

**ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
กรณีการสร้างกำแพง ในกลไกของสหประชาชาติ**

เมื่อปี 2002 อิสราเอลได้มีการริเริ่มการสร้างกำแพงขึ้นในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ซึ่งกำแพงดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นสิ่งกีดขวางถาวร ก่อให้เกิดการแบ่งแยก และโดดเดี่ยวดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ อันจะส่งผลกระทบต่อถึงสังคมชาวปาเลสไตน์ ยังความเดือดร้อนและความทุกข์ยากมาสู่ประชาชนชาวปาเลสไตน์อย่างแสนสาหัส เช่นนี้จึงทำให้เกิดข้อกังขาขึ้นในสังคมระหว่างประเทศว่าอิสราเอลสามารถกระทำการดังกล่าวได้หรือไม่ และการกระทำดังกล่าวนี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ อันเป็นเหตุให้สมาชิกส่วนใหญ่สหประชาชาติมีการร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาแก่กรณีดังกล่าว ซึ่งเป็นที่มาของความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ทั้งนี้ ก่อนที่จะศึกษาถึงรายละเอียด และทำการวิเคราะห์ถึงเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการทำความเห็นเชิงปรึกษากรณีการสร้างกำแพงดังกล่าวนี้ จะขอศึกษาถึงกลไกโดยทั่วไปในการร้องขอ และการทำความเห็นเชิงปรึกษาเสียก่อน แล้วจึงค่อยทำการวิเคราะห์ถึงข้อโต้แย้งอันเกี่ยวกับกลไกในการร้องขอและทำความเห็นเชิงปรึกษานี้ เพื่อเป็นการพิสูจน์ว่าความเห็นเชิงปรึกษากรณีการสร้างกำแพงดังกล่าวนี้ เป็นความเห็นเชิงปรึกษาที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ทำขึ้นภายในขอบเขตอำนาจ อันเป็นเหตุให้ความเห็นเชิงปรึกษาดังกล่าวนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้อง

2.1 กลไกของความเห็นเชิงปรึกษาในระบบสหประชาชาติ

นับแต่องค์การสันนิบาตชาติประสบความล้มเหลวในการยับยั้งมิให้เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งได้สร้างความหายนะต่อบรรดามวลมนุษยชาติเป็นอย่างมาก ประเทศมหาอำนาจจึงเกิดแนวความคิดที่จะร่วมกันจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ ถ่วงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การส่งเสริมสิทธิมนุษยชน การเคารพในหลักความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ การส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมของประชากรโลก ตลอดจนส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ องค์การสหประชาชาติได้กำหนดให้มีองค์กรหลัก 6 องค์กร อันได้แก่¹

1. สมัชชาสหประชาชาติ (General Assembly)
2. คณะมนตรีความมั่นคง (Security Council)
3. คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council)
4. คณะมนตรีภาวะทรัสตี (Trusteeship Council)
5. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice)
6. สำนักเลขาธิการ (Secretariat)

¹ Article 7 of the Charter of the United Nations

(1) There are established as the principal organs of the United Nations: a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice, and a Secretariat

ซึ่งองค์กรหลักทั้ง 6 องค์กรนี้ เป็นองค์กรที่สำคัญในการดำเนินกิจกรรมตามวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติ โดยในที่นี้จะกล่าวถึงองค์กรทางการศาลที่มีบทบาทสำคัญในการทำความเข้าใจเชิงปริกษา ซึ่งได้แก่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

2.1.1 บทบาทของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการทำความเข้าใจเชิงปริกษา

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เป็นองค์กรซึ่งถือกำเนิดขึ้นโดยกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อเป็นองค์กรสำคัญทางศาลของสหประชาชาติในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน สืบต่อจากศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศของสันนิบาตชาติ (Permanent Court of International Justice) มีเขตอำนาจและหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) ซึ่งตั้งขึ้นบนพื้นฐานของธรรมนูญศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the Permanent Court of International Justice) ซึ่งผนวกไว้และถือเป็นส่วนเดียวกับกฎบัตรสหประชาชาติ² ดังนั้น สมาชิกของสหประชาชาติก็จะเป็นภาคีแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วย³

²Article 92 of the Charter of the United Nations

The International Court of Justice shall be the principle judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter.

³Article 93 of the Charter of the United Nations

(1) All Members of the United Nations are ipso facto parties to the Statute of the International Court of Justice

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะประกอบไปด้วยคณะตุลาการที่เป็นอิสระที่ได้รับการเลือกตั้งมาโดยปราศจากการค้ำเนินเรื่องสัญชาติ ซึ่งคณะตุลาการนี้จะประกอบไปด้วยสมาชิก 15 คน อยู่ในตำแหน่งคราวละ 5 ปี คัดเลือกจากบุคคลต่างๆ ของรัฐสมาชิกที่มีคุณธรรมและมีคุณสมบัติอย่างสูงในการทำหน้าที่ในองค์กรทางศาล หรือจากนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิและความสามารถที่มีชื่อเสียงในด้านกฎหมายระหว่างประเทศ⁴

เขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจจำแนกออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1. เขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างรัฐ

เขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างรัฐนี้ มิได้เป็นเขตอำนาจที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอยู่โดยอัตโนมัติ หากแต่รัฐคู่พิพาทจะต้องตกลงยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยชี้ขาดเสียก่อน

2. เขตอำนาจในการทำความเห็นเชิงปรึกษา

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ใน 2 ลักษณะดังต่อไปนี้

⁴ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) หน้า 482

(1) เป็นการทำความเห็นเชิงปรึกษาของศาลในประเด็นข้อกฎหมาย เมื่อมีคำขอขององค์กรของสหประชาชาติหรือของทบวงการชำนัญพิเศษในลักษณะที่เป็นคำขอฝ่ายเดียวขององค์กรของสหประชาชาติหรือของทบวงการชำนัญพิเศษเช่นว่านั้น

(2) เป็นการทำความเห็นเชิงปรึกษาของศาลในประเด็นข้อกฎหมาย เกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษฝ่ายหนึ่งกับสมาชิกของสหประชาชาติหรือสมาชิกของทบวงการชำนัญพิเศษดังกล่าวในลักษณะที่เป็นความกัน⁵

อย่างไรก็ดี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่ผูกพันที่จะต้องให้ความเห็นเชิงปรึกษาแต่อย่างใด⁶ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจใช้ดุลยพินิจในการยอมรับหรือปฏิเสธ ในการทำความเห็นเชิงปรึกษาตามที่ร้องขอได้ ซึ่งโดยหลักแล้ว "คำขอให้มีความเห็นเชิงปรึกษาไม่ควรได้รับการปฏิเสธ"⁷ ดังนั้น ในการปฏิเสธที่จะไม่ทำความเห็นเชิงปรึกษาตามที่ร้องขอนั้น จะต้องอาศัยเหตุผลที่อาจปฏิเสธได้ในการพิจารณาปฏิเสธคำขอดังกล่าว โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจปฏิเสธในกรณีที่มีใช่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย หรือเกี่ยวข้องกับคดีที่กระทบเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ หรือที่จะนำไปสู่การตัดสินปัญหาในสาระสำคัญของข้อพิพาทที่ค้างอยู่⁸

⁵ จมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2543), หน้า 285

⁶ จตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 489

⁷ Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, advisory opinion, ICJ reports 1950, p.71

2.1.2 องค์การที่มีอำนาจร้องขอให้ศาลทำความเห็นเชิงปรึกษา

เมื่อพิจารณาด้อยคำที่ใช้ในข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ประกอบกับข้อ 65 (1)⁹ แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วจะเห็นว่าเฉพาะ องค์การระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะมีอำนาจร้องขอให้ศาลทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ รัฐไม่มีสิทธิที่จะขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษา เพราะข้อ 96¹⁰ แห่งกฎบัตรสหประชาชาติบัญญัติไว้ชัดเจนว่า สมัชชาใหญ่หรือคณะมนตรีความมั่นคง อาจร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาในปัญหาข้อกฎหมายจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ องค์การอื่นๆ ของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ เมื่อได้รับมอบ อำนาจจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติแล้ว ก็อาจร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็น ข้อกฎหมายจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ ข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ มิได้มีการกล่าวถึงรัฐสมาชิกของสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษแต่อย่างใด ซึ่งก็ จะสอดคล้องกันกับบทบัญญัติในข้อ 65 (1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งให้อำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่จะทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็น

⁸ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 489

⁹ Article 65 of the Statute of the International Court of Justice

(1) The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request

¹⁰ Article 96 of the Charter of the United Nations

(1) The General Assembly of the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.

(2) Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities.

ข้อกฎหมายเมื่อมีการร้องขอจากหน่วยงานใดก็ตามที่อาจได้รับมอบอำนาจไว้โดยหรือตาม
กฎบัตรสหประชาชาติ โดยที่มีได้มีการกล่าวถึงรัฐเช่นกัน

ส่วนในกรณีของการขอความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมาย
จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีของข้อขัดแย้งระหว่างสหประชาชาติหรือ
ทบวงการชำนัญพิเศษฝ่ายหนึ่ง และรัฐสมาชิกของสหประชาชาติหรือสมาชิกทบวงการ
ชำนัญพิเศษอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ก็ให้เป็นไปตามข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติและข้อ 65
แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเช่นกัน ซึ่งหมายความว่า เฉพาะสหประชาชาติ
และทบวงการชำนัญพิเศษเท่านั้นที่มีสิทธิขอความเห็นเชิงปรึกษาจาก
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ส่วนรัฐสมาชิกของสหประชาชาติหรือสมาชิกของ
ทบวงการชำนัญพิเศษดังกล่าว แม้จะเป็นคู่กรณีของสหประชาชาติหรือ
ทบวงการชำนัญพิเศษก็ตาม ก็หาไม่มีสิทธิที่จะขอความเห็นเชิงปรึกษาจาก
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ไม่ ดังจะเห็นได้จากความเห็นเชิงปรึกษาของ
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องดินแดนซาฮาราตะวันตก (Western Sahara)¹¹ ซึ่งได้
อ้างถึงความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องการตีความ
สนธิสัญญาสันติภาพกับบัลแกเรีย ฮังการี และโรมาเนีย (Interpretation of Peace
Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania) ว่า "ความเห็นเชิงปรึกษาของ
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นมิได้ให้แก่รัฐ หากแต่ให้แก่องค์กรซึ่งมีสิทธิที่จะขอ
ความเห็นเชิงปรึกษานั้น"¹²

¹¹ Western Sahara, advisory opinion, ICJ reports 1975, pp. 12-176

¹² Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, advisory
opinion, ICJ reports 1950, pp. 65-71

อย่างไรก็ตาม รัฐสามารถร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
 ทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ โดยผ่านทางองค์กรที่มีอำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านทาง
 สมัชชาใหญ่หรือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

2.1.2.1 คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเป็น
 องค์กรที่มีอำนาจ ร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาใน
 ประเด็นข้อกฎหมายได้โดยตรง¹³ ซึ่งจะต่างจากองค์กรอื่นๆ ของสหประชาชาติ โดย
 สมัชชาใหญ่มักจะเป็นผู้ร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาใน
 ประเด็นข้อกฎหมายเป็นส่วนใหญ่ ในขณะที่คณะมนตรีความมั่นคงได้มีการร้องขอให้
 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาเพียงครั้งเดียวเท่านั้น¹⁴

นอกจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติจะมีอำนาจร้องขอให้
 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายได้โดยตรง¹⁵
 แล้ว สมัชชาใหญ่ยังมีอำนาจที่จะอนุญาตหรือปฏิเสธในการมอบอำนาจให้องค์กรอื่น
 ทำการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ อีกทั้งสมัชชาใหญ่ยังมีอำนาจที่จะกระทำการใดๆ
 อันมีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรอื่นในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ เช่น

¹³ Article 96 of the Charter of the United Nations

¹⁴ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in
 Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)

¹⁵ The Charter of the United Nations: a Commentary, (Oxford: Oxford University Press,
 2002), p. 1011.

การให้อำนาจในการกำหนดประเด็นข้อกฎหมายหรือกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน และการกำหนดข้อเท็จจริงที่ชัดเจน

2.1.2.2 องค์กรอื่นๆ

ในขณะที่คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ มีอำนาจที่จะร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาได้โดยตรง องค์กรอื่นของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษก็มีอำนาจที่จะร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาได้เช่นกัน แต่การร้องขอนั้นจะต้องเป็นการร้องขอในประเด็นข้อกฎหมายอันเกิดขึ้นภายในกรอบแห่งกิจกรรมขององค์กรที่ร้องขอเท่านั้น และจะต้องได้รับการอนุญาตจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเสียก่อน¹⁶ ทั้งนี้ ในการพิจารณาคำร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษานั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ประการแรก องค์กรที่ร้องขอนั้นเป็นองค์กรอื่นหรือทบวงการชำนัญพิเศษตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติหรือไม่ และประการที่สอง องค์กรที่ร้องขอนั้นมีอำนาจในการขอความเห็นเชิงปรึกษาหรือไม่

ทบวงการชำนัญพิเศษ (Specialized Agencies) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่อิสระ มีโครงสร้างเป็นของตนเองอย่างแท้จริง ทบวงการชำนัญพิเศษมิได้เป็นส่วนหนึ่งของสหประชาชาติ แต่มีความสัมพันธ์กับสหประชาชาติในลักษณะของการทำความตกลงกันระหว่างสหประชาชาติ กับทบวงการชำนัญพิเศษนั้นๆ โดย

¹⁶ Article 96 of the Charter of the United Nations

ทบวงการชำนัญพิเศษนั้น ให้หมายถึง ทบวงการชำนัญพิเศษต่างๆ ที่ได้สถาปนาขึ้นโดย ความตกลงระหว่างรัฐบาล และมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางใน ด้านเศรษฐกิจ การสังคม วัฒนธรรม การศึกษา อนามัย และอื่นๆ ตามที่ได้ระบุไว้ใน เอกสารการก่อตั้งของทบวงการชำนัญพิเศษนั้นๆ¹⁷ ตัวอย่างของทบวงการชำนัญพิเศษที่ได้ มีการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษา ได้แก่ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (the Economic and Social Council: ECOSOC) องค์การศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่ง สหประชาชาติ (UN Educational, Scientific and Cultural Organization: UNESCO) องค์การอนามัยโลก (the World Health Organization) และองค์การทางทะเล ระหว่างประเทศ (the International Maritime Organization)

องค์กรอื่นๆ ได้แก่ องค์กรที่มีใช่ทบวงการชำนัญพิเศษ แต่ได้รับ มอบอำนาจจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติให้ทำการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ ยกตัวอย่างเช่น คณะมนตรีภาวะทรัสตี (the United Nations Trusteeship Council) และ คณะกรรมาธิการระหว่างกาลของสมัชชา (the Interim Committee of the General Assembly)

อนึ่ง สำนักเลขาธิการสหประชาชาติเป็นองค์กรของ สหประชาชาติเพียงองค์กรเดียวที่ไม่สามารถร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ อันที่จริงแล้วก็เคยมีการเสนอให้ขยายขอบเขตอำนาจของ

¹⁷ Article 57 of the Charter of the United Nations

(1) The various specialized agencies, established by intergovernmental agreement and having wide international responsibilities, as defined in their basic instruments, in economic, social, cultural, educational, health, and related fields, shall be brought into relationship with the United Nations in accordance with the provisions of Article 63

สำนักเลขาธิการให้มีการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ แต่ข้อเสนอนั้นก็ไม่เคยประสบผลสำเร็จเลย อย่างไรก็ตาม เลขาธิการสหประชาชาติก็มีสิทธิที่จะทำคำแนะนำให้มีการขอให้ทำความเห็นเชิงปรึกษาเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายใดๆ ได้ บ่อยครั้งที่สมัชชาใหญ่ได้นำความคิดริเริ่มของเลขาธิการนี้มากำหนดในการขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษา โดยความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ก็เป็นกรณีศึกษาอีกกรณีหนึ่งที่เลขาธิการสหประชาชาติได้เสนอให้สมัชชาใหญ่พิจารณา ทั้งที่ปรากฏในรายงานที่เป็นลายลักษณ์อักษร และ/หรือ ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้สมัชชาใหญ่ได้ทำคำร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายต่อไป นอกจากนี้ เลขาธิการอาจตอบปัญหาที่ถูกยื่นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยสมาชิกของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้อีกด้วย¹⁸

2.1.3 ประเด็นปัญหาที่นำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและกฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดประเด็นปัญหาที่จะนำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไว้ 2 ประการ คือ ปัญหาข้อกฎหมาย และปัญหาที่เกิดขึ้นภายในกรอบกิจกรรมขององค์กรที่มีอำนาจ

¹⁸ Claudie Barrat, The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, [Online]. Available from: <http://www.piccr.org>. (2004), pp.18-19

2.1.3.1 ประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย

คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติอาจร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในปัญหาข้อกฎหมายได้ โดยให้เป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการพิจารณากำหนดขอบเขตของปัญหาข้อกฎหมาย กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการร้องขอนั้นว่าเป็นการสนับสนุนกิจกรรมขององค์การสหประชาชาติ และมีใช่มีเจตนาจะเป็นการแก้ไขข้อพิพาทโดยตรงแต่อย่างใด อีกทั้งความเห็นนั้นจะไม่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐด้วย อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ได้นำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาให้ทำความเห็นเชิงปรึกษานั้น จะไม่ใช่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐอีกต่อไป หากแต่ปัญหานั้นจะได้กลายเป็นปัญหาขององค์กรที่ร้องขอนั้นด้วย

นอกจากนี้ เนื่องจากองค์กรที่ร้องขอความเห็นเชิงปรึกษานั้นจะเป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐเพื่อจุดประสงค์ทางการเมือง ดังนั้นการอภิปรายเพื่อร้องขอความเห็นเชิงปรึกษานั้นจึงเกี่ยวข้องกับลักษณะทางการเมืองและภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ เมื่อเป็นเช่นนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องให้ความสำคัญแก่ปัญหาที่มีลักษณะทางกฎหมายเป็นหลัก โดยจะต้องไม่ยึดติดต่อบัจจัยที่มีไขกฎหมาย แต่ก็มีได้หมายความว่าปัญหาข้อกฎหมายที่มีบัจจัยที่มีไขกฎหมายรวมอยู่ด้วยนี้จะเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่สามารถร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ อันจะเห็นได้จากแนวความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีดินแดนซาฮาราตะวันตก (Western Sahara) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาไว้ว่าปัญหาข้อกฎหมายจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐาน

ของข้อเท็จจริง โดยจะต้องไม่สูญเสียลักษณะทางกฎหมายไป¹⁹ และปัญหาข้อกฎหมาย อาจมีลักษณะเป็นนามธรรมได้²⁰ ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาโดย ตั้งอยู่บนเหตุผลที่ว่าหากศาลได้ปฏิเสธที่จะตอบคำถามเพียงเพราะปัญหาข้อกฎหมายนั้น เกี่ยวข้องกับปัจจัยที่มีไขกฎหมาย หน้าที่ของศาลในการทำความเข้าใจปรึกษาจะไม่ได้ รับ การพิสูจน์หรือการปฏิบัติอันเป็นประโยชน์ได้เลย

2.1.3.2 ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายในกรอบกิจกรรมของ องค์การที่มีอำนาจ

ในส่วนของประเด็นนี้ ไม่เพียงแต่องค์กรอื่นของสหประชาชาติ และทบวงการชำนัญพิเศษจะร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาเกี่ยวกับปัญหากฎหมายอัน เกิดขึ้นภายในกรอบแห่งกิจกรรมขององค์กรที่ร้องขอได้ ตามข้อ 96 (2) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หากแต่คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติก็ จะต้องร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาเกี่ยวกับปัญหากฎหมายอันเกิดขึ้นภายในกรอบแห่ง กิจกรรมของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติด้วย²¹ ดังที่ได้บัญญัติ ไว้ในข้อ 10 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²²

¹⁹ Western Sahara, advisory opinion, ICJ reports 1975, p. 19, para. 17

²⁰ Ibid., pp. 19-20, para. 18-20

²¹ Dharma Pratap, The Advisory Jurisdiction of the International Court, (Oxford University Press, 1972) pp.55-56

²² Article 10 of the Charter of the United Nations

The General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter, and, except as provided in Article 12, may make recommendations to the

2.1.4 ผลของความเห็นเชิงปรึกษา

ความเห็นเชิงปรึกษามีใช้คำตัดสินขององค์กรทางการศาล แม้ว่าความเห็นเชิงปรึกษาจะเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ แต่ความเห็นเชิงปรึกษานั้นก็มีลักษณะเป็นเพียงการแนะนำ (advisory character)²³ กล่าวคือความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นเพียงความเห็นในข้อกฎหมายที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความกระจ่างแก่องค์กรที่ร้องขอ ดังนั้น ความเห็นเชิงปรึกษาจึงปราศจากผลบังคับ และไม่มีผลผูกพันองค์กรผู้ร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาหรือบุคคลอื่นแต่ประการใด ในขณะที่เดียวกัน องค์กรผู้มีอำนาจอาจร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายเดียวกันอีกในคดีอื่นได้ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจทำความเห็นเชิงปรึกษาอันมีลักษณะและผลลัพธ์ที่แตกต่างจากความเห็นเชิงปรึกษาในคราวก่อนได้

แม้ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่มีผลผูกพัน แต่ในกรณีของความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษฝ่ายหนึ่งกับสมาชิกของสหประชาชาติหรือสมาชิกของทบวงการชำนัญพิเศษดังกล่าวในลักษณะที่เป็นความกั้นนั้น จะเห็นได้ว่าข้อ 30 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946) และข้อ 32 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษ ค.ศ. 1947 (Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies,

Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters.

²³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 287

1947) บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า "ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นให้คู่กรณียอมรับเป็นเด็ดขาด"²⁴ กล่าวคือจะไม่มี การพิจารณาหรือให้ความเห็นในประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นที่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ทำความเห็นเชิงปรึกษาไปแล้ว ซึ่งอาจกล่าวได้ อีกนัยหนึ่งว่า ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือเป็นที่สุดโดย ไม่มีการอุทธรณ์ใดๆ²⁵

อย่างไรก็ตาม ความเห็นเชิงปรึกษาเป็นมากกว่าคำแนะนำเพราะในทาง ปฏิบัตินั้น องค์กรของสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษมักจะปฏิบัติตาม ความเห็นเชิงปรึกษา ทั้งนี้หากองค์กรของสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษ ไม่ปฏิบัติตามความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นองค์กรหลัก องค์กรหนึ่งของสหประชาชาติ ย่อมส่งผลทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศขาดความ น่าเชื่อถือในสายตาของสมาชิกสหประชาชาติหรือสมาชิกของทบวงการชำนัญพิเศษ อีกทั้ง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมักจะยึดถือความเห็นเชิงปรึกษาที่มีอยู่แล้ว เสมือนหนึ่งเป็น หลักกฎหมายเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาและทำความเห็นเชิงปรึกษาต่อไป ทั้งนี้ การเคารพและปฏิบัติตามความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดย

²⁴ Section 30 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations

All differences arising out of the interpretation or application of the present Convention shall be referred to the International Court of Justice, unless, in any case it is agreed by the parties to have recourse to another mode of settlement. If a difference arises between the United Nations on the one hand and a Member on the other hand, a request shall be made for advisory opinion on any legal question involved in accordance with Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute of the Court. The opinion given by the Court shall be accepted as decisive by the parties.

²⁵ จมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 284-286

องค์กรของสหประชาชาตินั้น จะเปรียบเสมือนตัวอย่างอันดีที่จะทำให้รัฐต่างๆ ไม่ว่าจะเป็
รัฐที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติหรือเป็นภาคีของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
หรือไม่ก็ตาม มีความน่าเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรมของศาลระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น
และเต็มใจที่จะนำข้อพิพาทของตนขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ²⁶

2.2 ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพง

2.2.1 ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการสร้างกำแพง

2.2.1.1 โครงสร้างและเส้นทางของกำแพง

ในช่วงเดือนเมษายน-กรกฎาคม 2002 รัฐบาลอิสราเอลได้
เริ่มการก่อสร้างกำแพงและรั้ว ซึ่งอ้างว่าเป็นการป้องกันจากปัญหาระเบิดพลีชีพใน
อิสราเอล โดยกำแพงดังกล่าวจะประกอบไปด้วย²⁷

1. ร่องดินและขดลวดหนามวางซ้อนกัน 6 ขดทำเป็น
รูปทรงปิรามิดในด้านตะวันออก และมีลวดหนามในด้านตะวันตกของสิ่งก่อสร้าง

2. รั้วตรวจจับการบุกรุกที่มีระบบเครื่องส่งสัญญาณที่ไวต่อ
แสงอุณหภูมิต่ำระดับรับสี (sensors) เต็มกัยในส่วนตรงกลาง

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 294-297

²⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion, ICJ reports 2004, p. 34, para. 82

3. ทางเดินเพื่อให้กองกำลังป้องกันอิสราเอล (Israeli Defense Forces : IDF) สามารถเดินลาดตระเวนตลอดรั้วทั้งสองฝั่ง

4. แนวพื้นที่ทรายเป็นเวลานานกับรั้วเพื่อตรวจพบรอยเท้า

5. ระบบสังเกตการณ์อื่นๆ ตามทางรั้ว เพื่อเตือนภัยเจ้าหน้าที่ในการพยายามบุกรุก

กำแพงนี้จะรวมถึงทางเข้าออกที่มีจำนวนจำกัดในการอนุญาตให้มีการผ่านทางของประชาชนและสินค้า ทั้งยังมีทางเข้าออกทางการเกษตรเพื่อเป็นทางเข้าไปสู่พื้นที่ทางเกษตรกรรม B'Tselem รายงานว่า ส่วนของกำแพงที่สร้างสำเร็จแล้วจะประกอบด้วยทางเข้าออกสำหรับเป็นทางผ่านของประชาชนและสินค้าจำนวน 5 ทางเข้าออกด้วยกัน ซึ่งทางเข้าออกทั้ง 5 นี้ได้อยู่ในบริเวณส่วนลึกของกำแพง และในอนาคตจะมีการวางแผนสำหรับอีก 26 ทางเข้าออกทางการเกษตร²⁸

ในส่วนเส้นทางของกำแพงนั้น จะแบ่งออกเป็น 3 ส่วนตามระยะเวลาที่รัฐบาลอิสราเอลได้ยินยอมให้มีการสร้างกำแพงดังกล่าว

โดยในส่วนแรก รัฐบาลอิสราเอลได้ยินยอมให้มีการสร้างกำแพงในวันที่ 14 สิงหาคม 2002 ซึ่งการสร้างกำแพงในส่วนนี้จะมีระยะทางถึง 150 กิโลเมตรในตอนเหนือของเขต West Bank โดยกำแพงนั้นจะสร้างใกล้กับหมู่บ้าน Salem

²⁸ B'Tselem, Position Paper, Behind The Barrier: Human Rights Violations as a Result of Israel's Separation Barrier, March 2003, pp. 6-7

ไปยังที่ตั้ง ถิ่นฐานของชาวอิสราเอล Elqana ในตอนกลางของเขต West Bank (ดูแผนที่ในภาคผนวกที่ I, II และVII) และในตอนเหนือและใต้ของเยรูซาเลมตะวันออก การสร้างกำแพงในส่วนนี้จะสิ้นสุดสมบูรณ์ในวันที่ 31 กรกฎาคม 2003 โดยกำแพงดังกล่าวนี้จะทำให้ประชากร ชาวปาเลสไตน์ประมาณ 56,000 คนอยู่ในพื้นที่ที่ถูกล้อมรอบไปด้วยกำแพงและประชากรชาวปาเลสไตน์อีกประมาณ 5,300 คนที่จะต้องถูกปิดกั้นระหว่างกำแพงและ Green Line²⁹ ในด้านกำแพงส่วนที่สองและส่วนที่สามนั้นจะได้รับการรับรองจากรัฐบาลอิสราเอลในปี 2003 โดยกำแพงทั้งสองส่วนนี้ จะขยายไปยังแม่น้ำจอร์แดน บริเวณภายในและรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก ทั้งทางตะวันตกเฉียงเหนือและทางตะวันตกเฉียงใต้ (ดูแผนที่ในภาคผนวกที่ I, II และVII)

ส่วนเส้นทางกำแพงในส่วนที่สามนั้น เป็นการสร้างกำแพงตัดขึ้นไปในเขต West Bank โดยจะมีระยะทางมากกว่า 36 กิโลเมตรในทางตะวันออกของ Green Line ซึ่งจะทำให้ประชากรชาวปาเลสไตน์ 72,000 คนใน 24 ชุมชน ตกอยู่ในดินแดนที่ถูกล้อมรอบไปด้วยกำแพง³⁰

ในส่วนของเส้นทางกำแพงบริเวณภายในและบริเวณโดยรอบของเยรูซาเลมตะวันออกนั้น การสร้างกำแพงจะสร้างอยู่เหนือ Green Line ขึ้นไป ซึ่งจะทำให้เขตแดนบางส่วนทางตะวันออกของเยรูซาเลมผนวกเข้ากับดินแดนของอิสราเอล ซึ่งเส้นทางกำแพงในส่วนนี้จะแบ่งออกเป็น 3 ตอนด้วยกัน กล่าวคือตอนแรก จะเริ่มตัดจากด้านข้างของเยรูซาเลม เป็นระยะทางประมาณ 19.5 กิโลเมตร และภายในบริเวณเยรูซาเลมตะวันออกจะมีการสร้างกำแพงคอนกรีตประมาณ 1.5 กิโลเมตร ส่วนใน

²⁹ Report of the Secretary General, UN Doc. A/ES-10/248, p. 4, para. 12

³⁰ Ibid., p. 3, para. 12-14

ตอนที่สองนั้น จะเป็นเส้นทางผ่านไปทางตอนเหนือของเยรูซาเลม บริเวณรอบนอกเมือง Al-Ram. จะถูกตัดแยกออกจากเยรูซาเลม และรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสิ่งกีดขวางทางตอนเหนือ อันเป็นด้านตรงจ Qalandia และตอนที่ 3 จะสร้างขึ้นโดยรอบชุมชนปาเลสไตน์ทางตะวันตกเฉียงเหนือของเยรูซาเลม ซึ่งจะทำให้เกิดพื้นที่ที่ล้อมรอบไปด้วยกำแพงราว 2,000 เฮกเตอร์³¹ นอกจากนี้ยังมีการสร้างกำแพงเพิ่มเติมขึ้นอีกเป็นระยะทาง 6 กิโลเมตร ในบริเวณ Green Line ประชากรชาวปาเลสไตน์อย่างน้อย 35,000 คนจะอาศัยอยู่ทางตะวันออกของกำแพง โดยไม่มีทางเข้าออก นับเป็นการตัดขาดกันอย่างสิ้นเชิง³²

อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีข้อมูลที่แน่ชัดว่าการสร้างกำแพงนั้น จะสร้างไปจนถึงเมื่อใด และเส้นทางของกำแพงนั้นจะสิ้นสุดลงที่ส่วนไหน เนื่องจากอิสราเอลยังคงมีการทบทวนถึงแผนการในการสร้างกำแพงอยู่ตลอดเวลา โดยข้อมูลของทางฝ่ายอิสราเอลนั้น ในการเสนอให้พิจารณาต่อศาลสูงอิสราเอล รัฐบาลอิสราเอลได้ประกาศยืนยันการสร้างกำแพงเป็นความยาวทั้งสิ้น 626 กิโลเมตร ส่วนรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ คาดว่าจะมีการสร้างกำแพงเป็นระยะทางกว่า 720 กิโลเมตร³³ แต่ทางด้านปาเลสไตน์นั้น ได้มีรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรออกมาว่า ความยาวของกำแพงนั้นน่าจะอยู่ระหว่าง 752 ถึง 788 กิโลเมตรเลยทีเดียว³⁴

2.2.1.2 ผลจากการสร้างกำแพง

³¹ Ibid., p. 4, para. 14

³² Ibid, p. 4, para. 15-18.

³³ Ibid, p. 3, para. 6.

³⁴ Written statement of Palestine, p. 106, para. 238.

การสร้างกำแพงนั้นก่อให้เกิดการแบ่งแยกดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ออกจากกัน ที่ดินอุดมสมบูรณ์ส่วนใหญ่ของหมู่บ้าน 50 แห่งถูกแบ่งแยกและตัดขาดจากชุมชน โดยเฉพาะ เมือง Qalqilya ที่ถูกล้อมรอบด้วยกำแพงอย่างสมบูรณ์ และ Tulkarem ด้านหนึ่งถูกตัดขาดจากโลกภายนอกโดยกำแพง และ อีกด้านโดย "แนวสิ่งกีดขวางสำหรับการตัดขาด" (ส่วนขยายของกำแพงสร้างความแน่นอนในการตัดขาดสมบูรณ์ หรือเขตปิดล้อม) และหมู่บ้าน 18 แห่งถูกล้อม 3 ด้านโดยกำแพง ทำให้ประชาชนชาวปาเลสไตน์มากกว่า 200,000 คนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่รอบกำแพงในเขต Jenin, Tulkarem และ Qalqilya ได้รับผลกระทบจากกำแพงอย่างสาหัส อีกทั้งกำแพงบางส่วนมีทางเข้าออกที่กำหนดเวลาเข้าออกไว้ตายตัว บางส่วนไม่มีทางเข้าออกอยู่เลย ทำให้ชุมชน ชาวปาเลสไตน์ 51 แห่งบนแนวกำแพง มีผู้อยู่อาศัยที่ไม่สามารถเข้าถึงที่ดินได้ถึง 25 แห่ง เข้าถึงได้อย่างจำกัด 4 แห่ง และ 13 แห่งยังคงเข้าถึงได้

เช่นนี้แล้วการสร้างกำแพงจึงส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการดำเนินชีวิตของชาวปาเลสไตน์ โดยประชาชนชาวปาเลสไตน์ประมาณ 20,000 คน ใน 3,175 ครอบครัว จะอยู่ทางฝั่งตะวันออกของกำแพง แต่ที่ทำกินอยู่ทางฝั่งตะวันตก ทำให้สูญเสียสถานภาพการดำรงชีพและที่ดินทำกินอันเป็นมรดกตกทอด อีกทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการรวมตัวกันของครอบครัว หรือแม้แต่การสร้างครอบครัว ทำให้สถาบันครอบครัวอ่อนแอ และเนื่องจากกำแพงได้ปิดล้อม Tulkarem จึงส่งผลเป็นการกีดกันผู้อยู่อาศัยจากการเดินทางสำหรับการจ้างงาน ซึ่งเป็นสาเหตุให้อัตราการว่างงานสูงขึ้น ส่วน Qalqilya ที่โดนปิดล้อมโดยสมบูรณ์นั้น เป็นเหตุให้ประชาชนชาวปาเลสไตน์เกือบร้อยละ 10 ถูกบังคับให้ทิ้งบ้านเรือนเพื่อแสวงหาสิ่งดำรงชีพและการจ้างงาน ในด้านการศึกษา ครูและนักเรียนจะต้องเผชิญกับความยากลำบากในการไปถึงชั้นเรียน ทำให้ไม่สามารถให้การศึกษาได้

อย่างมีประสิทธิภาพ ในด้านสาธารณสุขนั้น ทั้งหมอและคนไข้ต่างก็ต้องพบกับอุปสรรคต่อการเดินทาง ทำให้การเข้าถึงสาธารณสุขนั้นเป็นไปอย่างยากลำบาก

นอกจากนี้ การสร้างกำแพงยังส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจภาคการเกษตรของชาวปาเลสไตน์เป็นอย่างมาก ชาวนาจะไม่สามารถเพาะปลูก เก็บเกี่ยว และค้าขายสินค้าเกษตรได้เลย สัตว์เลี้ยงกินหญ้าจะไม่สามารถเข้าถึงทุ่งหญ้าได้ ต้นมะกอก (olive) และไม้ผลชนิดอื่นอันเป็นพืชเศรษฐกิจของปาเลสไตน์ รวมไปถึงเส้นทางขนส่งทางการเกษตรจะถูกทำลาย เพื่อนำมาทำเป็นเส้นทางกำแพง ก่อให้เกิดการสูญเสียมูลค่าทางเศรษฐกิจ ความสามารถในการลงทุน ราคาผลผลิตที่สูงขึ้น และ อัตราการว่างงานที่เพิ่มขึ้น

การทำลายพื้นที่จัดสรรน้ำทางการเกษตร ก็เป็นความเสียหายที่ส่งผลอย่างร้ายแรงต่อสังคมชาวปาเลสไตน์อีกประการหนึ่ง โดยหมู่บ้านจำนวนมาก สูญเสียแหล่งน้ำของตัวเอง บ่อน้ำผิวดิน และถังน้ำถูกตัดขาด ทำให้ไม่สามารถเข้าถึงการใช้น้ำชลประทานเพื่อตอบสนองความต้องการสำหรับการเกษตรและการใช้ในครัวเรือนของประชาชนชาวปาเลสไตน์ได้

2.2.2 ที่มาของความเห็นเชิงปริกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการสร้างกำแพง

เมื่อวันที่ 14 เมษายน 2002 อิสราเอลได้ตัดสินใจที่จะสร้างเครื่องกั้น กำแพง และสิ่งกีดขวางในเขต West Bank ซึ่งปัจจุบันก็ได้มีการดำเนินการสร้างกำแพง และเครื่องกีดขวางเหล่านี้ไปบางส่วนแล้ว

ต่อมาในวันที่ 9 ตุลาคม 2003 ซีเรีย ในนามของสันนิบาตรรัฐอาหรับ (League of Arab States) ได้มีการร้องขอให้ประชุมคณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาถึง การสร้างกำแพงและการตั้งถิ่นฐานอย่างผิดกฎหมายของอิสราเอล ซึ่ง คณะมนตรีความมั่นคงก็ได้พิจารณาร่างมติขึ้นในวันที่ 14 ตุลาคม 2003 ระบุให้การสร้าง กำแพงที่ออกนอกเส้น Green Line นี้เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายและสมควร ที่จะต้องยุติการกระทำดังกล่าว และคณะมนตรีความมั่นคงยังเรียกร้องให้เลขาธิการทำ รายงานถึงสถานการณ์ดังกล่าวนี้ด้วย โดยร่างมตินั้นได้ถูกนำขึ้นเพื่อพิจารณาลง คณะแนบเสียง แต่ก็ถูกใช้สิทธิยับยั้ง (veto) เอาไว้³⁵

เนื่องด้วยคณะมนตรีความมั่นคงไม่อาจตัดสินใจเรื่องนี้ได้ ดังนั้น ในวันที่ 15 ตุลาคม 2003 ฝ่ายอาหรับจึงเสนอให้สมัชชาใหญ่สหประชาชาติ พิจารณาในสมัยการประชุมพิเศษเร่งด่วนครั้งที่ 10 (the Tenth Emergency Special Session) และ สมัชชาใหญ่ก็ได้มีมติ ES-10/13³⁶ เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2003 เรียกร้องให้ อิสราเอลยุติหรือเพิกถอนการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ซึ่งรวมไป ถึงดินแดนภายในและรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก (East Jerusalem) ที่เบี่ยงเบนออกจาก

³⁵ The result of the vote was as follows: 10 in favor, 1 against and 4 abstentions.

³⁶ Resolution ES-10/13 was adopted by a vote of 144 in favor and 4 against, with 12 abstentions.

เส้นแบ่งเขต (Armistice Line) และที่เป็นการขัดแย้งต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย นอกจากนี้ สมัชชาใหญ่ยังได้เรียกร้องให้เลขาธิการรายงานถึงความคืบหน้าในการร่วมมือต่อมติดังกล่าวเป็นระยะอีกด้วย

ในที่สุด เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2003 สมัชชาใหญ่จึงได้มีมติที่ A/RES/ES-10/14³⁷ ตัดสินให้มีการร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นปัญหาต่อไปนี้

“อะไรคือผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการสร้างกำแพงของอิสราเอลในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ซึ่งรวมไปถึงภายในและรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก ดังที่ได้กล่าวไว้ในรายงานของเลขาธิการ อันเป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และกฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรวมถึงอนุสัญญาเจนีวา 1949 มติคณะมนตรีความมั่นคงและมติสมัชชาใหญ่ที่เกี่ยวข้อง”³⁸

เมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณารับคำร้องขอให้มีความเห็นเชิงปรึกษาแล้วนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้มีคำสั่งระบุให้สหประชาชาติและรัฐสมาชิก รวมไปถึงปาเลสไตน์ สามารถเสนอข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าวข้างต้นนี้ให้แก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาต่อไปได้ โดยกำหนดให้วันที่ 30 มกราคม 2004 เป็นวันสิ้นสุดกำหนดเวลาของการเสนอคำแถลงเป็นลายลักษณ์อักษร และกำหนดให้วันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2004 เป็นวันเริ่มการพิจารณาไต่สวน (oral hearings)

³⁷ Adopted by 90 votes in favor and 8 against, with 74 abstentions.

³⁸ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion, ICJ Reports 2004, p. 7

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้ออกสาส์นแจ้งไปยังสันนิบาตรัฐอาหรับ และ องค์การการประชุมอิสลาม (Organization of the Islamic Conference: OIC) ว่าได้ตกลงให้องค์กรทั้งสองนี้มีส่วนร่วมในการเสนอคำแถลงเป็นลายลักษณ์อักษร และเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้

ในที่สุด ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้มีความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นเรื่องผลทางกฎหมายของการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2004 ซึ่งมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการทำความเห็นเชิงปรึกษาตามที่สมาชิกใหญ่สหประชาชาติร้องขอได้ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีความเห็นดังต่อไปนี้³⁹

1. การสร้างกำแพงของอิสราเอลในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ซึ่งรวมไปถึงภายในและรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องนี้ เป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

2. อิสราเอลมีพันธะที่จะต้องยุติการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และมีพันธะที่จะต้องยุติงานการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ซึ่งรวมถึงภายในและรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก โดยจะต้องรื้อถอนสิ่งก่อสร้างดังกล่าวนี้ และยกเลิกการกระทำทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในทันที

³⁹ Ibid., pp. 63-64

3. อิสราเอลมีพันธะที่จะต้องชดเชยความเสียหายทั้งปวงอันเกิดขึ้นจากการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ซึ่งรวมถึงภายในและรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออกด้วย

4. รัฐทุกรัฐมีพันธะที่จะไม่ยอมรับสถานการณ์ที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจากการสร้างกำแพงนี้ และไม่ให้ความช่วยเหลือหรืออุปถัมภ์ใดๆ ในการสร้างกำแพง นอกจากนี้ รัฐสมาชิกทั้งหลายของอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม 1949 มีพันธกรณีเพิ่มเติมในการทำให้อิสราเอลยินยอมกระทำตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศดังที่ได้ปรากฏในอนุสัญญาฉบับนี้

2.2.3 ประเด็นโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

2.2.3.1 อำนาจในการขอความเห็นเชิงปรึกษาของสมัชชา

การประชุมเร่งด่วนพิเศษครั้งที่ 10 ของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

กรณีสมัชชาการประชุมพิเศษเร่งด่วนครั้งที่ 10 นั้น อิสราเอลอ้างว่าการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษานั้นเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจในที่ประชุมพิเศษเร่งด่วนครั้งที่ 10 ด้วยเหตุที่ไม่เป็นการกระทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมติ 377 A (V) ซึ่งเป็น "มติการร่วมมือกันเพื่อสันติภาพ" (the Uniting for Peace Resolution) ที่สมัชชามีขึ้นในปี 1950 โดยระบุไว้ว่า หากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติล้มเหลวในการดำเนินการเนื่องจาก (1) สมาชิกถาวรไม่เห็นด้วย และ

(2) เป็นการคุกคามต่อสันติภาพ การทำลายสันติภาพ หรือการกระทำอันเป็นการรุกราน สมัชชาใหญ่สามารถพิจารณาในสมัยการประชุมพิเศษเร่งด่วนได้ โดยในการเรียกประชุม พิเศษเร่งด่วนนั้น จะต้องมีการร้องขอจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ โดย จะต้องได้รับการลงมติสนับสนุนจากประเทศสมาชิก 7 เสียง หรือจะต้องได้รับการเรียกร้อง จากเสียงส่วนใหญ่ของประเทศสมาชิก⁴⁰

ทั้งนี้ อิสราเอลเห็นว่าคณะมนตรีความมั่นคงนั้นไม่ได้ล้มเหลว ในการปฏิบัติหน้าที่แต่ประการใด ในทางตรงกันข้าม คณะมนตรีความมั่นคงได้ กระตือรือร้นในการร่วมกันพิจารณาหนทางในการแก้ปัญหาข้อพิพาทระหว่าง อิสราเอล-ปาเลสไตน์มาตลอดระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา⁴¹ นอกจากนั้น คณะมนตรีความมั่นคงไม่เคยได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเสนอร่างมติให้มีคำร้องขอให้มีความเห็นเชิงปรึกษาด้วย อีกทั้งคณะมนตรีความมั่นคงก็ได้มีมติ 1515 โดยคะแนนเสียง เป็นเอกฉันท์ รับรองแผน Roadmap ก่อนที่สมัยการประชุมพิเศษเร่งด่วนครั้งที่ 10 จะได้มี มติร้องขอให้มีการทำความเข้าใจเชิงปรึกษา เป็นระยะเวลาเพียง 19 วันเท่านั้น ดังนั้น อิสราเอลจึงเห็นว่า การร้องขอให้มีความเห็นเชิงปรึกษานี้เป็นการกระทำที่เกินขอบเขต อำนาจหน้าที่ของการประชุมพิเศษเร่งด่วนครั้งที่ 10⁴²

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตั้งข้อสังเกตไว้ใน ความเห็นเชิงปรึกษากรณีการสร้างกำแพงว่า ในขณะที่มีการเรียกประชุมสมัยการประชุม พิเศษเร่งด่วนในปี 1997 นั้น คณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถยุติกรณีความขัดแย้ง

⁴⁰ General Assembly Resolution 377 A (V), UN Doc. A/RES/377.

⁴¹ ดูรายละเอียดได้ที่มติ 1322 (2000), 1397, 1402, 1403 และ 1405 (2002).

⁴² Written submission of Israel, pp. 58-77

ระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์นี้ได้ เนื่องจากสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงมีมติไม่เห็นด้วย และใช้สิทธิยับยั้งอยู่ตลอดเวลา และในมติ ES-10/2 ก็ได้ปรากฏให้เห็นถึงแนวโน้มในเรื่องการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศต่อเรื่องดังกล่าว โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมอีกว่า การประชุมพิเศษเร่งด่วนในวันที่ 20 ตุลาคม 2003 นี้ เป็นการเรียกประชุมอีกครั้งหนึ่ง ภายหลังจากที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ปฏิเสธร่างมติเกี่ยวกับการสร้างกำแพงของอิสราเอล อันเนื่องมาจากการใช้สิทธิยับยั้งของประเทศสมาชิกถาวร ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้ล้มเหลวต่อภาระหน้าที่อีกครั้งหนึ่ง โดยจะเห็นได้ว่าในช่วงระยะเวลาระหว่าง 20 ตุลาคม 2003 ถึง 8 ธันวาคม 2003 นั้นเป็นช่วงที่ไม่มีมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ เกิดขึ้นเลย คณะมนตรีความมั่นคงไม่แม้แต่จะพิจารณาเรื่องการสร้างกำแพง หรือ พิจารณาแนวทางในการแก้ไขเรื่องดังกล่าว โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า การที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้รับแจ้งเป็นหนังสือเกี่ยวกับการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษานั้นไม่ถือเป็นความเกี่ยวข้องใดๆ ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงอีกทั้งในกรณีที่มีการประชุมพิเศษเร่งด่วนในเวลาเดียวกันกับ สมัยประชุมสามัญของสมัชชาใหญ่นั้น ศาลเห็นว่าไม่มีกฎใดๆ ขององค์การสหประชาชาติที่บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด อีกทั้งการประชุมพิเศษเร่งด่วนนี้เป็นการประชุมตามกฎหมายข้อบังคับของสมัชชาที่ 9 (b) ศาลจึงเห็นว่าการประชุมพิเศษเร่งด่วนนี้เป็นการประชุมที่เหมาะสมแล้ว ทั้งนี้อาศัยมติที่ 377 A (V) พิจารณาประกอบด้วย⁴³

นอกจากนั้น ในเรื่องความเหมาะสมของการประชุมพิเศษเร่งด่วนนี้ ปาเลสไตน์ยังได้แสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมโดยอ้างถึงความเห็นเชิงปรึกษากรณีนามีเบีย

⁴³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion, ICJ Reports 2004, pp. 16-17, para. 30-32.

ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า "การลงมติของหน่วยงานที่ตั้งขึ้นอย่างเหมาะสมในสหประชาชาติซึ่งเป็นไปตามกฎและเงื่อนไขของหน่วยงานนั้นๆ และได้รับการยอมรับจากประธาน จะต้องได้รับการยอมรับว่ามีความสมบูรณ์ครบถ้วนในการนำมาใช้" ดังนั้น ปาเลสไตน์จึงเห็นเช่นเดียวกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า การร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาของสมัชชาใหญ่อันเนื่องมาจากการประชุมพิเศษเร่งด่วนครั้งที่ 10 นี้ เป็นการกระทำที่เหมาะสมแล้ว⁴⁴

การร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

อิสราเอลโต้แย้งว่าเนื่องจากคณะมนตรีความมั่นคงกำลังดำเนินการเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างอิสราเอลและปาเลสไตน์อยู่ คำร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจึงเป็นเรื่องที่เกินหน้าที่ของสมัชชาใหญ่ แม้ว่าในการประชุมสามัญ อิสราเอลไม่สงสัยในความรับผิดชอบเป็นอันดับรองลงมาของสมัชชาใหญ่ และความสามารถในการรักษาความสงบสุขและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ก็เชื่อว่าสมัชชาใหญ่เป็นรองคณะมนตรีความมั่นคงในเรื่องนี้ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ⁴⁵

ส่วนปาเลสไตน์นั้นก็โต้แย้งต่อข้อโต้แย้งของอิสราเอลว่า มติของสมัชชาใหญ่นั้นมีผลตามกฎหมายตามที่ระบบกฎหมายของศาลรับรอง

⁴⁴ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 22, par. 20, cited in Palestine oral statement, p. 31, para. 7.

⁴⁵ Written submission of Israel, pp. 77-81

ข้อสันนิษฐานว่ามติจะมีผลตามกฎหมาย⁴⁶ และได้รับการสนับสนุนโดยเสียงข้างมาก ปาเลสไตน์เสริมว่าอำนาจของสมัชชาที่จะร้องขอความเห็นเชิงปรีक्षणั้นไม่ได้ถูกจำกัดอยู่ เพียงแค่ข้อสงสัยทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในขอบเขตการทำงานตามบทบัญญัติข้อที่ 96

ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นไว้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศควรเป็นผู้เดียวที่จะประเมินว่าคำร้องขอความเห็นเชิงปรีक्षणั้นมาจากหน่วยงานที่มีอำนาจถูกต้อง ซึ่งศาลก็เห็นว่าสมัชชานั้นมีอำนาจตามบทบัญญัติกฎบัตรสหประชาชาติข้อที่ 96 ศาลยังอ้างถึงบทบัญญัติกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อที่ 12 ซึ่งกล่าวว่า หน้าที่คณะมนตรีความมั่นคงดำเนินการเกี่ยวข้องกับการพิพาทหรือสถานการณ์ใดๆ ก็ตามที่ได้รับมอบหมาย สมัชชาไม่มีอำนาจในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับกรณีพิพาทหรือสถานการณ์นั้นๆ เว้นเสียแต่ว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้ขอมา โดยศาลมองว่าในกรณีนี้การร้องขอความเห็นเชิงปรีक्षणั้นไม่ได้เป็นการให้ "คำแนะนำ" ใดๆ จากสมัชชา "ซึ่งเกี่ยวกับกรณีพิพาทหรือสถานการณ์" ตามการตีความกฎบัตรสหประชาชาติข้อที่ 12 นอกจากนี้ ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อที่ 24 คณะมนตรีความมั่นคงมีหน้าที่อันดับแรกในการ ผดุงไว้ซึ่งความสงบสุขและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งไม่จำเป็นต้องหมายถึงการผูกขาดอำนาจหน้าที่ ทั้งนี้ ข้อจำกัดอย่างเดียวกับที่กฎบัตรสหประชาชาติข้อที่ 14 มีต่อสมัชชาคือ ข้อจำกัดในข้อที่ 12 ซึ่งก็คือ สมัชชาไม่ควรแนะนำหรือสนับสนุนกระบวนการใด ๆ ในขณะที่

⁴⁶ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276, advisory opinion, ICJ Reports 1971, p. 16, para. 20, and Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts, advisory opinion, ICJ Reports 1996, p. 66, para. 29.

คณะมนตรีความมั่นคงกำลังจัดการกับปัญหาดังกล่าวอยู่ เว้นแต่คณะมนตรีความมั่นคงจะเป็นผู้ร้องขอมา

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่าการตีความข้อจำกัดอำนาจหน้าที่ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศของสมัชชาใหญ่นั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย โดยแรกเริ่มนั้นสมัชชาใหญ่จะต้องไม่แสดงข้อเสนอแนะใดๆ ต่อคำถามที่เกี่ยวกับการผดุงไว้ซึ่งความสงบสุขและความมั่นคงระหว่างประเทศในขณะที่ปัญหาดังกล่าวอยู่ภายใต้การดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคง แต่เมื่อเวลาผ่านไป แนวโน้มในการจัดการปัญหาดังกล่าวนั้นก็เปลี่ยนไปด้วย โดยมีแนวโน้มมากขึ้นว่าสมัชชาและคณะมนตรีความมั่นคงนั้นจะจัดการกับปัญหาเหมือนกับขนานไปในทิศทางเดียวกัน ศาลพิจารณาว่าการดำเนินการที่เปลี่ยนไปของสมัชชาใหญ่นี้จะสอดคล้องกับบทบัญญัติข้อ 12 ที่ว่าสมัชชาไม่ได้ดำเนินการเกินหน้าที่

2.2.3.2 ประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย

ตามบทบัญญัติข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ และข้อ 65 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น ได้ระบุให้เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น ที่องค์กรผู้ร้องขอสามารถยื่นร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ ซึ่งในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายนี้ อิสราเอลได้โต้แย้งไว้ในประเด็นหลัก 2 ประการกล่าวคือ ในส่วนของประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของปัญหาข้อกฎหมายที่ร้องขอ และลักษณะของปัญหาข้อกฎหมาย

ในส่วนของความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายนี้ อิสราเอลได้กล่าวโต้แย้งว่า คำร้องขอที่สมัชชาใหญ่สหประชาชาติร้องขอให้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาถึงผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการสร้างกำแพง ของอิสราเอลในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ ซึ่งรวมไปถึงภายในและรอบๆ เยรูซาเลมตะวันออก⁴⁷ นั้นเป็นคำร้องขอที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคำร้องขอ นั้น ไม่ชัดเจน และไม่สามารถหาคำตอบได้ โดยอิสราเอลโต้แย้งว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้สันนิษฐานไว้ก่อนแล้วว่าการสร้างกำแพงนี้เป็นการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอิสราเอลก็เห็นว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะ ดำเนินการพิจารณาจากพื้นฐานที่ถูกสันนิษฐานว่าผิด และส่งผลให้ศาลเสนอความเห็น โดยขาดเป้าหมายและวัตถุประสงค์⁴⁸

ในประเด็นโต้แย้งดังกล่าวของอิสราเองนี้ ปาเลสไตน์ได้กล่าว โต้แย้งกลับโดยอ้างถึงความเห็นเชิงปริกษาในกรณีของ South West Africa⁴⁹ ว่ามีลักษณะ คล้ายคลึงกันกับในกรณีการสร้างกำแพง โดยวัตถุประสงค์ของการร้องขอนั้นคือเพื่อจะ กำหนดข้อผูกมัดทางกฎหมายอันเนื่องมาจากการสร้างกำแพงของอิสราเอลในดินแดนที่ถูก ยึดครองของปาเลสไตน์ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นปัญหาข้อกฎหมาย ที่ร้องขอไปนั้นจึงเป็นปัญหาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁰ ทั้งนี้ สันนิบาตรัฐอาหรับยังได้ออกมา กล่าวเพิ่มเติมด้วยว่า ปัญหาข้อกฎหมายที่เสนอให้มีการพิจารณาต่อ

⁴⁷ "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory," advisory opinion, 9 July 2004, p. 7

⁴⁸ Written submission of Israel, pp. 83-87

⁴⁹ What are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)

⁵⁰ Written statement of Palestine, p. 18, para. 38-40.

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้ เป็นปัญหาที่ขอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากปัญหา
ข้อกฎหมายที่ร้องขอไปนั้นอยู่ภายใต้คำจำกัดความด้านกฎหมายและทำให้เห็นถึงปัญหา
ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ⁵¹

ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้
พิจารณาแล้วเห็นว่า ปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวนี้ เป็นการปัญหาที่เกี่ยวกับผลทาง
กฎหมายจากสถานการณ์จริงโดยคำนึงถึงกฎเกณฑ์และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อัน
รวมถึงอนุสัญญาเจนีวาที่ 4 และเกี่ยวเนื่องถึงมติของคณะมนตรีความมั่นคงและมติของ
สมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ซึ่งสำหรับศาลแล้วปัญหาข้อกฎหมายนี้เป็นปัญหาที่ขอบด้วย
กฎหมายแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า การร่าง
ปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่ชัดเจนนั้น ไม่ได้ถือว่าเป็นการกีดกันกระบวนการยุติธรรมจากศาล
เพียงแต่ต้องการการตีความที่ชัดเจนขึ้น ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มักจะตีความให้
โดยอ้างถึงหลักการและกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ แล้วจึงให้คำตอบแก่ปัญหาข้อกฎหมายโดยอ้างอิง
ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า ศาลควรที่จะมีการ
พิจารณาถึงผลที่ไม่ชอบทางกฎหมายต่อการสร้างกำแพงเสียก่อน แล้วจึงพิจารณาต่อไปว่า
การก่อสร้างกำแพงนั้นได้ละเมิดกฎเกณฑ์ และหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ
หรือไม่⁵²

นอกจากนั้น อิสราเอลยังได้โต้แย้งอีกด้วยว่าปัญหานั้นนำขึ้นสู่
ศาลพิจารณานั้น ไม่ใช่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย เนื่องจากเป็นการถามถึงความชอบธรรมใน
การสร้างกำแพง ซึ่งเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายปะปนกันไป และมีปัจจัย

⁵¹ Written Statement of the Arab League

⁵² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian
Territory, advisory opinion, 9 July 2004, pp. 19-20, para. 37-39.

ทางการเมืองแทรกซึมอยู่ด้วย ทำให้ปัญหาที่นำขึ้นสู่ศาลนี้ไม่มีผลใช้การได้ ซึ่งศาลก็ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าปัจจัยทางการเมืองนั้นไม่เป็นเหตุผลเพียงพอที่จะถดถอนลักษณะปัญหาทางกฎหมายได้ และไม่สามารถถดถอนความสามารถของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับลักษณะทางกฎหมายของปัญหา ซึ่งเป็นการปลดเปลื้องภาระหน้าที่ของศาลมิได้ ทั้งนี้การขาดความชัดเจนของปัญหา มิใช่เป็นการกีดกันอำนาจศาล แต่ศาลอาจตีความและทำให้ชัดเจนขึ้นได้ รวมถึงศาลอาจนำมาประยุกต์ใช้ได้ แต่ต้องอยู่บนรากฐานของกฎหมายด้วย

2.2.3.3 อำนาจในการใช้ดุลยพินิจของศาล

แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจในการทำความเห็นเชิงปรึกษา แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็สามารถที่จะปฏิเสธคำร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้เช่นกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลในการตอบรับหรือปฏิเสธ แต่อำนาจในการใช้ดุลยพินิจ (Discretionary Power) นั้น จะจำกัดอยู่เฉพาะเหตุผลที่ไม่อาจปฏิเสธได้ (compelling reason) เท่านั้น การขาดความยินยอมของคู่พิพาทจะไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจในการทำความเห็นเชิงปรึกษา⁵³ แต่จะเกี่ยวข้องกับเหตุผลที่ไม่อาจปฏิเสธได้⁵⁴ กล่าวคือ หากการขาดความยินยอมของคู่พิพาทเป็นการขาดความยินยอมในประเด็นความเหมาะสมเกี่ยวกับการตัดสินอรรถคดีตามกฎหมาย เช่นนี้ถือว่าการขาดความยินยอมดังกล่าวนั้นเป็นเหตุผลที่ไม่อาจปฏิเสธได้ ทั้งนี้ การตัดสินว่าข้อมูลและ

⁵³ "Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania," Advisory Opinion, 1950 p. 72

⁵⁴ "Western Sahara," Advisory Opinion, 1975, p. 12, par. 24-25

หลักฐานที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับเพื่อพิจารณาให้ความเห็นเชิงปรีक्षणันมีเพียงพอหรือไม่ ประเด็นดังกล่าวนี้ก็ถือเป็นประเด็นความเหมาะสมเกี่ยวกับการตัดสินอรรถคดีตามกฎหมาย ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้อาจใช้ต่อการปฏิเสธไม่ทำ ความเห็นเชิงปรีक्षणของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วย โดยจะใช้ข้อมูลและหลักฐานที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาทำการปฏิเสธไปนั่นเองเป็นตัวพิจารณาว่ามี ข้อมูลและหลักฐานที่เพียงพอหรือไม่

ในเรื่องดุลยพินิจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้ อิสราเอลได้แย้งว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศควรที่จะปฏิเสธคำร้องขอความเห็นเชิงปรีक्षणเนื่องจากหลักการที่เฉพาะเจาะจงในคำร้องขออาจทำให้การวินิจฉัยของศาลไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับระบบการพิจารณาได้ แต่หลายรัฐ⁵⁵ก็ได้สนับสนุนว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจเพียงพอที่จะให้ความเห็นเชิงปรีक्षणได้ โดยให้เหตุผลว่าการที่อิสราเอลประกาศเร่งการสร้างกำแพงให้เร็วขึ้น และมีการใช้มาตรการที่มีผลต่อพรมแดนระหว่างปาเลสไตน์นั้น ทำให้สมาชิกาใหญ่จำเป็นต้องร้องขอเป็นการเร่งด่วนเพื่อให้ทันต่อสถานการณ์ ซึ่งคำร้องขอที่เร่งด่วนและตรงประเด็นนี้ถือได้ว่ามีผลเป็นคำร้องขอที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสามารถใช้ดุลยพินิจเห็นสมควรรับทำ ความเห็นเชิงปรีक्षणได้⁵⁶

⁵⁵ Lebanon, Indonesia, Switzerland, South Africa, the Organization of the Islamic Conference, the Kingdom of Saudi Arabia, Egypt, the Hashemite Kingdom of Jordan, Malaysia, and the Arab League.

⁵⁶ Western Sahara, advisory opinion, ICJ Reports 1975, p. 12, par. 73.

กรณีข้อโต้แย้งดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาอ้างอิงถึงบทบัญญัติข้อ 65 (1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจให้ความเห็นเชิงปรึกษาในปัญหากฎหมายใดๆ เมื่อได้รับคำขอจากบุคคลที่ได้รับอนุมัติจากกฎบัตรสหประชาชาติ หรือที่ทำคำขอตามกฎบัตรสหประชาชาติได้ โดยคำว่า "อาจจะให้" นี้ อาจตีความได้ถึงความสามารถของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาให้ความเห็นเชิงปรึกษา กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจใช้ดุลยพินิจในการยอมรับหรือปฏิเสธในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาตามที่ร้องขอได้⁵⁷ ซึ่งโดยหลักแล้ว "คำขอให้มีความเห็นเชิงปรึกษาไม่ควรได้รับการปฏิเสธ"⁵⁸ ดังนั้น ในการปฏิเสธที่จะไม่ให้ความเห็นเชิงปรึกษาตามที่ร้องขอนั้น จะต้องอาศัยเหตุผลที่อาจปฏิเสธได้ในการพิจารณาปฏิเสธคำขอดังกล่าว โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจปฏิเสธในกรณีที่มีใช่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย หรือเกี่ยวข้องกับคดีที่กระทบเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ หรือที่จะนำไปสู่การตัดสินปัญหาในสาระสำคัญของข้อพิพาทที่ค้างอยู่⁵⁹ ซึ่งในกรณีศาลไม่เห็นว่าการที่เฉพาะเจาะจงในคำร้องขอนี้เป็นเหตุผลที่ดีพอที่ศาลจะพิจารณาปฏิเสธให้ความเห็นเชิงปรึกษาได้ ดังนั้นดุลยพินิจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการรับให้ความเห็นเชิงปรึกษานั้นจึงเป็นดุลยพินิจที่ถูกต้องแล้ว

⁵⁷ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996, p. 234, par. 14.

⁵⁸ Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, ICJ reports 1950, p.71

⁵⁹ Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights, I.C.J. Reports 1999, pp. 78-79, par. 29.

จากการที่ได้ศึกษามาจึงสรุปได้ว่า โดยหลักแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ อีกทั้งองค์กรอื่นๆ นั้นอาจร้องขอให้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายได้ ซึ่ง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่าจะรับทำความเห็นเชิงปรึกษา หรือไม่ ซึ่งในกรณีการสร้างกำแพงนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สมัชชาใหญ่สหประชาชาติมีอำนาจที่จะร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ และประเด็นปัญหา ที่ยื่นสู่ศาลเพื่อพิจารณานั้น ก็เป็นประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมาย อีกทั้งศาลก็ไม่มีเหตุอัน สมควรที่จะปฏิเสธไม่ทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้ ทำความเห็นเชิงปรึกษากรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ขึ้น ตามที่สมัชชาใหญ่ร้องขอ และเรียกร้องให้อิสราเอลและรัฐต่างๆ ตระหนักถึงการกระทำที่ ละเมิดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการยึดครอง ซึ่งใช้บังคับแก่กรณีนี้โดยตรง ทั้งนี้ รายละเอียดจะได้ทำการศึกษาในบทต่อไป