

ส่วนที่ 2

ปัญหาในทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตามนิยามคำว่า “การขัดกันทางอาวุธ”

ในส่วนที่ 2 นี้ ประกอบไปด้วยบทที่ 3 ที่จะได้กล่าวถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ และการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ โดยจะได้แจกแจงถึงขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่ปรับใช้ และระยะเวลาเริ่มต้นสิ้นสุดของการบังคับใช้ ตลอดจนปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายอันเกิดจากการที่ไม่มีนิยามการขัดกันทางอาวุธ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจน การตีความ และการใช้ดุลยพินิจในการปรับใช้กฎหมายโดยพิจารณาของรัฐเอง และทำให้เกิดปัญหาต่อประสิทธิภาพการให้ความคุ้มครองต่อผู้ที่ได้รับการปกป้องตามอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับและตามพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ รวมทั้งจะได้กล่าวถึงปัญหาต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธในลักษณะอื่นๆ ที่เกิดปัญหาว່ว่าอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือไม่

ในบทที่ 4 จะได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแม้รัฐปฏิเสธการมีอยู่ของการขัดกันทางอาวุธ และศึกษาถึงความเป็นไปได้ต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการก่อการร้าย และการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม เพื่อจะได้ศึกษาว่ามีแนวทางในการปรับใช้กฎหมายต่อสถานการณ์ดังกล่าวอย่างไร เพื่อให้เกิดการคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ตลอดจนการศึกษากการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหากรัฐมีพันธกรณีแต่ไม่นำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ และความรับผิดชอบปัจเจกชน

บทที่ 3

การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และปัญหาในทางปฏิบัติของการปรับใช้กฎหมายในการขัดกันทางอาวุธลักษณะต่างๆ

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในด้านการเกี่ยวข้องกับสถานการณ์ความขัดแย้งใด ที่ต้องปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายมนุษยธรรมมีระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดในการบังคับใช้เมื่อไร รวมถึงปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ทั้งในประเด็นที่เกี่ยวกับการขัดกันทางอาวุธที่ปรากฏอยู่แล้วในอนุสัญญาเจนีวา 1949 และในพิธีสารเพิ่มเติม รวมทั้งปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อเกิดการขัดแย้งรูปแบบใหม่ที่ไม่อาจจัดเข้าอยู่ในประเภทของการสู้รบทั้งทางระหว่างประเทศและไม่ใช้ระดับระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นที่จะได้ทำการวิเคราะห์ในบทนี้

1. การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการขัดกันทางอาวุธลักษณะต่างๆ ตามนิยามของ “Armed Conflicts” และปัญหาในการบังคับใช้

ขอบเขตการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแต่เดิมนั้นจำกัดอยู่เฉพาะการสู้รบระหว่างรัฐเท่านั้น และได้พัฒนาเพื่อนำไปปรับใช้กับการสู้รบในสถานการณ์อื่นๆ โดยเฉพาะกับสถานการณ์ที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างรัฐบาล ซึ่งแต่เดิมโดยจารีตประเพณีกฎหมายภาคสงครามนั้นจะปรับใช้แก่สภาวะสงครามที่ได้รับการรับรองจากฝ่ายต่างๆ ในสงครามเท่านั้น แต่ในปัจจุบันการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ขึ้นอยู่กับการประกาศสงครามหรือว่าการยื่นคำขาด ซึ่งปัจจุบันมักไม่ค่อยเกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีเพียงตัวอย่างของประเทศกลุ่มอาหรับใน ค.ศ. 1948 และระหว่างอิรักกับอิหร่านใน ค.ศ. 1980-1988 และความขัดแย้งโดยปากีสถานกับอินเดียในปี ค.ศ. 1965¹ เท่านั้น

ยิ่งกว่านั้นการบังคับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทั้งกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและไม่ใช้ระดับระหว่างประเทศนั้น ก็ยังมีปัญหาในเรื่องของการตีความ

¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ICRC, 2550), น.44.

บทบัญญัติ หรือการนำไปใช้กับสถานการณ์ความขัดแย้งลักษณะอื่นๆ ที่ยังไม่มีข้อสรุปและไม่อาจชี้ชัดว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ และจะปรับใช้ต่อสถานการณ์ดังกล่าวได้เพียงใด ซึ่งเป็นหัวข้อที่จะได้ศึกษากันในบทนี้

1.1 การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ตามเงื่อนไขการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่ปรากฏในบทที่สองนั้น จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขที่ว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธระหว่างรัฐกับรัฐ โดยเมื่อฝ่ายหนึ่งใช้กำลังทางทหารต่ออีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงกรณีการยึดครองไม่ว่าอย่างเต็มที่หรือเพียงบางส่วนด้วย แม้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดการใช้กำลังต่อต้านขึ้นก็ตาม² ด้วยเหตุที่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้มีประเทศที่ให้สัตยาบันมากเกือบทุกประเทศ และเป็นกฎเกณฑ์ที่พัฒนามาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ยอมรับกันในระดับสากล ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายจึงไม่จำกัดเฉพาะกับรัฐที่เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวเท่านั้น แต่ขยายการบังคับไปสู่รัฐซึ่งมิได้ให้สัตยาบันแต่ได้ยอมรับและนำไปใช้ โดยหากรัฐนั้นได้ยอมรับหลักการของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือได้นำหลักการในกฎหมายตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และตามพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับ ไปปฏิบัติตามความเป็นจริง ซึ่งกรณีนี้ได้รวมไปถึงคู่พิพาทในการสู้รบที่ไม่มีสถานะเป็นรัฐด้วย³ ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศจะเป็นไปในลักษณะใด ได้มีข้อพิจารณาดังนี้

1.1.1 ขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

การวิเคราะห์ถึงการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีที่เป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศว่ามีขอบเขตการบังคับใช้อย่างไรบ้าง สามารถดูได้จากถ้อยคำที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา และในพิธีสารเพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

² เฟ็งอ้วง, น. 44.

³ J. Pictet, Commentary on the Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war, (Geneva : ICRC, 1960), pp. 24-26.

1) ขอบเขตในด้านสถานการณ์ที่ต้องปรับใช้กฎหมาย

สถานการณ์ที่ต้องปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยสามารถสรุปได้ว่าทุกกรณีของการขัดกันทางอาวุธที่จะได้มีการประกาศสงครามหรือไม่ก็ตาม หรือ ในกรณีที่มีการขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้นระหว่างสองรัฐ หรือมากกว่าสองรัฐภาคี และไม่ว่ารัฐหนึ่งรัฐใดจะได้มีการรับรองว่ามีภาวะสงครามหรือไม่ก็ตาม และเมื่อเกิดการขัดกันทางอาวุธระหว่างดินแดนของรัฐหรือมีการเข้ายึดครองทั้งหมดหรือแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดของดินแดนของรัฐหนึ่ง และแม้จะอ้างว่าไม่มีการใช้กำลังต่อต้านการเข้ายึดครองดังกล่าว⁴

อนุสัญญาเจนีวา 1949 ได้ระบุอย่างชัดเจนถึงการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศว่าครอบคลุมถึงกรณีสงครามที่มีหรือไม่มีการประกาศสงคราม เพราะรูปแบบของการประกาศสงครามไม่ใช่ข้อกำหนดตายตัวที่จะทำให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ เนื่องจากลักษณะและรูปแบบของการขัดกันทางอาวุธได้เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการประกาศสงครามและการยื่นคำขาด ประกอบกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้รับการยอมรับกันทั่วไปแล้วว่าเป็นจารีตประเพณีที่ใช้บังคับเป็นการสากลและทั่วไปสำหรับทุกรัฐ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศบังคับใช้กับการขัดกันทางอาวุธระหว่างรัฐ ไม่ว่ารัฐคู่สงครามจะอยู่ในภาวะสงครามตามเทคนิคหรือไม่ กล่าวคือไม่ว่ารัฐจะพิจารณาว่าตนอยู่ในสภาวะสงคราม ก็ยังไม่เป็นเงื่อนไขที่ทำให้อยู่ในข่ายที่จะปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และในทางตรงกันข้ามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะใช้กับกรณีที่รัฐประกาศสงครามแต่มิได้มีการปฏิบัติการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกัน⁵ และแม้แต่รัฐคู่สงครามจะไม่รับรองสถานะทางกฎหมายในความเป็นรัฐของอีกฝ่ายก็ตาม เช่น สงครามระหว่างอิสราเอลกับกลุ่มประเทศอาหรับซึ่งมิได้รับรองสถานะความเป็นรัฐของอิสราเอลแต่อย่างใด แต่ทั้งสองฝ่ายต่างก็

⁴all cases of declared war or of any other armed conflicts which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.....[and] all cases of partial or total occupation of the territory of a High Convention Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

⁵ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญพรทิ 1, น. 44.

ยอมรับการใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁶ และแม้แต่ไม่มีรัฐภาคีได้รับรองความมีอยู่ของสงคราม⁷

นอกจากนี้ มาตรา 1(4) แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองต่อผู้ประสบเคราะห์กรรมจากการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือ victims of International Armed Conflicts โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในกรณีที่เกิดการขัดกันทางอาวุธที่ถือว่ามีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ โดยการขัดกันทางอาวุธในมาตรานี้เป็นการขัดกันที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐหนึ่งรัฐใดซึ่งก่อนหน้านี้เคยถูกพิจารณาเป็นการสู้รบภายในประเทศ ซึ่งตามพิธีสารนี้ได้บัญญัติให้การคุ้มครอง และปฏิบัติต่อกรณีเหล่านี้โดยถือว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะเป็นระหว่างประเทศ⁹ โดยการขัดกันทางอาวุธลักษณะนี้ได้รวมเอาสงครามที่ชนชาติปลดปล่อยตนเองให้เป็นอิสระ (War of National Liberation) กล่าวคือ การที่ประชาชนต่อสู้ต่อการปกครองอย่างอาณานิคม (peoples are fighting against colonial domination) และการปกครองของคนต่างชาติ (alien occupation) และการต่อต้านระบบการแบ่งแยกชาติพันธุ์ (against racist regimes) ในการปฏิบัติการเพื่อสิทธิในการกำหนดเจตน์จำนงของตนเอง (in the exercise of their right of self-determination) ตามที่กฎบัตรแห่งสหประชาชาติได้บัญญัติรับรองไว้....¹⁰

⁶ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 1, น. 45.

⁷ J Pictet, Commentary on the Geneva convention of 12 August 1949, (Pictet, Commentary), vol I, p. 29.

⁸ The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations

⁹ UK Ministry of Defence, The Manual of The Law of Armed Conflicts, (Oxford University Press, 2004), p. 30.

¹⁰ Frits Kalshoven, Constraints on the Waging of War, (Geneva : International Committee of the Red Cross, 1991), p.73.

2) ขอบเขตในเรื่องระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุด

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จะบังคับใช้ตั้งแต่การเริ่มต้นของการเกิดการขัดกันทางอาวุธจนกระทั่งภาวะสงครามได้ยุติลง เช่น มีการยุติการปฏิบัติการทางทหาร¹¹ ของคู่สงคราม อย่างไรก็ตาม การสิ้นสุดของสภาวะสงครามโดยนิตินัยแล้วมิได้ขึ้นอยู่กับการยุติหรือการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวร แต่จะสิ้นสุดเมื่อมีการทำสนธิสัญญาสันติภาพหรือการยืนยันอย่างชัดแจ้งและเป็นทางการจากฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น¹² ในกรณีที่มีการเข้ายึดครองดินแดนแห่งรัฐ การบังคับใช้กฎหมายจะบังคับใช้อย่างต่อเนื่องจนกระทั่งสิ้นสุดการเข้ายึดครองแม้ปฏิบัติการทางทหารจะสิ้นสุดลงก่อนหน้านั้น ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 4 และในกรณีที่บุคคลตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายตรงข้ามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็จะบังคับใช้ตลอดเวลาที่มีการสู้รบกันอยู่ และตราบไต่บุคคลนั้นยังอยู่ในความควบคุมของฝ่ายตรงข้ามหรือถูกควบคุมโดยฝ่ายที่เป็นกลาง¹³ จนกระทั่งได้มีการปล่อยตัวบุคคลนั้นและทำให้กลับสู่ถิ่นเดิม หรือการคืนสู่ฐานทัพ¹⁴ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ฉบับที่ 3 ที่มุ่งคุ้มครองนักโทษสงครามและพลเมือง โดยบัญญัติในบางส่วนว่า “.....shall apply to [prisoners of war]...from the time they fall into the power of the enemy and until their final release and repatriation.” กล่าวคือจะบังคับใช้กฎหมายตั้งแต่นักโทษสงครามตกไปสู่เงื้อมมือของอีกฝ่าย และจะคุ้มครองจนกระทั่งได้ถูกปล่อยตัวและคืนสู่ฐานทัพ (ส่งตัวกลับประเทศเดิม) ในที่สุดสถานที่แห่งไหนที่มีการบังคับใช้อนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติม กฎหมายเหล่านี้ก็จะยังคงบังคับใช้เป็นกาทั่วไประหว่างจะจบการสู้รบ การจบการสู้รบนั้นอาจอนุมานได้จากการทำสนธิสัญญาสันติภาพ การหยุดยิง การยอมแพ้ที่เป็นการดำเนินการร่วมกันของฝ่ายต่างๆที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการยุติสงครามหรือระงับการเป็นปฏิปักษ์เพียงชั่วคราว แต่การทำสนธิสัญญาสันติภาพจะทำให้สงครามยุติลงอย่างเด็ดขาดและอย่างเป็นทางการ¹⁵

¹¹ UK Ministry of Defence, *supra note* 9, p. 33.

¹² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 1, น. 53.

¹³ Hilaire McCoubrey, International Humanitarian Law : The Regulation of Armed Conflicts, (Dartmouth, 1990), p. 29.

¹⁴ UK Ministry of Defence, *supra note* 9, p.33.

¹⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 1, น.54.

ส่วนการบอกเลิก เพิกถอนการใช้สนธิสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ หรือพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับนั้น การบอกเลิกหรือการเพิกถอนไม่มีผลต่อการปฏิบัติตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพราะกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะบังคับใช้จนกระทั่งสิ้นสุดการสู้รบ¹⁶

1.1.2 ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย

ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่เกิดจากการที่ในบทบัญญัติไม่ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้อย่างชัดเจน ต้องอาศัยการตีความ และอาจใช้บังคับไม่ได้หากคู่กรณีฝ่ายใดในสงครามนั้นไม่มีฐานะเป็นรัฐ กรณีที่ระดับของความรุนแรงนั้นอยู่ในขีดของการขัดกันทางอาวุธที่เป็นระหว่างประเทศ โดยมีปัญหาในการบังคับใช้ ดังนี้

1) ถ้อยคำในบทบัญญัติทำให้ขอบเขตในการบังคับใช้ไม่ชัดเจน

เนื่องจากการขาดคำนิยามที่เป็นทางการของคำว่า “การขัดกันทางอาวุธ” ทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่า การขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ จากถ้อยคำของมาตรา 2 ร่วมแห่งสนธิสัญญาเจนีวา 1949 ที่ได้บัญญัติว่า “..... any other *armed conflicts* which may arise between two or more of the High Contracting Parties....” ซึ่งต้องอาศัยการวิเคราะห์การให้คำนิยามดังกล่าวจากการวินิจฉัยของศาล และจากนักกฎหมายตามที่ได้กล่าวถึงแล้วในบทที่ 2 คำว่า *Armed Conflicts* ปัจจุบันก็มิได้มีการบัญญัติความหมายอย่างชัดเจนจึงทำให้เกิดการตีความของประเทศที่เกิดการใช้กำลังทางทหารว่าตนได้เข้าสู่ภาวะสงครามแล้วหรือไม่ แม้แต่ในงานเขียนของนักวิชาการส่วนใหญ่ เมื่อวิเคราะห์ปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธนั้น ประเด็นแรกที่ต้องตั้งคำถามก็คือ คำว่า “การขัดกันทางอาวุธ” นั้นหมายถึงอะไร ด้วยเหตุที่ข้อเท็จจริงในแต่ละสถานการณ์นั้นแตกต่างกัน และมักจะก่อให้เกิดผลที่ตามมาคือ การไม่อาจปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ ดังเช่นถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ที่บัญญัติให้ใช้สนธิสัญญานี้บังคับต่อทุกกรณีที่ได้มีการประกาศสงคราม หรือ การขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐหรือมากกว่าสองรัฐภาคี และแม้รัฐคู่สงครามจะไม่

¹⁶ Hilaire McCoubrey, *supra* note 13, p. 29.

รับรองสถานะสงครามก็ตาม ซึ่งหัวใจสำคัญของการบังคับใช้คือข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์จริงที่เกิดการสู้รบขึ้น มากกว่าความเข้าใจว่าเป็นสงครามของภาคีคู่สงคราม ซึ่งการประกาศสงคราม แม้มิได้มีการสู้รบเกิดขึ้นก็ต้องนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้ ในทางตรงกันข้าม แม้มิได้มีการประกาศสงครามแต่เกิดการสู้รบขึ้นก็ต้องปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

คำว่า “รัฐ” (State) ตามความในมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ต่อการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ นั้น อาจมีปัญหาว่า จำเป็นหรือไม่ที่รัฐที่เป็นคู่ฝ่ายในสงครามจะต้องเป็นรัฐที่ได้รับการรับรองสถานการณ์เป็นบุคคลทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ได้มีความเห็นของผู้ร่างอนุสัญญาว่า รัฐอาจไม่ได้รับการรับรองความเป็นประเทศจากประเทศคู่สงครามก็ได้¹⁷ โดยตัวอย่างจากคดีที่ผู้เขียนได้อ้างแล้วในบทที่ 1 คดี Wall (หน้า 30)

คำว่า “High Contracting Parties” อาจมีปัญหาว่าจำเป็นหรือไม่ที่อนุสัญญาเจนีวาจะใช้บังคับต่อประเทศที่ได้ให้สัตยาบันเท่านั้น เห็นว่าไม่จำเป็นจะต้องเป็นประเทศที่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาเจนีวา 1949 เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้การยอมรับเป็นการสากลเพราะมีประเทศให้สัตยาบันจำนวนมากเกือบ 200 ประเทศ และเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่พัฒนามาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำสงคราม แต่อาจอนุมานภาคีสมาชิกได้จากผู้ให้สัตยาบันในเวียนนาคอนเวนชัน

คำว่า “การประกาศสงคราม (declaration of war)” ในมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาดังกล่าว อาจมีปัญหาว่าต้องเป็นสงครามที่มีการประกาศสงครามตามวิธีการดังที่ได้บัญญัติไว้ใน Hague Convention III 1907 มาตรา 1¹⁸ หรือไม่ ซึ่งมีนักกฎหมายออกมาให้ความเห็นว่าการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องมีการประกาศสงคราม ตามบทบัญญัติทั้งสอง เพราะถือว่าการจำกัดขอบเขตของการบังคับใช้ หากรัฐมีเจตนาที่ไม่สุจริตหรือตัวอย่างของเหตุการณ์ที่เยอรมันโจมตีโปแลนด์โดยที่ไม่ได้ประกาศสงครามแต่ประกาศระหว่างการโจมตี เป็นต้น¹⁹

คำว่า “ การเข้ายึดครองดินแดนบางส่วนหรือทั้งหมด (all cases of partial or total occupation of the territory of a High Convention Party)” ปัญหาว่าการเข้ายึดครองทั้งหมด

¹⁷ J. Pictet, *supra* note 7, p. 29.

¹⁸ UK Minstry of Defence, *supra* note 9, p.28.

¹⁹ UK Minstry of Defence, *supra* note 9, p.28 .

หรือแต่บางส่วนนั้น จะต้องเป็นการเข้ายึดครองโดยมีกองกำลังทหารของชาติอื่นคอยควบคุมดินแดนอยู่ด้วยหรือไม่ ถึงจะเรียกได้ว่าการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศขึ้นแล้ว อันเป็นกรณีที่ต้องปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยกรณีนี้มีประเด็นตัวอย่างที่จะศึกษาคือ บริเวณฉนวนกาซ่า (Gaza Strip) ซึ่งเป็นชื่อเรียกบริเวณแคบๆ ขนาด 360 ตารางกิโลเมตร ตั้งอยู่บริเวณริมชายฝั่งทะเลเมดิเตอร์เรเนียนในตะวันออกกลาง โดยมีประชาชนชาวปาเลสไตน์อาศัยอยู่ประมาณ 1.4 ล้านคน โดยปัจจุบันยังไม่มีประเทศใดให้การรับรองฉนวนกาซ่าว่าเป็นดินแดนที่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง บางส่วนถือได้ว่าฉนวนกาซ่าเป็นดินแดนภายใต้การปกครองของอิสราเอล ซึ่งอิสราเอลได้ถอนทหารไปเมื่อปี ค.ศ.2005 อย่างไรก็ตามอิสราเอลได้ควบคุมการเข้าออกของฉนวนกาซ่าทั้งทางน้ำและทางอากาศ²⁰ ประเด็นปัญหาคือว่า การควบคุมทางเข้าออกของฉนวนกาซ่าอันเป็นบริเวณที่ชาวปาเลสไตน์อาศัยอยู่ ถือเป็นการเข้ายึดครองตามความหมายของมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาหรือไม่ ซึ่งมีมุมมองต่างๆ มีบางฝ่ายเห็นว่าการกระทำของอิสราเอลยังคงเป็นการเข้ายึดครอง และมีฝ่ายที่เห็นในทางตรงกันข้าม ดังนี้

ฝ่ายที่เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเข้ายึดครองความเห็นนี้ ได้แก่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ International Court of Justice : ICJ ได้ให้ข้อสังเกตในคดี Wall²¹ ว่า “การกระทำของอิสราเอลดังกล่าวไม่ได้เป็นการป้องกันมิให้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศบังคับใช้ ซึ่งชี้ชัดว่าการเข้ายึดครองของอิสราเอลนั้นมีอยู่ต่อไป”

ซึ่งรวมทั้งนักวิชาการบางคนมีมุมมองในเรื่องนี้ว่า “อิสราเอลยังคงรักษาการเข้าควบคุมทั้งในบริเวณอากาศและดินแดน และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถือว่าบังคับใช้ต่อไป”²²

ฝ่ายซึ่งมีความเห็นตรงกันข้ามว่า การกระทำของอิสราเอลไม่เป็นการเข้ายึดครองตามความในมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา โดยมีความเห็นตรงข้ามกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือ ความเห็นของศาลฎีกาของอิสราเอลที่กล่าวว่า “การยึดครองกาซ่า นั้นได้จบลงแล้วด้วยการที่อิสราเอลได้ถอนกำลังทหารออกไปตั้งแต่วันที่ 12 กันยายน ปี 2005”

²⁰“ฉนวนกาซ่า”, th.wikipedia.org/wiki/.

²¹ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 90-101.

²² A. Paulus and M. Vashakmadze, “Asymmetrical war and notion of armed conflict: a tentative conceptualization,” *International Review of the Red Cross*, volume 91, (Number 873, March 2009), p.113.

ซึ่งมีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางเนื่องจากปาเลสไตน์ไม่ได้มีสถานะเป็นรัฐ ที่จะป็นภาคีในการสู้รบในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งต้องบังคับใช้มาตรา 3 ร่วม ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับประเทศ (Non-International Armed Conflicts) หรือกรณีดังกล่าวต้องบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือใช้กฎหมายทั้งสองอย่าง เพราะปาเลสไตน์แม้จะยังไม่ได้การรับรองสถานะรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปาเลสไตน์ ก็ไม่ได้ให้การยอมรับอำนาจอธิปไตยของอิสราเอลเหนือดินแดนปาเลสไตน์ และยังได้มีการทำสนธิสัญญาออสโลระหว่างอิสราเอลกับปาเลสไตน์ ซึ่งมีใจความว่าอนุญาตให้ชาวปาเลสไตน์มีอำนาจอปกครองตนเอง (อย่างจำกัด) ขึ้นในปี 2005 ซึ่งอิสราเอลได้ดำเนินการถอนทหารและประชาชนชาวอิสราเอลที่อาศัยอยู่ในเขตฉนวนกาซาทั้งหมด²³ จะถือว่ากรณีดังกล่าวปาเลสไตน์มีสถานะเป็นรัฐแล้วหรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ใช้ออนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ โดยเฉพาะกับฉบับที่ 3 ที่บังคับต่อนักโทษสงคราม ในดินแดนปาเลสไตน์ รวมทั้งเยรูซาเล็มตะวันออก และดินแดนอาหรับที่ถูกยึดครองโดยอิสราเอลตั้งแต่ปี 1967 โดยศาลให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับนั้น สามารถใช้บังคับกับการเข้ายึดครองดินแดนในเหตุการณ์ขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา นั่นคืออิสราเอลและจอร์แดนซึ่งเป็นรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา ตั้งแต่ปี 1967 ที่การสู้รบได้เกิดขึ้น และอนุสัญญานี้สามารถใช้บังคับต่อดินแดนปาเลสไตน์ ซึ่งก่อนที่จะเกิดการขยายการสู้รบไปถึงกรีนไลน์ตะวันออกและถูกยึดครองโดยอิสราเอลระหว่างการสู้รบ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงสถานะก่อนหน้านั้นของดินแดนเหล่านั้น²⁴

สรุปว่า ศาลใช้ออนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ บังคับต่อกรณีของคดี Construction of a wall ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น ไม่ได้มีขอบเขตที่จำกัดที่จะบังคับใช้เฉพาะการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นในดินแดนแห่งรัฐภาคี แต่บังคับถึงการเข้ายึดครองดินแดนอันมีสาเหตุจากการขัดกันทางอาวุธโดยมีรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวานั้นเกี่ยวข้อง ซึ่งปาเลสไตน์ถูกเข้ายึดครองโดยอิสราเอลตั้งแต่ ปี 1967 โดยไม่สำคัญว่าเป็นการเข้ายึดครองดินแดนของใคร และแม้ว่าการเข้ายึดครองนั้นจะไม่พบกับการใช้กำลังต่อสู้ก็ตาม

²³ “ฉนวนกาซา”, th.wikipedia.org/wiki/.

²⁴ สืบค้นจาก [http://www.icj-](http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf?PHPSESSID=095be589645b89d9b8754490143d0fa6)

[cij.org/docket/files/131/1671.pdf?PHPSESSID=095be589645b89d9b8754490143d0fa6](http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf?PHPSESSID=095be589645b89d9b8754490143d0fa6).

Para 101.

2) ปัญหาในการบังคับใช้ต่อฝ่ายในสงครามที่ไม่ใช่รัฐ

มาตรา 1(4) แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 นั้น เป็นพิธีสารที่ขยายการบังคับใช้ต่อคู่สงครามที่ไม่ใช่รัฐได้ (non-state) ในการบังคับใช้ในลักษณะที่ว่า คู่ฝ่ายในการสู้รบกันในสงครามประกาศอิสรภาพ ปลดปล่อยอาณานิคม สงครามกู้ชาติ อาจมีปัญหาว่าบุคคลหรือกลุ่มคนที่ทำการสู้รบ เป็นหรือไม่เป็นภาคีในการสู้รบตามอนุสัญญาและในพิธีสารฉบับนี้ จะสามารถใช้ได้หรือไม่เพียงใด เนื่องจากรัฐอาจอ้างว่าการต่อสู้หรือการเคลื่อนไหวดังกล่าวเป็นไปเพื่อการแบ่งแยกดินแดน ไม่ใช่การต่อสู้กับชาวต่างชาติที่ยึดครอง²⁵

การขัดกันทางอาวุธในอัฟกานิสถานที่เริ่มตั้งแต่วันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2001 เป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีฝ่ายในการสู้รบคือสหรัฐอเมริกาและประเทศพันธมิตรฝ่ายหนึ่งกับอัฟกานิสถานโดยรัฐบาล Taleban และกลุ่มสนับสนุนซึ่งรวมทั้งกลุ่ม Al-Qaeda อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถูกมองว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ²⁶ ซึ่งความขัดแย้งในอัฟกานิสถานก่อนที่จะมีการแทรกแซงจากต่างชาติก่อนวันที่ 7 ตุลาคม 2001 อันเป็นการขัดกันทางอาวุธระหว่างรัฐบาล

ตะลิบันกับฝ่ายเหนือเป็นการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ จนเมื่อรัฐบาลตะลิบันสูญเสียอำนาจให้กับ Loya Jirga อัฟกานิสถานก็กลายเป็นฝ่ายเดียวกับสหรัฐอเมริกาโดยต่อสู้กับกลุ่มตะลิบันที่เหลือและกลุ่มเครือข่ายอัล-เคดา อันเป็นการสู้รบระหว่างสหรัฐอเมริกาและฝ่ายพันธมิตรกับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ ในประเทศอัฟกานิสถาน และยังเป็นที่ถูกเถียงของเหล่านักวิชาการอยู่ว่าการขัดกันทางอาวุธประเภทนี้ เป็นการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศหรือมีลักษณะเป็นเรื่องระหว่างประเทศกันแน่²⁷ ซึ่งในมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา มาตรา 1(4) ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่เกิดการขัดกันทางอาวุธที่โดยลักษณะแล้วเป็นการสู้รบระหว่างประเทศที่ฝ่ายหนึ่งเป็นประเทศแต่อีกฝ่ายเป็นกลุ่มผู้ก่อการร้ายซึ่งมีฐานที่ตั้งอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง

เช่นเดียวกันกับกรณีการขัดกันทางอาวุธระหว่างรัฐ (state) กับ กลุ่มติดอาวุธ(armed group) ในสงครามเลบานอน ซึ่งอิสราเอลได้โจมตีบริเวณทางตอนใต้และใจกลางเลบานอน ด้วยการทิ้งระเบิดต่อกลุ่มผู้ก่อการร้ายฮิซบอลเลาะห์(Hezbollah) ซึ่งเป็นกลุ่มมุสลิมนิกายชีอะห์ (Shia)

²⁵ Frits Kalshoven, *supra* note 10, p.73.

²⁶ Helen Duffy, *The 'War on Terror' and The Framework of International Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2005), p.256.

²⁷ Roy s. Scho, *Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?*, www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/\\server05\\productn\\N\\NYI\\37-1\\NYI101.txt unknown Seq : 1 3-OCT-05 11:51,p.16.

ในประเทศเลบานอน เนื่องจากกลุ่มดังกล่าวได้ลอบโจมตีจุดตรวจของอิสราเอล และการจับตัวทหารเป็นประกัน โดยอิซบอลเลาะห์ได้รับการสนับสนุนการปฏิบัติการจากประเทศอิหร่านและซีเรีย ซึ่งกลุ่มผู้ก่อการร้ายดังกล่าวนี้ ได้ยิงจรวดถล่มอิสราเอลเป็นร้อยๆ ลูก และมีวิถีที่ไกลถึงเมืองท่าที่สำคัญของอิสราเอล อิสราเอลจึงตอบโต้โดยการยิงถล่มและส่งเครื่องบินทิ้งระเบิด แต่อิสราเอลได้รับการประณามว่าทำร้ายพลเรือน เนื่องจากการทิ้งระเบิดในที่ชุมชนของเลบานอน ซึ่งทางด้านของอิสราเอลได้อ้างว่ากลุ่มอิซบอลเลาะห์ได้ใช้พลเรือนเป็นโล่กำบัง เนื่องจากได้เก็บซ่อนอาวุธและตั้งกองกำลังในเขตพลเรือน ซึ่งก่อนการโจมตีอิสราเอลได้แจกใบปลิวเพื่อให้พลเรือนที่ไม่เกี่ยวข้องได้รู้ตัวและออกไปจากสถานที่นั้นแล้ว โดยผลคือ ก็ยังมีผู้เสียชีวิตจำนวนมากซึ่งเป็นชาวเลบานอน และเจ้าหน้าที่สหประชาชาติ²⁸ โดยลักษณะดังกล่าวจะเรียกได้หรือไม่ว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เพราะเป็นการสู้รบระหว่างประเทศอิสราเอลกับกลุ่มอิซบอลเลาะห์ แต่เมื่อมองอย่างลึกซึ้งจะเห็นว่ากลุ่มอิซบอลเลาะห์มีประเทศเลบานอน อิหร่าน ซีเรียหนุนหลังและให้การสนับสนุนในการโจมตี โดยเฉพาะเรื่องของอาวุธที่อิหร่านเป็นผู้ส่งให้แก่กลุ่มผู้ก่อการร้ายดังกล่าว ส่วนอิสราเอลก็ได้รับการสนับสนุนจากประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากมีลักษณะเป็นการทำสงครามต่อต้านผู้ก่อการร้าย โดยกรณีเช่นนี้จะอยู่ในบังคับของมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาหรือไม่ เนื่องจากในมาตรา 2 ร่วมนั้นใช้บังคับต่อการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กล่าวคือ ภาควิธีในการสู้รบมีสถานะเป็น “รัฐ” จะใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในลักษณะของจารีตประเพณีได้หรือไม่ เพราะยังไม่มีทางปฏิบัติของรัฐยืนยันได้นอกจากนี้ ถ้าหากรัฐบาลเลบานอน ได้รับรองหรือยินยอมการกระทำของอิสราเอลในการแทรกแซงทางการทหารในดินแดนของตนการสู้รบนั้นก็จะมีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ²⁹ แต่อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติการทางทหารของอิสราเอลกับกลุ่มอิซบอลเลาะห์ที่เกิดขึ้นในดินแดนเลบานอนโดยไม่มีการรับรอง (consent) และผลของการทำลายล้างต่อประชาชนชาวเลบานอนที่มีระดับรุนแรง ซึ่ง A. Paulus and M. Vashakmadze ได้มีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นลักษณะของการสู้รบระหว่างกองกำลังของรัฐ กับกลุ่มติดอาวุธข้ามชาติที่เกิดขึ้นภายในดินแดนแห่งรัฐของประเทศอื่น (a state's armed forces and transnational armed groups operating in the territory of another state) ซึ่งต้องใช้กฎหมายมนุษยธรรม

²⁸ A. Paulus and M. Vashakmadze, *supra* note 22, pp.111-112 และดู <http://aagth1.exteen.com/20060801/entry> และ www.sathornchurch.com/related_word/related_word25.html

²⁹ A. Paulus and M. Vashakmadze, *supra* note 22, p.112.

ระหว่างประเทศที่บังคับต่อการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศบังคับ³⁰ ซึ่งกรณีนี้ น่าคิดว่าการจะตัดสินว่าการสู้รบนั้นเป็นการสู้รบลักษณะใด โดยจะต้องพิจารณาในเรื่องของอาณาเขตดินแดนเป็นหลักหรือไม่ ซึ่งอย่างน้อยกรณีเช่นนี้ ต้องสามารถบังคับใช้มาตรา 3 ร่วม และกฎเกณฑ์จารีตประเพณีในการทำสงครามได้ การแก้ปัญหาดังกล่าวคงต้องได้มีการนำสู่ศาลระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาต่อไป

1.2 การขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ

การขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ หรือในอีกความหมายคือ การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ (Internal Armed Conflicts) ตามความในมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 และตามมาตรา 1 แห่งพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 2 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบภายในดินแดนแห่งรัฐ โดยเป็นการเผชิญหน้ากันระหว่างรัฐ (state) หรือกองกำลังของรัฐบาล (government armed forces) กับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ (organized non-state armed groups) หรือในอีกกรณีหนึ่งคือ การสู้รบกันระหว่างกองกำลังติดอาวุธด้วยกัน ซึ่งลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนี้คือ มักจะมีการทำการสู้รบกันโดยกลุ่มบุคคลที่มีความคล้ายคลึงกันทั้งในเรื่องของการเมือง ประวัติศาสตร์ เศรษฐกิจ กลุ่มของสังคม วัฒนธรรมและจารีตประเพณี³¹ ซึ่งการปฏิบัติมักจะก่อให้เกิดความเสียหาย ทำลายล้าง ความทุกข์ทรมานเป็นอย่างมาก ทั้งไม่ว่าจะเป็นการจงใจที่จะใช้พลเรือนเป็นเป้าหมายการทำลายหรือใช้เป็นโล่กำบัง การทำลายทรัพย์สินของพลเรือน การก่ออาชญากรรม ทั้งการฆาตกรรม การข่มขืน

ซึ่งกฎหมายที่จะใช้ในการปกป้องช่วยเหลือคุ้มครองผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบคือ มาตรา 3 ร่วม แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 อันเป็นกฎเกณฑ์ร่วมกันในการที่ผู้ที่ทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกันจะต้องปฏิบัติโดยถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสุดที่ต้องกระทำ

³⁰ A. Paulus and M. Vashakmadze, *supra* note 22, p.112.

³¹ Michelle Mack, Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts, (Geneva, International Committee of the Red Cross, February 2008), p. 5.

1.2.1 ขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

แต่ละฝ่ายในการสู้รบกันภายในรัฐ จะต้องผูกพันและปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่มีอยู่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับต่อการขัดกันในระดับที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศโดยต้องดำเนินการตาม มาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ปี 1977 ซึ่งในมาตรา 3 ร่วม³² ได้มีหลักการในการปฏิบัติต่อผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบไว้โดยสังเขป ดังนี้³³

ประการแรก ต้องปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ที่อยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ ศิพพรรณ ศาสนาหรือความเชื่อถือ เพศ ฐานะ หรือเกณฑ์ประการอื่นๆ ต่อผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมในการสู้รบและผู้ที่ไม่อยู่ในสภาพที่จะทำการสู้รบได้อีกต่อไป โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับบาดเจ็บหรือถูกควบคุมตัว นอกจากนั้นยังกำหนดข้อห้ามมิให้ปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวดังต่อไปนี้ คือ การทำร้ายร่างกายและต่อตัวบุคคล โดยเฉพาะการฆาตกรรม การตัดอวัยวะ การปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้าย การทรมาน การจับเป็นตัวประกัน การปฏิบัติอย่างลบลู่ดูหมิ่นเกียรติยศและศักดิ์ศรี การตัดสินและลงโทษโดยปราศจากการพิจารณาคดี โดยศาลที่จัดตั้งขึ้นตามปกติซึ่งใช้หลักประกันด้านความยุติธรรมที่จำเป็นสำหรับประชาชนผู้มีอารยธรรม

ประการที่สอง รัฐฝ่ายที่ขัดแย้งกันต้องเก็บรวบรวมและให้การรักษาผู้ที่บาดเจ็บหรือเจ็บป่วย โดยอาจดำเนินการโดยอาศัยความช่วยเหลือขององค์กรมนุษยธรรมที่เป็นกลาง เช่น องค์การกาชาดสากลระหว่างประเทศ และรัฐฝ่ายต่างๆ ต้องพยายามทำความตกลงพิเศษขึ้นเพื่ออนุวัติการบทบัญญัติเหล่านี้ในทางปฏิบัติ

โดยขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ต้องแยกพิจารณา ดังนี้

1) ขอบเขตในด้านสถานการณ์ที่ต้องปรับใช้กฎหมาย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่ามาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้นจะจงบังคับใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (not of an international armed conflicts) ซึ่งหมายความว่า จะต้องเป็นการขัดกันที่เกิดขึ้นภายในดินแดนแห่งรัฐโดยมีการใช้กำลังทางทหารอย่างรุนแรง ยึดเยื้อ ระหว่างกองกำลังของรัฐบาลกับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ หรือระหว่างกลุ่มติด

³² อนุสัญญา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949.

³³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.49-51.

อาวุธด้วยตนเอง โดยตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า มาตรา 3 ร่วมไม่ได้กำหนดนิยามของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศไว้แต่อย่างใด

ในพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ปี 1977 ได้บัญญัติถึงสถานการณ์ที่ต้องปรับใช้มาตรา 3 ร่วมว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่รวมสถานการณ์ที่กำหนดอยู่ในพิธีสารฉบับที่ 1 ซึ่งได้อธิบายไปแล้วในบทนี้ หัวข้อ 1.1.1 ในข้อ 1 โดยในมาตรา 1 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ไม่ได้นำไปปรับใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศตามมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 และที่กฎหมายถือว่าการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 1(4) ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ดังนั้นสถานการณ์ตามที่บัญญัติมาตรา 1 ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 จึงได้แก่³⁴ สถานการณ์ที่เกิดความขัดกันทางอาวุธภายในดินแดนแห่งรัฐระหว่างกองกำลังทางทหารของฝ่ายรัฐบาลกับกองกำลังของฝ่ายที่แตกแยก หรือกลุ่มกองกำลังติดอาวุธด้วยตนเอง โดยมีระบบและอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ และสามารถควบคุมส่วนหนึ่งของดินแดนของประเทศนั้น ถึงขนาดที่กลุ่มติดอาวุธเหล่านั้นสามารถดำเนินการปฏิบัติการทางทหารที่คงอยู่และร่วมกัน โดยไม่รวมถึงสถานการณ์ความยุ่งยากหรือความตึงเครียดภายใน โดยการพิพาทกันจะต้องอยู่ในระดับสูงและรุนแรง และต่อเมื่อกองกำลังติดอาวุธฝ่ายตรงข้ามสามารถควบคุมดินแดนได้อย่างถาวรจึงจะนำพิธีสารมาปรับใช้ได้ ซึ่งทำให้รูปแบบการขัดกันทางอาวุธที่มีระดับความรุนแรงต่ำกว่านี้ เช่น การต่อสู้แบบกองโจรที่มีรูปแบบการเคลื่อนที่ไม่ตกอยู่ภายใต้พิธีสารฉบับนี้³⁵

³⁴ ...shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.

³⁵ เฉลียว นครจันทร์, “การนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะกรณีไทยและฟิลิปปินส์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น. 4.

2) ขอบเขตในเรื่องระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุด

เช่นเดียวกันกับการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะบังคับใช้ตั้งแต่การเริ่มต้นของการเกิดการขัดกันทางอาวุธ ถ้าในกรณีของการสู้รบภายในประเทศ ต้องเริ่มบังคับใช้ตั้งแต่ความรุนแรงของความขัดแย้งมีความรุนแรงเกินขีดต่ำสุด และมีการใช้กองกำลังของรัฐบาลเข้าสู่กับกองกำลังที่มีหน่วยบัญชาการรบของกลุ่มฝ่ายตรงข้ามจนกระทั่งมีการยุติปฏิบัติการทางทหาร³⁶ ของคู่สงคราม โดยหลักการแล้วมาตรการในการจำกัดเสรีภาพบุคคล ซึ่งได้กระทำด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการพิพาทควรยุติเมื่อสิ้นสุดการสู้รบ เช่น การดำเนินการทางทหารได้ยุติ ยกเว้นในกรณีที่มีการตัดสินใจโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากมาตรการเช่นนั้นยังคงมีแก่บุคคลเพื่อเหตุผลทางด้านความมั่นคง หรือฝ่ายชนะได้ทำการจับกุมเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยหรืออำนาจของตน การปกป้องทางกฎหมายก็ยังคงมีอยู่ต่อไป แก่ผู้ซึ่งถูกดำเนินการดังกล่าวภายใต้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมตัวแก่บุคคลผู้ถูกจำกัดเสรีภาพตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 มาตรา 5 และการให้ประกันความยุติธรรมในการดำเนินคดีตามมาตรา 6 และเมื่อข้อพิพาทกันที่ทำให้การใช้กำลังสิ้นสุดลง ผู้ที่ถูกควบคุมตัวจะได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 5 และ มาตรา 6 จนกว่าการขาดหรือการถูกจำกัดอิสรภาพดังกล่าวจะสิ้นสุดลง³⁷

1.2.2 ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย

ปัญหาในการบังคับใช้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนั้น ตามที่ได้ศึกษาเกิดจากความไม่ชัดเจนของถ้อยคำในบทบัญญัติของมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 และนอกจากนี้แล้ว ยังไม่ได้มีการแบ่งแยกประเภทของความขัดแย้งไว้ ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้ดุลยพินิจในการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติและการนำกฎหมายไปปรับใช้

1) ความไม่ชัดเจนของถ้อยคำในกฎหมายทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้

ด้วยเหตุที่มาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้น ไม่ได้มีการกำหนดนิยามของคำว่า การขัดกันทางอาวุธที่มีไ้ระดับประเทศไว้ หรือไม่ได้เตรียมคำนิยามไว้เพื่อให้เป็นเรื่องของ

³⁶ UK Ministry of Defence, *supra note* 9, p. 33.

³⁷ เฉลียว นครจันทร์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 35 , น.77.

การแปลความของแต่ละรัฐ³⁸ โดยใช้แต่คำว่า “armed conflict not of an international character” อันเป็นการบัญญัติถ้อยคำในเชิงลบ กล่าวคือ การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ คือไม่ใช่เรื่องระหว่างประเทศ 2 ประเทศ ทำให้ขาดความชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของการขัดแย้งที่อยู่ในข่ายของการปรับใช้ โดยเฉพาะเกณฑ์การแบ่งแยกความขัดแย้งประเภทนี้ ออกจากความวุ่นวายภายในประเทศที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้³⁹

มาตรา 3 ร่วม ไม่ได้อธิบายลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ โดย Jelena Pejic ได้อธิบายว่าไม่มีนิยามคำไหนที่จะสามารถครอบคลุมกับข้อเท็จจริงที่แท้จริงได้และการให้คำนิยามไว้จะเป็นการเสี่ยงสำหรับการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยประการแรก ไม่เป็นการชัดเจนว่าระดับของความรุนแรงจะต้องถึงระดับไหน และต้องมีระดับความยืดหยุ่นของการสู้รบแค่ไหน⁴⁰ มุมมองนี้กลับเห็นว่าการไม่กำหนดนิยามไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กลับทำให้ขอบเขตการบังคับใช้นั้นยืดหยุ่นได้มากกว่าการกำหนดคุณลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับประเทศไว้อย่างชัดเจน

คำว่า “รัฐ” ตามที่ปรากฏในคำอธิบายบทและในมาตรา 1 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ที่ว่า “The High Contracting Parties” นั้น อาจเป็นปัญหาว่าพิธีสารนี้จะต้องบังคับใช้เฉพาะกับรัฐที่ได้ให้สัตยาบันต่อพิธีสารฉบับที่ 2 หรือไม่ เพราะว่าพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 นั้น เป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา เพื่อที่จะใช้บังคับกับสงครามกลางเมืองโดยเฉพาะ ซึ่งหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วยไม่ได้ให้สัตยาบันกับพิธีสารฉบับดังกล่าว เพราะด้วยเหตุผลแห่งความมั่นคงของประเทศ กล่าวว่าเป็นการให้การรับรองสถานะของฝ่ายตรงข้าม ซึ่ง Pictet ได้กล่าวไว้ว่า “Party” นั้น ควรจะถูกพิจารณาในแง่ของรัฐผู้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งเป็นรัฐที่ได้ให้สัตยาบันและรับที่ยอมรับผูกพันใช้บังคับ⁴¹

³⁸ Elizabeth Chadwick, Self-Determination, Terrorism and The International Humanitarian Law of Armed Conflicts, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1996), p. 149.

³⁹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 50.

⁴⁰ Jelena Pejic, “Status of armed conflicts,” in Elizabeth Wilmshurst and Suan Breau (eds.), Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p.85.

⁴¹ Jean Pictet, “Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949,” International Committee of the Red Cross, (Martinus Nijhoff Publishers: Geneva, 1987), p. 1338.

2) ไม่มีความชัดเจนในการแบ่งแยกประเภทของความขัดแย้ง

บางสถานการณ์ความขัดแย้งอาจทำให้เกิดความสับสนได้ว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่อนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมขาดความชัดเจนในการแบ่งแยกประเภทของความขัดแย้งนี้ออกจากกัน โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงลักษณะของความขัดแย้งหรือสงครามในรูปแบบต่างๆ ซึ่งอาจเกิดขึ้นภายในดินแดนแห่งรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ความเป็นจริงมีลักษณะเป็นสงครามตัวแทนซึ่งมีรัฐอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น สงครามกลางเมืองที่มีการแทรกแซงจากรัฐต่างชาติ เช่น กรณีที่กลุ่ม

คอนทราส พิพาททางอาวุธกับประเทศนิคารากัวโดยกลุ่มคอนทราสมีสหรัฐอเมริกา คอยให้การสนับสนุนเรื่องของการวางแผน การเงิน และการปฏิบัติการทางทหารอยู่ และกลุ่มคอนทราสเป็นเหมือนกับตัวแทนของสหรัฐอเมริกา ซึ่งบางกรณีอาจมีการแทรกแซงทางฝ่ายรัฐบาลหรือจากฝ่ายต่อต้านรัฐบาล และการทำสงครามกู่ชาติ⁴²

นอกจากนั้น สถานการณ์บางกรณีอาจมีการตีความของความขัดแย้งดังกล่าวว่ายังไม่ถึงระดับของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ เช่น สถานการณ์ที่เคยเกิดขึ้นในประเทศฟิลิปปินส์ ที่เกิดการสู้รบระหว่างกองกำลังทางทหารของฝ่ายรัฐบาลฟิลิปปินส์ กับกองกำลังแนวร่วมกองทัพประชาชนใหม่ (New People's Army) และแนวร่วมขบวนการปลดปล่อยแห่งชาติโมโร ซึ่งเป็นการสู้รบแบบกองโจรของกองกำลังติดอาวุธดังกล่าว อันมีลักษณะเป็นองค์กรอย่างดี ซึ่งได้ก่อให้เกิดการสูญเสียชีวิตทั้งผู้ที่มีส่วนร่วมในการรบและพลเรือน ทำให้พลเรือนเสียชีวิตจำนวนมาก แต่ในการปฏิบัติการก็ไม่สามารถปลดปล่อยดินแดนได้อย่างถาวร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อล้มล้างรัฐบาลการปกครองของฟิลิปปินส์ ซึ่งจากผลการวิจัยที่ได้เคยมีผู้ทำการวิเคราะห์ไว้คือ กรณีนี้เป็นกรณีที่ต้องนำมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาบังคับใช้ เพราะฟิลิปปินส์เป็นภาคีทั้งอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าฟิลิปปินส์ไม่ได้นำหลักการตามกฎหมายทั้งสองมาปรับใช้ โดยการจับกุมพลเรือนไปทรมาน และดำเนินคดีอย่างรวบรัด อันเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁴³

⁴² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 50.

⁴³ เฉลียว นครจันทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.105-152.

3) ปัญหาในการใช้ดุลยพินิจในการตีความและในการปรับใช้

ขอบเขตการคุ้มครองตามมาตรา 3 ร่วม แห่งอนุสัญญาเจนีวา มีปัญหาในเรื่อง บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องไม่อาจปฏิบัติได้ด้วยตนเอง (self-executing) โดยไม่ต้องได้รับการอนุวัติการ ดังนั้นการจะนำมาปรับใช้จะต้องอาศัยดุลยพินิจที่ค่อนข้างกว้างในการตีความ ซึ่งทำให้เกิดความ ไม่แน่นอนและลักลั่นขึ้นได้ยิ่งกว่านั้น บทบัญญัติมาตรา 3 ร่วมยังมีได้ครอบคลุมหรือกล่าวถึงเพียง โดยอ้อมสำหรับปัญหาสำคัญยิ่งคือเรื่องการปฏิบัติต่อนักโทษสงคราม พลเรือน รวมถึงการคุ้มครอง และการเข้าถึงนักโทษสงครามและพลเรือนที่ถูกควบคุมตัว โดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองประชากร พลเรือนต่อการโจมตีที่ไม่เลือกปฏิบัติ⁴⁴

ข้อจำกัดในการปรับใช้อีกประการคือ ความยุ่งยากในทางปฏิบัติ ซึ่งมีสาเหตุมาจาก ลักษณะของความขัดแย้งที่อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญาเจนีวา กล่าวคือ อนุสัญญา เจนีวา ถูกกำหนดขึ้นในบริบทของสงครามระหว่างกองทัพที่จัดตั้งขึ้นตามปกติดังเช่นที่เป็นมาใน อดีต ในขณะที่ปัจจุบันการสู้รบมีลักษณะที่พัฒนาไปโดยเฉพาะมักอยู่ในรูปของสงครามกองโจร ที่ เน้นที่การเคลื่อนไหวอย่างคล่องตัว การพรางตัว ดังนั้น การปรับใช้จึงมีปัญหาในเรื่อง ความเหมาะสมและเพียงพอต่อสถานการณ์ใหม่ที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้มาตรา 3 ร่วมยังปราศจากกลไกในการอนุวัติการและควบคุมการปฏิบัติตาม เนื่องจากต้องการให้รัฐเข้าร่วมเป็นภาคีจึงไม่ต้องการให้มีความยุ่งยากทางการเมืองโดยเฉพาะจาก การที่ฝ่ายต่อต้านรัฐบาลอาจกำหนดฝ่ายที่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองมากขึ้น อันอาจเป็นการมอบ หรือยอมรับสถานะระหว่างประเทศต่อฝ่ายต่อต้านได้ แม้จะได้มีการระบุอย่างชัดเจนแล้วใน กฎหมายดังกล่าวว่าการปรับใช้บทบัญญัติต่างๆ จะไม่มีผลต่อสถานะทางกฎหมายของฝ่ายต่างๆ ที่ ขัดแย้งกัน แต่ไม่อาจปฏิเสธสถานะของคู่สงครามตามที่อนุสัญญากำหนดให้ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กั บดุลยพินิจของฝ่ายรัฐบาลในการรับรองสถานะของคู่สงคราม เนื่องจากอนุสัญญามีผลเรื่องการ ประกันการปรับใช้บทบัญญัติขั้นต่ำของมาตรา 3 เมื่อสถานการณ์การสู้รบนั้นมีความรุนแรงถึง ระดับที่เข้าข่ายที่กำหนดไว้ เพราะฉะนั้นในปัจจุบันรัฐจำนวนมากยังมีความลังเลที่จะยอมรับว่า มาตรา 3 ร่วม มาบังคับใช้ในสถานการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นภายในประเทศของตน รวมถึงการ ไม่ยอมรับบริการของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ โดยการปฏิเสธการมีอยู่ของการ ขัดแย้งที่เข้าข่ายที่กำหนดไว้⁴⁵

⁴⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 50.

⁴⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 51.

คณะกรรมการกาชาดสากลระหว่างประเทศ ได้มีความพยายามที่จะให้มีการขยายขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ให้ครอบคลุมถึงสถานการณ์ความขัดแย้งภายในประเทศตามพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งพิธีสารนี้ยังไม่ได้รับการให้สัตยาบันกันอย่างทั่วไป เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และรวมทั้งประเทศไทยด้วย ดังนั้นพิธีสารดังกล่าวจึงอาจมีผลทางกฎหมายเฉพาะกับรัฐที่ให้สัตยาบันเท่านั้น จึงอาจเป็นปัญหาต่อการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองต่อผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ เนื่องจากการไม่ยอมรับในการปรับใช้ของรัฐ

2. ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธในลักษณะอื่นๆ

ตามที่ได้กล่าวถึงแล้วในบทที่ 2 ว่าในปัจจุบันได้มีการขัดแย้งในรูปแบบใหม่ที่มีรูปแบบแตกต่างจากการขัดกันทางอาวุธในรูปแบบเดิม ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการก่อการร้ายในลักษณะที่เป็นการทำงานแบบมีระบบ มีองค์กร และมีเครือข่ายในทั่วโลก ซึ่งเป็นรูปแบบความขัดแย้งที่มีผลต่อความปลอดภัยของประชากรในสังคมโลกปัจจุบัน และเมื่อพิจารณาถึงขนาดของความรุนแรง รวมทั้งเป้าหมายการโจมตีซึ่งใช้เป้าหมายเป็นพลเรือน นับว่าเป็นการกระทำผิด หรือละเมิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายโดยเฉพาะในมาตรา 3 ร่วม นอกจากนั้น การสู้รบที่มีการผสมผสานกันทั้งในเรื่องของการขัดแย้งกันภายในประเทศที่มีการแทรกแซงโดยปฏิบัติการทางทหารของต่างชาติ ทำให้การสู้รบนั้นมีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่อาจให้ความคุ้มครองต่อผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องได้อย่างเต็มที่

2.1 สงครามต่อต้านการก่อการร้าย (War on Terrorism)

การโจมตีของผู้ก่อการร้ายในเหตุการณ์เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 จะใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศบังคับใช้ได้หรือไม่ จะต้องหาคำตอบก่อนว่าการก่อการร้ายเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธหรือไม่ เพราะเมื่อดูจากจารีตประเพณีการทำสงครามซึ่งเป็นการสู้รบระหว่างประเทศสองประเทศ หรือการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ แต่การก่อการร้ายมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการขัดกันทางอาวุธตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรง และดำเนินการโดยกลุ่มกองกำลังที่มีลักษณะเป็นองค์กร ในหัวข้อต่อไปนี้จะได้นำเสนอ

เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อเหตุการณ์การก่อการร้าย ว่าจะมี ความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดที่จะนำกฎหมายนี้ไปปรับใช้ต่อการกระทำของผู้ก่อการร้ายซึ่งไม่ใช่ การกระทำของรัฐ รวมถึงการปรับใช้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการก่อการร้าย และ ความสามารถที่จะปฏิบัติกับผู้ก่อการร้าย หรือผู้ต้องสงสัยว่าก่อการร้ายได้เช่นเดียวกับทหารหรือ พลรบที่ได้รับสิทธิพิเศษตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือไม่ เพียงใด

2.1.1 ความยุ่งยากของการบังคับใช้มาตรา 3 ร่วมต่อการก่อการร้ายเนื่องจาก ไม่ใช่การกระทำของรัฐ

มาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับนั้น เป็นบทบัญญัติที่กำหนด กฎเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำซึ่งผู้ที่ทำการสู้รบที่ไม่ใช่ลักษณะระหว่างประเทศต้องปฏิบัติต่อผู้ที่ไม่ มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ เมื่อพิจารณาถึงกรณีสงครามการก่อการร้ายที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และโดย ที่ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยายว่าจะสามารถนำมาตรา 3 ร่วมมาปรับใช้กับ สถานการณ์ดังกล่าวได้หรือไม่ เพียงใด และในอีกด้านหนึ่ง เนื่องจากกลุ่ม al Qaeda นั้นไม่ได้มี สถานะเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ การก่อการร้ายจึงไม่ใช่การขัดกันทางอาวุธที่มี ลักษณะระหว่างประเทศตามมาตรา 2 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา ซึ่งกำหนดว่า “รัฐ” เท่านั้นที่จะ เป็นคู่สงครามได้⁴⁶ และผู้ก่อการร้ายไม่ใช่กลุ่มองค์กรติดอาวุธภายในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มี ความขัดแย้งกับรัฐบาลและเกิดการขัดแย้งต่อด้านกัน แต่กลุ่มผู้ก่อการร้ายมีสถานะเป็น Non State Actor หรือที่เรียกกันในปัจจุบันว่า Transnational armed group⁴⁷ หรือกลุ่มติดอาวุธข้าม ชาติ ซึ่งเมื่อมองในมุมของมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาอันเป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้เตรียมการ ไว้ หรือไม่ได้มีการคาดการณ์ไว้ล่วงหน้าว่าจะมีการเกิดการก่อการร้ายสมัยใหม่ขึ้นอย่างใน ปัจจุบัน⁴⁸ ซึ่งในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดให้ใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ลักษณะ ระหว่างประเทศ (Armed Conflicts not of an International character) ซึ่งไม่มีการกำหนด

⁴⁶ Marco Sassoli, “Transnational Armed Groups and International Law,” *HPCR Occasional Paper Series*, (Harvard University, 2006), N. 6, p. 4.

⁴⁷ *Ibid*, p. 4.

⁴⁸ Gabor Rona. “Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the ‘War on Terror’,” *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol.27;2, (2003), p. 57.

นิยามไว้แต่อย่างใดว่าการกระทำที่เป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น ประกอบด้วยเงื่อนไขอย่างไรบ้าง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และโดยที่การกระทำของกลุ่ม al Qaeda ก็ไม่มีการพิสูจน์ว่าได้ปฏิบัติการในนามของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือว่ามีรัฐนั้นรับรองว่า al Qaeda เป็นคู่สงคราม⁴⁹ หรือปฏิบัติการด้วยการสนับสนุนของตน และมีความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับมาตรา 3 ร่วมว่าไม่สามารถที่จะครอบคลุมถึงสถานการณ์ดังกล่าวได้ โดยมีเหตุผล 3 ประการคือ ประการแรก เหตุการณ์ 11 กันยายน 2001 ไม่ใช่เหตุการณ์ในบริบทของการขัดกันทางอาวุธตามความหมายของอนุสัญญาเจนีวา 1949 ประการที่สอง มาตรา 3 ร่วมไม่ได้ปรับใช้ในการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นภายในประเทศที่มีลักษณะเป็นการสู้รบระหว่างกลุ่มเครือข่ายการก่อการร้ายข้ามชาติกับรัฐ ประการที่สาม และแม้หากจะสามารถปรับใช้ได้ ก็ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนไว้ และด้วยเหตุนี้ไม่สามารถที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ตามมาตรฐานของการดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดในวันที่ 11 กันยายน 2001 ดังกล่าว⁵⁰

ในคดี Hamdan v. Rumsfeld ที่ตัดสินโดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา โดยรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาอ้างว่า สงครามต่อกลุ่มอัล-เคดาไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 3 ร่วม แต่ศาลฎีกาได้กล่าวว่า “ทุกการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการปะทะกันระหว่างประเทศ คือ การขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ”⁵¹

และในอีกตอนหนึ่งว่า

“.....มีอย่างน้อยหนึ่งกฎเกณฑ์ของอนุสัญญาเจนีวา ที่ใช้บังคับต่อสถานการณ์ แม้ว่าการขัดกันนั้นไม่มีความสัมพันธ์กับเรื่องของระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรา 3 ร่วมก็เหมือนกับมาตรา 2 ร่วม เพราะว่าปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาซึ่งเป็นข้อกำหนดสำหรับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐภาคี แต่ละภาคีต้องผูกพันและบังคับตามในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำสุดที่จะคุ้มครองผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ ซึ่งรวมถึงสมาชิกของกองกำลังที่วางอาวุธแล้ว.....และผู้ถูกกักขัง”⁵²

⁴⁹ Derek Jinks, “September 11 and the Law of War,” *The Yale Journal of International Law*, Vol. 28, (2008), p. 12.

⁵⁰ *Ibid*, p.13.

⁵¹ Marco Sassoli, *supra* note 46, p. 8.

⁵² Marko Milanovic, “Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror : comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case,” *Selected*

ศาลชี้ชัดว่าทำไมถึงต้องใช้มาตรา 3 ร่วมบังคับต่อสมาชิกของกลุ่มอัล-เคดา และบุคคลผู้มีส่วนร่วมก่อการร้าย ซึ่งถูกจับกุมระหว่างการสู้รบในสงครามการก่อการร้าย เพราะคู่ที่สถานะของกลุ่มอัล-เคดา ซึ่งไม่มีสถานะเป็นรัฐ ซึ่งคู่ภาคีในการสู้รบในดินแดนอัฟกานิสถานคือ สหรัฐอเมริกาและอัฟกานิสถานที่สู้รบกับ กลุ่มอัล-เคดา เป็นการขัดกันทางอาวุธที่เกี่ยวข้องกับ ดินแดนแห่งรัฐภาคี ซึ่งไม่ใช่มาตรา 2 เพราะไม่ใช่เป็นเรื่องของการปะทะกันระหว่างประเทศสอง ประเทศ และถ้อยคำ “not of an international character” นี้ ความเห็นของผู้ร่างมาตรา 3 ร่วม ดังกล่าว คือ จุดประสงค์ที่สำคัญของบทบัญญัติดังกล่าวคือ การเตรียมพร้อมเพื่อให้ความคุ้มครอง ปกป้องต่อกลุ่มจลาจลที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งขอบเขต การบังคับใช้มาตรานี้ จะต้องกว้างเท่าที่จะเป็นไปได้⁵³ และศาลก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความด้วยการที่รัฐสู้รบกับกลุ่มผู้ก่อการร้ายข้ามชาตินี้เป็นการขัดกันที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศรูปแบบ หนึ่ง ศาลเพียงแต่ชี้ให้เห็นว่ามาตรา 3 ร่วมใช้กับการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่าง ประเทศ ซึ่งมาตรา 3 ร่วม หมายถึงการขัดกันที่ไม่มีเรื่องของระหว่างสองประเทศปะทะกัน และ เมื่อพิจารณาไปพร้อมกับมาตรา 1 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 จะพบถ้อยคำว่า “การขัดกันทาง อาวุธที่ไม่รวมถึงมาตรา 1 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1” แสดงว่าการขัดกันทางอาวุธทุกกรณีที่ไม่ใช่เรื่องระหว่างประเทศ เป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งต้องเกิดขึ้น ภายในดินแดนแห่งรัฐภาคีตามความในมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาและตามมาตรา 1 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2

2.1.2 การไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อฝ่าย ต่างๆ

เมื่อยังไม่มีกรณีวินิจฉัยที่แน่ชัดว่าการก่อการร้ายจัดว่าเป็นประเภทหนึ่ง ของการขัดกัน ทางอาวุธหรือไม่ ทำให้การบังคับกฎหมายมนุษยธรรมเป็นไปด้วยความยากลำบาก ทั้งยังอาจเป็น ช่องทางให้เกิดความเสียหายต่อกลุ่มคนบางประเภท เพราะการที่ไม่สามารถที่จะปรับใช้กฎหมาย ได้ เช่น

articles on International Humanitarian Law, (International Review of the Red Cross : volume 89, No.866,(June 2006), p.377.

⁵³ Ibid, p. 378.

1) ผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ

ผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบคือ ผู้ที่เป็นพลเรือน หรือผู้ที่เป็นพลรบแต่ได้วางอาวุธแล้ว หรืออยู่ในสภาพที่ไม่อาจทำการรบได้อีกต่อไปซึ่งจะได้รับการปกป้องคุ้มครองตามมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา ตามหลักการความคุ้มครองที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทนี้ หัวข้อ 1.2.1 และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังมีข้อห้ามทั้งในการขัดกันทางอาวุธลักษณะระหว่างประเทศและการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศว่า ห้ามการกระทำใดๆ ที่สามารถจัดได้ว่าเป็นการก่อการร้ายโดยการโจมตีต่อเป้าหมายที่เป็นพลเรือน กระทำการคุกคามรุนแรงด้วยจุดประสงค์ที่จะเป็นการก่อการร้ายต่อประชากรพลเรือน⁵⁴ ดังนั้น หากพิจารณาจากตัวอย่างของเหตุการณ์การก่อการร้ายเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 จำเป็นจะต้องพิจารณาก่อนว่า เหตุการณ์นี้เป็นการกระทำที่เป็นสงคราม (act of war) หรือไม่ถึงจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามอาจคุ้มครองผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องได้ตามกฎหมายภายในประเทศที่เกิดการก่อการร้าย หรือคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ข้อพิจารณานี้ ในด้านรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาว่า การโจมตีของกลุ่มผู้ก่อการร้าย อัล-เคดา เป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธเพื่อที่ตนจะสามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ตามมาตรา 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ตามที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 แต่สถานการณ์ดังกล่าวไม่เข้าเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะที่เป็นองค์ประกอบ ทั้งการขัดกันทางอาวุธตามมาตรา 2 ร่วม และมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยเรียกผู้ก่อการร้ายว่า “unlawful enemy combatants” ซึ่งรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้จัดให้ผู้ก่อการร้ายจัดว่าเป็นพลรบที่ผิดกฎหมายประเภทใหม่⁵⁵ ซึ่งไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ทั้งจากมาตรา 4 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ซึ่งมีเนื้อหาที่ให้ความคุ้มครองเชลยศึก และไม่เข้าเกณฑ์การให้ความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ที่ให้ความคุ้มครองต่อพลเรือน ซึ่งสหรัฐอเมริกา ถือว่าผู้ก่อการร้ายมีสถานะเป็นพลรบที่ผิดกฎหมายไม่ใช่พลเรือน ซึ่งไม่อาจบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะกับมาตรา 3 ร่วม ซึ่งตรงกันข้ามกับการตัดสินของศาลฎีกาของสหรัฐฯ (Supreme Court of the United States) ในคดี Hamdan⁵⁶ ที่ว่าการกระทำของผู้ก่อการร้ายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่าง

⁵⁴ Marco Sassoli, *supra* note 46, p. 15.

⁵⁵ Marko Milanovic, *supra* note 52, p.368.

⁵⁶ US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 633, 126S.Ct.2749,2797(2006).

ประเทศซึ่งใช้ มาตรา 3 ร่วมบังคับ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ เช่น พลเรือน พลรบที่วางอาวุธแล้ว ผู้ถูกกักขัง เป็นต้น ซึ่งเห็นได้ชัดว่าเกิดปัญหาเพราะการพิจารณาความหมายหรือคำจำกัดความของการขัดกันทางอาวุธนั้นไม่เหมือนกัน นี่คือการตีตัวอย่างของความยุ่งยากในการบังคับใช้มาตรา 3 ร่วม ต่อการให้ความคุ้มครองปกป้องผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบซึ่งเป็นผลมาจากการที่ไม่มีคำจำกัดความของคำว่า “armed conflicts” เพราะทำให้ความหมายถูกแปลความตามอำเภอใจของแต่ละหน่วยงาน องค์การและแต่ละประเทศ ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้อง และทำให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2) การปฏิบัติต่อผู้ต้องสงสัยว่าก่อการร้ายเช่นเดียวกับทหารที่ทำการสู้รบ

ในอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารฉบับที่ 1 ไม่ได้รับรองสถานะของนักโทษสงครามที่ไม่ได้เป็นพลรบที่ถูกต้องตามกฎหมายในการสู้รบ แต่ในพิธีสารฯ มีข้อจำกัดโดยรับรองให้เฉพาะสมาชิกของกองกำลังที่เป็นคู่สงครามในการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ โดยมีเงื่อนไขว่ากองกำลังต้องมีการจัดการและอยู่ภายใต้คำบัญชาการ และมากกว่านั้น ผู้ที่มีสถานะเป็นพลรบจะต้องมีความแตกต่างอย่างชัดเจนจากพลเรือนเพื่อที่จะนำไปสู่การมีสถานะเป็นนักโทษสงครามเมื่อถูกจับกุมตัว เช่น การแต่งเครื่องแบบ ซึ่งการปฏิบัติทางนี้จะต้องกระทำในนามของรัฐหรือบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผู้ก่อการร้ายไม่ได้ปฏิบัติการในนามของรัฐ แต่เป็นการปฏิบัติการโดยไม่สามารถพิสูจน์ปฏิบัติการได้มีความเชื่อมโยงกับรัฐแต่อย่างใด⁵⁷ ดังนั้น ผู้ก่อการร้ายซึ่งไม่อาจมีสถานะเป็นพลรบที่ถูกกฎหมายจึงไม่มีสถานะเป็นนักโทษสงครามได้ ซึ่งทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁵⁸ มาตรา 4 และมาตรา 13 แห่งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 ที่ให้สิทธิแก่นักโทษสงครามต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมนุษย แต่จะอาจถูกดำเนินคดีและตามกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศหากเข้าลักษณะความผิดที่เป็นอาชญากรรมสงคราม (War Crimes) หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against Humanity)

ส่วนในการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศนั้น สถานะพลรบนั้นไม่มีอยู่ นักโทษสงครามหรือพลเรือนที่ถูกปกป้องคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 และ ฉบับที่ 4

⁵⁷ The Relevance of IHL in the Context of Terrorism,

<http://www.icrc.org/web/eng/siteengO.nsf/html/terrorism-ihl-210705.p.1>

⁵⁸ *Ibid*, p.1.

ในการสู้รบระหว่างประเทศนั้นจะไม่ให้ความคุ้มครองต่อพลรบในการสู้รบภายในประเทศ ดังนั้น สมาชิกของกลุ่มกองกำลังติดอาวุธไม่มีสถานะพิเศษ ซึ่งอาจถูกพิจารณาดีตามกฎหมายอาญาภายในประเทศ แต่อย่างไรก็ตามกลุ่มผู้ก่อการร้ายจะได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 3 ร่วม หรือไม่ นั้น เกี่ยวข้องกับการพิจารณาว่าการก่อการร้ายนั้นจัดอยู่ในประเภทหนึ่งของการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศหรือไม่⁵⁹ ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว

ในสงครามต่อต้านการก่อการร้าย สหรัฐอเมริกาได้อ้างว่าสมาชิกของกลุ่มก่อการร้ายข้ามชาติมีสถานะเป็น “unlawful enemy combatant” คือผู้ที่ไม่ได้รับประโยชน์จากทั้งสองสถานะ (พลรบ/พลเรือน) เพราะว่า ประการแรกผู้ก่อการร้ายไม่ได้เป็นคนของชาติใดชาติหนึ่ง ประการที่สอง พวกเขาไม่แยกตัวเองออกจากพลเรือนอย่างชัดเจน และประการที่สามคือ การที่ผู้ก่อการร้ายไม่ยอมปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงคราม ดังนั้น ผู้ก่อการร้ายจึงไม่ใช่พลรบ และในขณะเดียวกันหากสมาชิกของกลุ่มดังกล่าวได้ถูกโจมตีโดยพลรบและถูกกักขังโดยปราศจากสิทธิ ดังเช่นนักโทษสงคราม (prisoner of war) คือ จะไม่ได้รับสิทธิพิเศษในสถานะนักโทษสงคราม ซึ่งพลรบที่ผิดกฎหมายจะไม่ได้รับการคุ้มครองทั้งอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 และ 4 ในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การกักขังผู้ที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้าย ซึ่งถูกจับตัวในดินแดนอัฟกานิสถานและปากีสถาน รวมทั้งจากประเทศอื่นๆ โดยที่สหรัฐอเมริกาและพันธมิตรเข้าไปปฏิบัติการในสงครามต่อต้านการก่อการร้าย เป็นการกักขังโดยไม่มีข้อหาที่ใช้อ้างอิงได้ ซึ่งผู้ต้องสงสัยว่าก่อการร้ายนี้ได้ถูกนำตัวไปกักขังในคุกที่อ่าวกวานตานาโม ประเทศคิวบา ตั้งแต่ต้นปี 2002 โดยมีผู้ถูกกักขังรวมทั้งญาติ ได้กล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาได้กระทำละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวา 1949 และหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยการไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต่อผู้ถูกกักขัง เช่น การใส่เครื่องพันธนาการ การจับโกนหัว การให้อยู่ในที่เย็นจัดร้อนจัด การให้อดนอน เปลื้องผ้า และไม่ให้พบกับครอบครัว อันเป็นการกระทำทารุณและโหดร้าย และนอกจากนั้น สหรัฐอเมริกายังได้ผ่านกฎหมาย Military Commissions Act 2006⁶⁰ ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างเช่น การห้ามอ้างสิทธิใดๆ เกี่ยวกับอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารต่อท้ายต่อศาลสหรัฐฯ และให้ดำเนินคดีในศาลทหารที่จัดตั้งแทนศาลยุติธรรมและอนุญาตให้ใช้พยานหลักฐานที่ได้มา

⁵⁹ *Ibid*, p.1.

⁶⁰ กฎหมาย Military Commissions Act ของสหรัฐอเมริกากับความเสื่อมของหลัก Habeas Corpus, ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com.

โดยวิธีการที่ทารุณ โหดร้าย และไม่ถูกต้อง การจำกัดขอบเขตของพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามให้ไม่รวมถึงการกระทำทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 3 ของอนุสัญญาเจนีวา เป็นต้น⁶¹ แต่สหรัฐฯ กลับหลบหลีกที่จะให้เรื่องขึ้นสู่ศาลโดยอ้างว่าการกักขังนั้นอยู่นอกดินแดนอาณาเขตประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำให้ศาลของสหรัฐนั้นไม่มีเขตอำนาจศาล และอ้างว่าผู้ถูกกักขังก็ไม่ได้เป็นพลเมืองของสหรัฐฯ แต่อย่างใดด้วย⁶²

หากผู้ก่อการร้ายที่ถูกกักขังโดยสหรัฐฯ อยู่ในบริบทหรือมีความเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาชุระหว่างสหรัฐอเมริกากับผู้ก่อการร้ายในดินแดนอัฟกานิสถาน ซึ่งสหรัฐฯ เป็นฝ่ายในสงคราม และต้องผูกพันตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ถ้ามีการกักขังอันเนื่องมาจากการขัดกันทางอาชุดังกล่าว กรณีนี้จะเป็นการกักขังอันเนื่องมาจากการขัดกันทางอาชุธที่ต้องบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁶³

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการขัดกันทางอาชุในอัฟกานิสถานระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศพันธมิตร กับกลุ่มตาลีบันและอัล-เคดา มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาชุชนิดหนึ่งซึ่งไม่ว่าจะเป็นลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่ใช้ระดับระหว่างประเทศ ดังนั้น ผู้ถูกกักขังในอำนาจของสหรัฐอเมริกาในการขัดกันครั้งนี้ ไม่ว่าจะถูกกักขังที่ไหนหรือถูกจับที่ไหน⁶⁴ ย่อมเป็นนักโทษสงครามที่ต้องได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา อย่างน้อยต้องเคารพในการให้ความคุ้มครองตามมาตรา 3 ร่วม ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ใช้ปกป้องคุ้มครองผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบทั้งนี้รวมถึงผู้ถูกกักขังด้วย⁶⁵ แต่เหตุการณ์สำหรับการก่อการร้าย เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 นั้นไม่ใช่การขัดกันทางอาชุ เป็นการก่อวินาศกรรมอันเป็นลักษณะของการก่ออาชญากรรม และผู้ก่อการร้ายมีลักษณะเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) และอาชญากรรมสงคราม (war crimes) อันเป็นความผิดทั้งต่อกฎหมายภายในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง และเป็นความผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Helen Duffy, *supra* note 26, p.385.

⁶³ Helen Duffy, *supra* note 26, p.390.

⁶⁴ Helen Duffy, *supra* note 26, p.392.

⁶⁵ ผู้เขียนอ้างคำพิพากษาของ US Supreme court ในการตัดสินคดี Hamdan v.

Rumsfeld. (US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 633, 126S.Ct.2749,2797(2006)).

2.1.3 ปัญหาในทางปฏิบัติที่ไม่สามารถจำแนกหรือชี้ตัวฝ่ายศัตรูได้

ในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ สถานะของบุคคลจะถูกแบ่งออกเป็นสองสถานะ ได้แก่ พลรบ (combatant) และพลเรือน (civilian) โดยผู้ที่มีสถานะพลรบจะมีพันธกรณีตามพิธีสารฉบับเพิ่มเติมฉบับที่ 1 กล่าวคือ พลรบทุกคนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในการขัดกันทางอาวุธ⁶⁶ อีกทั้งพลรบยังมีหน้าที่ที่จะต้องแยกตนให้แตกต่างจากประชาชนพลเรือน⁶⁷ โดยต้องมีการสวมเครื่องแบบและถืออาวุธโดยเปิดเผย มีการบังคับบัญชาเป็นกองทัพ เพื่อที่ในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธฝ่ายตรงข้ามจะได้ทราบว่าจะโจมตีหรือไม่

ในขณะที่ผู้ที่เข้าร่วมรบจำพวกกองโจร และผู้ก่อการร้าย บุคคลเหล่านี้ขณะที่ปฏิบัติการทางทหารจะไม่ได้สวมเครื่องแบบ จะสวมหน้ากาก หมวกกันน็อค ปิดหน้าหรืออำพรางตัว เมื่อเกิดสถานการณ์ขัดกันด้วยอาวุธขึ้นจึงไม่สามารถแยกตนออกจากพลเรือนได้ หากผู้ก่อการร้ายเข้ามาก่ออันตรายในชุมชน ก็จะไม่มีการสวมเครื่องแบบเหมือนกับพลรบที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้เกิดปัญหาความยุ่งยากในการแบ่งแยกสถานะระหว่างพลรบกับพลเรือน ในการปฏิบัติการทางทหารตามพันธกรณีในมาตรา 48 แห่งพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 1 เพราะผู้ก่อการร้ายจะเป็นศัตรูที่ไม่เห็นตัว ดังนั้นหากพลรบซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่จะเข้าโจมตีก็ไม่อาจทราบได้ว่าตนกำลังรบกับใคร เพราะเมื่อมีการปะปนในฝูงชนก็ไม่สามารถแยกได้ว่าผู้ใดเป็นพลเรือน พลรบ หรือผู้ใดเป็นผู้ก่อการร้าย จึงก่อให้เกิดความเสียเปรียบเพราะถูกโจมตีอยู่ฝ่ายเดียว

ปัญหาเกี่ยวกับผู้ก่อการร้ายเป็นปัญหาที่ร้ายแรงและกระทบต่อความมั่นคงในประเทศอย่างมาก เนื่องจากผู้ก่อการร้ายจะอยู่ในเมืองปะปนกับพลเรือน รวมทั้งลักษณะของการแต่งกายก็จะเหมือนกับพลเรือน จึงทำให้ไม่มีการแยกตัวออกจากพลเรือน ทำให้ประชาชนเกิดความเสี่ยงต่อการถูกโจมตีจากการก่อการร้ายได้

เนื่องจากความหมายของการก่อการร้ายนั้น ไม่มีความชัดเจน ไม่ได้มีการกำหนดนิยามของการก่อการร้ายไว้แต่อย่างใด โดยเฉพาะกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะนิยาม แต่ในเรื่องผลทางกฎหมายในการที่จะบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อผู้ก่อการร้ายนั้นย่อมมีทั้งผลดี และผลเสีย ดังนี้ คือ

⁶⁶ มาตรา 44(2) พิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 1.

⁶⁷ มาตรา 48 พิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 1.

จากพันธกรณีในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 48⁶⁸ ที่กำหนดให้ภาคีคู่พิพาทมีหน้าที่ต้องแยกประชากรพลเรือนออกจากพลรบ และแยกวัตถุพลเรือนออกจากเป้าหมายทางทหารตลอดเวลา อีกทั้งต้องมุ่งปฏิบัติการของตนต่อเป้าหมายทางทหารเท่านั้น และรวมทั้งมาตรา 52⁶⁹ แห่งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ได้กำหนดให้มีการคุ้มครองพลเรือน โดยจำกัดให้มีการโจมตีเฉพาะเป้าหมายทางทหารเท่านั้น ดังนั้น ในสถานการณ์การก่อการร้าย เจ้าหน้าที่ต้องมีหน้าที่ในการเคารพต่อมาตรา 48 และ 52 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ทำให้เจ้าหน้าที่รัฐถูกจำกัดการใช้กำลังทางการทหารในการปราบปรามการก่อการร้าย เนื่องจากเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงพันธกรณีดังกล่าว ซึ่งทำให้ผู้ก่อการร้ายนั้นได้เปรียบในการโจมตี และนำมาซึ่งความเสียหายต่อพลเรือนจากสถานการณ์การก่อการร้ายนั้นได้ การที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นประโยชน์ทางมนุษยธรรมจริงๆ แต่ตราบไต่ผู้ก่อการร้ายยังคงโจมตีพลเรือน ก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อพลเรือนมากขึ้น ซึ่งการก่อการร้ายปัจจุบันนั้นมีความรุนแรง และผู้ก่อการร้ายก็ได้ปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงครามแต่อย่างใด และเจ้าหน้าที่รัฐก็จะสามารถโจมตีได้เฉพาะเป้าหมายทางการทหารเท่านั้น และหากกระทำการโจมตีผู้ก่อการร้ายซึ่งปะปนกับพลเรือนโดยไม่สามารถแยกออกได้ว่าเป็นผู้ใดแล้ว ก็จะเป็นการกระทำอันถือเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

และนอกจากนี้ ผู้ก่อการร้ายเมื่อถูกจับได้ก็จะได้รับสถานะเป็นนักโทษสงครามอีกด้วย ซึ่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 ได้ให้ความคุ้มครองไว้โดยได้รับการคุ้มครองในเรื่องการดำเนินคดีและการลงโทษ ซึ่งหากพิจารณาว่าการก่อการร้ายเป็นการขัดกันทางอาวุธก็จะทำให้ผู้ก่อการร้ายได้รับสถานะพลรบและเมื่อถูกจับกุมตัวได้ก็จะอยู่ในฐานะของนักโทษสงคราม (prisoner of war) ซึ่งจะได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองของกฎหมายมนุษยธรรมโดยได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ทั้งๆที่ตรงกันข้ามกับการกระทำของผู้ก่อการร้ายซึ่งเป็นการกระทำที่มีการปกปิดรูปแบบของการกระทำ และโจมตีพลเรือน กระทำผิดกฎหมายภาคสงคราม อันเป็นการกระทำที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ที่สมควรได้รับการพิจารณาโทษสำหรับการกระทำอย่างสาสม เพื่อป้องกันมิให้กลับมาทำผิดอีก ซึ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น หากนำมาปฏิบัติได้จริงตามวัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ก็จะเป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่าย แต่สำหรับกรณีของการก่อการร้ายนี้ดูว่าจะมีความเป็นไปได้ยาก ด้วยเหตุผลตามที่คุณเขียนได้กล่าวไว้ข้างต้น

⁶⁸ มาตรา 48 แห่งพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 1.

⁶⁹ มาตรา 52 แห่งพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ฉบับที่ 1.

2.2 การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสม (Internationalized Armed Conflicts)

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ว่าการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนั้นเป็นการสู้รบภายในดินแดนแห่งรัฐใดรัฐหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศก่อน โดยเป็นการสู้รบกันระหว่างกองกำลังของรัฐบาลกับกลุ่มต่อต้านซึ่งมีกองกำลังทางทหารโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายได้รับการสนับสนุนหรือมีการแทรกแซงทางด้านการปฏิบัติการทางทหารจากประเทศอื่น (ประเทศที่ 3) ซึ่งในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธลักษณะนี้ อาจเกิดปัญหาในเบื้องต้นว่าจะจำแนกลักษณะของการขัดกันทางอาวุธประเภทนี้ไว้ในกลุ่มของลักษณะระหว่างประเทศ หรือ ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ อันมีผลต่อการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองต่อผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบ หรือพลรบ พลเรือน แล้วแต่กรณี ให้ได้รับการคุ้มครองตามมาตราฐานที่ควรได้รับ โดยปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศต่อการขัดกันทางอาวุธตามลักษณะผสมมีปัญหาที่ต้องได้รับการพิจารณา ดังนี้

2.2.1 การปราศจากคำจำกัดความที่ชัดเจนของการขัดกันทางอาวุธลักษณะผสม เกิดความยุ่งยากในการแบ่งแยกกว่าเป็นการสู้รบระหว่างรัฐหรือภายในรัฐ

การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนี้ เป็นคำที่ไม่ปรากฏการให้คำนิยาม และไม่ได้มีการให้ความหมายไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และในพิธีสารเพิ่มเติม 1977 ทั้ง 2 ฉบับแต่อย่างใด อีกทั้งคุณลักษณะของการสู้รบประเภทนี้ก็ไม่สามารถอนุมานได้จากลักษณะที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าว โดยทั้งมาตรา 2 ร่วม และมาตรา 3 ร่วม แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 และในมาตรา 1(4) แห่งพิธีสารฉบับที่ 1 และมาตรา 1 แห่งพิธีสารฉบับที่ 2 ก็มีลักษณะเป็นคำอธิบายของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศและการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น คงมีแต่บทความทางวิชาการของนักกฎหมายบ้างเท่านั้น อันเป็นความพยายามในทางวิชาการที่จะจำแนกการสู้รบดังกล่าวให้สามารถที่จะนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้บังคับได้ ด้วยเหตุที่การสู้รบที่มีลักษณะผสมนี้ ประกอบไปด้วยการสู้รบทั้งระหว่างรัฐและภายในรัฐ บางท่านมองว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ บางท่านมองว่าเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ แต่บางท่านกล่าวว่าเกิดการ

ขัดกันทางอาวุธทั้งสองอย่างในเวลาเดียวกัน⁷⁰ ดังเช่น ในคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ยืนยันไว้ในคดีนิคารากัว ค.ศ.1996 ว่าความขัดแย้งระหว่างฝ่ายคอนทราส และกองกำลังของรัฐบาลนิคารากัวเป็นความขัดแย้งทางทหารที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ การกระทำของฝ่ายคอนทราสต่อรัฐบาลนิคารากัวอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้กับความขัดแย้งในลักษณะนั้น ในขณะที่การดำเนินการของสหรัฐอเมริกาใน /และต่อประเทศนิคารากัว ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างประเทศ⁷¹

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนี้ ไม่มีข้อถกเถียงได้เลยว่าไม่ใช่การขัดกันทางอาวุธ เพียงแต่การขัดกันทางอาวุธลักษณะนี้ไม่ได้มีบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย จึงทำให้มีปัญหาในเรื่องการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากในช่วงแรกของลักษณะของการขัดกันทางอาวุธชนิดนี้ มีลักษณะเป็นการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระดับระหว่างประเทศ อันเป็นการขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นภายในดินแดนแห่งรัฐภาคี ส่งผลต่อสถานะของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากหากเป็นการขัดกันทางอาวุธตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ผู้ที่สู้รบ กล่าวคือ กลุ่มกองกำลังติดอาวุธจะไม่ได้รับสถานะเป็นพลรบ เพราะไม่มีสิทธิที่จะทำการรบ และเมื่อถูกจับกุมได้จะไม่ได้รับสถานะนักโทษสงคราม และถูกดำเนินคดีตามกฎหมายภายในประเทศตามความเป็นจริง และอาจได้รับโทษตามพิธีสารซึ่งมีส่วนของการกำหนดโทษไว้ด้วย ส่วนเมื่อได้กลายเป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศไปแล้ว ก็คงจะเป็นลักษณะระหว่างประเทศต่อไปไม่ว่าจะมีการถอนกองกำลังของต่างชาติที่เข้าแทรกแซงหรือไม่ก็ตาม หรือไม่ได้มีการกระทำการในนามของตัวแทนของต่างชาติแล้ว สถานการณ์นี้ก็คงจะต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับต่อการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศต่อไป ซึ่งต้องดูสถานการณ์จริงเป็นรายกรณีไป ประกอบกันด้วย

2.2.2 การไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจน เหมาะสมและเพียงพอเพื่อปรับใช้

ปัญหาว่า การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนี้เป็นการขัดกันทางอาวุธประเภทใด ทำให้เกิดปัญหาต่อการนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้โดย เฉพาะจะนำมา

⁷⁰ สืบค้นจาก http://www.adh-geneva.ch/RULAC/qualification_of_armed_conflict.php.

⁷¹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 47-48.

ปรับใช้กับประเทศที่เข้าแทรกแซงโดยให้การสนับสนุนทางการทหาร หรือในกรณีที่ไม่ได้ให้การสนับสนุนทางกองกำลังทหารโดยตรง แต่ได้ให้ความสนับสนุนช่วยเหลือในการจัดการ ดำเนินการ ร่วมกันและการวางแผนทางการทหาร ซึ่งต้องพึงการตีความโดยศาล เช่น ในคดี Dusko Tadic ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย หรือ ICTY กล่าวว่า

“เป็นการพอเพียงแล้วที่รัฐ (อื่น) มีบทบาทในการจัดตั้ง การประสานงานร่วมกัน หรือ การวางแผนการในการปฏิบัติการทางทหารให้กับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ

(.....it is sufficient that a state “has a role in organizing, coordinating or planning the military actions” of a given non-state armed group..)”⁷²
(คำแปลโดยผู้เขียน)

ศาลได้กล่าวถึงบทบาทของรัฐที่สามในการแทรกแซง ซึ่งรัฐนั้นจะต้องมีบทบาทตามนี้ เป็นอย่างน้อย นอกจากนี้แล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย ได้กล่าวไว้ อีกว่า

“การควบคุมโดยรัฐ(อื่น) ต่อกองกำลังทางทหารภายใต้บังคับบัญชา หรือ ทหารอาสาสมัคร หรือ สิ่งที่มีลักษณะเช่นเดียวกับหน่วยในทางการทหาร อาจเป็น ลักษณะทั้งหมดรวมกัน” (control by a State over subordinate armed forces or militias or paramilitary units may be of an overall character)⁷³

ซึ่งต้องดูที่ระดับการเข้าควบคุมของต่างชาติ และการควบคุมนั้นต้องประกอบไปด้วย การควบคุมการเคลื่อนไหวนั้นทางโดยระยะทาง⁷⁴ การกระทำอันมากกว่าการกำหนดความช่วยเหลือในด้านการเงิน การให้เครื่องมือทางการทหาร หรือการฝึกฝนเท่านั้น และลักษณะที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นไม่จำเป็นต้องไปไกลถึงขนาดที่ว่ามีคำสั่งโดยรัฐ(อื่น) (orders by State) และ

⁷² *Supra* note 70.

⁷³ International Criminal Tribunal for the Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Tadic*, Case No.IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, para 84.

⁷⁴ Sylvain Vite, “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations,” *International Review of the Red Cross*, Volume 91, No.873, (March 2009), p. 71.

การควบคุมทั้งหมด (overall control) กฎเกณฑ์นี้จะสำเร็จได้ต่อเมื่อ รัฐต่างชาตินั้นมีบทบาทในการจัดตั้ง ประสานงานร่วมกันหรือวางแผนในการปฏิบัติการทางการทหาร เช่น การเงิน การฝึกฝน การจัดให้มีหรือเตรียมให้มีการปฏิบัติการได้ของกลุ่มนั้น⁷⁵

เป็นบทบาทของศาลในการช่วยหาทางออกในการกำหนดกฎเกณฑ์ว่า ลักษณะของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมหรือสงครามตัวแทน มีเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ในลักษณะเป็นบรรทัดฐานเท่านั้น ซึ่งยังไม่มีกรณีบัญญัติ

ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายอื่นใดที่จะใช้อ้างอิงได้ เพราะกรณีสถาน การณีนี้อาจเป็นการขัดกันทางอาวุธลักษณะหนึ่งเช่นกัน

ในอีกทางหนึ่ง บทบาทของรัฐต่างชาตินในการแทรกแซงเช่นนี้จะนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้ได้หรือไม่ เพียงใด โดยเฉพาะกับกฎเกณฑ์ที่ควบคุมในเรื่องการสู้รบระหว่างประเทศ และอีกกรณีดังเช่นในคดีของคดีนิคารากัวที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ ICJ ได้ตัดสินไว้ตามที่เคยได้ยกตัวอย่างตามหัวข้อไว้ใน 2.1.1 การปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกรณีดังกล่าว โดยการที่ศาลต้องแยกเหตุการณ์ความขัดแย้งไว้เป็นสองลักษณะ คือ เหตุการณ์ระหว่างกลุ่มกองทหารกับรัฐบาลนิคารากัวเป็นการสู้รบภายในประเทศ ตามมาตรา 1 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 อันเป็นการสู้รบที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศที่ต้องนำมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาปรับใช้ ในขณะที่ความขัดแย้งระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศนิคารากัว เป็นการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ตามความในมาตรา 2 ร่วม แห่งอนุสัญญาเจนีวา ซึ่งต้องนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้ จะเห็นได้ว่าการปรับใช้กฎหมายกับสถานการณ์ดังกล่าว โดยต้องแบ่งแยกพิจารณาเหตุการณ์ออกเป็นสองลักษณะ ซึ่งผู้เขียนขอวิจารณ์ถึงความเหมาะสม และเพียงพอแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำไปปรับใช้กับสถานการณ์ดังกล่าวได้ และอาจนำไปสู่การปฏิเสธว่าไม่ใช่สถานการณ์ที่ต้องบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ และการที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ใช้กับในสถานการณ์ดังกล่าวโดยเฉพาะ เจาะจง ประกอบกับความยุ่งยากในสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นต่อไปอีกในอนาคต โดยที่การขัดกันทางอาวุธนั้น ได้มีลักษณะความขัดแย้งที่ซับซ้อนยิ่งขึ้น และการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะผสมนี้มีคุณลักษณะที่ต่างจากการขัดกันทางอาวุธทั้งสองประเภท อาจต้องมีการพิจารณาเพื่อเพิ่มเติมความขัดแย้งประเภทนี้ไว้ในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือเพิ่มกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับให้ชัดเจน เหมาะสม และเพียงพอมากยิ่งขึ้น

⁷⁵ Ibid.