

บทที่ 4

ความรับผิดชอบและการเยียวยาสำหรับกรณีละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สิน วัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

4.1 ความรับผิดชอบในการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วย อาวุธ

4.1.1 ความรับผิดชอบของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

ในฐานะบุคคลในทางระหว่างประเทศของรัฐทำให้รัฐย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ โดยการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐอื่นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีต่าง ๆ ทำให้รัฐอื่นได้รับความเสียหายโดยการกระทำผิดของรัฐย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ

ความรับผิดชอบของรัฐ เป็นหลักกฎหมายที่มาจากหลักกฎหมายธรรมชาติซึ่งได้แก่ “บัญญัติแห่งเหตุผลที่ชอบธรรม” ซึ่งปรากฏรูปแบบการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว โดยการที่รัฐต้องปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในการให้ความคุ้มครองอย่างน้อยที่สุดตามมาตรฐานซึ่งปฏิบัติกันมาในสังคมระหว่างประเทศ เช่น การดำเนินคดีต่อการทำร้ายคนต่างด้าวในดินแดนของตน ซึ่งถ้าหากรัฐเพิกเฉย ละเลย ขัดขวางต่อการดำเนินคดีดังกล่าว ก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐนั้นต่อรัฐชาติของคนต่างด้าวในการที่จะถูกใช้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) เพื่อการปกป้องคนชาติของตนได้¹

นอกจากนี้ยังมีการจำแนกองค์ประกอบความรับผิดชอบของรัฐ เป็น 4 องค์ประกอบ² คือ

- 1) เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย คือ ผู้กระทำไม่มีอำนาจในการกระทำตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ความตกลงระหว่างประเทศ หรือ หลักกฎหมายทั่วไป
- 2) เป็นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณี คือ การกระทำ หรือ ละเว้นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อพันธกรณีต่าง ๆ

¹ ผศ.นพนิธิ สุริยะ, “ความรับผิดชอบของรัฐ,” ใน กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สุโขทัยธรรมมาธิราช, 2533), หน้า 72–73.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 75-77.

- 3) เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ไม่ว่าจะจะเป็นความเสียหายที่อาจตีเป็นเงินตราได้ เช่น ความเสียหายอันเป็นวัตถุ หรือ ความเสียหายซึ่งไม่อาจตีเป็นเงินตราได้ เช่น ความเสียหายต่อจิตใจ ศีลธรรม
- 4) เป็นการกระทำซึ่งถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ แต่เดิมถือว่ารัฐเท่านั้นซึ่งจะมีสถานะทางกฎหมายที่จะมีบทบาทในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ ส่วนบุคคลธรรมดาหากกระทำการใดๆ จำเป็นต้องถ่ายทอดหรือโอนการกระทำให้แก่รัฐ ตามหลัก imputability

อย่างไรก็ดีในปัจจุบันนี้ เมื่อบุคคลของรัฐกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่เพียงแต่ถ่ายทอดการรับผิดนั้นต่อรัฐเพื่อความรับผิดชอบของรัฐเท่านั้นแต่การกระทำผิดบางประการปัจเจกชนก็ต้องมีการรับผิดชอบเช่นกัน เช่น การกระทำผิดซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

รูปแบบของการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐนั้น ได้แก่ การกระทำต่อเจ้าหน้าที่ หรือ ทรัพย์สินของรัฐอื่น และ การกระทำต่อคนชาติของรัฐอื่น โดยผู้กระทำซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบ ได้แก่ ผู้กระทำซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้กระทำซึ่งเป็นปัจเจกชนคนชาติของรัฐ และ ผู้กระทำซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลซึ่งต่อต้านรัฐ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) ผู้กระทำซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึง ผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ แต่เดิมรัฐจะรับผิดชอบแต่การกระทำซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำตามขอบเขตที่ได้รับมอบหมาย แต่ต่อมาได้มีการขยายขอบเขตรวมการกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเกินขอบเขตหรือไม่ ธรรมชาติของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นก็จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น เนื่องจากในการกระทำระหว่างประเทศเป็นไปได้ยากที่จะตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้รับมอบหมายอำนาจในการปฏิบัติเพียงใด และโดยทั่วไปแล้วการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ย่อมถูกเข้าใจว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐ

2) ผู้กระทำซึ่งเป็นเอกชน

ความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำของเอกชนจะเกิดขึ้นเมื่อมีการละเว้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อสิ่งที่เกิดขึ้น แบ่งเป็น

- การกระทำของเอกชนต่อรัฐอื่น เช่น การที่เอกชนบุกเผาสถานทูตของชาวต่างชาติ
- การกระทำของเอกชนต่อเอกชน เช่น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพิกเฉยในการดำเนินคดีต่อการที่คนรัฐอื่นถูกทำร้าย

3) ผู้กระทำเป็นกลุ่มบุคคลซึ่งต่อต้านรัฐ

กลุ่มบุคคลนี้ได้แก่ กลุ่มบุคคลซึ่งถืออาวุธ เช่น กลุ่มกบฏแบ่งแยกดินแดน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนชาติ หรือ ทรัพย์สินของรัฐอื่นได้ ซึ่งถ้าหากรัฐนั้นได้มีการปฏิบัติที่เหมาะสมใน

การป้องกันความเสียหายต่อรัฐอื่น รัฐนั้นก็ไม่มีควมรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ดี หากไม่มีมาตรการที่เหมาะสม รัฐก็ยังคงต้องรับผิดชอบต่อรัฐอื่นแทนกลุ่มบุคคลผู้ถืออาชุนั้น

นอกจากรูปแบบของการกระทำซึ่งได้กล่าวมาแล้ว รัฐยังต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของหน่วยงานภายในรัฐซึ่งกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ โดยจำแนกได้ดังนี้

1) การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้ 2 กรณี คือ

- การออกกฎหมายซึ่งขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ
- การไม่ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

พันธกรณีระหว่างประเทศ หมายถึง พันธกรณีทั้งที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศ และ หลักกฎหมายทั่วไป

2) การกระทำของฝ่ายบริหาร

ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบในกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- เมื่อมีการจับกุมกักขังคนต่างด้าวโดยมิชอบ คือ เป็นการจับกุมซึ่งไม่ได้กระทำตามกฎหมายภายในที่กำหนดไว้
- ขาดการระมัดระวัง หรือ ขาดความรอบคอบตามสมควรในการให้ความคุ้มครองคนต่างด้าว
- ทรัพย์สินของคนต่างด้าวถูกทำลาย
- เว้นคืนทรัพย์สินของคนต่างด้าวโดยเลือกปฏิบัติ และ ชดใช้ราคาไม่เป็นธรรม คือ ชดใช้ล่าช้าและไม่เพียงพอต่อราคาทรัพย์สิน
- เกิดกรณีพิพาทระหว่างรัฐต่อคนต่างด้าว

3) การกระทำของฝ่ายตุลาการ

รัฐมีความรับผิดชอบต่อกระบวนการทางตุลาการซึ่งมีลักษณะดังนี้

- กระบวนการยุติธรรมปฏิเสธการให้คนต่างด้าวอาศัยอำนาจศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิของตน
- ดำเนินกระบวนการยุติธรรมล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลสมควร
- ปฏิเสธการบังคับคดีเพื่อคนต่างด้าว
- ตัดสินไม่เป็นธรรม โดยปรากฏว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ³

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า86-89.

ประเภทของพันธกรณีระหว่างประเทศ

พันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐได้ทำการฝ่าฝืน หรือ ละเว้นการกระทำนั้นจะเป็นพันธกรณีซึ่งมาจากบ่อเกิดใด ๆ ก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ หรือ แม้แต่การกระทำเพียงฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งพันธกรณีบางประการอาจมีผลกระทบต่อทุกรัฐในประชาคมโลกในลักษณะที่ว่า การฝ่าฝืนพันธกรณิดังกล่าวอาจกระทบถึงความสงบเรียบร้อยของรัฐซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าการฝ่าฝืนพันธกรณีเช่นว่านี้ เป็นการกระทำความผิดทางอาญาระหว่างประเทศ หรือ เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐผู้กระทำการฝ่าฝืนพันธกรณีเช่นว่านี้ ไม่เพียงรับผิดต่อรัฐผู้ฝ่าฝืนพันธกรณี แต่ยังต้องรับผิดชอบต่อรัฐอื่น ๆ ของประชาคมโลก ส่วนการฝ่าฝืนพันธกรณีที่มีความสำคัญลำดับรองลงมาซึ่งกระทบแต่รัฐซึ่งได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนพันธกรณี ถือเป็น การกระทำละเมิดระหว่างประเทศ

ข้อยกเว้นของความรับผิดชอบของรัฐ

ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นไปใน 5 กรณี ได้แก่

ก) ความยินยอมของรัฐอื่น

หากการกระทำผิดพันธกรณีที่เกิดขึ้นของรัฐ เกิดจากการยินยอมของรัฐผู้ถูกกระทำยอม ถือได้ว่ารัฐผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดพันธกรณีนั้น

ข) มาตรการตอบโต้การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ

มาตรการตอบโต้การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนี้เกิดขึ้น เมื่อรัฐอื่นได้มีการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะละเมิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือ พันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ซึ่งมาตรการตอบโต้การกระทำผิดนี้มีหลายรูปแบบได้แก่

- การตอบโต้การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศโดยแนวทางการไม่เป็นมิตร (Retortion) เช่น การตัดความสัมพันธ์ทางการทูต
- การตอบโต้การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศโดยการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ (Reprisal) ซึ่งหากการตอบโต้นี้เป็นไปโดยสมเหตุสมผลต่อความผิดในทางระหว่างประเทศซึ่งรัฐอื่นก่อขึ้นก็จะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ
- การป้องกันตนเอง (Self-defence) ตามกฎบัตรสหประชาชาติ รัฐมีสิทธิในการป้องกันตนเองเมื่อมีการใช้กำลังทหารจากรัฐอื่น

ค) เหตุสุดวิสัย หรือ เหตุซึ่งไม่อาจคาดการณ์ได้ ซึ่งได้แก่ทุกขภัยต่าง ๆ เป็นต้น

ง) ความจำเป็น

ความจำเป็นนี้ เกิดขึ้นโดยการกระทำโดยสมัครใจและตั้งใจของรัฐที่จะกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยมีหลักเกณฑ์ด้วยเหตุแห่งความจำเป็น ได้แก่

- การกระทำนั้นเป็นทางเดียวที่จะสามารถปกป้องประโยชน์ของรัฐจากภัยร้ายแรงและใกล้จะถึงได้
- การกระทำนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ของรัฐต่อพันธกรณีซึ่งรัฐนั้นมีอยู่

ความรับผิดชอบของรัฐนี้จะมีบทบาทในการศึกษาความรับผิดชอบต่อการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดต่อการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ โดยแยกพิจารณาตามหลักความรับผิดชอบของรัฐดังที่กล่าวมา

4.1.2 ความรับผิดชอบของรัฐต่อความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

การคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ และพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศในลักษณะของความตกลงระหว่างประเทศรูปแบบอนุสัญญาซึ่งรัฐต่าง ๆ ได้มีการลงนาม ให้สัตยาบัน ภาคยานุวัติ และ สืบสิทธิในอนุสัญญาโดยตกลงร่วมกันซึ่งจะรักษาทรัพย์สินวัฒนธรรมให้รอดพ้นปลอดภัยจากความเลวร้ายของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ โดยมีการจัดมาตรการในยามสันติเพื่อพิทักษ์ทรัพย์สินวัฒนธรรมและเคารพต่อการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรม การขนส่งและบุคลากรซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งผูกพันในการปฏิบัติตาม

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐ อาจสามารถพิจารณาเป็นประเด็นซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐต่ออนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ และพิธีสารเพิ่มเติม ได้ดังนี้

ก) พันธกรณีในยามสันติ รัฐอัครภาคีต้องรับผิดชอบในกรณีที่กระทำการฝ่าฝืนพันธกรณีซึ่งต้องปฏิบัติในยามสันติ อันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของรัฐต่อกระบวนการภายในอันเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับนั้น แม้รัฐจะเพิกเฉยไม่กระทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศก็ดีเป็นการยากต่อการตรวจสอบการปฏิบัติของรัฐทำให้รัฐไม่มีการรับผิดชอบเกี่ยวกับการฝ่าฝืนพันธกรณีนี้

ข) การกระทำของรัฐซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธ อันได้แก่ การละเมิดความคุ้มครองของทรัพย์สินวัฒนธรรมตามอนุสัญญาและพิธีสารไม่ว่าจะเป็นการละเมิดความคุ้มครองทั่วไป ความคุ้มครองพิเศษหรือความคุ้มครองเพิ่มเติมต่อพิธีสาร ความคุ้มครองการขนส่งทรัพย์สินวัฒนธรรมและความคุ้มครองบุคคลเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรม ซึ่งการกระทำการละเมิดพันธกรณีในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธนี้ถือว่าการกระทำซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศเนื่องจากกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาคมระหว่างประเทศโดยทั่วไป

ค) การกระทำของปัจเจกชนในองค์กรของรัฐ เช่น กองทัพ หรือ องค์กรพลเรือน เป็นการกระทำซึ่งถือว่าการกระทำของรัฐ ตามหลักของการถ่ายทอด หรือ โอนการกระทำให้แก่รัฐ ตามหลัก imputability

รูปแบบของการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐแก่อนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธ และพิธีสารเพิ่มเติม สามารถพิจารณาได้ว่า ผู้กระทำซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐตามบริบทแห่งอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธ ได้แก่ กองทัพ และองค์กรพลเรือนซึ่งมีหน้าที่ในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรม เนื่องจากหน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาและพิธีสารทั้งสองฉบับ คือ กองทัพของรัฐในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธ

นอกจากรูปแบบของการกระทำซึ่งได้กล่าวมาแล้ว รัฐยังต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของหน่วยงานภายในรัฐซึ่งกระทำผิดในทางระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธ โดยจำแนกได้ดังนี้

1) การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้ 2 กรณี คือ

- การออกกฎหมายซึ่งขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธ และ พิธีสารซึ่งรัฐตนได้มีการลงนามให้สัตยาบัน หรือ ภาคยานุวัติ
- การไม่ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวูธ และ พิธีสารซึ่งรัฐตนได้มีการลงนามให้สัตยาบัน หรือ ภาคยานุวัติ

2) การกระทำของฝ่ายบริหาร

ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบในกรณีต่าง ๆ ซึ่งต้องใช้มาตรการฝ่ายบริหารในการถือต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น การออกคำสั่งในทางบริหาร หรือ การจัดโครงสร้างองค์กรทางการบริหารตามพันธกรณี ในกรณีของอนุสัญญาปี 1954 ฝ่ายบริหาร

มีบทบาทในการแต่งตั้งองค์กรทางพลเรือน การออกคำสั่งทางปกครอง หรือ การปฏิบัติ การเผยแพร่อนุสัญญาต่อกองทัพผ่านทางกระทรวงกลาโหม⁴

3) การกระทำของฝ่ายตุลาการ

รัฐมีความรับผิดชอบต่อกระบวนการทางตุลาการซึ่งมีลักษณะดังนี้ โดยการก่อตั้งเขต อำนาจศาล และดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรมต่อผู้ซึ่งละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ⁵

เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบของรัฐต่อการฝ่าฝืนพันธกรณีในการคุ้มครองทรัพย์สิน วัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

ก) การฝ่าฝืนพันธกรณีของอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมใน กรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

การฝ่าฝืนพันธกรณีของอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมใน กรณีการขัดกันด้วยอาวุธ อาจแบ่งประเภทของพันธกรณีที่รัฐต้องรับผิดชอบออกเป็น

การฝ่าฝืนซึ่งเป็นการละเมิดระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่การกระทำในยามสันติซึ่งไม่ได้มีการ ละเมิดต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ได้แก่ การที่รัฐอัครภาคีผูกพันในการเผยแพร่อนุสัญญา หรือ จัดหามาตรการภายใน ซึ่งหากมีการกำหนดมาตรการภายในอันขัดต่อบท บัญญัติของอนุสัญญาและพิธีสารหรือละเว้นในการกำหนดมาตรการภายในถือว่าการฝ่าฝืน พันธกรณีระหว่างประเทศ

การฝ่าฝืนซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ รัฐต้องรับผิดชอบเมื่อมีการละเมิดความ คุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธโดยการใช้ทรัพย์สินวัฒนธรรมและพื้นที่ ที่ใกล้ชิดโดยรอบในทางทหาร หรือ มีการโจมตี ทำลาย ทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วย อาวุธ หรือ มีการกระทำที่มุ่งร้ายต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ โดยการกระทำ เหล่านี้แม้จะไม่ได้มีการกำหนดความผิดให้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศตามอนุสัญญาปี 1954ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ แต่เมื่อพิจารณาจากพิธี

⁴ อนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 7(2)

⁵ อนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 28.

พิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมใน กรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 16.

สารปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ได้มีการกำหนดให้การกระทำอันเป็นการกระทำโดยจงใจซึ่งทำให้อนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ งานศิลปะ หรือ สถานที่ที่เคารพสักการะ ซึ่งประกอบเป็นองค์มรดกทางวัฒนธรรม หรือ ทางจิตใจของประชาชน ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยความตกลงพิเศษ ในกรณีนี้ได้แก่ อนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี ซึ่งก่อให้เกิดผลของการทำลายอย่างกว้างขวาง และทรัพย์สินดังกล่าวไม่ได้ตั้งอยู่ใกล้ชิดกับเป้าหมายทางการทหาร การกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง โดยถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม⁶

อย่างไรก็ตามตามพิธีสารปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 มีการจำกัดทรัพย์สินวัฒนธรรมไว้แคบกว่าอนุสัญญาปี 1954 อีกทั้งยังกำหนดเงื่อนไขว่าทรัพย์สินนั้นต้องไม่อยู่ติดชิดใกล้เป้าหมายทางการทหาร⁷

นอกจากนี้ตามธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศได้มีการกำหนดให้การออกคำสั่งในการโจมตีสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือ ความมุ่งหมายทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โดยที่สิ่งก่อสร้างเหล่านี้ไม่ได้เป็นเป้าหมายทางการทหารทั้งกรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศและกรณีการขัดกันด้วยอาวุธอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม เป็นที่น่าสังเกตว่าตามธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้กำหนดแต่การออกคำสั่งในการโจมตี แต่ยังไม่รวมถึงการออกคำสั่งในการใช้หรือ ทำให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมและพื้นที่ใกล้ชิดโดยรอบในการสนับสนุนกิจกรรมทางทหาร ทำให้อาจเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี

เมื่อศึกษาวิเคราะห์จะเห็นได้ว่าการกระทำการละเมิดอนุสัญญา 1954 ในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธนี้เมื่อพิจารณาโดยประกอบกับพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 และธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ การละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธเป็นการกระทำผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งในปัจจุบันเป็นความผิดซึ่งอยู่ในเขตความรับผิดชอบของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ข) การฝ่าฝืนพิธีสารปี 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

⁶ พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949, ข้อ 85(4)(ง), ข้อ 85(5).

⁷ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 85(4)(ง).

พิธีสารฉบับนี้มุ่งในการห้ามการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินวัฒนธรรมออกจากดินแดนซึ่งถูกยึดครองซึ่งการฝ่าฝืนพันธกรณีนี้ถือว่เป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโลก ทำให้ความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นไปแต่เฉพาะรัฐซึ่งถูกละเมิดระหว่างประเทศ

ความรับผิดชอบในเรื่องนี้สามารถพิจารณาได้จากกรณีอิรัก-คูเวตซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินการให้อิรักรับผิดชอบในการดำเนินการคืนทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งถูกเคลื่อนย้ายออกจากคูเวตโดยกำหนด United Nations Return of Property Unit เป็นหน่วยงานซึ่งดูแลเกี่ยวกับเรื่องนี้

อย่างไรก็ดี ก็เคลื่อนย้ายทรัพย์สินวัฒนธรรมออกจากดินแดนซึ่งถูกยึดครองนี้ไม่ถือว่เป็นอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

ค) การฝ่าฝืนพิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

พิธีสารฉบับนี้มุ่งก่อให้เกิดความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมมากขึ้น โดยเรียกระบบนี้ว่า ความคุ้มครองเพิ่มเติม แต่อย่างไรก็ดีการฝ่าฝืนพันธกรณีของพิธีสารฉบับนี้ซึ่งผูกพันการปฏิบัติในยามสันติ ย่อมเป็นเพียงการละเมิดระหว่างรัฐ แต่การโจมตีทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองจากพิธีสารนั้น เป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามดังเช่นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธตามความของพิธีสารปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 และ ธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

4.1.3 ความรับผิดชอบของปัจเจกชน

ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of international law) ส่วนบุคคลธรรมดาไม่มีแนวความคิดของสำนักกฎหมายต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน โดยสำนักกฎหมายธรรมชาติ เห็นว่าโดยปกติแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้เฉพาะกับรัฐเท่านั้น แต่บุคคลธรรมดาก็มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หากกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ ส่วนสำนักสังคมวิทยาเห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียว รัฐมีเพียงหน้าที่จัดเตรียมกลไกทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาสถานะของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถพิจารณาแนวคิดต่าง ๆ⁶ ได้ดังนี้

1) แนวคิดทวินิยม เห็นว่ารัฐเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ปัจเจกชนเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายภายใน กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดาจะกำหนดให้รัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลนั้นเพื่อให้รัฐกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลธรรมดาอีกต่อหนึ่ง แทนที่จะกำหนดให้กับบุคคลธรรมดาโดยตรง

2) แนวความคิดเอกนิยม เห็นว่าทั้งรัฐและบุคคลธรรมดาต่างเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศโดยบุคคลธรรมดาจะเป็นบุคคลโดยตรงตามกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศปรับใช้โดยตรงกับบุคคลธรรมดา

สำหรับอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธนี้ได้กำหนดให้ อัครภาคีผูกพันในกำหนดกรอบการลงโทษ การดำเนินการฟ้องร้อง หรือ การลงโทษต่อบุคคลผู้ละเมิด หรือ สั่งการให้มีการละเมิดอนุสัญญานี้ไม่ว่าชาติใด ๆ ในเขตอำนาจรัฐในทางอาญาตามปกติ⁹

จะเห็นได้ว่าปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้สั่งการ หรือ เป็นผู้กระทำการละเมิดอนุสัญญาไม่ว่าจะชนชาติจะต้องรับผิดชอบโดยการรับผิดชอบทางอาญาโดยกระบวนการทางตุลาการภายในรัฐซึ่งเป็นอัครภาคี ซึ่งเงื่อนไขของการดำเนินการ คือ รัฐอัครภาคีนั้นต้องมีกรอบการลงโทษ หรือ กฎหมายภายในมารองรับอนุสัญญาฉบับนี้ก่อนในกรณีที่เป็นรัฐซึ่งถือเอาทฤษฎีทวินิยม

การรับผิดชอบของปัจเจกสมาชิกทุกคนในกองทัพมีความรับผิดชอบบุคคลต่อการยอมรับใช้กฎหมาย¹⁰ อย่างไม่มีข้อแก้ต่างยกเว้นความรับผิดชอบว่าอาชญากรรมสงครามเป็นการกระทำอันเกิดจากคำสั่งในระดับสูง แต่อย่างไรก็ดี เหตุนี้ก็อาจสามารถเป็นเหตุผลโทษได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸ รศ.ดร.จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), หน้า 99-102.

⁹ อนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 28.

¹⁰ พิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธเรื่องเดียวกัน, ข้อ 15.

ความรับผิดชอบคำสั่ง¹¹

ผู้บัญชาการทหารทุกคนมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ โดยไม่เพิกเฉยต่อการละเมิดกฎหมาย ผู้บัญชาการจะมีความรับผิดชอบทางอาญาในกรณี

- ผู้บัญชาการนั้นรู้ หรือ ควรรู้ว่า ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากำลังละเมิดต่อกฎหมายและไม่กระทำการป้องกัน
- ผู้บัญชาการไม่สามารถปฏิบัติภารกิจต่อผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาซึ่งได้ก่ออาชญากรรมสงคราม

ผู้บัญชาการไม่สามารถอ้างถึงการไม่รู้ของตน และมีหน้าที่ในยามสันติในการสอน และฝึกหัด และเป็นตัวอย่างในการปฏิบัติเพื่อการเคารพต่อกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

พิธีสารปี 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ไม่ได้มีการกำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกชนเอาไว้ แต่สำหรับพิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธได้กำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกชนไว้โดยกำหนดให้รัฐภาคีกำหนดความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในและมีกระบวนการลงโทษที่เหมาะสม ในการกระทำดังต่อไปนี้¹²

- ก) การทำให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติมตามพิธีสารเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี
- ข) การใช้ทรัพย์สินวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติมตามพิธีสารและพื้นที่ใกล้เคียงโดยรอบเพื่อการสนับสนุนการกระทำทางการทหาร
- ค) การก่อให้เกิดการทำลายอย่างกว้างขวาง หรือ การถือครองทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาและพิธีสารฉบับนี้
- ง) การทำให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองของอนุสัญญาและพิธีสารเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี
- จ) การขโมย ยักยอก หรือ ยึดเอา หรือ การกระทำอันเป็นการทำลายทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญา

ผู้เขียนสามารถพิจารณาได้ว่า ความรับผิดชอบของปัจเจกชนต่อการละเมิดอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและพิธีสารเพิ่มเติม จะมีการ

¹¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 15.

¹² พิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 15.

รับผิดชอบเมื่อรัฐซึ่งเป็นอัครภาคีได้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายภายในให้มีปัจเจกชนผู้ฝ่าฝืนต่อความในอนุสัญญาและพิธีสารมีความผิด โดยความผิดนั้นถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา และมีมาตรการในการลงโทษที่เหมาะสม แต่อย่างไรก็ดี ปัจเจกชนอาจถูกพิจารณาให้รับผิดชอบในทางระหว่างประเทศในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ในกรณีที่การละเมิดต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นตรงตามหลักเกณฑ์ฐานความผิดอาชญากรรมสงครามตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมถึงการละเมิดอย่างร้ายแรงตามพิธีสารปี 1977 ฉบับที่ 1 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ได้เช่นกัน และเมื่อพิจารณาจากมาตรา 6 วรรคท้ายของธรรมนูญศาลนูเรมเบิร์กประกอบกับมาตรา 1 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ปัจเจกชนผู้ต้องรับผิดชอบในการก่ออาชญากรรมสงครามคือสมาชิกกองกำลังไม่ว่าจะเป็นกองกำลังปกติที่ชอบด้วยกฎหมาย กองกำลังไม่ปกติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงข้าราชการพลเรือนและพลเรือนผู้ก่อ ผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง หรือผู้มีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมสงคราม

ความรับผิดชอบของรัฐและปัจเจกชนที่ได้ถูกกำหนดขึ้นเนื่องจากการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมอาจมีการนำเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมซึ่งมีการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐและปัจเจกชนโดยมีทั้งศาลระหว่างประเทศและศาลภายในของแต่ละรัฐเนื่องจากพันธกรณีที่กำหนดในอนุสัญญาได้กำหนดให้มีการกำหนดความรับผิดชอบและการดำเนินคดีภายในของแต่ละรัฐเพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนซึ่งกระบวนการพิจารณาความรับผิดชอบนี้จะได้มีการศึกษาในหัวข้อต่อไป

4.2 เขตอำนาจศาลในการพิจารณาความรับผิดชอบในกรณีละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ และ พิธีสารทั้งสองฉบับ

ปัจจุบันศาลที่ใช้สำหรับพิจารณาคดีมี 2 รูปแบบใหญ่ ๆ คือ ศาลระหว่างประเทศ (International Court หรือ International Tribunal) กับศาลภายในประเทศ ซึ่งศาลทั้งสองรูปแบบมีความแตกต่างกันดังนี้

4.2.1 ศาลระหว่างประเทศ

ศาลระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นโดยกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งโดยทั่วไปจะอยู่ในรูปแบบสนธิสัญญา เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จัดตั้งโดยสหประชาชาติ ซึ่งศาลระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นองค์กรทางตุลาการระหว่างรัฐซึ่งเป็นผู้สัญญาต่อธรรมนูญก่อตั้ง

ศาลนั้นหรือคู่กรณีพิพาทยอมรับอำนาจของศาลนี้จะใช้กฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณาคดี¹³ เป็นต้น โดยศาลระหว่างประเทศซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ พิจารณาออกเป็น

1. ศาลระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวข้องกับการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ
2. ศาลระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกชนเกี่ยวข้องกับการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

4.2.1.1 ศาลระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวข้องกับการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

ศาลระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับกรณีพิพาทต่างๆ ระหว่างรัฐ คือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice : ICJ) เนื่องจากเขตอำนาจศาลตามธรรมนูญก่อตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาททั้งปวงที่รัฐคู่พิพาทได้เสนอต่อศาลในลักษณะที่เป็นกระบวนการพิจารณาซึ่งเฉพาะ "รัฐ" เท่านั้นที่จะเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาได้¹⁴

ข้อพิพาทซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้แก่

- 1) การตีความสนธิสัญญา
- 2) ปัญหาใดๆ เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- 3) การมีอยู่จริงของการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ
- 4) ลักษณะของการชดเชยในการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ

ซึ่งในกรณีของการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาชุนั้นก็ถือเป็นการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศเช่นกันในกรณีที่คู่พิพาทเป็นภาคีของอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและเป็นภาคีของธรรมนูญศาล

¹³ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม: ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 111-112.

¹⁴ ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ, ข้อ 34

"(1) บรรดารัฐเท่านั้นที่จะเป็นคู่กรณีต่อคดีในศาล ."

ข้อจำกัดของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยทั่วไป คือ การนำคดีขึ้นสู่ศาลต้องได้รับการยินยอมจากคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายจึงจะนำคดีขึ้นสู่ศาลได้¹⁵ และสำหรับกรณีของคดีซึ่งเกี่ยวกับกรณีพิพาทตามอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธที่จะถูกนำขึ้นสู่ศาลได้มีข้อจำกัดว่าคู่กรณีซึ่งนำคดีขึ้นสู่ศาลต้องเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ด้วย

อย่างไรก็ดีการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมอาจจะไม่ได้ถูกนำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยฐานของอนุสัญญาปี 1954 ก็ได้แต่อาจถูกนำขึ้นสู่ศาลในกรณีของการใช้กำลังโดยผิดกฎหมาย คือ การใช้กำลังโดยเกินขอบเขตไม่แบ่งแยกเป้าหมายทางพลเรือนและเป้าหมายทางการทหาร ดังเช่นในกรณีของอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยมีสมาชิกขององค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือเป็นจำเลย ซึ่งได้กล่าวถึงการใช้อำนาจทางทหารเป็นเหตุให้มีอนุสรณ์ทางวัฒนธรรมซึ่งเป็นสถานที่ทางศาสนาและพิพิธภัณฑ์ได้รับความเสียหาย เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสามารถเป็นองค์กรในการพิจารณาข้อพิพาทในการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธไม่เพียงแต่อาศัยฐานกฎหมายของอนุสัญญาปี 1954 เท่านั้นแต่อาจที่จะมีการใช้ฐานของกฎหมายระหว่างประเทศอื่น เช่น อนุสัญญาปี 1899 และ 1907 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามทางบก ซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจมาพิจารณาได้ แต่ข้อจำกัดของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คือ เป็นการดำเนินคดีที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลหรือเป็นภาคีของธรรมนูญศาลเท่านั้น และหากจะดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญาปี 1954 และพิธีสารแล้วก็ต้องปรากฏว่าคู่กรณีเป็นภาคีของอนุสัญญาและพิธีสารที่จะกล่าวอ้างเพื่อการพิจารณาด้วย อย่างไรก็ตามแม้ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาและพิธีสารก็อาจที่จะพิจารณากฎหมายอื่นซึ่งถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมากกล่าวอ้างได้แต่ก็ต้องมีการยอมรับเขตอำนาจศาลของคู่กรณีเช่นกัน ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมสำหรับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คือ

1. คู่กรณีต้องเป็นรัฐเท่านั้น
2. คู่กรณีต้องมีการยอมรับเขตอำนาจศาล

¹⁵ ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ, ข้อ 36(1)

“เขตอำนาจของศาลรวมถึงบรรดาคดีที่ทั้งปวงซึ่งคู่ความเสนอต่อศาล...”

3. คู่กรณีต้องเป็นภาคีของอนุสัญญาปี 1954 และพิธีสารในกรณีการกล่าวอ้างเพื่อการพิจารณาการฝ่าฝืนพันธกรณีตามอนุสัญญา แต่ในกรณีของการกล่าวอ้างจารีตประเพณีก็อาจไม่ต้องเป็นภาคีของอนุสัญญาก็ได้

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากข้อจำกัดเหล่านี้แล้ว ทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีบทบาทน้อยมากในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธโดยตรงและความรับผิดชอบจำกัดเฉพาะรัฐเท่านั้น บัจเจกจึงไม่ได้ถูกพิจารณาให้รับผิดชอบต่อความผิดที่ตนกระทำการละเมิดในศาลนี้ ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาแนวคิดให้บัจเจกควรรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการละเมิดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศทำให้กระบวนการในการพิจารณาความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศมีการพัฒนาขึ้นโดยสามารถพิจารณาในข้อต่อไป

4.2.1.2 ศาลระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบของบัจเจกชนเกี่ยวข้องกับ การละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

แนวคิดให้บัจเจกชนเป็นผู้ต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเนื่องจากถือว่ารัฐและบัจเจกชนต่างเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศจึงสามารถปรับใช้โดยตรงกับบุคคลธรรมดาได้¹⁶ ซึ่งเหตุการณ์ที่ชี้ให้เห็นว่าบัจเจกชนเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ คือ การพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามต่อศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียว ซึ่งแม้จะไม่ได้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการละเมิดต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมไว้โดยตรงแต่ก็ได้กำหนดให้การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือเอกชน และการทำลายเมือง หมู่บ้านอย่างราบเรียบ เป็นความผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งบัจเจกชนผู้กระทำหรือสั่งให้กระทำ การต้องได้รับการพิจารณาคดี แต่ข้อจำกัดของศาลนี้คือ เป็นศาลที่พิจารณาคดีต่อผู้แพ้สงครามเท่านั้น ทำให้ผู้ชนะสงครามผู้ที่มีการกระทำดังกล่าวไม่ได้รับการพิจารณาคดี

ในเวลาต่อมาศาลระหว่างประเทศซึ่งมีบทบาทพิจารณาความผิดซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินวัฒนธรรม ได้แก่

¹⁶ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม: ปัญหาและสู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 60.

ก) ศาลเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีอาญาของอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal of Former Yugoslavia : ICTY)

ศาลนี้ได้เกิดขึ้นจากการที่ประเทศต่างๆ ได้ตระหนักถึงปัญหาการสู้รบในดินแดนของอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียและต้องการให้เกิดสันติภาพขึ้นบนดินแดนนี้ ที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติจึงได้มีมติที่ 47/121 เรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงมีมติที่ 808(1993)ว่าจะให้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีแก่บุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ตั้งแต่ค.ศ. 1991 จากมติที่ 827(1993)ของคณะมนตรีความมั่นคงได้มีมติว่าตามการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 6 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ขอรับรองรายงานและอนุมัติให้จัดตั้งศาลระหว่างประเทศได้ ดังนั้นศาลนี้จึงเกิดขึ้นจากข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียได้กำหนดให้การทำลายและการเวนคืนทรัพย์สินอย่างกว้างขวางโดยไม่มีความจำเป็นทางทหารและซึ่งกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยพลการ จะเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมเอาไว้โดยตรงแต่ก็มีความเกี่ยวข้องในบริบทของการเป็นทรัพย์สินซึ่งถูกทำลายหรือเวนคืนโดยไม่มีความจำเป็นทางทหารและกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่ง"กฎหมาย" ที่ได้กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลไม่ได้กำหนดว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน แต่เมื่อพิจารณาถึงสถานะของศาลแล้วเป็นศาลเฉพาะกิจซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยมติขององค์การสหประชาชาติจึงเป็นศาลระหว่างประเทศ "กฎหมาย" ที่นำมาพิจารณาคดีจึงเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงหมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลน่าจะสามารถนำอนุสัญญาปี 1954 มาประกอบการพิจารณาได้เนื่องจากสาธารณรัฐยูโกสลาเวียเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาปี 1954 และอนุสัญญาปี 1954 ก็เป็นกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอาจนำมาพิจารณาได้

นอกจากนี้ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียได้กำหนดให้มีการรับผิดชอบต่อการยึด การทำลาย และการทำให้เสียหายโดยเจตนาต่ออาคารทางศาสนา การกุศลและการศึกษา ศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ และงานศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นการกำหนดฐานความผิดซึ่งกระทำต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยจะได้มีการพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในหัวข้อต่อไป

อย่างไรก็ตามธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียไม่ได้กล่าวถึงการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมสงครามแต่เป็นการดำเนินคดีต่อบุคคลผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นคำซึ่งมีความกว้างและครอบคลุมกว่าคำว่า อาชญากรรมสงคราม

เนื่องจากศาลยูโกสลาเวียมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในกรณีขัดกันด้วยอาวุธ ซึ่งเกิดขึ้นในดินแดนของอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียตั้งแต่ปี 1991 และเป็นศาลเฉพาะกิจไม่ได้ เป็นศาลถาวร ต่อมาจึงได้มีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นจากแนวคิดในการที่ต้องการให้ มืองค์กรถาวรในการพิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศ แต่แม้ว่าจะมีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่าง ประเทศขึ้นในภายหลังก็ไม่อาจที่จะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียได้เนื่องจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดให้ศาลไม่มีเขตอำนาจย้อนหลัง ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงไม่มีเขตอำนาจครอบคลุมกรณีพิพาทในอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย

ข) ศาลอาญาระหว่างประเทศกับการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court : ICC) เป็นองค์กรที่สังคมระหว่างประเทศได้จัดตั้งขึ้นโดยธรรมนูญแห่งกรุงโรม (Rome Statute) เพื่อให้เป็นองค์กรตุลาการถาวรที่เป็นอิสระ เพื่อพิจารณาคดีอาญาที่ถือว่ารุนแรงตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่การล้างเผ่าพันธุ์และคดีอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ คดีอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมที่เป็นการรุกราน

ลักษณะแตกต่างของศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice-ICJ) ศาลเฉพาะกิจในการพิจารณาคดีต่างๆ และศาลภายในสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐ แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกชนและมีอำนาจไต่สวนดำเนินคดี และพิพากษาคดีปัจเจกชน¹⁷ ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงเป็นเวทีสำหรับรับเยี่ยวยา การร้องขอความเป็นธรรมในคดีที่เอกชนกระทำความผิดไม่ว่าการกระทำนั้นๆ จะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาล หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐบาลที่ใช้อำนาจรัฐอยู่หรือว่าการกระทำนั้นจะเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคล หรือคณะบุคคลที่ต่อสู้ ต่อต้าน หรือเป็นขบถ หรือมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาล หรือระบอบการปกครองที่ครองอำนาจรัฐอยู่

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 25(1)

“(1)ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาตามธรรมนูญนี้”.

2. ศาลอาญาระหว่างประเทศ แตกต่างจากศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราว (ad hoc tribunal) สำหรับพิจารณาคดีอาชญากรรมที่กระทำขึ้นในวันดาและยูโกสลาเวีย โดยศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลที่สถาปนาขึ้นอย่างถาวร ตั้งอยู่ ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ การที่มีสถานภาพดังกล่าวก็เพื่อที่จะสามารถดำเนินงานได้อย่างทรงประสิทธิภาพ ปฏิบัติงานได้ทันที และสามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้เป็นประจำและต่อเนื่อง เพื่อแก้ไขประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาในขอบข่ายทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดที่ใดก็ตาม

3. ศาลอาญาระหว่างประเทศแตกต่างจากศาลภายในของประเทศต่างๆ (national court) ตรงที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจศาลระหว่างประเทศในคดีอาชญากรรมต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้ เพื่อมุ่งแก้ปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในการพยายามที่จะดำเนินคดีทางอาญากับบรรดาเผด็จการต่างๆ และอาชญากรอื่นๆ ที่อาจจะหลบหนีคดีอาญาจากประเทศหนึ่งประเทศใดที่บุคคลเหล่านี้เคยกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และการรุกรานทำลายล้างด้วยรูปแบบวิธีการต่างๆ

เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมคือความผิดอาชญากรรมสงคราม (War Crimes) โดยพิจารณาจากลักษณะความผิดของฐานอาชญากรรมสงครามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลซึ่งกำหนดลักษณะความผิดไว้ 3 ลักษณะดังต่อไปนี้

1. การกระทำที่ถือว่าการละเมิดร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาปี 1949
2. การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ
3. การละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ของกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาลักษณะความผิดตามฐานความผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ สามารถพิจารณาได้ว่าทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมได้รับการคุ้มครองใน 2 กรณี คือ

1. กรณีการคุ้มครองทรัพย์สินทั่วไป ทรัพย์สินวัฒนธรรมถูกคุ้มครองในความหมายของทรัพย์สินทั่วไปจากการกระทำความผิดต่อไปนี้
 - ก) การทำลายและริบโดยไม่มีเจตนาทางทหาร กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายและไม่เลือกเป้าหมาย¹⁸
 - ข) การโจมตีโดยเจตนาต่อวัตถุทางพลเรือนหรือวัตถุซึ่งไม่ใช่เป้าหมายทางทหาร¹⁹

¹⁸ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ, ข้อ 8 (ก)(iv).

- ค) การทำลายทรัพย์สินโดยสามารถหลีกเลี่ยงได้²⁰
- ง) การปล้นสดมภ์ทรัพย์สิน²¹

2. กรณีในการคุ้มครองอย่างเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม กรณีนี้ได้มีการกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงต่อการคุ้มครองทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมจากการคุ้มครองจากการถูกลักขโมยให้มีการโจมตีต่อสิ่งก่อสร้างซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปวิทยาศาสตร์ การกุศลหรืออนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์²² ซึ่งการกำหนดฐานความผิดต่อการลักขโมยทรัพย์สินดังกล่าวนี้ พิจารณาได้ว่ามีข้อจำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมเท่านั้นแต่ยังไม่ครอบคลุมสิ่งสังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจพิจารณาความคุ้มครองในฐานทรัพย์สินทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

นอกจากฐานความผิดซึ่งมีการกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรมในฐานความผิดอาชญากรรมสงครามแล้วธรรมนูญศาลได้กำหนดให้กฎหมายซึ่งนำมาใช้บังคับในศาล คือ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ องค์ประกอบความผิดทางอาญา และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความ โดยถ้าหากเห็นเหมาะสมศาลก็สามารถนำเสนอสนธิสัญญาและหลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับ รวมถึงหลักการที่เป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาชญากรรมมาใช้บังคับได้ ซึ่งเป็นการเปิดช่องให้อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาชญากรรมและพิธีสารถูกนำไปพิจารณาใช้ได้เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันด้วยอาชญากรรมกฎเกณฑ์หนึ่ง แม้ว่าในปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้จะไม่ได้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในอนาคตหากกฎเกณฑ์ของอนุสัญญาฉบับนี้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็อาจจะมีผลต่อธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในลำดับต่อไป

อย่างไรก็ดีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศก็มีข้อจำกัดในการใช้ตามที่ได้กำหนดไว้ดังนี้

1. ธรรมนูญศาลจะมีอำนาจเหนือรัฐภาคีของธรรมนูญศาลเท่านั้นหรือรัฐซึ่งไม่ได้เป็นภาคีแต่ยอมรับเขตอำนาจศาล²³

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 8 (ข)(ii)(v).

²⁰ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 8 (ข)(xiii),(จ)(xii).

²¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 8 (ข)(xvi),(จ)(v).

²² เรื่องเดียวกัน, ข้อ 8 (ข)(ix),(จ)(iv).

²³ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 12.

2. บัจเจกชนซึ่งถูกพิจารณาในศาลอื่นเกี่ยวกับการกระทำอย่างเดียวกันแล้วจะไม่ได้รับการพิจารณาอีก ซึ่งทำให้เป็นการเปิดช่องให้รัฐภาคีของธรรมนูญศาลอาจมีการกำหนดมาตรการภายในเกี่ยวกับฐานความผิดที่กำหนดไว้ตามธรรมนูญศาลในศาลภายในก่อน²⁴

จากข้อจำกัดดังกล่าวเมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติของอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและพิริสสาร จะเห็นได้ว่า อนุสัญญาได้กำหนดให้มีการวางมาตรการภายในเพื่อลงโทษเกี่ยวกับผู้ละเมิดอนุสัญญาคือผู้ซึ่งได้ละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันด้วยอาวุธ ซึ่งหากรัฐนั้นได้มีการกำหนดฐานความผิดในการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมเอาไว้เป็นมาตรการภายใน โดยมีองค์ประกอบซึ่งตรงกันกับฐานความผิดซึ่งกำหนดไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วผู้ถูกพิจารณาความผิดไม่ต้องได้

"1. โดยผลการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลนี้ รัฐที่เข้าเป็นภาคียอมรับเขตอำนาจศาลในอาชญากรรมที่อ้างใน ข้อ 5

2. ในกรณีของข้อ 13 วรรค(ก)หรือ(ค) ศาลฯอาจใช้เขตอำนาจของตน หากรัฐดังต่อไปนี้รัฐใดรัฐหนึ่งหรือมากกว่าเป็นภาคีของธรรมนูญศาลนี้ หรือยอมรับเขตอำนาจศาลตามวรรค 3

(ก) รัฐเจ้าของดินแดนซึ่งการกระทำที่เป็นปัญหาได้เกิดขึ้นในดินแดน หรือรัฐที่จดทะเบียนเรือหรืออากาศยานหากอาชญากรรมได้กระทำบนเรือ หรืออากาศยานดังกล่าว

(ข) รัฐซึ่งบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าประกอบอาชญากรรมถือสัญชาติ

3. หากการยอมรับอำนาจศาลฯโดยรัฐซึ่งมิได้เป็นภาคีของธรรมนูญศาลฯนี้มีความจำเป็นตามวรรค 2 รัฐนั้นอาจยอมรับการใช้อำนาจของศาลฯในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมที่เป็นปัญหาโดยส่งมอบคำประกาศให้แก่นายทะเบียน รัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลฯต้องร่วมมือกับศาลฯโดยไม่ชักช้าหรือไม่มีข้อยกเว้น "

²⁴ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 20(3)

"...(3) บุคคลที่ได้ถูกพิจารณาแล้วโดยศาลอื่นสำหรับการกระทำที่บัญญัติไว้ในข้อ 6 ข้อ 7 หรือข้อ 8 จะไม่ถูกศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำอย่างเดียวกัน เว้นแต่กระบวนพิจารณาในศาลอื่นนั้น

(ก) มีไว้เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลที่เกี่ยวข้องจากความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ หรือ

(ข) ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ หรือเป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการยุติธรรมซึ่งได้รับรับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ และภายใต้สถานการณ์นั้นได้ดำเนินการในลักษณะที่ขัดกับเจตนาที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องมาสู่ความยุติธรรม".

รับการพิจารณาในศาลอาญาระหว่างประเทศอีกเนื่องจากถือว่าเป็นการพิจารณาการกระทำเดียวกัน

จะเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งกำหนดให้การละเมิดคุ้มครองทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมซึ่งได้พิจารณาตามที่ได้กล่าวมาแล้วมีการรับผิดชอบของปัจเจกในทางระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการเพิ่มเสริมอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและพิธีสารซึ่งกำหนดเพียงแต่ให้มีการพิจารณาความรับผิดชอบภายในรัฐเท่านั้น

สำหรับประเทศไทยเองได้ลงนามรับรองธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในวันที่ 2 ตุลาคม 2543 แต่ยังไม่ทำให้สัตยาบันเนื่องจากธรรมนูญศาลบางข้อก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศไทยเกี่ยวกับการรับรองครุฑและการปฏิบัติซึ่งประเทศไทยต้องการเวลาในการเผยแพร่ความรู้และพิจารณาเกี่ยวกับการรับรองครุฑต่อไป ซึ่งสิ่งที่มีผลกระทบสำคัญที่สุดเกี่ยวกับการเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ คือความรับผิดชอบของผู้สั่งให้กระทำการโดยธรรมนูญศาลได้กำหนดให้บังคับต่อบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ บนพื้นฐานของสถานะทางการโดยเฉพาะสถานะประมุขของรัฐ²⁵ ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้มีการบัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และพระมหากษัตริย์ดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย²⁶ ซึ่งทำพระมหากษัตริย์ต้องทรงรับผิดชอบ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดว่าพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะที่จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีมิได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมีความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศไทย อย่างไรก็ตามหากประเทศไทยได้มีการให้สัตยาบันเป็นภาคีของธรรมนูญศาลประเทศไทยต้องมีการปรับปรุงกฎหมายภายในให้มีความรับผิดชอบครอบคลุมต่อฐานความผิดตามธรรมนูญศาลเพื่อก่อให้เกิดการพิจารณาคดีภายในประเทศก่อนในฐานความผิดนั้น ซึ่งประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและพิธีสาร แล้วมีการกำหนดมาตรการภายในให้มีความรับผิดชอบตามที่กำหนดไว้ก็เป็นการปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องต่อฐานความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศส่วนหนึ่งดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

จะเห็นได้ว่าศาลระหว่างประเทศได้มีบทบาทในการพิจารณาความรับผิดชอบเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธทั้งของรัฐและปัจเจกชน แต่สำหรับปัจเจก

²⁵ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ, ข้อ 27.

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 223 และมาตรา 10.

ชนนั้นกระบวนการในการดำเนินการพิจารณาก่อนที่จะนำไปสู่กระบวนการระหว่างประเทศที่สำคัญก็คือกระบวนการภายในของรัฐที่จะมีการดำเนินคดีกับปัจเจกชนก่อนซึ่งนอกจากจะเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาตามที่ได้กำหนดไว้แล้วยังเป็นการพัฒนากฎหมายภายในให้สอดคล้องต่อความรับผิดชอบประการในฐานความผิดอาชญากรรมสงครามตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ หัวข้อต่อไปจึงจะเป็นการพิจารณาถึงการดำเนินคดีของศาลภายในและเงื่อนไขในการดำเนินการของศาลภายใน คือการจัดให้มีมาตรการลงโทษภายในรัฐ

4.2.2 ศาลภายในประเทศ

ศาลภายในประเทศถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายในของรัฐซึ่งก่อตั้งศาลนั้น โดยอาจอยู่ในรูปแบบของศาลยุติธรรมทั่ว ๆ ไป หรือ ศาลเฉพาะกรณีสุดแต่กฎหมายภายในของรัฐจะกำหนด โดยศาลภายในประเทศเป็นองค์กรทางตุลาการของรัฐที่ก่อตั้ง ใช้กฎหมายภายในในการพิจารณาคดีภาคี ซึ่งกฎหมายภายในบางประเภทเป็นพันธกรณีที่จะรับเอากฎหมายระหว่างประเทศเข้าไป²⁷ การที่จะก่อให้เกิดมีการดำเนินคดีในศาลภายในของแต่ละรัฐได้ประกอบด้วย 2 องค์ประกอบคือ

ก. การกำหนดโทษทางอาญา²⁸

ตามอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธถือเป็นการละเมิดอนุสัญญา มีผลให้บรรดาอัครภาคีอื่น ๆ สามารถดำเนินการฟ้องร้อง วางกรอบการลงโทษทางอาญาหรือทางวินัยต่อผู้ที่ละเมิด หรือ สั่งการให้มีการละเมิดอนุสัญญานี้²⁹

ข้อสังเกตของการกำหนดโทษทางอาญาของอนุสัญญาปี 1954 มีดังนี้

1. ผู้ที่จะได้รับการฟ้องร้องหรือลงโทษ คือ ผู้กระทำการละเมิดอนุสัญญา หรือผู้สั่งการให้มีการละเมิดอนุสัญญา จะเห็นได้ว่าผู้ซึ่งถูกลงโทษไม่ได้จำกัดเพียงแต่ผู้กระทำการเท่านั้นแต่ยังกำหนดให้ผู้สั่งการมีความรับผิดชอบด้วย

²⁷ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม: ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 111-112.

²⁸ อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 28 และพิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 15.

²⁹ อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 28.

2. โทษซึ่งผู้ทำการละเมิดหรือสั่งการละเมิดได้รับ อาจเป็นโทษทางอาญาหรือโทษทางวินัย หรือโทษทั้งสองชนิดก็ได้

3. รัฐเป็นผู้ริเริ่มผู้ดำเนินการฟ้องร้องและลงโทษ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าความผิดที่ริเริ่มโดยรัฐ เป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งไม่อาจยอมความได้

สำหรับพิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ได้มีการกำหนดให้มีการรับผิดชอบทางอาญาในฐานะความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรม ก่อนหน้านี้พิธีสารหลายฉบับไม่ได้ต่อกฎหมายบทบัญญัติของกฎหมายสำหรับกรณีการขัดกันด้วยอาวุธเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจก หรือ คำสั่ง

พฤติการณ์อันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ซึ่งต้องได้รับการลงโทษทางอาญา แบ่งเป็น

พฤติการณ์อันเป็นฐานความผิดต่อความคุ้มครองพิเศษ

1. ทำให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติมเป็นวัตถุเป้าหมายแห่งการโจมตี
2. ใช้ทรัพย์สินวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติม หรือ พื้นที่ใกล้ชิดโดยรอบในการสนับสนุนกิจกรรมทางการทหาร

พฤติการณ์ต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมทั้งหมด

1. ทำลายอย่างกว้างขวางต่อทรัพย์สินวัฒนธรรม หรือ ถิ่นเอาทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นเป็นของตน
2. ทำให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี
3. ขโมย ปล้นสดมภ์ หรือ กระทำการอันเป็นการมุ่งร้ายโดยตรงต่อทรัพย์สินวัฒนธรรม

อนุสัญญาและพิธีสารต้องการระบบแห่งชาติของรัฐภาคีที่จะบรรจุกความผิดดังกล่าวนี้ และความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรมอื่น ๆ ไว้ในกฎหมายภายใน โดยมีมาตรการลงโทษและนำตัวคนผิดมาพิจารณาคดี ก่อตั้งเขตอำนาจรัฐ รวมถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยความผิดทั้งห้าประการที่กล่าวมาเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีที่ต้องมีการกำหนดมาตรการที่จำเป็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาและโทษทางอาญาและต้องมีการกำหนดความผิดดังกล่าวในคู่มือกฎหมายทหารด้วย

ความเหมือนกันของการกำหนดโทษทางอาญาต่อความผิดในการละเมิดหรือสั่งการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร คือ

1. กำหนดให้รัฐมีการฟ้องร้องและลงโทษทางอาญาหรือทางวินัย

2. ผู้ถูกลงโทษแบ่งเป็น 2 ประเภท คือผู้กระทำการละเมิด หรือ ผู้สั่งการละเมิด ความแตกต่างของการกำหนดโทษทางอาญาต่อความผิดในการละเมิดหรือสั่งการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร

1. อนุสัญญาได้กำหนดแต่เพียงให้มีการลงโทษผู้ละเมิดหรือสั่งการละเมิดอนุสัญญาแต่ก็ไม่ได้ระบุฐานความผิดพื้นฐานซึ่งต้องได้รับโทษแต่พิธีสารฉบับที่ 2 มีการกำหนดฐานความผิดพื้นฐานชัดเจนแต่ก็อาจมีการกำหนดฐานความผิดอื่นนอกเหนือจากนี้ก็ได้อนุสัญญาไม่ได้กำหนดห้ามไว้

2. พิธีสารมีการกำหนดให้มีความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อประสิทธิผลในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษทางอาญา

ข. การกำหนดเขตอำนาจรัฐเกี่ยวกับความผิด

เขตอำนาจรัฐเกี่ยวกับความผิดในการละเมิดและการสั่งการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศได้กำหนดให้มีขึ้น แบ่งออกเป็น

1. เขตอำนาจรัฐทางอาญาตามปกติของรัฐ

เขตอำนาจรัฐซึ่งครอบคลุมการกระทำการละเมิดและสั่งการละเมิดอนุสัญญานี้เป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ คือ พิจารณาว่ารัฐภาคีแต่ละรัฐมีเขตอำนาจรัฐทางอาญาปกติของแต่ละรัฐอย่างไรก็ให้กำหนดไปตามนั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจก่อให้เกิดความไม่ได้มาตรฐานของการกำหนดเขตอำนาจรัฐเกี่ยวกับความผิดต่อการละเมิดและสั่งการละเมิดอนุสัญญาของแต่ละรัฐทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้จริง ซึ่งปัญหานี้ทำให้พิธีสารฉบับที่ 2 ได้กำหนดให้ฐานความผิดอาญาพื้นฐานตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารฉบับที่ 2 มีเขตอำนาจรัฐอย่างชัดเจน

2. เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดน คือ เขตอำนาจรัฐทางอาญาซึ่งการกระทำผิดได้เกิดขึ้นบนรัฐภาคีใด รัฐภาคีนั้นมีเขตอำนาจรัฐทางอาญาเหนือความผิดนั้น ซึ่งใช้กับความผิดทั่วไปซึ่งเกิดขึ้นจากการละเมิดหรือการสั่งการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร

3. เขตอำนาจรัฐตามหลักสัญชาติ คือเขตอำนาจรัฐทางอาญาของรัฐซึ่งมีเหนือผู้กระทำความผิดมีสัญชาติของรัฐภาคีซึ่งใช้กับความผิดทั่วไปซึ่งเกิดขึ้นจากการละเมิดหรือการสั่งการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร

4. เขตอำนาจรัฐตามหลักสากล เขตอำนาจรัฐนี้จะมีเมื่อผู้กระทำผิดได้กระทำผิดต่ออันละเมิดร้ายแรงต่อความคุ้มครองเพิ่มเติม และ ความผิดที่เกี่ยวกับการทำลาย หรือ ถี้อเอาทรัพย์สินวัฒนธรรม ผู้กระทำผิดอยู่ในดินแดนของรัฐภาคีนั้น เนื่องจากว่าการกระทำดังกล่าวเป็น grave breach ความผิดอย่างมหันต์ต่ออนุสัญญาเจนีวา โดยรัฐมีอำนาจในการดำเนินคดีในศาลของตน หรือ ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เพราะเป็นความผิดซึ่งเป็น เขตอำนาจรัฐโดยหลักสากล

สำหรับในกรณีของการทำให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี การขโมย ปล้นสดมภ์ หรือ กระทำการอันเป็นปฏิกษโดยตรงต่อทรัพย์สินวัฒนธรรม ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามการบังคับทางอาญาเป็นไปตามธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐภาคีผู้กพันที่จะระงับปราบปรามการกระทำผิดบนดินแดนของตน หรือเมื่อผู้กระทำผิดมีสัญชาติของรัฐซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำผิดหรือสั่งการให้กระทำการต้องเป็นจำเลยในศาลอาญาระหว่างประเทศได้

เนื่องจากอนุสัญญาปี 1954 ได้กำหนดเกี่ยวกับการวางเขตอำนาจรัฐทางอาญาเอาไว้อย่างกว้างๆ และไม่ได้กำหนดฐานความผิดพื้นฐานที่ชัดเจนให้เป็นมาตรฐานในการนำไปวางมาตรการภายในพิธีสารฉบับที่ 2 จึงได้มีการกำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐและฐานความผิดให้ขยายชัดเจนขึ้น โดยกำหนดให้ความผิดต่ออนุสัญญาปี 1954 มีเขตอำนาจรัฐตามพิธีสารฉบับที่ 2 ด้วย

จากพันธกรณีในการกำหนดโทษทางอาญาและกำหนดเขตอำนาจรัฐ จะเห็นได้ว่าอย่างไรก็ดีความตกลงระหว่างประเทศจะมีความสัมฤทธิ์ผลได้ต้องอาศัยกระบวนการการมีบทกำหนดโทษและการลงโทษภายในรัฐซึ่งหากไม่สามารถกำหนดมาตรการภายในเกี่ยวกับการลงโทษเหล่านี้ได้ก็อาจที่จะทำให้อนุสัญญาและพิธีสารได้รับความละเลยและไม่ได้รับการปฏิบัติตามในที่สุด

ดังนั้นศาลภายในมีเขตอำนาจศาลเหนือการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาชวุโดยความตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาชวุซึ่งได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐซึ่งเป็นอัครภาคีผู้กพันที่จะกำหนดกระบวนการดำเนินคดี และ กระบวนการทางทัณฑวิทยาในเขตอำนาจทางอาญาตามปกติของรัฐเพื่อดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาชวุไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชนชาติใด³⁰ จะเห็นได้ว่าการที่รัฐสามารถดำเนินคดีในเขตอำนาจรัฐทางตุลาการของตนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของบุคคลนั้นเป็นเขตอำนาจรัฐทางตุลาการตามหลักสากล(Universal Principle)คือรัฐทุกรัฐมีอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นโดยไม่คำนึงถึงสถานที่ก่ออาชญากรรมหรือสัญชาติของอาชญากร³¹ ดังนั้นตามอนุสัญญาปี 1954 นี้ได้กำหนดให้ศาลภายในมีอำนาจในการดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดอนุสัญญาโดยฐานความผิดทางอาญาตามเขตอำนาจรัฐตามหลักสากลแต่อนุสัญญาปี 1954 ก็ไม่ได้กำหนดฐานความผิดพื้นฐานเอาไว้ให้ชัดเจน เพียงแต่กำหนดให้มีการดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดอนุสัญญาเท่านั้น

³⁰ สุเทพ อัดถากร, และสฤชดีผล ชมไพศาล, คู่มือศึกษากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2516), หน้า 37-38.

³¹ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรรมสงคราม: ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 119.

สำหรับพิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธนั้นได้กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการกำหนดกฎหมายภายในทางอาญาเพื่อลงโทษผู้ละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามพิธีสาร โดยกำหนดให้เขตอำนาจรัฐทางตุลาการในการพิจารณาคดีนั้นมีเหนือ

- 1) บุคคลซึ่งได้กระทำความผิดบนดินแดนของรัฐ
- 2) เมื่อผู้กระทำความผิดมีสัญชาติของรัฐนั้น

สำหรับกรณีที่มีการละเมิดความคุ้มครองเพิ่มเติมต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธและผู้ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาและพิธีสารฉบับนี้ รัฐมีเขตอำนาจในทางตุลาการนอกจากเหนือบุคคลผู้กระทำความผิดบนดินแดนรัฐและผู้กระทำความผิดมีสัญชาติของรัฐแล้วยังมีเขตอำนาจรัฐทางตุลาการเหนือผู้กระทำความผิดซึ่งพำนักในเขตอำนาจรัฐนั้นอีกด้วย

ดังนั้นเขตอำนาจรัฐในทางตุลาการตามพิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธโดยพื้นฐานรัฐจะมีเขตอำนาจทางตุลาการตามหลักดินแดน (Territorial Principle) คือ เขตอำนาจรัฐทางตุลาการนี้จะครอบคลุมอาชญากรรมซึ่งเกิดขึ้นบนดินแดนของรัฐนั้น³² และตามหลักสัญชาติ (Nationality Principle) ซึ่งรัฐมีเขตอำนาจรัฐทางตุลาการเหนือคนชาติของตนไม่ว่ากระทำความผิด ณ ที่ใด³³ แต่ในกรณีของการละเมิดความคุ้มครองเพิ่มเติมต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธและผู้ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาและพิธีสารฉบับนี้ นอกจากเขตอำนาจรัฐทางตุลาการตามหลักดินแดนและตามหลักสัญชาติแล้ว รัฐยังมีเขตอำนาจรัฐทางตุลาการตามหลักสากลดังที่ได้กล่าวมาแล้วอีกด้วย

เมื่อบุคคลผู้กระทำความผิดได้รับการพิจารณาคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามโดยศาลภายในซึ่งไม่ได้กระทำการปกป้องคุ้มครองผู้กระทำความผิดและเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศบุคคลนั้นก็ไม่ว่าจำเป็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาคดีจากศาลอาญาระหว่างประเทศอีกเนื่องจากบุคคลไม่ต้องได้รับการพิจารณาคดีฐานอาชญากรรมสงครามหากได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลอื่น³⁴

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 116.

³³ สุเทพ อัดถากร, และสุฤษดีผล ชมไพศาล, คู่มือศึกษากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2516), หน้า 35.

³⁴ ธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ, ข้อ 20(3)

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าแม้ว่าจะมีศาลระหว่างประเทศในการดำเนินคดี ก็ตามแต่ศาลที่จะมีบทบาทในการพิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกชน คือ ศาลภายในประเทศ เนื่องจากอนุสัญญาได้มีการกำหนดให้รัฐซึ่งเป็นภาคีต้องมีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร ประกอบกับศาลระหว่างประเทศซึ่งมีการพิจารณาความผิดของปัจเจกชนคือ ศาลอาญาระหว่างประเทศ มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการพิจารณาคดีต่อภาคีของธรรมนูญศาล และความผิดที่ได้มีการพิจารณาในฐานความผิดเดียวกันแล้วในศาลภายในจะไม่ถูกพิจารณาอีก ซึ่งการละเมิดอนุสัญญาปี 1954 มีฐานความผิดบางฐานซึ่งมีความตรงกันกับฐานความผิดที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในฐานความผิดอาชญากรรมสงคราม คือ ฐานความผิดในการสั่งให้โจมตีโดยเจตนาต่อสิ่งก่อสร้างเพื่อศาสนา การศึกษา ศิลปะและวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ ซึ่งแม้ความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้จะไม่ครอบคลุมเท่ากับฐานความผิดในอนุสัญญาก็ตาม แต่หากมีการดำเนินการภายในรัฐครอบคลุมฐานความผิดตามอนุสัญญาปี 1954 และพิธีสารแล้วย่อมทำให้เกิดความครอบคลุมถึงฐานความผิดตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น การกำหนดฐานความผิดต่อการกระทำและการสั่งการให้กระทำตามอนุสัญญาย่อมก่อให้เกิดการบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาและพิธีสารซึ่งมีประสิทธิภาพ ดังนั้นผลกระทบซึ่งมีต่อประเทศไทยเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามอนุสัญญาและพิธีสารคือประเทศไทยต้องมีการกำหนดฐานความรับผิดชอบแก่ผู้สั่งการและผู้กระทำการละเมิดอนุสัญญา แต่ถ้าหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของพิธีสารแล้วประเทศไทยก็จะต้องมีการกำหนดฐานความรับผิดชอบพื้นฐานที่ได้มีการกำหนดไว้ให้สอดคล้องกับเขตอำนาจศาลที่มีการกำหนดต่อฐานความผิดนั้นๆ ด้วย

“...(3) บุคคลที่ได้ถูกพิจารณาแล้วโดยศาลอื่นสำหรับการกระทำที่บัญญัติไว้ในข้อ 6 ข้อ 7 หรือข้อ 8 จะไม่ถูกศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำอย่างเดียวกัน เว้นแต่กระบวนพิจารณาในศาลอื่นนั้น

- (ค) มีไว้เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะปกป้องบุคคลที่เกี่ยวข้องจากความรับผิดทางอาญาลำหรับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ หรือ
- (ง) ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ หรือเป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนยุติธรรมซึ่งได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ และภายใต้สถานการณ์นั้นได้ดำเนินการในลักษณะที่ขัดกับเจตนาที่จะนำบุคคลที่เกี่ยวข้องมาสู่ความยุติธรรม”.

4.3 การเยียวยาต่อความเสียหายจากการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

หลังจากกรณีพิพาทสิ้นสุดลง ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมต่างๆ ซึ่งได้รับความเสียหายจำเป็นต้องได้รับการเยียวยาซึ่งแนวทางในการเยียวยาต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งถูกทำลายหรือถูกโจมตีหรือได้รับความเสียหายจากกรณีพิพาททางอาวุธ รวมถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งมีการขนย้ายออกนอกดินแดนซึ่งเกิดกรณีพิพาททางอาวุธจะได้รับการเยียวยาตามแนวทางดังต่อไปนี้

4.3.1 การเยียวยาต่อความเสียหายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยรัฐผู้ละเมิดการคุ้มครอง

โดยปกติแล้วเมื่อรัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศจากการละเมิดพันธกรณีและก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งรัฐโดยองค์กรของรัฐ ในกรณีนี้คือกองทัพหรือกองกำลังซึ่งทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม รัฐผู้กระทำจะมีการเยียวยาต่อความเสียหายนั้นโดย

ก) การทำให้กลับสู่สภาพเดิม

การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม คือ การทำให้รัฐผู้ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมในกรณีของความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ ผู้เขียนเห็นว่าตามหลักการเยียวยาโดยการทำให้กลับสู่สภาพเดิม รัฐผู้กระทำอาจมีการจัดการซ่อมแซมปฏิสังขรณ์แก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งแม้ว่าคุณค่าทางวัฒนธรรมส่วนหนึ่งจะสูญหายไปกับการทำลายก็ตามและไม่สามารถคืนสู่สภาพเดิมได้อย่างสมบูรณ์แต่ก็เป็นแนวทางเยียวยาหนึ่งซึ่งรัฐผู้กระทำอาจกระทำได้โดยร่วมมือกับองค์กรพลเรือนของรัฐที่ได้รับความเสียหายในการซ่อมแซมและพยายามทำให้กลับสู่สภาพเดิม

นอกจากนี้ในกรณีของการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธหรือการปล้นสดมภ์ การยึด การถือเอาซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ พิธีสารปี 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธได้มีการกำหนดให้ส่งคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งถูกเคลื่อนย้ายออกนอกดินแดนพิพาทเมื่อกรณีพิพาทสิ้นสุดลง³⁵

³⁵ พิธีสารปี 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ, ส่วน I ข้อ 3.

ข) การชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน

การชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงินเป็นวิธีการเยียวยาในทางระหว่างประเทศซึ่งมีการใช้โดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการเยียวยาในลักษณะที่จะทำให้รัฐซึ่งได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นไม่อาจกระทำได้เพราะพฤติการณ์แห่งกรณีไม่เปิดช่อง³⁶ ในกรณีนี้ยกตัวอย่างเช่นการที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมถูกทำลายจนไม่สามารถจะซ่อมแซมได้หรือทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐผู้เสียหายได้สูญหายไปขณะที่ถูกยึดครองดินแดนและไม่สามารถนำกลับคืนมาได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การชดใช้ค่าเสียหายนี้เป็นวิถีทางที่รัฐผู้กระทำความผิดสามารถเยียวยาได้อย่างสะดวกที่สุดแต่ก็จะก่อให้เกิดผลเสียคือจะทำให้ความเคารพต่อความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธลดน้อยลงเนื่องจากการเยียวยาซึ่งเปิดช่องให้ทำได้สะดวก

ค) การทำให้พอใจ

การเยียวยาในกรณีนี้เป็นการเยียวยาซึ่งมักใช้ในกรณีของความเสียหายไม่อาจสามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้หรือเป็นความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นต่อศักดิ์ศรีหรือชื่อเสียงของรัฐ เช่น การส่งสาสน์แสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการ³⁷

ความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นความเสียหายต่อวัฒนธรรมของรัฐผู้ได้รับความเสียหายซึ่งไม่อาจตีค่าเป็นตัวเงินได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการรับผิดชอบการละเมิดวัฒนธรรมของชาติ รัฐผู้รับผิดชอบจึงสามารถใช้วิธีการเช่นนี้ในการเยียวยาต่อรัฐผู้ได้รับความเสียหายโดยอาจใช้ควบคู่ต่อกระบวนการเยียวยาอื่น ๆ

4.3.2 การเยียวยาต่อความเสียหายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยปัจเจกชนผู้ละเมิดการคุ้มครอง

ผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิที่จะฟ้องร้องผู้ละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นโดยพื้นฐานของเขตอำนาจรัฐในทางตุลาการที่ได้กล่าวมาแล้ว ในกรณีของปัจเจกชนมีสิทธิในการเสนอคดีต่อศาลภายในของตนซึ่งมีการกำหนดความผิดทางอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ เนื่องจากอนุสัญญาและพิธีสารได้กำหนดให้มีการกำหนดการดำเนินคดีและ

³⁶ รศ.ดร.จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), หน้า 749.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 749.

การลงโทษภายในรัฐตามขอบเขตอำนาจรัฐทางตุลาการตามฐานความผิดทางอาญาเป็นพันธกรณี ที่รัฐต้องปฏิบัติ³⁸ แต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจผู้เสียหายในการฟ้องร้องคดีต่อศาล ระหว่างประเทศได้ ผู้เสียหายอาจใช้อำนาจผ่านรัฐซึ่งเป็นภาคีหรือยอมรับอำนาจศาลเสนอคดีต่อ พนักงานอัยการให้เสนอคดีแก่ศาลในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งมีอำนาจในการ พิจารณาคดีในฐานความผิดอาชญากรรมสงครามต่อปัจเจกชนผู้สั่งการให้กระทำได้

การเยียวยาโดยปัจเจกชนผู้ละเมิดนี้ขึ้นอยู่กับมาตรการภายในของแต่ละรัฐว่าได้มีการ กำหนดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาเอาไว้เช่นใดโดยเกี่ยวกับเรื่องนี้ประเทศไทยได้มีการกำหนด เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาเอาไว้ 5 ประเภท คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ริบทรัพย์สินและปรับ ดังนั้นการเยียวยาต่อปัจเจกชนผู้ละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมจึงขึ้นอยู่กับมาตรการภายในของแต่ละรัฐที่จะกำหนดประเภทความรับผิดและความหนักเบาของโทษที่กำหนด

4.3.3 การเยียวยาต่อความเสียหายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นในกรณีพิพาท ทางอาวุธโดยความช่วยเหลือขององค์การระหว่างประเทศ

องค์การระหว่างประเทศซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลเกี่ยวกับวัฒนธรรมอันเป็นที่ทราบกันดีคือ องค์การศึกษาศาสนาและวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือ UNESCO ซึ่งนอกจากจะมีบทบาทในการให้บริการ คำแนะนำและความช่วยเหลือเกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญาปี 1954 ว่า ด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธและพิธีสารทั้งสอง เมื่อเสร็จสิ้นกรณีพิพาททางอาวุธ UNESCO ยังมีบทบาทในช่วยเหลือในการเยียวยาต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความเสียหายจากกรณีพิพาททางอาวุธจะเห็นได้จากความมุ่งหมายของกองทุนเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการจัดเตรียมความช่วยเหลือทางการเงินหรือความช่วยเหลืออื่นๆเพื่อการฟื้นฟูโดยทันทีหลังจากการสิ้นสุดกรณีพิพาททางอาวุธโดย³⁹ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า “ความช่วยเหลืออื่นๆเพื่อการฟื้นฟู” รวมถึงการฟื้นฟูทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความเสียหายจากกรณีพิพาททางอาวุธด้วย

³⁸ อนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ, ข้อ 28

พิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ, ข้อ 16.

³⁹ พิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ, ข้อ 29(1)(b).

ดังนั้นองค์การศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีบทบาทในการช่วยเหลือการเยียวยาต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความเสียหายจากกรณีพิพาททางอาวุธโดยผ่านกองทุนเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธอันก่อตั้งตามพิธีสารปี 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ

เมื่อศึกษาความรับผิดชอบและการเยียวยาการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมแล้วสามารถที่มีการนำมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียโดยจะศึกษาในหัวข้อต่อไป

4.4 กรณีศึกษาเกี่ยวกับกรณีการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาทของอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย

เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศยังไม่มีกรณีศึกษาตัวอย่างเกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมจึงพิจารณากรณีของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธในอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียเพื่อเป็นตัวอย่างในทางรูปธรรม

4.4.1 ความทั่วไป

เมื่อจักรวรรดิออสเตรีย-ฮังการีล่มสลายลง เซอร์เบีย โครเอเชียและสโลเวเนียได้ร่วมกันจัดตั้งประเทศยูโกสลาเวียขึ้นในวันที่ 1 ธันวาคม 1918 แต่ประชาชนชาวเซอร์เบียปฏิบัติความเท่าเทียมของประชาชนชาวโครเอเชียและสโลเวเนียว่าไม่มีความเท่าเทียมกับตนเอง ความเป็นปฏิปักษ์กันระหว่างชนสองกลุ่มนี้ได้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งโครเอเชียได้รับความสนับสนุนจากมุสลิมในการต่อต้านอำนาจของชาวเซิร์บ เมื่อสงครามโลกสิ้นสุดลงประเทศยูโกสลาเวียภายใต้การนำของนายพลติโต ความเป็นปรปักษ์ของชาวโครแอทและเซิร์บได้ระงับลงแต่เมื่อนายพลติโตอสัญกรรมในเดือนพฤษภาคม ปี 1980 แนวคิดชาตินิยมโครเอเชียได้ปะทุขึ้นอีกครั้งและจากการปกครองในระบอบคอมมิวนิสต์ในปี 1989 ทำให้ความขัดแย้งที่มีอยู่เกิดขึ้นอีกครั้งโดยโครเอเชียได้ประกาศตนเป็นเอกราชในวันที่ 25 มิถุนายน 1991 และบอสเนียประกาศเอกราชในเดือนธันวาคมในปีเดียวกัน ทำให้เกิดกรณีพิพาททางอาวุธระหว่างกองทัพแห่ง

ชาติยูโกสลาเวียและกองทัพของผู้ประกาศเอกราช ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมากมาย⁴⁰

ตามรายงานของสาธารณรัฐโครเอเชียที่มีต่อองค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติได้รายงานถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธว่ากองทัพประชาชนยูโกสลาฟ (The Yugoslav People's Army (JNA) ได้มีการกระจายกำลังเข้าไปในหลายพื้นที่ซึ่งเป็นอาคารซึ่งมีสถานะเป็นอนุสรณ์ทางวัฒนธรรม เช่น ป้อมปราการใน Slavonski Brod, เกาะ Brijuni, พระราชวังฤดูร้อน Garagnin-Fanfogna และหอคอย Gripe ในเมือง Split, พระราชวัง Erdody ใน Varazdin, ปราสาท Benkovac และอาคารอีกหลายแห่งซึ่งไม่สามารถรายงานได้นอกจากนี้อนุสรณ์สถานทางวัฒนธรรมหลายแห่งถูกทำลายหรือทำให้เสียหายแม้ว่าจะได้รับการทำเครื่องหมายบ่งชี้ความคุ้มครองตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ ซึ่งการไม่เคารพต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้มาจากนโยบายการล้างเผ่าพันธุ์ประชากรซึ่งไม่ใช่ชาวเซอร์เบียและวัตถุต่างๆซึ่งบ่งชี้เผ่าพันธุ์ชาวโครเอเชียผลของสงครามทำให้เกิดการทำลายล้างอาคารต่างๆและวัตถุอื่นๆซึ่งมีความสำคัญต่อวัฒนธรรมของชาวโครแอท เช่น โบสถ์ วิหาร หลุมฝังศพ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เคลื่อนย้ายได้ถูกปล้นสดมภ์และทำลาย กองทัพชาวเซอร์เบียได้โจมตีทำลายเมืองศูนย์กลางทางประวัติศาสตร์ Dubrovnik ซึ่งอยู่ในรายการมรดกโลกแม้ว่าจะมีการประท้วงขององค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติบนกำแพงเมืองเก่าก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำของกองทัพชาวเซอร์เบียที่ได้กระทำต่ออาคารทางประวัติศาสตร์เหล่านี้เป็นการกระทำผิดพันกรณีในการเคารพต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธตามข้อ 4 ของอนุสัญญาปี 1954

นอกจากนี้สาธารณรัฐโครเอเชียยังได้รายงานอีกว่าขณะที่กองทัพศัตรูบุกยึดพื้นที่ได้มีการยึดและการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เคลื่อนที่ได้ นอกจากนี้ยังมีการเผาทำลายพระราชวัง Kanavli ในเขตเมือง Dubrovnik ซึ่งเมื่อวิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งผิดพันกรณีตามข้อ 5 ของอนุสัญญา

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาจากรายงานของสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวียที่ได้จัดทำรายงานต่อองค์การศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติได้รายงานว่าการที่ตนได้ละเมิดอนุสัญญานั้นเนื่องจากได้กระทำการเพื่อความจำเป็น เช่น กรณีการละเมิดอนุสรณ์ทาง

⁴⁰ Karen J. Detling, "Eternal Silence: The Destruction of Cultural Property in Yugoslavia," *Maryland Journal of International Law and Trade* 17, No. 1 (Spring 1993): 65-66.

ประวัติศาสตร์ใน Gornji grad ใน Ljubljana เนื่องจากเฮลิคอปเตอร์ของตนถูกกองทัพซึ่งตั้งมั่นอยู่ใจกลางของอนุสรณ์สถานนั้นยิงก่อนจึงไม่สามารถรักษาการณ์ให้เป็นไปตามอนุสัญญาได้ ขณะเดียวกันนั้นประเทศโครเอเชียก็ได้ทำการล้างเผ่าพันธุ์ชาวเซอร์เบียในโครเอเชียเช่นกัน สำหรับกรณีของเมือง Dubrovnik กองทัพชาวเซอร์เบียได้ให้ความเคารพและไม่ได้โจมตีอย่างกว้างขวางแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี Dubrovnik เป็นที่นั่งของคณะกรรมการบริหารทางการเมือง ทางทหาร และการรักษาดินแดน ทำให้พิจารณาได้ว่าโครเอเชียได้กระทำการผิดพันธกรณีก่อนโดยการใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและพื้นที่ใกล้ชิดโดยรอบเพื่อวัตถุประสงค์ทางทหาร

จากสถานการณ์เหล่านี้ในความเห็นของผู้เขียนสามารถพิจารณาได้ว่า บทบัญญัติของอนุสัญญาเกี่ยวกับการเคารพทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธในส่วนที่เกี่ยวกับกรณีพิพาททางอาวุธอาจไม่ประสบผลสำเร็จอย่างจริงจังเนื่องจากเป็นไปได้ยากในการบังคับใช้ในกรณีพิพาททางอาวุธ อย่างไรก็ตามก็ควรศึกษาถึงบทบาทของกลไกในการตรวจตราการปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยพิจารณาจากแนวการปฏิบัติขององค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติในหัวข้อต่อไป

4.4.2 การปฏิบัติขององค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธในอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย

เมื่อเกิดกรณีพิพาททางอาวุธขึ้นในดินแดนของอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียเนื่องจากการประกาศเอกราชของสโลวีเนียและโครเอเชีย ผู้อำนวยการใหญ่องค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติได้ติดต่อองค์กรผู้รับผิดชอบของทุกฝ่ายอย่างทันทีเพื่อการเตือนถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธและพิธีสาร อย่างไรก็ตามเมื่อเกิดกรณีพิพาททางอาวุธในระยะหนึ่งเลขานุการได้รับการร้องเรียนอย่างมากจากองค์กรของโครเอเชียและเซอร์เบีย, องค์กรเอกชนระหว่างประเทศ, บัณฑิต จนถึงการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างกว้างขวาง ผู้อำนวยการใหญ่จึงได้มีการส่งข้อความเพื่อเตือนถึงการพิทักษ์และเคารพต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแก่รัฐบาลยูโกสลาฟ รัฐมนตรีต่างประเทศ ประธานาธิบดีโครเอเชีย องค์กรแห่งชาติของโครเอเชียและยูโกสลาเวีย

ต่อมาเมื่อเหตุการณ์เลวร้ายลงผู้อำนวยการใหญ่ได้จัดทำคำทักท้วงมหาชนเกี่ยวกับการคุ้มครองเมือง Split และ Dubrovnik ซึ่งเป็นเมืองที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกตามอนุสัญญาปี 1972 ว่าด้วยการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมและมรดกทางธรรมชาติ และเรียกร้องให้ทุกฝ่ายระงับกรณีพิพาทด้วยสันติวิธีแต่ก็ไม่เป็นผล ดังนั้นเมื่อมีการจัดการทางทหารเกี่ยวกับเมือง Dubrovnik องค์กร UNESCO จึงได้ส่งผู้สังเกตการณ์เข้าไปในเมืองนั้นในเดือนพฤศจิกายนถึง

ธันวาคม 1991 มีภารกิจเกี่ยวกับการจัดทำรายงานเกี่ยวกับเมืองเมื่อได้รับการโจมตีโดยรายงานนี้ จะส่งแก่ผู้อำนวยการใหญ่ เมื่อได้รับรายงานแล้วผู้อำนวยการใหญ่ได้มีการเรียกร้องต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมของยูโกสลาเวียให้หยุดการโจมตีแต่ไม่เป็นผล

เมื่อเหตุการณ์ยุติลงได้มีการส่งผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการอนุรักษ์เพื่อตรวจสอบถึงความเสียหายและวางแผนงานในการบูรณะอย่างเร่งด่วน

จากการวิเคราะห์ถึงบทบาทขององค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติผู้เขียนวิเคราะห์ได้ว่าองค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีบทบาทเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธจากกรณีนี้สามช่วง ได้แก่ ในช่วงเริ่มของกรณีพิพาท องค์การฯ โดยผู้อำนวยการใหญ่มีบทบาทในการย้ำเตือนองค์กรแห่งชาติซึ่งเกิดกรณีพิพาทให้ตระหนักถึงพันธกรณีของตนต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ในช่วงระหว่างกรณีพิพาท องค์การฯ มีบทบาทเกี่ยวกับการส่งคำทักท้วงหรือคำเตือนให้ระวังเกี่ยวกับการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและหลังจากกรณีพิพาทองค์การฯ มีบทบาทในการเข้าไปตรวจสอบและฟื้นฟูทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น อย่างไรก็ตามจากแนวการปฏิบัติที่กล่าวมาสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าระหว่างกรณีพิพาททางอาวุธคำทักท้วงหรือคำเตือนขององค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติโดยผู้อำนวยการใหญ่ไม่เป็นผลเพียงพอที่จะระงับการละเมิดต่อความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธเนื่องจากได้รับการเพิกเฉยต่อคำทักท้วงนั้น ปัญหานี้อาจแก้ไขได้โดยการมีการลงโทษสำหรับการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธอย่างเคร่งครัดซึ่งเป็นกระบวนการหลังจากกรณีพิพาทสิ้นสุดลง

4.4.3 บทบาทของศาลระหว่างประเทศในการพิจารณาดำเนินคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธ

ศาลระหว่างประเทศซึ่งมีบทบาทในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธซึ่งเกิดขึ้นในกรณีพิพาททางอาวุธในอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียคือศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อการพิจารณาคดีในอดีตยูโกสลาเวีย(International Criminal Tribunal Court of Former Yugoslavia-ICTY)

ศาลนี้ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเพื่อพิจารณาดำเนินคดีต่อบุคคลผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตั้งแต่ปี 1991 ซึ่งทำให้แม้จะมีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นภายหลังก็ไม่สามารถที่จะมีอำนาจศาลครอบคลุมได้เนื่องจากธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

กำหนดให้ไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีย้อนหลัง ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมได้มีการกำหนดฐานความรับผิดชอบเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรม โดยกำหนดฐานความผิดในการยึด ทำลาย หรือเจตนาทำให้เสียหายต่ออาคารทางศาสนา การกุศล การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ อนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์และงานทางศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ ทำให้การกระทำผิดที่กล่าวมาอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม⁴¹ แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดฐานของกฎหมายเป็นอนุสัญญาปี 1954 และพิธีสารโดยตรงก็ตามแต่ก็มีการกำหนดให้การทำลายทรัพย์สินดังกล่าวเป็นความผิดที่ต้องรับผิดชอบ

เมื่อพิจารณาวิเคราะห์จากกรณีพิพาททางอาวุธในอดีตยุติธรรมทำให้เห็นถึงการละเลยในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาปี 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธซึ่งแม้ว่าองค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมจะมีการดำเนินการระหว่างกรณีพิพาทเพื่ออำนวยความสะดวกและการพิทักษ์และเคารพต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิพาททางอาวุธก็ตามแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ องค์การฯ มีบทบาทในการฟื้นฟูทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นจากความเสียหายที่เกิด อย่างไรก็ตามความบกพร่องของการปฏิบัตินี้อาจทำให้สมบูรณขึ้นโดยการจัดการลงโทษต่อผู้ละเมิดพันธกรณีอย่างเคร่งครัด

เมื่อศึกษาเนื้อหาของบทนี้จะเห็นได้ว่าการรับผิดชอบต่อการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยศาลภายในของรัฐเป็นแนวทางในการรับผิดชอบของปัจเจกชนที่ดีที่สุดเนื่องจากเป็นแนวทางที่มีประสิทธิภาพเพราะไม่ต้องคำนึงถึงการยอมรับเขตอำนาจศาลเหมือนในกรณีของศาลระหว่างประเทศแต่ความรับผิดชอบของปัจเจกชนโดยกระบวนการภายในของรัฐนี้มีเงื่อนไขคือต้องมีการกำหนดฐานความผิดให้มีลักษณะที่กำหนดได้ตามอนุสัญญาและพิธีสารซึ่งทำให้เกิดพันธกรณีที่รัฐแต่ละรัฐซึ่งเป็นภาคีต้องมีการวางมาตรการภายในเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำผิดต่อการละเมิดทรัพย์สินวัฒนธรรมตามอนุสัญญา

สำหรับพิธีสารฉบับที่ 2 ได้มีการกำหนดให้รัฐได้มีการกำหนดฐานความผิดทางอาญาพื้นฐานเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสารเอาไว้ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้มีการร่วมมือเกี่ยวกับดำเนินคดีทางอาญาระหว่างรัฐและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่กระทำผิดเกี่ยวกับการละเมิดความคุ้มครองของทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

ดังนั้นประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่เกิดจากอนุสัญญาคือการกำหนดมาตรการฐานความผิดและการลงโทษต่อผู้กระทำการหรือสั่งให้กระทำการอันเป็นการละเมิดบทบัญญัติของ

⁴¹ Theodor Meron, "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law," *American Journal of International Law* 88, No.1 (January 1994):74.

อนุสัญญาเพื่อให้เกิดการลงโทษโดยศาลภายใน สำหรับพันธกรณีหากเข้าเป็นภาคีของพิธีสารฉบับที่ 2 คือ

1. ต้องมีการจัดหามาตรการการลงโทษให้สอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา
2. ต้องมีการจัดหามาตรการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการร่วมมือทางกฎหมายระหว่างรัฐในการดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดหรือสั่งการในการละเมิดความคุ้มครองต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมตามอนุสัญญาและพิธีสาร

การปฏิบัติดังกล่าวของประเทศไทยนั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณากฎหมายภายในที่ประเทศไทยมีอยู่ว่ามีความสอดคล้องครอบคลุมต่อการรับผิดและดำเนินการตามอนุสัญญาเพียงใดเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาการเข้าเป็นภาคีของพิธีสารซึ่งจะมีการพิจารณาในบทต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย