

บทที่ 4

ความสอดคล้องและความแตกต่างของกฎหมายอิสลามกับอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1-4 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 และ 2 ค.ศ.1977

1. ประเด็นที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การใช้กำลังทางทหารที่เกิดขึ้นในสังคมโลกนั้น ตั้งแต่ในอดีตที่ผ่านมา การใช้กำลังทางทหารโดยส่วนใหญ่จะเป็นการใช้กำลังระหว่างรัฐ ซึ่งการใช้กำลังในลักษณะระหว่างประเทศนี้มีข้อพิจารณาระหว่างกฎหมายอิสลามกับอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 และ 2 ค.ศ.1977 ดังต่อไปนี้

1.1 การใช้กำลัง

1.1.1 ความสอดคล้อง

1.1.1.1 ข้อบังคับ

การใช้กำลังในทางระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติ ตามมาตรา 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งกำหนดเป็นหลักการในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในเรื่องการห้ามการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบุคคลแห่งดินแดนหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่น ซึ่งเป้าหมายของข้อห้ามดังกล่าว คือ รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติในฐานะที่เป็นภาคีของกฎบัตรสหประชาชาติตลอดจนรัฐอื่นๆซึ่งถึงแม้จะมิได้เป็นภาคีก็ต้องถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านั้น ซึ่งนานาชาติถือว่าหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปสำหรับทุกรัฐไปแล้ว¹

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติจะวางหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม แต่มิได้หมายความว่า กฎบัตรสหประชาชาติจะห้ามการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างเด็ดขาด โดยข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลัง

¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์ , เอกสารประกอบการสอน เรื่องกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้กำลังทางทหารในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ jus ad bellum, น.10 ,(อัดสำเนา).

ตามที่กฎบัตรสหประชาชาติบัญญัติ มีอยู่ 2 กรณี คือ กรณีการป้องกันตนเอง(Self-defense) ตามมาตรา 51 กฎบัตรสหประชาชาติ การเข้าร่วมในปฏิบัติการทางทหารของสหประชาชาติตาม มาตรา 2 วรรค 5 และกรณีการดำเนินการร่วมกันเพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ในหมวดที่ 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

ซึ่งหลักการป้องกันตนเองนั้น ถือเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับทั้งในระบบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะตามกฎหมายจารีตประเพณีเดิม ถือว่ารัฐอาจใช้ “การป้องกันตนเอง” ตอบโต้การกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ² โดยการป้องกันตนเองตาม มาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาตินั้น มีเงื่อนไขที่สำคัญ คือ ประเทศที่ใช้กำลังป้องกันตัวจะต้องเป็นผู้ถูกรุกราน ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายอิสลามในเรื่องของการใช้กำลังที่กำหนดเงื่อนไขของการใช้กำลัง คือ เมื่อบรรดาข้าศึกได้กระทำการรุกรานดินแดนมุสลิม ดังคำสอนในคัมภีร์อัล-กุรอานซึ่งกำหนดหลักการให้ต่อสู้กับผู้เข้ามารุกราน แต่ห้ามมิให้เป็นผู้รุกราน

“และพวกเจ้าจงต่อสู้ในทางของอัลลอฮ์ต่อบรรดาผู้ที่ทำร้ายพวกเจ้า และจงอย่ารุกราน แท้จริง อัลลอฮ์ไม่ทรงชอบบรรดาผู้รุกราน และจงประหารชีวิตพวกเขา ณ ที่ใดก็ตามที่พวกเจ้าพบพวกเขา และจงขับไล่พวกเขาออกจากที่ที่พวกเขาเคยขับไล่พวกเจ้าออกที่ที่พวกเขาเคยขับไล่พวกเจ้าออก และการก่อความวุ่นวายนั้นร้ายแรงยิ่งกว่าการประหารชีวิตเสียอีก และจงอย่าสู้รบกับพวกเขา ณ มัสยิดอัลฮะรอม จนกว่าพวกเขาจะทำร้ายพวกเจ้าในที่นั้น หากพวกเขาทำร้ายพวกเจ้าแล้ว ก็จงประหารชีวิตพวกเขาเสีย เช่นนั้นแหละ คือการตอบแทนแก่ผู้ปฏิเสธศรัทธาแล้ว ถ้าหากพวกเขายุติ แนนอน อัลลอฮ์นั้นเป็นผู้ทรงอภัยโทษ ผู้ทรงเมตตาเสมอ³

โดยการใช้กำลังตามกฎหมายอิสลามนั้นเป็นไปเพื่อป้องกันการรุกราน และดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม และไม่ได้มีขึ้นเพื่อการทำลายล้างชีวิตมนุษย์ โดยหลักการในคัมภีร์อัล-กุรอานได้ยืนยันในหลักเกณฑ์ของการรักษาไว้ซึ่งชีวิตของมนุษย์ การสังหารมนุษย์เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามหลักการยกเว้นในกรณีที่เป็นไปเพื่อต่อต้านการถูกคุกคาม คัมภีร์อัล-กุรอานได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ ความว่า

² ฎาอ์มาฏิก มัณดารัตน์, “อาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.21.

³ อัล-กุรอาน 2:190-193

“ผู้ใดฆ่าชีวิตหนึ่งโดยมิใช่เป็นการชดเชยอีกชีวิตหนึ่ง หรือมิใช่เนื่องจากการบ่อนทำลายในแผ่นดินแล้ว ประหนึ่งว่าเขาได้ฆ่ามนุษย์ทั้งมวล และผู้ใดไว้ชีวิตนั้นก็ประหนึ่งว่าเขาไว้ชีวิตทั้งมวล”⁴

“อย่าฆ่าชีวิตที่อัลลอฮ์ทรงห้ามไว้ นอกจากด้วยสิทธิอันชอบธรรม เหล่านั้น นั่นแหละที่พระองค์ได้ทรงสั่งเสียมันไว้เพื่อพวกเจ้าเพื่อว่าพวกเจ้าจะใช้ปัญญา”⁵

1.1.1.2 สิทธิการใช้กำลัง

การใช้กำลังที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎบัตรสหประชาชาติ คือ การป้องกันตัว ตามมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขของการป้องกันตนเองตามมาตรา 51 กฎบัตรสหประชาชาติ เปรียบเทียบกับการใช้กำลังตามกฎหมายอิสลามนั้น จะพบความสอดคล้องในสิทธิของการใช้กำลังของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายอิสลาม ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

- (1) การป้องกันตนเองจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการรุกราน ซึ่งทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายอิสลามต่างก็กำหนดให้สิทธิในการป้องกันตนเองจะเป็นการชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการรุกรานเกิดขึ้น
- (2) การป้องกันตนเองจะต้องกระทำไปไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่ได้รับ ในกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักการให้รัฐที่ถูกรุกรานจะกระทำการป้องกันตนเองเกินกว่าสัดส่วนแห่งภัยที่ได้รับมิได้ เพราะจะทำให้รัฐต่างๆ จะทำการรุกรานรัฐอื่นอันเป็นการตอบโต้เกินกว่าเหตุ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายอิสลามซึ่งกำหนดหลักการใช้กำลังซึ่งจะต้องกระทำไปอย่างมีขอบเขตและเป็นไปตามสัดส่วนที่ตนได้รับ ซึ่งในเรื่องนี้ คัมภีร์อัล-กุรอานได้บัญญัติไว้ว่า “หากพวกเจ้าถูกทารุณ ก็ให้พวกเจ้าได้ลงโทษผู้ที่กระทำแก่พวกเจ้า ในสัดส่วนที่พวกเจ้าได้กระทำความผิดแก่พวกเจ้า แต่ถ้าพวกเจ้าแสดงความอดทน แท้จริงแล้วสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ดียิ่งที่สุด”⁶

⁴ อัล-กุรอาน 5:32.

⁵ อัล-กุรอาน 6:151

⁶ Sheikh Wahbeh al-Zuhili , “Islam and International Law” , International Review of the Red Cross Vol.87,(2005), p.275.

- (3) การป้องกันตนเองเป็นสิทธิตามธรรมชาติของรัฐที่ตกติดกับการเป็นรัฐ โดยการป้องกันตนเองอาจเกิดขึ้นได้โดยลำพังตนเอง (Individual Self-Defense) หรือเป็นการป้องกันร่วมกัน (Collective Self-Defense) ก็ได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการในอิสลาม ซึ่งกำหนดว่าการใช้กำลังตามหลักการอิสลามนั้น อาจเป็นไปโดยการอาจจะ เป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำโดยตนเอง (Individual duty) หรือ อาจจะเป็นหน้าที่ที่กระทำโดยร่วมกัน (Collective duty) ก็ได้

1.1.2 ความแตกต่าง

1.1.2.1 ข้อบังคับ

ในส่วนของการใช้กำลังตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น กำหนดให้ เป็นไปตามข้อบังคับ ตามมาตรา 51 เรื่องการป้องกันตัว และบทบัญญัติตามหมวด 7 กฎบัตร สหประชาชาติกรณีการดำเนินการร่วมกันเพื่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งได้กล่าวไว้ในข้างต้น ในส่วนหลักการใช้กำลังตามกฎหมายอิสลามนั้นมีข้อแตกต่างในเรื่อง ข้อบังคับการใช้กำลัง ในเรื่องสิทธิการใช้กำลังตามกฎหมายอิสลามนั้น ให้รวมถึงกรณีที่เป็นไป เพื่อการปกป้องกรณีที่มีการละเมิดตามกฎหมายอิสลามด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีที่มุสลิมได้สู้รบกับ ชาวโรมัน จากเหตุการณ์ที่ท่านศาสดามุฮัมมัดได้ส่งทูตไปเจรจากับฮิราคลิอุส (แห่งบัยแซนไทน์) มุกัยกิสนิกุส(แห่งอียิปต์) และเจ้าเมืองอาหรับต่างๆแห่งดินแดนซีเรียในภาคตะวันออก ได้มีชาว คริสเตียนบางคนพร้อมกับประชาชนอื่นๆหันมาเข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม เพื่อเป็นการแก้แค้น พวกคริสเตียนในซีเรียได้จับมุสลิมที่เพิ่งเข้ารับนับถืออิสลามใหม่ๆสังหารทั้งหมด ท่านศาสดาจึงได้ ส่งกองทัพขึ้นไปสู้รบกับกลุ่มนั้น โดยท่านศาสดาได้จัดกองทัพขึ้นเป็นกองทัพยอุมุมกองทัพหนึ่ง และได้ทำการแต่งตั้งให้ท่านซัยด บิน ฮาริษะฮุ เป็นแม่ทัพ และให้ท่านญะอฺฟัร บิน อนุฏอลิบ และ ท่านอับดุลลอฮฺ บิน รอวาสะฮุเป็นกองหนุน โดยสงครามนี้เกิดขึ้นที่ตำบลมูตะฮ์ ในประเทศซีเรีย โดยเหตุการณ์นี้ถือเป็นการสู้รบครั้งแรกที่มุสลิมได้สู้รบกับชาวคริสเตียน⁷

ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐ ซึ่งรัฐมุสลิมเป็นหนึ่งในสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ หรือเป็นภาคีในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และเป็นภาคีในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 1 และ ฉบับที่ 2 นั้น ถือได้ว่า รัฐมุสลิมจะต้องเคารพกฎเกณฑ์ตามอนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติม

⁷ เชค มุฮัมมัด อิบู ซะฮฺวะฮฺ, กฎเกณฑ์อิสลามในการทำสงคราม, พิมพ์ครั้งที่ 2

(พระนครศรีอยุธยา:สำนักพิมพ์สายสัมพันธ์, 2549), น.27-28.

อนุสัญญาเจนีวา คือ รัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นก็มีบทบัญญัติพื้นฐานที่สอดคล้องกันในหลักการกับกฎหมายอิสลามด้วย ดังนั้น การที่รัฐอิสลามถือปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ก็ไม่ได้ทำให้รัฐนั้นปฏิบัติขัดต่อบทบัญญัติตามกฎหมายอิสลามแต่อย่างใด

1.1.2.2 สิทธิการใช้อำลั

การใช้อำลัที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎบัตรสหประชาชาติ คือ การป้องกันตัว ตามมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขของการป้องกันตนเองตามมาตรา 51 กฎบัตรสหประชาชาติ เปรียบเทียบกับการใช้อำลัตามกฎหมายอิสลามนั้น ปรากฏความแตกต่างในสิทธิของการใช้อำลัของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายอิสลามซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

- (1) การป้องกันตนเองจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการรุกราน ในกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้การป้องกันตนเองจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการรุกรานทางทหารเกิดขึ้นเท่านั้น ซึ่งการรุกรานจะต้องเป็นไปตามคำนิยามของคำว่า “รุกราน” ตามข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 3314 (XXIX) ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอิสลามซึ่งกำหนดให้การใช้อำลัเกิดขึ้นได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกันตนเองจากการถูกรุกรานหรือจากการถูกคุกคาม ไม่จำเพาะเจาะจงว่าจะต้องเป็นการรุกรานทางทหารเท่านั้น แต่จะต้องเป็นการรุกรานที่เป็นการใช้กำลังอย่างไม่เป็นธรรม และการป้องกันตนเองจะต้องเกิดขึ้นเพื่อต่อต้านความไม่ชอบธรรมที่เกิดขึ้น
- (2) การป้องกันตนเองตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น กำหนดให้รัฐที่ทำการป้องกันตนเองจะต้องแจ้งให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบในทันที และสิทธิป้องกันตนเองดังกล่าวย่อมหมดไป เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อการรักษาสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศแล้ว ซึ่งแตกต่างจากหลักการของกฎหมายอิสลามซึ่งไม่มีองค์หลักในการทำหน้าที่รักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และหลักการใช้อำลัเพื่อป้องกันตนเองตามกฎหมายอิสลามก็จะหมดไปเมื่อการรุกรานยุติลง คัมภีร์อัล – กุรอานบัญญัติเรื่องดังกล่าวว่า “และจงสู้รบกับพวกเขาจนกว่า

การก่อความวุ่นวายจะไม่ปรากฏขึ้น แต่ถ้าพวกเขายุติก็ยอมไม่มีการเป็นปฏิปักษ์ใดๆนอกจากบรรดาผู้ธรรมเท่านั้น”⁸

นอกจากนี้หลักเกณฑ์ในเรื่องการป้องกันตัวตามมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาตินั้น มีข้อโต้แย้งในเรื่องการป้องกันตัวล่วงหน้า ว่าสามารถทำได้หรือไม่ ซึ่งในบางความเห็น การป้องกันตนเองล่วงหน้า (preventive self-defense) เป็นสิ่งที่ใกล้เคียงขอบเขตของการป้องกันตนเอง เนื่องจากการตีความในลักษณะขยายความข้อยกเว้นจนทำลายหลักการห้ามใช้กำลังตามมาตรา 2 วรรค 4 แห่งสหประชาชาติได้บัญญัติไว้⁹ แต่มีบางความคิดเห็นนั้น เห็นแตกต่างกันในเรื่องดังกล่าว โดยเห็นว่า ถึงแม้จะยังมิได้มีการกระทำการรุกรานแต่หากมีสาเหตุอันควรเชื่อว่าจะกำลังจะถูกรุกรานอย่างแน่นอนก็ทำให้ใช้สิทธิป้องกันตัวได้แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องรอให้ถูกรุกรานจริงๆเสียก่อน¹⁰ แต่หลักการในเรื่องการใช้กำลังของกฎหมายอิสลามนั้น ได้มีการวางหลักการไว้ในคัมภีร์อัล-กุรอานว่า ให้ต่อสู้กับผู้ที่จะเข้ามารุกราน แต่มิให้มีการรุกรานก่อน และคัมภีร์อัล-กุรอานได้บัญญัติหลักการที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวอีกด้วย ความว่า “และหากพวกเจ้าจะลงโทษ (ฝ่ายปรปักษ์) ก็จงลงโทษเยี่ยงที่พวกเจ้าได้รับโทษ และหากพวกเจ้าอดทนแน่นอน มันเป็นการดียิ่งสำหรับบรรดาผู้อดทนและจงอดทนเถิด และการอดทนของเจ้าจะมีขึ้นไม่ได้ เว้นแต่ด้วย (การช่วยเหลือของ)อัลลอฮ์ และอย่าโศกเศร้าต่อพวกเขา และอย่าคับแค้นใจในสิ่งที่พวกเขาว่างกลอุบาย”¹¹

นอกจากนี้ ท่านศาสดามุฮัมมัดได้วางแนวทางที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยที่ท่านศาสดามุฮัมมัดได้ส่งสาส์นไปยังท่านมูอาซ อิบน์ญะบัล และท่านอาลี อิบน์อับดุลิฮ์ ผู้ซึ่งถูกส่งไปเป็นแม่ทัพในสนามรบ รายละเอียดดังนี้

สาส์นถึงท่านมูอาซ อิบน์ญะบัล ความว่า “จงอย่าสู้รบกับศัตรูก่อนที่จะท่านจะได้เรียกเขามาฟังข้อเสนอสันติ (ข้อเสนอสองประการ คือ การยอมรับนับถือศาสนาอิสลาม หรือการไม่รุกรานต่อกัน) และถ้าพวกเขาไม่ยอม ก็อย่าได้สู้รบจนกว่าพวกเขาจะได้ลงมือก่อน และถ้าพวกเขาลงมือก่อน ก็จงรอจนกว่าคนของท่านจะถูกฆ่าสักคนหนึ่งก่อน แล้วจึงนำร่างของผู้เสียชีวิตนั้นออกแสดงให้ศัตรูประจักษ์ พร้อมกับให้ถามไปว่า ไม่มีวิธีอื่นใดที่ดีไปกว่านี้แล้วหรือ?

⁸ อัล-กุรอาน 2:193.

⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ”, ในรฟ 38 จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : 2538), น.43.

¹⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.19.

¹¹ อัล-กุรอาน 16:126-127.

หากอัลลอฮทรงโปรดให้ชายเพียงคนเดียวได้กลับใจมายอมรับอิสลามก็นับว่ายังดีกว่าการที่ท่านจะได้ครองโลกไว้ทั้งหมด¹²”

ศาสนถึงท่านอาลี อิบนิ อบีฏอลิบ ความว่า “เมื่อท่านเข้าเขตแดนของศัตรูแล้ว ท่านจงอย่าประเดิมนสงครามจนกว่าพวกนั้นจะโจมตีพวกท่านก่อน และถ้าพวกนั้นเข้าโจมตี ก็จงรอให้เขาฆ่าคนของท่านสักคนหนึ่งก่อน และถ้าเขาทำเช่นนั้นก็อย่าเพิ่งออกรบ จนกว่าท่านจะได้นำร่างของผู้ที่ถูกฆ่านั้นออกแสดงให้พวกเขาประจักษ์ และให้ถามดูว่า พวกเขาจะยอมรับพระผู้เป็นเจ้ามีเพียงองค์เดียวหรือไม่เสียก่อน หากอัลลอฮทรงโปรดให้ชายเพียงคนเดียวได้กลับใจมายอมรับอิสลาม นั้นก็นับว่ายังดีกว่าการที่ท่านจะได้ครองโลกไว้ทั้งหมด¹³”

จากศาสนดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอิสลามห้ามการใช้กำลังต่อฝ่ายตรงข้ามก่อน โดยการฆ่าฝ่ายปรปักษ์เป็นสิ่งที่ต้องห้าม เว้นแต่จะมีการรุกรานก่อน และยังห้ามกระทำการสังหารผู้ที่มีอาวุธติดตัว เว้นแต่ผู้นั้นจะโจมตีเข้าทำร้ายก่อน การฆ่าผู้ที่มีอาวุธติดตัวนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อ ผู้นั้นได้เอาชีวิตฝ่ายตนก่อนเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นการตีความในเรื่องการใช้กำลังอย่างจำกัด จึงถือได้ว่า กฎหมายอิสลามไม่มีบัญญัติในเรื่องการใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองล่วงหน้า

1.2 การคุ้มครองมนุษย์

1.2.1 ความสอดคล้อง

1.2.1.1 หน้าที่ของพลรบ

หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกฎหมายอิสลามต่างก็ได้บัญญัติเรื่องหน้าที่ของพลรบไว้ ซึ่งโดยหลักการพื้นฐานนั้นมีความสอดคล้องกันหลายประการ เช่น การกำหนดให้ต่อสู้กับผู้ที่ทำการต่อสู้เท่านั้น มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการโจมตี โดยจะต้องแบ่งแยกเป้าหมายระหว่างพลรบและพลเรือน และหลีกเลี่ยงการโจมตีทรัพย์สินของพลเรือน สิ่งแวดล้อม สิ่งที่เป็นอันตรายต่อพลเรือน สถานที่สำคัญทางวัฒนธรรมหรือทางจิตใจของพลเรือน ห้ามมีการใช้ความรุนแรงต่อชีวิตหรือต่อบุคคลโดยเฉพาะ เช่น การฆ่า การทรมาน ซึ่งเป็นการปฏิบัติอย่างโหดร้ายทารุณ ห้ามการเหยียดหยามศักดิ์ศรีของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้เสียเกียรติภูมิและการดูแคลนต่างๆ ผู้ป่วยและผู้บาดเจ็บ

¹² เชค มุฮัมมัด อับดุลอะซีส , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.58.

¹³ เจริญธรรม, น.59.

จะต้องได้รับความคุ้มครองและได้รับการดูแลรักษา รวมถึงการไม่โจมตีหรือข่มขู่ที่จะใช้ความรุนแรงกับพลเรือนโดยทั่วไป

1.2.1.2 การปฏิบัติต่อพลรบ

การใช้กำลังในการทำสงครามนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะกระทำการเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเพื่อเอาชนะศัตรู กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอิสลามจึงกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปฏิบัติต่อพลรบขึ้น หลักเกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอิสลาม กำหนดให้พลรบต้องต่อสู้เฉพาะกับพลรบเท่านั้น การรบจะต้องห้ามใช้วิธีที่ไม่ซื่อสัตย์ คือห้ามใช้กลโกง (perfidy) ห้ามใช้วิธีการที่ปราศจากมนุษยธรรม ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในเรื่องการห้ามเกี่ยวกับการไม่ไว้ชีวิต การให้การปกป้องศัตรูผู้ไม่อยู่ในสถานะที่จะทำการสู้รบได้ การปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามกระทำการใดๆอันโหดร้ายทารุณต่อบุคคลที่ไม่อยู่ในสถานะที่จะทำการสู้รบได้ การห้ามการทารุณโหดร้ายป่าเถื่อน การกระทำความผิดที่ให้เกิดความเจ็บปวดเกินความจำเป็น รวมถึงการจับเป็นตัวประกัน และในกรณีที่ฝ่ายตรงข้ามนั้นยอมแพ้ ก็จะต้องหยุดการสู้รบทันทีด้วย

1.2.1.3 การปฏิบัติต่อพลเรือนและผู้ที่ไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ

หลักเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอิสลามนั้นกำหนดให้ผู้ที่มีหน้าที่ในการสู้รบ (พลรบ) ห้ามการโจมตีพลเรือน โดยพลเรือนต้องได้รับความคุ้มครองทั่วไปต่ออันตรายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติทางทหารในทุกสถานการณ์ ต้องไม่ตกเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี กำหนดให้พลเรือนมีสิทธิในการได้รับอาหารและความคุ้มครองเป็นอย่างดี ห้ามการยึดที่พำนักของพลเรือนในภาวะสงคราม การกระทำหรือการข่มขู่ที่จะใช้ความรุนแรงต่อพลเรือนทั้งทางกายภาพ จิตใจ และศักดิ์ศรีเกียรติยศ กำหนดหลักการในเรื่องการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษต่อพลเรือนบางประเภท เช่น เด็ก สตรี คนชรา โดยกำหนดให้บุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่จะต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษในภาวะสงคราม ห้ามการสังหารหรือทำให้บุคคลเหล่านี้ได้รับบาดเจ็บ รวมไปถึงการกำหนดให้กระทำการบางอย่างแก่บุคคลเหล่านี้ด้วย เช่น กรณีของสตรี จะต้องได้รับการเคารพเป็นพิเศษ ห้ามการหมิ่นศักดิ์ศรี โดยห้ามการข่มขืน กระทำชำเรา หรือการทำอนาจารต่อสตรี ไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตาม เป็นต้น

1.2.1.4 การปฏิบัติต่อเชลยศึก

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอิสลามกำหนดให้เชลยศึกจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม โดยบรรดาเชลยศึกจะต้องได้รับอาหารและน้ำอย่างเพียงพอตามความต้องการ ห้ามการยึดทรัพย์สินส่วนตัวของเชลยศึก เชลยศึกต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเมตตา ห้ามการเหยียดหยามศักดิ์โดยเฉพาอย่างยิ่งการทำให้เสียเกียรติภูมิและการ

ดูแลกันต่าง ๆ เหยยศึกมีสิทธิในการปฏิบัติศาสนกิจตามศาสนาที่เหยยศึกนั้นนับถือ ห้ามการใช้แรงงานหนักกับเหยยศึก ห้ามการนำเหยยศึกลงเป็นทาส รวมไปถึงการห้ามฆ่าหรือทำให้เหยยศึกได้รับบาดเจ็บ ห้ามทรมานหรือปฏิบัติต่อเหยยศึกอย่างโหดร้ายทารุณ และเหยยศึกที่ป่วยหรือได้รับบาดเจ็บจะต้องได้รับการดูแลและรักษาพยาบาลโดยเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

1.2.2 ความแตกต่าง

1.2.2.1 การให้คำนิยามของบุคคลที่อยู่ในภาวะสงคราม

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ได้มีการให้คำนิยาม บุคคลที่อยู่ในภาวะสงคราม เช่น

- คำว่า “พลรบ” ตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 มาตรา 4 และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 มาตรา 43 หมายถึง สมาชิกใดๆ ของกองทัพ ยกเว้น ผู้ที่เป็นพนักงานทางการแพทย์และ อนุศาสนาจารย์¹⁴
- คำว่า “เหยยศึก” ตามอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 มาตรา 4 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 มาตรา 44 หมายถึง พลรบซึ่งตกอยู่ภายใต้อำนาจของภาคีฝ่ายปฏิบัติ
- คำว่า “ผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยไข้” ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 มาตรา 8 หมายถึง บรรดาบุคคลไม่ว่าจักเป็นทหาร หรือพลเรือน ผู้ซึ่งต้องการความช่วยเหลือ หรือดูแลรักษาทางการแพทย์ อันเนื่องมาจากแผลหรือโรคภัย หรือความผิดปกติ หรือความพิการทางร่างกายหรือจิตใจอื่นๆ และโดยเป็นผู้ซึ่งละเว้นจากการสู้รบ ความหมายของคำดังกล่าวให้หมายรวมถึงกรณีการตั้งครมร์ เด็กทารกที่เกิดใหม่และบุคคลอื่นใดผู้ซึ่งอาจต้องการให้ความช่วยเหลือ หรือการดูแลรักษาทางการแพทย์โดยทันที อาทิเช่น ผู้ที่ไม่แข็งแรง หรือสตรีที่กำลังมีครมร์และเป็นผู้ซึ่งละเว้นจากการสู้รบ

นอกเหนือจากการให้คำนิยาม บุคคลที่อยู่ในภาวะสงครามแล้ว

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังได้ให้คำนิยาม สิ่งที่เกี่ยวข้องกับภาวะสงคราม เช่น หน่วยทางการแพทย์ การขนส่งเพื่อการแพทย์ อีกด้วย ซึ่งการให้คำนิยามบุคคลและสิ่งที่เกี่ยวข้องกับ

¹⁴ Frederic De Mulinen , Handbook on the law of war for armed forces, (Geneva, ICRC , 1987), p.12.

ภาวะสงครามนั้น กฎหมายอิสลามนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติที่มีการให้คำนิยามถึงบุคคลและสิ่งที่เกี่ยวข้องกับภาวะสงครามแต่อย่างใด

1.2.2.2 การปฏิบัติต่อเชลยศึก

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้กำหนดให้มีการปฏิบัติต่อเชลยศึกอย่างมีมนุษยธรรม ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่สอดคล้องกับกฎหมายอิสลามดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น แต่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีข้อแตกต่างในเรื่องการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจับกุมตัวพลรบซึ่งทำให้พลรบเริ่มได้รับสิทธิของนักโทษสงครามนับจากการวางอาวุธเพื่อยอมแพ้ อันเป็นการยืนยันสถานะของผู้ที่ปราศจากปัจจัยในการสู้รบและไม่สามารถสู้รบได้อีกต่อไป¹⁵ เชลยศึกจะถูกปลดอาวุธ คั่นตัว เก็บอุปกรณ์และเครื่องมือทางทหารต่างๆ และในเรื่องของสิทธิเชลยศึกบางประการ ซึ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดรายละเอียดในเรื่องสิทธิของเชลยศึกบางประการ ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายอิสลาม คือ เชลยศึกมีสิทธิให้ข้อมูลส่วนตัวกับฝ่ายที่กักกันเฉพาะชื่อ นามสกุล ยศ วันเกิด หน่วยที่สังกัดและเลขประจำตัว เชลยศึกอาจต้องทำงานที่จำเป็นบ้าง ยกเว้นเฉพาะนายทหาร และหากไม่สมัครใจก็ต้องไม่ถูกบังคับให้ทำงานที่มีอันตราย เช่น การกักกับระเบิด นักโทษสงครามจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐผู้ควบคุม ซึ่งสามารถใช้มาตรการทางการศาลและทางวินัยลงโทษได้ แต่ต้องไม่มีการลงโทษซ้ำหรือลงโทษหมู่ โดยต้องให้โอกาสนักโทษสงครามในการแก้ต่างได้

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายอิสลามนั้น มีกฎเกณฑ์ที่เพิ่มเติมในเรื่องของเชลยศึกมุสลิมที่ถูกฝ่ายตรงข้ามจับได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ กำหนดให้รัฐมุสลิมมีหน้าที่ในการแสวงหาทางปลดปล่อยเชลยศึกที่ถูกจับไปได้ ด้วยวิธีการนำเงินจากส่วนกองคลังต่างๆ ไปช่วยเหลือ ในเรื่องคัมภีร์อัล-กุรอานกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าส่วนหนึ่งของรายได้ของรัฐจะต้องนำไปใช้เพื่อการปลดปล่อยเชลยศึกให้เป็นอิสระ ดังปรากฏในหะดีษ ซึ่งรายงานโดยบุคอรี บทที่ 56 ข้อที่ 171 ความว่า “จงจัดการปลดปล่อยบรรดาเชลยศึกเหล่านั้น” การแลกเปลี่ยนตัวเชลยศึกจะต้องถูกจัดให้มีขึ้นภายหลังจากภาวะสงคราม หรือในระหว่างการหยุดรบในสมัยของท่านคอลีฟะฮ์ อุมัร อิบนิค็อบฏอบ มีคำสั่งไว้ว่า “เชลยศึกมุสลิมทุกคนที่อยู่ในกำมือของบรรดารัฐที่ไม่ใช่มุสลิมนั้น จำต้องได้รับการช่วยเหลือโดยนำเงินจากกองคลังของรัฐไปช่วยเหลือ”

¹⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.561.

1.2.2.3 หลักการปฏิบัติระหว่างผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามและผู้ที่มีได้นับถือศาสนาอิสลาม

หลักเกณฑ์ตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 นั้นได้วางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อบุคคลในดินแดนที่ถูกยึดครองไว้โดยใช้หลักการเช่นเดียวกันทุกประการ โดยไม่ได้แบ่งแยกว่าผู้อยู่ใต้ปกครองนั้นเป็นผู้นับถือศาสนาใดก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอิสลามในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลัง ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติระหว่างผู้ที่มีได้นับถือศาสนาอิสลามไว้แตกต่างจากผู้ที่ไม่นับถือศาสนาอิสลาม กล่าวคือ เมื่อกองทัพของมุสลิมได้เข้าไปยึดครองดินแดนที่มีได้ปกครองโดยมุสลิม ผู้ที่มีได้ยอมรับนับถือศาสนาอิสลามจะต้องจ่ายภาษีที่เรียกว่า ญิซยะฮ์ ซึ่งคำว่า “ญิซยะฮ์” หมายถึง สิ่งทดแทนกัน แต่ความหมายในเรื่องดังกล่าวนี้หมายถึง ภาษีที่เรียกเก็บจากผู้ที่มีได้ยอมรับนับถือศาสนาอิสลาม แต่ปรารถนาที่จะอาศัยอยู่ภายใต้การปกครองของอิสลาม โดยภาษีญิซยะฮ์มิได้มีกำหนดจำนวนไว้อย่างแน่นอน แต่ในทางกลับกัน กฎหมายอิสลามจะยกเว้นการเก็บภาษีญิซยะฮ์สำหรับคนยากจน เด็ก ทาส และนักบวช เนื่องจากว่าญิซยะฮ์เป็นภาษีสำหรับผู้ที่มีร่างกายมีความสามารถซึ่งอยู่ในวัยทหาร โดยสาเหตุที่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างผู้ที่ไม่นับถือศาสนาอิสลามและผู้ที่มีได้นับถือศาสนาอิสลามนั้น มีสาเหตุมาจาก การที่บุคคลซึ่งมิได้นับถือศาสนาอิสลามนั้น เมื่อเกิดภาวะสงคราม ไม่จำเป็นต้องออกไปทำหน้าที่สู้รบ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของชายชาวมุสลิมที่จะต้องปฏิบัติกร ดังนั้น การจ่ายภาษีญิซยะฮ์จึงถือว่าการชดเชยการปฏิบัติหน้าที่ในทางทหาร และเป็นภาษีที่มีขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนสำหรับการได้รับบริการทางทหารด้วย

1.3 องค์การหรือหน่วยงานในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักการ

1.3.1 ความสอดคล้อง

1.3.1.1 องค์การหรือหน่วยงานในการบังคับการกรณีที่มีการฝ่าฝืน

การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวาฉบับต่างๆ นั้นย่อมทำให้รัฐที่เข้าเป็นภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการลงโทษผู้กระทำความผิดจากการละเมิดอนุสัญญาอย่างร้ายแรง รัฐภาคีจะต้องมีพันธะที่จะต้องดำเนินคดีในศาลประเทศของตนกับผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงอันเป็นการละเมิดอนุสัญญาเจนีวาฉบับต่างๆ หรือส่งตัวผู้กระทำความผิดไปให้ศาลของประเทศอื่นพิพากษา โดยการกระทำความผิดอย่างร้ายแรงนี้ ได้แก่

การเป็นอาชญากรรมสงครามซึ่งจะต้องถูกลงโทษได้โดยไม่มีอายุความและไม่จำกัดว่าจะอยู่ ณ ที่ใด และรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการลงโทษของผู้กระทำผิดให้เป็นผลด้วย

กรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น รัฐจะต้อง ค้นหาผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและนำตัวมาลงโทษ โดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือสถานที่ที่มีการกระทำความผิด โดยการ ดำเนินคดีอาจกระทำได้ด้วยหรือนำคดีขึ้นสู่ศาลภายในของรัฐต่างๆหรือด้วยการนำคดีขึ้นสู่ศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังเช่น ในกรณีที่มีการตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นในยูโกสลาเวียเดิมและรวันดา ตามมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่ง สหประชาชาติ ในปี ค.ศ.1993 และค.ศ.1994

หากเป็นความผิดในกรณีที่เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ มีอยู่ เหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศ ในประเภทความผิดอาชญากรรมสงคราม (war crimes) ซึ่งเป็นความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันด้วยกำลัง ทหาร (serious violation of the laws and customs applicable in armed conflicts) ก็จะต้องมี การนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาลอาญาระหว่างประเทศ

และในส่วนของกฎหมายอิสลามนั้น ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักการ กฎหมายอิสลามในเรื่องการใช้กำลังก็จะมีกระบวนการคดีกับผู้กระทำผิดเช่นเดียวกัน โดยผู้ พิเคราะห์คดี คือ ท่านศาสดามุฮัมมัดในสมัยที่ท่านศาสดายังมีชีวิตอยู่ และภายหลังจากที่ท่าน ศาสดาได้เสียชีวิตแล้ว การพิจารณาลงโทษการกระทำความผิดจะเป็นหน้าที่ของคอลีฟะฮ์ซึ่งเป็น ผู้ติดตามของท่าน ตัวอย่างการลงโทษ คือ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยของท่านคอลีฟะฮ์อุมัยรซึ่ง ท่านอุมัยรได้รับรายงานว่า นักรบมุสลิมผู้หนึ่งได้สังหารชีวิตของฝ่ายศัตรูทั้งๆที่เขาได้กล่าวคำว่า “อย่ากลัวเลย” กับศัตรูผู้นั้น ท่านอุมัยรจึงมีสาส์นไปยังแม่ทัพ มีใจความว่า “มีคนหนึ่งของท่านผู้หนึ่ง ที่กล่าวแก่ผู้มาขอความคุ้มครองว่า “อย่ากลัวเลย” แต่แล้วกลับฆ่าเสียในทันที ในนามแห่งอัลลอฮ์ ข้าพเจ้าขอให้ท่านสืบจับตัวทหารผู้นั้นให้ได้ แล้วให้นำตัวไปตัดศีรษะเสีย¹⁶ ส่วนในสมัยปัจจุบัน หากมีการฝ่าฝืนกฎหมายอิสลามในประเทศที่ปกครองโดยหลักการอิสลาม ก็จะมีการดำเนินคดีไป โดยผ่านกระบวนการศาลเช่นเดียวกัน โดยการลงโทษผู้กระทำความผิดก็จะเป็นไปตาม หลักเกณฑ์ที่กฎหมายอิสลามกำหนดโทษ

¹⁶ เชค มุฮัมมัด อับดุลอะซีส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.108.

1.3.2 ความแตกต่าง

1.3.2.1 องค์การหรือหน่วยงานที่บังคับการให้เป็นไปตามหลักการ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.

1949 กำหนดให้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ เป็นองค์การที่ทำหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการที่อนุสัญญากรุงเจนีวาได้วางไว้ โดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศมีหน้าที่ในการเข้าไปดูแลประเทศที่เกิดภาวะสงคราม คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีชื่อของรัฐบาล เป็นสถาบันที่ยึดความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ ประกอบด้วยคณะกรรมการซึ่งเป็นชาวสวิส มีหน้าที่รับผิดชอบในการวางนโยบาย เพื่อให้ประเทศต่างๆ ดำเนินการตามข้อตกลงในอนุสัญญาเจนีวา โดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย กลาสีเรื้อที่อับปาง และเชลยศึก ซึ่งการช่วยบรรเทาทุกข์นี้เริ่มจากการถูกกักกันจนได้รับการปลดปล่อย ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ จึงได้ส่งเจ้าหน้าที่ไปทั่วโลกเพื่อเยี่ยมเยียนสถานที่ต่างๆ ช่วยเหลือให้การรักษาทางการแพทย์และให้อาหารแก่เชลยศึก และทำงานในฐานะหน่วยงานที่มีอำนาจหน่วยงานเดียวเพื่อให้ความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสม ซึ่งแตกต่างจากหลักการในกฎหมายอิสลาม ที่มีได้มีองค์การหรือหน่วยงานบังคับการในเรื่องการใช้กำลังให้เป็นไปตามกฎหมายอิสลาม มีเพียงแต่หน่วยงานที่บังคับการในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักการเท่านั้น

2. ประเด็นที่ไม่ใช่ลักษณะระหว่างประเทศ

การใช้กำลังทางทหารในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะเป็นกาใช้กำลังทางทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น โดยการใช้กำลังทางทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศนั้นหมายถึง สถานการณ์การสู้รบที่เกิดขึ้นระหว่างกองกำลังติดอาวุธหรือกลุ่มติดอาวุธที่จัดเป็นองค์การภายในดินแดนของรัฐเดียว ได้แก่ สงครามกลางเมือง เป็นการพิพาทกันระหว่างสองฝ่าย หรือมากกว่านั้นของพลเรือนภายในรัฐเดียวกัน เพื่อควบคุมรัฐบาลของรัฐนั้นเอาไว้ หรือเพราะพลเรือนในรัฐนั้นต้องการที่จะแบ่งแยกดินแดน ถ้าหากกบฏสามารถควบคุมดินแดนส่วนหนึ่งเอาไว้ได้ และรัฐบาลที่ได้รับการสถาปนาขึ้นได้ให้การรับรองว่า กบฏมีสถานะเป็นคู่สงครามแล้ว กฎหมายว่าด้วยสงครามก็ถูกนำมาใช้แก่ทั้งสองฝ่ายที่พิพาทกันทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการสู้รบและการใช้อาวุธ และเมื่อกบฏไปตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว กบฏจะได้รับการปฏิบัติอย่างเชลยศึก คือ เมื่อกบฏได้รับบาดเจ็บ หรือป่วยไข้จากการสู้รบจะได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และได้รับการดูแลรักษา โดยการใช้กำลังทางทหารที่มีใช้ลักษณะ

ระหว่างประเทศนั้น ไม่รวมถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวกับความไม่สงบภายในประเทศหรือความวุ่นวายภายในประเทศ เช่น การจลาจล การใช้กำลังรุนแรงที่เกิดขึ้นเป็นครั้งคราวและไม่ต่อเนื่อง ตลอดจนการกระทำอื่นที่มีลักษณะคล้ายกรณีดังกล่าว ซึ่งมีใช้กรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

การใช้กำลังทางทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศมีบัญญัติในมาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติม ค.ศ.1949 ฉบับที่ 2 ซึ่งการใช้กำลังที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศมีข้อพิจารณาว่าระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนี้

2.1 ความสอดคล้อง

2.1.1 การคุ้มครองและการปฏิบัติต่อพลเรือน

มาตรา 3 ร่วมในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ บัญญัติหลักเกณฑ์ห้ามใช้ความรุนแรงต่อพลเรือนทั้งด้านสุขภาพกายและจิตใจของบุคคล โดยเฉพาะการฆาตกรรม การทรมานทุกชนิดไม่ว่าทางกายหรือจิตใจ รวมทั้งการจับเป็นตัวประกัน และพิธีสารฉบับที่ 2 ข้อ 3 ห้ามการปฏิบัติที่โหดร้าย เช่น ทรมาน การตัดอวัยวะของร่างกายหรือรูปแบบอื่นใดอันเป็นการลงโทษต่อร่างกาย และในข้อ 13 และข้อ 14 ได้ห้ามการโจมตีพลเรือน ห้ามมิให้กระทำการ หรือคุกคามว่าจะใช้ความรุนแรงโดยมีความมุ่งหมายเบื้องต้นเพื่อแพร่ความหวาดกลัวในหมู่ประชากรพลเรือน ห้ามการโจมตี ทำลาย เคลื่อนย้ายหรือกระทำการให้ปราศจากประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินของที่จำเป็นต่อการดำรงชีพของประชากรพลเรือน เช่น อาหาร ปศุสัตว์ น้ำดื่ม เป็นต้น รวมทั้งได้เสริมข้อห้ามเกี่ยวกับการจับพลเรือนเป็นทาส และการปล้นสดมภ์ การลอบหลั่งและการทำลายเกียรติยศและศักดิ์ศรีของพลเรือน

โดยกฎหมายอิสลามที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการใช้กำลังนั้น มีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว ซึ่งในเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์ ดร.อับดุลเลาะห์ อาเหม็ด มุฮัมมัด ได้กล่าวไว้ในนามแห่งอัลลอฮ์และเพื่อวัตถุประสงค์แห่งพระองค์ จงสู้รบกับศัตรูแห่งอัลลอฮ์ แต่จงเว้นจากการทำเกินเหตุ หรือประพฤติก่ออาชญากรรม อย่าขู่กรรโชกให้คนกลัว หรือสับฟันเขาเล่น และอย่าฆ่าเด็ก ๆ เป็นอันขาด¹⁷ และท่านศาสตราจารย์ ดร.อับดุลเลาะห์ อาเหม็ด มุฮัมมัด ได้เคยมีคำสั่งห้าม

¹⁷ เฟิงอ้าง, น.63.

การปล้นสดมภ์ข้าวของ โดยท่านศาสดามุฮัมมัด ได้กล่าวว่า “บุคคลใดชิงชิงวิ่งราวก็ดี ปล้นเขาก็ดี หรืออยู่ยงให้ทำการปล้นเขาก็ดี บุคคลนั้นมิใช่เป็นฝ่ายเรา”¹⁸

นอกจากท่านศาสดามุฮัมมัดแล้ว ท่านคอลีฟะฮ์อาลี ได้มีคำสั่งในสงครามมูอาวียะฮ์ ซึ่งเป็นความขัดแย้งในระหว่างกลุ่มมุสลิมด้วยกัน ความว่า “เมื่อพวกท่านจับศัตรูได้ จงอย่าฆ่าบุคคลที่บาดเจ็บ อย่าเปิดสิ่งที่ปิดอยู่ อย่ายึดทรัพย์สินของพวกเขา เว้นแต่คลังอาวุธของพวกเขาหรือปศุสัตว์ หรือทาสหญิงทาสชาย สิ่งเหล่านี้ต้องคืนทายาทแก่พวกเขา”

2.1.2 การให้ความคุ้มครองพิเศษต่อพลเรือนที่อ่อนแอ

พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ข้อ 4 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองแก่พลเรือนที่อ่อนแอ เช่น เด็ก และสตรีเป็นกรณีพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำความรุนแรงต่อชีวิต สุขภาพ และความเป็นปกติสุขทางร่างกายและจิตใจของบุคคล โดยเฉพาะการฆาตกรรม ตลอดจนการปฏิบัติที่โหดร้าย เช่น การทรมาน การกระทำอันเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของบุคคล การข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับให้ค้าประเวณี การกระทำอนาจารไม่ว่าในรูปแบบใด และการเอาคนลงเป็นทาส ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายอิสลามมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยกฎหมายอิสลามกำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อสตรี โดยการห้ามมิให้กระทำความผิดทางเพศ หรือกระทำการข่มขืนกระทำชำเราหรือทำมีดมีร้ายกับบรรดาเชลยศึกสตรีที่ถูกจับได้ และท่านคอลีฟะฮ์อาลี ได้เคยมีคำสั่งว่า “เมื่อพวกท่านจับศัตรูได้ จงอย่านำผู้หญิงฝ่ายศัตรูลงเป็นทาส”

และในส่วนของปฏิบัติต่อดังนั้น ท่านศาสดามุฮัมมัดได้กำชับมิให้ฆ่าเด็กและสตรี โดยในการสู้รบครั้งหนึ่ง เมื่อการสู้รบยุติลงแล้ว ท่านศาสดามุฮัมมัดได้มองไปเห็นศพของหญิงคนหนึ่งนอนตายอยู่ ท่านต่อว่าด้วยความโกรธว่า “หญิงผู้นี้ไม่มีที่ท่าว่าจะจับอาวุธสู้กับใครได้ พวกท่านจงส่งคนให้รีบไปสกัดคอลิดไว้ให้ทัน เพื่อส่งเขามีให้ฆ่าพวกผู้หญิง พวกทาส และเด็กๆเป็นอันขาด” และท่านศาสดามุฮัมมัดจะรู้สึกขัดเคืองใจเป็นอย่างมาก เมื่อท่านได้ทราบข่าวว่ามีเด็กหรือทารกเสียชีวิตในการทำสงคราม โดยในวันหนึ่งท่านได้รับรายงานว่า เด็กๆถูกฆ่าตายหลายคน ท่านร้องขึ้นว่า “นี่อะไรกัน ทำไมพวกทหารจึงอุกอาจถึงกับฆ่าเด็กๆได้ (บอกแล้วว่า) ห้ามฆ่าเด็ก ห้ามฆ่าเด็ก ห้ามฆ่าเด็ก”

2.1.3 การห้ามโจมตีสถานที่สำหรับสักการะหรือสิ่งแวดลอม

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของที่จำเป็นสำหรับการดำรงชีพของประชากรพลเรือน โดยห้ามมิให้โจมตี ทำลาย

¹⁸ เฝิงอ๋าง, น.85.

เคลื่อนย้ายหรือกระทำการให้ปราศจากประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินของที่จำเป็นต่อการดำรงชีพของประชากรพลเรือน เช่น อาหาร พืชผล ปศุสัตว์ น้ำดื่ม ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 2 ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในกฎหมายอิสลาม ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ห้ามการทำลายสิ่งแวดล้อมเช่นเดียวกัน โดยท่านคอลีฟะฮ์อุมัยร ได้มีคำสั่งห้ามเรื่องการทำลายและการตัดโค่นต้นไม้ไว้อย่างเข้มงวด และนักนิติศาสตร์มุสลิม คือท่านอัลเอวชาร์ฮียฺ เห็นว่าการโค่นตัดต้นไม้ และการสูมไฟเผาต้นไม้ และการทำลายผลผลิตก็ดี ไม่เป็นที่อนุมัติให้มุสลิมกระทำได้¹⁹

นอกจากนี้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติหลักเกณฑ์การคุ้มครองศาสนสถานไว้ โดยห้ามมิให้กระทำการใดในเชิงสู้รบต่อศาสนสถาน และห้ามมิให้ใช้สิ่งเหล่านี้เพื่อสนับสนุนความพยายามในทางทหารของตน ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 2 ซึ่งกฎหมายอิสลามมีบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน โดยกำหนดให้มุสลิมต้องให้เกียรติต่อความเชื่อถือในทุกๆลัทธิศาสนา ไม่ทำลายศาสนสถาน และเคารพสิทธิแห่งการประกอบพิธีกรรมในทางศาสนาต่างๆ แม้แต่ในสภาวะสงครามก็ตาม ซึ่งในเรื่องนี้ ท่านคอลีฟะฮ์อุมัยร ได้จัดการลอบคราบผู้ละฮองที่ปกคลุมอารามของชนชาวยิว ที่พวกโรมันได้ใช้ผู้ปกคลุมไว้ให้อยู่ในสภาพที่ใช้งานได้ด้วยตัวของท่านเอง และบรรดาทหารมุสลิมต่างก็ช่วยกันลอบคราบผู้ละฮองนั้นออก จนอารามนั้นปรากฏอยู่ในสภาพที่ใช้งานได้²⁰

2.2 ความแตกต่าง

2.2.1 เครื่องหมายพิเศษ

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 2 ข้อ 12 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องเครื่องหมายพิเศษ โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ พนักงานแพทย์ และหน่วยทางการแพทย์จะต้องแสดงเครื่องหมายพิเศษของกาชาด เลี้ยววงเดือนแดง หรือสิงโตแดงและดวงอาทิตย์บนพื้นขาว บนป้ายจักษุชนส่งทางการแพทย์ นอกจากนี้ เครื่องหมายดังกล่าวจักได้รับความเคารพในทุกภาวะการณ์ และจะไม่ถูกนำไปใช้ในลักษณะที่ไม่เหมาะสม โดยหลักเกณฑ์ในเรื่องเครื่องหมายพิเศษนั้น มิได้มีบัญญัติในกฎหมายอิสลาม

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น.70.

²⁰ Karima Bennouna, "As-salamu ' alaykum? Humanitarian law in Islamic Jurisprudence," *Michigan Journal of International Law*, (Winter 1994) : 605.

2.2.2 การคุ้มครองสิ่งติดตั้งที่มีอันตราย

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกำหนดหลักเกณฑ์ในการห้ามโจมตีสิ่งติดตั้งที่มีพลังอันตราย เช่น เชื้อเพลิง ทาน้ำมัน และโรงไฟฟ้าพลังนิวเคลียร์ ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 มาตรา 15 โดยสิ่งติดตั้งที่มีพลังอันตรายดังกล่าวนี้ แม้จะเป็นเป้าหมายทางทหารก็ไม่สามารถโจมตีได้ เว้นแต่ว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านี้ถูกใช้เป็นเครื่องสนับสนุนโดยตรงต่อการปฏิบัติการทางทหาร เช่น การใช้โรงไฟฟ้าผลิตกระแสไฟฟ้าในการผลิตอาวุธ ก็อาจถูกโจมตีได้ หากมีเงื่อนไขว่าการโจมตีเป็นวิธีเดียวเท่านั้นที่จะยุติการสนับสนุนดังกล่าว ซึ่งในเรื่องการคุ้มครองสิ่งติดตั้งที่มีอันตรายนั้น กฎหมายอิสลามไม่มีบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้

2.2.3 การปฏิบัติต่อฝ่ายกบฏ

ในเรื่องการปฏิบัติต่อฝ่ายกบฏนั้น กฎหมายอิสลามกำหนดหลักการที่แตกต่างจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีที่มีการกบฏนั้น กฎหมายอิสลามกำหนดให้มีสิ่งเสริมความสามัคคีให้เกิดแก่ผู้ที่แตกต่างกันให้เกิดขึ้นก่อนเป็นอันดับแรก ในเรื่องนี้ คัมภีร์อัล-กุรอานบัญญัติว่า

“บรรดาผู้ศรัทธา มิใช่จะไร้อื่นเลย เว้นแต่เป็นพี่น้องกัน เพราะฉะนั้นจงสร้างสันติภาพขึ้นระหว่างพี่น้องของสุเจ้า และจงรีบปฏิบัติหน้าที่ของสุเจ้าต่ออัลลอฮ์ เพื่อว่าสุเจ้าจะได้รับความกรุณาปราณี”²¹

นอกจากนี้ เมื่อมีการกบฏเกิดขึ้น กฎหมายอิสลามกำหนดให้ลงโทษฝ่ายที่ทำการกบฏด้วยความเป็นธรรม และต้องมีการพิจารณาถึงตัวผู้ปกครองด้วย เพราะผู้ปกครองมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบการปกครองให้เกิดความยุติธรรมตามกฎหมายอิสลาม มิฉะนั้นแล้ว ผู้อยู่ใต้ปกครองมีสิทธิต่อต้านได้ ในเรื่องนี้ท่านศาสดาได้กล่าวว่า “ถ้าผู้ปกครองยุติธรรม เขาจะได้รับรางวัลของเขาและพวกท่านควรจะจงรักภักดี แต่ถ้าผู้ปกครองเป็นเผด็จการเขาจะได้รับโทษของเขา และพวกท่านควรจะอดทน” และท่านได้กล่าวว่า “พวกท่านทุกคนเป็นดังผู้เลี้ยงแกะ ฉะนั้นพวกท่านทุกคนจะต้องรับผิดชอบต่อคนอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้การดูแล เพราะฉะนั้น ผู้ปกครองจำต้องรับผิดชอบต่อผู้อยู่ใต้ปกครองเขา ชายคนหนึ่งก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อครอบครัวของเขา ผู้หญิงคนหนึ่งก็ต้องเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบต่อครอบครัวสามีของนาง คนใช้ก็ต้องดูแลทรัพย์สินของเจ้านาย บุตรก็ต้องรับผิดชอบต่อบิดาของเขา โดยความจริงแล้วทุกคนในหมู่ของพวกท่านเป็นดังคนเลี้ยงแกะที่ต้องรับผิดชอบต่อคนอื่น ๆ ที่อยู่ในการปกครองของแต่ละคน”

²¹ อัล-กุรอาน 49:10