

ความเห็นเชิงปริกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพง
ในดินแดนที่ถูกล้อมของปาเลสไตน์ และผลลัพธ์ต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

นางสาววริยา หยกประเสริฐ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2549

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE ICJ ADVISORY OPINION ON CONSTRUCTION OF A WALL
IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY AND
IMPLICATIONS FOR INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Miss Vareeya Yeukprasert

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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2006

Copyright of Chulalongkorn University

491102

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ความเห็นเชิงปรัชญาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณี
การสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ และผลลัพธ์ต่อ
กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

โดย

นางสาววรียา หยกประเสริฐ

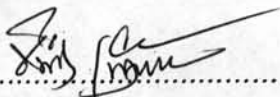
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

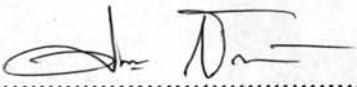
อาจารย์ที่ปรึกษา

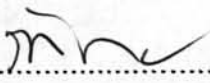
ศาสตราจารย์ วิจิต มั่นตาภรณ์

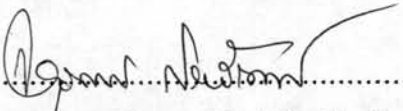
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิตีพันธ์ เชื้อบุญชัย)

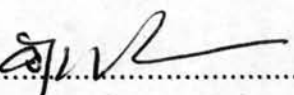
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศรทูล สันติवासะ)


..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(ศาสตราจารย์ วิจิต มั่นตาภรณ์)


..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร. จตุรงค์ ธีระวัฒน์)


..... กรรมการ
(ดร. พรชัย ดำเนวิวัฒน์)


..... กรรมการ
(นายอัสสุชา ชัยนาม)

วริยา หยกประเสริฐ: ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
กรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ และผลลัพธ์ต่อกฎหมาย
มนุษยธรรมระหว่างประเทศ. (THE ICJ ADVISORY OPINION ON CONSTRUCTION OF A
WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY AND IMPLICATIONS FOR
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW) อ. ที่ปรึกษา : ศาสตราจารย์ วิจิต มันทาภรณ์,
288 หน้า.

เมื่อปี ค.ศ. 2002 อิสราเอลได้ริเริ่มการก่อสร้างกำแพงขึ้นในดินแดนที่ถูกยึดครองของ
ปาเลสไตน์ โดยกำแพงนั้นจะมีลักษณะเป็นสิ่งที่ขวางกั้น ก่อให้เกิดการแบ่งแยกดินแดนที่ถูก
ยึดครองของปาเลสไตน์ออกจากกัน ดินแดนบางส่วนนั้นถูกโอบล้อมด้วยกำแพงอย่างสมบูรณ์ ทำให้
กลายเป็นเขตปิดล้อมที่ตัดขาดจากโลกภายนอก นอกจากนั้นอิสราเอลยังได้มีการออกมาตรการต่าง ๆ
อันได้แก่การยึดที่อยู่อาศัย การริบที่ดินทำกิน และการทำลายพืชผลทางการเกษตร เพื่อนำมาใช้เป็น
พื้นที่ในการสร้างกำแพง ก่อให้เกิดความเดือดร้อนและความเสียหายเป็นอย่างมากต่อสังคม
ชาวปาเลสไตน์ และทำให้ประชาชนชาวปาเลสไตน์นั้นไม่อาจดำเนินชีวิตได้อย่างปกติสุข

ในปี ค.ศ. 2004 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้ทำความเห็นเชิงปรึกษากรณีการสร้าง
กำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ขึ้น โดยศาลได้มีความเห็นว่าการสร้างกำแพงของ
อิสราเอลนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อหลัก
กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และเรียกร้องให้อิสราเอลยุติการสร้างกำแพงนี้โดยเร็ว
ซึ่งถึงแม้ว่าความเห็นเชิงปรึกษานั้นจะไม่มีผลผูกพัน หากแต่เหตุผลทางกฎหมายที่ใช้ประกอบ
ความเห็นเชิงปรึกษานั้นย่อมมีผลบังคับในตัวเอง ซึ่งเมื่อนำมาใช้ประกอบกับมาตรการเพิ่มเติม
อันได้แก่ คำพิพากษาของศาลสูงอิสราเอล มติของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่
สหประชาชาติ ตลอดจนบทบาทขององค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมแล้ว ก็จะส่งผลให้มีการ
บังคับใช้ตามความเห็นเชิงปรึกษาได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิติ.....
ปีการศึกษา.....2549.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4686307634 : MAJOR LAWS

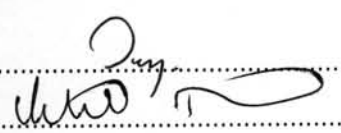
KEY WORD: WALL IN OCCUPIED PALESTINAIN TERRITORY / INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW /
ADVISORY OPINION / INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

VAREEYA YEUKPRASERT : THE ICJ ADVISORY OPINION ON CONSTRUCTION
OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY AND
IMPLICATIONS FOR INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW. THESIS ADVISOR :
PROF. VITIT MUNTARBHORN, 288 pp.

In year 2002, Israel initiated the construction of 'The Wall' in the Occupied Palestinian Territory. 'The Wall', a permanent barrier, has separated the Occupied Palestinian Territory into many parts. Some parts are completely surrounded by the wall and being isolated from the world. Moreover, Israel has implemented many measures to gain the lands for constructing 'The Wall', such as measure to seize the land and properties, measure to destroy the agricultural products. These measures have caused such damage to the Palestinian society and destroyed the right of the Palestinians to live a peacefully life.

This issue was brought to The International Court of Justice to give the advisory opinion about the construction of 'The Wall' in the Occupied Palestinian Territory in year 2004. The court stated that this construction of 'The Wall' had violated the International Law especially The International Humanitarian Law and that Israel should cease this construction of 'The Wall' immediately. Although the advisory opinion does not have any legally binding force, the reasoning behind the advisory opinion represent elements of binding law. When applied with supporting measures such as the Israeli High Court Decision, Security Council Resolutions and General Assembly Resolutions including the participation of Humanitarian Organizations, the obligations arising from the advisory opinion will be more effective.

Field of study.....LAWS.....Student's signature.....
Academic year.....2006.....Advisor's signature.....



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้รับแรงบันดาลใจจากการศึกษา และทำรายงานในชั้นเรียน วิชากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนได้รับการชี้แนะแนวทางจากศาสตราจารย์ วิจิต มันทาภรณ์ ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ผู้เขียนเคารพเป็นอย่างยิ่ง ท่านได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษา คำแนะนำ ตลอดจนความกรุณาในการตรวจทาน แก้ไขเนื้อหาวิทยานิพนธ์ อีกทั้งกำลังใจและความเมตตาจากท่าน ทำให้ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศรทูล สันติวาสะ ประธานกรรมการ วิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้ความเมตตาชี้แนะประเด็นต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. จตุรงค์ ภิระวัฒน์ อาจารย์ ดร. พรชัย ตำนวิวัฒน์ และอาจารย์ อัมภา ชัยนาม ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์ ที่ได้ให้โอกาสผู้เขียนในการเป็นผู้ช่วยวิจัยในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ทำให้ผู้เขียนได้รับประสบการณ์อันมีค่านอกเหนือจากความรู้ที่ได้รับในชั้นเรียน ถือเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณคุณคุณดุยธรรม ธรรมวงศ์ เจ้าหน้าที่ห้องสมุด ESCAP และพี่ๆ เจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ได้ให้ความช่วยเหลือผู้เขียนในเรื่องของข้อมูลต่างๆ

ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณธีรพัฒน์ อัครสังสิทธิ์ คุณเมอลินดา เสาวลักษณ์ คุณมยุรี ตะพัง ตลอดจนพี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ ที่ ICRC ทุกท่าน สำหรับคำปรึกษา ความช่วยเหลือ และกำลังใจที่ได้รับ ขอขอบคุณกำลังใจจากคุณจิตสุคนธ์ ธรรมवास คุณสหรัช ทองดอนสนธิ์ คุณทศพล ทรรคนกุลพันธ์ คุณณัฐวัฒน์ กฤตยานวิช รวมทั้งเพื่อนๆ สาขากฎหมายระหว่างประเทศที่ผู้เขียนไม่สามารถเอ่ยนามได้ครบถ้วน และที่สำคัญผู้เขียนขอขอบคุณ คุณเข้มวันต์ แสงจินดาวงษ์ คุณจณัญญา ภิญาวัฒน์ และคุณอรดา เขาวนวิโรดม ที่ได้ให้การช่วยเหลือ สนับสนุน และเป็นกำลังใจเสมอมา

ผู้เขียนขอขอบคุณสมาชิกครอบครัวหยิกประเสริฐอันได้แก่ คุณพ่อวราห์ คุณแม่กฤติยา และน้องวรกฤตย์ ที่ได้ให้การสนับสนุนและให้กำลังใจ รวมทั้งให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ แก่ผู้เขียนเสมอมา ครอบครัวเป็นกำลังใจสำคัญที่สุดที่ทำให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงเป็นประโยชน์ และเป็นแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ของนิสิต นักศึกษาในรุ่นต่อไป ประโยชน์อันใดที่เกิดขึ้นจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตคุณแก่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ญ

บทที่

1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	6

2 ความเห็นเชิงปริกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพง

ในกลไกของสหประชาชาติ.....	7
2.1 กลไกของความเห็นเชิงปริกษาในระบบสหประชาชาติ.....	8
2.1.1 บทบาทของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในการทำความเห็นเชิงปริกษา.....	9
2.1.2 องค์กรที่มีอำนาจร้องขอให้ศาลทำความเห็นเชิงปริกษา.....	12
2.1.2.1 คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่ของ สหประชาชาติ.....	14
2.1.2.2 องค์กรอื่นๆ.....	15
2.1.3 ประเด็นปัญหาที่นำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	17
2.1.3.1 ประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย.....	18

บทที่	หน้า
2.1.3.2 ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายในกรอบกิจกรรม ขององค์กรที่มีอำนาจ.....	19
2.1.4 ผลของความเห็นเชิงปรึกษา.....	20
2.2 ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการสร้างกำแพง.....	22
2.2.1 ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการสร้างกำแพง.....	22
2.2.1.1 โครงสร้างและเส้นทางของกำแพง.....	22
2.2.1.2 ผลจากการสร้างกำแพง.....	26
2.2.2 ที่มาของความเห็นเชิงปรึกษาของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพง.....	28
2.2.3 ประเด็นโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	31
2.2.3.1 อำนาจในการขอความเห็นของสมาชิก.....	31
2.2.3.2 ประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย.....	36
2.2.3.3 อำนาจในการใช้ดุลยพินิจของศาล.....	39
3 ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณี การสร้างกำแพง และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	43
3.1 ขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	43
3.1.1 อนุสัญญากรุงเฮกเกี่ยวกับกฎหมายและ จารีตประเพณีของสงครามทางบก 1907.....	44
3.1.2 อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครอง พลเรือนในยามสงคราม 1949.....	46
3.2 สถานะทางกฎหมายของดินแดนที่ถูยึดครองของปาเลสไตน์.....	49
3.3 บทบาทของรัฐที่ยึดครอง.....	53

บทที่

หน้า

3.3.1	การปฏิบัติต่อการปกครองและบริการสาธารณะ.....	54
3.3.2	การปฏิบัติต่อสาธารณสมบัติ ในดินแดนที่ถูกยึดครอง.....	56
3.3.3	การปฏิบัติต่อทรัพย์สินพลเรือน ในดินแดนที่ถูกยึดครอง.....	57
3.3.4	การปฏิบัติต่อพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครอง.....	58
4	ประเด็นปัญหาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีการสร้างกำแพง.....	63
4.1	หลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ถูกละเมิด.....	63
4.1.1	เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน.....	63
4.1.2	การจำกัดการโยกย้ายถิ่นฐาน.....	65
4.1.2.1	การบังคับย้ายบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง.....	65
4.1.2.2	การโยกย้ายพลเรือนของรัฐที่ยึดครองเข้าไป ในดินแดนที่ถูกยึดครอง.....	66
4.1.3	การเรียกร้อง การริบ และการทำลายทรัพย์สิน.....	67
4.1.3.1	การริบทรัพย์สิน.....	68
4.1.3.2	การทำลายทรัพย์สิน.....	70
4.1.4	ความต้องการในการได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม.....	72
4.2	ประเด็นปัญหาข้อยกเว้นเกี่ยวกับการสร้างกำแพง.....	73
4.2.1	ความจำเป็นทางการทหาร.....	74
4.2.2	การป้องกันตนเอง.....	82

บทที่

หน้า

5	ความสัมพันธ์กับมาตรการบังคับในกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	90
5.1	คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	90
5.2	มาตรการบังคับเพิ่มเติมตามแนวความเห็นเชิงปรึกษา.....	100
5.2.1	คำพิพากษาศาลสูงของอิสราเอล.....	101
5.2.2	บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติ.....	108
5.2.3	บทบาทของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ.....	120
5.2.4	บทบาทขององค์การความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม.....	126
5.2.5	ท่าทีของรัฐและองค์การระหว่างประเทศ ต่อความเห็นเชิงปรึกษา.....	131
6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	138
6.1	บทสรุป.....	138
6.2	ข้อเสนอแนะ.....	149
	รายการอ้างอิง.....	152
	ภาคผนวก.....	157
ภาคผนวก ก	Advisory Opinion of the International Court of Justice in Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory.....	158
ภาคผนวก ข	Declaration of Judge Buergenthal.....	223
ภาคผนวก ค	Separate Opinion of Judge Al-Khasawneh.....	228
ภาคผนวก ง	Separate Opinion of Judge Elaraby.....	233
ภาคผนวก จ	Separate Opinion of Judge Higgins.....	245

ภาคผนวก จ	Separate Opinion of Judge Kooijmans.....	255
ภาคผนวก ช	Separate Opinion of Judge Koroma.....	268
ภาคผนวก ซ	Separate Opinion of Judge Owada.....	271
ภาคผนวก ฌ	Map of the wall.....	281
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....		289

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
1. ตารางเปรียบเทียบแสดงถึงคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน การทำความเห็นเชิงปรึกษากรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของ ปาเลสไตน์ และความเห็นแย้งของผู้พิพากษาแก่กรณีดังกล่าว.....	97
2. ตารางเปรียบเทียบแสดงถึงความเห็นเชิงปรึกษาของศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพง และคำพิพากษาศาลสูงของ อิสราเอลกรณี Beit Sourik v. Israel.....	105