่เนื้อหาและเวลาในการบังคับใช้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดวิธีการใช้กำลังในการสู้รบและบังคับใช้เฉพาะเวลาที่มีการขัดกันทางอาวุธหรือในภาวะสงครามเท่านั้น ส่วนกฎหมายสิทธิมนุษยชนกำหนดพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและบังคับใช้ทั้งในยามสงบและในเวลาที่มีการขัดกันทางอาวุธด้วย เนื่องจากพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนมีรากฐานมาจากการรับรองสิทธิอันติดตัวมาแต่กำเนิดของมนุษย์ทุกคน ซึ่งสิทธิเหล่านั้นอาจถูกละเมิดได้ทั้งในยามสงบและในยามที่มีการขัดกันทางอาวุธ<sup>37</sup>

ในทำนองเดียวกัน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ในความเห็นเชิงปรึกษาคดี Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ว่าการคุ้มครองตามบทบัญญัติของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมืองไม่ระงับลงในยามสงคราม เว้นแต่โดยปฏิบัติการตามข้อ 4 แห่งกติกาเช่นนั้น ซึ่งบทบัญญัติอาจถูกยกเว้นได้ในเวลาที่เกิดภาวะฉุกเฉินแห่งชาติ<sup>38</sup> และศาลได้ยืนยันหลักนี้อีกครั้งในความเห็นเชิงปรึกษาคดี Legality Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory ว่าการคุ้มครองสิทธิตามที่กติกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ระงับไปในกรณีของการขัดกันทาง เว้นแต่จะเป็นผลแห่งบทบัญญัติว่าด้วยการเลี่ยงพันธกรณีในทำนองเดียวกับข้อ 4 แห่ง ICCPR<sup>39</sup> เช่นเดียวกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติที่มีความเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้เป็นการระงับการบังคับใช้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองรวมทั้งพันธกรณีของรัฐตามกติกา และอิสราเอลจะต้องบังคับใช้กติกานี้ในดินแดนที่ถูกยึดครอง<sup>40</sup> นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมก็มีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า แม้ในภาวะของการขัดกันทางอาวุธ สิทธิมนุษยชนก็ต้องได้รับการเคารพ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำของสิทธิ

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.* pp.5-6.

<sup>38</sup> ICJ Reports, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons,” Advisory Opinion, 8 July 1996, para.25.

<sup>39</sup> ICJ Reports, “Legality Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,” Advisory Opinion, 9 July 2004, para.106.

<sup>40</sup> Report of UN Human Rights Committee, “UN Human Rights Committee: Concluding Observations: Israel,” 18 August 1998, CCPR/C/79/Add.93, para.10.

มนุษยชน ได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและยังถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอีกด้วย อีกทั้ง การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมไม่ได้เป็นการระงับการบังคับใช้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมแต่อย่างใด<sup>41</sup>

นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองสาขาไว้อีกว่าอาจแบ่งออกได้ 3 ส่วนอันได้แก่ ส่วนแรกคือสิทธิบางประการที่เป็นเรื่องเฉพาะในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ส่วนที่สองคือสิทธิบางประการที่เป็นเรื่องเฉพาะในกฎหมายสิทธิมนุษยชน และส่วนสุดท้ายคือสิทธิร่วมกันที่มีทั้งในกฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองสาขานี้ร่วมกัน<sup>42</sup> อันแสดงให้เห็นถึงหลักการที่ศาลวางไว้ว่าการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ระงับการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด หากแต่กฎหมายทั้งสองสาขาที่มีความเกี่ยวพันและสนับสนุนซึ่งกันและกันอยู่ โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่ากฎหมายมนุษยธรรมในส่วนของการปฏิบัติต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลต่างๆในภาวะที่เกิดการขัดกันทางอาวุธอันมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิต่างๆของบุคคลเหล่านั้น มีลักษณะที่ทับซ้อนกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในหลายกรณี เช่น ข้อห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินส่วนบุคคลและต้องเคารพต่อเกียรติและสิทธิในครอบครัว ชีวิตของบุคคล และทรัพย์สินส่วนบุคคล รวมทั้งความเชื่อและหลักปฏิบัติทางศาสนา ในกรณีที่มีการยึดครองดินแดนตามข้อ 46 แห่งข้อบังคับกรุงเฮกเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และจารีตสงครามทางบก ค.ศ. 1907<sup>43</sup> ที่อาจเทียบเคียงกับการคุ้มครองเสรีภาพจากการถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว หรือถูกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามข้อ 17 แห่ง ICCPR , สิทธิในครอบครัวตามข้อ 23 แห่ง ICCPR และข้อ 10(1) แห่ง ICESCR , สิทธิที่จะมีชีวิตตามข้อ 6 แห่ง ICCPR และสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาและการแสดงออกทางศาสนาตามข้อ 18 แห่ง ICCPR เป็นต้น

#### 4.2.2 วิเคราะห์ข้อต่อสู้ในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในยามสงครามต่อกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

<sup>41</sup> Report of UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1/Add.90, *supra* note 34, para.31.

<sup>42</sup> ICJ Reports, *supra* note 39, para.106.

<sup>43</sup> ภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเฮก (IV) เกี่ยวกับกฎเกณฑ์และจารีตสงครามทางบก ค.ศ. 1907

เมื่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีผลบังคับใช้ได้ทั้งในภาวะสงครามและภาวะสงบ และอาจถูกยกเว้นในภาวะสงครามได้ต่อเมื่อมีการประกาศภาวะฉุกเฉินอย่างเป็นทางการขึ้นภายในรัฐและมีการแจ้งเพื่อเลียงพันธกรณีตามเงื่อนไขในบทบัญญัติข้อ 4 ของ ICCPR<sup>44</sup> ดังนั้นเมื่ออิสราเอลไม่ได้แจ้งเพื่อเลียงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ จึงไม่อาจอ้างการเลียงพันธกรณีตามข้อ 4 แห่ง ICCPR เพื่อเลียงไม่เคารพและปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านี้ได้ อีกทั้งในกรณีของสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง และสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจละเมิดได้หรือไม่อาจเลียงพันธกรณีได้แม้ในภาวะสงครามหรือภาวะที่มีการขัดกันทางอาวุธ ย่อมไม่อาจยกการเลียงพันธกรณีที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดขึ้นอ้างได้ และเมื่ออิสราเอลไม่อาจอ้างการเลียงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ อิสราเอลย่อมต้องบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งในภาวะสงครามและภาวะสงบ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าข้อต่อสู้ในประเด็นแรกของอิสราเอลที่อ้างว่าสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมุ่งคุ้มครองประชาชนในยามสงบและไม่ถูกบังคับใช้ในยามที่มีการขัดกันทางอาวุธซึ่งต้องบังคับตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้นจึงไม่อาจรับฟังได้

#### 4.3 ข้อต่อสู้ในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐภาคี

อิสราเอลเคยอ้างถึงข้อสงสัยและข้อต่อสู้อันเกี่ยวกับพันธกรณีของอิสราเอลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเด็นที่ว่าพันธกรณีเหล่านั้นครอบคลุมถึงบุคคลที่อาศัยอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองหรือไม่ ซึ่งข้อสงสัยและข้อต่อสู้เหล่านี้ปรากฏทั้งในการเตรียมรายงานฉบับเริ่มต้น (initial report) เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน<sup>45</sup> และท่าทีของอิสราเอลว่าไม่ยอมรับการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกเหนือดินแดนอธิปไตยของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเขตเวสต์

<sup>44</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, 2550), น.24.

<sup>45</sup> UN Human Right Committee, “Summary Record of the 1675<sup>th</sup> Meeting,” UN Doc. CCPR/C/SR.1675, 21 July 1998, para.21.

แบงก์และฉนวนกาซ่า<sup>46</sup> รวมทั้งข้ออ้างว่าสนธิสัญญาไม่บังคับใช้ต่อประชาชนที่ไม่ใช่ชาวอิสราเอลในดินแดนที่ถูกยึดครอง<sup>47</sup> ซึ่งข้อสงสัยและข้อต่อสู้ดังกล่าวเป็นปัญหาเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่จำเป็นต้องศึกษาถึงบทบัญญัติในสนธิสัญญาและแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่ได้อธิบายในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่มีไซพลเมืองของรัฐภาคี

#### 4.3.1 ขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่มีไซพลเมืองของรัฐภาคี

##### 4.3.1.1 บทบัญญัติว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในแง่ดินแดนและในแง่บุคคล

สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้อธิบายเรื่องขอบเขตการบังคับใช้ในแง่ดินแดน (*ratione loci*) ไว้ในบทบัญญัติอย่างละเอียดเท่าที่ควร<sup>48</sup> แต่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องเคารพต่อสิทธิมนุษยชนทั้งต่อบุคคลและภายในดินแดนที่รัฐภาคีมี “เขตอำนาจ” ซึ่งบทบัญญัติเช่นว่านั้นปรากฏในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมากมาย ตัวอย่างเช่น

- ใน ICCPR ข้อ 2(1) ที่กำหนดว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายในเขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ อาทิเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ” และข้อ 50 ที่ว่า “บทบัญญัติของกติกานี้จะครอบคลุมทุกภาคของรัฐที่เป็นรัฐร่วมโดยปราศจากข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นใดๆ”

- ใน CAT ข้อ 2(1) ที่ว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินการมาตรการต่างๆ ทั้งทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ หรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำการทรมานในอาณาเขตใดๆซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน”

<sup>46</sup> UN Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, *supra* note 34.

<sup>47</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/1/Add.90, *supra* note 34.

<sup>48</sup> Joan Fitzpatrick, “Speaking Law to Power: The War against Terrorism and Human Rights,” *European Journal of International Law*, Vol.14, No.2, p.252 (2003).

- ใน CERD ข้อ 3 ที่ว่า “รัฐภาคีประณามอย่างยิ่งต่อการแบ่งแยกทางเชื้อชาติและการแบ่งแยกสีผิว จะป้องกัน ห้าม และขจัดการปฏิบัติทั้งหมดในลักษณะนี้ภายในเขตอำนาจของตน” , ข้อ 6 ที่ว่า “รัฐภาคีต้องรับประกันต่อทุกคนภายในเขตอำนาจของตนในอันที่จะได้รับการคุ้มครองและการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ โดยผ่านศาลระดับชาติและองค์กรอื่นๆที่เกี่ยวข้อง สำหรับการกระทำใดๆอันเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ซึ่งได้ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นและไม่สอดคล้องกับอนุสัญญานี้ เช่นเดียวกับสิทธิในอันที่จะขอจากศาล และการเยียวยาที่เหมาะสมและเพียงพอต่อความเสียหายอันเป็นผลจากการเลือกปฏิบัติเช่นว่านั้น”

- ใน CRC ข้อ 2(1) ที่ว่า “รัฐภาคีต้องเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กทุกคนภายใต้เขตอำนาจของรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ...” เป็นต้น<sup>49</sup>

นอกจากนี้ในสนธิสัญญาบางฉบับ แม้จะไม่มีบทบัญญัติในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้โดยเฉพาะแต่ก็มีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีครอบคลุมไปถึงดินแดนที่อยู่นอกอธิปไตยของรัฐด้วย เช่น ข้อ 14 แห่ง ICESCR ที่กำหนดพันธกรณีอันเกี่ยวเนื่องด้วยสิทธิในการศึกษาให้ครอบคลุมไปถึงดินแดนเขตเมืองหรือดินแดนอื่นที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐภาคี (metropolitan territory or other territories under its jurisdiction) ซึ่งนักกฎหมายบางท่านเชื่อว่าพันธกรณีในการประกันสิทธิอื่นๆตาม ICESCR ย่อมเป็นไปตามหลักเขตอำนาจนอกดินแดนนี้เช่นกัน<sup>50</sup>

<sup>49</sup> นอกจากนี้ สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคหลายฉบับก็มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่ต้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลทั้งปวงที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ (รวมทั้งดินแดนที่อยู่นอกอธิปไตยของรัฐด้วย) อาทิเช่น ข้อ 1(1) และ 28(1) ของ American Convention on Human Rights (ACHR); ข้อ 1 และ 56(1) ของ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom (ECHR); และข้อ 1 ของ African Charter on Human and People’s Rights เป็นต้น

<sup>50</sup> Oxford Public Interest Lawyer, *supra note 14*, para.167.



#### 4.3.1.2 แนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศและการตีความขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในแง่ดินแดนและในแง่บุคคล

แนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศและการตีความขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทวางหลักไว้ค่อนข้างชัดเจนว่าพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนมีผลบังคับใช้ต่อบุคคลทั้งที่อยู่ในดินแดนหรือเขตอำนาจของรัฐ และในดินแดนที่ไม่ใช่อาณาเขตของรัฐแต่รัฐสามารถใช้อำนาจควบคุมเหนือบุคคลได้<sup>51</sup> เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ICCPR ต้องถูกบังคับใช้ในดินแดนใดๆก็ตามที่อิสราเอลได้ใช้อำนาจควบคุมได้อย่างมีประสิทธิภาพ (where Israel exercises effective control)<sup>52</sup> โดยพิจารณาจากการเข้ายึดครองดินแดนเหล่านั้นเป็นเวลายาวนานของอิสราเอล ท่าที่อันคลุมเครือของอิสราเอลต่อสถานะในอนาคตของตน (บนดินแดนที่เข้ายึดครอง) ตลอดจนการใช้อำนาจอย่างมีประสิทธิภาพ (exercise of effective jurisdiction) ในดินแดนเหล่านั้นโดยกองกำลังรักษาความมั่นคงของอิสราเอล<sup>53</sup> เช่นเดียวกับคณะกรรมการสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ที่ให้ความเห็นไปในทางเดียวกันว่ารัฐภาคีมีพันธกรณีภายใต้กติกา (ICESCR) ในดินแดนทุกแห่งและต่อประชาชนทุกคนที่อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของรัฐนั้น (apply to all territories and populations under its effective control)<sup>54</sup> เช่นเดียวกับความเห็นขององค์กรทางด้านสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคอย่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Commission on Human Rights) ที่ได้ให้ความเห็นว่าพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญชาติของบุคคลหรือขอบเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์โดยเฉพาะ แต่บังคับใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ภายใต้อำนาจและการควบคุมของรัฐ และพื้นฐานสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาจากการมีสภาพบุคคลและศีลธรรมของความจริงที่ว่าเขาหรือเธอคือมนุษย์คนหนึ่ง ไม่ใช่เพราะเขาหรือเธอเป็นพลเมืองของรัฐหนึ่งรัฐใดโดยเฉพาะ<sup>55</sup>

<sup>51</sup> *Ibid*, para.164.

<sup>52</sup> ในกรณีนี้ คณะกรรมการอ้างอิงถึงดินแดนที่อิสราเอลยึดครอง รวมถึงดินแดนบริเวณตอนใต้ของเลบานอนและบริเวณหุบเขาเบกาตตะวันตก (West Bekaa) ในขณะนั้น

<sup>53</sup> Report of UN Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.93, *supra* note 40.

<sup>54</sup> Report of UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1/Add.90, *supra* note 34.

<sup>55</sup> Inter-American Commission on Human Rights, “Report on Human Rights and Terrorism,” 22 October 2002, Doc.5 rev.1 corr., para.44.

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างของการยืนยันหลักที่ว่าพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐอาจขยายไปถึงดินแดนนอกเขตอธิปไตยของรัฐอีกมากมาย เช่น กรณี *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay* ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอ้างอิงบทบัญญัติข้อ 2(1) แห่ง ICCPR ที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องเคารพและประกันสิทธิ “แก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตน” (to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction) และพิจารณาต่อไปว่ารัฐภาคีที่เกี่ยวข้องอาจต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิภายใต้ ICCPR ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำลงไปบนดินแดนของรัฐอื่นด้วย ไม่ว่าจะได้รับความยินยอมจากรัฐบาลของรัฐนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ ตามข้อ 5(1) แห่ง ICCPR ที่ไม่ให้ตีความกติกาขึ้นไปในทางที่จะให้รัฐหรือกลุ่มหรือบุคคลใดได้สิทธิกระทำการใดเพื่อทำลายสิทธิและเสรีภาพซึ่งได้รับการรับรองไว้ หรือจำกัดสิทธิยิ่งกว่าที่กฎหมายอนุญาต โดยคณะกรรมการฯ เชื่อว่าจะเป็นเรื่องที่ไร้จิตสำนึกหรือไร้ศีลธรรม (unconscionable) หากตีความความรับผิดชอบตามข้อ 2 แห่ง ICCPR เพื่ออนุญาตให้รัฐภาคีสามารถละเมิดสิทธิตามกติกาบนดินแดนของรัฐอื่นได้ โดยที่การละเมิดเช่นนั้นไม่สามารถกระทำได้ภายในดินแดนของรัฐภาคีนั้นเอง<sup>56</sup> เช่นเดียวกับความเห็นที่คณะกรรมการฯ ได้ให้ไว้ในกรณี *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*<sup>57</sup> โดยมีข้อสังเกตว่าในหลายๆกรณีที่พิพาทกันเรื่องพันธกรณีของรัฐอันเกี่ยวเนื่องกับประเด็นดินแดนของรัฐ คณะกรรมการฯ กล่าวถึงแต่เพียงการละเมิดสิทธิต่างๆของบุคคล “ภายในเขตอำนาจของรัฐภาคี” (within the State party’s jurisdiction) โดยไม่ได้กล่าวถึงดินแดนของรัฐภาคีเลย<sup>58</sup> รวมไปถึงในการพิจารณากรณีพิพาทเรื่องสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคหลายคดี ซึ่งยืนยันหลักพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนบังคับใช้นอกดินแดนของรัฐ เช่น ในคดี *Loizidou v. Turkey* ที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักว่า แนวคิดเรื่องเขตอำนาจ (jurisdiction) ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแคภายในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น ดังนั้น ความรับผิดชอบของรัฐภาคีจึงอาจมาจากการกระทำหรือการละเว้นกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันสร้างผลกระทบออกไปนอกดินแดนของรัฐ รวมทั้งเมื่อรัฐได้ใช้อำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพภายนอกดินแดนของรัฐ อันเป็นผลมาจากการกระทำทางทหารและการขยายอำนาจควบคุมโดยตรงโดยกองกำลังทหารของรัฐ หรือโดยผ่านการ

<sup>56</sup> UN Human Rights Committee, “*Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*,” 29 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, para.12.3.

<sup>57</sup> UN Human Rights Committee, “*Celiberti de Casariego v Uruguay*,” 29 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, paras.10.2-10.3.

<sup>58</sup> Theodor Meron, “Extraterritoriality of Human Rights Treaties,” *The American Journal of International Law*, Vol.89, No.1, p.80 (January 1995)

บริหารส่วนภูมิภาคก็ตาม<sup>59</sup> ทำนองเดียวกับคำตัดสินในคดี *Cyprus v. Turkey*<sup>60</sup> ที่ศาลได้ให้เหตุผลที่คล้ายคลึงกัน เหล่านี้เป็นต้น

#### 4.3.1.3 ความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศ

ความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านมีแนวโน้มสนับสนุนแนวคิดที่ว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีขอบเขตการบังคับใช้นอกเหนือดินแดนของรัฐภาคีเอง ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นในขณะร่างบทบัญญัติข้อ 2(1) แห่ง ICCPR ที่ไม่สนับสนุนการใช้คำว่าดินแดนในความหมายอย่างแคบ<sup>61</sup> โดยมีความเห็นว่ารัฐไม่ควรถูกปลดเปลื้องจากพันธกรณีที่รัฐมีต่อบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ เพียงเพราะพวกเขาไม่ได้อยู่ในดินแดนของรัฐ<sup>62</sup> ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เสริมในประเด็นนี้ว่าผู้ร่าง ICCPR ไม่ได้ตั้งใจให้รัฐหลีกเลี่ยงพันธกรณีของรัฐได้เมื่อรัฐนั้นได้ใช้เขตอำนาจภายนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐเอง แต่เจตนาที่จะปกป้องบุคคลในกรณีที่บุคคลอาศัยอยู่ต่างประเทศ ให้รัฐบ้านเกิดไม่สามารถอ้างได้ว่าบุคคลเหล่านั้นไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐบ้านเกิดแต่อยู่ในบังคับของรัฐที่เข้าไปอยู่อาศัย<sup>63</sup> และยังเห็นอีกว่าพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐจะติดตามไปทุกที่ที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ทางทหารหรือพลเรือนได้ใช้อำนาจ (ทั้งเขตอำนาจโดยนิตินัยหรือเขตอำนาจโดยพฤตินัย) เหนือบุคคลที่อยู่นอกดินแดนของรัฐ ซึ่งความเห็นนี้อาจถูกโต้แย้งได้ในกรณีที่ลักษณะและเนื้อหาของสิทธิหนึ่งสิทธิใดโดยเฉพาะหรือในสนธิสัญญาได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น<sup>64</sup> รวมไปถึงกรณีที่การละเมิดสิทธินอกดินแดนของรัฐเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ถือว่าเป็นการกระทำ

<sup>59</sup> Judgment of European Court of Human Rights, “Case of *Loizidou v. Turkey*,” 18 December 1996, Application no. 15318/89, para.52.

<sup>60</sup> Judgment of European Court of Human Rights, “Case of *Cyprus v. Turkey*,” 10 May 2001, Application no. 25781/94, para.76.

<sup>61</sup> Theodor Meron, *supra note 58*, pp.78-79.

<sup>62</sup> Markc J. Bossuyt, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p.53; see also Theodor Meron, *supra note 58*, pp.78-79.

<sup>63</sup> ICJ Reports, *supra note 39*, para.109.

<sup>64</sup> Theodor Meron, *supra note 58*, pp.80-81.

ของรัฐ ซึ่งตามหลักความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ<sup>65</sup> รัฐผู้ต้องรับผิดชอบ (responsible State) มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อการกระทำใดๆที่ถือเป็นการกระทำของรัฐอันละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ<sup>66</sup>

#### 4.3.2 วิเคราะห์ข้อต่อสู้ในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐภาคี

บทบัญญัติในสนธิสัญญา แนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ การตีความขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท รวมทั้งความเห็นส่วนใหญ่ในทางระหว่างประเทศต่างยืนยันหลักที่ว่าพันธกรณีของรัฐภาคีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแคภายในดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีเท่านั้น หากแต่ขยายไปถึงดินแดนที่รัฐภาคีสามารถใช้เขตอำนาจ (jurisdiction) หรืออำนาจควบคุม (control) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังครอบคลุมไปถึงปัจเจกบุคคลทั้งปวงที่รัฐภาคีสามารถใช้อำนาจเหนือด้วย ไม่ใช่เพียงพลเมืองหรือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีหรือบุคคลที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น ดังนั้น トラบิตที่อิสราเอลยังคงยึดครองดินแดนปาเลสไตน์หรือยังสามารถใช้อำนาจควบคุมบนดินแดนปาเลสไตน์ และยังสามารถใช้อำนาจทางทหารต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ได้ ย่อมกล่าวได้ว่าอิสราเอลสามารถใช้เขตอำนาจบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและสามารถใช้อำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ อันส่งผลให้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีมีผลบังคับใช้บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอึดครองของอิสราเอลด้วย

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าอิสราเอลยังยึดครองดินแดนในเขตเวสต์แบงก์อยู่ แม้จะมีการแบ่งเขตการปกครองและจัดสรรอำนาจในเวสต์แบงก์ออกเป็น 3 เขตโดยให้องค์กรบริหารปาเลสไตน์ (Palestinian National Authority หรือ PA) มีอำนาจควบคุมอย่างจำกัด แต่อำนาจ

<sup>65</sup> หลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ได้รับการยอมรับว่ามีฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และมีความพยายามรวบรวมหลักดังกล่าวโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission หรือ ILC) โดยใช้ชื่อว่า “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001”

<sup>66</sup> see Report of the International Law Commission, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001,” (Article 4 to 11), *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, Vol. II, Part Two, pp.40-51.

ควบคุมของ PA มีอยู่อย่างจำกัดมากและกองกำลัง IDF ของอิสราเอลยังสามารถเข้าควบคุมพื้นที่ในเขตปกครองของ PA ได้เสมอ บางเขตเช่นในเขต Area C กองกำลัง IDF ของอิสราเอลยังมีอำนาจควบคุมอย่างเต็มที่ในทุกด้าน ส่วนในเขตฉนวนกาซ่า แม้อิสราเอลจะได้ถอนกองกำลังออกไปจากพื้นที่ตั้งแต่ปี ค.ศ.2005 แต่การที่กองกำลัง IDF ของอิสราเอลยังคงควบคุมบริเวณชายแดนและทางเข้าออกของเขตฉนวนกาซ่า ทั้งยังมีอำนาจควบคุมการส่งจ่ายไฟฟ้าและสาธารณูปโภคอย่างอื่นเข้าไปยังพื้นที่ฉนวนกาซ่าได้ รวมไปถึงการออกคำสั่งทางทหารและมาตรการต่างๆเพื่อการสร้างและการใช้กำแพงความมั่นคงของอิสราเอลที่ยังส่งผลกระทบต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง<sup>67</sup> สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงอำนาจควบคุมของอิสราเอลต่อดินแดนปาเลสไตน์ซึ่งดำเนินมาตั้งแต่การยึดครองในปี ค.ศ.1967 จนถึงปัจจุบัน จึงอาจสรุปได้ว่าอิสราเอลยังคงมีอำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ดินแดนที่ถูกยึดครองและสามารถใช้เขตอำนาจบนดินแดนที่ถูกยึดครองได้ ดังนั้น สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีรวมถึงหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศย่อมมีผลบังคับใช้นอกดินแดนอธิปไตยของอิสราเอลและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของอิสราเอลด้วย ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกอิสราเอลยึดครองและประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของอิสราเอล ด้วยเหตุนี้ข้ออ้างในประเด็นนี้ของอิสราเอลจึงไม่อาจรับฟังได้

#### 4.4 ข้อต่อสู้ในเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้านสิทธิมนุษยชนแก่องค์กรบริหารปาเลสไตน์

ประเด็นสุดท้ายที่อิสราเอลใช้อ้างเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คือประเด็นที่อิสราเอลอ้างว่าองค์กรบริหารปาเลสไตน์ (Palestinian National Authority หรือ PA)<sup>68</sup> เป็นผู้ต้องรับผิดชอบในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไม่ใช่อิสราเอล

<sup>67</sup> ดูรายละเอียดของข้อเท็จจริงในบทที่ 2 หน้า 7 - 21.

<sup>68</sup> บางแหล่งข้อมูลแปลว่า “คณะปกครองปาเลสไตน์” โดย PA เป็นองค์กรปกครองที่ถูกก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1994 อันเป็นผลมาจาก Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements หรือ The Oslo I Accord (ข้อตกลงกรุงออสโลฉบับที่ 1) ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปาเลสไตน์โดย PLO จัดตั้งสภา (council) อันจะได้รับการถ่ายโอนอำนาจจากอิสราเอล โดย PA ถูกก่อตั้งเพื่อจัดการและควบคุมพื้นที่ที่อิสราเอลได้ถอนกำลังออกไปและที่อิสราเอลถ่ายโอนอำนาจให้

อีกทั้งเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.2014 องค์กร PLO และองค์กรอื่น<sup>69</sup> ในนามรัฐปาเลสไตน์<sup>70</sup> ได้ยอมรับตาม (acceded to) สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่สำคัญและตามอนุสัญญากรุงเจนีวาทั้งสี่ฉบับรวมทั้งพิธีสารเลือกรับและอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่สี่ด้วย<sup>71</sup> นอกจากนี้ กลุ่มฮามาสที่คุมอำนาจอยู่ในเขตฉนวนกาซาก็ได้มีคำแถลงการณ์ต่อสาธารณะว่าตนยอมรับที่จะเคารพต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย<sup>72</sup> จึงมีประเด็นว่าพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองเป็นพันธกรณีของอิสราเอลหรือได้ถูกถ่ายโอนไปยังองค์กรบริหารปาเลสไตน์หรือ PA หรือไม่

#### 4.4.1 ข้อเท็จจริงในการถ่ายโอนอำนาจของอิสราเอล

รัฐบาลอิสราเอลกับองค์กรปลดปล่อยปาเลสไตน์ (Palestine Liberation Organization หรือ PLO)<sup>73</sup> ได้ร่วมกันทำความตกลงชั่วคราวว่าด้วยเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซา<sup>74</sup>

<sup>69</sup> องค์กรบริหารปาเลสไตน์ (The Palestinian Authority หรือ PA) และสภานิติบัญญัติปาเลสไตน์ (The Palestinian Legislative Council หรือ PLC)

<sup>70</sup> ผู้เขียนใช้คำว่า “รัฐปาเลสไตน์” โดยแปลจากคำว่า “State of Palestine” ตามเอกสารรายงานโดยเลขาธิการแห่งสหประชาชาติหมายเลข A/HRC/34/38 ย่อหน้า 4 ที่เสนอต่อคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน รวมทั้งข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 66/146 และ 67/19

<sup>71</sup> Report of the UN Secretary-General, “Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,” 16 March 2017, A/HRC/34/38, para.4 ; see also Report of the UN High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolution S-9/1, “Human Rights Situation on Palestine and Other Occupied Arab Territories,” 10 August 2009, A/HRC/12/37, para.7 ; Report of the High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolution 7/1, “Human Rights Situation on Palestine and Other Occupied Arab Territories,” 6 June 2008, A/HRC/8/17, para.8.

<sup>72</sup> Report of the UN High Commissioner, A/HRC/12/37, *ibid.*

<sup>73</sup> PLO ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1964 โดยกลุ่มรัฐอาหรับและมีวัตถุประสงค์เพื่อประกาศเอกราชแก่รัฐปาเลสไตน์ ในการประชุมสุดยอดสันนิบาตอาหรับ Arab Summit ปี ค.ศ.1974 PLO ได้รับการรับรองจากที่ประชุมในฐาน ‘ตัวแทนโดยชอบด้วยกฎหมายเพียงหนึ่งเดียวของชาวปาเลสไตน์’ และเป็นตัวแทนของชาวปาเลสไตน์เข้าร่วมเป็นสมาชิกของสันนิบาตอาหรับ (The

ในปี ค.ศ.1995 อันมีผลเป็นการถ่ายโอนอำนาจในการปกครองดินแดนในเขตเวสต์แบงก์บางส่วนไปให้ PA โดยบทบัญญัติข้อ XIX แห่งความตกลงชั่วคราว<sup>74</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรม ได้กำหนดให้อิสราเอลและสภาต้องใช้อำนาจและมีความรับผิดชอบตามที่ความตกลงกำหนด โดยต้องคำนึงถึงแบบแผนอันได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ หลักการแห่งสิทธิมนุษยชน และหลักนิติธรรม<sup>75</sup> อย่างไรก็ตาม ไม่มีบทบัญญัติข้อใดที่มีผลเป็นการส่งมอบความรับผิดชอบในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไปให้แก่ PA<sup>76</sup>

#### 4.4.2 การยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของ PLO

เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.2014 PLO ในนามรัฐปาเลสไตน์ได้ยอมรับตาม (acceded to) สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่สำคัญและตามอนุสัญญากรุงเจนีวาทั้งสองฉบับ รวมทั้งพิธีสารเลือกรับและอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่สี่ด้วย<sup>77</sup> โดยปาเลสไตน์ยังไม่ได้รับสถานะรัฐอย่างเป็นทางการ อย่างไรก็ตาม มีความเห็นในทางระหว่างประเทศที่สนับสนุนแนวคิดที่ว่าองค์การที่ไม่ใช่รัฐ

League of Arab States หรือ Arab League) อีกทั้งยังได้รับการยอมรับภายในองค์การว่าเป็นรัฐเอกราชในนาม “รัฐปาเลสไตน์” (State of Palestine) นับแต่นั้นเป็นต้นมา PLO ก็เป็นตัวแทนของชาวปาเลสไตน์ในสหประชาชาติ, กลุ่มประเทศไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Non-Aligned Movement) และองค์การการประชุมอิสลาม (Organisation of the Islamic Conference) ซึ่งปัจจุบันเปลี่ยนเป็นชื่อองค์การความร่วมมืออิสลาม (Organisation of Islamic Cooperation) เป็นต้น ในปี ค.ศ.1994 อิสราเอลได้รับรองว่า PLO มีฐานะเป็นตัวแทนของประชาชนชาวปาเลสไตน์ในจดหมายจากนายกรัฐมนตรีของอิสราเอลในขณะนั้น (Yitzhak Rabin) ถึงอดีตประธานองค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ (Yasser Arafat)

<sup>74</sup> Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza หรือ Oslo II Accord

<sup>75</sup> Article XIX of Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip : “Human Rights and the Rule of Law :

Israel and the Council shall exercise their powers and responsibilities pursuant to this Agreement with due regard to internationally-accepted norms and principles of human rights and the rule of law.”

<sup>76</sup> Oxford Public Interest Lawyer, *supra note 14*, para.182.

<sup>77</sup> *supra note 71*.

ก็อาจมีพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนได้ เช่นกลุ่มผู้เสนอรายงานพิเศษ (special rapporteurs) เคยให้ความเห็นไว้ว่าองค์การที่มีใช้รัฐ (non-State actor) ซึ่งไม่สามารถเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ ยังคงเป็นองค์การที่ต้องอยู่ภายใต้บรรทัดฐานของประชาคมระหว่างประเทศ (subject to the demand of the international community) ดังที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่าทุกหน่วยของสังคมจะมุ่งมั่นส่งเสริมการเคารพสิทธิและเสรีภาพ จึงสมควรที่จะเรียกร้องให้กลุ่มติดอาวุธ (armed group) ต้องเคารพต่อแบบแผนของสิทธิมนุษยชนเมื่อกองกำลังเหล่านั้นได้ใช้อำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือดินแดนและประชาชน และสามารถมีโครงสร้างทางการเมืองได้<sup>78</sup> ดังนั้น องค์การ PLO ในนามรัฐปาเลสไตน์จึงสามารถยอมรับพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนไว้ได้ และถึงแม้จะยังมีการถกเถียงกันถึงสถานะความเป็นรัฐของปาเลสไตน์และความสามารถในการเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอยู่ก็ตาม แต่หน้าที่ในการเคารพและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนเป็นภาระของปัจเจกชนทุกคนและทุกหน่วยของสังคม ดังที่เขียนไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอันถือเป็นตราสารยืนยันถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

#### 4.4.3 วิเคราะห์ข้อต่อสู้ในเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้านสิทธิมนุษยชนแก่องค์การบริหารปาเลสไตน์

แม้อิสราเอลจะได้ถ่ายโอนอำนาจบางส่วนในการปกครองดินแดนที่ถูกยึดครองให้แก่ PA ก็ตาม แต่ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้ PA หรือองค์กรอื่นที่กระทำการในนามรัฐปาเลสไตน์ต้องรับผิดชอบในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในดินแดนที่ถูกยึดครองแทนอิสราเอล อีกทั้งในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีก็ไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐภาคีสามารถถ่ายโอนพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของตนให้แก่บุคคลอื่นหรือรัฐอื่นกระทำแทนได้ และเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีการก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง การออกคำสั่งยึดทรัพย์สิน การสร้างเขตปิดทางทหารซึ่งผู้อยู่อาศัยต้องขออนุญาต ตลอดจนมาตรการอื่นๆ อันมาจากการใช้อำนาจของอิสราเอลนอกดินแดนอธิปไตยของตนซึ่งเป็นพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจเช่นนั้น ทั้งจากการสร้างกำแพง ส่วนประกอบที่ติดกับกำแพง และมาตรการอื่นๆ อันเกี่ยวเนื่องด้วยการสร้างและการใช้กำแพง จะเห็นได้ว่าอิสราเอลยังสามารถใช้อำนาจควบคุมได้

<sup>78</sup> อ้างใน Report of the UN High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolution S-9/1, “Human Rights Situation on Palestine and Other Occupied Arab Territories,” 10 August 2009, A/HRC/12/37, p.5.



อย่างมีประสิทธิภาพต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครอง อีกทั้งการยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของรัฐปาเลสไตน์ก็ไม่ได้ทำให้พันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนของอิสราเอลระงับสิ้นไป อิสราเอลในฐานะรัฐที่ใช้อำนาจยึดครองยังมีความผูกพันต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และยังมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองนั้นในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง<sup>79</sup> นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้วางหลักไว้อีกว่าอิสราเอลมีพันธกรณีที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิตาม ICESCR ในพื้นที่ซึ่งอิสราเอลได้ถ่ายโอนอำนาจไปให้องค์การบริหารปาเลสไตน์อีกด้วย<sup>80</sup> ดังนั้น พันธกรณีของอิสราเอลตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนจึงยังคงมีอยู่ตราบเท่าที่อิสราเอลยังคงใช้อำนาจเหนือดินแดนที่ถูกยึดครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ ข้อต่อสู้ในประเด็นนี้ของอิสราเอลจึงฟังไม่ขึ้น

#### 4.5 บทสรุป

ประเด็นปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ตามที่ได้ศึกษาแบ่งออกได้เป็น 4 ประเด็นได้แก่ ประเด็นแรกคือประเด็นการตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี ส่วนอีก 3 ประเด็นสุดท้ายคือข้อต่อสู้ที่อิสราเอลใช้อ้างเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายอันได้แก่ ประเด็นการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในยามสงคราม ประเด็นการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่มีเชื้อพลเมืองของรัฐภาคี และประเด็นเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้านสิทธิมนุษยชนแก่องค์การบริหารปาเลสไตน์ หรือ PA

ประเด็นแรกได้แก่การตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อิสราเอลได้ตั้งข้อสงวนและทำคำแถลงตีความต่อ ICCPR , CEDAW และ CRPD อันเป็นข้อสงวนเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้เฉพาะเรื่องของสถานะบุคคล การสมรส และเรื่องต้องห้ามทางศาสนาบางประการ โดยอิสราเอลขอสงวนสิทธิเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายภายใน นอกจากนี้ยังมีข้อสงวนหรือคำแถลงตีความต่อ CEDAW , CERD และ CAT ว่าจะไม่ผูกพันบทบัญญัติในเรื่องการ

<sup>79</sup> Report of the Secretary-General, “Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,” 5 March 2015, A/HRC/28/45, para.5 ; Report of the Secretary-General, A/HRC/34/38, *supra* note 71, para.7.

<sup>80</sup> ICJ Reports, *supra* note 39, para.112.

ระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาและต่อ CAT ว่าจะไม่ยอมรับการตรวจสอบจากคณะกรรมการฯตามอนุสัญญา อีกทั้งยังมีคำแถลงต่อพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ซึ่งมีลักษณะเป็นคำแถลงตามความในบทบัญญัติข้อ 3(2) ของพิธีสารเลือกรับฯที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องแถลงถึงเกณฑ์ด้านอายุขั้นต่ำและมาตรการป้องกัน (safeguards) ที่รัฐจัดให้มีเพื่อประกันว่าจะไม่มีการเกณฑ์บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเข้าสู่กองทัพโดยบังคับหรือข่มขู่ โดยอิสราเอลไม่ได้ตั้งข้อสงวนหรือทำคำแถลงตีความไว้ใน ICESCR , CRC และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก อย่างไรก็ตาม ไม่มีข้อสงวนหรือคำแถลงตีความใดที่มีผลกระทบต่อหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอิสราเอลในการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครอง โดยเฉพาะพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่ผู้เขียนเลือกศึกษาอันได้แก่สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

ส่วนการเลียงพันธกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อิสราเอลได้ประกาศภาวะฉุกเฉินภายในรัฐมาตั้งแต่เดือนพฤษภาคม ค.ศ.1948 ซึ่งอิสราเอลถือเป็นภาวะฉุกเฉินสาธารณะอันเป็นภัยคุกคามความอยู่รอดของชาติตามความหมายของบทบัญญัติข้อ 4 แห่ง ICCPR และได้แจ้งขอเลียงพันธกรณีในข้อ 9 แห่ง ICCPR อันเป็นพันธกรณีในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกายจากการถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่มีการแจ้งรัฐอื่นให้ทราบถึงการขอเลียงพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในข้ออื่น ซึ่งขั้นตอนการแจ้งการเลียงพันธกรณีเช่นนั้นเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายที่สำคัญอันส่งผลถึงการมีผลบังคับใช้ของการเลียงพันธกรณีตามข้อ 4(3) ดังนั้น อิสราเอลจึงไม่อาจอ้างภาวะฉุกเฉินสาธารณะเพื่อเลียงพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในข้ออื่น ๆ ได้ อย่างไรก็ตาม การที่อิสราเอลประกาศภาวะฉุกเฉินอย่างต่อเนื่องมานานกว่า 69 ปียังเป็นที่น่าสงสัยว่าภัยคุกคามเช่นนั้นถึงขนาดเป็นภัยคุกคามความอยู่รอดของชาติมาตลอดระยะเวลาดังกล่าวหรือไม่ และเนื่องจากการเลียงพันธกรณีมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นและเป็นการชั่วคราว อีกทั้งยังต้องได้สัดส่วนกับความจำเป็นในการแก้ไขสถานการณ์ที่เป็นภาวะฉุกเฉินตามหลักความได้สัดส่วนอันเป็นเงื่อนไขของการเลียงพันธกรณีด้วย ทำให้เกิดคำถามต่อไปอีกว่าภาวะฉุกเฉินสาธารณะที่อิสราเอลยกขึ้นอ้างรวมทั้งมาตรการอันเป็นการเลียงพันธกรณีในข้อ 9 แห่ง ICCPR นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ควรที่จะต้องมีการศึกษาโดยละเอียดต่อไป

ประเด็นที่สองได้แก่ข้อต่อสู้ของอิสราเอลในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในยามสงคราม โดยอิสราเอลอ้างว่าในเวลาที่เกิดสถานการณ์ความขัดแย้งหรือภาวะขัดกันทางอาวุธเช่นที่เกิดขึ้นในดินแดนเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่า ต้องบังคับใช้กฎหมายภาคสงครามอันได้แก่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น และปฏิเสธการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนภายในดินแดนที่ถูกยึดครอง ปัญหาของประเด็นนี้มิว่าการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในภาวะสงครามเป็นการระงับซึ่งการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ จากการศึกษาพบว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดวิธีการใช้กำลังในการสู้รบและบังคับใช้เฉพาะเวลาที่มีการขัดกันทางอาวุธหรือในภาวะสงครามเท่านั้น ส่วนกฎหมายสิทธิมนุษยชนกำหนดพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและบังคับใช้ทั้งในยามสงบและในยามที่มีการขัดกันทางอาวุธด้วย เนื่องจากพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนมีรากฐานมาจากการรับรองสิทธิอันติดตัวมาแต่กำเนิดของมนุษย์ทุกคน ซึ่งสิทธิเหล่านั้นอาจถูกละเมิดได้ทั้งในยามสงบและในยามที่มีการขัดกันทางอาวุธ และการคุ้มครองสิทธิตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้ระงับไปในกรณีของการขัดกันทางอาวุธ เว้นแต่จะเป็นผลแห่งบทบัญญัติว่าด้วยการเลี่ยงพันธกรณีในทำนองเดียวกับข้อ 4 แห่ง ICCPR ดังนั้น เมื่ออิสราเอลไม่ได้แจ้งเพื่อเลี่ยงพันธกรณีในเรื่องสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ จึงไม่อาจอ้างการเลี่ยงพันธกรณีตามข้อ 4 แห่ง ICCPR เพื่อเลี่ยงไม่เคารพและปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านี้ได้ อีกทั้งในกรณีของสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง และสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจละเมิดได้หรือไม่อาจเลี่ยงพันธกรณีได้แม้ในภาวะสงครามหรือภาวะที่มีการขัดกันทางอาวุธ ย่อมไม่อาจอ้างการเลี่ยงพันธกรณีที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดขึ้นอ้างได้ และเมื่ออิสราเอลไม่อาจอ้างการเลี่ยงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ อิสราเอลย่อมต้องบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งในภาวะสงครามและภาวะสงบ ข้ออ้างนี้จึงฟังไม่ขึ้น

ประเด็นที่สามได้แก่ข้อต่อสู้ของอิสราเอลในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐภาคี ซึ่งจากการศึกษาพบว่าแม้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะไม่ได้บัญญัติในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้ในดินแดนอย่างชัดเจน แต่ก็มีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งต่อบุคคลและภายในดินแดนที่รัฐภาคีมี “เขตอำนาจ” เช่นใน ICCPR ข้อ 2(1) ที่กำหนดว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายในเขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ...” , ใน

CRC ข้อ 2(1) ที่กำหนดว่า “รัฐภาคีต้องเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กทุกคนภายใต้เขตอำนาจของรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใดๆ...” และใน CAT ข้อ 2(1) ที่กำหนดว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินการมาตรการต่างๆทั้งทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ หรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำการทรมานในอาณาเขตใดๆซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน” เป็นต้น อีกทั้งแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศและการตีความขององค์การวิจัยข้อพิพาทเช่นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็วางหลักไว้ค่อนข้างชัดเจนว่าพันธกรณีของรัฐภาคีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแค่ภายในดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีเท่านั้น หากแต่ขยายไปถึงดินแดนที่รัฐภาคีสามารถใช้เขตอำนาจ (jurisdiction) หรืออำนาจควบคุม (control) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังครอบคลุมไปถึงปัจเจกบุคคลทั้งปวงที่รัฐภาคีสามารถใช้อำนาจเหนือด้วย ไม่ใช่เพียงพลเมืองหรือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีหรือบุคคลที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น ดังนั้น ตราบไคท์อิสราเอลยังคงยึดครองดินแดนปาเลสไตน์หรือยังสามารถใช้อำนาจควบคุมบนดินแดนปาเลสไตน์และยังสามารถใช้อำนาจทางทหารต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ได้ ย่อมกล่าวได้ว่าอิสราเอลสามารถใช้เขตอำนาจบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและสามารถใช้อำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ อันส่งผลให้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีมีผลบังคับใช้บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของอิสราเอลด้วย ข้ออ้างนี้ของอิสราเอลจึงฟังไม่ขึ้น

ประเด็นสุดท้ายได้แก่ข้อต่อสู้ของอิสราเอลในเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้านสิทธิมนุษยชนแก่องค์การบริหารปาเลสไตน์หรือ PA โดยอิสราเอลอ้างว่ารัฐบาลอิสราเอลกับองค์กรปลดปล่อยปาเลสไตน์หรือ PLO ได้ร่วมกันทำความตกลงชั่วคราวว่าด้วยเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่าในปี ค.ศ.1995 อันมีผลเป็นการถ่ายโอนอำนาจในปกครองดินแดนในเขตเวสต์แบงก์บางส่วนไปให้ PA แล้ว อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาความตกลงดังกล่าวพบว่าไม่มีบทบัญญัติข้อใดที่มีผลเป็นการส่งมอบพันธกรณีและความรับผิดชอบของอิสราเอลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไปให้แก่ PA มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดอิสราเอลและ PA ต้องใช้อำนาจและมีความรับผิดชอบตามที่ความตกลงกำหนด โดยต้องคำนึงถึงแบบแผนอันได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ หลักการแห่งสิทธิมนุษยชน และหลักนิติธรรม อีกทั้งในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีก็ไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐภาคีสามารถถ่ายโอนพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของตนให้แก่บุคคลอื่นหรือรัฐอื่นกระทำแทนได้ และเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีการก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ทั้งการออกคำสั่งต่างๆตลอดจนมาตรการอื่นๆอันเกี่ยวข้องกับการสร้างกำแพงและการใช้อำนาจของอิสราเอลนอกดินแดนอธิปไตยของตนซึ่งกระทบต่อประชาชนชาว

ปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครอง ยังคงแสดงให้เห็นถึงอำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครอง อีกทั้งการยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์กรผู้กระทำการในนามชาวปาเลสไตน์ก็ไม่ได้ทำให้พันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนของอิสราเอลระงับสิ้นไป ดังนั้นอิสราเอลในฐานะรัฐที่ใช้อำนาจยึดครองยังมีความผูกพันต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนและยังมีพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในดินแดนปาเลสไตน์ตราប់ที่อิสราเอลยังคงยึดครองดินแดนปาเลสไตน์หรือใช้อำนาจควบคุมบนดินแดนปาเลสไตน์ และยังสามารถใช้อำนาจทางทหารต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ ข้ออ้างนี้ของอิสราเอลจึงฟังไม่ขึ้น

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าข้ออ้างทั้งสามประเด็นของอิสราเอลเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีไม่อาจรับฟังได้ อีกทั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลได้แจ้งไว้ไม่มีผลกระทบต่อพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ อันเป็นพันธกรณีที่อิสราเอลมีต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ผู้เขียนเลือกศึกษา ดังนั้น กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจึงมีผลบังคับใช้ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองรวมทั้งต่อกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนดังกล่าวด้วย โดยการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองนี้ได้รับการยืนยันหลายครั้งเช่นเดียวกับการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ทั้งโดยศาลและองค์กรต่างๆที่เกี่ยวข้อง<sup>81</sup> และในบทที่ 5

<sup>81</sup> เช่น ICJ Reports, *supra note 39*, paras.111-114 ; Resolution of UN General Assembly, “Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People in the Occupied Palestinian Territory, including Jerusalem,” 10 February 1999, A/RES/53/56, paras.2 and 5 ; Resolution adopted by the Human Rights Council, “Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,” 20 April 2016, A/HRC/RES/31/34 ; Report by the Special Rapporteur, Jean Ziegler, “The Right to Food,” 31 October 2003, E/CN.4/2004/10/Add.2, para.23 ; Report of the UN High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolution S-9/1, A/HRC/12/37, *supra note 78*, paras.5-6 ; Report of the Secretary-General, “Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,” 25 August 2014, A/69/347, paras.3, 5, 11 and 12 ; Report of the Secretary-General, A/HRC/28/45, *su-*

ผู้เขียนจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นต่อไปในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง



---

*pra note 79*, paras.3, 5 ; Report by the Secretary-General, “Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,” 20 January 2016, A/HRC/31/44, para.3 ; Report of the Secretary-General, A/HRC/34/38, *supra note 71*, paras.3, 6 เป็นต้น

## บทที่ 5

### ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง

การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002 โดยอ้างเหตุผลด้านความมั่นคงของพลเมืองอิสราเอลและเพื่อป้องกันการโจมตีอิสราเอลโดยผู้ก่อการร้ายชาวปาเลสไตน์ รวมทั้งการออกคำสั่งและมาตรการอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการสร้างและการใช้กำแพงดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อสิทธิและการดำรงชีวิตของประชาชนชาวปาเลสไตน์อย่างมหาศาล อีกทั้งเส้นทางของแนวกำแพงบางส่วนไม่ได้ตั้งอยู่บนแนวเส้น Green Line อันเป็นเส้นแบ่งเขตตามความตกลงสงบศึกชั่วคราว ค.ศ. 1949 ที่ทำขึ้นระหว่างอิสราเอลและรัฐคู่สงครามในขณะนั้น<sup>1</sup> และรุกล้ำเข้าไปยังดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง กำแพงบางส่วนถูกสร้างโอบล้อมนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลที่เข้าไปตั้งถิ่นฐานที่อยู่อาศัยภายในดินแดนที่ถูกยึดครองหลายแห่งมาตั้งแต่การเข้ายึดครองของอิสราเอลในปี ค.ศ. 1967 ทำให้นิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลอยู่ในฝั่งตะวันตกของกำแพงซึ่งเป็นฝั่งที่อยู่ติดกับชายแดนอิสราเอล รวมไปถึงชุมชนหลายแห่งของชาวปาเลสไตน์ที่แม้จะตั้งอยู่บนดินแดนที่ถูกยึดครอง แต่ต้องตกอยู่ทางฝั่งตะวันตกของกำแพงและถูกปิดกั้นจากดินแดนของชาวปาเลสไตน์ส่วนที่เหลือ ซึ่งข้อเท็จจริงและผลกระทบเหล่านี้ต่อชาวปาเลสไตน์นำไปสู่ปัญหาในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าการกระทำของอิสราเอลในการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองนี้ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่บังคับใช้ในดินแดนที่ถูกยึดครองหรือไม่

ประเด็นนี้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ ES-10/14 เพื่อขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำวินิจฉัยอย่างเร่งด่วนถึงความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงของอิสราเอลซึ่งในปี ค.ศ. 2004 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีความเห็นเชิงปริกษาคติผลทางกฎหมายของการ

<sup>1</sup> อิสราเอลทำความตกลงสงบศึกชั่วคราว (armistice agreement) กับจอร์แดน, อียิปต์, เลบานอน และซีเรีย ในปี ค.ศ. 1949 และกำหนดเส้น Green Line เพื่อเป็นเส้นแบ่งเขตแดนเฉพาะจุดระหว่างอิสราเอลกับดินแดนที่ในปัจจุบันเป็นเขตเวสต์แบงก์, ฉนวนกาซ่า, ที่ราบสูงโกลัน และคาบสมุทรไซไน ซึ่งแม้จะยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าเส้น Green Line เป็นเส้นกำหนดเขตแดนถาวรของอิสราเอลหรือไม่ แต่แนวเขตดังกล่าวก็เป็นเพียงแนวเขตเดียวที่อิสราเอลเคยทำความตกลงกับประเทศเพื่อนบ้าน

สร้างกำแพงในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง<sup>2</sup> และวินิจฉัยว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และอิสราเอลไม่อาจอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองหรือความจำเป็นของรัฐเพื่อลบล้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสร้างกำแพงได้ อีกทั้งยังมีคำสั่งให้อิสราเอลต้องยุติการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องระงับการดำเนินงานก่อสร้างกำแพงในส่วนที่กำลังก่อสร้างอยู่ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองในทันที รวมทั้งภายในและบริเวณโดยรอบเยรูซาเลมตะวันออก และรื้อถอนกำแพงส่วนที่สร้างเสร็จแล้ว อีกทั้งยังต้องยกเลิกกฎหมายและข้อบังคับที่ปวงอันเกิดขึ้นเนื่องจากการสร้างกำแพงในทันที และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ปวงอันเนื่องมาจากการสร้างกำแพงในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง รวมทั้งภายในและบริเวณโดยรอบเยรูซาเลมตะวันออกด้วย เช่นเดียวกับองค์กรต่างๆด้านสิทธิมนุษยชนที่ต่างมีความเห็นไปในทางเดียวกันว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลนั้นละเมิดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและอิสราเอลมีพันธกรณีที่จะต้องยุติการกระทำดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลภายในของอิสราเอลได้มีคำพิพากษาในประเด็นนี้ไว้เมื่อปี ค.ศ.2004<sup>3</sup> และ ค.ศ.2005<sup>4</sup> โดยศาลสูงแห่งอิสราเอลได้วางหลักไว้ว่าอิสราเอลมีอำนาจก่อสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองรวมทั้งมีอำนาจออกคำสั่งยึดทรัพย์สินของชาวปาเลสไตน์เพื่อการก่อสร้างกำแพงด้วย หากมีเหตุผลในเรื่องความจำเป็นทางทหารและความมั่นคงอันได้แก่การคุ้มครองสิทธิของชาวอิสราเอลที่เข้าไปตั้งถิ่นฐานในดินแดนที่ถูกยึดครอง และเส้นทางของกำแพงจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนระหว่างความจำเป็นทางด้านความมั่นคงกับสิทธิของประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งคำวินิจฉัยในส่วนนี้ของศาลสูงแห่งอิสราเอลขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในความเห็นเชิงปรึกษาปี ค.ศ.2004 ที่เห็นว่าการสร้างกำแพงภายในดินแดนที่ถูกยึดครองทุกส่วนมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี นับแต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีความเห็นเชิงปรึกษาจนถึงปัจจุบันอิสราเอลยังคงยึดครองดินแดนปาเลสไตน์ ยังคงดำเนินการก่อสร้างกำแพงบนดินแดนที่ถูกยึดครองต่อไปและไม่ได้รื้อถอนกำแพงส่วนที่ตั้งอยู่บนดินแดนที่ถูกยึดครองในบางพื้นที่ อีกทั้งในปัจจุบันยังปรากฏว่ามีการใช้มาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการสร้างและการใช้กำแพงอันส่งผลกระทบต่อ

<sup>2</sup> ICJ Reports, “Legality Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,” Advisory Opinion, 9 July 2004.

<sup>3</sup> Israel : High Court of Justice, “Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel,” Judgment, HCJ 2056/04, 30 June 2004.

<sup>4</sup> Israel : High Court of Justice, “Mara’abe v. The Prime Minister of Israel,” Judgment, HCJ 7957/04, 15 September 2005.



ความเดือดร้อนให้แก่ประชาชนชาวปาเลสไตน์จำนวนมากที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง จึงมีประเด็นทางกฎหมายว่าการกระทำทั้งหลายของอิสราเอลในปัจจุบันอันเกี่ยวกับการสร้างกำแพงบนดินแดนที่ถูกยึดครองชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเลือกศึกษาและวิเคราะห์ในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชน 8 หลักอันได้แก่สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอโดยวิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีของอิสราเอลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน 8 สิทธินี้กับข้อเท็จจริงในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองในปัจจุบัน

## 5.1 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย

### 5.1.1 ผลกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย

กำแพงของอิสราเอลก่อให้เกิดสิ่งกีดขวางในการเดินทางระหว่างพื้นที่สองฝั่งของกำแพงของชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครอง รวมทั้งมาตรการอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการใช้กำแพงที่อิสราเอลบังคับใช้ในพื้นที่เหล่านี้เช่น จุดตรวจ เขตกันชนตามแนวกำแพง ระบบการขออนุญาตเข้าออกและขออนุญาตอยู่อาศัยในพื้นที่ปิดทางทหาร และการเปิดปิดประตูกำแพงที่ไม่มีกำหนดแน่นอนและไม่สามารถคาดหมายได้ เป็นต้น ซึ่งมาตรการเหล่านี้ก่อให้เกิดอุปสรรคอย่างมากในการเดินทางของชาวปาเลสไตน์ โดยเฉพาะประชาชนชาวปาเลสไตน์ซึ่งชุมชนที่อยู่อาศัยถูกโอบล้อมด้วยกำแพงและต้องตกอยู่ในฝั่งตะวันตกของแนวกำแพงอันมีลักษณะเป็นพื้นที่ปิดล้อมและถูกตัดขาดจากดินแดนที่ถูกยึดครองในส่วนที่เหลือ ประชาชนชาวปาเลสไตน์เหล่านี้นอกจากต้องพบอุปสรรคในการเดินทางทั้งจากข้อจำกัดในการเข้าไปยังอิสราเอลแล้ว ยังต้องพบอุปสรรคในการเดินทางผ่านกำแพงเพื่อกลับไปยังที่ดินและแหล่งประกอบอาชีพของพวกเขา รวมไปถึงการเข้าถึงบริการและสาธารณูปโภคต่างๆที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เขตเวสต์แบงก์ทางฝั่งตะวันออกของกำแพงอีกด้วย อีกทั้งยังเป็นการกีดขวางผู้มีอาชีพเกษตรกรและเจ้าของที่ดินชาวปาเลสไตน์ที่อาศัยอยู่ในชุมชนจำนวน 150 แห่งออกจากที่ดินและแหล่งทำกินของพวกเขา<sup>5</sup> นอกจากนี้ในทางปฏิบัติยังพบว่าอิสราเอลได้มีคำสั่งจำกัดการใช้เส้นทางหลักหรือถนนหลวงบางสายต่อชาวปาเลสไตน์โดยเฉพาะในเขตเวสต์แบงก์ ในขณะที่ผู้อยู่

<sup>5</sup> Human Rights Watch, “World Report 2016 : Israel/Palestine,” Accessed 16 June 2016, <https://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/israel/palestine>.

อาศัยชาวอิสราเอลสามารถเดินทางบนถนนเหล่านี้ได้โดยเสรี และอุปสรรคจากจุดตรวจของอิสราเอลที่มีประมาณ 340 จุดทั่วเขตเวสต์แบงก์ซึ่งแต่ละจุดต้องใช้เวลาหลายชั่วโมงในการผ่านไปได้<sup>6</sup>

ชาวปาเลสไตน์ที่มีที่อยู่อาศัยหรือที่ดินทางการเกษตรในพื้นที่ปิดทางทหารซึ่งพวกเขาต้องได้รับใบอนุญาตให้อยู่อาศัยหรือเข้าไปทำเกษตรกรรมในบ้านเรือนหรือที่ดินของพวกเขาเอง ต้องประสบกับการปฏิเสธใบอนุญาตอยู่บ่อยครั้งโดยไม่มีเหตุผลจากเจ้าหน้าที่อิสราเอล และการปฏิเสธใบอนุญาตอยู่อาศัยตามอำเภอใจนี้เป็นการบังคับชาวปาเลสไตน์บางคนให้ต้องพลัดถิ่นฐานจากบ้านเรือนหรือที่ดินของพวกเขา การเปิดปิดประตูกำแพงที่ไม่แน่นอนเป็นการกีดกันการเข้าหรือการพักอาศัยของชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครอง รวมถึงเป็นอุปสรรคต่อชาวปาเลสไตน์ในการเดินทางออกจากอิสราเอลเพื่อกลับเข้าไปยังดินแดนที่ถูกยึดครองส่วนอื่นๆ และยังส่งผลเป็นการบังคับทางอ้อมให้ชาวปาเลสไตน์บางส่วนต้องย้ายออกจากบ้านเดิมของพวกเขาเพื่อไปหางานทำอีกด้วย ซึ่งมาตรการเหล่านี้กระทบต่อการจ้างงาน ต่อการตลาด ต่อเศรษฐกิจในภาพรวม และต่อการดำรงชีวิตอย่างปกติสุขของชาวปาเลสไตน์เป็นอย่างมาก

### 5.1.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย

อิสราเอลมีพันธกรณีที่ต้องเคารพต่อสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายของชาวปาเลสไตน์ตามบทบัญญัติข้อ 12 แห่ง ICCPR และข้อ 13 แห่ง UDHR รวมทั้งเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพที่จะออกจากประเทศใดๆรวมถึงประเทศของตน และสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตน อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดในเสรีภาพในการโยกย้ายอาจมีได้เพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดและที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น อีกทั้งข้อจำกัดนั้นยังต้องสอดคล้องกับสิทธิอื่นๆด้วย

แม้อิสราเอลอาจกำหนดข้อจำกัดเสรีภาพในการโยกย้ายได้หากเป็นข้อจำกัดตามเงื่อนไขในบทบัญญัติข้อ 12(3) แต่ข้อจำกัดเช่นว่านั้นจะต้องไม่เป็นการยกเลิกสิทธิ ต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือกระทำตามอำเภอใจ และต้องจำเป็นและได้สัดส่วนกับเป้าหมายในการมี

<sup>6</sup> B'Tselem, “Background on the restriction of movement,” 16 June 2016, [http://www.btselem.org/freedom\\_of\\_movement](http://www.btselem.org/freedom_of_movement).

ข้อจำกัดนั้นด้วย<sup>7</sup> ซึ่งบรรดาข้อจำกัดของอิสราเอลต่อสิทธิในการโยกย้ายของชาวปาเลสไตน์อาจถือไม่ได้ว่ามีความจำเป็น และอาจไม่ได้สัดส่วนกับภัยคุกคามจากกองกำลังหรือผู้ก่อการร้ายชาวปาเลสไตน์ที่อิสราเอลจะอ้างเป็นความจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติและความสงบเรียบร้อยได้ เพราะอิสราเอลมีทางเลือกอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของชาวปาเลสไตน์น้อยกว่านี้ เช่น อิสราเอลอาจสร้างกำแพงตามแนว Green Line ซึ่งจะไม่เป็นการกีดกันชาวปาเลสไตน์ที่มีที่ดินหรือที่อยู่อาศัยในบริเวณนั้น และอิสราเอลยังอาจเปิดประตูกำแพงมากกว่านี้โดยมีระบบรักษาความปลอดภัยและการตรวจสอบอาวุธที่เข้มงวด เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม อิสราเอลยังอาจอ้างได้อีกว่าข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นซึ่งได้แก่ชาวอิสราเอลที่อยู่ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง แต่ข้อจำกัดเช่นนั้นต้องสอดคล้องกับสิทธิอื่นๆที่ถูกรับรองไว้ใน ICCPR รวมทั้งสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอื่นๆและจารีตประเพณีด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากมาตรการที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อชาวปาเลสไตน์เพราะมาตรการอันเป็นข้อจำกัดการเดินทางเหล่านี้ไม่ได้ใช้บังคับต่อชาวอิสราเอลซึ่งเป็นผู้อยู่อาศัยในนิคมที่ตั้งอยู่ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง จึงเป็นที่น่าสงสัยว่ามาตรการเหล่านี้จะละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอื่นๆเช่นสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติอันมีฐานะเป็นทั้งสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาและตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติยังมีฐานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจถูกจำกัดและไม่อาจเลี่ยงพันธกรณีได้แม้ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะก็ตาม

ดังนั้น การสร้างกำแพงรวมทั้งมาตรการอื่นของอิสราเอลอันเป็นข้อจำกัดต่อสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ และเสรีภาพในการเดินทางเข้าออกประเทศของชาวปาเลสไตน์จึงมีแนวโน้มที่จะละเมิดต่อพันธกรณีของอิสราเอลตามข้อ 12 แห่ง ICCPR และไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้เคยวินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกันว่าการสร้างกำแพงและมาตรการอื่นๆของอิสราเอลเป็นอุปสรรคต่อเสรีภาพในการโยกย้ายของผู้ที่อาศัยอยู่ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement),” 2 November 1999, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, paras.2, 15, 18.

<sup>8</sup> ICJ Reports, *supra* note 2, para.134.

## 5.2 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

### 5.2.1 ผลกระทบต่อสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

การออกคำสั่งและมาตรการต่างๆของเจ้าหน้าที่อิสราเอลอันเกี่ยวกับการสร้างและการใช้กำแพงมีผลบังคับใช้ต่อชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยเฉพาะ โดยไม่ปรากฏว่ามีการใช้มาตรการอย่างเดียวกันกับชาวอิสราเอลในดินแดนที่ถูกยึดครองแต่อย่างใด ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่อิสราเอลมีการเลือกปฏิบัติต่อชาวปาเลสไตน์ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ มาตรการเหล่านั้นรวมถึงระบบการขออนุญาตเข้าพื้นที่ปิดทางทหารที่มีขั้นตอนอันยุ่งยากและมีเกณฑ์พิจารณาอันไม่แน่นอนสำหรับชาวปาเลสไตน์ ในขณะที่กฎเกณฑ์เหล่านั้นไม่ได้ใช้กับชาวอิสราเอลที่อยู่อาศัยในนิคมภายในดินแดนที่ถูกยึดครอง หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่อิสราเอลสนับสนุนการสร้างบ้านเรือนที่อยู่อาศัยในนิคมชาวอิสราเอลในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง แต่กลับมีคำสั่งรื้อทำลายบ้านเรือนและอาคารของชาวปาเลสไตน์จำนวนมากที่ไม่สามารถผ่านขั้นตอนการขออนุญาตก่อสร้างในดินแดนที่ถูกยึดครองส่วนที่เป็นเขตควบคุมของอิสราเอลได้

### 5.2.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

อิสราเอลมีพันธกรณีที่ต้องเคารพสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติของชาวปาเลสไตน์ ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนเช่นนี้ได้รับการรับรองทั้งในบทบัญญัติข้อ 2(1) และข้อ 26 แห่ง ICCPR , ข้อ 2(2) แห่ง ICESCR , ข้อ 2(1) แห่ง CRC , บทบัญญัติแห่ง CERD รวมทั้งในข้อ 55(c) ประกอบข้อ 56 แห่งกฎบัตรแห่งสหประชาชาติและข้อ 2 และ 7 แห่ง UDHR ด้วย อีกทั้งยังมีฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจจำกัดหรือเลี่ยงพันธกรณีได้

แม้อิสราเอลจะออกคำสั่งและมาตรการต่างๆอันเกี่ยวกับการสร้างและการใช้กำแพงซึ่งมีผลบังคับใช้ต่อชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยเฉพาะ และไม่ปรากฏว่ามีการใช้มาตรการอย่างเดียวกันกับชาวอิสราเอลในดินแดนที่ถูกยึดครอง แต่อิสราเอลอาจใช้มาตรการเช่นนั้นได้หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าการใช้มาตรการต่างๆอันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อชาวปาเลสไตน์ไม่ได้มีการพิจารณาโดยอาศัยเหตุหรือเงื่อนไขทางเชื้อชาติเพียงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม อิสราเอลเพียงแต่อ้างเหตุผลด้านความปลอดภัยในการสร้างกำแพงโดยไม่มีการชี้แจงถึงสาเหตุแห่งการเลือกใช้มาตรการและข้อจำกัดสิทธิอันเข้มงวดเฉพาะต่อชาวปาเลสไตน์ ทั้งยังไม่มีหลักฐานใดที่สามารถยืนยันได้ว่าการเลือกปฏิบัติต่อชาวปาเลสไตน์จะสร้างความปลอดภัยให้แก่อิสราเอลได้ดีกว่าการใช้มาตรการเดียวกัน

ต่อประชาชนทุกคนไม่ว่าจะมีเชื้อชาติใดที่อาศัยอยู่บนดินแดนที่ถูกยึดครอง ดังนั้น เมื่ออิสราเอลไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการใช้มาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการสร้างและการใช้กำแพงของอิสราเอลและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อชาวปาเลสไตน์ไม่ได้มีขึ้นโดยอาศัยเหตุหรือเงื่อนไขทางเชื้อชาติเพียงอย่างเดียว ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติต่อชาวปาเลสไตน์เพราะเหตุที่ว่าบุคคลเหล่านั้นคือชาวปาเลสไตน์

ดังนั้น อิสราเอลจึงมีแนวโน้มที่จะละเมิดต่อสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติของชาวปาเลสไตน์ และมีแนวโน้มที่จะละเมิดต่อพันธกรณีของอิสราเอลตามบทบัญญัติข้อ 2(1) และข้อ 26 แห่ง ICCPR , ข้อ 2(2) แห่ง ICESCR , ข้อ 2(1) แห่ง CRC , บทบัญญัติแห่ง CERD , ข้อ 55(c) ประกอบข้อ 56 แห่งกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ และข้อ 2 และ 7 แห่ง UDHR ทั้งยังอาจละเมิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดอีกด้วย

### 5.3 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง

#### 5.3.1 ผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง

การสร้างกำแพงบางส่วนของอิสราเอลได้รุกรานเข้ามาในพื้นที่ฝั่งตะวันออกของแนว Green Line ที่แม้จะเป็นดินแดนที่ถูกอิสราเอลยึดครองมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1967 ก็ตาม แต่ดินแดนเขตเวสต์แบงก์รวมถึงฉนวนกาซ่าถือเป็นดินแดนแห่งการกำหนดเจตจำนงของชาวปาเลสไตน์ นอกจากนี้อิสราเอลยังได้สนับสนุนให้ประชาชนชาวอิสราเอลบางส่วนโยกย้ายเข้ามาตั้งถิ่นฐานเป็นนิคมที่อยู่อาศัยชาวอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครอง ทั้งยังให้การสนับสนุนบริการและสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นแก่ชาวอิสราเอลในนิคมที่อยู่อาศัยเหล่านั้นด้วย

#### 5.3.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง

อิสราเอลมีพันธกรณีในการเคารพต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของชาวปาเลสไตน์ตามบทบัญญัติข้อ 1(1) แห่ง ICCPR , ข้อ 1(1) แห่ง ICESCR , ข้อ 1(2) ประกอบ 2(4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ และจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดด้วย ซึ่งจาก

การศึกษาพบว่าสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองอาจถูกจำกัดได้ในกรณีเดียวคือกรณีที่มีเหตุแห่งบูรณภาพแห่งดินแดนเข้ามาเกี่ยวข้องกับอันเป็นกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศมุ่งคุ้มครองโดยเฉพาะ<sup>9</sup>

แม้อิสราเอลจะได้อ้างเหตุผลด้านความมั่นคงและความจำเป็นทางทหารในการสร้างกำแพงเพื่อป้องกันการโจมตีจากผู้ก่อการร้ายชาวปาเลสไตน์ก็ตาม แต่การสร้างกำแพงให้รูกล้ำเข้ามาในดินแดนที่ตนยึดครองและการเพิกเฉยต่อคำสั่งของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ให้อพยพผู้อพยพบางส่วนที่รูกล้ำเข้ามาในดินแดนที่ถูกยึดครอง โดยไม่มีการพิจารณากำหนดเส้นทางใหม่ให้กำแพงตั้งอยู่ตามแนวเส้น Green Line ตามที่ควรจะเป็น อาจแสดงให้เห็นถึงเจตนาของอิสราเอลในการกำหนดเส้นทางของกำแพงไว้เช่นนั้นมาตั้งแต่แรกและไม่ใช้การหลงเข้าใจผิด อีกทั้งการสนับสนุนในด้านต่างๆที่จำเป็นให้ชาวอิสราเอลเข้าไปตั้งรกรากอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง ประกอบกับการสร้างกำแพงบางส่วนให้โอบล้อมเอานิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ให้อยู่ทางฝั่งตะวันตกของกำแพงอันเป็นดินแดนส่วนที่เชื่อมต่อกับดินแดนอิสราเอล ย่อมเป็นที่น่าสงสัยว่าอิสราเอลมีเจตนาที่จะผนวกเอาดินแดนบางส่วนของชาวปาเลสไตน์ไปเป็นของตนหรือไม่ ซึ่งการผนวกดินแดนที่ถูกยึดครองเข้ากับดินแดนของรัฐผู้ใช้อำนาจยึดครองในภาวะสงครามเป็นการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีข้อห้ามการย้ายพลเรือนของรัฐผู้ยึดครองเข้าไปในดินแดนที่ถูกยึดครอง<sup>10</sup> และข้อห้ามการผนวกดินแดนที่ยึดครองด้วย<sup>11</sup> อีกทั้งยังแสดงให้เห็นว่าการสร้างกำแพงความมั่นคงของอิสราเอลอาจไม่ได้มีเหตุผลในด้านความมั่นคงหรือความจำเป็น

<sup>9</sup> ดูรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.3

<sup>10</sup> Article 49(6) of Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War:

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

<sup>11</sup> Article 47 of Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War:

“Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the Occupying Power, nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory.”

ทางทหารโดยแท้จริง โดยเฉพาะกำแพงส่วนที่รูก้าวเข้ามาในดินแดนที่ถูกยึดครองและส่วนที่สร้างให้โอบล้อมนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลในดินแดนที่ถูกยึดครอง

เนื่องจากดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองอันได้แก่ดินแดนเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่า ได้รับการรับรองจากประชาคมโลกให้เป็นดินแดนแห่งการกำหนดเจตจำนงของชาวปาเลสไตน์ ดังนั้น การที่อิสราเอลเข้ายึดครองดินแดนปาเลสไตน์ การสร้างกำแพงอันเป็นสิ่งกีดขวางที่มีลักษณะถาวรลงบนดินแดนเช่นว่านั้นโดยที่ชาวปาเลสไตน์ไม่ได้ยินยอม การสนับสนุนให้ชาวอิสราเอลเข้าไปสร้างนิคมที่อยู่อาศัยในดินแดนของชาวปาเลสไตน์ รวมทั้งความพยายามในการผนวกเอาดินแดนของชาวปาเลสไตน์เข้ากับดินแดนอิสราเอล อาจเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของชาวปาเลสไตน์ และอาจละเมิดต่อพันธกรณีที่อิสราเอลมีต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยประเด็นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่าการสร้างกำแพงเป็นความพยายามที่จะผนวกดินแดนอันขัดแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และการผนวกดินแดนโดยพฤตินัยเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยทางดินแดนและการแทรกแซงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของชาวปาเลสไตน์<sup>12</sup>

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าการที่อิสราเอลมีเจตนาสร้างกำแพงให้รูก้าวออกไปเกินกว่าแนวเส้น Green Line และการสร้างนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลในดินแดนของชาวปาเลสไตน์อันถือเป็นการผนวกดินแดนโดยพฤตินัยของอิสราเอล อาจเป็นความพยายามในการกำหนดเส้นเขตแดนใหม่ของอิสราเอลเพื่อขยายอาณาเขต และอาจมีการอ้างว่าเป็นการกำหนดเจตจำนงตนเองของอิสราเอลได้ ซึ่งประเด็นนี้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับบูรณภาพทางดินแดนของชาวปาเลสไตน์อันถือเป็นเรื่องข้อยกเว้นเพียงประการเดียวของหลักสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองตามกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ได้ศึกษาไปในบทที่ 3 และแม้ว่าปาเลสไตน์จะยังไม่ได้รับการรับรองสถานะรัฐอย่างเป็นทางการ แต่ความเป็นดินแดนแห่งการกำหนดเจตจำนงตนเองของชาวปาเลสไตน์ควรจะได้รับเคารพอย่างเต็มที่ ดังเช่นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักการที่ถูกรับรองโดยกฎบัตรสหประชาชาติและข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ว่า รัฐทุกรัฐมีหน้าที่ต้องยุติการใช้อำนาจใดๆอันเป็นการพรากสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองไปจากประชาชน<sup>13</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลเลือกใช้คำว่า “ประชาชน” ไม่ใช่คำว่า “รัฐ” ดังนั้น ความเป็นรัฐของดินแดนใดๆไม่ได้มีผลต่อการเคารพสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของประชาชนในดินแดนเช่นว่านั้นแต่อย่างใด

<sup>12</sup> ICJ Reports, *supra* note 2, para.115.

<sup>13</sup> *Ibid*, para.88.

## 5.4 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา

### 5.4.1 ผลกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา

กำแพงของอิสราเอลทำให้ประชาชนชาวปาเลสไตน์ผู้นับถือศาสนาอิสลามบางส่วนต้องถูกโอบล้อมให้อยู่ในพื้นที่ทางฝั่งตะวันตกของกำแพง ซึ่งมาตรการอันเข้มงวดและไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนในการผ่านประตูกำแพงเพื่อเข้าออกไปยังดินแดนปาเลสไตน์ในส่วนที่เหลือ ส่งผลให้ชาวปาเลสไตน์บางส่วนไม่สามารถเดินทางหรือถูกจำกัดการเดินทางไปยังสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ สถานที่สักการบูชา และศูนย์รวมจิตใจของชาวปาเลสไตน์ที่ตั้งอยู่ในดินแดนฝั่งตะวันออกของกำแพงเพื่อประกอบศาสนพิธีหรือพิธีกรรมทางศาสนาหรือแสดงออกทางศาสนาและความเชื่อของพวกเขาได้ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนาของชาวปาเลสไตน์อย่างมาก นอกจากนี้ยังปรากฏว่ามีการปิดกั้นโดยอ้างว่าเป็นระบบรักษาความปลอดภัยที่เข้มงวดโดยกองกำลัง IDF ของอิสราเอล เพื่อไม่ให้ชาวปาเลสไตน์เข้าไปในสถานที่ศักดิ์สิทธิ์หรือสถานที่สักการบูชาทางศาสนาอิสลามบางแห่งด้วย

### 5.4.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา

อิสราเอลมีพันธกรณีในการเคารพต่อสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนาของชาวปาเลสไตน์ รวมถึงเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของตนโดยการสักการบูชา การปฏิบัติ การประกอบพิธีกรรม และการสอน ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และไม่ว่าในที่สาธารณะหรือเป็นการส่วนบุคคลตามบทบัญญัติข้อ 18 แห่ง ICCPR , ข้อ 18 แห่ง UDHR และตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดด้วย โดยเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาอาจถูกจำกัดได้เฉพาะที่บัญญัติโดยกฎหมายและความจำเป็นเพื่อรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นเท่านั้น ทั้งนี้ ตามข้อ 18(3) ของ ICCPR

แม้อิสราเอลจะสามารถอ้างเหตุผลในเรื่องความจำเป็นเพื่อรักษาความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น เพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาของชาวปาเลสไตน์ได้ แต่



ข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาจะต้องเกี่ยวข้องโดยตรงและได้สัดส่วนกับความจำเป็นเฉพาะเรื่องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และต้องไม่ได้มีขึ้นเพื่อเป้าหมายที่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือใช้บังคับด้วยวิธีการอันเป็นการเลือกปฏิบัติตามข้อ 2(1) ประกอบข้อ 26 แห่ง ICCPR ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรการการผ่านประตูกำแพงที่ต้องมีการขออนุญาตเข้าออกซึ่งอิสราเอลบังคับใช้ มาตรการเช่นว่านี้กับชาวปาเลสไตน์โดยเฉพาะ ส่วนประชาชนชาวอิสราเอลที่อยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองไม่ถูกจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา จึงอาจเป็นการจำกัดสิทธิที่เลือกปฏิบัติเฉพาะต่อชาวปาเลสไตน์เท่านั้น อีกทั้งสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา มีฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจล่วงพ้นกรณีได้ตามกฎหมายแม้จะอยู่ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะก็ตาม<sup>14</sup> และมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดอีกด้วย เพราะฉะนั้นข้อจำกัดสิทธิในข้อนี้จึงจำเป็นต้องตีความอย่างเคร่งครัดและมีขึ้นเพื่อความจำเป็นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 18(3) เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ข้อจำกัดสิทธิของอิสราเอลต่อเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาของชาวปาเลสไตน์จึงมีแนวโน้มที่จะไม่ใช่ข้อจำกัดสิทธิโดยชอบด้วยบทบัญญัติข้อ 18(3) ของ ICCPR อันส่งผลให้ข้อจำกัดสิทธิไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าไม่ว่าอิสราเอลจะสามารถอ้างเหตุตามข้อ 18(3) ของ ICCPR เพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อของบุคคลได้หรือไม่ก็ตาม แต่สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนาอย่างอื่นของชาวปาเลสไตน์ รวมถึงเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตนต้องได้รับการเคารพอย่างเต็มที่

## 5.5 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

### 5.5.1 ผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

การที่อิสราเอลออกคำสั่งยึดทรัพย์สินและรื้อทำลายอาคารบ้านเรือนและที่อยู่อาศัยของชาวปาเลสไตน์ ในบางกรณีพบว่าเป็นคำสั่งยึดและรื้อทำลายทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นสมาชิกครอบครัวหรือคนใกล้ชิดของผู้ก่อการร้ายหรือผู้ต้องสงสัยชาวปาเลสไตน์ อันมีลักษณะเป็น

<sup>14</sup> Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)”, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, para.8 ; ข้อ 4(2) แห่ง ICCPR.

การลงโทษหรือเป็นการแก้แค้นต่อการกระทำของผู้ก่อการร้ายหรือผู้ต้องสงสัยในการโจมตีอิสราเอล กรณีเช่นนี้ส่วนมากไม่มีการตรวจสอบทางกฎหมายหรือการดำเนินคดีตามกระบวนการตุลาการ แต่เจ้าหน้าที่อิสราเอลได้อาศัยอำนาจทางทหารออกคำสั่งและมาตรการต่อกลุ่มบุคคลเหล่านั้นซึ่งมีลักษณะเป็นการตัดสินลงโทษตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่อิสราเอลโดยไม่ได้ผ่านกระบวนการดำเนินคดีตามกฎหมาย

### 5.5.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

อิสราเอลมีพันธกรณีที่ต้องเคารพต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของชาวปาเลสไตน์ ตามบทบัญญัติข้อ 14 แห่ง ICCPR , ข้อ 10 และ 11 แห่ง UDHR รวมทั้งจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่ากระทำผิดหรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน ชาวปาเลสไตน์ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ที่มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และมีความเป็นกลาง และยังมีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิดอีกด้วย ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่อิสราเอลมีพยานหลักฐานที่แสดงว่าชาวปาเลสไตน์คนใดที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นการโจมตีอิสราเอลหรือการก่อการร้าย ย่อมต้องดำเนินคดีตามครรลองของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของอิสราเอล และอิสราเอลไม่อาจใช้การพิจารณาภายในของเจ้าหน้าที่ทหารเพื่อตัดสินว่าผู้ใดมีความผิดอาญาหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการโจมตีอิสราเอลและลงโทษผู้นั้นได้ ดังนั้น การที่อิสราเอลออกคำสั่งยึดทรัพย์สินและรื้อทำลายอาคารบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์ที่เป็นสมาชิกครอบครัวหรือคนใกล้ชิดของผู้ก่อการร้ายหรือผู้ต้องสงสัยว่ากระทำการโจมตีอิสราเอล อันมีลักษณะเป็นการลงโทษหรือเป็นการแก้แค้นต่อการกระทำของผู้ก่อการร้ายหรือผู้ต้องสงสัยนั้น โดยไม่มีการดำเนินคดีผ่านกระบวนการทางตุลาการ ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่อิสราเอลมีคำสั่งเพื่อเป็นการลงโทษครอบครัวและคนใกล้ชิดของผู้ก่อการร้ายหรือผู้ต้องสงสัย ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายจารีตประเพณีที่ปรากฏอยู่ในข้อ 11(2) แห่ง UDHR ที่ว่าบุคคลจะถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาใด อันเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นกระทำใด อันมิได้ถือว่าเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายแห่งชาติหรือ

กฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ได้กระทำการนั้นไม่ได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดให้การ เป็นญาติหรือคนรู้จักของผู้ก่อการร้ายหรือผู้กระทำความผิดอย่างอื่นเป็นความผิดอาญาที่มีโทษริบ ทรัพย์ ยิ่งไปกว่านั้น หากการลงโทษเช่นนั้นของเจ้าหน้าที่อิสราเอลเป็นเหตุทำให้ชาวปาเลสไตน์ถึง แก่ความตาย นอกจากอิสราเอลจะละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมแล้ว การ กระทำให้บุคคลเสียชีวิตโดยอำเภอใจเช่นนั้นจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการมีชีวิตอันเป็นกฎหมาย เต็ดขาดอีกด้วย

## 5.6 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัว

### 5.6.1 ผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว

คำสั่งของอิสราเอลในการยึดทรัพย์สินและรื้อทำลายบ้านเรือนที่อยู่อาศัยของชาว ปาเลสไตน์เพื่อสร้างกำแพงบนดินแดนที่ถูกยึดครอง ทำให้ชาวปาเลสไตน์จำนวนมากต้องกลายเป็น คนไร้ที่อยู่อาศัยหรือไม่สามารถอยู่อาศัยในบ้านเรือนเดิมของตนได้ มาตรการของอิสราเอลในการเปิด ปิดประตูกำแพงที่ไม่แน่นอน ทำให้การเดินทางในการดำรงชีวิตประจำวันไม่ว่าจะเป็นข้ามกำแพงไป ทำงาน ไปทำการเกษตร หรือไปทำกิจกรรมอื่นๆตามปกติของชาวปาเลสไตน์ต้องพบกับอุปสรรค คำสั่งตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่อิสราเอลในเรื่องการอนุญาตให้เข้าออกพื้นที่ปิดทางทหารรวมทั้ง ระเบียบในการขออนุญาตอยู่อาศัยในบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์เอง ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเดิน ทางเข้าออกบ้านเรือนเคหสถานและต่อการอยู่อาศัยในบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์เองอีกด้วย ซึ่ง คำสั่งและมาตรการเหล่านี้ของอิสราเอลเป็นการก้าวก้าวต่อการดำรงชีวิตตามปกติของชาวปาเลสไตน์ และอาจเป็นการแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารของชาว ปาเลสไตน์โดยอำเภอใจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 5.6.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในความเป็นส่วนตัว

อิสราเอลมีพันธกรณีในการเคารพและคุ้มครองตามกฎหมายซึ่งสิทธิในความเป็น ส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสาร และไม่อาจแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัว เหล่านี้โดยอำเภอใจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามบทบัญญัติข้อ 17 แห่ง ICCPR และข้อ 12 แห่ง UDHR ซึ่งในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้ รัฐภาคีมีพันธกรณีที่ต้องประกันไม่ให้มีการ แทรกแซงหรือการลบล้างความเป็นส่วนตัวในทุกด้าน ไม่ว่าจะเกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ จากบุคคล

หรือจากนิติบุคคลก็ตาม โดยพันธกรณีตามข้อนี้เรียกร้องให้รัฐภาคีต้องตรากฎหมายและออกมาตรการอื่นเพื่อห้ามการแทรกแซงหรือลบล้างต่อสิทธิควบคุมไปกับการคุ้มครองสิทธินี้ด้วย

อิสราเอลอาจมีมาตรการอันเป็นข้อจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของชาวปาเลสไตน์โดยการเลียงพันธกรณีได้ตามบทบัญญัติและเงื่อนไขในข้อ 4 แห่ง ICCPR แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าอิสราเอลได้แจ้งการเลียงพันธกรณีในข้อ 12 ต่อเลขาธิการแห่งสหประชาชาติตามขั้นตอนในข้อ 4(3) ย่อมถือไม่ได้ว่าอิสราเอลได้เลียงพันธกรณีในข้อนี้ อีกทั้ง คำสั่งยึดทรัพย์สินและการรื้อทำลายบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์ไม่ได้มีการพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือหลักเรื่องความจำเป็นและความได้สัดส่วนระหว่างความจำเป็นกับมาตรการอันส่งผลกระทบต่อประชาชน อีกทั้งยังมีลักษณะเป็นการเลือกยึดทรัพย์สินและรื้อทำลายเฉพาะบ้านเรือนของชาวปาเลสไตน์ โดยที่ไม่ปรากฏว่ามีการออกคำสั่งและมาตรการอย่างเดียวกันนี้ต่อทรัพย์สินของชาวอิสราเอลในนิคมที่อยู่อาศัยซึ่งตั้งอยู่บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองแต่อย่างใด คำสั่งและมาตรการต่างๆดังกล่าวของอิสราเอลจึงอาจมีลักษณะของการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติอันเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติข้อ 2(1) และ 26 แห่ง ICCPR และส่งผลให้เป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเคหสถานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีที่มีการยึดทรัพย์สินและการรื้อทำลายบ้านเรือนเป็นมาตรการเพื่อลงโทษชาวปาเลสไตน์โดยไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาคดีโดยศาลอันเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ซึ่งนอกจากจะเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเคหสถานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังมีลักษณะเป็นมาตรการที่แทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยอำเภอใจอีกด้วย

เช่นเดียวกับมาตรการในการใช้กำลังเช่นการเปิดปิดประตูและระบบขออนุญาตเข้าออกพื้นที่ปิดทางทหาร ซึ่งเป็นมาตรการที่บังคับใช้ต่อชาวปาเลสไตน์โดยเฉพาะ อันมีลักษณะเป็นการแทรกแซงที่เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาใบอนุญาตที่ชัดเจน ทำให้เจ้าหน้าที่ของอิสราเอลมีดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาต อันมีลักษณะเป็นการแทรกแซงสิทธิในเคหสถานโดยอำเภอใจ ด้วยเหตุนี้ การสร้างกำแพงและมาตรการอื่นๆของอิสราเอลเกี่ยวกับการสร้างและการใช้กำแพงจึงอาจละเมิดเสรีภาพจากการถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว และเคหสถานของชาวปาเลสไตน์โดยอำเภอใจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

## 5.7 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิในการทำงาน

### 5.7.1 ผลกระทบต่อสิทธิในการทำงาน

การสร้างกำแพงรวมทั้งมาตรการต่างๆในการใช้กำแพงของอิสราเอลอันเป็นข้อจำกัดต่อเสรีภาพในการโยกย้ายทำให้การเดินทางไปทำงานของชาวปาเลสไตน์พบกับอุปสรรคอย่างมาก โดยเฉพาะผู้ที่มิที่อยู่อาศัยและที่ดินทำกินหรือที่ทำงานอยู่คนละฝั่งของกำแพง ทำให้เกษตรกรชาวปาเลสไตน์ไม่สามารถเพิ่มพูนผลผลิตทางการเกษตรโดยเฉพาะต้นมะกอกและไม่สามารถผลิตอาหารได้ เนื่องจากที่ดิน พืชผล และสวนผลไม้ไม่ได้รับการดูแลและไม่ได้รับการเพาะปลูก อีกทั้งการยึดและรื้อทำลายที่ดินทางการเกษตรก็ทำให้เกษตรกรชาวปาเลสไตน์บางส่วนต้องไร้ที่ดินทำกิน ส่งผลให้ชาวปาเลสไตน์เป็นจำนวนมากต้องตกเป็นคนว่างงานและไม่มีรายได้ และเกิดปัญหาความยากจนรวมทั้งปัญหาเศรษฐกิจย่ำแย่ตามมา ดังนั้น การสร้างกำแพงและมาตรการอื่นๆของอิสราเอลจึงอาจเป็นการละเมิดสิทธิในการทำงานของชาวปาเลสไตน์

### 5.7.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิในการทำงาน

อิสราเอลมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพต่อสิทธิในการทำงานของชาวปาเลสไตน์ รวมทั้งสิทธิในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรีตามบทบัญญัติข้อ 6 แห่ง ICESCR รวมทั้งข้อ 23(1) แห่ง UDHR

เมื่อการสร้างกำแพงรวมทั้งมาตรการอื่นๆของอิสราเอลอันเป็นข้อจำกัดต่อสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ และเสรีภาพในการเดินทางเข้าออกประเทศของชาวปาเลสไตน์มีแนวโน้มที่จะละเมิดต่อพันธกรณีของอิสราเอลตามข้อ 12 แห่ง ICCPR และไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และเมื่อไม่ปรากฏว่าอิสราเอลได้แจ้งเพื่อเล็งพันธกรณีในข้อนี้ตามขั้นตอนของบทบัญญัติข้อ 4(3) แห่ง ICCPR อาจทำให้ข้อจำกัดต่อสิทธิในการทำงานตาม ICESCR อันเกิดจากการถูกจำกัดสิทธิในการโยกย้ายเช่นว่านั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งความยากลำบากจากข้อจำกัดในการเดินทางอาจส่งผลทางอ้อมเป็นการบีบบังคับให้ชาวอิสราเอลบางส่วนต้องออกจากงานเดิมหรือเลิกทำงานในพื้นที่เดิม รวมไปถึงการเลิกทำเกษตรกรรมบนที่ดินของประชาชนเองซึ่งตั้งอยู่คนละฝั่งของแนวกำแพงกับบ้านเรือนที่อยู่อาศัยของเจ้าของที่ดิน อาจละเมิดต่อสิทธิในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือกหรือรับอย่างเสรีได้

## 5.8 ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

### 5.8.1 ผลกระทบต่อสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

การสร้างกำแพงและมาตรการอื่นๆของอิสราเอลตั้งแต่ปี ค.ศ.2002 ส่งผลกระทบต่อมาตรฐานการครองชีพของชาวปาเลสไตน์จำนวนมาก กำแพงเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงของบริการทางสังคม สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน การรักษาพยาบาล โรงเรียนหรือสถานศึกษา ที่ทำงาน ที่ดินทางการเกษตร รวมถึงปัจจัยพื้นฐานเช่น อาหารที่มีคุณค่าทางโภชนาการ ที่อยู่อาศัย การเข้าถึงน้ำที่สะอาดและเหมาะสมสำหรับการบริโภค การสุขาภิบาลที่เพียงพอ สภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขอนามัย และสภาพแวดล้อมที่ถูกสุขอนามัย<sup>15</sup> ทั้งยังส่งผลกระทบต่อสุขภาพของชาวปาเลสไตน์ โดยพบว่ามี การปฏิเสธการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกทางสุขภาพ<sup>16</sup> เช่น สถานรักษาพยาบาล แพทย์ และโรงพยาบาล รวมถึงข้อจำกัดในการเดินทางทำให้เกิดความล่าช้าในการเข้าถึงของบริการฉุกเฉินเช่นรถพยาบาล ทำให้เกิดข้อจำกัดในการเคลื่อนย้ายหรือการขนส่งเวชภัณฑ์ และข้อจำกัดในการเดินทางของผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์รวมถึงหน่วยงานบรรเทาทุกข์ระหว่างประเทศ อันอาจทำให้สุขภาพกายและสุขภาพจิตของชาวปาเลสไตน์อยู่ในสภาวะย่ำแย่ลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่อยู่ภายในพื้นที่ฉนวนกาซ่าซึ่งแม้อิสราเอลจะถอนกองกำลังไปแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ.2005 แต่ปรากฏว่าอิสราเอลยังคงปิดล้อมฉนวนกาซ่าตามแนวชายแดน และมีการตัดปัจจัยพื้นฐานหลายอย่างในบางเวลาเช่น น้ำ ไฟฟ้า และอาหาร ไม่ให้เข้าสู่ฉนวนกาซ่าได้เพื่อเป็นการกีดกันกลุ่มฮามาสที่ปกครองฉนวนกาซ่าอยู่ในปัจจุบันให้ออกจากอำนาจ โดยบางวันมีรายงานว่าประชาชนในฉนวนกาซ่าจะมีไฟฟ้าใช้เพียงวันละ 2-3 ชั่วโมงเท่านั้น<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant),” 11 August 2000, E/C.12/2000/4, para.4.

<sup>16</sup> BBC News, “Barrier harms West Bank health,” Accessed 16 June 2017, [http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/4268079.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/4268079.stm).

<sup>17</sup> Dov Lieber, “Israel begins reducing power to Gaza, fulfilling PA request” Accessed 22 June 2017, <http://www.timesofisrael.com/israel-begins-reducing-power-to-gaza-fulfilling-pa-request/>.

## 5.8.2 วิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่

### เพียงพอ

อิสราเอลมีพันธกรณีที่ต้องเคารพต่อสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอของชาวปาเลสไตน์ตามบทบัญญัติข้อ 11(1) แห่ง ICESCR , ข้อ 27(1) แห่ง CRC และข้อ 25(1) แห่ง UDHR

ชาวปาเลสไตน์มีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับตนเองและครอบครัว รวมถึงอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่อยู่อาศัยที่เพียงพอ และสภาพการครองชีพที่ดีขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองรวมทั้งมาตรการอื่นๆอันเกี่ยวกับกำแพงนั้นก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายหรือการเดินทางตามที่ได้ศึกษาไปแล้ว และข้อจำกัดการเดินทางเช่นว่านั้นเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์รวมทั้งสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานต่างๆ ซึ่งปัจจัยเหล่านี้จำเป็นต่อสภาพการครองชีพที่ดีและคุณภาพชีวิตของชาวปาเลสไตน์ ดังนั้น การสร้างกำแพงอันเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิเหล่านี้จึงต้องมีเหตุอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อจำกัดสิทธิในการโยกย้ายเป็นการละเมิดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนอันไม่อาจใช้อ้างได้ตามกฎหมาย จึงทำให้ข้อจำกัดสิทธิอื่นๆอันเป็นผลมาจากการจำกัดสิทธิในการโยกย้าย เช่นข้อจำกัดสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอไม่อาจทำได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอเหล่านี้จึงอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

## 5.9 บทสรุป

ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง อาจวิเคราะห์ได้จากการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลมีความผูกพัน โดยผู้เขียนเลือกศึกษาปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในกรณีนี้โดยวิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนต่างๆที่อิสราเอลมีความผูกพันทั้งจากสนธิสัญญา ตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ จารีตประเพณี และในบางกรณีเป็นสิทธิมนุษยชนที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดด้วย ซึ่งได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและผลกระทบจากกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและแนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน พบว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลรวมทั้งมาตรการอื่นๆของอิสราเอลที่กระทำบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง มีแนวโน้มที่จะละเมิดพันธกรณีของอิสราเอลตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ โดยอิสราเอลไม่อาจอ้างการประกาศภาวะฉุกเฉินเพื่อเลี่ยงพันธกรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีการแจ้งเพื่อเลี่ยงพันธกรณีเหล่านี้ตามขั้นตอนในบทบัญญัติข้อ 4(3) แห่ง IC-CPR ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีของสิทธิมนุษยชนที่มีฐานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจละเมิดและไม่อาจเลี่ยงพันธกรณีได้อันได้แก่ สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนเหล่านี้เป็นเพียงตัวอย่างของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ถูกละเมิดในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และยังมีหลักสิทธิมนุษยชนอื่นๆอีกที่อาจถูกละเมิดจากกรณีนี้ เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในสุขภาพที่ดี เสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลรวมถึงการออกคำสั่งและการใช้มาตรการต่างๆอันเกี่ยวข้องกับกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของอิสราเอล อันส่งผลให้การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

ความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์นำไปสู่การยึดครองดินแดนของชาวปาเลสไตน์โดยอิสราเอลในระหว่างสงครามปี ค.ศ. 1967 เหตุการณ์การยึดครองดินแดนในครั้งนั้นทำให้อิสราเอลมีฐานะเป็นรัฐผู้ใช้อำนาจยึดครอง (occupying power) และดินแดนปาเลสไตน์อันได้แก่ดินแดนเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซา มีฐานะเป็นดินแดนที่ถูกยึดครอง (occupied territory) ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งความขัดแย้งระหว่างสองชนชาติได้ดำเนินเรื่อยมาตลอดระยะเวลาหลายปีมานี้ และแม้จะมีความพยายามในการเจรจาสันติภาพหลายครั้งซึ่งมีทั้งกลุ่มผู้เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย แต่ก็ไม่ได้ส่งผลให้เกิดความสงบสุขในดินแดนที่ถูกยึดครองอย่างแท้จริงและยังคงมีการปะทะระหว่างกันโดยใช้วิธีการโจมตีด้วยกำลังในรูปแบบต่างๆรวมทั้งการใช้ระเบิดพลีชีพจนกระทั่งในปี ค.ศ. 2002 อิสราเอลได้เริ่มต้นสร้างกำแพงความมั่นคงขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยของชาวอิสราเอลและเพื่อป้องกันการโจมตีของผู้ก่อการร้ายรวมถึงมีระเบิดพลีชีพชาวปาเลสไตน์ ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อการสร้างกำแพงรวมทั้งมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสร้างกำแพงของอิสราเอลส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งยึดและทำลายทรัพย์สินของชาวปาเลสไตน์เพื่อการก่อสร้างกำแพง โดยเฉพาะที่ดินบ้านเรือน ที่อยู่อาศัย แหล่งประกอบอาชีพ และผลผลิตทางการเกษตรของชาวปาเลสไตน์ การออกมาตรการและข้อบังคับอันเข้มงวดสำหรับชาวปาเลสไตน์ในการผ่านเข้าออกกำแพง การกำหนดเส้นทางของกำแพงบางส่วนที่ตั้งอยู่บนดินแดนของชาวปาเลสไตน์และบางส่วนที่ส่งผลเป็นการปิดล้อมพื้นที่และตัดขาดชุมชนที่อยู่อาศัยหลายแห่งของชาวปาเลสไตน์ออกจากดินแดนที่ถูกยึดครองส่วนอื่น อีกทั้งยังมีการเข้ามาตั้งถิ่นฐานและนิคมที่อยู่อาศัยของชาวอิสราเอลในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง การกระทำเหล่านี้ของอิสราเอลกระทบต่อสิทธิต่างๆและการดำรงชีวิตของปาเลสไตน์อย่างร้ายแรง จึงเกิดเป็นประเด็นทางกฎหมายที่ว่า การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองนี้ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มี

ความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีนี้เมื่อปี ค.ศ.2004 ตามคำร้องขอของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยศาลมีคำวินิจฉัยว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชน และมีคำสั่งให้อิสราเอลรื้อถอนกำแพงในส่วนที่ตั้งอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองออกไปและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายจากการสร้างกำแพงนั้น อย่างไรก็ตามความเห็นเชิงปรึกษาไม่ได้มีสภาพบังคับดังเช่นคำพิพากษาและอิสราเอลไม่ต้องผูกพันต่อความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในฐานะคู่ความ นอกจากนี้ ศาลภายในของอิสราเอลก็ได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงของอิสราเอลเช่นกัน โดยคำพิพากษาของศาลสูงแห่งอิสราเอลทั้งในปี ค.ศ.2004 และปี ค.ศ.2005 ต่างยืนยันหลักที่ว่ากำหนัดเส้นทางของกำแพงต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนของความจำเป็นทางทหารหรือความมั่นคงกับสิทธิของประชาชนที่อาศัยอยู่ในท้องถิ่น รวมไปถึงทางเลือกอื่นที่อาจกระทบต่อสิทธิของประชาชนน้อยที่สุดตามหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงแห่งอิสราเอลเห็นว่าอิสราเอลมีอำนาจสร้างกำแพงความมั่นคงบนดินแดนที่ถูกยึดครองหากมีเหตุผลทางด้านความมั่นคงหรือความจำเป็นทางทหาร และการพิจารณาประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการสร้างกำแพงบนดินแดนที่ถูกยึดครองต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ส่วนประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ศาลสูงแห่งอิสราเอลวางหลักไว้แต่เพียงว่าผู้บังคับบัญชาทางทหารจำต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชนในท้องถิ่นด้วย

หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง มีที่มาจากสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี จากตราสารระหว่างประเทศอย่างอื่นอันได้แก่กฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้หลักสิทธิมนุษยชนบางประการยังมีที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐทุกรัฐ และยิ่งไปกว่านั้นคือจากหลักสิทธิมนุษยชนที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาดซึ่งไม่สามารถเลี่ยงพันธกรณีได้แม้ในยามที่มีภาวะฉุกเฉินสาธารณะ หลักสิทธิมนุษยชนเหล่านี้กำหนดพันธกรณีให้อิสราเอลต้องเคารพและปฏิบัติตามทั้งในฐานะที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาและในกรณีที่สิทธิมนุษยชนเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันมีผลผูกพันรัฐทุกรัฐด้วย โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษาเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจนกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองจำนวน 8 หลักอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ ซึ่งในจำนวนนี้มีหลักสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ หลักสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง และหลักสิทธิใน

เสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ที่เป็นทั้งหลักสิทธิมนุษยชนอันได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญา เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และยังมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอีกด้วย

ประเด็นปัญหาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์แบ่งได้เป็น 4 ประเด็นย่อยได้แก่ ประเด็นแรกคือประเด็นการตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคี ส่วนอีก 3 ประเด็นสุดท้ายคือข้อต่อสู้ที่อิสราเอลใช้อ้างเพื่อปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าประเด็นการตั้งข้อสงวนและการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อิสราเอลได้ตั้งข้อสงวนและทำคำแถลงตีความต่อ ICCPR , CEDAW, CRPD และ CAT แต่ไม่มีข้อสงวนหรือคำแถลงตีความใดที่มีผลกระทบต่อหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอิสราเอลในการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ชาวปาเลสไตน์ในดินแดนที่ถูกยึดครอง ส่วนการเลี่ยงพันธกรณีของอิสราเอลต่อสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอิสราเอลได้ประกาศภาวะฉุกเฉินภายในรัฐมาตั้งแต่เดือนพฤษภาคม ค.ศ.1948 ซึ่งอิสราเอลถือเป็นภาวะฉุกเฉินสาธารณะอันเป็นภัยคุกคามความอยู่รอดของชาติตามความหมายของบทบัญญัติข้อ 4 แห่ง ICCPR และได้แจ้งขอเลี่ยงพันธกรณีในข้อ 9 แห่ง ICCPR อันเป็นพันธกรณีในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกายจากการถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่มีการแจ้งรัฐอื่นให้ทราบถึงการขอเลี่ยงพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในข้ออื่น ซึ่งขั้นตอนการแจ้งการเลี่ยงพันธกรณีเช่นนั้นเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายที่สำคัญอันส่งผลถึงการมีผลบังคับใช้ของการเลี่ยงพันธกรณีตามข้อ 4(3) ดังนั้น อิสราเอลจึงไม่อาจอ้างภาวะฉุกเฉินสาธารณะเพื่อเลี่ยงพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในข้ออื่น ๆ ได้ อย่างไรก็ตาม การที่อิสราเอลประกาศภาวะฉุกเฉินอย่างต่อเนื่องมานานกว่า 69 ปียังเป็นที่น่าสงสัยว่าภัยคุกคามเช่นนั้นถึงขนาดเป็นภัยคุกคามความอยู่รอดของชาติมาตลอดระยะเวลาดังกล่าวหรือไม่ และเนื่องจากการเลี่ยงพันธกรณีมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นและเป็นการชั่วคราว อีกทั้งยังต้องได้สัดส่วนกับความจำเป็นในการแก้ไขสถานการณ์ที่เป็นภาวะฉุกเฉินตามหลักความได้สัดส่วนอันเป็นเงื่อนไขของการเลี่ยงพันธกรณีด้วย ทำให้เกิดคำถามต่อไปอีกว่าภาวะฉุกเฉินสาธารณะที่อิสราเอลยกขึ้นอ้างรวมทั้งมาตรการอันเป็นการเลี่ยงพันธกรณีในข้อ 9 แห่ง ICCPR นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ควรที่จะต้องมีการศึกษาโดยละเอียดต่อไป

ประเด็นย่อยที่สองได้แก่ข้อต่อสู้ของอิสราเอลในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในยามสงคราม โดยอิสราเอลอ้างว่าในเวลาที่เกิดสถานการณ์ความขัดแย้งหรือภาวะขัดกันทางอาวุธเช่นที่เกิดขึ้นในดินแดนเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซ่า ต้องบังคับใช้กฎหมายภาคสงครามอันได้แก่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น และปฏิเสธการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิ

มนุษยชนภายในดินแดนที่ถูกยึดครอง ปัญหาของประเด็นนี้คือการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในภาวะสงครามเป็นการระงับซึ่งการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือไม่ จากการศึกษาพบว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดวิธีการใช้กำลังในการสู้รบและบังคับใช้เฉพาะเวลาที่มีการขัดกันทางอาวุธหรือในภาวะสงครามเท่านั้น ส่วนกฎหมายสิทธิมนุษยชนกำหนดพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและบังคับใช้ทั้งในยามสงบและในยามที่มีการขัดกันทางอาวุธด้วย เนื่องจากพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนมีรากฐานมาจากการรับรองสิทธิอันติดตัวมาแต่กำเนิดของมนุษย์ทุกคน ซึ่งสิทธิเหล่านั้นอาจถูกละเมิดได้ทั้งในยามสงบและในยามที่มีการขัดกันทางอาวุธ และการคุ้มครองสิทธิตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้ระงับไปในกรณีของการขัดกันทางอาวุธ เว้นแต่จะเป็นผลแห่งบทบัญญัติว่าด้วยการเลี่ยงพันธกรณีในทำนองเดียวกับข้อ 4 แห่ง ICCPR ดังนั้น เมื่ออิสราเอลไม่ได้แจ้งเพื่อเลี่ยงพันธกรณีในเรื่องสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ จึงไม่อาจอ้างการเลี่ยงพันธกรณีตามข้อ 4 แห่ง IC-CPR เพื่อเลี่ยงไม่เคารพและปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านี้ได้ อีกทั้งในกรณีของสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง และสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจละเมิดได้หรือไม่อาจเลี่ยงพันธกรณีได้แม้ในภาวะสงครามหรือภาวะที่มีการขัดกันทางอาวุธ ย่อมไม่อาจอ้างการเลี่ยงพันธกรณีที่เป็นกฎหมายเด็ดขาดขึ้นอ้างได้ และเมื่ออิสราเอลไม่อาจอ้างการเลี่ยงพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ อิสราเอลย่อมต้องบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งในภาวะสงครามและภาวะสงบ ข้ออ้างนี้จึงฟังไม่ขึ้น

ประเด็นย่อยที่สามได้แก่ข้อต่อสู้ของอิสราเอลในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีและต่อบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐภาคี ซึ่งจากการศึกษาพบว่าแม้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะไม่ได้บัญญัติในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้ในแง่ดินแดนอย่างชัดเจน แต่ก็มีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งต่อบุคคลและภายในดินแดนที่รัฐภาคีมี “เขตอำนาจ” อีกทั้งแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศและการตีความขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทเช่นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็วางหลักไว้ค่อนข้างชัดเจนว่าพันธกรณีของรัฐภาคีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแคภายในดินแดนอธิปไตยของรัฐภาคีเท่านั้น หากแต่ขยายไปถึงดินแดนที่รัฐภาคีสามารถใช้เขตอำนาจ (jurisdiction) หรืออำนาจควบคุม (control) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังครอบคลุมไปถึงปัจเจกบุคคลทั้งปวงที่รัฐภาคีสามารถใช้อำนาจเหนือด้วย ไม่ใช่เพียงพลเมืองหรือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีหรือบุคคลที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น

ดังนั้น トラบไตที่อิสราเอลยังคงยึดครองดินแดนปาเลสไตน์และใช้อำนาจควบคุมบนดินแดนปาเลสไตน์ และยังสามารถใช้อำนาจทางทหารต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ได้ ย่อมกล่าวได้ว่า สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีมีผลบังคับใช้บนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจยึดครองของอิสราเอลด้วย ข้ออ้างนี้ของอิสราเอลจึงฟังไม่ขึ้น

ประเด็นย่อยสุดท้ายได้แก่ข้อต่อสู้ของอิสราเอลในเรื่องการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบในด้านสิทธิมนุษยชนแก่องค์กรบริหารปาเลสไตน์หรือ PA โดยอิสราเอลอ้างว่ารัฐบาลอิสราเอลก็องค์กรปลดปล่อยปาเลสไตน์หรือ PLO ได้ร่วมกันทำความตกลงชั่วคราวว่าด้วยเขตเวสต์แบงก์และฉนวนกาซาในปี ค.ศ.1995 อันมีผลเป็นการถ่ายโอนอำนาจในปกครองดินแดนในเขตเวสต์แบงก์บางส่วนไปให้ PA แล้ว อย่างไรก็ตาม ความตกลงดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติข้อใดที่มีผลเป็นการส่งมอบพันธกรณีและความรับผิดชอบของอิสราเอลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไปให้แก่ PA อีกทั้งในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลเป็นภาคีก็ไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐภาคีสามารถถ่ายโอนพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของตนให้แก่บุคคลอื่นหรือรัฐอื่นกระทำแทนได้ และเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีการก่อสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ยังคงแสดงให้เห็นถึงอำนาจควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของอิสราเอลบนดินแดนที่ถูกยึดครอง อีกทั้งการยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์กรผู้กระทำการในนามชาวปาเลสไตน์ก็ไม่ได้ทำให้พันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนของอิสราเอลระงับสิ้นไป ดังนั้นอิสราเอลในฐานะรัฐที่ใช้อำนาจยึดครองยังมีความผูกพันต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนและยังมีพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในดินแดนปาเลสไตน์ที่อิสราเอลยังคงยึดครองดินแดนปาเลสไตน์หรือใช้อำนาจควบคุมบนดินแดนปาเลสไตน์ และยังสามารถใช้อำนาจทางทหารต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ ข้ออ้างนี้ของอิสราเอลจึงฟังไม่ขึ้น

ประเด็นหลักต่อไปคือปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ซึ่งอาจวิเคราะห์ได้จากการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่อิสราเอลมีความผูกพัน โดยผู้เขียนเลือกศึกษาปัญหาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนในกรณีนี้โดยวิเคราะห์แนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนต่างๆที่อิสราเอลมีความผูกพันทั้งจากสนธิสัญญา ตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ จารีตประเพณี และในบางกรณีเป็นสิทธิมนุษยชนที่เป็นกฎหมายเด็ขาดด้วย ซึ่งได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและผลกระทบจากกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองและแนวโน้มการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน พบว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลรวมทั้งมาตรการอื่นๆของอิสราเอลที่กระทำบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง มีแนวโน้มที่จะละเมิดพันธกรณีของอิสราเอลตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอันได้แก่ สิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการทำงาน และสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ โดยอิสราเอลไม่อาจอ้างการประกาศภาวะฉุกเฉินเพื่อเลี่ยงพันธกรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีการแจ้งเพื่อเลี่ยงพันธกรณีเหล่านี้ตามขั้นตอนในบทบัญญัติข้อ 4(3) แห่ง IC-CPR ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีของสิทธิมนุษยชนที่มีฐานะเป็นกฎหมายเด็ดขาดอันไม่อาจละเมิดและไม่อาจเลี่ยงพันธกรณีได้อันได้แก่ สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนเหล่านี้เป็นเพียงตัวอย่างของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ถูกละเมิดในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง และยังมีหลักสิทธิมนุษยชนอื่นๆที่อาจถูกละเมิดจากกรณีนี้ เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในสุขภาพที่ดี เสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลรวมถึงการออกคำสั่งและการใช้มาตรการต่างๆอันเกี่ยวข้องกับกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของอิสราเอล อันส่งผลให้การสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองไม่ชอบด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

แม้ประชาคมโลกจะมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองมาตั้งแต่ปี ค.ศ.2002 หรือแม้แต่การยึดครองดินแดนปาเลสไตน์มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1967 เป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศอย่างรุนแรงและยาวนาน โดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่ความจริงที่ว่า การละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนั้นของอิสราเอลยังไม่ยุติลงหรือไม่แม้แต่ได้รับการแก้ไขเยียวยามานานกว่า 50 ปี อาจทำให้เกิดเป็นคำถามต่อปัญหาสภาพบังคับที่แท้จริงของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาข้อเท็จจริงแล้วผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าปัญหาสภาพบังคับ

ของกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อน กล่าวคือ ดินแดนที่ถูกกล่าวอ้างว่าเกิดการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศยังอยู่ในภาวะขัดแย้ง ซึ่งบางครั้งก็รุนแรงถึงขั้นมีการสู้รบกันอยู่บ่อยครั้ง การโจมตีหรือการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนก็เกิดขึ้นจากบุคคลในทั้งสองฝ่ายแห่งความขัดแย้ง จึงเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศอันเนื่องจากลักษณะของความขัดแย้งนั่นเอง อีกทั้งยังมีการแทรกแซงจากรัฐหรือองค์กรอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกาซึ่งมีที่ท่าจะสนับสนุนอิสราเอล หรือประเทศในกลุ่มชาติอาหรับที่ให้การสนับสนุนปาเลสไตน์ ปัจจัยจากการแทรกแซงเหล่านี้ทำให้ความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์ยากที่จะแก้ไขและส่งผลถึงการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย ดังนั้น トラบไตท์ทุกฝ่ายยังไม่เริ่มต้นที่จะสร้างสันติสุขที่แท้จริง ก็ย่อมไม่อาจแก้ไขปัญหาการไม่เคารพต่อกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ ผู้เขียนจึงเสนอให้ทั้งอิสราเอลและปาเลสไตน์พยายามฟื้นฟูกระบวนการสันติภาพอย่างจริงจังอีกครั้งเพื่อหาข้อยุติของความขัดแย้งร่วมกันให้ได้โดยเร็วที่สุด แต่อย่างไรก็ดี กระบวนการเจรจาเพื่อสันติภาพระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์ที่ผ่านมายังไม่อาจเรียกได้ว่าประสบความสำเร็จ สาเหตุเนื่องมาจากยังมีผู้ที่คัดค้านการเจรจาที่เห็นว่าฝ่ายตนได้รับความเสียหายเปรียบ ดังนั้น จึงควรสร้างสถานการณ์ให้ทั้งสองฝ่ายรู้สึกเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงก่อนที่จะมีการเจรจาใดๆ ต้องไม่มีฝ่ายที่ยึดครองและฝ่ายที่ถูกยึดครองเช่นในปัจจุบัน และเพื่อแก้ไขสถานการณ์นี้ อิสราเอลต้องถอนกำลังทั้งหมดออกจากดินแดนที่ถูกยึดครองและยอมรับสถานะความรัฐของปาเลสไตน์ เพื่อให้ปาเลสไตน์มีสถานะเท่าเทียมกับอิสราเอล อีกทั้งรัฐอื่นๆต้องทำตัวเป็นกลางอย่างแท้จริงและหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ อันเป็นการอคติหรือเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้ทั้งสองฝ่ายสามารถเจรจากันได้โดยเท่าเทียมและคำนึงถึงประชาชนเป็นที่ตั้ง

กรณีที่อิสราเอลไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีผลทางกฎหมายของการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองปี ค.ศ.2004 ที่ศาลกำหนดให้อิสราเอลมีพันธกรณีที่จะต้องยุติการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องระงับการก่อสร้างกำแพงในส่วนที่กำลังก่อสร้างอยู่ในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครองในทันที ต้องรื้อถอนกำแพงส่วนที่สร้างเสร็จแล้วในทันที และต้องเพิกถอนหรือยกเลิกกฎหมายและข้อบังคับที่บังเกิดขึ้นเนื่องจากการสร้างกำแพงในทันที แม้อิสราเอลจะอ้างว่าตนไม่ต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ตาม แต่กรณีนี้ปาเลสไตน์ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีอาจร้องเรียนไปยังคณะมนตรีความมั่นคงให้ทำคำแนะนำหรือวินิจฉัยมาตรการที่จะดำเนินเพื่อให้เกิดผลตามคำวินิจฉัยของศาล ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติในข้อ 94 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

นอกจากนี้ ในเรื่องการเยียวยาความเสียหายสำหรับบรรดาความเสียหายที่อิสราเอลได้ ก่อขึ้นจากการสร้างกำแพงบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง แม้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้ วางหลักไว้ในความเห็นเชิงปรึกษาเมื่อปี ค.ศ.2004<sup>1</sup> กำหนดวิธีการต่างๆเพื่อเยียวยาประชาชนชาว ปาเลสไตน์จากความเสียหายในกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง อันได้แก่ การคืนที่ดิน ทรัพย์สิน และผลผลิตทางการเกษตรที่อิสราเอลยึดไปจากบุคคลหรือนิติ บุคคลเพื่อการสร้างกำแพง หรือในกรณีที่การคืนทรัพย์สินไม่อาจทำได้ อิสราเอลจะต้องชดใช้ค่า สิ้นไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่บุคคลเหล่านั้นได้รับ อย่างไรก็ตาม ยังมีวิธีการเยียวยาความ เสียหายจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ที่ อาจนำมาใช้กำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายสำหรับกรณีนี้ได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีรัฐเป็น ผู้เสียหายซึ่งในที่นี้คือเหล่าประชาชนชาวปาเลสไตน์และความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายที่ไม่อาจ คำนวณเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนได้ เช่นกรณีที่อิสราเอลเข้ายึดครองและก่อสร้างกำแพงบนดินแดน ปาเลสไตน์ซึ่งละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของชาวปาเลสไตน์ อาจใช้รูปแบบของการ ชดใช้ค่าเสียหายโดยการแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการ<sup>2</sup> ซึ่งประเด็นนี้ควรต้องมีการศึกษาอย่าง ละเอียดต่อไปว่ามีวิธีการใดอีกบ้างที่เหมาะสมจะนำมาใช้เยียวยาความเสียหายจากการกระทำละเมิด ของอิสราเอลต่อประชาชนชาวปาเลสไตน์ในกรณีนี้

<sup>1</sup> ICJ Reports, “Legality Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,” Advisory Opinion, 9 July 2004, para.153.

<sup>2</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) , น.221.



## บรรณานุกรม

### หนังสือ

กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ. คำแปล อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการต่างประเทศ, 2544.

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีและความยุติธรรมสำหรับเราทุกคน. กรุงเทพมหานคร: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551.

กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

จตุรนต์ ธิระวัฒน์. กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, 2550.

\_\_\_\_\_. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

ธนาสฤกษ์ สตะเวทิน และคนอื่นๆ. องค์การระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526.

นพนธิ สุริยะ. สิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537.

\_\_\_\_\_. สรุปคำบรรยายวิชาสิทธิมนุษยชน มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

### วิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์

กชกร คัตตพันธ์. “ลักษณะการดำเนินนโยบายต่างประเทศของสหรัฐฯ ต่อกระบวนการสันติภาพอิสราเอล-ปาเลสไตน์: เปรียบเทียบสมัยประธานาธิบดีวิลเลียม เจ. คลินตัน (1993-2001) กับ ประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู. บุช (2001-2007).” ภาคนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ญาดา หัตถธรรมบุญ. “การงดเว้นสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาถือเป็นธรรมในภาวะฉุกเฉินตามกฎหมายระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐ: ศึกษากรณีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาดีโดยตุลาการที่เป็นอิสระ และสิทธิในหลักประกันเกี่ยวกับการจับกุมและควบคุมตัวบุคคล.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

วริยา หยิกประเสริฐ. “ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์และผลลัพธ์ต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

สุวิชา ภูเงิน. “ปัญหาปาเลสไตน์และการรับรองปาเลสไตน์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กรมเอเชียใต้ ตะวันออกกลางและแอฟริกา กระทรวงการต่างประเทศ. “ปาเลสไตน์ การเมืองการปกครอง.” [http://sameaf.mfa.go.th/th/country/middleeast/detail.php?ID=41&phrase\\_id=931323#2](http://sameaf.mfa.go.th/th/country/middleeast/detail.php?ID=41&phrase_id=931323#2), 16 มิถุนายน 2560.

ศรวุฒิ อารีย์. “รู้จัก ‘ฉนวนกาซ่า’ เข้าใจวิกฤติตะวันออกกลาง.” <http://www.ias.chula.ac.th/ias/en/Article-Detail.php?id=1>, 16 มิถุนายน 2560.

แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล. “สิทธิมนุษยชน...ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.” [https://www.amnesty.or.th/sites/default/files/escr\\_mannual\\_thai.pdf](https://www.amnesty.or.th/sites/default/files/escr_mannual_thai.pdf), 6 มิถุนายน 2560.

ASTVผู้จัดการออนไลน์. “สภาชุนินามลงมติรับรองผู้นำจอมอื้อฉาว “เดซี เบาเตอร์เซ” นั่งเก้าอี้ประธานาธิบดีต่อสมัยสอง.” <http://www.manager.co.th/Around/Viewnews.aspx?NewsID=9580000079929>, 7 มิถุนายน 2560.

### Books

Ahmad Amara. Israel’s Perpetual “State of Emergency”: Criminalizing Palestinian Civil Society and Political Dissent. Nazareth: Meezaan Organization for Human Rights, March 2016.

Antonio Cassese. International Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

- Counter-Terrorism Implementation Task Force (CTITF). Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism. New York: UN Department of Political Affairs, 2015.
- Donna Gomien. Short Guide to the European Convention on Human Rights. 3rd edition. Strasbourg : Council of Europe Publishing, 2000.
- Edward W. Said. "Chapter 1: Intifada and Independence." Intifada: The Palestinian Uprising Against Israeli Occupation. ed. Zachary Lockman and Joel Beinin. Boston, MA.: South End Press, 1989.
- Gillian D. Triggs. International Law: Contemporary Principles and Practices. Australia: LexisNexis Butterworths, 2006.
- Ian Brownlie. Principles of Public International Law. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- \_\_\_\_\_. Principles of Public International Law. 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Jaime Orea. Human Rights in States of Emergency in International Law. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Jean-Marie Henckaerts. กฎหมายจารีตประเพณี: การศึกษากฎหมายจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพื่อความเข้าใจและการเคารพกฎเกณฑ์ของกฎหมายภาคสงคราม. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (ICRC), 2550.
- Karel Vasak. "Foreword of General Editor." The International Dimensions of Human Rights Vol.1. ed. Karel Vasak and Philip Alston. p. xv. Connecticut: Greenwood Press, 1982.
- Mark J. Bossuyt. Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Oscar Schachter. International Law in Theory and Practice. Dordrecht : M.Nijhoff, 1991.

Theodor Meron. Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law. Oxford: Claredon Press, 1989.

UN High Commissioner for Refugee. International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict. Geneva: United Nations Publication, 2011.

Vojin Dimitrijevic. Customary Law as an Instrument for the Protection of Human Rights. Milan: Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, 2006.

### Articles

Benjamin Mapes. "Eye for an Eye: Israel's Swift and Devastating Response to the Munich Massacre at the 1972 Olympic Games." Historia. Vol.19. (2010) : 150-151.

Daphne Barak-Erez. "Israel: The Security Barrier – between International Law, Constitutional Law, and Domestic Judicial Review." Int'l J Con Law. Vol.4, No.3. (July 2006) : 540.

Hurst Hannum. "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law." Georgia Journal of International and Comparative Law. (1996) : 348.

Joan Fitzpatrick. "Speaking Law to Power: The War against Terrorism and Human Rights." European Journal of International Law. Vol.14. No.2. (2003) : 252.

M. Cherif Bassiouni. "International Crimes : Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes." Law and Contemporary Problems. Vol.59. No.4. (Autumn 1996) : 63.

Richard B. Lillich. "The Growing Importance of Customary International Human Rights." Georgia Journal of International and Comparative Law. Vol.25:1. 1995/96. (1996) : 3.

Theodor Meron. "Extraterritoriality of Human Rights Treaties." The American Journal of International Law. Vol.89. No.1. (January 1995) : 80.

\_\_\_\_\_. "On the Hierarchy of International Human Rights." The American Journal of International Law. Vol.80. No.1. (January 1986) : 11.

Ulrich Scheuner. "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequence." 27 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. (1967) : 526.

### **Treaties**

African Charter on Human and People's Rights

American Convention on Human Rights

American Declaration of the Rights and Duties of Man

ASEAN Human Rights Declaration

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

Convention on the Rights of the Child

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

Convention on the Rights of Persons with Disabilities

European Convention on Human Rights

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom

International Covenant on Civil and Political Rights

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza (Oslo II Accord)

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography

Revised Arab Charter on Human Rights

Rome Statute of the International Criminal Court

### United Nations Documents

Alain Pellet (Special Rapporteur). A/CN.4/491 and Add.1–6. Third Report on Reservations to treaties. Yearbook of the International Law Commission 1998. Vol.II. Part one.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. E/C.12/2000/4. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant). 11 August 2000.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. E/C.12/1/Add.90. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations, Israel. 26 June 2003.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination. CERD/C/64/Misc.11/rev.3. General Recommendation 30 on Discrimination against non-citizens. March 2004.

Commission on Human Rights. E/CN.4/1985/4 (Annex). The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. 28 September 1984.

\_\_\_\_\_. E/CN.4/1985/20. Preliminary Report by the Special Representative of the Commission, Mr. Andres Aguilar, appointed pursuant to resolution 1984/54, on the Human Rights Situation in the Islamic Republic of Iran. 1 February 1985.

\_\_\_\_\_. E/CN.4/1987/23. Report on the human rights situation in the Islamic Republic of Iran by the Special Representative of the

Commission, Mr. Reynaldo Galindo Pohl, appointed pursuant to resolution 1986/41. 28 January 1987.

\_\_\_\_\_. E/CN.4/Sub.2/1997/19. Tenth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37. 23 June 1997.

\_\_\_\_\_. E/CN.4/2004/10/Add.2. The Right to Food: Report by the Special Rapporteur, Jean Ziegler, Addendum, Mission to the Occupied Palestinian Territories. 31 October 2003.

General Assembly. A/RES/53/56. Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People in the Occupied Palestinian Territory, including Jerusalem. Resolution. 10 February 1999.

\_\_\_\_\_. A/RES/1514(XV). Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. 14 December 1960.

\_\_\_\_\_. A/RES/2625(XXV). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations. 24 October 1970.

\_\_\_\_\_. Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief. 25 November 1981.

\_\_\_\_\_. A/RES/ES-10/14. Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory. 12 December 2003.

Hector Gros Espiell. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1. The Right to Self-Determination: Implementation of United Nations Resolutions. 1980.

High Commissioner for Human Rights. A/69/347. Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. Report of the Secretary-General. 25 August 2014.

\_\_\_\_\_. “General Objectives of International Human Rights Treaties and their Application at the National Level.” NGO manual on international and regional instruments concerning refugees and human rights. European Series. Vol. 4, No. 2, 1998/07.

High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolution S-9/1. A/HRC/12/37. Human Rights Situation on Palestine and Other Occupied Arab Territories. 10 August 2009.

High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolution 7/1. A/HRC/8/17. Human Rights Situation on Palestine and Other Occupied Arab Territories. 6 June 2008.

Human Rights Committee. CCPR/C/GC/32. General comment no.32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial. 23 August 2007.

\_\_\_\_\_. CCPR/C/SR.1675. Summary Record of the 1675th Meeting. 21 July 1998.

\_\_\_\_\_. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6. CCPR General Comment No. 24 : Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant. 4 November 1994.

\_\_\_\_\_. CCPR/C/45/D/349/1989. Wright v. Jamaica. Communication No. 349/1989. 1992.

\_\_\_\_\_. CCPR/C/69/D/770/1997. Mr. Dimitry L. Gridin v. Russian Federation. Communication No. 770. 2000.

\_\_\_\_\_. CCPR/C/OP/2. Dave Marais, Jr. v. Madagascar. Communication No. 49/1979. 1990.

\_\_\_\_\_. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.4. CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion). 30 July 1993.

\_\_\_\_\_. CCPR/C/79/Add.93. UN Human Rights Committee: Concluding Observations: Israel. 18 August 1998.



- \_\_\_\_\_. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement). 2 November 1999.
- \_\_\_\_\_. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency. 31 August 2001.
- \_\_\_\_\_. CCPR/CO/76/TGO. UN Human Rights Committee: Concluding Observations: Togo. 28 November 2002.
- \_\_\_\_\_. CCPR/CO/78/ISR. Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel. 21 August 2003.
- \_\_\_\_\_. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18. General Comment 14, Article 6, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies. 1994.
- \_\_\_\_\_. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14. General Comment 13 on Article 14: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies. 1994.
- \_\_\_\_\_. Supp. No. 40 (A/36/40). Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay. Communication No. R.12/52. 1981.
- \_\_\_\_\_. Supp. No. 40 (A/37/40). Husband of Maria Fanny Suarez de Guerrero v. Colombia (1982). Communication No. R.11/45.
- \_\_\_\_\_. Kanta Baboeram-Adhin et al. v. Suriname. Selected Decisions, vol.2. Communications No. 146/1983 and 148 to 154/1983.
- \_\_\_\_\_. CCPR/C/OP/2. Communication No. 158/1983; O.F. v. Norway (1984). Selected Decisions of the Human Rights Committee. Vol.2.
- \_\_\_\_\_. CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination. 10 November 1989.
- Human Rights Council. A/HRC/28/45. Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. Report of the Secretary-General. 5 March 2015.

\_\_\_\_\_. A/HRC/31/44. Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. Report by the Secretary-General. 20 January 2016.

\_\_\_\_\_. A/HRC/34/38. Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. Report of the Secretary-General. 16 March 2017.

\_\_\_\_\_. A/HRC/RES/31/34. Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. Resolution. 20 April 2016.

International Law Commission. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. Yearbook of the International Law Commission, 2001. Vol. II. Part Two.

\_\_\_\_\_, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966. Yearbook of the International Law Commission, 1966. Vol.II.

Secretary-General. A/63/223. Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. 6 August 2008.

Security Council. S/RES/242. Resolution 242 (1967). 22 November 1967.

Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its thirty-first session .E/CN.4/1296.

World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance. Durban Declaration and Programme of Action. 2001.

World Conference on Human Rights in Vienna. Vienna Declaration and Programme of Action. 25 June 1993.

### **Other Documents**

American Law Institute. Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States 1987.

BADIL Resource Center for Palestinian Residency & Refugee Rights. Seam Zones. No.25 BADIL Occasional Bulletin. (July 2012).

Inter-American Commission on Human Rights. Report on Terrorism and Human Rights. OEA/Ser.L/V/II.116. Doc.5 rev.1 corr. 22 October 2002.

\_\_\_\_\_. Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.9 rev.1. 26 February 1999.

League of Nations Treaty Series. Slavery Convention. Publication of Treaties and International Engagements registered with the Secretariat of the League of Nations, 1927. Vol. LX, No.1414.

Local Aid Coordination Committee Report. The Impact of Israel's Separation Barrier on Affected West Bank Communities. 4 May 2003.

## Cases

European Court of Human Rights. *Case of Al-Adsani v. the United Kingdom*. Judgment. Application no. 35763/97. 21 November 2001.

\_\_\_\_\_. *Case of Cyprus v. Turkey*. Judgment. Application no.25781/94. 10 May 2001.

\_\_\_\_\_. *Case of Olsson v. Sweden (No. 1)*. Judgment. Application no. 10465/83. 24 March 1988.

\_\_\_\_\_. *Case of the Sunday Times v. the United Kingdom*. 1979.

\_\_\_\_\_. *Case of Loizidou v. Turkey*. Judgment. Application no.15318/89. 18 December 1996

\_\_\_\_\_. *De Becker*. Ser. B: Report of the Commission. 8 January 1960.

\_\_\_\_\_. *Golder v. the United Kingdom*. Judgment. 21 February 1975.

\_\_\_\_\_. *Lawless case*. Judgment. 1 July 1961.

House of Lords. *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No.3)*. 1 A.C. 147. 2000.

International Court of Justice. *East Timor (Portugal v. Australia)*. Judgment. 30 June 1995.

\_\_\_\_\_. *Frontier Dispute*. Judgment. 22 December 1986.

\_\_\_\_\_. *Legality Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion. 9 July 2004.

\_\_\_\_\_. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion. 8 July 1996.

\_\_\_\_\_. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. Judgment. 1980.

International Tribunal for the former Yugoslavia. *Prosecutor v. Anto Furundzija*. Trial Judgment. IT-95-17/1-T. 10 December 1998.

Israel High Court of Justice. *Association for Civil Rights v. 1.The Knesset; 2.The Israeli Government*. HCJ 3091/99.

\_\_\_\_\_. *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*. Judgment. HCJ 2056/04.

\_\_\_\_\_. *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*. Judgment. HCJ 7957/04.

UN Human Rights Committee. *Celiberti de Casariego v Uruguay*. CCPR/C/13/D/56/1979. 29 July 1981.

\_\_\_\_\_. *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*. CCPR/C/13/D/52/1979. 29 July 1981.

\_\_\_\_\_. *Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea*. Communication No. 518/1992. CCPR/C/54/D/518/1992. 1995.

### Electronic Media

ACRI. “Supreme Court Rejects Petition to End Continual State of Emergency.” <http://www.acri.org.il/en/2012/05/08/state-of-emergency-petition-rejected>, 22 May 2017.

Adalah: The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel to UN Human Rights Committee. “State of Emergency.” [http://www.adalah.org/uploads/oldfiles/eng/intladvocacy/unhrc\\_03\\_emergency.pdf](http://www.adalah.org/uploads/oldfiles/eng/intladvocacy/unhrc_03_emergency.pdf), 27 May 2017.

Alan Taylor. “On This Day 36 Years Ago: The Signing of the Egypt-Israel Peace Treaty.” <https://www.theatlantic.com/photo/2015/03/on-this-day-36-years-ago-the-signing-of-the-egyptisrael-peace-treaty/388781/>, 16 June 2017.

BBC News. “Barrier harms West Bank health.” [http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/4268079.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/4268079.stm), 16 June 2017.

B’Tselem. “Background on the restriction of movement.” [http://www.btselem.org/freedom\\_of\\_movement](http://www.btselem.org/freedom_of_movement), 16 June 2016.

\_\_\_\_\_. “Land Expropriation and Settlements.” <http://www.btselem.org/settlements>, 16 June 2016.

\_\_\_\_\_. “Planning and construction policy for Palestinians in Area C.” [http://www.btselem.org/planning\\_and\\_building](http://www.btselem.org/planning_and_building), 16 June 2017.

\_\_\_\_\_. “Separation Barrier by Beit Jala - Critically harming town to lay ground work for annexation.” [http://www.btselem.org/separation\\_barrier/beit\\_jala\\_separation\\_barrier](http://www.btselem.org/separation_barrier/beit_jala_separation_barrier), 16 June 2017.

\_\_\_\_\_. “The Separation Barrier.” [http://www.btselem.org/separation\\_barrier](http://www.btselem.org/separation_barrier), 16 June 2017.

\_\_\_\_\_. “What is Area C?.” [http://www.btselem.org/area\\_c/what\\_is\\_area\\_c](http://www.btselem.org/area_c/what_is_area_c), 17 June 2017.

Human Rights Watch. “World Report 2016 : Israel/Palestine.” <https://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/israel/Palestine>, 16 June 2016.

Ian Deitch. “Correction: Israel-Munich Massacre story.” <https://www.apnews.com/1b8d6107f51f4cd88349bca8fa79b602>, 16 June 2017.

International Committee of the Red Cross. “Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, Geneva 22 August 1864.” <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/120?OpenDocument>, 3 June 2017.

International Institute for Democracy and Electoral Assistance. “Limitation Clauses.” <http://www.idea.int/sites/default/files/publications/limitation-clauses-primer.pdf>, 27 May 2017.

Israel Government. “Basic Law: The Government (2001).” [https://knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14\\_eng.htm](https://knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm), 22 May 2017.

Joel Beinin. “The Demise of the Oslo Process.” <https://web.archive.org/web/20000816222849/http://www.merip.org/pins/pin1.html>, 16 June 2017.

John Dugard. “Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid.” <http://legal.un.org/avl/ha/cspca/cspca.html>, 10 June 2017.

Nahum Barnea. “Beitunian nights: The IDF in the West Bank.” <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4780153,00.html>, 16 June 2017.

Oxford Public Interest Lawyer. “Legal Consequences of Israel’s Construction of a Separation Barrier in the Occupied Territories International Law Opinion.” <http://www.hamoked.org/items/5730.pdf>, 22 May 2017.

Palestinian Grassroots Anti-Apartheid Wall Campaign. “The Wall.” <https://www.stopthewall.org/the-wall>. 16 June 2017.

UN High Commissioner for Human Rights. “Status of Ratification.” <http://indicators.ohchr.org>, 22 May 2017.

UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. “Humanitarian Update: 16 Dec - 19 Jan 2004.” <http://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/ocha-humanitarian-update-occupied-palestinian-territories-16-0>, 16 June 2017.

\_\_\_\_\_. : occupied Palestinian territory. “The Humanitarian Impact of the Barrier, July 2013.” [https://www.ochaopt.org/documents/ocha\\_opt\\_barrier\\_fact\\_sheet\\_july\\_2013\\_english.pdf](https://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_barrier_fact_sheet_july_2013_english.pdf), 16 July 2017.

UN Treaty Section. “Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV9&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV9&chapter=4&lang=en), 22 May 2017.

\_\_\_\_\_. “Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.” [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg\\_no=iv-8&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-8&chapter=4&lang=en), 22 May 2017.

\_\_\_\_\_. “Convention on the Rights of Persons with Disabilities.” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en), 22 May 2017.

\_\_\_\_\_. “Convention on the Rights of the Child.” [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en), 22 May 2017.

\_\_\_\_\_. “International Covenant on Civil and Political Rights.” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en), 22 May 2017.

\_\_\_\_\_. “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV3&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV3&chapter=4&clang=_en), 22 May 2017.

\_\_\_\_\_. “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en), 22 May 2017.

\_\_\_\_\_. “Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict.” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=_en), 22 May 2017.

UShistory.org. “The Declaration of Independence.” <http://www.ushistory.org/Declaration/document/index.html>, 7 June 2017.

Yale Law School: The Avalon Project. “Declaration of the Rights of Man – 1789.” [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/rightsof.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp), 7 June 2017.







ภาคผนวก

**ภาคผนวก ก****United Nations Security Council Resolution 242 (1967)**

Resolution 242 (1967) of 22 November 1967

The Security Council,

Expressing its continuing concern with the grave situation in the Middle East,

Emphasizing the inadmissibility of the acquisition of territory by war and the need to work for a just and lasting peace in which every State in the area can live in security,

Emphasizing further that all Member States in their acceptance of the Charter of the United Nations have undertaken a commitment to act in accordance with Article 2 of the Charter,

1. Affirms that the fulfilment of Charter principles requires the establishment of a just and lasting peace in the Middle East which should include the application of both the following principles:

(i) Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict;

(ii) Termination of all claims or states of belligerency and respect for and acknowledgment of the sovereignty, territorial integrity and political independence of every State in the area and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force;

2. Affirms further the necessity

- (a) For guaranteeing freedom of navigation through international waterways in the area;
  - (b) For achieving a just settlement of the refugee problem;
  - (c) For guaranteeing the territorial inviolability and political independence of every State in the area, through measures including the establishment of demilitarized zones;
3. Requests the Secretary-General to designate a Special Representative to proceed to the Middle East to establish and maintain contacts with the States concerned in order to promote agreement and assist efforts to achieve a peaceful and accepted settlement in accordance with the provisions and principles in this resolution;
4. Requests the Secretary-General to report to the Security Council on the progress of the efforts of the Special Representative as soon as possible.

Adopted unanimously at the 1382nd meeting.

**ภาคผนวก ข****United Nations General Assembly Resolution ES-10/14 (2003)**

Resolution adopted by the General Assembly

[ without reference to a Main Committee (A/ES-10/L.16)]

ES-10/14.

Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory

The General Assembly,

Reaffirming its resolution ES-10/13 of 21 October 2003,

Guided by the principles of the Charter of the United Nations,

Aware of the established principle of international law on the inadmissibility of the acquisition of territory by force,

Aware also that developing friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples is among the purposes and principles of the Charter of the United Nations,

Recalling relevant General Assembly resolutions, including resolution 181 (II) of 29 November 1947, which partitioned mandated Palestine into two States, one Arab and one Jewish,

Recalling also the resolutions of the tenth emergency special session of the General Assembly,

Recalling further relevant Security Council resolutions, including resolutions 242 (1967) of 22 November 1967, 338 (1973) of 22 October 1973, 267 (1969) of 3 July 1969, 298 (1971) of 25 September 1971, 446 (1979) of 22 March 1979, 452 (1979) of 20 July 1979, 465 (1980) of 1 March 1980, 476 (1980) of 30 June 1980, 478 (1980) of 20 August 1980, 904 (1994) of 18 March 1994, 1073 (1996) of 28 September 1996, 1397 (2002) of 12 March 2002 and 1515 (2003) of 19 November 2003,

Reaffirming the applicability of the Fourth Geneva Convention 1 as well as Additional Protocol I to the Geneva Conventions 2 to the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,

Recalling the Regulations annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907, 3

Welcoming the convening of the Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention on measures to enforce the Convention in the Occupied Palestinian Territory, including Jerusalem, at Geneva on 15 July 1999,

Expressing its support for the declaration adopted by the reconvened Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention at Geneva on 5 December 2001,

Recalling in particular relevant United Nations resolutions affirming that Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, are illegal and an obstacle to peace and to economic and social development as well as those demanding the complete cessation of settlement activities,

Recalling relevant United Nations resolutions affirming that actions taken by Israel, the occupying Power, to change the status and demographic composition of Occupied East Jerusalem have no legal validity and are null and void,

Noting the agreements reached between the Government of Israel and the Palestine Liberation Organization in the context of the Middle East peace process,

Gravely concerned at the commencement and continuation of construction by Israel, the occupying Power, of a wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, which is in departure from the Armistice Line of 1949 (Green Line) and which has involved the confiscation and destruction of Palestinian land and resources, the disruption of the lives of thousands of protected civilians and the de facto annexation of large areas of territory, and underlining the unanimous opposition by the international community to the construction of that wall,

Gravely concerned also at the even more devastating impact of the projected parts of the wall on the Palestinian civilian population and on the prospects for solving the Palestinian-Israeli conflict and establishing peace in the region,

Welcoming the report of 8 September 2003 of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967, 4 in particular the section regarding the wall,

Affirming the necessity of ending the conflict on the basis of the two-State solution of Israel and Palestine living side by side in peace and security based on the Armistice Line of 1949, in accordance with relevant Security Council and General Assembly resolutions,

Having received with appreciation the report of the Secretary-General, submitted in accordance with resolution ES-10/13, 5

Bearing in mind that the passage of time further compounds the difficulties on the ground, as Israel, the occupying Power, continues to refuse to comply within interna-

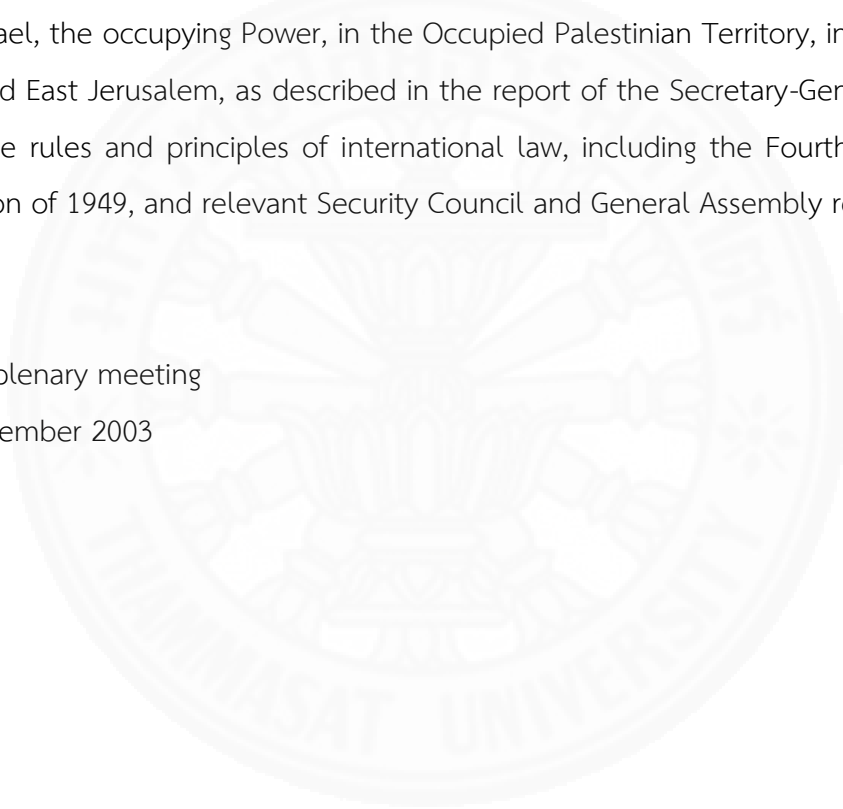
tional law vis-à-vis its construction of the above-mentioned wall, with all its detrimental implications and consequences,

Decides, in accordance with Article 96 of the Charter of the United Nations, to request the International Court of Justice, pursuant to Article 65 of the Statute of the Court, to urgently render an advisory opinion on the following question:

What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?

23rd plenary meeting

8 December 2003



**ภาคผนวก ค****Summary of ICJ Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (2004)**

Summary 2004/2 9 July 2004

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory  
(Request for advisory opinion)

Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004

History of the proceedings (paras. 1-12)

The Court first recalls that on 10 December 2003 the Secretary-General of the United Nations officially communicated to the Court the decision taken by the General Assembly to submit the question set forth in its resolution ES-10/14, adopted on 8 December 2003 at its Tenth Emergency Special Session, for an advisory opinion. The question is the following:

“What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?”



The Court then gives a short overview of the history of the proceedings.

Questions of jurisdiction (paras. 13-42)

At the outset of its reasoning the Court observes that, when seised of a request for an advisory opinion, it must first consider whether it has jurisdiction to give the opinion requested and whether, should the answer be in the affirmative, there is any reason why it should decline to exercise any such jurisdiction.

The Court first addresses the question whether it possesses jurisdiction to give the advisory opinion. It notes first that the competence of the Court in this regard is based on Article 65, paragraph 1, of its Statute, according to which the Court “may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request”, and secondly that the General Assembly, which seeks the advisory opinion, is authorized to do so by Article 96, paragraph 1, of the Charter, which provides: “The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.” As it has done sometimes in the past, the Court then turns to the relationship between the question which is the subject of a

request for an advisory opinion and the activities of the Assembly. It observes in this respect that Article 10 of the Charter has conferred upon the General Assembly a competence relating to “any questions or any matters” within the scope of the Charter, and that Article 11, paragraph 2, has specifically provided it with competence on “questions relating to the maintenance of international peace and security brought before it by any Member of the United Nations . . .” and to make recommendations under certain conditions fixed by those Articles. It notes that the ques-

tion of the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory was brought before the General Assembly by a number of Member States in the context of the Tenth Emergency Special Session of the Assembly, convened to deal with what the Assembly, in its resolution ES-10/2 of 25 April 1997, considered to constitute a threat to international peace and security.

After recalling the sequence of events that led to the adoption of resolution ES-10/14, the Court turns to the first question of jurisdiction raised in the present proceedings. Israel has alleged that, given the active engagement of the Security Council with the situation in the Middle East, including the Palestinian question, the General Assembly acted *ultra vires* under the Charter, because its request for an advisory opinion was not in accordance with Article 12, paragraph 1, of the Charter, which provides that: “While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.” The Court first observes that a request for an advisory opinion is not a “recommendation” by the General Assembly “with regard to [a] dispute or situation”, within the meaning of Article 12, but considers it appropriate to examine the significance of that Article, having regard to the practice of the United Nations. It notes that, under Article 24 of the Charter, the Security Council has “primary responsibility for the maintenance of international peace and security” and that both the Security Council and the General Assembly initially interpreted and applied Article 12 to the effect that the Assembly could not make a recommendation on a question concerning the maintenance of international peace and security while the matter remained on the Council’s agenda, but that this interpretation of Article 12 has evolved subsequently. The Court takes note of an interpretation of that text given by the United Nations Legal Counsel at the Twenty-third Session of the Assembly, and of an increasing tendency over time for the General Assembly and the Security Council to deal in parallel with the same matter concerning the maintenance of international peace and security. The Court considers that the accepted practice of the Assembly, as it has evolved, is consistent with Article 12, paragraph 1;

it is accordingly of the view that the General Assembly, in adopting resolution ES-10/14, seeking an advisory opinion from the Court, did not contravene the provisions of Article 12, paragraph 1, of the Charter. The Court concludes that by submitting that request the General Assembly did not exceed its competence.

The Court recalls that it has however been contended before it that the request did not fulfil the essential conditions set by resolution 377 A (V), under which the Tenth Emergency Special Session was convened and has continued to act.

Resolution 377 A (V) provides that:

“if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures . . .”.

The Court proceeds to ascertain whether the conditions laid down by this resolution were fulfilled as regards the convening of the Tenth Emergency Special Session of the General Assembly, in particular at the time when the Assembly decided to request an advisory opinion from the Court.

In light of the sequence of events as described by it, the Court observes that, at the time when the Tenth Emergency Special Session was convened in 1997, the Council had been unable to take a decision on the case of certain Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, due to a negative vote of a permanent member; and that, as indicated in resolution ES-10/2, there existed a threat to international peace and security. The Court further notes that, on 20 October 2003, the Tenth Emergency Special Session of the General Assembly was reconvened on the

same basis as in 1997, after the rejection by the Security Council, on 14 October 2003, again as a result of the negative vote of a permanent member, of a draft resolution concerning the construction by Israel of the wall in the Occupied Palestinian Territory. The Court considers that the Security Council again failed to act as contemplated in resolution 377 A (V). It does not appear to the Court that the situation in this regard changed between 20 October 2003 and 8 December 2003, since the Council neither discussed the construction of the wall nor adopted any resolution in that connection. Thus, the Court is of the view that, up to 8 December 2003, the Council had not reconsidered the negative vote of 14 October 2003. The Court concludes that, during that period, the Tenth Emergency Special Session was duly reconvened and could properly be seized of the matter now before the Court, under resolution 377 A (V).

The Court also emphasizes that, in the course of this Emergency Special Session, the General Assembly could adopt any resolution falling within the subject-matter for which the Session had been convened, and otherwise within its powers, including a resolution seeking the Court's opinion. It is irrelevant in that regard that no proposal had been made to the Security Council to request such an opinion.

Turning to alleged further procedural irregularities of the Tenth Emergency Special Session, the Court does not consider that the "rolling" character of that Session, namely the fact of it having been convened in April 1997 and reconvened 11 times since then, has any relevance with regard to the validity of the request by the General Assembly. In response to the contention by Israel that it was improper to reconvene the Tenth Emergency Special Session at a time when the regular Session of the General Assembly was in progress, the Court observes that, while it may not have been originally contemplated that it would be appropriate for the General Assembly to hold simultaneous emergency and regular sessions, no rule of the Organization has been identified which would be thereby violated, so as to render invalid the resolution adopting the present request for an advisory opinion. Finally, the Tenth Emergency Special Session appears to have been convened in accordance with Rule

9 (b) of the Rules of Procedure of the General Assembly, and the relevant meetings have been convened in pursuance of the applicable rules.

The Court turns to a further issue related to jurisdiction namely the contention that the request for an advisory opinion by the General Assembly does not raise a “legal question” within the meaning of Article 96, paragraph 1, of the Charter and Article 65, paragraph 1, of the Statute of the Court.

As regards the alleged lack of clarity of the terms of the General Assembly’s request and its effect on the “legal nature” of the question referred to the Court, the Court observes that this question is directed to the legal consequences arising from a given factual situation considering the rules and principles of international law, including the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 (hereinafter the “Fourth Geneva Convention”) and relevant Security Council and General Assembly resolutions. In the view of the Court, it is indeed a question of a legal character. The Court further points out that lack of clarity in the drafting of a question does not deprive the Court of jurisdiction. Rather, such uncertainty will require clarification in interpretation, and such necessary clarifications of interpretation have frequently been given by the Court. Therefore, the Court will, as it has done often in the past, “identify the existing principles and rules, interpret them and apply them . . . , thus offering a reply to the question posed based on law” (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 234, para. 13). The Court points out that, in the present instance, if the General Assembly requests the Court to state the “legal consequences” arising from the construction of the

wall, the use of these terms necessarily encompasses an assessment of whether that construction is or is not in breach of certain rules and principles of international law.

The Court does not consider that what is contended to be the abstract nature of the question posed to it raises an issue of jurisdiction. Even when the matter was raised as an issue of propriety rather than one of jurisdiction, in the case concerning the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, the Court took the clear position that to contend that it should not deal with a question couched in abstract terms is “a mere affirmation devoid of any justification” and that “the Court may give an advisory opinion on any legal question, abstract or otherwise” (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 236, para. 15).

The Court finds that it furthermore cannot accept the view, which has also been advanced, that it has no jurisdiction because of the “political” character of the question posed. As is clear from its long-standing jurisprudence on this point, the Court considers that the fact that a legal question also has political aspects, “does not suffice to deprive it of its character as a ‘legal question’ and to ‘deprive the Court of a competence expressly conferred on it by its Statute’, and the Court cannot refuse to admit the legal character of a question which invites it to discharge an essentially judicial task” (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 234, para. 13).

The Court accordingly concludes that it has jurisdiction to give the advisory opinion requested by resolution ES-10/14 of the General Assembly.

Discretionary power of the Court to exercise its jurisdiction (paras. 43-65)

The Court notes that it has been contended, however, that the Court should decline to exercise its jurisdiction because of the presence of specific aspects of the General Assembly’s request that would render the exercise of the Court’s jurisdiction improper and inconsistent with the Court’s judicial function.

The Court first recalls that Article 65, paragraph 1, of its Statute, which provides that “The Court may give an advisory opinion . . .” (emphasis added), should be interpreted to mean that the Court retains a discretionary power to decline to give an advisory opinion even if the conditions of jurisdiction are met. It is mindful however of the fact that its answer to a request for an advisory opinion “represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused”. From this it follows that, given its responsibilities as the “principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of the Charter), the Court should in principle not decline to give an advisory opinion, and only “compelling reasons” should lead the Court to do so.

The first argument presented to the Court in this regard is to the effect that it should not exercise its jurisdiction in the present case because the request concerns a contentious matter between Israel and Palestine, in respect of which Israel has not consented to the exercise of that jurisdiction. According to this view, the subject-matter of the question posed by the General Assembly “is an integral part of the wider Israeli-Palestinian dispute concerning questions of terrorism, security, borders, settlements, Jerusalem and other related matters”. The Court observes in this respect that the lack of consent to the Court’s contentious jurisdiction by interested States has no bearing on the Court’s jurisdiction to give an advisory opinion, but recalls its jurisprudence to the effect that the lack of consent of an interested State might render the giving of an advisory opinion incompatible with the Court’s judicial character, e.g. if to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to submit its disputes to judicial settlement without its consent.

As regards the request for an advisory opinion now before it, the Court acknowledges that Israel and Palestine have expressed radically divergent views on the legal consequences of Israel’s

construction of the wall, on which the Court has been asked to pronounce in the context of the opinion it would give. However, as the Court has itself noted before, “Differences of views . . . on legal issues have existed in practically every advisory proceeding.” Furthermore, the Court does not consider that the subject-matter of the General Assembly’s request can be regarded as only a bilateral matter between Israel and Palestine. Given the powers and responsibilities of the United Nations in questions relating to international peace and security, it is the Court’s view that the construction of the wall must be deemed to be directly of concern to the United Nations in general and the General Assembly in particular. The responsibility of the United Nations in this matter also has its origin in the Mandate and the Partition Resolution concerning Palestine. This responsibility has been described by the General Assembly as “a permanent responsibility towards the question of Palestine until the question is resolved in all its aspects in a satisfactory manner in accordance with international legitimacy” (General Assembly resolution 57/107 of 3 December 2002). The object of the request before the Court is to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions. The opinion is requested on a question which is of particularly acute concern to the United Nations, and one which is located in a much broader frame of reference than a bilateral dispute. In the circumstances, the Court does not consider that to give an opinion would have the effect of circumventing the principle of consent to judicial settlement, and the Court accordingly cannot, in the exercise of its discretion, decline to give an opinion on that ground.

The Court then turns to another argument raised in support of the view that it should decline to exercise its jurisdiction: that an advisory opinion from the Court on the legality of the wall and the legal consequences of its construction could impede a political, negotiated solution to the Israeli-Palestinian conflict. More particularly, it has been contended that such an opinion could undermine the scheme of the “Roadmap”, which requires Israel and Palestine to comply with certain obligations in various phases referred to therein. The Court observes that it is conscious that the “Roadmap”, which was endorsed by Security Council resolution 1515 (2003), consti-



tutes a negotiating framework for the resolution of the Israeli-Palestinian conflict, but that it is not clear what influence its opinion might have on those negotiations: participants in the present proceedings have expressed differing views in this regard. The Court finds that it cannot regard this factor as a compelling reason to decline to exercise its jurisdiction.

It was also put to the Court by certain participants that the question of the construction of the wall was only one aspect of the wider Israeli-Palestinian conflict which could not be properly addressed in the present proceedings. The Court does not however consider this a reason for it to decline to reply to the question asked: it is aware, and would take into account, that the question of the wall is part of a greater whole. At the same time, the question which the General Assembly has chosen to ask of the Court is confined to the legal consequences of the construction of the wall, and that the Court would only examine other issues to the extent that they might be necessary to its consideration of the question put to it.

The further argument has been raised that the Court should decline to exercise its jurisdiction because it does not have at its disposal the requisite facts and evidence to enable it to reach its conclusions. According to Israel, if the Court decided to give the requested opinion, it would be forced to speculate about essential facts and make assumptions about arguments of law. The Court points out that in the present instance, it has at its disposal the report of the Secretary-General, as well as a voluminous dossier submitted by him to the Court, comprising not only detailed information on the route of the wall but also on its humanitarian and socio-economic impact on the Palestinian population. The dossier includes several reports based on on-site visits by special rapporteurs and competent organs of the United Nations. Moreover, numerous other participants have submitted to the Court written statements which contain information relevant to a response to the question put by the General Assembly. The Court notes in particular that Israel's Written Statement, although limited to issues of jurisdiction and propriety, contained observations on other

matters, including Israel's concerns in terms of security, and was accompanied by corresponding

annexes; and that many other documents issued by the Israeli Government on those matters are in the public domain.

The Court therefore finds that it has before it sufficient information and evidence to enable it to give the advisory opinion requested by the General Assembly. Moreover, the circumstance that others may evaluate and interpret these facts in a subjective or political manner can be no argument for a court of law to abdicate its judicial task. There is therefore in the present case no lack of information such as to constitute a compelling reason for the Court to decline to give the requested opinion.

Another argument that has been advanced is that the Court should decline to give the requested opinion on the legal consequences of the construction of the wall because such opinion would lack any useful purpose: the General Assembly would not need an opinion of the Court because it has already declared the construction of the wall to be illegal and has already determined the legal consequences by demanding that Israel stop and reverse its construction and further, because the General Assembly has never made it clear how it intended to use the opinion. The Court observes that, as is clear from its jurisprudence, advisory opinions have the purpose of furnishing to the requesting organs the elements of law necessary for them in their action. It recalls what it stated in its Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons: "it is not for the Court itself to purport to decide whether or not an advisory opinion is needed by the Assembly for the performance of its functions. The General Assembly has the right to decide for itself on the usefulness of an opinion in the light of its own needs." It thus follows that the Court cannot decline to answer the question posed based on the ground that its opinion would lack any useful purpose. The Court cannot substitute its assessment of the usefulness of the opinion requested for that of the organ that seeks such opinion, namely the General

Assembly. Furthermore, and in any event, the Court considers that the General Assembly has not yet determined all the possible consequences of its own resolution. The Court's task would be to determine in a comprehensive manner the legal consequences of the construction of the wall, while the General Assembly — and the Security Council — may then draw conclusions from the Court's findings.

Lastly, another argument advanced by Israel with regard to the propriety of its giving an advisory opinion in the present proceedings is that Palestine, given its responsibility for acts of violence against Israel and its population which the wall is aimed at addressing, cannot seek from the Court a remedy for a situation resulting from its own wrongdoing. Therefore, Israel concludes, good faith and the principle of "clean hands" provide a compelling reason that should lead the Court to refuse the General Assembly's request. The Court does not consider this argument to be pertinent. It emphasizes, as earlier, that it was the General Assembly which requested the advisory opinion, and that the opinion is to be given to the General Assembly, and not to an individual State or entity.

\*

In the light of the foregoing, the Court concludes that it has jurisdiction to give an opinion on the question put to it by the General Assembly and that there is no compelling reason for it to use its discretionary power not to give that opinion.

Scope of the question before the Court (paras. 66-69)

The Court then proceeds to address the question put to it by General Assembly resolution ES-10/14 (see above). The Court explains that it has chosen to use the term “wall” employed by the General Assembly, because the other terms used — “fence” or “barrier” — are no

more accurate if understood in the physical sense. It further notes that the request of the General Assembly concerns the legal consequences of the wall being built “in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem”, and considers that it is not called upon to examine the legal consequences arising from the construction of those parts of the wall which are on the territory of Israel itself.

Historical background (paras. 70-78)

In order to indicate the legal consequences of the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, the Court has first to determine whether or not the construction of that wall breaches international law. To this end, it first makes a brief historical analysis of the status of the territory concerned since the time that Palestine, having been part of the Ottoman Empire, was, at the end of the First World War, the subject of a class “A” mandate entrusted by the League of Nations to Great Britain. In the course of this analysis, the Court mentions the hostilities of 1948-1949, and the armistice demarcation line between Israeli and Arab forces fixed by a general armistice agreement of 3 April 1949 between Israel and Jordan, referred to as the “Green Line”. At the close of its analysis, the Court notes that the territories situated between the Green Line and the former eastern boundary of Palestine under the Mandate were occupied by Israel in 1967 during the armed conflict between Israel and Jordan. Under customary international law, the Court observes, these were therefore occupied territories in which Israel had the status of occupying Power. Subsequent events in these territories have done nothing to alter this situation. The

Court concludes that all these territories (including East Jerusalem) remain occupied territories and that Israel has continued to have the status of occupying Power.

#### Description of the wall (paras. 79-85)

The Court goes on to describe, on the basis of the information available to it in a report by the United Nations Secretary-General and the Written Statement presented to the Court by the Secretary-General, the works already constructed or in course of construction in that territory.

#### Relevant rules and principles of international law (paras. 86-113)

It then turns to the determination of the rules and principles of international law which are relevant in assessing the legality of the measures taken by Israel. It observes that such rules and principles can be found in the United Nations Charter and certain other treaties, in customary international law and in the relevant resolutions adopted pursuant to the Charter by the General Assembly and the Security Council. It is aware, however, that doubts have been expressed by Israel as to the applicability in the Occupied Palestinian Territory of certain rules of international humanitarian law and human rights instruments.

#### United Nations Charter and General Assembly resolution 2625 (XXV) (paras. 87-88)

that:

The Court first recalls Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter, which provides

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations,”

and General Assembly resolution 2625 (XXV), entitled “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States” (hereinafter “resolution 2625 (XXV)”), in which the Assembly emphasized that “No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal.” As stated in the Court’s

Judgment in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), the principles as to the use of force incorporated in the Charter reflect customary international law (see I.C.J. Reports 1986, pp. 98-101, paras. 187-190); the same is true, it observes, of its corollary entailing the illegality of territorial acquisition resulting from the threat or use of force.

As to the principle of self-determination of peoples, the Court points out that it has been enshrined in the United Nations Charter and reaffirmed by the General Assembly in resolution 2625 (XXV) cited above, pursuant to which “Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples referred to [in that resolution] . . . of their right to self-determination.” Article 1 common to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights reaffirms the right of all peoples to self-determination, and lays upon the States parties the obligation to promote the realization of that right and to respect it, in conformity with the provisions of the United Nations Charter.

The Court recalls its previous case law, which emphasized that current developments in “international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations, made the principle of self-determination applicable to all [such territories]”, and that the right of peoples to self-determination is today a right *erga omnes*.

#### International humanitarian law (paras. 89-101)

As regards international humanitarian law, the Court first recalls that Israel is not a party to the Fourth Hague Convention of 1907, to which the Hague Regulations are annexed. It considers, however, that the provisions of the Hague Regulations have become part of customary law, as is in fact recognized by all the participants in the proceedings before the Court. The Court also observes that, pursuant to Article 154 of the Fourth Geneva Convention, that Convention is supplementary to Sections II and III of the Hague Regulations. Section III of those Regulations, which concerns “Military authority over the territory of the hostile State”, is particularly pertinent in the present case.

Secondly, with regard to the Fourth Geneva Convention, the Court takes note that differing views have been expressed by the participants in these proceedings. Israel, contrary to the great majority of the participants, disputes the applicability *de jure* of the Convention to the Occupied Palestinian Territory. The Court recalls that the Fourth Geneva Convention was ratified by Israel on 6 July 1951 and that Israel is a party to that Convention; that Jordan has also been a party thereto since 29 May 1951; and that neither of the two States has made any reservation that would be pertinent to the present proceedings. The Court observes that the Israeli authorities have indicated on a number of occasions that in fact they generally apply the humanitarian provisions of the Fourth Geneva Convention within the occupied territories. However, according to Israel’s position, that Convention is not applicable *de jure* within those territories because, under Article 2, paragraph 2, it applies only in the case of occupation of territories falling under the sovereignty of a High Contracting

Party involved in an armed conflict. Israel explains that the territories occupied by Israel subsequent to the 1967 conflict had not previously fallen under Jordanian sovereignty.

The Court notes that, according to the first paragraph of Article 2 of the Fourth Geneva Convention, when two conditions are fulfilled, namely that there exists an armed conflict (whether or not a state of war has been recognized), and that the conflict has arisen between two contracting parties, then the Convention applies, in particular, in any territory occupied in the course of the conflict by one of the contracting parties. The object of the second paragraph of Article 2, which refers to “occupation of the territory of a High Contracting Party”, is not to restrict the scope of application of the Convention, as defined by the first paragraph, by excluding therefrom territories not falling under the sovereignty of one of the contracting parties, but simply to making it clear that, even if occupation effected during the conflict met no armed resistance, the Convention is still applicable.

This interpretation reflects the intention of the drafters of the Fourth Geneva Convention to protect civilians who find themselves, in whatever way, in the hands of the occupying Power, regardless of the status of the occupied territories, and is confirmed by the Convention’s travaux préparatoires. The States parties to the Fourth Geneva Convention, at their Conference on 15 July 1999, approved that interpretation, which has also been adopted by the ICRC, the General Assembly and the Security Council. The Court finally makes mention of a judgment of the Supreme Court of Israel dated 30 May 2004, to a similar effect.

In view of the foregoing, the Court considers that the Fourth Geneva Convention is applicable in the Palestinian territories which before the 1967 conflict lay to the east of the Green Line and which, during that conflict, were occupied by Israel, there being no need for any enquiry into the precise prior status of those territories.



Human rights law (paras. 102-113)

The participants in the proceedings before the Court also disagree whether the international human rights conventions to which Israel is party apply within the Occupied Palestinian Territory. Annex I to the report of the Secretary-General states:

“4. Israel denies that the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, both of which it has signed, are applicable to the occupied Palestinian territory. It asserts that humanitarian law is the protection granted in a conflict situation such as the one in the West Bank and Gaza Strip, whereas human rights treaties were intended for the protection of citizens from their own Government in times of peace.”

On 3 October 1991 Israel ratified both the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 19 December 1966 and the International Covenant on Civil and Political Rights of the same date, as well as the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989.

On the question of the relationship between international humanitarian law and human rights law, the Court first recalls its finding, in a previous case, that the protection of the International Covenant on Civil and Political Rights does not cease in time of war (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 240, para. 25). More generally, it considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It notes that there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.

It remains to be determined whether the two international Covenants and the Convention on the Rights of the Child are applicable only on the territories of the States parties thereto or whether they are also applicable outside those territories and, if so, in what circumstances. After examination of the provision of the two international Covenants, in the light of the relevant travaux préparatoires and of the position of Israel in communications to the Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the Court concludes that those instruments are applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory. In the case of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Israel is also under an obligation not to raise any obstacle to the exercise of such rights in those fields where competence has been transferred to Palestinian authorities. The Court further concludes that the Convention on the Rights of the Child is also applicable within the Occupied Palestinian Territory.

Violation of relevant rules (paras. 114-142)

The Court next proceeds to ascertain whether the construction of the wall has violated the rules and principles of international law found relevant to reply to the question posed by the General Assembly.

Impact on right of Palestinian people to self-determination (paras. 115-122)

It notes in this regard the contentions of Palestine and other participants that the construction of the wall is “an attempt to annex the territory contrary to international law” and “a violation of the legal principle prohibiting the acquisition of territory by the use of force” and that “the de facto annexation of land interferes with the territorial sovereignty and consequently with the right of the Palestinians to self-determination”. It notes also that Israel, for its part, has argued that the wall’s sole purpose is to enable it effectively to combat terrorist attacks launched from the

West Bank, and that Israel has repeatedly stated that the Barrier is a temporary measure.

The Court recalls that both the General Assembly and the Security Council have referred, with regard to Palestine, to the customary rule of “the inadmissibility of the acquisition of territory by war”. As regards the principle of the right of peoples to self-determination, the Court observes that the existence of a “Palestinian people” is no longer in issue, and has been recognized by Israel, along with that people’s “legitimate rights”. The Court considers that those rights include the right to self-determination, as the General Assembly has moreover recognized on a number of occasions.

The Court notes that the route of the wall as fixed by the Israeli Government includes within the “Closed Area” (i.e. the part of the West Bank lying between the Green Line and the wall) some 80 per cent of the settlers living in the Occupied Palestinian Territory, and has been traced in such a way as to include within that area the great majority of the Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory (including East Jerusalem). The information provided to the Court shows that, since 1977, Israel has conducted a policy and developed practices involving the establishment of settlements in the Occupied Palestinian Territory, contrary to the terms of Article 49, paragraph 6, of the Fourth Geneva Convention which provides: “The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.” The Security Council has taken the view that such policy and practices “have no legal validity” and constitute a “flagrant violation” of the Convention. The Court concludes that the Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory (including East Jerusalem) have been established in breach of international law.

Whilst taking note of the assurance given by Israel that the construction of the wall does not amount to annexation and that the wall is of a temporary nature, the Court nevertheless considers that the construction of the wall and its associated régime

create a “fait accompli” on the ground that could well become permanent, in which case, and notwithstanding the formal characterization of the wall by Israel, it would be tantamount to de facto annexation.

The Court considers moreover that the route chosen for the wall gives expression in loco to the illegal measures taken by Israel with regard to Jerusalem and the settlements, as deplored by the Security Council. There is also a risk of further alterations to the demographic composition of the Occupied Palestinian Territory resulting from the construction of the wall inasmuch as it is contributing to the departure of Palestinian populations from certain areas. That construction, along with measures taken previously, thus severely impedes the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination, and is therefore a breach of Israel’s obligation to respect that right.

Relevant international humanitarian law and human rights instruments (paras. 123-137)

The construction of the wall also raises a number of issues in relation to the relevant provisions of international humanitarian law and of human rights instruments.

The Court first enumerates and quotes a number of such provisions applicable in the Occupied Palestinian Territory, including articles of the 1907 Hague Regulations, the Fourth Geneva Convention, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the United Nations Convention on the Rights of the Child. In this connection it also refers to obligations relating to guarantees of access to the Christian, Jewish and Islamic Holy Places.

From the information submitted to the Court, particularly the report of the Secretary-General, it appears that the construction of the wall has led to the destruction

or requisition of properties under conditions which contravene the requirements of Articles 46 and 52 of the Hague Regulations of 1907 and of Article 53 of the Fourth Geneva Convention.

That construction, the establishment of a closed area between the Green Line and the wall itself, and the creation of enclaves, have moreover imposed substantial restrictions on the freedom of movement of the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory (with the exception of Israeli citizens and those assimilated thereto). There have also been serious repercussions for agricultural production, and increasing difficulties for the population concerned regarding access to health services, educational establishments and primary sources of water.

In the view of the Court, the construction of the wall would also deprive a significant number of Palestinians of the “freedom to choose [their] residence”. In addition, since a significant number of Palestinians have already been compelled by the construction of the wall and its associated régime to depart from certain areas, a process that will continue as more of the wall is built, that construction, coupled with the establishment of the Israeli settlements mentioned above, is tending to alter the demographic composition of the Occupied Palestinian Territory.

In sum, the Court is of the opinion that the construction of the wall and its associated régime impede the liberty of movement of the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory (with the exception of Israeli citizens and those assimilated thereto) as guaranteed under Article 12, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights. They also impede the exercise by the persons concerned of the right to work, to health, to education and to an adequate standard of living as proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and in the United Nations Convention on the Rights of the Child. Lastly, the construction of the wall and its associated régime, by contributing to the demographic changes mentioned, contravene Article 49, paragraph 6, of the Fourth Geneva Convention and the pertinent Security Council resolutions cited earlier.

The Court then examines certain provisions of the applicable international humanitarian law enabling account to be taken in certain circumstances of military exigencies, which may in its view be invoked in occupied territories even after the general close of the military operations that led to their occupation; it points out, however, that only Article 53 of the Fourth Geneva Convention contains a relevant provision of this kind, and finds that, on the material before it, the Court is not convinced that the destructions carried out contrary to the prohibition in that Article were “rendered absolutely necessary by military operations” so as to fall within the exception.

Similarly, the Court examines provisions in some human rights conventions permitting derogation from, or qualifying, the rights guaranteed by those conventions, but finds, on the basis of the information available to it, that the conditions laid down by such provisions are not met in the present instance.

In sum, the Court finds that, from the material available to it, it is not convinced that the specific course Israel has chosen for the wall was necessary to attain its security objectives. The wall, along the route chosen, and its associated régime gravely infringe a number of rights of Palestinians residing in the territory occupied by Israel, and the infringements resulting from that route cannot be justified by military exigencies or by the requirements of national security or public

order. The construction of such a wall accordingly constitutes breaches by Israel of various of its obligations under the applicable international humanitarian law and human rights instruments.

Self-defence and state of necessity (paras. 138-141)

The Court recalls that Annex I to the report of the Secretary-General states, however, that, according to Israel: “the construction of the Barrier is consistent with Article 51

of the Charter of the United Nations, its inherent right to self-defence and Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001)”.

Article 51 of the Charter, the Court notes, recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State. The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence. Consequently, the Court concludes that Article 51 of the Charter has no relevance in this case.

The Court considers further whether Israel could rely on a state of necessity which would preclude the wrongfulness of the construction of the wall. In this regard, citing its decision in the case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), it observes that the state of necessity is a ground recognized by customary international law that “can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied” (I.C.J. Reports 1997, p. 40, para. 51), one of those conditions being that the act at issue be the only way for the State to guard an essential interest against a grave and imminent peril. In the light of the material before it, the Court is not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction. While Israel has the right, and indeed the duty to respond to the numerous and deadly acts of violence directed against its civilian population, in order to protect the life of its citizens, the measures taken are bound to remain in conformity with applicable international law. Israel cannot rely on a right of self-defence or on a state of necessity in order to preclude the wrongfulness of the construction of the wall. The Court

accordingly finds that the construction of the wall, and its associated régime, are contrary to international law.

#### Legal consequences of the violations (paras. 143-160)

The Court then examines the consequences of the violations by Israel of its international obligations. After recalling the contentions in that respect of various participants in the proceedings, the Court observes that the responsibility of Israel is engaged under international law. It then proceeds to examine the legal consequences by distinguishing between, on the one hand, those arising for Israel and, on the other, those arising for other States and, where appropriate, for the United Nations.

#### Legal consequences of those violations for Israel (paras. 149-154)

The Court notes that Israel is first obliged to comply with the international obligations it has breached by the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory. Consequently, Israel is bound to comply with its obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination and its obligations under international humanitarian law and international human rights law. Furthermore, it must ensure freedom of access to the Holy Places that came under its control following the 1967 War.

The Court observes that Israel also has an obligation to put an end to the violation of its international obligations flowing from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory. Israel accordingly has the obligation to cease forthwith the works of construction of the wall being built by it in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. In the view of the Court, cessation of Israel's violations of its international obligations entails in practice the dismantling forthwith of those parts of that structure situated within the Occupied Palestinian



Territory, including in and around East Jerusalem. All legislative and regulatory acts adopted with a view to its construction, and to the establishment of its associated régime, must forthwith be repealed or rendered ineffective, except where of continuing relevance to Israel's obligation of reparation.

The Court finds further that Israel has the obligation to make reparation for the damage caused to all the natural or legal persons concerned. The Court recalls the established jurisprudence that "The essential principle contained in the actual notion of an illegal act . . . is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed." Israel is accordingly under an obligation to return the land, orchards, olive groves and other immovable property seized from any natural or legal person for purposes of construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory. In the event that such restitution should prove to be materially impossible, Israel has an obligation to compensate the persons in question for the damage suffered. The Court considers that Israel also has an obligation to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural or legal persons having suffered any form of material damage as a result of the wall's construction.

Legal consequences for other States (paras. 154-159)

The Court points out that the obligations violated by Israel include certain obligations *erga omnes*. As the Court indicated in the *Barcelona Traction* case, such obligations are by their very nature "the concern of all States" and, "In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection." (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33.) The obligations *erga omnes* violated by Israel are the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, and certain of its obligations under international humanitarian law. As regards self-determination, the Court recalls its findings in the *East Timor* case, and

General Assembly resolution 2625 (XXV). It recalls that a great many rules of humanitarian law “constitute intransgressible principles of international customary law” (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 257, para. 79), and observes that they incorporate obligations which are essentially of an *erga omnes* character. It also notes the obligation of States parties to the Fourth Geneva Convention to “ensure respect” for its provisions.

Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that all States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction. It is also for all States, while respecting the United Nations Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end. In addition, all the States parties to the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 are under an obligation, while respecting the United Nations Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention.

The United Nations (para. 160)

Finally, the Court is of the view that the United Nations, and especially the General Assembly and the Security Council, should consider what further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated régime, taking due account of the present Advisory Opinion.

\*

The Court considers that its conclusion that the construction of the wall by Israel in the Occupied Palestinian Territory is contrary to international law must be placed in a more general context. Since 1947, the year when General Assembly resolution 181 (II) was adopted and the Mandate for Palestine was terminated, there has been a succession of armed conflicts, acts of indiscriminate violence and repressive measures on the former mandated territory. The Court would emphasize that both Israel and Palestine are under an obligation scrupulously to observe the rules of international humanitarian law, one of the paramount purposes of which is to protect civilian life. Illegal actions and unilateral decisions have been taken on all sides, whereas, in the Court's view, this tragic situation can be brought to an end only through implementation in good faith of all relevant Security Council resolutions, in particular resolutions 242 (1967) and 338 (1973). The "Roadmap" approved by Security Council resolution 1515 (2003) represents the most recent of efforts to initiate negotiations to this end. The Court considers that it has a duty to draw the attention of the General Assembly, to which the present Opinion is addressed, to the need for these efforts to be encouraged with a view to achieving as soon as possible, on the basis of international law, a negotiated solution to the outstanding problems and the establishment of a Palestinian State, existing side by side with Israel and its other neighbours, with peace and security for all in the region.

\*

The full text of the final paragraph (para. 163) reads as follows: "For these reasons,  
THE COURT,

(1) Unanimously,

Finds that it has jurisdiction to give the advisory opinion requested;

(2) By fourteen votes to one,

Decides to comply with the request for an advisory opinion;

IN FAVOUR: President Shij; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

AGAINST: Judge Buergenthal;

(3) Replies in the following manner to the question put by the General Assembly:

A. By fourteen votes to one,

The construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and its associated régime, are contrary to international law;

IN FAVOUR: President Shij; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

AGAINST: Judge Buergenthal;

B. By fourteen votes to one,

Israel is under an obligation to terminate its breaches of international law; it is under an obligation to cease forthwith the works of construction of the wall being built in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, to dismantle forthwith the structure therein situated, and to repeal or render ineffective forthwith all legislative and regulatory acts relating thereto, in accordance with paragraph 151 of this Opinion;

IN FAVOUR: President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

AGAINST: Judge Buergenthal;

C. By fourteen votes to one,

Israel is under an obligation to make reparation for all damage caused by the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem;

IN FAVOUR: President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

AGAINST: Judge Buergenthal;

D. By thirteen votes to two,

All States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall and not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction; all States parties to the Fourth Geneva Con-

vention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 have in addition the obligation, while respecting the United Nations Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention;

IN FAVOUR: President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

AGAINST: Judges Kooijmans, Buergenthal;

E. By fourteen votes to one,

The United Nations, and especially the General Assembly and the Security Council, should consider what further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated régime, taking due account of the present Advisory Opinion.

IN FAVOUR: President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

AGAINST: Judge Buergenthal.”

Annex to Summary 2004/2

Separate opinion of Judge Koroma

In his separate opinion Judge Koroma stated that although he concurred with the Court's ruling that the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and its associated régime are contrary to international law, he thought the following points worth stressing.

In his view, the construction of the wall has involved the annexation of parts of the occupied territory and the dispossession of some of the Palestinians of their land, contrary to international law (in particular, the principle of the non-acquisition of territory by force), human rights law and international humanitarian law, according to which the rights of an occupying Power in an occupied territory and over the inhabitants are of a limited nature; such rights do not amount to sovereign rights which would entitle the occupier to bring about changes in the status of that territory such as the construction of the wall. In other words, it is a violation of the existing law for an occupying Power unilaterally by its action to bring about changes in the status of a territory under its military occupation.

On the issue of jurisdiction, Judge Koroma stated that while it is understandable for a diversity of legal views to exist on the question submitted to the Court, he is of the opinion that the objection that the Court lacks jurisdiction to consider the issues raised in the question is not sustainable when seen in the light of the United Nations Charter, the Statute of the Court and its jurisprudence; also not sustainable, in his view, is the objection based on judicial propriety — a matter which the Court considered extensively in terms of the fair administration of justice. In the judge's view, not only is the question presented to the Court an eminently legal one susceptible of a legal response but no compelling evidence was adduced to persuade the Court to deny itself its advisory competence.

Equally worth stressing were the Court's finding regarding the right to self-determination of the Palestinian people including the establishment of a State of

their own as envisaged in resolution 181 (II) and the finding that the construction of the wall would be an impediment to the realization of that right.

He also emphasized the authoritative character of the findings of the Court, some of which are based on the principles of jus cogens and are of an erga omnes character.

Also of importance is the call upon the parties to the conflict to respect the principles of humanitarian law, in particular the Fourth Geneva Convention, in the ongoing hostilities.

Finally, the judge stated that, the Court having made its findings, it was now up to the General Assembly to utilize those findings in such a way as to bring about a just and peaceful solution to the Israeli-Palestinian conflict, a conflict which has not only lasted for too long but has been the cause of enormous suffering to those directly involved and has poisoned international relations in general.

#### Separate opinion of Judge Higgins

Judge Higgins, who voted with the Court on each of the paragraphs in the dispositif, expounds in her separate opinion on some of the problems faced by the Court in deciding whether it should exercise its discretion to decline to respond to the question put to it. In her view, a condition elaborated by the Court in the Western Sahara Advisory Opinion is not met — namely, that where two States are in dispute, an opinion should not be requested by the General Assembly

“in order that it may later, on the basis of the Court’s opinion, exercise its powers and functions for the peaceful settlement of that dispute or controversy” (I.C.J. Reports 1975, p. 26, para. 39). Participants in this case made clear that the intention was precisely to use any opinion to bring pressure to bear.



Judge Higgins further opines that it is in principle undesirable for a question to be put to the Court, while precluding it from looking at the context in which the problem has arisen. She specifies what the Court should have done, both to ensure that the Opinion was balanced and evenhanded, and to make use of the possibilities afforded by an advisory opinion to remind both Palestine and Israel of their responsibilities under international law.

Judge Higgins further explains that, while she agrees that Articles 46 and 52 of the Hague Regulations and Article 53 of the Fourth Geneva Convention have been violated by the building of the wall within the Occupied Territory, she does not fully share all the reasoning of the Court in arriving at this conclusion. In particular, she doubts the wall constitutes a “serious impediment” to the exercise of Palestinian right to self-determination, seeing the real impediment as lying elsewhere. While she agrees that Israel may not exclude wrongfulness by invoking the right of self-defence, her reasons are different from those of the Court, whose views on self-defence as expressed in paragraph 139 of this Opinion she does not share.

As to the legal consequences of the Court’s findings, Judge Higgins notes that while she has voted in favour, inter alia, of subparagraph (3) (D), she does not believe that the obligations incumbent on United Nations Members stem from or rely on the legal concept of obligations erga omnes.

#### Separate opinion of Judge Kooijmans

Judge Kooijmans starts by summarily explaining why he voted against operative subparagraph (3) (D).

He then sketches the background and context of the General Assembly’s request. He feels that the Court should have described more in detail this context; the Opinion

would then have reflected in a more satisfactory way the legitimate interests and responsibilities of all groups and persons involved.

Judge Kooijmans then makes some comments on jurisdictional issues and the question of judicial propriety. He is of the view that the request, which is premised on the illegality of the construction of the wall, is drafted in a rather infelicitous way; it is, however, the Court's judicial responsibility to analyse the request and, if necessary, to restate its object.

With regard to the merits Judge Kooijmans dissociates himself from the Court's finding that the construction of the wall constitutes a breach of Israel's obligation to respect the Palestinian people's right to self-determination. The realization of that right is part of the much wider political process, although he agrees with the Court that the wall impedes its realization.

Judge Kooijmans further regrets that the measures taken by Israel have not been put to the proportionality test but merely to that of military exigencies and requirements of national security; in international humanitarian law the criteria of military necessity and proportionality are closely linked.

With regard to Israel's claim to have acted in self-defence Judge Kooijmans observes that the Court has failed to note that Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) on which Israel relies do not refer to an armed attack by another State but that it correctly points out that these resolutions refer to acts of international terrorism. In the present case the terrorist acts have their origin in territory which is under Israeli control.

Finally Judge Kooijmans explains why he supports the Court's findings on the legal consequences for the United Nations and for Israel but why he dissociates himself

from the findings vis-à-vis other States with the exception of the duty not to render aid or assistance in maintaining the situation created by the construction of the wall.

With regard to the duty of non-recognition and the duty to ensure respect for compliance by Israel with international humanitarian law Judge Kooijmans is of the view that the Court's findings are not well founded in positive international law and that, moreover, these duties are without real substance.

#### Separate opinion of Judge Al-Khasawneh

Judge Al-Khasawneh, appending a separate opinion, expressed his agreement with the Court's findings and its reasoning but wished to elucidate three points:

Firstly, that the characterization of Israel's presence in the West Bank including East Jerusalem and Gaza as one of military occupation, rests on solid *opinio juris* and is supported by many resolutions, some of a binding nature, as well as the position of governments individually or in groups. The Court, while taking cognizance of that constant *opinio juris*, arrived at similar conclusions independently of those resolutions and other findings. The Court was wise, Judge Al-Khasawneh said, in not enquiring into the precise prior status of the occupied territories before 1967, because a finding that these territories are occupied and that the international legal régime of occupation applies in them can be arrived at without reference to their prior status. Moreover, except on the impossible thesis that the territories were *terra nullius* would their previous status matter. No one can seriously argue that those territories were *terra nullius* for that is a discredited concept that does not have relevance in the contemporary world. Moreover, the territories were part of mandatory territory and the right to self-determination of their inhabitants was not extinguished and would not be until the Palestinians achieved that right.

Secondly, Judge Al-Khasawneh advanced the question of the Green Line recalling that before 1967 prominent Israeli jurists sought to prove it was more than a mere armistice line, at the present it is the point from which Israeli occupation is measured. Denigrating the importance of that Line works both ways and opens the door for questioning Israel's title and its territory expanse beyond what was envisioned in the partition plan of Palestine in 1947.

Thirdly, Judge Al-Khasawneh recalled that referring to negotiations is possible but they are a means to an end and not an end to themselves. If they are not going to produce non-principled solutions they should be grounded in law. They should be conducted in good faith that should be concretized by not creating *faits accomplis*.

#### Declaration of Judge Buergenthal

In Judge Buergenthal's view the Court should have exercised its discretion and declined to render the requested advisory opinion because it lacked sufficient information and evidence to render the opinion. The absence in this case of the requisite factual basis vitiates the Court's sweeping findings on the merits, which is the reason for his dissenting votes.

Judge Buergenthal is prepared to assume that on a thorough analysis of all relevant facts, a finding could well be made that some or even all segments of the wall being constructed by Israel in the Occupied Palestinian Territory violate international law. But he believes that for the Court to reach such conclusion with regard to the wall as a whole without having before it or seeking to ascertain all relevant facts bearing directly on issues of Israel's legitimate right of self-defence, military necessity and security needs, given the repeated deadly terrorist attacks in and upon Israel proper coming from the Occupied Palestinian Territory to which Israel has been and continues to be subjected, cannot be justified as a matter of law. In this connection, Judge

Buergenthal shows that the right of self-defence does not apply only to attacks by State actors and that armed attacks on Israel proper originating from the Occupied Palestinian Territory must be deemed, in the context of this case, to meet the requirements of Article 51 of the United Nations Charter.

Judge Buergenthal also concludes that the Court's overall findings that the wall violates international humanitarian law and human rights instruments are not convincing because they fail to address any facts or evidence specifically rebutting Israel's claim of military exigencies or requirements of national security. Judge Buergenthal recognises, however, that some international humanitarian law provisions the Court cites admit of no exceptions based on military exigencies, namely, Article 46 of the Hague Rules and paragraph 6 of Article 49 of the Fourth Geneva Convention. While Judge Buergenthal believes that the Court's analysis of the relevance to this case of Article 46 is not well founded, he concludes that Article 49, paragraph 6, which provides that "the Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies", applies to the Israeli settlements in the West Bank, and that they violate Article 49, paragraph 6. Hence, the segments of the wall being built by Israel to protect the settlements are ipso facto in violation of that provision.

Finally, Judge Buergenthal notes that it could be argued that the Court lacked many relevant facts bearing on the legality of Israel's construction of the wall because Israel failed to present them, and that the Court was therefore justified in relying almost exclusively on the United Nations reports submitted to it. This would be true if, instead of dealing with an advisory opinion request, the Court had before it a contentious case where each party has the burden of proving its claims. That is not the rule applicable to advisory opinion proceedings. Israel had no legal obligation to participate in these proceedings or to adduce evidence supporting its claim regarding the legality of the wall. Consequently, the Court may not draw any adverse evidentiary conclusions from Israel's failure to supply it or assume, without itself fully in-

quiring into the matter, that the information before it is sufficient to support its sweeping legal conclusions.

#### Separate opinion of Judge Elaraby

Judge Elaraby expressed his complete and unqualified support for the findings and conclusions of the Court. He, however, considered it necessary to append a separate opinion in order to elaborate on some of the historical and legal aspects in the Advisory Opinion.

He first addressed the nature and scope of the United Nations responsibility towards Palestine, which has its genesis in General Assembly resolution 181 (II) of 29 November 1947. Known as the Partition Resolution, it called for the establishment of two independent States, one Arab and one Jewish, and affirmed that the period prior to the realization of the objective “shall be a transitional period”.

Judge Elaraby then addressed the international legal status of the Occupied Palestinian Territory, and the legal implications of the Mandate over Palestine and its termination by the General Assembly. Judge Elaraby also recalled that the Court has, in the South West Africa and Namibia cases, held that former mandatory territories were “a sacred trust of civilization” and were “not to be annexed”. He also referred to Israel’s various undertakings to withdraw and to respect the territorial integrity of the Occupied Palestinian Territory.

In a third section of his separate opinion, he provided a brief analysis of the effects of the prolonged Israeli occupation, and the limitations in the rules of *jus in bello* that ensure protection for non-combatants. He considers that the breaches by Israel of international humanitarian law should have been characterized as grave breaches.

Judge Elaraby also commented on the Court's finding that "the construction of the wall severely impedes the exercise of the Palestinian people of their right to self-determination". He is of the view that this important finding should have been reflected in the dispositif.

#### Separate opinion of Judge Owada

In his separate opinion Judge Owada concurs with the conclusions of the Advisory Opinion of the Court, both on the preliminary issues of jurisdiction and of judicial propriety in exercising jurisdiction, and on most of the points belonging to the merits. He however has some reservations about the way the Court has proceeded in exercising its judicial propriety in the present case.

More specifically, Judge Owada is of the view that the Court should have approached the issue of judicial propriety, not simply in terms of whether it should comply with the request for an advisory opinion, but also in terms of how it should exercise jurisdiction once it has decided to exercise it, with a view to ensuring fairness in the administration of justice in the case which involves an underlying bilateral dispute. In this situation, consideration of fairness in the administration of justice would also require fair treatment of the positions of the parties involved in the subject-matter with regard to the assessment of facts and of law. Finally, Judge Owada would have wished to see in the Opinion of the Court a categorical rejection by the Court of the tragic circle of indiscriminate violence perpetrated by both sides against innocent civilian populations, which forms an important background to the present case.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาววาดน้ำ จันทร์พวง
วันเดือนปีเกิด	28 กุมภาพันธ์ 2531
ตำแหน่ง	ทนายความ
ประสบการณ์ทำงาน	กุมภาพันธ์ พ.ศ.2559 - ปัจจุบัน ทนายความ
ผลงานทางวิชาการ	วาดน้ำ จันทร์พวง. “กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกรณีการสร้างกำแพงของอิสราเอลบนดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.