

ความเห็นเชิงปริกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการประกาศเอกราช
ฝ่ายเดียวของโคโซโว : ผลลัพธ์ต่อคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

นางสาววิศรา วงศ์รักษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2555

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ADVISORY OPINION ON THE
UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO :
IMPLICATIONS FOR UNILATERAL DECLARATIONS OF INDEPENDENCE IN
INTERNATIONAL LAW

Miss Waritsara Wongrak

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ความเห็นเชิงปรัชญาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณี

การประกาศ เอกกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว : ผลลัพธ์ต่อคำ

ประกาศเอกกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

โดย

นางสาววิศรา วงศ์รักษ์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ วิฑิต มั่นตาภรณ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาามหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ วิฑิต มั่นตาภรณ์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(นายชุตินทร คงศักดิ์)

วริศรา วงศ์รักษ์ : ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว : ผลลัพธ์ต่อคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ (THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ADVISORY OPINION ON THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO : IMPLICATIONS FOR UNILATERAL DECLARATIONS OF INDEPENDENCE IN INTERNATIONAL LAW) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศาสตราจารย์วิทิต มั่นตาภรณ์ , 269 หน้า

หลังจากที่องค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือได้เข้าโจมตีเซอร์เบียในปี ค.ศ.1999 ทำให้เซอร์เบียถอนกำลังออกจากโคโซโว และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 1244 ซึ่งทำให้โคโซโวอยู่ภายใต้การดูแลของสหประชาชาติ ในเวลาต่อมาตัวแทนพิเศษจากสหประชาชาติได้จัดให้มีการเจรจาเกี่ยวกับสถานะสุดท้ายของโคโซโวระหว่างเซอร์เบียและโคโซโว แต่การเจรจาประสบความสำเร็จเกี่ยวกับสถานะสุดท้ายของโคโซโว จนในที่สุด โคโซโวจึงได้ประกาศเอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 และต่อมาในวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ.2008 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

จากการศึกษาพบว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีโคโซโวเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 โดยศาลให้ความเห็นว่า ไม่มีข้อห้ามเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแม้ว่าความเห็นเชิงปรึกษาจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่หากพิจารณาถึงเหตุผลทางกฎหมายจากความเห็นเชิงปรึกษานำมาเชื่อมโยงกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หลักความเป็นรัฐ การรับรองรัฐ และสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ประกอบกับข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ จะทำให้เกิดกระแงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศยิ่งขึ้น อีกทั้ง จะเห็นได้ว่าปัจจุบันมีแนวโน้มในการยอมรับว่าหากรัฐละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง (right to self-determination) ของประชาชนในรัฐ โดยรัฐบาลไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชน และมีการปกครองอย่างทารุณโหดร้ายและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและใหญ่หลวง ซึ่งอาจนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

สาขาวิชา นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติ.....
ปีการศึกษา 2555..... ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

#5286020334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE/ADVISORY OPINION/ THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO/ SELF-DETERMINATION

WARITSARA WONGRAK : THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ADVISORY OPINION ON THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO : IMPLICATIONS FOR UNILATERAL DECLARATIONS OF INDEPENDENCE IN INTERNATIONAL LAW, THESIS ADVISOR : PROF. VITIT MUNTARBHORN, 269 pp.

After the attacks of North Atlantic Treaty Organization on Serbia in 1999, Serbia troops retreated from Kosovo. The United Nations Security Council adopting of Resolution 1244, placing Kosovo under UN administration. Although negotiations between Serbia and Kosovo on final status for Kosovo were put in place by the United Nations Special Envoy, the parties failed to reach an agreement. Kosovo unilateral declared of independent on 17 February 2008, and then on 8 October 2008, United Nations General Assembly requested the International Court of Justice for an advisory opinion to answer the question whether the unilateral declaration of independence declared by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo is in accordance with international law.

The study found that the ICJ rendered advisory opinion, rendered on 22 July 2010, held that there was no restriction as to the unilateral declaration of independence in the context of international law. Therefore, Kosovo's declaration of independence did not violate (or conflict with) international law. The advisory opinion, despite having no legal binding in nature, is useful in term of its underlying legal implications, and if linking the advisory opinion with related contexts of international law i.e. international law of statehood, the international law of recognition and right to self-determination, including the Resolution adopted by the United Nations Security Council and the United Nations General Assembly, will clearly illustrate the essence of unilateral declaration of independence in the context of international law. Additionally, modern trends in the right of nations to self-determination i.e. violation of right of self-determination by non-representative government, including oppression and serious violation of human rights may probably put forward the unilateral declaration of independence.

Field id Study:Laws..... Student's Signature:.....
Academic Year:..2555..... Advisor's Signature:.....

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	8
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	8
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	9
บทที่ 2 การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ	
2.1 แนวคิดเรื่องการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	10
2.1.1 คำนียามของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว.....	10
2.1.2 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว.....	12
2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว.....	15
2.2.1 หลักการกำหนดใจตนเอง (Self-determination).....	15
2.2.1.1 ที่มาของหลักการกำหนดใจตนเองในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	16
2.2.1.2 ประเภทของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง.....	25
2.2.1.2.1 สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน.....	25
2.2.1.2.1 สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก.....	26
2.2.1.3 ผู้ที่ถือสิทธิในการกำหนดใจตนเอง.....	27
2.2.1.4 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับ สิทธิในการกำหนดใจตนเอง.....	29

2.2.2	หลักความเป็นรัฐ (Statehood).....	32
2.2.3	หลักกฎหมายในเรื่องการรับรองรัฐ.....	34
2.3	คำพิพากษาเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว.....	37
2.4	บทบาทสหประชาชาติในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว.....	43
2.4.1	บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ.....	44
2.4.1.1	บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติโดย ทั่วไป.....	44
2.4.1.2	ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่เกี่ยวข้องกับการประกาศโดย เอกราชฝ่ายเดียว.....	44
2.4.1.2.1	กรณี โรดีเชีย.....	45
2.4.1.2.1	กรณี ไชปรัสเหนือ.....	48
2.4.1.2.1	กรณี Republika Srpska	50
2.4.1.2.1	กรณี ไชปรัสเหนือ.....	44
2.4.2	บทบาทของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ.....	53
2.4.2.1	บทบาทของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติโดยทั่วไป.....	53
2.4.2.2	บทบาทของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในกรณีการประกาศ เอกราชฝ่ายเดียว.....	54
บทที่ 3	ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการประกาศ เอกราชฝ่ายเดียว ของโคโซโวอันเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายระหว่างประเทศ	
3.1	ภูมิหลังของสถานการณ์ในโคโซโว.....	59
3.2	การขอความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	64
3.2.1	กลไกในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษา.....	64
3.2.1.1	องค์กรที่มีอำนาจในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาใน องค์การสหประชาชาติ.....	64
3.2.1.2	ผลของความเห็นเชิงปรึกษา.....	66
3.2.2	ที่มาของการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีการประกาศเอกราช ฝ่ายเดียวของโคโซโว.....	66
3.3	ความเห็นเชิงปรึกษากรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว	
3.3.1	ประเด็นโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาของศาล	

ยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	67
3.3.1.1 เขตอำนาจในการให้ความเห็นเชิงปรึกษา.....	67
3.3.1.2 การใช้ดุลยพินิจของศาล.....	71
3.3.3 ขอบเขตและความหมายของคำถาม.....	77
3.3.4 ข้อวินิจฉัยของศาลในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว เกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ.....	79
3.3.4.1 หลักบูรณภาพแห่งดินแดน.....	80
3.3.4.2 สิทธิในการกำหนดใจตนเอง.....	87
บทที่ 4 ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศ เอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวอันเกี่ยวเนื่องกับบทบาทขององค์การระหว่าง ประเทศ	
4.1 บทบาทขององค์การระหว่างประเทศในสถานการณ์โคโซโว.....	103
4.1.1 บทบาทของสหประชาชาติ.....	103
4.1.1 บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติ.....	104
4.1.2 บทบาทของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ.....	111
4.1.2 บทบาทขององค์การเพื่อความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป.....	114
4.1.3 บทบาทของสหภาพยุโรป.....	115
4.2 ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999).....	115
4.3 ข้อวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ของโคโซโวเกี่ยวกับข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 และรัฐธรรมนูญ โครงร่างซึ่งสร้างขึ้นโดย UNMIK.....	120
4.3.1 ข้อวินิจฉัยกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวกับข้อมติคณะมนตรี ความมั่นคง.....	120
4.3.1.1 การตีความข้อมติ 1244.....	115
4.3.1.2 ข้อมติที่ 1244 ห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวหรือไม่.....	115
4.3.2 ข้อวินิจฉัยกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวกับโครงร่างรัฐธรรมนูญ.....	136
4.3.3 ข้อวินิจฉัยกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเกี่ยวกับผู้ ประกาศเอกราชฝ่ายเดียว.....	138

บทที่ 5	บทวิเคราะห์การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ	
5.1	คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	153
5.2	บทเรียนจากกรณีโคโซโวต่อกฎหมายระหว่างประเทศ	158
5.2.1	หลักการกำหนดใจตนเอง.....	159
5.2.1.1	สิทธิในการกำหนดใจตนเองกับหลักบูรณภาพแห่งดินแดน.....	159
5.2.1.2	สิทธิในการกำหนดใจตนเองจากกรณีการประกาศเอกราช ฝ่ายเดียวของโคโซโว.....	165
5.2.2	หลักความเป็นรัฐ.....	169
5.2.3	การรับรองความเป็นรัฐ.....	174
5.3	บทบาทของสหประชาชาติต่อการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว.....	178
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
6.1	บทสรุป.....	190
6.2	ข้อเสนอแนะ.....	194
บรรณานุกรม		196
ภาคผนวก		
ก.	Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010.....	210
ข.	United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999.....	256
ค.	รายชื่อประเทศที่ให้การรับรองความเป็นรัฐของโคโซโว.....	266
ประวัติผู้เขียน		269

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1	ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักการกำหนดใจตนเอง.....	16
ตารางที่ 2	สรุปข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวใน กรณีต่างๆ.....	52
ตารางที่ 3	สรุปข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของ โรดีเซียใต้.....	54
ตารางที่ 4	ตราสารระหว่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักบูรณภาพแห่งดินแดน.....	82
ตารางที่ 5	สรุปคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นกฎหมายระหว่างประเทศ.....	95
ตารางที่ 6	สรุปข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ในอดีต.....	98
ตารางที่ 7	สรุปข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงในสถานการณ์โคโซโวตั้งแต่ ค.ศ. 1998-2001.....	109
ตารางที่ 8	สรุปข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในสถานการณ์โคโซโวตั้งแต่ ค.ศ. 1995-1999.....	112
ตารางที่ 9	ความรับผิดชอบหลักของคณะทำงานระหว่างประเทศใน โคโซโว.....	118
ตารางที่ 10	สรุปคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง ที่ 1244(1999).....	150
ตารางที่ 11	สรุปคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการทำความเห็นเชิง ปรึกษากรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว.....	155
ตารางที่ 12	วิเคราะห์การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวและบังคลาเทศ.....	184

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาความขัดแย้งทางชาติพันธุ์ในภูมิภาคยุโรปตะวันออกมีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานและเป็นปัญหาที่ก่อให้เกิดสงครามครั้งแล้วครั้งเล่าทั้งสงครามใหญ่และสงครามย่อย ๆ หากพิจารณาจากภาพรวมของประวัติศาสตร์ในหลายช่วงจะพบว่าปัญหาความขัดแย้งทางชาติพันธุ์นั้นเป็นสาเหตุหนึ่งของการเกิดสงครามในระดับรัฐและระหว่างรัฐ กล่าวคือ ความขัดแย้งทางชาติพันธุ์เป็นความขัดแย้งระหว่างกลุ่มชน หรือ กลุ่มชาติพันธุ์ที่ถูกกำหนดโดยลักษณะทางวัฒนธรรมที่มีร่วมกัน อันได้แก่ ศาสนา ภาษา ประวัติศาสตร์ ประเพณีวัฒนธรรม และความเชื่อ¹

ภูมิหลังของสถานการณ์ในโคโซโว

โคโซโวเป็นหนึ่งในพื้นที่ที่มีความขัดแย้งมากในยุโรป โดยในอดีตโคโซโวเคยตกอยู่ภายใต้การปกครองของเซอร์เบียในยุคกลางของยุโรป ในช่วงเวลานั้นความแตกต่างระหว่างศาสนายังไม่เป็นลักษณะเด่นของความแตกต่างระหว่างชาวเซิร์บกับชาวแอลบาเนียในโคโซโว ซึ่งชาวเซิร์บนับถือศาสนาคริสต์นิกายออร์ทอด็อกซ์ ส่วนชาวแอลบาเนียนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันแคธอลิก จนกระทั่งการเกิดขึ้นของจักรวรรดิออตโตมัน ชาวแอลบาเนียจำนวนมากได้เปลี่ยนไปนับถือศาสนาอิสลามเพื่ออภิสิทธิ์ในการปกครอง แต่ชาวเซิร์บได้ร่วมมือกับเติร์กเพื่อการได้เปรียบทางการเมืองท้องถิ่น จึงทำให้ชาวแอลบาเนียต้องต่อสู้กับเซิร์บโดยไม่คำนึงว่าเคยนับถือศาสนาคริสต์ร่วมกันมาก่อน²

มีตำนานท้องถิ่นที่เล่าสืบต่อกันมาว่า ในวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.1389 เกิดการต่อสู้ที่ทุ่งโคโซโว (Kosovo Polje – Field of Kosovo) ระหว่างเซอร์เบียและกองทัพเติร์ก* โดย

¹ Frank N. Magill, *International Encyclopedia of Sociology Volume Two* (Chicago: Salem Press, 1995), p.1062.

² ธนัชพร วงศ์สุวรรณพร, “ความร่วมมือขององค์การระหว่างประเทศในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางชาติพันธุ์ในโคโซโว (ค.ศ.1999-2003),” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ภาควิชาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 6.

กองทัพของอาณาจักรเซอร์เบียโบราณภายใต้การบัญชาของเจ้าชายลาซาร์ได้พ่ายแพ้ต่อกองทัพออตโตมัน จากนั้นเซอร์เบียก็ตกอยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิออตโตมันเป็นเวลานานถึง 500 ปี โคโซโวจึงเป็นศูนย์กลางในช่วงปลายยุคกลางของราชอาณาจักรเซอร์เบียและศาสนจักรออร์ทอด็อกซ์ของชาวเซิร์บ ซึ่งนำไปสู่การเกิดรัฐเซอร์เบียขึ้นมาใหม่³

ต่อมาในปี ค.ศ.1820 ได้เกิดสงครามระหว่างจักรวรรดิรัสเซียกับออตโตมัน เมื่อออตโตมันพ่ายแพ้ สุลต่านจึงยกให้เซอร์เบียเป็นเขตปกครองตนเอง ซึ่งเซอร์เบียเป็นเขตแรกและเขตเดียวที่ได้รับสิทธินี้ ในช่วงครึ่งศตวรรษที่ 19 มีขบวนการชาตินิยมหลายกลุ่มพยายามฟื้นฟูวัฒนธรรมแบบเซอร์เบียขึ้นมา มีการสร้างภาษาเซอร์เบีย สร้างสำนึกชาตินิยมว่าเซอร์เบียเป็นผู้นำของกลุ่มสลาฟใต้ จึงมีแนวคิด Greater Serbia เกิดขึ้น** โดยแนวคิดนี้ต้องการสร้างจักรวรรดิเซอร์เบียขึ้นมาให้ยิ่งใหญ่เหมือนช่วงศตวรรษที่ 14 ในที่สุด เซอร์เบียก็สามารถเข้าไปยึดพื้นที่ส่วนใหญ่ของโคโซโวและทางตะวันตกของมาซิโดเนียได้ และได้จัดตั้งเป็นประเทศยูโกสลาเวีย* ในเวลาต่อมา

*กษัตริย์มูรอดที่ 1 แห่งอาณาจักรออตโตมัน ได้ยกกองทัพมุสลิมไปโจมตีกองทัพชาวคริสต์เตียนนิกายออร์ทอด็อกซ์ของเจ้าชายลาซาร์ ซึ่งได้รับการยกย่องว่าเป็นวีรบุรุษแห่งเซอร์เบีย ณ สนามรบโคโซโว แต่ได้ถูกลอบปลงพระชนม์เสียก่อนโดยขุนนางชาวเซิร์บ ชื่อ โมไลช โคบิลิค แต่เหตุการณ์ไม่ได้สิ้นสุดแค่นั้น โอรสของกษัตริย์มูรอด ชื่อ บาเยซิด ได้แก้แค้นโดยนำทหารเข้าไปบดขยี้อาณาจักรของชาวคริสต์เตียนออร์ทอด็อกซ์ได้อย่างราบคาบ จึงถือว่าสงครามนั้นเป็นสงครามแห่งความพ่ายแพ้ของชาวคริสต์เตียนต่อชาวอิสลาม จากเหตุการณ์ดังกล่าวชาวเซิร์บผู้รักชาติทั้งหลายได้ตั้งปณิธานไว้ว่า จะต้องนำเอาโคโซโวกลับคืนมาเป็นดินแดนของชาวเซิร์บให้ได้อย่างถาวร

³ Dick A. Leurdijk and Dick Zandee, *Kosovo: From Crisis to Crisis* (Burlington: Ashgate, 2002), p 4.

**จากความพยายามรวมชาวเซิร์บทั้งหมดไว้ด้วยกันตามแนวคิด Greater Serbia นำมาสู่เหตุการณ์การลอบปลงพระชนม์ อาร์ค ดยุกฟราซิส เฟอ์ดินานด์ มกุฎราชกุมารแห่งอาณาจักรออสเตรียฮังการี ในวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.1914 ณ เมืองซาราเจโว เมืองหลวงของบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา โดยนายกาฟรีโลปรินซิฟ ชาวเซิร์บผู้มีความชาตินิยมอย่างรุนแรง ซึ่งร่วมอยู่ในสมาคมมือดำ(Black Hand) ที่มีนโยบายยึดมั่นในการรวมบอสเนียเข้ากับเซอร์เบีย จึงวางแผนลอบปลงพระชนม์ อาร์คดยุกฟราซิส เฟอ์ดินานด์ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีว่า ทรมานเหยื่อประชาติไปตย และจากเหตุการณ์ดังกล่าวจึงได้ลุกลามจนกลายเป็นสงครามโลกครั้งที่ 1

โคโซโวในยุคนายพลติโต (ค.ศ.1945 - 1986)

จอมพลโยชิบ บรอซ ตีโต้ (Josip Broz Tito) ดำรงตำแหน่งเป็นประธานาธิบดียูโกสลาเวียมีสถานะเป็นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ ตีโต้เป็นทั้งประธานาธิบดีและเป็นหัวหน้าพรรคคอมมิวนิสต์ และเป็นประมุขของประเทศคอมมิวนิสต์คนแรกที่สละตัวเองออกจากอิทธิพลการชี้นำของสหภาพโซเวียต โดยดำเนินการปกครองประเทศในลักษณะหลากหลายเชื้อชาติและวัฒนธรรมและยกให้รัฐเซอร์เบียมีบทบาทและอำนาจในการปกครองมากกว่ารัฐอื่น เพราะเป็นรัฐที่มีขนาดของดินแดนและประชากรมากที่สุด⁴

เมื่อปี ค.ศ.1946 ได้มีการออกรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของยูโกสลาเวีย ภายใต้บทบัญญัติที่ 2 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้บัญญัติว่า สหพันธรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย (FPRY) ประกอบด้วย 6 สาธารณรัฐ ได้แก่ เซอร์เบีย โครเอเชีย สโลเวเนีย มาซิโดเนีย มอนเตเนโกร และบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา และในวรรค 2 ได้กำหนดถึงดินแดนในระดับจังหวัด 2 จังหวัด ได้แก่ จังหวัดปกครองตนเองวอยโวดีนา (Autonomous Province of Vojvodina) และภูมิภาคปกครองตนเองโคโซโวและเมโทฮิจา (the Autonomous Kosovo-Metohija region)⁵ ต่อมาในปี ค.ศ.1963 ได้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ออกมาและมีการแก้ไขหลายครั้ง จนกระทั่งปี ค.ศ.1971 ได้มีการแก้ไขโดยมีการกำหนดจังหวัดปกครองตนเองวอยโวดีนาและโคโซโวเป็นส่วนหนึ่งของ

*ยูโกสลาเวียเป็นอาณาจักรครั้งแรกเมื่อ ค.ศ.1918 มีชื่อว่า “ราชอาณาจักรเซิร์บ โครทส์ และสโลวีเนีย” (Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes) ต่อมาเปลี่ยนเป็นราชอาณาจักรยูโกสลาเวีย ประกอบด้วยรัฐต่าง ๆ ได้แก่ เซอร์เบีย โครเอเชีย สโลวีเนีย ซีร์นากอรา(มอนเตเนโกร) บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา และมาซิโดเนีย และมีเขตปกครองอิสระ 2 เขต คือ วอยโวดีนา และโคโซโว ต่อมาเปลี่ยนเป็น “ราชอาณาจักรยูโกสลาเวีย” (Kingdom of Yugoslavia) ในปี ค.ศ.1929 จนกระทั่งถูกยึดครองโดยฝ่ายอักษะเมื่อปี ค.ศ.1941

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ช่วงปี ค.ศ.1945 ได้เปลี่ยนชื่อเป็น “สหพันธรัฐประชาธิปไตยยูโกสลาเวีย” (Democratic Federal Yugoslavia - DFY) ต่อมาในปี ค.ศ.1946 เปลี่ยนชื่อเป็นสหพันธรัฐประชาชนยูโกสลาเวีย (Federal People's Republic of Yugoslavia - FPRY) และเปลี่ยนเป็น “สหพันธรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย” (The Socialist Federal Republic of Yugoslavia - SFRY) ในวันที่ 7 เมษายน ค.ศ.1963 จนกระทั่งปี ค.ศ.1992 สาธารณรัฐ 4 รัฐได้แยกตัวออก คือ สโลเวเนีย โครเอเชีย มาซิโดเนีย และบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา จึงเปลี่ยนชื่อเป็น “สหพันธรัฐยูโกสลาเวีย” (Federal Republic of Yugoslavia - FR Yugoslavia - FRY)

⁵ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Written Statement of the Government of the Republic of Serbia, 15 April 2009, p. 65.

สาธารณรัฐเซอร์เบีย⁶ และในธรรมนูญศาลยูโกสลาเวียก็มีการยืนยันว่าสถานะของจังหวัดปกครองตนเองทั้งสองไม่มีสถานะเทียบเท่าสาธารณรัฐ⁷

อย่างไรก็ตามการที่โคโซโวได้รับอิสรภาพในการปกครองตนเองมากขึ้น มีสิทธิบริหารปกครองตนเองเพิ่มขึ้นกว่าเดิมอย่างมากโดยมีสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ เทียบเท่ากับรัฐอิสระอื่น ๆ เช่น มีประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี มีการมอบอำนาจให้ชาวแอลเบเนียในโคโซโวดำเนินกิจการภายในของตนเองมากขึ้น แม้ว่าโคโซโวจะพอใจกับสถานะของตนเองที่เกือบจะเทียบเท่า 6 สาธารณรัฐ แต่สิ่งที่พวกเขาปรารถนาอย่างยิ่ง คือการได้มีสถานะเป็น “สาธารณรัฐโคโซโว” เช่นเดียวกับสาธารณรัฐอื่น ๆ นั่นเอง

โคโซโวในยุคของสโลโบดัน มิโลเชวิช

เมื่อตีได้ถึงแก่กรรมเมื่อ ปี ค.ศ.1980 ความตึงเครียดด้านเชื้อชาติเกิดขึ้นอย่างมากในยูโกสลาเวีย โดยในช่วงเดือนเมษายน ปี ค.ศ.1981 ได้เกิดมีการจลาจลขึ้นในโคโซโวเพื่อเรียกร้องการเป็นสาธารณรัฐที่ 7 แห่งยูโกสลาเวีย แต่ถูกรัฐบาลเซอร์เบียกวาดล้าง แต่ความตึงเครียดก็ยังคงเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ จากนั้นและต่อมาเมื่อนายสโลโบดัน มิโลเชวิช ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของยูโกสลาเวีย ทำให้ลัทธิชาตินิยมของเซอร์เบียได้รับการรื้อฟื้น และมีการปลุกกระแสชาตินิยมขึ้นมา ในปี ค.ศ.1989 มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยมีการเพิกถอนสิทธิในการปกครองตนเองของวอยโวดินาและโคโซโว ซึ่งทำให้ชาวแอลเบเนียในโคโซโวไม่พอใจเป็นอย่างมาก

ในเดือนกันยายน ปี 1991 รัฐสภาของโคโซโวประกาศมติในเรื่องเอกราชและอำนาจอธิปไตยของโคโซโว และมีการลงประชามติ โดยผลออกมา 99.89 เปอร์เซ็นต์ ที่โหวตให้เป็นเอกราช และจากผลประชามติ รัฐบาลจึงประกาศเอกราชในเดือนตุลาคม ค.ศ.1991 ซึ่งมีเพียงแอลเบเนียที่รับรองความเป็นรัฐ (Recognition of State)⁸ แต่การเลือกตั้งหรือการลงประชามติถูกระงับและประกาศเป็นโมฆะจากฝ่ายเซอร์เบีย จนในที่สุดรัฐธรรมนูญแห่งยูโกสลาเวีย ปี ค.ศ.1992

⁶ Ibid., p.70.

⁷ Ibid., p.74.

⁸ Vidmar Jure, “International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence,”

ได้ประกาศยืนยันอีกครั้งว่าโคโซโวได้สูญเสียสถานภาพความเป็นเขตปกครองตนเองไปตั้งแต่วัฒนธรรมนูญ ปี ค.ศ.1990⁹

หลังจากยกเลิกสถานะปกครองตนเอง ทางรัฐบาลของเซอร์เบียได้ดำเนินนโยบายในโคโซโวโดยการกีดกันชาวโคโซโวในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม มีการขับไล่ชาวแอลเบเนียออกจากรัฐ มีการกระทำทารุณกรรม การขาดอิสรภาพทางการสื่อสาร มีปัญหาทางการศึกษาโดยสั่งปิดโรงเรียนและมหาวิทยาลัยที่ใช้ภาษาแอลเบเนีย ห้ามใช้ภาษาแอลเบเนียซึ่งเป็นภาษาถิ่น ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชาติที่เลวร้ายมาก ส่วนสถานการณ์ความรุนแรงก็เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องจากการปะทะกันของกองกำลังชาวเซอร์เบียและกองทัพปลดปล่อยโคโซโว (Kosovo Liberation Army หรือ KLA) ซึ่งถูกจัดตั้งโดยชาวแอลเบเนียในโคโซโว เป็นกองกำลังติดอาวุธ โดยจัดตั้งขึ้นเมื่อ ปี ค.ศ.1992 เพื่อต่อสู้กับชาวเซอร์เบีย ส่วนทางรัฐบาลยูโกสลาเวียถือว่ากองกำลังกลุ่มนี้เป็นกบฏจึงส่งกำลังทหารชาวเซอร์เบียเข้าปราบปรามในการเรียกครองสถานะปกครองตนเอง

ความตึงเครียดได้ดำเนินมาถึงจุดสูงสุดในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.1998 เมื่อมีการต่อสู้กันอย่างเปิดเผยระหว่างกองทัพเซอร์เบียและกองทัพของโคโซโว โดยสื่อของยูโกสลาเวียได้รายงานว่ามีตำรวจชาวเซอร์เบียเกือบ 200 นายและพลเรือนที่ถูกฆ่าโดยกองทัพปลดปล่อยโคโซโว (KLA) และในระหว่างเดือนกุมภาพันธ์และมีนาคมชาวเซอร์เบียเองได้ปฏิบัติการโจมตีแคว้นเดรนิกา (Drenica) ในดินแดนโคโซโว เผาบ้านเรือนประชาชนไปหลายร้อยหลังคาเรือนและสังหารชาวแอลเบเนียนไปเป็นจำนวนมาก ในช่วงกลางเดือนกรกฎาคมหลังจากที่มีตำรวจฝ่ายเซอร์เบียถูกสังหารไปมากกว่า 60 นาย จากการต่อสู้กับฝ่าย KLA มิโลเชวิชได้สั่งให้โจมตีอย่างเต็มที่ต่อไปซึ่งทำให้ชาวแอลเบเนียนมากกว่า 2,000 คนถูกฆ่า และอีกกว่า 300,000 คนที่ถูกขับไล่ออกจากโคโซโว¹⁰

จากการต่อสู้กันอย่างเปิดเผยระหว่างกองทัพเซอร์เบียและกองกำลังของโคโซโว ทำให้สหประชาชาติและนานาชาติเข้ามามีส่วนร่วมในการผลักดันให้ยูโกสลาเวียและโคโซโวลงนามในข้อตกลงสันติภาพ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ อีกทั้งยังมีการกวาดล้างกองกำลัง KLA โดยทหาร

⁹ ประพันธ์ อภิชาติสกุล, “สหประชาชาติกับการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีวิกฤติการณ์โคโซโว ค.ศ.1998 และกรณีวิกฤติการณ์อิรัก ค.ศ.2003,” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 145.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 147.

เซิร์บต่อไป จนนำมาสู่การปฏิบัติการทางอากาศของเนโท (NATO) ในการโจมตียูโกสลาเวียในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1999 และยุติในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1999 หลังจากปฏิบัติการทางอากาศของเนโทสิ้นสุดลง องค์การสหประชาชาติและสหภาพยุโรปก็มีบทบาทสำคัญในการรักษาสันติภาพในโคโซโว

ประชาคมโลกต่างร่วมกันในการแก้ปัญหาวิกฤตการณ์ในโคโซโว และภายหลังจากปฏิบัติการทางอากาศของเนโทได้เสร็จสิ้นลง องค์การระหว่างประเทศจึงมีบทบาทในการเข้าฟื้นฟูโคโซโวขึ้นมาใหม่ และในที่สุดโคโซโวก็ได้ประกาศเอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 ซึ่งทำให้สมัชชาใหญ่มีคำถามเพื่อขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถึงปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีโคโซโวเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ซึ่งศาลเห็นว่าไม่มีกฎหมายห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว การประกาศเอกราชของโคโซโวจึงไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

การที่ประชากรส่วนใหญ่ของรัฐใดพยายามแยกตัวออกไปตั้งรัฐใหม่ขึ้น ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่ห้ามการแยกตัวออกจากรัฐเดิมและไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่จะห้ามรัฐแม่ที่จะปราบปรามขบวนการแบ่งแยกดินแดน และไม่ว่าผลจากการต่อสู้เป็นอย่างไร การกระทำดังกล่าวข้างต้นเป็นที่ยอมรับกันว่าไม่ขัดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ตราบใดที่รัฐแม่ยังคงดำเนินการปราบปรามทำลายขบวนการแบ่งแยกดินแดนก็คงไม่อาจกล่าวได้ว่า ขบวนการแบ่งแยกดินแดนมีความเข้มแข็งพอที่จะควบคุมพื้นที่ทั้งหมดได้อย่างมั่นคงถาวร¹¹

ที่ผ่านมาหลายประเทศที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ซึ่งการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวออกมานั้น อาจได้รับการรับรองจากประชาคมระหว่างประเทศ เช่น บังคลาเทศ หรือในหลาย ๆ รัฐที่ประกาศเอกราชออกมาแล้วประชาคมระหว่างประเทศไม่ให้การรับรอง เช่น โรดีเซียใต้ เป็นต้น ในกฎหมายระหว่างประเทศ การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวยังไม่มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน แต่จากแนวปฏิบัติที่ปรากฏนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวต้องได้รับความยินยอมจากรัฐแม่ อีกทั้ง การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวจะต้องไม่เป็นการละเมิดกฎหมายเด็ดขาดด้วย แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ก็เป็นที่น่าศึกษาต่อไปถึงเงื่อนไขและหลักการเกี่ยวกับคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวซึ่งยังไม่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ซึ่งใน

¹¹ สมพงษ์ ชูมาก, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 175.

กรณีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพยายามให้ความกระจ่างในเรื่องการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เชื่อมโยงคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวกับมติของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจาก กรณีของโคโซโวกมีความเกี่ยวข้องกับคณะมนตรีความมั่นคงเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมีมติของคณะมนตรีความมั่นคงออกมา จึงต้องศึกษาควบคู่กัน

อีกปัญหาที่สำคัญ และทำให้การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นที่สนใจ เพราะ บางประเทศก็มองว่าการประกาศเอกราชของโคโซโวจะเป็นตัวอย่างที่จะนำสู่การแบ่งแยกดินแดนมากขึ้น โดยเฉพาะประเทศที่มีปัญหากลุ่มแบ่งแยกดินแดน เช่น จีน สเปน ไชปรัส เป็นต้น อีกทั้งการประกาศเอกราชของโคโซโวจะก่อให้เกิดแนวโน้มสงครามการแบ่งแยกดินแดนหนักขึ้นในอนาคตได้ หากจะทำให้คำประกาศเอกราชของโคโซโวไม่เป็นการสนับสนุนการค้นหาเอกราชของชนกลุ่มน้อย นั้นต้องทำให้ไม่อาจโต้แย้งได้ว่ากรณีโคโซโวเป็นเพียงคดีเดียว โดยคำนึงถึงพฤติการณ์พิเศษของทุก ๆ คดีและความสัมพันธ์ของหลักกฎหมาย¹²

ดังนั้น การศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายกับเหตุการณ์ในปัจจุบันจึงเป็นสิ่งจำเป็นมาก เพื่อให้เกิดความกระจ่างตลอดจนทำให้ทราบถึงปัญหาต่าง ๆ ที่จะตามมาเพื่อพิจารณาและนำไปปรับใช้ในอนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักการในความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว
2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

¹² Mahasen M Aljaghoub, "The International Court of Justice's Advisory Opinion on Kosovo's declaration of independence: Could it be the Court's second non-liquet?," *European Journal of Social Sciences* 15 (Number 2010): 92.

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายจากบทเรียนที่ได้จากความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวรวมทั้งกรณีการประกาศเอกราชอื่น ๆ ในอดีต

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

โดยนัยยะของกฎหมายระหว่างประเทศ คำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวยังไม่มี ความชัดเจน ซึ่งในกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว มีความเกี่ยวข้องกับบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้สร้างความกระจ่างโดยเชื่อมโยงคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวกับมติคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ด้วย ดังเช่น การรับรองสภาพภาพของโคโซโวหรือชาวโคโซโวในรัฐและตัวตนระหว่างประเทศอื่น ๆ

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

1. วิเคราะห์ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว
2. วิเคราะห์หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว
3. วิเคราะห์ประเด็นกฎหมายจากบทเรียนที่ได้จากความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้จะเป็นการวิจัยเอกสารทั้งหมด ซึ่งจะทำการศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์จากความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ความเห็นเชิงปรึกษาและคำพิพากษาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง มติคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ตลอดจนเอกสารที่เกี่ยวข้องกับความเห็นเชิงปรึกษาดังกล่าวข้างต้นนี้ เช่น หนังสือกฎหมาย ตำราทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความในวารสาร ข่าว และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้มีความรู้และความเข้าใจในความเห็นเชิงปรัชญาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว รวมทั้งเหตุผลของการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
2. ทำให้ทราบแนวคิด ทฤษฎี และเหตุผล ตลอดจนหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการในเรื่องคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียว
3. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงปัญหาในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ
4. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงบทบาทขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องต่อการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว
5. ทำให้สามารถวิเคราะห์ถึงหลักการที่นำมาปรับใช้ในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว เพื่อให้เกิดพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศ

บทที่ 2

การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

2.1 แนวคิดเรื่องการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

สังคมระหว่างประเทศย่อมมีการเปลี่ยนแปลงตามตามวิถีของโลกที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง การถือกำเนิดของรัฐใหม่ซึ่งเข้ามาเป็นสมาชิกในสังคมระหว่างประเทศย่อมเป็นอีกหนึ่งที่ทำให้เกิดพลวัตในสังคมระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นกฎเกณฑ์ที่มีร่วมกันของรัฐ ๆ ซึ่งการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกระบวนการที่มีรูปแบบทางข้อเท็จจริง โดยเป็นการแสดงออกถึงความปรารถนาขององคภาวะ (Entity)* ที่ต้องการเป็นรัฐในสังคมระหว่างประเทศ โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในอดีตและศึกษาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแนวปฏิบัติของสหประชาชาติที่มีต่อกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีต เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวต่อไป

2.1.1 คำนิยามของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ปรากฏถึงข้อห้ามหรือการอนุญาตที่ชัดเจนเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว แม้แต่ในกฎบัตรสหประชาชาติ ก็ไม่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว¹ โดยการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นลักษณะของข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกระบวนการการเกิดขึ้นของรัฐ โดยเป็นการแสดงออกถึงความปรารถนาขององคภาวะหนึ่งที่ต้องการเป็นรัฐเอกราชโดยได้รับการรับรองจากรัฐต่าง ๆ ในประชาคมโลก² ดังนั้น ในการเกิดขึ้นของรัฐใหม่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศจำเป็นต้องมีองคภาวะ (entity) จะต้องมีองค์ประกอบความเป็นรัฐ ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริง แต่ก็ไม่มีกฎเกณฑ์ใดที่มีลักษณะเป็นการห้ามกลุ่มบุคคลหรือหน่วยการปกครองในการแสวงหาความเป็นเอกราช หรือ

*คำว่า "Entity" ในที่นี้หมายถึงภาวะของการมีตัวตนของหน่วยการปกครองหรือดินแดนนั้นๆ ว่ามีอยู่จริง แต่จะเป็นรัฐหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 4 ประการในเรื่ององค์ประกอบความเป็นรัฐ

¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Written Statement of the United States of America, April 2009, p 50.

² Ibid., p.51

การประกาศเอกราช สถานการณ์ถือเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้การสร้างรัฐขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ³

1. ในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวหรือกลุ่มแบ่งแยกดินแดนเกี่ยวข้องกับการใช้กำลัง
2. ในกรณีที่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวละเมิดต่อข้อตกลงระหว่างประเทศ
3. ในกรณีที่กลุ่มแบ่งแยกดินแดนได้รับความช่วยเหลือจากภายนอก ซึ่งก็คือการแทรกแซงจากภายนอกนั่นเอง
4. ในกรณีที่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวมีการแบ่งแยกสีผิว หรือเลือกปฏิบัติ
5. ในกรณีที่กลุ่มแบ่งแยกดินแดนกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens)
6. ในกรณีที่กลุ่มแบ่งแยกดินแดนกระทำอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

ในความเห็นของผู้เขียน การประกาศเอกราชฝ่ายเดียว (Unilateral Declaration of Independence : UDI) จึงหมายถึง การประกาศฝ่ายเดียวถึงความเป็นเอกราชของหน่วยการปกครอง (entity) ออกมาจากรัฐโดยปราศจากความยินยอมจากรัฐเดิม ซึ่งการที่หน่วยการปกครองนั้นจะกลายเป็นรัฐในสายตาของประชาคมโลกหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การรับรองความเป็นรัฐของรัฐต่าง ๆ นั้นเอง ดังนั้น การประกาศเอกราชเอกราชฝ่ายเดียวอีกนัยยะหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นขั้นตอนอันเป็นผลมาจากการเกิดขึ้นของรัฐโดยประกาศต่อประชาคมโลกเพื่อนำมาซึ่งการรับรองรัฐนั่นเอง การประไม่มีรัฐใดที่สร้างขึ้นโดยปราศจากองค์ประกอบในเองข้อเท็จจริง แต่ถ้าหากการที่องค์ภาวะ(entity)ใดที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่อาจกลายเป็นรัฐได้เช่นกัน

จากกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีตนั้นมีทั้งที่ประสบผลสำเร็จมีสถานะความเป็นรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างในกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของบังคลาเทศ แต่ก็มี ความพยายามในการที่จะประกาศเอกราชฝ่ายเดียวอีกจำนวนไม่น้อยที่ไม่ประสบผลสำเร็จ อย่างเช่น กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโรดีเซีย ไชปรัสเหนือ ซึ่งประชาคมโลกถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมายจึงไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐ ซึ่งจากบทเรียน

³ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Written Statement of the government of the Republic of Serbia, 14 July 2009, p. 98, para 222.

ต่าง ๆ เกี่ยวกับการประกาศเอกราชในอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของบังคลาเทศซึ่งเป็นหลักฐานที่แสดงถึงการประกาศเอกราชฝ่ายที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอาจนำมาศึกษาเพื่อวิเคราะห์ถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

2.1.2 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีตที่ประสบผลสำเร็จนั้นก็มีกรณีของบังคลาเทศที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวซึ่งถือว่าเป็นกรณีในโลกในการรับรองรัฐและได้ในที่สุดก็สามารถเข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ ซึ่งถือเป็นกรณีพิเศษที่ไม่เคยเกิดขึ้นเช่นกัน จึงเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ในการวิเคราะห์ถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวได้

โดยภูมิหลังของบังคลาเทศเคยเป็นส่วนหนึ่งของปากีสถานซึ่งแบ่งออกเป็นปากีสถานตะวันตกและตะวันออก ทั้งสองส่วนมีดินแดนของอินเดียซึ่งมีความกว้างถึงประมาณ 1,600 กิโลเมตร ขวางกันอยู่ ดินแดนปากีสถานตะวันตกและปากีสถานตะวันออกมีความแตกต่างกันในทุกเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นภาษา ขนบธรรมเนียมประเพณี และเศรษฐกิจ สิ่งเดียวที่ทั้งสองดินแดนมีเหมือนกันคือประชาชนในทั้งสองดินแดนนับถือศาสนาอิสลามและเป็นชาวมุสลิมเหมือนกัน ปัจจัยเหล่านี้ได้ทำให้ความคิดที่จะแยกปากีสถานตะวันออก ให้เป็นประเทศเอกราชใหม่ได้เกิดขึ้นในหมู่ชาวปากีสถานตะวันออก⁴

เหตุการณ์สำคัญที่ทำให้ปากีสถานตะวันออก กลายเป็นบังคลาเทศ เกิดจากการที่ประธานาธิบดียะฮาร์ ต้องการพัฒนาประเทศจากการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยจัดเลือกตั้งสมาชิกสภารัฐธรรมนูญในเดือนธันวาคม ค.ศ.1970 เพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ในการปกครองประเทศ ซึ่งผลการเลือกตั้งปรากฏว่า ปากีสถานตะวันออกลงคะแนนเสียงเลือกพรรคสันนิบาตอะวามี (The Awami League) จำนวน 160 ที่นั่ง จากทั้งหมด 162 ที่นั่ง ส่วนพรรคประชาชน (Pakistan's People's Party) ได้คะแนนเสียงจากปากีสถานตะวันตกเพียง 81 ที่นั่ง

⁴ อัครวุฒิ หิรัญรัตน์, "การศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างสิทธิในการกำหนดใจตนเองและสภาพเสมือนอาณานิคม," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 54.

จากทั้งหมด 138 ที่นั่ง⁵ ซึ่งทำให้พรรคสันนิบาตอะวามี (The Awami League) ได้รับเสียงข้างมากในสภา โดยไม่ได้รับคะแนนเสียงจากปากีสถานตะวันตก จึงถือว่ายังไม่ได้ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนทั้งประเทศ อีกทั้งยังสร้างความไม่พอใจแก่ชาวปากีสถานตะวันตกเป็นอย่างมาก

จากผลชนะการเลือกตั้งของพรรคสันนิบาตอะวามี จึงทำให้นายเชค มุจิบูร์ ราห์มาน (Sheikh Mujibur Rahman) ผู้นำพรรคสันนิบาตอะวามีเป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล แต่กลับมีปัญหาเกี่ยวกับพรรคประชาชน (Pakistan's People's Party) ซึ่งได้คะแนนเป็นอันดับสอง จนไม่อาจเปิดประชุมสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญได้ จนในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ.1971 สมัชชาแห่งชาติก็ถูกยกเลิก และในวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ.1971 รัฐบาลกลางได้ประกาศกฎอัยการศึกในปากีสถานตะวันออก มีการสังหารพลเรือนรวมทั้งเด็กและสตรี ช่มชืด ทำลายบ้านเมือง และปล้นระดมทรัพย์สิน ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวพบว่ามีผู้คนถูกสังหารกว่าหนึ่งล้านคนในช่วงเดือนมีนาคมถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.1971⁶ และจากกระทำการอันเป็นการปราบปรามอย่างโหดร้าย (repression) และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์(Genocide) ซึ่งส่งผลให้ชาวเบงกาลีต้องอพยพเข้ามาในอินเดียถึงสิบล้านคน⁷

อินเดียได้เข้ามาช่วยเหลือปากีสถานตะวันออก ในวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ.1971 กองกำลังของอินเดียได้มีการต่อสู้โจมตีทหารปากีสถานตะวันออก หลังจากกองกำลังของปากีสถานต่อสู้กันอย่างหนักเป็นเวลาสองอาทิตย์ก็ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกองกำลังทางทหารของอินเดียในวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1971 และทำให้แยกปากีสถานตะวันออกและปากีสถานตะวันตกออกจากกัน⁸

⁵ Lee C. Buchheit, Secession The legitimacy of Self-determination (New Haven and London: Yale University Press, 1978), pp. 202-203.

⁶ Thomas D. Musgrave, Self-determination and national minorities(New York: Oxford University press,1997), p.190.

⁷James Crawford, The Creation of States in International Law (New York : Oxford university press, 2006), p.141.

*สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะทำงานโดยผ่านคณะกรรมการใหญ่รวม 7 คณะ โดยคณะกรรมการที่สาม (Third Committee) เป็นคณะกรรมการฝ่ายสังคม มนุษยธรรม และวัฒนธรรม

⁸ Aleksander Pavkovic, Creating new states: theory and practice of secession (England: Ashgate, 2007), pp.107-108.

สหประชาชาติได้มีส่วนเกี่ยวข้องในวิกฤติการณ์ครั้งนี้เช่นกัน แต่ดำเนินการอย่างมีข้อจำกัดทำให้ไม่ประสบผลสำเร็จนัก คณะมนตรีความมั่นคงแม้จะมีการปรึกษาหารือในช่วงเดือนกรกฎาคมและสิงหาคม ค.ศ.1971 แต่ก็ไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ได้เนื่องจากจะเป็นการแทรกแซงกิจการภายในของปากีสถาน⁹ อีกทั้ง โซเวียต สหรัฐอเมริกา และจีนก็ปฏิเสธต่อการสนับสนุนสงครามครั้งนี้ ต่อมาพฤศจิกายน ค.ศ.1971 คณะกรรมการที่สาม (Third Committee)* ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้อภิปรายเกี่ยวกับปัญหาด้านมนุษยธรรมในวิกฤติการณ์ครั้งนี้ โดยเฉพาะในเรื่องปัญหาการอพยพ¹⁰

ในวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ.1971 คณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่ 303 โดยพิจารณาให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติดำเนินการภายใต้มติการร่วมมือกันเพื่อสันติภาพ (Uniting for Peace)* สมัชชาใหญ่จึงมีข้อมติที่ 2793(XXVI)¹¹ ในวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ.1971 โดยเรียกร้องให้ที่อินเดียและปากีสถานหยุดยิงทันทีและให้ถอนกำลังออกไป และสงครามระหว่างอินเดียและปากีสถานได้ยุติลงในที่สุด

บังคลาเทศได้ประกาศเอกราชในวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ.1971 โดยอินเดียเป็นประเทศแรกที่ทำให้การรับรองรัฐ ส่วนปากีสถานได้ให้การรับรองรัฐในปี ค.ศ.1974 และในปีเดียวกันนี้เองหลังจากที่ปากีสถานให้การรับรองรัฐ บังคลาเทศก็ได้เข้าเป็นสมาชิกสหประชาชาติ

การกำเนิดประเทศบังคลาเทศ และปากีสถานน่าจะเป็นหลักฐานประการหนึ่งชี้ให้เห็นว่า การกำเนิดประเทศบังคลาเทศ และปากีสถานน่าจะเป็นหลักฐานประการหนึ่ง

⁹ Burmester Byron F, "On Humanitarian Intervention: The New World Order and Wars to Preserve Human Rights," Utah Law Review 1(1994) ,p. 286.

¹⁰ 26 U.N.GAOR, 3d Comm.,1876-78th meetings(1971), cited in Lee C. Buchheit, Secession The legitimacy of Self-determination (New Haven and London: Yale University Press,1978), p. 209.

* Uniting for Peace (United Nations General Assembly resolution 377 A) หรือ มติการร่วมมือเพื่อสันติภาพ โดยเป็นข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีขึ้นในปี 1950 โดยระบุไว้ว่า หากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติล้มเหลวในการดำเนินการเนื่องจากสมาชิกถาวรไม่เห็นด้วยและเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ หรือการกระทำอันเป็นการรุกราน สมัชชาใหญ่สามารถพิจารณาในสมัยการประชุมพิเศษเร่งด่วนได้ โดยการเรียกประชุมพิเศษเร่งด่วนนั้น จะต้องมีคำร้องขอจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ โดยจะต้องได้รับการลงมติสนับสนุนจากประเทศสมาชิก 7 เสียง หรือจะต้องได้รับการเรียกร้องจากเสียงส่วนใหญ่ของประเทศสมาชิก

¹¹ United Nations General Assembly Resolution 2793(XXVI), 3 December 1971.

ชี้ให้เห็นว่า การที่ประชาชนในประเทศถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรง และกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งประชาชนยังไม่อาจเข้ามามีส่วนร่วมในรัฐบาล จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองจนนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียว และจากการที่นานาชาติพากันรับรองบังคลาเทศกันอย่างมากมายจนทำให้เรื่องของสิทธิในการกำหนดใจตนเองไม่ได้รับการพิจารณาอย่างจริงจังในสังคมระหว่างประเทศ ประกอบกับเหตุการณ์ในลักษณะเช่นเดียวกับบังคลาเทศมิได้มีขึ้นอีกในสังคมระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติในเรื่องนี้จึงยังไม่ชัดเจนนัก และทำให้ปัญหาเกี่ยวกับแนวคิดใหม่ของสิทธิในการกำหนดใจตนเองยังเป็นเรื่องที่ได้แย้งกันอยู่ต่อไป

2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

แม้ในกฎหมายระหว่างประเทศจะไม่มีกฎเกณฑ์ในเรื่องการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยตรง แต่สามารถศึกษาเทียบเคียงจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องข้อได้ เพื่อนำมาพิจารณาถึงสถานะของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป ซึ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องข้อในเรื่องการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่จะนำมาใช้พิจารณาได้แก่ หลักการกำหนดใจตนเองซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญมาก เพราะถือเป็นหลักกฎหมายที่ใช้เพื่อมอบเอกราชแก่รัฐที่เคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคม และทำให้เกิดรัฐใหม่ ๆ ขึ้นเป็นจำนวนมาก จึงควรศึกษาหลักกำหนดใจตนเองว่าสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวได้หรือไม่ อีกทั้งในเรื่องการเกิดขึ้นของรัฐใหม่ หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ คือหลักกฎหมายเรื่องความเป็นรัฐ (Statehood) ซึ่งถือว่าเป็นการกำหนดองค์ประกอบของความเป็นรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายเรื่องการรับรองรัฐ (Recognition of State) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการยืนยันถึงความ เป็นบุคคลของรัฐในทางระหว่างประเทศ รายละเอียดจะกล่าวต่อไป

2.2.1 หลักการกำหนดใจตนเอง (Self-determination)

การกำหนดใจตนเองเป็นแนวคิดที่ประชาชนควรมีอิสระในการตัดสินใจเลือกทิศทางทางการเมืองของตนเอง ซึ่งเริ่มต้นขึ้นในศตวรรษที่ 18 จากกระแสนิยมของชนกลุ่มน้อยหลายกลุ่มที่กระจายอยู่ในจักรวรรดิและราชอาณาจักรจักรวรรดิและราชอาณาจักรต่าง ๆ แนวคิดเรื่องการกำหนดใจตนเองถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างรัฐชาติ โดยแยกตัวออกจากอาณาจักร

ออสเตเรีย ฮังการี และออสเตรีย¹² ต่อมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 แนวคิดในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองยังคงเป็นเพียงแนวคิดทางการเมืองเท่านั้น แต่หลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 เริ่มมีความพยายามที่จะทำให้หลักการกำหนดใจตนเองเป็นหลักการทางกฎหมายที่มีผลผูกพัน ดังนั้น จากช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 จนมาถึงช่วงสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเข้าสู่ยุคของสหประชาชาติ หลักการกำหนดใจตนเองได้รับการพัฒนาจากแนวคิดทางการเมือง (political concept) มาเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal norm)¹³

2.2.1.1 ที่มาของหลักการกำหนดใจตนเองในกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการกำหนดใจตนเองจึงปรากฏในอยู่ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมทั้งยังปรากฏในข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นการปรากฏของหลักการกำหนดใจตนเองในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ชัดเจนขึ้นและได้รับการรับรองจากรัฐต่าง ๆ จึงทำให้หลักการกำหนดใจตนเองได้กลายเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเวลาต่อมา จึงขอสรุปหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักการกำหนดใจตนเอง

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
กฎบัตรแอตแลนติก ¹⁴ (The Atlantic Charter)	ข้อ 2 ประเทศทั้งสองไม่ปรารถนาจะเห็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตและ	หลักในการกำหนดใจตนเอง ภายใต้กฎบัตรแอตแลนติกเป็นหลักการพื้นฐานที่ใช้ในดินแดนที่มี

¹² Dejena Kumbaro, The Kosovo Crisis in an International Law Perspective: Self-determination, Territorial Integrity and the NATO Intervention(Final Report: North Atlantic Treaty Organization Office of Information and Press,2001), p. 8.

¹³ Antonio Cassese, Self-determination of peoples: a legal reappraisal(New York: Cambridge University Press,1995), p. 4.

* กฎบัตรแอตแลนติก (The Atlantic Charter) เกิดจากการที่ประธานาธิบดีโรสเวลต์ แห่งสหรัฐอเมริกา และนายวินสตัน เชอร์ชิลล์ นายกรัฐมนตรีอังกฤษ ได้ไปเจรจาหารือกันเกี่ยวกับสันติสุขของโลกในอนาคตบนเรือออกัสตา (Augusta) ซึ่งจอดอยู่นอกฝั่งหมู่เกาะนิวฟันแลนด์ ในมหาสมุทรแอตแลนติก รัฐบุรุษทั้งสองท่านได้ร่วมกันประกาศ "กฎบัตรแอตแลนติก" เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1941 (พ.ศ.2484) กฎบัตรแอตแลนติกนี้เป็นคำประกาศหลักการร่วมกันในการที่จะสถาปนาสันติสุขของโลกในอนาคต สาระสำคัญของกฎบัตรแอตแลนติก

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
	<p>ดินแดนใด ๆ โดยขัดต่อเจตจำนงอันเสรีของประชากรที่เกี่ยวข้อง</p> <p>ข้อ 3 ประเทศทั้งสองจะเคารพสิทธิของบรรดาประชาชนทั้งปวงในอันที่จะเลือกรัฐบาลแบบใด ๆ ก็ได้ และปรารถนาที่จะให้ประชาชนทั้งหมดได้อำนาจอธิปไตยที่ถูกต้องซึ่งกลับคืนมา</p>	<p>การเปลี่ยนการปกครอง โดยหลักในการกำหนดใจตนเองจะไม่ปรับใช้กับประชาชนในอาณานิคม แต่ปรับใช้เพียงเพื่อฟื้นฟูรัฐต่าง ๆ ในยุโรปที่เคยถูกปกครองอย่างกดขี่เข้มแข็งจากนาซี¹⁵</p>
กฎบัตรสหประชาชาติ	<p>ข้อ 1 (2) “ เพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติทั้งหลายโดยยึดการเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิที่เท่าเทียมกัน และการกำหนดเจตจำนงของตนเองแห่งสหประชาชาติโดยยึดการเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิที่เท่าเทียมเป็นกำลังแก้สันติภาพสากล”¹⁶</p>	<p>ในกฎบัตรสหประชาชาติมีการกล่าวถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ในข้อ 1 วรรค 2 ซึ่งมีลักษณะเป็นจุดมุ่งหมายหลักขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งข้อกฎหมายนี้จะมีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิก ดังนั้น จากแนวปฏิบัติขององค์การสหประชาชาติและการยืนยันจากสมาชิกถึงลักษณะการผูกพันทางกฎหมายของหลักการ</p>

ขณะนั้น เป็นระยะเวลาที่สหรัฐอเมริกา ยังมิได้เข้าสู่สงคราม ทั้งนี้แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาพร้อมที่จะให้ความร่วมมือดำเนินการต่างๆ เพื่อสันติสุขของโลก

¹⁵ Ibid., p. 37

¹⁶ Article 1(2) of The Charter of the United Nations.

“ 2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace..”

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
	<p>ข้อ 55 บัญญัติว่า “ด้วย ความมุ่งหมายในการสถาปนา ภาวะการณ์แห่งเสถียรภาพและ ความเป็นอยู่ดี ซึ่งจำเป็นสำหรับ ความสัมพันธ์โดยสันติและโดย ฉันทมิตรระหว่างประชาชาติ ทั้งหลาย โดยยึดความเคารพต่อ หลักการแห่งสิทธิอันเท่าเทียม กัน และการกำหนดใจตนเอง ของประชาชนเป็นมูลฐาน สหประชาชาติจะต้องส่งเสริม ..”¹⁷</p>	<p>กำหนดใจตนเอง</p> <p>ส่วนในข้อ 55 แห่งกฎบัตร สหประชาชาติ เป็นมาตรการในการ สนับสนุนจุดประสงค์ขององค์การ สหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยืนยันถึงสิทธิในการกำหนดใจ ตนเอง ซึ่งข้อบัญญัติในข้อนี้ เป็น การสนับสนุนหลักการว่าสิทธิในการ กำหนดใจตนเองนั้นจะต้องได้รับการ สนับสนุน โดยข้อ 55 นี้มี ลักษณะเป็นการประกาศมากกว่า จะเป็นการก่อตั้งเป็นบทบัญญัติ กฎหมาย</p>
<p>อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ มนุษยชน (The United Nations Convention on Human Rights)</p>	<p>กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิของพลเมืองและสิทธิ ทหารการเมือง (ICCPR)</p> <p>“ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิใน การกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดยอาศัยสิทธิที่ประชาชน กำหนดสถานะทางการเมืองของ ตนอย่างเสรีรวมทั้งแสวงหา อย่างอิสระซึ่งการพัฒนาทาง</p>	<p>จากกติกาทั้งสองฉบับเห็นได้ชัด ว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็น สิทธิมนุษยชน อีกทั้ง มาตรา 1 ของ ทั้งสองกติกาต่างกล่าวว่าประชาชน ทั้งปวง (all peoples) มีสิทธิในการ กำหนดใจตนเอง ซึ่งเป็นการยืนยัน ว่าสิทธินี้เป็นสากล กติกาทั้งสอง ฉบับนี้ทำให้เกิดการพัฒนาหลัก กฎหมายเรื่องหลักกำหนดใจตนเอง</p>

¹⁷ Article 55 of The Charter of the United Nations.

“With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote..”

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
	<p>เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม”¹⁸</p> <p>กติการะหว่างประเทศว่าด้วยเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)</p> <p>“ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเองโดยสิทธินั้น ประชาชาติเหล่านั้นจะกำหนดสถานะทางการเมืองของตนโดยเสรีและพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตนอย่างเสรี”¹⁹</p>	<p>จากที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในบริบทในการปลดปล่อยอาณานิคม ทำให้หลักกำหนดใจตนเองกลายเป็นสิทธิมนุษยชน</p> <p>หลักในการกำหนดใจตนเองในฐานะสิทธิมนุษยชนจะต้องตีความในบริบทที่เป็นการยอมรับโดยทั่วไปในปัจจุบัน ส่วนการจำกัดสิทธิมนุษยชนใด ๆ จะต้องเพื่อการคุ้มครองสิทธิอื่นอีกด้วยหรือเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ทั่วไปของสังคม อีกทั้งการจำกัดสิทธิมนุษยชนจะต้องกระทำอย่างระมัดระวังในบริบทของสถานการณ์พิเศษ โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความรุนแรงทางสิทธิมนุษยชนจะต้องกล่าวอ้างสิทธิ</p>
<p>กรรมสารสุดท้ายเฮลซิงกิ (The Helsinki Final Act)</p>	<p>หลักการข้อที่ 8</p> <p>“ โดยอาศัยหลักสิทธิเท่าเทียมกันและสิทธิในการกำหนด</p>	<p>หลักการข้อที่ 8 ได้กล่าวไว้ชัดเจนถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-</p>

¹⁸ Article I of International Covenant on Civil and Political Rights

“All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

¹⁹ Article 1 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

“All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
	<p>ใจตนเอง ประชาชนทั้งหลายมีอิสระเต็มที่ที่จะกำหนดสิ่งที่ปรารถนาในสถานะทางการเมือง ทั้งภายในและภายนอกโดยปราศจากการแทรกแซงทางการเมืองจากภายนอก เพื่อให้เป็นตามที่ประชาชนเหล่านั้นปรารถนาในเรื่องการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม”²⁰</p>	<p>determination) และสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) แต่ไม่ได้มีวิธีการในรูปแบบใหม่ในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยการรับรองสิทธิในการกำหนดใจตนเองจะไม่เป็นการทำลายหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ โดยในหลักการนี้ได้กำหนดว่า “รัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องเคารพต่อสิทธิอันเท่าเทียมกันของประชาชนและสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยการกระทำต่าง ๆ ให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายและหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติและให้มีความเกี่ยวพันกับบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องหลักบูรณภาพแห่งดินแดน”</p> <p>The Helsinki Final Act มีการจำกัดความของคำว่า “peoples” โดยรวมถึงการปกป้อง</p>

²⁰ Principle VIII of The Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, Aug. 1, 1975, (The Helsinki Final Act).

“By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development.”

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
		สิทธิของชนกลุ่มน้อยด้วย ซึ่งหมายความว่าชนกลุ่มน้อยมีสิทธิกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) และมีสิทธิในการถอนตัว (secede) ออกไป
<p>ปฏิญญาการให้เอกราชแห่งดินแดนอาณานิคม (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and people)</p>	<p>ปวงชนทุกคนมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองและโดยสิทธินั้นพวกเขาควรมีอิสระในการตัดสินใจเลือกสถานะทางการเมืองและอิสระในการตัดสินใจในเรื่องการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม²¹</p>	<p>ปฏิญญาฉบับนี้เป็นการตีความตามกฎบัตรสหประชาชาติและในการให้เอกราชนี้ก็อยู่ภายในบริบทอาณานิคม โดยนำหลักการกำหนดใจตนเองมาใช้ โดยผู้ที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้นพิจารณาจากความเป็น “the people” โดยคำว่า “people” นี้มีเงื่อนไขในการอ้างถึงบริบทอาณานิคม²²</p> <p>ด้วยผลของมติที่ 1514 และการผลักดันในเรื่องการให้เอกราชของอาณานิคม ทำให้ความชอบ</p>

²¹ Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, G.A. res. 1514 (XV), 15 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 66, U.N. Doc. A/4684 (1961).

“2. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

²² Dejena Kumbaro, The Kosovo Crisis in an International Law Perspective: Self-determination, Territorial Integrity and the NATO Intervention(Final Report: North Atlantic Treaty Organisation Office of Information and Press,2001), p. 17.

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
		<p>ธรรมชาติของรัฐที่ปกครองอาณานิคมไม่ว่าจะเป็นการปกครองในระบบอาณานิคมที่ตนยึดไว้เดิม หรือเป็นการปกครองดูแลดินแดนในอาณัติหรือดินแดนในภาวะทรัสตีที่ตนได้รับมอบหมายมาจากสันนิบาตชาติหรือสหประชาชาตินั้นหมดไป และทำให้รัฐที่ปกครองจะต้องเร่งรีบให้เอกราชแก่ดินแดนเหล่านั้นโดยผลกระทบจากข้อมติที่ 1514 นี้เองที่ทำให้การแสวงหาอาณานิคมกลายเป็นสิ่งที่ยอมรับในสังคมระหว่างประเทศและเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ²³</p>
<p>ปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ (The Declaration on Principal of</p>	<p>ปวงชนทั้งหลายมีอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงจากภายนอกในการกำหนดสถานะทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาทางวัฒนธรรม รัฐต่างๆ มีหน้าที่ในการกำหนดใจตนเองซึ่งเป็นไปตามกฎบัตรสหประชาชาติ²⁴</p>	<p>ปฏิญญานี้ได้กำหนดไว้ว่า ประชาชน (peoples) ซึ่งอยู่ภายใต้อาณานิคม หรือ อยู่ภายใต้อิทธิพลของชาวต่างชาติ มีสิทธิกำหนดใจตนเองเพื่อบรรลุเป้าหมายเกี่ยวกับสถานะทางอธิปไตยของรัฐ หรือสถานะทางการเมืองอื่นๆ อย่างอิสระโดยตัว</p>

²³ อัครวุฒิ หิรัญรัตน์, “การศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างสิทธิในการกำหนดใจตนเองและสภาพเสมือนอาณานิคม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2537), หน้า 29.

²⁴ 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States)		<p>พวกเขาเอง และประชาชนภายใต้ระบอบเชื้อชาตินิยม มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในและมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกไม่ว่าจะโดยการมีรัฐบาลปกครองตนเอง (Self-government) หรือการแบ่งแยกดินแดนออกจากรัฐนั้น²⁵</p> <p>สมัชชาใหญ่ที่ 2625(XXV) กล่าวถึงการปลดปล่อยอาณานิคมว่าเป็นลักษณะสำคัญของการกำหนดใจตนเอง โดยกล่าวว่า “ประชาชนภายใต้การยึดครองของต่างชาติและการครอบงำเป็นการ</p>

“By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the *Charter of the United Nations*, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter.

Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples, in accordance with the provisions of the Charter, and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle, in order:”

- a. To promote friendly relations and co-operation among States; and
- b. To bring a speedy end to colonialism, having due regard to the freely expressed will of the peoples concerned;

²⁵ Dejena Kumbaro, The Kosovo Crisis in an International Law Perspective: Self-determination, Territorial Integrity and the NATO Intervention(Final Report: North Atlantic Treaty Organisation Office of Information and Press,2001), p. 7.

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ	สาระสำคัญ
		ละเมิดต่อหลักการกำหนดใจตนเอง เช่นเดียวกับการปฏิเสธสิทธิมนุษยชนและขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติ”

หลักในการกำหนดใจตนเองซึ่งได้ถูกกำหนดไว้ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อที่ 1(2) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งถือว่าเป็นหลักการและจุดมุ่งหมายของสหประชาชาติ แต่ถึงกระนั้นรายละเอียดเกี่ยวกับหลักการกำหนดใจตนเองภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติกลับไม่มีรายละเอียดที่ชัดเจน การอ้างถึงหลักการกำหนดใจตนเองในกฎบัตรสหประชาชาติจึงเป็นไปในบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างชนชาติและความเชื่อมโยงของสิทธิเท่าเทียมกันของประชาชน ซึ่งเป็นการสนับสนุนหลักการที่ว่า “สันติภาพของโลก” (Universal peace) จะเกิดขึ้นไม่ได้หากปราศจากหลักการกำหนดใจตนเอง ซึ่งเป็นแนวคิดของการเชื่อมโยงอย่างอิสระของปัจจัยในเรื่องความมั่นคงปลอดภัยและสิทธิมนุษยชน

หลักกำหนดใจตนเองได้มีพัฒนามาเรื่อย ๆ โดยได้รับแรงผลักดันจากรัฐต่าง ๆ ผ่านทางสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในการออกข้อมติเกี่ยวกับให้เอกราชแก่อาณานิคมต่าง ๆ หลักการกำหนดใจตนเองจึงนำมาปรับใช้ในบริบทอาณานิคม อีกทั้ง ในคดีนามิเบียศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันว่า หลักการกำหนดใจตนเองนำไปใช้กับดินแดนที่ยังไม่มีรัฐบาลปกครองตนเอง (non self-governing territorial)²⁶ จึงมีความชัดเจนยิ่งขึ้นถึงการปรับใช้หลักในการกำหนดใจตนเองในบริบทปลดปล่อยอาณานิคม ถือว่าหลักในการกำหนดใจตนเองเป็นสิ่งสำคัญที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาด²⁷ ซึ่งจากแนวปฏิบัติของรัฐ หลักการกำหนดใจตนเองจึงได้รับการยอมรับจากรัฐต่าง ๆ ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะผูกพันโดยทั่วไป

²⁶ The Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971, para. 52.

²⁷ Rutchaboom Boonrawd, “Self-determination Claims of the Pattani Malays of Southern Thailand,” ใน วารสารวิชาการศึกษาศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 256.

(Erga omnes)²⁸ หลักการกำหนดใจตนเองยังได้รับการรับรองว่าเป็นหลักสิทธิมนุษยชน โดยในข้อ 1 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) ที่กำหนดว่าหลักในการกำหนดใจตนเองเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรับรองสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชน และเพื่อการสนับสนุนการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองด้วย

2.2.1.2 ประเภทของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

สิทธิในการกำหนดใจตนเองซึ่งปรากฏในตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

2.2.1.2.1 สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination)

สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของชาติตะวันตก โดยเป็นผลสะท้อนจากการประกาศเอกราชของอเมริกาและการปฏิวัติในฝรั่งเศส (French Revolutions) ส่งผลให้เกิดแนวคิดที่ว่าประชาชนอยู่เหนือรัฐ²⁹ สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในได้บรรจุอยู่ในมาตรา 1 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) ซึ่งเป็นการยืนยันถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชนที่รัฐจะต้องให้ความเคารพโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นจากความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา วัฒนธรรม อีกทั้ง ประชาชนทุกคนในรัฐยังมีสิทธิทางการเมืองปกครองและต้องมีตัวแทนของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตยในการปกครองด้วย ดังนั้น สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) จึงต้องพิจารณาถึงประชาชนทั้งปวงของรัฐเป็นอันดับแรก³⁰

²⁸ Timor Case, I.C.J. Report, 1995, para 29.

²⁹ Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal* (New York: Cambridge University Press, 1995), p. 5.

³⁰ Ibid., p. 102.

2.2.1.2.1 สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination)

สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) ได้รับการสนับสนุนจากกลุ่มประเทศสังคมนิยมที่ไม่เห็นด้วยกับระบอบอาณานิคม และต้องการให้เกิดอิสรภาพแก่ประเทศที่ตกอยู่ภายใต้อาณานิคม³¹ การใช้สิทธิโดยตรงเกี่ยวกับดินแดน (Territorial) ไม่ว่าจะเป็นการแยกตัวของดินแดน การขยายตัวของดินแดน หรือการเปลี่ยนแปลงอื่น ๆ จึงมีผลต่อความสัมพันธ์ภายนอกกับรัฐอื่น ๆ³² โดยการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อเลือกสถานะระหว่างประเทศของประชาชนในที่นี้ หมายถึงประชาชนทั้งหมดที่อาศัยอยู่ในดินแดนที่อยู่ภายใต้อาณานิคม เพราะถ้าหากประชาชนในดินแดนแบ่งเป็นกลุ่มเชื้อชาติต่าง ๆ พวกเขาก็ไม่อาจใช้สิทธิในการเลือกสถานะภายนอกของดินแดนได้ เนื่องจากปฏิญญาการให้เอกราชแห่งดินแดนอาณานิคม (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and people) ได้กำหนดว่าบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐจะถูกทำลายไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการและวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ และในเรื่องเขตแดนของอาณานิคมก็ไม่อาจทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามหลัก Uti Possidetis

ในส่วนของดินแดนที่ไม่มีรัฐบาลปกครองตนเอง(non self-government territory) ผลสุดท้ายของการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชน นำมาสู่การเกิดรัฐใหม่(a sovereign independent State) หรือการเข้าร่วมกับรัฐอื่น (associate with an independent State) หรือการรวมเป็นหนึ่งเดียวกับรัฐอื่น (integrate into an independent State)³³ และการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกนี้จะสิ้นสุดไปหากประชาชนเลือกที่จะเข้าร่วมกับรัฐอื่นหรือเป็นรวมเป็นหนึ่งเดียวกับรัฐอื่น³⁴ ซึ่งเป็นผลให้เกิดสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในของ

³¹ Ibid., p. 16.

³² Rutchabhoon Boonrawd, "Self-determination Claims of the Pattani Malays of Southern Thailand," ใน วารสารวิชาการ ศึกษาศาสตราจารย์อรุณ ภาณุพงศ์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550), หน้า 249.

³³ United Nations General Assembly A/RES/1541(XV), 15 December 1960, Annex, principle VI.

³⁴ 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

ประชาชนตามกฎหมายสหประชาชาติแล้ว การที่จะเกิดสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกอีกครั้ง จะเกิดขึ้นเพียงกรณีที่ประชาชนถูกปฏิบัติไม่เหมาะสมในการเข้าถึงการปกครองโดยการกีดกันทางเชื้อชาติ

จากแนวปฏิบัติของรัฐและข้อมติของสหประชาชาติทำให้เกิดความชัดเจนว่า สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) เพียงแต่ใช้ในกรณีของ ประชาชนที่ตกอยู่ภายใต้อาณานิคมเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงประชาชนที่อยู่ภายใต้การยึดครองของ ต่างชาติ การครอบงำและการถือประโยชน์จากต่างชาติ ซึ่งอาจอยู่นอกบริบทอาณานิคมได้³⁵

ในกรณีอื่น ๆ ซึ่งอยู่นอกบริบทอาณานิคม ควรที่จะใช้สิทธิกำหนดใจตนเอง ภายนอก (external self-determination) หากประชาชนถูกปกครองโดยถูกกดขี่ หรือถูกเข้า ครอบครองโดยชาวต่างชาติ ซึ่งเป็นการยอมรับโดยมีรากฐานมาจากปฏิญญาว่าด้วยกฎหมาย ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ (Declaration on Principal of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States) นักกฎหมายหลายท่าน ยืนยันว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองอาจ เป็นพื้นฐานของสิทธิในการแบ่งแยกดินแดนใน 3 พฤศจิกายน เมื่อประชาชนถูกกีดกันจากการใช้ สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (internal self-determination) ซึ่งนำมาสู่สิทธิในการเยียวยา ขั้นสุดท้าย (a last resort) ต่อการใช้สิทธิโดยการแบ่งแยกดินแดน ทั้งนี้ แถลงการณ์เวียนนา (The Vienna Declaration) ก็เรียกร้องว่า รัฐบาลตัวแทนของประชาชนที่เป็นเจ้าของดินแดนโดย ปราศจากการแบ่งแยกชาติพันธุ์ ซึ่งเป็นการเพิ่มการยืนยันต่อการกีดกันอย่างเต็มที่ซึ่งจะนำไปสู่ สิทธิในการแบ่งแยกดินแดน

2.2.1.3 ผู้ที่ถือสิทธิในการกำหนดใจตนเอง (The right holders of self-determination)

การกำหนดใจตนเองเป็นเรื่องของสิทธิ ดังนั้น การจะนำไปใช้จึงต้องพิจารณาจาก ผู้ที่เกี่ยวข้องในเรื่องของสิทธิ คือ ผู้ให้สิทธิ และผู้ถือสิทธิ ส่วนสิทธิเองนั้นมีความหมาย คือ สิ่ง ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ แต่สิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่เหมือนสิทธิตามกฎหมาย ภายใน เนื่องจากไม่มีผู้บังคับและรับรองให้ การให้สิทธิใด ๆ ตามกฎหมายเป็นไปตามหลักเรื่อง

³⁵ Antonio Cassese, Self-determination of peoples: a legal reappraisal (New York: Cambridge University Press, 1995), p. 90.

ความยินยอมของรัฐ (Consent) และจะเป็นสิ่งที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองคุ้มครอง³⁶ การพิจารณาว่าใครคือผู้ที่ถือสิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงเป็นสิ่งสำคัญอันจะนำไปสู่การปรับใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองต่อไป

สิทธิในการกำหนดใจตนเองแม้จะมีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในเรื่องของผู้ที่ถือสิทธิในการกำหนดใจตนเองกลับยังคงคลุมเครืออยู่ และจากตรรกะระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเอง จะเห็นว่ามี การอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองของกลุ่มชน (peoples)³⁷ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวถึงรายละเอียดว่ากลุ่มชน (peoples) ในที่นี้จะต้องมีขนาดเท่าใดอย่างไร แต่เมื่อพิจารณาจากหลักการที่ว่า แนวคิดพื้นฐานของสิทธิในการกำหนดใจตนเองคือการให้เอกราชและสิทธิในการปกครองตนเองแก่ดินแดนอาณานิคม และการที่จะมีการตัดสินใจดำเนินการให้เอกราชแก่ดินแดนอาณานิคมนั้น ก็จะต้องมีการลงประชามติเพื่อตรวจสอบความเห็นและความคิดโดยรวมของปวงชนในดินแดนอาณานิคมเสียก่อน ซึ่งผลของการลงประชามติก็จะตัดสินกันโดยเสียงข้างมากของปวงชนทั้งหมดในดินแดนอาณานิคม³⁸

จากรายงานการประชุมนานาชาติที่จัดขึ้นโดยองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization: UNESCO) เกี่ยวกับแนวคิดเรื่องสิทธิของกลุ่มชน (the concept of the rights of peoples) โดยได้มีการกล่าวถึงลักษณะของกลุ่มชน (peoples) จึงจำเป็นจะต้องให้คำนิยาม โดยลักษณะของคำว่า กลุ่มชน (peoples) น่าจะมีลักษณะเป็นสากล ซึ่งระหว่างการประชุมได้มีการ

³⁶ ญัฐกฤษตา เมฆา, “ปัญหาและลู่ทางว่าด้วยสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 51.

³⁷ The Charter of the United Nations Article 1(2) “To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and *self-determination of peoples*.” , Article 55 “... respect for the principle of equal rights and *self-determination of people*”

United Nations General Assembly A/RES/1541 (XV) “2. *All peoples have right to self-determination...*”

United Nations General Assembly A/RES/2625(XXV) “...*self-determination of peoples* constitutes a significant contribution to contemporary international law ”

Article 1 of ICCPR and ICESCR “*All peoples* have the right of self-determination.”

³⁸ อัครวุฒิ หิรัญรัช, “การศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างสิทธิในการกำหนดใจตนเองและสภาพเสมือนอาณานิคม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2537), หน้า 39.

อธิบายถึงลักษณะของคำว่า กลุ่มชนหนึ่ง (a people) ตามจุดมุ่งหมายของสิทธิในการกำหนดใจตนเองว่า เป็นกลุ่มคนที่มีลักษณะต่าง ๆ ได้แก่ประวัติศาสตร์ เชื้อชาติ วัฒนธรรม ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ ความเชื่อมโยงเกี่ยวกับดินแดน และเศรษฐกิจในการดำรงชีพ ร่วมกัน โดยกลุ่มคนนี้ไม่จำเป็นต้องมีจำนวนมาก แต่จะต้องเป็นการรวมกลุ่มกันภายในรัฐ ซึ่งต้องมีสถาบันหรือตัวแทนของกลุ่มคนในการแสดงออกถึงอัตลักษณ์ที่มีร่วมกันนี้³⁹

ในการให้ความหมายของผู้ที่ถือสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ศาลสูงแคนาดาได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาคดีควีเบกว่า กลุ่มชน (a people) อาจหมายถึงประชาชนส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐ ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้พัฒนาเป็นสิทธิมนุษยชน การอ้างถึงกลุ่มคน (people) จึงไม่จำเป็นต้องหมายความถึงประชาชนทั้งหมดของรัฐ⁴⁰ แต่ศาลแคนาดาก็ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่ากลุ่มชน

ความหมายของกลุ่มชนจึงยังคงมีความคลุมเครือและไม่แน่ชัดอยู่ แต่อาจกล่าวได้ว่า กลุ่มคนที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองอาจจะต้องมีองค์ประกอบที่แสดงถึงอัตลักษณ์ที่มีร่วมกันอันประกอบด้วยประวัติศาสตร์ เชื้อชาติ ศาสนาหรือความเชื่อ ภาษา วัฒนธรรม และเศรษฐกิจ ทั้งนี้สิ่งที่สำคัญคือกลุ่มชนจะต้องมีความเชื่อมโยงกับดินแดนเป็นสำคัญ

2.2.1.4 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

ในส่วนนี้เป็นการกล่าวถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีที่เกี่ยวข้องกับหลักกำหนดใจตนเอง ซึ่งมี 2 คดีที่ถือเป็นคดีที่สำคัญที่เคยปรากฏต่อศาล นั่นคือ คดีนามิเบีย และคดีดินแดนซาฮาราตะวันตก (Western Sahara) ซึ่งทำให้เกิดความกระจ่างเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดใจตนเองมากยิ่งขึ้น เพื่อนำมาใช้วิเคราะห์เทียบเคียงกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีปัจจุบัน เพื่อทำให้เกิดความเข้าใจและสามารถนำมาวิเคราะห์สถานะของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

³⁹ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, International "Meeting of Experts on further study of the concept of the rights of peoples," 27-30 November 1989, para 22.

⁴⁰ Reference re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R. 217, p.124.

2.2.1.4.1 คดีนามิเบีย

นามิเบียเคยเป็นดินแดนในอาณานิคมของเยอรมนีตั้งแต่ ค.ศ. 1884 จนกระทั่งปี ค.ศ. 1915 เยอรมนีกับแอฟริกาใต้ได้สู้รบกันขึ้นเพื่อแย่งชิงดินแดน ซึ่งในการสู้รบครั้งนั้นผลปรากฏว่า แอฟริกาใต้เป็นฝ่ายชนะ จึงได้ครอบครองนามิเบียเป็นต้นมา ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 นามิเบียได้ตกเป็นดินแดนในอาณัติของสันนิบาตชาติ โดยมีแอฟริกาใต้ได้รับมอบหมายให้เป็นรัฐอาณัติทำหน้าที่ดูแลและปกครองอยู่ ในเวลาต่อมาเมื่อสันนิบาตชาติได้ล้มเลิกไปและได้เกิดสหประชาชาติขึ้น แอฟริกาใต้ไม่ยินยอมที่จะยกนามิเบียให้อยู่ในความดูแลของสหประชาชาติภายใต้ระบบทรัสต์ แอฟริกาใต้ปกครองนามิเบียในทางพฤตินัยเสมือนว่าเป็นจังหวัดหนึ่งของตน

ทั้งสมัชชาใหญ่และคณะมนตรีความมั่นคงต้องมีมติเรียกร้องให้แอฟริกายุติการกระทำดังกล่าว และให้แอฟริกาใต้ออกจากกรยึดครองนามิเบีย ต่อมาในปี ค.ศ. 1971 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงให้ความเห็นในกรณีนามิเบีย โดยยืนยันว่า ประชาชนชาวนามิเบียมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองจากการตกอยู่ภายใต้การยึดครองของแอฟริกาใต้ โดยการยึดครองนามิเบียเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งแอฟริกาใต้มีพันธกรณีที่จะต้องถอนตัวออกจากนามิเบียทันที และสมาชิกของสหประชาชาติมีพันธกรณีที่ต้องรับรองว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

2.2.1.4.2 คดีดินแดนซาฮาราตะวันตก (Western Sahara)

นับแต่ช่วงทศวรรษที่ 1880 เป็นต้นมา ดินแดนซาฮาราตะวันตก (Western Sahara) ก็ตกอยู่ภายใต้การครอบครองของสเปน นับแต่ ค.ศ. 1958 เป็นต้นมา ทั้งโมร็อกโก และมาลีเตเนีย ต่างก็อ้างสิทธิเหนือดินแดน ซาฮาราตะวันตกเช่นเดียวกัน ใน ค.ศ. 1966 เป็นต้นมา สเปนได้แสดงเจตจำนงที่จะปลดปล่อยดินแดนซาฮาราตะวันตกให้เป็นอิสระโดยปล่อยให้ประชาชนในดินแดนดังกล่าวแสดงประชามติในการปกครองตนเองในขณะที่โมร็อกโกก็ยังคงอ้างว่าดินแดนซาฮาราตะวันตกนั้นเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนของตน

ในที่สุดโมร็อกโกได้ยกข้อมติที่ 3292 (XXIX) ซึ่งที่ประชุมแห่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติให้ความเห็นชอบขึ้นกล่าวอ้างและขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นแนะนำ (advisory opinion) ตามคำขอของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเกี่ยวกับข้อมติที่ 3292 (XXIX) ในประเด็นปัญหาต่อไปนี้

1. ดินแดนซาฮาราตะวันตก (Western Sahara) ในขณะที่เป็นอาณานิคมของสเปนเป็นดินแดนที่ไม่มีเจ้าของใช่หรือไม่
2. หลักกฎหมายอะไรที่เชื่อมโยงระหว่างดินแดนนี้กับราชอาณาจักรโมร็อกโกและ The Mauritanian⁴¹

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐแล้ว ดินแดนซึ่งมีกลุ่มชนซึ่งมีการจัดระเบียบทางสังคมและทางการเมืองอาศัยอยู่ ย่อมไม่ถือว่าเป็นดินแดนไม่มีเจ้าของ (terra nullius) และศาลฯยังกล่าวอีกต่อไปว่า มีกลุ่มชนดังกล่าวอาศัยอยู่ในดินแดนซาฮาราตะวันตกตั้งแต่ ค.ศ. 1884 ในขณะที่สเปนเข้ายึดดินแดนซาฮาราตะวันตกเป็นอาณานิคมของตนแล้ว อีกทั้งศาลฯยังเห็นว่า ในขณะที่สเปนเข้าครอบครองดินแดนซาฮาราตะวันตกเป็นอาณานิคมของตนนั้น ได้มีความเกี่ยวพันทางกฎหมายอยู่แล้วระหว่างสุลต่านแห่งโมร็อกโกและกลุ่มชนในดินแดนซาฮาราตะวันตก ส่วนความเกี่ยวพันระหว่างมอริเตเนียกับดินแดนซาฮาราตะวันตกนั้น ศาลฯสรุปว่า กลุ่มชนซึ่งเร่ร่อนอยู่ในมอริเตเนียนั้นมีสิทธิซึ่งรวมถึงสิทธิเกี่ยวกับที่ดินในดินแดนซาฮาราตะวันตกที่กลุ่มชนนั้นเร่ร่อนอพยพเข้าไปด้วย แต่ศาลฯก็ไม่พบว่ามีความเกี่ยวพันทางกฎหมายใด ๆ เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยทางดินแดนระหว่างโมร็อกโกหรือมอริเตเนียกับดินแดนซาฮาราตะวันตกแต่ประการใด ดังนั้น จึงไม่ถือว่ามีความสัมพันธ์ในทางดินแดนระหว่างโมร็อกโกหรือมอริเตเนียกับดินแดนซาฮาราตะวันตกจนถึงขนาดที่จะนำข้อมติที่ 1514 (XV) ว่าด้วยปฏิญญาว่าด้วยการให้เอกราชแก่ประเทศอาณานิคมและประชาชน ค.ศ. 1960 (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 1960) มาใช้ในการปลดปล่อยดินแดนซาฮาราตะวันตก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการกำหนดใจตนเอง (self-determination) โดยการแสดงออกอย่างอิสระและแท้จริงซึ่งเจตจำนงของประชาชนในดินแดนดังกล่าว โดยศาลฯสรุปว่า สิทธิในการกำหนดใจตนเอง (self-determination) สำหรับดินแดนที่ยังไม่เคยปกครองตนเองมาก่อนนั้นเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

จากกรณีคดีที่ยกขึ้นมานี้ จะเห็นได้ว่า ในคดีนามิเบียศาลได้ยอมรับการกำหนดใจตนเองในความสัมพันธ์กับเรื่องรัฐบาลปกครองตนเอง (self-governing) ตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 73 ซึ่งเกิดขึ้นหลังจากที่มีมติสมัชชาใหญ่ที่ 2625 (XXV) และศาลฯยังกล่าวอีกว่าการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของดินแดนที่ยังไม่ได้ปกครองตนเอง ทำให้

⁴¹ Western Sahara, Advisory Opinion, 1975. I.C.J.Reports. p. 14, para 1.

หลักการในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองถูกนำมาปรับใช้กับดินแดนที่ยังไม่ได้ปกครองตนเอง เหล่านี้ด้วย ส่วนในคดีดินแดนซาฮาราตะวันตก ศาลพยายามที่จะตีความหลักการกำหนดใจตนเองให้กว้างขึ้น โดยอ้างถึงข้อมติที่ 1514(XV) และ ข้อมติที่ 2625(XXV) โดยศาลยังกล่าวว่า หลักการในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองนำมาใช้กับดินแดนที่ยังไม่มีดินแดนปกครองตนเอง ทั้งหมดด้วย ศาลจึงได้รับรองเรื่องการปลดปล่อยอาณานิคมและการกำหนดใจตนเองว่าเป็นการพิจารณาถึงการแสดงของเจตนาโดยเสรีของประชาชน

2.2.2 หลักความเป็นรัฐ (Statehood)

ในสังคมระหว่างประเทศ รัฐเป็นบุคคลแรกเริ่มในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบาทและมีความสำคัญมากที่สุด เพราะรัฐเป็นทั้งผู้สร้าง ผู้ใช้และผู้ถูกกฎหมายระหว่างประเทศบังคับใช้ ดังจะเห็นได้จากกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นมาในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเกิดจากแนวปฏิบัติของรัฐ⁴² และการที่รัฐมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้ทำให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการเกิดขึ้นของรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศ จึงขอกล่าวโดยละเอียดดังต่อไปนี้

ในการพิจารณาถึงสภาพบุคคลของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศได้ปรากฏในอนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ (Convention on the Rights and Duties of States)* กำหนดไว้ในมาตรา 1 ดังนี้

“รัฐในฐานะที่เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องได้มาซึ่งคุณลักษณะดังต่อไปนี้

- (a) มีประชากร
- (b) มีดินแดนที่แน่นอน
- (c) มีรัฐบาล
- (d) มีความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐอื่น”⁴³

⁴² ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 15

* เป็นอนุสัญญาที่รัฐต่างๆ ในทวีปอเมริกาได้รวมทั้งสหรัฐอเมริกาได้ทำขึ้นเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 1934 โดยอนุสัญญาดังนี้เป็นากำหนดขอบเขตและสิทธิของรัฐ

⁴³ Article 1 of Convention Montevideo on the Rights and Duties of States.

“The state as a person of International law should possess the following qualifications

องค์ประกอบของความเป็นรัฐที่กำหนดไว้ในอนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴⁴ ดังนั้น รัฐจะต้องมีองค์ประกอบของความเป็นรัฐอย่างครบถ้วนจึงจะเป็นรัฐได้ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

การมีดินแดนที่แน่นอน (Defined Territory) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความเป็นรัฐ โดยเป็นขอบเขตทางภูมิศาสตร์ของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น⁴⁵ โดยกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดขนาดของดินแดนไว้ จึงไม่อาจนำมาเป็นข้ออ้างเพื่อกีดขวางการกำเนิดของรัฐได้ อีกทั้ง การกำหนดว่ารัฐต้องมีดินแดนที่แน่นอนก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐที่จะต้องที่ดินแดนที่แน่นอนทั้งหมดโดยมีการปักปันเขตแดนทั้งหมดแต่อย่างใด ซึ่งจะเห็นจากรัฐจำนวนไม่น้อยที่เขตแดนไม่ชัดเจน หรือการปักปันเขตแดนที่ยังไม่สมบูรณ์ แต่สามารถเข้าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติได้ ซึ่งแม้แต่ประเทศไทยเองก็ยังมีปัญหาเรื่องปักปันเขตแดนกับประเทศเพื่อนบ้าน

ดังนั้น ในส่วนขององค์ประกอบความเป็นรัฐในเรื่องดินแดน กฎหมายระหว่างประเทศเพียงเรียกร้องให้รัฐมีดินแดนที่สัมพันธ์กันและมีการใช้อำนาจเหนือดินแดนนั้นอย่างแท้จริง (effectiveness) เท่านั้น⁴⁶

องค์ประกอบในเรื่องประชากร กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดไว้ว่าการเป็นรัฐจะต้องมีประชากรเท่าใด หากแต่ประชากรต้องอาศัยอยู่ในรัฐต้องมีลักษณะของการตั้งถิ่นฐานถาวรอยู่ในดินแดน แต่ในความเป็นจริงถ้าหากองคภาวະใดที่มีความเป็นรัฐแล้ว แม้จะไม่มี ความแน่นอนของประชากรโดยยังคงมีอพยพของประชากรอยู่ เช่น คองโก ชูดาน ที่ยังมีปัญหา

-
- (a) A permanent population;
 - (b) A defined territory;
 - (c) Government; and
 - (d) Capacity to enter into relations with the other states."

⁴⁴ David Harris, *Cases and Materials on international law* (U.K: Sweet&Maxwell, 2004), p. 99.

⁴⁵ วีรพันธ์ วัชรชาติตย์, ใน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2542), หน้า 57.

⁴⁶ อ้างแล้ว., หน้า 58.

เรื่องการค้าเสรี ซึ่งเป็นผลต่อการเปลี่ยนแปลงในเรื่องประชากร แต่ก็ไม่ทำให้ความเป็นรัฐในทางระหว่างประเทศหายไป⁴⁷

รัฐบาลเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของรัฐ โดยรัฐบาลในที่นี้ หมายถึง คณะบุคคลผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการบริหารกิจการต่าง ๆ ภายในดินแดนของรัฐตลอดจนดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ในทางระหว่างประเทศ รัฐบาลจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กิจการต่าง ๆ ของรัฐดำเนินไปได้ทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศ⁴⁸

ความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่นการที่ องค์ภาวะใดจะมีสภาพบุคคลเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น นอกจากองค์ประกอบด้านประชากร ดินแดน และรัฐบาลแล้ว องค์ภาวะนั้นจะต้องมีความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ อีกด้วย โดยความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่นนี้จะแสดงออกในรูปของความเป็นเอกราช⁴⁹

2.2.3 การรับรองรัฐ (Recognition of State)

ในอดีต การรับรองความเป็นรัฐถือเป็นการกระทำทางการเมือง ซึ่งไม่ถือเป็นองค์ประกอบทางกฎหมายของความเป็นรัฐ โดยรัฐต่าง ๆ จะให้การรับรองความเป็นรัฐหรือไม่ก็ได้ ซึ่งไม่มีผลต่อการตัดสินใจเกี่ยวกับหลักกฎหมายในเรื่องขององค์ประกอบความเป็นรัฐ (Statehood) ซึ่งองค์ภาวะหนึ่ง ๆ ไม่อาจมีความเป็นรัฐได้ถ้าหากไม่ได้รับรองจากรัฐต่าง ๆ ดังนั้น ในการที่จะศึกษาถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวจึงจำเป็นต้องศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องการรับรองรัฐ เพราะถึงแม้การรับรองรัฐจะมีลักษณะทางการเมือง แต่ผลของการรับรองรัฐเป็นผลทางกฎหมายระหว่างประเทศ การที่องค์ภาวะหนึ่งทำการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว นอกจากจะพิจารณาถึงเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของรัฐตั้งที่ได้กล่าวมาเบื้องต้นแล้ว การรับรองรัฐก็ถือว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมากที่จะทำให้ตัวตนในทางระหว่างประเทศขององค์ภาวะที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวมีความชัดเจนและมีสถานะของความเป็นรัฐในสังคมระหว่างประเทศนั่นเอง

⁴⁷ Milena Sterio, *The Kosovar Declaration of Independence: "Botching the Balkans" or Respecting International Law?* [Online], September 21, 2008 Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270637, p. 11.

⁴⁸ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 186.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 199.

ในความเป็นจริงจะเห็นว่าองค์ประกอบของความเป็นรัฐทั้ง 4 ประการ มีความเชื่อมโยงกับการรับรองรัฐ โดยองค์ประกอบหนึ่ง ๆ ซึ่งอ้างความเป็นรัฐของตนนั้น หากไม่อาจดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ก็ไม่อาจมีความเป็นรัฐได้ ดังนั้น ความเป็นรัฐของรัฐที่เกิดขึ้นใหม่จึงอยู่ที่การยอมรับถึงความความเป็นรัฐจากประเทศต่าง ๆ ด้วย ซึ่งถือเป็นแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ⁵⁰ อย่างในกรณีของโรดีเซียได้ที่ประกาศเอกราชจากอังกฤษและเป็นรัฐเอกราชในปี 1965 แต่รัฐต่าง ๆ กลับไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐของโรดีเซียได้ ซึ่งส่งผลให้โรดีเซียได้ต้องโดดเดี่ยวจากประชาคมโลกและไม่สามารถดำเนินความสัมพันธ์ต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศได้

2.2.3.1 ทฤษฎีการรับรองรัฐ

2.2.3.1.1 ทฤษฎีก่อตั้ง (Constitutive Theory)

การรับรองรัฐเป็นองค์ประกอบอีกประการหนึ่งของความเป็นรัฐ นอกเหนือจากองค์ประกอบเกี่ยวกับประชากร ดินแดน รัฐบาล และความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ซึ่งมีผลเท่ากับว่ารัฐอื่นเริ่มมีบทบาทอันสำคัญในการกำหนดการมีสภาพบุคคลขององค์ประกอบโดยการให้การรับรององค์ประกอบนั้น ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนทฤษฎีก่อตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Lauterpacht และ Guggenheim เห็นว่า เมื่อการรับรองรัฐเป็นองค์ประกอบสำคัญของความเป็นรัฐแล้ว รัฐทุกรัฐจึงมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องให้การรับรองรัฐ แต่ความเห็นดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายระหว่างประเทศอีกหลายท่าน ในลักษณะที่ว่า หลัสดังกล่าวขัดกับแนวปฏิบัติของรัฐและขัดกับหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่ว่า การรับรองไม่ว่าจะเป็นการรับรองรัฐหรือรัฐบาลถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวในทางการเมืองระหว่างประเทศ โดยรัฐจะให้การรับรองหรือไม่ให้การรับรองรัฐอื่นหรือรัฐบาลของรัฐอื่นก็ได้ การไม่ให้การรับรองย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศแต่ประการใด⁵¹

ส่วน Oppenheim ได้ให้ความเห็นว่า มีวิธีการรับรองเพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่จะทำให้รัฐกลายเป็นบุคคลระหว่างประเทศขึ้นมาได้ การรับรองหรือไม่นั้นจะต้องขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของผู้ให้การรับรองและต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายที่เสนอโดยสรุป 3 ประการ คือ (1)

⁵⁰ Milena Sterio, *The Kosovar Declaration of Independence: "Botching the Balkans" or Respecting International Law?* [Online], September 21, 2008 Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270637, p. 11.

⁵¹ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 187.

ต้องเป็นรัฐที่มีองค์ประกอบสมบูรณ์ และไม่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (2) การรับรองจะต้องไม่มีลักษณะของการต่อรองทางการเมือง (3) การรับรองรัฐทำให้รัฐมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁵² และ Lauterpacht ยังเสนออีกว่าจำเป็นที่ต้องมีหน่วยงานหนึ่งซึ่งทำหน้าที่ให้คำรับรองรัฐใหม่ แต่เนื่องจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบันยังไม่มีหน่วยงานใดที่มีอำนาจเหนือรัฐ การรับรองรัฐใหม่จึงต้องทำโดยรัฐเก่าเท่านั้น⁵³

2.2.3.1.2 ทฤษฎีประกาศ (Declaratory Theory)

แนวความคิดของทฤษฎีประกาศ ตามทฤษฎีนี้ การรับรองรัฐเป็นเพียงวิธีสังเกตการณ์สถานะของรัฐที่เกิดขึ้นมาแล้ว เพราะกฎหมายระหว่างประเทศมิได้สร้างรัฐขึ้น บทบาทของการรับรองรัฐจึงเป็นการยืนยัน ประกาศสถานะที่เป็นอยู่แล้วของรัฐเท่านั้น ดังที่ Hans Kelsen กล่าวว่า การรับรองรัฐเป็นเพียงการรับรู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาแล้วเท่านั้น⁵⁴

ข้อสนับสนุนของทฤษฎีนี้ได้แก่ ผลการประชุมของกลุ่มประเทศลาตินอเมริกัน ที่เมืองมอนเตวิเดโอ ใน ค.ศ.1933 ที่ประชุมได้ตกลงทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ (Inter American Convention on Right and Duty of States) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในข้อ 3 ว่า

“การเกิดและคงอยู่ทางการเมืองของรัฐหนึ่ง มิได้ขึ้นอยู่กับ การรับรองจากรัฐอื่น ๆ เลย รัฐที่ยังไม่ได้รับการรับรองมีสิทธิที่จะปกป้องบูรณภาพ และเอกราชของตนเอง เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งความอยู่รอด และความรุ่งเรืองของตน ดังนั้น รัฐดังกล่าวจึงมีสิทธิจัดการบริหารประเทศ ตามที่ตนเห็นสมควร ตราบกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของตน หน่วยงานของตน และกำหนดเขตและอำนาจของศาลของตน”

การรับรองรัฐตามทฤษฎีนี้ไม่ถือว่า การรับรองรัฐเป็นองค์ประกอบของความเป็นรัฐแต่ประการใด หากแต่การรับรองรัฐเป็นเพียงการประกาศเพื่อรับรู้ถึงการมีตัวตนอยู่ของรัฐอื่นทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ความเป็นรัฐและความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่นและจะไม่ถูกกระทบกระเทือนโดยการรับรองหรือไม่รับรองของรัฐอื่น นักกฎหมายระหว่างประเทศหลาย

⁵² เอกสารการสอนชุดวิชา สถาบันระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-7 สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช,(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2540), หน้า 19.

⁵³ James Crawford, *The Creation of States in international Law* (New York : Oxford University Press, 2006), p.101.

⁵⁴ เอกสารการสอนชุดวิชา สถาบันระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-7 สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2540), หน้า 20.

ท่าน เห็นว่า แนวความคิดตามทฤษฎีประกาศนี้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐมากกว่าทฤษฎีก่อตั้งและสอดคล้องกับหลักที่ว่า การรับรองรัฐอื่นหรือไม่ก็ได้และการรับรองรัฐหรือไม่รับรองรัฐย่อมไม่มีผลต่อความเป็นรัฐขององคภาวะที่มีองค์ประกอบของความเป็นรัฐครบทั้ง 4 ประการดังกล่าวแล้ว

สำหรับทฤษฎีก่อตั้งนั้น การรับรองรัฐถือเป็นสิ่งจำเป็นในที่ที่รัฐหนึ่งจะสามารถมีสถานะในทางระหว่างประเทศได้ ส่วนทฤษฎีประกาศ การรับรองรัฐเป็นเพียงการกระทำทางการเมืองถึงการมีอยู่ของรัฐนั้น⁵⁵ การรับรองรัฐจะปรับใช้เมื่อการแบ่งแยกดินแดน (secession) มีความชอบด้วยกฎหมายเป็นอันดับแรก แต่การรับรองรัฐไม่อาจทำให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายขององคภาวะที่กระทำการอันขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การรับรองรัฐในกรณีนี้จึงไม่อาจก่อให้เกิดรัฐใหม่ได้⁵⁶

นักวิชาการส่วนใหญ่จะยอมรับในส่วนทฤษฎีประกาศมากกว่า นั่นคือ การที่รัฐหนึ่งอาจคงอยู่โดยปราศจากการรับรองรัฐ (recognition of state) และถ้าหากการคงอยู่นั้นในข้อเท็จจริงได้รับการรับรองจากรัฐต่าง ๆ ก็จะได้รับปฏิบัติในฐานะที่เป็นรัฐ⁵⁷ การรับรองความเป็นรัฐทำให้รัฐได้รับสถานะทางกฎหมายในความเป็นรัฐอธิปไตยภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในความสัมพันธ์กับรัฐที่สามที่ให้การรับรองนั้น ถ้าหากการได้มาซึ่งสถานะทางกฎหมายก่อนและความเป็นเอกราชจากการรับรองรัฐที่มีอยู่ ผลตามกฎหมายที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็จะเกิดขึ้นอัตโนมัติ

2.3 คำพิพากษาเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับเฉพาะกับฝ่ายต่าง ๆ ในคดีเท่านั้น แต่จากเหตุผลและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ศาลได้อ้างอิงและปรับใช้ในคดีนั้น ๆ ย่อมสร้างความ

⁵⁵ Robert McCorquodale, Martin J. Dixon, Cases and materials in International law (New York: Oxford University Press, 2003), p.154.

⁵⁶ Alexander Orakhelashvili, "Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo," Max Planck Yearbook of United Nations Law 12(2008): 28.

⁵⁷ Vidmar Jure. "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence," Vanderbilt Journal of Transnational Law 42 (May 2009): 828.

ชัดเจนให้ปรากฏยิ่งขึ้น ในกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนั้นไม่เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาก่อน โดยกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวถือเป็นคดีแรกที่ศาลมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในทางกฎหมายระหว่างประเทศ (รายละเอียดปรากฏในบทที่ 3 และบทที่ 4)

คำพิพากษาของศาลภายในนั้นถึงแม้จะไม่มีผลบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศ แต่ก็เป็นการแสดงให้เห็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ซึ่งอาจได้รับการยอมรับว่ามีเหตุผลและมีน้ำหนักในการอ้างถึงเหตุผลทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ อย่างในคำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดาถึงกรณีการพยายามแบ่งแยกดินแดนของควีเบค ซึ่งมีการเชื่อมโยงหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการแบ่งแยกดินแดน แม้คำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดาจะไม่ได้ให้ความกระจ่างมากนัก แต่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ แม้แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชของโคโซโว ยังมีกรกล่าวอ้างถึงคำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดาเช่นกัน ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดาจึงมีน้ำหนักในการอ้างเหตุผลในเรื่องการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว จึงขอกล่าวถึงรายละเอียดของคำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดา เพื่อนำมาใช้ในการศึกษาถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีโคโซโวต่อไป

ภูมิหลังของเหตุการณ์ในควีเบคเกิดจากการที่ชาวแคนาดาซึ่งพูดภาษาฝรั่งเศสในควีเบคต้องการให้เห็นการปฏิรูปประชาธิปไตยเพื่อควีเบคโดยตลอดเวลาที่ผ่านมาคิดเสมอว่าชาวแคนาดาพูดภาษาฝรั่งเศสเป็นชนกลุ่มน้อยในแคนาดา และถูกแบ่งแยกเหยียดหยาม (discrimination) จากชาวแคนาดาพูดภาษาอังกฤษซึ่งเป็นชนกลุ่มใหญ่ในแคนาดา เช่น ถูกปฏิเสธการรับเข้าทำงานราชการรวมถึงการรับเข้าทำงานในโรงงาน เกรงว่าภาษาฝรั่งเศสจะถูกกลืนหายจากแคนาดาเพราะเน้นการใช้ภาษาอังกฤษเพื่อการสื่อสาร เกรงว่าการไม่ใช้ภาษาฝรั่งเศสนี้จะทำให้สูญเสียเอกลักษณ์ชาติแคนาดา (national identity) รวมถึงวัฒนธรรมและขนบประเพณี (cultural and customs) ชาวแคนาดาพูดภาษาฝรั่งเศสบางคนเรียกร้องความเสมอภาค (full equality) กลุ่มชาวแคนาดาพูดฝรั่งเศสหัวรุนแรงเรียกร้องแยกควีเบคแยกออกจากแคนาดาและจัดตั้งเป็นชาติ⁵⁸

⁵⁸ อรพินท์ ปานนาค, ประวัติศาสตร์แคนาดา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์รามคำแหง, 2548), หน้า

ขบวนการแบ่งแยกควิเบก (the Quebec separatist movement) เริ่มปรากฏในปี 1960 โดยพรรคเสรีนิยมควิเบก (the Quebec Liberal Party, Quebec) นำการปกครองในควิเบก รัฐบาลใหม่ควิเบกจัดตั้งภายใต้การนำโดย ซอง เลอ ซาซ (Jean Lesage) เลอซาซต้องการปกป้องสิทธิชาวแคนาดาพูดภาษาฝรั่งเศสนำสู่ปฏิบัติการปฏิวัติเงียบ “The Quiet Revolution” การปฏิวัติเงียบเป็นขบวนการที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการพิทักษ์สิทธิชาวแคนาดาพูดภาษาฝรั่งเศส ปฏิบัติการโดยพยายามให้ชาวแคนาดาพูดฝรั่งเศสเป็นเจ้าของธุรกิจมากที่สุดในควิเบกให้มากที่สุด ขณะเดียวกันพยายามลดบทบาทของรัฐบาลให้มากที่สุดที่สุดในควิเบก สรุปจุดหมายของขบวนการปฏิวัติเงียบในเบื้องต้น คือ ให้ชาวแคนาดาพูดภาษาฝรั่งเศสนำเศรษฐกิจและการเมืองในควิเบก

โดยแท้จริงแล้ว การปฏิวัติเงียบของ ซอง เลอ ซาซ คือ ขบวนการชาตินิยม ชาวแคนาดาพูดฝรั่งเศสที่มีเป้าหมายสูงสุด คือ แบ่งแยกควิเบกจากรัฐบาลกลางแคนาดาเมื่ออดตาวา และนำควิเบกจัดตั้งเป็นชาติอิสระ (The Quiet Revolution = The French – Canadian nationalism : Separatism) ความรู้สึกแบ่งแยกดินแดนเริ่มในต้นทศวรรษที่ 1960 โดยชาวแคนาดาพูดภาษาฝรั่งเศส สมาชิกกลุ่มแบ่งแยกดินแดน (Separatism) พยายามลงสมัครรับเลือกตั้งด้วยหรือช่วยชนะเพื่อจัดตั้งรัฐบาลแบ่งแยกในเขตต่าง ๆ ในควิเบก กลุ่มแบ่งแยกดินแดนที่เดิมคือกลุ่มแนวหน้าปลดปล่อยแห่งควิเบก (The Front de Liberation du Guebec or FLQ) กลุ่มแนวหน้าปลดปล่อยแห่งควิเบกขึ้นชอบการก่อการร้าย เพื่อให้ได้มาซึ่งการแบ่งแยกดินแดน (Terrorism : Separatism) ในปี 1963 กลุ่มแนวหน้าปลดปล่อยแห่งควิเบกวางระเบิดอาคารของรัฐบาลกลางหลายแห่ง และบุกเข้าทำลายสัญลักษณ์แคนาดาที่สะท้อนความเป็นอังกฤษในแคนาดาสร้างความวุ่นวายและความหวาดกลัวแก่ชาวแคนาดา⁵⁹

ต่อมา เกิดวิกฤติการณ์ก่อการร้ายในปี 1970 ขึ้น โดยกลุ่มแบ่งแยกควิเบก (French – Cabadian seperatists : Terrorism) เลือกใช้วิธีก่อการร้ายเพื่อการแยกควิเบก (The Front de Liberation du Quebec or FLQ) เป็นก่อการร้ายที่มีผู้ร่วมขบวนการมาก เลือกวิธีการสร้างความวุ่นวายและสร้างความหวาดกลัวด้วยการลอบทำร้ายร่างกาย ทำลายทรัพย์สิน วางระเบิด และลักพาตัว (kidnapped) กลุ่มแนวหน้าปลดปล่อยแห่งควิเบกเลือกปฏิบัติการก่อการร้ายด้วยวิธีการลักพาตัว ซึ่งเกิดขึ้นในเดือนตุลาคม 1970 โดยได้ลักพาตัวนักการเมืองสองคน คือ ปีแอร์ ลาปอร์ตี รัฐมนตรีแรงงานแห่งควิเบก (Pierre Laporie : the labor minister of Quebec) และ เจมส์ อาร์. ครอส ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการการค้าอังกฤษประจำมอนทรีล (James R. Cross :

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 328-329.

the British trade commission in Montreal) โดยได้ยื่นข้อเสนอแลกสองนักการเมืองกับเงิน 5 แลนดอลลาร์ และปล่อยพรรคพวกที่ถูกคุมขัง 23 คน (FLQ member)

ปีแอร์ อี ทูโด* นายกรัฐมนตรีแคนาดาในขณะนั้นได้แก้ไขวิกฤติการก่อการร้าย ในปี 1970 ด้วยการใช้อำนาจนายกรัฐมนตรีแคนาดาส่งเคลื่อนกองทหารของรัฐบาลกลาง (federal troops) จากออตตาวาสู่มอนทรีออลเพื่อควบคุมสถานการณ์และปราบปราม ผลการดำเนินงาน คือ ลาปอร์ตเสียชีวิตเพราะถูกผู้ก่อการร้ายฆ่า ผู้ก่อการร้ายส่วนใหญ่ถูกจับและได้รับการพิจารณาลงโทษทางอาญา สำหรับครอสได้รับการปล่อยตัวในเดือนธันวาคม 1970 ภายใต้เงื่อนไขว่ารัฐบาลแคนาดายินยอมให้ผู้ก่อการร้ายจำนวนหนึ่งลี้ภัยไปคิวบา ชาวแคนาดาพอใจการตัดสินใจในการปราบปรามของทูโดที่สามารถยุติความก้าวร้าวของกลุ่มผู้ก่อการร้าย (FLQ terrorism)⁶⁰

แม้ว่ากลุ่มผู้ก่อการร้าย (FLQ terrorism) ที่นิยมใช้ความรุนแรงเพื่อจะแบ่งแยกควิเบกจะถูกปราบปรามหมดสิ้นในปลายปี 1970 แต่ขบวนการแบ่งแยกดินแดนควิเบกยังคงดำเนินการต่อไป (Separatist movement) ในปี 1976 ผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาควิเบก ปรากฏว่าพรรคควิเบก (The Parties Quebecois-PQ จัดตั้งในปี 1968) สมาชิกทั้งหลายชอบและปรารถนาแบ่งแยกควิเบกออกจากแคนาดาขณะได้เสียงข้างมากในสภาควิเบกและนำการจัดตั้งรัฐบาลควิเบก (Rene Levesque) รัฐบาลควิเบกประกาศอย่างแข็งกร้าวว่าจะแบ่งแยกควิเบกออกจากแคนาดา ส่วนนายกรัฐมนตรีทูโดก็ประกาศว่าจะต่อต้านการแบ่งแยกควิเบกและแคนาดาจะต้องเป็นหนึ่งเดียวเท่านั้น⁶¹

ปี ค.ศ.1994 ได้มีการเลือกตั้งซ้ำ โดยมีร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของควิเบกออกมา โดยเป็นการมองล่วงหน้าไปถึงการประกาศเอกราช โดยขึ้นอยู่กับประชาชนชาวควิเบกซึ่งแสดงออกในรูปแบบของการลงคะแนนเสียงประชามติ ซึ่งในวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ.

*ปีแอร์ อี ทูโด (Pierre Elliott Trudeau 1919-) จากพรรคเสรีนิยม (The Liberty Party) เป็นนายกรัฐมนตรีแคนาดา 2 ครั้ง ครั้งแรกช่วงปี 1968-1979 จัดเป็นนายกรัฐมนตรีแคนาดาลำดับที่ 20 และครั้งที่ 2 ช่วงปี 1980-1984 จัดเป็นนายกรัฐมนตรีแคนาดาลำดับที่ 22 ปีแอร์ อี ทูโด เป็นชาวแคนาดาพูดฝรั่งเศสคนที่สามที่เป็นนายกรัฐมนตรีชาวแคนาดา ซึ่งสำหรับทูโดในฐานะเป็นชาวแคนาดาพูดภาษาฝรั่งเศสคนหนึ่ง ต้องการรักษาวัฒนธรรมฝรั่งเศสในแคนาดา แต่ต่อต้านการแยกควิเบกออกจากแคนาดาเพื่อจัดตั้งชาติอิสระ

⁶⁰ อรพินท์ ปานนาค, ประวัติศาสตร์แคนาดา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์รามคำแหง, 2548), หน้า 343.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 346-347.

1995 ได้มีการทำประชามติเกี่ยวกับการเป็นเอกราช และต่อมารัฐบาลกลางแคนาดาได้นำปัญหาการทำประชามตินี้ขึ้นถามต่อศาลสูงของแคนาดาให้วินิจฉัยว่าควีเบกมีสิทธิที่จะแบ่งแยกดินแดน (secession) จากแคนาดาหรือไม่

คำถามที่ถามศาลสูงแคนาดามี 3 ประเด็น คือ

1. ภายใต้รัฐธรรมนูญของแคนาดา สภาผู้แทนราษฎร (National Assembly) ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐบาลของควีเบกสามารถที่จะแบ่งแยกดินแดนฝ่ายเดียวออกจากแคนาดาได้หรือไม่

2. กฎหมายระหว่างประเทศได้ให้สิทธิแก่สภาผู้แทนราษฎร (National Assembly) ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐบาลของควีเบกในการแบ่งแยกดินแดนฝ่ายเดียวจากแคนาดาหรือไม่ แล้วในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้ให้สิทธิสภาผู้แทนราษฎร (National Assembly) ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐบาลของควีเบกในการแบ่งแยกดินแดนฝ่ายเดียวจากแคนาดาหรือไม่

3. ในความขัดกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิของสภาผู้แทนราษฎร (National Assembly) ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐบาลของควีเบกจะมีผลในการแบ่งแยกดินแดนฝ่ายเดียวออกจากแคนาดา ซึ่งจะเป็นกรณีตัวอย่างในแคนาดาหรือไม่⁶²

ศาลสูงแคนาดาได้ตอบว่า กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ให้สิทธิตามกฎหมายในการอนุญาตเป็นพิเศษให้ส่วนหนึ่งของรัฐอธิปไตยแบ่งแยกดินแดนฝ่ายเดียวออกจากรัฐแม่ โดยผู้ที่สนับสนุนต้องพยายามในการหาข้ออ้างที่แสดงหน้าที่ของรัฐต่อการรับรอง (recognize) ความชอบด้วยกฎหมายของการแบ่งแยกดินแดน (secession) ซึ่งก็โดยการใช้อำนาจกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเอง (right of a people to self-determination)⁶³

ศาลได้กล่าวอีกว่า การคงอยู่ของสิทธิของประชาชนในการกำหนดใจตนเองในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าหลักการนี้มีสถานะทางกฎหมายมาจากข้อตกลงระหว่างประเทศ และพิจารณาแล้วว่าเป็นกฎหมายทั่วไป (a general principle of international law)⁶⁴ ซึ่งมีความชัดเจนว่าประชาชน (a people) อาจรวมถึงประชากร (population) เพียงส่วนหนึ่งของรัฐที่มีอยู่ (existing state) สิทธิในการกำหนดใจตนเองพัฒนาเป็น

⁶² Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R.217, Introduction, para 2.

⁶³ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R.217, para 111.

⁶⁴ Ibid., para 114.

สิทธิมนุษยชน และเอกสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ก็อ้างเหมือนกันถึงชนชาติ (nation) และ รัฐ ซึ่งเมื่อพิจารณาโดยเทียบเคียงกันแล้วก็ชี้ให้เห็นว่าการอ้างถึงประชาชน (people) ไม่จำเป็นต้องหมายถึงประชากร (population) ทั้งหมดของรัฐ⁶⁵ ซึ่งประชากรของควิเบกมีการใช้ร่วมกันทางภาษา และวัฒนธรรม ซึ่งเป็นการพิจารณาในการกำหนดเป็นกลุ่มที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งก็คือเป็นกลุ่มชน (a people) ไม่จำเป็นต้องแสวงหาลักษณะทางกฎหมายในการหาข้อยุติในคำถามข้อที่ 2⁶⁶

ศาลได้กล่าวถึงหลักในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal self-determination) ว่าเป็นสิทธิที่ประชาชนแสวงหาทางการเมืองและวัฒนธรรม สังคม เศรษฐกิจของพวกเขาภายในรัฐที่มีอยู่ (existing state) สิทธิกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) เป็นกรณีที่มาจากการอ้างสิทธิในการประกาศแบ่งแยกตัวฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดขึ้นเพียงกรณีที่มีความร้ายแรงอย่างมาก และอยู่ภายใต้การกำหนดพฤติการณ์ที่ต้องอาศัยความรอบคอบอย่างมาก⁶⁷

อีกทั้งไม่จำเป็นต้องมีความขัดกันระหว่างการรักษามบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ รวมถึงแคนาดา กับสิทธิของประชาชนต่อการบรรลุมাত্রการในการใช้สิทธิกำหนดใจตนเอง รัฐที่มีรัฐบาลซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนที่อาศัยอยู่ในดินแดนโดยอาศัยความเท่าเทียมและปราศจากการแบ่งแยก (discrimination) และในแง่ของสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (internal self-determination) อาศัยข้อตกลงในการมอบอำนาจในการปกป้องภายใต้หลักบูรณภาพแห่งดินแดนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ⁶⁸

ในกรณีอื่น ๆ ซึ่งอยู่นอกบริบทอาณานิคม ควรที่จะใช้สิทธิกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) หากประชาชนถูกปกครองโดยถูกกดขี่ หรือถูกเข้าครอบครองโดยชาวต่างชาติ ซึ่งเป็นการยอมรับโดยมีรากฐานมาจากปฏิญญาว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ (Declaration on Principal of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States) นักกฎหมายหลายท่าน ยืนยันว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองอาจ

⁶⁵ Ibid., para 124.

⁶⁶ Ibid., para 125.

⁶⁷ Ibid., para 126.

⁶⁸ Ibid., para 130.

เป็นพื้นฐานของสิทธิในการแบ่งแยกดินแดนใน 3 พฤติการณ์ เมื่อประชาชนถูกกีดกันจากการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (internal self-determination) ซึ่งนำมาสู่สิทธิในการเยียวยาขั้นสุดท้าย (a last resort) ต่อการใช้สิทธิโดยการแบ่งแยกดินแดน ทั้งนี้ แถลงการณ์เวียนนา (The Vienna Declaration) ก็เรียกร้องว่า รัฐบาลตัวแทนของประชาชนที่เป็นเจ้าของดินแดนโดยปราศจากการแบ่งแยกชาติพันธุ์ ซึ่งเป็นการเพิ่มการยืนยันต่อการกีดกันอย่างเต็มที่ซึ่งจะนำไปสู่สิทธิในการแบ่งแยกดินแดน

2.4 บทบาทของสหประชาชาติในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

องค์การสหประชาชาติเป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับโลกที่มีความสำคัญมากที่สุดนับแต่ได้รับการสถาปนาขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ ได้แก่ การธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การส่งเสริมสิทธิมนุษยชน การเคารพในหลักความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ การส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมของประชากรโลก⁶⁹

องค์การสหประชาชาติประกอบด้วยองค์กรหลัก จำนวน 6 องค์กร ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎบัตรสหประชาชาติ ดังนี้

1. สมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (United Nations General Assembly)
2. คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (United Nations Security Council)
3. คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council)
4. คณะมนตรีภาวะทรัสตี (Trusteeship Council)
5. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice)
6. สำนักเลขาธิการสหประชาชาติ (United Nations Secretary General)

ในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีต บางครั้งเป็นสถานการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงและสันติภาพระหว่างประเทศ จึงจะเห็นได้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชา

⁶⁹ ขจิต จิตตเสวี, องค์การระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 145.

*คณะมนตรีความมั่นคงประกอบด้วยสมาชิกถาวร (permanent members) จำนวน 5 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส จีน รัสเซีย และสมาชิกไม่ถาวร (non-permanent members) จำนวน 10 ประเทศ ดำรงตำแหน่งวาระละ 2 ปี โดยสมาชิกประเภทนี้จะได้รับการเลือกจากที่ประชุมของสมัชชาใหญ่ โดยการจัดสรรที่นั่งเป็นไปตามเขตภูมิศาสตร์

ใหญ่สหประชาชาติมีบทบาทสำคัญในการมีข้อมติหลาย ๆ ฉบับออกมาเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ดังต่อไปนี้

2.4.1 บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

2.4.1.1 บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติโดยทั่วไป

คณะมนตรีความมั่นคงถือว่าเป็นหัวใจสำคัญในการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ และเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่ชำระไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ด้วยการระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศโดยวิธีการสันติ รวมไปถึงการดำเนินมาตรการบังคับโดยใช้กำลังเพื่อขจัดการคุกคาม หรือการละเมิดสันติภาพซึ่งเป็นภัยอันตรายต่อสังคมโลก ดังนั้น คณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้มีบทบาทอย่างยิ่งต่อสันติภาพของโลก เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้น ณ ภูมิภาคใด ๆ คณะมนตรีความมั่นคงจะเข้าไปคลี่คลายความขัดแย้งต่าง ๆ ด้วยวิธีการหลากหลายโดยสอดคล้องกับความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดให้มหาอำนาจทั้ง 5* เป็นสมาชิกถาวรในคณะมนตรีความมั่นคงและมีสิทธิยับยั้ง (Veto) ในเรื่องสำคัญที่นำเข้าสู่วาระการพิจารณาของคณะมนตรีความมั่นคงในบรรดามหาอำนาจทั้ง 5 แม้เพียงประเทศใดประเทศหนึ่งใช้สิทธิยับยั้งก็จะมีผลทำให้เรื่องนั้น ๆ ตกไปในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ การงดเว้นออกเสียง (abstention) และการไม่เข้าร่วมประชุม (non-participation) ไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิยับยั้ง⁷⁰

2.4.1.2 ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่เกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

คำว่า ข้อมติ (Resolution) ขององค์การระหว่างประเทศ หมายถึง การแสดงเจตนารมณ์ขององค์การระหว่างประเทศออกมาในรูปแบบลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ ตามที่ตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศได้ระบุไว้ เช่น ต้องมีการประชุมกันในองค์การโดยองค์ประชุมประกอบด้วยรัฐสมาชิกที่มีสิทธิเข้าประชุม มีการถกเถียง อภิปรายเพื่อหาข้อสรุปตามหัวข้อที่ปรากฏในวาระการประชุม มีการลงคะแนนเสียงตามที่กำหนดไว้ว่าต้องอาศัยคะแนนเสียงโดยเอกฉันท์ เสียงข้างมากธรรมดา หรือเสียงข้างมากสองในสาม ภายหลังจากที่มีการลงคะแนนเสียงแล้ว ก็จะมีข้อมติออกมา ดังนั้น ข้อมติ (Resolution) คือ การแสดงเจตนารมณ์ที่มีชื่อของรัฐสมาชิกแต่เป็นข้อมติขององค์การระหว่างประเทศออกในนามขององค์การระหว่างประเทศ

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

ชื่อขององค์การระหว่างประเทศนี้มีชื่อเรียกแตกต่างกัน แต่ไม่ว่าจะเรียกว่าอย่างไร โดยสภาพทางกฎหมายแล้ว ชื่อคือการแสดงเจตนาขององค์การระหว่างประเทศอยู่นั่นเอง ชื่ออาจถูกเรียกว่า คำประกาศ(Declaration) คำวินิจฉัย (Decision) คำเสนอแนะ (Recommendation) กฎบัตร (Charter) กฎข้อบังคับ (Regulation)

2.4.1.2.1 กรณี โรดีเซีย

โรดีเซียได้ เป็นอาณานิคมของอังกฤษตั้งแต่ปี ค.ศ. 1923 อังกฤษได้มอบหมายให้ชนผิวขาวกลุ่มน้อย มีอำนาจปกครองตนเองภายในประเทศ (self-governing colony) แต่อังกฤษยังคงมีอำนาจควบคุมในกิจการต่างประเทศ และการป้องกันประเทศโดยรัฐบาลชนผิวขาวกลุ่มน้อยได้นำนโยบายแบ่งแยกผิว (Apartheid) มาใช้ในการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นการลดทอนสิทธิในการเข้าร่วมทางการเมืองของชนผิวดำของประเทศ จึงทำให้สังคมโรดีเซียได้ อยู่ในภาวะของความขัดแย้งระหว่างผู้ปกครองผิวขาว กับผู้อยู่ใต้ปกครองผิวดำ ฝ่ายชนผิวดำพยายามต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและอำนาจในการปกครองประเทศ อังกฤษได้พยายามที่จะยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้นโดยได้รวมโรดีเซียเหนือ โรดีเซียใต้เข้ากับนายาซาแลนด์เป็นสหพันธรัฐแอฟริกากลาง ในปี ค.ศ. 1963 แต่การปกครองแบบใหม่นี้ ไม่ประสบความสำเร็จมาตั้งแต่แรกเริ่ม เพราะชนผิวขาวทั้งหลายยังคงคุมอำนาจไว้ ดังนั้น สหพันธรัฐแอฟริกากลางจึงสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1963 โดยโรดีเซียเหนือได้รับเอกราชและเปลี่ยนชื่อเป็นประเทศแซมเบีย นายาซาแลนด์ได้รับเอกราชและเปลี่ยนชื่อเป็นประเทศมาลาวี ส่วนโรดีเซียใต้ยังมีปัญหาเรื่องเอกราช เพราะชนผิวขาวในโรดีเซียไม่ต้องการให้ชนผิวดำมีสิทธิทางการเมืองเท่าเทียมกับตน ต่อมาเกิดการเจรจากับอังกฤษในปัญหาเอกราชของโรดีเซียใต้ ซึ่งอังกฤษกล่าวว่าเงื่อนไขของตนในการให้เอกราชแก่โรดีเซียใต้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการไม่ให้เอกราชก่อนที่จะมีการปกครองโดยประชาชนส่วนใหญ่ หรือ NIBMAR (NIBMAR Principles : No Independent Before Majority African Rule) หลักการนี้เป็นการปูทางให้ชนผิวดำในโรดีเซียใต้ได้รับสิทธิทางการเมืองโดยการเข้าไปเป็นตัวแทนในสภาอันจะนำไปสู่การยุตินโยบายแบ่งแยกผิวในที่สุด แต่ต่อมาเมื่อนายเอียน สมิธ ผู้ไม่ยอมรับหลักการไม่ให้เอกราชก่อนที่จะมีการปกครองโดยประชาชนส่วนใหญ่ หรือ NIBMAR ของอังกฤษขึ้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี จึงได้ประกาศเอกราชแต่เพียงฝ่ายเดียวจากอังกฤษ ในวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ. 1965 ซึ่งอังกฤษรับไม่ได้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

การที่ชนผิวขาวได้อำนาจในการปกครองประเทศนี้ ทำให้ชนผิวดำซึ่งเป็นชนส่วนใหญ่ของประเทศไม่พอใจที่ถูกจำกัดสิทธิ จนเกิดนโยบายชาตินิยมโดยมีนโยบายแบบประชาธิปไตยสังคมนิยม ต่อต้านการแบ่งแยกผิว และกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ยังได้รับความ

สนับสนุนจากชนผิวดำในทวีปแอฟริกาอย่างมาก โดยทำสงครามกองโจรต่อต้านรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาว ทำให้รัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวอยู่ในภาวะขาดเสถียรภาพเพราะไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ภายในประเทศได้ ในที่สุด สหประชาชาติได้เข้าไปมีบทบาทในการแก้ไขปัญหาเอกราชของโรดีเซียได้ตั้งตั้งแต่ปี ค.ศ.1962 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ประกาศว่า โรดีเซียได้เป็นดินแดนที่ยังมิได้ปกครองตนเอง

จากการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโรดีเซียได้โดยไม่ได้รับการยินยอมจากอังกฤษ ซึ่งเป็นเจ้าของอาณานิคม อีกทั้งยังปกครองประเทศโดยใช้ลัทธิแบ่งแยกผิว ซึ่งลัทธิดังกล่าวถือเป็นสิ่งที่ประชาคมโลกรังเกียจ และเป็นกรขัดกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ทำให้โรดีเซียได้ต้องโดดเดี่ยวจากประชาคมโลก ซึ่งในปี ค.ศ.1976 คณะมนตรีความมั่นคงก็ได้ลงมติด้วยเสียงเอกฉันท์ให้การแซงชั้นทางการเศรษฐกิจต่อโรดีเซียเพื่อบีบ บังคับให้โรดีเซียยอมจัดตั้งรัฐบาลที่มีผู้แทนส่วนใหญ่เป็นคนพื้นเมืองแอฟริกัน แต่โรดีเซียเพิกเฉย สหประชาชาติเองก็ได้สนับสนุนขบวนการปลดปล่อยโรดีเซีย จนในที่สุดก็สามารถต่อสู้กับรัฐบาลผิวขาวได้สำเร็จ ในวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ.1979 โดยนายบิชอป อาเบล มูไซเรวา เป็นนายกรัฐมนตรีผิวดำคนแรกของโรดีเซีย ต่อมาได้รับเอกราชจากอังกฤษเมื่อวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1980 และได้เปลี่ยนชื่อจากโรดีเซียเป็นซิมบับเว

คณะมนตรีความมั่นคงได้เข้ามามีบทบาทในปัญหาเอกราชของโรดีเซียได้เนื่องจากปัญหานี้ได้กลายเป็นปัญหาที่กระทบกระเทือนต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ นับตั้งแต่ ค.ศ. 1965-1980 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้สมาชิกถือเป็นแนวทางปฏิบัติเพื่อยุติปัญหาเอกราชของโรดีเซียได้ซึ่งเป็นปัญหาที่คุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและเพื่อลงโทษรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวน้อยขาว

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 216⁷¹ ออกมาเมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 1965 ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้ประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของชนกลุ่มน้อยผิวขาวของโรดีเซียได้ และเรียกร้องให้รัฐทั้งหลายไม่รับรอง (recognize) ต่อบริบท (regime) ที่ผิดกฎหมายของชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียได้และให้มีการงดเว้นความช่วยเหลือต่าง ๆ ต่อบริบทการปกครองที่ผิดกฎหมายนี้ด้วย

⁷¹ United Nations Security Council Resolution 216 (1965).

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 217⁷² ออกมาเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1965 โดยในข้อมตินี้คณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาว่าสถานการณ์ที่เป็นผลมาจากการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียใต้ เป็นสถานการณ์ที่ร้ายแรง อังกฤษควรจะยุติสถานการณ์ดังกล่าว เนื่องจากการปรากฏสถานการณ์เช่นนั้นจักส่งผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ อีกทั้งมีการยืนยันอีกครั้งถึงข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 216 (1965) และข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 1514(XV) วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1960

คณะมนตรีความมั่นคงได้ประณามการแย่งชิงอำนาจของรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียและพิจารณาว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่มีผลทางกฎหมาย และเรียกร้องให้อังกฤษปราบปรามกบฏชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียใต้ รวมถึงให้อังกฤษดำเนินมาตรการที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพในการปราบปรามรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาว และได้เรียกร้องให้อังกฤษใช้มาตรการที่สำคัญเพื่อให้ประชาชนในโรดีเซียใต้ใช้หลักการกำหนดใจตนเอง ตามข้อมติที่ 1514 ของสมัชชาด้วย

คณะมนตรีความมั่นคงยังได้เรียกร้องมิให้รัฐต่าง ๆ รับรองรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวและมีให้ดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตกับรัฐบาลดังกล่าว และเรียกร้องรัฐต่าง ๆ มิให้ความช่วยเหลือรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาว โดยเฉพาะให้ยุติการส่งอาวุธ และเครื่องมือทางการทหารไปยังโรดีเซียใต้ และให้ตัดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจโดยห้ามส่งน้ำมันเข้าไปในโรดีเซียใต้

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 277 (1965)⁷³ ออกมาในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1970 โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้ประณามถึงการประกาศสถานะความเป็นรัฐที่ผิดกฎหมายโดยระบอบการปกครองที่ผิดกฎหมายของโรดีเซียใต้ อีกทั้งคณะมนตรีความมั่นคงได้วินิจฉัยแล้วว่ารัฐสมาชิกจะต้องงดเว้นจากการรับรองต่อระบอบการปกครองที่ผิดกฎหมาย หรือการแสดงถึงการช่วยเหลือต่าง ๆ ต่อโรดีเซียใต้

เรียกร้องให้รัฐสมาชิก ปฏิบัติมาตรการที่เหมาะสมในระดับนานาชาติ เพื่อให้แน่ใจว่าการกระทำโดยของรัฐบาลในระบอบการปกครองที่ผิดกฎหมายของโรดีเซียจะต้องไม่ได้รับการรับรอง (recognition) และเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 41⁷⁴ ของกฎบัตรสหประชาชาติ รวมถึง

⁷² United Nations Security Council Resolution 217 (1965).

⁷³ United Nations Security Council Resolution 277 (1965).

⁷⁴ Article 41 of the Charter of the United Nations.

เพื่อให้ยุติการปกครองที่ผิดกฎหมายในโรดส์เซียสิ้นสุดลง รัฐสมาชิกจะต้องตัดความสัมพันธ์ทางการทูต กงสุล การค้า การทหาร และความสัมพันธ์อื่น ๆ ซึ่งอาจจะมีความสัมพันธ์กับระบอบการปกครองที่ผิดกฎหมายของโรดส์เซีย และให้ยุติการนำเข้าและส่งออกสินค้าจากและไปยังโรดส์เซีย

2.4.1.2.2 กรณีไซปรัสเหนือ

ไซปรัสมีความขัดแย้งตั้งแต่ตุรกียึดเกาะนี้มาจาก Venice เมื่อ C16 กรีกได้ก่อตั้งอาณานิคมใน Cryrus เมื่อปี 1400 B.C. ต่อมาตุรกีได้มีอำนาจหรือไซปรัสตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1573-1878 เมื่ออังกฤษมีสิทธิในการจัดการและในปี ค.ศ.1914 ก็ต้องการผนวกดินแดนนี้จากอาณาจักรออตโตมัน ต่อมาได้รับเอกราชในปี ค.ศ.1960 และในปีถัดมา Cyprus ได้เข้าร่วมกับ the British Commonwealth เป็น republican member โดยความสัมพันธ์ระหว่างชาวไซปรัสเชื้อสายกรีกมีอยู่ประมาณ 77 เปอร์เซ็นต์ ของประชากรทั้งหมด โดยมีความสัมพันธ์ที่เหนียวแน่นกับกรีก จึงทำให้กรีกถามบทเพื่อให้แนะนำ (recommend) สำหรับการอนุญาตให้ไซปรัสมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

สมาชิกใหญ่ได้ทำการกดดันกรีกอ้างว่าเป็น self-government ในไซปรัสควรจะได้รับความสะดวกต่อสิทธิของชนกลุ่มน้อยมากกว่าจะเป็นทางเลือกแบบกำกวมในเรื่องของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง มันเป็นความขัดแย้งระหว่างตุรกีกับกรีกมากกว่าที่จะเป็นความขัดแย้งระหว่างกลุ่มคนในเกาะซึ่งมีเชื้อชาติกระจัดกระจายในไซปรัส ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1960 The Republic of Cyprus (ROC) ได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติโดยอัตโนมัติ การใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองเต็มไปด้วยความไม่ถูกต้องและตั้งเครียด ประเด็นในเรื่องปลดปล่อยอาณานิคมยุติลง เป็นความขัดแย้งภายในของเรื่องเชื้อชาติซึ่งพัฒนาจนกลายมาเป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์โดยตรงจากภายนอก คือ กรีกกับตุรกี ความขัดแย้งขยายเป็นวงกว้าง จนในที่สุดก็แบ่งเมืองหลวงออกเป็น 2 แห่ง และในปี 1963 มี "Green line" (Nicosia) ที่ถูกสร้างขึ้นโดยมีความกว้างไม่กี่เมตรเท่านั้น มีการลาดตระเวนโดยอังกฤษ กรีก และตุรกี จากการแบ่งชั่วคราวกลายมาเป็นเขตแดนถาวร และเป็นอุปสรรคในการที่จะกลับมาเป็นเหมือนเดิม การต่อสู้แพร่ขยายเป็นวง

The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.

กว้าง มีการทำลายทรัพย์สินและมีการลักพาตัวเกิดขึ้นทุก ๆ ที่ รัฐบาลไซปรัสเรียกร้องให้องค์การสหประชาชาติเข้ามาช่วยโดยเข้ามาแทนที่ความพยายามของอังกฤษในการรักษาความสงบ ซึ่งเป็นเรื่องที่อันตรายมากเพราะทั้งกรีกและตุรกีต่างก็เป็นสมาชิกของเนโต้และเป็นศัตรูกัน ในวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ.1964 คณะมนตรีความมั่นคงได้มีมติที่ 186 ในการสร้าง peacekeeping force เข้าไปในไซปรัสเป็นระยะเวลา 3 เดือนเพื่อหยุดความขัดแย้ง⁷⁵

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 541 (1983)⁷⁶ เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาแล้วว่าการประกาศเอกราชของไซปรัสเหนือ (the Turkish Cypriot) เป็นการขัดกับสนธิสัญญา ค.ศ. 1960 (the 1960 Treaty) เกี่ยวกับการก่อตั้งสาธารณรัฐไซปรัส (the Republic of Cyprus) และ the 1960 Treaty of Guarantee คณะมนตรีความมั่นคงได้พิจารณาแล้วว่าความพยายามในการสร้างสาธารณรัฐตุรกีแห่งไซปรัสเหนือ (a Turkish Republic of Northern Cyprus) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยืนยันถึงการสนับสนุนกองกำลังรักษาสันติภาพในไซปรัส

เลขาธิการสหประชาชาติได้มีแถลงการณ์ (statement) ในวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 ซึ่งได้กล่าวถึงความไม่เห็นด้วยของการประกาศแบ่งแยกดินแดนออกจากการเป็นส่วนหนึ่งของสาธารณรัฐไซปรัสของกลุ่ม the Turkish Cypriot ซึ่งพิจารณาแล้วว่าการประกาศเอกราชดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและเรียกร้องให้ยุติการกระทำนั้น พร้อมทั้งเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพในอำนาจอธิปไตย ความเป็นเอกราช บูรณภาพแห่งดินแดน และความเป็นกลางของสาธารณรัฐไซปรัส อีกทั้งยังเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ งดเว้นจากการกระทำใด ๆ ซึ่งจะทำให้สถานการณ์ในสาธารณรัฐไซปรัสเลวร้ายลง

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 550 (1984)⁷⁷ ในวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ.1984 คณะมนตรีความมั่นคงได้พิจารณาถึงความร้ายแรงเกี่ยวกับการกระทำของกลุ่มแบ่งแยกดินแดนซึ่งยึดครองส่วนหนึ่งของไซปรัสโดยละเมิดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 541(1983) กล่าวคือการอ้างถึงการแลกเปลี่ยนตัวแทนทางการทูตระหว่างตุรกีและสาธารณรัฐตุรกีไซปรัสเหนือเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และพิจารณาแล้วว่าการทำประชามติและการเลือกตั้ง

⁷⁵ David J. Whittaker. *United Nations in action* (London: UCL Press,1995), p. 51.

⁷⁶ United Nations Security Council Resolution 541 (1983).

⁷⁷ United Nations Security Council Resolution 550(1984).

ในสาธารณรัฐตุรกีไซปรัสเป็นการกระทำที่คุกคามต่อความเป็นหนึ่งเดียวของความเป็นรัฐเอกราชของไซปรัสและเป็นการแบ่งแยกไซปรัส

คณะมนตรีความมั่นคงได้ประณามการกระทำของกลุ่มแบ่งแยกดินแดน รวมถึงการแลกเปลี่ยนตัวแทนทางการทูตระหว่างตุรกีและสาธารณรัฐตุรกีไซปรัสเหนือ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเรียกร้องให้ยุติการกระทำเช่นนั้นทันที และเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้รับรองสาธารณรัฐตุรกีไซปรัสเหนือที่ก่อตั้งขึ้นจากการกระทำของกลุ่มแบ่งแยกดินแดนและไม่ให้รัฐต่าง ๆ กระทำการใดอันเป็นการช่วยเหลือกลุ่มแบ่งแยกดินแดนนี้ และคณะมนตรีความมั่นคงได้เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพต่ออำนาจอธิปไตย ความเป็นเอกราช บูรณภาพแห่งดินแดน ความเป็นเอกภาพและความเป็นกลางของสาธารณรัฐไซปรัสด้วย

4.2.1.2.3 กรณี Republika Srpska

ในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาซึ่งในขณะนั้นประกอบด้วยชาวมุสลิมร้อยละ 44 ชาวเซิร์บร้อยละ 31 และชาวโครแอตร้อยละ 17 อาศัยอยู่อย่างกระจุกกระจายในดินแดนของบอสเนีย โดยมีชาวมุสลิมและชาวโครแอตที่อาศัยอยู่ในบอสเนียซึ่งเป็นพรรครัฐบาล หลังจากเห็นสาธารณรัฐอื่น ๆ ประกาศเอกราชสำเร็จจึงได้มีการลงประชามติเพื่อแยกตัวเป็นเอกราชเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ.1991 ทำให้ชาวเซิร์บไม่พอใจเนื่องจากช่วงนั้นได้รับอิทธิพลจากลัทธิชาตินิยมของประธานาธิบดีสโลโบดาน มิโลเชวิก เกี่ยวกับนโยบายรวมเซอร์เบีย (Greater Serbia) เพื่อต้องการให้ยูโกสลาเวียเป็นประเทศเดียว จึงต้องการที่จะรวมตนเองเข้ากับสาธารณรัฐเซอร์เบีย จึงได้ประกาศตนเป็นอิสระในดินแดนของบอสเนียเมื่อวันที่ 9 มกราคม ค.ศ.1992 ในนาม “รัฐของชาวเซิร์บในบอสเนีย” (The Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina) ภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็น “สาธารณรัฐเซิร์บกา” (The Republika Srpska) แต่ไม่ได้รับการรับรองว่าเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁸

หน่วยทหารบอสเนียเซิร์บ (The Army of the Republika Srpska: VRS) ได้ทำการต่อสู้อัตตาหวนการแยกตัวเป็นอิสระของชาวบอสเนียมุสลิมและชาวโครแอตอย่างทารุณโหดร้าย โดยนำนโยบายรวมเซอร์เบีย (Greater Serbia) และนโยบายการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) มาใช้ในการฆ่าชาวมุสลิมและชาวโครแอตในดินแดนบอสเนียและโครเอเชีย ไม่ว่าจะ

⁷⁸ International Court of Justice, Case Concerning the Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, para. 233

เป็นการใช้กำลังทางทหารขับไล่ชาวบอสเนียมุสลิมและชาวโครแอตออกจากพื้นที่ที่ตนครอบครองอย่างเป็นระบบ มีการสังหารหมู่ ฆ่าข่มขืน และกระทำการทารุณกรรมต่าง ๆ ในแคมป์อพยพ โดยได้รับความช่วยเหลือทางอาวุธและการเงินจากเซอร์เบีย ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะแย่งดินแดนให้ได้มาก(และเร็ว)ที่สุด เพื่อให้ดินแดนที่ชาวเซิร์บปกครองอยู่อย่างกระจัดกระจายในหลายส่วนของประเทศรวมเข้าเป็นดินแดนผืนเดียวกันกับดินแดนของเซอร์เบีย⁷⁹

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 787 (1992)⁸⁰ ในวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992 โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้ยืนยันถึงการกำหนดให้สถานการณ์ในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และยืนยันถึงการกำหนดความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมในสาธารณรัฐบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในความพยายามของคณะมนตรีความมั่นคงในการฟื้นฟูสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้

คณะมนตรีความมั่นคงได้เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพต่อหลักบรรณภาพแห่งดินแดนของสาธารณรัฐบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา และยืนยันว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของกลุ่มต่าง ๆ ในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาเป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมายไม่อาจยอมรับได้ และได้ประณามการปฏิเสขของกลุ่มต่าง ๆ ในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาโดยเฉพาะกลุ่มกองกำลังชาวเซิร์บในบอสเนีย (the Bosnian Serb paramilitary forces) ในการปฏิบัติตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงก่อนหน้านี้ และเรียกร้องให้สาธารณรัฐต่าง ๆ ในอดีตยูโกสลาเวียปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงนี้ทันที

⁷⁹ อริศรา เหล็กคำ, กรณีศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายเผ่าพันธุ์ (26 กุมภาพันธ์ 2550), วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553, หน้า 19

⁸⁰ United Nations Security Council Resolution 787 (1992)

ตารางที่ 2 สรุปข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวใน
กรณีต่าง ๆ

กรณี ปัญหา	ข้อมติคณะ มนตรีความ มั่นคง	เนื้อหาในข้อมติ
โรดีเซีย	216(1965)	- ประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของชนกลุ่มน้อยในโรดีเซียได้ - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนี้
	217(1965)	- ประกาศว่าการประกาศเอกราชนี้เป็นโมฆะ - เรียกร้องให้อังกฤษปราบปรามรัฐบาลชนกลุ่มน้อย และให้อังกฤษมี มาตรการเพื่อให้ประชาชนในโรดีเซียใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเอง - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ตัดความสัมพันธ์ทางการทูตทุกรูปแบบกับ รัฐบาลชนกลุ่มน้อยในโรดีเซียได้
	277(1965)	- ประณามถึงการความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราช ของโรดีเซียได้ - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองรัฐบาลของชนกลุ่มน้อยโรดีเซีย ได้
ไซปรัส เหนือ	541(1983)	- การประกาศของไซปรัสเหนือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายพร้อมทั้ง เรียกร้องให้ยุติการกระทำนั้น ๆ ด้วย - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพต่ออำนาจอธิปไตย และหลักบูรณภาพ แห่งดินแดนของสาธารณรัฐไซปรัส
	550(1984)	- ประณามการกระทำของกลุ่มแบ่งแยกดินแดน ซึ่งกระทำการละเมิด ข้อมติที่ 541 - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองสาธารณรัฐตุรกีไซปรัสเหนือ ซึ่ง ก่อตั้งโดยกลุ่มแบ่งแยกดินแดน

กรณี ปัญหา	ข้อมติคณะ มนตรีความ มั่นคง	เนื้อหาในข้อมติ
Republika Srpska	787(1992)	<ul style="list-style-type: none"> - การประกาศเอกราชของชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ในบอสเนีย-เซอร์เบียโกวีนา เป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อาจยอมรับได้ - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพต่อหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของบอสเนีย-เซอร์เบียโกวีนา

2.4.2 บทบาทของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

2.4.2.1 บทบาทของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในกรณีทั่วไป

สมัชชาใหญ่สหประชาชาติเป็นเสมือนเวทีโลก (World Forum) ซึ่งบรรดารัฐสมาชิกสามารถอภิปรายถึงเรื่องราวต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวาง และสามารถแสดงออกถึงเจตจำนงของรัฐได้โดยเสรี ทั้งนี้ ในการตัดสินใจในเรื่องราวต่าง ๆ ของสมัชชานั้นกระทำโดยการลงมติโดยรัฐสมาชิกจะสามารถออกเสียงในการลงมติได้รัฐละหนึ่งเสียงเท่าเทียมกันทุกรัฐ ซึ่งสมัชชาสามารถออกข้อมติที่เป็นคำแนะนำ (Recommendation) แก่ประเทศสมาชิกเท่านั้น เพราะสมัชชามีได้มีอำนาจในการออกข้อมติที่มีผลผูกพันรัฐสมาชิก ดังนั้น คำวินิจฉัยของสมัชชาใหญ่จึงเป็นแค่คำแนะนำเท่านั้น มิได้ก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายแต่ประการใด แต่ในทางการเมืองระหว่างประเทศหรือทางด้านศีลธรรมระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของสมัชชาใหญ่ โดยเฉพาะคำแนะนำที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในสังคมโลก ทำให้เกิดภาพพจน์ไม่ดีต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว อันอาจส่งผลในทางการเมืองในการติดต่อสัมพันธ์กับรัฐภายนอกอื่นใดได้

สมัชชาใหญ่ยังมีอำนาจในการพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยอาจทำคำแนะนำไปยังประเทศสมาชิก หรือคณะมนตรีความมั่นคง หรือทั้งสองแห่งก็ได้ ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นอยู่ว่าสมัชชาใหญ่จะต้องไม่ให้คำแนะนำใด ๆ ในขณะที่

ที่คณะกรรมการความมั่นคงกำลังปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทหรือรักษาสถานการณ์ใด ๆ ตามที่ได้รับมอบหมายอยู่แล้ว เว้นแต่คณะกรรมการความมั่นคงจะร้องขอ⁸¹

4.2.2.2 บทบาทของสมัชชาใหญ่ในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

สมัชชาได้เริ่มมีบทบาทในการดำเนินการเพื่อให้โรดีเซียใต้ได้รับเอกราชเป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ.1962 โดยสมัชชาได้ออกข้อมติมอบหมายให้คณะกรรมการพิเศษพิจารณาว่าดินแดนใดบ้างที่ยังมิได้ปกครองตนเองตามข้อมติที่ 1514(XV) โดยเฉพาะให้พิจารณาปัญหาเอกราชของโรดีเซียใต้ คณะกรรมการพิเศษได้สรุปรายงานเสนอต่อสมัชชาว่า โรดีเซียใต้เป็นดินแดนที่ยังมิได้ปกครองตนเอง⁸² หลังจากที่สมัชชาใหญ่ได้รับทราบถึงสถานการณ์ในโรดีเซียใต้ตามรายงานของคณะกรรมการพิเศษแล้ว สมัชชาได้พิจารณาปัญหาโรดีเซียใต้ในทุกสมัยประชุม ตั้งแต่ ค.ศ.1962-1980 และได้มีข้อมติออกมาทุกครั้งเพื่อกำหนดแนวทางตามขั้นตอนเพื่อให้ชนผิวดำในโรดีเซียใต้ได้รับเอกราช ข้อมติของสมัชชาที่เกี่ยวข้องกับปัญหาเอกราชของโรดีเซียใต้ มีดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3 สรุปข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของ

ข้อมติสมัชชาใหญ่ สหประชาชาติ	สาระสำคัญ
ข้อมติที่ 1747 (XVI) ⁸³	คณะกรรมการพิเศษได้ยืนยันว่าดินแดนโรดีเซียใต้เป็นดินแดนที่ยังมิได้ปกครองตนเอง(Non self-government) และเรียกร้องให้อังกฤษดำเนินการในการจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญแทนรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1961 เพื่อเป็นการรับประกันสิทธิของประชาชนส่วนใหญ่ ตามหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิญญาว่าด้วยการให้เอกราชแก่ประชาชนและประเทศต่าง ๆ ที่เป็นอาณานิคม รวมทั้งดำเนินการเพื่อรักษาสีทธิของชนผิวดำโดยการให้มีการยกเลิกข้อจำกัดทางกฎหมาย

⁸¹ Article 12 of The Charter Of the United Nations Charter

⁸² วราภร จุลปานนท์, สหประชาชาติกับการได้เอกราชของโรดีเซียใต้(ค.ศ.1962-1980), วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2531, หน้า 34

⁸³ UN General Assembly Resolution 1747(XVI), 28 June 1962

ข้อมติสมัชชาใหญ่ สหประชาชาติ	สาระสำคัญ
	และทางปฏิบัติในการใช้สิทธิ เสรีภาพ เพื่อการมีส่วนร่วมทางการเมือง รวมทั้งยกเลิกกฎหมาย คำสั่งที่มีพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และการแบ่งแยกสีผิว
ข้อมติที่ 2012(XX) ⁸⁴	<p>สมัชชาประณามความพยายามของรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียใต้ในการที่จะประกาศเอกราช โดยวิธีการที่ผิดกฎหมายเพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งอำนาจของตน อีกทั้งยังประกาศให้ทราบว่าการรักษาไว้ซึ่งอำนาจของรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียใต้เป็นการขัดกับหลักการเสมอภาค และหลักในการกำหนดใจตนเองตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และข้อมติสมัชชาที่1514(XV)</p> <p>ทั้งนี้ มีการเรียกร้องมิให้อังกฤษและรัฐสมาชิกยอมรับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของรัฐบาลชนกลุ่มน้อยในโรดีเซียใต้ และเรียกร้องให้อังกฤษดำเนินมาตรการป้องกันการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว และในกรณีที่มีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวแล้ว ให้อังกฤษยุติการกบฏ เช่นนั้นเสียเพื่อจะได้มีการมอบอำนาจให้กับรัฐบาลที่เป็นตัวแทนของประชาชนส่วนใหญ่ในโรดีเซียใต้</p>
ข้อมติที่ 2024(XX) ⁸⁵	<p>สมัชชาได้ประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียใต้ อีกทั้งยังเรียกร้องให้อังกฤษปฏิบัติตามข้อมติของสมัชชา และคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อยุติการกบฏของรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาว และเสนอแนะให้คณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาปัญหาโรดีเซียใต้เป็นการเร่งด่วน</p>

⁸⁴ UN General Assembly Resolution 2012(XX), 12 October 1965

⁸⁵ UN General Assembly Resolution 2024(XX), 11 November 1965

ข้อมติสมัชชาใหญ่ สหประชาชาติ	สาระสำคัญ
ข้อมติที่ 2508(XXIV) ⁸⁶	สมัชชาประกาศว่ามาตรการต่าง ๆ ที่ระบอบการปกครองที่ผิดกฎหมายใช้กีดกันการต่อสู้ของประชาชนซิมบับเว* เพื่อให้ได้รับสิทธิอันชอบธรรมและต่อต้านลัทธิแบ่งแยกผิวเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ต่อมาในเดือนมีนาคม ค.ศ.1970 รัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวในโรดีเซียใต้ ได้ประกาศตนเองเป็นสาธารณรัฐ เพื่อเป็นการกีดกันมิให้ชนผิวดำได้ใช้สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง
ข้อมติที่ 2652(XXV) ⁸⁷	สมัชชาประกาศว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโรดีเซียใต้เป็นการกระทำดังกล่าวนั้นผิดกฎหมาย และประณามอังกฤษที่ได้ใช้มาตรการที่มีประสิทธิผลในการปราบปรามระบอบการปกครองที่ผิดกฎหมายนั้น

จากตารางจะเห็นได้ว่าสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีบทบาทสำคัญเกี่ยวกับสถานการณ์ของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว โดยจะเน้นไปทางด้านของสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรม และในกรณีที่มีการประกาศเอกราชที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็มีข้อมติออกมาประณามการกระทำดังกล่าว ซึ่งแม้ว่าข้อมติของสมัชชาใหญ่จะไม่มีผลบังคับเทียบเท่ากับข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแต่ถึงอย่างไรข้อมติของสมัชชาใหญ่ก็เป็นการแสดงให้เห็นถึงท่าทีของรัฐต่าง ๆ ในสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งจากกรณีนี้ก็จะเห็นได้ว่ารัฐต่าง ๆ ก็ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โรดีเซีย ดังนั้น สมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ซึ่งแม้ว่าข้อมติของสมัชชาใหญ่จะไม่มีผลบังคับเทียบเท่ากับข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแต่ถึงอย่างไรข้อมติของ

⁸⁶ UN General Assembly Resolution 2508(XXIV), 21 November 1969.

* คำว่า ซิมบับเว เป็นภาษาพื้นเมืองของแอฟริกัน หมายถึง “Stone House” เป็นคำที่ใช้เรียกโบราณสถานที่มีลักษณะเป็นหอสูง ในภูมิภาคแอฟริกาตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งโบราณสถานดังกล่าวที่ใหญ่ที่สุดอยู่ในโรดีเวียใต้ เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงอารยธรรมขั้นสูงของชาติแอฟริกัน ขบวนการชาตินิยมในโรดีเซียใต้จึงนำคำดังกล่าวมาตั้งเป็นชื่อขบวนการ ซึ่งต่อมาเมื่อขบวนการชาตินิยมได้รับเอกราชแล้วจึงเปลี่ยนชื่อประเทศใหม่ว่า “ซิมบับเว”

⁸⁷ UN General Assembly Resolution 2652(XXV), 3 December 1970.

สมัชชาใหญ่ก็เป็นการแสดงให้เห็นถึงท่าทีของรัฐต่าง ๆ ในสังคมระหว่างประเทศ ซึ่งจากกรณีนี้จะเห็นได้ว่ารัฐต่าง ๆ ก็ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โรดีเซีย

ดังนั้น การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว แม้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศจะยังไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่ชัด จึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายในเรื่องความเป็นรัฐ ซึ่งเป็นการกำหนดองค์ประกอบของความเป็นรัฐ หลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยเรื่องนี้ถือว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะในอดีตที่มีการปลดปล่อยอาณานิคม มีการนำหลักในการกำหนดใจตนเองมาใช้เพื่อให้ดินแดนที่อยู่ภายใต้อาณานิคมได้รัฐเป็นเอกราช ต่อมาหลังยุคอาณานิคม สิทธิในการกำหนดใจตนเองได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ ซึ่งถ้ารัฐไม่ให้ความเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชนในรัฐ ถือว่ารัฐละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน อีกทั้งรัฐบาลที่ปกครองรัฐจะต้องมาจากตัวแทนของประชาชนในรัฐซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญอย่างมาก สิทธิในการกำหนดใจตนเองหลังยุคอาณานิคมจึงมีลักษณะที่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย กลุ่มประชาชนในรัฐสามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองได้ภายในรัฐ แต่ถ้าหากรัฐบาลไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชนทั้งหมดในรัฐ ถือว่าเป็นการไม่เคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองของกลุ่มคนภายในรัฐและเป็นการกีดกันจากการประชาชนในการมีส่วนร่วมในการปกครอง ซึ่งทำให้รัฐไม่อาจอ้างบูรณภาพแห่งดินแดนในรัฐได้ อีกทั้ง หากเกิดการกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างใหญ่หลวงต่อประชาชน จึงส่งผลให้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในของประชาชนกลายเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก ซึ่งอาจนำมาสู่การแยกตัวและประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้ รัฐก็ไม่อาจยกหลักบูรณภาพแห่งดินแดนมาป้องกันไม่ให้กลุ่มคนกลุ่มนี้แยกตัวออกไปได้ เพราะเมื่อรัฐละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง รัฐก็ขาดความชอบธรรมที่จะอ้างหลักบูรณภาพแห่งดินแดนมาปกป้องดินแดนของรัฐเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของบังคลาเทศที่เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งถือว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจนนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวและรัฐต่าง ๆ ก็ให้การรับรองรัฐ จนในที่สุดก็ได้เข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ ซึ่งบังคลาเทศถือเป็นหลักฐานที่สำคัญของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่นอกบริบทอาณานิคม ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ซึ่งจะทำให้การวิเคราะห์ต่อไปเพื่อให้เกิดความกระจ่างยิ่งขึ้นต่อการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายในเรื่องการรับรองก็มีส่วนสำคัญมากในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว จริงอยู่ที่การรับรองรัฐมีลักษณะไปในทางการเมืองระหว่างประเทศ แต่ผลของการรับรองรัฐย่อม

ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย และทำให้องค์ภาวะที่ประกาศเอกราชมีตัวตนที่ชัดเจนในสายตาของประชาคมระหว่างประเทศอันส่งผลต่อสถานะความเป็นบุคคลระหว่างประเทศนั่นเอง แต่ถ้าหากการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเกิดจากการกระทำที่เป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ย่อมส่งผลให้การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต่าง ๆ ก็ย่อมไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐ และแม้ว่าองค์ภาวะที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะมีองค์ประกอบความเป็นรัฐที่ครบถ้วนตามหลักกฎหมายว่าด้วยความเป็นรัฐ (Statehood) ก็ตาม หากรัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐก็ไม่สามารถเข้าร่วมในประชาคมโลกและไม่อาจดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐต่าง ๆ ได้ อย่างเช่นในกรณีของโรดีเซียที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐต่าง ๆ ร่วมกันไม่รับรองความเป็นรัฐนั่นเอง

แนวปฏิบัติของสหประชาชาติก็มีส่วนสำคัญในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจากกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่ก็จะวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานการณ์นั้น ๆ และมีข้อมติออกมา อย่างเช่นในกรณีของโรดีเซีย ไชปรัส ซึ่งทั้งคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่ต่างมีมติประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของสหประชาชาติจะมีการดำเนินการต่าง ๆ หากว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งกรณีของโคโซโวแม้คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่จะมีข้อมติเกี่ยวกับวิกฤติการณ์ในโคโซโว แต่เมื่อโคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียวก็ไม่ปรากฏว่าทั้งคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่จะมีข้อมติเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวอย่างเช่นในกรณีต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของโคโซโวจากแนวปฏิบัติของสหประชาชาติว่าไม่ได้ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะทำการศึกษาต่อไป

ภายหลังจากการที่โคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติเพื่อขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งศาลได้มีความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดของคำวินิจฉัยของศาลในบทถัดไป

บทที่ 3

ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการประกาศ เอกราช ฝ่ายเดียวของโคโซโวอันเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ในบทนี้จะเป็นการกล่าวถึงสถานการณ์ในโคโซโวซึ่งทำให้โคโซโวต้องประกาศเอกราชฝ่ายเดียวออกจากเซอร์เบีย ในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 ซึ่งจากการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวในครั้งนี้ไม่ได้รับความยินยอมจากเซอร์เบีย ต่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้ร้องขอความเห็นจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ทั้งนี้ ก่อนที่จะศึกษารายละเอียด และทำการวิเคราะห์ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลดังกล่าวนี้ จะขอกล่าวถึงสถานการณ์ในโคโซโว รวมถึงกลไกในการร้องขอความเห็นจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดความเข้าใจยิ่งขึ้น

3.1 ภูมิหลังของสถานการณ์ในโคโซโว

สถานการณ์ในโคโซโวเริ่มเลวร้ายลง เมื่อสโลโบดัน มิโลเชวิช ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของยูโกสลาเวีย ทำให้เกิดการกระตุ้นกระแสชาตินิยมให้แก่ชาวเซอร์เบียเพื่อต้องการให้เซอร์เบียกลับมายิ่งใหญ่อีกครั้งตามแนวคิด Greater Serbia อีกทั้งมิโลเชวิชเห็นว่ารัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1974 เป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่โคโซโวและทำให้โคโซโวแข็งข้อต่อเซอร์เบีย จึงนำมาสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1974 และมีผลให้ยกเลิกสถานะปกครองตนเองของโคโซโว และนี่เองที่เป็นชนวนนำไปสู่วิกฤติการณ์ที่เลวร้ายในโคโซโว ชาวโคโซโวเชื้อสายแอลเบเนียจำนวนมากไม่พอใจการยกเลิกสถานะปกครองตนเอง และเกิดการรวมตัวเพื่อต่อต้านเซอร์เบีย โดยมีการจัดตั้งกองกำลัง KLA ขึ้น และมีการปะทะกับทหารของยูโกสลาเวียและเซอร์เบีย ซึ่งทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อย

เนโต้ได้พยายามยุติความขัดแย้งที่ดูท่าทีว่าจะบานปลายในครั้งนี้ โดยได้มีการจัดการประชุมที่รู้จักกันในนามของ กลุ่มติดต่อ (Contact Group)¹ โดยการประชุมในครั้งนี้เป็นการประชุม 3 ฝ่าย คือ กลุ่มติดต่อ(Contact Group) ยูโกสลาเวีย กลุ่มปลดปล่อย KLA จัดขึ้นที่

¹ ประชุมพร วัชรเสถียร, “ปัญหาโคโซโว : ไม่สิ้นสุด,” มติชนสุดสัปดาห์ 19, 965 (16 กุมภาพันธ์ 2542):

ปราสาทรอนบูเยท์ ประเทศฝรั่งเศส และการประชุมที่รอนบูเยท์นี้ถูกจัดขึ้นถึง 2 ครั้ง กล่าวคือ การประชุมรอนบูเยท์ครั้งแรก ถูกจัดขึ้นระหว่างวันที่ 6-13 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 วัตถุประสงค์ในการเจรจาเพื่อหาทางยุติสงครามโคโซโว ในที่ประชุมสันติภาพที่รอนบูเยท์ผู้แทนสหรัฐฯ เสนอให้มีการลงประชามติเรื่องเอกราชของโคโซโว และให้ปลดอาวุธทั้งหมดของกองทัพปลดปล่อยโคโซโว แต่มีโลเซวิชปฏิเสธ นักการทูต และเจ้าหน้าที่ที่ของสหรัฐฯ มีความเห็นว่าการที่โลเซวิชปฏิเสธ เป็นเพราะมีความเชื่อว่าอิสรภาพของโคโซโวคือจุดหมายลับของสหรัฐอเมริกา ในขณะที่การเจรจาสันติภาพที่รอนบูเยท์ยังดำเนินต่อไป อังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี เริ่มส่งกองกำลังรักษาสันติภาพไปยังมาซิโดเนีย ถ้าหากอสังค์ตันส่งกองทัพรอดังไปสมทบที่นั่น ทางเนโตยอมมีกองทหารภาคพื้นดินอยู่ที่ชายแดนของโคโซโวซึ่งสามารถเข้าไปแทรกแซงขัดขวางกองทัพของเซอร์เบียแต่รัฐบาลคลินตันเน้นเรื่องให้เนโตโจมตีทางอากาศอย่างเดียว หากต้องทำสงครามกับยูโกสลาเวีย โดยไม่จำเป็นต้องใช้กองทัพภาคพื้นดินสนับสนุน เรื่องนี้เจ้าหน้าที่ของทำเนียบขาวแถลงว่า ยุโรปไม่เคยเสนอการแก้ปัญหาด้วยการใช้กองกำลังภาคพื้นดินของเนโตเลย²

การประชุมรอนบูเยท์จึงถูกจัดขึ้นอีกครั้งในระหว่างวันที่ 15-18 มีนาคม ค.ศ. 1999 แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใดเช่นครั้งก่อน เนื่องจากยูโกสลาเวียปฏิเสธในการลงนามเอกสารเกี่ยวกับการยุติสงครามโคโซโวและฟื้นฟูเรื่องการปกครองตนเองของโคโซโวซึ่งจะแยกตัวออกไปจากยูโกสลาเวีย การประชุมสันติภาพโคโซโวจึงล้มเหลว นั่นเป็นเพราะมีโลเซวิชเห็นว่า ทุกข้อเสนอนั้นขัดแย้งกับสิ่งที่รอนบูเยท์นั้นไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังเอื้อให้โคโซโวมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองทั้ง ๆ ที่โคโซโวกียังคงมีสถานะเป็นแคว้นหนึ่งของเซอร์เบียและอยู่ภายใต้ประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งนับเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของยูโกสลาเวีย ดังนั้น โคโซโวจึงไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะเลือกได้ตามใจปรารถนาตราบใดที่ยังคงอยู่ภายใต้อธิปไตยของยูโกสลาเวียอยู่นอกจากนั้นมาตรการต่าง ๆ ยังเป็นความริเริ่มจากเนโตในนามกลุ่มคิดต่อฝ่ายเดียว ซึ่งจริง ๆ แล้วควรจะเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของสหประชาชาติ นอกจากนั้นแล้วการที่เนโตยังอ้างสิทธิในการจัดตั้งกองกำลังติดอาวุธ (KFOR) เพื่อเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ในโคโซโวยิ่งทำให้ทั้งเซอร์เบียและยูโกสลาเวียยอมรับไม่ได้และจำเป็นต้องใช้ความพยายามทุกวิถีทางเพื่อปกป้องอธิปไตยของตนให้รอดพ้นจากการคุกคามของเนโต แม้ว่าการเจรจาสันติภาพครั้งนี้จะล้มเหลวแต่นางเมเดลิน อันไบร์ทก็ยังพยายามครั้งสุดท้ายทางการทูตโดยส่งนายริชาร์ด โฮลบลูค อยู่ระหว่างการเดินทางไปยังกรุงเบลเกรด เมืองหลวงของยูโกสลาเวีย ผู้บัญชาการกองทัพเนโตเริ่มไม่พอใจเนื่องจากขณะที่เน

² ธนู แก้วโสภาส, เหตุการณ์สำคัญที่สุดของโลกในศตวรรษที่ 20 : ศตวรรษแห่งสงคราม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2544), หน้า 747.

โดยยังไม่ลงมือโจมตี ยูโกสลาเวียได้ส่งทหารเชิร์บเข้าไปในโคโซโวมากขึ้นทุกขณะ แต่นางอัลไบร์ท์ ยืนกรานต้องรอผลของการเจรจาทางการทูตของนายริชาร์ด โฮลบลูคก่อน ขณะนั้นเมื่อการเจรจาสันติภาพโคโซโวล้มเหลว ชาวโคโซโวเชื้อสายแอลเบเนียนเริ่มไม่ไว้วางใจฝรั่งเศสประเทศเจ้าภาพจัดการประชุม สหรัฐฯ จะให้การสนับสนุน โคโซโวแน่นอนและเมื่อความพยายามของโฮบลูคที่กรุงเบลเกรดไม่เกิดผล สหรัฐฯ จึงไม่มีทางเลือกใดนอกจากการสั่งให้เนโทถล่มยูโกสลาเวีย

วันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1999 เนโทเริ่มลงมือโจมตียูโกสลาเวียทางอากาศซึ่งเชื่อว่าหลังจากโจมตียูโกสลาเวียแล้วจะทำให้มิโลเซวิชหันมาเจรจาได้ แต่ปรากฏว่าการทำสงครามทางอากาศของเนโทผ่านไปนับเดือนมิโลเซวิชยังไม่ยอม ทันทีที่เนโทโจมตีทางอากาศนอกจากชาวโคโซโวจะพากันหนีภัยจากพวกเชิร์บ มีตำรวจเชิร์บเดินทางเข้าไปในกรุงพริสตีนาเมืองหลวงของโคโซโวโดยบังคับให้ขึ้นไปแออัดยัดเยียดอยู่บนตู้รถไฟพาคนเหล่านั้นไปปล่อยไว้ที่มาซิโดเนีย เรื่องนี้สหรัฐฯ ช่วยเหลืออะไรไม่ได้ นอกจากสั่งให้เนโททำสงครามทางอากาศถล่มยูโกสลาเวียต่อไป ปล่อยให้ชาวโคโซโวต้องเผชิญกับสงคราม เมื่อเนโทถล่มยูโกสลาเวียด้วยขีปนาวุธครุยส์และลูกระเบิดเป็นเวลา 10 วันแล้ว แต่ไม่มีวีแววใด ๆ ว่ามิโลเซวิชจะยอมจำนน³ การถล่มระเบิดจากกองทัพอากาศของเนโทอย่างต่อเนื่องเป็นเวลา 77 วัน ได้ยุติลงในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1999

ภายหลังจากปฏิบัติการทางอากาศของเนโทได้ได้เสร็จสิ้นลง องค์การระหว่างประเทศจึงเข้ามามีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือโคโซโวในการทำหน้าที่ฟื้นฟู บูรณะโคโซโวขึ้นมาใหม่ โดยได้รับความร่วมมือจาก 3 องค์การหลัก ได้แก่ สหประชาชาติ องค์การว่าด้วยความร่วมมือและความมั่นคงในยุโรป (OSCE) และสหภาพยุโรป โดยดำเนินการภายใต้มติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1244(1999) โดยคณะมนตรีความมั่นคงมอบหมายให้จัดตั้งองค์การบริหารโคโซโวชั่วคราว (United Nations Mission in Kosovo -UNMIK) ขึ้น เพื่อเป็นเสาหลักในการดำเนินการช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านมนุษยธรรมแก่ประชาชนที่ได้รับ ความเสียหายและสูญเสียรวมถึงผู้ลี้ภัยและผู้พลัดถิ่น ด้านระบบสาธารณสุข สาธารณสุข การศึกษา การสร้างสถาบันทางการเมืองและศาล การแก้ปัญหาผู้ลี้ภัยและการละเมิดสิทธิมนุษยชนในชนกลุ่มน้อยของโคโซโว และได้จัดทำกรอบรัฐธรรมนูญโคโซโว (Constitutional Framework) รวมทั้งการจัดการเลือกตั้งเพื่อลงมติในสถานะอนาคตของโคโซโว

ต่อมาได้มีความพยายามในการเจรจาเพื่อหาสถานะสุดท้ายของโคโซโวหลายครั้ง แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ ทางเซอร์เบอร์กียังคงยืนยันว่าโคโซโวเป็นส่วนหนึ่งของเซอร์เบีย ทางโคโซโว

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 749.

เองก็ต้องการแยกตัวออกเป็นเอกราชและไม่ต้องการกลับไปเป็นส่วนหนึ่งของเซอร์เบีย โดยนาย Ahtisaari ซึ่งเป็นตัวแทนพิเศษของสหประชาชาติ ได้มีข้อเสนอแนะว่า ทางเลือกเดียวของโคโซโวที่จะสร้างความมั่นคงทางการเมืองและเศรษฐกิจแก่โคโซโวได้คือการเป็นเอกราช⁴ แต่คณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่ได้สนับสนุนข้อเสนอแนะดังกล่าว การเจรจาที่ไม่ประสบผลสำเร็จตลอดระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา จนโคโซโวเองไม่คิดว่าจะมีหนทางที่จะทำให้การเจรจาบรรลุผล ในที่สุดก็ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวจากเซอร์เบียในปี ค.ศ.2008

จากการเรียกประชุมพิเศษในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 ที่เมืองพรินดีนา ซึ่งเป็นเมืองหลวงของโคโซโว โดยยืนยันถึงความปรารถนาในการรวมตัวเป็นหนึ่งเดียวภายใต้ระบอบประชาธิปไตย⁵ เพื่อเป็นการปกป้อง ส่งเสริม และเคารพต่อความหลากหลายของประชาชนในโคโซโว โดยในกรณีของโคโซโวถือเป็นกรณีพิเศษซึ่งเกิดจากการล่มสลายของยูโกสลาเวีย และไม่อาจนำไปเป็นตัวอย่างในสถานการณ์อื่น ๆ ได้⁶ อีกทั้ง ยังมีการระลึกถึงเหตุการณ์ความขัดแย้งและความรุนแรงในโคโซโว ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่กระทบกระเทือนจิตใจของประชาชนชาวโคโซโว⁷ จนกระทั่ง ในปี ค.ศ.1999 ซึ่งมีการแทรกแซงจากประชาคมโลกในการช่วยขจัดอำนาจของรัฐบาลเบลเกรดของเซอร์เบียหรือโคโซโว และแทนที่ด้วยการบริหารจัดการโคโซโวภายใต้การดูแลของสหประชาชาติ⁸ โดยอ้างถึงคำแนะนำของนาย Martti Ahtisaari ซึ่งเป็นตัวแทนพิเศษของสหประชาชาติในการจัดทำกรอบร่างในการฟื้นฟูโคโซโวและตั้งอยู่บนมาตรฐานของยุโรปในเรื่องสิทธิมนุษยชนและการปกครองที่ดี⁹ และแม้ว่าจะมีความพยายามในการเจรจาระหว่างเซอร์เบียและโคโซโวในปัญหาเกี่ยวกับสถานะในอนาคตของโคโซโว แต่เป็นที่น่าเสียดายที่อาจหา

⁴ United Nations Security, "Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council: Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo's future status," 26 March 2007, p. 4.

⁵ Kosovo Declaration of Independence [Online], September 21, 2008 Available from: <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635>.

⁶ Ibid., para 6.

⁷ Ibid., para 7.

⁸ Ibid., para 8.

⁹ Ibid., para12.

ข้อยุติได้ ดังนั้น จึงนำมาสู่การตัดสินใจถึงสถานะที่ชัดเจนเพื่อสร้างความกระจ่างแก่ประชาชนชาว
 โสโวกตามระบอบประชาธิปไตยและขจัดปัญหาความขัดแย้งในอดีต¹⁰

ผู้นำโสโวกจึงได้ประกาศว่าโสโวกเป็นรัฐเอกราชและมีอำนาจอธิปไตย ซึ่งการ
 ประกาศเอกราชนี้มาจากความปรารถนาของประชาชน¹¹ และจะมีการรับรองรัฐธรรมนูญให้เร็วที่สุด
 โดยจะบรรจุพันธกรณีในการเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง
 โดยเฉพาะสิทธิที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของยุโรป (European
 Convention on Human Right)¹² และยังคงกล่าวอีกด้วยว่า การเป็นเอกราชของโสโวกจะนำมาซึ่ง
 หน้าที่และความรับผิดชอบของความเป็นสมาชิกในประชาคมระหว่างประเทศ โดยยอมรับหน้าที่
 และปฏิบัติตามหลักการต่าง ๆ ของกฎบัตรสหประชาชาติ กรรมาสารสุดท้ายเฮลซิงกิ และกฎเกณฑ์
 ต่าง ๆ ขององค์การเพื่อความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป(The Organization on Security
 and Cooperation in Europe: OSCE) และพันธกรณีระหว่างประเทศและหลักการต่าง ๆ ในทาง
 ระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดไว้เพื่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โสโวกจะเคารพต่ออำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของประเทศเพื่อนบ้าน อีกทั้งจะงดเว้นจากการรุกรานหรือใช้
 กำลังซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติ และประกาศถึงความผูกพันในการรักษา
 ความสงบและความมั่นคงภายในภูมิภาคยุโรปตะวันออกเฉียงใต้ ความเป็นเอกราชของโสโวกจะ
 นำมาการสิ้นสุดความรุนแรงภายใต้การปกครองของยูโกสลาเวีย

แม้หลายประเทศจะให้การรับรองรัฐโสโวก แต่อีกหลาย ๆ ประเทศกลับคัดค้าน
 ความเป็นเอกราชของโสโวก โดยเฉพาะเซอร์เบียที่ไม่ยอมรับการประกาศเอกราชของโสโวกโดย
 ประกาศว่าการประกาศเอกราชครั้งนี้เป็นโมฆะ และโสโวกยังคงเป็นส่วนหนึ่งของเซอร์เบีย เมื่อ
 วันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ.2008 สมัชชาใหญ่ได้ข้อมติที่ 63/3 เพื่อร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาล
 ยุติธรรมระหว่างประเทศ ถึงกรณีความชอบด้วยกฎหมายของกรประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโ
 โสโวก

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid., “ We, the democratically elected leaders of our people, hereby declare Kosovo to be an independent and sovereign state. This declaration reflects the will of our people”

¹² Ibid., “ We shall adopt as soon as possible a Constitution that enshrines our commitment to respect the human rights and fundamental freedoms of all our citizens, particularly as defined by the European Convention on Human Rights.”

3.2 การขอความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ในการศึกษาในประเด็นปัญหาความเห็นเชิงปรึกษาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีโคโซโว จำเป็นต้องทำความเข้าใจถึงกลไกการร้องขอความเห็นในระบบของสหประชาชาติก่อน สามารถนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

3.2.1 กลไกในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษา

ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นการให้ความเห็นในข้อกฎหมายแก่องค์กรที่ร้องขอ โดยมีลักษณะเป็นการแนะนำ (Advisory Character) เท่านั้น ซึ่งไม่มีและผูกพันต่อองค์กรที่ขอความเห็นเชิงปรึกษาแต่ประการใด โดยประเด็นปัญหาที่จะนำสู่ศาลได้ต้องเป็น 2 กรณี คือ ประเด็นข้อกฎหมาย และประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายในกรอบกิจกรรมขององค์กรที่มีอำนาจ

3.2.1.1 องค์กรที่มีอำนาจในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาในองค์การสหประชาชาติ

ข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ¹³ ประกอบกับข้อ 65(1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ¹⁴ แล้วจะเห็นว่า รัฐสมาชิกของสหประชาชาติหรือของทบวงการชำนัญ

¹³ Article 96 of the Charter of the United Nations.

“1. The General Assembly or 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.”

¹⁴ Article 65 of Statute of 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.

2. Questions upon which the advisory opinion of the Court is asked shall be laid before the Court by means of a written request containing an exact statement of the question upon which an opinion is required, and accompanied by all documents likely to throw light upon the question.”

พิเศษไม่มีสิทธิที่จะขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นเชิงปรึกษา เพราะข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติบัญญัติไว้ชัดเจนว่า สมัชชาใหญ่หรือคณะมนตรีความมั่นคงอาจร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาในปัญหาข้อกฎหมายจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ องค์กรอื่น ๆ ของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษเมื่อได้รับมอบอำนาจจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติแล้วก็อาจร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติมิได้มีการกล่าวถึงรัฐสมาชิกของสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษว่ามีสิทธิในทำนองเดียวกันกับสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษซึ่งรับกันกับบทบัญญัติในข้อ 65(1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งให้อำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่จะให้ความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายเมื่อมีการร้องขอจากหน่วยงานใดก็ตามที่อาจได้รับมอบอำนาจไว้โดยหรือตามกฎบัตรสหประชาชาติโดยมิได้กล่าวถึงรัฐเช่นกัน

สมัชชาใหญ่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายได้โดยตรง ซึ่งสมัชชาใหญ่มักจะเป็นผู้ร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาเป็นส่วนใหญ่ นอกจากนี้สมัชชาใหญ่สหประชาชาติจะมีอำนาจร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายได้โดยตรงแล้ว สมัชชาใหญ่ยังมีอำนาจที่จะอนุญาตหรือปฏิเสธในการมอบอำนาจให้องค์กรอื่นทำการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ อีกทั้งสมัชชาใหญ่ยังมีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรอื่นในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ เช่น การให้อำนาจในการกำหนดประเด็นข้อกฎหมายหรือกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน และการกำหนดข้อเท็จจริงที่ชัดเจน

องค์กรอื่นของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษก็มีอำนาจที่จะร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาได้เช่นกัน แต่การร้องขอนั้นจะต้องเป็นการร้องขอในประเด็นข้อกฎหมายอันเกิดขึ้นภายในกรอบแห่งกิจกรรมขององค์กรที่ร้องขอเท่านั้น และจะต้องได้รับการอนุญาตจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเสียก่อน¹⁵

มีเพียงสำนักเลขาธิการสหประชาชาติเพียงองค์กรเดียวของสหประชาชาติที่ไม่สามารถร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ แต่อย่างไรก็ตามเลขาธิการสหประชาชาติก็มีสิทธิที่จะทำคำแนะนำให้มีการขอให้ทำความเห็นเชิงปรึกษาเกี่ยวกับ

¹⁵ Article 96 of the Charter of the United Nations.

ประเด็นกฎหมายใด ๆ ได้ บ่อยครั้งที่สมัชชาใหญ่ได้นำความคิดริเริ่มของเลขาธิการนี้มากำหนดในการขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษา อย่างในความเห็นเชิงปรึกษากรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ เป็นกรณีหนึ่งที่เลขาธิการสหประชาชาติเสนอให้สมัชชาใหญ่พิจารณา เพื่อให้สมัชชาใหญ่ทำคำร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายต่อไป¹⁶

3.2.1.2 ผลของความเห็นเชิงปรึกษา

ความเห็นเชิงปรึกษามีใช้คำตัดสินขององค์กรทางศาล โดยความเห็นเชิงปรึกษามีลักษณะเป็นเพียงการแนะนำ (Advisory character) กล่าวคือ ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความกระจ่างแก่องค์กรผู้ร้อง ดังนั้น ความเห็นเชิงปรึกษาจึงปราศจากผลบังคับ และไม่มีผลผูกพันองค์กรผู้ร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาหรือบุคคลอื่นแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ความเห็นเชิงปรึกษาเป็นมากกว่าคำแนะนำเพราะในทางปฏิบัตินั้น องค์กรของสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษมักจะปฏิบัติตามความเห็นเชิงปรึกษา ทั้งนี้ หากองค์กรของสหประชาชาติหรือทบวงการชำนัญพิเศษไม่ปฏิบัติตามความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นองค์กรหลักองค์กรหนึ่งของสหประชาชาติ ย่อมส่งผลทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศขาดความน่าเชื่อถือในสายตาของสมาชิกสหประชาชาติหรือสมาชิกของทบวงการชำนัญพิเศษ อีกทั้ง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมักจะยึดถือความเห็นเชิงปรึกษาที่มีอยู่แล้ว เสมือนหนึ่งเป็นหลักกฎหมายเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาและทำความเห็นเชิงปรึกษาต่อไป¹⁷

3.2.2 ที่มาของการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

หลังจากโคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 เซอร์เบียเองไม่ยอมรับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวและถือว่าการกระทำนั้นเป็นโมฆะ จนนำมาสู่ความพยายามของเซอร์เบียในการผลักดันให้กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นประเด็นปัญหาขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยผ่านทางสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ และ

¹⁶ วรียา หยีกประเสริฐ, “ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการสร้างกำแพงในดินแดนที่ถูกยึดครองของปาเลสไตน์ และผลลัพธ์ต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 17.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

ต่อมาสมัชชาใหญ่ได้มีการประชุมเพื่อพิจารณาร่างข้อมติที่ A/63/L.2 โดยเซอร์เบียได้กล่าวถึงการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวซึ่งทำให้เซอร์เบียตัดสินใจที่จะคุ้มครองปกป้องอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของเซอร์เบีย รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย จึงอยากให้สมัชชาใหญ่ขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต่อไปตามอำนาจหน้าที่ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ¹⁸ โดยเซอร์เบียเชื่อว่าการร้องขอความเห็นจากศาลในครั้งนี้จะเป็นการป้องกันการอ้างกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นตัวอย่างของกลุ่มแบ่งแยกดินแดนทั่วโลกซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงระหว่างประเทศได้

หลังจากนั้นจึงมีการลงคะแนนเสียงรับรองข้อมติ 63/3 ด้วยคะแนนเสียง 77 ต่อ 6 และงดออกเสียง 74 ประเทศ โดยข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 63/3 ตัดสินให้มีการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ตามข้อ 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ประกอบกับข้อ 65 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคำถามว่า

“การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวโดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว (the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo) เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่”¹⁹

เมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณารับคำร้องขอให้มีความเห็นเชิงปรึกษาแล้วนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้มีคำสั่งระบุให้สหประชาชาติและรัฐสมาชิกสามารถเสนอข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าวข้างต้นนี้ให้แก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาต่อไป

3.3 ความเห็นเชิงปรึกษากรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

3.3.1 ประเด็นโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

หลังจากที่สมัชชาใหญ่ได้ร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลเมื่อวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ.2008 ในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 ว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นไปตามกฎหมายระหว่าง

¹⁸ General Assembly Sixty-third session 22nd plenary meeting Wednesday, 8 October 2008, A/63/PV.22.

¹⁹ Ibid. “Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?”

ประเทศหรือไม่ สิ่งแรกที่ศาลจะต้องพิจารณา คือเรื่องเขตอำนาจของศาลในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาว่าในกรณีนี้ศาลมีเขตอำนาจที่จะวินิจฉัยเพื่อให้ความเห็นเชิงปรึกษาได้หรือไม่ ซึ่งถ้าศาลวินิจฉัยแล้วว่าศาลมีเขตอำนาจในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาก็จะนำมาสู่ขั้นตอนการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายตามที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติร้องขอต่อไป

3.3.1.1 เขตอำนาจศาลในการให้ความเห็นเชิงปรึกษา

ในเรื่องเขตอำนาจในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษา ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 65 วรรคแรก แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ประกอบกับมาตรา 96 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงหรือสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติสามารถร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับประเด็นปัญหาข้อกฎหมายได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในคดีนี้เป็นกรรการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยมีข้อมติที่ 63/3 เพื่อร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลเกี่ยวกับกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

สำหรับการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินั้น ศาลได้เคยกล่าวไว้ใน คดี Nuclear Weapons และ The Wall ว่า ในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างคำถามที่เป็นประเด็นในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาและกิจกรรมของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติด้วย และมาตรา 10 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²⁰ ยังกำหนดว่า สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติอาจอภิปรายปัญหาต่าง ๆ ภายในขอบข่ายแห่งกฎบัตรสหประชาชาติหรือที่เกี่ยวข้องไปถึงอำนาจและหน้าที่ขององค์การใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และอาจทำคำแนะนำไปยังสมาชิกขององค์การสหประชาชาติหรือคณะมนตรีความมั่นคงหรือทั้งสองแห่งในปัญหาหรือเรื่องราวใด ๆ เช่นว่านั้นได้ เว้นแต่ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 12 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²¹ ที่กำหนดว่า ในขณะที่คณะมนตรีความมั่นคง

²⁰ 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 Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters.”

²¹ Article 12 of the Charter of the United Nations.

กำลังปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับกรณีปัญหาหรือสถานการณ์ใด ๆ อันได้รับมอบหมายตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ สมัชชาใหญ่จะต้องไม่ทำคำแนะนำใด ๆ เกี่ยวกับกรณีพิพาทหรือสถานการณ์นั้น นอกจากคณะมนตรีความมั่นคงจะร้องขอ

อีกทั้ง ในมาตรา 11(2) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²² ได้กล่าวว่า สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติอาจอภิปรายปัญหาใด ๆ เกี่ยวกับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศหรือที่ได้เสนอมาซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติโดยสมาชิกของสหประชาชาติหรือคณะมนตรี

ดังนั้น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงมีอำนาจหน้าที่ในการอภิปรายปัญหาต่าง ๆ ภายในขอบเขตของกฎบัตรสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การอภิปรายเกี่ยวกับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ยกเว้นแต่กรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงกำลังปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับกรณีพิพาทหรือสถานการณ์ใด ๆ ที่ได้รับมอบหมายตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะไม่สามารถจะทำคำแนะนำได้ ยกเว้นแต่คณะมนตรีความมั่นคงจะร้องขอ

“1. While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.

2. The Secretary-General, with the consent of the Security Council, shall notify the General Assembly at each session of any matters relative to the maintenance of international peace and security which are being dealt with by the Security Council and shall similarly notify the General Assembly, or the Members of the United Nations if the General Assembly is not in session, immediately the Security Council ceases to deal with such matters.”

²² Article 11(2) of the Charter of the United Nations.

“The General Assembly may discuss any questions relating to the maintenance of international peace and security brought before it by any Member of the United Nations, or by the Security Council, or by a state which is not a Member of the United Nations in accordance with Article 35, paragraph 2, and, except as provided in Article 12, may make recommendations with regard to any such questions to the state or states concerned or to the Security Council or to both. Any such question on which action is necessary shall be referred to the Security Council by the General Assembly either before or after discussion.”

ในคดีนี้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 63/3 เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ. 2008 เพื่อร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ จะเห็นได้ว่าคำถามที่ถามต่อศาลเกี่ยวกับโคโซโวเป็นสถานการณ์ที่อยู่ในขอบเขตกิจกรรมของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ซึ่งรวมไปถึงคณะมนตรีความมั่นคงเองก็มีความเกี่ยวพันในสถานการณ์นี้ด้วยเช่นเดียวกัน หากพิจารณาจากมาตรา 12 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติจะเห็นได้ว่าสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติไม่อาจทำคำแนะนำในสถานการณ์นี้ได้ นอกจากคณะมนตรีความมั่นคงจะร้องขอ แต่ในการที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยวินิจฉัยไว้ใน คดี *The Wall* ว่า “การขอความเห็นเชิงปรึกษาไม่ใช่การให้คำแนะนำ (recommendation) โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติต่อสถานการณ์ความขัดแย้งใด ๆ”²³ และแม้ว่ามาตรา 24 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²⁴ จะกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงมีความรับผิดชอบขั้นต้นสำหรับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่ได้เป็นการให้อำนาจเด็ดขาดแก่คณะมนตรีความมั่นคง โดยมาตรา 14 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²⁵ โดยสันติได้ ดังนั้น ในระยะหลังการตีความ มาตรา 12 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติสำหรับคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีแนวโน้มในลักษณะของคู่ขนาน (in parallel) เกี่ยวกับการดำรงสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยคณะมนตรีความมั่นคงรับผิดชอบเกี่ยวกับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและ

²³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 148, para 25.

²⁴ Article 24(1) of the Charter of the United Nations.

“In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf”

²⁵ Article 14 of the Charter of the United Nations.

“Subject to the provisions of Article 12, the General Assembly may recommend measures for the peaceful adjustment of any situation, regardless of origin, which it deems likely to impair the general welfare or friendly relations among nations, including situations resulting from a violation of the provisions of the present Charter setting forth the Purposes and Principles of the United Nations.”

ความมั่นคงระหว่างประเทศ ส่วนสมาชิกส่วนใหญ่จะรับผิดชอบในด้านมนุษยธรรม สังคม และเศรษฐกิจ²⁶

ในคดีนี้ สมาชิกส่วนใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ (in accordance with International law) ดังนั้น ปัญหาที่ถามต่อศาลจึงมีความชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งเป็นลักษณะของปัญหาข้อกฎหมาย²⁷ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยกล่าวไว้ใน คดี *Western Sahara* ว่า “ปัญหาที่อยู่ภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศและการเกิดขึ้นของปัญหาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมจะต้องตอบบนพื้นฐานของกฎหมาย”²⁸ ดังนั้น ในคดีนี้ศาลจึงพิจารณาแล้วว่า ศาลมีเขตอำนาจที่จะให้ความเห็นเชิงปรึกษาต่อสมาชิกส่วนใหญ่แห่งสหประชาชาติ²⁹

3.3.1.2 การใช้ดุลยพินิจของศาล

การใช้ดุลยพินิจในการที่ศาลจะให้ความเห็นเชิงปรึกษาหรือไม่นั้น เป็นการปกป้องเอกภาพในการทำหน้าที่ของศาล (the Court's Judicial function) และการใช้ดุลยพินิจก็เป็นหลักการในองค์กรยุติธรรม³⁰ ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่า ถ้าหากคำตอบที่ให้ไปให้ความเห็นเชิงปรึกษามีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศและโดย

²⁶ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, p 4, para 6.

²⁷ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, p12 , para 25.

“...In the present case, the question put to the Court by the General Assembly asks whether the declaration of independence to which it refers is “in accordance with international law”. A question which expressly asks the Court whether or not a particular action is compatible with international law certainly appears to be a legal question...”

²⁸ *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J.Reports 1975, p.18, para.15.

²⁹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p13 , para 28 .

³⁰ *Ibid.*, p.13, para 29.

หลักการ ศาลก็ไม่ควรปฏิเสธการให้ความเห็นเชิงปรึกษาและมีเพียง “compelling reasons” เท่านั้นที่จะนำมาสู่การปฏิเสธการให้ความเห็นของศาลต่อปัญหาที่ถกขึ้นภายในเขตอำนาจศาล³¹

โดยแนวปฏิบัติของสหประชาชาติในแง่ของวิกฤติการณ์ด้านมนุษยธรรมในโคโซโวนั้น จะเห็นได้ว่าสหประชาชาติได้มีข้อมติต่าง ๆ ซึ่งมาจากองค์กรหลักของสหประชาชาติ คือ คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในการริเริ่มและรับผิดชอบต่อมาตรการต่าง ๆ ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ในประเด็นเรื่องการใช้ดุลยพินิจในการให้ความเห็นเชิงปรึกษาในคดีนี้โดยพิจารณาจากบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว โดยคณะมนตรีความมั่นคงมีความรับผิดชอบขั้นแรกภายใต้ หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติเกี่ยวกับสถานการณ์ความขัดแย้งในโคโซโวออกมาอย่างต่อเนื่องตลอดระยะเวลากว่า 10 ปี นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1999-2001 ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองข้อมติเกี่ยวกับสถานการณ์ในโคโซโวออกมาเรื่อย ในวันที่ 31 มีนาคม 1998 คณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองข้อมติที่ 1160(1998) และตามด้วย มติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1199(1998), 1203(1999) และ มติที่ 1239(1999) และในวันที่ 10 มิถุนายน 1999 คณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองมติที่ 1244(1999) ซึ่งมีการสร้าง “international military presence”(KFOR) และคณะทำงาน UNMIK โดยมติที่ 1367(2001) คณะมนตรีความมั่นคงได้ยกเลิกการห้ามขายหรือสนับสนุนทางอาวุธ ซึ่งตั้งขึ้นตามข้อมติที่ 1160 (1998) คณะมนตรีได้รับรายงานจากสำนักเลขาธิการในกิจกรรมของ UNMIK ในช่วงปี 2000-2008 แต่คณะมนตรีความมั่นคงไม่มีการกระทำใด ๆ ตามมา สมัชชาเองก็ได้ออกมติในสถานการณ์โคโซโวเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน 5 ฉบับ ได้แก่ ข้อมติที่ 49/204 , ข้อมติที่ 50/4190, ข้อมติที่ 51/111, ข้อมติที่ 52/139, ข้อมติที่ 53/164 และหลังจากที่คณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองมติที่ 1244(1999) สมัชชาก็ได้ออกข้อมติที่ 54/183 และอีก 15 ฉบับ เกี่ยวกับงบประมาณของ UNMIK จากการประกาศเอกราชของโคโซโวไม่ได้อยู่ในวาระการประชุมของสมัชชา ต่อมาในเดือนกันยายน ปี 2008 จึงมีการตั้งวาระการประชุมใหม่สำหรับพิจารณาการเสนอของศาล³²

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ศาลจึงวินิจฉัยว่า คณะมนตรีความมั่นคงมีความเกี่ยวพันต่อสถานการณ์ในโคโซโวและมีความจำเป็นที่จะต้องตีความและปรับใช้ข้อมติที่

³¹ Ibid., p.13, para 30.

³² Ibid., pp. 15-16, para 37-38.

1244(1999) ในการวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว³³ และถึงแม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะมีบทบาทสำคัญในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ก็มิได้หมายความว่าสมัชชาใหญ่จะไม่อาจมีปัญหาค้ำประกันได้ ซึ่งข้อ 10 และ ข้อ 11 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้ให้อำนาจแก่สมัชชาใหญ่ในการอภิปรายภายในขอบเขตของการดำเนินการของสหประชาชาติ ซึ่งรวมไปถึงปัญหาเกี่ยวกับสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศด้วย โดยสมัชชาใหญ่ถูกจำกัดไม่ให้ทำคำแนะนำในสถานการณ์ที่คณะมนตรีความมั่นคงรับผิดชอบอยู่ โดยคณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้ร้องขอให้ทำคำแนะนำเท่านั้นตามข้อ 12 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ³⁴ แต่ถึงอย่างไร ข้อ 12 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ก็ไม่ได้ห้ามการกระทำโดยสมัชชาต่อการคุกคามสันติภาพและสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ศาลบอกว่าทั้งคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชา ต้องดำเนินการเหมือนกันในเรื่องนี้ โดยคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาต้องดำเนินการเหมือนกันในเรื่องนี้ โดยคณะมนตรีความมั่นคงมุ่งไปที่สันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ส่วนสมัชชามีขอบอำนาจในเรื่องมนุษยธรรม สังคม และวัฒนธรรม³⁵

และแม้ว่า ความรับผิดชอบขั้นแรกเป็นของคณะมนตรีความมั่นคงในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่การที่คณะมนตรีความมั่นคงใช้อำนาจหน้าที่เช่นนั้นก็ไม่เป็นการกีดกันสมัชชาใหญ่จากการอภิปรายถึงสถานการณ์นั้นหรือภายใต้ข้อจำกัดของข้อ 12 ในการทำคำแนะนำ³⁶ ดังนั้น ในการที่สมัชชาใหญ่มีอำนาจในการอภิปรายถึงประเด็นการประกาศเอกราชและสถานการณ์ในโคโซโวโดยปราศจากการกล่าวถึงอำนาจของคณะมนตรีความ

³³ Ibid., p.16, para 39.

³⁴ Ibid., p.16, para 40.

³⁵ Ibid., p.17, para 41.

³⁶ Ibid., p.17, para 42.

“...the fact that a matter falls within the primary responsibility of the Security Council for situations which may affect the maintenance of international peace and security and that the Council has been exercising its powers in that respect does not preclude the General Assembly from discussing that situation or, within the limits set by Article 12, making recommendations with regard thereto.”

มั่นคง ศาลจึงไม่อาจใช้ดุลยพินิจในการใช้ Compelling reasons ในการปฏิเสธการให้คำตอบแก่ สัมชชาใหญ่ได้³⁷

ศาลยังกล่าวเพิ่มเติมถึงระยะเวลาในช่วงปี 1995-1999 ในการที่คณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติต่าง ๆ ในสถานการณ์โคโซโว เกี่ยวกับปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรม ระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่าสัมชชาใหญ่ปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้สถานการณ์โคโซโวด้วยเช่นกัน³⁸ ดังนั้น จากเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ศาลพิจารณาแล้วว่า ไม่มี compelling reasons ที่ทำให้ ศาลปฏิเสธการให้ความเห็นเชิงปรึกษา ศาลจึงต้องวินิจฉัยให้ความเห็นเชิงปรึกษาในคดีนี้

แม้เสียงส่วนใหญ่ในศาลจะลงความเห็นว่าจะควรให้ความเห็นเชิงปรึกษาในกรณี การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว แต่ก็มีผู้พิพากษาหลายท่านที่ลงคะแนนเสียงคัดค้านการ ให้ความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีนี้ โดยผู้พิพากษาที่ลงคะแนนเสียงคัดค้านในประเด็นการใช้ดุลยพินิจ ของศาล ได้แก่ ผู้พิพากษา Bennouna, ผู้พิพากษา Keith, ผู้พิพากษา Tomka, ผู้พิพากษา Skotnikov³⁹

ผู้พิพากษา Bennouna, ผู้พิพากษา Keith และ ผู้พิพากษา Tomka ลงคะแนน เสียงคัดค้านการใช้ดุลยพินิจของศาล โดยทั้งสามท่านมีความเห็นตรงในประเด็นความเหมาะสม ในการที่ศาลให้ความเห็นเชิงปรึกษา

³⁷ Ibid., pa.17, para 42.

³⁸ Ibid., p.18, para 45.

“...the Court also notes that the General Assembly has taken action with regard to the situation in Kosovo in the past. As stated in paragraph 38 above, between 1995 and 1999, the General Assembly adopted six resolutions addressing the human rights situation in Kosovo. The last of these, resolution 54/183, was adopted on 17 December 1999, some six months after the Security Council had adopted resolution 1244 (1999). While the focus of this resolution was on human rights and humanitarian issues, it also addressed (in para7) the General Assembly’s concern about a possible “canonization” of Kosovo. In addition, since 1999 the General Assembly has each year approved, in accordance with Article 17, paragraph 1, of the Charter, the budget of UNMIK (see paragraph 38above). The Court observes therefore that the General Assembly has exercised functions of its own in the situation in Kosovo.”

³⁹ Ibid., pp. 43-44, para 123.

ผู้พิพากษา *Bennouna* ซึ่งลงคะแนนเสียงคัดค้านให้ความเห็นถึงความเหมาะสมในการที่ศาลให้ความเห็นเชิงปรึกษาแก่สมัชชาใหญ่ว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว รับรองโดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว ซึ่งก่อตั้งโดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) และตามมาด้วยภารกิจของสำนักเลขาธิการสหประชาชาติ (Sec-Gen) ในการแต่งตั้งทูตพิเศษ นาย Ahtisaari เมื่อเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.2005 ในการดำเนินกระบวนการทางการเมืองเพื่อตัดสินถึงสถานะในอนาคตของโคโซโว โดยการเจรจาภายใต้บริบทของข้อมติที่ 1244⁴⁰ ซึ่งจากสถานการณ์ในโคโซโวจะเห็นว่าเป็นความรับผิดชอบของคณะมนตรีความมั่นคงความมั่นคงโดยลำพัง แต่กลับไม่ใช่องค์กรที่ร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาล⁴¹ ศาลจึงควรใช้อำนาจในการใช้ดุลยพินิจในการปฏิเสธการให้ความเห็นแก่สมัชชาใหญ่ เพราะปัญหาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นประเด็นที่อยู่ในอำนาจจัดการของคณะมนตรีความมั่นคง⁴² ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจประกาศถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชได้โดยปราศจากกระบวนการทางการเมืองซึ่งก่อตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคง⁴³

ผู้พิพากษา *Keith* มีความเห็นเช่นเดียวกับผู้พิพากษา *Bennouna* ในส่วนของความเหมาะสมในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาว่าควรจะเป็นคณะมนตรีความมั่นคงมากกว่าสมัชชาใหญ่ โดยคณะมนตรีความมั่นคงมีบทบาทหน้าที่สำคัญในการรับรองข้อมติ 1244 ซึ่งมอบอำนาจให้แก่สำนักเลขาธิการสหประชาชาติในการก่อตั้ง UNMIK ซึ่งเป็นหน่วยงานสำคัญในการดำเนินภารกิจในโคโซโว ซึ่งแตกต่างจากสมัชชาใหญ่ที่มีบทบาทเพียงช่วงปี ค.ศ.1999 และช่วงเริ่มต้นระบอบโดยดูแลในส่วนของค่าใช้จ่ายของภารกิจ⁴⁴ ดังนั้น ศาลจึงควรใช้ดุลยพินิจในการปฏิเสธการให้ความเห็นเชิงปรึกษาแก่สมัชชาใหญ่⁴⁵ ซึ่ง ผู้พิพากษา *Tomka* เห็นเช่นเดียวกันว่า

⁴⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Dissenting Opinion of Judge Bennouna , p.2, para 9.

⁴¹ Ibid., p.3, para 13.

⁴² Ibid., p.3, para 14.

⁴³ Ibid., p.3, para 16.

⁴⁴ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge Keith, p.5, para14.

⁴⁵ Ibid., p.6, para 17.

คณะมนตรีความมั่นคงมีความเหมาะสมในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษามากกว่า อีกทั้ง ยังไม่พบว่าสมัชชาใหญ่จะได้รับประโยชน์ที่เพียงพอในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลครั้งนี้⁴⁶

ผู้พิพากษา Skotnikov ได้ให้ความเห็นว่า ความเห็นเชิงปรึกษามีจุดประสงค์เพื่อให้องค์การร้องขอองค์ประกอบทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการดำเนินกิจการของตน ซึ่งในกรณีนี้จะเห็นว่า สมัชชาใหญ่ไม่ใช่องค์การที่สามารถจะได้รับประโยชน์จากองค์ประกอบทางกฎหมายซึ่งได้รับจากศาล⁴⁷ อีกทั้ง การที่เสียงส่วนใหญ่พยายามทำให้เกิดความชอบธรรมในการที่สมัชชาใหญ่ร้องขอความเห็นจากศาลโดยอ้างถึงแนวโน้มในการเกิดขึ้นความร่วมมือของสมัชชาใหญ่และคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งมีบทบาทหน้าที่คู่ขนานกันในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ⁴⁸ โดยศาลได้กล่าวว่า ในกรณีของโคโซโว สมัชชาใหญ่มีการรับรองข้อมติเกี่ยวกับสถานการณ์ในโคโซโว แต่กลับไม่มีข้อมติใดที่เกี่ยวข้องต่อระบบที่ก่อตั้งโดยข้อมติที่ 1244 หรือ ข้อมติที่เกี่ยวข้องต่อการหาคำตอบของศาล ดังนั้นจะเห็นว่าการวินิจฉัยในสถานการณ์โคโซโวล้วนขึ้นอยู่กับกรณีความข้อมติ 1244 นั่นเอง⁴⁹

ในการตีความข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมีเพียงคณะมนตรีความมั่นคงหรือองค์การที่ได้รับอำนาจจากคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้นในการตีความข้อมติ ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจตีความข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงได้สำหรับวัตถุประสงค์ให้การมีผลต่อการตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคง แต่ในกรณีนี้ศาลไม่ได้ตีความข้อมติที่ 1244 เพื่อให้เกิดผลต่อการตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคง อีกทั้ง คณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่ได้มีการวินิจฉัยเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับประเด็นการประกาศเอกราชหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการประกาศเอกราช ที่สำคัญข้อมติที่ 1244 ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงตั้งแต่มีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว⁵⁰

⁴⁶ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Declaration of Vice-President Tomka, p.2, para5-9.

⁴⁷ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Dissenting Opinion of Judge Skotnikov, p.1, para 3.

⁴⁸ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p.17 , para 41

⁴⁹ Dissenting Opinion of Judge Skotnikov, p.2, para 6.

⁵⁰ Ibid., p.3, para 8.

3.3.3 ขอบเขตและความหมายของคำถาม

ก่อนศาลจะวินิจฉัยปัญหาที่ถามขึ้นโดยสมัชชาใหญ่ถึงกรณีปัญหาการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ศาลต้องพิจารณาโดยตีความคำถามที่ถามที่ขึ้นเพื่อจะทำการวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำต้องการที่แท้จริงของสมัชชาใหญ่

สมัชชาใหญ่ได้ร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลในคำถามที่ว่า

“การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่”⁵¹

จะเห็นว่า คำถามของสมัชชาใหญ่มีรูปแบบที่ชัดเจนโดยเป็นการถามศาลว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ โดยไม่ได้เป็นการถามถึงผลทางกฎหมายของการประกาศเอกราช ทั้งยังไม่ได้ถามถึงผลของการประกาศเอกราชของโคโซโวทำให้โคโซโวมีความเป็นรัฐ (Statehood) ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ และไม่ได้ถามถึงผลทางกฎหมายของการรับรองรัฐโคโซโวโดยรัฐต่าง ๆ ด้วย⁵²

อีกทั้ง ศาลยังได้เพิ่มเติมในเรื่องของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว โดยเป็นการพิจารณาถึงความสามารถของผู้ประกาศเอกราชซึ่งจะทำให้สามารถวินิจฉัยคำตอบว่าการประกาศเอกราชครั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่⁵³ และถึงแม้ว่าข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 63/3 จะถามเรื่องคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยไม่ได้ความสามารถในการประกาศเอกราชของผู้ประกาศ แต่ศาลต้องมีอิสระในการตรวจสอบและวินิจฉัยว่าสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวเป็นผู้ประกาศเอกราชใช่หรือไม่⁵⁴

⁵¹ “Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?”

⁵² Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p19 , para 51.

⁵³ Ibid., p.20, para 52.

⁵⁴ Ibid., p.20, para 54.

“This consideration is applicable in the present case. In assessing whether or not the declaration of independence is in accordance with international law, the Court must be free to examine the entire record and decide for itself whether that declaration was promulgated by the Provisional Institutions of Self-Government or some other entity.”

ในเรื่องของการกำหนดขอบเขตและความหมายของคำถาม มีผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นไว้เช่นกัน โดยผู้พิพากษา *Simma* เห็นว่า ศาลจำกัดขอบเขตในการวินิจฉัยมากเกินไป ซึ่งทำให้ศาลไม่อาจให้คำตอบที่เพียงพอ โดยคำตอบควรมีความครอบคลุมถึงการกระทำที่ห้าม และการอนุญาตโดยกฎหมายระหว่างประเทศในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวและความพยายามในการแบ่งแยกดินแดน⁵⁵ อีกทั้ง ศาลควรอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดใจตนเอง (self-determination) และ Remedial Secession ซึ่งมีความสำคัญในการขจัดปัญหาความขัดแย้งในโคโซโว และเป็นการทำให้เกิดความสมบูรณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว และหากพิจารณาถึงคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจะพบว่าผู้ประกาศได้อ้างถึงความปรารถนาของประชาชนทั้งหลาย ซึ่งเป็นการอ้างถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่ศาลควรอธิบายด้วย⁵⁶

ผู้พิพากษา *Yusuf* กล่าวว่าในกรณีของโคโซโวเป็นสถานการณ์พิเศษซึ่งเกิดจากประวัติศาสตร์และการเข้าไปควบคุมดูแลโดยองค์การสหประชาชาติและนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นไปได้ว่าทำให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนในการแบ่งแยกดินแดนโดยปราศจากความยินยอมจากรัฐแม่ นั่นคือเซอร์เบีย ศาลจึงควรอธิบายถึงสถานการณ์พิเศษนี้ รวมถึงเงื่อนไขทางกฎหมายที่ทำให้เกิดสิทธิในการกำหนดใจตนเอง และการให้ความถูกต้องของกฎหมายในการแบ่งแยกดินแดน ซึ่งศาลมีโอกาที่จะทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ภายนอก (external self-determination) ในบริบทหลังยุคอาณานิคม เพื่อป้องกันการอ้างถึงการประกาศเอกราชที่ไม่ชอบธรรมซึ่งกระทบต่อความมั่นคงระหว่างประเทศ⁵⁷

ผู้พิพากษา *Sepulveda-Amor* ได้กล่าวว่า ศาลควรเพิ่มเติมในเรื่องขอบเขตของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ปัญหาในเรื่อง Remedial Secession ขอบเขตอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งสัมพันธ์กับหลักบูรณภาพแห่งดินแดน (territorial integrity) ผลของการรับรองรัฐหรือไม่ให้การรับรองรัฐในกรณีนี้ด้วย⁵⁸

⁵⁵ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Declaration of Judge Simma, p.1, para 3.

⁵⁶ Ibid., p.2 para 6.

⁵⁷ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge Yusuf, p.5, para17.

⁵⁸ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge Sepulveda-Amor, p.7, para 35.

ผู้พิพากษา *Bennouna* กล่าวว่าในส่วนนี้ศาลควรเพิ่มเติมในส่วนขอประเด็นในเรื่องผู้ประกาศเอกราชโดยให้เหตุผลถึงความเป็นอิสระของศาลในการวินิจฉัยว่าการประกาศเอกราชเป็นการประกาศโดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวหรือกลุ่มองคภาวະใดนั้น หากพิจารณาจากข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 63/3 เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยไม่ได้คำนึงว่าผู้ใดเป็นผู้ประกาศเอกราช อีกทั้งขณะร่างข้อมติที่ 63/3 ก็ไม่ได้มีประเด็นในเรื่องผู้ประกาศเอกราช⁵⁹

อีกทั้ง จะเห็นได้ว่าคำถามของสมัชชาใหญ่มีความชัดเจนอยู่แล้วว่าไม่ได้ถามถึงการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกรณีอื่น แต่เป็นการถามในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว โดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวซึ่งเป็นหน่วยงานที่ก่อตั้งโดยสหประชาชาติ ดังนั้นแม้ว่าศาลสามารถที่จะขยายขอบเขตของคำถามที่มีความคลุมเครือและไม่ชัดเจนได้ แต่ก็ต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของผู้เสนอคำถาม การแก้ไขคำถามที่ถามโดยสมัชชาใหญ่ของศาลในครั้งนี้จึงขัดต่อวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของสมัชชาใหญ่ ซึ่งส่งผลเสียอย่างร้ายแรงต่อความเป็นองค์กฤษฎีธรรม⁶⁰

โดยสรุปแล้ว ศาลได้กำหนดขอบเขตของการพิจารณาไว้ 2 ประเด็นด้วยกัน ประเด็นแรกเป็นพิจารณาการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวโดยวินิจฉัยจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนในประเด็นที่สอง เป็นการพิจารณาในส่วนขอข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) และรัฐธรรมนูญโครงร่างที่สร้างขึ้นภายใต้ข้อมติที่ 1244 เพื่อวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว โดยในบทนี้จะเป็นการศึกษาข้อวินิจฉัยของศาลในประเด็นของกฎหมายระหว่างประเทศ (ส่วนในประเด็นที่สองจะทำการศึกษาในบทถัดไป)

3.3.4 ข้อวินิจฉัยของศาลในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการที่ศาลได้กำหนดขอบเขตของปัญหาที่ถามขึ้นโดยสมัชชาใหญ่นำมาสู่การวินิจฉัยในเรื่องการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขอด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

⁵⁹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, p.5, para 29.

⁶⁰ Ibid., pp.6-7, para 33-35.

โดยในการวินิจฉัยในประเด็นนี้มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องดังนี้ คือ หลักบูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial Integrity) สิทธิในการกำหนดใจตนเอง (Right of Self-determination) หลักความเป็นรัฐ (Statehood) และหลักการรับรองความเป็นรัฐ (Recognition of State) ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.3.4.1 หลักบูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial Integrity)

หลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการก่อตั้งหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ (The sovereignty of states)⁶¹ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกวางรากฐานบนศูนย์กลางของความเป็นเอกราชอำนาจอธิปไตย และความเท่าเทียมของรัฐ หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นศูนย์กลางของแนวความคิดในเรื่องหลักอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกัน (sovereign equality) โดยรัฐแต่ละรัฐใช้สิทธิถาวร (rights inherent) ในอำนาจอธิปไตยได้อย่างสมบูรณ์ และรัฐแต่ละรัฐมีหน้าที่ในการเคารพต่อสภาพบุคคลของรัฐอื่น ๆ รวมถึงหลักบูรณภาพแห่งดินแดนและความเป็นเอกราชของรัฐ เป็นสิ่งที่ล่วงละเมิดไม่ได้⁶² รัฐต่าง ๆ จึงต้องให้ความเคารพต่อหลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นสิ่งสำคัญเหนือสิ่งอื่นใด ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁶³ โดยในการเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนนี้เป็นผลมาจากการพัฒนาในเรื่องหลักการในการร่วมมือของรัฐเพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันโดยเป็นคำสั่งจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่รัฐต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตาม⁶⁴

ตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญหลายฉบับต่างกล่าวถึงหลักบูรณภาพแห่งดินแดน โดยเฉพาะในกฎบัตรสหประชาชาติ ได้กล่าวถึงหลักบูรณภาพแห่งดินแดนไว้ในมาตรา 2วรรค4 ได้บัญญัติให้รัฐสมาชิกต้องเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ๆ อีกทั้ง หลักบูรณภาพแห่งดินแดนยังปรากฏในปฏิญญาว่าด้วยการให้เอกราชแก่ดินแดนและประชาชนที่ตกเป็น

⁶¹ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the government of the Republic of Serbia. 15 April 2009, p.147, para.412.

⁶² Ibid., p.147, para.414.

⁶³ Ibid., p.152, para423.

⁶⁴ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the government of the Republic of Serbia. 14 July 2009, p.102, para.228.

อาณานิคม (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and people) ได้กล่าวถึงหลักบูรณภาพแห่งดินแดน ค.ศ.1960 ปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ ค.ศ.1970 ซึ่งต่างก็ยืนยันว่ารัฐต่าง ๆ ต้องเคารพต่อหลักบูรณภาพแห่งดินแดน

เซอร์เบียได้กล่าวในคำแถลงการณ์ต่อศาลว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นหลักที่รัฐทุกรัฐต้องให้ความเคารพและจะละเมิดต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ๆ ไม่ได้ ซึ่งนอกจากหลักบูรณภาพแห่งดินแดนจะใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐแล้ว หลักการนี้ยังปรับใช้กับตัวการกระทำที่ไม่ใช่รัฐ (Non-state actors) ด้วย โดยสหประชาชาติได้ยืนยันถึงการเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐโดยปรับใช้กับ ตัวการกระทำที่ไม่ใช่รัฐ (non state-actors) ในกรณีสงครามกลางเมือง และการแบ่งแยกดินแดนด้วย⁶⁵ โดยสหประชาชาติได้มีข้อมติออกมาหลายฉบับในการยืนยันว่าหลักบูรณภาพแห่งดินแดนไม่เพียงปรับใช้เฉพาะกับรัฐที่สามเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงไปถึงกลุ่มคนภายในรัฐด้วย⁶⁶

เซอร์เบียยังกล่าวอีกด้วยว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นข้อสันนิษฐานที่แข็งแกร่งในเรื่องการต่อต้านการแยกประเทศ (dismemberment)⁶⁷ และถ้าหากมีการเปลี่ยนแปลงทางดินแดนจะต้องได้รับความยินยอมก่อน และการที่ประชาคมโลกให้การยอมรับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยรัฐบาลปกครองตนเองโคโซโวอาจมีผลเป็นการทำลายความมั่นคงในเรื่องเขตแดน(stability of boundary) ได้⁶⁸ และจากข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่เกี่ยวข้องกับยูโกสลาเวีย โดยเฉพาะข้อมติที่เกี่ยวข้องกับวิกฤติการณ์ในโคโซโว ดังนั้น โคโซโวและรัฐต่าง ๆ เคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของเซอร์เบีย⁶⁹ การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวซึ่งปราศจากความยินยอมจากเซอร์เบียจึงถือเป็นการทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนของเซอร์เบียและถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

⁶⁵ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the government of the Republic of Serbia. 15 April 2009, p.158, para 440.

⁶⁶ Ibid., p.158, para.441.

⁶⁷ Ibid., p.153, para 425.

⁶⁸ Ibid., p.153, para 430.

⁶⁹ Ibid., p.148, para 413.

ทางโคโซโวเองก็มีคำแถลงการณ์ต่อศาลเช่นกัน โดยได้กล่าวว่า หลักอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) และหลักบูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial integrity) เป็นหลักการที่มีลักษณะในการปกป้องดินแดนของรัฐจากรัฐอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อต้านการแทรกแซงจากภายนอกโดยการคุกคามหรือใช้กำลัง ซึ่งหลักการนี้ไม่ได้ปรับใช้ต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นภายในรัฐ และไม่ได้เป็นการกีดกันการประกาศเอกราชด้วย ซึ่งหากพิจารณาแล้วการประกาศเอกราชนี้ ผู้ประกาศไม่ได้กระทำในฐานะตัวแทนของรัฐ (act on behalf of State) แต่กระทำในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาชน (behalf of a people) การประกาศเอกราชจึงไม่เกี่ยวข้องกับการคุกคามหรือการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ห้ามไว้โดยมาตรา 2 วรรค 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ดังนั้น หลักอำนาจอธิปไตยและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนจึงไม่อาจนำมาใช้เพื่อเป็นการกีดกันการประกาศเอกราชโดยตัวแทนของประชาชนได้⁷⁰ และในมาตรานี้เป็นการห้ามคุกคามหรือใช้กำลังโดยรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศต่อดินแดนหรือความเป็นเอกราชของรัฐอื่น ๆ ซึ่งเป็นผลให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องการห้ามใช้กำลังและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ ดังนั้น จึงไม่อาจนำหลักการนี้มาปรับใช้กับการประกาศเอกราชของโคโซโวได้⁷¹

ศาลให้ความเห็นว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศและปรากฏในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับด้วยกัน ดังสรุปได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4 สรุปตราสารระหว่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักบูรณภาพแห่งดินแดน

ตราสารระหว่างประเทศ	บทบัญญัติ
กฎบัตรสหประชาชาติ	(มาตรา 2 วรรค 4) “ประเทศสมาชิกทั้งหลายจะต้องงดเว้นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจากการรุกรานหรือการใช้กำลังต่อต้านบูรณภาพแห่งดินแดนหรือความเป็นเอก

⁷⁰ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Contribution of the Republic of Kosovo. 17 July 2009, p.61, para 4.06

⁷¹ Ibid., p.62, para 4.07.

	ราชของรัฐต่าง ๆ หรือวิธีการใด ๆ ที่ขัดต่อหลักการขององค์การสหประชาชาติ” ⁷²
ปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ ค.ศ. 1970	“รัฐทุกรัฐจะต้องงดเว้นจากการกระทำต่าง ๆ ที่มีจุดมุ่งหมายในการทำลายส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของความเป็นเอกภาพของชนชาติและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ๆ” ⁷³
กวมสารสุดท้ายเฮลซิงกิ ค.ศ. 1975	(หลักการข้อที่ 4) “รัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องเคารพต่อหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของแต่ละรัฐโดยจะต้องงดเว้นจากการกระทำทั้งหลายที่ขัดกับจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติในการต่อต้านต่อบูรณภาพแห่งดินแดน ความเป็นอิสระทางการเมือง หรือความเป็นเอกภาพของรัฐต่าง ๆ โดยเฉพาะจากการกระทำที่เป็นการคุกคามหรือใช้กำลัง...” ⁷⁴

⁷² Article 2 paragraph 4 of The Charter of the United Nations .

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

⁷³ Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. res. 2625, Annex, 25 UN GAOR, Supp. (No. 28), U.N. Doc. A/5217 at 121 (1970).

“The principle that States shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State.”

⁷⁴ Article IV of Conference on Security and Co-operation in Europe .

“The participating States will respect the territorial integrity of each of the participating States. Accordingly, they will refrain from any action inconsistent with the purposes and principles of the Charter of the United Nations against the territorial integrity, political independence or the unity of any participating State, and in particular from any such action constituting a threat or use of force.

The participating States will likewise refrain from making each other's territory the object of military occupation or other direct or indirect measures of force in contravention of international

จากตารางจะเห็นว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศที่มีความสำคัญหลายฉบับ โดยเฉพาะในมาตรา 2 วรรค 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งถือเป็นหลักการและจุดมุ่งหมายของสหประชาชาติที่รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ได้กล่าวว่าหลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นสิ่งที่รัฐต่าง ๆ ต้องให้ความเคารพโดยงดเว้นจากการคุกคามหรือใช้กำลังเพื่อทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ส่วนปฏิญญาว่าด้วยการให้เอกราชแก่ดินแดนและประชาชนที่ตกเป็นอาณานิคม ค.ศ.1960 ศาลยังได้กล่าวถึงข้อมติของสมัชชาที่ 2625(XXV) ซึ่งนำมาสู่ปฏิญญาสมัชชาใหญ่ว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันท์มิตร ค.ศ.1970 ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ต่างยืนยันว่าหลักการนี้เป็นหลักการที่รัฐต่าง ๆ จะต้องงดเว้นจากการคุกคามหรือใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งดินแดนหรือความเป็นเอกราชของรัฐอื่น ๆ ซึ่งจากข้อมตินี้จะเห็นว่ารัฐต่าง ๆ พันธกรณีในการงดเว้นจากการละเมิดหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ๆ⁷⁵ อีกทั้งกรรมสารสุดท้ายเฮลซิงกิ ซึ่งได้กล่าวถึงหลักการในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่าง ๆ ในยุโรป ซึ่งเน้นย้ำว่ารัฐต่าง ๆ ต้องเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนนั่นเอง จึงเห็นได้ชัดว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยรัฐต่าง ๆ ต้องเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่นโดยงดเว้นจากการคุกคามและใช้กำลังต่อรัฐอื่น ๆ นั่นเอง

law, or the object of acquisition by means of such measures or the threat of them. No such occupation or acquisition will be recognized as legal.”

⁷⁵ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p30 ,para.80 “In General Assembly resolution 2625 (XXV), entitled “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations”, which reflects customary international law (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 101-103, para 191-193), the General Assembly reiterated “[t]he principle that States shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State”. This resolution then enumerated various obligations incumbent upon States to refrain from violating the territorial integrity of other sovereign States. In the same vein, the Final Act of the Helsinki Conference on Security and Co-operation in Europe of 1 August 1975 (the Helsinki Conference) stipulated that “[t]he participating States will respect the territorial integrity of each of the participating States” (Art. IV). Thus, the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States.”

ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนจึงเป็นหลักการที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น⁷⁶ แต่หลักการนี้ไม่อาจนำมาปรับใช้กับตัวการกระทำที่ไม่ใช่รัฐ (Non-state actors) ได้ รวมถึงการกระทำภายในรัฐด้วย จึงไม่อาจนำหลักบูรณภาพแห่งดินแดนมาปรับใช้ในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

จากการที่ศาลวินิจฉัยว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนไม่ใช่หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กีดกันการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ผู้พิพากษา *Cancado Trindade* ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่ลงคะแนนเสียงสนับสนุน ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า ไม่มีรัฐใดที่สามารถเรียกกรังบูรณภาพแห่งดินแดนภายใต้การกระทำที่ทารุณโหดร้าย เช่น การทรมาน (torture) การชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) การบังคับให้ย้ายถิ่นฐานของประชากรจำนวนมาก (massive forced displacement of the population) และไม่อาจอ้างว่าการกระทำที่โหดร้ายเหล่านี้กระทำบนพื้นฐานของอำนาจอธิปไตยของรัฐ และหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐเพื่อให้ประชาชนตกเป็นเหยื่อจากการกระทำเหล่านั้นได้ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในโคโซโวเกิดจากการที่กลุ่มคนหรือประชาชนที่ตนตกเป็นเหยื่อต้องการเอกราชเพื่อต่อต้านการกระทำที่ทารุณโหดร้ายและการกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นการละเมิดต่อหลักการขั้นพื้นฐานในเรื่องหลักความเสมอภาค (equality) และห้ามการเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นบทเรียนที่ชัดเจนว่าไม่มีรัฐใดสามารถใช้ดินแดนในการทำลายประชาชนได้ การกระทำที่ทารุณโหดร้ายอย่างยิ่งจึงนำมาสู่การสิ้นสุดของรัฐได้⁷⁷

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, p 53, para 176. "No State can invoke territorial integrity in order to commit atrocities (such as the practices of torture, and ethnic cleansing, and massive forced displacement of the population), nor perpetrate them on the assumption of State sovereignty, nor commit atrocities and then rely on a claim of territorial integrity notwithstanding the sentiments and ineluctable resentments of the "people" or "population" victimized. What has happened in Kosovo is that the victimized "people" or "population" has sought independence, in reaction against systematic and long-lasting terror and oppression, perpetrated in flagrant breach of the fundamental principle of equality and non-discrimination (cf. *infra*). The basic lesson is clear: no State can use territory to destroy the population. Such atrocities amount to an absurd reversal of the ends of the State, which was created and exists for human beings, and not *vice-versa*."

นอกจากนั้น ผู้พิพากษา Koroma ซึ่งไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของศาล เห็นว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นผลมาจาก ปณิธานว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ ค.ศ.1970 ตามนัยยะของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งบัญญัติว่า “ความพยายามใด ๆ ที่มีความมุ่งหมายบางส่วนหรือทั้งหมดในการแบ่งแยกเอกภาพและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ เป็นการขัดต่อจุดมุ่งหมายและหลักการขององค์การสหประชาชาติ ” จะเห็นว่าอนุสัญญานี้ได้กำหนดเงื่อนไขที่สำคัญว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนและระบอบการเมืองที่เป็นเอกราชของรัฐจะถูกล่วงละเมิดมิได้

อีกทั้งไม่ใช่ว่าหลักการกำหนดใจตนเองจะเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศให้กลุ่มชนแยกตัวออกจากรัฐแม่โดยปราศจากความยินยอม ซึ่งตามปณิธานว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ ค.ศ.1970 ยังกล่าวอีกด้วยว่า “ทุกรัฐจะต้องเว้นจากการกระทำใดที่มุ่งหมายต่อการแยกออกซึ่งส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดของเอกภาพและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐต่าง ๆ” โดยคำประกาศได้เน้นอีกว่า

“ไม่มีเยอหน้าใดที่จะเป็นการก่อให้เกิดการมอบอำนาจหรือกระตุ้นการกระทำใด ๆ ที่จะเป็นการแยกตัวหรือทำให้เสื่อมลงทั้งหมดหรือบางส่วนของบูรณภาพแห่งดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยและความเป็นเอกราชของรัฐต่าง ๆ”

คำประกาศได้วางหลักไว้ชัดเจนว่าหลักอำนาจอธิปไตยและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าหลักกำหนดใจตนเอง⁷⁸ อีกทั้ง ขณะที่มติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ถูกรับรองจนถึงขณะนี้ ยูโกสลาเวียก็ยังยังคงเป็นรัฐเอกราชที่ใช้อำนาจอธิปไตยและมีอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์เหนือโคโซโว ไม่ใช่คณะมนตรีความมั่นคงและไม่ใช่สถาบันปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งสร้างขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคง จะมอบสิทธิให้แยกตัวออกจากยูโกสลาเวียหรือทำให้เสื่อมลงทั้งหมดหรือบางส่วนของบูรณภาพแห่งดินแดนโดยปราศจากความยินยอม ศาลควรจะลงความเห็นว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁹

⁷⁸ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p.7, para21-22.

⁷⁹ Ibid., para 24.

3.2.4.2 สิทธิในการกำหนดใจตนเอง (Self-Determination)

ในประเด็นปัญหาเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้น แม้ว่าศาลได้กล่าวไว้แล้วว่าจะไม่พิจารณาเกี่ยวกับหลักนี้ในกรณีของการประกาศเอกราชของโคโซโว เพราะในคำถามที่ถามต่อศาลนี้ไม่ได้ขอให้ศาลพิจารณาในเรื่องนี้ แต่ทั้งโคโซโวและเซอร์เบียต่างก็มีคำแถลงการณ์ในประเด็นหลักการกำหนดใจตนเองไว้เช่นกัน และผู้พิพากษาหลายท่านได้ให้ความเห็นในประเด็นไว้ด้วย

โคโซโวได้มีคำแถลงต่อศาลว่า ประชาชนชาวโคโซโวสามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองได้แต่ถูกปฏิเสธการใช้สิทธินั้นจากเซอร์เบีย (อดีตยูโกสลาเวีย)⁸⁰ และมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงต่อประชาชนชาวโคโซโวในช่วง ค.ศ.1989-1999⁸¹ และแม้ว่าภายหลังที่โคโซโวอยู่ภายใต้การดูแลขององค์การสหประชาชาติและประชาคมโลก โคโซโวและเซอร์เบียก็มีความพยายามในการเจรจาเพื่อยุติความขัดแย้งแต่การเจรจาไม่ประสบความสำเร็จ ประชาชนชาวโคโซโวจึง ไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากการประกาศเอกราชเพื่อเป็นทางออกสุดท้ายที่จะทำให้ชาวโคโซโวสามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองให้เกิดประสิทธิผลได้⁸² โคโซโวจึงมีสิทธิในการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ทางเซอร์เบียได้มีแถลงการณ์ในประเด็นเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองว่า หลักกำหนดใจตนเองแม้จะกลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแต่ก็ต้องปรับใช้หลักการนี้ อย่างมีขอบจำกัด โดยกฎหมายระหว่างประเทศได้มอบสิทธิแก่ปวงชน (a people) เป็นผู้ที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งในการปรับใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้นเป็นการนำมาปรับใช้ในสถานการณ์ของการปลดปล่อยอาณานิคม รวมถึงดินแดนที่ไม่มีรัฐบาลปกครองตนเอง (Non self-governing territories) อีกทั้ง หลักกำหนดใจตนเองก็ไม่ได้เป็นการให้อำนาจในการแบ่งแยกดินแดนโดยปราศจากความยินยอมจากรัฐแม่⁸³

⁸⁰ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Contribution of the Republic of Kosovo. 17 July 2009, p.75, para 4.31.

⁸¹ Ibid., p.83, para 4.47.

⁸² Ibid., p.86, para 4.52.

⁸³ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the government of the Republic of Serbia. 15 April 2009, p.241, para.654.

เซอร์เบียยังกล่าวอีกด้วยว่า ถึงแม้โคโซโวจะถูกยกเลิกสถานะการปกครองตนเองในช่วงปี ค.ศ. 1989 การที่โคโซโวถูกปฏิเสธจากการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน และเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1989-1999 แต่ถึงอย่างไรข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่าโคโซโวได้ใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในแล้วโดยโดยการที่โคโซโวมีสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว (the Provisional Institution of Self-Government) ซึ่งก่อตั้งขึ้นให้เป็นไปตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) และรัฐธรรมนูญของเซอร์เบีย⁸⁴ ดังนั้น โคโซโวจึงไม่อาจใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) เพื่อนำมาสู่การแยกดินแดนได้ สิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงไม่อาจเป็นปรับใช้ในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว เพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายได้

ศาลเห็นว่าในประเด็นเรื่องสิทธิการกำหนดใจตนเองของประชาชนในโคโซโว 'ไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยเพื่อตอบคำถามของสมัชชาใหญ่ สิ่งสำคัญที่ศาลต้องพิจารณาเพียงแค่คำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปหรือละเมิดต่อกฎหมายพิเศษที่สร้างขึ้นโดยข้อมติ 1244 หรือไม่เท่านั้น'⁸⁵ ศาลจึงไม่วินิจฉัยถึงถึงสิทธิของประชาชนชาวโคโซโวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองแม้ศาลจะไม่นำมาพิจารณาก็ตาม ผู้พิพากษา *Koroma* ซึ่งไม่เห็นด้วยกับความเห็นศาล เห็นว่า หลักการกำหนดใจตนเองจะเป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศให้กลุ่มชนแยกตัวออกจากรัฐแม่โดยปราศจากความยินยอม ซึ่งตามคำประกาศ The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among state กล่าวว่า "ทุกรัฐจะต้องงดเว้นจากการกระทำใดที่มุ่งหมายต่อการแยกออกซึ่งส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดของเอกภาพและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐต่าง ๆ" โดยคำประกาศได้เน้นอีกว่า

⁸⁴ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the government of the Republic of Serbia. 14 July 2009, p.139, para 352.

⁸⁵ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p31 , para 83.

“ไม่มีเยอหน้าใดที่จะเป็นการก่อให้เกิดการมอบอำนาจหรือกระตุ่นการกระทำใด ๆ ที่จะเป็นการแยกตัวหรือทำให้เสื่อมลงทั้งหมดหรือบางส่วนของบูรณภาพแห่งดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยและความเป็นเอกราชของรัฐต่าง ๆ”⁸⁶

คำประกาศได้วางหลักไว้ชัดเจนว่าหลักอำนาจอธิปไตยและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าหลักกำหนดใจตนเอง⁸⁷

ส่วน *ผู้พิพากษา Yusuf* แม้จะเห็นด้วยกับความเห็นศาล ก็ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองว่า การประกาศเอกราชมีความหมายและเป็นการอ้างถึงอย่างชัดเจนในการก่อตั้งรัฐใหม่ ซึ่งมีความเกี่ยวพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าหากการอ้างนั้นพบถึงเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะในสถานการณ์ของการปลดปล่อยอาณานิคม หรือการที่ประชาชนถูกกดขี่ ครอบงำและถูกเอาเปรียบ ซึ่งกฎหมายอาจช่วยสนับสนุนในเรื่องนี้ แต่ถ้าหากเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศก็หมายถึงการประกาศเอกราชไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างในกรณีของ Southern Rhodesia และ Katanga ในช่วงปี 1960 อีกทั้ง การประเมินโดยศาลถึงการคงอยู่ของสิทธิโดยชอบธรรมในเรื่องสิทธิกำหนดใจตนเองสามารถทำให้เกิดความชัดเจนในขอบเขตและเนื้อหาในเรื่องนี้ได้ แนวคิดหลังยุคอาณานิคมสามารถนำมาใช้ในกรณีพิเศษอย่างโคโซโวได้ ที่ผ่านมาเป็นเรื่องที่เราสนใจกันดีว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองนำมาใช้ในสถานการณ์ของการปลดปล่อยอาณานิคม หรือการที่ถูกต่างชาติกดขี่ข่มเหงและยึดครองดินแดน ซึ่งน่าจะให้อีกโอกาสนี้เป็นการแสดงถึงขอบเขตและแนวคิดในเรื่องสิทธิ

⁸⁶ Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. res. 2625, Annex, 25 UN GAOR, Supp. (No. 28), U.N. Doc. A/5217 at 121 (1970).

“Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.”

⁸⁷ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p.7, para 22.

ในการกำหนดใจตนเองในช่วงหลังยุคอาณานิคมต่อการป้องกันการใช้ที่ผิดสิทธินี้ที่ผิดวิธีโดยกลุ่มเชื้อชาติที่แบ่งแยกกันภายในรัฐ⁸⁸

กฎหมายระหว่างประเทศไม่เห็นด้วยกับการแยกตัวออกจากรัฐแม่และการปกป้องเขตแดนจากการรุกรานและการแทรกแซงจากต่างชาติ การสนับสนุนความมั่นคงภายในเขตแดนของรัฐ ตลอดจนในความเห็นของการเติบโตขอ สิทธิมนุษยชนและสวัสดิภาพของประชาชนภายในเขตแดนของรัฐ ในแง่ของความสนใจต่อการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการทารุณโหดร้าย (atrocities) การปฏิบัติอย่างโหดร้าย (persecution) การกีดกันทางเชื้อชาติ(discrimination) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติภายในรัฐ สุดท้าย การปกป้องสิทธิในทางระหว่างประเทศต่อประชาชน กลุ่มคน ซึ่งตกเป็นเหยื่อจากการกระทำก็สามารถฝ่าผ่านอำนาจอธิปไตยของรัฐเพื่อเข้าคุ้มครองกลุ่มคนเหล่านั้นได้ และได้มีการกำหนดพันธกรณีของรัฐต่าง ๆ ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองก็เป็นหนึ่งในสิทธินั้นที่ได้รับการกำหนดให้เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐต่าง ๆ จะต้องเคารพ⁸⁹

หลังยุคอาณานิคม แนวคิดในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงเป็นการใช้สิทธิภายในรัฐ โดยมีรูปแบบที่เป็นสิทธิของประชาชนทั้งหมดในรัฐ (entire population of the State) ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ของตนเอง และมีการเลือกรัฐบาลตัวแทน (representative government) ดังนั้น สิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงเป็นสิทธิที่มีลักษณะที่อยู่บนพื้นฐานในเรื่องเชื้อชาติ การมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยเป็นตัวแทนในรัฐบาลและปราศจากการเลือกปฏิบัติ (non-discriminated) สิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงเป็นการใช้สิทธิภายในรัฐโดยกลุ่มเชื้อชาติที่อยู่ในรัฐ และเป็นการก่อตั้งสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (internal self-

⁸⁸ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Yusuf, para 5.

⁸⁹ Ibid., para 7. "the issue of self-determination itself, it should be observed at the outset that international law disfavors the fragmentation of existing States and seeks to protect their boundaries from foreign aggression and intervention. It also promotes stability within the borders of States, although, in view of its growing emphasis on human rights and the welfare of peoples within State borders, it pays close attention to acts involving atrocities, persecution, discrimination and crimes against humanity committed inside a State. To this end, it pierces the veil of sovereignty and confers certain internationally protected rights to peoples, groups and individuals who may be subjected to such acts, and imposes obligations on their own State as well as other States. The right of self-determination, particularly in its post-colonial conception, is one of those rights."

determination) ซึ่งเป็นการใช้สิทธิดังกล่าวภายในเขตแดนของรัฐโดยปราศจากการคุกคามต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ⁹⁰

ในส่วนของสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) โดยกลุ่มเชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ที่มีความแตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่ต่อกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐแม่ และแน่นอนว่า ไม่ใช่สิทธิโดยทั่วไปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่จะมอบสิทธิแก่เชื้อชาติทั้งหลายภายในรัฐต่อการอ้างการแบ่งแยกความเป็นรัฐ (statehood) ซึ่งเป็นการต่อต้านต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศว่าสนับสนุนประชาชนในดินแดนที่ไม่มีรัฐบาลปกครองตนเองและประชาชนภายใต้การกดขี่ของต่างชาติ การถูกรวบงำและการถูกเอาเปรียบ ด้วยเหตุนี้ เชื้อชาติต่าง ๆ ที่แตกต่างจากกลุ่มน้อยภายในรัฐ ถ้ามีคุณสมบัติเป็นประชาชน (a people) สำหรับวัตถุประสงค์ของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ก็ไม่มีสิทธิต่อการแยกดินแดนฝ่ายเดียว เพราะเป็นความปรารถนาต่อการสร้างรัฐที่แยกออกไป ซึ่งอาจเป็นความปรารถนาของกลุ่มชนทั้งหมด การมีอยู่ของสิทธิทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นการลดทอนอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ และจะเป็นการนำมาสู่ความขัดแย้งที่ไม่มีที่สิ้นสุดและนำมาซึ่งความวุ่นวายในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁹¹

⁹⁰ Ibid., para 9. "In this post-colonial conception, the right of self-determination chiefly operates inside the boundaries of existing States in various forms and guises, particularly as a right of the entire population of the State to determine its own political, economic and social destiny and to choose a representative government; and, equally, as a right of a defined part of the population, which has distinctive characteristics on the basis of race or ethnicity, to participate in the political life of the State, to be represented in its government and not to be discriminated against. These rights are to be exercised within the State in which the population or the ethnic group live, and thus constitute internal rights of self-determination. They offer a variety of entitlements to the concerned peoples within the borders of the State without threatening its sovereignty."

⁹¹ Ibid., para10. "...external self-determination by such ethnically or racially distinct groups pose a challenge to international law as well as to their own State, and most often to the wider community of States. Surely, there is no general positive right under international law which entitles all ethnically or racially distinct groups within existing States to claim separate statehood, as opposed to the specific right of external self-determination which is recognized by international law in favour of the peoples of non-self-governing territories and peoples under alien subjugation,

ในกรณีที่รัฐไม่เพียงปฏิบัติต่อการใช้สิทธิกำหนดใจตนเองภายใน (internal self-determination) แต่มีการกีดกันทางเชื้อชาติ (discrimination) การปฏิบัติอย่างโหดร้าย (persecution) และการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง หรือการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ภายใต้สถานการณ์พิเศษ สิทธิของประชาชนต่อการกำหนดใจตนเองอาจสนับสนุนต่อการอ้างการแบ่งแยกดินแดน ซึ่งกำหนดว่าต้องพบเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ในสถานการณ์พิเศษโดยคำนึงถึงบริบททางประวัติศาสตร์ด้วย เงื่อนไขต่าง ๆ อาจได้มาจากหลาย ๆ วิธีการ รวมถึงปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศและความร่วมมือของรัฐต่าง ๆ ตามนัยยะของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งเป็นผลสะท้อนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยปฏิญญาสมัชชาใหญ่ว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันมิตร ค.ศ.1970 ได้กล่าวว่า

“ไม่มีเยอหน้าใดในอนุสัญญาฉบับนี้ที่จะตีความว่าเป็นการให้อำนาจหรือเป็นการสนับสนุนการกระทำที่เป็นการแบ่งแยกหรือทำให้เสื่อมลงทั้งหมดหรือบางส่วนของบูรณภาพแห่งดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยและความเป็นเอกราชของรัฐซึ่งนำมาสู่การปฏิบัติตามหลักการของสิทธิที่เท่าเทียมกันและสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชนและตัวแทนของรัฐบาลของประชาชนที่เป็นเจ้าของดินแดนโดยปราศจากการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ ความเชื่อ และสีผิว”

บทบัญญัตินี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่า อำนาจอธิปไตยและความเป็นเอกราชของรัฐต้องปฏิบัติตามหลักการของสิทธิที่เท่าเทียมกัน และสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชน โดยหลัก territorial integrity และความเป็นหนึ่งเดียวของชนชาติ (national unity) จะต้องไม่ถูกทำลายหรือไม่ถูกละเมิด ซึ่งในการปกป้องขั้นต้นและการให้ความสำคัญที่สุด การรักษาดินแดนของรัฐและการค้นหาต่อความหลีกเลี่ยงของการแยกตัวหรือการแยกตัวเนื่องจากกองกำลังแบ่งแยกดินแดน อย่างไรก็ตาม หลัก saving clause มีความหมายว่าถ้ารัฐสูญเสียต่อการวางตัวให้เป็นไปตามหลักสิทธิที่เท่าเทียมกันและหลักกำหนดใจตนเองของประชาชน ในสถานการณ์พิเศษ

domination and exploitation. Thus, a racially or ethnically distinct group within a State, even if it qualifies as a people for the purposes of self-determination, does not have the right to unilateral secession simply because it wishes to create its own separate State, though this might be the wish of the entire group. The availability of such a general right in international law would reduce to naught the territorial sovereignty and integrity of States and would lead to interminable conflicts and chaos in international relations.”

อาจเกิดขึ้นโดยอาศัยกลุ่มชาติพันธุ์ที่ความแตกต่าง จากกลุ่มชาติพันธุ์ที่ความแตกต่างจากกลุ่มซึ่ง ถูกปฏิเสธต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน อาจอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) หรือการแบ่งแยกดินแดนจากรัฐซึ่งควรจะมีประสิทธิภาพในการ ถามปัญหาของรัฐในเรื่องบูรณภาพแห่งดินแดนและอำนาจอธิปไตย⁹²

สถานการณ์ในโคโซโวเป็นสถานการณ์พิเศษในหลาย ๆ ด้าน ซึ่งในบริบทที่มีความ โดดเด่นทางลักษณะประวัติศาสตร์ที่ว่า ปัญหาที่ถามโดยสมัชชาควรจะมีการวิเคราะห์ถึง การแยกตัวของยูโกสลาเวีย การยุติสถานะปกครองตนเองของโคโซโวโดยผู้มีอำนาจของเซอร์เบีย ประวัติศาสตร์ในเรื่อง ethnic cleansing และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในโคโซโว ซึ่งบริบทพิเศษ ที่เกิดขึ้นในโคโซโวมีความเพียงพอต่อศาลที่จะอนุญาตให้ประเมินสถานการณ์ในโคโซโวว่าเป็น พฤติการณ์พิเศษ ซึ่งอาจทำให้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในกลายเป็นสิทธิในการกำหนดใจ ตนเองภายนอกเพื่อแยกตัวออกจากรัฐแม่ได้

อีกทั้ง ศาลสูงแคนาดาใน the Reference re. Secession of Quebec มีการ เพิ่มเติมว่าอาจเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) เมื่อ ประชาชนถูกปฏิเสธการใช้สิทธิกำหนดใจตนเองภายใน ซึ่งสรุปได้ว่า

“รัฐซึ่งมีรัฐบาลเป็นตัวแทนของประชาชนทั้งหมดหรือประชาชนที่อาศัยอยู่ใน ดินแดน บนหลักการกำหนดใจตนเองภายใน ซึ่งมีการมอบอำนาจต่อการรักษาบูรณภาพแห่ง ดินแดน ซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐต่าง ๆ โดยในกรณีของควิเบคไม่พบว่าเคยตกเป็นอาณานิคม หรือการปกครองอย่างโหดร้าย อีกทั้ง ไม่พบว่าประชาชนชาวควิเบคถูกปฏิเสธต่อการเข้าถึงรัฐบาล ในการแสวงหาการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และการพัฒนาทางสังคม”⁹³

การกำหนดว่าอะไรเป็นสถานการณ์พิเศษในการก่อตั้งกรณีเฉพาะ อาจเป็นความ ถูกต้องตามกฎหมายในการอ้างถึงหลักการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) ซึ่งองค์ประกอบที่ถูกต้องเป็นการพิจารณาถึงการมีอยู่ของการกีดกันประชาชน การปฏิบัติอย่างโหดร้าย เนื่องจากเชื้อชาติ และการปฏิเสธต่อโครงการทางการเมืองของการ ปกครองตนเอง (autonomy) และการเข้าถึงรัฐบาล การวินิจฉัยโดยคณะมนตรีความมั่นคงต่อการ แทรกแซงเป็นการเพิ่มองค์ประกอบสำหรับการประเมินพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งพบความชอบด้วย กฎหมายในข้อเรียกร้องสำหรับสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-

⁹² Ibid., para12.

⁹³ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R.217.

determination) โดยประชาชนที่ถูกรัฐประหารใช้สิทธิกำหนดใจตนเองภายใน (internal self-determination) อย่างไรก็ตาม แม้พฤติการณ์พิเศษที่มีอยู่ก็ไม่จำเป็นว่าประชาชนจะมีสิทธิโดยอัตโนมัติต่อการแบ่งแยกดินแดน ซึ่งความเป็นไปได้ทั้งหมดของการเยียวยาสำหรับการใช้สิทธิกำหนดใจตนเองภายในจะต้องใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ก่อนจะเป็นประเด็นในการทำลายเขตอำนาจภายในรัฐ (domestic jurisdiction) ซึ่งการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนที่อาศัยอยู่โดยประชาชนที่ทำการอ้างถึง ซึ่งในบริบทนี้ บทบาทของประชาคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะคณะกรรมการความมั่นคงและสมัชชา มีความสำคัญสูงสุด⁹⁴

⁹⁴ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Bennouna, para 16.

ตารางที่ 5 สรุปคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นกฎหมายระหว่างประเทศ

ประเด็นปัญหา ในเรื่องหลัก กฎหมายระหว่าง ประเทศ	คำแถลงของฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้อง		คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นผู้พิพากษา	
	เซอร์เบีย	โคโซโว		ความเห็นส่วนตัว (Separate opinion)	ความเห็นแย้ง (Dissenting Opinion)
หลักบูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial Integrity)	บูรณภาพแห่งดินแดนเป็นที่ละเมิดมิได้ โดยรัฐต่าง ๆ จึงต้องให้ความเคารพต่อบูรณภาพแห่งดินแดน รวมทั้งตัวการกระทำที่ไม่ใช่รัฐ (non-state actors) ด้วย ดังนั้น การที่โคโซโวประกาศเอกราชจึงเป็นการทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนของเซอร์เบีย ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ	หลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในการปกป้องดินแดน การแทรกแซงจากภายนอกโดยการคุกคามหรือใช้กำลังโดยรัฐอื่น แต่หลักบูรณภาพแห่งดินแดนไม่นำมาปรับใช้กับเหตุการณ์ภายในรัฐ ดังนั้น จึงไม่อาจนำหลักบูรณภาพแห่งดินแดนมาปรับใช้กับกรณีการประกาศเอกราชของโคโซโวได้	หลักบูรณภาพแห่งดินแดนได้รับการยืนยันจากตราสารระหว่างประเทศ หลายฉบับ อย่างชัดเจนของสมัชชาที่ 2625(XXV) ได้กล่าว ว่าหลักการนี้เป็นหลักการที่รัฐต่าง ๆ จะต้องงดเว้นจากการคุกคามหรือใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งดินแดนหรือความเป็นเอกราชของรัฐอื่น ๆ ดังนั้น รัฐต่าง ๆ จึงมีพันธกรณีในการงดเว้นจากการละเมิดหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ๆ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักบูรณภาพแห่งดินแดนจึงเป็นหลักการที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น	ไม่มีรัฐใดที่สามารถเรียกร้องบูรณภาพแห่งดินแดนภายใต้การกระทำที่ทารุณโหดร้าย ซึ่งขัดต่อ Jus Cogens และไม่อาจอ้างว่าการกระทำที่โหดร้ายเหล่านี้กระทำบนพื้นฐานของอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น รัฐต่าง ๆ จึงไม่อาจใช้ดินแดนในการทำลายประชาชนได้	หลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐจะถูกลวงละเมิดมิได้ อีกทั้งขณะที่มติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ถูกรับรองจนถึงขณะนี้ ยูโกสลาเวียก็ยังคงเป็นรัฐเอกราชที่ใช้อำนาจอธิปไตยเต็ม และมีอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์เหนือโคโซโว ดังนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงเป็นการทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนของเซอร์เบีย

ประเด็นปัญหา ในเรื่องหลัก กฎหมายระหว่าง ประเทศ	คำแถลงของฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้อง		คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นผู้พิพากษา	
	เซอร์เบีย	โคโซโว		ความเห็นส่วนตัว (Separate opinion)	ความเห็นแย้ง (Dissenting Opinion)
สิทธิในการกำหนด ใจตนเอง(Self- determination)	สิทธิในการกำหนดใจ ตนเองไม่ได้ให้สิทธิใน การแบ่งแยกดินแดน เป็นรัฐเอกราชโดยราช จากความยินยอม อีก ทั้ง สิทธิในการกำหนด ใจตนเองเป็นสิทธิของ "a people" ซึ่งชาวโคโซ โวเชื้อสายยแอลเบเนีย ไม่ใช่ "a people" ตาม จุดมุ่งหมายของหลักใน การกำหนดใจตนเอง	ประชาชนชาวโคโซโวมี สิทธิในการกำหนดใจ ตนเอง แต่ถูกปฏิเสธ สิทธินี้จากเซอร์เบีย และเซอร์เบียได้กระทำ การอันเป็นการละเมิด สิทธิมนุษยชนอย่าง ร้ายแรง แม้ภายหลังจะ มีความพยายามในการ เจรจาแต่ไม่ประสบ ผลสำเร็จ โคโซโวจึงมี ทางออกเดียวคือการ ประกาศเอกราช	ศาลเห็นว่าไม่มีความ จำเป็นที่ศาลจะต้อง วินิจฉัยประเด็นเรื่องสิทธิ ในการกำหนดใจตนเอง เนื่องจากสมัชชาไม่ได้ถาม ในประเด็นนี้	สถานการณ์ในโคโซโวเป็น สถานการณ์พิเศษ ประวัติศาสตร์ในเรื่อง ethnic cleansing และอาชญากรรม ต่อมนุษยชาติในโคโซโว ซึ่ง บริบทพิเศษที่เกิดขึ้นในโคโซโว มีความเพียงพอต่อศาลที่จะ อนุญาตให้ประเมินสถานการณ์ ในโคโซโวว่าเป็นพฤติการณ์ พิเศษ ซึ่งอาจทำให้สิทธิในการ กำหนดใจตนเองภายใน กลายเป็นสิทธิในการกำหนดใจ ตนเองภายนอกเพื่อแยกตัวออก จากรัฐแม่ได้	หลักการกำหนดใจ ตนเองจะเป็น หลักการในกฎหมาย ระหว่างประเทศให้ กลุ่มชนแยกตัวออก จากรัฐแม่ โดย ปราศจากความ ยินยอม และหลัก อำนาจอธิปไตยและ หลักบูรณภาพแห่ง ดินแดนของรัฐมี อำนาจเหนือกว่าหลัก กำหนดใจตนเอง

ประเด็นปัญหาในเรื่องหลักกฎหมายระหว่างประเทศ	คำแถลงของฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้อง		คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นผู้พิพากษา
	เซอร์เบีย	โคโซโว		
ความเป็นรัฐ (Statehood)	รัฐบาลของโคโซโวไม่มีความเป็นเอกราชเนื่องจากยังคงอยู่ภายใต้การดูแลของคณะทำงานระหว่างประเทศภายใต้ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) จึงไม่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขของความเป็นรัฐ	การดำเนินงานของคณะทำงานในโคโซโวเป็นการเข้ามาโคโซโวให้ความยินยอม ซึ่งเป็นการยืนยันว่าโคโซโวมีอำนาจอธิปไตยและเป็นเอกราช ตามองค์ประกอบของความเป็นรัฐ	ศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยประเด็นเรื่องความเป็นรัฐเนื่องจากสมัชชาไม่ได้ถามในประเด็นนี้	ศาลควรวินิจฉัยในส่วนขององค์ประกอบความเป็นรัฐในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเพื่อให้เกิดความกระจ่างมากยิ่งขึ้น
การรับรองรัฐ (Recognition of State)	การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ การรับรองรัฐจึงไม่อาจทำให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไปได้	หลังจากโคโซโวประกาศเอกราชรัฐต่าง ๆ ได้ให้การรับรองรัฐกว่า 60 ประเทศ โดยเฉพาะสหภาพยุโรปให้การรับรองโคโซโว 33 ประเทศ จากสมาชิกทั้งหมด 47 ประเทศ อีกทั้งโคโซโวยังเข้าเป็นสมาชิก กองทุนการเงินระหว่างประเทศ(IMF) และธนาคารโลก ซึ่งเป็นองค์การชำนาญพิเศษของสหประชาชาติ	ศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยประเด็นเรื่องการรับรองความเป็นรัฐเนื่องจากสมัชชาไม่ได้ถามในประเด็นนี้	ศาลควรวินิจฉัยถึงผลจากการรับรองความเป็นรัฐและการไม่รับรองความเป็นรัฐในกรณีนี้ด้วย

จากการที่ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนแม้ที่จะเป็นหลักการที่สำคัญมากในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นหลักการที่ทุกรัฐจะต้องเคารพต่อกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่หลักบูรณภาพแห่งดินแดนนี้เป็นหลักที่ปรับใช้ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกลุ่มคนภายในรัฐ ดังนั้น หลักบูรณภาพแห่งดินแดนจึงไม่ใช่หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กีดกันหรือห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ซึ่งจากการพิจารณาศาลไม่พบว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศใดที่ห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเลย

นอกจากนั้น ศาลยังได้พิจารณาถึงแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชในอดีต โดยศาลได้กล่าวถึงข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่มีต่อสถานการณ์ในโรดีเซียใต้ ไชปรัสเหนือ และ Republika Srpska¹⁹⁰ ซึ่งสรุปไว้ในตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 6 สรุปข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีต

กรณีปัญหา		ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง	เนื้อหาในข้อมติ
โรดีเซีย	ชนผิวขาวซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยที่มีอำนาจปกครองโรดีเซีย ได้ดำเนินนโยบายที่เป็นการกีดกันทางสีผิวดังประเทศ ซึ่งเป็น การลิดรอนสิทธิในการเข้าร่วมทางการเมืองของชนผิวดำซึ่งเป็นชนกลุ่มใหญ่ของประเทศ	216(1965) ¹⁹¹	<ul style="list-style-type: none"> - ประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของชนกลุ่มน้อยในโรดีเซียใต้ - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนี้
		217(1965) ¹⁹²	<ul style="list-style-type: none"> - ประกาศว่าการประกาศเอกราชนี้เป็นโมฆะ - เรียกร้องให้อังกฤษปราบปรามรัฐบาลชนกลุ่มน้อย และให้อังกฤษมีมาตรการเพื่อให้ประชาชนในโรดีเซียใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเอง - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ตัดความสัมพันธ์ทางการทูตทุกรูปแบบกับรัฐบาลชนกลุ่มน้อยในโรดีเซียใต้

¹⁹⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, p.30, para 81.

¹⁹¹ United Nations Security Council Resolution 216 (1965).

¹⁹² United Nations Security Council Resolution 217 (1965).

กรณีปัญหา		ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง	เนื้อหาในข้อมติ
ไซปรัสเหนือ	ตุรกีจึงเข้าแทรกแซงทางการทหารและก่อตั้งกลุ่มการปกครองของชาวตุรกีในไซปรัสเหนือ จนมีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในปี ค.ศ. 1983	541(1983) ¹⁹³	<ul style="list-style-type: none"> - การประกาศของไซปรัสเหนือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายพร้อมทั้งเรียกร้องให้ยุติการกระทำนั้น ๆ ด้วย - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพต่ออำนาจอธิปไตย และหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของสาธารณรัฐไซปรัส
Republika Srpska	ชาวเซิร์บในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนาพยายามจะแยกตัวออกไปเพื่อแยกตัวไปรวมกับเซอร์เบียในที่สุดได้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในปี ค.ศ.1992	787(1992) ¹⁹⁴	<ul style="list-style-type: none"> - การประกาศเอกราชของชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา เป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อาจยอมรับได้ - เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพต่อหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา

จะเห็นได้ว่า กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวต่าง ๆ ที่ศาลกล่าวถึงนี้เป็นกรกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างในกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโรดีเซียได้ เป็นกรณีที่ผู้นำ

¹⁹³ United Nations Security Council Resolution 541 (1983).

¹⁹⁴ United Nations Security Council Resolution 787 (1992).

ประเทศใช้นโยบายในการแบ่งแยกสีผิวเพื่อกีดกันชาวผิวดำซึ่งเป็นชนกลุ่มใหญ่ของประเทศจากการมีสิทธิในการปกครอง และถือได้ว่าผู้ปกครองประเทศไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชนทั้งหมดในประเทศ ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโรดิเซียได้นั้นทำให้คณะมนตรีความมั่นคงมีมติประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งยังขอให้ประเทศต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โรดิเซีย ส่วนในกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของไซปรัสเหนือเป็นการแทรกแซงทางการทหารของตุรกีเพื่อปกป้องกลุ่มคนชาวตุรกีที่อาศัยอยู่ในไซปรัสเหนือ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติประณามและขอให้ยุติการแทรกแซงทางการทหารในไซปรัส¹⁹⁵ และเมื่อสาธารณรัฐตุรกีแห่งไซปรัสเหนือ (a Turkish Republic of Northern Cyprus) ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในปี ค.ศ. 1983 คณะมนตรีความมั่นคงจึงมีข้อมติประณามการประกาศเอกราชครั้งนี้ และประกาศว่าการประกาศเอกราชเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการแทรกแซงทางการทหารต่อรัฐอื่นถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างในการห้ามแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นนั่นเอง และในกรณีของ Republika Srpska เป็นความพยายามในการแบ่งแยกดินแดนออกจากบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ของชนกลุ่มน้อยชาวเซิร์บที่อาศัยอยู่ในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้มีมติออกมาว่าการประกาศเอกราชของชนกลุ่มน้อยในบอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลจึงมีความเห็นว่า คณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติวินิจฉัยว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นการประกาศเอกราชที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชนี้ไม่ได้เป็นผลมาจากลักษณะของกระประกาศเอกราชฝ่ายเดียว แต่เป็นผลมาจากข้อเท็จจริงว่าเกิดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการใช้กำลังหรือการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป โดยเฉพาะการละเมิดต่อกฎหมายเด็ดซาด (Jus cogens)¹⁹⁶ ซึ่งในกรณีของโคโซโวจะเห็นได้ว่าคณะ

¹⁹⁵ United Nations Security Council Resolution 353 (1974).

¹⁹⁶ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, p.31 , para 81.

“The Court notes, however, that in all of those instances the Security Council was making a determination as regards the concrete situation existing at the time that those declarations of independence were made; the illegality attached to the declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have been, connected with the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (*jus cogens*). In the context of Kosovo, the Security Council has never taken this position. The exceptional character of the resolutions enumerated above appears to the Court to confirm

มนตรีความมั่นคงไม่เคยมีข้อมติประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเหมือนอย่างในกรณีโรดีเซียใต้ ไชปรัสเหนือ หรือ Republika Srpska ศาลจึงพิจารณาแล้วว่าจากแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวซึ่งไม่ปรากฏในกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคตรโซโว จึงหมายความว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลจึงวินิจฉัยด้วยคะแนนเสียง 10 ต่อ 4¹⁹⁷ ในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าไม่ได้เป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

จากการที่ได้ศึกษามาจึงสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ อีกทั้งองค์กรอื่น ๆ นั้นอาจร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำความเห็นเชิงปรึกษาในประเด็นข้อกฎหมายได้ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่าจะรับทำความเห็นเชิงปรึกษาหรือไม่ ซึ่งในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีอำนาจที่จะร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาได้ และประเด็นปัญหาที่ยื่นสู่ศาลเพื่อพิจารณานั้น ก็เป็นปัญหาข้อกฎหมาย อีกทั้งศาลก็ไม่มีเหตุอันสมควรที่จะปฏิเสธไม่ทำความเห็นเชิงปรึกษาได้ ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้ทำความเห็นเชิงปรึกษากรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขึ้นตามที่สมัชชาใหญ่ร้องขอ

ศาลได้วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว โดยพิจารณาแล้วว่าหลักบรรณภาพแห่งดินแดนไม่ได้ห้ามหรือกีดกันการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว และศาลยังได้พิจารณาถึงแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีตก็พบว่าคณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติถึงการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศในหลายกรณีด้วยกัน อย่างเช่น กรณีของโรดีเซียใต้ ไชปรัสเหนือ เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างการแทรกแซงทางการทหารต่อรัฐอื่นหรือการละเมิดต่อกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) ซึ่งทำให้การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่าง

that no general prohibition against unilateral declarations of independence may be inferred from the practice of the Security Council.”

¹⁹⁷ Ibid., p.44, para 122.

IN FAVOUR: President Owada; Judges Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood;

AGAINST: Vice-President Tomka; Judges Koroma, Bennouna, Skotnikov.

ประเทศ แต่สำหรับกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว จะเห็นได้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงไม่มีข้อติที่วินิจฉัยถึงประเด็นปัญหาการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

การที่ศาลพิจารณาแล้วว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่มีข้อห้ามหรือกีดกันการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว อีกทั้งยังพิจารณาจากแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงจากกรณีการประกาศเอกราชที่ผ่านมาในอดีต ย่อมเป็นสิ่งยืนยันว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

แต่การที่ศาลวินิจฉัยประเด็นปัญหาในเรื่องหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยพิจารณาเพียงแค่หลักบูรณภาพแห่งดินแดนเท่านั้น โดยศาลปฏิเสธที่จะพิจารณาประเด็นปัญหาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชาวโคโซโว ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่ยังไม่มีความกระจ่างในบริบทนอกเหนืออาณานิคมที่อาจนำไปสู่การกำเนิดรัฐใหม่ อีกทั้ง หลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความเป็นรัฐและหลักกฎหมายในเรื่องการรับรองรัฐ ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญในการเกิดขึ้นของรัฐใหม่ โดยหน่วยการปกครอง(entity) หนึ่งจะประกาศตัวเป็นเอกราชการจะรัฐต่าง ๆ จะให้การรับรองความเป็นรัฐก็ย่อมต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความเป็นรัฐ โดยเฉพาะในส่วนของรัฐบาลที่สามารถบริหารจัดการประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ และการมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ซึ่งการให้การรับรองความเป็นรัฐจากประชาคมโลกย่อมแสดงว่าหน่วยการปกครองนั้น (entity) มีประสิทธิภาพเพียงพอที่ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นนั่นเอง และการรับรองความเป็นรัฐนี้ก็จะนำมาสู่การมีตัวตนในทางระหว่างประเทศของรัฐใหม่ ดังนั้น หากศาลพิจารณาประเด็นกฎหมายเหล่านี้ ย่อมทำให้เกิดความกระจ่างมากขึ้นถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว อีกทั้งยังเป็นการวางแนวทางในการวิเคราะห์ถึงการกำเนิดรัฐใหม่อีกด้วย ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของศาลในการวินิจฉัยที่แคบเกินไป ทำให้การวินิจฉัยของศาลเป็นไปอย่างมีข้อจำกัด ทำให้ได้รับคำตอบที่ตอบยังคงไม่กระจ่างนัก

ในการวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว นอกจากศาลต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ศาลยังต้องวินิจฉัยควบคู่ไปกับข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ซึ่งมีความสำคัญต่อโคโซโวเป็นอย่างมาก โดยข้อมติฉบับนี้นำมาสู่การก่อตั้งระบอบการปกครองชั่วคราวในโคโซโวภายใต้การดูแลของสหประชาชาติ ซึ่งข้อมติ 1244(1999) นี้มีลักษณะทางกฎหมายระหว่างประเทศ (international legal character) ดังนั้น ศาลจึงจำเป็นต้องวินิจฉัยว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขัดต่อข้อมติที่ 1244(1999) รวมถึงโครงสร้างรัฐธรรมนูญที่สร้างขึ้นจากข้อมติ 1244(1999) เพื่อนำมาสู่ข้อสรุปว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งจะวิเคราะห์ในบทถัดไป

บทที่ 4

ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศ เอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวอันเกี่ยวเนื่องกับข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999)

ในบทนี้จะเป็นการพิจารณาความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว โดยเป็นคำวินิจฉัยของศาลในส่วนขอ บทบาทของสหประชาชาติที่มีในโคโซโว โดยจะทำการพิจารณาในเรื่องของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ซึ่งถือเป็นข้อมติที่มีส่วนสำคัญในการดำเนินการของสหประชาชาติและ องค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ ในโคโซโว โดยข้อมติที่ 1244 (1999) เป็นข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งมีผลผูกพันให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ซึ่งข้อมตินี้มีลักษณะทางกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจะเป็นการละเมิดต่อข้อมติ 1244 (1999) หรือไม่นั้น จึงขอพิจารณาในบทนี้ เพื่อนำมาสู่ข้อสรุปถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

4.1 บทบาทขององค์การระหว่างประเทศในสถานการณ์โคโซโว

จากวิกฤติการณ์ของโคโซโวที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1999 ได้มีความร่วมมือระหว่างประเทศต่าง ๆ เข้าให้ความช่วยเหลือเพื่อให้เกิดความสงบสุขและสันติภาพกลับคืนมาสู่โคโซโวและ คาบสมุทรบอลข่าน ซึ่งสหประชาชาติมีความรับผิดชอบหลักในการดูแลสถานการณ์ในโคโซโว และได้รับความร่วมมือจากองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นสหภาพยุโรป องค์การว่าด้วยความร่วมมือและความมั่นคงแห่งยุโรป

4.1.1 บทบาทของสหประชาชาติ (United Nations - UN)

สหประชาชาติเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทอย่างมากในสถานการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในโคโซโว โดยเป็นการประสานงานกันระหว่างคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยภายหลังจากที่องค์การว่าด้วยความร่วมมือและความมั่นคงแห่งยุโรปได้โจมตีเซอร์เบียทำให้เซอร์เบียถอนทหารออกจากโคโซโว องค์การสหประชาชาติก็ได้เข้า

ดูแลโคโซโว โดยจัดตั้งคณะทำงานระหว่างประเทศเพื่อเข้าดูแลฟื้นฟูโคโซโวและจัดให้มีการเจรจา ระหว่างเซอร์เบียและโคโซโวเพื่อหาสถานะสุดท้ายของโคโซโว

4.1.1.1 บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติ

การใช้กำลังต่อยูโกสลาเวียนั้นเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากปราศจากการยอมรับจากคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น การใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นจะต้องกระทำภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ และต้องได้รับอำนาจจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ในการดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน โดยมาตรา 39 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ได้บัญญัติว่า “คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องกำหนดว่า การคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ หรือการกระทำการรุกรานได้มีขึ้นหรือไม่ และจะต้องทำคำแนะนำหรือวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการใดตาม ข้อ 41¹ และ ข้อ 42² เพื่อดำรงไว้หรือสถาปนาคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ”

สถานการณ์ในโคโซโวมียุติลงเมื่อมีการคุกคามสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ นั่นคือ สถานการณ์อันละเมิดสิทธิมนุษยชนซึ่งสหประชาชาติได้เข้ามามีบทบาทสำคัญ และแสดงความห่วงใยต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติเกี่ยวกับสถานการณ์ในโคโซโวออกมาโดยตลอด

¹ มาตรา 41 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

“คณะมนตรีความมั่นคงอาจวินิจฉัยว่า จะต้องใช้มาตรการใดอันไม่มีการใช้กำลังอาวุธ เพื่อให้เกิดผลตาม คำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงและอาจเรียกร้องให้สมาชิกของสหประชาชาติใช้มาตรการเช่นว่านั้น มาตรการ เหล่านี้อาจรวมถึงการหยุดชะงักซึ่งความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ และการคมนาคมทางรถไฟ ทางทะเล ทางอากาศ ทางไปรษณีย์ ทางโทรเลข ทางวิทยุ และวิถีทางคมนาคมอย่างอื่นโดยสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน และการตัดความสัมพันธ์ทาง การทูตด้วย”

² มาตรา 41 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

“หากคณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาว่า มาตรการตามที่บัญญัติไว้ใน ข้อ 41 จะไม่เพียงพอ หรือได้พิสูจน์ แล้วว่าไม่เพียงพอ คณะมนตรีอาจดำเนินการใช้กำลังทางอากาศ ทางทะเล หรือทางพื้นดิน เช่นที่อาจเห็นจำเป็นเพื่อ ดำรงไว้หรือสถาปนาคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การดำเนินการเช่นว่านี้อาจรวมถึงการแสดงแสนยานุภาพ การปิดล้อมและการปฏิบัติการอย่างอื่นโดยกำลังทางอากาศ ทางทะเล หรือทางพื้นดิน ของบรรดา สมาชิกของสหประชาชาติ”

ข้อมติแรกที่ออกคือ ข้อมติที่ 1160 (มีนาคม 1998) คณะมนตรีความมั่นคงได้ตัดสินใจ (decide) ว่า “เพื่อให้บรรลุถึงสันติภาพและความมั่นคงในโคโซโว รัฐทุกรัฐจำเป็นต้องละเว้นจากการจัดหาหรือซื้อขายอาวุธ วัตถุระเบิด หรือวัตถุอื่นใดในลักษณะที่คล้ายคลึงกันสู่ยูโกสลาเวีย รวมทั้งโคโซโว โดยคนชาติของตน หรือจากดินแดนของตน รวมทั้งจะต้องไม่มีการจัดตั้งกองกำลังหรือฝึกฝนในลักษณะการจัดตั้งผู้ก่อการร้าย” คณะมนตรีได้เน้นย้ำอีกครั้งว่า “ความล้มเหลวในการดำเนินมาตรการเพื่อสันติภาพต่อสถานการณ์โคโซโว นำไปสู่การพิจารณาในการดำเนินมาตรการที่เพิ่มขึ้น” พร้อมทั้งมีมาตรการปิดท่าเรือ และห้ามขนส่งสินค้า ซึ่งเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสงครามข้อมติดังกล่าวมิได้ให้อำนาจใช้กำลัง เพื่อบังคับให้ปิดท่าเรือ หรือห้ามขนส่งสินค้า ต่อรัฐที่ไม่ยอมปฏิบัติตาม

ข้อมตินี้ยังได้กล่าวถึงการยอมรับแถลงการณ์ของที่ประชุม Contact Group ณ วันที่ 9 และ 25 มีนาคม ปี ค.ศ. 1998 และเนื้อหาส่วนใหญ่ในแถลงการณ์จะกล่าวประณามการกระทำของมิโลเชวิชที่มีต่อโคโซโวที่ใช้กองกำลังตำรวจเซอร์เบียใช้กำลังต่อพลเมืองในโคโซโว และรวมถึงประณามการกระทำของผู้ก่อการร้าย KLA ด้วย รวมทั้งกล่าวถึงมาตรการต่าง ๆ ที่จะนำมาจากโทษมิโลเชวิชและยูโกสลาเวีย และเรียกร้องให้มิโลเชวิชปฏิบัติตามข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของ Contact Group ด้วย และในเนื้อหาของข้อมติที่ 1160 นี้ยังกล่าวถึงประเด็นต่าง ๆ ที่คล้ายกัน โดยต้องการให้ยูโกสลาเวียปฏิบัติตามแถลงการณ์ของ Contact Group ด้วย อย่างไรก็ตามทั้งแถลงการณ์ของ Contact Group ด้วย และในเนื้อหาของข้อมติที่ 1160 นี้ยังกล่าวถึงประเด็นต่าง ๆ ที่คล้ายกัน โดยต้องการให้ยูโกสลาเวียปฏิบัติตามแถลงการณ์ของ Contact Group ด้วย อย่างไรก็ตาม ทั้งแถลงการณ์ของ Contact Group และข้อมติที่ 1160 ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติยังมีความเห็นพ้องต้องกันว่าการแก้ปัญหาในครั้งนี้จะต้องอยู่ในกรอบของอำนาจอธิปไตยแห่งยูโกสลาเวียและสอดคล้องกับมาตรฐานขององค์การความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (OSCE) รวมทั้งความตกลงเฮลซิงกิ ปี ค.ศ. 1975 (Helsinki 1975) และกฎบัตรสหประชาชาติด้วย ซึ่งควรจะได้รับพิจารณาในเรื่องขอบเขตการปกครองตนเอง (autonomy) หรือการบริหารตนเอง (self-administration) ด้วย³

มาตรการต่อมาของคณะมนตรีความมั่นคง คือ การออกข้อมติที่ 1199 ซึ่งออก ณ เดือนกันยายน 1998 ในข้อมติดังกล่าว คณะมนตรีความมั่นคงได้รับรอง ขั้นตอนที่จะดำเนินการในการจัดตั้งการควบคุมที่ในประสิทธิภาพของสถานการณ์โคโซโว และเพื่อการนี้จึงตัดให้มีคณะ

³ United Nations Security Council Resolution 1160, 31 March 1998.

สังเกตการณ์ทางทูตในโคโซโว (Kosovo Diplomatic Observer Mission) และยังคงอ้างถึงแถลงการณ์ของ Contact Group ที่มีการประชุมเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน และ 8 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 1998 ซึ่งยังคงว่าประณามการกระทำของยูโกสลาเวีย และต้องการให้ยูโกสลาเวียหยุดการกระทำรุนแรงต่าง ๆ และให้ทุกฝ่าย ทุกกลุ่มมาเกี่ยวข้องกับหยุดยิงในโคโซโว รวมทั้งให้ยูโกสลาเวียร่วมมือกับสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (The United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) และคณะกรรมการกาชาดสากล (The International Committee of the Red Cross : ICRC) ในการส่งผู้ลี้ภัยกลับโคโซโวด้วย รวมทั้งเรียกร้องให้ทั้งสองฝ่ายเจรจาทางออกร่วมกัน และหากยูโกสลาเวียไม่ปฏิบัติตามอย่างรวดเร็ว ยูโกสลาเวียอาจได้รับการลงโทษซึ่งจะเป็นการลงโทษที่ได้รับอำนาจจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ สำหรับมติที่ 1199 นี้ยังคงเรียกร้องให้ยูโกสลาเวียปฏิบัติตามคำแถลงการณ์ต่าง ๆ ของ Contact Group และมีการเสนอแนะการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ แบบสันติวิธี เช่น การจัดส่งเจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบสถานการณ์ต่าง ๆ ในโคโซโวหรือการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมจาก ICRC และ UNHCR เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันนั้นเนโต้ได้พยายามทำการข่มขู่ว่าจะโจมตีทางอากาศต่อยูโกสลาเวีย หากยูโกสลาเวียไม่ถอนกำลังออกจากโคโซโว และไม่ส่งผู้อพยพกลับท้องถิ่นเดิม แต่แล้วการโจมตีทางอากาศก็ดังถูกสั่งระงับเมื่อมิถุนายนตามข้อเสนอดังกล่าว⁴

ข้อมติที่ 1203 ซึ่งออก ณ เดือนตุลาคม 1998 นั้น สหประชาชาติจึงมีข้อมตินี้อันนำไปสู่ภารกิจตรวจสอบในโคโซโวภายใต้การอำนวยการขององค์การทางความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (Organization of Security Cooperation in Europe-OSCE) และเน้นหนักไปที่การคำนึงถึงความปลอดภัยของคณะทำงานของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ และสมาชิกของกลุ่มที่มีภารกิจตรวจสอบในโคโซโวเป็นสำคัญ โดยได้กล่าวว่า “ในเหตุการณ์ฉุกเฉิน” ที่เกี่ยวข้องกับ “ความปลอดภัยและความมั่นคง” ของคณะผู้ตรวจสอบของเนโต้และ OSCE “อาจจะใช้การกระทำใด ๆ ในกรณีที่เป็นจำเป็นเพื่อทำให้เกิดความมั่นคงในความปลอดภัยและเสรีภาพในการทำงานของคณะผู้ตรวจสอบดังที่ปรากฏอยู่ในข้อตกลง” กับเนโต้ และ OSCE

องค์การความร่วมมือด้านความมั่นคงแห่งยุโรปได้จัดตั้งภารกิจในการดูแลตรวจสอบสถานการณ์ในโคโซโว (Kosovo Verification Mission - KVM) เพื่อตรวจสอบความ

⁴ United Nations Security Council Resolution 1199, 23 September 1998.

เรียบบรรยากาศพื้นดินและเนใต้ได้มีภารกิจร่วมในการดูแลอย่างใกล้ชิดทางอากาศ โดยทั้ง 2 ภารกิจนี้ได้รับความเห็นชอบจากข้อมติ⁵

นอกจากนั้นแล้วหลักการอื่น ๆ ของมติที่ 1203 ก็ยังคงเหมือนมติก่อน ๆ ที่ผ่านมา คือ เรียกร้องให้ให้ยูโกสลาเวียปฏิบัติตามมาตรการต่าง ๆ จากสหประชาชาติ และให้ยูโกสลาเวียรวมทั้งฝ่ายโคโซโวและแอลเบเนียนร่วมมืออย่างดีกับภารกิจต่าง ๆ ขององค์การทางด้านความมั่นคงร่วมกันแห่งยุโรปด้วย

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1239 ข้อมตินี้ออกมาเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ.1999 โดยเนื้อหาส่วนใหญ่จะกล่าวถึงการให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรมทั้งในโคโซโวและยูโกสลาเวียและบริเวณใกล้เคียง ความทุกข์ยากอันเกิดจากวิกฤติการณ์ในโคโซโวที่ต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลาหนึ่ง ได้มีผู้ลี้ภัยชาวโคโซโวจำนวนมากที่เข้าไปในแอลบาเนีย และมาซิโดเนีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา และประเทศอื่น ๆ และมีผู้ไร้ที่อยู่มากขึ้นในโคโซโว มอนเตเนโกร และส่วนอื่น ๆ ของยูโกสลาเวีย ข้อมตินี้กล่าวถึงการให้ความสำคัญต่อการให้ความร่วมมือด้านกิจกรรมบรรเทาความทุกข์ยากที่รัฐต่าง ๆ อาสาเข้ามา สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees-UNHCR) และองค์การระหว่างประเทศในการบรรเทาทุกข์ของผู้ไร้ที่อยู่ นอกจากนี้ข้อมตินี้ยังให้อำนาจแก่เลขาธิการสหประชาชาติในการส่งคณะประเมินความจำเป็นด้านมนุษยธรรมไปยังโคโซโวและยูโกสลาเวียด้วย⁶

ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1244 (1999) ในเดือนมิถุนายน 1999 ข้อมตินี้ได้รับการลงคะแนนเสียงเห็นชอบด้วย 14 เสียง ไม่มีการคัดค้าน โดยประเทศจีนนั้นงดออกเสียง ซึ่งในตอนแรกนั้นเกิดความกลัวที่ว่ารัสเซียและจีนอาจจะทำการวิพากษ์วิจารณ์ปัญหาโคโซโว โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัสเซียนั้นไม่เห็นด้วยกับการปฏิบัติการใด ๆ ทางทหารต่อยูโกสลาเวีย และมีความเห็นว่ามีเพียงอำนาจจากสหประชาชาติเท่านั้นที่จะตัดสินใจในเรื่องการใช้กำลังการปฏิบัติการทางทหารนี้ได้เช่นเมื่อครั้งที่เนโตข่มขู่ว่าจะใช้กำลังทางทหารเข้าโจมตียูโกสลาเวีย นั้น รัสเซียสัญญาว่าจะใช้สิทธิของตนในการยับยั้งทุกมติที่จะมีการอนุญาตให้ใช้กองกำลังทางทหารบุกเข้ายูโกสลาเวีย

⁵ United Nations Security Council Resolution 1203, 24 October 1998.

⁶ United Nations Security Council Resolution 1239, 14 May 1999.

เนื้อหาส่วนใหญ่ในข้อเสนอนี้ไม่แตกต่างจากมติข้อก่อน ๆ ที่กำหนดให้มีการแก้ปัญหาด้านมนุษยธรรมภายในโคโซโว และยูโกสลาเวีย และช่วยเหลือให้ผู้ลี้ภัยและผู้ไร้ที่อยู่ได้กลับบ้านของตน ประณามการกระทำที่รุนแรงใด ๆ ที่ทำต่อประชากรชาวโคโซโว และประณามการกระทำของผู้ก่อการร้าย และนอกจากนั้นวิธีการแก้ปัญหาด้านการเมืองของคณะมนตรีความมั่นคงต่อสถานการณ์โคโซโวนี้อาจต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อตกลงระหว่างรัฐมนตรีต่างประเทศกลุ่มจี 8 ณ เมืองปีเตอร์สเบิร์ก เมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1999 ซึ่งกำหนดอยู่ในภาคผนวกของข้อเสนอนี้ และเป็นไปตามหลักการที่มีอยู่ในเอกสารที่ประธานาธิบดีแห่งฟินแลนด์ และตัวแทนพิเศษของสหพันธ์รัสเซียได้เสนอไป ณ กรุงเบลเกรด และในเวลาต่อมาเอกสารนี้ได้รับการรับรองจากรัฐบาลของยูโกสลาเวีย เมื่อวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1999 ซึ่งเอกสารนี้อยู่ในส่วนของภาคผนวกต่อท้ายข้อเสนอนี้เช่นกัน หลักการเหล่านี้ได้รวมถึงให้ยุติความรุนแรงและยุติการปราบปรามต่อสู้ในโคโซโวโดยทันที และเพิกถอนกองกำลังทหาร ตำรวจ และกองกำลังของฝ่ายตรงข้ามของยูโกสลาเวียออกไป การเข้าร่วมของนานาชาติและความร่วมมือด้านความมั่นคงที่มีประสิทธิภาพกับการร่วมของเนโต้ในการเข้าควบคุมและสั่งการใด ๆ เพื่อรักษาความมั่นคง การก่อตั้งฝ่ายบริหารชั่วคราว การให้ความปลอดภัยและส่งผู้ลี้ภัยกลับ ให้มีกระบวนการทางการเมืองที่กำหนดไว้เพื่อรัฐบาลที่บริหารงานด้วยตนเอง และขับไล่ KLA และมีการดำเนินงานเพื่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจในภูมิภาค คณะมนตรีความมั่นคงมอบอำนาจให้รัฐสมาชิกและองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องจัดให้มีการร่วมมือด้านความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยต้องมีความรับผิดชอบด้านการยับยั้งไม่ให้เกิดการสู้รบขึ้นมาใหม่อีก การขับไล่ KLA และทำให้เกิดสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยเพื่อส่งผู้ลี้ภัยกลับ คณะมนตรีความมั่นคงยังให้อำนาจแก่เลขาธิการสหประชาชาติที่จัดตั้ง “คณะปกครอง” โคโซโว โดยเรียกว่า International civil presence ทำการปกครองโคโซโวชั่วคราว โดยคณะปกครองดังกล่าวนี้จะจัดการบริหารดูแลให้มีสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวที่เป็นประชาธิปไตย (provisional democratic self-governing institution) ต่อไป⁷

⁷ United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999

ตารางที่ 7 สรุปข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงในสถานการณ์โคโซโวตั้งแต่ ค.ศ. 1998-2001

ข้อมติ	รับรองเมื่อ	เนื้อหาสาระ
ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1160 ⁸	31 มีนาคม ค.ศ. 1998	<ul style="list-style-type: none"> - สนับสนุนสันติภาพและเสถียรภาพในโคโซโว โดยทุกรัฐจะต้องไม่ขายหรือจัดหาอาวุธและยุทโธปกรณ์ทุกชนิดให้แก่ยูโกสลาเวีย รวมถึงโคโซโว - การแก้ปัญหาในครั้งนี้จะต้องอยู่ในกรอบของอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวีย - พิจารณาขอบเขตการปกครองตนเอง (autonomy) หรือบริหารตนเอง (self-administration)
ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1199 ⁹	23 กันยายน ค.ศ. 1998	<ul style="list-style-type: none"> - ประณามการกระทำของยูโกสลาเวียและต้องการให้ยูโกสลาเวียหยุดการกระทำรุนแรงต่าง ๆ และให้ทุกฝ่ายทุกกลุ่มที่เกี่ยวข้องหยุดยิงในโคโซโว - ต้องการให้ยูโกสลาเวียร่วมมือกับสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) และคณะกรรมการกาชาดสากล (ICRC) ในการส่งผู้ลี้ภัยกลับโคโซโว - เรียกร้องให้ทั้งสองฝ่ายเจรจาทางออกร่วมกัน
ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1203 ¹⁰	24 ตุลาคม ค.ศ. 1998	<ul style="list-style-type: none"> - ภารกิจตรวจสอบในโคโซโวภายใต้การอำนวยการขององค์การความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (OSCE) - คำนึงถึงความปลอดภัยของคณะทำงานของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) และสมาชิกของกลุ่มที่มีภารกิจตรวจสอบในโคโซโวเป็นสำคัญ

⁸ United Nations Security Council Resolution 1160, 31 March 1998.

⁹ United Nations Security Council Resolution 1199, 23 September 1998.

¹⁰ United Nations Security Council Resolution 1203, 24 September 1998.

ข้อมติ	รับรองเมื่อ	เนื้อหาสาระ
ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1239 ¹¹	14 พฤษภาคม ค.ศ.1999	<ul style="list-style-type: none"> - การให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรมทั้งในโคโซโวและยูโกสลาเวียและบริเวณใกล้เคียงอันเกิดจากวิกฤติการณ์โคโซโว - ให้อำนาจแก่เลขาธิการสหประชาชาติในการส่งคณะประเมินความจำเป็นด้านมนุษยธรรมไปยังโคโซโวและยูโกสลาเวีย
ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ¹²	10 มิถุนายน ค.ศ.1999	<ul style="list-style-type: none"> - กำหนดให้มีการแก้ปัญหาด้านมนุษยธรรมภายในโคโซโวและยูโกสลาเวีย - ประณามการกระทำที่รุนแรงใด ๆ ที่ทำต่อประชาชนชาวโคโซโว และประณามการก่อการร้าย - ให้ยุติความรุนแรงและยุติการปราบปรามต่อสู้ในโคโซโวทันที และเพิกถอนกองกำลังทหารและเพิกถอนกองกำลังทหาร ตำรวจ และกองกำลังของฝ่ายตรงข้ามของยูโกสลาเวียออกไป
ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ¹³	10 มิถุนายน ค.ศ.1999	<ul style="list-style-type: none"> - ให้อำนาจเลขาธิการสหประชาชาติจัดตั้ง “คณะปกครอง” โคโซโว โดยเรียกว่า International civil presence ทำการปกครองโคโซโวชั่วคราว โดยคณะปกครองดังกล่าวนี้จะจัดการบริหารดูแลให้มีสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวที่เป็นประชาธิปไตย (provisional democratic self-government institution)

¹¹ United Nations Security Council Resolution 1239, 14 May 1999.

¹² United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999.

¹³ United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999.

4.1.1.2 บทบาทของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ

สถานการณ์ในโคโซโวจึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมากมาย ซึ่งทำให้สมัชชาใหญ่เข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาในโคโซโว ซึ่งในข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 49/204¹⁴ ได้กล่าวถึงรายงานของตัวแทนพิเศษของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในโคโซโวโดยอธิบายถึงมาตรการต่าง ๆ ที่กีดกันการใช้สิทธิทางนิติบัญญัติ บริหาร และทางศาลในโคโซโวโดยรัฐบาลยูโกสลาเวีย ซึ่งกระทำที่รุนแรงต่อชาวโคโซโวจีน The Submission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities ได้พิจารณาว่าเป็นรูปแบบของการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (ethnic cleansing) โดยในข้อมติที่สมัชชาใหญ่ได้รับรองภารกิจของ OSCE ในการดำเนินการในการดูแลด้านสิทธิมนุษยชนและป้องกันการขยายตัวของความขัดแย้งในโคโซโวโดยก่อตั้งคณะทำงานระหว่างประเทศในโคโซโว (the international presence in Kosovo) เพื่อเข้ามาตรวจสอบสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในโคโซโว

สมัชชาใหญ่ยังได้ประณามมาตรการและการปฏิบัติอันเป็นการกีดกันและละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวโคโซโว การปราบปรามชาวโคโซโวโดยทหารและตำรวจยูโกสลาเวีย รวมถึงการกีดกันชาวโคโซโวจากการบริหารรัฐบาล การสาธารณสุข การศึกษา ศาล และสมัชชาใหญ่ได้เรียกร้องให้ยูโกสลาเวียยกเลิกกฎหมายที่กีดกันสิทธิต่าง ๆ ชาวโคโซโวทั้งหมด ซึ่งข้อมติที่สมัชชาใหญ่ได้ก่อตั้งสถาบันประชาธิปไตยในโคโซโว รวมทั้งเรียกร้องให้เลขาธิการสหประชาชาติหาหนทางร่วมกันกับองค์กรข่าวหลวงใหญ่สหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคในการดำเนินการแก้ไขปัญหาในโคโซโว¹⁵

ต่อมาสมัชชาใหญ่ได้มีการทำกรอบข้อตกลงทั่วไปสำหรับสันติภาพในบอสเนีย (Dayten Agreement) ซึ่งอาจมีส่วนช่วยแก้ปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนโคโซโวได้บ้าง และได้ย้ายถึงการดำเนินงานของเลขาธิการสหประชาชาติในการดำเนินการด้านมนุษยธรรมในความพยายามช่วยเหลือผู้พลัดถิ่นกลับคืนสู่ถิ่นฐาน¹⁶ ในข้อมติที่ 53/164¹⁷ ได้มีการกล่าวถึงการที่ OSCE ก่อตั้ง Kosovo Verification Mission โดยเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ในโคโซโวร่วมมือในภารกิจนี้ด้วย ในมติที่สมัชชาได้เรียกร้องให้รัฐบาลยูโกสลาเวียเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและการ

¹⁴ United Nations General Assembly Resolution 49/204, 23 December 1994.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ United Nations General Assembly Resolution 50/190, 6 March 1996.

¹⁷ United Nation General Assembly Resolution 53/164, 25 February 1999.

ดำเนินการตามระบอบประชาธิปไตย และสมาชิกใหญ่ยังได้กล่าวประณามการกระทำที่รุนแรง รวมถึงการลักพาตัวโดยกองกำลังชาวแอลเบเนียในโคโซโว โดยเฉพาะการกระทำรุนแรงต่อผู้บริสุทธิ์ที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการรบ (non-combatants) และเรียกร้องให้ยูโกสลาเวียก่อตั้งการปกครองตนเองตามระบอบประชาธิปไตยในโคโซโว ตลอดจนการเจรจากับโคโซโวเพื่อหาข้อยุติสถานะทางการเมือง

ข้อมติสมาชิกใหญ่สหประชาชาติเกี่ยวกับสถานการณ์ในโคโซโวสามารถสรุปเป็นตารางได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 8 สรุปข้อมติของสมาชิกใหญ่สหประชาชาติในสถานการณ์โคโซโวตั้งแต่ ค.ศ. 1995-1999

ข้อมติ	วันที่รับรอง	เนื้อหาสาระ
ข้อมติสมาชิกใหญ่ที่ 49/204 ¹⁸	23 ธันวาคม ค.ศ. 1994	<ul style="list-style-type: none"> - รับรองภารกิจขององค์การความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (OSCE) ในการดำเนินการในการดูแลด้านสิทธิมนุษยชนและป้องกันการขยายตัวของความขัดแย้งในโคโซโว ให้ก่อตั้ง The international presence in Kosovo อีกครั้งเพื่อตรวจสอบสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในโคโซโว - ประณามมาตรการและการปฏิบัติยังเป็นการกีดกันและการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวโคโซโวเชื้อสายแอลบาเนียโดยผู้นำของยูโกสลาเวีย - ประณามการปราบปรามชาวแอลบาเนียโดยทหารตำรวจของยูโกสลาเวีย รวมถึงการกีดกันชาวแอลบาเนียจากการบริหารรัฐบาล การสาธารณสุข การศาล และเรียกร้องให้มีการยกเลิกกฎหมายที่กีดกันชาวแอลบาเนียทั้งหมด - ก่อตั้งสถาบันประชาธิปไตยในโคโซโว - เรียกร้องให้สำนักเลขาธิการสหประชาชาติหาหนทาง

¹⁸ United Nations General Assembly Resolution 49/204, 23 December 1994.

ข้อมติ	วันที่รับรอง	เนื้อหาสาระ
		ร่วมกันกับองค์กรข้าหลวงใหญ่สหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาค
ข้อมติสมัชชาใหญ่ ที่ 50/190 ¹⁹	6 มีนาคม ค.ศ. 1996	<ul style="list-style-type: none"> - เรียกร้องให้ยูโกสลาเวียร่วมมือกับตัวแทนพิเศษของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน - ให้เลขาธิการสหประชาชาติดำเนินการด้านมนุษยธรรมในความพยายามช่วยเหลือผู้พลัดถิ่นกลับคืนสู่ถิ่นฐาน
ข้อมติสมัชชาใหญ่ ที่ 51/111 ²⁰	7 มีนาคม 1997	<ul style="list-style-type: none"> - ประณามการละเมิดสิทธิมนุษยชนในโคโซโว และต้องการให้ยูโกสลาเวียยุติการกระทำและมาตรการทั้งหลายที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในโคโซโว
ข้อมติสมัชชาใหญ่ ที่ 52/139 ²¹	3 มีนาคม 1998	<ul style="list-style-type: none"> - เรียกร้องให้ยูโกสลาเวียยุติการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนชาวโคโซโว และให้ยกเลิกกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกีดกันสิทธิต่าง ๆ ของประชาชนชาวโคโซโว - แนะนำให้เลขาธิการสหประชาชาติดำเนินการด้านมนุษยธรรมในยูโกสลาเวีย โดยร่วมมือกับสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) ในการนำผู้พลัดถิ่นกลับคืนสู่ถิ่นฐาน
ข้อมติสมัชชาใหญ่ ที่ 53/164 ²²	25 กุมภาพันธ์ 1999	<ul style="list-style-type: none"> - กล่าวถึงการคุกคามอย่างร้ายแรงโดยทหารและตำรวจยูโกสลาเวียต่อประชาชนชาวโคโซโว - เรียกร้องให้ยูโกสลาเวียเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและ

¹⁹ United Nations General Assembly Resolution 50/190, 6 March 1996.

²⁰ United Nations General Assembly Resolution 51/111, 5 March 1997.

¹⁸ United Nations General Assembly Resolution 52/139, 3 March 1998 .

²² United Nations General Assembly Resolution 53/164, 25 February 1999.

ข้อมติ	วันที่รับรอง	เนื้อหาสาระ
		<p>เสรีภาพขั้นพื้นฐานและดำเนินการตามระบอบประชาธิปไตย</p> <ul style="list-style-type: none"> - ประณามการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยยูโกสลาเวีย รวมถึงการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ - เรียกร้องให้ยูโกสลาเวียก่อตั้งรัฐบาลปกครองตนเองภายใต้ระบอบประชาธิปไตยในโคโซโว ตลอดจนการเจรจาเพื่อหาข้อยุติทางการเมืองกับโคโซโว และสนับสนุนให้โคโซโวมีสถานะปกครองตนเอง

สหประชาชาติได้จัดตั้งองค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติประจำโคโซโว (United Nations Mission in Kosovo – UNMIK) ภายใต้ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1244 ซึ่งอนุญาตให้เลขาธิการแห่งสหประชาชาติจัดตั้งหน่วยงานเพื่อบริหารพลเมืองโคโซโวเป็นการชั่วคราวโดยสหประชาชาติเป็นผู้ดำเนินการทำงาน หัวหน้าคณะทำงานขององค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติประจำโคโซโว คือ ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติประจำโคโซโว (Special Representative of the Secretary General หรือ SRSG) SRSG ถือเป็นผู้บริหารที่มีอำนาจสูงสุดในโคโซโว โดย UNMIK ทำงานร่วมกับผู้นำทางการเมืองและหน่วยงานเอกชนในโคโซโว คณะทำงานสหประชาชาตินี้ทำหน้าที่จัดการงานทางด้านการบริหารและบริการโดยครอบคลุมทั้งเรื่องสาธารณสุข การศึกษา การเงินและการธนาคาร การสื่อสารและระบบโทรศัพท์ และกฎระเบียบ

4.1.2 บทบาทขององค์การเพื่อความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (Organization for Security and Cooperation in Europe - OSCE)

สำหรับในกรณีโคโซโวนั้น OSCE ได้ร่วมกับคณะมนตรียุโรปในการจัดส่งเจ้าหน้าที่และผู้เชี่ยวชาญไปปฏิบัติภารกิจของ OSCE ในโคโซโว หรือที่เรียกว่า OMIK (OSCE Mission in Kosovo) ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว ได้แก่ การจัดการด้านสื่อ การอบรมเจ้าหน้าที่

ตำรวจ การสร้างประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชนรวมถึงการวางกฎเกณฑ์และหลักปฏิบัติต่าง ๆ ทั้งนี้กระบวนการตัดสินใจทาง OSCE ได้มอบอำนาจให้ขึ้นอยู่กับคณะเจ้าหน้าที่ประสานงานท้องถิ่นของคณะมนตรียุโรปกับหน่วยงานของ OSCE ในเมืองพริสตีนาให้ทั้งสองฝ่ายประสานการทำงานร่วมกัน OMIK กล่าวได้ว่าเป็นเสาหลักหนึ่งของ UNMIK มติที่ 1244 ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มอบความชอบธรรมและอำนาจการบริหารให้แก่ UNMIK เท่ากับอำนาจด้านการศาลในการตัดสินความยุติธรรมการให้ความช่วยเหลือในการสร้างหลักกฎหมาย, ช่วยสร้างสถาบันด้านประชาธิปไตย, การจัดการและการบริหารภายในโคโซโวและการจัดการเลือกตั้งทั่วไป โดยสรุปแล้วกิจกรรมโดยทั่วไปของ OMIK อยู่ภายใต้งานหลักสองด้าน คือ รัฐบาลประชาธิปไตย กับหลักสิทธิมนุษยชนและกฎระเบียบ

4.1.3 บทบาทของสหภาพยุโรป (European Union - EU)

จากการที่คณะมนตรีมีข้อมติที่ 1244 (1999) โดยจัดตั้งคณะทำงานระหว่างประเทศขึ้นเพื่อควบคุมดูแลกิจการภายในโคโซโวในด้านต่าง ๆ ซึ่งสหภาพยุโรปเองก็ให้ความร่วมมือกับคณะมนตรีความมั่นคง โดยจัดตั้งภารกิจของสหภาพยุโรปในโคโซโว (European Union Rule of Law Mission in Kosovo : EULEX) โดยภารกิจนี้จะแบ่งออกเป็นสองหน่วยงาน กองบริหาร(the Executive Division) จะมีหน้าที่สืบสวน ดำเนินคดี และ ตัดสินคดี ส่วนกองการสร้างความเข้มแข็ง (Strengthening Division) จะควบคุมดูแล ให้คำปรึกษา ในส่วนของตำรวจ งานด้านยุติธรรม และการจัดเก็บภาษี โดยภารกิจนี้จะสิ้นสุดในวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ.2014²³

4.2 ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999)

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1999 โดยรับรองภายใต้หมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ด้วยคะแนนเสียง 14 เสียง โดยจีนงดออกเสียง(abstention)ในการโหวตครั้งนี้²⁴ โดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) เป็นการกำหนดเพียงเพื่อเป็นแนวทางเกี่ยวกับกระบวนการสำหรับการตัดสินใจในเรื่องสถานะสุดท้ายของ

²³ What is EULEX ? [Online], September 21, 2008 Available from:

<http://www.eulexkosovo.eu/en/info/whatisEulex.php>

²⁴ Press Release SC/6686, Security Council, Welcoming Yugoslavia's acceptance of peace principles, Authorizes civil, Security presence in Kosovo, 10 June 1999.

โคโซโว ซึ่งข้อมติไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนหรือรูปแบบของกระบวนการในการนำมาสู่สถานะสุดท้ายของโคโซโว แม้กระทั่งผลสุดท้ายของการแก้ปัญหาที่ไม่มีการกำหนดไว้แต่อย่างใด ดังนั้น เนื้อความในข้อมติจึงเป็นการเปิดกว้างในการหาข้อยุติในเรื่องสถานะของโคโซโว ที่สำคัญคือข้อมติได้กำหนดลักษณะของกระบวนการในการหาสถานะสุดท้ายของโคโวไว้ว่าต้องมีลักษณะทางการเมือง โดยกระบวนการนี้จะต้องเป็นไปตามข้อตกลงรอนบูเยสส์ (the Rambouillet Accords) ในส่วนของอารัมภบทของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) คณะมนตรีความมั่นคงได้กล่าวถึงข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงต่างก่อน ๆ เกี่ยวกับสถานการณ์ในโคโซโว ได้แก่ ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1160(1998), 1199(1998), 1203(1999), 1239(1999) ด้วยเช่นกัน

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงยังรับรองหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการแก้ปัญหาทางการเมืองในวิกฤติการณ์โคโซโว (the general principles on a political solution of the Kosovo crisis) ซึ่งรับรองเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1999 ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏในภาคผนวกที่ 1 ของข้อมติที่ 1244 (1999) โดยหลักการนี้เกิดจากความพยายามในการยืนยันถึงการยุติการปกครองอย่างกดขี่ข่มเหงของยูโกสลาเวีย และจะไม่เกิดความรุนแรงเช่นนั้นอีก โดยเริ่มต้นขึ้นระหว่างการดำเนินการของเนโต้ โดยเป็นการวางเงื่อนไขสำหรับการสิ้นสุดความขัดแย้งทางการทหารระหว่างเนโต้และเซอร์เบีย โดยในวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1999 ได้มีการประชุมของกลุ่ม G-8 เพื่อรับรอง หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการแก้ปัญหาทางการเมืองในวิกฤติการณ์โคโซโว (the general principles on a political solution of the Kosovo crisis) โดยหนึ่งในหลักการทั้งหมดได้กำหนดกำหนดว่า

“กระบวนการทางการเมืองที่นำมาสู่การก่อตั้งข้อตกลงซึ่งเป็นกรอบโครงสร้างทางการเมืองชั่วคราว ซึ่งกำหนดขึ้นสำหรับรัฐบาลปกครองตนเองสำหรับโคโซโว โดยต้องคำนึงถึงข้อตกลงรอนบูเยสส์ (the Rambouillet Accords) หลักอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวีย และประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคนี้ และนำมาสู่การถอนกำลังของกองกำลังโคโว (KLA)”²⁵

คณะมนตรีความมั่นคงยังได้รับรองข้อตกลงเกี่ยวกับหลักการเพื่อสันติภาพ ซึ่งได้ปรากฏในภาคผนวกที่ 2 ของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) โดยข้อตกลงนี้ทำขึ้น

²⁵ Statement by the Chairman on the conclusion of meeting of the G-8 Foreign Ministers held at the Peterberg Centre on 6 May 1999, S/1999/516, Annex[Dossier No.29].

ระหว่างเซอร์เบีย นาย Martti Ahtisaari ซึ่งเป็นตัวแทนของสหภาพยุโรป และนาย Viktor Chernomydin ซึ่งเป็นตัวแทนพิเศษของรัสเซีย โดยในหลักการทั้ง 8 ข้อ มีการกำหนดไว้เหมือนกับหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการแก้ปัญหาทางการเมืองในวิกฤติการณ์โคโซโว ที่กำหนดขึ้นโดยกลุ่ม G-8 โดยมีการกล่าวถึงกระบวนการทางการเมืองที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้กรอบข้อตกลงเป็นการชั่วคราวสำหรับรัฐบาลปกครองตนเองของโคโซโว โดยต้องคำนึงถึงข้อตกลงรอมบูเยสส์ (the Rambouillet Accords) อำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวียและประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้ โดยจะต้องมีการเจรจาระหว่างทั้งสองฝ่ายเพื่อหาข้อยุติปัญหาจะต้องไม่เป็นไปอย่างชักช้าหรือทำให้เกิดความเสียหายต่อการก่อตั้งสถาบันประชาธิปไตยในปกครองตนเองชั่วคราว

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ได้มอบอำนาจให้มีการมีการพัฒนาภารกิจด้านความมั่นคงและด้านพลเรือนในโคโซโว ระหว่างประเทศ (International security and civil presences in Kosovo) ภายใต้การดูแลของสหประชาชาติ โดยในส่วนภารกิจด้านความมั่นคงจะอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของกองกำลังโคโซโว (Kosovo Force : KFOR) ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างเนโต้กับสหประชาชาติ สหภาพยุโรป และประชาคมโลก ในการสร้างความมั่นคงและสันติภาพในโคโซโว²⁶ และในส่วนของภารกิจด้านพลเรือน อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบขององค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติประจำโคโซโว (United Nations Mission in Kosovo – UNMIK) ซึ่งอนุญาตให้เลขาธิการแห่งสหประชาชาติจัดตั้งหน่วยงานเพื่อบริหารพลเมืองโคโซโวเป็นการชั่วคราวโดยสหประชาชาติเป็นผู้นำในการทำงาน หัวหน้าคณะทำงานขององค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติประจำโคโซโว คือ ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติประจำโคโซโว (Special Representative of the Secretary General หรือ SRSG) ขอบเขตอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของกองกำลังโคโซโว (KFOR) และ องค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติประจำโคโซโว (UNMIK) สามารถสรุปได้เป็นตารางดังต่อไปนี้

²⁶ Kosovo Force (KFOR) [Online], May 30, 20011 Available

ตารางที่ 9 ความรับผิดชอบหลักของคณะทำงานระหว่างประเทศ (International Presences) ในโคโซโว

ด้านความมั่นคง (KFOR) ²⁷	ด้านพลเรือน (UNMIK) ²⁸
<ol style="list-style-type: none"> 1. รักษาความมั่นคงและดำเนินการให้มีการหยุดยิงในโคโซโว 2. ให้ดำเนินการขับไล่และป้องกันการกลับเข้ามาของกองกำลังเซอร์เบีย ยกเว้นแต่จะได้รับการอนุญาตโดยการประสานงานจากคณะทำงานระหว่างประเทศ(International Presences) 3. ดำเนินการให้ปลอดจากทหาร (demilitarise) ของกองกำลังปลดปล่อยโคโซโว (Kosovo Liberation Army : KLA) และกลุ่มกองกำลังอื่น ๆ ในโคโซโว 4. สร้างบรรยากาศให้เกิดความมั่นคงแก่การที่ผู้พลัดถิ่นฐานจะกลับเข้ามา และในการเข้ามาของความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรม และต่อการปฏิบัติงานของคณะทำงานระหว่างประเทศด้านพลเรือน (the International civil presence) 5. ดูแลเขตแดน 6. ให้การปกป้องและเป็นอิสระในการเคลื่อนย้ายขององค์การระหว่างประเทศ ทำให้เกิดความปลอดภัยแก่สาธารณะ 	<ol style="list-style-type: none"> 1. วางรูปแบบพื้นฐานเกี่ยวกับหน้าที่ในการบริหารงานด้านพลเรือน 2. รักษากฎหมายและคำสั่งต่าง ๆ รวมทั้งก่อตั้งกองกำลังตำรวจท้องถิ่น (local police forces) 3. ปกป้องและสนับสนุนสิทธิมนุษยชนและทำให้เกิดความมั่นใจเกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชนที่พลัดถิ่นฐานในการกลับคืนสู่บ้านเกิด 4. สนับสนุนด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศและให้ความช่วยเหลือรวมถึงฟื้นฟูสาธารณูปโภคต่าง ๆ รวมทั้งด้านเศรษฐกิจ 5. ก่อตั้งและควบคุมการพัฒนาสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว 6. ดำเนินกระบวนการทางการเมืองในการปัญหาเรื่องสถานะของโคโซโว โดยเป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในภาคผนวกที่ 2 ของข้อมติที่ 1244 (1999) และข้อตกลงรอมบูเยส์ (the Rambouillet Accords) สำหรับขั้นตอนสุดท้ายในการควบคุมดูแลการโอนย้ายอำนาจจากสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวไปยังสถาบันที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้กระบวนการยุติปัญหาทางการเมือง

²⁷ United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999, para.9.

²⁸ Ibid., para.11

ด้านความมั่นคง (KFOR) ²⁷	ด้านพลเรือน (UNMIK) ²⁸
และให้มีคำสั่งและการควบคุมตัดสินใจเกี่ยวกับการสาธารณณะจนกว่าคณะทำงานระหว่างประเทศด้านพลเรือน (the International civil presence) จะเข้ารับผิดชอบในส่วนนี้	

ภายใต้การบริหารจัดการชั่วคราวระหว่างประเทศ (Interim International territorial administration) ซึ่งกำหนดไว้ในข้อมติที่ 1244 (1999) เพื่อแก้ปัญหาด้านมนุษยธรรมในพื้นที่ที่เกิดวิกฤติการณ์ขึ้น โดยมีความรับผิดชอบและการดำเนินงาน 4 ด้านสำคัญ เรียกว่า 4 ภารกิจหลัก (4 Pillars) ซึ่งประกอบด้วย

ภารกิจที่ 1 คือ การบริหารจัดการชั่วคราว (interim civil administration) ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของสหประชาชาติ (United Nations)

ภารกิจที่ 2 คือ ความรับผิดชอบด้านมนุษยธรรม (Humanitarian affairs) ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของ UNHCR

ภารกิจที่ 3 คือ ความรับผิดชอบในการก่อตั้งสถาบัน (institution building) ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลองค์การความร่วมมือเพื่อความมั่นคงแห่งยุโรป (OSCE)

ภารกิจที่ 4 คือ งานด้านการฟื้นฟูและพัฒนาระบบเศรษฐกิจ อยู่ภายใต้การดำเนินงานและรับผิดชอบโดยสหภาพยุโรป (EU)

ข้อมติที่ 1244 (1999) จึงมีความสำคัญมากในการดำเนินการภายในโคโซโว ซึ่งเป็นความร่วมมือกันระหว่างประเทศในการเข้าแก้ปัญหาในโคโซโว ซึ่งจากการที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยในส่วนข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) เพื่อจะหาคำตอบเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวว่าเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งในบทกอนหน้านี้เป็นการกล่าวถึงคำวินิจฉัยของศาลในการวินิจฉัยในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งในบทนี้จะเป็นการวินิจฉัยของ

ศาลเกี่ยวกับคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวในประเด็นของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999)

4.3 ข้อวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเกี่ยวกับข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 และรัฐธรรมนูญโครงสร้างซึ่งสร้างขึ้นโดย UNMIK

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวตามคำขอของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยขอให้ศาลวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ซึ่งในการวินิจฉัยของศาลในคดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยในส่วนของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวว่าเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งศาลได้มีคำวินิจฉัยแล้วว่า คำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาศาลจึงได้วินิจฉัยในส่วนของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ซึ่งเป็นข้อมติสำคัญที่ก่อตั้งระบอบชั่วคราวในโคโซโว จึงต้องวินิจฉัยว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขัดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) หรือไม่

4.3.1 ข้อวินิจฉัยกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวกับข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง

ในการตีความข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงจำเป็นต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ร่วมด้วย เนื่องจากข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผลมาจากกระบวนการของการโหวต (Voting) ตามบทบัญญัติในมาตรา 27 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²⁹ ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงจึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเห็นของคณะมนตรีความมั่นคง ยิ่งไปกว่านั้น ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงสามารถผูกพันรัฐสมาชิกทุกรัฐ ดังนั้น การตีความข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ศาลจึงต้อง

²⁹ Article 27 of The Charter of United Nations.

“1. Each member of the Security Council shall have one vote.

2. Decisions of the Security Council on procedural matters shall be made by an affirmative vote of nine members.

3. Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting.”

วิเคราะห์คำแถลงของตัวแทนสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงในขณะที่มีการรับรองข้อมตินั้น รวมถึงข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงอื่น ๆ ในประเด็นนี้ด้วย อีกทั้งแนวปฏิบัติขององค์กรต่าง ๆ ในสหประชาชาติและรัฐต่าง ๆ ก็เป็นผลให้เกิดข้อมติได้³⁰

4.3.1.1. การตีความข้อมติ 1244

ในส่วนนี้ ศาลจะพิจารณาว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขัดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) หรือไม่ ศาลจึงต้องตีความข้อมติที่ 1244 (1999) โดยจะต้องตีความร่วมกับหลักการทั่วไป (general principles) ซึ่งกำหนดไว้ในภาคผนวกที่ 1 และ 2 ของข้อมตินี้ด้วย เนื่องจากหลักการทั่วไปนี้เป็นการกำหนดกระบวนการทางการเมืองเพื่อนำมาสู่ข้อตกลงซึ่งเป็นกรอบโครงสร้างชั่วคราวทางการเมืองซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อการมีรัฐบาลปกครองตนเองของโคโซโว โดยเป็นไปตามข้อตกลงอนุเยสส์และหลักอำนาจอธิปไตยและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย และให้เป็นเขตปลอดทหาร KLA³¹

ศาลจึงได้วิเคราะห์วัตถุประสงค์และเป้าหมายของข้อมติที่ 1244 (1999) โดยแบ่งเป็น 3 ประการ ดังต่อไปนี้

ในประการแรก ข้อมติที่ 1244 (1999) ได้ก่อตั้ง international civil and security presence in Kosovo ภายใต้โครงสร้างชั่วคราวแห่งสหประชาชาติประจำโคโซโว (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo: UNMIK) ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของเลขาธิการสหประชาชาติ โดยในวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ.1999 ตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (Special Representative of the Secretary-General : SRSG) ได้ประกาศกฎเกณฑ์ UNMIK ที่ 1999/1 (UNMIK Regulation 1999/1) โดยกำหนดให้ UNMIK มีอำนาจในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการในโคโซโว ภายใต้การดำเนินการของตัวแทนพิเศษ (SRSG)³² ดังนั้น ข้อมติที่ 1244 (1999) และกฎเกณฑ์ UNMIK ที่ 1999/1 จึงมีผลเป็นการจัดตั้งให้

³⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, p35, para.94.

³¹ United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999, Ann.1, sixth principle; ibid., Ann.2, para 8.

³² Section 1 of UNMIK/REG/1999/1, 25 July 1999

“All legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary, is vested in UNMIK and is exercised by the Special Representative of the Secretary-General.”

โคโซโวเป็นดินแดนที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการระหว่างประเทศ (International territorial administration) โดยในการก่อตั้ง international civil and security presence in Kosovo ซึ่งเป็นไปตามข้อมติที่ 1244 (1999) จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นมาตรการพิเศษ (exceptional measure) เกี่ยวกับพลเมือง การเมือง และความมั่นคง อีกทั้งยังมีเป้าหมายเพื่อแก้ปัญหาในวิกฤติการณ์โคโซโวที่ยังคงดำเนินอยู่ในขณะนั้น³³

ประการที่สอง ในส่วนของดินแดนที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการชั่วคราวระหว่างประเทศ (Interim International territorial administration) ซึ่งกำหนดไว้ในข้อมติที่ 1244 (1999) เพื่อแก้ปัญหาด้านมนุษยธรรมในพื้นที่ที่เกิดวิกฤติการณ์ขึ้น โดยมีความรับผิดชอบและการดำเนินงาน 4 ด้านสำคัญ เรียกว่า 4 ภารกิจหลัก (4 Pillars) จึงเห็นได้ว่า ข้อมติที่ 1244 (1999) ได้กล่าวไว้โดยชัดเจนในการนำมาซึ่งความมั่นคงและการฟื้นฟูโคโซโว โดยการบริหารจัดการชั่วคราวในโคโซโวทำให้เซอร์เบียไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยเหนือโคโซโวได้เป็นการชั่วคราว จากการใช้อำนาจอธิปไตย ดังนั้น จุดประสงค์ของข้อมติที่ 1244 (1999) จึงเป็นการก่อตั้งหน่วยงานและควบคุมดูแลการพัฒนาของสถาบันท้องถิ่นในการปกครองตนเองชั่วคราวในโคโซโว (Local Institution of Self-government in Kosovo) ภายใต้การดูแลของ interim international presence³⁴

ประการที่สาม ข้อมติที่ 1244 (1999) ได้กำหนดไว้ชัดเจนถึงการก่อตั้งระบอบชั่วคราว ดังนั้น จึงไม่อาจตีความว่าระบอบที่ก่อตั้งขึ้นจากข้อมติ 1244 (1999) จะเป็นการวางกรอบโครงสร้างสถาบันที่มีลักษณะเป็นการถาวรในโคโซโวได้ และในส่วนของ UNMIK ก็เป็นการให้ความสะดวกในการหาข้อยุติปัญหาในเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายในอนาคตของโคโซโวเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการกำหนดผลลัพธ์ล่วงหน้าของการเจรจาไว้³⁵

ศาลจึงวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์และเป้าหมายของข้อมติที่ 1244 (1999) เป็นการก่อตั้งระบอบทางกฎหมายในลักษณะพิเศษที่มีผลบังคับใช้เป็นการชั่วคราว โดยมีขอบเขตที่ชัดเจน

³³ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, p 35, para 97.

³⁴ Ibid., p.36, para 98.

³⁵ Ibid., p.36, para 99.

ในการเข้าแทนที่การใช้อำนาจทางกฎหมายจากเซอร์เบียในโคโซโว และมีเป้าหมายในการทำให้เกิดความมั่นคงในโคโซโวภายใต้ระบอบชั่วคราวนี้³⁶

4.3.1.2. ข้อมติที่ 1244 (1999) ห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวหรือไม่

ศาลได้วินิจฉัยว่า ข้อมติที่ 1244 (1999) เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อสร้างระบอบชั่วคราวในโคโซโว แต่ในข้อมติไม่ได้มีการกำหนดถึงสถานะสุดท้ายของโคโซโวว่าต้องเป็นอย่างไรหรือเงื่อนไขในการบรรลุผลสำเร็จ³⁷ ซึ่งศาลได้พิจารณาถึงแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงที่แสดงให้เห็นถึงกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงได้วินิจฉัยโดยกำหนดเงื่อนไขเฉพาะสำหรับสถานะถาวรของดินแดน ซึ่งเงื่อนไขนั้นมีลักษณะพิเศษซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อมติ เช่น สถานการณ์ในไซปรัสเหนือ โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่ 1251(1999) ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองข้อมตินี้ภายหลังจากที่รับรองข้อมติที่ 1244 (1999) เพียง 19 วันเท่านั้น โดยในข้อมติที่ 1251(1999) เป็นการยืนยันถึงสถานะความเป็นรัฐของไซปรัสที่มีอำนาจอธิปไตย สถานะความเป็นบุคคลระหว่างประเทศ ความเป็นเอกราชและบูรณภาพแห่งดินแดนเพียงหนึ่งเดียวเท่านั้น³⁸ ซึ่งข้อมติที่ 1251(1999) เป็นการแสดงให้เห็นถึงการตั้งเงื่อนไขพิเศษของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับสถานะถาวรของดินแดนไซปรัส แต่ในข้อมติที่ 1244 (1999) กลับไม่มีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับสถานะสุดท้ายของโคโซโวไว้ ดังนั้น ข้อมติที่ 1244 (1999) จึงไม่มีการห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไว้แต่อย่างใด³⁹

ในส่วนของข้อมติที่ 1244 (1999) ที่กล่าวถึงกองกำลังปลดปล่อยโคโซโว (KLA) และกลุ่มต่าง ๆ ในโคโซโว โดยให้ยุติการกระทำที่รุนแรงต่าง ๆ ทันทีและให้เป็นเขตปลอดทหาร

³⁶ Ibid.

“The Court thus concludes that the object and purpose of resolution 1244 (1999) was to establish a temporary, exceptional legal régime which, save to the extent that it expressly preserved it, superseded the Serbian legal order and which aimed at the stabilization of Kosovo, and that it was designed to do so on an interim basis.”

³⁷ Ibid., p.40, para 114.

³⁸ S/RES/1251 (1999), 29 June 1999, para 11.

“Reaffirms its position that a Cyprus settlement must be based on a State of Cyprus with a single sovereignty and international personality and a single citizenship, with its independence and territorial integrity safeguarded”

³⁹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p40 , para.114.

(demilitarization)⁴⁰ ศาลพิจารณาว่าข้อความของคณะมนตรีความมั่นคงในส่วนนี้ไม่ได้ชี้ให้เห็นถึงความมุ่งหมายในการกำหนดถึงพันธกรณีพิเศษต่อการกระทำหรือการห้ามการกระทำของตัวการอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เรียกร้องให้ผู้บัญชาโกสลาเวีย

ศาลได้ยกข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1160 (1998) โดยในข้อมตินี้ได้เรียกร้องให้ผู้บัญชาโกสลาเวียและผู้บังคับบัญชาโคโซโวเชื้อสายแอลเบเนีย (the Kosovo Albanian leadership) ให้มีการเจรจาร่วมกันถึงสถานะทางการเมืองโดยปราศจากเงื่อนไขต่าง ๆ ในการเจรจา⁴¹ ส่วนในข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1199 (1998) ได้เรียกร้องให้ผู้บังคับบัญชาโคโซโวเชื้อสายแอลเบเนีย (the Kosovo Albanian leadership) ทำให้สถานการณ์ด้านมนุษยธรรมในโคโซโวดีขึ้น อีกทั้งยังให้มีการเจรจากับผู้บัญชาโกสลาเวียเพื่อนำมาสู่เป้าหมายในการรักษาสันติภาพ⁴² และในข้อ

⁴⁰ United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999, para.15.

⁴¹ S/RES/1160 (1998), 31 March 1998, para.4

“Calls upon the authorities in Belgrade and *the leadership of the Kosovar Albanian community* urgently to enter without preconditions into a meaningful dialogue on political status issues, and notes the readiness of the Contact Group to facilitate such a dialogue”

⁴² S/RES/1199 (1998), 23 September 1998, para.2

“Demands also that the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and *the Kosovo Albanian leadership* take immediate steps to improve the humanitarian situation and to avert the impending humanitarian catastrophe.”

Ibid., para 3.

“Calls upon the authorities in the Federal Republic of Yugoslavia and *the Kosovo Albanian leadership* to enter immediately into a meaningful dialogue without preconditions and with international involvement.”

Ibid., para 6.

“Insists that *the Kosovo Albanian leadership* condemn all terrorist action, and emphasizes that all elements in the Kosovo Albanian community should pursue their goals by peaceful means only.”

Ibid., para 13.

“Calls upon the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia, *the leaders of the Kosovo Albanian community* and all others concerned to cooperate fully with the Prosecutor of the International Tribunal for the Former Yugoslavia in the investigation of possible violations within the jurisdiction of the Tribunal.”

มติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1203 (1998) ซึ่งเรียกร้องให้ผู้นำโคโซโวเชื้อสายแอลเบเนีย (the Kosovo Albanian leadership) และกลุ่มต่าง ๆ ของโคโซโว ให้ปฏิบัติตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1160 (1998) และข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1199 (1998) และให้ร่วมมืออย่างเต็มที่กับการตรวจสอบจากองค์การว่าด้วยความร่วมมือและความมั่นคงแห่งยุโรป (OSCE) ในภารกิจ⁴³

ศาลจึงชี้ให้เห็นว่า ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในสถานการณ์โคโซโวที่ผ่านมา มีการกล่าวถึงผู้นำชาวโคโซโวเชื้อสายแอลเบเนีย (the Kosovo Albanian leadership) ไว้อย่างชัดเจน แต่กลับไม่ปรากฏคำนี้ในข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) และในการตีความข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ศาลจะต้องพิจารณาพฤติการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อพิจารณาว่าคณะมนตรีความมั่นคงมีความมุ่งหมายที่จะสร้างพันธกรณีทางกฎหมายผูกพันผู้ใด ดังนั้น จากการพิจารณาจากภาษาที่ใช้ในข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงจึงมีความสำคัญที่จะชี้ให้เห็นถึงจุดมุ่งหมายของคณะมนตรีความมั่นคง⁴⁴ ศาลจึงไม่อาจตีความข้อมติที่ 1244 (1999) ว่ามีการห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้ อีกทั้ง ข้อมติที่ไม่ได้ผูกพันต่อผู้ประกาศเอกราช (authors of unilateral declaration of independence) ที่จะเป็นการกีดกันการประกาศเอกราช ซึ่งวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของข้อมติก็กล่าวไว้ชัดเจนแล้วว่าเป็นการก่อตั้งระบอบกฎหมายพิเศษเป็นการชั่วคราวในโคโซโวโดยปราศจากการกำหนดถึงสถานะสุดท้ายของโคโซโวว่าจะต้องเป็นเช่นไร⁴⁵ ศาลจึงวินิจฉัยว่า ข้อมติที่ 1244 (1999) ไม่ได้ห้ามผู้ประกาศเอกราช

⁴³ S/RES/1199 (1998), 24 October 1998, para 4.

“Demands also that the Kosovo Albanian leadership and all other elements of the Kosovo Albanian community comply fully and swiftly with resolutions 1160 (1998) and 1199 (1998) and cooperate fully with the OSCE Verification Mission in Kosovo”

⁴⁴ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, p 42 , para 117.

⁴⁵ Ibid., p.42, para 118.

“The Court cannot accept the argument that Security Council resolution 1244 (1999) contains a prohibition, binding on the authors of the declaration of independence, against declaring independence; nor can such a prohibition be derived from the language of the resolution understood in its context and considering its object and purpose. The language of Security Council resolution 1244 (1999) is at best ambiguous in this regard. The object and purpose of the resolution, as has been explained in detail (see paragraphs 96 to 100), is the establishment of an interim administration for Kosovo, without making any definitive determination on final status issues.”

ในการทำการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ดังนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงไม่ได้เป็นการละเมิดต่อข้อมติที่ 1244 (1999)⁴⁶ อันจะทำให้การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

ในประเด็นเรื่องข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) เสียงส่วนใหญ่ของศาลได้ตัดสินว่า ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) นี้เป็นการก่อตั้งระบอบกฎหมายเป็นการชั่วคราวในโคโซโวเท่านั้น โดยมีจุดมุ่งหมายหลักในการหาข้อยุติเกี่ยวกับสถานะของโคโซโว แต่คณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่ได้ระบุถึงสถานะในอนาคตว่าควรจะเป็นอย่างไร ดังนั้น เมื่อศาลพิจารณาแล้วเสียงส่วนใหญ่จึงลงความเห็นว่าข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ไม่ได้ห้ามหรือกีดกันการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว แต่ก็มีผู้พิพากษาหลายท่านที่ไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ในประเด็นนี้

ผู้พิพากษา *Skotnikov* ซึ่งไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ของศาล โดยกล่าวว่า การที่ศาลพยายามค้นหาผลว่า รูปแบบกระบวนการทางการเมืองในการกำหนดสถานะในอนาคตของโคโซโว โดยคำนึงข้อตกลงของบุงเยส เป็นการค้าคคะเนจากข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ว่าสามารถยุติได้โดยการกระทำของผู้นำของโคโซโว ซึ่งความเห็นของเสียงส่วนใหญ่เป็นการสร้างช่องโหว่ในระบอบที่สร้างขึ้นภายใต้ข้อมติที่ 1244 ในการอนุญาตสำหรับคำแถลงการณ์ทางการเมืองฝ่ายเดียวในประเด็นเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโว ซึ่งจริง ๆ แล้ว คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้กำหนดถึงกระบวนการในการหาข้อยุติในเรื่องสถานะขั้นสุดท้าย โดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ซึ่งกำหนดว่า

“ 3 ปี หลังจากการบังคับใช้ข้อมตินี้ การพบปะระหว่างประเทศควรจะรวมกันต่อการกำหนดกลไกสำหรับการยุติปัญหาขั้นสุดท้ายสำหรับโคโซโวบนพื้นฐานของความปรารถนาของประชาชน ความคิดเห็นของผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้องและคู่ความทั้งสองฝ่ายในการพยายามในแง่การปฏิบัติตามข้อตกลงนี้และ The Helsinki Final Act...”⁴⁷

การปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงในแง่ของข้อมติ 1244 มีความชัดเจนเสมอเมื่อกระบวนการสำหรับการกำหนดสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวได้เริ่มต้นในปี 2005 โดยมีกรกล่าวไว้ชัดเจนว่าการแก้ปัญหาต่าง ๆ โดยการกระทำฝ่ายเดียวหรือผลจากการใช้กำลังจะไม่ได้รับ

⁴⁶ Ibid., p.42, para 119.

⁴⁷ United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999, para 11(e).

การยอมรับ และการตัดสินใจขั้นสุดท้ายในสถานะของโคโซโวควรจะได้รับการสนับสนุนจากคณะมนตรีความมั่นคง⁴⁸

ผู้พิพากษา Tomka ไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ได้ให้ความเห็นว่า กรอบกฎหมายระหว่างประเทศในโคโซโวเริ่มตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน 1999 โดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ซึ่งรับรองโดยคณะมนตรีความมั่นคงกระทำภายใต้หมวดที่ 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติและโดยรับธรรมนูญโครงสร้าง ภายใต้ข้อมติที่ 1244 โคโซโวกลายเป็นพื้นที่ที่อยู่ภายใต้การจัดการของนานาชาติ ซึ่งเป็นผลให้ยูโกสลาเวียยังคงมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนโคโซโว แต่สูญเสียการใช้อำนาจรัฐเหนือดินแดนนี้ ข้อมติที่ 1244 ไม่ได้เข้าแทนที่ยูโกสลาเวียในดินแดนที่เป็นปัญหา ในทางตรงกันข้าม ข้อมติได้ยืนยันชัดเจนว่า ข้อผูกมัดของรัฐสมาชิกต่าง ๆ ต่ออำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวียและประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้ ซึ่งกำหนดไว้ใน The Helsinki Act และ annex 2⁴⁹ ถือเป็นจุดสำคัญที่สุดที่ทำให้แน่ใจว่าบริบทของข้อมติที่รับรองและความตั้งใจของคณะมนตรีความมั่นคงขณะที่รับรองข้อมติออกมา ซึ่งอารัมภบทนี้เป็นส่วนที่ต้องคำนึงถึงในการตีความข้อมติ โดยการก่อตั้งการจัดการเหนือดินแดนโดยนานาชาติ (International territorial administration)เหนือโคโซโว ซึ่งยังคงเป็นส่วนที่ถูกต้องตามกฎหมายของยูโกสลาเวีย โดยองค์การสหประชาชาติได้เข้าทำหน้าที่รับผิดชอบสำหรับดินแดนนี้เท่านั้น⁵⁰

ข้อมติที่ 1244 ได้กำหนดว่า การแก้ปัญหาทางการเมืองในวิกฤติการณ์ของโคโซโวจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการทั่วไปใน annex1 และรายละเอียดของหลักการและข้อเรียกร้องอื่น ๆ ในภาคผนวกที่ 2 ซึ่งภาคผนวกทั้งสองอ้างถึงหลักอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวีย เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงให้อำนาจแก่สำนักเลขาธิการในการก่อตั้งคณะทำงานในโคโซโว (International civil presence in kosovo) ในการก่อตั้งคณะทำงานสำหรับโคโซโว ภายใต้การปกครองนี้ประชาชนชาวโคโซโวสามารถใช้อำนาจในการปกครองตนเองภายในยูโกสลาเวีย โดยตัดสินใจว่าความรับผิดชอบหลักของคณะทำงาน ได้แก่

- สนับสนุนการหาข้อยุติปัญหาเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโว โดยคำนึงถึง annex2 และข้อตกลงรองบัพเย⁵¹

⁴⁸ Ibid., para 14.

⁴⁹ Ibid., para 10.

⁵⁰ Ibid., para 22-24.

⁵¹ Ibid., Para11(a).

- จัดการและควบคุมการพัฒนาของสถาบันชั่วคราวเพื่อประชาธิปไตยและรัฐบาลปกครองตนเองของการยุติปัญหาทางการเมือง รวมถึงการเลือกตั้ง⁵²
- จัดให้มีการระดมทุนทางการเมืองต่อการตัดสินใจถึงสถานะในอนาคตของโคโซโว โดยคำนึงถึงข้อตกลงรอนยูเย⁵³
- เมื่อได้ข้อสรุปขั้นสุดท้ายแล้ว ให้ย้ายอำนาจการควบคุมจากสถาบันชั่วคราวของโคโซโวมายังสถาบันที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้การยุติปัญหาทางการเมือง⁵⁴

การตัดสินใจมอบความรับผิดชอบหลักแก่คณะทำงาน (International civilian presence) คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้สละอำนาจในทุก ๆ ส่วนของความรับผิดชอบสำหรับสถานการณ์ในโคโซโว โดยกิจกรรมต่าง ๆ ก็ยังคงดำเนินอยู่ ซึ่งบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงในแง่ของการยุติปัญหาสถานะขั้นสุดท้ายที่ยังคงมีอยู่ โดย The Guiding Principles of Contact Group for a settlement of the Status of Kosovo เป็นการสนับสนุนให้คำแนะนำของสำนักเลขาธิการต่อคณะมนตรีความมั่นคงต่อการนำสู่กระบวนการตัดสินใจถึงสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวตามข้อมติที่ 1244 อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงก็ยังคงดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ และการตัดสินใจเกี่ยวกับสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวก็คงจะได้รับการสนับสนุนจากคณะมนตรีความมั่นคง⁵⁵

ความคิดในเรื่องการยุติปัญหาขั้นสุดท้ายไม่สามารถจะหมายถึงอย่างอื่นไปมากกว่าข้อมติที่ 1244 ที่ได้เอียงกันระหว่างผู้นำของเซอร์เบียและโคโซโว ไม่ว่าจะโดยข้อตกลงที่ตกลงกันระหว่างพวกเขาก็โดยข้อตกลงหรือโดยการตัดสินใจโดยองค์กรที่มีความสามารถที่ทำได้ แต่ความคิดในการแก้ปัญหาเห็นได้ชัดว่า ขัดแย้งกับความปรารถนาซึ่งเป็นเป้าหมายในการหาข้อยุติความขัดแย้งกันของแต่ละฝ่าย

อังกฤษได้กล่าวประณามว่า

“การยุติปัญหาฝ่ายเดียวในปัญหาเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง พวกเขาจะไม่รับรองข้อตกลงทางการเมืองสำหรับส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดของโคโซโว ไม่ว่าจะเป็นการทำฝ่ายเดียวหรือข้อตกลงซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนจากนานาชาติ”

⁵² Ibid., Para 11(c).

⁵³ Ibid., Para 11(c).

⁵⁴ Ibid., para 11(g).

⁵⁵ Ibid., para 27.

หลังจากนั้นไม่กี่เดือน รัฐบาลอังกฤษได้กล่าวในคณะมนตรีความมั่นคงว่า “การแถลงการณ์ฝ่ายเดียวเกี่ยวกับสถานะโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น รัฐบาลอังกฤษจะไม่ยอมรับ”

รัฐบาลฝรั่งเศสได้กล่าวในปี 2003 ว่า

“ไม่มีกระบวนการใดสามารถบรรลุผลในโคโซโวโดยพื้นฐานจากการกระทำฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดกับข้อมติที่ 1244 หรือเป็นการไม่เคารพต่อ UNMIK และ KFOR”

ตัวแทนถาวรของเยอรมันก็กล่าวอย่างชัดเจนในปี 2003 ว่า

“ปัญหาในเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวควรจะแสดงในเวลาที่เหมาะสมและกระบวนการที่เหมาะสม มีเพียงคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้นที่มีอำนาจในการประเมินการปรับใช้ข้อมติที่ 1244 และด้วยคำสุดท้ายในการยุติปัญหาในเรื่องสถานะนี้ ไม่มีการกระทำฝ่ายเดียวหรือข้อตกลงที่กำหนดไว้ก่อนล่วงหน้าของสถานะของโคโซโว ไม่ว่าจะสำหรับทั้งหมดหรือบางส่วนของโคโซโวที่จะเป็นการยอมรับได้”

หลายสัปดาห์หลังจากนั้น รัฐบาลเยอรมันได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า

“ในเรื่องสถานะในอนาคตของโคโซโว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีความเข้าใจว่าไม่มีการกระทำฝ่ายเดียวที่สามารถจะเปลี่ยนสถานะของโคโซโวซึ่งขึ้นอยู่กับข้อมติที่ 1244 ได้”

การเจรจาตัดสินในเกี่ยวกับสถานะในอนาคตของโคโซโว นำโดยทูตพิเศษ (Special Envoy) รายงานว่า “กระบวนการทั้งหมดและด้วยโอกาสที่มีนี้ คู่ความทั้งสองได้ยืนยันอย่างชัดเจนอีกครั้ง ซึ่งตรงกันข้ามกัน โดยเซอร์เบียต้องการให้โคโซโวเป็นเขตปกครองตนเองภายในเซอร์เบีย ส่วนทางด้านโคโซโวต้องการอย่างน้อยที่สุดคือความเป็นเอกราช”⁵⁶

ตัวแทนพิเศษทำให้มั่นใจโดยกล่าวว่า “การรวมเข้ากับเซอร์เบียอีกครั้งไม่อาจเป็นไปได้” และ “การดำเนินต่อไปของการบริหารจัดการรอนานาชาติก็ไม่ใช่สิ่งที่ยั่งยืน” และสรุปว่า “ความเป็นเอกราชซึ่งควบคุมโดยนานาชาติเป็นเพียงทางออกเดียว” เขาได้เสนอ “Settlement proposal” และต้องการให้คณะมนตรีความมั่นคงสนับสนุนด้วย The Ahtisaari Settlement proposal ไม่ได้รับการสนับสนุนจากคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งมีเพียงองค์การสหประชาชาติเท่านั้นที่มีความสามารถที่จะทำได้ ซึ่งมีความแตกต่างในเรื่องประเด็นสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโว คณะมนตรีความมั่นคงเองก็หลบเลี่ยงอีก ตัวแทนถาวรของอังกฤษได้กล่าวในสมัชชาว่า “การร่วมมือกันของประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับความมั่นคงในคาบสมุทรบอลข่าน ซึ่งสภาโคโซโวได้ประกาศ

⁵⁶ Ibid., para 28-29.

เอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008” ซึ่งการประกาศเอกราชของโคโซโวมีความเป็นไปได้ว่ามาจากกรกระทำที่ไม่สนับสนุนต่อ Ahtisaari plan⁵⁷

การประกาศเอกราชรับรองโดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งในขณะนั้นรัฐธรรมนูญโครงร่างยังคงใช้อยู่ ซึ่งก่อนหน้านั้น ตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ซึ่งได้รไม่ได้ลังเลใจในการใช้อำนาจตามหน้าที่ในการประกาศว่าเป็นโมฆะและไม่ผลทางกฎหมายในมาตรการใดมาตรการหนึ่งของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว เมื่อพิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่สถาบันปกครองตนเองไม่มีอำนาจ (ultra vires) ด้วยเหตุนี้ ในวันที่ 13 พ.ค.2002 SRSG ได้ประกาศให้เป็นโมฆะและไม่ผลทางกฎหมายของมติที่รับรองโดยสภาโคโซโวที่พยายามคัดค้านโดยการลงนามในข้อตกลงในเดือนกุมภาพันธ์ 2001 ระหว่างนั้นยูโกสลาเวียและมาซิโดเนีย ในวันที่ 7 พฤศจิกายน 2002 สภาโคโซโวได้รับรองมติในการคัดค้านร่างรัฐธรรมนูญของเซอร์เบียและมอนเตเนโกร ในวันเดียวกันนั่นเอง ตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ได้ประกาศว่าข้อมตินั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น ในเดือนกุมภาพันธ์ 2003 สภาโคโซโวได้เตรียม “a Declaration on kosova – A Sovereign and Independent State” ซึ่งนอกเหนือจากสิ่งที่กล่าวมาแล้ว ยังมีความปรารถนาจะประกาศว่าโคโซโวมีความเป็นประชาธิปไตย เป็นรัฐเอกราช และมีอำนาจอธิปไตย The Principal Deputy Special Representative of Sec-Gen ซึ่งเป็นตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ได้แจ้งให้ทราบว่า การประกาศที่ประธานสภาโคโซโวซึ่งพิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำของสภานั้น เป็นการขัดต่อข้อมติ 1244 รัฐธรรมนูญโครงร่างของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวและขัดต่อกฎเกณฑ์และวิธีปฏิบัติของสภาชั่วคราว (The Provisional Rules of Procedure of the Assembly) และยังแนะนำอีกว่า การก่อตั้งขึ้นซึ่งการกระทำของสภาโคโซโวอยู่นอกเหนืออำนาจที่จะทำได้ และในเดือนพฤศจิกายน 2005 สภาโคโซโวได้พิจารณาการประกาศเอกราช แต่ตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ซึ่งได้ชี้แจงว่าการประกาศนั้นเป็นการละเมิดต่อข้อมติที่ 1244 และไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์การสหประชาชาติ ในการบริหารจัดการในโคโซโว ซึ่งจากการกระทำของสภาโคโซโวระหว่างปี 2002-2005 เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญโครงร่างด้วยเหตุนี้จึงขัดต่อข้อมติที่ 1244 ด้วย การกระทำเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นการประกาศเอกราชหรือการ

⁵⁷ Ibid., para30-31.

กระทำบางอย่างเป็นที่เข้าใจว่าอยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจที่จะทำได้ ซึ่งก็ถือว่าเป็นการกระทำนอกเขตอำนาจ เสียงส่วนใหญ่อ้างถึงการกระทำข้างต้นว่า การกระทำนั้นอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวภายใต้รัฐธรรมนูญโครงร่าง และกล่าวว่า การเงียบ(silence) ของตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ในการประกาศเอกราชในปี 2008 เป็นการบอกว่าไม่อาจพิจารณาได้ว่าการประกาศเอกราชนี้เป็นการกระทำของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งจะสามารถทำให้เกิดผลทางกฎหมายสำหรับหน้าที่ที่ตนรับผิดชอบได้ แต่ความเห็นเชิงปริศยานี้ไม่ได้อธิบายว่าเหตุใดการกระทำนี้จึงพิจารณาว่าอยู่นอกเหนือหน้าที่ของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวในปี 2002 - 2005 ซึ่งไม่ควรจะมีเหตุการณ์ลักษณะนี้เกิดขึ้นอีกในปี 2008 ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงสถาบันชั่วคราวภายใต้รัฐธรรมนูญโครงร่างก็ยังคงมีอำนาจโดยไม่ได้รับการแก้ไข และยังคงเหมือนเดิมทั้งในปี 2008 และปี 2005 ซึ่งจะเห็นได้ว่า ตัวแทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) เงียบนั้น เป็นการพยายามที่จะทำให้เกิดเป็นผล ในการทำให้เกิดความเป็นไปได้ว่าซึ่งการไม่สนับสนุน Ahtisaari plan จนนำมาสู่การประกาศเอกราชโดยสภาโคโซโวเป็นการร่วมมืออย่างเหนียวแน่นของประเทศต่าง ๆ ในการก่อให้เกิดสันติภาพในคาบสมุทรบอลข่าน⁵⁸

ศาลจะต้องสนับสนุนโดยยืนยันถึงกฎเกณฑ์และกลไกในองค์การสหประชาชาติ และตัดสินใจตามนั้น ซึ่งระบอบกฎหมายซึ่งดำเนินการโดยนานาชาติเหนือดินแดนโคโซโวโดยองค์การสหประชาชาติยังคงดำเนินอยู่ในวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2008 ก็ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงแล้วอะไรคือความชัดเจนในการพัฒนาสถานการณ์ทางการเมืองและความเป็นจริงในโคโซโว เสียงส่วนใหญ่เข้าใจว่าน่าพอใจว่าโดยการคำนึงถึงการพัฒนาทางการเมืองและความเป็นจริงมากกว่าการเรียกร้องให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์อย่างเคร่งครัด ซึ่งทำให้ล่องละเมิดต่อการข้อจำกัดความยุติธรรมที่เหมาะสม⁵⁹

ผู้พิพากษา *Koroma* ไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ ให้ความเห็นเห็นว่า ข้อ ม ตี ที่ 1244 ก่อตั้งหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับสร้างสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว เห็นได้ชัดว่า คำถามที่ถามศาลมีนัยยะบนรากฐานของข้อมติที่ 1244 ซึ่งข้อมตินี้รับรองโดยคณะมนตรีความมั่นคงโดยเป็นไปตามมาตรา 25 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งหลักกฎหมายพื้นฐานนี้ยังคงเป็นระบอบที่ปกครองโคโซโวอยู่ ดังนั้น เมื่อถามถึงการกำหนดความถูกต้องตามกฎหมายของคำประกาศเอกราชของศาลในอันดับแรกต่อการตีความและความเกี่ยวข้องของข้อมติที่ 1244 ซึ่งเป็นทั้งกฎหมาย

⁵⁸ Ibid., para33-34.

⁵⁹ Ibid., para3.

ระหว่างประเทศและ lex specialis ศาลจะต้องพิจารณาถึงคำสั่งต่าง ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ ในกรณีนี้คือยูโกสลาเวีย (ปัจจุบันคือเซอร์เบีย) ดังนั้น สิ่งแรกที่ต้องให้ความสำคัญในคดีนี้คือ การตีความอย่างเหมาะสม และการปรับใช้ข้อมติที่ 1244 ซึ่งคำประกาศเอกราชไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้ข้อมติที่ 1244 ด้วยเหตุผลหลายประการด้วยกัน ประการแรก คำประกาศเอกราชรับรองโดยสมัชชาของโคโซโว ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งอนุมัติโดยประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีของโคโซโวซึ่งอยู่ในมติที่ 1244 ประการที่สอง ข้อมติที่ 1244 เรียกให้มีการเจรจาเพื่อยุติปัญหา ซึ่งหมายความถึงข้อตกลงของคู่ความเกี่ยวกับสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโว ซึ่งผู้ประกาศเอกราชหลีกเลี่ยงในเรื่องนี้ ประการที่สาม การประกาศเอกราชละเมิดบทบัญญัติที่ว่าข้อมติที่เรียกร้องให้มีการยุติปัญหาทางการเมืองบนพื้นฐานของหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวีย และการเป็นเขตปกครองตนเองของโคโซโว นอกจากนี้ การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวยังเป็นความพยายามในการนำมาสู่การสิ้นสุดของคณะทำงานในโคโซโว (International presence in Kosovo) ที่ก่อตั้งโดยข้อมติที่ 1244 ซึ่งผลดังกล่าวควรเป็นผลจากการกระทำของคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้น⁶⁰

ข้อมติที่ 1244 ยืนยันอีกครั้งถึงอำนาจอธิปไตยและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวีย และรัฐต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้ โดยชี้แจงไว้ในกฤษฎีกาสหประชาชาติ (The Helsinki Act) และภาคผนวก 2 มีการกำหนดไว้ใน Operative para 1 ว่า การยุติปัญหาทางการเมืองเกี่ยวกับวิกฤตการณ์ในโคโซโว จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการทั่วไปใน annex 1 และ 2 โดย annex ทั้งสองได้กำหนดว่า กระบวนการทางการเมืองจะต้องพิจารณาอย่างเต็มที่ตามหลักการอำนาจอธิปไตยและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวียและรัฐต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้ ยิ่งไปกว่านั้น ใน Operative para 11(a),(e) ของข้อมติที่ 1244 ยังอ้างถึงการทำข้อตกลงรองบอยเคอร์ส ซึ่งข้อตกลงนี้ได้ยืนยันถึงอำนาจอธิปไตยและหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวีย และในบทที่ 1 ของข้อตกลงนี้ยังกล่าวไว้ว่า สถาบันปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวควรจะอยู่บนพื้นฐานสำหรับหลักบูรณภาพแห่งดินแดนและอำนาจอธิปไตยของยูโกสลาเวีย⁶¹

จากข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 เป็นการยอมรับว่าโคโซโวเป็นส่วนหนึ่งของยูโกสลาเวีย และยืนยันว่าการก่อตั้งคณะทำงานเป็นไปโดยข้อตกลงของยูโกสลาเวีย โดยโคโซโวไม่สามารถที่จะประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ในขณะที่คณะทำงานยังคงดำเนินการอยู่และ

⁶⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Koroma, para 10-11.

⁶¹ Ibid., para 13.

ปฏิบัติงานในโคโซโว ข้อมติไม่ได้อนุญาตให้คณะทำงานมีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงหรือยุติอำนาจอธิปไตยของยูโกสลาเวียเหนือดินแดนโคโซโว ทั้งยังไม่ได้คาดคะเนถึงการโอนย้ายอำนาจอธิปไตยไปยังสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวที่สร้างขึ้นโดยคณะทำงาน คำกล่าวซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จะทำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น คือ UNMIK และสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวซึ่งถูกสร้างโดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 โดยมีข้อตกลงของรัฐบาลยูโกสลาเวีย ซึ่งทั้ง UNMIK และคณะทำงานเป็นหน่วยงานย่อยของคณะมนตรีความมั่นคง โดยมีขอบเขตอำนาจที่ถูกจำกัดโดยข้อมติที่ 1244 ไม่มีอำนาจในการมอบหมายให้หน่วยงานใด ๆ ในการตัดสินใจถึงสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโว ไม่มีอำนาจที่จะสร้างหน่วยงานอื่น ๆ ที่จะมีอำนาจเช่นนั้นได้ ฉะนั้น เมื่อสมาชิกสภาของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว (The Assembly of the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo) แถลงการณ์ประกาศเอกราช พวกเราก็พยายามกระทำการที่เกินกว่าอำนาจทางกฎหมายที่พวกเรามี เช่นนั้น การประกาศเอกราชจึงเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบกฎหมายซึ่งเป็นการละเมิดบทบัญญัติที่กล่าวไว้ชัดในข้อมติที่ 1244 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถก่อตั้งเป็นกฎหมายได้ (ex injuria non oritur jus)⁶²

การประกาศเอกราชโดยองค์ภาวะหนึ่งของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวขัดแย้งทั้งข้อความและเจตจำนงของข้อมติที่ 1244 ซึ่งจะเห็นได้จาก Operative para 10 ของข้อมติที่กล่าวว่าการก่อตั้งการบริหารจัดการชั่วคราวสำหรับโคโซโวขึ้นอยู่กับประชาชนของโคโซโวให้สามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในยูโกสลาเวีย ซึ่งการใช้คำว่าภายในก็เท่ากับว่าเป็นการยอมรับอำนาจอธิปไตยของยูโกสลาเวียเหนือดินแดนโคโซโวและไม่อนุญาตสำหรับการเปลี่ยนแปลงดินแดนในอาณาเขตของยูโกสลาเวีย⁶³

คำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่สอดคล้องกับ Operative para 11 ของข้อมติที่ 1244 ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขว่าคณะมนตรีความมั่นคง เป็นการตัดสินใจว่า ความรับผิดชอบหลักของคณะทำงานประกอบด้วย การสนับสนุนการก่อตั้งสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งอยู่ระหว่างการพยายามหาข้อยุติในเรื่องสถานะขั้นสุดท้าย โดยให้เป็นไปตามภาคผนวก 2 และข้อตกลงรองบุงเยสส์⁶⁴ ซึ่งการอ้างถึงการยุติปัญหาความขัดแย้งในอนาคตเป็นการกีดกันการ

⁶² Ibid., para14.

⁶³ Ibid., para15.

⁶⁴ UN, Security Council, S/1999/648, 7 June 1999.

ประกาศเอกราชฝ่ายเดียว โดยคำว่ายุติปัญหา (settlement) ในบริบทของข้อเสนอนี้ น่าจะหมายถึง การเจรจา (negotiation) ในการตีความข้อมติที่ 1244 เป็นการสนับสนุนโดยรัฐต่าง ๆ เช่น

ฝรั่งเศสให้ข้อสังเกตในคณะมนตรีความมั่นคง ว่า

“สภาโคโซโวจะต้องยกเลิกเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดกับข้อมติที่ 1244 หรือรัฐธรรมนูญโครงร่าง... ไม่มีความก้าวหน้าใด ๆ ที่สามารถจะบรรลุผลในโคโซโวบน พื้นฐานของการกระทำฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อข้อมติที่ 1244”⁶⁵

รัฐบาลอิตาลีซึ่งเป็นตัวแทน EU ได้กล่าวว่า

“เป็นสิ่งสำคัญในข้อผูกมัดของนานาชาติต่อโคโซโว และเร่งให้ทุก ๆ ส่วนที่เกี่ยวข้องในสถานการณ์โคโซโวและในภูมิภาคนี้ถึงความร่วมมือในการตีความถึงวิธีการ การปฏิบัติ อย่างเต็มที่ตามข้อมติที่ 1244 ซึ่งในระหว่างนั้นให้งดเว้นจากการกระทำฝ่ายเดียวและค่า แดลงการณ์...”⁶⁶

อีกทั้ง The Contact group ซึ่งประกอบด้วย EU รัสเซีย อเมริกา ได้ทำ Guiding principles for a settlement of the status of Kosovo เพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ โดยเป็นการกระทำ ฝ่ายเดียว... จะเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ และพวกเขาจะไม่เปลี่ยนแปลงสิ่งที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ของ ดินแดนโคโซโว... บุรณภาพแห่งดินแดนและความมั่นคงภายในของประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้ จะ ได้รับความเคารพอย่างเต็มที่⁶⁷

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่และคณะมนตรีความ มั่นคงก็ไม่ได้มีการกระทำอะไรที่จะเป็นการลบล้างได้ ซึ่งสถานะของข้อมติไม่สามารถเปลี่ยนแปลง ได้โดยการกระทำฝ่ายเดียว จึงเห็นได้ว่า ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ไม่ได้อนุญาตให้มีการ ประกาศเอกราชหรืออนุญาตให้โคโซโวแบ่งแยกดินแดนออกจากยูโกสลาเวียโดยปราศจาก ความยินยอม

ผู้พิพากษา *Bennouna* ซึ่งไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ มีความเห็นว่า เมื่อข้อมติ ในวันที่ 7 พฤศจิกายน 2002 ของสภาโคโซโว ก่อนหน้านี้ได้ยืนยันสิทธิต่อการกำหนดสถานะใน อนาคตของโคโซโว SRSG ได้กล่าวไว้ในวันเดียวกันว่า

⁶⁵ UN, official Records of the SC, Fifty-eighth year, 4770th Meeting, doc.S/PV.4770, p5

⁶⁶ UN, official Records of the SC, Fifty-eighth year, 4823rd Meeting doc. S/PV.4823 p15

⁶⁷ UN, official Records of the SC, doc. S/2005/709 p1.3.

“โคโซโวอยู่ภายใต้อำนาจของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ไม่ว่าจะเซอร์เบียหรือโคโซโวก้ไม่สามารถตัดสินล่วงหน้าถึงสถานะในอนาคตของโคโซโวได้ โดยสถานะในอนาคตจะเป็นการตัดสินโดยคณะมนตรีความมั่นคง คำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวใด ๆ ก็ตามจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนโดยคณะมนตรีความมั่นคงจะไม่มีผลทางกฎหมาย”⁶⁸

ดังนั้น ไม่มีคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่จะมีผลต่อสถานะในอนาคตของโคโซโว ไม่ว่าจะมาจากคำประกาศเอกราชหรือเจตจำนงของผู้ประกาศเอกราช ซึ่งความถูกต้องทางกฎหมายจะมีจนกระทั่งได้รับการสนับสนุนจากคณะมนตรีความมั่นคง ตรงกันข้ามกับสิ่งที่ศาลบอกเป็นนัย ซึ่งมันไม่เพียงพอสำหรับผู้ประกาศเอกราชต่อขั้นตอนที่นอกเหนือความผูกพันทางกฎหมายต่อการหยุดการอยู่ภายใต้เงื่อนไขนั้น⁶⁹

ศาลเชื่อว่า การไม่ดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคง สำนักเลขาธิการ และตัวแทนพิเศษของสำนักเลขาธิการ (SRSG) เป็นการตอบต่อการประกาศเอกราช เป็นการยืนยันว่าการประกาศไม่ใช่งานของสภาโคโซโว และเป็นการแสดงถึงความแตกต่างของการกระทำระหว่างปี 2002-2005 เมื่อตัวแทนพิเศษมีการกล่าวถึงการกระทำต่าง ๆ ซึ่งเป็นการกระทำนอกเหนือขอบเขตความสามารถของสภาโคโซโว และการกระทำนี้เป็นการกระทำที่อยู่นอกอำนาจของสภาโคโซโว⁷⁰

อย่างไรก็ตาม คณะมนตรีความมั่นคงได้กีดกัน โดยการขาดซึ่งข้อตกลงระหว่างสมาชิกถาวร จากการวินิจฉัยในปัญหาโคโซโว หลังจากได้รับรายงานของ Ahtisaari ในเดือนมีนาคม 2007 และบ่อยครั้งที่คดีภายในองค์การสหประชาชาติจะทำให้เกิดการชะงักงันในคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งสะท้อนไปยังสำนักเลขาธิการ ในการกล่าวโจมตีการทำตามคำวินิจฉัยและ SRSG สถานการณ์ที่ทำอะไรไม่ได้ในคณะมนตรีความมั่นคงไม่มีความสัมพันธ์ต่อความขัดแย้งจากข้อผูกมัดต่าง ๆ หรือผลของสภาโคโซโวจากภาระหน้าที่ของพวกเขาในแง่ของรัฐธรรมนูญโครงร่างและข้อมติที่ 1244 ซึ่งในกรณีนี้ ความน่าเชื่อถือของระบบรักษาความปลอดภัยร่วมกัน (the collective security system) ซึ่งก่อตั้งโดยกฎบัตรสหประชาชาติจะทำให้ถูกทำลายทีละน้อย ซึ่ง

⁶⁸ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Bennouna, para 52.

⁶⁹ Ibid., para 53.

⁷⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, para 108.

ความเป็นจริง เซอร์เบียควรจะอาศัยการทำให้ชะงักต่อการกล่าวอ้างถึงความยุติธรรมในการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเต็มประสิทธิภาพเหนือโคโซโวในการป้องกันบูรณภาพแห่งดินแดน⁷¹

สถานการณ์ที่ทำอะไรไม่ได้ภายในคณะมนตรีความมั่นคง ไม่สามารถแสดงถึงความถูกต้องของการดำเนินการกระทำฝ่ายเดียว หรือการสร้างสิ่งที่ทำสำเร็จแล้วโดยคู่ความอื่น ๆ หรือการเข้าใจว่าเป็นการอนุญาตโดยปริยายของพวกเขา การละเลยของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการวินิจฉัยโดยคำหนึ่งถึงเสียงโหวตของหนึ่งในสมาชิกถาวรเป็นการพิจารณาในกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งทำให้ผลทางกฎหมายสิ้นสุดลง การดำเนินการโดยตัวเองเป็นการกระทำทางการเมือง ตรงกันข้าม แม้ว่าจะไม่สามารถทำการค้นหาข้อวินิจฉัยในรายงานของ Ahtisaari ที่อ้างในเดือนมีนาคม 2007 ว่าคณะมนตรีความมั่นคงสนับสนุนความพยายามไกล่เกลี่ยระหว่างเซอร์เบียและโคโซโว โดยเฉพาะเมื่อตัดสินใจให้มีการตั้งสร้างโดยสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงและนำโดย Johan C. Verbeke ตัวแทนของเบลเยียมต่อเซอร์เบียและโคโซโวในเดือนเมษายน 2007⁷² และเมื่อได้รับการสนับสนุนโดยข้อตกลง the troika ซึ่งสร้างโดย Contact Group ซึ่งประกอบด้วย EU อเมริกา รัสเซีย ต่อการเจรจาเพื่อหาข้อยุติความขัดแย้งระหว่างเซอร์เบียและโคโซโว⁷³

4.3.2 ข้อวินิจฉัยกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเกี่ยวกับ โครงสร้างรัฐธรรมนูญ

ศาลกล่าวว่ บทบาทหน้าที่ของโครงสร้างรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของข้อมติที่ 1244 (1999) ซึ่งนำมาใช้เฉพาะกรณีของโคโซโวเท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการในระยะเวลาชั่วคราว จึงควรจะเป็นกฎหมายภายใน (internal) มากกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ

โครงสร้างรัฐธรรมนูญจึงเป็นผลมาจากส่วนหนึ่งของกฎหมายที่รับรองขึ้นเพื่อการบริหารจัดการโคโซโวในช่วงระยะเวลาชั่วคราว โดยมอบอำนาจให้สร้างสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวขึ้นและแม้ว่าสภาของโคโซโว (Assembly of Kosovo) จะได้รับมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายภายในรัฐธรรมนูญโครงสร้างนี้ แต่ผู้มีอำนาจสูงสุดคือ

⁷¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Bennouna ,para 55-56.

⁷² United Nations Security Council, Letter dated 19 April 2007 from the President of the Security Council to the Secretary-General, S/2007/220, 20 April 2007.

⁷³ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Bennouna, para57-58.

ตัวแทนพิเศษจากเลขาธิการสหประชาชาติ (the Special Representative of the Secretary-General : SRSG)⁷⁴ จะเห็นได้ว่า ข้อมติที่ 1244 (1999) และโครงการรัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้ผู้แทนพิเศษ (SRSG) เป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยองค์การบริหารชั่วคราวแห่งสหประชาชาติประจำโคโซโว (UNMIK) ดังนั้น ภายใต้โครงการรัฐธรรมนูญชั่วคราวจึงคมนหน้าที่ร่วมกันกับสำนักเลขาธิการ (Secretary-General) และอยู่ภายใต้การควบคุมโดยตัวแทนพิเศษ (SRSG)⁷⁵

ศาลกล่าวว่า ข้อมติที่ 1244 (1999) และรัฐธรรมนูญโครงการยังคงมีผลใช้บังคับอยู่แม้กระทั่งในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 ซึ่งเป็นวันที่โคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียว โดยในข้อมติที่ 1244 กำหนดไว้ชัดเจนว่า คณะทำงานระหว่างประเทศ (the international civil and security presences) ที่ก่อตั้งขึ้นนี้มีกำหนดระยะเวลาเบื้องต้น 12 เดือน และให้ผลต่อเนื่องไปตราบใดที่ยังไม่มีคำตัดสินใด ๆ จากคณะมนตรีความมั่นคง⁷⁶ ซึ่งก็ไม่ปรากฏว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะมีคำตัดสินเปลี่ยนแปลงข้อมติ แม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะมีการประชุมในวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.2008 หลังจากที่มีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว โดยในแถลงการณ์ของประธานคณะมนตรีความมั่นคงในวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ.2008 มีการกล่าวว่า คณะมนตรีความมั่นคงมีความยินดีในความร่วมมือระหว่างสหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศรวมถึงรัฐต่าง ๆ ภายในกรอบของข้อมติที่ 1244 (1999) โดยคณะมนตรีความมั่นคงตัดสินว่ายังคงมีการดำเนินการต่อไปของข้อมติที่ 1660, 1199, 1203, 1239, 1244⁷⁷ อีกทั้งในรัฐธรรมนูญโครงการได้มีการกำหนดไว้ในหมวดที่ 14.3 ว่าตัวแทนพิเศษ (SRSG) อาจมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโครงการได้ แต่เท่าที่ผ่านมามีเพียงการแก้ไขเพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁷⁸

⁷⁴ Ibid., p.33, para.89.

⁷⁵ Ibid., p.33, para.90.

⁷⁶ S/RES/1244 (1999), 10 June 1999, para.19

“Decides that the international civil and security presences are established for an initial period of 12 months, to continue thereafter unless the Security Council decides otherwise.”

⁷⁷ Report of Security Council, 1 August 2008- 31 July 2009, General Assembly Official Records Sixty-fourth Session Supplement No. 2, p.39 and p.132.

⁷⁸ UNMIK/REG/2002/9 of 3 May 2002, UNMIK/REG/2007/29 of 4 October 2007, UNMIK/REG/2008/1 of 8 January 2008 and UNMIK/REG/2008/9 of 8 February 2008.

จึงเห็นได้ว่า ทั้งข้อมติที่ 1244 (1999) และโครงการรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการสิ้นสุดและไม่ได้มีการยกเลิกคำสั่งดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นนี้ยังคงปรับใช้ในโคโซโว แม้กระทั่งในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 ซึ่งเป็นวันที่โคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียวก็ตาม⁷⁹ และในส่วนของตัวแทนพิเศษเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ก็ยังคงปฏิบัติหน้าที่ในโคโซโว โดยดูได้จากกรณีที่เลขาธิการสหประชาชาติยังคงมีรายงานไปยังคณะมนตรีความมั่นคงตามที่กำหนดไว้ในข้อมติที่ 1244 (1999) ว่าเลขาธิการสหประชาชาติจะต้องมีรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคง⁸⁰ ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่า โครงการรัฐธรรมนูญของโคโซโวเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ⁸¹ ที่จะนำมาวินิจฉัยปัญหาที่ถกเถียงกันโดยสมัชชาสหประชาชาติว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ โดยเป็นการวินิจฉัยในส่วนของกฎหมายพิเศษที่สร้างขึ้นโดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) นั้นเอง

4.3.3 ข้อวินิจฉัยกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเกี่ยวกับผู้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

ในการที่ศาลจะวินิจฉัยว่าคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขัดต่อในเรื่องผู้ที่ทำการประกาศเอกราชข้อมติที่ 1244 (1999) และโครงการรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลจึงต้องพิจารณาว่าผู้ที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียว (The authors of the declaration of independence) ในครั้งนี้เป็นใคร และมีอำนาจหน้าที่ภายใต้สถาบันปกครองตนเองชั่วคราวซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยโครงการรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพื่อนำมาสู่คำวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

ศาลได้กล่าวว่า ถ้อยคำในคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวและโดยพฤติการณ์จะเห็นว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่ได้เป็นการทำโดยสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว และไม่ได้เป็น

⁷⁹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p34 , para.91.

⁸⁰ Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2010/169, 6 April 2010, as well as the preceding Reports S/2008/692 of 24 November 2008, S/2009/149 of 17 March 2009, S/2009/300 of 10 June 2009, S/2009/497 of 30 September 2009 and S/2010/5 of 5 January 2010).

⁸¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p34 , para.93.

ผลภายในกรอบงานที่สร้างขึ้นสำหรับรัฐบาลของโคโซโวในระหว่างที่ระบบชั่วคราวดำเนินอยู่⁸² ศาลยังกล่าวอีกด้วยว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโววันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 เป็นการรับรอง (adopt) โดยประธานาธิบดีของโคโซโวและนายกรัฐมนตรีของโคโซโว โดยทำการอ้างถึงสภาของโคโซโวและโครงสร้างรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งศาลพิจารณาแล้วว่า การประกาศเอกราชจะต้องพิจารณาในบริบทที่กว้างโดยคำนึงถึงเหตุการณ์ก่อนที่จะทำการรับรองคำประกาศเอกราชดังกล่าวออกมา โดยเฉพาะในเรื่องกระบวนการสถานะสุดท้าย (final status process) รวมถึงในส่วนของข้อมติที่ 1244 (1999) ที่เกี่ยวข้องกับการสร้างระบอบการปกครองตนเองชั่วคราวสำหรับโคโซโว ซึ่งในขณะที่มีการรับรองข้อมติดีเอมีมีการคาดหวังว่าสถานะสุดท้ายของโคโซโวควรจะมาจากการพัฒนาภายในโครงสร้างรัฐธรรมนูญที่สร้างขึ้นจากข้อมติที่ 1244 (1999)⁸³

โดยข้อมติที่ 1244 (1999) ได้กล่าวไว้ว่า “ประเด็นเรื่องสถานะสุดท้ายของโคโซโวให้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของ UNMIK ในการกำหนดกระบวนการทางการเมืองในการตัดสินสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโว โดยต้องคำนึงถึงข้อตกลงรอนบูเยสต์ด้วย และในช่วงสุดท้ายให้มีการโอนย้ายอำนาจจากสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวไปยังสถาบันที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้การแก้ปัญหาทางการเมืองนี้”⁸⁴

จะเห็นได้ว่า คำประกาศเอกราชว่าการเจรจาในเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายล้มเหลว และทางผู้ที่ประกาศเอกราชต้องการให้สถานะของโคโซโวในอนาคตบรรลุผลโดยสังเกตได้จาก อารมณ์ภพในคำประกาศที่อ้างถึง ช่วงเวลาหลายปีในการเจรจาระหว่างยูโกสลาเวียและโคโซโวซึ่งได้รับการสนับสนุนจากประชาคมโลก ในประเด็นปัญหาเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวและสิ่งที่แสดงออกโดยชัดเจนถึงการเจรจาที่ล้มเหลวจนนำมาสู่การประกาศเอกราช โดยในคำประกาศเอ

⁸² Ibid., p.37,para.103.

⁸³ Ibid., p.37, para 104.

⁸⁴ S/RES/1244 (1999), 10 June 1999, para 19.

“Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include:

(d) Transferring, as these institutions are established, its administrative responsibilities while overseeing and supporting the consolidation of Kosovo's local provisional institutions and other peacebuilding activities;

(e) Facilitating a political process designed to determine Kosovo's future status, taking into account the Rambouillet accords (S/1999/648);

(f) In a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo's provisional institutions to institutions established under a political settlement.”

ราชกล่าวว่า “ไม่มีความตกลงเกี่ยวกับสถานะสุดท้ายที่เป็นผลยอมรับได้”⁸⁵ อีกทั้ง ผู้ที่ประกาศเอกราชได้อธิบายถึงกรที่พวกเขาตัดสินใจในการขจัดปัญหาในเรื่องสถานะของโคโซโวและทำให้ประชากรชาวโคโซโวเกิดความชัดเจนเกี่ยวกับอนาคตของพวกเขา⁸⁶ ดังนั้น ถ้อยคำซึ่งผู้ประกาศเอกราชได้ใช้ในคำประกาศเอกราชนั้นชี้ให้เห็นว่า ผู้ประกาศไม่ได้กระทำการภายในโครงร่างรัฐธรรมนูญของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว แต่มีเป้าหมายในการทำให้โคโซโวเป็นรัฐเอกราชและมีอธิปไตย⁸⁷

ในคำประกาศเอกราชจะเห็นว่าผู้ประกาศมีความรับผิดชอบโดยเป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะพันธกรณีที่สร้างขึ้นโดย UNMIK⁸⁸ และในคำประกาศเอกราชยังมีการระบุไว้อย่างชัดเจนถึงความผูกพันต่อรัฐที่สามโดยข้อผูกพันนั้นทำขึ้นโดยคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียว⁸⁹ ทั้ง ๆ ที่ภายใต้โครงร่างรัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ต่อ

⁸⁵ Kosovo Declaration of Independence, tenth and eleventh preambular paragraph

“Recalling the years of internationally-sponsored negotiations between Belgrade and Pristina over the question of our future political status,

Regretting that no mutually-acceptable status outcome was possible, in spite of the good-faith engagement of our leaders.”

⁸⁶ **Kosovo Declaration of Independence** [Online], September 21, 2008 Available from: <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635>, thirteenth preambular paragraph

“Determined to see our status resolved in order to give our people clarity about their future, move beyond the ”

“Determined to see our status resolved in order to give our people clarity about their future, move beyond the conflicts of the past and realise the full democratic potential of our society.”

⁸⁷ Ibid.,para 1.

“We, the democratically-elected leaders of our people, hereby declare Kosovo to be an independent and sovereign state.”

⁸⁸ Ibid.,para 9.

“We hereby undertake the international obligations of Kosovo, including those concluded on our behalf by the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK)”

Ibid.,para 12.

⁸⁹ Ibid.,para 12.

“We hereby affirm, clearly, specifically, and irrevocably, that Kosovo shall be legally bound to comply with the provisions contained in this Declaration, including, especially, the

ภายนอกของโคโซโวว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดของตัวแทนพิเศษ (SRSG)⁹⁰ ดังนั้น การประกาศเอกราชจึงไม่ได้กระทำภายใต้กรอบของโครงสร้างรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาข้อความในคำประกาศเอกราชซึ่งเป็นภาษาแอลบาเนียไม่ปรากฏข้อความว่าคำประกาศฝ่ายเดียวนั้นทำขึ้นโดยสภาโคโซโว (Assembly of Kosovo) ซึ่งคำว่า สภาโคโซโว (Assembly of Kosovo) ปรากฏเพียงเฉพาะคำประกาศเอกราชที่แปลเป็นภาษาอังกฤษและฝรั่งเศสเท่านั้น ภาษาที่ปรากฏในคำประกาศฝ่ายเดียวแต่ละฉบับจึงแตกต่างกัน⁹¹

อีกทั้ง กระบวนการในการรับรองคำประกาศก็แตกต่างจากการที่กระบวนการรับรองกฎหมายโดยสภาโคโซโวด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคำประกาศเอกราชเป็นการลงนามโดยประธานาธิบดีของโคโซโว ซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกของสภาโคโซโว ในข้อเท็จจริงปรากฏว่า บุคคลที่รับรองคำประกาศเอกราชเป็นผู้ที่มาจากพรรคการเมืองในระบอบประชาธิปไตยโดยประชาชนชาวโคโซโว และคำประกาศเอกราชนี้ก็ไม่มีการส่งไปให้ผู้แทนพิเศษ (SRSG) เผยแพร่ลงในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งถือเป็นกระบวนการออกกฎหมายภายใน⁹² แต่ในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 กลับไม่ได้ปฏิบัติเช่นนี้ ก็เท่ากับว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ได้กระทำโดยสภาโคโซโวภายใต้อำนาจจากรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว

ก่อนการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 จะพบว่าตัวแทนพิเศษเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) ได้ใช้อำนาจที่ได้รับจากโครงสร้างรัฐธรรมนูญ

obligations for it under the Ahtisaari Plan. In all of these matters, we shall act consistent with principles of international law and resolutions of the Security Council of the United Nations, including resolution 1244 (1999). We declare publicly that all states are entitled to rely upon this declaration, and appeal to them to extend to us their support and friendship.”

⁹⁰ Chapter 8.1 of the Constitutional Framework for Provisional Self-Government in Kosovo.

(m) Concluding agreements with states and international organizations in all matters within the scope of UNSCR 1244 (1999);

(n) Overseeing the fulfillment of commitments in international agreements entered into on behalf of UNMIK;

(o) External relations, including with states and international organizations...”

⁹¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010,p 38 , para 107.

⁹² Ibid.

ในการควบคุมดูแลและสามารถประกาศความเป็นอิสระของการกระทำต่าง ๆ ของรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงปี ค.ศ. 2002-2005 เมื่อสภาโคโซโว (Assembly of Kosovo) ได้ใช้อำนาจในการสนับสนุนความเป็นเอกราช และพยายามที่จะประกาศเอกราช ตัวแทนพิเศษเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) จึงพิจารณาว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการขัดต่อโครงร่างรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการกระทำที่อยู่นอกเขตอำนาจที่สภาของโคโซโว (Assembly of Kosovo) ที่ทำได้⁹³ แต่สำหรับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 ตัวแทนพิเศษเลขาธิการสหประชาชาติ (SRSG) กลับไม่ได้พิจารณาว่าเป็นการกระทำของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวซึ่งอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตนในการควบคุมดูแล จึงอยู่นอกเหนืออำนาจหน้าที่ของตน⁹⁴ ศาลยังกล่าวถึงรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติเกี่ยวกับ UNMIK ที่เสนอต่อคณะมนตรีความมั่นคงในวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ.2008 ซึ่งกล่าวว่า สภาของโคโซโว (Assembly of Kosovo) ได้ถือเอาวาระการประชุมเป็นการรับรองคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียว โดยประกาศว่าโคโซโวเป็นเอกราชและมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์⁹⁵ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วว่า ในรายงานเกี่ยวกับการดำเนินงานของ UNMIK ต่อคณะมนตรีความมั่นคงไม่มี

⁹³ Ibid., pp.38-39, para.108.

“in the period between 2002 and 2005, when the Assembly of Kosovo took initiatives to promote the independence of Kosovo, the Special Representative had qualified a number of acts as being incompatible with the Constitutional Framework on the grounds that they were deemed to be “beyond the scope of [the Assembly’s] competencies” (United Nations dossier No. 189, 7 February 2003) and therefore outside the powers of the Assembly of Kosovo.”

⁹⁴ Ibid.

“The silence of the Special Representative of the Secretary-General in the face of the declaration of independence of 17 February 2008 suggests that he did not consider that the declaration was an act of the Provisional Institutions of Self-Government designed to take effect within the legal order for the supervision of which he was responsible. As the practice shows, he would have been under a duty to take action with regard to acts of the Assembly of Kosovo which he considered to be *ultra vires*.”

⁹⁵ UN doc.S/2008/211, para.3.

จุดมุ่งหมายในการวิเคราะห์ว่าเป็นกฎหมาย (legal) ในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวหรือความสามารถ (capacity) ในการที่ผู้ประกาศเอกราชได้กระทำการนั้น⁹⁶

ศาลจึงตัดสินว่า ผู้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่ได้กระทำการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวภายใต้อำนาจที่ได้รับในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งในสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว แต่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนี้เป็นการกระทำภายใต้ความสามารถของการเป็นตัวแทนของประชาชนชาวโคโซโวภายนอกกรอบงานบริหารจัดการภายในโคโซโว (Framework of the interim administration)⁹⁷

ผู้พิพากษา Tomka ไม่เห็นด้วยกับเสียงข้างมาก ได้ให้ความเห็นว่า คำถามที่ถามต่อศาลมาจากข้อมติของสมัชชาที่ 63/3 ซึ่งถามว่า

“การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยสถาบันชั่วคราวของรัฐบาลปกครองตนเองของโคโซโวขัดด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่”

เสียงส่วนใหญ่ ในความเห็นนี้ สรุปได้ว่า “ผู้ที่ประกาศเอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 ไม่ได้เป็นการกระทำของรัฐบาลปกครองตนเองภายในกรอบโครงสร้างรัฐธรรมนูญ แต่เป็นกลุ่มบุคคลซึ่งกระทำในความสามารถของการเป็นตัวแทนของประชาชนชาวโคโซโวภายนอกกรอบงานชั่วคราว (the framework of the interim administration)”⁹⁸ จะเห็นได้ว่าข้อสรุปของเสียงส่วนใหญ่แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ต่าง ๆ ของผู้กระทำ

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของเซอร์เบียได้ระบุในจดหมาย ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2008 ถึงสำนักเลขาธิการ เพื่อเรียกร้องถึงวาระการประชุมที่ 63 ของสมัชชาในหัวข้อ “เรียกร้องให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีความเห็นเชิงปรึกษาในปัญหาเรื่องคำประกาศเอกราช

⁹⁶ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, p39 , para.108.

⁹⁷ Ibid., p.39, para.109.

“The Court thus arrives at the conclusion that, taking all factors together, the authors of the declaration of independence of 17 February 2008 did not act as one of the Provisional Institutions of Self-Government within the Constitutional Framework, but rather as persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration.”

⁹⁸ Ibid.

ฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่” ซึ่งในบันทึกคำอธิบาย (explanatory memorandum) ที่แนบท้ายจดหมาย ได้กล่าวว่า

“รัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว ซึ่งเป็นจังหวัดหนึ่งของเซอร์เบียซึ่งอยู่ภายใต้การจัดการขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นไปตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ได้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008”⁹⁹

จดหมายฉบับนี้ได้เข้าสู่ระบบเอกสารของสำนักเลขาธิการในวันที่ 22 สิงหาคม 2008 จะเห็นได้ว่ามติของสมัชชาที่ 63/3 ซึ่งรับรองโดยสมัชชาในวันที่ 8 ตุลาคม 2008 รัฐสมาชิกต่าง ๆ ขององค์การสหประชาชาติมีเวลา 7 สัปดาห์ในการพิจารณาข้อเรียกร้องของเซอร์เบียและทำบันทึก (Explanatory memorandum) ไม่มีรัฐสมาชิกใดใน 191 ประเทศ ที่จะหยิบยกประเด็นที่เซอร์เบียได้ระบุว่า “รัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว” เป็นผู้ประกาศเอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008¹⁰⁰

ในวันที่ 1 ตุลาคม 2008 ตัวแทนถาวร (the Permanent Representative) ของอังกฤษ ได้มีจดหมายถึงประธานสมัชชา โดยอ้างถึงวาระการประชุมที่ 71 ว่าด้วยเรื่อง “การร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาล” และร่างข้อมติที่เสนอโดยเซอร์เบีย “ในคำสั่งที่ให้ช่วยเหลือในการพิจารณาหัวข้อนี้ อังกฤษได้บันทึกประเด็นนี้ว่า การเกิดขึ้นของปัญหาซึ่งสมาชิกของสมัชชาอาจปรารถนาที่จะได้รับผลสะท้อนกลับ” แต่ไม่ปรากฏในบันทึก (The note) ถึงประเด็นที่ไม่แน่ชัดว่าการประกาศเอกราชเป็นการรับรองโดยรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งในบันทึกประเด็น (The Note of Issues) ได้ชี้แจงไว้เป็นอันดับแรกว่า

“วาระการประชุมที่เสนอโดยเซอร์เบียที่เรียกร้องให้มีการทำความเข้าใจความเห็นเชิงปรึกษาในปัญหาเรื่องคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวขอด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบของคำถามในร่างข้อมติ ที่ว่า คำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่”

ซึ่งในบันทึกได้แสดงให้เห็นว่า

⁹⁹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Tomka, para 13.

¹⁰⁰ Ibid., para 14.

“อาจจะมีประโยชน์ที่จะรู้ว่าการที่เซอร์เบียค้นหาต่อการเป็นไปยังคงค้างคาเกี่ยวกับความสามารถของรัฐบาลปกครองตนเองของโคโซโว และถ้าเป็นเช่นนั้นก็จะปัญหาเกี่ยวกับความสามารถของโคโซโวในขณะนั้น”¹⁰¹

ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่ารัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว หลังจากการประกาศเอกราชเป็นเวลา 8 เดือน ซึ่งอังกฤษได้พิจารณาแล้วว่าเป็นผู้ประกาศเอกราช ตรงกันข้ามควรจะมีคำถามซึ่งไม่ปรากฏเกี่ยวกับ “ปัญหาเกี่ยวกับความสามารถของสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโว”

คำถามที่มีต่อศาลได้รับการอนุมัติโดยบรรจุอยู่ได้รับการอนุมัติโดยบรรจุอยู่ในร่างข้อมติ ได้แก่ การกล่าวถึงเป็นพิเศษเกี่ยวกับรัฐบาลปกครองตนเอง ซึ่งในร่างข้อมติของสมัชชารัฐมนตรีต่างประเทศของเซอร์เบียได้กล่าวไว้ชัดเจนว่า “รัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวและเมโทอีจาประกาศเอกราชฝ่ายเดียว” ไม่มีคณะผู้แทนที่อภิปรายโต้แย้งในข้อโต้แย้งทำการประกาศเอกราชได้รับรองโดยรัฐบาลปกครองตนเอง ในทางตรงกันข้าม ตัวแทนของอังกฤษกล่าวว่า “สภาผู้แทนโคโซโว” (Kosovo's Assembly) ประกาศเอกราชของโคโซโวตัวแทนของอเมริกาอ้างถึง “การประกาศเอกราชของรัฐบาลปกครองตนเองของโคโซโว” ตัวแทนของฝรั่งเศสกล่าวใน statement ว่า” ในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 สภาผู้แทนโคโซโวได้ประกาศเอกราชเป็นสาธารณรัฐโคโซโว” ในที่สุด สมัชชาได้กล่าวในอารัมภบทที่ 2 ของมติ 63/3 ว่า “ในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 รัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวประกาศเอกราชจากเซอร์เบีย”¹⁰²

สำนักเลขาธิการสหประชาชาติได้ประกาศต่อคณะมนตรีความมั่นคงเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2008 ต่อการพิจารณาสถานการณ์ในโคโซโวในแง่ของการประกาศเอกราชว่า

“ตัวแทนพิเศษ (Special Representative) ในโคโซโวได้ส่งข่าวแก่สำนักเลขาธิการว่า สภาผู้แทนของโคโซโวโดยรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราว ได้ถือเอวาระการประชุมในระหว่างนี้เป็นการรับรองการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ซึ่งประกาศว่าโคโซโวมีเอกราชและเป็นรัฐอธิปไตย”

¹⁰¹ Ibid., para15.

¹⁰² Ibid., para16.

ซึ่งเขาได้กล่าวเหมือนกันนี้ในรายงานฉบับแรกของ UNMIK ซึ่งเสนอต่อคณะมนตรีความมั่นคงหลังจากมีการประกาศเอกราชว่า “ในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 สภาผู้แทนของโคโซโวได้ถือเอาวาระการประชุมเป็นการประกาศว่าโคโซโวเป็นเอกราชและเป็นรัฐอธิปไตย”¹⁰³

ผู้ที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับความสามารถของผู้ที่ประกาศเอกราชนั้นคือนายกรัฐมนตรีของโคโซโว ซึ่งเขาได้กล่าวในแถลงการณ์ (Statement) ในช่วงแรกของข้อความในการประกาศเอกราช ว่า

“ประธานาธิบดีของโคโซโวและข้าพเจ้าในฐานะนายกรัฐมนตรีของโคโซโวมีคำเชิญอย่างเป็นทางการต่อนาย Krasniqi ประธานสภาผู้แทน ในการเรียกให้เปิดประชุมพิเศษ 2 วาระด้วยกัน โดยแบ่งเป็น 2 วาระการประชุม คือ 1. การประกาศเอกราชโคโซโว และ 2. ทำพิธีมอบสัญลักษณ์ประเทศแก่โคโซโว”¹⁰⁴

เสียงส่วนใหญ่ยอมรับว่าประธานสภาของโคโซโวและนายกรัฐมนตรีของโคโซโวได้อ้างถึงสภาผู้แทนของโคโซโวและรัฐธรรมนูญโครงร่าง¹⁰⁵ ซึ่งเป็นการขัดกันที่ได้กล่าวไว้ว่า ผู้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้กระทำการในฐานะตัวแทนของประชาชนชาวโคโซโวซึ่งอยู่นอกเหนือกรอบงานการบริหารจัดการชั่วคราว¹⁰⁶ เช่นนั้น สมาชิกของสภาผู้แทนหรือประธานาธิบดีไม่ใช่ตัวแทนของประชาชนชาวโคโซโวหรืออย่างไร ซึ่งจะพบว่านายกรัฐมนตรีกล่าวถึงรัฐธรรมนูญโครงร่างของโคโซโวว่าพวกเขาปรารถนาที่จะกระทำการที่เกี่ยวข้องในกรอบของรัฐธรรมนูญโครงร่างและไม่ได้อยู่ภายนอกกรอบนั้นเลยอย่างเสียงส่วนใหญ่ยืนยัน¹⁰⁷

เสียงส่วนใหญ่ต้องการค้นหา “เอกลักษณ์ (Identity) ของผู้ประกาศเอกราช ซึ่งความจริงแล้วไม่มีความจำเป็นที่จะต้องค้นหา ทั้งนี้เนื่องจากเป็นที่รู้กันดีถึงเอกลักษณ์ของผู้

¹⁰³ Ibid., Para17.

¹⁰⁴ Ibid., Para18.

¹⁰⁵ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, para104.

¹⁰⁶ Ibid., para 109.

¹⁰⁷ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Tomka, para 19.

ประกาศเอกราช ซึ่งพิจารณาจากเอกสารการประชุมพิเศษของสภาโคโซโว¹⁰⁸ โดยประธานสภาผู้แทนของโคโซโวมียุทธศาสตร์สูงสุดในการประชุมและการลงคะแนนเสียงในเรื่องการประกาศเอกราช ซึ่งได้มีการประกาศผลดังนี้

“จากการลงคะแนนเสียงเห็นด้วยของสมาชิกสภาโคโซโวทั้งหมด ในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 มีความชัดเจนว่าความปรารถนาของพวกเขาและความปรารถนาของประชาชนชาวโคโซโว สำหรับเอกราชของโคโซโว อำนาจอธิปไตย และความเป็นรัฐเอกราช”¹⁰⁹

ผู้ที่ลงนามในคำประกาศมีการเชิญให้ลงนามในฐานะสมาชิกของสภาโคโซโวหรือในฐานะของประธานของสภา¹¹⁰ โดยพวกเขาได้ลงนามในคำประกาศเอกราชเสมือนเป็นสมาชิกสภา ซึ่งก็เท่ากับว่าเป็นการยืนยันโดยชัดแจ้งบนคำประกาศฉบับจริงในภาษาแอลบانيا¹¹¹ ดังนั้นการยืนยันของเสียงส่วนใหญ่ในความเห็นเชิงปรึกษาของศาลที่ว่า “ไม่มีส่วนไหนในคำประกาศต้นฉบับภาษาแอลบانياที่อ้างถึงการประกาศว่าทำโดยสภาโคโซโว” ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ไม่ได้เป็นการเพิ่มความน่าเชื่อถือต่อความคิดที่เสียงส่วนใหญ่สร้างขึ้นมา สภาโคโซโว ประกอบด้วยสมาชิกสภา ประธานาธิบดี และนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้ารัฐบาล ก่อตั้งขึ้นโดยสถาบันรัฐปกครองตนเองชั่วคราว (the Provisional Institutions of Self-Government) ในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 และพวกเขาได้ประกาศเอกราช จึงเป็นปัญหาและประเด็นนี้ก็นำมาสู่การร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาลโดยสมัชชา จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะปรับเปลี่ยนคำถามและหัวข้อโดยศาล¹¹²

ผู้พิพากษา *Bennouna* ไม่เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ มีความเห็นว่า ในคดีนี้ จึงไม่สามารถสนับสนุนการตีความของศาลที่ว่า การนิ่งเงียบ (silence) ของ SRSG เป็นการยืนยันว่าการประกาศเอกราชชั่วคราวไม่ได้ทำไปภายใต้กรอบงานของสภาโคโซโวในรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราว การตีความของการนิ่ง (silence) ในกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีต่าง ๆ การนิ่งเงียบ

¹⁰⁸ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Contribution of the Republic of Kosovo, 17 July 2009, pp.238-245.

¹⁰⁹ Ibid., p. 238.

¹¹⁰ Ibid., pp.239-245.

¹¹¹ Ibid., pp.207-209.

¹¹² Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Tomka, para 21.

จะต้องตีความโดยอ้างถึงความสมบูรณ์ของบริบทโดยตรงและภูมิหลังของเรื่องนั้น ๆ ทั้งนี้ การหยุดชะงักขององค์การในองค์การสหประชาชาติในระหว่างกระบวนการตัดสินใจต่อสถานะในอนาคตของโคโซโวไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้องในการสรุปว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่มีมาก่อนหน้านี้ไม่เป็นไปตามนัยยะกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งควรจะได้รับทำที่ในการอนุญาตถึงความยินยอมซึ่งในความเป็นจริง เหตุผลที่ SRSG ไม่มีการกระทำก็ใช้ว่าจะเป็นการพิจารณาว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เพราะไม่สามารถตัดสินใจถึงพัฒนาการของกระบวนการตัดสินใจเกี่ยวกับอนาคตของโคโซโว¹¹³

UNMIK ได้รับรองรัฐธรรมนูญโครงร่างและก่อตั้งการบริหารจัดการชั่วคราวบนพื้นฐานของคำสั่งที่ได้รับจากคณะมนตรีความมั่นคงในข้อมติที่ 1244 การละเมิดรัฐธรรมนูญโครงร่างมีส่วนเกี่ยวข้องพร้อมกับการละเมิดข้อมติที่ 1244 ข้อผูกมัดรัฐต่าง ๆ และต่อการกระทำที่ไม่ใช่รัฐ (non-state actors) ในโคโซโว เป็นผลให้ดินแดนที่เป็นพื้นที่ภายใต้การจัดการขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งในกรณีนี้ ยากมากที่จะเห็นว่าศาลสามารถที่จะค้นหาว่า ข้อมติ 1244 ไม่ให้ห้ามผู้ประกาศเอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2008 จากประเด็นการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวจากเซอร์เบีย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการห้าม อย่างน้อย 2 ประเด็นด้วยกัน เพราะการประกาศเอกราชไม่ใช่ภายในรัฐธรรมนูญโครงร่างซึ่งก่อตั้งให้เป็นไปตามคำสั่งที่ให้ไว้ต่อ UNMIK ในข้อมติที่ 1244 และเพราะคำประกาศเป็นการกระทำฝ่ายเดียว ในขณะที่ สถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวจะต้องอนุมัติโดยคณะมนตรีความมั่นคง¹¹⁴ ในที่สุด ถ้าคาดว่าคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยผู้ประกาศเอกราชอ้างว่าเป็นตัวแทนของประชาชนชาวโคโซโวนั้น เป็นไปได้หรือไม่ว่าการกระทำนี้เป็นการละเมิดคำสั่งทางกฎหมายซึ่งก่อตั้งโดย UNMIK ภายใต้รัฐธรรมนูญโครงร่าง ซึ่งพลเมืองของโคโซโวลสนับสนุนการกระทำนี้

ศาลตอบแต่ว่า การรับรองคำประกาศเอกราชนั้น ผู้ประกาศไม่ผูกมัดโดยรัฐธรรมนูญโครงร่างและคำประกาศเอกราชไม่ใช่การกระทำที่มีเจตจำนงต่อผลภายในคำสั่งทางกฎหมายที่วางไว้ในพื้นที่นี้โดยองค์การสหประชาชาติ แต่อะไรคือสิ่งที่คำสั่งทางกฎหมายควบคุมบุคคลผู้ประกาศเอกราชและการประกาศโดยตัวมันเองหรือไม่ มันไม่ใช่ในหลาย ๆ กรณีคำสั่งทางกฎหมายของเซอร์เบียไม่ใช่ว่าเป็นรัฐอธิปไตยใหม่ และไม่เป็นส่วนหนึ่งของสถาบันปกครองตนเอง

¹¹³ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Bennouna, para 60.

¹¹⁴ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Bennouna, para 62.

ชั่วคราว ไม่ใช่ข้อยกเว้นแก่ผู้ประกาศเอกราชจากคำสั่งทางกฎหมายที่ก่อตั้งโดย UNMIK regulation 1999/1 ซึ่งกำหนดว่า “ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจบริหารในโคโซโว รวมทั้งการบริหารงานยุติธรรม ให้เป็นหน้าที่ของ UNMIK และใช้อำนาจนี้โดย SRSG” ซึ่งหมายความว่าทุกส่วนในโคโซโวอยู่ภายใต้เงื่อนไขของอำนาจและจะต้องทำตามระบอบของรัฐบาลปกครองซึ่งก่อตั้งโดยองค์การสหประชาชาติ ด้วยเหตุนี้ จึงไม่ใช่เรื่องที่ว่า ไซหรือไมที่ผู้ประกาศเอกราชเป็นสมาชิกของสภาโคโซโว เพราะไม่ว่าอะไรจะเกิดขึ้นก็ตาม พวกเขามอบอำนาจต่อการรับรองคำประกาศว่าละเมิดรัฐธรรมนูญโครงสร้างและข้อมติ 1244 ซึ่งสวนทางต่อระบอบกฎหมายสำหรับการบริหารจัดการโคโซโวที่ก่อตั้งโดยองค์การสหประชาชาติ¹¹⁵

ศาลลดความสำคัญของวัตถุประสงค์และขอบเขตของความเห็นเชิงปรึกษา ตั้งแต่การจำกัดคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่แยกออกจากผลทางกฎหมาย ซึ่งอะไรที่อ้างได้ว่าบุคคลที่อ้างว่าเป็นตัวแทนของประชาชนไม่ได้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ การร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาโดยสมัชชานี้เป็นกรกระทำภายในหน้าที่ของตนเองหรือไม่ สิ่งที่เหลืออยู่คือสิ่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ ถ้าความเห็นเชิงปรึกษาจะใช้ประโยชน์สำหรับการสิ้นสุดทางการเมือง ผลของความช่วยเหลือของศาลต่อสมัชชา ซึ่งปรากฏออกมาทำให้ไม่สำคัญและเหตุผลอื่น ๆ ว่าทำไมศาลควรจะมีการใช้ดุลพินิจในการงดเว้นจากการยอมรับต่อข้อเรียกร้องสำหรับความเห็นเชิงปรึกษา¹¹⁶

คำวินิจฉัยของศาลได้ตีความข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ซึ่งถือว่าเป็นข้อมติที่มีความสำคัญมากในสถานการณ์ของโคโซโว ซึ่งจากการวินิจฉัยก็พบว่าข้อมติ 1244 ไม่ได้ห้ามการประกาศเอกราช และการประกาศเอกราชก็ไม่ได้ขัดกับโครงสร้างรัฐธรรมนูญของโคโซโวที่สร้างขึ้นภายใต้ข้อมตินี้ ดังนั้น ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงจึงมีส่วนสำคัญในการวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งในอดีตคณะมนตรีความมั่นคงก็มีแนวปฏิบัติในเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

จากการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวว่าไม่ขัดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) รวมทั้งโครงสร้างรัฐธรรมนูญของโคโซโวที่ก่อตั้งโดยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง โดยสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

¹¹⁵ Ibid., para 64.

¹¹⁶ Ibid., para65-67.

ตารางที่ 10 สรุปคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999)

ประเด็นปัญหา	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
<p>ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวหรือไม่</p>	<p>วัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของข้อมติก็น่าจะชัดเจนแล้วว่าเป็นการก่อตั้งระบอบกฎหมายพิเศษเป็นการชั่วคราวในโคโซโว โดยปราศจากการกำหนดถึงสถานะสุดท้ายของโคโซโวว่า จะต้องเป็นเช่นไร ศาลจึงวินิจฉัยว่า ข้อมติที่ 1244 (1999) ไม่ได้ห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว</p>	<p>ข้อมติที่ 1244 ได้กำหนดว่า การแก้ปัญหาทางการเมืองในวิกฤติการณ์ของโคโซโว โดยจะต้องเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของยูโกสลาเวีย อีกทั้ง การแก้ปัญหาต่าง ๆ โดยการกระทำฝ่ายเดียวหรือผลจากการใช้กำลังจะไม่ได้รับการยอมรับ และการตัดสินใจขั้นสุดท้ายในสถานะของโคโซโวควรจะได้รับการสนับสนุนจากคณะมนตรีความมั่นคง ดังนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงขัดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999)</p>
<p>ผู้ที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวกระทำการละเมิดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) และโครงสร้างรัฐธรรมนูญหรือไม่</p>	<p>ผู้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่ได้กระทำการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวภายใต้อำนาจที่ได้รับในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งในสถาบันปกครองตนเองชั่วคราว แต่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนี้เป็นการกระทำภายใต้ความสามารถของการเป็นตัวแทนของประชาชนชาวโคโซโวภายนอกกรอบงานบริหารจัดการภายในโคโซโว (Framework of the interim administration) จึง</p>	<p>คำสั่งทางกฎหมายที่ก่อตั้งโดย UNMIK regulation 1999/1 ซึ่งกำหนดว่าทุกส่วนในโคโซโวอยู่ภายใต้เงื่อนไขของอำนาจและจะต้องทำตามระบอบของรัฐบาลปกครองซึ่งก่อตั้งโดยองค์การสหประชาชาติ ด้วยเหตุนี้จึงไม่ใช่เรื่องที่ว่า ใช่หรือไม่ที่ผู้ประกาศเอกราชเป็นสมาชิกของสภาโคโซโว เพราะไม่ว่าอะไรจะเกิดขึ้นก็ตาม พวกเขาขออำนาจต่อการรับรองคำประกาศว่าละเมิดรัฐธรรมนูญโครงสร้างและข้อมติ 1244 ซึ่งสวนทางต่อ</p>

ประเด็นปัญหา	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
	ไม่ขัดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) และโครงสร้างรัฐธรรมนูญ	ระบอบกฎหมายสำหรับการบริหารจัดการโคโซโวที่ก่อตั้งโดยองค์การสหประชาชาติ

หลังจากที่ได้วิเคราะห์ถึงคำคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว โดยศาลวิเคราะห์จากกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป รวมทั้งข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) ซึ่งเป็นข้อมติที่ก่อตั้งโครงสร้างรัฐธรรมนูญของโคโซโว ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าการประกาศเอกราชไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และถึงแม้ว่าคำตัดสินของศาลจะแคบไปเนื่องจากจำกัดขอบเขตในการวินิจฉัยมากจนเกินไป แต่ก็ทำให้เห็นว่าแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงมีความสำคัญในเรื่องของปัญหาที่เกี่ยวกับสถานะของดินแดน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีของโคโซโวซึ่งถือว่าเป็นกรณีพิเศษที่อยู่นอกเหนือบริบทอาณานิคม อีกทั้งคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเองก็มีข้อมติเกี่ยวกับสถานการณ์นี้ออกมาเรื่อย ๆ อย่างข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่มีต่อสถานการณ์โคโซโวถึงแม้ว่าจะเกี่ยวกับปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนใหญ่แต่ก็ทำให้เกิดความชัดเจนถึงสิทธิของโคโซโวว่ามีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญในการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราช ในส่วนของคณะมนตรีความมั่นคงย่อมมีส่วนสำคัญในสถานการณ์ครั้งนี้ถึงแม้ว่าข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 (1999) อาจกำกวมและไม่ชัดเจนนักเกี่ยวกับปัญหาเรื่องสถานะที่ควรจะเป็นของโคโซโว แต่ก็ถือได้ว่าเป็นการวางแนวทางในการปกครองตนเองแก่โคโซโว ซึ่งก็เป็นการยืนยันถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเองของโคโซโวด้วยเช่นกัน และการที่โคโซโวมีรัฐบาลปกครองตนเองที่มาจากประชาชนภายใต้ระบอบประชาธิปไตย โดยรัฐบาลปกครองตนเองนี้มีความประสิทธิภาพเพียงพอที่จะบริหารจัดการประเทศ และสืบเนื่องจากสถานการณ์ความโหดร้ายระหว่างโคโซโวและเซอร์เบียที่มีมาตั้งแต่อดีต อีกทั้ง ความพยายามในการเจรจาเพื่อหาข้อยุติในเรื่องสถานะของโคโซโวที่ล้มเหลวมาตลอด จนทำให้ผู้นำมาต้องประกาศเอกราชตามความปรารถนาของประชาชนในโคโซโวนั้นเอง และจากแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่ที่ผ่านมามาดูจะเห็นได้ว่าจะมีข้อมติดอกมาประกาศถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำประกาศนั้น แต่ในกรณีของโคโซโวไม่มี จึงถือว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ในบทต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์ถึงบทเรียนจากกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวหลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยออกมาว่ามีผลต่อกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเอง หลักกฎหมายเรื่ององค์ประกอบความเป็นรัฐ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองรัฐ รวมถึงบทบาทของประชาคมโลกที่มีต่อกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวรวมทั้งจะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

บทที่ 5

บทวิเคราะห์การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในบทนี้จะทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ตลอดจน บทเรียนในกรณีการประกาศเอกราชของโคโซโวต่อกฎหมายระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคง และสมัชชาใหญ่ เกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว รวมไปถึงท่าทีของประชาคมระหว่างประเทศ อันจะทำให้เกิดความกระจ่างถึงสถานะการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

5.1 คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ในเรื่องเขตอำนาจศาล ศาลยืนยันว่า การร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาไม่ใช่ “คำแนะนำ” (Recommendation) ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจของสมัชชาภายใต้มาตรา 12(1) ของกฎบัตรสหประชาชาติ และการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษานี้ก็เป็นกรรร้องขอในปัญหาข้อกฎหมาย โดยในการใช้ดุลยพินิจของศาลต่อการใช้เขตอำนาจนี้ ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งต่าง ๆ โดยอธิบายไว้ดังนี้

1. ในส่วนของแรงผลักดันของรัฐต่าง ๆ ที่สนับสนุนให้เกิดการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาไม่มีความเกี่ยวข้องกัน¹
2. ผลประโยชน์ที่ได้รับจากความเห็นเชิงปรึกษาต่อองค์กรที่ร้องขอความเห็น หรือผลร้ายทางการเมืองที่อาจมาจากความเห็นเชิงปรึกษาก็ไม่ใช่สิ่งที่ศาลจะต้องตัดสิน²
3. ข้อเท็จจริงในสถานการณ์นี้อยู่ภายใต้การกระทำของคณะมนตรีความมั่นคง โดยการตอบคำถามของศาลต่อการตีความและการปรับใช้ของมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ยังไม่เพียงพอสำหรับ compelling reasons ในการที่ศาลจะปฏิเสธคำถามของสมัชชามากไปกว่าการถามโดยคณะมนตรีความมั่นคง³

¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, para 33.

² Ibid., para 34-35.

³ Ibid., para 36-48.

ศาลได้กำหนดว่าปัญหาในเรื่องการประกาศเอกราชนี้เป็นไปตาม (In accordance with) กฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ เป็นการร้องขอให้ตรวจสอบเพียงว่าปัญหาการประกาศเอกราชเป็นการละเมิดต่อ (in violation of) กฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่⁴ โดยศาลได้กำหนด 2 ขอบเขตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณา ได้แก่ หลักบูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial Integrity) ในกฎหมายทั่วไป และข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 รวมถึงรัฐธรรมนูญโครงร่างที่รับรองโดย UNMIK ซึ่งเป็นการกระทำภายใต้ข้อมติ 1244⁵

โดยในเรื่องหลักบูรณภาพแห่งดินแดน ศาลกล่าวว่า หลักบูรณภาพแห่งดินแดนไม่ได้เป็นหลักในการห้ามการประกาศเอกราชในกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อผูกพันทางกฎหมายในการเคารพต่อหลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นเรื่องของรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงตัวการกระทำที่ไม่ใช่รัฐ (Non state actors)⁶ โดยศาลได้สรุปว่า กฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักบูรณภาพแห่งดินแดนไม่อาจนำมาปรับใช้ในกรณีนี้ อันจะนำมาสู่การละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้ กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้จึงไม่ถูกละเมิด อีกทั้งยังไม่มีกฎหมายใดห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวด้วย⁷

ต่อมาในเรื่องข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 และรัฐธรรมนูญโครงร่างที่สร้างขึ้นภายใต้ข้อมตินี้ ศาลได้กล่าวถึงประเด็นนี้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกรอบข้อกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal framework) ซึ่งต้องมีการตรวจสอบในส่วนของความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราช⁸ โดยศาลถือว่าผู้ที่ประกาศเอกราชไม่ได้กระทำภายใต้ความสามารถในฐานะที่เป็น Assembly ของ PISG ซึ่งมีความหมายรวมอยู่ในคำถามที่ถามขึ้นโดยสมัชชา⁹ และระบอบชั่วคราว (interim regime) ในโคโซโวที่ก่อตั้งขึ้นโดยมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 ไม่ได้กำหนดถึงสถานะขั้นสุดท้ายที่โคโซโวควรจะเป็น¹⁰ อีกทั้งไม่มีส่วนใดในข้อมติที่เป็นการห้ามการประกาศเอกราช และในส่วนของรัฐธรรมนูญโครงร่างก็ไม่มีไปจำกัดอำนาจของผู้ที่

⁴ Ibid., para 56.

⁵ Ibid., para 57.

⁶ Ibid., para 80.

⁷ Ibid., para 84.

⁸ Ibid., para 93.

⁹ Ibid., para 109.

¹⁰ Ibid., para 114.

ประกาศเอกราช¹¹ ดังนั้น การประกาศเอกราชจึงไม่ได้ละเมิดต่อข้อมติที่ 1244 หรือต่อรัฐธรรมนูญ
โครงร่าง

ตารางที่ 11 สรุปคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการทำความเข้าใจเห็นเชิง

ปรึกษากรณีการ ประกาศ เอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

ประเด็นปัญหา	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
<p>เขตอำนาจในการให้ ความเห็นเชิง ปรึกษา</p>	<p>สมัชชาใหญ่ได้ออกข้อมติในสถานการณ์ของโคโซโวหลายฉบับด้วยกันเกี่ยวกับสถานการณ์ในโคโซโว และการที่คณะกรรมการความมั่นคงมีความรับผิดชอบหลักในสถานการณ์นี้ก็ได้เป็นการกีดกันสมัชชาใหญ่ในการอภิปรายภายในขอบเขตของปัญหาในเรื่องสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ อีกทั้ง ศาลไม่ได้มีหน้าที่ประเมินถึงผลประโยชน์ของการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาของสมัชชาใหญ่ ศาลจึงไม่มีเหตุผลที่จะปฏิเสธการให้ความเห็นเชิงปรึกษา</p>	<p>สมัชชาใหญ่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องในสถานการณ์นี้ และไม่มีผลประโยชน์ที่เพียงพอที่จะเรียกร้องให้ศาลทำความเข้าใจเห็นเชิงปรึกษา โดยในสถานการณ์ของโคโซโวเป็นความรับผิดชอบหลักของคณะกรรมการความมั่นคง ซึ่งจะเป็นการเหมาะสมมากกว่าหากคณะกรรมการความมั่นคงจะร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาล</p>

¹¹ Ibid., para 121.

ประเด็นปัญหา	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
<p>ขอบเขตและความหมายของปัญหาที่ถามต่อศาล</p>	<p>คำถามของสมัชชาที่มีต่อศาลเป็นคำถามที่ชัดเจนแล้ว โดยศาลพิจารณา 2 ประเด็น คือ การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวและลักษณะของผู้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเพื่อวินิจฉัยว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งแม้ว่าคำถามของสมัชชาจะไม่ได้กล่าวถึงลักษณะของผู้ประกาศเอกราช แต่ศาลก็มีอิสระในการพิจารณาข้อมูลทั้งหมดเพื่อวินิจฉัย</p>	<p>คำถามของสมัชชาใหญ่ไม่ได้ถามถึงลักษณะของผู้ประกาศเอกราช ศาลจึงไม่ควรขยายขอบเขตของคำถาม ซึ่งจะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายในการถามปัญหาของสมัชชาใหญ่ ซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายต่อความเป็นกลางของศาลได้ อีกทั้งการขาดไปซึ่งผลประโยชน์ของสมัชชาใหญ่ในการร้องขอความเห็นจากศาล ทำให้ศาลควรใช้ดุลยพินิจในการปฏิเสธการให้ความเห็นเชิงปรึกษา</p>
<p>หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว</p>	<p>หลักบรรณภาพแห่งดินแดนมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้รัฐต่าง ๆ งดเว้นจากการใช้กำลัง รุกรานต่อบรรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอื่น ๆ โดยหลักนี้เป็นหลักการที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ แต่ไม่ได้ใช้ในกรณีของรัฐกับองค์ภาวะหนึ่งภายในรัฐ อีกทั้ง หากการประกาศเอกราชของโคโซโวไม่ชอบด้วยกฎหมาย คณะมนตรีความมั่นคงจะมีข้อมติประณามการกระทำนั้นเหมือนกรณีต่าง ๆ ในอดีต แต่ในกรณีของโคโซโวลกลับไม่มีข้อมติเช่นนั้น ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ได้ห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว</p>	<p>ตามหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ และข้อมติสมัชชาที่ 2526 ต่างยืนยันถึงการงดเว้นจากการทำลายบรรณภาพแห่งดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยของรัฐ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งเป็นการยืนยันว่าหลักอำนาจอธิปไตยและหลักบรรณภาพแห่งดินแดนอยู่เหนือหลักกำหนดใจตนเอง</p>

ประเด็นปัญหา	คำวินิจฉัยของศาล	ความเห็นแย้ง
<p>การตีความข้อ มติที่ 1244 และกรอบ โครงสร้าง รัฐธรรมนูญ</p>	<p>ข้อมติที่ 1244 มีวัตถุประสงค์และเป้าหมายเป็นการก่อตั้งระบอบกฎหมายพิเศษภายในโคโซโวเป็นการชั่วคราว ส่วนโครงสร้างรัฐธรรมนูญซึ่งก่อตั้งโดย UNMIK ตามข้อมติที่ 1244 ดังนั้น กรอบโครงสร้างรัฐธรรมนูญจึงมาจากความผูกพันทางกฎหมายซึ่งเป็นผลจากข้อมติที่ 1244 จึงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งไม่มีส่วนใดในข้อมติที่ 1244 ที่เป็นการห้ามการประกาศเอกราชของโคโซโว</p>	<p>ข้อมติที่ 1244 ได้กล่าวถึงกระบวนการสำหรับการกำหนดสถานะขั้นสุดท้ายของโคโซโวว่า การแก้ปัญหาต่าง ๆ โดยการกระทำฝ่ายเดียวหรือผลจากการใช้กำลังจะไม่ได้รับการยอมรับและการตัดสินใจขั้นสุดท้ายในสถานะของโคโซโวควรจะได้รับ การสนับสนุนจากคณะมนตรีความมั่นคง การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่สอดคล้องกับข้อมติที่ 1244 ซึ่งกำหนดว่าการยุติปัญหาความขัดแย้งในเรื่องสถานะขั้นสุดท้ายต้องมาจากการเจรจาทั้งสองฝ่าย</p>
<p>ลักษณะของผู้ ประกาศเอกราช</p>	<p>คำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่ใช่การกระทำของรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราวของโคโซโวภายใต้กรอบโครงสร้างรัฐธรรมนูญ หากแต่ประกาศโดยคณะบุคคลที่กระทำการในนามของตัวแทนของประชาชนชาวโคโซวีนอกกรอบงานชั่วคราว การประกาศเอกราชจึงไม่ได้เป็นการละเมิดกรอบโครงสร้างรัฐธรรมนูญ</p>	<p>รายงานต่าง ๆ หลังจากการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวต่างก็เข้าใจว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นผลจากการกระทำของสภาภายใต้รัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราว ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดย SRSG ภายใต้ข้อมติที่ 1244 ดังนั้น การประกาศเอกราชจึงขัดต่อกรอบโครงสร้างรัฐธรรมนูญ และขัดต่อข้อมติที่ 1244</p>

จากคำวินิจฉัยของศาลทั้งหมดจะเห็นได้ว่า ไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว นั่นก็หมายความว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในการพิจารณาของศาลจะเห็นได้ว่า ในส่วนการพิจารณาประเด็นกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ศาลยกหลักกฎหมายเพียงหลักบูรณภาพแห่งดินแดนขึ้นมาวิเคราะห์ความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของโคโซโวเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่ในเรื่องของการเกิดขึ้นของรัฐใหม่มีหลักกฎหมายที่สำคัญที่ต้องนำมาใช้ในการวินิจฉัยหลายเรื่องด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นรัฐ หลักการรับรองความเป็นรัฐ และที่สำคัญคือหลักในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่มีข้อความชัดเจนเกี่ยวกับหลักในการกำหนดใจตนเองนอกบริบทอาณานิคม โดยเฉพาะการใช้หลักในการกำหนดใจตนเองอันนำมาสู่การแยกตัวเป็นรัฐใหม่ จึงเป็นที่น่าเสียดายที่ศาลปฏิเสธที่จะวินิจฉัยหลักกฎหมายเหล่านี้ แต่โดยรวมแม้ความเห็นเชิงปรีกษาจะมีขอบเขตการวินิจฉัยที่แคบไปบ้าง แต่เมื่อประกอบกับการวินิจฉัยในส่วนของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงก็ทำให้เกิดความชัดเจนในระดับหนึ่งเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ

ต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์ผลที่ได้จากคำวินิจฉัยของศาลในกรณีนี้กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องหลักในการกำหนดใจตนเอง หลักความเป็นรัฐ การรับรองรัฐ รวมไปถึงบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

5.2 บทเรียนจากกรณีโคโซโวต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการศึกษาความเห็นเชิงปรีกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และแม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่ได้วินิจฉัยถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ แต่หากนำกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวมาศึกษาเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น หลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความเป็นรัฐ สิทธิในการกำหนดใจตนเอง และการรับรองรัฐ รวมทั้งศึกษาควบคู่ไปกับแนวปฏิบัติของสหประชาชาติ ก็จะทำให้เกิดความกระจ่างในส่วนของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกรณีของโคโซโวถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศยิ่งขึ้น รวมไปถึงทำให้เห็นแนวโน้มของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งต่อไปจะเป็นการศึกษาในส่วนของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ

5.2.1 สิทธิในการกำหนดใจตนเอง

ในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีพัฒนาการมาจากการปลดปล่อยอาณานิคมในอดีต ดังนั้น ในบริบทอาณานิคม ดินแดนที่ตกอยู่ภายใต้อาณานิคมทำให้ประชาชนมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองและสามารถประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้ แต่ในปัจจุบันมีการยอมรับสิทธิในการกำหนดใจตนเองมากขึ้นจนพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักการกำหนดใจตนเองปรากฏในตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ หลายฉบับซึ่งต่างก็ยืนยันว่ารัฐ ๆ ต่างจะต้องเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชนในรัฐ

ในบริบทที่ไม่ใช่อาณานิคมยังไม่มี ความชัดเจนว่าประชาชนในรัฐที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองสามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อแยกตัวจากรัฐแม่และประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้หรือไม่ เมื่อเกิดกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวซึ่งอยู่นอกบริบทของอาณานิคมจึงเห็นควรนำมาศึกษาเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวกับสิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อทำให้เกิดความกระจ่างต่อไป

5.2.1.1 สิทธิในการกำหนดใจตนเองกับหลักบูรณภาพแห่งดินแดน

ความขัดแย้งระหว่างหลักในการกำหนดใจตนเองกับหลักบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นประเด็นหลักในปัญหาเรื่องความเป็นรัฐของโคโซโว ภายในวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ศาลได้มีความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยพิจารณาว่าโคโซโวมี่ความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศในการอ้างสิทธิที่จะแยกตัวออกจากเซอร์เบียและเป็นรัฐเอกราช โดยในการวินิจฉัยของศาลควรตัดสินในขอบเขตของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งอยู่นอกบริบทอาณานิคมนั้น สิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นสิทธิที่มอบให้แก่ กลุ่มชนหนึ่ง (a people) เพื่อเป็นเอกราช และนำมาสู่การยุติระบอบอาณานิคมหรือการยึดครองจากต่างชาติ¹²

ในกรณีของโคโซโวพบว่าไม่มีการยึดครองจากต่างชาติหรือตกอยู่ภายใต้ระบอบอาณานิคม ดังนั้น ในกรณีของโคโซโวจึงเป็นการวิเคราะห์เรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองโดยเป็นการปรับใช้กับการปกครองที่โหดร้าย (Oppressed) ต่อชนกลุ่มน้อย (Minority) ภายในรัฐ ซึ่งในการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเสียงส่วนใหญ่ของศาลปฏิเสธที่จะวินิจฉัยว่าสถานการณ์ในโคโซโวสามารถนำหลักกำหนดใจตนเองมาปรับใช้อย่างชัดเจน หรือสิทธิในการเยียวยาโดยการแบ่งแยกดินแดน (Right to remedial secession) โดยอยู่บนพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ เสียงส่วนใหญ่ของศาลจึงไม่เพิ่มประเด็นเรื่อง

¹² Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R.217, para.131.

สิทธิในการกำหนดใจตนเองและการแบ่งแยกดินแดนในการวินิจฉัย ซึ่งควรจะมีการปรับใช้
บริบทหลังยุคอาณานิคม¹³

หลักบูรณภาพแห่งดินแดนจึงไม่ควรนำมาใช้เพื่อยกเว้นโทษของรัฐที่กระทำการ
ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งรัฐมีพันธกรณีโดยพื้นฐานในการเคารพต่อสิทธิของประชาชน
ที่มีความหลากหลายทางเชื้อชาติภายในรัฐของตน¹⁴ รัฐควรจะเคารพต่อกลุ่มคนในรัฐ ซึ่งหากรัฐใช้
อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างต่อหมู่ชนหนึ่ง (a people) ภายในรัฐ จะทำให้รัฐสูญเสีย
สิทธิตามกฎหมายในการอ้างถึงหลักบูรณภาพแห่งดินแดนได้¹⁵ กฎหมายเรื่องสิทธิมนุษยชน
ระหว่างประเทศเองก็ไม่อนุญาตให้มีการละเมิดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรงโดยอ้างหลักบูรณภาพ
แห่งดินแดน ในปัจจุบัน ถ้าหากรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศก็จะทำให้ขาดความชอบ
ธรรมในการอ้างสิทธิตามกฎหมาย โดยเฉพาะการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อหลักในการกำหนดใจ
ตนเองก็ไม่สามารถที่จะอ้างหลักบูรณภาพแห่งดินแดนเพื่อปกป้องรัฐได้¹⁶ แต่กฎหมายระหว่าง
ประเทศเองก็ไม่ได้มีความชัดเจนถึงผลลัพธ์หรือการใช้สิทธิในการเยียวยาถ้าหากเกิดกรณีที่รัฐปฏิเสธ
ต่อการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองและความเสมอภาคของชนกลุ่มหนึ่ง (a people) ภายในรัฐ¹⁷

จากการที่สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 1514(xv) ซึ่งต่อมากลายเป็น
ปฏิญญาการให้เอกราชแห่งดินแดนอาณานิคม (Declaration on the Granting of
Independence to Colonial Countries and people) โดยในปฏิญญานี้ได้ประกาศว่า การ
ครอบงำ แสวงหาประโยชน์ และการตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของต่างชาติเป็นการละเมิดต่อสิทธิ

¹³ Evan M. Brewer, "To break free from tyranny and oppression: Proposing a model for a remedial right to secession in the wake of the Kosovo advisory opinion," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (January 2012): 248.

¹⁴ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Cancado Trindade, para.199.

¹⁵ Ibid., para 205.

¹⁶ Evan M. Brewer, "To break free from tyranny and oppression: Proposing a model for a remedial right to secession in the wake of the Kosovo advisory opinion," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (January 2012): 250.

¹⁷ James Crawford, *The Creation of States in international Law* (New York : Oxford University Press, 2006),p.118

มนุษยชนของชนกลุ่มหนึ่ง (a people)¹⁸ ซึ่งกลุ่มชน (a people) มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองโดยมีสิทธิในการเลือกตัดสินใจอย่างอิสระต่อสถานะทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม¹⁹ และในการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองนี้ กลุ่มชน (a people) ต้องไม่ทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ²⁰ ดังนั้น ปฏิญญาการให้เอกราชแห่งดินแดนอาณานิคมจึงอยู่บนพื้นฐานของการเคารพต่อหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ²¹ รูปแบบของสิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงเป็นการจำกัดอยู่ในบริบทของอาณานิคมและการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองต้องรักษาไว้ซึ่งบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐด้วย จึงไม่อาจเป็นการสนับสนุนให้กลุ่มคนในรัฐให้กระทำการอันเป็นการแบ่งแยกดินแดนจากรัฐเดิม แต่เป็นการสนับสนุนให้ประชาชนที่ถูกยึดครองโดยระบอบอาณานิคม

¹⁸ Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, G.A. res. 1514 (XV), 15 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 66, U.N. Doc. A/4684 (1961).

“ 1. The subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights, is contrary to the Charter of the United Nations and is an impediment to the promotion of world peace and co-operation.”

¹⁹ Ibid.

“ 2. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

²⁰ Ibid.

“ 6. Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.”

²¹ Ibid.

“ 7. All States shall observe faithfully and strictly the provisions of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and the present Declaration on the basis of equality, non-interference in the internal affairs of all States, and respect for the sovereign rights of all peoples and their territorial integrity.”

สามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อให้สิ้นสุดการปกครองระบอบอาณานิคมเป็นกลายเป็นรัฐอิสระได้โดยยังคงรักษาเส้นเขตแดนเดิมตามหลัก Uti Possiditis²²

ต่อมาสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 2625(xxv)²³ ซึ่งกลายเป็นปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ (The Declaration on Principal of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States) โดยมีการกำหนดเงื่อนไขเพื่อความปลอดภัย (safeguard clause) โดยมีการกำหนดว่า การแสดงออกของสิทธิในการกำหนดใจตนเองจะต้องมีข้อจำกัดโดยต้องไม่ทำลายหรือคุกคามต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐที่ได้ปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคและหลักในการกำหนดใจตนเอง และมีรัฐบาลที่ปกครองโดยมาจากตัวแทนของประชาชนทั้งปวงในรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ²⁴ ดังนั้น ปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ จึงจำกัดขอบเขตทั้งหลักในการกำหนดใจตนเองและหลักบูรณภาพแห่งดินแดน โดยปฏิญญาดังนี้เป็น การรับรองความเป็นไปได้ของหลักในการกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) ซึ่งหากว่าประชาชน (a people) สามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกก็จะไม่เกิดขึ้น

ส่วนในเรื่องหลักบูรณภาพแห่งดินแดน การที่รัฐซึ่งปกครองโดยรัฐบาลซึ่งเป็นตัวแทนมาจากประชาชนทั้งหมดของดินแดนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ และเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชน รัฐก็จะสามารถอ้างหลักบูรณภาพแห่งดินแดนในการปกป้องรัฐได้ แต่ถ้าหากรัฐไม่เคารพต่อหลักในการกำหนดใจตนเองของกลุ่มชนภายในรัฐ รัฐก็ไม่อาจยก

²² Evan M. Brewer, "To break free from tyranny and oppression: Proposing a model for a remedial right to secession in the wake of the Kosovo advisory opinion," *Vanderbilt Journal of Transnational law* (January 2012): 251.

²³ U.N.General Assembly, 25th Sess. Doc. A/RES/2625(XXV), 24 October 1970.

²⁴ Ibid.

"Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour."

ข้ออ้างในเรื่องหลักบูรณภาพแห่งดินแดนมาใช้ยันได้²⁵ ปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ จึงทำให้เกิดความชัดเจนถึงรูปแบบของหลักในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งมีการแบ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองแบบภายนอก (External Self-determination) และสิทธิในการกำหนดใจตนเองแบบภายใน (Internal Self-determination) และหลักบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐอาจถูกจำกัดหากรัฐไม่เคารพต่อหลักในการกำหนดใจตนเอง

ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองไม่ได้เป็นการเรียกร้องในการสร้างรัฐใหม่ ซึ่งศาลสูงแคนาดาได้มีคำวินิจฉัยในกรณีควิเบกว่า การแบ่งแยกสิทธิในการกำหนดใจตนเองจากสิทธิในการกำหนดใจตนเองแบบภายใน (Internal Self-determination) จากสิทธิในการกำหนดใจตนเองแบบภายนอก (External Self-determination) โดยการกำหนดใจตนเองภายในนั้นเป็นการให้สิทธิแก่ชนกลุ่ม (a people) ในการกำหนดสถานะทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ภายในรัฐ ส่วนสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกก็อาจเป็นการอนุญาตให้กลุ่มชน (a people) ที่อาศัยอยู่ในรัฐสามารถแยกตัวออกมาเป็นเอกราชนั้นต้องเป็นกรณีที่ร้ายแรงที่สุดเท่านั้น²⁶

ต่อมาหลังสิ้นสุดยุคอาณานิคม สิทธิในการกำหนดใจตนเองได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)²⁷ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)²⁸ โดยถือว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นสิทธิที่ประชาชนทั้งปวง (all people) สามารถใช้ได้โดยอิสระ อีกทั้งกรรมสารสุดท้ายเฮลซิงกิ (The Helsinki Act) ได้กำหนดว่า รัฐสมาชิกจะต้องเคารพต่อหลักในการ

²⁵ James Crawford, *The Creation of States in international Law* (New York: Oxford University Press, 2006), p.118.

²⁶ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R.217, para 216.

²⁷ Article 1 of International Covenant on Civil and Political Rights.

“All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

²⁸ Article 1.1 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

“All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

กำหนดใจตนเองและหลักความเสมอภาคกัน²⁹ และรัฐสมาชิกต้องกำหนดให้ประชาชนทั้งปวง (all people) มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองเกี่ยวกับสถานะทางการเมือง และให้ดำเนินการตามระบอบการเมือง เศรษฐกิจและวัฒนธรรมตามที่เลือกอย่างเสรี³⁰ และสิทธิในการกำหนดใจตนเองนี้ได้รับการยืนยันถึงความสำคัญเป็นสากล³¹ จะเห็นได้ว่าขอบเขตของหลักในการกำหนดใจตนเองได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย

ผลของการถูกละเมิดสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยอนุสัญญากรุงเวียนนา (The Vienna Declaration and Programme of Action) ได้รับรองว่า การละเมิดสิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน³² โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาได้ยืนยันอีกครั้งว่า สิทธิว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนกลุ่ม (a people) ภายในรัฐที่อยู่ภายใต้ระบอบอาณานิคมหรือการยึดครองจากต่างชาติเป็นสิทธิที่ชอบด้วยกฎหมาย³³ แต่ถ้ามีการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองในการทำลาบต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ ซึ่งมีการปกครองโดยรัฐบาลซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนในรัฐทั้งปวงโดยปราศจากการกีดกันทางเชื้อชาติ การใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ จะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศทันที ซึ่งอนุสัญญากรุงเวียนนาได้จำกัดขอบเขตของหลักบูรณภาพแห่งดินแดนให้อยู่ภายใต้

²⁹ The Final Act of the Conference on security and Co-operation in Europe, 1 Aug 1975, Art1(a)(VIII)

“ The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development.”

³⁰ Ibid.

³¹ East Timor (Port. v. Austl.), 1995 I.C.J. 90, pp.29-31

³² World Conference on Human Rights, June 14-25, 1993, Vienna Declaration and Programme of Action, U.N.Doc.A/CONF.157/23, 12 July 1993.

³³ Ibid.

รูปแบบที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแบ่งแยกอย่างร้ายแรงในรัฐไม่ได้ ซึ่งการอนุญาตให้มีการแบ่งแยกดินแดนเป็นการขัดขวางไม่ให้ใช้หลักบูรณภาพแห่งดินแดน³⁴

5.2.1.2 สิทธิในการกำหนดใจตนเองจากกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว

สิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการวิเคราะห์กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว เพราะความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชเอกราชจะต้องมีกฎหมายรองรับการกระทำนั้น สิทธิในการกำหนดใจตนเองจึงเป็นหลักกฎหมายหนึ่งที่ต้องนำมาปรับใช้ในกรณีของโคโซโว แต่เนื่องจากสิทธิในการกำหนดใจตนเองเดิมเป็นหลักกฎหมายที่ปรับใช้ในบริบทของการปลดปล่อยอาณานิคม โดยเป็นสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนที่ตกอยู่ภายใต้ระบอบอาณานิคม หรือถูกยึดครองจากต่างชาติ สามารถที่จะกำหนดอนาคตของตนเองได้โดยมีสิทธิจะแยกตัวออกเป็นรัฐเอกราช และต่อมาภายหลังสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้รับการรับรองว่าเป็นหลักกฎหมายที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในรัฐในการกำหนดสถานะทางการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม โดยรัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองในกรณีเช่นนี้คือการกำหนดใจตนเองภายในใจ (Internal Self-determination) ดังนั้น หากรัฐให้ความเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในของประชาชนในรัฐแล้ว ประชาชนกลุ่มนั้นก็ไม่มีสิทธิที่จะอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองในการแยกตัวออกจากรัฐ และถือว่าการแยกตัวออกจากรัฐเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับกรณีของโคโซโวเป็นกรณีที่ไม่ได้อยู่ในบริบทอาณานิคม โดยโคโซโวมีสถานะเป็นจังหวัดหนึ่งของเซอร์เบีย จึงทำให้การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นกรณีพิเศษที่ต้องศึกษาถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่นอกบริบทอาณานิคม ซึ่งสิ่งแรกที่ต้องพิจารณาคือประชาชนในโคโซโวมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองหรือไม่ ประเด็นนี้เป็นประเด็นที่สำคัญมาก เพราะจะเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญที่อาจนำไปสู่ความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในครั้งนี้

ในการพิจารณาว่าประชาชนชาวโคโซโวมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองหรือไม่นั้น จะเห็นได้ว่า โคโซโวซึ่งมีสถานะเป็นจังหวัดหนึ่งของเซอร์เบียโดยประชากรส่วนใหญ่ในโคโซโวเป็นชาวโคโซโวเชื้อสายแอลบาเนีย คิดเป็นร้อยละ 90 ของประชากรทั้งหมดในโคโซโว แต่ก็ถือว่าชาวโค

³⁴ James Crawford, *The Creation of States in international Law* (New York: Oxford University Press, 2006), p.119.

ไซโวเชื้อสายแอลบาเนีย อีกทั้งยังนับถือศาสนาอิสลาม และใช้ภาษาแอลบาเนียนในการติดต่อสื่อสาร ซึ่งทำให้โคโซโวกมีความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา และภาษา จากชนกลุ่มใหญ่ในประเทศที่เป็นชาวเซิร์บที่นับถือศาสนาคริสต์นั่นเอง การที่โคโซโวซึ่งถือเป็นชนกลุ่มน้อยในประเทศ มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองหรือไม่นั้น จะเห็นได้ว่า ผู้ที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้น อาจเป็นชนกลุ่มน้อยที่อาศัยอยู่ในรัฐได้ ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดาในกรณีคิเบคที่พยายามแบ่งแยกดินแดนออกจากแคนาดา โดยศาลได้ให้ความหมายของคำว่า กลุ่มชน (People) ตามจุดมุ่งหมายของหลักในการกำหนดใจตนเองว่า

“คำว่า กลุ่มชน (People) อาจเป็นเพียงส่วนหนึ่งของประชากรทั้งหมดของรัฐ ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้พัฒนาเป็นสิทธิมนุษยชน และตราสารระหว่างประเทศก็มีการอ้างถึง ชนชาติ (nation) และรัฐ (state) และเมื่อเทียบเคียงกันแล้วจะเห็นว่าการอ้างถึงกลุ่มชน (people) จะไม่จำเป็นต้องหมายถึงประชาชนทั้งหมดของรัฐ”³⁵

ดังนั้น กลุ่มชนจึงหมายถึงกลุ่มชนที่มีความเชื่อมโยงกันในทางประวัติศาสตร์ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา วัฒนธรรม ที่อยู่ภายในรัฐ ชาวโคโซโวเชื้อสายแอลบาเนียซึ่งถือเป็นชนกลุ่มน้อยในรัฐจึงมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง อีกทั้งยังมีการยืนยันถึงการมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองจากสหประชาชาติด้วยเช่นกัน จะเห็นได้จากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) ได้มีความเห็นเกี่ยวกับสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนในยูโกสลาเวียและมอนเตเนโกรว่า “รัฐบาลยูโกสลาเวียควรยุติการปกครองอย่างกดขี่ (repression) ต่อประชาชนชาวแอลบาเนียที่อาศัยอยู่ในโคโซโวและให้รับรองมาตรการที่จำเป็นในการฟื้นฟูรัฐบาลปกครองตนเองที่เคยมีมาในอดีตของโคโซโว”³⁶ อีกทั้ง สมัชชาใหญ่

³⁵ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R.217, para.124.

“It is clear that “a people” may include only a portion of the population of an existing state. The right to self-determination has developed largely a human right, and is generally used in documents that simultaneously contain references to “nation” and “state”. The juxtaposition of these terms is indicative that the reference to “people” does not necessarily mean the entirety of a state’s population.”

³⁶ COMMENTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE: Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)CCPR/C/79/Add.16, 28 December 1992, para 8.

“the Federal Government put an end to the repression of the Albanian population in the province of Kosovo and adopt all necessary measures to restore the former local self-government in the province.”

สหประชาชาติได้มีข้อมติเรียกร้องให้ยูโกสลาเวียอนุญาตให้มีการก่อตั้งสถาบันประชาธิปไตยในโคโซโว ซึ่งประกอบด้วย รัฐสภาและศาล และให้ยูโกสลาเวียเคารพต่อความปรารถนาของประชาชนในโคโซโวด้วย³⁷ จะเห็นได้ว่าการที่สมัชชาต้องการให้โคโซโวปกครองตนเองนี้เป็นรูปแบบของการสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal self-determination) หลังจากนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้เรียกร้องให้มีการเจรจาในประเด็นเรื่องสถานะทางการเมืองระหว่างยูโกสลาเวียและโคโซโว ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้สนับสนุนสถานะของโคโซโวในรูปแบบของการปกครองตนเองและการบริหารจัดการโดยตนเอง³⁸ และในข้อมติคณะมนตรีที่ 1244(1999) คณะมนตรีความมั่นคงได้ก่อตั้งคณะทำงานระหว่างประเทศ โดยมีภารกิจในการนำมาสู่การปกครองตนเองของโคโซโวและการมีรัฐบาลปกครองตนเอง³⁹ ดังนั้น ชาวโคโซโวซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยในเซอร์เบียก็มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองโดยยืนยันได้จากคำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดาและข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่สหประชาชาตินั่นเอง ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองของโคโซโวเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination)

โดยหลักสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในจะกลายเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) ได้นั้นต้องเป็นกรณีที่ร้ายแรงที่สุดเท่านั้น ดังนั้น สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกจึงยังคงความไม่ชัดเจนอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำไปสู่การแบ่งแยกดินแดนซึ่งยังไม่เป็นที่ยอมรับในประชาโลกนัก โดยในปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ (The Declaration on Principal of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States) ได้กล่าวถึงรัฐบาลที่ปกครองประเทศว่าจะต้องเป็นตัวแทนของประชาชนทั้งหมดโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ รัฐบาลจึงได้รับการปกป้องบูรณภาพแห่งดินแดน แต่ถ้าหากประชาชนของรัฐถูกระทำอย่างทารุณโหดร้ายและละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ประชาชนกลุ่มนี้อาจมีสิทธิที่จะแยกตัวออกไปได้ ซึ่งเงื่อนไขในการที่จะทำให้เกิดสิทธิใน

³⁷ GA/RES/51/111 ,5 March 1997, para.2(c)

“Allow the establishment of genuine democratic institutions in Kosovo, including the parliament and the judiciary, and respect the will of its inhabitants as the best means of preventing the escalation of the conflict there.”

³⁸ SC S/RES/1160 (1998), 31 March 1998, para.4 and 5.

³⁹ SC S/RES/1244 (1999), 24 June 1999.

การกำหนดใจตนเองภายนอกจนถึงขั้นแบ่งแยกดินแดนออกไปจึงไม่ใช่หลักปกติของสิทธิในการกำหนดใจตนเองแต่ต้องเป็นกรณีพิเศษที่ร้ายแรงมาก

กรณีของโคโซโว การที่โคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียวออกจากเซอร์เบียนั้น โคโซโวมียุทธสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกหรือไม่ ซึ่งถ้าหากโคโซโวมียุทธสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกก็จะทำข้ออ้างที่ว่าให้การประกาศเอกราชของโคโซโวชอบด้วยกฎหมายมีน้ำหนักมากขึ้น เมื่อพิจารณาจะเห็นว่าประชาชนชาวโคโซโวนั้นเป็นผู้มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองโดยเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน ซึ่งพิจารณาได้จากในรัฐธรรมนูญของยูโกสลาเวีย ค.ศ.1974 ซึ่งให้สิทธิในการปกครองตนเองแก่โคโซโว ซึ่งถือว่ายูโกสลาเวียเองได้ให้ความเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในของโคโซโว แต่ต่อมาในปี ค.ศ.1989 สโลโบดาน มิโลเชวิช ขึ้นเป็นประธานาธิบดีและได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยมีการยกเลิกสถานะปกครองตนเองของโคโซโว จุดนี้ถือเป็นการปฏิเสธสิทธิในการกำหนดใจตนเองของโคโซโว อีกทั้ง นโยบายที่ยูโกสลาเวียได้ดำเนินการในโคโซโว ไม่ว่าจะเป็น การปฏิเสธสิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ของชาวโคโซโว มีการเลือกปฏิบัติอย่างร้ายแรงและมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงต่อชาวโคโซโว อีกทั้งยังมีการโจมตีร้ายแรงต่อชาวโคโซโว⁴⁰ ซึ่งเหล่านี้ถือว่าเป็นการที่ยูโกสลาเวียละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในของโคโซโว ทำให้โคโซโวมียุทธสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกในการแบ่งแยกดินแดนอันเป็นผลมาจากการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นผลสะท้อนมาจากปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรและความร่วมมือระหว่างประเทศ (The Declaration on Principal of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States) และคำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดาในกรณีควีเบคนั่นเอง

ดังนั้น จากคำวินิจฉัยในกรณีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งตัดสินว่าคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากไม่มีกฎหมายที่ห้ามการประกาศเอกราช และเมื่อตรวจสอบกับหลักกฎหมายในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองก็ทำให้เห็นว่า แม้เดิมทีสิทธิในการกำหนดใจตนเองจะเป็นสิทธิของกลุ่มชนภายในบริบทอาณานิคม แต่ในปัจจุบันจะเห็นว่าแนวโน้มของการอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยเฉพาะสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) มีความสำคัญมาก โดยรัฐจะต้องให้ความ

⁴⁰ Dejena Kumbaro, *The Kosovo Crisis in an International Law Perspective: Self-determination, Territorial Integrity and the NATO Intervention*(Final Report: North Atlantic Treaty Organization Office of Information and Press,2001),p. 43.

เคารพต่อสิทธิของกลุ่มชนในรัฐ ซึ่งลักษณะของสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในจึงเป็นการสะท้อนถึงรับอบประชาธิปไตยในรัฐนั่นเอง ซึ่งถ้าหากรัฐให้ความเคารพต่อสิทธินี้ กลุ่มชนในรัฐก็ไม้อาจอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อเป็นการแบ่งแยกดินแดนและจะถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง ดังนั้น กรณีที่อาจจะนำมาสู่การแบ่งแยกดินแดนได้โดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องเป็นกรณีที่น่ายแรงที่สุด และต้องพิจารณาอย่างรอบคอบแต่ถึงอย่างไร สิทธิในการกำหนดใจตนเองอันอาจจะนำมาสู่การแบ่งแยกดินแดนนี้ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับในประชาคมโลกมากนักเพราะเป็นเรื่องที่กระทบต่อความมั่นคงทั้งภายในประเทศและความมั่นคงระหว่างประเทศนั่นเอง กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงถือเป็นกรณีพิเศษ เพราะไม่เคยมีกรณีนี้ที่ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวหลังบริบทอาณานิคมซึ่งชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อไปจะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวในเรื่องของความเป็นรัฐ ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการวางเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

5.2.2. หลักความเป็นรัฐ (Statehood)

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น การเกิดขึ้นใหม่ของรัฐย่อมต้องพิจารณาจากองค์ประกอบความเป็นรัฐตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ (Convention on the Rights and Duties of States)⁴¹ อันประกอบด้วย ดินแดนที่มีอาณาเขตที่แน่นอน ประชากรที่อาศัยอยู่อย่างถาวร ซึ่งองค์ประกอบทั้งสองประการนี้ไม่ได้มีการกำหนดว่าต้องมากน้อยเพียงใด ดินแดนที่มีขนาดเล็กหรือประชากรอาจจะมีจำนวนน้อย ก็ย่อมไม่เป็นอุปสรรคของความเป็นรัฐได้ ส่วนของรัฐบาล ต้องเป็นรัฐบาลที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะบริหารจัดการประเทศได้ และความสามารถในความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ซึ่งกฎเกณฑ์นี้ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในการกำหนดคุณสมบัติของความเป็นรัฐอันจะนำมาสู่สภาพความเป็นบุคคลระหว่างประเทศของรัฐที่เกิดขึ้นใหม่ ซึ่งทำให้เกิดบทบาทหน้าที่ พันธกรณีระหว่างประเทศ และสามารถดำเนินความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศกับรัฐต่าง ๆ ได้

นอกจากองค์ประกอบความเป็นรัฐทั้ง 4 ประการที่กล่าวมาข้างต้น ในการพิจารณาถึงความเป็นรัฐนั้นกฎหมายระหว่างประเทศได้พัฒนาโดยมีการเพิ่มเติมในส่วนองค์ประกอบของความเป็นรัฐขึ้นมา ซึ่งประกอบด้วย หลักการห้ามใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Prohibition of the use of force) สิทธิในการกำหนดใจตนเอง (self-determination)

⁴¹ Article 1 Of Convention Montevideo on the Rights and Duties of States.

และการห้ามการแบ่งแยกเชื้อชาติสีผิว (prohibition of racial discrimination)⁴² ซึ่งถ้าหากองค์ภาวะ (entity) หนึ่งก่อตั้งรัฐใหม่โดยเป็นผลมาจากการใช้กำลังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เคารพต่อหลักกำหนดใจตนเอง หรือการกีดกันทางเชื้อชาติ ย่อมทำให้องค์ภาวะ (entity) นั้น ไม่อาจกลายเป็นรัฐอธิปไตยภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้

ในเรื่องการห้ามใช้กำลังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งนำมาสู่การปฏิเสธถึงความเป็นรัฐได้ อย่างเช่นกรณีของสาธารณรัฐไซปรัสเหนือ (The Turkish Republic of Northern Cyprus : TRNC) ซึ่งไม่อาจเป็นรัฐได้ อันเป็นผลมาจากเหตุการณ์ที่ตุรกีรุกรายและยึดครองไซปรัสนั่นเอง และจากการแทรกแซงโดยใช้กำลังของตุรกี ทำให้คณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติหลายฉบับออกมา ยืนยันว่า สาธารณรัฐไซปรัสเหนือ (TRNC) สร้างขึ้นโดยเป็นผลมาจากการใช้กำลังโดยผิดกฎหมาย และรัฐต่าง ๆ ต้องไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐ⁴³ ซึ่งจนถึงปัจจุบันมีเพียงตุรกีเท่านั้นที่รับรองความเป็นรัฐแก่สาธารณรัฐไซปรัสเหนือ (TRNC) เท่านั้น

ส่วนในกรณีของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง (self-determination) อาจมีผลทำให้การอ้างถึงความเป็นรัฐขององค์ภาวะ(entity) ถูกปฏิเสธเมื่อพบว่ามี การละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง อย่างเช่นกรณีโรดีเซียใต้ ซึ่งรัฐบาลที่เป็นชนผิวขาวแต่ไม่ได้เป็นตัวแทนของประชาชนทั้งหมดของประเทศซึ่งเป็นชนผิวดำได้ปกครองโดยใช้นโยบายกีดกันสีผิวและได้ประกาศเอกราชจากอังกฤษซึ่งเป็นเจ้าอาณานิคม การกระทำดังกล่าวถือเป็นการละเมิดต่อหลักกำหนดใจตนเองของชนกลุ่มใหญ่ในประเทศที่เป็นชนผิวดำ(black majority) จากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ทั้งคณะมนตรีความมั่นคง⁴⁴ และสมัชชาแห่งสหประชาชาติ⁴⁵ มีข้อมติดียืนยันว่าเป็นการละเมิดต่อหลัก

⁴² Vidmar Jure. "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42 (May 2009): 822

⁴³ S.C. Res. 550, U.N. Doc. S/RES/550 (May 11, 1984) (condemning all "secessionist actions" and declaring them "illegal and invalid"); S.C. Res. 541, U.N. Doc. S/RES/541 (Nov. 18, 1983) (noting that the "attempt" to create TRNC was "invalid").

⁴⁴ S.C. Res. 277, U.N. Doc. S/RES/277 (Mar. 18, 1970) (calling upon Member States to refrain from assisting the regime); S.C. Res. 217, U.N. Doc. S/RES/217 (Nov. 20, 1965) (calling upon the UK to "quell this rebellion of the racist minority"); S.C. Res. 216, U.N. Doc. S/RES/216 (Nov. 12, 1965) (condemning the declaration of independence by an "illegal racist minority" and calling on all states not to recognize this regime); S.C. Res. 202, U.N. Doc. S/RES/202 (May 6, 1965) (instructing the UK not to transfer "any of the powers or attributes of sovereignty").

กำหนดใจตนเองอย่างร้ายแรง และนโยบายทางเชื้อชาติสีผิวที่กระทำโดยรัฐบาลโรดีเซียได้ จนนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนี้ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โรดีเซียได้⁴⁶ จะเห็นได้จากแนวปฏิบัติของรัฐ รวมทั้งคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ว่าการที่องค์ภาวะหนึ่งไม่อาจจะกลายเป็นรัฐได้ถ้าหากการเกิดขึ้นของรัฐเป็นผลมาจากการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง⁴⁷

ในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว องค์ประกอบความเป็นรัฐจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณา ซึ่งหากพิจารณาจากองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบประการแรกคือ ดินแดน โคโซโวมียพื้นที่ทั้งหมด 10,887 ตารางกิโลเมตร มีชายแดนติดต่อกับประเทศเพื่อนบ้าน 4 ประเทศ ได้แก่ มาซิโดเนีย แอลบาเนีย มอนเตเนโกรและเซอร์เบีย⁴⁸

ในเรื่องเขตแดนของโคโซโว ได้มีการกล่าวไว้ใน The Ahtisaari Plan ไว้ว่า

“ดินแดนของโคโซโวจะต้องกำหนดจากเขตแดนของจังหวัดปกครองตนเองโคโซโว (the Socialist Autonomous Province of Kosovo) ภายใต้สาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (SFRY) โดยถือว่าเป็นเขตแดนที่กำหนดไว้เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1988 ยกเว้นแต่จะมีการแก้ไขโดยข้อตกลงระหว่างสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย (FRY) และมาซิโดเนีย ในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001”⁴⁹

⁴⁵ G.A. Res. 2024 (XX) "...condemning the "unilateral declaration of independence made by the racialist minority."

⁴⁶ S.C. Res. 277, U.N. Doc. S/RES/277, 18 March 1970.

⁴⁷ James Crawford, *The Creation of States in International Law* (New York : Oxford university press, 2006), p. 131.

⁴⁸ Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Contribution of the Republic of Kosovo. 17 April 2009, p.13, para 2.10.

⁴⁹ Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement, S/2007/168/add.1, 26 May 2007, Annex VIII, Article 3.2.

หลังจากมีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวออกมา โคโซโวกีมีการทำข้อตกลงระหว่างรัฐต่าง ๆ มีอาณาเขตติดกันในเรื่องเขตแดน⁵⁰ จึงเห็นได้ชัดว่า โคโซโวกีมีองค์ประกอบในเรื่องดินแดนที่แน่นอนชัดเจน

องค์ประกอบต่อมา คือองค์ประกอบเรื่อง ประชากร โคโซโวกีมีประชากรที่อาศัยประมาณ 1,733,872 คน⁵¹ โดยร้อยละ 92 เปอร์เซนต์ เป็นชาวโคโซโวกีเชื้อสายแอลเบเนีย และอีก 8 เปอร์เซนต์ เป็นประชากรที่ประกอบกันหลายเชื้อชาติไม่ว่าจะเป็น เซิร์บ เติร์ก บอสเนียน เป็นต้น⁵² ดังนั้น องค์ประกอบในเรื่องประชากรของโคโซโวกีจึงเป็นไปตามข้อเรียกร้องในเรื่ององค์ประกอบความเป็นรัฐ

องค์ประกอบข้อที่สาม เรื่อง รัฐบาล ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากในเรื่องของความเป็นรัฐ เพราะองค์ประกอบต่าง ๆ ก็ต้องขึ้นอยู่กับรัฐบาล โดยรัฐบาลเป็นพื้นฐานสำหรับความสัมพันธ์ภายในรัฐ (ซึ่งประกอบด้วย รัฐบาล ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ศาล) โดยรัฐบาลของรัฐ ไม่เพียงแต่จะต้องมีอำนาจนั้นในการควบคุมบริหารจัดการภายในรัฐและมีการดำเนินการอย่างเป็นทางการจากรัฐบาลที่มีอำนาจของรัฐอื่น ๆ

ในกรณีของโคโซโวกีจะเห็นได้ว่าองค์การสหประชาชาติและสหภาพยุโรป มีส่วนสำคัญในการเข้ามาจัดการภายในโคโซโวกี โดยมีการสร้างสถาบันขึ้น (institution-building) โดยความรับผิดชอบขั้นพื้นฐานสำหรับกฎหมายและคำสั่งต่าง ๆ จารีตประเพณีหรือ monetary ก็ยังคงเป็นความรับผิดชอบของตัวแทนพิเศษขององค์การสหประชาชาติ (the Special

⁵⁰ A Joint Kosovo-Macedonian Commission for Demarcation and Marking the State Border was established in April 2008, and in June 2008 a tripartite Protocol was signed with Albania concerning the placing of a border marker at the Kosovo/Macedonia/Albania tri-point. In October/November 2008, the Joint Commission signed protocols concerning main and auxiliary border columns along the Kosovo-Macedonia border.

⁵¹ Population and Housing Census in Kosovo Preliminary Results ? [Online], 21 July 2011 Available from: <http://esk.rksgov.net/rekos2011/repository/docs/REKOS%20LEAFLET%20ALB%20FINAL.pdf>.

⁵² Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Contribution of the Republic of Kosovo. 17 April 2009, p.15, para 2.15

Representative of the Secretary-General : SRSG)⁵³ จะเห็นว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้มีมติที่ 1244(1999) โดยให้อำนาจแก่ ตัวแทนพิเศษขององค์การสหประชาชาติ (SRSG) ในการจัดทำ “กรอบรัฐธรรมนูญสำหรับรัฐบาลปกครองตนเองชั่วคราว” ซึ่งในกรอบรัฐธรรมนูญนี้ได้มีการก่อตั้ง สถาบันปกครองตนเองชั่วคราว(Provisional Institutions of Self-Government)⁵⁴ สถาบันปกครองตนเองชั่วคราวนี้ประกอบไปด้วยสภาโคโซโวและประธานาธิบดีของโคโซโว⁵⁵ แม้ว่าสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวจะมอบหมายให้อำนาจเหนือโคโซโวเหมือนอย่างอำนาจของรัฐอธิปไตยก็จริง แต่ก็ยังมีข้อจำกัดว่าตั้งอยู่ภายใต้อำนาจของตัวแทนพิเศษแห่งสหประชาชาติ (SRSG)⁵⁶ และจากพื้นฐานของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) นี้เอง ที่ทำให้เซอร์เบียไม่มีอำนาจเหนือโคโซโวซึ่งอาจกล่าวได้ว่าโคโซโวยังมีรัฐบาลที่เป็นเอกราชจากเซอร์เบีย⁵⁷ แต่ข้อมติที่ 1244 เองก็ยังคงมีผลบังคับใช้ในโคโซโว แม้ว่าโคโซโวจะประกาศเอกราชแล้วก็ตาม โดยยังคงเป็นดินแดนที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการขององค์การสหประชาชาติ (International territorial administration present)⁵⁸ จึงมีปัญหาว่ารัฐบาลของโคโซโวเป็นรัฐที่แท้จริงหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการที่ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 เป็นการทำให้มีการปกครองตนเองในโคโซโว

องค์ประกอบในเรื่อง “ความสัมพันธ์กับรัฐอื่น” เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่แสดงออกถึงความเป็นรัฐเอกราชต่อสายตาของประชาคมโลก ซึ่งในความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ซึ่งอาจแสดงออกโดยการรับรองความเป็นรัฐ หรือการเข้าร่วมในองค์การระหว่างประเทศ และในการมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ นี้เป็นแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบของความเป็นรัฐที่เพียงพอในการที่รัฐต่าง ๆ จะดำเนินความสัมพันธ์ด้วย และทำให้สถานะของความเป็นรัฐมีตัวตนที่ชัดเจนขึ้นในสังคมระหว่างประเทศ

⁵³ Report of the Secretary General on the United Nations Interim Administration in Kosovo, 12 June 2008. UN Doc. S/2008/354 at para 2, Secretary General Report. Para 2, 17, 31-32.

⁵⁴ UN Mission in Kosovo Regulation 2001/9, pmbi. UNMIK/REG/2001/9 (May 15, 2001). [Online], 15 March 2001 Available from: http://www.unmikonline.org/regulations/2001/reg_09-01.htm, ch1.5

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., ch 12

⁵⁷ Vidmar Jure. “International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42 (May 2009): 820.

⁵⁸ **Kosovo Declaration of Independence** [Online], September 21, 2008 Available from: <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635>.

ส่วนในบริบทของการห้ามใช้กำลัง (Prohibition on the use of force) ซึ่งจากการที่นาโต้เข้าแทรกแซงโดยการใช้กำลังในโคโซโวเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการใช้กำลัง จึงเป็นปัญหาว่าการใช้กำลังของนาโต้ในโคโซโวเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ จะเห็นได้ว่าการแทรกแซงของนาโต้อยู่บนพื้นฐานของการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้ปฏิบัติการเพื่อสนับสนุนการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว⁵⁹ และจากการที่คณะมนตรีความมั่นคงมีมติที่ 1244 โดยมีการก่อตั้งสถาบันปกครองตนเองชั่วคราวและรัฐบาลปกครองตนเอง ทำให้ชาวโคโซโวเชื้อสายแอลเบเนียสามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองได้อย่างเต็มที่ และนำมาสู่การประกาศเอกราชในที่สุด และการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงเกิดขึ้นภายหลังจากเหตุการณ์ความขัดแย้งโดยมีข้อมติที่ 1244 และการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเอง ดังนั้น จากการแทรกแซงของนาโต้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจส่งผลต่อการประกาศเอกราชของโคโซโวได้ การประกาศเอกราชของโคโซโวจึงไม่ขัดต่อองค์ประกอบของความเป็นรัฐในส่วนที่เพิ่มเติมมานี้

5.2.3. การรับรองความเป็นรัฐ

การรับรองรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของรัฐต่อการเกิดขึ้นของรัฐใหม่หรือรัฐบาลใหม่ซึ่งอาจจะแสดงออกโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายก็ได้ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ การรับรองรัฐย่อมมีผลทำให้รัฐที่ได้รับการรับรองนั้นได้สถานะของความเป็นรัฐหรือสถานะของความเป็นรัฐในสายตาของรัฐผู้ให้การรับรองนั้นได้⁶⁰

หลังจากโคโซโวได้ประกาศเอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 ได้มีประเทศต่าง ๆ ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโว ซึ่งปัจจุบันผ่านมา 5 ปี มีประเทศที่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโว 99 ประเทศ⁶¹ ซึ่งเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ จากจำนวนประเทศทั้งหมด 193 ประเทศ และในจำนวนประเทศที่ให้การรับรองนี้เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปถึง 22 ประเทศ จากสมาชิกทั้งหมด 27 ประเทศ จึงเห็นได้ว่า ความเป็นรัฐของโคโซโวได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ จากทุกภูมิภาคของโลก ในการรับรองความเป็นรัฐ รัฐต่าง ๆ จะต้องพิจารณาแล้วว่าโคโซโวมีองค์ประกอบความเป็นรัฐครบถ้วนเพียงพอที่จะเป็นสมาชิกของประชาคมโลกได้

⁵⁹ ในกรณีของบังคลาเทศมีการแทรกแซงโดยการใช้กำลังจากภายนอก (external use of force) ในการ remedial secession โดยชอบด้วยกฎหมาย

⁶⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), หน้า 22.

⁶¹ ภาคผนวก ค

อีกทั้ง ผลจากการรับรองความเป็นรัฐของโคโซโวจากประเทศต่าง ๆ ก็นำมาสู่ความพันธกรณีต่อกันระหว่างรัฐ ดังนั้น จากการรับรองความเป็นรัฐของโคโซโวย่อมแสดงให้เห็นว่าโคโซโวมี่ความสามารถที่จะดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐต่าง ๆ ในประชาคมโลกได้ โดยจะสรุปการรับรองรัฐโคโซโวโดยรัฐต่าง ๆ ดังแผนภาพต่อไปนี้

หลังจากที่โคโซโวได้ประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ได้มีการพบปะของคณะมนตรีความมั่นคงขึ้นในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 ในประเด็นของโคโซโว ซึ่งสหรัฐอเมริกาถึงกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่า

“โคโซโวเป็นกรณีพิเศษ (a special case) ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของสหประชาชาติมาตั้งแต่ ค.ศ. 1999 เนื่องจากเหตุการณ์ความรุนแรงจากการปกครองที่กดขี่อย่างร้ายแรงและการชำระล้างชาติพันธุ์ (Ethnic Cleansing) จึงนำมาสู่การรับรองข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) ซึ่งสหประชาชาติได้ดำเนินการให้มีกระบวนการทางการเมืองในการช่วยเหลือในเรื่องการตัดสินใจทางการเมืองเกี่ยวกับสถานะในอนาคตของโคโซโว ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ทำให้สถานการณ์ในโคโซโวมี่มีความแตกต่างจากสถานการณ์ความขัดแย้งต่าง ๆ และไม่อาจนำสถานการณ์ของโคโซโวเป็นกรณีตัวอย่างได้ สหรัฐอเมริกาจึงให้การรับรองความเป็นรัฐของโคโซโวบนพื้นฐานของสถานการณ์พิเศษ (specific circumstances) และยืนยันว่าโคโซโวไม่อาจเป็นตัวอย่างแก่ความสถานการณ์ความขัดแย้งต่าง ๆ ทั่วโลกได้”⁶²

ดังนั้น สถานการณ์ในโคโซโวที่นำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวนี้ถือเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งมาจากปัจจัยในเรื่องประวัติศาสตร์ การเมือง การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง จนนำมาสู่การเข้ามาควบคุมดูแลของสหประชาชาติและนานาชาติ ซึ่งทำให้กรณีของโคโซโวเป็นกรณีที่มีความพิเศษ และไม่อาจเป็นกรณีตัวอย่างให้แก่กลุ่มแบ่งแยกดินแดนต่าง ๆ ทั่วโลกได้ อีกทั้ง ยังมีการกล่าวถึงสถานการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในโคโซโวจนนำมาสู่การแยกตัวจากเซอร์เบียว่ามีความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยตัวแทนประเทศอังกฤษได้กล่าวว่า

“ข้อมติคณะมนตรีที่ 1244(1999) ซึ่งมีผลทำให้รัฐบาลเซอร์เบียสูญเสียการใช้อำนาจอธิปไตยในโคโซโว เป็นผลมาจากการที่เซอร์เบียได้ถอนอำนาจของรัฐบาลปกครองตนเอง (self-government) ของโคโซโวฝ่ายเดียว อีกทั้งในช่วงปี ค.ศ.1999 เซอร์เบียยังพยายามขับไล่

⁶²United Nation Security Council Sixty-third year, 5839th meeting Monday, 18 February 2008, p.19.

ประชาชนส่วนใหญ่ออกจากโคโซโว ทำให้มีผู้ที่ต้องถูกขับไล่ออกจากโคโซโวประมาณแสนคน ซึ่งรวมทั้งเด็กและสตรี”⁶³

สหรัฐอเมริกาอ้างอีกด้วยว่า

“การที่รัฐบาลเซอร์เบียภายใต้การนำของนายสโลโบดัน มิโลเชวิช มีการชำระล้างชาติพันธุ์(Ethnic Cleansing) ต่อโคโซโว ซึ่งทำให้เกิดหายนะทางมนุษยธรรมและถือเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เนได้จึงเข้าแทรกแซงทางการทหารเพื่อยุติการละเมิดมนุษยธรรมและนำสันติภาพมายังโคโซโว ซึ่งต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองข้อมติที่ 1244 (1999) ซึ่งไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนที่ข้อมติที่กำหนดเพื่อกอบกู้การเมืองชั่วคราวและจำกัดอำนาจอธิปไตยของเซอร์เบีย และเรียกร้องให้มีการกำหนดสถานะสุดท้ายของโคโซโว”⁶⁴

จึงเห็นได้ว่าทั้งอังกฤษและสหรัฐอเมริกาต่างเห็นว่า ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) ไม่ได้อนุญาตให้มีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว แต่จากสถานการณ์ความเลวร้ายด้านสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมซึ่งนำมาสู่การรับรองข้อมตินี้แม้จะไม่ได้เป็นการกำหนดถึงสิทธิที่จะประกาศเอกราชฝ่ายเดียว แต่อาจเป็นการสร้างผลลัพธ์ให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้

แต่ทั้งนี้ก็ยังมีอีกหลายประเทศที่ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโว โดยเฉพาะเซอร์เบีย โดยในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 หลังจากโคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้เพียงหนึ่งวัน ทางรัฐบาลเซอร์เบียได้มีพระราชกฤษฎีกา (decree) โดยประกาศว่าการกระทำของรัฐบาลปกครองตนเองของโคโซโวที่ทำการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นโมฆะ เซอร์เบียยืนยันว่าโคโซโวเป็นส่วนหนึ่งของเซอร์เบีย อีกทั้งยังยืนยันว่าพลเมืองทั้งหมดของโคโซโวเป็นพลเมืองของเซอร์เบียด้วยเช่นกัน และเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เคารพต่ออำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของเซอร์เบีย⁶⁵

เซอร์เบียยังอ้างว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) โดยในการประชุมพบปะของคณะมนตรีความมั่นคง ในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 นายบอริส ทาดิช ประธานาธิบดีของเซอร์เบีย

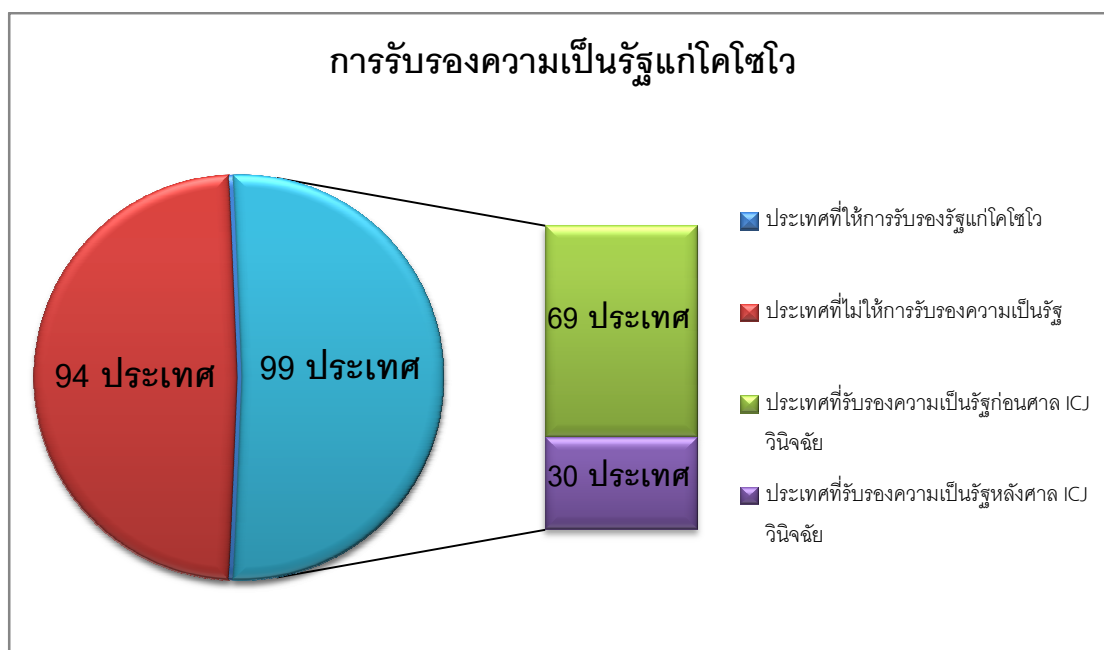
⁶³ Ibid, p.12

⁶⁴ Ibid., p.18

⁶⁵ Vidmar Jure. “International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence,”

ได้กล่าวว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเป็นการละเมิดต่อข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244(1999) ซึ่งยืนยันถึงอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของเซอร์เบีย⁶⁶

โดยจะสรุปการรับรองรัฐโคโซโวโดยรัฐต่าง ๆ ดังแผนภาพต่อไปนี้



แผนภาพ แสดงการรับรองรัฐโคโซโว

จากแผนภาพ จะเห็นได้ว่า ในจำนวนประเทศทั้งหมดที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติจำนวน 193 ประเทศ ได้ให้การรับรองรัฐแก่โคโซโวภายหลังจากมีการประกาศเอกราชในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 จนถึงก่อนที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีการวินิจฉัยความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีจำนวน 69 ประเทศ และต่อมาหลังจากที่ศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีความเห็นเชิงปรึกษาออกมาในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2010 ได้มีประเทศต่าง ๆ ให้การรับรองรัฐเพิ่มขึ้น 30 ประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแม้ไม่ได้มีผลบังคับ แต่ก็ทำให้เกิดความชัดเจนและแน่ใจขึ้นในการที่รัฐต่าง ๆ จะให้การรับรองรัฐแก่โคโซโว และแม้ว่าจะยังมีประเทศต่าง ๆ ที่ยังไม่ให้

⁶⁶ United Nation Security Council Sixty-third year, 5839th meeting Monday, 18 February 2008, p.4

การรับรองอีก 94 ประเทศ แต่ในจำนวนนี้ทั้งหมดก็ไม่ได้หมายความว่าไม่เห็นด้วยกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ซึ่งในจำนวนนี้อาจยังมีประเทศที่ยังคงลังเลหรือกำลังศึกษาเพื่ออาจจะนำมาสู่การรับรองรัฐต่อไป แต่ก็มีประเทศอีกจำนวนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเช่นกัน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า แม้เซอร์เบียซึ่งเป็นประเทศที่โคโซโวแยกตัวออกมาจะไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโว รวมถึงอีกหลาย ๆ ประเทศที่ยังไม่ให้การรับรอง แต่เสียงส่วนใหญ่กลับสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับว่าโคโซโวเป็นรัฐ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะรับรองเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ

จนถึงปัจจุบันเซอร์เบียเองก็ยังไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโวและยังคงมองว่าโคโซโวยังคงเป็นส่วนหนึ่งของเซอร์เบีย ในส่วนของประเทศต่าง ๆ ที่ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโวนั้นส่วนใหญ่เป็นประเทศที่ยังมีปัญหภายในในเรื่องความพยายามแบ่งแยกดินแดนภายในรัฐ ซึ่งถือว่าสถานการณ์การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นตัวอย่างแก่กลุ่มแบ่งแยกดินแดนที่จะพยายามประกาศเอกราช จึงเห็นว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจจะให้การรับรองความเป็นรัฐได้ แต่ก็ไม่ประเทศอีกจำนวนไม่น้อยซึ่งเกือบครึ่งหนึ่งของสมาชิกสหประชาชาติที่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโวซึ่งทำให้สถานะความเป็นรัฐของโคโซโวมืดมนและไม่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับในสังคมนานาชาติ การรับรองรัฐจึงถือเป็นสิ่งที่แสดงถึงความสามารถในการที่จะดำเนินความสัมพันธ์กับประชาคมโลกและควมมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะบริหารจัดการประเทศของโคโซโว และแน่นอนว่าองค์ประกอบทางกฎหมายที่ถูกต้องของความเป็นรัฐของโคโซโวย่อมได้รับการพิสูจน์โดยผ่านการยอมรับจากที่ประเทศที่ให้การรับรองนั่นเอง

5.3 บทบาทของสหประชาชาติต่อการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

คณะมนตรีความมั่นคงถือว่าเป็นผู้มีบทบาทมากในสถานการณ์เกี่ยวกับความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งอาจนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวได้อย่างได้กรณีของโคโซโว ซึ่งในขั้นแรกที่คณะมนตรีความมั่นคงเข้าไปรับผิดชอบเกี่ยวกับสถานการณ์ความรุนแรงในโคโซโว ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติออกมาเป็นระยะเกี่ยวกับสถานการณ์ในโคโซโว แต่กลับไม่มีข้อมติใดที่กล่าวถึงการประกาศเอกราชไม่ว่าจะเป็นการกล่าวถึงในแง่ของการห้าม หรืออนุญาต ซึ่งที่ผ่านมาคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่ชัดเจนในเกี่ยวกับสถานการณ์ของความขัดแย้งในดินแดน อย่างในกรณีของติมอร์ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงก็มีข้อมติที่ชัดเจนว่าติมอร์ต้องเป็น

ประเทศเอกราชจากอินโดนีเซีย แต่ในบริบทของติมอร์และโคโซโวอาจแตกต่างกัน โดยติมอร์อยู่ภายในบริบทอาณานิคมและถูกผนวกดินแดนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอินโดนีเซีย แต่กรณีของโคโซโวเป็นกรณีที่อยู่นอกบริบทอาณานิคมซึ่งโคโซโวมีสถานะเป็นเพียงจังหวัดในเซอร์เบียเท่านั้น แต่ถ้าหากจะพิจารณาถึงความชัดเจนของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงก็พอเห็นได้บ้างว่า ข้อมติที่ 1244 ซึ่งถือว่าเป็นข้อมติที่มีความสำคัญมากในสถานการณ์โคโซโว แต่กลับไม่มีความชัดเจน แม้กระทั่งการยุติข้อมติก็ไม่มีการกำหนดเวลาไว้ โดยกล่าวเพียงว่าต้องมีคำวินิจฉัยมาจากคณะมนตรีความมั่นคงก่อน ดังนั้น เมื่อเกิดการประกาศเอกราชจึงทำให้ทั้งสองฝ่ายที่มีความขัดแย้งต่างก็ตีความข้อมติในทางที่จะทำให้ตนได้เปรียบซึ่งกลายเป็นว่าไม่อาจหาข้อยุติของปัญหาได้ ซึ่งถ้าหากพิจารณาย้อนไปดูข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโรดีเซีย ไชปรัสเหนือ ซึ่งจะเห็นว่า ทั้งสองกรณีคณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติดอกมาประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โรดีเซีย และไชปรัสด้วย แต่ในกรณีของโคโซโวลกลับไม่มีข้อมติใด ๆ ที่กล่าวประณามหรืออนุญาตการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเลย นั่นอาจเป็นเพราะความขัดแย้งทางการเมืองภายในคณะมนตรีความมั่นคงก็เป็นได้ที่ทำให้คณะมนตรีความมั่นคงไม่อาจดำเนินการที่เหมาะสมสำหรับเหตุการณ์ได้อย่างเต็มศักยภาพ แต่ก็ถือว่าเป็นแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงทำให้เกิดความชัดเจนในระดับหนึ่งเกี่ยวกับการประกาศเอกราช

ในส่วนของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติส่วนใหญ่จะมีบทบาทด้านสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่ามีส่วนสำคัญในการพิจารณาถึงสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น อย่างในกรณีของโคโซโวจะเห็นว่าสมัชชาใหญ่มีข้อมติหลาย ๆ ฉบับ ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชาวโคโซโว และในสถานการณ์เกี่ยวกับการประกาศเอกราชอื่น ๆ สมัชชาใหญ่เองก็มีการประกาศถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น ข้อมติของสมัชชาใหญ่ถึงแม้จะไม่มีผลบังคับเหมือนข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง แต่ก็ถือว่าเป็นเสียงสะท้อนของเสียงส่วนใหญ่ในประชาคมโลกต่อสถานการณ์นั้น ๆ ได้เป็นอย่างดี

จากการที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว แม้ความเห็นความเชิงปรึกษาจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นแนวทางในการที่ในการศึกษาและวิเคราะห์หลักกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยได้ โดยในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว แม้ศาลจะวินิจฉัยไว้ในประเด็นที่แคบ โดยพิจารณาเพียงว่ามีหลักกฎหมายระหว่างประเทศห้ามการประกาศเอกราชหรือไม่ ซึ่งพบว่าไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว อีกทั้ง

ศาลยังได้พิจารณาถึงแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีต่อกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีต พบว่าหากการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นผลมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวก็จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ซึ่งในกรณีของโคโซโวคณะมนตรีความมั่นคงไม่มีข้อมติที่ตัดสินว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้ง การที่ไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ก็เท่ากับว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

ในการวิเคราะห์ถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์จากหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะพบว่า ในส่วนของหลักกฎหมายในเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยหลักแล้วเป็นหลักกฎหมายที่ปรับใช้ในบริบทอาณานิคม แต่กรณีนอกบริบทอาณานิคมการปรับใช้หลักกำหนดใจตนเองจึงเป็นการปรับใช้ในรูปแบบของการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) ส่งเป็นการส่งเสริมทางด้านระบอบประชาธิปไตย ที่กลุ่มชนในรัฐมีสิทธิในการกำหนดการปกครองตนเอง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ต่าง ๆ ภายในรัฐ ซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนที่ผู้ปกครองรัฐต้องให้เคารพต่อสิทธินี้เช่นกัน ซึ่งในกรณีของโคโซโวจะเห็นได้ว่า ในอดีตโคโซโวเคยมีสถานะปกครองตนเองซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าโคโซโวได้ใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในแล้ว แต่เมื่อสโลโบดาน มิโลเชวิชขึ้นเป็นประธานาธิบดี ได้มีการยุบสถานะปกครองตนเองของโคโซโวใน ปี ค.ศ. 1989 ซึ่งนำมาสู่ความไม่พอใจของชาวโคโซโวเชื้อสายแอลบาเนียเป็นจำนวนมาก จนเหตุการณ์เลวร้ายลงถึงขั้นมีการใช้ความรุนแรง โดยทางรัฐบาลของยูโกสลาเวียได้ใช้กำลังในการปราบปรามชาวโคโซโว อีกทั้งยูโกสลาเวียยังดำเนินนโยบายที่เป็นการกีดกันชาวโคโซโวจากการมีส่วนร่วมในการปกครอง ห้ามใช้ภาษาแอลบาเนีย รวมทั้งมีคำสั่งปิดโรงเรียน มหาวิทยาลัย และขับไล่พนักงาน เจ้าหน้าที่ที่มีเชื้อสายแอลบาเนียออกจากงาน ซึ่งการกระทำของยูโกสลาเวียเป็นการกระทำในลักษณะของ Ethnic Cleaning ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ดังนั้น เมื่อโคโซโวไม่ได้รับความเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง อีกทั้งยังมีความพยายามในการเจรจาเพื่อหาข้อยุติในเรื่องสถานะของโคโซโว แต่ก็ไม่อาจหาข้อสรุปได้ ย่อมส่งผลให้เกิดสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) เพื่อหาหนทางเยียวยาขั้นสุดท้ายและนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในที่สุด

หลักกฎหมายที่สำคัญอีกหลักหนึ่ง คือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความเป็นรัฐ (Statehood) ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของรัฐในทางกฎหมายระหว่าง

ประเทศ ซึ่งหากพิจารณาในกรณีของโคโซโวจะพบว่าองค์ประกอบในเรื่อง ดินแดน และประชากรของโคโซโว มีความครบถ้วนแน่นอนอยู่แล้ว องค์ประกอบที่สำคัญที่นำมาวิเคราะห์ในประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายระหว่างของคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงอยู่ที่องค์ประกอบในเรื่อง รัฐบาล และความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ในส่วนของรัฐบาลถือเป็นหัวใจหลักในการเกิดขึ้นของรัฐใหม่ ซึ่งรัฐบาลจำเป็นต้องมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะดำเนินการปกครองรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งโคโซโวเองก็มีรัฐบาลปกครองตนเองที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนชาวโคโซโว ซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน ดังนั้น รัฐบาลโคโซโวจึงเป็นรัฐบาลตัวแทนประชาชนที่เข้ามาใช้อำนาจในการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย และเมื่อโคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ก็มีรัฐต่าง ๆ ให้การรับรองความเป็นรัฐเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงความสามารถในการมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ซึ่งสะท้อนให้เห็นในรูปแบบของการรับรองความเป็นรัฐ ดังนั้นหลักกฎหมายที่สำคัญที่มีความเชื่อมโยงเพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายของการเกิดขึ้นของรัฐใหม่นั้นคือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการรับรองความเป็นรัฐ โดยลักษณะการรับรองความเป็นรัฐเป็นลักษณะของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ แต่จะส่งผลให้เกิดพันธะผูกพันต่อกันระหว่างผู้รับรองและผู้ที่ได้รับการรับรอง และเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐที่เกิดขึ้นใหม่มีองค์ประกอบความเป็นรัฐครบถ้วน ซึ่งองค์ประกอบเหล่านี้เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริง นั่นคือ ดินแดนที่แน่นอน ประชากร และรัฐบาลที่มีประสิทธิภาพที่สามารถดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ได้ และเป็นที่ยอมรับ ก็ย่อมได้รับการรับรองความเป็นรัฐนั่นเอง และจากการรับรองความเป็นรัฐก็ส่งผลให้รัฐที่เกิดขึ้นใหม่มีสถานะบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกล่าวอีกนัย คือ การรับรองรัฐทำให้รัฐที่เกิดขึ้นใหม่มีตัวตนในประชาชนโลกนั่นเอง ซึ่งจากการที่มีการให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโวย่อมแสดงให้เห็นว่าประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะหากมีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่มีการรับรองความเป็นรัฐเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากเช่นนี้

สหประชาชาติเองก็มีบทบาทสำคัญเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวตั้งแต่อดีต โดยการดำเนินการของทั้งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติและคณะมนตรีความมั่นคงทำให้เกิดแนวปฏิบัติที่สามารถนำมาวิเคราะห์เทียบเคียงกับกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเพื่อวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวด้วย ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีโคโซโวเองก็นำแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีตมาใช้วิเคราะห์เพื่อให้เห็นเชิงปรัภษาในกรณีนี้เช่นกัน จึงจากการศึกษาจะพบว่า คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาจะมีข้อมติเกี่ยวกับการประกาศเอกราช

ฝ่ายเดียวที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยประกาศถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวรวมทั้งเรียกร้องให้รัฐสมาชิกไม่ให้การรับรองการประกาศเอกราชที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน ในกรณีของโคโซโวไม่ปรากฏว่าคณะมนตรีความมั่นคงหรือสมัชชามีมติในเรื่องนี้ออกมาหลังจากการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

อีกหลักฐานที่สำคัญซึ่งแสดงให้เห็นถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวอันเป็นผลมาจากการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองอย่างร้ายแรง นั่นคือกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของบังคลาเทศ ซึ่งเป็นผลมาจากการความแตกต่างทางเชื้อชาติ ภาษา วัฒนธรรม เศรษฐกิจ จนทำให้เกิดความขัดแย้งจนกลายเป็นสงครามระหว่างปากีสถานตะวันออกและปากีสถานตะวันตก(บังคลาเทศ) รัฐบาลกลางได้ประกาศกฏอัยการศึกในปากีสถานตะวันออก มีการสังหารพลเรือนรวมทั้งเด็กและสตรี ข่มขืน ทำลายบ้านเมือง และปล้นระดมทรัพย์สิน ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวพบว่ามีผู้คนถูกสังหารกว่าหนึ่งล้านคนในช่วงเดือนมีนาคมถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.1971⁶⁷ และจากกระทำการอันเป็นการปราบปรามอย่างโหดร้าย (repression) และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ซึ่งส่งผลให้ชาวเบงกาลีต้องอพยพเข้ามาในอินเดียถึงสิบล้านคน⁶⁸

อินเดียได้เข้ามาช่วยเหลือปากีสถานตะวันออก ในวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ.1971 กองกำลังของอินเดียได้มีการต่อสู้โจมตีทหารปากีสถานตะวันออก หลังจากกองกำลังของปากีสถานต่อสู้กันอย่างหนักเป็นเวลาสองอาทิตย์ก็ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกองกำลังทางทหารของอินเดียในวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1971 และทำให้แยกปากีสถานตะวันออกและปากีสถานตะวันตกออกจากกัน⁶⁹ และนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวซึ่งหลังจากที่บังคลาเทศประกาศเอกราชฝ่ายเดียว รัฐต่าง ๆ ก็เห็นชอบและให้การรับรองความเป็นรัฐ จนในที่สุดก็ได้เข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ จึงเป็นกรณีของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่โลกยอมรับถึงความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ จึงควรศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวเพื่อให้เกิดความกระจ่างยิ่งขึ้นต่อความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศใน

⁶⁷ Thomas D. Musgrave, Self-determination and national minorities(New York: Oxford University press,1997), p.190.

⁶⁸James Crawford, The Creation of States in International Law (New York : Oxford university press, 2006), p.141.

⁶⁹ Aleksander Pavkovic, Creating new states: theory and practice of secession (England: Ashgate, 2007), pp.107-108.

กรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว และอาจแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ตารางที่ 12 วิเคราะห์การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวและบังคลาเทศ

ประเด็น	โคโซโว	บังคลาเทศ	ข้อสังเกตของผู้เขียน
สิทธิในการกำหนดใจตนเอง	โคโซโวเป็นจังหวัดหนึ่งในเซอร์เบีย ซึ่งมีประชาชนที่มีความแตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่ในประเทศ ทั้งเรื่องเชื้อชาติ ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม โดยในอดีตโคโซโวมีสถานะเป็นเขตปกครองตนเองซึ่งถือเป็นการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน แต่เมื่อสโลโบดัน มิโลเชวิช ขึ้นเป็นประธานาธิบดีกลับเพิกถอนสถานะปกครองตนเองของโคโซโว อีกทั้งยังมีการกดขี่ข่มเหงและปราบปรามอย่างร้ายแรง กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างใหญ่หลวง ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าว	บังคลาเทศหรือปากีสถานตะวันออกเคยเป็นส่วนหนึ่งของปากีสถาน มีภูมิประเทศแยกดินแดนทั้งสองฝั่งออกจากกัน ทำให้เกิดความแตกต่างกันทางภูมิประเทศ สังคม เศรษฐกิจ ซึ่งมีความเลื่อมล้ำอย่างชัดเจน และทำให้ชาวปากีสถานตะวันออกไม่ได้รับความเท่าเทียมกันกับชาวปากีสถานตะวันตก อีกทั้งอยู่ภายใต้การปกครองของผู้นำทางการทหาร รัฐบาลที่ปกครองประเทศจึงไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชน ขึ้นมีการกดขี่ข่มเหงอย่างอย่างแรง จนเหตุการณ์เลวร้ายถึงฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จึง	จะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีประชาชนถูกละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน นั่นคือการที่รัฐบาลไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชน อีกทั้งถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง อีกทั้งรัฐยังดำเนินการอันเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและใหญ่หลวง นั่นคือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์(genocide) ⁷⁰ และการชำระล้างเผ่าพันธุ์(ethnic cleansing) ⁷¹ ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ดังนั้น ผลจากการที่รัฐละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองรัฐย่อมไม่อาจยกหลักบูรณภาพแห่งดินแดนมาอ้างเพื่อป้องกันไม่ให้กลุ่มคนที่ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำโหดร้ายนี้แยกตัวออกเป็นเอกราชได้เช่นเดียวกัน

⁷⁰ James Crawford, *The Creation of States in International Law* (New York : Oxford university press, 2006), p.141.

⁷¹ UN General Assembly Resolution 49/204, 23 December 1994.

	ทำให้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในกลายเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกและนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียว	เห็นได้ว่ารัฐบาลปากีสถานไม่เคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชาวปากีสถานตะวันตกนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของบังคลาเทศ	
การแทรกแซงทางมนุษยธรรม	นาโต้ได้เข้าแทรกแซงทางการทหารโดยอ้างเหตุผลทางมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ.1999 ซึ่งการเข้าแทรกแซงของนาโต้ในวิกฤติการณ์โคโซโวเป็นไปเพื่อช่วยเหลือโคโซโวจากการโจมตีของยูโกสลาเวียเท่านั้น ดังนั้น การแทรกแซงของนาโต้อยู่บนพื้นฐานของการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้ปฏิบัติการเพื่อสนับสนุนการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ⁷²	อินเดียได้เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยเหลือปากีสถานตะวันออกจากสงครามการสู้รบระหว่างปากีสถานตะวันออกและปากีสถานตะวันตก โดยอ้างเหตุผลทางมนุษยธรรม อันนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของปากีสถานตะวันออกหรือบังคลาเทศ	จากทั้งสองกรณีจะเห็นได้ว่าการแทรกแซงทางมนุษยธรรม หากแต่เหตุผลในการช่วยเหลืออันนำมาสู่ผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน โดยในกรณีที่น่าโต้เข้าช่วยเหลือโคโซโวเพื่อให้ยูโกสลาเวียยุติการโจมตีโคโซโวเท่านั้น ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายให้โคโซโวประกาศเอกราช อีกทั้งหลังจากการโจมตีของนาโต้ โคโซโวก็อยู่ในความดูแลของสหประชาชาติ ซึ่งหลังจากนั้นอีก 7 ปี โคโซโวจึงประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ในปี ค.ศ.2008 ซึ่งแตกต่างจากการที่อินเดียเข้าแทรกแซงสงครามระหว่างปากีสถานตะวันออกและปากีสถานตะวันตก โดยเป็นการเข้าไปเพื่อช่วยเหลือให้ปากีสถานตะวันออกต่อสู้เพื่อเป็นเอกราช

⁷² Vidmar Jure. "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42 (May 2009): 826.

ประเด็น	โคโซโว	บังคลาเทศ	ข้อสังเกตของผู้เขียน
<p>บทบาทของ สมัชชาใหญ่แห่ง สหประชาชาติ</p>	<p>สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีส่วนสำคัญในการออกข้อมติที่เป็นการช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ด้านสังคม เศรษฐกิจ แก่โคโซโว และเมื่อโคโซโวประกาศเอกราชสมัชชาใหญ่ก็ไม่มีข้อมติใด ๆ เกี่ยวกับการประกาศเอกราชในครั้งนี้</p>	<p>สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 2793⁷³ เพื่อให้ทั้งอินเดียและปากีสถานหยุดยิง โดยเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่อาจดำเนินการได้เพราะสมาชิกถาวรคือจีนและรัสเซียได้ทำให้ไม่อาจมีข้อมติออกมาเพื่อแก้ปัญหาได้ สมัชชาใหญ่จึงดำเนินการภายใต้มติการร่วมกันเพื่อสันติภาพ (Uniting for peace resolution)⁷⁴</p>	<p>สมัชชาใหญ่ประชาชาติได้มีการดำเนินการเพื่อให้ความช่วยเหลือด้านสิทธิมนุษยชนแก่ทั้งสองกรณี แต่ในกรณีของบังคลาเทศจะเห็นได้ว่าการร่วมกันเพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศระหว่างสมัชชาใหญ่และคณะมนตรีความมั่นคงในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่อาจดำเนินการได้ โดยสมัชชาใหญ่ก็ไม่มีข้อมติใด ๆ เกี่ยวกับการประกาศเอกราชของทั้งสองกรณี เช่นเดียวกัน</p>
<p>บทบาทของ สหประชาชาติ คณะมนตรีความ มั่นคง</p>	<p>คณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติเกี่ยวกับวิกฤติการณ์ในโคโซโวมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1998 เรื่อยมา จนภายหลังจากที่นาโต้ได้โจมตียูโกสลาเวียจนต้องถอนกำลัง</p>	<p>ในกรณีของบังคลาเทศในช่วงที่มีการต่อสู้กันระหว่างปากีสถานตะวันออกและปากีสถานตะวันตก ไม่ปรากฏว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะมีการกระทำใด ๆ</p>	<p>จากกรณีของโคโซโวและบังคลาเทศจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันเกี่ยวกับการดำเนินงานของคณะมนตรีความมั่นคง โดยในกรณีของโคโซโวคณะมนตรีความมั่นคงได้ดำเนินการอย่างต่อเนื่อง</p>

⁷³ United Nations General Assembly resolution 2793(XXVI), 7 December 1971.

⁷⁴ United Nations General Assembly resolution 377 A, 3 November 1950.

ประเด็น	โคโซโว	บังคลาเทศ	ข้อสังเกตของผู้เขียน
	<p>ออกไป คณะมนตรีความมั่นคงก็ได้มีข้อมติที่ 1244 ซึ่งเป็นข้อมติที่กำหนดให้โคโซโวอยู่ภายใต้การบริหารจัดการของสหประชาชาติและความร่วมมือระหว่างประเทศ แต่ในข้อมตินี้ไม่ได้กล่าวถึงการประกาศเอกราชของโคโซโว อีกทั้งภายหลังจากที่โคโซโวประกาศเอกราช คณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่ได้มีข้อมติใด ๆ เกี่ยวกับการประกาศเอกราชออกมา</p>	<p>เกี่ยวกับความขัดแย้งในครั้งนี้นั้นในที่สุดก็มีข้อมติที่ 307(1971)⁷⁵ ออกมาเพื่อให้อินเดียและปากีสถานหยุดยิงและให้นานาชาติเข้าให้ความช่วยเหลือ แต่ก็ไม่มีข้อมติที่ออกมาประณามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว</p>	<p>เพื่อให้ยุติวิกฤติการณ์ในโคโซโว จนกระทั่งมีข้อมติที่ 1244 ทำให้โคโซโวอยู่ภายใต้การดูแลของสหประชาชาติ แต่ในกรณีของบังคลาเทศกลับไม่มีการกระทำใด ๆ จนมีข้อมติที่ 307(1971) เพราะเรียกร้องให้หยุดยิง แต่ก็ไม่มีข้อมติที่กำหนดให้บังคลาเทศอยู่ภายใต้การดูแลของสหประชาชาติเหมือนเช่นโคโซโว</p> <p>แต่ทั้งสองกรณีมีความเหมือนกันในช่วงที่มีการประกาศเอกราชซึ่งไม่ปรากฏว่าคณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติใด ๆ ที่เป็นการพิจารณาว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกรณีอื่น ๆ ที่เคยเกิดขึ้นอย่างในโรดีเชีย และไซปรัส</p>

⁷⁵ United Nations Security Council Resolution 307, 21 December 1971.

ประเด็น	โคโซโว	บังคลาเทศ	ข้อสังเกตของผู้เขียน
การรับรองรัฐ	หลังจากที่มีการประกาศเอกราชจนถึงปัจจุบันมีประเทศต่าง ๆ ให้การรับรองรัฐแก่โคโซโว 99 ประเทศ ⁷⁶ อีกทั้ง โคโซโวยังได้เข้าร่วมในองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น IMF และธนาคารโลก แต่ยังไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ	หลังจากที่บังคลาเทศประกาศเอกราชอินเดียก็ให้การรับรองรัฐเป็นประเทศแรกจนในปี ค.ศ. 1974 ปากีสถานให้การรับรองรัฐและทำให้บังคลาเทศได้เข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ ⁷⁷	จะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ ได้ให้การรับรองรัฐแก่ทั้งสองกรณีซึ่งแสดงให้เห็นว่าประชาคมโลกยอมรับถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวซึ่งทำให้ตัวตนในทางระหว่างประเทศชัดเจนขึ้น ถึงแม้ว่าโคโซโวยังไม่ได้เข้าเป็นสมาชิก แต่ก็ถือว่าเสียงส่วนใหญ่ของโลกให้การรับรองความเป็นรัฐ ซึ่งถ้าหากเซอร์เบียให้การรับรองโคโซโวอาจทำให้อีกหลาย ๆ ประเทศพิจารณารับรองรัฐแก่โคโซโว รวมทั้งการพิจารณาเข้าเป็นสมาชิกสหประชาชาติ อย่างในกรณีบังคลาเทศที่เมื่อปากีสถานให้การรับรองรัฐแก่บังคลาเทศ ในปีเดียวกันก็ได้เข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ

⁷⁶ International recognition of Kosovo [Online], September 21, 2008 Available from: https://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_Kosovo.

⁷⁷ James Crawford, *The Creation of States in International Law* (New York : Oxford university press, 2006), p.386.

จากตารางจะเห็นว่า กรณีของบังคลาเทศและโคโซโวกมีความคล้ายคลึงกันในหลาย ๆ ประเด็น ซึ่งสิ่งที่สำคัญคือเรื่องของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งทั้งสองกรณีเกิดเหตุการณ์ที่มีการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองอย่างร้ายแรง อันนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงจากสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกซึ่งส่งผลให้กลุ่มประชาชนที่ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำที่โหดร้ายนี้แยกตัวออกมาเป็นเอกราช และถึงแม้ว่าทั้งสองกรณีอาจมีความแตกต่างบ้าง แต่จุดเริ่มต้นที่สำคัญที่ทำให้เกิดสิทธิในการแยกตัวออกมาจากรัฐแม่โดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

ดังนั้น จากการวิเคราะห์ในส่วนของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในเรื่องหลักการกำหนดใจตนเอง หลักในเรื่องความเป็นรัฐ และหลักในเรื่องการรับรองรัฐ ทำให้เห็นว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวกเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากความเห็นเชิงปรีชาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวกที่ว่าไม่มีกฎหมายห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวกย่อมเป็นการยืนยันถึงความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว อีกทั้ง ยังพิจารณาเทียบเคียงจากกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของบังคลาเทศซึ่งถือเป็นการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ประสบความสำเร็จในอดีต และพิจารณาประกอบไปกับแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบันทำให้เกิดความชัดเจนว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวกมีความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากที่ได้ทำการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า ความขัดแย้งที่มีมาแต่อดีตระหว่างเซอร์เบียและโคโซโวซึ่งรุนแรงมากขึ้นจนเกิดเป็นวิกฤติการณ์ร้ายแรงและกระทบต่อความมั่นคงและสันติภาพระหว่างประเทศ สหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศส่วนภูมิภาค โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่ 1244 (1999) ซึ่งมีความสำคัญมากในการจัดการเกี่ยวกับปัญหาในโคโซโว ซึ่งข้อมตินี้ได้มีการจัดตั้งคณะทำงานระหว่างประเทศ โดยได้รับความร่วมมือจากสหภาพยุโรปและองค์การเพื่อความร่วมมือและความมั่นคงในยุโรป และองค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือทั้งในการปฏิบัติภารกิจในด้านความมั่นคงและฟื้นฟูด้านมนุษยธรรม และการปกครองแก่โคโซโว ซึ่งหนึ่งในภารกิจหลักที่กำหนดขึ้นโดยข้อมตินี้คือการจัดให้มีการเจรจา ระหว่างโคโซโวและเซอร์เบียเกี่ยวกับสถานะสุดท้ายของโคโซโว แต่การเจรจาล้มเหลวและไม่มีที่ท่าที่จะหายุติได้ จึงนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโววันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 ซึ่งการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวในครั้งนี้สร้างความไม่พอใจแก่เซอร์เบียเป็นอย่างมาก และผลักดันในสมัชชาใหญ่มีข้อมติเพื่อขอความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวว่าชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

ในวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว โดยในเรื่องของเขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีมติเป็นเอกฉันท์ในการยอมรับถึงเขตอำนาจของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในการร้องขอความเห็นเชิงปรึกษาจากศาล ซึ่งเมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาจะเห็นว่า ศาลได้ให้ความเห็นในส่วนของหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่อกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไว้แคบมาก โดยศาลวินิจฉัยเพียงว่าไม่มีกฎหมายห้ามการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ดังนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงไม่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ศาลกลับหลีกเลี่ยงที่จะวินิจฉัยและให้ความกระจ่างในส่วนของหลักการกำหนดใจตนเอง ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นต่อบริบทที่ไม่ใช่อาณานิคม

ในส่วนข้อวินิจฉัยของศาลในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวนำมาสู่ความเห็นเชิงปรึกษาในกรณีนี้ว่า การประกาศเอกราชของโคโซโวไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมาย

ระหว่างประเทศ ซึ่งศาลได้พิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปซึ่งศาลได้ยกหลักฐาน ภาพแห่งดินแดนขึ้นมาพิจารณาและพบว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักที่นำมาปรับใช้ระหว่าง รัฐเท่านั้น ซึ่งไม่อาจนำมาปรับใช้กับการกระทำของการกระทำขององคภาวะภายในรัฐได้ และศาลยัง ได้นำแนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีตที่มี ประกาศถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชอย่างชัดเจน แต่ในกรณีของโคโซโว คณะมนตรีความมั่นคงกลับไม่มีข้อมติใด ๆ เกี่ยวกับการประกาศเอกราช ศาลจึงวินิจฉัยว่าการ ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวไม่ได้กระทำโดยสภาโคโซโวซึ่งอยู่ภายใต้ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 โครงร่างรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1244 แต่การประกาศเอกราช ฝ่ายเดียวกระทำโดยตัวแทนของประชาชนซึ่งอยู่นอกกรอบอำนาจของตัวแทนพิเศษจาก สหประชาชาติ ดังนั้น การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวจึงไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่าง ประเทศนั่นเอง

อีกทั้ง ศาลยังได้กล่าวถึงในส่วน of ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชา ใหญ่เกี่ยวกับการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในอดีตที่มีความสำคัญในการนำมาพิจารณาถึง ความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ซึ่งจะเห็นได้ชัดว่าในอดีตกรณีของการ ประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่สำคัญได้แก่ กรณีของโรดีเซีย ไชปรัสเหนือ คณะมนตรีความมั่นคงและ สมัชชาใหญ่ได้มีข้อมติออกมาประณามการประกาศเอกราชที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยัง เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่การรับรองความเป็นรัฐด้วย ซึ่งการข้อมติโดยวินิจฉัยว่าการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ไม่ให้การรับรองถือเป็นแนว ปฏิบัติที่นำมาใช้พิจารณาได้ โดยเฉพาะในกรณีของโคโซโวที่คณะมนตรีความมั่นคงที่มีข้อมติ 1244 ออกมาโดยกำหนดให้มีการจัดให้มีการเจรจาเพื่อหาสถานะสุดท้ายของโคโซโว แต่ไม่ได้มี การกำหนดถึงเงื่อนไขหรือผลสุดท้ายไว้ และในช่วงที่โคโซโวประกาศเอกราชฝ่ายเดียวทั้งคณะ มंत्रीความมั่นคงและสมัชชาใหญ่ก็ไม่ได้มีข้อมติใด ๆ เกี่ยวกับการประกาศเอกราชออกมา

แม้ว่าความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่มีผลบังคับ แต่ก็ ถือว่าศาลได้ให้ความกระจ่างว่าในกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการห้ามหรืออนุญาตเกี่ยวกับการ ประกาศเอกราชฝ่ายเดียว แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวจะต้องชอบ ด้วยกฎหมายระหว่างประเทศในทุกกรณี ดังนั้น ในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างประเทศจำเป็นต้องตรวจสอบจากกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย โดย หลักการกำหนดใจตนเอง ถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการปลดปล่อยอาณานิคมซึ่งทำให้

ดินแดนที่ตกอยู่ภายใต้อาณานิคมและดินแดนที่ไม่มีรัฐบาลปกครองตนเองได้รับเอกราชเป็นจำนวนมาก แต่เนื่องกรณีของโคโซโวไม่ได้อยู่ภายใต้บริบทอาณานิคม จึงต้องพิจารณาว่าชาวโคโซโวมี่สิทธิในการกำหนดใจตนเองหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ชาวโคโซโวเชื้อสายแอลบาเนียซึ่งจากเดิมที่มีสิทธิในการปกครองตนเองกลับถูกยกเลิกสถานะนั้นไปอีกทั้งยังถูกกระทำในลักษณะการชำระล้างเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansing) โดยรัฐบาลยูโกสลาเวีย ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ชาวโคโซโวไม่ได้รับความเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง แม้หลังจากนั้นจะมีความพยายามทั้งสองฝ่ายในการเจรจาข้อยุติเกี่ยวกับสถานะของโคโซโวแต่ไม่ประสบความสำเร็จและนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวในที่สุด ถึงอย่างไร หลักในการกำหนดใจตนเองไม่ได้นำมาสู่ผลลัพธ์ในการประกาศเอกราชเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งในกรณีการประกาศเอกราชย่อมต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ในแต่ละกรณีไป ซึ่งในกรณีของโคโซโวถือว่าเป็นกรณีที่มีความพิเศษ โดยมีความขัดแย้งในอดีตอันส่งผลให้เกิดการละเมิดสิทธิในการกำหนดใจตนเองและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจนกระทบต่อความสงบและสันติภาพระหว่างประเทศ จนทำให้สหประชาชาติและองค์การระหว่างระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้เข้ามาช่วยแก้ปัญหาวิกฤติการณ์ครั้งนี้ด้วย

ประกอบกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่นำมาวิเคราะห์ความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว นั่นคือหลักความเป็นรัฐ ซึ่งเป็นการวางเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของรัฐ ซึ่งโคโซโวเองก็มีองค์ประกอบที่ครบถ้วนในเรื่องของดินแดน และประชากร ในส่วนขององค์ประกอบที่สำคัญนั้นคือรัฐบาล จะเห็นได้ว่า แม้สหประชาชาติที่เข้ามาดูแลในเรื่องการบริหารจัดการในโคโซโว ก็เป็นเพื่อการวางแนวทางในการปกครองตนเอง ซึ่งรัฐบาลของโคโซโวก็ดำเนินมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ดังนั้น จึงถือรัฐบาลเป็นตัวแทนของประชาชนในการใช้อำนาจปกครองรัฐ ซึ่งรัฐบาลของโคโซโวเองมีประสิทธิภาพในการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ซึ่งจะเห็นได้จากการรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโว ย่อมแสดงให้เห็นว่าโคโซโวมี่องค์ประกอบความเป็นรัฐที่ครบถ้วนและมีประสิทธิภาพเพียงพอในการบริหารปกครองประเทศ หลังจากที่โคโซโวประกาศเอกราชออกมาก็มีประเทศต่าง ๆ ให้การรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโวเป็นจำนวนมาก หลังภายหลังจากที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการประกาศเอกราชของโคโซโวว่าไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมาย ก็มีประเทศต่าง ๆ ให้การรับรองรัฐเพิ่มขึ้นอีก 30 ประเทศ จนถึงขณะนี้ประเทศต่าง ๆ ในการรับรองความเป็นรัฐแก่โคโซโวถึง 99 ประเทศ จากจำนวน 193 ประเทศ อีกทั้ง องค์การระหว่างประเทศเองได้รับโคโซโวเข้าเป็นสมาชิก อย่างในกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ที่ได้รับโคโซ

โวเข้าเป็นสมาชิก ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า เวทีโลกได้ให้การยอมรับการประกาศเอกราชของโคโซโวกี้ ความชอบด้วยกฎหมายและยอมรับการเข้าสู่ประชาคมระหว่างประเทศ

การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของบังคลาเทศเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่เป็นหลักฐานสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว ซึ่งกรณีของบังคลาเทศและโคโซโวต่างเกิดเหตุการณ์ที่รัฐบาลที่ไม่มีมาจากตัวแทนของประชาชนกระทำการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดในตนเองของซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนด้วย โดยการกระทำที่เป็นการกดขี่ทารุณโหดร้ายมาก ซึ่งผลจากการกระทำดังกล่าวทำให้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal self-determination) กลายเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก (external self-determination) อันนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ซึ่งในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวบังคลาเทศก็ได้รับการรับรองรัฐและเข้าเป็นสมาชิกของสหประชาชาติ จึงถือได้ว่าโลกก็ให้การยอมรับต่อผลจากการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองอย่างร้ายแรง ซึ่งเมื่อพิจารณากรณีการประกาศเอกราชของโคโซโวซึ่งอาจมีปัจจัยอื่น ๆ ที่แตกต่างกันไปบ้าง อย่างเช่น การที่โคโซโวอยู่ภายใต้การดูแลของสหประชาชาติก่อนจะมีการประกาศเอกราช ซึ่งในกรณีของบังคลาเทศไม่ปรากฏเหตุการณ์เช่นนี้ แต่จุดสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงสิทธิโดยชอบธรรมของกลุ่มประชาชนที่ประกาศเอกราชออกมานั้นเกิดจากการที่รัฐบาลไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชนและมีการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่สำคัญที่นำมาสู่จุดเปลี่ยนจากสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในมาเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกนั่นเอง

ดังนั้น จึงเห็นได้ถึงแนวโน้มของวิวัฒนาการในเรื่องหลักกำหนดใจตนเองในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันได้มีการยอมรับถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) ซึ่งเป็นสิทธิของประชาชนในรัฐที่จะใช้สิทธินี้ในการตัดสินใจและการมีส่วนร่วมในการปกครอง โดยมีสิทธิในการเลือกใช้ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม ของตนเองได้อย่างอิสระภายในเขตแดนของรัฐ ซึ่งหากรัฐให้การเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองของกลุ่มคนภายในรัฐ แน่แน่นอนว่ารัฐจะได้รับความคุ้มครองจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องบูรณภาพแห่งดินแดนและอำนาจอธิปไตย ซึ่งประชาชนที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองย่อมต้องใช้สิทธินี้ภายในรัฐอย่างเสรีแต่ต้องไม่ใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองเพื่อเป็นการคุกคามต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ แต่ในทางกลับกัน ถ้าหากรัฐไม่ให้การเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชน ซึ่งรัฐบาลที่ปกครองประเทศไม่ได้เป็นตัวแทนของประชาชน และมีการปกครองอย่างทารุณโหดร้ายและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและใหญ่หลวง รัฐย่อมไม่อาจอ้างบูรณภาพแห่งดินแดนได้ อีกทั้ง การที่รัฐกระทำการละเมิดดังกล่าว ทำให้สิทธิในการกำหนดใจ

ตนเองภายในกลายเป็นสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอก ซึ่งทำให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกนี้เพื่อนำไปสู่การเยียวยาและหาทางออกจากสถานการณ์ที่เลวร้ายนี้ ซึ่งอาจนำมาสู่การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาที่ผ่านมาพบว่า ภายใต้ความเห็นเชิงปริกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว เป็นการยืนยันว่าคำประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโวไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงมีความเห็นเสนอแนะเพิ่มเติม ดังนี้

1. ในการที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีข้อมติเกี่ยวกับสถานการณ์ที่กระทบต่อความสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ควรมีลักษณะที่ชัดเจน เพราะหากข้อมติมีความคลุมเครือ ไม่กระจ่าง ย่อมทำให้ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและตรงตามจุดมุ่งหมายในการออกข้อมติ ซึ่งอาจส่งผลต่อการแก้ไขปัญหาในสถานการณ์นั้น ๆ อีกด้วย

2. ในบริบทหลังยุคอาณานิคมที่เห็นได้ว่า หลักในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) ซึ่งเป็นสิทธิของประชาชนในรัฐได้รับการยอมรับและรัฐต่าง ๆ จะต้องเคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในของประชาชนในรัฐด้วย โดยรัฐบาลที่ปกครองประเทศจะต้องมาจากตัวแทนของประชาชน หากรัฐใดปฏิเสธต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ดังนั้น จึงควรส่งเสริมให้รัฐต่าง ๆ เคารพและปฏิบัติตามหลักในการกำหนดใจตนเอง เพื่อเป็นการส่งเสริมสิทธิของประชาชนภายในรัฐอันพึงมี

3. ในเรื่องหลักในการกำหนดใจตนเองภายใน (Internal Self-determination) แม้จะมีอนุสัญญาหลายฉบับที่กำหนดการปรับใช้หลักกำหนดใจตนเองไว้แต่ไม่มีการกล่าวถึงวิธีการเยียวยาหากผู้ที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองถูกละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองอย่างร้ายแรง ดังนั้น ควรมีการกำหนดแนวทางในการเยียวยากรณีที่ถูกละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเองไว้ให้ชัดเจนด้วย และหาทางป้องกันการละเมิดสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

4. แม้ว่าจะยังไม่มีชัดเจนถึงขอบเขตของหลักนี้และการปรับใช้หลักกำหนดใจตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของหลักกำหนดใจตนเองภายนอก (External Self-determination) ซึ่งในปัจจุบันจะเห็นได้ว่ามีแนวโน้มของการยอมรับผลจากการทารุณโหดร้ายและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและใหญ่หลวง และในกรณีที่รัฐบาลไม่ได้มีจากตัวแทนของ

ประชาชนอย่างแท้จริงอันนำมาสู่ความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว แต่ก็ต้องพิจารณาเป็นรายกรณี เพราะต้องพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ อีกด้วย ซึ่งถือว่าเกิดความชัดเจนในระดับหนึ่งว่าหากเกิดการทารุณโหดร้ายและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างใหญ่หลวง จะทำให้ประชาชนที่ตกเป็นเหยื่อความรุนแรงดังกล่าวซึ่งมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองภายในทำให้เปลี่ยนไปสู่สิทธิในการกำหนดใจตนเองภายนอกเพื่อหาหนทางเยียวยาความโหดร้ายที่เกิดขึ้นได้

5. ในส่วนของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวควรมีบรรทัดฐานที่แน่นอนในการวิเคราะห์ถึงความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อป้องกันปัญหาความพยายามในการแบ่งแยกดินแดน เพราะปัญหานี้กระทบต่อความมั่นคงระหว่างประเทศ และอาจกระทบต่อสิทธิมนุษยชนด้วยเช่นกัน ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดเงื่อนไขของการประกาศเอกราชที่ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจนำคำวินิจฉัยของศาลในกรณีการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว และข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงกับสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการวางขอบเขตของการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวที่ควรจะเป็น เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว และทำให้เกิดความมั่นคงระหว่างประเทศ

6. หลักกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นรัฐ (statehood) เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดถึงองค์ประกอบความเป็นรัฐที่จะมีสถานะเป็นบุคคลระหว่างประเทศ ซึ่งในการนำมาปรับใช้ในสถานการณ์ปัจจุบันได้มีการคำนึงถึงองค์ประกอบอื่น ๆ เพิ่มเติมขึ้นมาในการพิจารณาถึงความความเป็นรัฐ เช่น ในการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยใช้กำลังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ การไม่เคารพต่อสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งองค์ประกอบในการที่นำมาพิจารณาเพิ่มเติมควรมีการกำหนดให้ชัดเจนเพื่อให้เกิดแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการเกิดขึ้นของรัฐใหม่โดยเฉพาะการประกาศเอกราชฝ่ายเดียว

7. ในเรื่องการรักษารับรองความเป็นรัฐแม้จะเป็นเรื่องทางการเมืองระหว่างประเทศ แต่การรักษารับรองรัฐนั้นส่งผลทางกฎหมายในเรื่องสถานะความเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ โดยการรับรองรัฐย่อมขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของแต่ละรัฐในการพิจารณาให้การรับรอง แต่ก็ควรมีเงื่อนไขหรือองค์ประกอบเพื่อเป็นแนวทางที่ชัดเจนขึ้นในการรับรองรัฐ เพื่อคัดกรองรัฐที่จะเข้ามาเป็นสมาชิกในประชาคมระหว่างประเทศอีกระดับหนึ่ง และเพื่อให้เกิดสันติภาพในการอยู่ร่วมกันระหว่างประเทศ

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

ขจิต จิตตเสวี. องค์การระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2553.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2550.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2550.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2550.

จันทร์จิรา บริสุทธิ . บทบาทขององค์การสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือต่อวิกฤติการณ์ใน
โคโซโว. วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัย
รามคำแหง , 2545.

ธนัชพร วงศ์สุวรรณพร. ความร่วมมือขององค์การระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาความ
ขัดแย้งทางชาติพันธุ์ในโคโซโว (ค.ศ.1999-2003). วิทยานิพนธ์รัฐศาสตร
มหาบัณฑิต สาขาวิชาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ภาควิชาความสัมพันธ์
ระหว่างประเทศ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

ธนู แก้วโอภาส. เหตุการณ์สำคัญที่สุดของโลกในศตวรรษที่ 20 : ศตวรรษแห่งสงคราม.
กรุงเทพมหานคร : สุขภาพใจ, 2544.

ณัฐกฤษตา เมฆา. ปัญหาและลู่ทางว่าด้วยสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมือง
ดั้งเดิม. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

ณัฐกฤษตา เมฆา. หลักการกำหนดใจตนเอง. จุลสารความมั่นคงศึกษา 59 (มิถุนายน 2552)

ประทุมพร วัชรเสถียร. ปัญหาโคโซโว : ไม่สิ้นสุด. มติชนสุดสัปดาห์ 19,965 (16 กุมภาพันธ์ 2542)

ประทุมพร วัชรเสถียร. ปฏิบัติการทางทหารของนาโต้ในปัญหาโคโซโว : การแทรกแซงเพื่อมนุษยธรรม. วารสารยุโรปศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 7,2 (ก.ค. – ธ.ค. 2542)

ประพีร์ อภิชาติสกุล. สหประชาชาติกับการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบ กรณีวิกฤติการณ์โคโซโว ค.ศ.1998 และกรณีวิกฤติการณ์อิรัก ค.ศ.2003, วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554

มานพ เมฆประยูร และกิตติศักดิ์ วรรณะภูมิ. สหประชาชาติ : สันติภาพกับการพัฒนา. กรุงเทพมหานคร: สมาคมสหประชาชาติแห่งประเทศไทย, 2538.

สุนิต วรรัตน์กุล. สหประชาชาติกับเอกราชของนามิเบีย. วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะรัฐศาสตร์ ,จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.

สมพงษ์ ชูมาก .กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

สมพงษ์ ชูมาก. ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศยุคปัจจุบัน (ทศวรรษ 1990 และแนวโน้ม) .

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

วรภกร จุลปานนท์. สหประชาชาติกับการได้เอกราชของโรดีย์เซียใต้(ค.ศ.1962-1980),
วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะ
รัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

วรียา หยึกประเสริฐ. ความเห็นเชิงปรัชญาศัลยวิทยาระหว่างประเทศกรณีการสร้าง
กำแพงในดินแดนที่ถูกยึด ครองของปาเลสไตน์ และผลลัพธ์ต่อกฎหมาย
มนุษยธรรมระหว่างประเทศ.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์,จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

หัสญา ชุ่นจิตต์ . การใช้กำลังขององค์การสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือภายใต้
กฎหมายกฎหมายระหว่าง ประเทศ : ศึกษากรณีเหตุการณ์โคโซโว ,วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรบัณฑิต. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

อรพินท์ ปานนาค. ประวัติศาสตร์แคนาดา. พิมพ์ครั้งที่ 1.กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
รามคำแหง, 2548.

อริศรา เหล็กคำ. กรณีศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีการปรับใช้
อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายเผ่าพันธุ์(26
กุมภาพันธ์ 2550),วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

เอกสารการสอนชุดวิชา สถาบันระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-7 สาขานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 5.กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540.

ภาษาอังกฤษ

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010.

Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Contribution of the Republic of Kosovo, 17 July 2009.

Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the government of the Republic of Serbia. 15 April 2009

Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the government of the Republic of Serbia. 14 July 2009

Accordance with international law of the Unilateral declaration of independence by the provisional institutions of self-government of Kosovo, Written Statement of the United States of America, April 2009

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Vice-President Tomka

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Dissenting Opinion of Judge Bennouna

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Dissenting Opinion of Judge Koroma.

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Dissenting Opinion of Judge Skotnikov.

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Separate Opinion of Judge Keith.

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Separate Opinion of Judge Yusuf.

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Separate Opinion of Judge Sepulveda-Amor.

Aleksander Pavkovic. Creating new states: theory and practice of secession. England: Ashgate, 2007.

Alexander Orakhelashvili. Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo, Max Planck

Yearbook of United Nations Law 12, (2008).

Antonio Cassese .Self-determination of peoples.New York : Cambridge University Press,1996.

Bartram S.Brown . Human Right, Sovereignty, The Final Status of Kosovo.
Chicago-Kent law Review 80,(2005).

Bing Bing Jia . The Independence of Kosovo : A Unique case of secession ?
Chinese Journal of International law 8 (2009).

Bjorn Arp. The ICJ Advisory opinion on the accordance with international law of the unilateral Declaration of independence in respect of Kosovo and the international protection of minorities. German Law Journal 11 (August 2010).

Burmester Byron F. On Humanitarian Intervention: The New World Order and Wars to Preserve Human Rights. Utah Law Review 1(1994).

The Charter of the United Nations.

Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement,
S/2007/168/add.1, 26 May 2007.

Constitutional Framework for Provisional Self-government in Kosovo.

Dejena Kumbaro. The Kosovo Crisis in an International Law Perspective: Self-determination, Territorial Integrity and the NATO Intervention. North Atlantic Treaty Organisation, Office of Information and Press, 2001.

David Harris. Cases and Materials on international law . 6th Edition . U.K.
:Sweet & Maxwell, 2004.

David J. Whittaker. United Nations in action. First. London: UCL Press, 1995.

Dick Leurdijk and Dick Zandee. Kosovo : From Crisis to Crisis, (Hampshire :
Ashgate, 2001).

Erzsebet Csatos . The Legal Regime of Unilateral act of states, Journal of the
international law department of university of Miskolc, Vol.7(2010) No.1

Evan M. Brewer. To break free from tyranny and oppression: Proposing a model
for a remedial right to secession in the wake of the Kosovo advisory
opinion, Vanderbilt Journal of Transnational law 45 (January 2012).

Frank Dietrich. The status of Kosovo-reflection on the legitimacy of
secession. Ethics & Global Politics3, (2010).

G.A. Res.1514 U.N. General Assembly, 25th Sess., Doc.A/RES/2625(XXV).

General Assembly Sixty-third session 22nd plenary meeting Wednesday, 8
October, 2008 A/63/PV.22.

Henry J. Richardson. CONSTITUTIVE QUESTIONS IN THE NEGOTIATIONS FOR
NAMIBIAN INDEPENDENCE, American Journal of International Law
(January 1984).

International Court of Justice. Case Concerning the Application of the

Genociden Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007.

International Covenant on Civil and Political Rights. [Online], Available from:
<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.[Online],
 Available from: http://www.who.int/hhr/Economic_social_cultural.pdf

International recognition of Kosovo [Online], September 21, 2008 Available from:
https://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_Kosovo.

James Crawford. The Creation of States in international Law .New York :
 Oxford University Press, 2006.

Kosovo Declaration of Independence [Online], September 21, 2008 Available
 from: <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635>.

Kosovo Force(KFOR) [Online], May 30, 20011 Available from:
http://www.nato.int/kfor/structur/nations/placemap/kfor_placemat.pdf

Lee C. Buchheit, Secession The legitimacy of Self-determination. New Haven
 and London: Yale University Press, 1978.

Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied
 Palestinian Territory, advisory opion, I.C.J Reports ,2004.

Lawrence S. Eastwood. Secession: State Practice And International of the Soviet Union and Yugoslavia, Duke Journal of Comparative & International Law 3:299, (1993).

Mahasen M Aljaghoub. The International Court of Justice's Advisory Opinion on Kosovo's declaration of independence : Could it be the Court's second non-liquet? European Journal of Social Sciences15 (2010).

Milena Sterio. The Kosovar Declaration of Independence: "Botching the Balkans" or Respecting International Law? [Online], September 21, 2008 Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270637

Population and Housing Census in Kosovo Preliminary Results ? [Online], 21 July 2011 Available from: [http://esk.rksgov.net/rekos2011/repository/docs/REKOS%20LEAFLET%20ALB%20 FINAL.pdf](http://esk.rksgov.net/rekos2011/repository/docs/REKOS%20LEAFLET%20ALB%20FINAL.pdf).

Press Release SC/6686, Security Council, Welcoming Yugoslavia's acceptance of peace principles, Authorizes civil, Security presence in Kosovo, 10 June 1999.

Radan Peter. The break-up of Yugoslavia and international law . New York: Routledge,2001.

Reference re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R. 217.

Robert McCorquodale, Martin J. Dixon. Cases and materials in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2003.

- Report of the Secretary General on the United Nations Interim Administration in Kosovo, 12 June 2008. UN Doc. S/2008/354.
- Report of Security Council, 1 August 2008- 31 July 2009, General Assembly Official Records Sixty-fourth Session Supplement No. 2.
- Roland Tricot, Barrie Sander. RECENT DEVELOPMENTS: THE BROADER CONSEQUENCES OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ADVISORY OPINION ON THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO, Columbia Journal of Transnational Law 49,(April 2011).
- Rutchabhoom Boonrawd. Self-determination Claims of the Pattani Malays of Southern Thailand.ใน วารสารวิชาการ ศาสตราจารย์อรุณ ภาณุพงศ์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ธรรมศาสตร์, 2550.
- Statement by the Chairman on the conclusion of meeting of the G-8 Foreign Ministers held at the Peterberg Centre on 6 May 1999, S/1999/516, Annex[Dossier No.29].
- The Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, Aug. 1, 1975, 14 I.L.M. 1292 (Helsinki Final Act).
- The Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports,1971.

Thomas D. Musgrave. Self-determination and national minorities. New York : Oxford University Press, 2000.

U.N.General Asembly, 25th Sess.,Doc.A/RES/2625(XXV).

UN General Assembly Resolution 49/204, 23 December 1994.

UN General Assembly Resolution 50/190, 6 March 1996.

UN General Assembly Resolution 51/111, 5 March 1997.

UN General Assembly Resolution 52/139, 3 March 1998 .

UN General Assembly Resolution 53/164, 25 February 1999.

UN General Assembly Resolution 53/164, 29 February 2000.

UN General Assembly Resolution 1747(XVI), 28 June 1962.

UN General Assembly Resolution 2012(XX), 12 October 1965.

UN General Assembly Resolution 2024(XX),11 November 1965.

UN General Assembly Resolution 2151(XXI), 14 November 1966.

UN General Assembly Resolution 2508(XXIV), 21 November 1969.

UN General Assembly Resolution 2652(XXV), 3 December 1970.

UN, official Records of the SC, Fifty-eighth year, 4770th Meeting,
doc.S/PV.4770.

UN, official Records of the SC, Fifty-eighth year, 4823rd Meeting doc.
S/PV.4823.

UN, official Records of the SC, doc. S/2005/709.

United Nation Security Council Sixty-third year, 5839th meeting Monday, 18
February 2008.

United Nations Security Council Resolution 216 (1965).

United Nations Security Council Resolution 217 (1965).

United Nations Security Council Resolution 277 (1965).

United Nations Security Council Resolution 541 (1983).

United Nations Security Council Resolution 550(1984).

United Nations Security Council Resolution 787 (1992).

United Nations Security Council Resolution 1160, 31 March 1998.

United Nations Security Council Resolution 1199, 23 September 1998.

United Nations Security Council Resolution 1203, 24 October 1998.

United Nations Security Council Resolution 1239, 14 May 1999.

United Nations Security Council Resolution 1244, 10 June 1999.

UNMIK/REG/2001/9 [Online], 15 March 2001 Available from:

http://www.unmikonline.org/regulations/2001/reg_09-01.htm

UNMIK/REG/1999/ [Online], 25 July 1999 Available from:

http://www.unmikonline.org/regulations/1999/re99_01.pdf

Vidmar Jure. The Kosovo Advisory Opinion, scrutinized, Leiden Journal of International Law (2011).

Vidmar Jure. International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence, Vanderbilt Journal of Transnational Law 42, (May 2009).

Western Sahara. Advisory Opinion, I.C.J.Report,1975.

What is EULEX ? [Online], September 21, 2008 Available from:

<http://www.eulexkosovo.eu/en/info/whatisEulex.php>

World Conference on Human Rights. June 14-25,1993, Vienna Declaration and Programme of Action, U.N.Doc.A/CONF.157/23(July 12,1993).

Zohar Nevo and Tamar Megiddo, Lesson forms Kosovo the Law of statehood and Palestinian Unilateral Independence, Journal of International Law and International Relations 5 (2009).

ภาคผนวก ก

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
Chronology of the procedure	1–16
I. Jurisdiction and discretion	17–48
A. Jurisdiction	18–28
B. Discretion	29–48
II. Scope and meaning of the question	49–56
III. Factual background	57–77
A. Security Council resolution 1244 (1999) and the relevant UNMIK regulations	58–63
B. The relevant events in the final status process prior to 17 February 2008	64–73
C. The events of 17 February 2008 and thereafter	74–77
IV. The question whether the declaration of independence is in accordance with international law	78–121
A. General international law	79–84
B. Security Council resolution 1244 (1999) and the UNMIK Constitutional Framework created thereunder	85–121
1. Interpretation of Security Council resolution 1244 (1999)	94–100
2. The question whether the declaration of independence is in accordance with Security Council resolution 1244 (1999) and the measures adopted thereunder	101–121
(a) <i>The identity of the authors of the declaration of independence</i>	102–109
(b) <i>The question whether the authors of the declaration of independence acted in violation of Security Council resolution 1244 (1999) or the measures adopted thereunder</i>	110–121
V. General conclusion	122
Operative Clause	123

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2010

**2010
22 July
General List
No. 141**

22 July 2010

**ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAW OF THE UNILATERAL
DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO**

Jurisdiction of the Court to give the advisory opinion requested.

Article 65, paragraph 1, of the Statute — Article 96, paragraph 1, of the Charter — Power of General Assembly to request advisory opinions — Articles 10 and 11 of the Charter — Contention that General Assembly acted outside its powers under the Charter — Article 12, paragraph 1, of the Charter — Authorization to request an advisory opinion not limited by Article 12.

Requirement that the question on which the Court is requested to give its opinion is a “legal question” — Contention that the act of making a declaration of independence is governed by domestic constitutional law — The Court can respond to the question by reference to international law without the need to address domestic law — The fact that a question has political aspects does not deprive it of its character as a legal question — The Court is not concerned with the political motives behind a request or the political implications which its opinion may have.

The Court has jurisdiction to give advisory opinion requested.

* *

Discretion of the Court to decide whether it should give an opinion.

Integrity of the Court’s judicial function — Only “compelling reasons” should lead the Court to decline to exercise its judicial function — The motives of individual States which sponsor

a resolution requesting an advisory opinion are not relevant to the Court's exercise of its discretion — Requesting organ to assess purpose, usefulness and political consequences of opinion.

Delimitation of the respective powers of the Security Council and the General Assembly — Nature of the Security Council's involvement in relation to Kosovo — Article 12 of the Charter does not bar action by the General Assembly in respect of threats to international peace and security which are before the Security Council — General Assembly has taken action with regard to the situation in Kosovo.

No compelling reasons for Court to use its discretion not to give an advisory opinion.

* *

Scope and meaning of the question.

Text of the question in General Assembly resolution 63/3 — Power of the Court to clarify the question — No need to reformulate the question posed by the General Assembly — For the proper exercise of its judicial function, the Court must establish the identity of the authors of the declaration of independence — No intention by the General Assembly to restrict the Court's freedom to determine that issue — The Court's task is to determine whether or not the declaration was adopted in violation of international law.

* *

Factual background.

Framework for interim administration of Kosovo put in place by the Security Council — Security Council resolution 1244 (1999) — Establishment of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) — Role of Special Representative of the Secretary-General — "Four pillars" of the UNMIK régime — Constitutional Framework for Provisional Self-Government — Relations between the Provisional Institutions of Self-Government and the Special Representative of the Secretary-General.

Relevant events in the final status process — Appointment by Secretary-General of Special Envoy for the future status process for Kosovo — Guiding Principles of the Contact Group — Failure of consultative process — Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement by Special Envoy — Failure of negotiations on the future status of Kosovo under the auspices of the Troika — Elections held for the Assembly of Kosovo on 17 November 2007 — Adoption of the declaration of independence on 17 February 2008.

* *

Whether the declaration of independence is in accordance with international law.

No prohibition of declarations of independence according to State practice — Contention that prohibition of unilateral declarations of independence is implicit in the principle of territorial integrity — Scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States — No general prohibition may be inferred from the practice of the Security Council with regard to declarations of independence — Issues relating to the extent of the right of self-determination and the existence of any right of “remedial secession” are beyond the scope of the question posed by the General Assembly.

General international law contains no applicable prohibition of declarations of independence — Declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law.

Security Council resolution 1244 and the Constitutional Framework — Resolution 1244 (1999) imposes international legal obligations and is part of the applicable international law — Constitutional Framework possesses international legal character — Constitutional Framework is part of specific legal order created pursuant to resolution 1244 (1999) — Constitutional Framework regulates matters which are the subject of internal law — Supervisory powers of the Special Representative of the Secretary-General — Security Council resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework were in force and applicable as at 17 February 2008 — Neither of them contains a clause providing for termination and neither has been repealed — The Special Representative of the Secretary-General continues to exercise his functions in Kosovo.

Security Council resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework form part of the international law to be considered in replying to the question before the Court.

Interpretation of Security Council resolutions — Resolution 1244 (1999) established an international civil and security presence in Kosovo — Temporary suspension of exercise of Serbia’s authority flowing from its continuing sovereignty over the territory of Kosovo — Resolution 1244 (1999) created an interim régime — Object and purpose of resolution 1244 (1999).

Identity of the authors of the declaration of independence — Whether the declaration of independence was an act of the Assembly of Kosovo — Authors of the declaration did not seek to act within the framework of interim self-administration of Kosovo — Authors undertook to fulfil the international obligations of Kosovo — No reference in original Albanian text to the declaration being the work of the Assembly of Kosovo — Silence of the Special Representative of the Secretary-General — Authors of the declaration of independence acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration.

Whether or not the authors of the declaration of independence acted in violation of Security Council resolution 1244 (1999) — Resolution 1244 (1999) addressed to United Nations Member States and organs of the United Nations — No specific obligations addressed to other actors — The resolution did not contain any provision dealing with the final status of Kosovo — Security Council did not reserve for itself the final determination of the situation in Kosovo — Security Council resolution 1244 (1999) did not bar the authors of the declaration of 17 February 2008 from issuing a declaration of independence — Declaration of independence did not violate Security Council resolution 1244 (1999).

Declaration of independence was not issued by the Provisional Institutions of Self-Government — Declaration of independence did not violate the Constitutional Framework.

Adoption of the declaration of independence did not violate any applicable rule of international law.

ADVISORY OPINION

Present: President OWADA; Vice-President TOMKA; Judges KOROMA, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD; Registrar COUVREUR.

On the accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo,

THE COURT,

composed as above,

gives the following Advisory Opinion:

1. The question on which the advisory opinion of the Court has been requested is set forth in resolution 63/3 adopted by the General Assembly of the United Nations (hereinafter the General Assembly) on 8 October 2008. By a letter dated 9 October 2008 and received in the Registry by facsimile on 10 October 2008, the original of which was received in the Registry on 15 October 2008, the Secretary-General of the United Nations officially communicated to the Court the decision taken by the General Assembly to submit the question for an advisory opinion. Certified true copies of the English and French versions of the resolution were enclosed with the letter. The resolution reads as follows:

“The General Assembly,

Mindful of the purposes and principles of the United Nations,

Bearing in mind its functions and powers under the Charter of the United Nations,

Recalling that on 17 February 2008 the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo declared independence from Serbia,

Aware that this act has been received with varied reactions by the Members of the United Nations as to its compatibility with the existing international legal order,

Decides, in accordance with Article 96 of the Charter of the United Nations to request the International Court of Justice, pursuant to Article 65 of the Statute of the Court, to render an advisory opinion on the following question:

‘Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?’”

2. By letters dated 10 October 2008, the Registrar, pursuant to Article 66, paragraph 1, of the Statute, gave notice of the request for an advisory opinion to all States entitled to appear before the Court.

3. By an Order dated 17 October 2008, in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute, the Court decided that the United Nations and its Member States were likely to be able to furnish information on the question. By the same Order, the Court fixed, respectively, 17 April 2009 as the time-limit within which written statements might be submitted to it on the question, and 17 July 2009 as the time-limit within which States and organizations having presented written statements might submit written comments on the other written statements in accordance with Article 66, paragraph 4, of the Statute.

The Court also decided that, taking account of the fact that the unilateral declaration of independence of 17 February 2008 is the subject of the question submitted to the Court for an advisory opinion, the authors of the above declaration were considered likely to be able to furnish information on the question. It therefore further decided to invite them to make written contributions to the Court within the same time-limits.

4. By letters dated 20 October 2008, the Registrar informed the United Nations and its Member States of the Court’s decisions and transmitted to them a copy of the Order. By letter of the same date, the Registrar informed the authors of the above-mentioned declaration of independence of the Court’s decisions, and transmitted to them a copy of the Order.

5. Pursuant to Article 65, paragraph 2, of the Statute, on 30 January 2009 the Secretary-General of the United Nations communicated to the Court a dossier of documents likely to throw light upon the question. The dossier was subsequently placed on the Court’s website.

6. Within the time-limit fixed by the Court for that purpose, written statements were filed, in order of their receipt, by: Czech Republic, France, Cyprus, China, Switzerland, Romania, Albania, Austria, Egypt, Germany, Slovakia, Russian Federation, Finland, Poland, Luxembourg, Libyan Arab Jamahiriya, United Kingdom, United States of America, Serbia, Spain, Islamic Republic of Iran, Estonia, Norway, Netherlands, Slovenia, Latvia, Japan, Brazil, Ireland, Denmark, Argentina, Azerbaijan, Maldives, Sierra Leone and Bolivia. The authors of the unilateral declaration of independence filed a written contribution. On 21 April 2009, the Registrar communicated copies of the written statements and written contribution to all States having submitted a written statement, as well as to the authors of the unilateral declaration of independence.

7. On 29 April 2009, the Court decided to accept the written statement filed by the Bolivarian Republic of Venezuela, submitted on 24 April 2009, after expiry of the relevant time-limit. On 15 May 2009, the Registrar communicated copies of this written statement to all States having submitted a written statement, as well as to the authors of the unilateral declaration of independence.

8. By letters dated 8 June 2009, the Registrar informed the United Nations and its Member States that the Court had decided to hold hearings, opening on 1 December 2009, at which they could present oral statements and comments, regardless of whether or not they had submitted written statements and, as the case may be, written comments. The United Nations and its Member States were invited to inform the Registry, by 15 September 2009, if they intended to take part in the oral proceedings. The letters further indicated that the authors of the unilateral declaration of independence could present an oral contribution.

By letter of the same date, the Registrar informed the authors of the unilateral declaration of independence of the Court's decision to hold hearings, inviting them to indicate, within the same time-limit, whether they intended to take part in the oral proceedings.

9. Within the time-limit fixed by the Court for that purpose, written comments were filed, in order of their receipt, by: France, Norway, Cyprus, Serbia, Argentina, Germany, Netherlands, Albania, Slovenia, Switzerland, Bolivia, United Kingdom, United States of America and Spain. The authors of the unilateral declaration of independence submitted a written contribution regarding the written statements.

10. Upon receipt of the above-mentioned written comments and written contribution, the Registrar, on 24 July 2009, communicated copies thereof to all States having submitted written statements, as well as to the authors of the unilateral declaration of independence.

11. By letters dated 30 July 2009, the Registrar communicated to the United Nations, and to all of its Member States that had not participated in the written proceedings, copies of all written statements and written comments, as well as the written contributions of the authors of the unilateral declaration of independence.

12. By letters dated 29 September 2009, the Registry transmitted a detailed timetable of the hearings to those who, within the time-limit fixed for that purpose by the Court, had expressed their intention to take part in the aforementioned proceedings.

13. Pursuant to Article 106 of the Rules of Court, the Court decided to make the written statements and written comments submitted to the Court, as well as the written contributions of the authors of the unilateral declaration of independence, accessible to the public, with effect from the opening of the oral proceedings.

14. In the course of hearings held from 1 to 11 December 2009, the Court heard oral statements, in the following order, by:

For the Republic of Serbia:

H.E. Mr. Dušan T. Bataković, PhD in History, University of Paris-Sorbonne (Paris IV), Ambassador of the Republic of Serbia to France, Vice-Director of the Institute for Balkan Studies and Assistant Professor at the University of Belgrade, Head of Delegation,

Mr. Vladimir Djerić, S.J.D. (Michigan), Attorney at Law, Mikijelj, Janković & Bogdanović, Belgrade, Counsel and Advocate,

Mr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard), Professor of International Law, University of Potsdam, Director of the Potsdam Center of Human Rights, Member of the Permanent Court of Arbitration, Counsel and Advocate,

Mr. Malcolm N. Shaw Q.C., Sir Robert Jennings Professor of International Law, University of Leicester, United Kingdom, Counsel and Advocate,

Mr. Marcelo G. Kohen, Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, Associate Member of the Institut de droit international, Counsel and Advocate,

Mr. Saša Obradović, Inspector General in the Ministry of Foreign Affairs, Deputy Head of Delegation;

*For the authors of the unilateral
declaration of independence:*

Mr. Skender Hyseni, Head of Delegation, Sir Michael Wood, K.C.M.G., member of the English Bar, Member of the International Law Commission, Counsel,

Mr. Daniel Müller, Researcher at the Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense, Counsel,

Mr. Sean D. Murphy, Patricia Roberts Harris Research Professor of Law, George Washington University, Counsel;

For the Republic of Albania:

H.E. Mr. Gazmend Barbullushi, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of the Republic of Albania to the Kingdom of the Netherlands, Legal Adviser,

Mr. Jochen A. Frowein, M.C.L., Director emeritus of the Max Planck Institute for International Law, Professor emeritus of the University of Heidelberg, Member of the Institute of International Law, Legal Adviser,

- Mr. Terry D. Gill, Professor of Military Law at the University of Amsterdam and Associate Professor of Public International Law at Utrecht University, Legal Adviser;
- For the Federal Republic of Germany:* Ms Susanne Wasum-Rainer, Legal Adviser, Federal Foreign Office (Berlin);
- For the Kingdom of Saudi Arabia:* H.E. Mr. Abdullah A. Alshaghrood, Ambassador of the Kingdom of Saudi Arabia to the Kingdom of the Netherlands, Head of Delegation;
- For the Argentine Republic:* H.E. Madam Susana Ruiz Cerutti, Ambassador, Legal Adviser to the Ministry of Foreign Affairs, International Trade and Worship, Head of Delegation;
- For the Republic of Austria:* H.E. Mr. Helmut Tichy, Ambassador, Deputy Legal Adviser, Federal Ministry of European and International Affairs;
- For the Republic of Azerbaijan:* H.E. Mr. Agshin Mehdiyev, Ambassador and Permanent Representative of Azerbaijan to the United Nations;
- For the Republic of Belarus:* H.E. Madam Elena Gritsenko, Ambassador of the Republic of Belarus to the Kingdom of the Netherlands, Head of Delegation;
- For the Plurinational State of Bolivia:* H.E. Mr. Roberto Calzadilla Sarmiento, Ambassador of the Plurinational State of Bolivia to the Kingdom of the Netherlands;
- For the Federative Republic of Brazil:* H.E. Mr. José Artur Denot Medeiros, Ambassador of the Federative Republic of Brazil to the Kingdom of the Netherlands;
- For the Republic of Bulgaria:* Mr. Zlatko Dimitroff, S.J.D., Director of the International Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Head of Delegation;
- For the Republic of Burundi:* Mr. Thomas Barankitse, Legal Attaché, Counsel,
Mr. Jean d'Aspremont, Associate Professor, University of Amsterdam, Chargé de cours invité, Catholic University of Louvain, Counsel;
- For the People's Republic of China:* H.E. Madam Xue Hanqin, Ambassador to the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), Legal Counsel of the Ministry of Foreign Affairs, Member of the International Law Commission, Member of the Institut de droit international, Head of Delegation;

- For the Republic of Cyprus:* H.E. Mr. James Droushiotis, Ambassador of the Republic of Cyprus to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Vaughan Lowe Q.C., member of the English Bar, Chichele Professor of International Law, University of Oxford, Counsel and Advocate,

Mr. Polyvios G. Polyviou, Counsel and Advocate;
- For the Republic of Croatia:* H.E. Madam Andreja Metelko-Zgombić, Ambassador, Chief Legal Adviser in the Ministry of Foreign Affairs and European Integration;
- For the Kingdom of Denmark:* H.E. Mr. Thomas Winkler, Ambassador, Under-Secretary for Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs, Head of Delegation;
- For the Kingdom of Spain:* Ms Concepción Escobar Hernández, Legal Adviser, Head of the International Law Department, Ministry of Foreign Affairs and Co-operation, Head of Delegation and Advocate;
- For the United States of America:* Mr. Harold Hongju Koh, Legal Adviser, Department of State, Head of Delegation and Advocate;
- For the Russian Federation:* H.E. Mr. Kirill Gevorgian, Ambassador, Head of the Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Head of Delegation;
- For the Republic of Finland:* Ms Päivi Kaukoranta, Director General, Legal Service, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Martti Koskeniemi, Professor at the University of Helsinki;
- For the French Republic:* Ms Edwige Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs,

Mr. Mathias Forteau, Professor at the University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense;
- For the Hashemite Kingdom of Jordan:* H.R.H. Prince Zeid Raad Zeid Al Hussein, Ambassador of the Hashemite Kingdom of Jordan to the United States of America, Head of Delegation;
- For the Kingdom of Norway:* Mr. Rolf Einar Fife, Director General, Legal Affairs Department, Ministry of Foreign Affairs, Head of Delegation;
- For the Kingdom of the Netherlands:* Ms Liesbeth Lijnzaad, Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs;

- For Romania:* Mr. Bogdan Aurescu, Secretary of State, Ministry of Foreign Affairs,
Mr. Cosmin Dinescu, Director-General for Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs;
- For the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland:* Mr. Daniel Bethlehem Q.C., Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office, Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Counsel and Advocate,
Mr. James Crawford, S.C., Whewell Professor of International Law, University of Cambridge, Member of the Institut de droit international, Counsel and Advocate;
- For the Bolivarian Republic of Venezuela:* Mr. Alejandro Fleming, Deputy Minister for Europe of the Ministry of the People's Power for Foreign Affairs;
- For the Socialist Republic of Viet Nam:* H.E. Madam Nguyen Thi Hoang Anh, Doctor of Law, Director-General, Department of International Law and Treaties, Ministry of Foreign Affairs.

15. Questions were put by Members of the Court to participants in the oral proceedings; several of them replied in writing, as requested, within the prescribed time-limit.

16. Judge Shi took part in the oral proceedings; he subsequently resigned from the Court with effect from 28 May 2010.

*

* *

I. JURISDICTION AND DISCRETION

17. When seised of a request for an advisory opinion, the Court must first consider whether it has jurisdiction to give the opinion requested and whether, should the answer be in the affirmative, there is any reason why the Court, in its discretion, should decline to exercise any such jurisdiction in the case before it (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 232, para. 10; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 144, para. 13).

A. Jurisdiction

18. The Court will thus first address the question whether it possesses jurisdiction to give the advisory opinion requested by the General Assembly on 8 October 2008. The power of the Court to give an advisory opinion is based upon Article 65, paragraph 1, of its Statute, which provides that:

“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.”

19. In its application of this provision, the Court has indicated that:

“It is . . . a precondition of the Court’s competence that the advisory opinion be requested by an organ duly authorized to seek it under the Charter, that it be requested on a legal question, and that, except in the case of the General Assembly or the Security Council, that question should be one arising within the scope of the activities of the requesting organ.” (*Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982*, pp. 333-334, para. 21.)

20. It is for the Court to satisfy itself that the request for an advisory opinion comes from an organ of the United Nations or a specialized agency having competence to make it. The General Assembly is authorized to request an advisory opinion by Article 96 of the Charter, which provides that:

“1. The General Assembly or 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.”

21. While paragraph 1 of Article 96 confers on the General Assembly the competence to request an advisory opinion on “any legal question”, the Court has sometimes in the past given certain indications as to the relationship between the question which is the subject of a request for an advisory opinion and the activities of the General Assembly (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 70; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 232-233, paras. 11-12; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 145, paras. 16-17).

22. The Court observes that Article 10 of the Charter provides that:

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

Moreover, Article 11, paragraph 2, of the Charter has specifically provided the General Assembly with competence to discuss “any questions relating to the maintenance of international peace and security brought before it by any Member of the United Nations” and, subject again to the limitation in Article 12, to make recommendations with respect thereto.

23. Article 12, paragraph 1, of the Charter provides that:

“While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.”

24. In the present proceedings, it was suggested that, since the Security Council was seised of the situation in Kosovo, the effect of Article 12, paragraph 1, was that the General Assembly’s request for an advisory opinion was outside its powers under the Charter and thus did not fall within the authorization conferred by Article 96, paragraph 1. As the Court has stated on an earlier occasion, however, “[a] request for an advisory opinion is not in itself a ‘recommendation’ by the General Assembly ‘with regard to [a] dispute or situation’” (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 148, para. 25). Accordingly, while Article 12 may limit the scope of the action which the General Assembly may take subsequent to its receipt of the Court’s opinion (a matter on which it is unnecessary for the Court to decide in the present context), it does not in itself limit the authorization to request an advisory opinion which is conferred upon the General Assembly by Article 96, paragraph 1. Whether the delimitation of the respective powers of the Security Council and the General Assembly — of which Article 12 is one aspect — should lead the Court, in the circumstances of the present case, to decline to exercise its jurisdiction to render an advisory opinion is another matter (which the Court will consider in paragraphs 29 to 48 below).

25. It is also for the Court to satisfy itself that the question on which it is requested to give its opinion is a “legal question” within the meaning of Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute. In the present case, the question put to the Court by the General Assembly asks whether the declaration of independence to which it refers is “in accordance with international law”. A question which expressly asks the Court whether or not a particular action is compatible with international law certainly appears to be a legal question; as the Court has remarked on a previous occasion, questions “framed in terms of law and rais[ing] problems of international law . . . are by their very nature susceptible of a reply based on law” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 18, para. 15) and therefore appear to be questions of a legal character for the purposes of Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute.

26. Nevertheless, some of the participants in the present proceedings have suggested that the question posed by the General Assembly is not, in reality, a legal question. According to this submission, international law does not regulate the act of making a declaration of independence, which should be regarded as a political act; only domestic constitutional law governs the act of making such a declaration, while the Court’s jurisdiction to give an advisory opinion is confined to questions of international law. In the present case, however, the Court has not been asked to give an opinion on whether the declaration of independence is in accordance with any rule of domestic law but only whether it is in accordance with international law. The Court can respond to that question by reference to international law without the need to enquire into any system of domestic law.

27. Moreover, the Court has repeatedly stated that the fact that a question has political aspects does not suffice to deprive it of its character as a legal question (*Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 172, para. 14). Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to respond to the legal elements of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, in the present case, an assessment of an act by reference to international law. The Court has also made clear that, in determining the jurisdictional issue of whether it is confronted with a legal question, it is not concerned with the political nature of the motives which may have inspired the request or the political implications which its opinion might have (*Conditions of Admission of a State in Membership of the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 61, and *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 234, para. 13).

28. The Court therefore considers that it has jurisdiction to give an advisory opinion in response to the request made by the General Assembly.

B. Discretion

29. The fact that the Court has jurisdiction does not mean, however, that it is obliged to exercise it:

“The Court has recalled many times in the past that Article 65, paragraph 1, of its Statute, which provides that ‘The Court *may* give an advisory opinion . . .’ (emphasis added), should be interpreted to mean that the Court has a discretionary power to decline to give an advisory opinion even if the conditions of jurisdiction are met.” (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 156, para. 44.)

The discretion whether or not to respond to a request for an advisory opinion exists so as to protect the integrity of the Court’s judicial function and its nature as the principal judicial organ of the United Nations (*Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 29; *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 175, para. 24; *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982*, p. 334, para. 22; and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 156-157, paras. 44-45).

30. The Court is, nevertheless, mindful of the fact that its answer to a request for an advisory opinion “represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused” (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pp. 78-79, para. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 156, para. 44). Accordingly, the consistent jurisprudence of the Court has determined that only “compelling reasons” should lead the Court to refuse its opinion in response to a request falling within its jurisdiction (*Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon complaints made against the Unesco, I.C.J. Reports 1956*, p. 86; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 156, para. 44).

31. The Court must satisfy itself as to the propriety of the exercise of its judicial function in the present case. It has therefore given careful consideration as to whether, in the light of its previous jurisprudence, there are compelling reasons for it to refuse to respond to the request from the General Assembly.

32. One argument, advanced by a number of participants in the present proceedings, concerns the motives behind the request. Those participants drew attention to a statement made by the sole sponsor of the resolution by which the General Assembly requested the Court's opinion to the effect that

“the Court's advisory opinion would provide politically neutral, yet judicially authoritative, guidance to many countries still deliberating how to approach unilateral declarations of independence in line with international law.

.....

Supporting this draft resolution would also serve to reaffirm a fundamental principle: the right of any Member State of the United Nations to pose a simple, basic question on a matter it considers vitally important to the Court. To vote against it would be in effect a vote to deny the right of any country to seek — now or in the future — judicial recourse through the United Nations system.” (A/63/PV.22, p. 1.)

According to those participants, this statement demonstrated that the opinion of the Court was being sought not in order to assist the General Assembly but rather to serve the interests of one State and that the Court should, therefore, decline to respond.

33. The advisory jurisdiction is not a form of judicial recourse for States but the means by which the General Assembly and the Security Council, as well as other organs of the United Nations and bodies specifically empowered to do so by the General Assembly in accordance with Article 96, paragraph 2, of the Charter, may obtain the Court's opinion in order to assist them in their activities. The Court's opinion is given not to States but to the organ which has requested it (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71). Nevertheless, precisely for that reason, the motives of individual States which sponsor, or vote in favour of, a resolution requesting an advisory opinion are not relevant to the Court's exercise of its discretion whether or not to respond. As the Court put it in its Advisory Opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*,

“once the Assembly has asked, by adopting a resolution, for an advisory opinion on a legal question, the Court, in determining whether there are any compelling reasons for it to refuse to give such an opinion, will not have regard to the origins or to the political history of the request, or to the distribution of votes in respect of the adopted resolution” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 237, para. 16).

34. It was also suggested by some of those participating in the proceedings that resolution 63/3 gave no indication of the purpose for which the General Assembly needed the Court's opinion and that there was nothing to indicate that the opinion would have any useful legal effect. This argument cannot be accepted. The Court has consistently made clear that it is for the

organ which requests the opinion, and not for the Court, to determine whether it needs the opinion for the proper performance of its functions. In its Advisory Opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, the Court rejected an argument that it should refuse to respond to the General Assembly's request on the ground that the General Assembly had not explained to the Court the purposes for which it sought an opinion, stating that

“it is not for the Court itself to purport to decide whether or not an advisory opinion is needed by the Assembly for the performance of its functions. The General Assembly has the right to decide for itself on the usefulness of an opinion in the light of its own needs.” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 237, para. 16.)

Similarly, in the Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, the Court commented that “[t]he Court cannot substitute its assessment of the usefulness of the opinion requested for that of the organ that seeks such opinion, namely the General Assembly” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 163, para. 62).

35. Nor does the Court consider that it should refuse to respond to the General Assembly's request on the basis of suggestions, advanced by some of those participating in the proceedings, that its opinion might lead to adverse political consequences. Just as the Court cannot substitute its own assessment for that of the requesting organ in respect of whether its opinion will be useful to that organ, it cannot — in particular where there is no basis on which to make such an assessment — substitute its own view as to whether an opinion would be likely to have an adverse effect. As the Court stated in its Advisory Opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in response to a submission that a reply from the Court might adversely affect disarmament negotiations, faced with contrary positions on this issue “there are no evident criteria by which it can prefer one assessment to another” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 237, para. 17; see also *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 37, para. 73; and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 159-160, paras. 51-54).

36. An important issue which the Court must consider is whether, in view of the respective roles of the Security Council and the General Assembly in relation to the situation in Kosovo, the Court, as the principal judicial organ of the United Nations, should decline to answer the question which has been put to it on the ground that the request for the Court's opinion has been made by the General Assembly rather than the Security Council.

37. The situation in Kosovo had been the subject of action by the Security Council, in the exercise of its responsibility for the maintenance of international peace and security, for more than ten years prior to the present request for an advisory opinion. The Council first took action specifically relating to the situation in Kosovo on 31 March 1998, when it adopted resolution 1160 (1998). That was followed by resolutions 1199 (1998), 1203 (1998) and 1239 (1999). On 10 June 1999, the Council adopted resolution 1244 (1999), which authorized the creation of an international military presence (subsequently known as “KFOR”) and an international civil presence (the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, “UNMIK”) and laid

down a framework for the administration of Kosovo. By resolution 1367 (2001), the Security Council decided to terminate the prohibitions on the sale or supply of arms established by paragraph 8 of resolution 1160 (1998). The Security Council has received periodic reports from the Secretary-General on the activities of UNMIK. The dossier submitted to the Court by the Secretary-General records that the Security Council met to consider the situation in Kosovo on 29 occasions between 2000 and the end of 2008. Although the declaration of independence which is the subject of the present request was discussed by the Security Council, the Council took no action in respect of it (Security Council, provisional verbatim record, 18 February 2008, 3 p.m. (S/PV.5839); Security Council, provisional verbatim record, 11 March 2008, 3 p.m. (S/PV.5850)).

38. The General Assembly has also adopted resolutions relating to the situation in Kosovo. Prior to the adoption by the Security Council of resolution 1244 (1999), the General Assembly adopted five resolutions on the situation of human rights in Kosovo (resolutions 49/204, 50/190, 51/111, 52/139 and 53/164). Following resolution 1244 (1999), the General Assembly adopted one further resolution on the situation of human rights in Kosovo (resolution 54/183 of 17 December 1999) and 15 resolutions concerning the financing of UNMIK (resolutions 53/241, 54/245A, 54/245B, 55/227A, 55/227B, 55/295, 57/326, 58/305, 59/286A, 59/286B, 60/275, 61/285, 62/262, 63/295 and 64/279). However, the broader situation in Kosovo was not part of the agenda of the General Assembly at the time of the declaration of independence and it was therefore necessary in September 2008 to create a new agenda item for the consideration of the proposal to request an opinion from the Court.

39. Against this background, it has been suggested that, given the respective powers of the Security Council and the General Assembly, if the Court's opinion were to be sought regarding whether the declaration of independence was in accordance with international law, the request should rather have been made by the Security Council and that this fact constitutes a compelling reason for the Court not to respond to the request from the General Assembly. That conclusion is said to follow both from the nature of the Security Council's involvement and the fact that, in order to answer the question posed, the Court will necessarily have to interpret and apply Security Council resolution 1244 (1999) in order to determine whether or not the declaration of independence is in accordance with international law.

40. While the request put to the Court concerns one aspect of a situation which the Security Council has characterized as a threat to international peace and security and which continues to feature on the agenda of the Council in that capacity, that does not mean that the General Assembly has no legitimate interest in the question. Articles 10 and 11 of the Charter, to which the Court has already referred, confer upon the General Assembly a very broad power to discuss matters within the scope of the activities of the United Nations, including questions relating to international peace and security. That power is not limited by the responsibility for the maintenance of international peace and security which is conferred upon the Security Council by Article 24, paragraph 1. As the Court has made clear in its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, paragraph 26, "Article 24 refers to a primary, but not necessarily exclusive, competence". The fact that the situation in Kosovo is before the Security Council and the Council has exercised its Chapter VII powers in respect of that situation does not preclude the General Assembly from discussing any aspect of that situation, including the declaration of independence. The limit which the Charter places upon the General Assembly to protect the role of the Security Council is contained in Article 12 and restricts the power of the General Assembly to make recommendations following a discussion, not its power to engage in such a discussion.

41. Moreover, Article 12 does not bar all action by the General Assembly in respect of threats to international peace and security which are before the Security Council. The Court considered this question in some detail in paragraphs 26 to 27 of its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in which the Court noted that there has been an increasing tendency over time for the General Assembly and the Security Council to deal in parallel with the same matter concerning the maintenance of international peace and security and observed that it is often the case that, while the Security Council has tended to focus on the aspects of such matters related to international peace and security, the General Assembly has taken a broader view, considering also their humanitarian, social and economic aspects.

42. The Court's examination of this subject in its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* was made in connection with an argument relating to whether or not the Court possessed the jurisdiction to give an advisory opinion, rather than whether it should exercise its discretion not to give an opinion. In the present case, the Court has already held that Article 12 of the Charter does not deprive it of the jurisdiction conferred by Article 96, paragraph 1 (paragraphs 23 to 24 above). It considers, however, that the analysis contained in the 2004 Advisory Opinion is also pertinent to the issue of discretion in the present case. That analysis demonstrates that the fact that a matter falls within the primary responsibility of the Security Council for situations which may affect the maintenance of international peace and security and that the Council has been exercising its powers in that respect does not preclude the General Assembly from discussing that situation or, within the limits set by Article 12, making recommendations with regard thereto. In addition, as the Court pointed out in its 2004 Advisory Opinion, General Assembly resolution 377A (V) ("Uniting for Peace") provides for the General Assembly to make recommendations for collective measures to restore international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression and the Security Council is unable to act because of lack of unanimity of the permanent members (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 150, para. 30). These considerations are of relevance to the question whether the delimitation of powers between the Security Council and the General Assembly constitutes a compelling reason for the Court to decline to respond to the General Assembly's request for an opinion in the present case.

43. It is true, of course, that the facts of the present case are quite different from those of the Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. The situation in the occupied Palestinian territory had been under active consideration by the General Assembly for several decades prior to its decision to request an opinion from the Court and the General Assembly had discussed the precise subject on which the Court's opinion was sought. In the present case, with regard to the situation in Kosovo, it was the Security Council which had been actively seized of the matter. In that context, it discussed the future status of Kosovo and the declaration of independence (see paragraph 37 above).

44. However, the purpose of the advisory jurisdiction is to enable organs of the United Nations and other authorized bodies to obtain opinions from the Court which will assist them in the future exercise of their functions. The Court cannot determine what steps the General Assembly may wish to take after receiving the Court's opinion or what effect that opinion may have in relation to those steps. As the preceding paragraphs demonstrate, the General Assembly is entitled

to discuss the declaration of independence and, within the limits considered in paragraph 42, above, to make recommendations in respect of that or other aspects of the situation in Kosovo without trespassing on the powers of the Security Council. That being the case, the fact that, hitherto, the declaration of independence has been discussed only in the Security Council and that the Council has been the organ which has taken action with regard to the situation in Kosovo does not constitute a compelling reason for the Court to refuse to respond to the request from the General Assembly.

45. Moreover, while it is the scope for future discussion and action which is the determining factor in answering this objection to the Court rendering an opinion, the Court also notes that the General Assembly has taken action with regard to the situation in Kosovo in the past. As stated in paragraph 38 above, between 1995 and 1999, the General Assembly adopted six resolutions addressing the human rights situation in Kosovo. The last of these, resolution 54/183, was adopted on 17 December 1999, some six months after the Security Council had adopted resolution 1244 (1999). While the focus of this resolution was on human rights and humanitarian issues, it also addressed (in para. 7) the General Assembly's concern about a possible "cantonization" of Kosovo. In addition, since 1999 the General Assembly has each year approved, in accordance with Article 17, paragraph 1, of the Charter, the budget of UNMIK (see paragraph 38 above). The Court observes therefore that the General Assembly has exercised functions of its own in the situation in Kosovo.

46. Further, in the view of the Court, the fact that it will necessarily have to interpret and apply the provisions of Security Council resolution 1244 (1999) in the course of answering the question put by the General Assembly does not constitute a compelling reason not to respond to that question. While the interpretation and application of a decision of one of the political organs of the United Nations is, in the first place, the responsibility of the organ which took that decision, the Court, as the principal judicial organ of the United Nations, has also frequently been required to consider the interpretation and legal effects of such decisions. It has done so both in the exercise of its advisory jurisdiction (see for example, *Certain Expenses of the United Nations, (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 175; and *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*, pp. 51-54, paras. 107-116), and in the exercise of its contentious jurisdiction (see for example, *Questions of the Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, p. 15, paras. 39-41; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, pp. 126-127, paras. 42-44).

47. There is, therefore, nothing incompatible with the integrity of the judicial function in the Court undertaking such a task. The question is, rather, whether it should decline to undertake that task unless it is the organ which has taken the decision that asks the Court to do so. In its Advisory Opinion on *Certain Expenses of the United Nations*, however, the Court responded to the question posed by the General Assembly, even though this necessarily required it to interpret a number of Security Council resolutions (namely, resolutions 143, 145 and 146 of 1960 and 161 and 169 of

1961) (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 175-177). The Court also notes that, in its Advisory Opinion on *Conditions of Admission of a State in the United Nations (Article 4 of the Charter)* (*I.C.J. Reports 1947-1948*, pp. 61-62), it responded to a request from the General Assembly even though that request referred to statements made in a meeting of the Security Council and it had been submitted that the Court should therefore exercise its discretion to decline to reply (*Conditions of Admission of a State in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, p. 90). Where, as here, the General Assembly has a legitimate interest in the answer to a question, the fact that that answer may turn, in part, on a decision of the Security Council is not sufficient to justify the Court in declining to give its opinion to the General Assembly.

48. Accordingly, the Court considers that there are no compelling reasons for it to decline to exercise its jurisdiction in respect of the present request.

II. SCOPE AND MEANING OF THE QUESTION

49. The Court will now turn to the scope and meaning of the question on which the General Assembly has requested that it give its opinion. The General Assembly has formulated that question in the following terms:

“Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?”

50. The Court recalls that in some previous cases it has departed from the language of the question put to it where the question was not adequately formulated (see for example, in *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)*, Advisory Opinion, 1928, *P.C.I.J., Series B, No. 16*) or where the Court determined, on the basis of its examination of the background to the request, that the request did not reflect the “legal questions really in issue” (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1980*, p. 89, para. 35). Similarly, where the question asked was unclear or vague, the Court has clarified the question before giving its opinion (*Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1982*, p. 348, para. 46).

51. In the present case, the question posed by the General Assembly is clearly formulated. The question is narrow and specific; it asks for the Court’s opinion on whether or not the declaration of independence is in accordance with international law. It does not ask about the legal consequences of that declaration. In particular, it does not ask whether or not Kosovo has achieved statehood. Nor does it ask about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo by those States which have recognized it as an independent State. The Court notes that, in past requests for advisory opinions, the General Assembly and the Security Council, when they have wanted the Court’s opinion on the legal consequences of an action, have framed the question in such a way that this aspect is expressly stated (see, for example, *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. 16 and *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 136). Accordingly, the Court does not consider that it is

necessary to address such issues as whether or not the declaration has led to the creation of a State or the status of the acts of recognition in order to answer the question put by the General Assembly. The Court accordingly sees no reason to reformulate the scope of the question.

52. There are, however, two aspects of the question which require comment. First, the question refers to “the unilateral declaration of independence *by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo*” (General Assembly resolution 63/3 of 8 October 2008, single operative paragraph; emphasis added). In addition, the third preambular paragraph of the General Assembly resolution “[r]ecall[s] that on 17 February 2008 the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo declared independence from Serbia”. Whether it was indeed the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo which promulgated the declaration of independence was contested by a number of those participating in the present proceedings. The identity of the authors of the declaration of independence, as is demonstrated below (paragraphs 102 to 109), is a matter which is capable of affecting the answer to the question whether that declaration was in accordance with international law. It would be incompatible with the proper exercise of the judicial function for the Court to treat that matter as having been determined by the General Assembly.

53. Nor does the Court consider that the General Assembly intended to restrict the Court’s freedom to determine this issue for itself. The Court notes that the agenda item under which what became resolution 63/3 was discussed did not refer to the identity of the authors of the declaration and was entitled simply “Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on whether the declaration of independence *of Kosovo* is in accordance with international law” (General Assembly resolution 63/3 of 8 October 2008; emphasis added). The wording of this agenda item had been proposed by the Republic of Serbia, the sole sponsor of resolution 63/3, when it requested the inclusion of a supplementary item on the agenda of the 63rd session of the General Assembly (Letter of the Permanent Representative of Serbia to the United Nations addressed to the Secretary-General, 22 August 2008, A/63/195). That agenda item then became the title of the draft resolution and, in turn, of resolution 63/3. The common element in the agenda item and the title of the resolution itself is whether the declaration of independence is in accordance with international law. Moreover, there was no discussion of the identity of the authors of the declaration, or of the difference in wording between the title of the resolution and the question which it posed to the Court during the debate on the draft resolution (A/63/PV.22).

54. As the Court has stated in a different context:

“It is not to be assumed that the General Assembly would . . . seek to fetter or hamper the Court in the discharge of its judicial functions; the Court must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion.” (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 157.*)

This consideration is applicable in the present case. In assessing whether or not the declaration of independence is in accordance with international law, the Court must be free to examine the entire record and decide for itself whether that declaration was promulgated by the Provisional Institutions of Self-Government or some other entity.

55. While many of those participating in the present proceedings made reference to the opinion of the Supreme Court of Canada in *Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada* ([1998] 2 S.C.R. 217; 161 D.L.R. (4th) 385; 115 Int. Law Reps. 536), the Court observes that the question in the present case is markedly different from that posed to the Supreme Court of Canada.

The relevant question in that case was

“Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?”

56. The question put to the Supreme Court of Canada inquired whether there was a right to “effect secession”, and whether there was a rule of international law which conferred a positive entitlement on any of the organs named. By contrast, the General Assembly has asked whether the declaration of independence was “in accordance with” international law. The answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence. If the Court concludes that it did, then it must answer the question put by saying that the declaration of independence was not in accordance with international law. It follows that the task which the Court is called upon to perform is to determine whether or not the declaration of independence was adopted in violation of international law. The Court is not required by the question it has been asked to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, *a fortiori*, on whether international law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it. Indeed, it is entirely possible for a particular act — such as a unilateral declaration of independence — not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it. The Court has been asked for an opinion on the first point, not the second.

III. FACTUAL BACKGROUND

57. The declaration of independence of 17 February 2008 must be considered within the factual context which led to its adoption. The Court therefore will briefly describe the relevant characteristics of the framework put in place by the Security Council to ensure the interim administration of Kosovo, namely, Security Council resolution 1244 (1999) and the regulations promulgated thereunder by the United Nations Mission in Kosovo. The Court will then proceed with a brief description of the developments relating to the so-called “final status process” in the years preceding the adoption of the declaration of independence, before turning to the events of 17 February 2008.

A. Security Council resolution 1244 (1999) and the relevant UNMIK regulations

58. Resolution 1244 (1999) was adopted by the Security Council, acting under Chapter VII of the United Nations Charter, on 10 June 1999. In this resolution, the Security Council, “determined to resolve the grave humanitarian situation” which it had identified (see the fourth

preambular paragraph) and to put an end to the armed conflict in Kosovo, authorized the United Nations Secretary-General to establish an international civil presence in Kosovo in order to provide “an interim administration for Kosovo . . . which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions” (para. 10).

Paragraph 3 demanded “in particular that the Federal Republic of Yugoslavia put an immediate and verifiable end to violence and repression in Kosovo, and begin and complete verifiable phased withdrawal from Kosovo of all military, police and paramilitary forces according to a rapid timetable”. Pursuant to paragraph 5 of the resolution, the Security Council decided on the deployment in Kosovo, under the auspices of the United Nations, of international civil and security presences and welcomed the agreement of the Federal Republic of Yugoslavia to such presences. The powers and responsibilities of the security presence were further clarified in paragraphs 7 and 9. Paragraph 15 of resolution 1244 (1999) demanded that the Kosovo Liberation Army (KLA) and other armed Kosovo Albanian groups end immediately all offensive actions and comply with the requirements for demilitarization. Immediately preceding the adoption of Security Council resolution 1244 (1999), various implementing steps had already been taken through a series of measures, including, *inter alia*, those stipulated in the Military Technical Agreement of 9 June 1999, whose Article I.2 provided for the deployment of KFOR, permitting these to “operate without hindrance within Kosovo and with the authority to take all necessary action to establish and maintain a secure environment for all citizens of Kosovo and otherwise carry out its mission.” The Military Technical Agreement also provided for the withdrawal of FRY ground and air forces, save for “an agreed number of Yugoslav and Serb military and police personnel” as foreseen in paragraph 4 of resolution 1244 (1999).

59. Paragraph 11 of the resolution described the principal responsibilities of the international civil presence in Kosovo as follows:

- “(a) Promoting the establishment, pending a final settlement, of substantial autonomy and self-government in Kosovo, taking full account of annex 2 and of the Rambouillet accords (S/1999/648);
- (b) Performing basic civilian administrative functions where and as long as required;
- (c) Organizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections;
- (d) Transferring, as these institutions are established, its administrative responsibilities while overseeing and supporting the consolidation of Kosovo’s local provisional institutions and other peace-building activities;
- (e) Facilitating a political process designed to determine Kosovo’s future status, taking into account the Rambouillet accords (S/1999/648);
- (f) In a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo’s provisional institutions to institutions established under a political settlement . . .”

60. On 12 June 1999, the Secretary-General presented to the Security Council “a preliminary operational concept for the overall organization of the civil presence, which will be known as the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK)”, pursuant to paragraph 10 of resolution 1244 (1999), according to which UNMIK would be headed by a Special Representative of the Secretary-General, to be appointed by the Secretary-General in consultation with the Security Council (Report of the Secretary-General of 12 June 1999 (United Nations doc. S/1999/672, 12 June 1999)). The Report of the Secretary-General provided that there would be four Deputy Special Representatives working within UNMIK, each responsible for one of four major components (the so-called “four pillars”) of the UNMIK régime (para. 5): (a) interim civil administration (with a lead role assigned to the United Nations); (b) humanitarian affairs (with a lead role assigned to the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)); (c) institution building (with a lead role assigned to the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)); and (d) reconstruction (with a lead role assigned to the European Union).

61. On 25 July 1999, the first Special Representative of the Secretary-General promulgated UNMIK regulation 1999/1, which provided in its Section 1.1 that “[a]ll legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary, is vested in UNMIK and is exercised by the Special Representative of the Secretary-General”. Under Section 3 of UNMIK regulation 1999/1, the laws applicable in the territory of Kosovo prior to 24 March 1999 were to continue to apply, but only to the extent that these did not conflict with internationally recognized human rights standards and non-discrimination or the fulfilment of the mandate given to UNMIK under resolution 1244 (1999). Section 3 was repealed by UNMIK regulation 1999/25 promulgated by the Special Representative of the Secretary-General on 12 December 1999, with retroactive effect to 10 June 1999. Section 1.1 of UNMIK regulation 1999/24 of 12 December 1999 provides that “[t]he law applicable in Kosovo shall be: (a) The regulations promulgated by the Special Representative of the Secretary-General and subsidiary instruments issued thereunder; and (b) The law in force in Kosovo on 22 March 1989”. Section 4, entitled “Transitional Provision”, reads as follows:

“All legal acts, including judicial decisions, and the legal effects of events which occurred, during the period from 10 June 1999 up to the date of the present regulation, pursuant to the laws in force during that period under section 3 of UNMIK Regulation No. 1999/1 of 25 July 1999, shall remain valid, insofar as they do not conflict with the standards referred to in section 1 of the present regulation or any UNMIK regulation in force at the time of such acts.”

62. The powers and responsibilities thus laid out in Security Council resolution 1244 (1999) were set out in more detail in UNMIK regulation 2001/9 of 15 May 2001 on a Constitutional Framework for Provisional Self-Government (hereinafter “Constitutional Framework”), which defined the responsibilities relating to the administration of Kosovo between the Special Representative of the Secretary-General and the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo. With regard to the role entrusted to the Special Representative of the Secretary-General under Chapter 12 of the Constitutional Framework,

“[t]he exercise of the responsibilities of the Provisional Institutions of Self-Government under this Constitutional Framework shall not affect or diminish the authority of the SRSG to ensure full implementation of UNSCR 1244 (1999), including overseeing the Provisional Institutions of Self-Government, its officials and its agencies, and taking appropriate measures whenever their actions are inconsistent with UNSCR 1244 (1999) or this Constitutional Framework”.

Moreover, pursuant to Chapter 2 (a), “[t]he Provisional Institutions of Self-Government and their officials shall . . . [e]xercise their authorities consistent with the provisions of UNSCR 1244 (1999) and the terms set forth in this Constitutional Framework”. Similarly, according to the ninth preambular paragraph of the Constitutional Framework, “the exercise of the responsibilities of the Provisional Institutions of Self-Government in Kosovo shall not in any way affect or diminish the ultimate authority of the SRSG for the implementation of UNSCR 1244 (1999)”. In his periodical report to the Security Council of 7 June 2001, the Secretary-General stated that the Constitutional Framework contained

“broad authority for my Special Representative to intervene and correct any actions of the provisional institutions of self-government that are inconsistent with Security Council resolution 1244 (1999), including the power to veto Assembly legislation, where necessary” (Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2001/565, 7 June 2001).

63. Having described the framework put in place by the Security Council to ensure the interim administration of the territory of Kosovo, the Court now turns to the relevant events in the final status process which preceded the declaration of independence of 17 February 2008.

B. The relevant events in the final status process prior to 17 February 2008

64. In June 2005, the Secretary-General appointed Kai Eide, Permanent Representative of Norway to the North Atlantic Treaty Organization, as his Special Envoy to carry out a comprehensive review of Kosovo. In the wake of the Comprehensive Review report he submitted to the Secretary-General (attached to United Nations doc. S/2005/635 (7 October 2005)), there was consensus within the Security Council that the final status process should be commenced:

“The Security Council agrees with Ambassador Eide’s overall assessment that, notwithstanding the challenges still facing Kosovo and the wider region, the time has come to move to the next phase of the political process. The Council therefore supports the Secretary-General’s intention to start a political process to determine Kosovo’s Future Status, as foreseen in Security Council resolution 1244 (1999).” (Statement by the President of the Security Council of 24 October 2005, S/PRST/2005/51.)

65. In November 2005, the Secretary-General appointed Mr. Martti Ahtisaari, former President of Finland, as his Special Envoy for the future status process for Kosovo. This appointment was endorsed by the Security Council (see Letter dated 10 November 2005 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General, S/2005/709). Mr. Ahtisaari's Letter of Appointment included, as an annex to it, a document entitled "Terms of Reference" which stated that the Special Envoy "is expected to revert to the Secretary-General at all stages of the process". Furthermore, "[t]he pace and duration of the future status process will be determined by the Special Envoy on the basis of consultations with the Secretary-General, taking into account the cooperation of the parties and the situation on the ground" (Terms of Reference, dated 10 November 2005, as an Appendix to the Letter of the Secretary-General to Mr. Martti Ahtisaari of 14 November 2005, United Nations dossier No. 198).

66. The Security Council did not comment on these Terms of Reference. Instead, the members of the Council attached to their approval of Mr. Ahtisaari's appointment the Guiding Principles of the Contact Group (an informal grouping of States formed in 1994 to address the situation in the Balkans and composed of France, Germany, Italy, the Russian Federation, the United Kingdom and the United States). Members of the Security Council further indicated that the Guiding Principles were meant for the Secretary-General's (and therefore also for the Special Envoy's) "reference". These Principles stated, *inter alia*, that

"[t]he Contact Group . . . welcomes the intention of the Secretary-General to appoint a Special Envoy to lead this process . . .

A negotiated solution should be an international priority. Once the process has started, it cannot be blocked and must be brought to a conclusion. The Contact Group calls on the parties to engage in good faith and constructively, to refrain from unilateral steps and to reject any form of violence.

.....

The Security Council will remain actively seized of the matter. The final decision on the status of Kosovo should be endorsed by the Security Council." (Guiding principles of the Contact Group for a settlement of the status of Kosovo, as annexed to the Letter dated 10 November 2005 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General, S/2005/709.)

67. Between 20 February 2006 and 8 September 2006, several rounds of negotiations were held, at which delegations of Serbia and Kosovo addressed, in particular, the decentralization of Kosovo's governmental and administrative functions, cultural heritage and religious sites, economic issues, and community rights (Reports of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2006/361, S/2006/707 and S/2006/906). According to the reports of the Secretary-General, "the parties remain[ed] far apart on most issues" (Reports of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2006/707; S/2006/906).

68. On 2 February 2007, the Special Envoy of the Secretary-General submitted a draft comprehensive proposal for the Kosovo status settlement to the parties and invited them to engage in a consultative process (recalled in the Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2007/134, 9 March 2007). On 10 March 2007, a final round of negotiations was held in Vienna to discuss the settlement proposal. As reported by the Secretary-General, “the parties were unable to make any additional progress” at those negotiations (Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2007/395, 29 June 2007, p. 1).

69. On 26 March 2007, the Secretary-General submitted the report of his Special Envoy to the Security Council. The Special Envoy stated that “after more than one year of direct talks, bilateral negotiations and expert consultations, it [had] become clear to [him] that the parties [were] not able to reach an agreement on Kosovo’s future status” (Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council attaching the Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo’s future status, S/2007/168, 26 March 2007). After emphasizing that his

“mandate explicitly provides that [he] determine the pace and duration of the future status process on the basis of consultations with the Secretary-General, taking into account the cooperation of the parties and the situation on the ground” (*ibid.*, para. 3),

the Special Envoy concluded:

“It is my firm view that the negotiations’ potential to produce any mutually agreeable outcome on Kosovo’s status is exhausted. No amount of additional talks, whatever the format, will overcome this impasse.

.....

The time has come to resolve Kosovo’s status. Upon careful consideration of Kosovo’s recent history, the realities of Kosovo today and taking into account the negotiations with the parties, I have come to the conclusion that the only viable option for Kosovo is independence, to be supervised for an initial period by the international community.” (*Ibid.*, paras. 3 and 5.)

70. The Special Envoy’s conclusions were accompanied by his finalized Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement (S/2007/168/Add. 1, 26 March 2007), which, in his words, set forth “international supervisory structures, [and] provide[d] the foundations for a future independent Kosovo” (S/2007/168, 26 March 2007, para. 5). The Comprehensive Proposal called for the immediate convening of a Constitutional Commission to draft a Constitution for Kosovo (S/2007/168/Add. 1, 26 March 2007, Art. 10.1), established guidelines concerning the membership of that Commission (*ibid.*, Art. 10.2), set numerous requirements concerning principles and provisions to be contained in that Constitution (*ibid.*, Art. 1.3 and Ann. I), and required that the

Assembly of Kosovo approve the Constitution by a two-thirds vote within 120 days (*ibid.*, Art. 10.4). Moreover, it called for the expiry of the UNMIK mandate after a 120-day transition period, after which “all legislative and executive authority vested in UNMIK shall be transferred *en bloc* to the governing authorities of Kosovo, unless otherwise provided for in this Settlement” (*ibid.*, Art. 15.1). It mandated the holding of general and municipal elections no later than nine months from the entry into force of the Constitution (*ibid.*, Art. 11.1). The Court further notes that the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement provided for the appointment of an International Civilian Representative (ICR), who would have the final authority in Kosovo regarding interpretation of the Settlement (*ibid.*, Art. 12). The Comprehensive Proposal also specified that the mandate of the ICR would be reviewed “no later than two years after the entry into force of [the] Settlement, with a view to gradually reducing the scope of the powers of the ICR and the frequency of intervention” (*ibid.*, Ann. IX, Art. 5.1) and that

“[t]he mandate of the ICR shall be terminated when the International Steering Group [a body composed of France, Germany, Italy, the Russian Federation, the United Kingdom, the United States, the European Union, the European Commission and NATO] determine[d] that Kosovo ha[d] implemented the terms of [the] Settlement” (*ibid.*, Art. 5.2).

71. The Secretary-General “fully support[ed] both the recommendation made by [his] Special Envoy in his report on Kosovo’s future status and the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement” (Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, S/2007/168). The Security Council, for its part, decided to undertake a mission to Kosovo (see Report of the Security Council mission on the Kosovo issue, S/2007/256, 4 May 2007), but was not able to reach a decision regarding the final status of Kosovo. A draft resolution was circulated among the Council’s members (see draft resolution sponsored by Belgium, France, Germany, Italy, the United Kingdom and the United States, S/2007/437 Prov., 17 July 2007) but was withdrawn after some weeks when it had become clear that it would not be adopted by the Security Council.

72. Between 9 August and 3 December 2007, further negotiations on the future status of Kosovo were held under the auspices of a Troika comprising representatives of the European Union, the Russian Federation and the United States. On 4 December 2007, the Troika submitted its report to the Secretary-General, which came to the conclusion that, despite intensive negotiations, “the parties were unable to reach an agreement on Kosovo’s status” and “[n]either side was willing to yield on the basic question of sovereignty” (Report of the European Union/United States/Russian Federation Troika on Kosovo, 4 December 2007, annexed to S/2007/723).

73. On 17 November 2007, elections were held for the Assembly of Kosovo, 30 municipal assemblies and their respective mayors (Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo S/2007/768). The Assembly of Kosovo held its inaugural session on 4 and 9 January 2008 (Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2008/211).

C. The events of 17 February 2008 and thereafter

74. It is against this background that the declaration of independence was adopted on 17 February 2008. The Court observes that the original language of the declaration is Albanian. For the purposes of the present Opinion, when quoting from the text of the declaration, the Court has used the translations into English and French included in the dossier submitted on behalf of the Secretary-General.

In its relevant passages, the declaration of independence states that its authors were “[c]onvened in an extraordinary meeting on February 17, 2008, in Pristina, the capital of Kosovo” (first preambular paragraph); it “[r]ecall[ed] the years of internationally-sponsored negotiations between Belgrade and Pristina over the question of [Kosovo’s] future political status” and “[r]egrett[ed] that no mutually-acceptable status outcome was possible” (tenth and eleventh preambular paragraphs). It further declared that the authors were “[d]etermin[ed] to see [Kosovo’s] status resolved in order to give [its] people clarity about their future, move beyond the conflicts of the past and realise the full democratic potential of [its] society” (thirteenth preambular paragraph).

75. In its operative part, the declaration of independence of 17 February 2008 states:

“1. We, the democratically-elected leaders of our people, hereby declare Kosovo to be an independent and sovereign state. This declaration reflects the will of our people and it is in full accordance with the recommendations of UN Special Envoy Martti Ahtisaari and his Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement.

2. We declare Kosovo to be a democratic, secular and multi-ethnic republic, guided by the principles of non-discrimination and equal protection under the law. We shall protect and promote the rights of all communities in Kosovo and create the conditions necessary for their effective participation in political and decision-making processes.

.....

5. We welcome the international community’s continued support of our democratic development through international presences established in Kosovo on the basis of UN Security Council resolution 1244 (1999). We invite and welcome an international civilian presence to supervise our implementation of the Ahtisaari Plan, and a European Union-led rule of law mission.

.....

9. We hereby undertake the international obligations of Kosovo, including those concluded on our behalf by the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK), . . .

.....

12. We hereby affirm, clearly, specifically, and irrevocably, that Kosovo shall be legally bound to comply with the provisions contained in this Declaration, including, especially, the obligations for it under the Ahtisaari Plan . . . We declare publicly that all states are entitled to rely upon this declaration . . .”

76. The declaration of independence was adopted at a meeting held on 17 February 2008 by 109 out of the 120 members of the Assembly of Kosovo, including the Prime Minister of Kosovo and by the President of Kosovo (who was not a member of the Assembly). The ten members of the Assembly representing the Kosovo Serb community and one member representing the Kosovo Gorani community decided not to attend this meeting. The declaration was written down on two sheets of papyrus and read out, voted upon and then signed by all representatives present. It was not transmitted to the Special Representative of the Secretary-General and was not published in the Official Gazette of the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo.

77. After the declaration of independence was issued, the Republic of Serbia informed the Secretary-General that it had adopted a decision stating that that declaration represented a forceful and unilateral secession of a part of the territory of Serbia, and did not produce legal effects either in Serbia or in the international legal order (S/PV.5839; Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2008/211). Further to a request from Serbia, an emergency public meeting of the Security Council took place on 18 February 2008, in which Mr. Boris Tadić, the President of the Republic of Serbia, participated and denounced the declaration of independence as an unlawful act which had been declared null and void by the National Assembly of Serbia (S/PV.5839).

IV. THE QUESTION WHETHER THE DECLARATION OF INDEPENDENCE IS IN ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAW

78. The Court now turns to the substance of the request submitted by the General Assembly. The Court recalls that it has been asked by the General Assembly to assess the accordance of the declaration of independence of 17 February 2008 with “international law” (resolution 63/3 of the General Assembly, 8 October 2008). The Court will first turn its attention to certain questions concerning the lawfulness of declarations of independence under general international law, against the background of which the question posed falls to be considered, and Security Council resolution 1244 (1999) is to be understood and applied. Once this general framework has been determined, the Court will turn to the legal relevance of Security Council resolution 1244 (1999), and determine whether the resolution creates special rules, and ensuing obligations, under international law applicable to the issues raised by the present request and having a bearing on the lawfulness of the declaration of independence of 17 February 2008.

A. General international law

79. During the eighteenth, nineteenth and early twentieth centuries, there were numerous instances of declarations of independence, often strenuously opposed by the State from which independence was being declared. Sometimes a declaration resulted in the creation of a new State,

at others it did not. In no case, however, does the practice of States as a whole suggest that the act of promulgating the declaration was regarded as contrary to international law. On the contrary, State practice during this period points clearly to the conclusion that international law contained no prohibition of declarations of independence. During the second half of the twentieth century, the international law of self-determination developed in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation (cf. *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, pp. 31-32, paras. 52-53; *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment*, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004 (I), pp. 171-172, para. 88). A great many new States have come into existence as a result of the exercise of this right. There were, however, also instances of declarations of independence outside this context. The practice of States in these latter cases does not point to the emergence in international law of a new rule prohibiting the making of a declaration of independence in such cases.

80. Several participants in the proceedings before the Court have contended that a prohibition of unilateral declarations of independence is implicit in the principle of territorial integrity.

The Court recalls that the principle of territorial integrity is an important part of the international legal order and is enshrined in the Charter of the United Nations, in particular in Article 2, paragraph 4, which provides that:

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

In General Assembly resolution 2625 (XXV), entitled “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations”, which reflects customary international law (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, pp. 101-103, paras. 191-193), the General Assembly reiterated “[t]he principle that States shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State”. This resolution then enumerated various obligations incumbent upon States to refrain from violating the territorial integrity of other sovereign States. In the same vein, the Final Act of the Helsinki Conference on Security and Co-operation in Europe of 1 August 1975 (the Helsinki Conference) stipulated that “[t]he participating States will respect the territorial integrity of each of the participating States” (Art. IV). Thus, the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States.

81. Several participants have invoked resolutions of the Security Council condemning particular declarations of independence: see, *inter alia*, Security Council resolutions 216 (1965) and 217 (1965), concerning Southern Rhodesia; Security Council resolution 541 (1983), concerning northern Cyprus; and Security Council resolution 787 (1992), concerning the Republika Srpska.

The Court notes, however, that in all of those instances the Security Council was making a determination as regards the concrete situation existing at the time that those declarations of independence were made; the illegality attached to the declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have been, connected with the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (*jus cogens*). In the context of Kosovo, the Security Council has never taken this position. The exceptional character of the resolutions enumerated above appears to the Court to confirm that no general prohibition against unilateral declarations of independence may be inferred from the practice of the Security Council.

*

82. A number of participants in the present proceedings have claimed, although in almost every instance only as a secondary argument, that the population of Kosovo has the right to create an independent State either as a manifestation of a right to self-determination or pursuant to what they described as a right of “remedial secession” in the face of the situation in Kosovo.

The Court has already noted (see paragraph 79 above) that one of the major developments of international law during the second half of the twentieth century has been the evolution of the right of self-determination. Whether, outside the context of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation, the international law of self-determination confers upon part of the population of an existing State a right to separate from that State is, however, a subject on which radically different views were expressed by those taking part in the proceedings and expressing a position on the question. Similar differences existed regarding whether international law provides for a right of “remedial secession” and, if so, in what circumstances. There was also a sharp difference of views as to whether the circumstances which some participants maintained would give rise to a right of “remedial secession” were actually present in Kosovo.

83. The Court considers that it is not necessary to resolve these questions in the present case. The General Assembly has requested the Court’s opinion only on whether or not the declaration of independence is in accordance with international law. Debates regarding the extent of the right of self-determination and the existence of any right of “remedial secession”, however, concern the right to separate from a State. As the Court has already noted (see paragraphs 49 to 56 above), and as almost all participants agreed, that issue is beyond the scope of the question posed by the General Assembly. To answer that question, the Court need only determine whether the declaration of independence violated either general international law or the *lex specialis* created by Security Council resolution 1244 (1999).

*

84. For the reasons already given, the Court considers that general international law contains no applicable prohibition of declarations of independence. Accordingly, it concludes that the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law. Having arrived at that conclusion, the Court now turns to the legal relevance of Security Council resolution 1244, adopted on 10 June 1999.

**B. Security Council resolution 1244 (1999) and the UNMIK
Constitutional Framework created thereunder**

85. Within the legal framework of the United Nations Charter, notably on the basis of Articles 24, 25 and Chapter VII thereof, the Security Council may adopt resolutions imposing obligations under international law. The Court has had the occasion to interpret and apply such Security Council resolutions on a number of occasions and has consistently treated them as part of the framework of obligations under international law (*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. 16); *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 15, paras. 39-41; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, pp. 126-127, paras. 42-44). Resolution 1244 (1999) was expressly adopted by the Security Council on the basis of Chapter VII of the United Nations Charter, and therefore clearly imposes international legal obligations. The Court notes that none of the participants has questioned the fact that resolution 1244 (1999), which specifically deals with the situation in Kosovo, is part of the law relevant in the present situation.

86. The Court notes that there are a number of other Security Council resolutions adopted on the question of Kosovo, notably Security Council resolutions 1160 (1998), 1199 (1998), 1203 (1998) and 1239 (1999); however, the Court sees no need to pronounce specifically on resolutions of the Security Council adopted prior to resolution 1244 (1999), which are, in any case, recalled in the second preambular paragraph of the latter.

*

87. A certain number of participants have dealt with the question whether regulations adopted on behalf of UNMIK by the Special Representative of the Secretary-General, notably the Constitutional Framework (see paragraph 62 above), also form part of the applicable international law within the meaning of the General Assembly's request.

88. In particular, it has been argued before the Court that the Constitutional Framework is an act of an internal law rather than an international law character. According to that argument, the Constitutional Framework would not be part of the international law applicable in the present instance and the question of the compatibility of the declaration of independence therewith would thus fall outside the scope of the General Assembly's request.

The Court observes that UNMIK regulations, including regulation 2001/9, which promulgated the Constitutional Framework, are adopted by the Special Representative of the Secretary-General on the basis of the authority derived from Security Council resolution 1244 (1999), notably its paragraphs 6, 10, and 11, and thus ultimately from the United Nations Charter. The Constitutional Framework derives its binding force from the binding character of resolution 1244 (1999) and thus from international law. In that sense it therefore possesses an international legal character.

89. At the same time, the Court observes that the Constitutional Framework functions as part of a specific legal order, created pursuant to resolution 1244 (1999), which is applicable only in Kosovo and the purpose of which is to regulate, during the interim phase established by resolution 1244 (1999), matters which would ordinarily be the subject of internal, rather than international, law. Regulation 2001/9 opens with the statement that the Constitutional Framework was promulgated

“[f]or the purposes of developing meaningful self-government in Kosovo pending a final settlement, and establishing provisional institutions of self-government in the legislative, executive and judicial fields through the participation of the people of Kosovo in free and fair elections”.

The Constitutional Framework therefore took effect as part of the body of law adopted for the administration of Kosovo during the interim phase. The institutions which it created were empowered by the Constitutional Framework to take decisions which took effect within that body of law. In particular, the Assembly of Kosovo was empowered to adopt legislation which would have the force of law within that legal order, subject always to the overriding authority of the Special Representative of the Secretary-General.

90. The Court notes that both Security Council resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework entrust the Special Representative of the Secretary-General with considerable supervisory powers with regard to the Provisional Institutions of Self-Government established under the authority of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo. As noted above (see paragraph 58), Security Council resolution 1244 (1999) envisages “an interim administration for Kosovo . . . which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions” (para. 10). Resolution 1244 (1999) further states that “the main responsibilities of the international civil presence will include . . . [o]rganizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections” (paragraph 11 (c)). Similarly, as described above (see paragraph 62), under the Constitutional Framework, the Provisional Institutions of Self-Government were to function in conjunction with and subject to the direction of the Special Representative of the Secretary-General in the implementation of Security Council resolution 1244 (1999).

91. The Court notes that Security Council resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework were still in force and applicable as at 17 February 2008. Paragraph 19 of Security Council resolution 1244 (1999) expressly provides that “the international civil and security presences are established for an initial period of 12 months, to continue thereafter unless the Security Council decides otherwise”. No decision amending resolution 1244 (1999) was taken by

the Security Council at its meeting held on 18 February 2008, when the declaration of independence was discussed for the first time, or at any subsequent meeting. The Presidential Statement of 26 November 2008 (S/PRST/2008/44) merely “welcom[ed] the cooperation between the UN and other international actors, *within* the framework of Security Council resolution 1244 (1999)” (emphasis added). In addition, pursuant to paragraph 21 of Security Council resolution 1244 (1999), the Security Council decided “to remain actively seized of the matter” and maintained the item “Security Council resolutions 1160 (1998), 1199 (1998), 1203 (1998), 1239 (1999) and 1244 (1999)” on its agenda (see, most recently, Report of the Security Council, 1 August 2008-31 July 2009, General Assembly, Official Records, 64th session, Supplement No. 2, pp. 39 ff. and 132 ff.). Furthermore, Chapter 14.3 of the Constitutional Framework sets forth that “[t]he SRSG . . . may effect amendments to this Constitutional Framework”. Minor amendments were effected by virtue of UNMIK regulations UNMIK/REG/2002/9 of 3 May 2002, UNMIK/REG/2007/29 of 4 October 2007, UNMIK/REG/2008/1 of 8 January 2008 and UNMIK/REG/2008/9 of 8 February 2008. Finally, neither Security Council resolution 1244 (1999) nor the Constitutional Framework contains a clause providing for its termination and neither has been repealed; they therefore constituted the international law applicable to the situation prevailing in Kosovo on 17 February 2008.

92. In addition, the Special Representative of the Secretary-General continues to exercise his functions in Kosovo. Moreover, the Secretary-General has continued to submit periodic reports to the Security Council, as required by paragraph 20 of Security Council resolution 1244 (1999) (see the most recent quarterly Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2010/169, 6 April 2010, as well as the preceding Reports S/2008/692 of 24 November 2008, S/2009/149 of 17 March 2009, S/2009/300 of 10 June 2009, S/2009/497 of 30 September 2009 and S/2010/5 of 5 January 2010).

93. From the foregoing, the Court concludes that Security Council resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework form part of the international law which is to be considered in replying to the question posed by the General Assembly in its request for the advisory opinion.

1. Interpretation of Security Council resolution 1244 (1999)

94. Before continuing further, the Court must recall several factors relevant in the interpretation of resolutions of the Security Council. While the rules on treaty interpretation embodied in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties may provide guidance, differences between Security Council resolutions and treaties mean that the interpretation of Security Council resolutions also require that other factors be taken into account. Security Council resolutions are issued by a single, collective body and are drafted through a very different process than that used for the conclusion of a treaty. Security Council resolutions are the product of a voting process as provided for in Article 27 of the Charter, and the final text of such resolutions represents the view of the Security Council as a body. Moreover, Security Council resolutions can be binding on all Member States (*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. 54, para. 116), irrespective of whether they played any part in their formulation. The interpretation of Security Council

resolutions may require the Court to analyse statements by representatives of members of the Security Council made at the time of their adoption, other resolutions of the Security Council on the same issue, as well as the subsequent practice of relevant United Nations organs and of States affected by those given resolutions.

*

95. The Court first notes that resolution 1244 (1999) must be read in conjunction with the general principles set out in annexes 1 and 2 thereto, since in the resolution itself, the Security Council: “1. *Decide[d]* that a political solution to the Kosovo crisis shall be based on the general principles in annex 1 and as further elaborated in the principles and other required elements in annex 2.” Those general principles sought to defuse the Kosovo crisis first by ensuring an end to the violence and repression in Kosovo and by the establishment of an interim administration. A longer-term solution was also envisaged, in that resolution 1244 (1999) was to initiate

“[a] political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for a substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region, and the demilitarization of the KLA” (Security Council resolution 1244 (1999) of 10 June 1999, Ann. 1, sixth principle; *ibid.*, Ann. 2, para. 8).

Further, it bears recalling that the tenth preambular paragraph of resolution 1244 (1999) also recalled the sovereignty and the territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia.

96. Having earlier outlined the principal characteristics of Security Council resolution 1244 (1999) (see paragraphs 58 to 59), the Court next observes that three distinct features of that resolution are relevant for discerning its object and purpose.

97. First, resolution 1244 (1999) establishes an international civil and security presence in Kosovo with full civil and political authority and sole responsibility for the governance of Kosovo. As described above (see paragraph 60), on 12 June 1999, the Secretary-General presented to the Security Council his preliminary operational concept for the overall organization of the civil presence under UNMIK. On 25 July 1999, the Special Representative of the Secretary-General promulgated UNMIK regulation 1999/1, deemed to have entered into force as of 10 June 1999, the date of adoption of Security Council resolution 1244 (1999). Under this regulation, “[a]ll legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary”, was vested in UNMIK and exercised by the Special Representative. Viewed together, resolution 1244 (1999) and UNMIK regulation 1999/1 therefore had the effect of superseding the legal order in force at that time in the territory of Kosovo and setting up an international territorial administration. For this reason, the establishment of civil and security presences in Kosovo deployed on the basis of resolution 1244 (1999) must be understood as an exceptional measure relating to civil, political and security aspects and aimed at addressing the crisis existing in that territory in 1999.

98. Secondly, the solution embodied in resolution 1244 (1999), namely, the implementation of an interim international territorial administration, was designed for humanitarian purposes: to provide a means for the stabilization of Kosovo and for the re-establishment of a basic public order in an area beset by crisis. This becomes apparent in the text of resolution 1244 (1999) itself which, in its second preambular paragraph, recalls Security Council resolution 1239, adopted on 14 May 1999, in which the Security Council had expressed “grave concern at the humanitarian crisis in and around Kosovo”. The priorities which are identified in paragraph 11 of resolution 1244 (1999) were elaborated further in the so-called “four pillars” relating to the governance of Kosovo described in the Report of the Secretary-General of 12 June 1999 (paragraph 60 above). By placing an emphasis on these “four pillars”, namely, interim civil administration, humanitarian affairs, institution building and reconstruction, and by assigning responsibility for these core components to different international organizations and agencies, resolution 1244 (1999) was clearly intended to bring about stabilization and reconstruction. The interim administration in Kosovo was designed to suspend temporarily Serbia’s exercise of its authority flowing from its continuing sovereignty over the territory of Kosovo. The purpose of the legal régime established under resolution 1244 (1999) was to establish, organize and oversee the development of local institutions of self-government in Kosovo under the aegis of the interim international presence.

99. Thirdly, resolution 1244 (1999) clearly establishes an interim régime; it cannot be understood as putting in place a permanent institutional framework in the territory of Kosovo. This resolution mandated UNMIK merely to facilitate the desired negotiated solution for Kosovo’s future status, without prejudging the outcome of the negotiating process.

100. The Court thus concludes that the object and purpose of resolution 1244 (1999) was to establish a temporary, exceptional legal régime which, save to the extent that it expressly preserved it, superseded the Serbian legal order and which aimed at the stabilization of Kosovo, and that it was designed to do so on an interim basis.

2. The question whether the declaration of independence is in accordance with Security Council resolution 1244 (1999) and the measures adopted thereunder

101. The Court will now turn to the question whether Security Council resolution 1244 (1999), or the measures adopted thereunder, introduces a specific prohibition on issuing a declaration of independence, applicable to those who adopted the declaration of independence of 17 February 2008. In order to answer this question, it is first necessary, as explained in paragraph 52 above, for the Court to determine precisely who issued that declaration.

(a) The identity of the authors of the declaration of independence

102. The Court needs to determine whether the declaration of independence of 17 February 2008 was an act of the “Assembly of Kosovo”, one of the Provisional Institutions of Self-Government, established under Chapter 9 of the Constitutional Framework, or whether those who adopted the declaration were acting in a different capacity.

103. The Court notes that different views have been expressed regarding this question. On the one hand, it has been suggested in the proceedings before the Court that the meeting in which the declaration was adopted was a session of the Assembly of Kosovo, operating as a Provisional Institution of Self-Government within the limits of the Constitutional Framework. Other participants have observed that both the language of the document and the circumstances under which it was adopted clearly indicate that the declaration of 17 February 2008 was not the work of the Provisional Institutions of Self-Government and did not take effect within the legal framework created for the government of Kosovo during the interim phase.

104. The Court notes that, when opening the meeting of 17 February 2008 at which the declaration of independence was adopted, the President of the Assembly and the Prime Minister of Kosovo made reference to the Assembly of Kosovo and the Constitutional Framework. The Court considers, however, that the declaration of independence must be seen in its larger context, taking into account the events preceding its adoption, notably relating to the so-called “final status process” (see paragraphs 64 to 73). Security Council resolution 1244 (1999) was mostly concerned with setting up an interim framework of self-government for Kosovo (see paragraph 58 above). Although, at the time of the adoption of the resolution, it was expected that the final status of Kosovo would flow from, and be developed within, the framework set up by the resolution, the specific contours, let alone the outcome, of the final status process were left open by Security Council resolution 1244 (1999). Accordingly, its paragraph 11, especially in its subparagraphs (*d*), (*e*) and (*f*), deals with final status issues only in so far as it is made part of UNMIK’s responsibilities to “[f]acilitat[e] a political process designed to determine Kosovo’s future status, taking into account the Rambouillet accords” and “[i]n a final stage, [to oversee] the transfer of authority from Kosovo’s provisional institutions to institutions established under a political settlement”.

105. The declaration of independence reflects the awareness of its authors that the final status negotiations had failed and that a critical moment for the future of Kosovo had been reached. The Preamble of the declaration refers to the “years of internationally-sponsored negotiations between Belgrade and Pristina over the question of our future political status” and expressly puts the declaration in the context of the failure of the final status negotiations, inasmuch as it states that “no mutually-acceptable status outcome was possible” (tenth and eleventh preambular paragraphs). Proceeding from there, the authors of the declaration of independence emphasize their determination to “resolve” the status of Kosovo and to give the people of Kosovo “clarity about their future” (thirteenth preambular paragraph). This language indicates that the authors of the declaration did not seek to act within the standard framework of interim self-administration of Kosovo, but aimed at establishing Kosovo “as an independent and sovereign state” (para. 1). The declaration of independence, therefore, was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase, nor was it capable of doing so. On the contrary, the Court considers that the authors of that declaration did not act, or intend to act, in the capacity of an institution created by and empowered to act within that legal order but, rather, set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order.

106. This conclusion is reinforced by the fact that the authors of the declaration undertook to fulfil the international obligations of Kosovo, notably those created for Kosovo by UNMIK (declaration of independence, para. 9), and expressly and solemnly declared Kosovo to be bound vis-à-vis third States by the commitments made in the declaration (*ibid.*, para. 12). By contrast, under the régime of the Constitutional Framework, all matters relating to the management of the external relations of Kosovo were the exclusive prerogative of the Special Representative of the Secretary-General:

“(m) concluding agreements with states and international organizations in all matters within the scope of UNSCR 1244 (1999);

(n) overseeing the fulfilment of commitments in international agreements entered into on behalf of UNMIK;

(o) external relations, including with states and international organisations . . .” (Chap. 8.1 of the Constitutional Framework, “Powers and Responsibilities Reserved to the SRSG”),

with the Special Representative of the Secretary-General only consulting and co-operating with the Provisional Institutions of Self-Government in these matters.

107. Certain features of the text of the declaration and the circumstances of its adoption also point to the same conclusion. Nowhere in the original Albanian text of the declaration (which is the sole authentic text) is any reference made to the declaration being the work of the Assembly of Kosovo. The words “Assembly of Kosovo” appear at the head of the declaration only in the English and French translations contained in the dossier submitted on behalf of the Secretary-General. The language used in the declaration differs from that employed in acts of the Assembly of Kosovo in that the first paragraph commences with the phrase “We, the democratically-elected leaders of our people . . .”, whereas acts of the Assembly of Kosovo employ the third person singular.

Moreover, the procedure employed in relation to the declaration differed from that employed by the Assembly of Kosovo for the adoption of legislation. In particular, the declaration was signed by all those present when it was adopted, including the President of Kosovo, who (as noted in paragraph 76 above) was not a member of the Assembly of Kosovo. In fact, the self-reference of the persons adopting the declaration of independence as “the democratically-elected leaders of our people” immediately precedes the actual declaration of independence within the text (“hereby declare Kosovo to be an independent and sovereign state”; para. 1). It is also noticeable that the declaration was not forwarded to the Special Representative of the Secretary-General for publication in the Official Gazette.

108. The reaction of the Special Representative of the Secretary-General to the declaration of independence is also of some significance. The Constitutional Framework gave the Special Representative power to oversee and, in certain circumstances, annul the acts of the Provisional Institutions of Self-Government. On previous occasions, in particular in the period between 2002 and 2005, when the Assembly of Kosovo took initiatives to promote the independence of Kosovo,

the Special Representative had qualified a number of acts as being incompatible with the Constitutional Framework on the grounds that they were deemed to be “beyond the scope of [the Assembly’s] competencies” (United Nations dossier No. 189, 7 February 2003) and therefore outside the powers of the Assembly of Kosovo.

The silence of the Special Representative of the Secretary-General in the face of the declaration of independence of 17 February 2008 suggests that he did not consider that the declaration was an act of the Provisional Institutions of Self-Government designed to take effect within the legal order for the supervision of which he was responsible. As the practice shows, he would have been under a duty to take action with regard to acts of the Assembly of Kosovo which he considered to be *ultra vires*.

The Court accepts that the Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, submitted to the Security Council on 28 March 2008, stated that “the Assembly of Kosovo held a session during which it adopted a ‘declaration of independence’, declaring Kosovo an independent and sovereign State” (United Nations doc. S/2008/211, para. 3). This was the normal periodic report on UNMIK activities, the purpose of which was to inform the Security Council about developments in Kosovo; it was not intended as a legal analysis of the declaration or the capacity in which those who adopted it had acted.

109. The Court thus arrives at the conclusion that, taking all factors together, the authors of the declaration of independence of 17 February 2008 did not act as one of the Provisional Institutions of Self-Government within the Constitutional Framework, but rather as persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration.

(b) *The question whether the authors of the declaration of independence acted in violation of Security Council resolution 1244 (1999) or the measures adopted thereunder*

110. Having established the identity of the authors of the declaration of independence, the Court turns to the question whether their act in promulgating the declaration was contrary to any prohibition contained in Security Council resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework adopted thereunder.

111. The Court recalls that this question has been a matter of controversy in the present proceedings. Some participants to the proceedings have contended that the declaration of independence of 17 February 2008 was a unilateral attempt to bring to an end the international presence established by Security Council resolution 1244 (1999), a result which it is said could only be effectuated by a decision of the Security Council itself. It has also been argued that a permanent settlement for Kosovo could only be achieved either by agreement of all parties involved (notably including the consent of the Republic of Serbia) or by a specific Security Council resolution endorsing a specific final status for Kosovo, as provided for in the Guiding Principles of the Contact Group. According to this view, the unilateral action on the part of the authors of the declaration of independence cannot be reconciled with Security Council resolution 1244 (1999) and thus constitutes a violation of that resolution.

112. Other participants have submitted to the Court that Security Council resolution 1244 (1999) did not prevent or exclude the possibility of Kosovo's independence. They argued that the resolution only regulates the interim administration of Kosovo, but not its final or permanent status. In particular, the argument was put forward that Security Council resolution 1244 (1999) does not create obligations under international law prohibiting the issuance of a declaration of independence or making it invalid, and does not make the authors of the declaration of independence its addressees. According to this position, if the Security Council had wanted to preclude a declaration of independence, it would have done so in clear and unequivocal terms in the text of the resolution, as it did in resolution 787 (1992) concerning the Republika Srpska. In addition, it was argued that the references, in the annexes of Security Council resolution 1244 (1999), to the Rambouillet accords and thus indirectly to the "will of the people" (see Chapter 8.3 of the Rambouillet accords) of Kosovo, support the view that Security Council resolution 1244 (1999) not only did not oppose the declaration of independence, but indeed contemplated it. Other participants contended that at least once the negotiating process had been exhausted, Security Council resolution 1244 (1999) was no longer an obstacle to a declaration of independence.

*

113. The question whether resolution 1244 (1999) prohibits the authors of the declaration of 17 February 2008 from declaring independence from the Republic of Serbia can only be answered through a careful reading of this resolution (see paras. 94 *et seq.*).

114. First, the Court observes that Security Council resolution 1244 (1999) was essentially designed to create an interim régime for Kosovo, with a view to channelling the long-term political process to establish its final status. The resolution did not contain any provision dealing with the final status of Kosovo or with the conditions for its achievement.

In this regard the Court notes that contemporaneous practice of the Security Council shows that in situations where the Security Council has decided to establish restrictive conditions for the permanent status of a territory, those conditions are specified in the relevant resolution. For example, although the factual circumstances differed from the situation in Kosovo, only 19 days after the adoption of resolution 1244 (1999), the Security Council, in its resolution 1251 of 29 June 1999, reaffirmed its position that a "Cyprus settlement must be based on a State of Cyprus with a single sovereignty and international personality and a single citizenship, with its independence and territorial integrity safeguarded" (para. 11). The Security Council thus set out the specific conditions relating to the permanent status of Cyprus.

By contrast, under the terms of resolution 1244 (1999) the Security Council did not reserve for itself the final determination of the situation in Kosovo and remained silent on the conditions for the final status of Kosovo.

Resolution 1244 (1999) thus does not preclude the issuance of the declaration of independence of 17 February 2008 because the two instruments operate on a different level: unlike resolution 1244 (1999), the declaration of independence is an attempt to determine finally the status of Kosovo.

115. Secondly, turning to the question of the addressees of Security Council resolution 1244 (1999), as described above (see paragraph 58), it sets out a general framework for the “deployment in Kosovo, under United Nations auspices, of international civil and security presences” (para. 5). It is mostly concerned with creating obligations and authorizations for United Nations Member States as well as for organs of the United Nations such as the Secretary-General and his Special Representative (see notably paras. 3, 5, 6, 7, 9, 10 and 11 of Security Council resolution 1244 (1999)). The only point at which resolution 1244 (1999) expressly mentions other actors relates to the Security Council’s demand, on the one hand, “that the KLA and other armed Kosovo Albanian groups end immediately all offensive actions and comply with the requirements for demilitarization” (para. 15) and, on the other hand, for the “full cooperation by all concerned, including the international security presence, with the International Tribunal for the Former Yugoslavia” (para. 14). There is no indication, in the text of Security Council resolution 1244 (1999), that the Security Council intended to impose, beyond that, a specific obligation to act or a prohibition from acting, addressed to such other actors.

116. The Court recalls in this regard that it has not been uncommon for the Security Council to make demands on actors other than United Nations Member States and intergovernmental organizations. More specifically, a number of Security Council resolutions adopted on the subject of Kosovo prior to Security Council resolution 1244 (1999) contained demands addressed *eo nomine* to the Kosovo Albanian leadership. For example, resolution 1160 (1998) “[c]all[ed] upon the authorities in Belgrade *and the leadership of the Kosovar Albanian community* urgently to enter without preconditions into a meaningful dialogue on political status issues” (resolution 1160 (1998), para. 4; emphasis added). Resolution 1199 (1998) included four separate demands on the Kosovo Albanian leadership, i.e., improving the humanitarian situation, entering into a dialogue with the Federal Republic of Yugoslavia, pursuing their goals by peaceful means only, and co-operating fully with the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (resolution 1199 (1998), paras. 2, 3, 6 and 13). Resolution 1203 (1998) “[d]emand[ed] . . . that the Kosovo Albanian leadership and all other elements of the Kosovo Albanian community comply fully and swiftly with resolutions 1160 (1998) and 1199 (1998) and cooperate fully with the OSCE Verification Mission in Kosovo” (resolution 1203 (1998), para. 4). The same resolution also called upon the “Kosovo Albanian leadership to enter immediately into a meaningful dialogue without preconditions and with international involvement, and to a clear timetable, leading to an end of the crisis and to a negotiated political solution to the issue of Kosovo”; demanded that “the Kosovo Albanian leadership and all others concerned respect the freedom of movement of the OSCE Verification Mission and other international personnel”; “[i]nsist[ed] that the Kosovo Albanian leadership condemn all terrorist actions”; and demanded that the Kosovo Albanian leadership “cooperate with international efforts to improve the humanitarian situation and to avert the impending humanitarian catastrophe” (resolution 1203 (1998), paras. 5, 6, 10 and 11).

117. Such reference to the Kosovo Albanian leadership or other actors, notwithstanding the somewhat general reference to “all concerned” (para. 14), is missing from the text of Security Council resolution 1244 (1999). When interpreting Security Council resolutions, the Court must establish, on a case-by-case basis, considering all relevant circumstances, for whom the Security Council intended to create binding legal obligations. The language used by the resolution may

serve as an important indicator in this regard. The approach taken by the Court with regard to the binding effect of Security Council resolutions in general is, *mutatis mutandis*, also relevant here. In this context, the Court recalls its previous statement that:

“The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council.” (*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. 53, para. 114.)

118. Bearing this in mind, the Court cannot accept the argument that Security Council resolution 1244 (1999) contains a prohibition, binding on the authors of the declaration of independence, against declaring independence; nor can such a prohibition be derived from the language of the resolution understood in its context and considering its object and purpose. The language of Security Council resolution 1244 (1999) is at best ambiguous in this regard. The object and purpose of the resolution, as has been explained in detail (see paragraphs 96 to 100), is the establishment of an interim administration for Kosovo, without making any definitive determination on final status issues. The text of the resolution explains that the

“main responsibilities of the international civil presence will include . . . [o]rganizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government *pending a political settlement*” (para. 11 (c) of the resolution; emphasis added).

The phrase “political settlement”, often cited in the present proceedings, does not modify this conclusion. First, that reference is made within the context of enumerating the responsibilities of the international civil presence, i.e., the Special Representative of the Secretary-General in Kosovo and UNMIK, and not of other actors. Secondly, as the diverging views presented to the Court on this matter illustrate, the term “political settlement” is subject to various interpretations. The Court therefore concludes that this part of Security Council resolution 1244 (1999) cannot be construed to include a prohibition, addressed in particular to the authors of the declaration of 17 February 2008, against declaring independence.

119. The Court accordingly finds that Security Council resolution 1244 (1999) did not bar the authors of the declaration of 17 February 2008 from issuing a declaration of independence from the Republic of Serbia. Hence, the declaration of independence did not violate Security Council resolution 1244 (1999).

120. The Court therefore turns to the question whether the declaration of independence of 17 February 2008 has violated the Constitutional Framework established under the auspices of UNMIK. Chapter 5 of the Constitutional Framework determines the powers of the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo. It was argued by a number of States which participated in the proceedings before the Court that the promulgation of a declaration of independence is an act outside the powers of the Provisional Institutions of Self-Government as set out in the Constitutional Framework.

121. The Court has already held, however (see paragraphs 102 to 109 above), that the declaration of independence of 17 February 2008 was not issued by the Provisional Institutions of Self-Government, nor was it an act intended to take effect, or actually taking effect, within the legal order in which those Provisional Institutions operated. It follows that the authors of the declaration of independence were not bound by the framework of powers and responsibilities established to govern the conduct of the Provisional Institutions of Self-Government. Accordingly, the Court finds that the declaration of independence did not violate the Constitutional Framework.

*

* *

V. GENERAL CONCLUSION

122. The Court has concluded above that the adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law, Security Council resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework. Consequently the adoption of that declaration did not violate any applicable rule of international law.

*

* *

123. For these reasons,

THE COURT,

(1) Unanimously,

Finds that it has jurisdiction to give the advisory opinion requested;

(2) By nine votes to five,

Decides to comply with the request for an advisory opinion;

IN FAVOUR: *President* Owada; *Judges* Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood;

AGAINST: *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Keith, Bennouna, Skotnikov;

(3) By ten votes to four,

Is of the opinion that the declaration of independence of Kosovo adopted on 17 February 2008 did not violate international law.

IN FAVOUR: *President* Owada; *Judges* Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood;

AGAINST: *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Bennouna, Skotnikov.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-second day of July, two thousand and ten, in two copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the other transmitted to the Secretary-General of the United Nations.

(*Signed*) Hisashi OWADA,
President.

(*Signed*) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Vice-President TOMKA appends a declaration to the Advisory Opinion of the Court; Judge KOROMA appends a dissenting opinion to the Advisory Opinion of the Court; Judge SIMMA appends a declaration to the Advisory Opinion of the Court; Judges KEITH and SEPÚLVEDA-AMOR append separate opinions to the Advisory Opinion of the Court; Judges BENNOUNA and SKOTNIKOV append dissenting opinions to the Advisory Opinion of the Court; Judges CANÇADO TRINDADE and YUSUF append separate opinions to the Advisory Opinion of the Court.

(*Initialled*) H. O.

(*Initialled*) Ph. C.

ภาคผนวก ข



Security Council

Distr.
GENERAL

S/RES/1244 (1999)
10 June 1999

RESOLUTION 1244 (1999)

Adopted by the Security Council at its 4011th meeting,
on 10 June 1999

The Security Council,

Bearing in mind the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and the primary responsibility of the Security Council for the maintenance of international peace and security,

Recalling its resolutions 1160 (1998) of 31 March 1998, 1199 (1998) of 23 September 1998, 1203 (1998) of 24 October 1998 and 1239 (1999) of 14 May 1999,

Regretting that there has not been full compliance with the requirements of these resolutions,

Determined to resolve the grave humanitarian situation in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia, and to provide for the safe and free return of all refugees and displaced persons to their homes,

Condemning all acts of violence against the Kosovo population as well as all terrorist acts by any party,

Recalling the statement made by the Secretary-General on 9 April 1999, expressing concern at the humanitarian tragedy taking place in Kosovo,

Reaffirming the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety,

Recalling the jurisdiction and the mandate of the International Tribunal for the Former Yugoslavia,

Welcoming the general principles on a political solution to the Kosovo crisis adopted on 6 May 1999 (S/1999/516, annex 1 to this resolution) and welcoming also the acceptance by the Federal Republic of Yugoslavia of the principles set forth in points 1 to 9 of the paper presented in Belgrade on

2 June 1999 (S/1999/649, annex 2 to this resolution), and the Federal Republic of Yugoslavia's agreement to that paper,

Reaffirming the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other States of the region, as set out in the Helsinki Final Act and annex 2,

Reaffirming the call in previous resolutions for substantial autonomy and meaningful self-administration for Kosovo,

Determining that the situation in the region continues to constitute a threat to international peace and security,

Determined to ensure the safety and security of international personnel and the implementation by all concerned of their responsibilities under the present resolution, and acting for these purposes under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. Decides that a political solution to the Kosovo crisis shall be based on the general principles in annex 1 and as further elaborated in the principles and other required elements in annex 2;

2. Welcomes the acceptance by the Federal Republic of Yugoslavia of the principles and other required elements referred to in paragraph 1 above, and demands the full cooperation of the Federal Republic of Yugoslavia in their rapid implementation;

3. Demands in particular that the Federal Republic of Yugoslavia put an immediate and verifiable end to violence and repression in Kosovo, and begin and complete verifiable phased withdrawal from Kosovo of all military, police and paramilitary forces according to a rapid timetable, with which the deployment of the international security presence in Kosovo will be synchronized;

4. Confirms that after the withdrawal an agreed number of Yugoslav and Serb military and police personnel will be permitted to return to Kosovo to perform the functions in accordance with annex 2;

5. Decides on the deployment in Kosovo, under United Nations auspices, of international civil and security presences, with appropriate equipment and personnel as required, and welcomes the agreement of the Federal Republic of Yugoslavia to such presences;

6. Requests the Secretary-General to appoint, in consultation with the Security Council, a Special Representative to control the implementation of the international civil presence, and further requests the Secretary-General to instruct his Special Representative to coordinate closely with the international security presence to ensure that both presences operate towards the same goals and in a mutually supportive manner;

7. Authorizes Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo as set out in point 4 of annex 2 with all necessary means to fulfil its responsibilities under paragraph 9 below;

8. Affirms the need for the rapid early deployment of effective international civil and security presences to Kosovo, and demands that the parties cooperate fully in their deployment;

9. Decides that the responsibilities of the international security presence to be deployed and acting in Kosovo will include:

(a) Deterring renewed hostilities, maintaining and where necessary enforcing a ceasefire, and ensuring the withdrawal and preventing the return into Kosovo of Federal and Republic military, police and paramilitary forces, except as provided in point 6 of annex 2;

(b) Demilitarizing the Kosovo Liberation Army (KLA) and other armed Kosovo Albanian groups as required in paragraph 15 below;

(c) Establishing a secure environment in which refugees and displaced persons can return home in safety, the international civil presence can operate, a transitional administration can be established, and humanitarian aid can be delivered;

(d) Ensuring public safety and order until the international civil presence can take responsibility for this task;

(e) Supervising demining until the international civil presence can, as appropriate, take over responsibility for this task;

(f) Supporting, as appropriate, and coordinating closely with the work of the international civil presence;

(g) Conducting border monitoring duties as required;

(h) Ensuring the protection and freedom of movement of itself, the international civil presence, and other international organizations;

10. Authorizes the Secretary-General, with the assistance of relevant international organizations, to establish an international civil presence in Kosovo in order to provide an interim administration for Kosovo under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, and which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants of Kosovo;

11. Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include:

(a) Promoting the establishment, pending a final settlement, of substantial autonomy and self-government in Kosovo, taking full account of annex 2 and of the Rambouillet accords (S/1999/648);

(b) Performing basic civilian administrative functions where and as long as required;

(c) Organizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections;

(d) Transferring, as these institutions are established, its administrative responsibilities while overseeing and supporting the consolidation of Kosovo's local provisional institutions and other peace-building activities;

(e) Facilitating a political process designed to determine Kosovo's future status, taking into account the Rambouillet accords (S/1999/648);

(f) In a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo's provisional institutions to institutions established under a political settlement;

(g) Supporting the reconstruction of key infrastructure and other economic reconstruction;

(h) Supporting, in coordination with international humanitarian organizations, humanitarian and disaster relief aid;

(i) Maintaining civil law and order, including establishing local police forces and meanwhile through the deployment of international police personnel to serve in Kosovo;

(j) Protecting and promoting human rights;

(k) Assuring the safe and unimpeded return of all refugees and displaced persons to their homes in Kosovo;

12. Emphasizes the need for coordinated humanitarian relief operations, and for the Federal Republic of Yugoslavia to allow unimpeded access to Kosovo by humanitarian aid organizations and to cooperate with such organizations so as to ensure the fast and effective delivery of international aid;

13. Encourages all Member States and international organizations to contribute to economic and social reconstruction as well as to the safe return of refugees and displaced persons, and emphasizes in this context the importance of convening an international donors' conference, particularly for the purposes set out in paragraph 11 (g) above, at the earliest possible date;

14. Demands full cooperation by all concerned, including the international security presence, with the International Tribunal for the Former Yugoslavia;

15. Demands that the KLA and other armed Kosovo Albanian groups end immediately all offensive actions and comply with the requirements for demilitarization as laid down by the head of the international security presence in consultation with the Special Representative of the Secretary-General;

16. Decides that the prohibitions imposed by paragraph 8 of resolution 1160 (1998) shall not apply to arms and related matériel for the use of the international civil and security presences;

17. Welcomes the work in hand in the European Union and other international organizations to develop a comprehensive approach to the economic development and stabilization of the region affected by the Kosovo crisis, including the implementation of a Stability Pact for South Eastern Europe with broad international participation in order to further the promotion of democracy, economic prosperity, stability and regional cooperation;

18. Demands that all States in the region cooperate fully in the implementation of all aspects of this resolution;

19. Decides that the international civil and security presences are established for an initial period of 12 months, to continue thereafter unless the Security Council decides otherwise;

20. Requests the Secretary-General to report to the Council at regular intervals on the implementation of this resolution, including reports from the leaderships of the international civil and security presences, the first reports to be submitted within 30 days of the adoption of this resolution;

21. Decides to remain actively seized of the matter.

Annex 1

Statement by the Chairman on the conclusion of the meeting of the G-8 Foreign Ministers held at the Petersberg Centre on 6 May 1999

The G-8 Foreign Ministers adopted the following general principles on the political solution to the Kosovo crisis:

- Immediate and verifiable end of violence and repression in Kosovo;
- Withdrawal from Kosovo of military, police and paramilitary forces;
- Deployment in Kosovo of effective international civil and security presences, endorsed and adopted by the United Nations, capable of guaranteeing the achievement of the common objectives;
- Establishment of an interim administration for Kosovo to be decided by the Security Council of the United Nations to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants in Kosovo;
- The safe and free return of all refugees and displaced persons and unimpeded access to Kosovo by humanitarian aid organizations;
- A political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for a substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region, and the demilitarization of the KLA;

/...

- Comprehensive approach to the economic development and stabilization of the crisis region.

Annex 2

Agreement should be reached on the following principles to move towards a resolution of the Kosovo crisis:

1. An immediate and verifiable end of violence and repression in Kosovo.
2. Verifiable withdrawal from Kosovo of all military, police and paramilitary forces according to a rapid timetable.
3. Deployment in Kosovo under United Nations auspices of effective international civil and security presences, acting as may be decided under Chapter VII of the Charter, capable of guaranteeing the achievement of common objectives.
4. The international security presence with substantial North Atlantic Treaty Organization participation must be deployed under unified command and control and authorized to establish a safe environment for all people in Kosovo and to facilitate the safe return to their homes of all displaced persons and refugees.
5. Establishment of an interim administration for Kosovo as a part of the international civil presence under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, to be decided by the Security Council of the United Nations. The interim administration to provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants in Kosovo.
6. After withdrawal, an agreed number of Yugoslav and Serbian personnel will be permitted to return to perform the following functions:
 - Liaison with the international civil mission and the international security presence;
 - Marking/clearing minefields;
 - Maintaining a presence at Serb patrimonial sites;
 - Maintaining a presence at key border crossings.
7. Safe and free return of all refugees and displaced persons under the supervision of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and unimpeded access to Kosovo by humanitarian aid organizations.
8. A political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other

/...

countries of the region, and the demilitarization of UCK. Negotiations between the parties for a settlement should not delay or disrupt the establishment of democratic self-governing institutions.

9. A comprehensive approach to the economic development and stabilization of the crisis region. This will include the implementation of a stability pact for South-Eastern Europe with broad international participation in order to further promotion of democracy, economic prosperity, stability and regional cooperation.

10. Suspension of military activity will require acceptance of the principles set forth above in addition to agreement to other, previously identified, required elements, which are specified in the footnote below.¹ A military-technical agreement will then be rapidly concluded that would, among other things, specify additional modalities, including the roles and functions of Yugoslav/Serb personnel in Kosovo:

Withdrawal

- Procedures for withdrawals, including the phased, detailed schedule and delineation of a buffer area in Serbia beyond which forces will be withdrawn;

Returning personnel

- Equipment associated with returning personnel;
- Terms of reference for their functional responsibilities;
- Timetable for their return;
- Delineation of their geographical areas of operation;
- Rules governing their relationship to the international security presence and the international civil mission.

Notes

¹ Other required elements:

- A rapid and precise timetable for withdrawals, meaning, e.g., seven days to complete withdrawal and air defence weapons withdrawn outside a 25 kilometre mutual safety zone within 48 hours;
- Return of personnel for the four functions specified above will be under the supervision of the international security presence and will be limited to a small agreed number (hundreds, not thousands);

- Suspension of military activity will occur after the beginning of verifiable withdrawals;
- The discussion and achievement of a military-technical agreement shall not extend the previously determined time for completion of withdrawals.

ภาคผนวก ค

รายชื่อประเทศที่ให้การรับรองความเป็นรัฐของโคโซโว¹

ตั้งแต่ เดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.2008 – มีนาคม ค.ศ.2013

	Country ^[14]	Date of recognition
1	 Afghanistan ^[15]	18 February 2008
2	 Costa Rica ^[16]	18 February 2008 ^[17]
3	 Albania ^[18]	18 February 2008 ^[19]
4	 France ^[20]	18 February 2008
5	 Senegal ^{[21][22]}	18 February 2008
6	 Turkey ^[23]	18 February 2008
7	 United Kingdom ^[24]	18 February 2008
8	 United States ^[25]	18 February 2008
9	 Australia ^[26]	19 February 2008
10	 Latvia ^[27]	20 February 2008
11	 Germany ^[28]	20 February 2008
12	 Estonia ^[29]	21 February 2008
13	 Italy ^[30]	21 February 2008
14	 Denmark ^[31]	21 February 2008
15	 Luxembourg ^[32]	21 February 2008
16	 Peru ^[33]	22 February 2008
17	 Belgium ^[34]	24 February 2008
18	 Poland ^[35]	26 February 2008
19	 Switzerland ^[36]	27 February 2008
20	 Austria ^[37]	28 February 2008
21	 Ireland ^[38]	29 February 2008
22	 Sweden ^[39]	4 March 2008
23	 Netherlands ^[40]	4 March 2008
24	 Iceland ^[41]	5 March 2008
25	 Slovenia ^[42]	5 March 2008
26	 Finland ^[43]	7 March 2008
27	 Japan ^[44]	18 March 2008
28	 Canada ^[45]	18 March 2008
29	 Monaco ^[46]	19 March 2008
30	 Hungary ^[47]	19 March 2008

¹ http://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_Kosovo

31	 Croatia ^[48]	19 March 2008
32	 Bulgaria ^[49]	20 March 2008
33	 Liechtenstein ^[50]	25 March 2008
34	 South Korea ^[51]	28 March 2008
35	 Norway ^[52]	28 March 2008
36	 Marshall Islands ^[53]	17 April 2008
37	 Burkina Faso ^{[54][55]}	23 April 2008
38	 Nauru ^[56]	23 April 2008
39	 Lithuania ^[57]	6 May 2008
40	 San Marino ^[58]	12 May 2008
41	 Czech Republic ^[59]	21 May 2008
42	 Liberia ^[60]	30 May 2008
43	 Sierra Leone ^{[61][62]}	11 June 2008
44	 Colombia ^[63]	4 August 2008
45	 Belize ^[64]	7 August 2008
46	 Malta ^[65]	22 August 2008
47	 Samoa ^{[66][67]}	15 September 2008
48	 Portugal ^[68]	7 October 2008
49	 Montenegro ^[69]	9 October 2008
50	 Macedonia ^[70]	9 October 2008
51	 United Arab Emirates ^[71]	14 October 2008
52	 Malaysia ^{[72][73]}	30 October 2008
53	 Federated States of Micronesia ^{[74][75]}	5 December 2008
54	 Panama ^{[76][77]}	16 January 2009
55	 Maldives ^[78]	19 February 2009
56	 Palau ^[79]	6 March 2009
57	 Gambia ^[80]	7 April 2009
58	 Saudi Arabia ^[81]	20 April 2009
59	 Comoros ^{[82][83]}	14 May 2009
60	 Bahrain ^[84]	19 May 2009
61	 Jordan ^[85]	7 July 2009
62	 Dominican Republic ^{[86][87]}	10 July 2009
63	 New Zealand ^[88]	9 November 2009
64	 Malawi ^[89]	14 December 2009
65	 Mauritania ^[90]	12 January 2010
66	 Swaziland ^{[91][92]}	12 April 2010
67	 Vanuatu ^[93]	28 April 2010

68	 Djibouti ^[94]	8 May 2010
69	 Somalia ^[95]	19 May 2010
70	 Honduras ^[96]	3 September 2010
71	 Kiribati ^{[97][98]}	21 October 2010
72	 Tuvalu ^[99]	18 November 2010
73	 Qatar ^[100]	7 January 2011
74	 Guinea-Bissau ^{[101][102]}	10 January 2011
75	 Oman ^{[103][104]}	4 February 2011
76	 Andorra ^[105]	8 June 2011
77	 Central African Republic ^{[106][107]}	22 July 2011
78	 Guinea ^{[108][109]}	12 August 2011
79	 Niger ^{[108][110]}	15 August 2011
80	 Benin ^[111]	18 August 2011
81	 Saint Lucia ^[112]	19 August 2011
82	 Nigeria ^{[113][114][Disputed 1]}	12 September 2011
83	 Gabon ^{[117][118]}	15 September 2011
84	 Ivory Coast ^{[119][120]}	16 September 2011
85	 Kuwait ^[121]	11 October 2011
86	 Uganda ^{[122][123][Disputed 2]}	5 December 2011
87	 Ghana ^{[126][127]}	23 January 2012
88	 Haiti ^[128]	10 February 2012
89	 São Tomé and Príncipe ^{[129][130][Disputed 3]}	13 March 2012
90	 Brunei ^[136]	25 April 2012
91	 Chad ^[137]	1 June 2012
92	 Timor-Leste ^{[138][139]}	20 September 2012
93	 Papua New Guinea ^{[140][141][142]}	3 October 2012
94	 Burundi ^[143]	16 October 2012
95	 Fiji ^{[144][145]}	19 November 2012
96	 Saint Kitts and Nevis ^[146]	28 November 2012
97	 Dominica ^[147]	11 December 2012
98	 Pakistan ^{[148][149]}	24 December 2012
99	 Guyana ^[150]	16 March 2013

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาววิศรา วงศ์รักษ์ เกิดเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ.2529 ที่จังหวัดสตูล จบ
การศึกษาปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ จากมหาวิทยาลัยทักษิณ สงขลา ในปีการศึกษา 2552
และได้ศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย