

บทที่ 4

กลไกการดำเนินการทางกฎหมายและความร่วมมือระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

มาตรการทางกฎหมายที่ได้มีการกำหนดขึ้นตามตราสารทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 จะประสบผลสำเร็จได้นั้น ต้องอาศัยกลไกในการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการดังกล่าว ซึ่งในบทนี้จะได้กล่าวถึงการดำเนินการทางกฎหมาย และบทบาทขององค์การระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม การดำเนินการทางกฎหมายของรัฐภาคีในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม กลไกในการระงับข้อพิพาทในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทางทหาร รวมทั้งความรับผิดชอบและการเยียวยาต่อความเสียหายในกรณีการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารด้วย

1. การดำเนินการทางกฎหมายขององค์การระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

1.1 องค์การศึกษาศาสนา วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ แห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)

1.1.1 ประวัติความเป็นมาขององค์การศึกษาศาสนา วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ แห่งสหประชาชาติ

องค์การศึกษาศาสนา วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ แห่งสหประชาชาติ หรือที่เรียกย่อๆว่า “UNESCO” เป็นองค์การชำนาญพิเศษขององค์การหนึ่งของสหประชาชาติซึ่งก่อตั้งขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1946 มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส จุดมุ่งหมายขององค์การฯ ก็เพื่อเสริมสร้างสันติภาพโดยส่งเสริมความร่วมมือของนานาชาติทางการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมเพื่อให้ทั่วโลกเคารพในความยุติธรรม กฎหมาย สิทธิเสรีภาพที่มนุษย์พึงมีโดยไม่ถือเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนาตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ กลไก

การทำงานขององค์การฯ ประกอบด้วย การประชุมสมัชชาสามัญ คณะกรรมการบริหาร และสำนักเลขาธิการ¹

การประชุมสมัชชาสามัญประชุมทุก 2 ปี เพื่อเลือกคณะกรรมการบริหารแต่งตั้งผู้อำนวยการลงมติเรื่องแผนระยะกลาง และแผนงานงบประมาณในระยะ 2 ปีต่อไป ตลอดจนพิจารณาการรับประเทศอื่นๆ เข้าเป็นสมาชิกขององค์การฯ และออกเสียงเรื่องอัตราค่าบำรุงของประเทศสมาชิกโดยคำนึงถึงจำนวนพลเมือง และรายได้ของประเทศ ภาระหน้าที่ของการประชุมสมัชชาสามัญนั้น เนื่องจากการประชุมสมัชชาสามัญเป็นองค์กรสูงสุดขององค์การฯ ประกอบด้วยบรรดาคณะผู้แทนของประเทศสมาชิก และผู้สังเกตการณ์จากองค์การในเครือสหประชาชาติ องค์การนานาชาติที่มีใช้เงินของรัฐบาล องค์การเอกชน มูลนิธิ ฯลฯ ที่ประชุมสมัชชาสามัญมีหน้าที่มอบหมายนโยบายให้แก่ฝ่ายเลขาธิการในการดำเนินงานอนุมัติแผนงานและงบประมาณประจำทุก 2 ปี และแผนระยะกลางอีกด้วย

คณะกรรมการบริหาร ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิ และมีชื่อเสียงทางด้านการศึกษาวិทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม ประกอบด้วยกรรมการ 58 คน เลือกจากผู้แทนของประเทศสมาชิก และมีการเลือกตั้งคณะกรรมการใหม่ทุก 2 ปี ดำรงตำแหน่งวาระ 4 ปี คือปฏิบัติงานตั้งแต่การประชุมสมัชชาสามัญที่ตนได้รับเลือกสิ้นสุดลง จนถึงการประชุมสมัชชาสามัญครั้งต่อมาสิ้นสุดลงโดยประชุมอย่างน้อยปีละ 2 ครั้ง หน้าที่ของคณะกรรมการบริหารคือ การจัดเตรียมวาระการประชุมสำหรับที่ประชุมใหญ่ขององค์การฯ รับผิดชอบควบคุมดูแลการปฏิบัติงานตามโครงการต่างๆ ซึ่งที่ประชุมใหญ่เห็นชอบ และมีสำนักงานเลขาธิการเป็นฝ่ายปฏิบัติงานตามโครงการให้คำแนะนำที่ประชุมใหญ่ในการรับสมาชิกใหม่ขององค์การ รวมทั้งประสานงานกับตัวแทนขององค์การระหว่างประเทศต่างๆ หรือผู้เชี่ยวชาญในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม

สำนักเลขาธิการ เป็นองค์กรบริหารซึ่งรับผิดชอบงานระหว่างชาติ ปฏิบัติตามมติของที่ประชุมสมัชชาสามัญ และคณะกรรมการบริหารโดยเฉพาะอย่างยิ่งการดูแลความร่วมมือระหว่างประเทศ ตามแผนงานและงบประมาณตามที่ประชุมสมัชชาสามัญเห็นชอบ ประกอบด้วยผู้อำนวยการใหญ่ และเจ้าหน้าที่จำนวนหนึ่ง ผู้อำนวยการใหญ่ได้รับการเสนอชื่อโดยคณะ

¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา “สถาบันระหว่างประเทศ” หน่วยที่ 1-7 (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528), น. 512-

กรรมการบริหาร และได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่อยู่ในตำแหน่งคราวละ 6 ปี และสามารถได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งติดต่อกัน 2 วาระได้

หน่วยงานทั้ง 3 นี้จัดเป็นโครงสร้างขององค์การฯ อย่างไรก็ตามในการดำเนินงานขององค์การฯ เพื่อให้ได้ผลเต็มที่นั้น องค์การฯได้กำหนดให้แต่ละประเทศจัดตั้งคณะกรรมการของตนเองขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการของประเทศนั้นๆ จะเป็นประธานกรรมการ ส่วนสมาชิกคนอื่นๆก็มักจะได้แก่ เจ้าหน้าที่รัฐบาลระดับสูง ผู้เชี่ยวชาญทางด้านการศึกษาวិทยาศาสตร์ และศิลปะโดยคณะกรรมการดังกล่าวเหล่านี้จะเป็นเสมือนตัวเชื่อมโยงประสานความร่วมมือระหว่างองค์การฯและประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ อาศัยโครงสร้างดังกล่าวนี้ทำให้องค์การฯสามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของตนเองได้อย่างเต็มที่ กิจกรรมขององค์การฯนั้นมีใน 2 ลักษณะ² คือ กิจกรรมถาวรทั่วไปอันเป็นกิจกรรมซึ่งจัดเป็นผลประโยชน์แก่สมาชิกโดยทั่วไป เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเอกสาร และการเตรียมการจัดทำอนุสัญญาต่างๆ การให้ความร่วมมือกับองค์กรที่มีใช้ของรัฐบาล เป็นต้น และกิจกรรมเฉพาะอย่างในประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องด้วย โดยบทบาทและการดำเนินการขององค์การฯสามารถแบ่งออกเป็นด้านต่างๆ ได้ 5 ด้าน คือ ด้านการศึกษา ด้านวิทยาศาสตร์ ด้านสังคมศาสตร์ ด้านการสื่อสาร และด้านวัฒนธรรม ซึ่งในที่นี้บทบาทขององค์การฯที่จะกล่าวถึงคือบทบาททางด้านวัฒนธรรม

การดำเนินบทบาททางด้านนี้ขององค์การฯ ได้แก่ การอนุรักษ์มรดกของชาติ เพราะมรดกของชาติจะเป็นตัวชี้ให้เห็นวิวัฒนาการของมนุษยโลก เป็นการแสดงออกถึงเอกลักษณ์ที่ไม่ควรถูกทำลายให้สูญเสียไป ประเทศต่างๆหลายประเทศต้องประสบกับปัญหาในเรื่องการสงวนรักษาและพัฒนาามรดกของชาติ ซึ่งหมายถึงทั้งงานศิลปะ สถาปัตยกรรม หรือสัญลักษณ์ที่ถ่ายทอดกันมา วรรณคดี ภาษา หัตถกรรม อันเป็นผลมาจากการเพิกเฉยต่อการอนุรักษ์มรดกของชาติของประชาชนในชาติ ปัญหาจากการขาดวิทยาการและเงินทุน การถูกทำลายไปในสมัยตกเป็นอาณานิคม และการลักลอบขนย้ายงานศิลปะออกนอกประเทศ องค์การฯได้เข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาด้วยวิธีการต่างๆ เริ่มจากการทำให้คนรู้จักถึงความสำคัญของมรดกของชาติ และการลงมือปฏิบัติและการดำเนินการอย่างต่อเนื่องที่จะสงวนรักษาปกป้องแหล่งโบราณสถานต่างๆในระดับประเทศ มีการปรับปรุงเครื่องมือเครื่องใช้ให้พร้อมที่จะปฏิบัติการอย่างเร่งด่วนเพื่อ

² เพิ่งอ้าง น. 515-516

ต่อต้านศัตรูของโบราณสถานต่างๆ เช่น จากภัยสงคราม ซึ่งอาจส่งผลเสียหายต่อมรดกดังกล่าวของชาติ

1.1.2 บทบาทและหน้าที่ขององค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

โดยจากการพิจารณาถึงบทบาทขององค์การฯ โดยเฉพาะในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีที่มีการขัดกันทางการค้าแล้วนั้น สามารถแยกการพิจารณาออกได้ ดังนี้

(1) การพิจารณาให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม³

องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีบทบาทในการปฏิบัติตามอนุสัญญาปีค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า โดยการให้การพิจารณาความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยเป็นการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษซึ่งเป็นระบบความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงโดยได้มีการกำหนดให้ผู้อำนวยความสะดวกใหญ่ขององค์การฯ เป็นผู้ดำเนินการพิจารณา ซึ่งมีขั้นตอนการดำเนินการร่วมกับรัฐภาคีอื่นๆ และการให้ความคุ้มครองเพิ่มเติม⁴ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปีค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า โดยมีหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการดำเนินการพิจารณาให้ความคุ้มครองคือ คณะกรรมการเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการค้า ซึ่งเป็นองค์กรซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยพิธีสาร มีหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาให้ความคุ้มครองและหน้าที่อื่นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะ เนื่องจากผู้อำนวยความสะดวกใหญ่ขององค์การฯ เป็นผู้ที่มีภารกิจปฏิบัติทั่วไปเกี่ยวกับองค์การฯ จึงควรจะต้องมีองค์กรซึ่งมีหน้าที่เฉพาะเพื่อการปฏิบัติงานเกี่ยวข้องโดยตรงกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

³ UNESCO, "Report on the Implementation of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the event of armed conflict and its two 1954 and 1999 Protocols (Report on the Activities from 1995 to 2004), 2005, pp. 12-14.

⁴ มาตรา 10 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

(2) การให้คำปรึกษา⁵

องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ มีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือโดยการให้คำแนะนำต่างๆ เมื่อได้รับการร้องขอจากประเทศสมาชิก หรือรัฐภาคีของอนุสัญญาปีค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารและพิธีสารทั้งสองฉบับ ในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารขึ้น ซึ่งการให้คำปรึกษานี้เป็นการให้ความช่วยเหลืออันเกี่ยวกับการจัดระเบียบการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ปัญหาอื่นของรัฐภาคีอันเนื่องมาจากการใช้อนุสัญญาหรือข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาซึ่งถือเป็นการช่วยเหลือขององค์การฯ ซึ่งจะเป็นกลไกซึ่งส่งเสริมให้รัฐได้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาและพิธีสารโดยองค์การฯ ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาในการใช้และการปฏิบัติตามอนุสัญญาและพิธีสารของรัฐภาคีจุดเด่นของอนุสัญญาและพิธีสารดังกล่าวในการให้บทบาทกับองค์การฯ ในการให้คำปรึกษานั้น คือในอนุสัญญาและพิธีสารต่างให้อำนาจในการให้คำปรึกษากับองค์การฯ เมื่อมีการร้องขอและในการริเริ่มเสนอให้คำปรึกษาแก่ภาคนั้น องค์การฯ สามารถกระทำได้เองโดยการจัดทำข้อเสนอแนะต่อรัฐภาคีได้โดยตรง ทั้งนี้ตามพิธีสารฉบับที่ 1 ยังได้มีการกำหนดกลไกในการแก้ไข และทบทวนความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารไว้ โดยกลไกของการแก้ไขเพิ่มเติมจะถูกริเริ่มจากอัครภาคีของพิธีสารหนึ่งสามของทั้งหมด และมีการเสนอเรื่องกับผู้อำนวยการใหญ่ขององค์การฯ โดยเมื่อมีการร้องขอดังกล่าว ผู้อำนวยการใหญ่ขององค์การฯ จะต้องมีการเรียกประชุมเพื่อให้คำปรึกษาเรื่องการแก้ไขดังกล่าว ซึ่งถือเป็นหน้าที่สำคัญขององค์การฯ ในการช่วยให้คำปรึกษาเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้น และให้คำแนะนำในแนวทางเพื่อให้เกิดการแก้ไขต่อไป

(3) การให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค⁶

สำหรับการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคนั้น ในพิธีสารฉบับที่ 2 ปีค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปีค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารได้มีการกำหนดให้องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติเป็นองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค โดยในพิธีสารดังกล่าวได้มีการกำหนดตัวอย่างของการให้

⁵ Jiri Toman, The protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, (Hamshire : Dartmount, 1996), pp. 258-259.

⁶ *Ibid.*, pp. 260-262.

ความช่วยเหลือดังกล่าวไว้เพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคนั้น ยกตัวอย่างเช่น การเตรียมการเพื่อพิทักษ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม มาตรการเพื่อการป้องกันทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีสถานการณ์ฉุกเฉิน การรวบรวมข้อมูลรายนามทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือการให้คำปรึกษาทางด้านเทคนิคอื่นใดที่เกิดขึ้น ซึ่งจะเป็นการให้ความช่วยเหลือทางการให้คำปรึกษาทางด้านเทคนิคต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยการให้ความช่วยเหลือนั้นครอบคลุมถึง โครงสร้างพื้นฐาน อุปกรณ์ และบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ ที่จะช่วยเหลือและจัดหาอุปกรณ์ และบุคลากรให้สอดคล้องกับความต้องการและตรงกับปัญหาของรัฐบาลในกรณีเกิดการขัดกันทางการค้า นอกจากนั้นแล้วในยามสันติ UNESCO ก็ยังให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคโนโลยีกับประเทศที่ร้องขอความช่วยเหลือในการจัดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ยกตัวอย่างเช่น⁷ ในปี ค.ศ. 1957 ที่มีการร้องขอจากรัฐบาลของประเทศอียิปต์ และอิสราเอลเพื่อให้ทาง UNESCO ส่งผู้เชี่ยวชาญเข้าไปดำเนินการในโครงการค้นคว้าบริเวณที่เป็นสุสาน Saint Catherine ในแถบภูเขา Sinai เป็นต้น

(4) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

หน้าที่ขององค์การศึกษาวិทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติในการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หากในกรณีที่ไม่มี การแต่งตั้งองค์การคุ้มครองตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า แล้วนั้น มีการกำหนดเอาไว้ 2 ทางเลือกกว่า⁸ ประการที่หนึ่ง ให้องค์การฯ มีบทบาทในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยให้ผู้อำนวยความสะดวกใหญ่ขององค์การฯ ดำเนินการให้การบริการประสานไมตรี หรือเสนอรูปแบบของการระงับข้อพิพาทอื่นใดมาทำหน้าที่ในการประนีประนอม หรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือประการที่สองให้ประธานคณะกรรมการเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการค้าตามพิธีสารฉบับที่ 2 ทำการเสนอต่อภาคีในกรณีพิพาทให้มีการประชุมผู้แทนของแต่ละฝ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การซึ่งผู้ดูแลรับผิดชอบเกี่ยวกับ

⁷ Etienne Clement, "Some Recent Practical Experience in the Implementation of the 1954 Hague Convention", International Journal of Cultural Property, No.1, Vol. 3, 1994, p. 15.

⁸ มาตรา 36 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยการเสนอของภาคีพิธีสาร์ หรือผู้อำนวยการใหญ่ขององค์การฯ เพื่อการระงับข้อพิพาทนั้น ซึ่งกลไกในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยอาศัยองค์การระหว่างประเทศนั้น เห็นว่าส่วนใหญ่จะประสบผลสำเร็จ เนื่องจากได้รับการยอมรับมากกว่าจากคู่กรณีในการขัดกันทางกำลังทางทหารซึ่งถือว่าการปิดช่องว่างของการไม่สามารถใช้กลไกในการไกล่เกลี่ยอื่นที่ไม่ได้รับการยอมรับ และเนื่องจากองค์การศึกษาศาสนาและวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติถือว่าเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับ และมีหน้าที่โดยตรงในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทางทหาร โดยที่องค์การมีทั้งความรู้ ข้อมูล และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน จึงส่งผลทำให้การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีประสิทธิภาพมากกว่านั่นเอง

1.2 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (International Committee of the red Cross : ICRC)

1.2.1 ประวัติความเป็นมาของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ⁹

บุคคลผู้ให้กำเนิดกาชาดคือ Jean Henry Dunant ชาวสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเดินทางไปยังภาคเหนือของประเทศอิตาลี ณ หมู่บ้านซอลเฟริโน เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1859 โดยในขณะนั้นกองทัพฝรั่งเศสได้ช่วยอิตาลีทำการสู้รบกับออสเตรีย ซึ่งท่านได้พบเห็นทหารที่สู้รบกันบาดเจ็บ และล้มตายเกลื่อนกลาดทั่วทั้งสนามรบ โดยที่ไม่มีผู้ใดรักษาพยาบาล ท่านจึงได้ร่วมมือกับประชาชนในเมืองใกล้เคียงในการช่วยเหลือผู้บาดเจ็บ ซึ่งจากประสบการณ์ที่ท่านังริ่ คุณนิตได้ประสบท่านจึงได้เขียนหนังสือขึ้นเล่มหนึ่งชื่อ “ความทรงจำแห่งซอลเฟริโน” (Un souvenir de solfe'rino) ขึ้นในปี ค.ศ. 1862 และได้มีการเสนอให้จัดตั้งสมาคมเพื่อช่วยเหลือผู้บาดเจ็บในสนามรบ จากเนื้อหาของหนังสือเล่มดังกล่าวเป็นการจุดประกายให้ผู้คนได้รับรู้ถึงความทารุณโหดร้ายของสงคราม และทำให้เห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อช่วยเหลือทหารที่บาดเจ็บในยามสงคราม จนในที่สุดได้มีผู้เสนอความคิดของท่านต่อสมาคมสวัสดิการสาธารณะแห่งเจนีวาต่อมาทางสมาคมจึงได้มีการประชุมและจัดตั้งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเพื่อบรรเทาทุกข์ทหารบาดเจ็บ

⁹ เบร์นาร์ด โอเบอร์สัน, คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตอบคำถามคุณ. แปลโดยประสิทธิ์ เอกบุตร, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา), น. 2.

ซึ่งต่อมาคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศก็ได้ถูกก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1863 โดยชาวสวิสเซอร์แลนด์จำนวนห้าคน (ได้แก่ อังรี ดูว์นังต์ กิลโยม-อังรี ดูฟูร์ กุสตาฟ มัวนีแอร์ หลุยส์ แอปเปียร์ และแดโอดอร์ โมเนอร์) เป็นสมาชิกผู้ก่อตั้งกาชาดระหว่างประเทศ และขบวนการเสี้ยววงเดือนแดง ซึ่งในปัจจุบันประกอบด้วยสมาชิกราชาดของประเทศต่างๆ 122 แห่ง สมาชิกราชาดของประเทศต่างๆเหล่านี้ถือว่าเป็นองค์การเอกชนซึ่งมิใช่องค์กรของรัฐบาล¹⁰ แต่ก็ดำเนินการประสานเชื่อมต่ออย่างใกล้ชิดกับรัฐบาล แต่ในทางความเป็นจริงแล้วสมาชิกราชาดของประเทศต่างๆ นั้นมิได้มีลักษณะเป็นองค์การเอกชนอย่างเต็มที่ เพราะส่วนหนึ่งของสมาชิกราชาดเหล่านี้ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาล และกิจกรรมของสมาชิกราชาดเหล่านี้ก็ถูกควบคุมโดยกฎหมายภายในของรัฐ จึงไม่สามารถเป็นอิสระจากรัฐบาลในประเทศของตนได้อย่างสมบูรณ์ โดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเป็นสถาบันด้านมนุษยธรรมที่ไม่เข้าข้างฝ่ายใด มีความเป็นกลางและเป็นอิสระ สำหรับในระดับระหว่างประเทศนั้น คณะกรรมการกาชาดสากลประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นชาติสวิสเซอร์แลนด์ทั้งหมด โดยเป็นองค์การต่างหากจากกาชาดสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งคณะกรรมการกาชาดสากลจะเป็นผู้ให้การรับรองสมาชิกราชาดของประเทศต่างๆที่เกิดขึ้นใหม่โดยรับรองในนามของกาชาดสากล ทั้งนี้ คณะกรรมการยังเป็นผู้รักษา หลักกาชาดเป็นองค์การปกป้องโดยตรง และยังเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นกลางของกาชาดทั้งหมด

1.2.2 พื้นฐานในการดำเนินงานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ

การดำเนินงานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศนั้นมีพื้นฐานในการดำเนินการที่แตกต่างกันทำลักษณะของการสู้รบ เพราะเหตุว่าในกรณีที่มีการสู้รบกันระหว่างประเทศ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจะยึดแนวทางในการดำเนินงานต่างๆ ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับและตามพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ซึ่งบรรดาสนธิสัญญาเหล่านี้ได้กำหนดสิทธิให้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศสามารถดำเนินกิจการบางอย่างได้เช่น การเข้าช่วยเหลือผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย หรือทหารที่ประสบภัยจากเรืออัปปาง การให้ความช่วยเหลือทางด้านการแพทย์ และยารักษาให้แก่ผู้ลี้ภัยสงคราม และผู้ประสบภัยพิบัติธรรมชาติต่างๆ รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือทางด้านอาหารและสุขอนามัยแก่ผู้ลี้ภัยสงคราม ผู้ประสบภัยพิบัติธรรมชาติ และผู้ถูกจับกุมทางการเมืองรวมทั้งครอบครัว การเข้าเยี่ยมบรรดา

¹⁰ International Red Cross handbook, 11th edition, Geneva, ICRC League Red Cross Society, 1997, p. 289.

เชลยศึก รวมถึงการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้มีการปฏิบัติการให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ในกรณีที่เป็นการสู้รบกันภายในประเทศ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจะดำเนินการต่างๆ ตามมาตรา 3 ร่วม ซึ่งถือเป็นบทมาตรานี้ที่อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับต่างบัญญัติเป็นข้อความเดียวกัน โดยมาตรา 3 นี้ได้รับรองสิทธิของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศที่จะให้บริการช่วยเหลือเยียวยาผู้ที่เข้ารบ และรับรองสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังที่มีสาเหตุการกักขังจากการสู้รบ¹¹ และจะต้องดำเนินการตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977

แต่ในสถานการณ์ของกรณีพิพาทที่มีได้ถึงขั้นของการสู้รบด้วยกำลังทหาร อันได้แก่ความไม่สงบภายใน และสถานการณ์ของความรุนแรงภายในประเทศ พื้นฐานในการดำเนินงานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศระบุอยู่ในมาตรา 5 ของธรรมนูญองค์การซึ่งกำหนดสิทธิของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศในอันที่จะริเริ่มดำเนินการช่วยเหลือทางมนุษยธรรม ซึ่งสิทธิดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีการสู้รบที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ¹²

บทมาตราและกฎหมายเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้รับการสนับสนุนให้มีการเคารพต่อกฎหมาย จากประชาคมระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั่นเอง

1.2.3 บทบาทและหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเป็นสถาบันที่ยึดแนวทางความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ อย่างเคร่งครัด โดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจะทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทุกฝ่ายที่ตกเป็นเหยื่อของความขัดแย้งในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร หรือความขัดแย้ง ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับลัทธิทางการเมือง อุดมการณ์ ความเชื่อ และศาสนาใดๆ โดยหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ คือ ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย และเชลยศึก เริ่มต้นตั้งแต่การถูกกักกันไปจนกระทั่งบุคคลนั้นๆ ได้รับการปลดปล่อย และยังให้การบรรเทาทุกข์แก่พลเรือนที่อด

¹¹ เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, “มารตรา่วม (มาตรา 1-3) ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 กับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยธรรมในภาวะของการขัดกันทางกำลังทหาร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) น. 85.

¹² J.D. Armstrong, “The ICRC and political prisoner”, *International Organization* (1985), p.622

อยากอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากสงคราม โดยนำอาหาร เวชภัณฑ์ เครื่องนุ่งห่มไปให้แก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในสงคราม ทั้งนี้คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจึงดำเนินงานในฐานะหน่วยงานที่มีอำนาจหนึ่งเดียวเพื่อให้ความช่วยเหลือตามความเหมาะสมและความจำเป็นในสถานการณ์ของความขัดแย้งดังกล่าว โดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศสามารถขอการสนับสนุนจากสภาชีกวงเดือนแดง สันนิบาตสภากาชาด รัฐบาลของประเทศที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในสงครามซึ่งประสงค์จะให้ความช่วยเหลือ และองค์กรอาสาสมัครต่างๆ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพของการทำงาน¹³

โดยที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศอยู่ในสถานะที่เป็นทั้งผู้ส่งเสริม และปกป้องกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งแนวทางการทำงานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศนั้นก็สามารถทำได้ในหลายลักษณะ¹⁴ คือ

1. สามารถดำเนินการโดยผ่านงานขององค์กร คือ เป็นการกระทำผ่านทางทำให้ความคุ้มครอง และการให้ความช่วยเหลือในนามของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเข้าเยี่ยมนักโทษสงคราม การบรรเทาทุกข์กับผู้ตกเป็นเหยื่อของสงคราม และการทำกิจกรรมส่งเสริมเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้เป็นที่แพร่หลาย

2. สามารถดำเนินการได้โดยผ่านวิธีการป้องกัน คือ การเตือนให้รัฐต่างๆ เคารพในบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และต้องเตือนให้รัฐต่างๆ ดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นเพื่อให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีผลปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งการดำเนินการตามวิธีการป้องกันนี้ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจะกระทำการโดยผ่านทางหน่วยงานให้คำปรึกษากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐต่างๆ ออกกฎหมายและระเบียบภายในรัฐของตนให้สอดคล้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั่นเอง

3. ในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ สามารถดำเนินการได้ตามวิธีการ ดังนี้

- ขั้นตอนที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศริเริ่มขึ้นเองนั้นคือ การที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐบาล หรือผู้ที่มีอำนาจภายในรัฐในกรณีที่มีการ

¹³ ฟรอนซ์วอร์ โปรี, “กำเนิดและพัฒนาการของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ”. แปลโดยจรววยพร ธรินทร์, (กรุงเทพมหานคร : สภากาชาดไทย 2532)

¹⁴ เบร์นาร์ด โอเบอร์สัน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9 น. 36.

ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งถ้าการละเมิดกฎหมายนั้นมีความร้ายแรง และมีการกระทำการซ้ำๆหลายครั้ง โดยเป็นที่แน่นอนแล้วว่าได้มีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างแน่นอนแล้ว คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศสามารถแสดงจุดยืนต่อสาธารณะได้ หากเห็นแล้วว่าการแสดงจุดยืนดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ จากการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมาย แต่กรณีนี้ถือเป็นข้อยกเว้นจากกรณีปกติทั่วไป

- การสนับสนุน และส่งเสริมซึ่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศสามารถดำเนินการสนับสนุน และส่งเสริมให้รัฐต่างๆ ออกกฎหมายภายในซึ่งมีบทลงโทษผู้ที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

- การแจ้งข้อคัดค้านในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่เป็นกลาง คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศอาจได้รับคำร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจากรัฐที่เป็นคู่พิพาท ซึ่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศสามารถทำหน้าที่ในการแจ้งคำตอบให้ฝ่ายที่ถูกกล่าวหามาให้คู่พิพาทอีกฝ่ายได้

- การขอตรวจสอบการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้เมื่อมีคำร้องว่ามีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้น คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศสามารถสามารถขอตรวจสอบการละเมิดกฎหมายดังกล่าวได้ แต่ก็กระทำไม่ได้เพียงพอเท่าที่เห็นว่าการที่ผู้แทนของคณะกรรมการระหว่างประเทศอยู่ในสถานที่นั้น ซึ่งทำให้ง่ายต่อการปฏิบัติการด้านมนุษยธรรม และต้องได้รับหลักประกันด้วยการเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนในสถานที่นั้นๆ จะไม่ถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการเมือง

สรุปหลักปฏิบัติการของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ¹⁵ คือ

1. เป็นการปฏิบัติการซึ่งไม่ยุ่งเกี่ยวกับการเมือง และไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใด โดยจะปฏิบัติต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อทั้งหมดอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการแบ่งแยกตามคำกล่าวที่ว่า “เลือดย่อมมีสีเดียวกันเสมอในทุกๆที่”

2. ให้ความร่วมมือ และความช่วยเหลือกับรัฐบาลต่างๆ ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาอย่างเป็นมิตร

¹⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา “กฎหมายระหว่างประเทศ” หน่วยที่ 7-15, พิมพ์ครั้งที่ 3, (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528) น. 920-921.

3. กรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศ หรือภายในประเทศเกิดขึ้น คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศต้องกระทำการโดยรอบคอบ และระมัดระวัง ไม่ก่อความวุ่นวายให้กับรัฐบาลของประเทศที่เข้าไปปฏิบัติการ

สำหรับบทบาทและหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการกำลังทหารนั้นเมื่อพิจารณาตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 ได้ชี้ให้เห็นถึงกลไกในการตรวจตราให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการกำลังทหารไว้¹⁶ โดยกำหนดถึงการเริ่มต้นกรณีพิพาทไว้ว่า ภาควิชาในกรณีพิพาทแต่ละฝ่ายต้องทำการเสนอแต่งตั้งประเทศที่คุ้มครองในกรณีที่เกิดการพิพาทโดยไม่ชักช้า เพื่อจุดประสงค์ในการตรวจตราใช้บังคับอนุสัญญาทั้งหลาย ซึ่งการนำเสนอประเทศที่คุ้มครองนี้จะมีการเสนอโดยภาคีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเสนอแต่งตั้งองค์อำนาจผู้คุ้มครองให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยภาคีคู่พิพาทอาจยินยอมรับหรือไม่ก็ได้ ซึ่งในกรณีที่ไม่มี การเสนอแต่งตั้งประเทศที่คุ้มครอง หรือไม่ได้รับการยินยอมของภาคีคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศอาจเสนอความช่วยเหลือของตน โดยการเสนอรัฐผู้เข้ามาทำหน้าที่เป็นประเทศที่คุ้มครอง ซึ่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศอาจให้ภาคีในกรณีพิพาทแต่ละฝ่ายเสนอรายนามรัฐ จำนวน 5 รัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่จะเฝ้าอำนวยความสะดวกต่อการรักษาดูแลประโยชน์ได้ ภายใต้กรณีพิพาท โดยภายใน 2 สัปดาห์ นับตั้งแต่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศร้องขอ โดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจะเป็นผู้ดำเนินการเลือกรายนามรัฐเหล่านั้น และเสนอให้แต่ละฝ่ายมีการยินยอม แต่ถ้าหากยังตกลงแต่งตั้งองค์อำนาจผู้คุ้มครองไม่ได้ ให้ภาคีคู่พิพาทยอมรับข้อเสนอสืบของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ หรือองค์การที่เป็นกลางและมีประสิทธิภาพอื่นใดที่จะทำการแทนประเทศที่คุ้มครองนั่นเอง แต่ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ระหว่างรัฐคู่พิพาทในการแต่งตั้งประเทศที่คุ้มครอง ในพิธีสารดังกล่าวได้กำหนดให้ภาคียอมรับการเสนอเข้าไปปฏิบัติการในฐานะผู้ทำหน้าที่แทนประเทศที่คุ้มครองในกรณีเกิดการพิพาทของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ หรือองค์การอื่นใดซึ่งเป็นที่ยอมรับว่ามีความเป็นกลางและมีประสิทธิภาพสำหรับการปฏิบัติงานทางด้านมนุษยธรรม โดยภาคีในกรณีพิพาทมีหน้าที่ในการให้ความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ โดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจะทำหน้าที่ในการตรวจตราการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมใน 2 ลักษณะ ดังนี้

¹⁶ มาตรา 5 (b) พิธีสารฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949

ในกรณีแรก หากคู่กรณีในการขัดกันทางกำลังทหารนั้นเป็นภาคีของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ หรือองค์กรอื่นๆสามารถที่จะดำเนินการตรวจตราทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายในรัฐภาคีคู่พิพาทนั้นได้ ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว เนื่องจากสถานะของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 มีฐานะเป็นการเสริมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954

ในกรณีที่สอง หากคู่กรณีในการขัดกันทางกำลังทหารไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ หรือองค์กรอื่นๆ สามารถใช้อำนาจในการตรวจตราเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น บรรดาสิ่งของ ปูชนียสถาน โดยอนุญาตให้มีการตรวจตราเกี่ยวกับการห้ามกระทำการสู้รบโดยตรง การใช้เพื่อสนับสนุนความพยายามทางทหาร และการใช้เป็นเป้าหมายต่อการตอบโต้ ต่ออนุสารวิธีทางประวัติศาสตร์ งานศิลปะ และปูชนียสถานซึ่งก่อให้เกิดมรดกทางวัฒนธรรม และมีคุณค่าทางศิลปะ รวมทั้งมีคุณค่าทางจิตใจของประชาชนทั่วไป¹⁷ โดยกรอบของการคุ้มครองมีความแคบกว่าที่กำหนดเอาไว้ในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เนื่องจากอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 นั้นจัดเป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยตรงเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ดังนั้นคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศสามารถที่จะเป็นกลไกหนึ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารได้ โดยใช้กลไกในการตรวจสอบตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 หรือพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 ตามที่ได้กล่าวข้างต้น

¹⁷ มาตรา 53 พิธีสารฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949

2. การดำเนินการทางกฎหมายของรัฐในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

2.1 การปฏิบัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาและพิธีสารของรัฐภาคี

กลไกที่สำคัญในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาและพิธีสารเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารที่สำคัญที่สุดก็คือ บรรดารัฐภาคีเพราะเหตุว่ารัฐเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีอำนาจในการทำสัญญาตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1969 ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา¹⁸ เนื่องจากรัฐเป็นองค์ภาวะซึ่งมีทั้งดินแดน ประชากร รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย อีกทั้งรัฐมีความสามารถในการปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่น

ดังนั้นรัฐภาคีของอนุสัญญาและพิธีสารสามารถที่จะเป็นกลไกในการปฏิบัติเพื่อให้เกิดการป้องกันการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารได้ โดยการดำเนินการของรัฐ ดังต่อไปนี้

(1) การให้ความเคารพต่อกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศต่างๆ ที่มีบทบาทในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

โดยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศนี้ สามารถแยกได้เป็นการให้ความเคารพต่อจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และการให้ความเคารพต่อความตกลงระหว่างประเทศ ดังนี้

ประการแรก รัฐต้องให้ความเคารพต่อจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น การให้ความเคารพต่ออนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก เนื่องจากเป็นอนุสัญญาที่ได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศว่าเป็นจารีตประเพณีตามที่ศาลทหารเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมสงคราม ณ เมืองนูแรมเบิร์ก ในปี ค.ศ. 1946 ซึ่งในอนุสัญญาดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศโดย ได้กำหนดห้ามในการกระทำการโจมตี ระดมยิงทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม นอกจากอนุสัญญาปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 แล้วอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองบุคคลพลเรือนในยามสงครามปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นอนุสัญญาซึ่งมีทิศทางเดียวกันกับอนุสัญญาปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 นั้นก็เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐทุกรัฐต้องให้ความเคารพต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งในกรณีของการ

¹⁸

จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) น. 101.

คุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น ในอนุสัญญานี้ให้ความคุ้มครองโดยผ่านกรอบของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของพลเรือนซึ่งอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครอง โดยห้ามมิให้มีการทำลายทรัพย์สินเหล่านั้น

ประการที่สอง การให้ความเคารพต่อความตกลงระหว่างประเทศ บรรดารัฐต้องให้ความเคารพต่อความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐมีพันธกรณีระหว่างกัน โดยความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น ยกตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาเพื่อการคุ้มครองสถาบันทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ปี ค.ศ. 1935 โดยสนธิสัญญาดังนี้เป็นสนธิสัญญาเฉพาะทางฉบับแรกที่กำหนดให้มีความคุ้มครองและให้ความเคารพต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม และเป็นสนธิสัญญาระดับภูมิภาคที่มีรัฐลงนามทั้งสิ้น 21 รัฐโดยเป็นรัฐในทวีปอเมริกาทั้งสิ้น แต่สำหรับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ถือได้ว่าเป็นอนุสัญญาเฉพาะทางที่มีความสำคัญที่สุดและเกี่ยวข้องโดยตรงโดยตรงจากการให้สัตยาบันภาคยานุวัติ และด้วยการสืบทอดของรัฐ ดังนั้นบรรดารัฐภาคีเหล่านี้ต้องให้ความเคารพต่อกฎเกณฑ์และพันธกรณีของอนุสัญญาทั้งในยามสันติและในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร แต่เนื่องจากในพันธกรณีซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศ รัฐบางรัฐยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี โดยเมื่อพิจารณาพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นจารีตประเพณีแล้วยังไม่ครอบคลุมกรอบของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างเพียงพอ อีกทั้งในการปฏิบัติจริงยังเกิดปัญหา และทำให้การเคารพพันธกรณียังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยพิจารณาจากกรณีพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้น ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

(2) การกำหนดมาตรการภายในของรัฐเพื่อตอบสนองพันธกรณีระหว่างประเทศ

เนื่องจากในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามทางบก และอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองบุคคลพลเรือนในยามสงครามปี ค.ศ. 1949 ไม่ได้มีการกำหนดให้ต้องมีการจัดทำมาตรการภายในเพื่อรองรับพันธกรณีตามอนุสัญญา เนื่องจากมุ่งถึงการปฏิบัติเฉพาะเมื่อมีการเกิดสงครามขึ้นแล้ว ส่วนในสนธิสัญญาเพื่อการคุ้มครองสถาบันทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ปี ค.ศ. 1935 มีเพียงการกำหนดให้รัฐภาคีมีการปฏิบัติการในยามสันติ โดยให้รัฐจัดทำรายงานของทรัพย์สินเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้มีการกำหนดให้รัฐต้องมีการจัดทำมาตรการภายในเพื่อรองรับพันธกรณี

ดังนั้นในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการทหารจึงมีการกำหนดให้รัฐภาคีต้องมีการกำหนดมาตรการภายในของรัฐเพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามอนุสัญญา โดยรัฐต้องมีการวางมาตรการภายใน ซึ่งมีองค์ประกอบของการวางมาตรการดังกล่าวออกเป็น 2 องค์ประกอบ คือ

(1) ให้มีการจัดทำบทบัญญัติทางทหารเป็นการประกันว่าจะยึดถือปฏิบัติตามอนุสัญญา โดยอาจจัดทำในรูปของการนำเนื้อหาของอนุสัญญานี้มาประกาศไว้ในคู่มือทางการทหาร หรือในระเบียบกฎเกณฑ์ทางการทหารของรัฐ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ทาง The Federal Civil Defense ได้มีการจัดทำสิ่งพิมพ์เกี่ยวกับเนื้อหาที่มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น ใบปลิว แผ่นพับ จัดอบรมเพื่อให้ทราบถึงจุดประสงค์ แนวทางการบังคับใช้ของอนุสัญญา รวมทั้งกฎหมายภายในของกองทัพของประเทศสวิสเซอร์แลนด์เอง¹⁹

(2) จัดการวางแผน หรือจัดตั้งหน่วยบริการ หรือพนักงานชำนาญพิเศษขึ้นภายในกองทัพโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คำแนะนำ และตัดสินใจเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยทำงานร่วมกับองค์กรเอกชนของรัฐตนเอง หรือทำงานร่วมกับรัฐที่ถูกยึดครองดินแดนเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้ดำเนินการจัดตั้งหน่วยงานทางการคุ้มครองวัฒนธรรม (The Cultural Protection Section) ขึ้นในกองทัพเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจตราทางด้านวัฒนธรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ประกอบความเห็นในการเข้าโจมตีของกองทัพ ทั้งนี้การจัดการวางแผน หรือจัดตั้งหน่วยบริการ หรือพนักงานชำนาญพิเศษขึ้นภายในกองทัพนั้นเป็นมาตรการภายในของแต่ละรัฐเพื่อให้บุคลากรทางการทหารได้รับทราบถึงข้อปฏิบัติตามอนุสัญญาและพิธีสารซึ่งก็ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐนั้นๆเองว่าจะมีแนวทางในการดำเนินการเช่นไร

3. การเผยแพร่อนุสัญญาและพิธีสาร

สำหรับในอนุสัญญานั้นได้กำหนดให้รัฐภาคีมีการบรรจุการศึกษาตัวบทไว้ในกำหนดการฝึกทางการทหาร และในพิธีสารกำหนดให้มีการเผยแพร่ไว้ในหลักสูตรทางการศึกษา

¹⁹ UNESCO, "Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", 1995, p. 24.

หรือมีการประชาสัมพันธ์แก่ประชาชนทั่วไป²⁰ ทั้งนี้ในพิธีสารฉบับที่ 2 ปีค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าได้กำหนดแนวทางในการเผยแพร่พิธีสารไว้²¹ โดยให้มีการรวบรวมแนวการปฏิบัติ และคำแนะนำเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ในข้อปฏิบัติทางการทหาร และให้มีการพัฒนาและอนุวัติการ ฝึกฝนหลักสูตรทางการศึกษาในยามสันติ โดยให้ร่วมมือกับองค์การศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้องกับกรณีนั้นๆ และให้มีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมาย บทบัญญัติทางการปกครอง รวมทั้งมาตรการต่างๆ ที่ออกตามพิธีสาร เพื่อเป็นการประกันการปรับใช้ให้เป็นไปตามพิธีสารให้แก่ผู้อำนวยการใหญ่ขององค์การศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ ยกตัวอย่างเช่น กรณีของประเทศเนเธอร์แลนด์ได้จัดให้มีหลักสูตรเกี่ยวกับศิลปะ วัฒนธรรมของเนเธอร์แลนด์ และวิถีทางการคุ้มครองวัฒนธรรมโดยทหาร และพลเรือนเป็นหลักสูตร “Cultural Protection” เพื่อเสริมสร้างการให้ความเคารพต่อวัฒนธรรมของตน โดยเรียนรู้ถึงขอบเขต และลักษณะทางวัฒนธรรมโดยรวมของโลกจากมุมมองทางประวัติศาสตร์และศาสนาเพื่อเป็นการเสริมสร้างความเข้าใจ และเป็นการให้ความเคารพกับวัฒนธรรมของชาติอื่นๆ

2.2 การตรวจตราให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐ นอกจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาและพิธีสารที่รัฐต้องดำเนินการแล้ว ขั้นตอนสำคัญของการดำเนินการทางกฎหมายอีกประการหนึ่งที่มีความสำคัญ คือ การตรวจตราให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า ซึ่งกลไกในการตรวจตรานี้ สามารถพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

2.2.1 การจัดทำรายงานของรัฐภาคี

ในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการค้าและพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ ได้กำหนดให้มีกลไกในการตรวจตราการคุ้มครอง

²⁰ Jiri Toman, *supra* note 5 pp. 273-276.

²¹ มาตรา 30 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยให้บรรดารัฐภาคีจัดทำรายงานการปฏิบัติตามอนุสัญญาและพิธีสาร²² โดยจัดทำรายงานเพื่อเสนอต่อองค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติในกำหนดระยะเวลา 4 ปี ต่อการทำรายงาน 1 ครั้ง โดยจุดประสงค์ของการกำหนดให้รัฐภาคีจัดทำรายงานต่อองค์การนั้นมีอยู่ 2 ประการคือ กรณีแรกเพื่อให้ทางองค์การได้รับทราบมาตรการต่างๆ ที่บรรดารัฐภาคีได้นำเอาอนุสัญญาไปบังคับใช้ภายในแต่ละรัฐ กรณีที่สองคือเพื่อให้องค์การสามารถติดตามข้อมูลต่างๆ ของรัฐภาคีจากรายงานดังกล่าวเพื่อให้เห็นภาพกว้าง และเพื่อให้ทางองค์การสามารถนำไปใช้เป็นข้อมูลเพื่อเตรียมการระมัดระวังต่อการทำกิจกรรมต่างๆ ของรัฐภาคี รวมทั้งสามารถรับรู้ข้อมูลบางประการที่อาจจะยากแก่การเข้าถึงนั่นเอง²³ ทั้งนี้รัฐภาคีอาจจัดทำรายงานเสนอในระยะเวลาสั้นกว่า 4 ปีก็ได้ ซึ่งสำหรับในกรณีของพิธีสารนั้นมีความแตกต่างอยู่ตรงที่การจัดทำรายงานนั้น ต้องทำเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งคณะกรรมการนี้มีหน้าที่ในการตรวจตราการปฏิบัติตามพิธีสารฉบับที่ 2 โดยเฉพาะ²⁴ ซึ่งจากการปฏิบัติที่ผ่านมาการจัดทำรายงานของรัฐยังมีปัญหาเนื่องจากเมื่อพิจารณาเนื้อหาของรายงานแล้ว ส่วนใหญ่จะอยู่ในเรื่องการเผยแพร่อนุสัญญามากกว่าที่จะมีการกำหนดมาตรการภายในให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญา ซึ่งรัฐภาคีควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้ความร่วมมือในการส่งรายงานต่อหน่วยงานที่กำหนด และต้องดำเนินการอย่างจริงจังในการกำหนดมาตรการภายในเพื่อให้เกิดการปฏิบัติอย่างจริงจังมากขึ้น

2.2.2 การปฏิบัติหน้าที่ของประเทศผู้คุ้มครอง²⁵

ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น ในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นจะมีการจัดตั้งประเทศที่คุ้มครอง ซึ่งเป็นรัฐที่มีความเป็นกลางและได้รับการเสนอแต่งตั้ง

²² Jiri Toman, *supra* note 5 pp. 277-282.

²³ Jan Hladik, "Reporting system under the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", *International Review of Red Cross*, No. 840 (December 2000), pp. 1001 - 1002.

²⁴ มาตรา 37 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

²⁵ Jean de preux, "international Humanitarian law : Synopses", *International Review of Red Cross* (1985-1989), p.1

จากภาคีในกรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในภาคีฝ่ายตรงข้าม โดยที่ได้รับการยอมรับจากภาคีคู่ตรงข้ามให้ปฏิบัติหน้าที่ภายในดินแดนของภาคีในกรณีขัดกันทางกำลังทหารให้สามารถดำเนินการตามหน้าที่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร ในการปฏิบัติหน้าที่ของประเทศผู้คุ้มครองจะมีการแต่งตั้งคณะผู้แทนจากบรรดาเจ้าหน้าที่ทางการทูต หรือเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐตน หรือบุคคลอื่นใดที่ได้รับการยอมรับจากภาคีในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารนั้น

ประเทศผู้คุ้มครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการตรวจตราการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม คือ การจับบันทึก และการสืบสวนสอบสวน นอกจากนี้คณะผู้แทนของประเทศผู้คุ้มครองจะมีการแสดงให้มีการหยุดการกระทำที่เป็นการอันตรายและทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ถ้าหากมีความจำเป็นโดยให้มีการแจ้งไปยังข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมถึงการละเมิดดังกล่าว และยังมีหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างรัฐคู่พิพาท และในส่วนของ การขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม คณะผู้แทนของประเทศผู้คุ้มครองมีหน้าที่ในการให้ความเห็นเกี่ยวกับความจำเป็นในการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมด้วย ซึ่งค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ที่ขึ้นอยู่กับการตกลงระหว่างประเทศของประเทศผู้คุ้มครองกับรัฐผู้ได้รับผลประโยชน์จากการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม²⁶ แต่การดำเนินการของประเทศผู้คุ้มครองนั้นสามารถกระทำได้ภายในขอบเขตที่มีการกำหนดเอาไว้ โดยไม่สามารถปฏิบัตินอกเหนือขอบเขตหน้าที่ซึ่งเป็นการกิจของตนได้²⁷

2.2.3 การปฏิบัติหน้าที่ของข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม²⁸

เมื่อพิจารณาตามข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารแล้วพบว่า ในอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้ข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมถูกแต่งตั้งขึ้นตามข้อบังคับดังกล่าว²⁹ โดยข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมถูกแต่งตั้งขึ้นจากรายนามบุคคลระหว่างประเทศ ซึ่ง

²⁶ Jiri Toman, *supra* note 5 pp. 244-245.

²⁷ มาตรา 8 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

²⁸ Jiri Toman, *supra* note 5 pp. 240-242.

²⁹ มาตรา 6 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

รายนามของบุคคลระหว่างประเทศนี้ได้รับการแต่งตั้งจากบรรดาอัครภาคี ซึ่งถูกรวบรวมโดยผู้อำนวยการใหญ่ขององค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ ซึ่งอาจจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายนามได้หากบรรดาอัครภาคีมีความประสงค์ การกำหนดแต่งตั้งข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างภาคีในการเลือกบุคคลจากรายนามบุคคลระหว่างประเทศ โดยข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะดำเนินการปฏิบัติหน้าที่และประเทศที่คุ้มครอง แต่หากหลังจากการเริ่มต้นการเจรจาภายใน 3 สัปดาห์แล้วรัฐภาคีคู่พิพาทยังไม่สามารถตกลงร่วมกันได้ ให้มีการร้องขอต่อประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ดำเนินการแต่งตั้งข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยการยอมรับของรัฐภาคี

ข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นมีการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการกระทำต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้อนุสัญญา โดยดำเนินการร่วมกับผู้แทนของภาคีซึ่งเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ หรือคณะผู้แทนที่เกี่ยวข้อง โดยมีสิทธิในการสั่งการสืบสวนสอบสวนและตรวจตรา หรือกระทำการใดๆ เกี่ยวกับความประพฤติของภาคี โดยความยินยอมของภาคีซึ่งเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ และข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญาที่จำเป็นแก่บรรดาภาคีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งประเทศที่คุ้มครองของภาคีนั้น ทั้งนี้ข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะต้องส่งสำเนารายงานดังกล่าวซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ในทางเทคนิคให้กับผู้อำนวยการใหญ่ขององค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ อีกทั้งดำเนินการมอบหมายหน้าที่ให้แก่คณะผู้ตรวจตรา หรือคณะผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเข้ามาปฏิบัติการในประเทศคู่พิพาท ทั้งนี้ในการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมีภาระหน้าที่ในการรับคำร้องขอในการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยสามารถทำการปรึกษากับประเทศที่คุ้มครองเกี่ยวกับความเหมาะสมในการปฏิบัติการเพื่อการขนส่ง และหากมีการอนุมัติให้มีการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นแล้ว ข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมีหน้าที่ในการแต่งตั้งผู้ตรวจตรา หรือคณะผู้ตรวจตรา เพื่อให้ร่วมเดินทางไปกับการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น รวมถึงต้องดำเนินการรับรองว่าการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นการสมควรแก่พฤติการณ์แวดล้อม โดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่ไม่มีการจัดตั้งประเทศที่คุ้มครอง ข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมยังสามารถทำหน้าที่ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ด้วย อย่างไรก็ตามข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่สามารถที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้เกินกว่าที่ได้ถูกมอบหมาย หรือมากไปกว่าภารกิจซึ่งได้ถูกกำหนดเอาไว้ตามข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญา ซึ่งสำหรับค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่

เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานของข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้จะเป็นหน้าที่ของภาคีผู้ที่ตกลงแต่งตั้งข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้ปฏิบัติหน้าที่³⁰

2.2.4 การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ในพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารมีบทบัญญัติให้มีการตรวจตราการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยใช้คณะทำงานขององค์การระหว่างประเทศ โดยมอบหมายหน้าที่ดังกล่าวให้แก่คณะกรรมการเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร³¹ ให้มีหน้าที่ในการดูแล และตรวจตราให้มีการปฏิบัติตามพิธีสารฉบับที่ 2³² แทนการทำหน้าที่ของประเทศผู้คุ้มครอง เนื่องจากเห็นว่าการทำงานโดยคณะขององค์การระหว่างประเทศนั้นจะได้รับการยอมรับจากคู่กรณีในการขัดกันทางกำลังทหารมากกว่า แต่ในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวก็มีข้อจำกัด เนื่องจากคณะกรรมการมีอำนาจเพียงการตรวจตราดูแล แต่ไม่ได้มีอำนาจในการบังคับให้หยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกิดขึ้น และด้วยความเป็นบทบัญญัติที่มาจากพิธีสารฉบับที่ 2 ดังนั้นอำนาจในการตรวจตราจึงไม่ได้รวมถึงอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและพิธีสารฉบับที่ 1

2.2.5 การปฏิบัติหน้าที่ของคณะผู้ตรวจตรา และคณะผู้เชี่ยวชาญ³³

การทำงานของคณะผู้ตรวจตรา และคณะผู้เชี่ยวชาญเป็นคณะบุคคลซึ่งถูกกำหนดให้มีการปฏิบัติงานโดยเฉพาะเจาะจง โดยมีการจัดตั้งเป็นการเฉพาะกิจจากความเห็นของข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือคณะผู้แทนขององค์การว่าคุ้มครองที่เกี่ยวข้องร้องขอ โดยคณะผู้ตรวจตรา และคณะผู้เชี่ยวชาญนี้จะมีหน้าที่รับผิดชอบในงานที่ได้รับมอบหมายจากข้าหลวงใหญ่เพื่อ

³⁰ มาตรา 10 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

³¹ มาตรา 24 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

³² มาตรา 27 (1) (c) พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

³³ Jiri Toman, *supra* note 5 pp. 243-244.

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งจะมีการกำหนดเป็นกรณีๆไป และในกรณีที่คณะผู้ตรวจสอบต้องการคำแนะนำ หรือข้อมูลใดๆที่จำเป็นในการทำงานก็สามารถที่จะขอความช่วยเหลือ หรือคำปรึกษาจากคณะผู้เชี่ยวชาญซึ่งคัดมาจากบุคคลที่มีความรู้ ทักษะทางด้านโบราณคดีในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับการคุ้มครองนั้นๆ³⁴ ในส่วนของการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมหากข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเห็นสมควรอนุมัติรับรองการขนส่ง และมีการแต่งตั้งผู้ตรวจตรา หรือคณะผู้ตรวจตราแล้ว ผู้ตรวจตรา หรือคณะผู้ตรวจตราก็มีหน้าที่ในการตรวจตรา และเดินทางไปกับการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นจนถึงจุดหมายปลายทาง³⁵ และเช่นเดียวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การอื่นๆ คณะผู้ตรวจตรา หรือคณะผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้เกินกว่าภารกิจที่ได้ถูกมอบหมาย และค่าใช้จ่ายสำหรับการปฏิบัติงานของคณะผู้ตรวจตราและคณะผู้เชี่ยวชาญ ก็อยู่ในความรับผิดชอบของภาคีที่ร้องขอให้มีการเข้าไปปฏิบัติหน้าที่

ในทางปฏิบัตินั้นคณะผู้ตรวจตรา หรือคณะผู้เชี่ยวชาญอาจได้รับการแต่งตั้งโดยผู้ว่าการใหญ่ขององค์การศึกษาศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติได้ เนื่องจากมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีพิพาทระหว่างประเทศอิสราเอลกับประเทศเลบานอน ในปี ค.ศ. 1982 ผู้ว่าการใหญ่ฯ ได้มีการแต่งตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญ 4 คน ให้มีหน้าที่จัดทำรายงานเกี่ยวกับพื้นที่ทางโบราณคดี ประวัติศาสตร์ ในเมือง Tyre ของประเทศเลบานอนซึ่งถูกยึดโดยกองทัพของอิสราเอล โดยคณะผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ในการจัดทำรายงานเกี่ยวกับการตรวจตรา และให้คำแนะนำต่อองค์กรแห่งชาติเลบานอนกับผู้ว่าการใหญ่ฯ และยังแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้เป็นที่ปรึกษาในการคุ้มครองเมือง Tyre ด้วย³⁶ ซึ่งจากการที่คณะผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้เชี่ยวชาญมีการแต่งตั้งจากผู้ว่าการใหญ่ฯ เพื่อจัดทำรายงานโดยไม่ต้องมีการยอมรับจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย จึงทำให้การทำงานของผู้เชี่ยวชาญ หรือคณะผู้เชี่ยวชาญสามารถประสบผลสำเร็จและเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพมากกว่ากลไกในการตรวจตราอื่นๆ

³⁴ มาตรา 7 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

³⁵ มาตรา 17 (3) ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

³⁶ Etienne Clement, *supra* note 7 p.18

2.3 การแก้ไข และทบทวนความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ในการแก้ไข และทบทวนความตกลงระหว่างประเทศนั้น เป็นกลไกที่จะทำให้ความไม่สัมฤทธิ์ผลอันเกิดขึ้นจากสาระสำคัญของความตกลงได้รับการแก้ไขให้มีการปรับใช้ในความเป็นจริงและเกิดความสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้น โดยในแต่ละความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็ระบุกลไกในการแก้ไขต่างกันไป

สำหรับกลไกในการแก้ไข และทบทวนอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาได้กำหนดให้การแก้ไขสามารถเป็นไปโดยการริเริ่มของรัฐภาคีใดก็ได้ แต่ในการแก้ไขนั้นต้องมีการยอมรับโดยมติเป็นเอกฉันท์โดยบรรดาสภาภาคีของอนุสัญญาทั้งหมด โดยขั้นตอนในการขอทบทวนและแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญานั้น รัฐภาคีมีอำนาจในการร้องขอโดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อผู้อำนวยการใหญ่องค์การศึกษาศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ โดยผู้อำนวยการใหญ่ฯ จะแจ้งคำร้องขอนี้ต่อบรรดาสภาภาคีอื่นเพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับคำร้องขอดังกล่าว โดยมีระยะเวลาการตอบรับเป็นระยะเวลา 4 เดือนนับตั้งแต่วันที่ที่มีการแจ้งการร้องขอต่อบรรดาสภาภาคีอื่น³⁷ โดยบรรดาสภาภาคีนั้นสามารถเสนอความเห็นของตนได้ใน 3 กรอบความเห็นคือ

- 1) พิจารณาเห็นชอบให้มีการจัดประชุม
- 2) พิจารณายอมรับการแก้ไขโดยไม่ต้องมีการประชุม
- 3) ปฏิเสธการเสนอแก้ไข

ในกรณีที่มีความเห็นจากบรรดาสภาภาคีให้มีการเรียกประชุมในการแก้ไขอนุสัญญาเป็นจำนวนเสียง 1 ใน 3 ของภาคีทั้งหมดเสนอต่อผู้อำนวยการใหญ่ฯ ก็ให้มีการเรียกประชุมบรรดาสภาภาคีได้ และการแก้ไขจะมีผลก็ต่อเมื่อมีมติในที่ประชุมของบรรดาสภาภาคีอย่างอย่างเป็นเอกฉันท์ โดยผลของการใช้บังคับการแก้ไขอนุสัญญานั้น เฉพาะในส่วนที่มีการแก้ไขจะมีการเปิดให้ลงนาม และภาคยานุวัติ

สำหรับในพิธีสารฉบับที่ 1 ได้กำหนดการแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้โดยการทบทวนและแก้ไขเพิ่มเติมนี้จะถูกริเริ่มจากการที่รัฐภาคีของพิธีสารจำนวน 1 ใน 3 ของภาคีทั้งหมดเสนอต่อผู้อำนวยการใหญ่ฯ ซึ่งเมื่อมีการร้องขอดังกล่าวแล้ว ผู้อำนวยการใหญ่ฯ ก็สามารถดำเนินการเรียก

³⁷ Jiri Toman, *supra* note 5 pp. 325-329.

ประชุมเพื่อการแก้ไข³⁸ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะมีผลเมื่อมีมติเป็นเอกฉันท์เช่นเดียวกับกรณีของอนุสัญญา และจะเปิดให้รัฐภาคีลงนาม หรือภาคยานุวัติเพื่อให้มีผลผูกพันในการปฏิบัติเฉพาะในส่วนที่แก้ไข แต่ในส่วนของพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพยากรสินทางวัฒนธรรมนั้นไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกลไกในการทบทวน และแก้ไขเพิ่มเติมพิธีสารเอาไว้

3. กลไกในการระงับข้อพิพาทในกรณีการละเมิดการคุ้มครองทรัพยากรสินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กรณีพิพาททางกฎหมาย และกรณีพิพาททางการเมือง การค้า เศรษฐกิจ หรือกรณีอื่นใดกรณีใดที่รัฐคู่พิพาทอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นข้อสนับสนุนในการรักษาสีทธิของตน และได้แย้งสิทธิของอีกฝ่ายหนึ่งถือว่าการพิพาททางกฎหมาย ส่วนกรณีพิพาทอย่างอื่นถือว่าการพิพาททางการเมือง การค้า เศรษฐกิจ หรือกรณีอื่นใดนั้นอาจตกลงระงับด้วยสันติวิธี หรือการบังคับ โดยหลายประเทศได้ยอมรับนับถือกันทั่วโลกบังคับว่าทุกรัฐต้องตกลงข้อพิพาทกันโดยเครื่องมือดังกล่าว³⁹

ในกฎบัตรสหประชาชาติได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 33 เกี่ยวกับกรณีพิพาทไว้ดังนี้ “ผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทใดๆ ซึ่งหากดำเนินต่อไปน่าจะเป็นอันตรายแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ก่อนอื่นจะต้องแสวงหาการแก้ไขโดยการเจรจา การไต่สวน การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมดี อนุญาโตตุลาการ การระงับโดยทางศาล การหันเข้าอาศัยทบวงการตัวแทน หรือการตกลงส่วนภูมิภาค หรือสันติวิธีประการอื่นที่คู่กรณีจะพึงเลือก” ซึ่งมาตราดังกล่าวก็เป็นการกำหนดเพียงหน้าที่ของสมาชิกขององค์การสหประชาชาติว่า หากจะต้องระงับข้อพิพาทระหว่างกัน สมาชิกก็ต้องระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีเท่านั้น เพราะเหตุว่าในกฎหมายระหว่างประเทศก็ยังไม่มียกเว้นที่จะบังคับให้รัฐต้องระงับข้อพิพาท เพราะรัฐไม่อาจถูกบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยปราศจากความยินยอมของตนได้ ดังที่ศาลสถิตย

³⁸ ส่วนที่ III ข้อ 15, พิธีสารปี ค.ศ. 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพยากรสินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

³⁹ จุมพต สายสุนทร, “กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ” (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 3-4.

ยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวในความเห็นแนะนำในคดี Status of Eastern Carelia ว่า “เป็นที่ชัดเจนว่าในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่มีรัฐใดโดยปราศจากความยินยอมของตนที่จะถูกบังคับให้ต้องเสนอข้อพิพาทของตนกับรัฐอื่นให้มีการไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการ หรือให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีใด”⁴⁰

ในที่นี้สำหรับกรณีที่เกิดข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น จะพบว่าวิธีการในการระงับข้อพิพาทในหลายรูปแบบ โดยสามารถแบ่งรูปแบบในการระงับข้อพิพาทออกได้ ดังต่อไปนี้

3.1 รูปแบบกฎหมายในการระงับข้อพิพาท

3.1.1 การเจรจาปรึกษาหารือ

การเจรจาระหว่างประเทศเป็นกระบวนการที่เกี่ยวกับการพิจารณาสถานการณ์ หรือกรณีพิพาทระหว่างประเทศโดยการใช้มาตรการทางสันติ โดยการพบปะแลกเปลี่ยนความคิดเห็น ความเข้าใจต่อกัน เพื่อปรับเข้าสู่จุดที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายอาจตกลงกันได้ หรือยอมให้แกกันได้ การเจรจามีได้มีความหมายรวมไปถึงกระบวนการศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งตามความหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น การเจรจาเป็นการมุ่งให้ความหมายถึงการเจรจาโดยตรงระหว่างคู่กรณีโดยการเจรจาอาจจะเป็นไปในรูปการประชุมร่วมในแบบหนึ่งแบบใดก็ได้ หรือแม้แต่การพบปะเจรจากันอย่างไม่เป็นทางการด้วยการแจ้งให้ทราบข้อความที่แต่ละฝ่ายประสงค์ และการต่อรองผ่านสันนิบาตระหว่างกัน จึงเป็นมาตรการเบื้องต้นที่จะนำไปสู่การเจรจาที่แท้จริงต่อไปที่เรียกว่า การเจรจาอภิปราย

การเจรจา และการปรึกษาหารือนับได้ว่าเป็นมาตรการอันแรกในการแสวงหาหนทางท่าความตกลงระหว่างประเทศ⁴¹ เพื่อการระงับกรณีพิพาทโดยสันติวิธี ในสนธิสัญญาต่างๆ มักนิยามกำหนดให้คู่สัญญาทำการตกลงในข้อพิพาทด้วยการเจรจาปรึกษาหารือกันก่อน ก่อนที่จะนำเรื่องไปสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งผลของการเจรจาอาจลงเอยโดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยินยอมตามอีกฝ่ายหนึ่ง หรือแม้จะไม่ยินยอมรับรู้สิทธิของอีกฝ่ายหนึ่ง และยอมสละสิทธิของตนเสีย หรืออาจตกลงกันได้โดยการยอมผ่อนปรน ผ่อนสั้นผ่อนยาวให้แกกันก็ได้

⁴⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17 น. 422-423.

⁴¹ Lachs, “The law and the Settlement of International Disputes”, in Dispute Settlement Through the United Nations, (ed. by Raman, 1977), p. 287.

สำหรับในกรณีพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม รัฐคู่พิพาทก็สามารถให้วิธีการเจรจาปรึกษาหารือเป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทได้ เนื่องจากการเจรจานั้นมิได้มีบทบาทเฉพาะในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเท่านั้น เพราะเหตุว่าในความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศทั้งหลายไม่ว่าจะในระดับทวิภาคี หรือพหุภาคี ความร่วมมือระหว่างประเทศ หรือความสัมพันธ์อื่นใดในทางระหว่างประเทศต่างก็ต้องอาศัยวิธีการในการเจรจาเป็นเบื้องต้นแทบทั้งสิ้น ดังนั้นการเจรจาจึงมีบทบาทนับตั้งแต่ในขณะที่ยังไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพื่อนำไปสู่การมีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไปจนถึงขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเช่นนั้นเกิดปัญหาขึ้น

ในกรณีของข้อพิพาทอันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น นับว่าการเจรจาในฐานะที่เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถตอบสนองได้อย่างรวดเร็ว และมีความยืดหยุ่นต่อข้อพิพาทระหว่างประเทศ รัฐคู่กรณีในการพิพาทดังกล่าวยังคงมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการเจรจาโดยไม่ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือระเบียบ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ซึ่งนอกจากการเจรจาโดยตรงระหว่างคู่พิพาทนั้น นอกจากจะสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้แล้ว ยังอาจช่วยเสริมสร้างความสัมพันธ์และความเข้าใจอันดีระหว่างคู่พิพาทได้ แต่ทั้งนี้แม้ว่าการเจรจาจะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ก็ตาม แต่แนวทางดังกล่าวก็ไม่ได้ประสบความสำเร็จเสมอไป เพราะในการเจรจาต่อรองนั้นมักมีปัจจัยทางการเมืองระหว่างประเทศ หรืออำนาจต่อรองระหว่างคู่พิพาทเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ และในการเจรจานั้นก็ไม่มีลักษณะเด็ดขาดถาวร และอาจจะต้องมีการเจรจาต่อรองกันต่อไปอีกเพื่อหาข้อยุติ⁴² หรือนำไปสู่ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทที่มีความเข้มข้นมากกว่า

3.1.2 การให้บริการประสานไมตรี และการไกล่เกลี่ยโดยรัฐอื่น⁴³

เมื่อขั้นตอนในการเจรจาและปรึกษาหารือล้มเหลว หรือไม่อาจมีขึ้นได้เพราะรัฐคู่พิพาทไม่ปรารถนาที่จะเจรจากันโดยตรง ก็อาจใช้วิธีการให้รัฐอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย ซึ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น ประเทศผู้คุ้มครองซึ่งนอกจากจะมีบทบาทในการตรวจตรา และแนะนำการปฏิบัติตามอนุสัญญาปีค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารแล้ว ประเทศผู้คุ้มครองยังมีบทบาทในฐานะที่เป็นองค์ภาวะคุ้มครอง ซึ่งหากองค์ภาวะคุ้มครองมีความเห็นว่ามีคามจำเป็นเพื่อ

⁴² จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37 น. 8-9.

⁴³ Jiri Toman, *supra* note 5 pp. 250-253.

ผลประโยชน์ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม องค์การควบคุมครองจะให้บริการประสานไมตรี (Good Offices) เช่น ความไม่ลงรอยกันระหว่างรัฐภาคีเกี่ยวกับการปรับใช้ หรือการตีความบทบัญญัติของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 และข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญา รวมทั้งพิธีสารเพิ่มเติม

โดยการบริการประสานไมตรีเป็นการชักชวนของบุคคลที่สาม คือผู้ไม่เกี่ยวข้องในกรณีพิพาทนั้นให้คู่พิพาทเกี่ยวกับกรณีใดๆเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระงับข้อพิพาท ซึ่งในกรณีนี้ประเทศผู้คุ้มครองเป็นผู้ชักชวน ซึ่งการบริการประสานไมตรีนี้อาจทำให้การระงับกรณีพิพาททำได้รวดเร็วขึ้นในกรณีที่คู่พิพาทไม่ต้องการเป็นฝ่ายเริ่มในการเจรจาเพื่อการระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางการเมืองระหว่างประเทศ หรือศักดิ์ศรีแห่งรัฐ หรือเหตุผลอื่นใดก็ตาม⁴⁴ และการให้บริการประสานไมตรีจะสิ้นสุดลงเมื่อคู่พิพาทได้มีการเข้าร่วมประชุมหารือเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าวเรียบร้อยแล้ว

ทั้งนี้ประเทศผู้คุ้มครองยังทำหน้าที่เสนอให้ผู้พิพาทส่งผู้แทนของแต่ละฝ่ายเข้าร่วมประชุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การผู้รับผิดชอบในการดำเนินการใดๆเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยที่ประเทศผู้คุ้มครองจะเป็นผู้เสนอให้ผู้กรณีพิพาททั้งสองฝ่าย หรือมากกว่านั้นรับรอง รัฐที่เป็นกลาง หรือรัฐที่มีไต่ถามในกรณีพิพาท หรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งโดยผู้อำนวยความสะดวกขององค์การศึกษาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติเพื่อให้ดำรงตำแหน่งประธานในที่ประชุม โดยการประชุมนี้จะมีการจัดขึ้นในดินแดนที่เป็นกลาง หรือในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีในกรณีพิพาท ซึ่งภาคีในกรณีพิพาทจะมีผลผูกพันต่อผลของการประชุมนี้ด้วย ซึ่งประเทศผู้คุ้มครองในที่นี้เมื่อสามารถชักชวนให้คู่พิพาทเข้าเจรจาระงับข้อพิพาทกันโดยตรงในลักษณะของการบริการประสานไมตรีได้เข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทด้วยแล้ว ประเทศผู้คุ้มครองจะเข้ามามีบทบาทในการเจรจาระงับข้อพิพาทในลักษณะของ “ผู้ไกล่เกลี่ย” ซึ่งถือว่ามีบทบาทและหน้าที่มากกว่าการเป็นเพียงผู้ชักชวนให้คู่พิพาทเข้าเจรจาระงับข้อพิพาทกัน โดยประเทศผู้คุ้มครองได้เข้าร่วมการเจรจาระหว่างคู่พิพาทและอาจทำข้อเสนอเพื่อนำไปสู่การระงับข้อพิพาท แต่ข้อเสนอไม่นับผูกพันคู่พิพาท เพราะถือว่าข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเพียงข้อเสนอแนะเท่านั้น คู่พิพาทจะเห็นด้วยหรือไม่ยอมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่พิพาทเอง⁴⁵

⁴⁴ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37 น. 14.

⁴⁵ มาตรา 22 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

ทั้งนี้ในกรณีการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้นหากไม่มีการแต่งตั้งองค์การระงับข้อพิพาทนั้น หากมีข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ก็ให้ข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยเสมือนกับประเทศที่คุ้มครอง

3.1.3 การประนีประนอมข้อพิพาท

การประนีประนอม คือการที่รัฐคู่พิพาทมอบหมายให้คณะกรรมการคณะหนึ่ง ทำการศึกษาข้อพิพาทในทุกแง่มุม และ เสนอแนะในการยุติข้อพิพาทเป็นทางออกในการยุติข้อพิพาทซึ่งรัฐคู่พิพาทสามารถยอมรับและปฏิบัติได้ แต่ทั้งนี้รัฐคู่พิพาทไม่จำเป็นต้องผูกพันตามข้อเสนอของคณะกรรมการแต่อย่างใด⁴⁶ กล่าวคือ รัฐคู่พิพาทมีอิสระเสรีอย่างเต็มที่ที่จะยอมรับปฏิบัติตามข้อเสนอของคณะกรรมการ หรือปฏิเสธข้อเสนอของคณะกรรมการอย่างสิ้นเชิงก็ได้

การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยการประนีประนอมจึงเป็นวิธีการที่นิ่มนวล และยืดหยุ่น รัฐคู่พิพาทมีอิสระเสรีที่จะตัดสินใจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการอย่างใดที่เป็นการยุติข้อพิพาท เป็นการให้อำนาจอธิปไตยแก่รัฐและไม่ผูกพันรัฐซึ่งต่างจากการระงับกรณีพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยหน้าที่ของคณะกรรมการคือ การตรวจสอบเรื่องราว และการจัดทำรายงานเสนอต่อรัฐคู่กรณี พร้อมทั้งข้อเสนอแนะที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้ง โดยการประนีประนอมมีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการ คือ จะต้องใช้กระบวนการประนีประนอมถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ และรายงานของคณะกรรมการประนีประนอมไม่มีผลผูกพันต่อคู่กรณี และไม่มีผลทางกฎหมายต่อรัฐคู่กรณี คณะกรรมการมีหน้าที่แต่เพียงการประนีประนอมให้คู่กรณีหันหน้าเข้าหากัน

โดยในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมด้วยวิธีการประนีประนอมนั้น เมื่อพิจารณาตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารได้กำหนดให้องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีบทบาทในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สิน

⁴⁶ อภิญา เลื่อนฉวี, “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง”, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), น. 233.

ทางวัฒนธรรม โดยนอกจากจะทำหน้าที่ให้บริการประสานไมตรีแล้ว องค์การฯสามารถทำการ ประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยในพิธีสารฉบับที่ 2 นี้บัญญัติให้ ประธานคณะกรรมการเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารเสนอ ต่อภาคีในกรณีพิพาทให้มีการประชุมผู้แทนของแต่ละฝ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การซึ่งดูแล รับผิดชอบเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรม โดยการเสนอของภาคีของพิธีสาร หรือผู้อำนวยการใหญ่ ขององค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติเพื่อการระงับกรณีพิพาทนั้น⁴⁷

3.1.4 องค์การศาล

การแก้ไขปัญหาคัดแย้งเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอีกรูปแบบหนึ่งโดยใช้ องค์การทางการศาลก็เป็นกระบวนการโดยสันติวิธีในการระงับข้อพิพาท ถือว่าเป็นวิธีการที่มี ลักษณะทางตุลาการ คือการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยบุคคลที่สาม หรือคณะบุคคลโดย ใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นพื้นฐานในการทำคำวินิจฉัย หรือคำชี้ขาดแล้วแต่กรณี โดยคำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดของศาลย่อมมีผลผูกพันคู่พิพาท โดยมีหลักการอันเป็นพื้นฐานก็คือ การพิจารณาตัดสินกรณีพิพาทระหว่างประเทศจะทำได้บนพื้นฐานของเจตจำนงของรัฐ ซึ่ง หมายความว่า การยินยอมของรัฐเป็นเงื่อนไขสำคัญก่อนที่จะนำเรื่องให้ศาลพิจารณา โดยการ ระงับข้อพิพาทโดยองค์การศาลนั้นนับว่าเป็นแนวทางที่เป็นสากล และได้รับการยอมรับในประชาคม ระหว่างประเทศและมีการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปซึ่งในกรณีของการคุ้มครองทรัพย์สินทาง วัฒนธรรมนั้น มีรูปแบบของศาลที่ใช้พิจารณาคืออยู่ 2 รูปแบบคือ ศาลระหว่างประเทศ และศาล ภายในประเทศซึ่งจะได้อธิบายในรายละเอียดในหัวข้อการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลต่อไป

3.2 การระงับข้อพิพาท

3.2.1 ขอบเขตและกระบวนการระงับข้อพิพาท

เนื่องจากข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้นมี ลักษณะเฉพาะซึ่งต้องอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศในการปรับใช้กับปัญหา ทำให้ ระบบการระงับข้อพิพาทนั้นสามารถเป็นไปได้โดยรัฐคู่พิพาทเป็นหลักสำคัญในการตัดสินใจว่าจะ

⁴⁷ มาตรา 36 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการ คุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ใช้วิธีการใดในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งกระบวนการในการระงับข้อพิพาทนั้น สามารถเป็นไป
ได้ 2 แนวทางด้วยกันคือ

แนวทางแรก คือการระงับข้อพิพาทโดยรัฐคู่พิพาทเอง ซึ่งมีกระบวนการในการระงับ
ข้อพิพาทในลักษณะของการปรึกษาหารือ การจัดการเจรจา การไกล่เกลี่ย และการประนีประนอม
โดยหากรัฐคู่พิพาทเป็นภาคีของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมใน
กรณีขัดกันทางกำลังทหารและพิธีสารเพิ่มเติมสองฉบับแล้วนั้น รัฐภาคีก็ต้องเคารพในพันธกรณี
ระหว่างกันโดยปฏิบัติตามกลไกในการระงับข้อพิพาทตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา
ดังกล่าว ซึ่งก็จะมียุทธศาสตร์ที่จะเข้ามาช่วยในการไกล่เกลี่ย และระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทั้งรัฐที่
สามที่เป็นกลาง หรือองค์กรระหว่างประเทศ เช่น องค์การศึกษาศาสนาและวัฒนธรรมแห่ง
สหประชาชาติที่จะเข้ามามีบทบาทในการช่วยไกล่เกลี่ย และระงับข้อพิพาท

แนวทางที่สอง คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยใช้วิธีการทางตุลาการ คือ
องค์กรศาล โดยในกรณีของการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทาง
วัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น สามารถแยกออกได้เป็น การระงับข้อพิพาทโดยศาล
ระหว่างประเทศ และการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในประเทศ ซึ่งกระบวนการในการระงับ
ข้อพิพาททางองค์กรศาลนั้น นับว่าเป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปใน
ประชาคมระหว่างประเทศ สำหรับศาลระหว่างประเทศที่ทำหน้าที่พิจารณาเกี่ยวกับกรณีพิพาท
ต่างๆระหว่างรัฐ คือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยในกรณีของการละเมิดความคุ้มครอง
ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารถือเป็นการพิจารณาข้อพิพาทที่อยู่ในเขต
อำนาจของศาลซึ่งเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศในกรณีที่คู่พิพาทเป็นภาคีของ
อนุสัญญา และเป็นภาคีของธรรมนูญศาล นอกจากนี้ยังมีศาลระหว่างประเทศซึ่งจะพิจารณา
ความรับผิดชอบของปัจเจกชนเกี่ยวกับการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอีกด้วย ส่วน
ศาลภายในประเทศซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายในก็สามารถใช้กฎหมายภายในดำเนินการ
พิจารณาคดี โดยกฎหมายภายในบางประเภทก็มีพันธกรณีที่รับเอากฎหมายระหว่างประเทศ
เข้าไป อย่างไรก็ตามในการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทาง
วัฒนธรรมนั้นจะมีวิธีการเช่นไร ก็ขึ้นอยู่กับสถานะแวดล้อม และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี
ประกอบว่าจะใช้แนวทางใดในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

3.2.2 วิธีการระงับข้อพิพาท

(1) การระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยรัฐคู่พิพาท

วิธีการระงับข้อพิพาทโดยรัฐคู่พิพาทยึดหลักเคารพอธิปไตยของรัฐ โดยรัฐต้องยินยอมและสมัครใจที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของตน อาศัยการปรองดองของคู่กรณี และมีเจตนาอันบริสุทธิ์โดยมุ่งหวังให้ข้อพิพาทนั้นยุติลงและตกลงกันได้ ฉะนั้นการระงับข้อพิพาทนี้จึงขึ้นอยู่กับความเสี่ยงของฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย วิธีการระงับข้อพิพาทจึงกระทำการโดยการเจรจาทางการทูต การไกล่เกลี่ย และการประนีประนอม ซึ่งแต่ละวิธีการมีลักษณะแตกต่างกันออกไปเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เลือกวิธีการเหล่านี้ให้เหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นถือว่าไม่มีลักษณะบังคับคู่กรณีในทางกฎหมาย และอยู่บนหลักการที่ยอมรับโดยความสมัครใจ⁴⁸

การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยวิธีการที่ไม่มีลักษณะทางตุลาการและเป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น อาจกระทำได้โดยคู่พิพาททำการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐคู่พิพาทกันเองโดยตรง โดยที่ไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งทำได้โดยการใช้วิธีการเจรจาปรึกษาหารือระหว่างกันเพื่อหาทางแก้ไขปัญหา หรือการที่รัฐคู่พิพาทอาจแต่งตั้งคณะทำงานร่วมกันเพื่อสอบสวนข้อเท็จจริง หรือใช้วิธีการไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมซึ่งถือว่าการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีซึ่งรัฐคู่พิพาทอาจตกลงกันเองได้ หรือให้รัฐที่สามเข้ามามีส่วนร่วมด้วย ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยรัฐคู่พิพาทนี้เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางการเมือง หรือทางการทูตระหว่างประเทศโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาท และจะไม่มีข้อเสนอแนะ หรือข้อวินิจฉัยใดที่ผูกพันคู่พิพาท

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารแล้วพบว่า กลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยรัฐคู่พิพาทนั้น รัฐคู่พิพาทสามารถเจรจาปรึกษาหารือระหว่างกัน หรือให้ประเทศผู้คุ้มครองทำหน้าที่ในการให้บริการประสานไมตรีเป็นการชักชวนให้คู่พิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระงับ

⁴⁸

ชวติ พิสุทธิพันธุ์, “วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติของสหประชาชาติ”, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เกษณปรกรณ์, 2505), น. 9.

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น⁴⁹ ทั้งนี้อาจมีการจัดการเจรจาและร่วมประชุมกันระหว่างรัฐคู่พิพาทเพื่อหาแนวทางในการยุติข้อพิพาท โดยอาจมีรัฐคนกลาง หรือรัฐที่มีใช้ภาคีในกรณีพิพาทเข้าร่วมด้วย

ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น การเข้ามามีส่วนร่วมขององค์ระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐก็มีความสำคัญ โดยเฉพาะในกรณีของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น องค์ระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญ และถือว่าเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญโดยตรงก็คือ องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ ซึ่งรัฐคู่พิพาทในกรณีการละเมิดความคุ้มครองเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอาจมอบหมายให้ผู้อำนวยการใหญ่องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติให้การบริการประสานไมตรี หรือเสนอรูปแบบของการระงับข้อพิพาทอื่นใดมาทำหน้าที่ในการประนีประนอม หรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แต่เมื่อพิจารณาจากรายงานขององค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติแล้วจะเห็นว่ากลไกในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ยังไม่มีการใช้อย่างเป็นทางการ เนื่องจากเมื่อสิ้นสุดกรณีพิพาทแล้วรัฐต่างๆสามารถทำการตกลงระหว่างกันได้โดยตรง และสามารถไกล่เกลี่ยกันได้โดยไม่ต้องอาศัยกลไกในการไกล่เกลี่ยตามบทบัญญัติในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ดี เห็นว่าการที่รัฐคู่พิพาทสามารถที่จะระงับข้อพิพาท และไกล่เกลี่ยกันได้โดยตรงนับเป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทที่ทำได้รวดเร็ว และส่งผลดีต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยไม่ต้องใช้วิธีการอื่นซึ่งอาจมีกระบวนการที่ซับซ้อนกว่า และใช้ระยะเวลาในการพิจารณายาวนานกว่าที่จะหาข้อยุติได้

(2) การระงับข้อพิพาทโดยศาล

การระงับข้อพิพาทโดยทางศาลมีหลักการอันเป็นพื้นฐาน ก็คือ การพิจารณาตัดสินกรณีพิพาทระหว่างประเทศจะทำได้บนพื้นฐานของเจตจำนงของรัฐ ซึ่งหมายความว่า การยินยอมของรัฐเป็นเงื่อนไขสำคัญก่อนที่จะนำเรื่องให้ศาลพิจารณา หลักการนี้ได้เป็นที่ยอมรับในศาลสถิตียุติธรรมระหว่างประเทศ โดยในปัจจุบันศาลที่ใช้ในการพิจารณาคดีมีอยู่ด้วยกัน 2 รูปแบบใหญ่ๆ

⁴⁹ มาตรา 22 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

คือ ศาลระหว่างประเทศ (International Court หรือ International Tribunal) กับศาลภายในประเทศ (Domestic Court) โดยศาลทั้งสองรูปแบบนี้มีความแตกต่างกัน ซึ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(2.1) ศาลระหว่างประเทศ

เมื่อสงครามโลกครั้งแรกยุติลงนั้นได้มีการจัดตั้งสันนิบาตชาติขึ้น พร้อมกันนั้นศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (The Permanent Court of International Justice) ก็ถูกจัดตั้งขึ้นโดยกติกาสนนิบาตชาติ เมื่อปี ค.ศ. 1920 นับว่าเป็นก้าวสำคัญของการระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศทางศาล ศาลนี้มีลักษณะเป็นศาลแท้จริง โดยศาลนี้ได้เปิดโอกาสให้นานาประเทศที่จะยอมรับเขตอำนาจศาลเพื่อให้ตัดสินคดีพิพาททุกเรื่องไม่มีขอบเขตจำกัด ทั้งที่ได้เกิดพิพาทกันแล้วและที่จะมีกรณีพิพาทในอนาคต และมีผู้พิพากษาประจำโดยไม่จำเป็นต้องรอให้รัฐคู่พิพาทตกลงเลือกหาผู้ตัดสินก่อน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1922 ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้มีโอกาสพิจารณาคดีเป็นครั้งแรก และต่อมาบทบาทการทำหน้าที่ของศาลต้องหยุดพักไประยะหนึ่งเพราะเกิดเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ขึ้น

ดังนั้นศาลระหว่างประเทศนั้นมีความเกี่ยวพันในทางประวัติศาสตร์กับองค์การระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลระหว่างประเทศได้ถูกจัดตั้งขึ้นภายใต้การผลักดันขององค์การระหว่างประเทศ โดยศาลสถิตยยุติธรรมระหว่างประเทศได้ถูกจัดตั้งขึ้นในกรอบของสันนิบาตชาติ แต่เมื่อเกิดเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลสถิตยยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ล้มเลิกไปพร้อมกับองค์การดังกล่าว แม้ว่าธรรมนูญของศาลฯจะแยกเป็นเอกเทศจากกติกาของสันนิบาตชาติก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลนี้ก็ทำหน้าที่ระงับกรณีพิพาทโดยการพิจารณาคดีถึง 75 คดี ในระหว่างปีค.ศ. 1922 ถึงปี ค.ศ. 1939 คณะมนตรีแห่งสันนิบาตชาติได้เสนอเรื่องเพื่อปรึกษาหารือทางกฎหมายถึง 28 เรื่อง จึงนับได้ว่าศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศในสมัยก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2⁵⁰

หลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ก็ถือกำเนิดขึ้นเป็นองค์กรหลักหนึ่งในหกองค์กรหลักของสหประชาชาติ ซึ่งถูกจัดตั้ง

⁵⁰ สุเทพ อรรถากร, “กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พฤติกรรมและเอกสาร เล่ม 2 : ภาคสงคราม กรณีพิพาท และความเป็นกลาง” (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2516) น. 340.

ขึ้นโดยกฎบัตรสหประชาชาติ และมีเขตอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งศาลระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นองค์กรทางตุลาการระหว่างรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาต่อธรรมนูญก่อตั้งศาลนั้น หรือคู่กรณีพิพาทยอมรับอำนาจของศาลนี้ว่าจะใช้กฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณาคดี โดยศาลระหว่างประเทศซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(ก) ศาลระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐ

เมื่อกล่าวถึงศาลระหว่างประเทศที่มีบทบาท และหน้าที่ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับกรณีพิพาทต่างๆ ระหว่างรัฐด้วยกันนั้นคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือศาลโลก เมื่อมีการสถาปนาองค์การสหประชาชาติขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 หน่วยงานยุติธรรมใหม่ได้ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1945 ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ธรรมนูญศาลได้ถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎบัตรด้วย ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้ถูกก่อตั้งขึ้น โดยข้อความที่เป็นสาระสำคัญของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาจากศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในสมัยสันนิบาตชาติ ธรรมนูญบัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ "...ความสำคัญอยู่ที่มาตรา 93 วรรค 1 สมาชิกทั้งปวงแห่งสหประชาชาติโดยพฤตินัยยอมเป็นภาคีแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และสมาชิกแห่งสหประชาชาติย่อมผูกพันตามมาตรา 94 วรรค 1 โดยยินยอมตามคำวินิจฉัยของศาล ในกรณีที่สมาชิกนั้นเป็นฝ่ายพิพาท เงื่อนไขสำหรับรัฐที่มีไม่ใช่เป็นสมาชิกสหประชาชาติอาจเป็นภาคีแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศภายใต้มาตรา 93 วรรค 2 โดยสมาชิกเป็นผู้กำหนดตามคำแนะนำของคณะมนตรีความมั่นคง..."⁵¹ เห็นได้ว่ารัฐจะไม่ถูกบังคับให้เสนอข้อพิพาทแต่เมื่อตนได้เสนอข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลแล้ว จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันซึ่งตกอยู่แก่ตนตามคำพิพากษา คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องเรียนไปยังคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งถ้าเป็นความจำเป็นก็อาจทำคำแนะนำ หรือวินิจฉัยมาตรการที่จะดำเนินเพื่อยังผลให้เกิดแก่คำพิพากษานั้นตามมาตรา 94 วรรค 2 คำพิพากษาของศาลถือว่าสิ้นสุด หากการตัดสินนั้นศาลและคู่กรณีได้พบข้อเท็จจริงที่ยังไม่ทราบมาก่อน คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้ตีความในคำพิพากษา หรือยื่นเรื่องราวขอแก้ไขได้

⁵¹ Julius Stone, "Legal Controls of International Conflict", (London : Steven & Sons Limited, 1954), pp. 111-112.

ตามธรรมนูญก่อตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททั้งปวงที่รัฐคู่พิพาทได้เสนอต่อศาลในลักษณะที่เป็นกระบวนการพิจารณา ซึ่งเฉพาะรัฐเท่านั้นที่จะเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาได้

ในมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลนี้ระบุว่า ศาลจะวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอาศัยหลักเกณฑ์เหล่านี้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาตัดสิน⁵²

- 1) สนธิสัญญา หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาระหว่างรัฐ หรือเฉพาะบางรัฐซึ่งก่อตั้งกฎเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับโดยเปิดเผยระหว่างรัฐ คู่พิพาท
- 2) จารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เห็นโดยชัดแจ้งว่า เป็นการปฏิบัติกันทั่วไปจนยอมรับว่าเป็นกฎหมาย
- 3) หลักกฎหมายทั่วไปที่นานอารยประเทศยอมรับรอง
- 4) ภายใต้อำนาจของมาตรา 59 คำตัดสินของศาล และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ ระดับสูงของประเทศต่างๆ โดยใช้เป็นเครื่องช่วยในการพิจารณากำหนด หลักเกณฑ์ของกฎหมาย

และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ ที่รัฐใดรัฐหนึ่ง เสนอขึ้นมาอันเกี่ยวกับเรื่อง⁵³

⁵² Article 38 of the Statute of the International Court of Justice.

“The Court.... shall apply:

(a) International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states,

(b) International custom as evidence of general practice accepted as law.

(c) The general principles of law recognized by civilized nations;

(d) Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

⁵³ Article 36, id.

“...jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:

(a) The interpretation of a treaty;

- 1) การตีความสนธิสัญญาระหว่างประเทศ
- 2) ปัญหาข้อกฎหมายระหว่างประเทศ
- 3) ข้อเท็จจริงที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ และ
- 4) การชดเชยค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทน เนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

นอกจากนั้น ศาลนี้ยังอาจให้คำปรึกษาแนะนำในปัญหาข้อกฎหมายแก่สมาชิกใหญ่สหประชาชาติ คณะมนตรีความมั่นคง หรือองค์การอื่นที่ได้มอบอำนาจให้ทำเช่นนั้นได้ เช่น คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม สมาคมเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศ เป็นต้น โดยการพิจารณาคดีของศาลจะต้องกระทำโดยเปิดเผย เว้นแต่รัฐคู่พิพาทจะร้องขอ หรือศาลเห็นสมควรจะให้พิจารณาลับ คำพิพากษาคือต้องเป็นไปตามเสียงข้างมากของตุลาการ

ในกรณีของการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้นถือเป็นการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศเช่นเดียวกันในกรณีที่คู่พิพาทดังกล่าวเป็นภาคีของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และเป็นภาคีของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยในกรณีนี้ข้อจำกัดของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยทั่วไป คือ การนำคดีขึ้นสู่ศาลได้นั้นต้องได้รับการยินยอมจากคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายจึงจะนำคดีขึ้นสู่ศาลได้⁵⁴ และสำหรับกรณีของคดีซึ่งเกี่ยวกับกรณีพิพาทตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารจะถูกนำขึ้นสู่ศาลได้มีข้อจำกัดว่าคู่กรณีซึ่งนำคดีขึ้นสู่ศาลต้องเป็นภาคีของอนุสัญญานับนี้ด้วย

(b) Any question of international law;

(c) The existence of any fact which, if established would constitute a breach of an international obligation;

(d) The breach of an international obligation.

⁵⁴ Article 36, id.

(1) The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.

ทั้งนี้ในกรณีของการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอาจจะไม่ได้ถูกนำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยฐานของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 ก็ได้ เพราะเหตุว่ากรณีดังกล่าวอาจถูกนำขึ้นสู่ศาลในกรณีของการใช้กำลังโดยผิดกฎหมาย คือ การใช้กำลังโดยเกินขอบเขตไม่มีการแบ่งแยกเป้าหมายทางพลเรือน และเป้าหมายทางการทหาร ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาเวียได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยมีสมาชิกขององค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือเป็นจำเลย ซึ่งได้กล่าวถึงการใช้อาวุธเป็นเหตุให้มีอนุสรณ์ทางวัฒนธรรมซึ่งเป็นสถานที่สำคัญทางศาสนา และพิพิธภัณฑสถานได้รับความเสียหาย เพราะนอกจากการพิจารณาข้อพิพาทในการละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารโดยอาศัยฐานกฎหมายของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 แล้วนั้นยังสามารถใช้ฐานของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอื่นเช่น อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบกซึ่งถือกันว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้กำลังมาพิจารณาได้อีกด้วย

จากการพิจารณาเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยศาลระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐในกรณีของการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร เห็นว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีข้อจำกัดในการดำเนินการอยู่ คือ ต้องเป็นการดำเนินคดีที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐซึ่งยอมรับเขตอำนาจศาล หรือเป็นภาคีของธรรมนูญศาลเท่านั้น โดยหากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 และพิธีสารแล้วนั้น คู่กรณีต้องเป็นภาคีของอนุสัญญาและพิธีสารที่จะกล่าวอ้างความคุ้มครองเพื่อการพิจารณาของศาลด้วย แต่อย่างไรก็ตามแม้ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาและพิธีสาร ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็อาจใช้ฐานกฎหมายอื่นซึ่งถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมากกล่าวอ้างได้ แต่ก็ต้องมีการยอมรับเขตอำนาจศาลของคู่กรณีพิพาทด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาตามข้อจำกัดดังกล่าว ทำให้ในอดีตที่ผ่านมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีบทบาทในการพิจารณาคดีการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารน้อยมากนั่นเอง

(ข) ศาลระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกชน

แนวคิดการให้ปัจเจกชนเป็นผู้ต้องรับผิดชอบในกระบวนการระหว่างประเทศเกิดขึ้นอย่างชัดเจนในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยการลงโทษปัจเจกชนจะกระทำโดยรัฐคู่สงครามอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการลงโทษดังกล่าวไม่ได้กระทำตามกระบวนการระหว่างประเทศแต่เป็นการตัดสินของศาล

ประเทศผู้ชนะสงครามซึ่งปกครองรัฐที่แพ้สงคราม โดยจะเห็นเป็นรูปธรรมในหลักการนูเรมเบิร์ก โดยมีหลักว่าปัจเจกชนมีความรับผิดชอบในการเป็นอาชญากรสงครามได้ ถึงแม้ว่าจะมิได้เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม

การให้ปัจเจกชนเป็นผู้ต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเนื่องจากถือว่ารัฐและปัจเจกชนต่างเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศจึงสามารถปรับใช้โดยตรงกับบุคคลธรรมดาได้ โดยเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าปัจเจกชนเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ คือ การพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในศาลทหาร ณ เมืองนูเรมเบิร์ก ประเทศเยอรมัน ซึ่งได้มีการจัดตั้งขึ้นภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 โดยศาลดังกล่าวเกิดจากการที่ฝ่ายพันธมิตรได้ริเริ่มหามาตรการในการตอบโต้ ลงโทษ และหาตัวผู้รับผิดชอบ ในการปฏิบัติการอันโหดร้ายของพวกนาซีเมื่อสงครามจบสิ้น⁵⁵ ซึ่งการพิจารณาที่เกิดขึ้นนี้ก่อให้เกิดประวัติศาสตร์กฎหมายระหว่างประเทศในความผิดฐานอาชญากรรมต่อความสงบสุข และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติขึ้นมา โดยความผิดทั้งสองฐานนี้สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดระดับสูงมาอยู่ภายใต้ระบบความยุติธรรมได้ นอกจากศาลทหารนูเรมเบิร์กแล้ว ศาลทหาร ณ กรุงโตเกียวซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยกฎบัตรโตเกียวอันเป็นศาลทหารระหว่างประเทศก็เป็นอีกเหตุการณ์หนึ่งที่ชี้ให้เห็นถึงการลงโทษปัจเจกชนผู้กระทำความผิดในกระบวนการระหว่างประเทศด้วย

อย่างไรก็ตามแม้การพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามของศาลนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียวจะไม่ได้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการละเมิดต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมไว้โดยตรง แต่ก็ได้กำหนดให้การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐ หรือทรัพย์สินของเอกชน และการทำลายเมือง หมู่บ้าน เป็นความผิดอาชญากรรมสงคราม โดยปัจเจกชนผู้กระทำ หรือสั่งการให้กระทำการดังกล่าวต้องได้รับการพิจารณาคดี แต่เนื่องจากศาลทหารดังกล่าวมีข้อจำกัดเพราะเหตุว่าเป็นศาลที่พิจารณาคดีต่อผู้แพ้สงครามเท่านั้น ทำให้ผู้ชนะสงครามและกระทำความผิดดังกล่าวไม่ได้รับการพิจารณาคดีเช่นเดียวกับผู้แพ้

ศาลระหว่างประเทศซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกชนต่อการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น สามารถแบ่งการ

⁵⁵ ญาณภาค มันทาร์ตัน, “อาชญากรรมสงครามที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น. 73.

พิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศโดยในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการพิจารณาความผิดที่ได้กำหนดเอาไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และอีกกรณีคือ ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจซึ่งจะมีอำนาจพิจารณาความผิดเฉพาะกรณีที่ความผิดนั้นเกิดขึ้นในดินแดนดังกล่าวโดยเฉพาะ โดยศาลทั้ง 2 กรณีนี้มีบทบาทในการพิจารณาความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังนี้

1) ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court)

การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถือเป็นความสำเร็จอันยิ่งใหญ่ของประชาคมระหว่างประเทศสำหรับความพยายามในการปรับปรุงข้อบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศก่อนหน้านี้ ซึ่งโดยหลักการแล้วรัฐไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดอย่างโหดร้าย และต่อกลุ่มชนผู้บริสุทธิ์จำนวนมาก ศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นจึงจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน และพิจารณาพิพากษาการกระทำอันโหดร้ายเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นได้รับการลงโทษ ซึ่งการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นรูปร่างขึ้นด้วยความพยายามขององค์การสหประชาชาติ โดยในปี ค.ศ. 1994 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกร่างธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ และได้นำเสนอต่อสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ จนกระทั่งที่ประชุมทางการเมืองเพื่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งจัดตั้งขึ้นที่สำนักงานอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี ช่วงระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน ถึงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ได้มีมติรับเอาธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า “ธรรมนูญกรุงโรม” (Rome Statute of the International Criminal Court)⁵⁶

ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการดำเนินการพิจารณาคดีอาญากับปัจเจกชนซึ่งได้กระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงตามกฎหมายระหว่างประเทศและส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศโดยส่วนรวม 4 ประเภท ซึ่งได้แก่⁵⁷

⁵⁶ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542) น. 30

⁵⁷ สันติ อัสโรจกุล, “สรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 14 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน, 2545), น. 101-118

1) อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยผู้ใดก็ตามที่กระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จะถูกนำตัวขึ้นศาล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีตำแหน่งสูงเพียงใด นั้นหมายความว่าไม่เพียงแต่บรรดาพลทหารผู้ลี้ภัยไปเป็นในสงครามเท่านั้น แต่นับรวมไปถึงประมุขของรัฐ หรือรัฐมนตรีในรัฐบาลด้วย

2) อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ เป็นการกระทำความผิดทางอาญาที่ได้รวบรวมไว้ในฐานะที่เป็นตราสารระหว่างประเทศในธรรมนูญของศาลทหาร ณ เมืองนูเรมเบิร์ก ในปี ค.ศ. 1945 ซึ่งนับแต่นั้นมาก็ได้รับการยอมรับในประชาคมโลกให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในปัจจุบันอยู่ในรูปของสนธิสัญญาระหว่างประเทศภายใต้บทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรม

3) อาชญากรรมสงคราม เป็นความผิดที่ศาลภายในของรัฐต่างๆ มีอำนาจพิจารณาได้ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามต่อบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับใดฉบับหนึ่งในจำนวน 4 ฉบับ และ

4) อาชญากรรมที่เป็นการรุกราน เป็นการพิจารณาความผิดและลงโทษผู้กระทำการละเมิดในกรณีที่เป็นอาชญากรรมรุกรานได้ก็ต่อเมื่อรัฐภาคีได้เห็นชอบร่วมกันในคำนิยามและองค์ประกอบความผิดที่ใช้เป็นเกณฑ์การพิจารณาความผิดฐานนี้

โดยการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงเหล่านี้จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเด็ดขาดซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่จะกระทำการละเมิดมิได้ และจะมีการกำหนดยกเว้นเป็นอย่างอื่นมิได้เช่นกัน เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น เริ่มเมื่อรัฐได้แสดงความยินยอมที่จะเข้าเป็นภาคีของธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศโดยการให้สัตยาบันก็ถือว่ารัฐภาคีได้ให้การยอมรับเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้อำนาจของตนในกรณีที่รัฐเจ้าของดินแดนซึ่งมีการกระทำความผิด หรือรัฐซึ่งคนชาติของตนถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้นเป็นรัฐภาคีของธรรมนูญศาล หรือในกรณีที่รัฐซึ่งมิใช่ภาคีธรรมนูญศาลได้ให้การยอมรับเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นกรณีๆไป นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศยังมีเขตอำนาจเหนือคดีซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ยื่นเสนอต่อศาล โดยไม่คำนึงถึงรัฐที่เกี่ยวข้องในคดีนั้นจะเป็นภาคีของธรรมนูญศาลหรือไม่

เมื่อพิจารณาเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแล้วนั้น คือกรณีอาชญากรรมสงคราม โดยจากการพิจารณาจากลักษณะ

ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (war crimes) ที่ได้มีการกำหนดไว้ในธรรมนูญศาลได้กำหนดความผิดเอาไว้ 3 ลักษณะ ดังนี้⁵⁸

1) กรณีการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ซึ่งได้แก่ การกระทำใดๆต่อบุคคล หรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวาฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 โดยการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบในข้อ 8 วรรค 2 (a) (iv) อาชญากรรมสงครามโดยการทำลาย และริบทรัพย์สิน (war crime of destruction and appropriation of property) จากการทำลาย หรือริบทรัพย์สินโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรโดยความจำเป็นทางทหาร เป็นการทำลายอย่างกว้างขวางโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และกระทำไปโดยไม่เลือกเป้าหมาย

2) กรณีการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ ภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเกี่ยวข้องกับความผิดตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญฯ ดังต่อไปนี้

- ข้อ 8 วรรค 2 (b) (ii) อาชญากรรมสงครามโดยการโจมตีวัตถุทางพลเรือน (war crime of attacking civilian objects) คือวัตถุในการโจมตีเป็นวัตถุทางพลเรือน กล่าวคือ มิได้เป็นเป้าหมายทางทหาร และ

- ข้อ 8 วรรค 2 (b) (v) อาชญากรรมสงครามโดยการโจมตีสถานที่ที่ไม่มีการป้องกัน (war crime of attacking undefended places) ผู้กระทำผิดโจมตีเมือง หมู่บ้าน ที่อยู่อาศัย หรือสิ่งก่อสร้างไม่ได้ประกอบขึ้นเป็นเป้าหมายทางทหาร และ

- ข้อ 8 วรรค 2 (b) (ix) อาชญากรรมสงครามโดยการโจมตีวัตถุที่ได้รับความคุ้มครอง (war crime of attacking protected objects) ผู้กระทำผิดเจตนาให้สิ่งก่อสร้าง หรือสิ่งก่อสร้างซึ่งอุทิศให้สำหรับศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมั่งคั่งประสงคทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล หรือสถานที่ซึ่งเป็นที่ยอมรับของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ดังกล่าว ซึ่งมิได้เป็นเป้าหมายทางทหารซึ่งจะใช้ในการโจมตี และ

⁵⁸ Article 8 of The Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N.Doc.A/CONF. 183/9

- ในข้อ 8 วรรค 2 (b) (xiii) อาชญากรรมโดยการทำลาย หรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายตรงข้าม คือการทำลายหรือยึดทรัพย์สินโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรโดยความจำเป็นทางทหาร

จากการพิจารณาความผิดฐานอาชญากรรมสงครามกรณีการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศข้างต้น เห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยตรงนั้นอยู่ใน ข้อ 8 วรรค 2 (b) (ix) อาชญากรรมสงครามโดยการโจมตีวัตถุที่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งในความผิดฐานดังกล่าวนี้ ต้องพิจารณาประกอบกับองค์ประกอบความผิด (Elements of Crimes) ของฐานความผิดดังกล่าว ซึ่งมีองค์ประกอบ 5 ประการ⁵⁹ คือ

1. ผู้กระทำความผิดมุ่งโจมตีโดยตรง
2. การโจมตีนั้นกระทำต่อสิ่งก่อสร้างหรือสิ่งก่อสร้างซึ่งอุทิศให้สำหรับศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล หรือสถานที่ซึ่งเป็นที่ยอมรับของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้
3. ผู้กระทำความผิดเจตนาที่จะกระทำการโจมตีต่อทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว
4. กรณีนี้ใช้บังคับกับการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ
5. ผู้กระทำความผิดทราบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในภาวะการขัดกันทางกำลังทหารนั้น

เมื่อพิจารณาจากฐานกระทำความผิด และองค์ประกอบความผิดของข้อ 8 วรรค 2 (b) (ix) แล้วจึงถือว่าการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าวถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

3) กรณีการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับการขัดกันทางกำลังทหารที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว เมื่อใช้บังคับกับการขัดกันทางกำลังทหารที่มีใช้ลักษณะระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่ใช่บังคับกับสถานการณ์ความไม่สงบและสถานการณ์ตึงเครียดภายในประเทศ เช่น การจลาจล การกระทำรุนแรงที่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นกรณี และเป็นครั้งคราว หรือการกระทำอื่นใดใน

⁵⁹ International Criminal Court , Elements of Crimes. Retrieved February 3, 2009, from <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm>

ลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยบังคับกับความขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขัดกันทางกำลังทหารอย่างยืดเยื้อระหว่างหน่วยงานของรัฐบาลกับกลุ่มติดอาวุธซึ่งได้รับการจัดตั้งอย่างเป็นทางการ หรือระหว่างกลุ่มเช่นว่า โดยการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเกี่ยวข้องกับ ความผิดตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญฯ ดังต่อไปนี้

- ข้อ 8 วรรค 2 (e) (iv) อาชญากรรมสงครามโดยการโจมตีวัตถุที่ได้รับความคุ้มครอง (war crime of attacking protected objects) โดยวัตถุในการโจมตีเป็นสิ่งก่อสร้าง หรือมากกว่า สิ่งก่อสร้างซึ่งอุทิศให้สำหรับศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือเพื่อความมั่งคั่ง ประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล หรือสถานที่ซึ่งเป็นที่ยึดมั่นของผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ดังกล่าว ซึ่งไม่ได้เป็นเป้าหมายทางทหาร และ

- ข้อ 8 วรรค 2 (e) (xii) อาชญากรรมสงครามโดยการทำลาย หรือยึดทรัพย์สินของฝ่ายตรงข้ามโดยทรัพย์สินดังกล่าวได้รับความคุ้มครองจากการทำลาย หรือยึดทรัพย์สินภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเรื่องขัดกันทางกำลังทหาร โดยที่การทำลายหรือยึดทรัพย์สินไม่ต้อง ประสงค์โดยความจำเป็นทางทหาร

จากการพิจารณาความผิดฐานอาชญากรรมสงครามกรณีการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศข้างต้น เห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยตรงนั้นอยู่ใน ข้อ 8 วรรค 2 (e) (iv) อาชญากรรมสงครามโดยการโจมตีวัตถุที่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งองค์ประกอบความผิด (Elements of Crimes) ของฐานความผิดดังกล่าวซึ่งมี 5 ประการ เหมือนดังเช่นกรณีของความผิดในข้อ 8 วรรค 2 (b) (ix) เพียงแต่นั่นองค์ประกอบความผิดในข้อ 4. ใช้บังคับกับกรณีการขัดกันทางกำลังทหารที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ และเมื่อพิจารณาจากฐานกระทำความผิด และองค์ประกอบความผิดของข้อ 8 วรรค 2 (e) (iv) แล้วจึงถือว่าการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าวถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

ดังนั้นเมื่อพิจารณาลักษณะความผิดฐานอาชญากรรมสงครามซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร สามารถพิจารณาได้ว่าทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมได้รับการคุ้มครองใน 2 กรณี ดังนี้

กรณีแรก คือ การคุ้มครองทรัพย์สินทั่วไป โดยทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครองในความหมายของทรัพย์สินทั่วไปจากการกระทำ ดังต่อไปนี้

- การทำลาย และริบโดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร โดยมีขอบด้วยกฎหมายและไม่เลือกเป้าหมาย
- การโจมตีโดยเจตนาต่อวัตถุทางพลเรือน หรือวัตถุซึ่งมิใช่เป้าหมายทางทหาร
- การทำลายทรัพย์สินโดยสามารถหลีกเลี่ยงได้

กรณีที่สอง คือ การคุ้มครองอย่างเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม กรณีนี้ได้มีการกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงต่อการคุ้มครองทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมจากการคุ้มครองจากการถูกล้างให้มีการโจมตีต่อสิ่งก่อสร้าง ซึ่งเป็นสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ การกุศล หรืออนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์

ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนอกจากฐานความผิดซึ่งมีการกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแล้ว ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศยังได้กำหนดให้กฎหมายซึ่งนำมาใช้บังคับในศาล กล่าวคือ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ องค์ประกอบความผิดทางอาญา และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความ โดยถ้าหากเห็นว่าเหมาะสม ศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถนำสนธิสัญญา และหลักการรวมทั้งกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับได้ ซึ่งก็รวมไปถึงหลักการที่เป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งในกรณีนี้จึงเป็นการเปิดช่องให้อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารและพิธีสารสามารถถูกนำไปใช้ในการพิจารณาได้ เนื่องจากถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารกฎเกณฑ์หนึ่งถึงแม้ว่าในปัจจุบันอนุสัญญานับนี้จะไม่ได้อธิบายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม

อย่างไรก็ตามปัจเจกชนซึ่งถูกพิจารณาในศาลอื่นเกี่ยวกับการกระทำอย่างเดียวกันแล้ว จะไม่ได้รับการพิจารณาอีก ซึ่งในกรณีนี้เป็นการเปิดช่องให้รัฐภาคีของธรรมนูญศาลอาญามีการกำหนดมาตรการภายในเกี่ยวกับฐานความผิดที่กำหนดไว้ตามธรรมนูญศาลอาญาก่อน และเมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารและพิธีสารแล้วนั้น ในอนุสัญญาฯได้กำหนดให้มีการวางมาตรการภายในเพื่อลงโทษเกี่ยวกับผู้ละเมิดอนุสัญญา คือผู้ซึ่งได้ละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งหากรัฐภาคีของอนุสัญญาฯได้มีการกำหนดฐานความผิดในการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเอาไว้เป็นมาตรการภายในของรัฐแล้ว และมีองค์ประกอบตรงกับฐานความผิดซึ่งได้กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่าง

ประเทศ ผู้ถูกพิจารณาความผิดนั้นไม่ต้องการได้รับการพิจารณาในศาลอาญาระหว่างประเทศอีก เนื่องจากถือว่าการพิจารณาคดีกระทำเดียวกัน จึงเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นการเสริมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และพิธีสารที่กำหนดความผิดภายในรัฐ เพื่อให้กรณีการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้รับการพิจารณาจากความรับผิดชอบของปัจเจกชนในทางระหว่างประเทศนั่นเอง

2) ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวีย

(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia “ICTY”)

ลักษณะการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศที่ผ่านมาในอดีตในช่วง ค.ศ. 1940 ได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดีต่อบุคคลสำหรับอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ คือ ศาลนูเรมเบิร์ก และศาลโตเกียวโดยมีลักษณะเป็นศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อดำเนินคดีในความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (war crime)

ในแง่ของผู้จัดตั้งศาลนั้น เนื่องจากศาลทหารเพื่อพิจารณาคดีเฉพาะกิจที่ผ่านมานั้นถูกจัดตั้งขึ้นโดยฝ่ายผู้ชนะสงคราม แต่ต่อมาภายใต้กรอบการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาติ ได้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย ซึ่งมิได้จัดตั้งขึ้นโดยฝ่ายผู้ชนะสงครามแต่จัดตั้งขึ้นตามเจตจำนงของประชาคมโลกซึ่งได้มีการจัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 โดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ 827 (1993) โดยขอขอบเขตของอำนาจศาลจำกัดเฉพาะในดินแดน 5 รัฐ คือ บอสเนีย – เฮอร์เซโกวีนา, โครเอเชีย, มาเซโดเนีย, สโลวีเนีย และดินแดนยูโกสลาเวียในปัจจุบัน และในช่วงเวลาที่กระทำ ความผิดเกิดขึ้นในระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991 เป็นต้นไปเท่านั้น

ลักษณะสำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวียมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้⁶⁰

⁶⁰ ศิริศักดิ์ ตียะพรรณ, จิตติ เจริญจำ, “ข้อสังเกตทั่วไปบางประการเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวีย”, วารสารอัยการ ฉบับที่ 196, ปีที่ 17 (มิถุนายน 2537), น. 123-124.

1. ศาลไม่มีกฎหมายให้อำนาจพิจารณาลงโทษอาชญากรรม หรือคณะบุคคลผู้ที่ได้กระทำความผิด แต่ศาลที่จัดตั้งขึ้นนี้สามารถพิจารณาพิพากษาปัจเจกชนผู้ที่ได้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลได้

2. ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับความผิดต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ความผิดต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) และความผิดอาชญากรรมสงคราม (war crimes) โดยไม่มีอำนาจพิจารณาคดีความผิดต่อความสงบสุข (crimes against peace) เนื่องจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้จัดตั้งศาลนี้ต้องการสงวนอำนาจของตนเกี่ยวกับการดำเนินการกับอาชญากรรมต่อความสงบสุข รวมถึงการดำเนินการต่อการรุกรานเอาไว้

3. ได้มีการขยายอำนาจของศาลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้ในการพิจารณาคดีการกระทำความผิดร้ายแรงต่อบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวา อันเกี่ยวกับความผิดต่อการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ความผิดต่อมนุษยชาติ และความผิดอาชญากรรมสงคราม

4. ศาลมีเขตอำนาจเหนือศาลภายในของรัฐ และอาจขอให้ศาลภายในของรัฐปฏิบัติตามอำนาจของศาลได้ ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาล

ในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในอดีต ยูโกสลาเวียได้กำหนดให้การทำลาย และการเวนคืนทรัพย์สินอย่างกว้างขวางโดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร และซึ่งกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยพลการเอาไว้ ซึ่งเห็นได้ว่าในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวียไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเอาไว้โดยตรง แต่ก็มี ความเกี่ยวข้องในบริบทของการเป็นทรัพย์สินซึ่งถูกทำลาย หรือเวนคืนโดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร และกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลไม่ได้กำหนดว่า เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายภายใน แต่เมื่อพิจารณาถึงสถานะของศาลแล้วเป็น ศาลเฉพาะกิจซึ่งก่อตั้งโดยมติขององค์การสหประชาชาติจึงเป็นศาลระหว่างประเทศ กฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาคดีจึงเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลจึงสามารถนำเอาอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้พิจารณาได้ นอกจากนี้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณากรณีไม่สงบในอดีตยูโกสลาเวียได้กำหนดให้มีการรับผิดชอบการยึด การทำลาย และการทำให้เสียหายโดยเจตนาต่ออาคารทางศาสนา การกุศลและการศึกษา ศิลปะหรือวิทยาศาสตร์

อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ และงานศิลปะหรืองานวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นการกำหนดฐานความผิด ซึ่งกระทำต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม

อย่างไรก็ตามในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดีที่ไม่สงบในอดีตกองโกลาเวียไม่ได้มีการกล่าวถึงการดำเนินคดีต่ออาชญากรรมสงครามไว้ แต่เป็นการดำเนินคดีต่อบุคคลผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำที่มีความหมายกว้าง และครอบคลุมกว่าคำว่าอาชญากรรมสงคราม

(2.2) ศาลภายในประเทศ

ศาลภายในประเทศมีหน้าที่ตามพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการทางกฎหมายต่อผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งความผิดที่เกิดขึ้นจากการขัดกันทางกำลังทหารภายในประเทศ⁶¹ ศาลภายในประเทศจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาความผิดที่เกิดขึ้น ศาลภายในประเทศนั้นถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายในของรัฐซึ่งก่อตั้งศาลนั้น โดยอาจอยู่ในรูปแบบของศาลยุติธรรมทั่วไป หรือศาลเฉพาะกรณีสุดแต่กฎหมายภายในของรัฐจะกำหนดโดยศาลภายในประเทศเป็นองค์กรทางตุลาการของรัฐที่ก่อตั้ง ใช้กฎหมายภายในในการพิจารณาคดีซึ่งกฎหมายภายในบางประเภทเป็นพันธกรณีที่รับเอากฎหมายระหว่างประเทศเข้าไป⁶² ซึ่งการที่จะก่อให้เกิดการดำเนินคดีในศาลภายในประเทศของแต่ละประเทศนั้น ประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบ ดังนี้

(ก) การกำหนดเขตอำนาจรัฐ

เขตอำนาจรัฐเกี่ยวกับความผิดในการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสารซึ่งถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้มีการกำหนดขึ้นนั้นสามารถแบ่งออกได้ ดังนี้

1. เขตอำนาจรัฐทางอาญาตามปกติของรัฐ เป็นเขตอำนาจซึ่งครอบคลุมการกระทำการละเมิด และการสั่งการละเมิดอนุสัญญาโดยเป็นไปตามที่มีการบัญญัติเอาไว้คือ พิจารณาว่า

⁶¹ เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 10 น. 131.

⁶² กนกวรรณ ภิบาลชนม์, “อาชญากรรมสงคราม ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงคราม”, (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 111-112.

รัฐภาคีแต่ละรัฐมีเขตอำนาจรัฐทางอาญาปกติของแต่ละรัฐอย่างไรก็ให้กำหนดไปตามนั้น โดยในพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารได้กำหนดให้ฐานความผิดอาญาพื้นฐานตามที่กำหนดเอาไว้ในพิธีสารฉบับที่ 2 นี้มีเขตอำนาจรัฐอย่างชัดเจน⁶³

2. เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดน เป็นเขตอำนาจรัฐทางอาญาซึ่งครอบคลุมการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นบนรัฐภาคีใด รัฐภาคีนั้นมีเขตอำนาจรัฐทางอาญาเหนือความผิดนั้น ซึ่งใช้กับความผิดทั่วไปซึ่งเกิดขึ้นจากการละเมิด หรือการสั่งการละเมิดอนุสัญญาและพิธีสาร

3. เขตอำนาจรัฐตามหลักสัญชาติ เป็นเขตอำนาจรัฐทางอาญาซึ่งมีเหนือผู้กระทำความผิดซึ่งถือสัญชาติของรัฐภาคีโดยใช้กับกรณีความผิดทั่วไปอันเกิดขึ้นจากการละเมิด หรือการสั่งการละเมิดอนุสัญญา และพิธีสาร

4. เขตอำนาจรัฐตามหลักสากล เป็นเขตอำนาจรัฐที่มีขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำผิดต่อการละเมิดร้ายแรงต่อความคุ้มครองเพิ่มเติม และความผิดที่เกี่ยวกับการทำลาย หรือถือเอาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ผู้กระทำความผิดอยู่ในดินแดนของรัฐภาคีนั้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดอย่างมหันต์ต่ออนุสัญญาเจนีวา โดยรัฐมีอำนาจในการดำเนินคดีในศาลของตน หรือการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เพราะเป็นความผิดซึ่งเป็นเขตอำนาจรัฐโดยหลักสากล

ตามหลักการลงโทษผู้กระทำความผิดจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศที่เกี่ยวข้องโดยถือหลักดินแดนของรัฐตนที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือหลักสัญชาติเพื่อให้กับคนชาติของรัฐตน แต่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีการพิจารณาที่กว้างกว่าเขตอำนาจของศาลภายในเท่านั้น คือ การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ได้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมนั้น รัฐทุกรัฐมีเขตอำนาจศาลตามหลักสากลโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้กระทำความผิด⁶⁴ หรือสถานที่ที่มีการกระทำความผิด⁶⁵ โดยเขตอำนาจตามหลักสากลนี้ได้รับการรองรับโดยหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกฎหมายสนธิสัญญาต่างๆ ซึ่งในกรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารนี้ได้มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ให้อำนาจ

⁶³ มาตรา 16 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

⁶⁴ สุเทพ อุตถากร, สฤณีผล ชมไพศาล, คู่มือศึกษากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคดีอาญา, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2516), น. 37-38.

⁶⁵ กนกวรรณ ภิบาลชนม์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 59 น. 119.

รัฐสามารถจับตัวผู้กระทำความผิดเพื่อพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เช่น ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ซึ่งระบุว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องหาตัวผู้ต้องหา หรือผู้ใช้ให้กระทำความผิดอันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงดังกล่าว และจะต้องนำบุคคลดังกล่าวมาขึ้นศาลของตนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของบุคคลเหล่านั้นว่าจะมีสัญชาติใด”

สำหรับในกรณีของการทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี การขโมย การปล้นสะดม หรือการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์โดยตรงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม โดยการบังคับทางอาญาเป็นไปตามธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐภาคีผูกพันที่จะระงับการปราบปรามการกระทำผิดบนดินแดนของตน หรือเมื่อผู้กระทำความผิดมีสัญชาติของรัฐซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิด หรือผู้สั่งการให้กระทำการต้องเป็นจำเลยในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ในพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารได้กำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐ และฐานความผิดให้ขยายชัดเจนขึ้น โดยกำหนดให้ความผิดต่ออนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารมีเขตอำนาจรัฐ โดยในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 นี้กำหนดให้เขตอำนาจรัฐทางตุลาการในการพิจารณาคดีนั้นมีเหนือบุคคลซึ่งได้กระทำความผิดบนดินแดนของรัฐ และเมื่อผู้กระทำความผิดมีสัญชาติของรัฐนั้น ดังนั้นศาลภายในจึงมีเขตอำนาจตามหลักดินแดน⁶⁶ คือครอบคลุมอาชญากรรมที่เกิดขึ้นบนดินแดนของรัฐนั้น และตามหลักสัญชาติซึ่งรัฐมีเขตอำนาจรัฐทางตุลาการเหนือคนชาติของตนไม่ว่ากระทำความผิด ณ ที่ใด⁶⁷

ทั้งนี้ศาลภายในประเทศจึงมีเขตอำนาจศาลเหนือการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารโดยบทบัญญัติในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งได้มีการกำหนดให้รัฐภาคีผูกพันที่จะต้องกำหนดกระบวนการดำเนินคดี และกระบวนการลงโทษในเขตอำนาจทางอาญาตามปกติของรัฐเพื่อการดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่า ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชนชาติใดๆ ซึ่งถือว่าเป็นเขตอำนาจรัฐทางตุลาการตามหลักสากลคือ รัฐทุกรัฐมีอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นโดยไม่คำนึงถึงสถานที่ก่ออาชญากรรม หรือสัญชาติของผู้กระทำความผิด แต่ทั้งนี้ในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 ก็ไม่ได้กำหนดฐานความผิดพื้นฐานเอาไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่

⁶⁶ เฟิงอ๋าง น. 116.

⁶⁷ สุเทพ อุตถากร, สฤณีดิษฐ์ ชมไพศาล, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 61 น. 35.

มีการกำหนดให้มีการดำเนินคดีต่อผู้กระทำการละเมิดอนุสัญญาเท่านั้น ดังนั้นศาลภายในจึงมีเขตอำนาจตามหลักสากลดังที่ได้กล่าวมาอีกด้วย

จากพันธกรณีในการกำหนดโทษทางอาญา และกำหนดเขตอำนาจรัฐนั้น จะมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลได้ต้องอาศัยกระบวนการที่มีบทกำหนดโทษ และการลงโทษภายในรัฐ ดังนั้นเมื่อบุคคลผู้กระทำความผิดได้รับการพิจารณาความผิดในคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามโดยศาลภายในประเทศ ซึ่งไม่ได้กระทำการปกป้องผู้กระทำความผิด และเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว บุคคลนั้นก็ไม่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาคดีจากศาลอาญาระหว่างประเทศอีก⁶⁸ จึงเห็นได้ว่าศาลภายในประเทศนั้นมีบทบาทในการพิจารณาความรับผิดชอบปัจเจกชน

(ข) การกำหนดโทษทางอาญา⁶⁹

จากหลักการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนืออาณาเขต และเหนือคนชาติจึงทำให้รัฐมีอำนาจอันชอบธรรมที่จะออกกฎหมายบังคับแก่การกระทำใดๆที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั้นๆ และเมื่อมีผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐนั้น รัฐย่อมสามารถบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้ฝ่าฝืน โดยการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาปีค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารแล้วนั้น การละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าวมีการกำหนดโทษทางอาญาของอนุสัญญา ดังนี้

- 1) ผู้ที่จะได้รับการฟ้องร้อง หรือลงโทษ คือผู้กระทำการละเมิดอนุสัญญา หรือผู้ที่สั่งการให้มีการละเมิดอนุสัญญา
- 2) โทษซึ่งผู้กระทำการละเมิด หรือสั่งการละเมิดได้รับอาจเป็นโทษทางอาญา หรือโทษทางวินัย หรือโทษทั้งสองชนิดดังกล่าวก็ได้
- 3) รัฐเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการฟ้องร้อง และลงโทษ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าความผิดที่ได้ริเริ่มโดยรัฐเป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งมีอายุอมความกันได้

⁶⁸ Article 20 (3) of The Rome Statute of the International Criminal Court

⁶⁹ มาตรา 28 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และมาตรา 15 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

และเมื่อพิจารณาในพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า ได้มีการกำหนดให้มีการรับผิดชอบทางอาญาในฐานความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยพฤติการณ์ซึ่งถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งต้องได้รับการลงโทษทางอาญานั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก พฤติการณ์อันเป็นฐานความผิดต่อความคุ้มครองพิเศษ ได้แก่

- ทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติมเป็นวัตถุเป้าหมายแห่งการโจมตี
- การใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติม หรือพื้นที่ที่ใกล้ชิดโดยรอบในการสนับสนุนกิจกรรมทางการทหาร

กรณีที่สอง พฤติการณ์ต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมทั้งหมด ได้แก่

- การทำลายอย่างกว้างขวางต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือการถือเอาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นของตน
- การทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี
- การขโมย การปล้นสะดม หรือกระทำการอันเป็นการมุ่งร้ายโดยตรงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นได้ว่าความมุ่งหมายของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าและพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับนั้นต้องการให้รัฐภาคีของอนุสัญญามุ่งความผิดเกี่ยวกับการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเอาไว้ในกฎหมายภายใน โดยมีการระบุนาตราการลงโทษ และการนำตัวคนผิดมาพิจารณาคดี การก่อตั้งเขตอำนาจรัฐ และการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐภาคีของอนุสัญญาและพิธีสารดังกล่าวจึงมีภาระหน้าที่ในการกำหนดมาตรการที่จำเป็นอันเกี่ยวข้องกับความร่วมมือทางอาญา และโทษทางอาญา รวมทั้งต้องมีการกำหนดความผิดดังกล่าวไว้ในคู่มือกฎหมายทหารด้วยเพื่อความร่วมมือประสิทธิภาพในการปฏิบัติการเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

4. ความรับผิดชอบและการเยียวยาต่อความเสียหายในกรณีการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

เมื่อได้มีการพิจารณาถึงการดำเนินการทางกฎหมายขององค์การระหว่างประเทศ และของรัฐในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร รวมทั้งกลไกในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว จะเห็นได้ว่ากลไกต่าง ๆ นั้นต้องได้รับความร่วมมือจากรัฐคู่พิพาท องค์การระหว่างประเทศในการยอมรับ และปรับใช้กลไกต่าง ๆ เพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นมีประสิทธิภาพ แต่ทั้งนี้หากมีการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็จำเป็นที่จะต้องอาศัยกลไกเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อการละเมิดความคุ้มครอง และการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้อำนาจรัฐ และปัจเจกชนเข้ามารับผิดชอบในการกระทำละเมิด ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

4.1 ความรับผิดชอบในการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

4.1.1 ความรับผิดชอบของรัฐ

เมื่อรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ รัฐก็ย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน โดยหลักการในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการรับรองตั้งแต่เริ่มแรกพร้อมกับหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างรัฐทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศ เพราะรัฐทั้งปวงที่เท่าเทียมกันต่างย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในการรับผิดชอบต่อการกระทำของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐมีพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ และการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐนั้นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีเช่นนั้น ซึ่งทำให้รัฐอื่นได้รับความเสียหาย รัฐที่ทำให้รัฐอื่นได้รับความเสียหายจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายหรือเยียวยาต่อรัฐที่ได้รับความเสียหายซึ่งถือว่าเป็นหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป⁷⁰

หลักกฎหมายว่าด้วย “ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ” นั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่รัฐอื่น ๆ จะละเมิดมิได้โดยความรับผิดชอบระหว่างประเทศในตัวของมันเองได้ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศทางกฎหมายขึ้น กล่าวคือ รัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดของตน ซึ่งรัฐผู้กระทำผิดไม่อาจปฏิเสธว่าตนไม่ได้ทำสนธิสัญญากับรัฐ

⁷⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 265.

ผู้เสียหายในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศขึ้นแล้วตนจะเป็นผู้รับผิดชอบ หรือรัฐผู้กระทำผิดกล่าวอ้างว่าไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศบัญญัติไว้เกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปนั้นบัญญัติเป็นเอกเทศแยกออกจากสนธิสัญญา และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงมีค่าบังคับผูกพันเป็นกฎหมายด้วยตัวของมันเอง ไม่ได้ขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเมืองค์ประกอบอยู่ 2 ประการ คือ⁷¹

1. การกระทำของรัฐ หมายถึง การกระทำ และงดเว้นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐนั้นได้หลายรูปแบบ เช่น การละเมิดสนธิสัญญา หรือการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างกันตลอดจนทำให้ประชาชนของรัฐอื่นได้รับบาดเจ็บโดยการกระทำของรัฐจะต้องพิจารณาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งเพราะกฎหมายภายในของแต่ละรัฐมีความแตกต่างกัน

2. การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ หมายถึง การไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อผูกพันระหว่างประเทศที่บรรดารัฐอธิปไตยทั้งหลายทำความตกลงกัน รวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ก็คือ ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปการกระทำใดๆ ของรัฐจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นได้นั้นจะต้องเข้าองค์ประกอบซึ่งมีด้วยกัน 4 องค์ประกอบ ดังนี้⁷²

1. เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย คือ ผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะกระทำการได้ โดยรวมถึงการงดเว้นที่จะกระทำการใดๆ ในสถานการณ์ซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำด้วย ซึ่งคำว่ากฎหมายในกรณีนี้หมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หรือหลักกฎหมายทั่วไป

2. เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดพันธกรณี หมายถึง ความผูกพันซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามความผูกพันหรือหน้าที่

3. เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยอาจเป็นความเสียหายทางวัตถุที่ดีราคาเป็นเงินตรา หรือความเสียหายทางจิตใจทางศีลธรรม ซึ่งไม่อาจตีราคาเป็นเงินตราได้

⁷¹ เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10 น. 119.

⁷² นพนิติ สุริยะะ, “ความรับผิดชอบของรัฐ” กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน) พฤษภาคม 2547, น. 61-65.

4. เป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ โดยกฎหมายระหว่างประเทศแต่เดิมนั้นถือว่าเฉพาะรัฐเท่านั้นที่มีสถานะทางกฎหมายอันจะมีบทบาทได้ ส่วนบุคคลธรรมดาหากกระทำการใดๆ จำเป็นต้องถ่ายทอด หรือโอนการกระทำให้แก่รัฐที่เรียกว่า imputability แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันเมื่อบุคคลของรัฐกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศไม่เพียงแต่ถ่ายทอดการรับผิดนั้นต่อรัฐเพื่อความรับผิดชอบของรัฐเท่านั้น แต่การกระทำผิดบางประการปัจเจกชนก็ต้องมีการรับผิดชอบเช่นกัน เช่น การกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

รูปแบบของการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐนั้น ได้แก่ การกระทำต่อเจ้าหน้าที่ หรือทรัพย์สินของรัฐอื่น และการกระทำต่อคนชาติของรัฐอื่น โดยผู้กระทำซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบ ได้แก่ ผู้กระทำซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้กระทำซึ่งเป็นปัจเจกชนคนชาติของรัฐ และผู้กระทำซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลซึ่งต่อต้านรัฐ

ทั้งนี้รัฐยังต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของหน่วยงานภายในรัฐซึ่งกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็น⁷³

1. การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่

1.1 การออกกฎหมายซึ่งขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

1.2 การไม่ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยพันธกรณีระหว่างประเทศ หมายถึง พันธกรณีทั้งที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ความตกลงระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป

2. การกระทำของฝ่ายบริหาร ได้แก่

2.1 เมื่อมีการจับกุม หรือกักขังคนต่างด้าวโดยมิชอบ

2.2 เมื่อปรากฏว่าขาดความรอบคอบ หรือขาดความระมัดระวังตามสมควรแก่สภาพการณ์ในการให้ความคุ้มครองคนต่างด้าว

2.3 เมื่อทรัพย์สินของคนต่างด้าวถูกทำลาย หรือถูกทำให้เสียหาย

2.4 เมื่อมีการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างด้าว

2.5 เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนต่างด้าว

3. การกระทำของฝ่ายตุลาการ ได้แก่

3.1 การที่กระบวนการยุติธรรมปฏิเสธที่จะให้คนต่างด้าวอาศัยอำนาจศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิ

⁷³ เพิ่งอ้าง น. 76-82.

3.2 การที่กระบวนการยุติธรรมล่าช้าโดยไม่มีเหตุผล

3.3 การปฏิเสธที่จะบังคับคดีเพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว

3.4 การตัดสินไม่เป็นธรรม โดยมีการเลือกปฏิบัติ

ทั้งนี้ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำการละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ตามหลักความรับผิดชอบของรัฐตามที่ได้กล่าวข้างต้น โดยเมื่อกล่าวถึงความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับซึ่งเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศในรูปแบบของความตกลงตามอนุสัญญาซึ่งบรรดารัฐต่างๆได้ร่วมกัน ลงนาม ให้สัตยาบัน ภาคยานุวัติ และสืบทอดในอนุสัญญา ซึ่งเป้าหมายของการตกลงร่วมมือกันของรัฐภาคีภายใต้อนุสัญญาดังกล่าวก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครอง พิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีคุณค่าให้รอดพ้นจากการถูกทำลาย จากผลของความโหดร้ายของกรณีขัดกันทางกำลังทหาร รวมทั้งการวางมาตรการในยามสันติเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐ สามารถพิจารณาประเด็นซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐต่ออนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารได้ คือ การกระทำของรัฐซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ได้แก่ การละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญา และพิธีสารทั้งสองฉบับไม่ว่าจะเป็นการละเมิดความคุ้มครองทั่วไป หรือความคุ้มครองพิเศษ หรือความคุ้มครองเพิ่มเติมของพิธีสาร หรือการละเมิดความคุ้มครองต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและความคุ้มครองบุคคลซึ่งทำหน้าที่ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพราะเหตุว่าเป็นกรณีที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาคมระหว่างประเทศโดยสามารถแยกการพิจารณาได้ ดังนี้

1) การฝ่าฝืนพันธกรณีของอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งสามารถแบ่งพันธกรณีที่รัฐต้องรับผิดชอบออกได้เป็น 2 กรณี คือ

- การฝ่าฝืนซึ่งเป็นการละเมิดระหว่างประเทศ ได้แก่ การที่รัฐภาคีของอนุสัญญาผูกพันในการเผยแพร่อนุสัญญา หรือการวางมาตรการภายในซึ่งหากมีการกำหนดมาตรการภายในอันขัดต่อบทบัญญัติของอนุสัญญาและพิธีสาร หรือมีการละเว้นในการกำหนดมาตรการภายในก็ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ

- การฝ่าฝืนซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ โดยรัฐต้องรับผิดชอบเมื่อมีการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าโดยมีการใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และพื้นที่ใกล้ชิดโดยรอบทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นในทางทหาร หรือมีการโจมตีทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า หรือมีการกระทำที่เป็นการมุ่งร้ายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยการกระทำต่างๆ เหล่านี้ เมื่อพิจารณาตามพิธีสาร ปี ค.ศ. 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 มีการกำหนดให้การกระทำอันเป็นการจงใจทำให้อนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ งานศิลปะ หรือสถานที่เคารพสักการะ ซึ่งประกอบเป็นมรดกทางวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่าทางจิตใจของประชาชน โดยทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวได้รับความคุ้มครองโดยความตกลงพิเศษ ซึ่งในกรณีนี้คือ อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า โดยการทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีซึ่งก่อให้เกิดผลของการทำลายอย่างกว้างขวาง และทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวไม่ได้ตั้งอยู่ใกล้ชิดติดกับเป้าหมายทางการทหาร การกระทำเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งเป็นถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม⁷⁴

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาตามธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้มีการกำหนดให้การออกคำสั่งในการโจมตีสิ่งก่อสร้างเพื่อการศาสนา การศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ หรือความมุ่งหมายทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โดยสิ่งก่อสร้างเหล่านี้มิได้เป็นเป้าหมายทางการทหาร ทั้งกรณีการขัดกันทางการค้าระหว่างประเทศ และกรณีการขัดกันทางการค้าที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม จึงเห็นได้ว่าการละเมิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการค้านั้นเป็นการกระทำผิดอาชญากรรมสงครามซึ่งในปัจจุบันเป็นความผิดซึ่งอยู่ในเขตความรับผิดชอบของศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁷⁴ มาตรา 85 (4) (d) และมาตรา 85 (5) พิธีสารฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949

2) การฝ่าฝืนพิธีสารปี ค.ศ. 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ในพิธีสารฉบับนี้มีความมุ่งหมายในการห้ามการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมออกจากดินแดนซึ่งถูกยึดครอง ซึ่งการฝ่าฝืนพันธกรณีนี้ถือว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาคมระหว่างประเทศ ทำให้ความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นไปแต่เฉพาะรัฐซึ่งถูกละเมิดระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีดังกล่าวมีกรณีตัวอย่างคือ กรณีสงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งที่ 1 ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างอิรัก และคูเวตนั้น ในระหว่างสงครามทหารอิรักได้ทำการขนย้ายโบราณวัตถุจำนวนมากจากพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติของคูเวต ไปยังกรุงแบกแดดทั้งๆที่ทั้งสองประเทศนี้ได้ลงนามในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารแล้ว ซึ่งเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีบทบาทในการสั่งการให้อิรักรับผิดชอบในการดำเนินการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้ถูกเคลื่อนย้ายออกจากคูเวตโดยมีการกำหนดให้หน่วยงาน United Nations Return of Property Unit เป็นหน่วยงานซึ่งดูแล⁷⁵ ซึ่งอย่างไรก็ตามการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมออกจากดินแดนซึ่งถูกยึดครองนี้ไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

3) การฝ่าฝืนพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ในพิธีสารฉบับที่ 2 มุ่งที่จะคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมากขึ้น โดยมีระบบ “ความคุ้มครองเพิ่มเติม” ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แต่อย่างไรก็ตามการฝ่าฝืนพันธกรณีของพิธีสารฉบับนี้เป็นการผูกพันการปฏิบัติในยามสันติ ดังนั้นจึงเป็นเพียงแต่การละเมิดระหว่างรัฐเท่านั้น

ทั้งนี้การกระทำของปัจเจกชนภายในองค์กรของรัฐซึ่งเป็นการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร เช่น องค์กรพลเรือนของรัฐ กองทัพ ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐตามหลักเรื่องการถ่ายทอด หรือการโอนการกระทำให้แก่รัฐตามหลัก imputability ซึ่งในกรณีดังกล่าวรัฐมีภาระหน้าที่และความรับผิดชอบต่อการกระทำการละเมิดของกลุ่มปัจเจกชนของรัฐด้วย

⁷⁵ Andrea Cuning, “The Safeguarding of Cultural Property in Time of War & Peace”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Fall 2003, pp. 229 – 230.

ความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำของหน่วยงานภายในรัฐซึ่งกระทำผิดในทางระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้นสามารถแบ่งออกได้ตามประเภทการกระทำของหน่วยงานภายในซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบ จึงสามารถแยกการพิจารณาความรับผิดชอบเกี่ยวกับการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งเกิดจากหน่วยงานสำคัญทั้งสาม ดังนี้

1) การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐอาจกระทำการซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้ 2 กรณี คือ

- การออกกฎหมายขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และพิธีสารทั้งสองฉบับซึ่งรัฐได้ทำการลงนามให้สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติไว้

- การไม่ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และพิธีสารทั้งสองฉบับซึ่งรัฐได้ทำการลงนามให้สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติไว้

2) การกระทำของฝ่ายบริหาร โดยฝ่ายบริหารของรัฐต้องรับผิดชอบในกรณีต่างๆซึ่งต้องใช้มาตรการภายในของฝ่ายบริหารเพื่อเป็นการเอื้อต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น การออกคำสั่งของฝ่ายบริหารซึ่งมีผลกระทบต่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร การออกคำสั่งทางปกครอง หรือการจัดโครงสร้างองค์การบริหารตามพันธกรณี เป็นต้น

3) การกระทำของฝ่ายตุลาการ โดยกระบวนการทางตุลาการของรัฐนั้นมีความรับผิดชอบต่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร คือการก่อตั้งเขตอำนาจศาล และการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมต่อผู้ที่กระทำการละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

4.1.2 ความรับผิดชอบของปัจเจกชน

ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้วว่า รัฐเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนบุคคลธรรมดาที่มีแนวความคิดของสำนักกฎหมายต่างๆที่แตกต่างกันออกไป โดยความเห็นของสำนักกฎหมายธรรมชาติถือว่าโดยปกติกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้กับรัฐเท่านั้น แต่บุคคลธรรมดาอาจเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

ระหว่างประเทศได้ หากกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ ส่วนสำนักสังคมวิทยาเห็นว่าบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงผู้เดียว รัฐมีเพียงหน้าที่ในการจัดเตรียมกลไกทางกฎหมายสำหรับวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดาโดยรวม

เมื่อพิจารณาสถานะของบุคคลธรรมดาในกฎหมายระหว่างประเทศจากแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว อาจแบ่งได้⁷⁶ ดังนี้

(1) แนวความคิดทวินิยม มีความเห็นว่ารัฐเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ปัจเจกชนเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายภายใน กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดาจะกำหนดให้รัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลนั้นเพื่อให้รัฐกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลธรรมดาอีกต่อหนึ่ง แทนที่จะกำหนดให้กับบุคคลธรรมดาโดยตรง ซึ่งหมายความว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจใช้ได้โดยทันทีต่อผู้ทรงสิทธิภายใน เนื่องจากเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ต้องตรากฎหมายและข้อบังคับให้สอดคล้องกับข้อผูกพันเพื่อผู้ทรงสิทธิภายใน

(2) แนวความคิดเอกนิยม กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งก็คือสนธิสัญญาในกรณีนี้ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิภายในโดยทันที ดังนั้นไม่ว่ากฎเกณฑ์จะมาจากกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ย่อมไม่มีผลต่างกันไปสำหรับผู้ทรงสิทธิภายในประเทศ อันทำให้มีสิทธิที่จะเรียกร้องเช่นเดียวกับรัฐเอง ดังนั้นแนวความคิดนี้จึงเห็นว่ารัฐและบุคคลธรรมดาต่างเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศโดยบุคคลธรรมดาจะเป็นบุคคลโดยตรงตามกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศปรับใช้โดยตรงกับบุคคลธรรมดา

เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารมีบทบัญญัติซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีผูกพันในการกำหนดกรอบลงโทษ การดำเนินการฟ้องร้อง หรือการลงโทษต่อบุคคลผู้กระทำการละเมิด หรือบุคคลผู้สั่งการให้มีการละเมิดอนุสัญญา โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติภายใต้เขตอำนาจรัฐในทางอาญาในทางปกติ⁷⁷ กล่าวคือปัจเจกชนนั้นไม่ว่าจะถือสัญชาติใดต้องได้รับการลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมโดยการรับผิดชอบ

⁷⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “กฎหมายระหว่างประเทศ” (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 299

⁷⁷ มาตรา 28 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ทางอาญา ภายในรัฐซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ แต่ทั้งนี้เงื่อนไขของการดำเนินการดังกล่าวได้ รัฐภาคีต้องมีกรอบการลงโทษ หรือมีกฎหมายภายในมารองรับอนุสัญญาดังกล่าวก่อนในกรณีที่เป็นรัฐซึ่งถือเอาแนวคิดวินัยตามที่ได้กล่าวไป แต่อย่างไรก็ดี บังคับจนอาจถูกพิจารณาให้รับผิดชอบทางระหว่างประเทศในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ในกรณีที่การละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นตรงตามหลักเกณฑ์ฐานความผิดอาชญากรรมสงครามตามที่ได้มีการกำหนดเอาไว้ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งการละเมิดอย่างร้ายแรงตามพิธีสารฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949

ทั้งนี้ในการรับผิดชอบของปัจเจกชนภายในกองทัพนั้นถือว่ามีความรับผิดชอบบุคคลต่อการยอมรับใช้กฎหมายอย่างไม่มีข้อแก้ต่างได้ ยกเว้นความรับผิดชอบนั้นเป็นอาชญากรรมสงครามนั้นเกิดจากคำสั่งการในระดับสูง ซึ่งในกรณีดังกล่าวสามารถถือเป็นเหตุลดโทษได้ ซึ่งในกรณีความรับผิดชอบของปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้บัญชาการทหารนั้นมีความรับผิดชอบต่อคำสั่งการ โดยผู้บัญชาการทหารทุกคนมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการขัดกันทางกำลังทหารโดยไม่เพิกเฉยต่อการละเมิดกฎหมาย โดยที่ผู้บัญชาการทหารมีความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีผู้บัญชาการนั้นรับรู้ หรือควรรู้ว่าผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากำลังกระทำการละเมิดต่อกฎหมายโดยไม่มีมาตรการใดๆ ซึ่งเป็นการป้องกัน หรือในกรณีที่ผู้บัญชาการทหารไม่สามารถปฏิบัติการลงโทษต่อผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาซึ่งได้กระทำการก่ออาชญากรรมสงครามขึ้น ทั้งนี้ผู้บัญชาการไม่สามารถอ้างถึงการไม่รู้ของตนเองได้ โดยในมาตรา 1 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย บังคับจนผู้ต้องรับผิดชอบในการก่ออาชญากรรมสงคราม คือ สมาชิกกองกำลังไม่ว่าจะเป็นกองกำลังปกติที่ชอบด้วยกฎหมาย กองกำลังไม่ปกติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงข้าราชการพลเรือน และพลเรือนผู้นำ ผู้บังคับการ ผู้ยุยง หรือผู้มีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรม

เมื่อพิจารณาตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารได้กำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกชนไว้โดยกำหนดให้รัฐภาคีในพิธีสารต้องมีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐ และมีกระบวนการลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำ ดังต่อไปนี้⁷⁸

⁷⁸ มาตรา 15 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

- การทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติมตามพิธีสารเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี
- การใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติมตามพิธีสาร และพื้นที่ใกล้เคียงโดยรอบเพื่อวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนกิจกรรมทางการทหาร
- การก่อให้เกิดการทำลายอย่างกว้างขวาง หรือการถือครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา และพิธีสารฉบับนี้
- การทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองของอนุสัญญาและพิธีสารเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี
- การขโมย ยักยอก การยึดเอา หรือการกระทำอันเป็นการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญา

ความรับผิดชอบของปัจเจกชนที่ถูกกำหนดขึ้นในกรณีที่มีการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการทหารนั้นอาจมีการนำเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อการพิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกชนได้ทั้งศาลภายในประเทศ และศาลระหว่างประเทศได้ตามที่กล่าว

4.2 การเยียวยาต่อความเสียหายในการละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการทหาร

โดยปกติแล้ว เมื่อมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศแล้ว จะต้องมีการชดเชยต่อความเสียหายซึ่งรัฐนั้นก่อให้เกิดขึ้น โดยการชดเชยนั้นมีขึ้นได้หลายลักษณะซึ่งเมื่อกรณีพิพาทสิ้นสุดลงบรรดาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมต่างๆ ซึ่งได้รับความเสียหายนั้นจำเป็นต้องได้รับการเยียวยาตามแนวทางในการเยียวยาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับการโจมตี หรือได้รับความเสียหายจากกรณีขัดกันทางการทหาร หรือจากการที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกขนย้ายออกนอกดินแดน ซึ่งสำหรับบุคคลผู้เยียวยาความเสียหายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกละเมิดนั้น ในที่นี้จะกล่าวถึงการเยียวยาความเสียหายจากรัฐภาคีผู้ละเมิดการคุ้มครอง ปัจเจกชน และองค์การระหว่างประเทศซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

4.2.1 รัฐภาคี

เมื่อรัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศจากการละเมิดพันธกรณี และก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งรัฐโดยอาจเกิดจากการกระทำขององค์กรภายในรัฐ เช่น กองทัพ หรือกองกำลังซึ่งได้ทำความเสียหายแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม รัฐผู้กระทำจะมีการเยียวยาต่อความเสียหายนั้นได้ในหลายลักษณะ ดังนี้⁷⁹

(1) การทำให้กลับสู่สภาพเดิม (Restitution)

การทำให้รัฐ หรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพันธกรณีระหว่างประเทศกลับคืนสู่สภาพเดิม เสมือนว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นซึ่งถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการชดเชยต่อความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐที่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยในกรณีของการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น รัฐผู้กระทำการละเมิดอาจมีการจัดการซ่อมแซมปฏิสังขรณ์แก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แม้ว่าคุณค่าทางวัฒนธรรมของทรัพย์สินดังกล่าวจะสูญหายไปกับการทำลาย และในทางความเป็นจริงนั้นก็ไม่สามารถทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิมได้อย่างสมบูรณ์ก็ตาม แต่แนวทางในการเยียวยานี้รัฐผู้กระทำการละเมิดอาจกระทำได้โดยการร่วมมือกับองค์กรพลเรือน องค์กรระหว่างประเทศเพื่อการซ่อมแซมความเสียหาย และให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมกลับคืนสู่สภาพเดิมให้ดีที่สุด

ทั้งนี้ในกรณีของการขนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมออกนอกดินแดนนั้น พิธีสารปี ค.ศ. 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้กำหนดให้มีการส่งคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งถูกเคลื่อนย้ายออกนอกดินแดนพิพาทเมื่อกรณีการขัดกันทางกำลังทหารนั้นสิ้นสุดลง⁸⁰

(2) การชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงิน (Indemnity)

การชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงินนับว่าเป็นวิธีการเยียวยาในทางระหว่างประเทศที่ใช้กันโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการเยียวยาในลักษณะที่จะทำให้รัฐซึ่งได้รับความเสียหาย

⁷⁹ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17* น. 332-333.

⁸⁰ ส่วนที่ 1 มาตรา 3 พิธีสาร ปี ค.ศ. 1954 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

กลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นไม่อาจกระทำได้เพราะในสถานการณ์จริงไม่เปิดช่องให้มีการกระทำเช่นนั้นได้ เช่นในกรณีที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกทำลายจนไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม หรือทำการซ่อมแซมได้ แต่การชดเชยค่าเสียหายดังกล่าวนั้นก็ไม่สามารถทดแทนได้กับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่าที่ถูกทำลายไป

(3) การทำให้พอใจ (Satisfaction)

การเยียวยาโดยการทำให้พอใจนี้ มักใช้ในกรณีของความเสียหายซึ่งไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ หรือเป็นความเสียหายต่อศักดิ์ศรี และชื่อเสียงของรัฐ เช่นการส่งสาส์นแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการซึ่งในกรณีของการละเมิดต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น การเยียวยาในกรณีนี้อาจใช้ควบคู่ไปกับวิธีการในการเยียวยาอื่นๆ

4.2.2 ปัจเจกชน

บุคคลหรือรัฐผู้ได้รับความเสียหายจากการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องผู้ละเมิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารได้โดยพื้นฐานของเขตอำนาจรัฐในทางตุลาการที่ได้กล่าวมาแล้ว ในกรณีของปัจเจกชนมีสิทธิในการเสนอคดีต่อศาลภายในของตนซึ่งมีการกำหนดความผิดทางอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเนื่องจากในอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารได้กำหนดให้มีการดำเนินคดี และลงโทษตามกระบวนการภายในรัฐตามขอบเขตอำนาจรัฐทางตุลาการตามฐานความผิดทางอาญาซึ่งเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติ⁸¹ แต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจแก่ผู้เสียหายในการฟ้องร้องคดีต่อศาลระหว่างประเทศได้ ดังนั้นผู้เสียหายอาจใช้อำนาจผ่านรัฐซึ่งเป็นภาคี หรือยอมรับอำนาจศาลโดยเสนอคดีต่อพนักงานอัยการให้เสนอคดีแก่ศาลในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีในฐานความผิดอาชญากรรมสงครามต่อปัจเจกชนผู้สั่งการให้กระทำนั้นได้

⁸¹ มาตรา 28 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ทั้งนี้ในการเยียวยาโดยปัจเจกชนผู้ละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นขึ้นอยู่กับมาตรการภายในของแต่ละรัฐว่าได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา ประเภทของความรับผิดชอบ และความหนักเบาของโทษว่าเป็นอย่างไร

4.2.3 องค์การระหว่างประเทศ

เมื่อกล่าวถึงองค์การระหว่างประเทศที่มีหน้าที่โดยตรงในการดูแลโดยตรงเกี่ยวกับงานทางด้านวัฒนธรรมนั้น ก็คือ องค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ โดย UNESCO มีภาระหน้าที่ในการสนับสนุน และเผยแพร่อนุสัญญาต่างๆที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม UNESCO มีบทบาทในการทำให้อนุสัญญาเหล่านั้นเป็นผลสำเร็จในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหาร UNESCO สามารถมีบทบาทได้โดยตั้งอยู่บนพื้นฐาน 3 ประการ⁸² คือ

- (1) อำนาจในการตัดสินใจของผู้อำนวยการใหญ่ขององค์การ
- (2) การให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคจากการร้องขอของรัฐภาคี
- (3) มาตรการในการควบคุมให้มีการปฏิบัติตามของอนุสัญญาเอง

โดยเมื่อเหตุการณ์ขัดกันทางกำลังทหารดังกล่าวยุติลงองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีบทบาทในการช่วยเหลือโดยการเยียวยาต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งได้รับความเสียหายจากกรณีขัดกันทางกำลังทหาร โดยอาจมีการช่วยเหลือทางการเงินในการบูรณะ พื้นฟูทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือการให้ความช่วยเหลือทางด้านบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในการเข้าไปดำเนินการบูรณะ ซ่อมแซม หรือการให้ความช่วยเหลือด้านอื่นๆ ตามที่รัฐผู้ถูกละเมิดร้องขอมาได้

เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร และพิธีสารทั้งสองฉบับแล้ว องค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีบทบาทในการให้บริการ คำแนะนำและความช่วยเหลือเกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญาดังกล่าวแก่รัฐภาคี และตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารนั้น องค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือและ

⁸² Etienne Clement, *supra* note 7 p. 15.

เยียวยาต่อการละเมิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยผ่านทางกองทุนเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งกองทุนดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายในการจัดเตรียมความช่วยเหลือทางการเงิน หรือความช่วยเหลือด้านอื่นๆ เพื่อการฟื้นฟูพื้นที่ที่กรณีขัดกันทางกำลังทหารสิ้นสุดลง⁸³

⁸³ มาตรา 29 (1) (b) พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร