

บทที่ 4

บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงในการเตรียมการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ

เหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นครั้งแล้วครั้งเล่าก่อนการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรนี้ นำมาซึ่งความรุนแรงที่ส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตเพียงแต่ในระดับภายในประเทศที่เกิดการขัดกันทางอาวุธเท่านั้น แต่ในขณะเดียวกันยังส่งผลถึงสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศด้วย ซึ่งถึงแม้ว่าปัจจุบันนี้การขัดกันทางอาวุธจะเป็นระดับภายในประเทศเสียส่วนใหญ่ก็ตาม โดยองค์การหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทในทางธำรงไว้ หรือนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศที่สำคัญ คงจะหนีไม่พ้นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ที่ซึ่งมีความรับผิดชอบหลักต่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ซึ่งการปฏิบัติการต่อเหตุการณ์ในอดีตของคณะมนตรีความมั่นคงนับเป็นตัวอย่างและแนวทางที่ดีต่อการพิจารณาถึงความเหมาะสมในอำนาจที่มอบให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงภายใต้ธรรมนูญกรุงโรม อีกทั้งยังเป็นปัจจัยที่นำไปสู่การตัดสินใจในเรื่องของอาชญากรรมการรุกราน ที่ยังคงเป็นประเด็นที่รอความชัดเจนเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเหนือการกระทำนี้

1. บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงเหนืออาชญากรรมระหว่างประเทศก่อนการจัดตั้งศาล

จากการปฏิบัติการเหนือสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นรอบโลก คณะมนตรีความมั่นคงได้เข้าไปมีบทบาทเหนือสถานการณ์ความรุนแรงที่เป็นการขัดกันทางอาวุธ ที่มีลักษณะของการกระทำความรุนแรงต่อประชาชนผู้บริสุทธิ์ หรือผู้ที่เป็นฝ่ายในการสู้รบ ความน่าสะพรึงกลัวเหล่านั้น บังคับให้ประชาคมระหว่างประเทศระลึกถึงการมีอยู่ของกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร และสูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายที่ว่านี้มีการยอมรับร่วมกันคือ การปกป้องในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) การกระทำในสถานการณ์ความรุนแรงต่าง ๆ เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศ ที่เข้าข่ายการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศด้วยภายในตัว ไม่ว่าจะลักษณะของการกระทำเหล่านั้นจะกำหนดห้ามอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี หรือกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่ไม่ว่าจะเป็นตราสารระหว่างประเทศหลาย ๆ ฉบับที่ระบุห้ามการกระทำอาชญากรรมประเภทใดประเภทหนึ่งเช่น อนุสัญญาเพื่อการปราบ

ปรามและลงโทษการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) การแบ่งแยกผิวพันธุ์ (การเหยียดผิว - Apartheid) การห้ามกระทำการทรมาน (Torture) การเอาคนลงเป็นทาส (enslavement) หรือ การห้ามกระทำสงคราม เป็นต้น

ซึ่งการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเห็นสถานการณ์เหล่านั้นถือเป็นตัวอย่างที่สำคัญในด้านบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ที่นับว่าเป็นพัฒนาการก้าวสำคัญต่อการส่งเสริมการต่อต้านอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งถึงแม้ในช่วงก่อนการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) จะได้เกิดขึ้น จะไม่ได้มีระเบียบวิธีในการปฏิบัติการต่ออาชญากรรมที่มีการยอมรับที่ค่อนข้างชัดเจนอย่างในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ ปัจจุบัน คงมีแต่เพียงกฎบัตรสหประชาชาติที่เป็นพื้นฐานทางกฎหมายที่มารองรับการกระทำของคณะมนตรีความมั่นคง ดังสถานการณ์ตัวอย่างดังต่อไปนี้ที่เคยเกิดขึ้นในช่วงที่ผ่านมา ที่สะท้อนให้เห็นถึงท่าทีของประเทศสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีบทบาทสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งในแต่ละภูมิภาค โดยเฉพาะประเทศที่เป็นสมาชิกถาวรที่เข้มแข็งในสังคมโลกอย่างสหรัฐอเมริกา พร้อม ๆ กับการตอกย้ำถึงความจำเป็นที่จะต้องให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อพิจารณาผู้ซึ่งสมควรมีความรับผิดชอบ ต่อการก่อให้เกิดความรุนแรงและความสูญเสียในลักษณะที่เคยเกิดขึ้นมาแล้ว จนมาถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขั้นที่อยู่ระหว่างการเตรียมการจัดตั้งศาล ซึ่งจากสถานการณ์หลายครั้งที่น่าไปสู่การย้ำเน้นถึงความเหมาะสมที่จะมีศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรขึ้นมาเพื่อปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศและนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

กฎบัตรมอบอำนาจให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงที่จะดำเนินการบังคับต่อรัฐ ถ้าจำเป็น เพื่อที่จะนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ไม่มีบทบัญญัติในกฎบัตรสำหรับการดำเนินการบังคับกับผู้ที่จะละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในฐานะปัจเจกบุคคล แต่ถ้การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นได้ขยายตัวออกไป จนนำไปสู่การคุกคามต่อสันติภาพ คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจที่จะให้มีการใช้มาตรการบังคับที่ใช้กำลังทางทหาร และที่ไม่ใช้กำลังทางทหาร ดังนั้นถ้าคณะมนตรีความมั่นคงมีเจตนาที่จะดำเนินมาตรการบังคับ

เช่นนั้น การห้ามแทรกแซงในกิจการที่ซึ่งเป็นส่วนที่จำเป็นสำหรับเขตอำนาจภายในของทุกรัฐก็ไม่ต้องใช้อีกต่อไป¹

โดยภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ สหประชาชาติสามารถกำหนดการลงโทษในทางระหว่างประเทศต่อรัฐบาลที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างเช่นในแนวปฏิบัติที่เคยมีมาก่อนในประเทศแอฟริกาใต้ ในการลงโทษของสหประชาชาติช่วยให้ยุติการแบ่งแยกผิว ซึ่งชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของการดำเนินการในทางระหว่างประเทศ ต่อกรณีของการละเมิดในหลักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างเป็นระบบ ภายใต้ข้อ 2 (7) ของกฎบัตรกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า "จะไม่มีผลต่อความขัดแย้งภายในประเทศ เว้นแต่ในกรณีเช่นนั้นจะเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ" (ซึ่งยังคงมีบางฝ่ายคัดค้านว่า กฎบัตรมิได้อนุญาตให้มีการแทรกแซงขององค์การระหว่างประเทศนี้ ในความขัดแย้งภายในประเทศ) ซึ่งมีการยอมรับในข้อเท็จจริงที่ว่า การใช้กำลังในทางระหว่างประเทศนั้นมิใช่ไม่มีขอบเขต การใช้กำลังอย่างสมควรหรือกฎหมายในยามสงคราม (jus ad bellum) กำหนดขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายของการใช้กำลัง กฎบัตรสหประชาชาติห้ามการแทรกแซงในกิจการภายในของประเทศอื่น ที่อยู่บนพื้นฐานของหลักการเคารพในบูรภาพแห่งดินแดน และอธิปไตยแห่งรัฐ อย่างไรก็ตามยังคงมีข้อยกเว้นหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน เนื่องจากกฎบัตร หมวดที่ 7 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ อาจใช้อำนาจเพื่อบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ และอนุญาตให้มีดำเนินการทางทหารในกรณีที่มีการคุกคามหรือฝ่าฝืนสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงจึงเป็นองค์กรที่สะท้อนให้เห็นถึงว่าประชาคมระหว่างประเทศไม่ลังเลที่จะนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และเป็นหน้าที่ทางกฎหมายและศีลธรรมของประชาคมระหว่างประเทศ เพื่อที่จะหยุดอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยแสดงผ่านตัวแทนของรัฐอย่างคณะมนตรีความมั่นคง

แต่อย่างไรก็ตาม การมอบหมายการทำหน้าที่ทางกฎหมายในการปราบปรามอาชญากรรมให้กับองค์กรทางการเมืองอย่างคณะมนตรีความมั่นคงนั้น ก็ยังเป็นการสะท้อนให้เห็นปัญหาของภูมิศาสตร์ทางการเมือง (geopolitics) ที่ก่อให้เกิดการจำกัดในอำนาจของคณะ

¹ Sydney D. Bailey, *The UN Security Council and Human Rights* (New York : St. Martin's Press, 1994), p. 88.

มนตรีความมั่นคง เนื่องจากสถานการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นทั้งในทางระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ ความจริงใจต่อการร่วมมือในการแก้ปัญหาของเหล่ามหาอำนาจที่เป็นสมาชิกถาวรในคณะมนตรีความมั่นคงนั้น ขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ในทางการเมืองระหว่างประเทศที่จะตามมาเป็นสำคัญ และลักษณะการแสดงบทบาทจะอยู่ในรูปของการมีอำนาจเหนือ ซึ่งจะผิดกับประเทศเล็กที่เป็นส่วนประกอบภายในองค์กร จะแสดงบทบาทในลักษณะที่เป็นเพียงการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศของตนโดยการปฏิบัติตามพันธกรณีในทางระหว่างประเทศเท่านั้น

จึงทำให้น่าสังเกตว่า คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้ใช้อำนาจของตนเองโดยสม่ำเสมอเหมือนกันทุกครั้งที่ไป โดยคณะมนตรีความมั่นคงใช้บทบัญญัติในหมวด 7 ในกรณีของอิรัก โซมาเลีย ลิเบีย และเซอร์เบีย-มอนเตเนโกร แต่ไม่ใช่หมวด 7 กับอิสราเอล ที่ซึ่งพบได้บ่อยครั้งว่ามีความผิดในการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่ไม่เคยที่จะถูกดำเนินการโดยคณะมนตรีความมั่นคงด้วยการลงโทษภายใต้บทบัญญัติในหมวด 7 เลย²

ดังนั้นการออกเสียงโหวตคัดค้านระหว่างกันภายในองค์กรจึงเห็นได้บ่อยครั้งในสถานการณ์ระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ โดยจะมีมหาอำนาจทางการเมืองของโลกอยู่ไม่กี่ประเทศที่จะเป็นผู้นำในการนำเรื่องเข้าสู่การประชุมของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อหาทางออกในการแก้ปัญหามหาอำนาจที่อาจนำไปสู่การกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ไม่รุนแรงอย่างในช่วงของสงครามเย็น ที่บรรยากาศทางการเมืองตึงเครียด โดยในช่วงหลังนี้การออกเสียงขัดขวาง (block) ระหว่างประเทศมหาอำนาจด้วยกันเองนั้น คลายตัวลงแต่ยังคงมีอยู่บ้าง ดังเห็นได้จากในหลายสถานการณ์ความขัดแย้งที่นำมาสู่การพิจารณาของคณะมนตรีความมั่นคง ประเทศที่มีบทบาทในการจำกัดอำนาจตรงนี้อาจจริงจังมักจะเป็นสหรัฐอเมริกา จีน และรัสเซีย โดยอังกฤษนั้นไม่ต้องกล่าวถึงเพราะเป็นพันธมิตรทางการเมืองที่ดีของสหรัฐฯ ในส่วนของฝรั่งเศสนั้นดูบทบาทนั้นค่อนข้างจะไม่เด่นชัดในการคัดค้านหรือกั้นการออกข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงสักเท่าใดนัก กลับมีบทบาทไปในทางที่สอดคล้องกับเสียงส่วนใหญ่ของประชาคมระหว่างประเทศ

² Ibid.

ดังนั้นถึงแม้จะมีพันธกรณีจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศของสมาชิกแห่งประชาคมโลก ที่ไม่ว่าจะเป็นรัฐเล็กหรือรัฐใหญ่ การละเมิดในระบบกฎหมายก็ยังคงมีอยู่อย่างทั่วไป ตั้งแต่ระบบสังคมของนาซีที่พยายามที่จะกวาดล้างชาวยิว หรือระบบอื่นที่มีความแตกต่างกันในความคิด ได้มีความพยายามที่จะกำจัดกลุ่มบุคคลอยู่อย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้เนื่องมาจากลักษณะของสังคม เศรษฐกิจ เชื้อชาติ หรือศาสนาของกลุ่มเหล่านั้นที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ประชาชน 4 ล้านคนถูกฆ่าตายในการกวาดล้างของสตาลิน (โจเซฟ สตาลิน เป็นอดีตเลขาธิการพรรคคอมมิวนิสต์ของสหภาพโซเวียต ปี ค.ศ. 1879-1953) 5 ล้านคนถูกฆ่าในการปฏิวัติวัฒนธรรมของจีน 2 ล้านคนถูกฆ่าในประเทศกัมพูชา 3 หมื่นคนหายสาบสูญไปในอาเจนตินาระหว่างการปกครองแบบเผด็จการทางทหารในช่วงของปี ค.ศ. 1970 ถึงปี 1979 2 แสนคนถูกสังหารหมู่ในติมอร์ตะวันออก 350,000 ถูกฆ่าตายในอุกันดา หรือไม่ว่าจะเป็นชาวเคอร์ด (Kurds) ถูกฆ่าตายในอิรัก 25,000 คน ตายในสงครามกลางเมืองของเอลซัลวาดอร์ และในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มีประชากรมากกว่า 2 แสนคนถูกฆ่าตาย อีกทั้งในประเทศวันดาที่ชาว Tutsis ถูกกวาดล้างเป็นจำนวนระหว่าง 5 แสนถึงหนึ่งล้านคน³

ซึ่งปัจจุบันนี้ ความขัดแย้งที่มีพื้นฐานมาจากเหตุจูงใจทางด้านภาษา (linguistic) และศาสนา (religious) มีที่ทำว่ามีจำนวนมากขึ้น และปีที่ผ่านมามีไปทั่วโลก ๆ นี้ คณะมนตรีความมั่นคงได้อนุญาตให้มีการใช้ปฏิบัติการทางทหารเพื่อยุติการปราบปรามชาวเคอร์ดในอิรัก ความอดอยากในโซมาเลีย การกวาดล้างทางเชื้อชาติในบอสเนีย การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา และปฏิบัติเพื่อรักษาประชาธิปไตยในไฮติ (Haiti) ดังนั้นนอกจากข้อพิพาทระหว่างประเทศแล้ว แม้จะเป็นความขัดแย้งภายในประเทศ (internal conflict) เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาแล้วเห็นว่าความขัดแย้งภายในเช่นนั้นเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงก็จะดำเนินการเพื่อสถาปนาสันติภาพและความมั่นคงให้เกิดขึ้น ดังจะเห็นได้จากบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงในการออกข้อมติเห็นเหตุการณ์ตัวอย่างดังต่อไปนี้

³ William L. Saunders and Yuri G. Mantilla, "Human Dignity Denied Slavery, Genocide, Crimes Against Humanity in Sudan," *Catholic University Law Review* 5 (Spring 2002) : 717.

สถานการณ์ระหว่างอิรักและคูเวต⁴

จากเหตุการณ์สงครามระหว่างอิรักบุกยึดครองคูเวตเมื่อครั้งปี 1990 นับเป็นเหตุการณ์ที่สำคัญที่ชี้ให้เห็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในหลาย ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการห้ามใช้กำลังในทางระหว่างประเทศ การกระทำการรุกราน การฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังทำให้เห็นถึงบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคง ในการออกข้อมติเพื่อดำเนินการแก้ปัญหาอย่างจริงจังในการเลือกวิธีดำเนินการที่มีเคยเกิดขึ้นมากก่อนในอดีต และที่สำคัญในสถานการณ์อิรักและคูเวตนี้ คณะมนตรีความมั่นคงยังคงเกือบเข้าใกล้กับความจริงมากขึ้น ในการนำมาซึ่งความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล ถึงแม้ท้ายที่สุดจะได้ตัดสินใจให้เป็นความรับผิดชอบของรัฐ

เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ. 1990 อิรักได้ส่งกองกำลังทหารของตนเข้ายึดคูเวตเป็นผลสำเร็จ ได้ทำการผนวกดินแดนคูเวตเป็นจังหวัดที่ 19 ของตนเมื่อวันที่ 8 สิงหาคมของปีเดียวกัน และได้ทำการยึดและโอนทรัพย์สินต่าง ๆ ของคูเวตเป็นของอิรัก รวมทั้งทำการปิดสถานทูตต่าง ๆ ของในคูเวตซึ่งได้รับการต่อต้านและประณามจากนานาประเทศเป็นอย่างมาก โดยการรุกรานของอิรักในครั้งนี้มีผลกระทบโดยตรงต่อชาวคูเวตและชาวอิรักหลายล้านคน โดยมีการละเมิดต่อบุคคลในลักษณะที่รุนแรงกล่าวคือ ประชาชนชาวคูเวตที่ต่อสู้ขัดขืนหรือไม่ให้ความร่วมมือกับอิรัก ถูกจับกุม ทำร้ายร่างกายและถูกฆ่าตาย เป็นจำนวนมาก ส่วนชาวต่างประเทศที่อยู่ในอิรักและคูเวตก็ถูกกักบริเวณและอิรักประกาศว่า จะนำบุคคลเหล่านั้นมาเป็นโสมนุษย์เพื่อป้องกันการถูกโจมตีจากกองกำลังพันธมิตร ทั้งนี้สาเหตุของข้อพิพาทมาจากคูเวตมีข้อพิพาทเรื่องเขตแดนกับอิรักมาโดยตลอดนับตั้งแต่คูเวตได้รับเอกราช จึงทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างอิรักและคูเวตไม่ดีตลอดมา ซึ่งนอกจากอิรักจะละเมิดต่อบุคคลแล้ว ยังมีการละเมิดต่อทรัพย์สิน คณะผู้แทนทางการทูตแล้ว ยังละเมิดต่ออธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของคูเวตด้วยโดยการรุกรานและใช้กำลังทางทหารเข้าผนวกดินแดน นอกจากนี้อิรักยังได้ส่งซีปนาวุธสกัด (scud) ยิ่งเข้าไปในเมืองต่าง ๆ ของอิสราเอลจนทำให้พลเรือนของอิสราเอลบาดเจ็บและเสียชีวิตและบ้านเรือนเสียหาย การรุกรานของอิรักจึงเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, "หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ," ใน รัช 38 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 59.

ในการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อยุติสถานการณ์และตอบโต้ต่อการกระทำของอิรัก คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติไปตามลำดับเริ่มจาก

คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 660 ลงวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ. 1990 ซึ่งว่าการที่อิรักบุกคูเวตเป็นการละเมิดต่อสันติภาพและความมั่นคง และเรียกร้องให้อิรักยุติการยึดครองคูเวตและถอนตัวออกจากคูเวตโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข

คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 661 ลงวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1990 เพื่อใช้มาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจต่ออิรัก โดยให้มีการคว่ำบาตรทางการค้ากับอิรัก และควบคุมการขายน้ำมันของอิรัก

และเมื่อมาตรการที่ไม่ใช้กำลังไม่ได้ผล คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงตัดสินใจใช้มาตรการตามมาตรา 42 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เป็นการใช้อำนาจทางทหารทั้งทางบก ทางอากาศ และทางทะเล ผลักดันอิรักออกจากคูเวต โดยเป็นการมอบอำนาจให้แก่สหรัฐอเมริกา และกองกำลังพันธมิตรให้ดำเนินการผลักดันอิรักออกจากคูเวต ตามความจำเป็นที่สหรัฐในฐานะผู้นำกองกำลังเห็นสมควร การใช้มาตรการตามมาตรา 42 จึงนับเป็นครั้งแรกที่สหประชาชาติโดยคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้ใช้เพื่อการฟื้นฟูสันติภาพและการกู้เอกราชใหม่แก่คูเวต⁵

จากสถานการณ์อิรักบุกคูเวตนี้ นำมาให้เห็นถึงการกระทำที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งถ้าพิจารณาตามธรรมเนียมศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วเป็นการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะของการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมการรุกราน (ถึงแม้จะยังไม่ชัดเจนในธรรมนูญ แต่เมื่อเทียบเคียงกับคำจำกัดความของการรุกรานของสมัชชาใหญ่ที่ 3314 เป็นพื้นฐาน) แต่ที่เด่นชัดและเป็นที่สนใจของประชาคมโลกต่อสถานการณ์นี้คือ การกระทำการรุกรานของอิรักต่อคูเวต และโดยเฉพาะบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคง เห็นเหตุการณ์ที่มีลักษณะของการกระทำผิดที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนี้

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

อีกทั้งการที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติยืนยันถึงลักษณะของการกระทำของอิรัก ต่อคูเวตว่าเป็นการกระทำการรุกราน ถือเป็นเหตุการณ์ของหน้าประวัติศาสตร์อีกเหตุการณ์หนึ่ง ต่อการนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศของคณะมนตรีความมั่นคง และถือเป็น แนวปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีเหนือการรุกราน อีกทั้งยังเป็นตัวอย่างสำคัญและเป็น ลักษณะของคดีศึกษา (case study) ของการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคง ในการออกข้อมติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำการรุกราน ที่ตกอยู่ภายใต้หนึ่งในฐานความผิดของธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศ อย่างอาชญากรรมการรุกราน (crime of aggression) ซึ่งมีเงื่อนไขในเบื้องต้นก่อนใช้เขตอำนาจศาลในฐานความผิดนี้คือ "จะต้องสอดคล้องกับอำนาจของ คณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ" ดังนั้นเพื่อพิจารณาถึงความเป็นมาของการ ตัดสินถึงการกระทำการรุกรานว่ามีอยู่หรือไม่ตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ข้อที่ 39 ซึ่งจะมีความ เกี่ยวข้องกับคณะมนตรีความมั่นคงมากที่สุดนั้น สถานการณ์ในอิรักจึงสามารถที่จะนำมา พิจารณาถึงทิศทางของความเหมาะสมและความน่าจะเป็นของความสัมพันธ์ระหว่างคณะมนตรี ความมั่นคงกับความผิดฐานอย่างอาชญากรรมการรุกรานในศาลอาญาระหว่างประเทศในเวลาที่จะมาถึงนี้ได้เป็นอย่างดี*

* แต่แล้วประชาคมโลกก็ได้เห็นเหตุการณ์ที่สะท้อนให้เห็นถึงบทบาทของคณะมนตรี ความมั่นคงในอีกเหตุการณ์หนึ่ง เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถที่จะมีบทบาทได้อย่างชัดเจนไปชั่วขณะ เมื่อหนึ่งในประเทศสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้กำลังทางทหาร บุกเข้าไปในอิรักเพื่อปลดอาวุธที่ร้ายแรงและโค่นล้มผู้นำของอิรักคือ ซัดดัม ฮุสเซน โดยไม่ผ่านข้อ มติของคณะมนตรีความมั่นคงให้ใช้กำลังทางทหาร ความชอบธรรมในการนำมาซึ่งสงคราม ระหว่างสหรัฐอเมริกาและพันธมิตรที่ประกอบไปด้วยอังกฤษ สเปนและออสเตรเลียกับอิรักในครั้ง นี้ สหรัฐอ้างข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 678 ที่ให้ใช้วิธีการที่จำเป็นทั้งหมด รวมทั้งใช้ กำลังทางทหาร และข้อมติที่ 1441 ที่ให้มีการปลดอาวุธร้ายแรงของอิรัก ทั้งนี้สหรัฐได้ใช้กำลังทาง ทหารบุกโจมตีเข้าไปในอิรักทั้งทางพื้นดินและทางอากาศ ในวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ. 2003 โดยไม่ ขออำนาจจากคณะมนตรีความมั่นคงเป็นครั้งที่สองเนื่องจากสถานการณ์ทางการเมืองระหว่าง ประเทศขณะนั้น ฝรั่งเศส เยอรมัน และรัสเซีย ไม่เห็นด้วยต่อการใช้กำลังในการแก้ปัญหาของ สหรัฐ จึงอาจนำมาซึ่งการออกเสียงคัดค้าน (veto) เมื่อสหรัฐนำเรื่องเข้าสู่ที่ประชุมของคณะ มंत्रीความมั่นคง

สถานการณ์ในยูโกสลาเวีย

เนื่องจากว่า เดิมประเทศยูโกสลาเวียประกอบด้วย 6 รัฐ คือ สโลวีเนีย โครเอเชีย เซอร์เบีย มอนเตเนโก บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา และมาเซโดเนีย เนื่องจากปัจจัยในหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็น การอ่อนกำลังลงของระบอบเผด็จการ วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ รวมไปถึงการยุติลงของสงครามเย็น ทำให้กระแสการแบ่งแยกดินแดนในยูโกสลาเวียมีความรุนแรงมากขึ้น สถานการณ์การสู้รบที่รุนแรงในโครเอเชียเริ่มต้นขึ้นในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1991 เมื่อสาธารณรัฐสโลวีเนียและดินแดนทางเหนือประกาศแยกตัวเป็นอิสระจากยูโกสลาเวีย บอสเนียเป็นสาธารณรัฐเดี่ยวที่เกิดสงครามระหว่างเชื้อชาติภายหลังการประกาศแยกตัวเป็นเอกราช ประชาคมยุโรป (European Communities) ซึ่งปัจจุบันคือ สหภาพยุโรป ได้มีความพยายามที่จะหยุดยั้งความขัดแย้งและแก้ปัญหาวิกฤตการณ์แต่ก็ไม่เป็นผล สหประชาชาติได้เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างจริงจังกับสถานการณ์ในยูโกสลาเวีย เมื่อวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1991 เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงประชุมในระดับรัฐมนตรี โดยมีการออกเสียงลงมติยอมรับเป็นเอกฉันท์ ในข้อมติที่ 713 (1991) ที่กล่าวถึงสถานการณ์การสู้รบในประเทศและเรียกร้องให้ทุกประเทศช่วยกันอย่างเร่งด่วนในเรื่องทั่วไป และห้ามการค้าขายอาวุธทุกชนิดและอุปกรณ์ทางทหารเข้าไปยังยูโกสลาเวีย⁶

วันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 คณะมนตรีความมั่นคง โดยข้อมติที่ 743 (1992) จัดตั้งกองกำลังสันติภาพ United Nations Protection Force (UNPROFOR) เป็นระยะเวลา 12 เดือน ในพื้นที่ที่กำหนดในรัฐโครเอเชีย UNPROFOR ได้พยายามเจรจาให้มีการหยุดยิงและให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรมอื่นให้กับประชาชนในบอสเนีย

ในเดือนตุลาคมปี 1992 โดยข้อมติที่ 780 คณะมนตรีความมั่นคงได้ร้องขอให้เลขาธิการสหประชาชาติจัดตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (Commission of Experts) เพื่อดำเนินการอย่างเช่น การสืบสวนสถานการณ์ที่อาจจะจำเป็นสำหรับการตัดสินว่ามีการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงในอนุสัญญาเจนีวาและการละเมิดในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างอื่น

⁶ United Nations, Department of Public Information, "The United Nations and the Situations in the Former Yugoslavia," Reference Paper Revision 4, (30 April 1995), pp. 1-23.

ที่กระทำลงในดินแดนอดีตยูโกสลาเวียหรือไม่⁷ และคณะมนตรีความมั่นคงได้แจ้งเตือนต่อสถานการณ์ดังกล่าวว่า ผู้ที่กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะต้องมีความรับผิดชอบส่วนบุคคล โดยในรายงานความเห็นของคณะกรรมการที่ได้จัดตั้งขึ้น ได้ดำเนินการหาหลักฐานภายใต้สถานการณ์การสู้รบเสนอเลขาธิการสหประชาชาติชี้ให้เห็นว่า การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้กระทำลง ที่รวมถึงมีการฆ่าตามอำเภอใจ (willful killing) การกวาดล้างของกลุ่มเชื้อชาติ (ethnic cleansing) และการฆ่าผู้คนเป็นจำนวนมาก (mass killing) การทรมาน (torture) ข่มขืนและทำการปล้น ทำลายทรัพย์สินของพลเรือน และทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและศาสนา และมีความเห็นว่าประชาคมระหว่างประเทศส่วนใหญ่ไม่ควรนิ่งเฉยต่อสถานการณ์การสู้รบในดินแดนอดีตยูโกสลาเวียซึ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น อีกต่อไป คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้มีข้อมติจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Tribunal) สำหรับยูโกสลาเวียขึ้น โดยร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศได้ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการพิเศษของสหประชาชาติ และกลุ่มผู้เชี่ยวชาญซึ่งได้ร่วมกันร่างธรรมนูญศาลและรายละเอียดในวิธีการจัดตั้งศาล

วันที่ 22 กุมภาพันธ์ 1993 โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่ 808 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ยังคงมีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้มีผู้คนบาดเจ็บล้มตายจำนวนมากและอย่างเป็นระบบ นอกจากนี้ ยังมีการฆ่าข่มขืนสตรีอย่างโหดร้ายทารุณ ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (a threat to international peace and security) ที่ควรมีการดำเนินการเพื่อยุติอาชญากรรมโดยกำหนดมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อนำความยุติธรรมมาสู่บุคคลผู้ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมดังกล่าวและเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลผู้มีความรับผิดชอบกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยผ่านเลขาธิการสหประชาชาติเรียกร้องให้สมาชิกสหประชาชาติรับข้อมติดังกล่าวสำหรับจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจขึ้นภายในระยะเวลา 60 วันซึ่งก็ประสบผลสำเร็จ⁸ นอกจากนั้นยังได้ร้องขอให้เลขาธิการสหประชาชาติเสนอรายงานว่าด้วยทิศทางทั้งหมดของเรื่องนี้รวม

⁷ United Nations, United Nations Security Council Resolution 780 (6 October 1992).

⁸ กรรณิรมย์ สุนทรนาเวิน, "ศาลอาญาระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 43-44.

ถึงแผนการพิเศษที่ซึ่งเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกับการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็วในการจัดตั้งศาล

ข้อเสนอของเลขาธิการสหประชาชาติสำหรับศาลระหว่างประเทศ (international tribunal) ออกมาเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม โดยได้แนะนำไว้ว่า ศาลนั้นควรที่จะจัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงที่ดำเนินการภายใต้บทบัญญัติในหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และภาระหน้าที่นั้นควรจะใช้กฎหมายที่มีอยู่มิใช่สร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งกฎหมายที่มีอยู่คือ อนุสัญญากรุงเฮก 1907 กฎบัตรนูเรมเบิร์ก 1945 อนุสัญญาการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ 1948 และอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ⁹ โดยเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1993 คณะมนตรีความมั่นคง โดยข้อมติที่ 827 ได้มีมติเป็นเอกฉันท์รับเอาธรรมนูญที่ร่างโดยเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ (Secretary General of the United Nations) มีผลเป็นการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับดินแดนอดีตยูโกสลาเวีย และเน้นย้ำว่าไม่เพียงแต่อาชญากรรมเหล่านั้นจะถูกต้องห้ามกระทำภายหลังจากการจัดตั้งศาลเท่านั้น แต่เหล่าผู้กระทำสามารถถูกลงโทษโดยศาลระหว่างประเทศด้วย¹⁰ โดยการจัดตั้งศาลนั้น อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ที่ซึ่งให้องค์กรนี้มีอำนาจในการรักษาหรืออ้างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

แต่สำหรับบทบาทของประเทศสมาชิกถาวรในคณะมนตรีความมั่นคง ต่อสถานการณ์ในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา กลับแสดงท่าทีที่ขัดแย้งกับความพยายามข้างต้น โดยการคัดค้านของรัฐบาลฝรั่งเศสนั้นค่อนข้างชัดเจนในการปฏิเสธที่จะอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของทางฝรั่งเศสในฐานะของผู้บัญชาการกองกำลังของสหประชาชาติในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ที่จะไปแถลงเป็นพยานของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้ในระหว่างสงครามในบอสเนียนี้ อังกฤษได้ให้การสนับสนุนผู้รุกรานชาวเซอร์เบียโดยร่วมกับฝรั่งเศส ในการปฏิเสธที่จะให้คณะมนตรีความมั่นคงมีการใช้ทุกวิธีการสำหรับการดำเนินมาตรการบังคับ¹¹ ซึ่งจะทำให้เห็นว่า เจตจำนงในทางการเมืองที่จะร่วมกันแก้ปัญหาความขัดแย้งในทางระหว่างประเทศ ของสมาชิกถาวรในคณะมนตรี

⁹ Sydney D. Bailey, The UN Security Council and Human Rights, p.87.

¹⁰ United Nations, "United Nations Security Council Resolutions 827 (25 May 1993).

¹¹ http://www.gfbv.de/gfbv_e/docus/memo_e.htm

ความมั่นคงนั้นยังไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องธรรมดาที่จะเกิดขึ้นโดยง่ายในองค์กรทางการเมืองเช่นนี้ ดังนั้นจึงเป็นเหตุให้ไม่มีการส่งตัวผู้กระทำความผิดมาสู่ศาลเฉพาะกิจนี้ และคณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่นำพามาซึ่งความช่วยเหลือในครั้งนี้ โดยศาลเฉพาะกิจนี้ขาดกลไกบังคับที่เป็นอิสระ และขึ้นอยู่กับคณะมนตรีความมั่นคงที่จะนำวิธีการที่มีประสิทธิภาพมาใช้บังคับกับความร่วมมือของรัฐ ดังนั้นจึงทำให้เห็นว่าเหตุใดการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรโดยอาศัยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงจึงไม่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง

สถานการณ์ในรวันดา

สาธารณรัฐรวันดาต้องประสบกับปัญหาการทำสงครามระหว่างเผ่า Tutsi และ Hutu มาเป็นระยะเวลายาวนาน การสู้รบระหว่างฝ่ายรัฐบาลกับฝ่ายกบฏแนวร่วมรักชาติ (Rwandese Patriotic Front - RPF) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาว Tutsis ยังคงเป็นปัญหาสำคัญที่กระทบต่อความมั่นคงภายในประเทศ แม้จะได้มีการลงนามความตกลงหยุดยิงระหว่างรัฐบาลรวันดากับฝ่ายกบฏแนวร่วมรักชาติ เมื่อเดือนมีนาคม 1992 แล้วก็ตาม เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1993 คณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองข้อมติที่ 872 (1993) จัดตั้งกองกำลังปฏิบัติการความช่วยเหลือต่อรวันดา (The United Nations Assistance Mission for Rwanda – UNAMIR) ขึ้นเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติตามข้อตกลงสันติภาพซึ่งลงนามระหว่างรัฐบาลรวันดาและฝ่ายกบฏแนวร่วมรักชาติ ณ เมือง Arusha ประเทศแทนซาเนีย และเมื่อวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1994 เครื่องบินโดยสารของประธานาธิบดีของรวันดาและประธานาธิบดีของบุรุนดี ซึ่งเป็นชนเผ่า Hutu ถูกยิงตก เป็นเหตุให้ประธานาธิบดีทั้งสองถึงแก่อสัญกรรมและได้ส่งผลให้เกิดการจลาจลในกรุง Kigali โดยหน่วยรักษาความปลอดภัยของประธานาธิบดีรวันดา ได้เข้าควบคุมพื้นที่และสังหารหมู่ชนเผ่า Tutsis จากเหตุการณ์ความขัดแย้งและความรุนแรงระหว่างชาวรวันดาสองชนเผ่ายังคงดำเนินต่อไป ซึ่งสถานการณ์ความขัดแย้งได้ขยายเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)¹² จากสถานการณ์ความขัดแย้งคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติในการแก้ปัญหาที่เกี่ยวกับสถานการณ์ดังนี้

วันที่ 17 พฤษภาคม 1994 คณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองข้อมติที่ 918 (1994) ย้ำ

¹² มานพ เมฆประยูรทอง และกิตติศักดิ์ วรรณระภูมิจิ, สหประชาชาติ : สันติภาพกับการพัฒนา. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: สมาคมสหประชาชาติแห่งประเทศไทย), หน้า 65.

ความสำคัญของข้อตกลงสันติภาพ Arusha ซึ่งนำไปสู่การแก้ปัญหาความขัดแย้งในรวันดาโดยสันติ ขยายอาณาเขตของ UNAMIR ตามข้อมติที่ 912 ให้รวมถึงการปกป้องผู้พลัดถิ่น ผู้ลี้ภัย และพลเรือนซึ่งอยู่ในอันตราย และจัดตั้งและรักษาพื้นที่เพื่อประโยชน์ด้านมนุษยธรรม และสามารถดำเนินการภายใต้หมวดที่ 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติหากสถานการณ์ในรวันดาเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงในภูมิภาค ด้วยเหตุนี้

วันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้มีข้อมติจัดตั้งกองกำลังนานาชาติ ภายใต้การนำของกองทหารฝรั่งเศส และให้กองกำลังดังกล่าวสามารถใช้วิธีการเท่าที่จำเป็นทั้งหมด (all necessary means) รวมทั้งการใช้อาวุธ ภายใต้หมวดที่ 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรม

ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคงได้เรียกร้องให้รัฐบาลใหม่ของรวันดามีให้ปฏิบัติการรุนแรงต่อประชาชนชาวรวันดาที่ต้องการเดินทางกลับประเทศ (เนื่องจากในเดือนกรกฎาคม กองกำลังของฝ่ายกบฏแนวร่วมชาติ ได้รับชัยชนะในการสู้รบและเข้าควบคุมพื้นที่เกือบทั้งหมดของประเทศ ทำให้กลุ่มที่ครองอำนาจอยู่เดิมกับพลเมืองชาวรวันดาหลายล้านคนต้องหลบหนีข้ามพรมแดนไปอาศัยอยู่ในเขตปลอดภัยในประเทศ Zaire)¹³

วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคงได้รับรองข้อมติที่ 935 (1994) อย่างเป็นทางการอย่างเอกฉันท์ ข้อมติมีสาระสำคัญคือ เรียกร้องให้เลขาธิการสหประชาชาติจัดตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (Commission of Experts) ที่มีความเป็นกลางเพื่อตรวจสอบและวิเคราะห์หลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในรวันดา รวมทั้งหลักฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ให้แก่เลขาธิการสหประชาชาติ เพื่อรายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงต่อไป และให้คณะกรรมการรายงานเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ เพื่อรายงานต่อไปยังคณะมนตรีความมั่นคงภายใน 4 เดือนนับจากที่มีการจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ข้อมติได้เรียกร้องให้ประเทศต่าง ๆ และองค์กรทางด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้ความช่วยเหลือ แจ้างข้อมูลดังกล่าวแก่คณะกรรมการทราบภายใน 30 วันนับจากรับรองข้อมตินี้ด้วย

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

ในส่วนที่เกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994 คณะมนตรีความมั่นคง ได้รับรองข้อมติที่ 955 (1994) จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา และรับรองธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ เพื่อดำเนินคดีต่อบุคคลผู้รับผิดชอบในการสังหารหมู่และการกระทำอื่น ๆ ที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในประเทศรวันดา และที่ได้กระทำความผิดต่อชาวรวันดาดังกล่าวในค่ายผู้อพยพในประเทศเพื่อนบ้านระหว่างวันที่ 1 มกราคม ถึง 31 ธันวาคม ค.ศ. 1994¹⁴ โดยขอให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติให้ความร่วมมือเมื่อได้รับการร้องขอหรือหมายศาลในการพิสูจน์ทราบ จับกุมคุมขัง และส่งตัวผู้ต้องหาให้แก่ศาล ตามที่กำหนดไว้ตามธรรมนูญศาล โดยธรรมนูญของศาลรวันดามีลักษณะคล้ายกับธรรมนูญของศาลยูโกสลาเวียแต่ไม่เหมือนกันคือ ธรรมนูญของศาลรวันดาให้ศาลมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และการละเมิด common article 3 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่สอง (Additional Protocol II) ของอนุสัญญาเจนีวา ปี ค.ศ. 1949

อย่างไรก็ตาม ศาลระหว่างประเทศนี้ยังคงดำเนินบทบาทที่สำคัญต่อการพิจารณาคดีภายในประเทศ ซึ่งศาลได้มีความคาดหมายที่จะสนับสนุนความพยายามของรวันดาเองอย่างชัดเจน ในการที่จะกำหนดความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล โดยการให้อำนาจทั้งที่เป็นในทางระหว่างประเทศ และการแสดงออกทางวัตถุประสงค์ที่ว่าความรุนแรงได้เกิดขึ้นและจะต้องมีการสืบสวน และที่สำคัญการแสดงความคิดเห็นของผู้ลี้ภัยว่า ความรุนแรงจะต้องไม่เกิดขึ้นตลอดเวลา และความรุนแรงที่เกิดขึ้นถูกทำให้เกิดโดยพวกเขา Tutsis เอง ดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะจินตนาการได้อย่างสมจริงได้ว่า ความยุติธรรม ความมีประสิทธิภาพในการดำเนินคดีทั้งหมด ที่ดำเนินไปโดยรัฐบาลที่ปกครองโดย RPF จะได้รับความยุติธรรมผ่านมายังกลุ่มผู้ลี้ภัยชาว Hutu ดังนั้นการพิจารณาคดีที่ได้ดำเนินการโดยการสนับสนุนของศาลระหว่างประเทศนี้ จะไม่เป็นเพียงแต่การแสดงออกซึ่งคำตอบทางศีลธรรมต่อผู้เสียชีวิตกว่า 5 แสนคน แต่ยังคงสามารถที่จะเป็นความชอบธรรมสำหรับการพิจารณาคดีของรวันดา ที่จำเป็นสำหรับการสร้างดินแดนรวันดาให้กลับคืนมาใหม่¹⁵

¹⁴ United Nations, United Nations Security Council Resolution 955 (8 November 1994).

¹⁵ Mariann Meier Wang, "The International Tribunal for Rwanda : Opportunities

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า สถานการณ์ในยูโกสลาเวียและรวันดาที่นำไปสู่การจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงทั้งสองศาล เพื่อเป็นวิธีการหนึ่งในการแก้ปัญหาความรุนแรงของสองสถานการณ์นี้ ได้แสดงบทบาทสำคัญในการตระหนักถึงความจำเป็นจริงในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรที่ควรจะมี และถือเป็นตัวอย่างสำคัญของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในเวลาต่อมาว่า วิธีการจัดตั้งศาลนั้นควรเป็นไปในลักษณะใด นอกจากนี้ยังเป็นการยืนยันหลักการที่ว่าปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาหากได้ก่ออาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของทั้งสองศาลนี้ ยังเป็นการเริ่มต้นในการสร้างโครงสร้างที่แข็งแกร่งของคดีตัวอย่าง (case law) ในการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย¹⁶

ที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้น การจัดตั้งศาลเฉพาะกิจโดยคณะมนตรีความมั่นคงที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนหน้านั้น ยังสะท้อนให้เห็นแง่มุมหนึ่งที่อยู่เบื้องหลังการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นและที่จะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต ซึ่งถือว่ามีส่วนสำคัญไม่ด้อยไปกว่าแง่มุมทางด้านกฎหมาย นั่นก็คือ ทิศนะทางด้านการเมืองระหว่างประเทศ ที่แสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจนเมื่อมาถึงกระบวนการในการนำมาซึ่งความเป็นจริงในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรในขณะนี้ ที่เด่นชัดคือ ท่าทีของประเทศมหาอำนาจในโลก ที่แสดงผ่านการใช้อำนาจในองค์กรอย่างคณะมนตรีความมั่นคงในฐานะสมาชิกถาวร ที่ดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับความพยายามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจในอดีตที่เคยเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา รัสเซีย หรือจีน ซึ่งในอดีตมีความพยายามอย่างแข็งแกร่งที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมาสู่กระบวนการยุติธรรม เพื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบในทางอาญาในดินแดนอดีตยูโกสลาเวียและรวันดา แต่ในขณะที่ประชาคมระหว่างประเทศกำลังร่วมกันสร้างกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีลักษณะถาวรนี้สามประเทศนี้ยังคงขัดแย้งอย่างชัดเจนไม่แต่เฉพาะกับความพยายามในอดีต แต่ยังคงขัดแย้งกับเสียงข้างมากของประชาคมระหว่างประเทศในขณะนี้ด้วย โดยรัสเซียนั้นมิได้ร่วมให้

for Clarification, Opportunities for Impact," Columbia Human Right Law Review 27 (Fall1995) : 189-190.

¹⁶ David J. Scheffer, "The International Criminal Tribunal Foreword : Deterrence of War Crimes in the 21st Century," Maryland Journal of International Law and Trade 23 (Spring / Summer 1999) : 7.

สัถยาบันกับศาล ซึ่งเงินนั้นไม่แม้แต่จะรับธรรมนูญศาล ในขณะที่สหรัฐอเมริกาได้พยายามบีบบังคับให้ประชาคมโลกยกเว้นประชาชนในประเทศของตนเองจากการถูกดำเนินคดีของศาล*

สถานการณ์ในประเทศซูดาน

ประเทศซูดานเป็นประเทศที่ใหญ่ที่สุดในทวีปแอฟริกา ที่ได้รับอิสระจากอังกฤษในช่วงของปี ค.ศ. 1950 ณ เวลานั้นสองในสามของประชากรของประเทศเป็นชาวอาหรับและมุสลิมอยู่ในพื้นที่ทางภาคเหนือและประชากรหนึ่งในสามที่เหลืออยู่ในทางตอนใต้ ซึ่งประกอบไปด้วยชาวแอฟริกัน ที่เกินกว่าครึ่งเป็นคริสเตียน และเป็นระยะเวลาที่สิบปีที่รัฐบาลของประเทศซูดานได้กระทำสงครามกับประชาชนของประเทศตัวเองที่ส่งผลกระทบต่อความล้มเหลวของสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมในโลก สงครามได้กระทำต่อผู้คนกว่า 2 ล้านคนและได้ทำผู้คนไร้ซึ่งที่อยู่เพิ่มขึ้นอีกกว่า 4 ล้านคน

ในขณะที่สงครามกลางเมือง (civil war) ของซูดานทุก ๆ ด้านได้มีการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างต่อเนื่อง รัฐบาลของซูดานพยายามที่จะหยุดยั้งแนวความคิดของฝ่ายตรงข้ามโดยมีการโจมตีประชาชน ใช้ความอดอยากเป็นอาวุธ และสนับสนุนแนวความคิดที่กลับคืนมาของการเอาคนลงเป็นทาส นอกจากนั้นซูดานยังคงสนับสนุนการก่อการร้ายระหว่างประเทศ ซึ่งวัตถุประสงค์ของรัฐบาลซูดานก็คือ เพื่อบังคับให้ประชาชนที่มีได้เป็นชาวอาหรับหรือมุสลิมในดินแดนทางตอนใต้หรือพรมแดน ละทิ้งจากวัฒนธรรมและศาสนาของตนเอง ในขณะที่การเสียชีวิต

* โดยสหรัฐอเมริกาจากในสมัยของประธานาธิบดีบิล คลินตัน สหรัฐฯ ลงนามรับรองธรรมนูญก่อตั้งศาล แต่เมื่อมาถึงยุคของ จอร์จ ดับเบิลยู บุช ได้ประกาศถอนด้วยยกเลิกทุกพันธกรณีความสัมพันธ์กับศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ พร้อมทั้งเรียกร้องให้คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติ ให้ความคุ้มครองแก่เหล่าพลเมืองหรือทหารที่เข้าร่วมปฏิบัติการในกองกำลังรักษาสันติภาพของสหประชาชาติที่มาจากประเทศที่ไม่ได้ให้สัตยาบันต่อธรรมนูญ ไม่ให้ถูกดำเนินคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งการเรียกร้องนี้ได้กระทำในช่วงเวลาที่สำคัญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของประเทศสมาชิกถาวรทั้งห้าประเทศของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะออกข้อมติขยายเวลาปฏิบัติการรักษาสันติภาพในบอสเนีย ซึ่งเป็นวันสุดท้าย

เพราะการขาดแคลนอาหารของประชาชนและการกวาดล้างทางเชื้อชาติอย่างเป็นระบบ พิสูจน์ให้เห็นถึงการมีอยู่ของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในซูดาน และโศกนาฏกรรมของซูดานยังคงไม่จบสิ้นเมื่ออาชญากรรมการเอาคนลงเป็นทาส (crime of slavery) ยังคงปรากฏให้เห็นอยู่¹⁷

คณะมนตรีความมั่นคงได้ให้ความสนใจต่อกรณีความไม่สงบในซูดาน โดยมีการนำเรื่องเข้าสู่ที่ประชุมของคณะมนตรีความมั่นคง จึงได้ออกข้อมติออกมาเพื่อลงโทษต่อรัฐบาลซูดาน โดยการให้ประเทศทั้งหลายลดจำนวนตัวแทนทางการทูตของซูดาน นอกจากนั้นให้ร่วมกันที่จะไม่อนุญาตให้สายการบินของซูดาน หรือที่จดทะเบียนในซูดานเข้ามาในดินแดน นอกจากนี้ในการเสนอขอของคณะมนตรีความมั่นคงในสถานการณ์ของซูดาน จะต้องเผชิญกับอุปสรรคที่ต้องเอาชนะการใช้สิทธิวีโต้ (veto) ของประเทศจีน เนื่องจากประเทศจีนมีความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างรัฐบาลของประเทศซูดานอย่างกว้างขวาง¹⁸

สถานการณ์ในซูดานเป็นสถานการณ์หนึ่งในปัจจุบันที่ไม่แต่เฉพาะประเทศในประชาคมโลกจะให้ความสนใจต่อความรุนแรงที่เกิดขึ้น แต่เป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับการเกิดขึ้นเป็นจริงของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่น่าสนใจไปกว่านั้นคือ หนึ่งในสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงอย่างสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวเตือนผู้นำของซูดานว่าควรตระหนักถึงว่า ถ้าไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ให้ไว้ว่าจะหยุดการโจมตีพลเรือน อเมริกาอาจจะใช้ที่นั่งในคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อที่จะเสนอคดีไปสู่ศาล ที่ได้เริ่มดำเนินการแล้วตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2002 ในฐานะความผิดของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งนอกจากรัฐภาคีแล้วคณะมนตรีความมั่นคงสามารถที่จะนำเรื่องไปสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้¹⁹ สถานการณ์นี้ได้สะท้อนให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาหนึ่งในสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคง ที่ไม่เพียงแต่จะไม่ยอมรับธรรมนูญศาลเท่านั้น แต่ไม่ต้องการที่จะเข้าร่วมกับศาลอาญาระหว่างประเทศเลยนั้น ยังคงต้องการที่จะมีอำนาจที่จะจัดระเบียบโลก โดยอาศัยอำนาจเหนือที่มีในคณะมนตรีความ

¹⁷ William L. Saunders and Yuri G. Mantilla, "Human Dignity Denied : Slavery Genocide, and Crimes Against Humanity in Sudan," : 715-720.

¹⁸ http://www.usaforicc/fact_sudan.html

¹⁹ Ibid.

มันคงผ่านมาสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อจัดการกับประเทศที่นำมาซึ่งความขัดแย้ง ซึ่งดูจะเป็นการขัดแย้งในจุดยืนในนโยบายของตนเองอย่างเห็นได้ชัด

2. ประเด็นการประชุมที่ไม่ปรากฏตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

แม้การกระทำที่โหดร้ายของอาชญากรอย่าง พลพต (Pol Pot) ในกัมพูชา Mengusto Haile Miriam ในเอธิโอเปีย และซัดดัม ฮุสเซน (Saddam Hussein) ในอิรัก จะไม่ได้มีการเคลื่อนไหวให้ประชาคมโลกพิจารณาถึงความพยายามที่จะจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างจริงจังให้ได้รับความสนใจอีกครั้งหนึ่งเท่าใดนัก แต่จากหลาย ๆ สถานการณ์ได้ย้ำให้เห็นถึงว่า ถึงเวลาแล้วที่จะต้องมียุทธวิธีที่มีประสิทธิภาพที่จะมาแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่นับวันจะเพิ่มมากขึ้น วิธีการที่เหมาะสมที่สุด ณ ขณะนั้นคือการจัดให้มีกระบวนการยุติธรรมขึ้นมาเพื่อปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ และเยียวยาให้กับเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายของเหตุการณ์ความรุนแรง ซึ่งทั้งหลายทั้งปวงล้วนแต่เป็นการนำมาซึ่งสันติภาพในประชาคมโลกให้บังเกิดขึ้น ความเชื่อมโยงระหว่างสันติภาพและความยุติธรรมจึงถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอย่างจริงจัง เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติตัดสินใจจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับดินแดนอดีตยูโกสลาเวีย และรวันดา จนมาถึงศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ ปัจจุบันนี้

และเพราะข้อเสนอของประเทศตริเนแดดและโทเบโก ที่ให้พิจารณาทบทวนถึงความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอีกครั้งเพื่อให้ศาลมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับยาเสพติด ที่ได้ผลักดันให้การพิจารณาถึงการจัดตั้งศาลได้รับความสนใจอย่างจริงจังอีกครั้งหนึ่ง แต่ก็ได้ประสบกับความล่าช้ามาโดยตลอด ซึ่งปัญหาส่วนใหญ่จะมาจากความสัมพันธ์ในทางการเมืองระหว่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเมื่อการประชุมทางการทูตได้ถูกจัดขึ้นอย่างเป็นทางการโดยสหประชาชาติเพื่อพิจารณาร่างธรรมนูญของศาล ความตกลงที่สอดคล้องกันเป็นหนึ่งเดียวเป็นอุปสรรคอันสำคัญที่ต้องการได้รับการแก้ไขให้บรรลุถึง ประเด็นการเจรจาที่สำคัญที่สุดคือการให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาคดีอย่างน้อยเพียงใด ศาลมีเขตอำนาจศาลครอบคลุมความผิดที่ประเภท ซึ่งค่อนข้างมีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐในการมีเขตอำนาจในการดำเนินคดี และมีอีกหลายประเด็นที่ปรากฏในการประชุมทางการทูต แต่ไม่สามารถจะมาปรากฏได้

ตามธรรมนูญของศาลที่วางพื้นฐานสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรนี้ ถูกยอมรับโดยการลงมติอย่างท่วมท้นในการประชุมทางการทูต ณ กรุงโรมเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ทั้งนี้ตามธรรมนูญของศาลได้มีการรองรับถึงทางปฏิบัติในอนาคต เนื่องจากว่าการรวบรวมความเห็นที่กว้างขวางและหลากหลายเป็นงานอันยิ่งใหญ่ และเพื่อความเป็นจริง ทางออกที่ดีที่สุดของธรรมนูญของศาลคือ การสร้างกลไกของความร่วมมือเพื่อประนีประนอมและแก้ไขข้อขัดแย้งให้เป็นข้อเสนอทางกฎหมายที่สอดคล้องต่อกัน ปัญหาของนโยบายที่ไม่สามารถตกลงกันได้ มีการเลื่อนการพิจารณาออกไป โดยกำหนดให้มีการประชุมทบทวนธรรมนูญศาลภายหลังจากที่มีการใช้ไปแล้วเป็นเวลา 7 ปี ดังนั้นประเด็นต่าง ๆ ที่ไม่ปรากฏตามธรรมนูญศาลอาจจะกลับกลายมาได้รับการพิจารณาให้อยู่ภายใต้ธรรมนูญศาลได้ และในทางกลับกัน ที่กำหนดไว้แล้วอาจไม่เหมาะสมที่จะอยู่ภายใต้การปฏิบัติของศาล ดังที่นาย โคฟี อันนัน (Kofi Annan) เลขาธิการแห่งสหประชาชาติคนล่าสุดได้เรียกธรรมนูญนี้ว่า "เป็นของขวัญแห่งความหวังของอนุชนในอนาคต โดยเป็นหนึ่งในช่วงเวลาที่ดีที่สุดในประวัติศาสตร์ของสหประชาชาติ ในฐานะที่เป็นพัฒนาการก้าวสำคัญที่มุ่งไปสู่สิทธิมนุษยชนอันเป็นสากลและหลักบังคับแห่งกฎหมาย (rule of law)"

ซึ่งประเด็นของการประชุมในร่างธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ไม่สามารถปรากฏตามธรรมนูญได้เนื่องจากความเห็นที่ยังไม่สามารถจะหาทางออกที่ชัดเจนได้ ได้แก่

1. อาชญากรรมที่ควรตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล

อาชญากรรมอีกหลายอย่างที่สามารถกำหนดให้เข้ามาอยู่ในภายใต้โครงสร้างของเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เนื่องจากข้อ 121 ของธรรมนูญกรุงโรมอนุญาตสำหรับการแก้ไขกับประเภทของอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาล ทั้งนี้ตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมปรารถนาที่จะให้รวมอาชญากรรมมากกว่านี้ ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานก่อการร้าย (Terrorism) ความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติด (Drug Trafficking) ความผิดเกี่ยวกับการทรมาน (Torture) เนื่องจากตัวแทนของหลายประเทศเสนอให้ศาลควรมีเขตอำนาจศาลที่ครอบคลุมการกระทำความผิดที่มีลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศดังกล่าวเพราะเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงเช่นกันและก่อให้เกิดอันตรายและความเสียหายต่อชีวิตมนุษย์เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการก่อการร้ายที่หลายประเทศเห็นว่าศาลควรที่จะมีอำนาจพิจารณาถึงมากที่สุด ในบรรดาอาชญากรรมที่เสนอมา ซึ่งตามธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ต่างจากร่างธรรมนูญที่เป็นคำแนะนำของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ในข้อ 20 ที่รวบรวมอาชญากรรมที่สมควร

ให้ศาลมีเขตอำนาจศาล เริ่มจากอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมการรุกราน การละเมิดอย่างร้ายแรงในกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธ รวมถึงอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้หรือเกิดขึ้นตามสนธิสัญญา (Treaty Crime) ด้วย ซึ่งได้แก่การกระทำความผิดข้างต้น ทั้งนี้อาจจะเนื่องมาจากความชัดเจนของอาชญากรรมอย่าง อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงคราม เป็นความผิดที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศตามกฎหมายจารีตประเพณี

นอกจากนี้การพิจารณาถึงการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ยังมีจุดแบ่งระหว่างอาชญากรรมระหว่างประเทศ กับการกระทำความผิดทางอาญาที่มีลักษณะข้ามแดน โดยอาชญากรรมระหว่างประเทศ เป็นลักษณะของการกระทำที่เป็นปัญหานั้นก่อให้เกิดการกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งอาชญากรรมระหว่างประเทศได้รวมถึงการกระทำที่คุกคามต่อความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของโลก เช่นความผิดอย่างอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน อาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในขณะที่กลุ่มของอาชญากรรมที่มีลักษณะข้ามแดน (transitional crime) นั้น เป็นลักษณะการกระทำความผิดที่กระทบประโยชน์ของประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ ที่ประกอบไปด้วยความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การก่อการร้าย องค์การอาชญากรรมข้ามชาติ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ²⁰ ด้วยเหตุนี้จึงนำไปสู่การตกลงยอมรับให้มีองค์กรที่จะมาบังคับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ มากกว่าที่จะให้การกระทำความผิดที่มีลักษณะข้ามแดนที่สมควรที่จะใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐดำเนินการปราบปรามมากกว่าไปอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นความต้องการที่จะให้อำนาจในการดำเนินการต่อความผิดเหล่านี้ อย่างเด็ดขาดอยู่ในอำนาจของรัฐที่เกี่ยวข้อง นี่จึงเป็นส่วนสำคัญที่แสดงให้เห็นเหตุผลว่า เหตุใดบางฐานความผิดจึงไม่ได้รับการยอมรับให้ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ

2. การใช้อาวุธอานุภาพในการทำลายล้างสูง

²⁰ <http://www.asil.org/resource/crim1.htm>

ไม่ว่าจะเป็นอาวุธนิวเคลียร์ อาวุธเคมี อาวุธชีวภาพโดยมีการเสนอความเห็นให้มีการบรรจุกฎการใช้อาวุธที่มีอำนาจในการทำลายล้างสูงเหล่านี้อยู่ภายใต้ฐานความผิดอาชญากรรมสงคราม (War Crime) โดยตัวแทนจากหลายประเทศแสดงความผิดหวังที่ธรรมนูญของศาลไม่บรรจุกฎการใช้อาวุธนิวเคลียร์เช่นนี้เป็นความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล ทั้งที่ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง องค์การระหว่างประเทศมุ่งความสนใจไปยังการควบคุมพลังงานนิวเคลียร์และการควบคุมและลดอาวุธ โดยความพยายามแรกที่จะบรรจุเรื่องอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในแผนสำหรับควบคุมพลังงานนิวเคลียร์ ในข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ได้มีการกล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวกับอาวุธนิวเคลียร์ ยิ่งไปกว่านั้นประชาคมระหว่างประเทศได้รวบรวมสนธิสัญญาหลายฉบับที่เกี่ยวกับอาวุธนิวเคลียร์²¹ อีกทั้งข้อมติของสหประชาชาติได้ย้ำเตือนให้เห็นว่าการใช้อาวุธนิวเคลียร์เป็นการละเมิดกฎบัตรสหประชาชาติ นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้แสดงความเห็นแนะนำ (advisory opinion) ไว้เมื่อ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 ยืนยันว่าการใช้อาวุธนิวเคลียร์ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ละเมิดหลักมนุษยธรรมในกฎหมายสงครามโดยตัวเอง ทั้งนี้ตัวแทนจากสหรัฐได้พยายามที่จะหาความร่วมมือกับประเทศอื่นที่จะไม่ให้มีการรวมอาวุธนิวเคลียร์ไว้ในรายการของการกระทำอาชญากรรมสงคราม ซึ่งตัวแทนจากหลายประเทศที่แถลงการณ์ยังคงเห็นถึงความร้ายแรงที่จะส่งผลกระทบต่อสันติภาพระหว่างประเทศในอนาคตอย่างแน่นอน ถ้ายังคงปล่อยให้การใช้อาวุธทำลายล้างสูงนี้ไม่มีการบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจน²²

3. การบังคับใช้โทษที่เป็นโทษประหารชีวิต

มีตัวแทนของบางประเทศที่เข้าร่วมการประชุมเห็นว่า ถ้าศาลไม่บทลงโทษที่เป็นขั้นรุนแรงอย่างโทษประหารชีวิต จะทำให้ศาลไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง แต่ทั้งนี้ที่ไม่ได้รับการยอมรับในธรรมนูญของศาลอาจเนื่องมาจากเหตุผลว่า การลงโทษประหารชีวิตนั้นเป็นวิธีการลงโทษที่ได้รับการต่อต้านว่าขัดต่อหลักการเคารพในสิทธิมนุษยชน แต่ทั้งนี้เมื่อศาลมีระบบการ

²¹ Jill M.Sheldon, "Nuclear Weapon and the Laws of War : Does Customary International Law Prohibit the Use of Nuclear Weapons in all Circumstances," Fordham International Law Journal 20 (November 1996) : 227-254.

²² <http://prop1.org/2000/9711icc1.htm>

ทำงานแบบศาลเสรีม ธรรมนูญของศาลจะไม่กระทบถึงการบังคับใช้กฎหมายของประเทศที่ใช้
โทษประหารชีวิต

4. องค์ประกอบความผิดและเงื่อนไขขั้นต้นของอาชญากรรมการรุกราน

ในร่างธรรมนูญของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดให้มี
อาชญากรรมการรุกรานเป็นหนึ่งในฐานความผิด ที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลและอำนาจหน้าที่
ของคณะมนตรีความมั่นคง ที่จะตัดสินก่อนว่ามีการกระทำการรุกรานเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ตามกฎหมาย
บัตรสหประชาชาติ แต่ด้วยปัญหาในตัวของกรรมาธิการการรุกรานเองที่ทำให้ไม่มีคำจำกัดความของ
การกระทำที่ชัดเจนเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ จึงส่งผลให้อาชญากรรมการรุกรานยังไม่มี
การกำหนดถึงลักษณะการกระทำผิดหรือองค์ประกอบความผิดในธรรมนูญศาล มีเพียงการ
ยอมรับในระดับหนึ่งว่า การกระทำการรุกรานเป็นความผิดอย่างร้ายแรงที่สมควรเป็นอาชญา
กรรมที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลเท่านั้น ซึ่งต้องรอการประชุมทบวงธรรมนูญของศาลจาก
พรรคระคิดิของนานาประเทศเหนือประเด็นนี้ต่อไป

ประเด็นการประชุมที่ไม่ปรากฏในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศโดยเฉพาะ
อาชญากรรมที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้น โดยหลักมาจากความต้องการที่จะสงวนไว้ซึ่ง
อำนาจอธิปไตยสูงสุดในการดำเนินคดีของรัฐนั้น เนื่องจากตัวแทนของหลายประเทศกลัวว่าศาล
อาญาระหว่างประเทศจะสามารถล่วงล้ำบนอธิปไตยของรัฐและความสามารถในการดำเนินคดี
เหล่านั้น ซึ่งจะมีผลต่อนโยบายภายในประเทศ (domestic policy) ที่กำหนดไว้ภายในรัฐ ซึ่งถึง
แม้ศาลจะใช้หลักการของศาลเสรีม (complementary) โดยไม่เข้าแทนที่ศาลภายในประเทศก็
ตาม ซึ่งความเห็นที่สอดคล้องต้องกันเห็นว่า โครงสร้างของการเป็นศาลเสรีมเช่นนี้จะสมเหตุสม
ผลที่สุด และมีประโยชน์ที่จะเข้าถึงรัฐที่มีหน้าที่ต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐเองภายใต้
กฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอนุสัญญา นอกจากนี้บางประเด็นยัง
คงไปเกี่ยวข้องกับอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับการปราบปรามการ
กระทำที่นำมาซึ่งการทำลายสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการลดอาวุธ
การปราบปรามการก่อการร้าย การเหยียดผิว เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันคณะมนตรีความมั่นคงล้วนแต่
ได้มีการปฏิบัติหน้าที่เหนือการกระทำเหล่านี้อยู่แล้ว ประเทศมหาอำนาจบางประเทศจึงหวังที่
จะคงไว้ซึ่งอำนาจและทำหน้าที่ผ่านสถานะของคณะมนตรีความมั่นคงในฐานะของสมาชิกถาวร

ที่ดูเหมือนจะมีอำนาจต่อรองในทางการเมืองระหว่างประเทศมากกว่าการดำเนินนโยบายในทางระหว่างประเทศเพียงลำพัง

จากร่างธรรมนูญจนมาถึงตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ การกำหนดเขตอำนาจของศาลจะจำกัดอยู่เพียงฐานความผิด 4 อย่าง คือ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (The crime of genocide) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมการรุกราน (The crimes of aggression) ซึ่งอาชญากรรมการรุกรานจะเป็นความผิดฐานเดียวที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่ศาลยังไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำผิดนี้ได้ โดยศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการรุกรานได้เมื่อ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำจำกัดความของอาชญากรรม และการกำหนดเงื่อนไขที่ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมนั้น ได้มีการยอมรับตามข้อ 121 และ 123 กล่าวคือ ให้มีการทบทวนธรรมนูญศาลภายหลังจากที่มีการใช้ธรรมนูญไปแล้ว 7 ปี ทั้งนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการรุกรานนั้นจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามกฎบัตรสหประชาชาติ²³

เหตุผลที่ต้องบัญญัติเช่นนี้เนื่องมาจาก ความขัดแย้งที่ยังไม่สามารถหาข้อสรุปได้ในอาชญากรรมที่สำคัญนี้ ซึ่งการหาหรือเรื่องการรุกรานนั้นเป็นเรื่องที่ยากลำบาก ทั้งที่ตัวแทนจากหลายประเทศพิจารณาเห็นว่ากรรุกรานเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดในเขตอำนาจศาลนี้ ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากว่า การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามนั้นเป็นความผิดที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นความผิดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว แต่อาชญากรรมการรุกรานนั้นยังคงมีปัญหาของความชัดเจนของทั้งคำจำกัดความและองค์ประกอบความผิด ที่มีองค์ประกอบของการเมืองระหว่างประเทศเป็นตัวแปรที่สำคัญ และอีกปัจจัยหนึ่งที่เกี่ยวข้องคือ อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงในการชี้ขาดว่ามีการรุกรานเกิดขึ้นตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติแล้วหรือไม่ นำมาซึ่งปัญหาของความสอดคล้องกันระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับการทำหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ซึ่งจะต้องติดตามความตกลงต่อไป แต่ทั้งนี้ตามธรรมนูญของศาลได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า "การกระทำทั้งหลายเหนืออาชญากรรมการรุกรานนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ" ดัง

²³ Rome Statute of International Criminal Court, Article 5.

นั้นการพิจารณาถึงประเด็นปัญหานี้ จึงมีพื้นฐานการพิจารณาที่ชัดเจนจากลักษณะและทางปฏิบัติที่เคยเกิดขึ้นในอดีตทั้งทางตัวบทกฎหมาย และการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเหนือการกระทำการรุกราน เพื่อเป็นหนทางที่นำไปสู่การชี้ชัดถึงขอบเขต และความเหมาะสมทั้งหลายทั้งปวงเหนือการกระทำการรุกรานดังกล่าว

3. อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงเหนืออาชญากรรมการรุกราน

การใช้กำลังทุกรูปแบบที่ไม่เพียงเฉพาะแต่การกระทำการรุกราน เป็นการใช้กำลังที่เป็นข้อห้ามที่อยู่ในหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ที่กฎบัตรสหประชาชาติกำหนดไว้เปรียบเสมือนเป็นหัวใจแห่งกฎบัตร ที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นเป้าหมายของนานาประเทศสมาชิกที่จะร่วมกันในการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยภายในประชาคมโลก โดยองค์กรหลักที่ได้รับการมอบหมายในการดำเนินการให้สันติภาพบังเกิดขึ้นได้แก่ คณะมนตรีความมั่นคง สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เลขาธิการแห่งสหประชาชาติ เป็นหลัก โดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงนั้น มีส่วนสัมพันธ์กับการกระทำการปราบปรามการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดต่อสันติภาพ และการรุกรานเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากได้รับมอบหมายหน้าที่ในเบื้องต้นในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของคณะมนตรีความมั่นคงในการชี้ถึงการมีอยู่ของการรุกรานตามกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 39* ซึ่งลักษณะของความสัมพันธ์ในการดำเนินการจะอยู่ในระดับคณะมนตรีความมั่นคงกับรัฐ แต่ ณ ปัจจุบันนี้ได้มีพัฒนาการในการที่จะปราบปรามการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ การรุกรานจึงจัดอยู่ในอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง ที่ความสัมพันธ์ระหว่างคณะมนตรีความมั่นคงกับรัฐกำลังจะขยับไปเป็นกับปัจเจกชน โดยจะดำเนินขั้นตอนไปสู่ปัจเจกชนเช่นไรนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องติดตาม และในการที่จะพิจารณาถึงปัญหาว่าปัจเจกชนมีความรับผิดชอบในทางอาญาต่อการกระทำการรุกรานหรือไม่ จนกลายมาอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ จะต้องพิจารณาถึงประเด็นที่เกี่ยวข้อง

* ข้อ 39 "คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องกำหนดว่า การคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ หรือการกระทำการรุกรานได้มีขึ้นหรือไม่ และจะต้องทำคำแนะนำ หรือวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการใดตามข้อ 41 และ 42 เพื่อธำรงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ"

ข้องกับการรุกรานอย่างในลักษณะกว้าง รวมถึงแนวโน้มของความเป็นไปได้กับการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเหนืออาชญากรรมการรุกราน

3.1 ความเป็นมาของอาชญากรรมการรุกรานภายใต้เขตอำนาจศาลอาญา ระหว่างประเทศ

ครั้งแล้วครั้งเล่าเป็นเวลากว่าศตวรรษ ที่การขยายตัวของการใช้กำลังรุกรานโดยรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่ง ได้นำมาซึ่งความเจ็บปวดต่อสังคมโลกอย่างไม่มีที่สิ้นสุด และแน่นอนว่าวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดขององค์การสหประชาชาติ ที่รับช่วงต่อและประสบความสำเร็จว่าสันนิบาตชาติ คือ เพื่อที่จะปกป้องความสำเร็จของอนุชนรุ่นต่อไปให้พ้นจากความทรمانของสงครามที่ซึ่งเกิดมาแล้วถึงสองครั้งในช่วงชีวิต โดยนำมาซึ่งความทุกข์อย่างเหลือคณานับต่อมนุษยชาติ ประชาคมระหว่างประเทศจึงเข้าไปเกี่ยวพันกับการให้ความสำคัญต่อการกระทำการรุกราน การคุกคามของการรุกราน (Threat of aggression) การแทรกแซง (Intervention) การเข้าครอบครองอาณานิคม (colonial domination) และรวมถึงการป้องกันและการระงับการใช้กำลังทุกรูปแบบ โดยพัฒนาการที่จะกำหนดลักษณะที่ชัดเจนแน่นอนเหนือการกระทำการรุกรานให้เป็นความผิดที่ได้รับการยอมรับเป็นเอกภาพนั้น มีความพยายามอยู่หลายช่วงและจากหลายฝ่ายที่จะร่วมมือกันปราบปรามการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถแบ่งเป็นสามช่วงที่สำคัญในประวัติศาสตร์ของกฎหมายระหว่างประเทศคือ

1) ในสมัยสันนิบาตชาติ (League of Nations)

วัตถุประสงค์หลักของสันนิบาตชาติคือ เพื่อรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศข้อ 11 12 13 และ 15 ของกติกาสันนิบาตชาติ กำหนดข้อจำกัดบางประการเรื่องสิทธิของรัฐที่จะทำสงคราม กล่าวคือ ก่อนที่จะดำเนินการกระทำสงคราม ภาคีสมาชิกมีหน้าที่ที่จะต้องเสนอข้อพิพาทไปยังสันนิบาตเพื่อให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการระงับข้อพิพาททางศาล หรือเสนอไปยังคณะมนตรีสันนิบาต (the League Council) เมื่อหนึ่งในวิธีการเหล่านี้ได้พยายามทำแล้ว สมาชิกของสันนิบาตชาติจะเริ่มการทำสงครามไม่ได้จนกว่าจะครบสามเดือน ภายหลังจากองค์การที่บังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ได้มีรายงานของตนเองออกมา วิธีการนี้ทำให้รัฐสมาชิกมีโอกาสที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในระหว่างวิธีการที่สอดคล้องกับวิธีการอันสันติวิธี

เหล่านั้น เมื่อรัฐสมาชิกใดรัฐสมาชิกหนึ่งได้ละเมิดหนึ่งในบทบัญญัติเหล่านี้ ซึ่งโดยพฤตินัย (ipsosfacto) รัฐจะลงความเห็นว่าเป็นการกระทำสงครามต่อสมาชิกอื่นทั้งหมดของสันนิบาตชาติ รัฐที่ฝ่าฝืนสามารถถูกทำให้อยู่ภายใต้การลงโทษทางเศรษฐกิจ หรือแม้กระทั่งการลงโทษทางทหารจากรัฐสมาชิกอื่นตามข้อ 16²⁴

ข้อ 10 ของกติกาสันนิบาตชาติเปลี่ยนความคิดของสมาชิกของสันนิบาตชาติไม่ให้ยอมรับในการกระทำการรุกรานที่ไม่เหมาะสม โดยกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องป้องกันการรุกรานจากภายนอก และให้คณะมนตรีแห่งสันนิบาตชาติ มีอำนาจในการเข้าแทรกแซงเพื่อปราบปรามความรุนแรงที่กระทบต่อสันติภาพได้ จึงนับได้ว่าการรุกรานได้มีพัฒนาการที่ชัดเจนในองค์การระหว่างประเทศอย่างองค์การสันนิบาตชาติเป็นองค์การแรก ดังนั้นภายใต้กติกา การทำสงครามจึงไม่ได้ถูกห้าม เพียงแต่อยู่ภายใต้วิธีการที่จำกัดเท่านั้นคือ ต้องภายหลังสามเดือนต่อมา นอกจากนั้นกติกาสันนิบาตชาติยังได้ยอมให้รัฐสมาชิกคณะมนตรี (Member of Council) สงวนสิทธิของตนในการที่จะระบุว่ารัฐใดได้ใช้สงครามอันเป็นการละเมิดกติกาสันนิบาตชาติ และว่ารัฐนั้นๆ ได้ยอมรับปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะมนตรีความมั่นคงในเรื่องมาตรการลงโทษหรือไม่ ดังนั้นตามกติกาสันนิบาตชาติจึงไม่ได้ห้ามการทำสงครามอย่างชัดเจน แต่ได้แบ่งสงครามออกเป็นสงครามที่ชอบด้วยกฎหมาย และสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่น สงครามการรุกราน จุดบกพร่องเหล่านี้ของสันนิบาตชาติ ต่อการก้าวถอยหลังในการพัฒนาความสามารถที่การลงโทษต่อการกระทำทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างมาก ทำให้ดูเหมือนว่าสันนิบาตชาติให้ความสำคัญต่อสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมากกว่าการเน้นว่าสงครามเป็นสิ่งที่จะต้องห้ามตามกฎหมาย

เมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1922 สมัชชาที่สามแห่งสันนิบาตชาติ (Third Assembly of the League of Nations) ร้องขอให้คณะกรรมการที่ปรึกษาถาวร (Permanent Advisory Commission) ตรวจสอบปัญหาของการกระทำการรุกราน และให้เสนอร่างสนธิสัญญาว่าด้วยเรื่องนี้ขึ้นมา ซึ่งงานของคณะกรรมการที่บรรลุผลสำเร็จเมื่อ 8 มิถุนายน ค.ศ.

²⁴ Lyal S. Sunga, *The Emerging System of International Criminal Law Developments in Codification and Implementation* (Cambridge : Kluwer International Law, 1997), p. 32.

1923 คือร่างสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างกัน มาตรา 1 ของร่างสนธิสัญญากล่าวไว้ว่า "สมาชิกแห่งสนธิสัญญายืนยันว่า สงครามการรุกราน (war of aggression) ก่อให้เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ และเชื่อมั่นว่าพันธกรณีที่เคยกระทำโดยรัฐไม่อนุญาตให้กระทำอาชญากรรมนี้" นอกจากนี้ร่างฯ นี้ยังได้เน้นไปที่คำจำกัดความของการรุกรานในระดับระหว่างประเทศ แต่ก็ยังคงไม่ได้รับการยอมรับ เนื่องจากจากการขาดฉันทามติในขอบเขตของคำจำกัดความนั้น²⁵

ความพยายามอีกอันหนึ่งเพื่อที่จะแก้ปัญหา ได้ถูกทำขึ้นในการเชื่อมโยงกับความพยายามที่จะรวบรวมพันธกรณีระหว่างประเทศให้ระงับข้อพิพาทอย่างสันติวิธี โดยในอารัมภบทของพิธีสารเจนีวา เพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการจากสมาชิกแห่งสันนิบาตชาติ และมีรัฐลงนาม 19 รัฐในปี ค.ศ.1924 และประกาศถึงเจตนารมณ์ของรัฐที่ลงนามไว้ว่า

"รัฐผู้ลงนามถูกกระตุ้นโดยความปรารถนาอย่างแรงกล้าที่จะทำให้มั่นใจในการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงของชาติ ที่ซึ่งเอกราชและดินแดนที่มีอยู่ของพวกเขาอาจจะถูกคุกคามได้...และตระหนักถึงความเป็นปึกแผ่นของสมาชิกแห่งประชาคมระหว่างประเทศ ที่ยืนยันว่าสงครามการรุกรานก่อให้เกิดการละเมิดความมั่นคงนี้และเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ..." แต่อย่างไรก็ตามพิธีสารนี้ก็ไม่ได้มีการให้สัตยาบันที่จะทำให้มีผลบังคับใช้

ในปี ค.ศ. 1927 สันนิบาตชาติได้รับปฏิญญาว่าด้วยสงครามการรุกราน (Declaration on Aggressive War) ที่ระบุไว้ว่าสงครามการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศและวิธีการที่สันติของการระงับข้อพิพาทจะนำมาปฏิบัติ จึงทำให้การห้ามกระทำการรุกรานในทางกฎหมายถูกยกขึ้นมาในคณะสมัชชาที่แปดแห่งสันนิบาตชาติ และเมื่อ 9 กันยายน ค.ศ. 1927 ตัวแทนจากประเทศโปแลนด์ได้เสนอให้สงครามการรุกรานควรประกาศให้อยู่นอกความคุ้มครองของกฎหมาย และยังได้โต้แย้งว่าการห้ามกระทำการรุกรานอย่างมีประสิทธิภาพไม่สามารถจะปฏิบัติให้ลุล่วงไปได้ เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเสียก่อน

²⁵ Ibid., p. 34.

ภายหลังมาสมัชชาแห่งสันนิบาตชาติได้ออกข้อมติแนะนำว่า “ทำให้เชื่อมั่นได้ว่า สงครามการรุกรานไม่ใช่วิธีการในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ และผลที่ตามมาก็คือ การทำสงครามการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ และพิจารณาเห็นว่าการประกาศเลิกทำ สงครามการรุกรานอย่างเป็นทางการจะก่อให้เกิดบรรยากาศของความเชื่อมั่นร่วมกันที่จะรวบรวมให้เกิดความก้าวหน้าของงานที่ดำเนินไปด้วยความคิดที่จะลดอาวุธงายขึ้น” ซึ่งถึงแม้ข้อมตินี้ จะไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย แต่ก็เป็นการสำคัญที่มุ่งไปสู่การห้ามกระทำสงคราม ที่ทำให้ เป็นแบบแผนในเวลาต่อมาไม่ถึงปีในกติกาศปารีส (Paris Pact) ปี ค.ศ. 1928 หรือที่รู้จักกันในนามของกติกาศ ไบรอันด์ เคลลล็อก (Kellogg – Briand Pact) ที่เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ สำหรับการปฏิเสธความชอบด้วยกฎหมายของการทำสงคราม กติกานี้แสดงให้เห็นว่า ประชาคมระหว่างประเทศเห็นว่าสงครามเป็นวิธีการที่ไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิภายในของรัฐอีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม กติกานี้ได้พิสูจน์ให้เห็นความไม่มีประสิทธิภาพด้วยสถานการณ์อิตาลีรุกรานต่อ เอธิโอเปีย และญี่ปุ่นรุกรานชาวแมนจูในจีน รวมถึงไม่สามารถป้องกันการรุกรานของนาซี หรือ การเกิดขึ้นของสงครามโลกครั้งที่สอง²⁶

ซึ่งถึงแม้จะมีจุดบกพร่อง แต่กติกาศปารีส ไบรอันด์ เคลลล็อก ก็ยังอยู่ในฐานะที่เป็นตราสารทางกฎหมายที่ได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการที่เป็นรูปเป็นร่างที่ดำเนินการโดยประชาคมระหว่างประเทศเพื่อที่จะห้ามการใช้กำลังที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับสิ่งที่สำคัญที่สุดที่ศาลอนุเริ่มเบอร์กและศาลโตเกียวมุ่งเน้น ดังนั้นถึงแม้ว่า สันนิบาตชาติที่ได้ทำให้สงครามเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยถูกจัดตั้งขึ้นมาเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกันรัฐจากรูปแบบของการทำลายที่ก่อให้เกิดขึ้นแก่ชาติทั้งหลายในสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง แต่สันนิบาตชาติก็ไม่สามารถป้องกันการเกิดขึ้นของสงครามโลกครั้งที่สองได้

2) ในสมัยขององค์การสหประชาชาติ (United Nations)

องค์การสหประชาชาติจึงเป็นองค์การระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับความหวัง ที่ไม่ต้องการให้ความสูญเสียดังใหญ่หลวงที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วถึงสองครั้งเกิดซ้ำเป็นครั้งที่สาม ภายหลังจากที่ความล้มเหลวขององค์การสันนิบาตชาติได้เกิดขึ้นพร้อม ๆ กับการเกิด

²⁶ Ibid., pp. 35-37.

สงครามโลกครั้งที่สอง จุดมุ่งหมายของประชาคมระหว่างประเทศที่จะห้ามการกระทำสงคราม หรือการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเข้มแข็งขึ้น พร้อม ๆ กับการเกิดหลักการตามกฎบัตรสหประชาชาติ กล่าวคือ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองจบลง กฎบัตรสหประชาชาติได้วางหลักการในอันที่จะห้ามการทำสงคราม โดยปรากฏเป็นวัตถุประสงค์หลักขององค์การสหประชาชาติในข้อ 1 ว่า “เพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และร่วมกันปราบปรามการรุกราน การฝ่าฝืน หรือการละเมิดต่อสันติภาพทุกรูปแบบ อย่างสันติวิธี” ดังนั้นจึงเป็นการเน้นให้เห็นถึงว่า การรุกรานเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้สิ่งทีถือว่่าเป็นหัวใจแห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่สำคัญคือ ข้อ 2 วรรค 4 ซึ่งเป็นการเน้นให้เห็นว่าการกระทำ การรุกรานเป็นสิ่งต้องห้ามในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยระบุไว้ว่า “ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลังต่อบุรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ”

จากหลักกฎหมายของกฎบัตรข้อนี้ นำมาซึ่งข้อสังเกตสำคัญเกี่ยวกับการใช้ปฏิบัติว่ามีการใช้คำว่า “การคุกคามหรือการใช้กำลัง” (Threat or Use of Force) ไม่ได้ใช้คำว่า “สงคราม” (War) และคำว่า “การรุกราน” (Aggression) ทั้ง ๆ ที่เรื่องทั้งสองเรื่องดังกล่าวนี้เป็นความมุ่งหมายใหญ่ของข้อห้าม ทั้งนี้เพื่อขยายขอบเขตของข้อห้ามให้ครอบคลุมกว้างออกไปถึงการใช้กำลังทุกชนิดไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร และเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการตีความว่าสงครามคืออะไร และอะไรเรียกว่าการรุกราน ซึ่งรูปแบบ ขอบเขตและวิธีการล้วนเปลี่ยนแปลงไป ในขณะที่เดียวกันก็ไม่มี ความขัดแย้งในตัว เช่นคำว่า “กำลัง” (Force) หมายความว่ากำลังทหารเท่านั้น หรือการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจด้วย คำว่า “คุกคาม” (Threat) หมายความว่าอย่างไร และ “การรุกราน” เป็นการใช้กำลังขนาดไหนถึงจะเรียกว่าเป็นการรุกราน²⁷ ปัญหาเหล่านี้มักจะไม่มีการให้คำตอบที่ชัดเจน จะมีเพียงแต่ความสอดคล้องกับกฎบัตรและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเท่านั้นที่จะให้คำตอบ ณ เวลานั้นได้

²⁷ อรุณ ภาณุพงศ์, “กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 412.

และถึงแม้ในปี ค.ศ. 1945 กฎบัตรสหประชาชาติถูกลงนามเพื่อบังคับใช้ และในปี ค.ศ. 1951 ร่างสนธิสัญญาแรกของสหประชาชาติที่พิจารณาเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรจะได้ถูกร่างขึ้น อย่างไรก็ตาม กฎบัตรสหประชาชาติและข้อมติขององค์การสหประชาชาติหลังจากนั้น แทนที่จะพิจารณาบุคคลที่อยู่บนพื้นฐานของปัจเจกบุคคล กลับพัฒนาในคำกล่าวที่ว่า การกระทำการรุกรานเป็นการกระทำขององค์ภาวะที่เป็นรัฐ โดยบางบทบัญญัติของกฎบัตรฯ ซึ่งถึงการใช้กำลังและการรุกรานควบคู่ไปกับบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงที่เหมาะสมในการควบคุมการกระทำเช่นนั้น ดังปรากฏอยู่ในข้อ 33 ของกฎบัตรฯ ที่รัฐคู่พิพาทจะต้องหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ยิ่งไปกว่านั้นกฎบัตรฯยังได้อนุญาตให้คณะมนตรีความมั่นคงพยายามที่จะเรียกร้องให้รัฐคู่พิพาทใช้วิธีการในลักษณะเดียวกันนั้น ถ้าคณะมนตรีความมั่นคงชี้ขาดว่าการคุกคามต่อสันติภาพยังคงมีอยู่ เมื่อพิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงอาจจะดำเนินการ (take action) และส่งเสริมให้รัฐที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทใช้วิธีการแก้ไขสถานการณ์โดยวิธีการลงโทษ (sanction) หรือการกำหนดมาตรการอื่นที่ไม่ใช่กำลัง สำหรับการใช้กำลัง คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องตัดสินใจในเบื้องต้นว่า การใช้กำลังเช่นนั้นจำเป็นต่อการรักษารหัสหรือรักษาไว้ซึ่งสันติภาพ เมื่อถึงคราวที่จำเป็นมาถึง คณะมนตรีความมั่นคงจะใช้กำลังในฐานะที่เป็นที่มาจากความยินยอม ถ้ารัฐที่รุกรานจะไม่ใช้การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีและถ้าวิธีการเช่นนั้นไม่เพียงพอต่อการแก้ไขสถานการณ์ได้เพียงพอ²⁸

ซึ่งถึงแม้บทบัญญัติของกฎบัตรฯ ข้างต้นจะให้แนวทางในการพิจารณาถึงการใช้กำลัง แต่คำจำกัดความที่ว่าอะไรก่อให้เกิดเป็นการกระทำการรุกราน ก็ยังคงไม่ได้ถูกตัดสินจนกระทั่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ที่ทำให้เห็นถึงพัฒนาการของการย้ำเน้นว่าการรุกรานเป็นสิ่งที่ได้รับการปฏิเสธในสังคมโลก ได้รับการยอมรับชัดเจนขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศอีกครั้งหนึ่ง โดยถือเป็นความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของการกระทำการรุกราน โดยการให้คำจำกัดความของการรุกรานผ่านออกมาโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 3314 (XXIX) ณ วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974 กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1946 สมัชชาใหญ่ได้ยืนยันถึงหลักการของกฎหมาย

²⁸ Rachel Peirce, "Which of the Preparatory Commission's Latest Proposals for the Definition of the Crime of Aggression and the Exercise of Jurisdiction Should be Adopted into the Rome Statute of the International Criminal Court ?," *Brigham Young University Journal of Public Law* 15 (2001) : 287.

ระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยกฎบัตรของศาลนูเรมเบิร์กและคำตัดสินของศาล ที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศถูกมอบหมายโดยสหประชาชาติให้รวบรวมหลักฐานการตามกฎบัตรเหล่านี้ โดยคำจำกัดความประกอบด้วย “การใช้กำลังโดยรัฐ ต่ออธิปไตย บูรณภาพทางดินแดน หรือเอกราชทางการเมือง ของรัฐอื่น หรือทุกการกระทำในลักษณะอื่นที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรของสหประชาชาติ ที่กำหนดไว้ในข้อนี้”

รายละเอียดของข้อนี้ระบุเหตุการณ์ที่ทำให้มีลักษณะของการกระทำการรุกราน ยิ่งไปกว่านั้นข้อนี้ใช้กับการกระทำการรุกรานที่ทำลงโดยรัฐ อย่างไรก็ตามเนื่องจากว่าคำจำกัดความของการกระทำการรุกรานนี้ถูกกำหนดไว้ในรูปของข้อนี้ของสมัชชาใหญ่ คำจำกัดความนี้จึงมีผลต่อคำบังคับในทางกฎหมายกล่าวคือ คำจำกัดความนี้ไม่ผูกพันรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ความสำคัญที่แท้จริงจึงเป็นเพียงแนวทางให้การตัดสินชี้ขาดในการกระทำการรุกรานของคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้น

3) ในยุคการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court)

การรวมเอาอาชญากรรมการรุกรานไว้ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ เกิดมาจากความปรารถนาที่จะทำให้มั่นใจว่าอาชญากรรมนี้จะต้องถูกลงโทษ เหมือนกับที่เคยถูกลงโทษมาแล้วภายใต้ฐานความผิดที่ชื่อว่า “อาชญากรรมต่อสันติภาพ” ที่อยู่ในกฎบัตรนูเรมเบิร์ก และกฎบัตรโตเกียวในช่วงสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่สอง²⁹ ทั้งนี้พัฒนาการของอาชญากรรมการรุกรานก่อนที่จะมาปรากฏเป็นหนึ่งในฐานความผิดของศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวรนี้ การกระทำความผิดนี้ได้รับการยอมรับว่า เป็นการกระทำที่มีลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ ที่ควรตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศ (International Tribunal) ซึ่งมีอำนาจพิจารณาการกระทำผิดทางอาญา และนำมาซึ่งความรับผิดชอบต่อคดีความผิดในลักษณะนี้ แต่มิใช่ปรากฏในฐานะของความผิดฐาน “อาชญากรรมการรุกราน” อย่างที่ปรากฏตามธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ แต่ปรากฏอยู่ภายใต้ฐานความผิดอาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes Against Peace) โดยเริ่มต้นมาตั้งแต่ศาลทหารนู

²⁹ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (New York : Oxford University Press, 2001), p. 7.

เริ่มเบอร์ก จนมาถึงศาลทหารแห่งตะวันออกไกล แต่พอมาถึงศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจยูโกสลาเวีย และศาลวันดา ไม่ปรากฏความผิดฐานนี้ในธรรมนูญทั้งสอง ศาลยูโกสลาเวียนั้นมีเขตอำนาจพิจารณาเฉพาะคดีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม ความผิดต่อมนุษยชาติ และความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ศาลไม่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีความผิดต่อสันติภาพ หรืออาชญากรรมต่อสันติภาพ (crimes against peace) เหตุผลที่รู้จักกันก็คือ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้จัดตั้งศาลนี้ ต้องการสงวนอำนาจของตนเกี่ยวกับการดำเนินการกับการรุกรานต่อประเทศอื่น รวมทั้งการดำเนินการกับอาชญากรรมต่อสันติภาพและความสงบสุขไว้ ด้วยเหตุผลทางการเมืองในการแก้ปัญหามากกว่า³⁰

ซึ่งแน่นอนว่า ต้นแบบของอาชญากรรมการรุกรานที่มีมาก่อนนั้นคือ อาชญากรรมต่อสันติภาพ ซึ่งเป็นหนึ่งในฐานความผิดที่กล่าวหาต่อจำเลยในการพิจารณาคดีของศาลนูร์มเบอร์ก มาตรา 6 (a) ของกฎบัตรลอนดอน (London Charter) ที่ใช้ก่อตั้งศาลขึ้นมานี้ กำหนดให้อาชญากรรมต่อสันติภาพคือ “การวางแผน (planning) การเตรียมการ (preparation) การริเริ่ม (initiation) หรือ กระทำสงครามการรุกราน (waging a war of aggression) หรือสงครามที่ละเมิดต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ข้อตกลง หรือข้อรับรอง หรือการมีส่วนร่วมในแผนการ หรือการสคบกันกระทำให้บรรลุผลในการดังกล่าว”³¹

แต่อย่างไรก็ตาม เฉพาะคำว่า การรุกราน (aggression) ก็มิได้ปรากฏอยู่ในกฎบัตรลอนดอนเลย รวมไปถึงในคำตัดสินของศาลก็ไม่มีปรากฏ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า มีเพียงกฎบัตรสหประชาชาติเท่านั้นที่ใช้คำว่า “การรุกราน” ในหมวด 7 ที่เป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะชี้ขาดถึงการมีอยู่ของการกระทำการรุกราน แต่ในกฎบัตรก็มิได้กำหนดรูปแบบของการรุกรานเอาไว้ ซึ่งการไม่มีกำหนดนี้เป็นความตั้งใจของหลาย ๆ รัฐ รวมถึงสหรัฐอเมริกาที่คัดค้านที่จะให้มีการกำหนดไว้เช่นนั้น ดังที่ประธานาธิบดี Harry Truman กล่าวไว้ว่า ความพยายามที่จะกำหนดเช่นนั้นจะเป็นกับดักสำหรับรัฐที่บริสุทธิ์ใจ และนอกจากนั้นยังเป็นการเชื้อเชิญให้มีการ

³⁰ ศิริศักดิ์ ตียะพรรณ และ จิตติ เจริญฉ่ำ, “ข้อสังเกตทั่วไปบางประการเกี่ยวกับศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในยูโกสลาเวีย,” *วารสารอัยการ* 17 (มิถุนายน 2537) : 124.

³¹ The Nuremberg Charter, Article 6 (a).

กระทำผิด และตามระบบของสหประชาชาติที่ยอมรับกันนั้น ก็มีองค์ที่ที่เหมาะสมอย่างคณะกรรมการความมั่นคง ที่สามารถจะตัดสินบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีได้ว่าการกระทำการรุกรานได้เกิดขึ้นหรือไม่³²

นอกจากนั้นในร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติปี ค.ศ. 1991 (Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind 1991) ที่เกิดขึ้นภายใต้การดำเนินงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ นับเป็นตราสารระหว่างประเทศอีกตราสารหนึ่งที่ได้บัญญัติรับรองถึงอาชญากรรมการรุกรานในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งก่อนหน้าที่จะมาเป็นร่างประมวลอาชญากรรมฯ โดยข้อมติของสมัชชาใหญ่ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 ตัดสินใจที่จะเสนอข้อเสนองานของไซเรียตที่เกี่ยวข้องกับคำจำกัดความที่กล่าวถึงการรุกรานให้กับคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ คณะกรรมการไม่สามารถตกลงได้เกี่ยวกับคำจำกัดความแต่ตัดสินใจที่จะรวบรวมทุกการกระทำการรุกรานและการคุกคามของการรุกราน (Threat of Aggression) ไว้ในร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ (Draft Code of Offence Against Peace and Security of Mankind)

ในระหว่างการพิจารณาร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1994 โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีการพิจารณาอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศโดยมีความเห็นว่า ความผิดฐานการรุกรานเป็นความผิดที่มีปัญหามากที่สุดทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านการเมืองระหว่างประเทศ เนื่องจากหากจะเปรียบเทียบกับความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีอนุสัญญาที่ให้คำจำกัดความของความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้อย่างชัดเจน แต่ความผิดฐานการรุกรานไม่มีสนธิสัญญาใดที่ให้คำจำกัดความของความผิดฐานการรุกรานไว้ ความผิดฐานการรุกรานจึงมีปัญหาใน

³² M. Cherif Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind (Toulouse : Association Internationale de Droit Penal, 1993), p. 210.

เรื่องการให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของความผิดฐานการุณ และควรจะใช้อะไรเป็นพื้นฐานในการให้คำจำกัดความของความผิดดังกล่าว³³

ประเด็นหลักของการโต้แย้งในคณะทำงาน (Working Group) ของคณะกรรมการสิทธิการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (PrepCom) เกี่ยวกับอาชญากรรมการุณจึงมุ่งเน้นไปที่คำจำกัดความของอาชญากรรมการุณ ซึ่งเป็นปัญหาของกฎหมาย และผู้มีอำนาจในเขตอำนาจศาลที่จะตัดสินว่าเมื่อใดที่อาชญากรรมการุณได้เกิดขึ้น ซึ่งก็เป็นปัญหาในทางทฤษฎี

หลายประเทศใน PrepCom ได้เสนอว่าควรพิจารณาคำนิยามความผิดฐานการุณจากข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974 โดยผ่านออกมาในช่วงสถานการณ์ในเวียดนาม ซึ่งเนื้อหาเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการุณโดยรัฐ (aggression by state) และข้อมติดังกล่าวได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในเรื่องดังกล่าว และมีความเห็นว่า ข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 3314 นี้เสมือนเป็นแนวทางปฏิบัติตามบทบัญญัติในข้อ 2 (4) ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งกำหนดว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด ๆ หรือกระทำในลักษณะประการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ³⁴

อย่างไรก็ดี ฝ่ายประเทศที่ไม่เห็นด้วยได้มีความเห็นคัดค้านว่า คำนิยามตามข้อมติสมัชชาใหญ่ดังกล่าว ไม่ใช่เป็นอาชญากรรมที่ปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบ เนื่องจากข้อมติดังกล่าวใช้เป็นแนวทางสำหรับคณะมนตรีความมั่นคงในการดำเนินการ มิใช่เป็นคำนิยามสำหรับใช้ในทางตุลาการ (not as a definition for judicial use) และในความเห็นของคณะกรรมการสิทธิการบางส่วนนี้เห็นว่า ภาษาที่ใช้ในข้อมติดังกล่าวก่อให้เกิดข้อพิจารณาว่า ความผิดฐานการ

³³ United Nations, Report of the International Law Commission on the Work of its forty-sixth session 2 May -22 July 1994, p. 72, อ้างถึงใน กรรณิรมย์ สุนทรนาเวิน, "ศาลอาญาระหว่างประเทศ", หน้า 138.

³⁴ เรื่องเดียวกัน.

รุกรานเป็นเรื่องความผิดระหว่างรัฐ (inter-State law) หรือเป็นเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน ซึ่งยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนเพียงพอ ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดคำนิยามอย่างเป็นทางการขึ้นมาใหม่เพื่อใช้ในการตัดสินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากนี้ผู้แทนบางส่วนในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1994 ยังได้ตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ไม่ใช่ว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของการรุกรานจะถือเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนทุกกรณีไป แต่มีความเห็นว่าตามกฎเกณฑ์จารีตประเพณี (customary rule) ซึ่งมีมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 ได้กำหนดว่า “เฉพาะการทำสงครามการรุกราน (a war of aggression) เท่านั้น” ที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน (the criminal responsibility of individual)³⁵

นอกจากนี้บางประเทศอย่างลิเบียได้โต้แย้งว่าการรุกรานนั้น ควรจะรวมถึงการยึดทรัพย์สิน (confiscation of property) และการตั้งถิ่นฐานในดินแดนที่ถูกยึดครอง (occupied territories) ด้วย แต่สหรัฐอเมริกาก็ได้หาวิธีการที่จะทำให้มั่นใจว่า กระบวนการทางกฎหมายของศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ส่งผลร้ายกับบทบาทของสหรัฐฯ ในฐานะที่เป็นมหาอำนาจของโลก โดยการทำให้ผู้นำของตนตกอยู่ภายใต้การดำเนินคดีของศาล ดังนั้นสหรัฐฯ จึงยื่นกรณที่จะต่อต้านคำจำกัดความและบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่อาจจะทำหายนการนิโทษกรรมของสหรัฐฯ ที่รัฐสภาอนุญาตให้ประธานาธิบดีดำเนินการในสงครามการรุกราน ดังนั้นสหรัฐฯ จึงยังคงคัดค้านข้อเสนอของประเทศลิเบีย โดยต้องการที่จะหยุดผลประโยชน์ของประเทศลิเบีย แต่กลับผลักดันให้อำนาจในการชี้ขาดว่าการรุกรานมีอยู่หรือไม่ตกอยู่กับคณะมนตรีความมั่นคงในฐานะที่เป็นเงื่อนไขขั้นต้นก่อนที่ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลต่อไปได้ ทั้งนี้เพื่อที่จะทำให้สหรัฐฯ มีสิทธิ veto เมื่อผู้นำของตนกระทำการเข้าข่ายอาชญากรรมการรุกรานที่จะทำให้ไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาของศาลได้

ทั้งนี้โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่า ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผลผลิตของความตกลงพหุภาคีระหว่างรัฐถึง 160 รัฐ ซึ่งมีหลายรัฐในนี้ได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำการขัดกันทางอาวุธต่อรัฐอื่น นอกจากนี้ บางประเทศที่เป็นสมาชิกถาวรในคณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้ปฏิบัติการทางทหารโดยปราศจากการเห็นชอบของคณะมนตรีความมั่นคง และ

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

สำหรับวัตถุประสงค์ที่ไม่ได้รับอนุญาตโดยกฎบัตรสหประชาชาติ เส้นที่จะใช้แบ่งระหว่างการกระทำการรุกรานกับการแทรกแซงทางด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian intervention) โดยการใช้อำนาจจากภายนอกจึงไม่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจน รวมถึงขอบเขตของการป้องกันตนเองด้วย ดังนั้นเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ควบคุมสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติมีข้อบกพร่อง จึงทำให้เมื่อประชาคมระหว่างประเทศจะทำการกำหนดให้อาชญากรรมการรุกรานได้รับดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่มีฉันทามติบนเรื่องนี้ว่าจะเป็นอย่างไ³⁶

3.2 อาชญากรรมการรุกราน : จากแนวความคิดเดิมสู่แนวความคิดปัจจุบัน

อาชญากรรมการรุกรานนั้นนับว่าเป็นฐานความผิดที่มีพัฒนาการในตัวเองอย่างมาก จากการยอมรับว่าเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนโดยตรงต่อสันติภาพที่กระทำโดยรัฐหนึ่งต่ออีกรัฐหนึ่ง จนมาสู่การยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศอย่างเป็นรูปธรรมในกฎบัตรนูเรมเบิร์กว่าการกระทำที่แท้จริงแล้วเป็นลักษณะการกระทำที่ดำเนินโดยตัวแทนของรัฐตามนโยบายแห่งชาติ (national policy) โดยถือว่าการกระทำการรุกรานเป็นความผิดในทางระหว่างประเทศที่ร้ายแรงที่สุดที่สมควรที่จะนำมาซึ่งความรับผิดชอบกับผู้กระทำที่แท้จริง พัฒนาการตามลำดับเช่นนี้ก่อตัวขึ้นมาจากความพยายามของประชาคมระหว่างประเทศที่จะหากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาเพื่อปราบปรามการกระทำเหล่านี้ให้หมดสิ้นไป แต่เนื่องจากการกระทำการรุกรานนั้นเป็นลักษณะของความผิดที่มีองค์ประกอบของการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงทำให้มีข้อโต้แย้งต่ออาชญากรรมนี้อยู่ตลอดเวลา ทั้งนี้โดยลักษณะของการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ การพิจารณาถึงความร้ายแรงมักจะมีแนวความคิดของการเป็นอาชญากรรมและความรับผิดชอบไม่ว่าจะเป็นของรัฐหรือของปัจเจกบุคคลควบคู่มาด้วยกันเสมอ

3.2.1 จากความรับผิดชอบของรัฐสู่ความรับผิดชอบของบุคคล

ถึงแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะรับรองว่าการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐ แต่กลไกในการดำเนินกระบวนการเพื่อลงโทษรัฐในฐานะที่เป็นผู้รุกรานภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่าง

³⁶ Kriangsak Kittichaisree, *International Criminal Law*, p. 208.

ประเทศนั้นยังไม่เพียงพอที่จะป้องกันการรุกรานในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ เนื่องจากปัญหาความไม่ชัดเจนของการรุกราน รวมถึงระดับของกระบวนการลงโทษผู้รุกรานนั้นจำกัดอยู่เพียงแค่อำนาจเท่านั้น และกลไกในการขยายความรับผิดชอบจากรัฐมาสู่ปัจเจกบุคคลในการรุกรานยังไม่เป็นรูปธรรมเท่าที่ควร ในขณะที่อาชญากรรมระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่นอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมการค้ามนุษย์ ได้รับข้อกำหนดให้ปัจเจกบุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาเป็นการส่วนตัวถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำไปในนามของรัฐก็ตาม สิ่งที่สำคัญคือ อาชญากรรมทั้งสามประเภทนั้นได้มีกลไกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและลงโทษปัจเจกบุคคลผู้กระทำความผิดอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งโดยศาลนูเรมเบิร์ก ศาลโตเกียว ศาลยูโกสลาเวียและศาลวันดา ซึ่งเป็นสิ่งที่ขาดหายไปในการขยายความรับผิดชอบจากรัฐมาสู่ปัจเจกบุคคลในกรณีฐานความผิดอาชญากรรมการรุกราน³⁷

โดยนับแต่สงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา สังคมระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแนวความคิดไปสู่การใช้เขตอำนาจศาลเหนือบุคคล การเปลี่ยนแปลงนี้ถูกได้รับการยอมรับโดยความพยายามที่เป็นผลสำเร็จของมหาอำนาจผู้ชนะสงครามในการจัดตั้งศาลนูเรมเบิร์กและโตเกียว เพื่อพิจารณาคดีบุคคลธรรมดามากกว่าที่จะเป็นรัฐ ถึงแม้บุคคลเหล่านั้นจะได้กระทำไปตามความสามารถในฐานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลังจากนั้นตราสารและร่างกฎหมายระหว่างประเทศได้สะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงนี้ อาชญากรรมหลายอย่างถูกจัดไว้ในประเภทเดียวกัน เช่น อาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เนื่องจากการกระทำเหล่านั้นแต่ละอันมีลักษณะคล้ายกันที่ว่า ส่วนใหญ่โดยลักษณะเป็นการกระทำลงโดยรัฐ โดยผ่านเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่ดำเนินการตามนโยบายแห่งชาติ

สำหรับการยอมรับถึงการกระทำการรุกรานว่าเป็นการนำมาซึ่งความรับผิดชอบของปัจเจกชนได้เริ่มปรากฏอย่างชัดเจนในกฎบัตรนูเรมเบิร์ก กล่าวคือ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง อาชญากรรมการรุกรานไม่ได้มีการยอมรับว่าเป็นเพียงหลักการทางกฎหมายที่เป็นนามธรรมเท่านั้น แต่ที่มากกว่านั้นเป็นสิ่งที่คุกคามอย่างสูงสุดในช่วงระยะเวลาของประชาคม

³⁷ เฉลิมชาติ บัวสมบุญ, "การรุกรานในกฎหมายระหว่างประเทศ : จากความรับผิดชอบของรัฐสู่ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 154.

ระหว่างประเทศ มหาอำนาจที่เป็นฝ่ายสัมพันธมิตร ได้รับรองถึงจุดมุ่งหมายในการลงโทษชาวเยอรมันที่มีความรับผิดชอบอย่างปัจเจกชนต่อสงคราม ในขณะที่การนำชาวเยอรมันเข้าไว้ในกลุ่มของชาวยุโรปเป็นสิ่งสำคัญยิ่งต่อการหลีกเลี่ยงสงครามการรุกรานในอนาคต และกฎบัตรนูเรมเบิร์กจึงได้สร้างหลักการว่า อาชญากรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ถูกกระทำโดยบุคคล มิใช่องค์ภาวะที่เป็นนามธรรม

ศาลอาชญากรรมสงครามที่จัดตั้งสำหรับดินแดนยูโกสลาเวียและรวันดา ได้ยืนยันอีกครั้งในความจำเป็นที่จะกำหนดให้ปัจเจกชนมีความรับผิดชอบต่อการกระทำกับบุคคลที่เฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตามเมื่อมาถึงการเจรจาการประชุม ณ กรุงโรม ก็ยังคงจับประเด็นที่ว่า ความรับผิดชอบทางอาญาต่ออาชญากรรมการรุกราน เป็นการกระทำผิดกฎหมายส่วนใหญ่โดยปัจเจกชนหรือโดยรัฐ การโต้แย้งนี้ได้เกิดขึ้นมากกว่า 50 ปีที่แล้ว ณ การประชุมเพื่อจัดทำกฎบัตรนูเรมเบิร์ก การเจรจาให้ความสำคัญกับศาลนูเรมเบิร์ก ที่เต็มไปด้วยการถกเถียงเหนือเรื่องที่ว่าอะไรควรจะเป็นคำจำกัดความของอาชญากรรมของการรุกราน และใครควรจะมี ความรับผิดชอบ โดยการรับการลงโทษ

หนึ่งในสิ่งที่ประสบความสำเร็จและเป็นประโยชน์สูงสุดของศาลนูเรมเบิร์กคือ การทำให้เป็นระบบของหลักการที่ว่า จำเลยที่เป็นปัจเจกบุคคล ผู้ซึ่งได้กระทำการที่มีลักษณะทางอาญา โดยศาลไม่อนุญาตให้มีการแทนที่ในความรับผิดชอบให้กับผู้ออกคำสั่ง (commander) ของพวกเขา หลักการนี้ได้มาปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในธรรมนูญกรุงโรมข้อ 27 "การไม่เกี่ยวข้องกับความสามารถทางการ" (Irrelevance of official capacity) ข้อ 28 "ความรับผิดชอบของผู้สั่งการและผู้บัญชาการอื่น" (Responsibility of commander and other superiors) และข้อ 33 "คำสั่งที่เหนือกว่าและการบัญญัติของกฎหมาย" (Superior orders and prescription of law) ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับข้อ 8 ของกฎบัตรนูเรมเบิร์ก ที่กำหนดว่า "ความจริงที่ว่า จำเลยกระทำตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บัญชาการของเขา จะไม่ทำให้สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ" ดังนั้นด้วยหลักการของความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลได้ถูกกำหนดไว้ อย่างมั่นคง โดยศาลนูเรมเบิร์กสามารถนำบุคคลมาสู่การพิจารณาสำหรับการเริ่มต้นหรือ / และดำเนินการสงครามการรุกราน (crimes of initiating and / or waging aggressive war) แม้จะมีข้อวิพากษ์วิจารณ์อยู่บ้าง

3.2.2 การกระทำการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ

แนวความคิดของอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่คือ เป็นความผิดที่เป็นอันตรายต่อประโยชน์พื้นฐานของสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด (as a whole) ได้นำมาซึ่งหลักสากล (universality principle) ซึ่งรัฐที่เป็นสมาชิกของประชาคมระหว่างประเทศมีอำนาจที่จะลงโทษต่อการกระทำความผิดเหล่านั้นที่ได้กระทำลง³⁸ ซึ่งได้มีการย้ำเน้นถึงว่า การทำ "สงครามการรุกราน" เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่ร้ายแรงที่สุด ซึ่งปฏิญญาของสมัชชาว่าด้วยหลักการความร่วมมือระหว่างรัฐตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1970 ถือว่าเป็นอาชญากรรมต่อสันติภาพระหว่างประเทศ ที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ³⁹ ซึ่งถึงแม้จะมีการยอมรับว่าการกระทำการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่ก็ยังมีข้อโต้แย้งว่าเฉพาะสงครามการรุกราน (aggressive war) เท่านั้นที่เป็นอาชญากรรมและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดา

ซึ่งสอดคล้องกับในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ในสมัยของสันนิบาตชาติที่มีความพยายามทั้งหลายที่จะจำกัดการใช้กำลังของรัฐในทางระหว่างประเทศ หนึ่งในนั้นได้รวมถึงการกระทำการรุกราน โดยในช่วงนั้นได้มีตราสารระหว่างประเทศ และการประชุมระหว่างประเทศที่ประกาศย้ำเน้นให้เห็นถึงว่า "สงครามการรุกราน" (war of aggression) เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็น พิธีสารกรุงเจนีวาสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี (Geneva Protocol for Pacific Settlement of International Dispute) ที่สมัชชาแห่งสันนิบาตชาติได้ลงมติรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ กล่าวไว้ว่า "ได้ยืนยันว่า สงครามการรุกรานก่อให้เกิดการละเมิดความมั่นคงและเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ" (Asserting that a war of aggression constitutes a violation of this solidarity and an international crimes) และในปี ค.ศ. 1927 สันนิบาตชาติได้รับประกาศว่าด้วยสงครามการรุกราน (Declaration on Aggression War) ที่ระบุไว้ว่า "สงครามการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศและวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีจะถูกนำมาปฏิบัติ"

³⁸ M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda (eds.), A Treatise on International Criminal Law Volume II Jurisdiction and Cooperation (Springfield : Charles C Thomas Publisher, 1973), p.41

³⁹ อรุณ ภาณุพงศ์, "กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง," : 414.

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะมีการกล่าวอ้างตามเอกสารระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นว่า สงครามการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ก็ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายที่รับรองว่าสงครามการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศอันจะมีผลทำให้รัฐต้องมีความรับผิดชอบจากการกระทำดังกล่าว ดังนั้นการอ้างถึงว่า สงครามการรุกรานเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศจึงเป็นการอ้างเพื่อแสดงถึงอันตรายและความร้ายแรงของสงครามการรุกรานมากกว่าที่จะเป็นการรับรองทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันต่อรัฐต่าง ๆ อย่างเป็นรูปธรรม⁴⁰

ดังนั้นทำให้เห็นว่า ลักษณะของการทำสงครามการรุกรานนั้น ได้รับการยอมรับมาอย่างช้านานและค่อนข้างชัดเจนว่า เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ แต่ในลำพังของลักษณะของการรุกรานนั้น ยังคงมีการให้ข้อสังเกตโต้แย้งถึงการยอมรับให้เป็นลักษณะของอาชญากรรม ทั้งนี้เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกันที่มาจาก การขาดการให้คำจำกัดความหรือคำนิยามที่ชัดเจนของการรุกรานในกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้ยากต่อการชี้ชัดถึงลักษณะของการกระทำที่เป็นอาชญากรรมโดยแท้จริง แต่เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดที่เป็นกรอบใหญ่ของการกระทำที่เข้าลักษณะของอาชญากรรมระหว่างประเทศ ที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์โดยรวมเป็นพื้นฐาน ซึ่งในที่นี้ก็หมายถึงสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การกระทำการรุกรานจึงน่าจะเข้าอยู่ในข่ายของการกระทำที่เป็นอาชญากรรมด้วย

แต่ในพัฒนาการของการรุกรานนั้น ก็มีการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศของรัฐ จนมาถึงในยุคของสหประชาชาติที่มีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาอาชญากรรมที่แห่งเยอรมันแห่งนูเรมเบิร์ก การรุกรานได้รับการยอมรับในกลุ่มประเทศผู้ชนะสงครามให้การรุกรานเป็นลักษณะของการกระทำที่อยู่ภายใต้ฐานความผิดของอาชญากรรมต่อสันติภาพ (crimes against peace) ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่นำมาซึ่งความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล แต่ทั้งนี้ก็ยังใช้คำว่า "สงครามการรุกราน"เช่นเดียวกัน⁴¹ โดย

⁴⁰ เอลิมชาติ บัวสมบุญ, "การรุกรานในกฎหมายระหว่างประเทศ : จากความรับผิดชอบของรัฐสู่ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล," หน้า 65.

⁴¹ Nuremberg Charter, Article 6 (a)

แนวคิดของอาชญากรรมต่อสันติภาพนั้น กว้างกว่าแนวความคิดของสงครามการรุกราน โดยแนวคิดของอาชญากรรมการรุกรานนี้ เป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของอาชญากรรมต่อสันติภาพเท่านั้น

อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้ภายหลังจากที่มีศาลทหารระหว่างประเทศในลักษณะเดียวกันกับศาลนูเรมเบิร์กเกิดขึ้น ณ ตะวันออกไกล เพื่อพิจารณาคดีกับทหารญี่ปุ่น ได้มีท่านผู้พิพากษา Roling ได้ตั้งข้อสังเกตคำว่า “อาชญากรรม” ในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ อย่างแยบคาย ความในความเห็นแย้งในการพิจารณาคดีที่กรุงโตเกียว โดยกล่าวแสดงความไม่เห็นด้วยที่จะผลักดันการกระทำการรุกรานประเทศอื่น ให้กลายเป็นความผิดทางอาญาโดยเทียบเคียงกับความผิดทางการเมืองตามกฎหมายภายใน ทั้งที่ลักษณะของการกระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของการรุกรานเป็นเรื่อง “การก่อภัย” มากกว่าเป็นเรื่อง “ก่อความผิด” และ “ผู้กระทำผิด” น่าจะเป็น “ศัตรู” ยิ่งกว่า “ผู้ร้าย” และโทษที่จะลงแก่จำเลยนั้นส่อให้เห็นว่าเป็นเรื่องการเมืองยิ่งกว่าการตอบแทนหรือแก้แค้น ตามความหมายของทฤษฎีทฤษฎี ซึ่งคดีต่าง ๆ เหล่านี้รวมทั้งการรุกรานทั่วไป น่าจะดำเนินการโดยมาตรการทางการเมืองยิ่งกว่าดำเนินการโดยศาล⁴²

ดังนั้นแนวความคิดที่พยายามที่จะขยายความรับผิดชอบของรัฐมาสู่ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลต่อการก่ออาชญากรรมในลักษณะการรุกรานนั้น เป็นผลมาจากความล้มเหลวต่อการปกป้องสันติภาพในทางระหว่างประเทศให้คงอยู่ โดยนำแนวความคิดของกฎหมายอาญาภายในประเทศ (municipal criminal law) ที่มีการลงโทษมาใช้ แต่การลงโทษนี้ไม่ใช่เป็นการลงโทษตามที่กฎหมายระหว่างประเทศมีอยู่อย่างเช่น การลงโทษทางทหาร หรือการลงโทษ

The following acts or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility :

a) Crimes Against Peace : namely, planning, preparation, initiation, or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreement, or assurance, or participation, in a common plan or conspiracy for any of the foregoing....

⁴² ศิริศักดิ์ ดิยะพรรณ และจิตติ เจริญจำ, “ข้อสังเกตทั่วไปบางประการเกี่ยวกับศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศ เพื่อพิจารณาคดีไม่สงบในยูโกสลาเวีย,” : 124.

ทางเศรษฐกิจด้วยสถาบันระหว่างประเทศที่กึ่งองค์กรตุลาการ อย่างคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติหรือสถาบันระหว่างประเทศอื่นที่คล้ายกัน ที่นับวันหน้าที่ขององค์กรนี้จะเพิ่มมากขึ้น ที่จะเป็นองค์ประกอบของเขตอำนาจศาล ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กับอำนาจของรัฐ

3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการรุกรานกับคณะมนตรีความมั่นคง

ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในรูปแบบไหน ดูจะหนีไม่พ้นความสัมพันธ์ที่มีต่อคณะมนตรีความมั่นคง โดยเฉพาะการกระทำการรุกราน เพราะว่าสถานการณ์ที่อยู่ในจุดที่อาชญากรรมการรุกรานเกิดขึ้นมีความเกี่ยวข้องกับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงเป็นหนึ่งในองค์กรหลักของสหประชาชาติที่มีหน้าที่ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอาชญากรรมการรุกราน (ที่ยังเป็นปัญหาอยู่) ที่มีลักษณะของการกระทำการรุกรานเป็นพื้นฐานขององค์ประกอบที่ก่อให้เกิดอาชญากรรม ซึ่งเป็นฐานความผิดที่ต้องการความชัดเจนในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นทางปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีความเกี่ยวข้องกับการปราบปรามการรุกรานมาโดยตลอด ควบคู่มากับการเกิดองค์การสหประชาชาติ จนมาถึงอาชญากรรมการรุกรานที่ต้องการความชัดเจนที่จะเป็นพื้นฐานให้การดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศ นี่จึงเป็นเหตุผลที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดบทบาทต่อกันและกันระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับคณะมนตรีความมั่นคง ที่ดูเหมือนว่าในการกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงต่ออาชญากรรมการรุกรานนั้น จะอิงกับอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดเป็นกรอบไว้ว่า "จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายบัตรสหประชาชาติ" ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงเหนือการกระทำการรุกรานนั้นถือเป็นเงื่อนไขในขั้นต้นที่จะต้องพิจารณาถึง เพราะมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าคำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกราน ที่จะเป็พื้นฐานในการพิจารณาถึงความเหมาะสมของทิศทางที่คณะมนตรีความมั่นคงจะมีเหนืออาชญากรรมการรุกรานที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.3.1 กฎบัตรสหประชาชาติ

3.3.1.1 อำนาจหน้าที่ในการชี้สถานการณ์ตามหมวด 7 ข้อ 39

เป็นที่รับทราบมาอย่างช้านานแล้ว ในการประชุมที่ซานฟรานซิสโกภายหลังสงครามโลกที่ว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะกล่าวถึงการรุกรานให้มากไปกว่าที่ได้มีการเสนอไว้ในข้อ 39 แห่งกฎบัตร เพราะสององค์หลักของสหประชาชาติ อย่างคณะมนตรีความมั่นคงถูกกำหนดให้เป็นองค์กรที่บังคับใช้ให้เกิดสันติภาพภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ ที่สามารถใช้การลงโทษทางทหารเพื่อนำมาซึ่งการยุติการสู้รบได้ ส่วนสมาชิกใหญ่ ถูกลดลงมาให้อยู่ในตำแหน่งที่สำคัญรองลงมาและดำเนินการในฐานะของการแสดงออกซึ่งคำแนะนำของโลก การมอบหมายให้องค์กรหลักอย่างคณะมนตรีความมั่นคงเป็นองค์กรในเบื้องต้นที่มีอำนาจหน้าที่ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศตามกฎบัตรสหประชาชาติ ต่อการกระทำทั้งหลายที่เข้าข่ายกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคง คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องกระทำให้สถานการณ์ที่เสี่ยงต่อสันติภาพเช่นนั้นกลับคืนมาซึ่งสันติ โดยกฎบัตรระบุอำนาจหน้าที่ต่อการดำเนินการต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดสันติภาพ คุกคามต่อสันติภาพ และการรุกรานไว้ในหมวด 7 แห่งกฎบัตร ซึ่งประกอบไปด้วย ข้อ 39 ถึงข้อ 51 ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจที่จะต้องวินิจฉัยถึงการกระทำเหล่านั้นว่ามีอยู่หรือไม่ ทั้งนี้เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้ดำเนินการใด ๆ ไปแล้วจะมีผลผูกพันบรรดาประเทศสมาชิกแห่งสหประชาชาติ โดยบรรดาชาติสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามเนื่องจากการดำเนินการในฐานะตัวแทนของประเทศสมาชิกแห่งสหประชาชาติ กล่าวคือ

คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจสืบสวนกรณีพิพาทใด ๆ หรือสถานการณ์ใด ๆ ที่อาจนำไปสู่การกระทบกระทั่งกันระหว่างประเทศ (international friction) หรือก่อให้เกิดกรณีพิพาท เพื่อที่จะสามารถกำหนดลงไปได้ว่ากรณีพิพาทหรือสถานการณ์นั้น ๆ น่าจะเป็นอันตรายต่อการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การสืบสวนกรณีพิพาทเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นสาเหตุของการเกิดข้อพิพาท⁴³ ซึ่งภายหลังจากที่คณะมนตรีความมั่นคงได้สืบสวนกรณีพิพาทแล้วเห็นว่าเหตุการณ์เช่นนั้นมีการคุกคามต่อสันติภาพ ละเมิด

⁴³ ไพฑูรย์ จรรยาโชค, "กฎบัตรสหประชาชาติกับปัญหาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายหลังยุคสงครามเย็น," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 51.

ต่อสันติภาพ หรือการกระทำการรุกรานเกิดขึ้น ขึ้นต่อไปจึงมีการส่งต่อไปให้คณะมนตรีความมั่นคงตัดสินว่าการมีอยู่ของการกระทำเหล่านั้นหรือไม่ โดยข้อ 39 ได้กำหนดให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงที่จะชี้ว่าการกระทำเหล่านั้นได้มีอยู่หรือไม่ และวิธีการลงโทษวิธีใดจะถูกนำมาใช้เพื่อยุติปัญหา โดยคณะมนตรีความมั่นคงจะแนะนำหรือตัดสินใจให้ใช้วิธีการที่ไม่ใช้กำลังทางทหาร หรือวิธีการที่ใช้กำลัง ตามบทบัญญัติในข้อ 41 และ 42

ซึ่งการชี้ขาดของคณะมนตรีความมั่นคงตามข้อ 39 ถึงแม้ว่าเขียนอยู่ในโครงสร้างของกระบวนการทางการเมือง แต่ก็เป็นการตัดสินที่กึ่งตุลาการ (a quasi - judicial decision) โดยนัยที่เป็นการอธิบายถึงกฎหมายที่มีอยู่และลักษณะของฐานะทางกฎหมาย

แต่การที่ปล่อยให้เรื่องการรุกรานไปอยู่ในมือของคณะมนตรีความมั่นคงนั้นได้พิสูจน์แล้วว่าไม่ได้ทำให้เกิดประโยชน์ตามที่ต้องการ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อเกาหลีกำลังกระทำการรุกรานในปี ค.ศ. 1950 สหภาพโซเวียต ไม่เข้าร่วมการประชุมของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อเป็นการคัดค้านการที่สาธารณรัฐประชาชนจีนได้ที่นั่งในคณะมนตรีความมั่นคง ดังนั้นคณะมนตรีความมั่นคงที่ขาดโซเวียตทำได้เพียงแนะนำให้รัฐช่วยเหลือต่อเกาหลีได้เพื่อยุติการโจมตีทางอาวุธ และรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคง และการคัดค้านกันระหว่างจีนกับโซเวียตหลังจากนั้นทำให้ประชาคมระหว่างประเทศไม่มีทางเลือก จนนำไปสู่การพึ่งพาอาศัยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ⁴⁴

3.3.1.2 การปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงตามข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 3314 (XXIX) ค.ศ. 1974

ความพยายามภายใต้การดำเนินการของสหประชาชาติเหนือการกระทำการรุกรานอีกอันหนึ่งที่นับเป็นพัฒนาการของการรุกรานนั้นก็คือ ข้อมติของสมัชชาใหญ่ ที่ได้จัดทำขึ้นเพื่อกำหนดขอบเขตของการรุกรานหรือหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับว่าการกระทำการรุกรานได้กระทำลงแล้วหรือไม่และเป็นแนวทางสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงเหนือการกระทำการรุกราน ผลที่ตามมาคือเพื่อให้เกิดมาตรฐานที่ชัดเจนในการดำเนินการ และเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติการของคณะมนตรีความมั่นคง โดยในข้อมติที่ 3314 (XXIX) นี้ได้

⁴⁴ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 211 – 212.

ยอมรับถึงอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายสหประชาชาติ และวางแนวทางต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงไว้ดังนี้คือ

ในอารัมภบทของข้อมติได้ย้ำเน้นจุดมุ่งหมายแห่งกฎบัตร ที่จะทำให้อันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศมีความแข็งแกร่ง โดยเฉพาะการกำหนดมาตรการที่จะร่วมกันเพื่อป้องกันและจัดการคุกคามต่อสันติภาพ และเพื่อปราบปรามการกระทำการรุกราน รวมถึงการยอมรับอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการชี้ขาดเหนือสถานการณ์ที่คุกคามต่อสันติภาพ ละเมิดสันติภาพ และการรุกราน ตามข้อ 39 แห่งกฎบัตร รวมถึงการการใช้อำนาจตัดสินใจที่จะใช้มาตรการในการเข้าแก้ปัญหาตามข้อ 41 และ 42 นอกจากนี้ยังยอมรับถึงอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีความสำคัญต่อการร่างคำนิยามการรุกราน ในฐานะที่เป็นพื้นฐานทางกฎหมายที่มาจากกฎบัตร ทั้งในข้อมติสมัชชานี้ได้ร้องขอให้รัฐทุกรัฐละเว้นจากการกระทำการรุกรานหรือการใช้กำลังอื่นที่ขัดแย้งกับกฎบัตรสหประชาชาติ และเคารพต่ออำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคง โดยกำหนดให้การตีความใด ๆ เกี่ยวกับการรุกรานจะต้องไม่กระทบต่อการใช้อำนาจหน้าที่ของสหประชาชาติ นั่นก็คือ คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องดำเนินการเป็นหลัก

ข้อมติที่ 3314 (XXIX) นี้ได้วางแนวทางในการปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงเหนือการรุกรานของรัฐ โดยกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจของตนตามกฎหมายสหประชาชาติที่จะตัดสินว่าสถานการณ์ใดเป็นการรุกราน ตามหมวด 7 โดยให้คำนิยามการรุกรานไว้ในลักษณะที่ไม่ผูกพันให้การพิจารณาของคณะมนตรีความมั่นคงถูกจำกัดอยู่เพียงเท่านั้น ดังที่กล่าวไว้ในข้อ 4 ของข้อมติว่า "การกระทำที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้นไม่จำกัด และคณะมนตรีความมั่นคงอาจจะกำหนดให้การกระทำอื่น ประกอบเป็นการรุกรานภายใต้ข้อกำหนดแห่งกฎบัตร" นอกจากนี้ในข้อมติยังได้เรียกร้องให้คณะมนตรีความมั่นคงใช้คำนิยามดังกล่าวเป็นแนวทางในการพิจารณาและตัดสินว่าการรุกรานได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ และยังคงให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในการพิจารณาสถานการณ์อื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในคำนิยาม อันเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งได้รับการกำหนดโดยกฎบัตร โดยกำหนดไว้ในข้อ 2 ของคำนิยามซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจในการพิจารณาว่ารัฐใดกระทำการรุกรานถึงแม้

ว่ารัฐหนึ่งจะเริ่มใช้กำลังทางทหารต่อรัฐอื่นก่อน คณะมนตรีความมั่นคงก็อาจจะไม่ที่รัฐดังกล่าวจะกระทำการรุกรานก็ได้⁴⁵

ซึ่งจากข้อ 4 นี้พิจารณาแล้วทำให้เห็นได้ว่าข้อมตินี้เป็นเพียงแนวทางให้ กับคณะมนตรีความมั่นคงในการดำเนินการตามกฎบัตรสหประชาชาติเหนือสถานการณ์การรุกราน ที่ดูเหมือนจะไม่จำเป็นที่จะต้องมียุทธวิธีนี้ เพราะถึงอย่างไรก็ไม่สามารถสร้างมาตรฐานในทางปฏิบัติต่อเหตุการณ์ที่มีลักษณะกระทบต่อสันติภาพอย่างการรุกรานได้อย่างเป็นแนวปฏิบัติที่มีมาก่อน (precedent) หรืออย่างเป็นทางการได้ ทั้งที่เป็นความมุ่งประสงค์อันหนึ่งที่ประชาคมระหว่างประเทศต้องการ ทั้งนี้เพราะการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงนั้นขึ้นอยู่กับสถานะการของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในขณะนั้นมากกว่า โดยเฉพาะถ้าจะนำคำนิยามของการรุกรานนี้ไปเป็นแบบอย่างในการให้คำจำกัดความและองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมการรุกรานตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ จะต้องมีชัดเจนเพราะ เนื่องจากจะเป็นพื้นฐานทางกฎหมายให้ศาลพิจารณาความผิด กฎหมายจึงไม่สมควรที่จะมีช่องโหว่ที่ทำให้อาชญากรรมหลุดพ้นไปจากเขตอำนาจของศาล

อย่างไรก็ตามในขณะเดียวกัน คณะมนตรีความมั่นคงไม่ถูกผูกพันโดยคำจำกัดความที่ระบุไว้ในข้อมติของสมัชชาที่ 3314 ปี ค.ศ. 1974 หรือถูกผูกพันโดยอนุสัญญาในอนุภาคทุกฉบับที่เกี่ยวข้องกับประมวลของอาชญากรรมหรือที่ก่อให้เกิดศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรด้วย ที่มากไปกว่านั้นในทางปฏิบัติของคณะมนตรีความมั่นคงมักจะลงมติที่จะกล่าวหาในการกระทำเช่นนั้นต่อรัฐ คณะมนตรีความมั่นคงมักชอบที่จะใช้คำที่เป็นกลางเป็นอย่างมากอย่าง "การละเมิดต่อสันติภาพ" (a breach of the peace) ยกตัวอย่างเช่น ในคดีของ ปาเลสไตน์ (Palestine) หมู่เกาะฟอล์กแลนด์ (Falkland Island) และแม้กระทั่งกรณีของอิรัก-คูเวต (Iraq-Kuwait) ในขณะที่โอกาสที่ได้แสดงถึงการพิจารณาเหนือการกระทำของรัฐที่ได้รับรองว่าเป็นการรุกรานนั้นไม่ได้เป็นการทำไปในส่วนของการตัดสินอย่างเป็นทางการภายใต้ข้อ 39 ตัวอย่างเช่น ในขณะที่ชี้ขาดอย่างเป็นทางการต่อกรณีทางอาวุธของอิรัก และการบุกยึดครองคูเวตว่าเป็น (เพียงแค่) การละเมิดต่อสันติภาพ โดยย้ำเน้นการกระทำการรุกรานนั้นว่าเป็นเพียง

⁴⁵ เฉลิมชาติ บัวสมบุญ, "การรุกรานในกฎหมายระหว่างประเทศ : จากความรับผิดชอบของรัฐสู่ความรับผิดชอบปัจเจกบุคคล," หน้า 61-63.

การกระทำการฝ่าฝืนต่อตัวแทนทางการทูต และในตัวบุคคลในคูเวตเท่านั้น ส่วนกรณีก่อนของโรดีเซียใต้ (Southern Rhodesia) ในขณะที่ทำการตัดสินอย่างเป็นทางการภายใต้ข้อ 39 ที่ว่า การประกาศเอกราชฝ่ายเดียวโดยกลุ่มอนุรักษนิยม ก่อให้เกิดเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ โดยคณะกรรมการความมั่นคงได้สืบสวนต่อเหตุการณ์ต่อมา โดยกล่าวว่า “ผลสืบเนื่องจากการกระทำการรุกรานต่อรัฐอิสระที่ติดต่อกัน เป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคง”⁴⁶

3.3.2 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อมีการยอมรับถึงอำนาจหน้าที่ในเบื้องต้นของคณะมนตรีความมั่นคงเหนือการรุกรานตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ในขั้นเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่รับผิดชอบในการร่างธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้บรรจุให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมการรุกรานด้วย แต่เนื่องจากปัญหาที่ไม่สามารถแก้ไขได้ จึงทำให้ประเด็นของคำจำกัดความ และอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงเหนืออาชญากรรมนี้ไม่มีความลงตัว ที่จะสามารถหาข้อสรุปออกมาอย่างชัดเจนได้ ซึ่งก่อนที่ธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศจะได้มีการลงนามยอมรับโดยนานาประเทศ ณ ปัจจุบันนี้ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของอาชญากรรมการรุกรานกับคณะมนตรีความมั่นคงนั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงและผ่านการปรับปรุงแก้ไขมาหลายครั้ง จากร่างของคณะกรรมการในปี ค.ศ. 1994 จนมาถึง ธรรมนูญศาลที่ได้รับการยอมรับในฉบับปัจจุบัน

3.3.2.1 ร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1994 (The 1994 Draft Statute)

หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติกำหนดบทบาทสำคัญของคณะมนตรีความมั่นคงในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เพราะบทบาทนี้เองตามร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศปี

⁴⁶ Vera Gowlland – Debbas, “The Relationship between the Security Council and the Projected International Criminal Court,” *Journal of Armed Conflict Law* 3 (June 1998) : 106.

ค.ศ. 1994 จึงได้กำหนดถึงอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงในการยืนยันสถานการณ์การรุกรานไว้ในข้อ 23 ที่เป็นรายละเอียดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับคณะมนตรีความมั่นคง ที่มีความสำคัญสำหรับการให้คำจำกัดความหรือขอบเขตของอาชญากรรมการรุกรานภายใต้ธรรมนูญกรุงโรม โดยเฉพาะข้อ 23 (2) ซึ่งถือเสมือนเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ก่อนที่ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการรุกรานนี้ได้ โดยมีสาระสำคัญว่า การฟ้องร้องคดีในความผิดฐานอาชญากรรมการรุกราน มีความจำเป็นในเบื้องต้นที่จะต้องตัดสินเสียก่อนว่า ได้มีการกระทำการรุกรานโดยรัฐเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งการพิจารณาว่าได้มีการกระทำการรุกรานเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ เป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เมื่อมีการพิจารณาแล้ว ก็เป็นเรื่องของศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะได้พิจารณาว่า บุคคลดังกล่าวได้กระทำการในฐานะตัวแทนของรัฐ หรือเป็นส่วนหนึ่งของแผนการการรุกรานที่ได้ก่อให้เกิดสงครามการรุกรานต่อไป

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงในศาลอาญาระหว่างประเทศมากที่สุด กำหนดไว้ในข้อ 23 ของร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1994 ซึ่งเป็นร่างที่ได้ปรับปรุงโดยเนื้อหาในร่างอันเก่าที่จัดทำโดยคณะทำงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission Working Group) ในปี ค.ศ. 1993 โดยระบุไว้ว่า

1. แม้จะมีการกำหนดไว้ภายใต้ข้อ 21 ศาลมีเขตอำนาจตามธรรมนูญในอาชญากรรมที่กำหนดไว้ในข้อ 20 ในฐานะที่เป็นผลมาจากการเสนอเรื่อง (matter) มาสู่ศาลโดยคณะมนตรีความมั่นคง ที่ดำเนินการภายใต้บทบัญญัติในหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ
2. คำร้องเกี่ยวกับการกระทำการรุกราน หรือที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำการรุกราน จะไม่มีการนำไปสู่ศาลตามธรรมนูญศาลนี้ เว้นแต่คณะมนตรีความมั่นคงจะได้ชี้ขาดก่อนว่า รัฐได้มีการกระทำเป็นการรุกราน ซึ่งเป็นเนื้อหาของคำร้องแล้ว
3. จะไม่มีการเริ่มต้นการพิจารณาคดีตามธรรมนูญนี้ ที่เกิดขึ้นมาจาก

สถานการณ์ที่มีการเกี่ยวข้องกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการ รุกราน โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้ดำเนินการภายใต้บทบัญญัติในหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เว้นแต่คณะมนตรีความมั่นคงจะกำหนดเป็นอย่างอื่น⁴⁷

ข้อ 23 ของร่างธรรมนูญตั้งหัวข้อว่า “การปฏิบัติการโดยคณะมนตรีความมั่นคง” (Action by Security Council) ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคณะมนตรีความมั่นคงกับศาล ที่กำหนดไว้สำหรับ

(1) ความเป็นไปได้สำหรับคณะมนตรีความมั่นคงที่จะนำคดีไปสู่ศาล โดยการเสนอคดีไปสู่ศาลในเรื่องเฉพาะที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ดำเนินการภายใต้บทบัญญัติในหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติที่ให้พื้นฐานทางกฎหมาย สำหรับการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงเช่นนั้น

⁴⁷ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (2 May–22 July 1994).

Draft Statute for an International Criminal Court, Article 23 “Action by Security Council”

1. Notwithstanding article 21, the Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to crimes referred to in article 20 as a consequence of the referral of a matter to the Court by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations.
2. A complaint of directly related to an act of aggression may not be brought under this Statute unless the Security Council has first determined that a State has committed the act of aggression which is the subject of the complaint.
3. No prosecution may be commenced under this Statute arising from a situation which is being dealt with by the Security Council as a threat to or breach of the peace or an act of aggression under Chapter VII of the Charter, unless Security Council otherwise decides.

(2) การชี้ขาดในเบื้องต้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้ มาตรา 39 ของกฎบัตรฯ เกี่ยวกับการกระทำการรุกรานโดยรัฐ ในฐานะที่เป็นเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติก่อนสำหรับรัฐที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของบุคคลในการรุกราน (individual act of aggression)

(3) การห้ามเริ่มการพิจารณาคดีในเหตุการณ์ที่กำลังเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ จนกว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะได้ตัดสินใจเป็นอย่างอื่น

และสุดท้ายเมื่อร่างธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศ ต้องกำหนดรายละเอียดของคำจำกัดความของการรุกราน จึงได้ร่างกฎเกณฑ์จากภาษาของข้อมติที่ 3314 อย่างรอบคอบ มากไปกว่านั้นทางเลือกที่สามของร่างธรรมนูญ (Draft Statute's Option 3) สำหรับคำจำกัดความของการรุกราน ที่เป็นทางเลือกที่ได้รับการสนับสนุนโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ได้พิจารณาอยู่บนพื้นฐานของภาษาของข้อมตินี้ และเพิ่มเติมข้อเรียกร้องที่ว่า ผู้ถูกกล่าวหา (accused) จะต้องเป็นหนึ่งในผู้ซึ่งอยู่ในฐานะของการใช้การควบคุมหรือความสามารถที่จะบงการการกระทำของรัฐทางทหารหรือทางการเมือง ถึงแม้ว่าคำจำกัดความนี้ผสมผสานบางองค์ประกอบที่สำคัญของข้อมติที่ 3314 และหลักความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลของกฎบัตรนูเรมเบิร์ก แต่ก็ได้รับการละเว้นจากธรรมนูญกรุงโรมระหว่างการประชุมที่กรุงโรม โดยเป็นไปในทิศทางเดียวกับทางเลือกที่หนึ่งและสอง ดังนั้นจึงทำให้ข้อ 23 ของร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1994 ได้รับความสนใจจากที่ประชุมเพียงเล็กน้อย ทั้งนี้เนื่องมาจากความจริงที่ว่าอาชญากรรมกรุกรานได้แสดงให้เห็นว่า ยังไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจน จึงทำให้ร่างข้อนี้ถูกตัดออกจากธรรมนูญกรุงโรมฉบับปัจจุบันเช่นกัน

3.3.2.2 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of International Criminal Court)

จนมาถึงการพิจารณากรรมสารสุดท้าย (final act) เมื่อที่ประชุมทางการทูตของผู้มีอำนาจเต็มที่พิจารณาธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถหาทางแก้ปัญหาในเรื่องคำจำกัดความ องค์ประกอบความผิด และเงื่อนไขในการดำเนินการของ

คณะมนตรีความมั่นคงได้ เนื่องจากเวลาที่ไม่เพียงพอ ทำให้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับคณะมนตรีความมั่นคงเหนืออาชญากรรมการรุกรานในร่างธรรมนูญศาลปี ค.ศ. 1994 ถูกตัดออก จึงทำให้อาชญากรรมการรุกรานเป็นอาชญากรรมที่มีเพียงการระบุนฐานความผิดให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล แต่ยังไม่สามารถบังคับเหนืออาชญากรรมนี้ได้ จนกว่าจะได้มีการประชุมของสมัชชาแห่งรัฐภาคีเกิดขึ้นเพื่อพิจารณาบททวนธรรมนูญศาล โดยจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีรัฐให้สัตยาบันครบ 60 ประเทศ โดยศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการรุกรานได้เมื่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคำจำกัดความของอาชญากรรม และเงื่อนไขที่ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมนั้นได้มีการยอมรับตามข้อ 121 และ 123 กล่าวคือ ให้มีการทบทวนธรรมนูญศาลภายหลังจากที่มีการใช้ธรรมนูญไปแล้ว 7 ปี ทั้งนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการรุกรานนั้นจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามกฎบัตรสหประชาชาติ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินการเหนืออาชญากรรมนี้ของศาลหยุดชะงักลง

ทั้งนี้ที่ประชุมได้มอบหมายให้คณะกรรมการเพื่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผู้พิจารณาและเสนอให้ที่ประชุมรัฐภาคีพิจารณาต่อไป โดยในการนี้สมัชชารัฐภาคีได้ตัดสินใจที่จะตั้งคณะทำงานพิเศษเกี่ยวกับอาชญากรรมการรุกราน เพื่อที่จะยื่นข้อเสนอให้กับสมัชชาฯ เพื่อพิจารณาในการประชุมทบทวนธรรมนูญ โดยข้อเสนอล่าสุด (กรกฎาคม 2002) ของบทบัญญัติที่ว่าด้วยอาชญากรรมการรุกราน ที่เกี่ยวกับคำจำกัดความ องค์ประกอบ ความผิด (Element of the Crime of Aggression) และเงื่อนไขสำหรับการใช้เขตอำนาจศาลหรือบทบัญญัติของความสัมพันธ์ระหว่างคณะมนตรีความมั่นคงกับศาลเหนืออาชญากรรมการรุกรานนี้ ได้มีเอกสารการอภิปรายที่เสนอโดยผู้ประสานงาน (Discussion paper propose by Coordinator) ของอาชญากรรมการรุกรานดังนี้คือ⁴⁸

คำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกรานและเงื่อนไขสำหรับการใช้เขตอำนาจศาล

1. เพื่อวัตถุประสงค์ตามธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ บุคคลที่กระทำ "อาชญากรรมการรุกราน" เมื่ออยู่ในตำแหน่งที่ใช้อำนาจควบคุม หรือ ใช้อำนาจสั่งการต่อการดำเนินการทางการเมืองหรือทางการทหารของรัฐ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และบุคคลเช่นนั้นออก

⁴⁸ <http://www.un.org/english/law/icc/prepcomm/report/prepreportdocs.htm>

คำสั่งโดยเจตนาหรือตั้งใจ หรือ มีส่วนร่วมอย่างจริงจังในการวางแผน เตรียมการ ริเริ่ม หรือ ปฏิบัติการในการกระทำการรุกรานที่ซึ่งก่อให้เกิดเป็นการละเมิดตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ที่โดย ลักษณะของการกระทำนั้นมีความร้ายแรงและถึงขนาด (gravity and scale)

Option 1 : เพิ่ม “เช่น” โดยเฉพาะใน “สงครามการรุกราน หรือ การกระทำซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือเป็นผลของ การก่อให้เกิดการยึดครองด้วยกำลังทางทหาร หรือ การผนวกดินแดนของรัฐอื่นหรือบางส่วนนั้น”

Option 2 : เพิ่ม “และเพิ่มจำนวนให้กับสงครามการรุกราน (and amounts to a war of aggression) หรือก่อให้เกิดการกระทำซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือเป็นผลของการก่อให้เกิดการยึดครองด้วยกำลังทางทหาร หรือ การผนวกดินแดนของรัฐอื่นหรือบางส่วนนั้น”

Option 3 : ไม่ทั้งสองข้อเสนอข้างต้น

2. เพื่อวัตถุประสงค์ตามวรรค 1 “การกระทำการรุกราน” หมายถึง การกระทำที่กล่าวถึงใน ข้อมติที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม 1974 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ที่ซึ่งได้ตัดสินว่าได้มีการกระทำลงโดยรัฐที่เกี่ยวข้อง

Option 1 : เพิ่ม “โดยสอดคล้องกับวรรค 4 และ 5

Option 2 : เพิ่ม “ขึ้นอยู่กับกรชี้ขาดในขั้นต้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ”

3. บทบัญญัติของข้อ 25 วรรค 3 ข้อ 28 และ 33 ของธรรมนูญจะไม่ใช่กับอาชญากรรมการรุกราน

4. ในจุดไหนที่อัยการมุ่งหมายที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับอาชญากรรมการรุกราน ศาลจะต้องยืนยันในขั้นต้นว่า คณะมนตรีความมั่นคงได้ทำการชี้ขาดในอาชญากรรมการรุกรานที่ได้กระทำโดยรัฐที่เกี่ยวข้องแล้วหรือไม่ ถ้ายังไม่มีกรชี้ขาดโดยคณะมนตรีความมั่นคง ศาลจะต้องแจ้งสถานการณ์ต่อคณะมนตรีความมั่นคง เพื่อคณะมนตรีความมั่นคงจะได้ดำเนินการที่เหมาะสม

Option 1 : ภายใต้ข้อ 39 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

Option .2 : โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎบัตรสหประชาชาติ

5. เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้มีการชี้ขาดถึงการมีอยู่ของการกระทำการรุกรานโดยรัฐ

Variant (a) หรือมีการใช้ข้อ 16 ของธรรมนูญศาลภายใน 6 เดือนจากวันที่มีการแจ้งให้ทราบ

Variant (b) [ตัด Variant (a) ออก]

Option 1 : ศาลอาจจะดำเนินคดีต่อไป

Option 2 : ศาลจะยกฟ้องคดีนี้

Option 3 : ศาลจะร้องขอสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ทำคำแนะนำภายใน [12] เดือน โดยคำนึงบทบัญญัติข้อที่ 12 14 และ 24 ของกฎบัตรสหประชาชาติ แต่ในกรณีที่ไม่สามารถมีคำแนะนำนั้นได้ ศาลอาจจะดำเนินคดีนั้นต่อไป

Option 4 : ศาลอาจจะร้องขอ

Variant (a) สมัชชาใหญ่

Variant (b) คณะมนตรีความมั่นคงที่ดำเนินการโดยการออกเสียงของสมาชิกใด ๆ 9 เสียง

เพื่อที่จะหาความคิดเห็นในทางแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยสอดคล้องกับข้อ 96 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และข้อ 65 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่ว่าด้วยปัญหาในทางกฎหมายว่า ใช้หรือไม่ว่าการกระทำการรุกราน ได้กระทำโดยรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยศาลอาจจะดำเนินคดีต่อไป ถ้าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นแนะนำว่า การกระทำการรุกรานได้กระทำโดยรัฐที่เกี่ยวข้อง

Option 5 : ศาลอาจจะดำเนินต่อไป ถ้าชัดเจนว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำมาซึ่งวิธีการที่อยู่ภายใต้หมวด 2 ของธรรมนูญศาลที่ว่าการกระทำการรุกรานได้กระลงโดยรัฐที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ก่อนที่จะมาปรากฏเป็นข้อเสนอเช่นนี้ ในขั้นตอนของการพิจารณาเกี่ยวกับอาชญากรรมการรุกรานนั้นได้มีข้อเสนอ (proposal) ของแต่ละประเทศที่น่าสนใจที่สะท้อนให้เห็นพัฒนาการของคำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกราน ในที่นี้ขอยกตัวอย่างข้อเสนอของบางประเทศเช่น ข้อเสนอของประเทศคิวบานั้นเสนอให้ "การกระทำการรุกราน หมายความว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดผลโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อเอกราชทางการเมืองหรือทางเศรษฐกิจ (the politic or economic independence) หรือข้อเสนอของประเทศกลุ่มอาหรับอย่างบาห์เรน อิรัก เลบานอน ซูดาน เยเมนที่ระบุไว้ว่า "การกระทำการรุกราน หมายถึงการกระทำของรัฐหนึ่งต่ออีก รัฐหนึ่ง หรือต่อการตัดสิทธิ์ในการกำหนดใจตนเองเอง ต่อเสรีภาพ และเอกราชของประชาชนอื่นใด (..against another State or depriving other peoples of their right to self-determination, freedom and independence..)⁴⁹ แต่ข้อเสนอทั้งสองนี้ก็ไม่ได้ปรากฏอยู่ภายใต้ข้อเสนอที่นำมาจัดทำเป็นทางเลือก

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าข้อเสนอเกี่ยวกับคำจำกัดความและเงื่อนไขในการใช้เขตอำนาจศาลบนอาชญากรรมการรุกรานของ PCNICC ในเอกสารนี้ ได้ชัดเจนขึ้นมาเป็นลำดับ โดยได้เลือกตัดทอนเนื้อหาบางส่วนที่ให้ไว้เป็นทางเลือกจากร่างอาชญากรรมการรุกรานในปี 2000 เหลือแต่ที่เป็นสาระสำคัญที่คาดหวังว่าจะพิจารณารับได้ในที่ประชุมระหว่างประเทศ โดยสาระสำคัญได้แบ่งเป็นสามส่วนคือ

1. ความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลต่ออาชญากรรมการรุกราน

โดยจะเป็นการย้ำเน้นให้เห็นว่าการกระทำการรุกรานเป็นอาชญากรรม นำมาซึ่งความรับผิดชอบส่วนบุคคล ซึ่งจากข้อเสนอนี้จะพุ่งเป้าไปที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือทางการทหารที่อยู่ในตำแหน่งที่สามารถจะใช้อำนาจควบคุมหรือสั่งการได้อย่างประสิทธิภาพในการดำเนินการทางการเมืองหรือทางการทหารของรัฐ โดยเน้นไปที่การให้ความสำคัญ

⁴⁹ <http://www.un.org/law/icc/document/aggression/aggressiondocs.htm>

กับเจตนาในการกระทำความผิดหรือการรับรู้ในกระบวนการกระทำความผิด ที่อยู่ในตัวคำสั่งหรือการมีส่วนร่วมตั้งแต่ขั้นวางแผนไปจนถึงขั้นลงมือกระทำ โดยเงื่อนไขในข้อแรกนี้มี 3 ทางเลือกว่าจะเพิ่มเติมโดยระบุให้ชัดเจนในการกระทำลงไปเลย คล้ายกับในลักษณะการยกตัวอย่างแต่ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเท่านั้น หรือจะใช้คำที่ครอบคลุมการกระทำให้กว้างขึ้น ซึ่งในเงื่อนไขในขั้นต้นของอาชญากรรมการรุกรานในการพิสูจน์ถึงความรับผิดชอบของบุคคลข้างต้นนี้ ดูจะพิสูจน์ได้ไม่ยากนัก เพราะการหาตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งมารับผิดชอบทางอาญาต่อการกระทำนั้น จะกำหนดไว้ชัดเจนในการบริหารประเทศ โดยเป็นสายงานการบังคับบัญชาที่จะนำไปสู่ความรับผิดชอบในการปฏิบัติการของรัฐนั้น ๆ เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นจะอาศัยช่องว่างของกฎหมายภายในที่จะทำให้ตนหลุดพ้นจากการดำเนินคดีไปได้ แต่ที่จะทำให้เกิดการยุ่งยากในการพิสูจน์คือ ลักษณะของการกระทำที่เป็นการวางแผน เตรียมการ ริเริ่มนั้น ระดับไหนที่จะทำให้บุคคลเหล่านั้นต้องนำมาซึ่งความรับผิดชอบ

2. คำจำกัดความของการรุกราน

ในวรรคที่สองจะเป็นการให้คำจำกัดความของการรุกรานโดยเป็นการกำหนดขอบเขตการกระทำการรุกรานตามข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 3314 ปี 1974 ซึ่งใช้ในการตัดสินถึงการกระทำการรุกรานโดยรัฐ ที่กำหนดไว้ว่า “การรุกรานคือการใช้กำลังทางอาวุธโดยรัฐหนึ่ง ต่ออธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกราชทางการเมืองของอีกรัฐอื่น หรือในลักษณะอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ” ซึ่งข้อมตินี้ได้มีรายการของกระทำที่ก่อให้เกิดการรุกราน ซึ่งรวมถึงการยึดครอง การโจมตีโดยใช้กำลังทางอาวุธของรัฐ การทิ้งระเบิด หรือใช้อาวุธโดยกองกำลัง หรือการปิดกั้นท่าเรือ หรือชายฝั่งของรัฐอื่น ซึ่งต่างจากร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่ในขณะนั้นได้พยายามที่จะให้คำจำกัดความการรุกรานโดยใช้ภาษาที่เหมือนกับข้อมติที่ 3314 ซึ่งสุดท้ายก็ไม่ได้รับการยอมรับเช่นกัน แต่เมื่อมาถึงข้อเสนอนี้ในปัจจุบัน คำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกรานกลับเป็นการนำข้อมติที่ 3314 มาใช้โดยตรงโดยมิได้มีการเพิ่มเติมหรือแก้ไขอย่างใด

โดยการใช้ข้อมติที่ 3314 นี้จะเป็นประโยชน์ให้กับเงื่อนไขในข้อต่อไปที่จะให้มีการชี้ขาดในสถานการณ์การรุกรานของคณะมนตรีความมั่นคง และเห็นว่าการที่นำข้อมติของสมัชชาใหญ่มากำหนดเป็นคำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกรานนี้ก็เพื่อที่จะให้สอดคล้องกับการให้คณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้ชี้สถานการณ์การรุกรานว่ามีกระทำโดยรัฐ ก่อน

ที่ศาลจะใช้เขตอำนาจศาลได้ต่อไป แต่ทั้งนี้ ความเหมาะสมที่เวทีระหว่างประเทศนี้จะให้การยอมรับข้อเสนอนี้มาเป็นคำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกรานภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่นั้น คงจะไม่จบลงอย่างง่าย ๆ แน่แน่นอนเพราะทั้งนี้โดยลักษณะของการกระทำนั้น แฝงไปด้วยลักษณะทางการเมือง แต่ในท้ายที่สุดแล้วจะทำให้เห็นว่าคำจำกัดความนั้นจะนำไปสู่บริบทของคณะมนตรีความมั่นคงในศาลอาญาระหว่างประเทศได้อย่างชัดเจน

3. การชี้ขาดการรุกรานโดยคณะมนตรีความมั่นคง

สาระสำคัญในร่างอาชญากรรมการรุกรานของผู้ประสานงาน (Coordinator) เกี่ยวกับอาชญากรรมการรุกรานนี้ เสนอให้การใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงในชี้ขาดถึงการมีอยู่ของการกระทำการรุกรานโดยรัฐเป็นเงื่อนไขในขั้นต้นก่อนที่อัยการจะปฏิบัติหน้าที่ทางการสืบสวน หรือก่อนศาลจะใช้เขตอำนาจศาล เมื่อพิจารณาถึงสภาพของความเป็นจริง ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นถ้าคณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถจะผ่านข้อมติออกมาได้ ทางเลือกทั้ง 5 ทางจึงถูกเสนอขึ้นมาเพื่อเป็นวิธีในการแก้ปัญหา เพื่อที่ศาลจะสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลได้ต่อไป ซึ่งหนึ่งในทางเลือกนั้นคือ สามารถที่จะทำให้ศาลยุติคดีนั้นไปได้ ทางเลือกนี้น่าที่จะได้รับการสนับสนุนจากประเทศต่าง ๆ ค่อนข้างน้อยมาก เพราะจะเป็นการลดบทบาทของศาล อีกทั้งศาลต้องขึ้นอยู่กับคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งในส่วนน้อยนี้คงจะมีสหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำ เนื่องจากทางเลือกนี้มีพื้นฐานมาจากข้อเสนอจากสหรัฐฯ โดยมีที่มาจากความต้องการที่จะคงรักษาอำนาจในการใช้สิทธิคัดค้านในฐานะสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคง ทั้งนี้ในส่วนของประเทศที่จะแสดงท่าทีคัดค้านข้อเสนอนี้คงด้วยเหตุว่า การใช้สิทธิคัดค้านของคณะมนตรีความมั่นคงจะกีดขวางความอิสระของศาลในการนำมาซึ่งความรับผิดชอบของบุคคลในอาชญากรรมการรุกราน

แต่ในขณะเดียวกันถ้าพิจารณาถึงในแง่ดีของการที่มีการชี้ขาดในขั้นต้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงนั้น จะทำให้ศาลสามารถทำงานได้ง่ายขึ้น เนื่องจากการพิจารณาของคณะมนตรีความมั่นคงจะช่วยสร้างบทบาทในการกลั่นกรองคดีที่จะมาสู่ศาล อีกทั้งจะทำให้การทำงานระหว่างศาล อัยการและคณะมนตรีความมั่นคงสอดคล้องต้องกันมากขึ้น และในขณะเดียวกันคณะมนตรีความมั่นคงจะช่วยผลักดันให้การกระทำความผิดในอาชญากรรมการรุกรานไปสู่การพิจารณาคดีโดยศาลมากขึ้น ผู้กระทำความผิดจะไม่หลุดพ้นไปจากการกระบวนกรยุติธรรม โดยมีคณะมนตรีความมั่นคงสอดส่องการกระทำจากสถานการณ์ความไม่สงบในทาง

ระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินการในการปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นไปตามจุดมุ่งหมายในการจัดตั้งศาลอย่างแท้จริง

แต่ทั้งนี้ทางเลือกรูปแบบที่พอจะเป็นไปได้คือ ในกรณีที่ขาดการชี้ขาดโดยคณะมนตรีความมั่นคง สมัชชาใหญ่ในฐานะขององค์กรประชาธิปไตยของสหประชาชาติ ร้องขอศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ประเทศสำหรับความเห็นแนะนำว่าการรุกรานได้มีการเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ เนื่องจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีในข้อหาทางอาญาต่อปัจเจกบุคคล แต่ถ้าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาถึงรัฐที่ได้ผูกพันกับการรุกราน อัยการก็สามารถดำเนินการต่อไปกับปัจเจกบุคคลได้ในรัฐนั้นสำหรับอาชญากรรมการรุกราน ซึ่งแน่นอนว่าข้อเสนอนี้จะได้รับการคัดค้านจากสหรัฐฯ อย่างชัดเจน เพราะสหรัฐฯ ต้องการที่จะรักษาไว้ซึ่งสิทธิพิเศษเพื่อที่จะใช้สิทธิ veto ของคณะมนตรีความมั่นคงในตอนที่จะพิจารณาว่าสหรัฐฯ ได้กระทำการรุกราน

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขสำหรับศาลเพื่อที่จะใช้เขตอำนาจศาลในอาชญากรรมการรุกราน (conditions for the court to exercise jurisdiction) จากร่างของคณะกรรมการเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (PrepCom) จนมาถึงคณะกรรมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (Preparatory Commission) ประเด็นนี้ยังคงเป็นความขัดแย้งหลักระหว่างห้าสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงกับประเทศอื่น โดยรัฐสมาชิกถาวรทั้งห้าในคณะมนตรีความมั่นคงยังคงยืนยันว่าการชี้ขาดของคณะมนตรีความมั่นคงเป็นเงื่อนไขที่ต้องมีสำหรับศาลที่จะใช้เขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมการรุกราน และเนื้อหานี้ควรเป็นส่วนหนึ่งของคำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกราน และในการประชุมครั้งที่ 6 ท่าทีของบางประเทศก็ได้คล้อยตามแนวของสมาชิกถาวรทั้งห้ามากขึ้น ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ ยังคงคัดค้าน ทั้งนี้ตัวแทนจากประเทศจีนได้ให้ความเห็นไว้ว่า เพราะเงื่อนไขบังคับก่อน (precondition) สำหรับการที่ปัจเจกบุคคลจะมีความรับผิดชอบในทางอาญา คือการที่รัฐได้กระทำการรุกราน ในกรณีที่ไม่มีกรชี้ขาดโดยคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับสถานการณ์การรุกราน ศาลจะขาดพื้นฐานที่จะดำเนินคดีกับปัจเจกบุคคลสำหรับความรับผิดชอบในทางอาญาของเขา

นอกจากนั้นการอนุญาตให้ศาลใช้เขตอำนาจศาลก่อนการชี้ขาดของคณะมนตรีความมั่นคง จะเป็นการมอบสิทธิในการชี้ขาดว่ารัฐได้กระทำการรุกรานให้กับศาล

อย่างแท้จริง โดยจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติ หรือแม้กระทั่งข้อเสนอก็จะให้ทำการชี้ขาดโดยสมัชชาใหญ่หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ก็ไม่มีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกันในกฎบัตร ซึ่งถึงแม้ว่าสมัชชาสามารถที่จะดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ปัญหาของการตัดสินในการรุกราน เป็นอำนาจผูกขาดที่กฎบัตรสหประชาชาติมอบให้กับคณะมนตรีความมั่นคงอย่างชัดเจนอยู่แล้ว แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ลืมว่าบทบาทของสมัชชาในการนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศได้เคยเกิดขึ้นมาครั้งหนึ่งแล้ว ในช่วงที่คณะมนตรีความมั่นคงประสบกับความล้มเหลวในการออกข้อมติเพื่อแก้ปัญหาในช่วงระหว่างสงครามเกาหลี อันเนื่องมาจากเป็นยุคสงครามเย็น ที่รู้จักกันในนามของข้อมติ “Uniting for Peace” ที่ข้อเสนอแนะของสมัชชานี้เรียกได้ว่า เป็นอำนาจที่สามารถรวมไปถึงในกรณีที่มีการทำลายสันติภาพหรือกระทำการรุกรานเมื่อจำเป็นที่จะอ้างหรือรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

3.4 ปัญหาความไม่ชัดเจนของอาชญากรรมการรุกรานภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

ที่ผ่านมาผู้เจรจาที่เข้าร่วมประชุม ณ กรุงโรม ยังคงให้ความสนใจกับประเด็นที่ว่า ความรับผิดชอบอาญา (criminal liability) สำหรับอาชญากรรมการรุกราน เป็นการกระทำความผิดในขั้นต้นโดยปัจเจกบุคคลหรือโดยรัฐ และในเรื่องขอบเขตของคำจำกัดความ การถกเถียงนี้ยังคงมีอยู่มาจนถึงในปัจจุบัน ซึ่งก่อนที่จะมาปรากฏเป็นฐานความผิดของอาชญากรรมการรุกรานในศาลอาญาระหว่างประเทศที่บุคคลธรรมดาจะต้องมีความรับผิดชอบนี้ ได้มีปัญหาของความไม่ชัดเจนในสองประเด็นนี้มีมาตั้งแต่การร่างหลักการในกฎบัตรนูเรมเบิร์ก ประเทศฝ่ายพันธมิตร ได้มีปัญหาที่ถกเถียงถึงขอบเขตของการกระทำอาชญากรรมที่มีลักษณะของการรุกรานว่าควรมีเช่นไร ซึ่งในปี ค.ศ. 1945 ไม่มีความตกลงร่วมกันที่ได้รับการยอมรับเกี่ยวกับปัญหาที่ว่า การกระทำใดควรตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของอาชญากรรมต่อสันติภาพ ทั้งนี้ตัวแทนของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอว่า การทำสงครามการรุกรานควรจะถูกบรรจุไว้ในกฎบัตรนูเรมเบิร์ก ให้เป็นอาชญากรรมที่แยกออกมาจากอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งที่ประชุมของฝ่ายพันธมิตรเพื่อจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาความรับผิดชอบของนาซีเยอรมันได้ตัดสินใจให้บุคคลธรรมดาควรจะถูกพิจารณาสำหรับความผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อ

สันติภาพ นอกจากอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยอิงอยู่กับการยืนยันของตัวแทนของสหรัฐอเมริกา

จากปัญหาความไม่ชัดเจนของอาชญากรรมการรุกราน ไม่ว่าจะเป็คำจำกัดความ องค์ประกอบความผิด และบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคง ล้วนแล้วแต่จะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของศาลในการดำเนินคดีเพื่อปราบปรามและนำมาซึ่งความยุติธรรมเหนืออาชญากรรมนี้ ยิ่งเวลาผ่านไปนานเท่าไรทราบเท่าที่นานาประเทศไม่สามารถหาข้อตกลงถึงเอกภาพของอาชญากรรมนี้ได้ การก่ออาชญากรรมนี้ก็หลุดพ้นจากระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศนี้มากขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้ปัญหาของความไม่ชัดเจนเหนืออาชญากรรมนี้มาจากช่องว่างของความแตกต่างระหว่างทางปฏิบัติ (practical) ทางทฤษฎี (theoretical) ทางการเมือง (political) และทางกฎหมาย (legal) ซึ่งทางที่จะบรรลุผลคือ การข้ามผ่านช่องว่างของความแตกต่างของสิ่งเหล่านี้ให้สำเร็จ โดยปัญหาเกี่ยวกับประเด็นความไม่ชัดเจนที่สำคัญที่นานาประเทศให้ความสนใจประกอบด้วยสองเรื่องคือ

3.4.1 คำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกราน

การให้คำนิยามคำว่า "การรุกราน" เป็นความพยายามอย่างหนึ่งของมนุษย์ซึ่งเชื่อว่า จะทำให้สงครามลดน้อยลง เพราะจะทำให้สามารถกำหนดขอบเขต และช่วยในการวินิจฉัยในเบื้องต้นได้ว่าใครเป็น "ผู้รุกราน" หรือ "ผู้ถูกรุกราน"⁵⁰ แต่ปัญหาของการให้คำจำกัดความคำว่ากรรุกรานก็ยังคงประสบปัญหาตลอดมานับตั้งแต่ในช่วงของการเกิดขึ้นขององค์การสหประชาชาติ แม้ภายหลังจากที่มีข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 3314 (XXIX) ค.ศ. 1974 ให้คำนิยามไว้ จนทำให้ได้ความหมายที่ชัดเจนขึ้นว่ามีขอบเขตแค่ไหน แต่ก็ยังคงเป็นหาในทางปฏิบัติเมื่อนำมาปรับใช้กับอาชญากรรมการรุกรานที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลทางอาญาระหว่างประเทศในอนาคต จนมาถึงกฎบัตรนูเรมเบิร์ก (Nuremberg Charter) ที่ใช้สำหรับการพิจารณาคดีในศาล ซึ่งก็มีข้อถกเถียงกันพอสมควรระหว่างประเทศพันธมิตรด้วยตนเอง จนมาถึงการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งตัวธรรมนูญกรุงโรมเองก็ยังมีปัญหาในการให้คำจำกัดความต่ออาชญากรรมการรุกรานนี้

⁵⁰ สุพจน์ ไชมุกต์, "ปัญหาการนิยามคำว่ากรรุกรานของสหประชาชาติ," วารสารกฎหมาย 2 (พฤษภาคม 2529) : 49.

ปัญหาของอาชญากรรมการรุกราน ที่ไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมนั้น ก่อนหน้านี้ในชั้นพิจารณาร่างธรรมนูญของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ คณะกรรมการนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Lawyers Committee for Human Rights) แสดงความเห็นไว้ว่า "ไม่น่าเชื่อว่าการรุกรานนั้นสมควรจะรวมอยู่ในร่างธรรมนูญ เนื่องจากว่ายังไม่มีคำจำกัดความของอาชญากรรมนี้ที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย ส่วนของข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 3314 (XXIX) ของปี ค.ศ. 1974 ที่มักถูกอ้างถึงมากที่สุดว่าเป็นต้นแบบของที่มาที่เป็นไปได้ ซึ่งจะเกี่ยวกับการรุกรานโดยรัฐ มิใช่เกี่ยวกับการอาชญากรรมของปัจเจกชน โดยถูกตั้งใจให้เป็นเพียงแนวทางให้กับคณะมนตรีความมั่นคงดำเนินการมิใช่คำจำกัดความสำหรับใช้ในศาล ดังนั้นการชี้ขาดว่าการกระทำการรุกรานได้เกิดขึ้นนั้น ยังคงเป็นการกระทำที่มีลักษณะทางการเมืองสูงยิ่งไปกว่านั้น คณะกรรมการยังคงกล่าวว่า กลไกสำหรับการสร้างความรับผิดชอบสำหรับการกระทำการรุกรานที่จะกำหนดไว้ในร่างธรรมนูญของศาลจะทำลายความเป็นอิสระของศาล"⁵¹

ในปี ค.ศ. 1995 กลุ่มทำงานเฉพาะกิจของ American Bar Association เกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศได้ทำคำแนะนำว่า "ไม่เห็นด้วยกับการรวมอาชญากรรมการรุกรานที่ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศใด ๆ เลย และคำจำกัดความของการรุกรานที่มีการยอมรับอย่างเป็นทางการคือ ที่กำหนดไว้ในข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 3314 รับในปี ค.ศ. 1974 ที่ซึ่งพิจารณาโดยการตีความกฎบัตรสหประชาชาติในฐานะที่มีการยอมรับโดยทั่วไปที่ถูกพิจารณาว่าเป็นความตั้งใจที่จะให้เป็นเพียงแนวทางทางการเมือง (political guide) และจะเป็นคำจำกัดความที่ไม่เหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดี"⁵²

อย่างไรก็ตามยังคงมีเหตุผลต่าง ๆ ที่ว่า ทำไมข้อมติที่ 3314 เหมาะสมที่จะเป็นแนวทางในการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกราน เหตุผลอย่างแรกคือ มีความสับสนที่เกี่ยวกับการวิเคราะห์แยกแยะการกระทำของรัฐกับการกระทำของปัจเจกบุคคล โดยรัฐไม่ได้กระทำนอกขอบเขตของประชากรของเขา ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะลงโทษการละเมิดที่

⁵¹ <http://www.lchr.org/icc/iccpap1.html>

⁵² Grant M. Dawson, "Defining Substantive Crimes within the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court : What is the Crime of Aggression," New York Law School Journal of International and Comparative Law 19 (2000) : 435.

เป็นอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล บนพื้นฐานของความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลเท่านั้น ดังนั้น “การกระทำของรัฐ” (acts of state) ที่ระบุแจ่มแจ้งไว้ในข้อมติที่ 3314 สามารถเป็นแนวทางสำหรับเมื่อปัจเจกบุคคลที่รับผิดชอบต่อการดำเนินการของรัฐ ได้กระทำการที่กำหนดไว้เป็นข้อสรุปของการรุกราน ในฐานะที่รัฐเป็นเพียงแค่สามารถดำเนินการได้โดยผ่านประชาชนเท่านั้น ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปได้ที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการทำสงครามการรุกรานโดยไม่ผ่านกลไกของรัฐ ลักษณะคล้ายกับกรรมเป็นเครื่องแสดงเจตนา ที่แสดงให้เห็นว่าเจตนาของรัฐ แท้จริงแล้วคือเจตนาของบุคคลที่แสดงให้เห็นผ่านทางกรกระทำ

ประการที่สองคือ แม้ข้อมติที่ 3314 ไม่ได้ถูกตั้งใจให้ใช้ในการจัดตั้งศาล ซึ่งก็เป็นข้อโต้แย้งที่ค่อนข้างที่จะไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากข้อมตินี้ได้ใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการเกี่ยวกับผลในการชี้ขาด ในภาษากฎหมาย เช่น “การใช้กำลังขึ้นก่อนโดยรัฐ ในลักษณะที่ขัดต่อกฎบัตรสหประชาชาติ ก่อให้เกิดเป็นหลักฐานที่มีมูลของการกระทำการรุกรานแล้ว แม้คณะมนตรีความมั่นคงจะสรุปการตัดสินที่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติไว้ว่า การกระทำการรุกรานที่ได้กระทำขึ้นนั้นยังไม่เหมาะสมกับส่วนหนึ่งของสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องอื่น รวมถึงความจริงที่ว่ากรกระทำที่เกี่ยวข้องหรือผลของการกระทำนั้นยังไม่ร้ายแรงพอ”⁵³ และเหตุผลประการที่สามที่ดูเหมือนจะสำคัญที่สุดคือ ข้อมติที่ 3314 ระบุการกระทำที่เข้าองค์ประกอบที่จะเป็นการกระทำการรุกราน ที่เหมือนกับบรรรมณูญทางอาญาที่เป็นแบบอย่างมากที่สุด

ดังนั้นถ้าพิจารณาถึงความเหมาะสมที่จะนำเอาข้อมติที่ 3314 มาบัญญัติไว้ในฐานะของคำจำกัดความของการรุกราน สิ่งที่จะมองข้ามไม่ได้คือ ลักษณะของความรุนแรงในปัจจุบันนี้มาจากความแตกแยกภายในประเทศ หรือสงครามกลางเมือง ที่จะนำไปสู่การกระทบ

⁵³ United Nations, General Assembly Resolution 3314 (1974).

Article 2 The first use of armed force by State in contravention of the Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that and act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstance, including the fact that the act concerned or their consequences are not of sufficient gravity.

ต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเสียเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งภายในข้อมติที่ 3314 นี้มิได้มีการให้ขอบเขตไปถึง ดังนั้นการกระทำการรุกรานภายใน (internal aggression) จึงไม่ปรากฏอยู่ภายใต้คำจำกัดความของการรุกรานในข้อมติที่ 3314 นี้ เว้นแต่จะอาศัยการตีความของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งไม่เพียงแต่จะเป็นแนวทางให้การตัดสินใจให้คณะมนตรีความมั่นคงแล้ว และศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ยังคงเป็นแนวทางให้กับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวด้วย

3.4.2 การชี้สถานะการณ์การรุกรานของคณะมนตรีความมั่นคง

ปัญหาหนึ่งที่ที่ประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศให้ความสนใจไม่น้อยไปกว่าประเด็นของคำจำกัดความของอาชญากรรมการรุกราน นั่นก็คือ อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการยืนยันหรือชี้ถึงสถานะการณ์การรุกรานว่าเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ตามที่เป็นอำนาจหน้าที่ที่ผูกขาดของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎบัตรฯ ต่อสถานะการณ์ที่เป็นการคุกคามต่อสันติภาพ ละเมิดต่อสันติภาพ หรือการรุกราน ซึ่งเป็นขั้นตอนวิธีปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 7 ซึ่งถือกันว่าเป็นพื้นฐานของความชอบธรรมทางกฎหมายที่คณะมนตรีความมั่นคงสามารถดำเนินการได้ ต่อเหตุการณ์ที่กระทบต่อสันติภาพอย่างการรุกราน จนทำให้มาถึงการพิจารณาตราสารระหว่างประเทศทั้งหลายที่ยืนยันถึงอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงเหนือการรุกรานนี้โดยไม่เปลี่ยนแปลง โดยบัญญัติให้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงอิงอยู่กับกฎบัตรสหประชาชาติ ไม่เว้นแม้แต่ร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ที่บัญญัติรับรองให้คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องยืนยันถึงการมีอยู่ของสถานะการณ์การรุกรานก่อนที่ศาลจะสามารถทำหน้าที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมการรุกรานนั้นต่อไปได้

ความต้องการสำหรับการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงในเบื้องต้น ก่อนที่ศาลจะสามารถใช้อำนาจหน้าที่ของศาลเองนี้ อยู่บนพื้นฐานการพิจารณาที่ว่า ณ จุดไหนที่อาชญากรรมการรุกรานเข้าไปเกี่ยวข้อง และความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลคาดคะเนเอาจากความรับผิดชอบของรัฐอย่างไร โดยมีกรให้ข้อคิดเห็นว่าการหาข้อเท็จจริงเช่นนั้นควรจะเป็นของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะมีการดำเนินการภายใต้หมวด 7 เท่านั้น ซึ่งภายหลังจากนั้นควรจะปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่จะตัดสินใจในประเด็นที่ตามมาว่า ปัจเจกบุคคลนั้น

สามารถถูกกล่าวหาว่าได้มีการกระทำการในนามของรัฐนั้นหรือไม่ หรือดำเนินการในส่วนหนึ่งของการวางแผน และการดำเนินการในการรุกรานหรือไม่ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ตรงนี้ได้เป็นการพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นวรรคที่มีการโต้แย้งมากที่สุดและหลายรัฐได้เรียกร้องให้มีการตัดออกจากร่างธรรมนูญ⁵⁴

ปัญหาจึงเกิดขึ้น เมื่อที่ประชุมไม่สามารถที่จะยอมรับอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงในประเด็นนี้ได้ เนื่องจากว่าบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้อาจจะเป็นการกระทบต่อความเป็นกลางของศาลซึ่งเล็งและล่อแหลมต่อการขึ้นศาลเป็นอย่างมาก โดยมีการตั้งข้อสังเกตว่า ถ้าธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศมีบทบัญญัติเช่นนี้ ศาลสามารถที่จะพิจารณาว่าปัจเจกบุคคลนั้นไม่มีความผิดโดยไม่คำนึงถึงการตัดสินของคณะมนตรีความมั่นคงที่ชี้ว่ามีการกระทำการรุกรานเกิดขึ้นได้หรือไม่ โดยเห็นว่าการตัดสินของคณะมนตรีความมั่นคงในการกระทำการรุกรานนี้เป็นคำตัดสินทางการเมืองหรือทางกฎหมายกันแน่

ทางด้านหนึ่งได้มีการโต้แย้งว่า การตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้ข้อ 39 อยู่บนพื้นฐานของอิสระทางความคิดอย่างกว้างขวาง และเป็นอำนาจทางการเมือง ในขณะที่ศาลจะต้องมีความยุติธรรมในการตัดสินให้สอดคล้องกับกฎหมาย แต่คณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้ถูกผูกพันที่จะต้องทำเช่นนั้นและไม่ต้องดำเนินตามกระบวนการวิธีพิจารณาทางกฎหมาย และแน่นอนที่การชี้ขาดของคณะมนตรีความมั่นคงจะเป็นปัจจัยให้กับอัยการว่าควรที่จะเริ่มการสืบสวนสอบสวนในเรื่องเฉพาะ (particular matter) นั้นหรือไม่ ในอีกด้านหนึ่งได้มีหลักฐานถึงการชี้ขาดของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการกระทำการรุกรานว่า ไม่สามารถที่จะปล่อยไปให้เป็นเพียงแค่ทางการเมืองเท่านั้น ถึงแม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะเป็นองค์กรทางการเมือง ซึ่งได้มีการชี้ขาดในปีล่าสุดถึงกฎหมายและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ ด้วยการก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่ชัดเจนตราบเท่าที่ผลที่ตามมาทางกฎหมายจะครอบคลุม⁵⁵

⁵⁴ Vera Gowlland – Debbas, "The Relationship between the Security Council and the Projected International Criminal Court," : 103.

⁵⁵ Ibid.

ที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้น ถ้าคณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจในการชี้ขาดว่ามีการรุกรานเกิดขึ้นโดยรัฐ โดยถือเป็นเรื่องบังคับก่อนที่จะไปถึงความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล แต่อะไรจะเกิดขึ้น ถ้าคณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถชี้ขาดได้ว่าการกระทำการรุกรานได้เกิดขึ้นไม่ว่าจะด้วยเพราะหนึ่งในสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงใช้สิทธิ veto ในการหาข้อสรุปเช่นนั้น หรือเพราะคณะมนตรีความมั่นคงล้มเหลวที่จะดำเนินการเช่นนั้นให้ผ่านไปอย่างง่ายดายหลายประเทศรวมถึงสหรัฐอเมริกาเห็นว่าเป็นการสิ้นสุดลงของเรื่องนั้น แต่อีกส่วนหนึ่งเชื่อว่าการพิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคลทางศาลอย่างเพียงลำพัง ก็สามารถกระทำต่อไปได้ ถ้าคณะมนตรีความมั่นคงไม่สามารถหาจุดสิ้นสุดของเรื่องได้ว่า รัฐได้มีการรุกรานเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งกลุ่มตัวแทนของประเทศเหล่านี้กลัวว่า การใช้สิทธิยับยั้ง (veto) ของคณะมนตรีความมั่นคงจะมีผลเป็นการขัดขวางความสามารถในการดำเนินการลงโทษการรุกรานได้

ทั้งนี้การที่มีการกล่าวไว้ว่า บทบาทของแต่ละฝ่ายของสององค์กรอย่างคณะมนตรีความมั่นคงกับศาลอาญาระหว่างประเทศ จะต้องสนับสนุนส่งเสริมซึ่งกันและกัน ไม่ขัดแย้งกัน ดังนั้นเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้กำหนดการกระทำของรัฐในฐานะที่เป็นการรุกราน ศาลสามารถดำเนินบทบาทของศาลในการสร้างความรับผิดชอบทางอาญา ของปัจเจกบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการริเริ่ม การเตรียมการ หรือการกระทำผิดในการรุกราน อย่างไรก็ตามยังไม่มี ความชัดเจนว่าอำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับรัฐและปัจเจกบุคคลจะกำหนดขอบเขตและประสานกันอย่างไร ปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่ว่า การรับรองถึงลักษณะการกระทำการรุกรานที่กระทำโดยรัฐโดยคณะมนตรีความมั่นคงนี่ถือเป็นที่สุด และไม่สามารถที่จะพิจารณาใหม่ใช้หรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่ไม่ควรมองข้ามเพราะจะมีผลโดยตรงกับผลแห่งคดีของอาชญากรรมการรุกราน

4. ปัญหาจากลักษณะทางการเมืองที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างการดำเนินงานของศาล

ปัญหาของลักษณะทางการเมืองเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อการทำงานในระดับเวทีระหว่างประเทศได้อย่างชัดเจน และดูจะหนีไม่พ้น เนื่องจากในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นองค์ประกอบทางการเมืองเป็นกลไกสำคัญที่ผลักดันให้ความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งหลาย ประสบผลสำเร็จ และในขณะเดียวกันก็ทำให้ประสบกับปัญหา เนื่องจากการดำเนินการทั้งหลายที่มีลักษณะทางการเมืองระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องนั้นจะทำให้แนวปฏิบัติไม่เป็นไปอย่างมี

เอกภาพ เนื่องจากจะผันแปรไปตามสถานการณ์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งก็ดูเหมือนว่าในเวทีระหว่างประเทศนั้นจะหลีกเลี่ยงได้ยาก แม้ในระบบการดำเนินงานของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ที่หลายฝ่ายปรารถนาคือ กระบวนการนำมาซึ่งความยุติธรรมทางกฎหมายควรจะปราศจากลักษณะทางการเมืองให้มากที่สุด สาเหตุก็คือ กระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายจะเปราะบางเมื่อถูกผลกระทบจากปัญหาทางการเมือง องค์การยุติธรรมอย่างศาลควรจะเป็นกลางและเป็นธรรมในเวลาเดียวกัน

เช่นเดียวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่เป็ความพยายามของประชาคมระหว่างประเทศในศตวรรษนี้ ที่จะให้มีองค์กรศาลระหว่างประเทศขึ้นมาพิจารณาและปราบปรามการก่ออาชญากรรมที่มีลักษณะของการส่งผลกระทบต่อทางระหว่างประเทศ หลายฝ่ายเห็นสมควรให้ศาลปราศจากควมมีลักษณะทางการเมือง เพราะจะกระทบต่อความมีประสิทธิภาพของศาล แต่ทั้งนี้ปัญหาจากลักษณะทางการเมืองได้เคลือบแฝงอยู่ในทุกขั้นตอนของการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศหลายประเด็น ทั้งนี้ที่ต่างกลัวว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ปราศจากการทำให้เป็นการเมืองเพราะจากระยะแรกๆที่เริ่ม ศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้มีการสร้างขึ้นมาจากแรงจูงใจทางการเมืองแล้ว ดังนั้นจึงมีหลายทางที่จะมีการพิจารณาทางการเมืองอยู่ในนั้น และสามารถที่จะขัดขวางองค์ประกอบของความยุติธรรมที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะทำให้เกิดขึ้น

4.1 ปัญหาและอุปสรรคจากคณะมนตรีความมั่นคง

คณะมนตรีความมั่นคงเป็นองค์กรหลักของสหประชาชาติองค์กรเดียวที่มีอำนาจหน้าที่มากที่สุดในการศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่ทำให้เกิดข้อพิจารณาว่า ความมีลักษณะทางการเมืองอย่างคณะมนตรีความมั่นคงจะส่งผลกระทบต่อกรดำเนินงานและประสิทธิภาพของศาล เนื่องจากคณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจหน้าที่ในศาลอาญาระหว่างประเทศที่สำคัญ ๆ หลายประการที่ถึงขนาดส่งผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีความสามารถในการพิจารณาคดีลดลงได้ ไม่ว่าจะเป็นการที่คณะมนตรีความมั่นคงมีสิทธินำคดีไปสู่ศาล หรือการใช้อำนาจเพื่อยุติการใช้เขตอำนาจของศาล ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในการประชุมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในแต่ละชั้น ปัญหาของคณะมนตรีความมั่นคงเป็นปัญหาดัน ๆ ที่หลาย ๆ ประเทศให้ความสนใจ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่าอุปสรรคจากการดำเนินงานในองค์กรจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลให้

เกิดการเปลี่ยนแปลงในทุกสถานการณ์ที่คณะมนตรีความมั่นคงได้เข้าไปเกี่ยวข้องทั้งผลในทางที่ดีขึ้น และผลในทางที่ด้อยลง

ซึ่งตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติที่เปรียบเสมือนเป็นธรรมนูญจัดตั้งและพื้นฐานทางกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างทางอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อการปฏิบัติการรักษาสันติภาพ โดยเป็นองค์กรหลักองค์กรเดียวที่แสดงให้เห็นถึงการรักษาไว้ซึ่งอำนาจของมหาอำนาจพันธมิตรที่ชนะสงครามโลกครั้งที่สอง ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงมีโครงสร้างที่มีการแบ่งแยกระหว่าง สมาชิกถาวร (permanent member) 5 ประเทศและสมาชิกไม่ถาวรอีก 10 ประเทศ ยิ่งไปกว่านั้นยังกำหนดให้สมาชิกถาวรนี้มีสิทธิพิเศษเพิ่มขึ้นโดยการให้สิทธิยับยั้ง (veto right) ในการออกเสียงลงมติดำเนินการตามกฎบัตรสหประชาชาติ นอกจากนี้กฎบัตรยังมีมาตรการเพื่อให้การบังคับใช้ให้มีประสิทธิภาพโดยให้คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการแทนประเทศสมาชิกทั้งหมด อีกทั้งให้การตัดสินใจต่าง ๆ ที่ได้กระทำลงนั้น มีผลผูกพันรัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม

จึงนับเป็นเวลา 50 กว่าปีที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ดำเนินการมาพร้อมกับการเกิดองค์การสหประชาชาติ ซึ่งจากตัวอย่างเหตุการณ์และสถานการณ์ที่เกิดขึ้นรอบโลกที่คณะมนตรีความมั่นคงได้เข้าไปมีบทบาท ได้ทำให้เห็นว่าถึงเวลาที่จะมีการแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติที่ใช้มาเป็นเวลานานนี้หรือยัง มี่งานเขียนมากมายที่เสนอให้มีการแก้ไขกฎบัตรซึ่งรวมถึงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคง แต่ในทางปฏิบัติและในทางเป็นจริงแล้วเป็นเรื่องที่ยากมากที่จะบรรลุผล เนื่องจากมีองค์ประกอบหลาย ๆ อย่างที่ทำให้ความมุ่งหวังเช่นนั้นล้มเลิกไปไม่ได้ ความมุ่งหมายที่สามารถจะเป็นไปได้คือการปรับใช้ให้เกิดความเหมาะสม ตัวอย่างหนึ่งที่ทำให้เห็นการเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจนคือ การรวมกันเพื่อสันติภาพ (Uniting for Peace) ที่ทำให้สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้เข้ามาดำเนินการแทนคณะมนตรีความมั่นคงในการรักษาสันติภาพ ซึ่งถึงแม้สถานะทางกฎหมายของการออกข้อมติของสมัชชาจะเป็นเพียงการแนะนำได้เท่านั้นก็นับเป็นทางออกที่ดีทางหนึ่งของการดำเนินการภายในองค์การสหประชาชาติ

ในส่วนของอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงตามธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น พื้นฐานทางกฎหมายในการดำเนินการนั้นคือ กฎบัตรสหประชาชาติที่ทำให้การปฏิบัติการทั้งหลายมีความชอบธรรม ประกอบกับบทบัญญัติตามธรรมนูญศาลที่ให้อำนาจไว้ ซึ่ง

ลักษณะของโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคง จะส่งผลกระทบต่อความสามารถในการดำเนินการของศาลได้รับผลกระทบตามไปด้วย โดยเฉพาะการดำเนินการของศาลที่ต้องขึ้นอยู่กับดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งจริงอยู่ที่การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพของประชาคมระหว่างประเทศที่จะใช้มาตรการทางการทูต ทางการเมือง และทางกฎหมายระดับข้อพิพาท และปราบปรามการกระทำที่กระทบต่อสันติภาพของโลก แต่ในทางหลักการและทางปฏิบัติ องค์การตุลาการนั้นควรจะดำเนินการอยู่ภายใต้หลักความเป็นกลางและความเสมอภาค แม้จะจริงอยู่ว่าจากวิกฤตการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นหลายครั้งจำเป็นต้องใช้มาตรการหลาย ๆ แบบในระดับต่าง ๆ กัน แต่มาตรการทางการทูต ทางการเมือง ทางกฎหมาย และทางการศาลมีพื้นฐาน แนวคิด และลักษณะของการใช้แตกต่างกัน แต่ทั้งนี้ต่างก็ต้องขึ้นอยู่กับเวลา จังหวะที่เหมาะสมของสังคมโลก แต่มาตรการทางกฎหมาย และทางการศาลนั้น จะมีลักษณะที่เฉพาะและที่คาดหวังที่ต่างกันเพิ่มขึ้นอีกคือ ความยุติธรรม ดังนั้นจึงพอจะนึกภาพได้ว่า การดำเนินเรื่องทางการเมืองสามารถที่จะเป็นปัจจัยที่มีผลต่อคำตัดสินของศาล

ปัญหาของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะส่งผลกระทบต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้นั้น มาจากลักษณะและข้อจำกัดของสององค์กรที่แตกต่างกัน โดยมีสาเหตุมาจากความต่างของพื้นฐานในการปฏิบัติการที่จะมุ่งไปสู่ เนื่องจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ในฐานะที่เป็นองค์กรทางการเมือง ที่มีความรับผิดชอบในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศที่ได้รับภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ การให้ได้มาซึ่งจุดมุ่งหมายนี้โดยการกดดันทางการเมือง การลงโทษทางเศรษฐกิจ และเมื่อมีความจำเป็น ก็จะต้องใช้การแทรกแซงโดยการใช้กำลัง ซึ่งหน้าที่เหล่านี้ของคณะมนตรีความมั่นคงเป็นลักษณะทางการเมืองที่มีอยู่ตั้งแต่ต้น เพื่อที่จะป้องกันความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นตามมา และคุ้มครองให้มีการหยุดความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดขึ้น และป้องกันการเกิดขึ้นครั้งแล้วครั้งเล่า ในขณะที่ความรับผิดชอบของศาลอาญาระหว่างประเทศ คือการที่จะบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอย่างน้อยที่สุดตามทฤษฎีก็ไม่เป็นการเมือง ซึ่งการใช้อำนาจของศาลจะต้องเห็นว่าเป็นของความอิสระและความเป็นกลางของศาล ดังนั้นการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับคณะมนตรีความมั่นคงจะต้องพิจารณาถึงเป้าหมายสูงสุดของทั้งสองคือ การรักษาไว้ซึ่งสันติภาพให้ดีเท่ากับความยุติธรรม

4.2 ปัญหาเรื่องเงินงบประมาณของศาล

ปัญหาเรื่องการเงินของศาลนั้นนับว่าเป็นอีกปัญหาหนึ่งที่มีความสำคัญหรือจะนับว่ามีความสำคัญที่สุดต่อประสิทธิภาพของศาลอาญาระหว่างประเทศก็ได้ เนื่องจากศาลจะดำเนินการได้อย่างสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพนั้น ขึ้นอยู่กับการเงินและการงบประมาณ ที่สำคัญองค์การสหประชาชาติมักจะหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงในการประชุมเมื่อมีการพิจารณาถึงประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างองค์การสหประชาชาติกับศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในความสัมพันธ์เรื่องงบประมาณของศาล เนื่องจากข้อพิจารณาที่เห็นในช่วงแรกที่ศาลเพิ่งเริ่มดำเนินการนั้น ความสามารถในทางการเงินของศาลนั้นยังไม่มั่นคง เพราะรัฐที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกนั้นยังมีจำนวนน้อย และที่ยิ่งไปกว่านั้นรัฐที่มุ่งมั่นในการสนับสนุนให้เกิดขึ้นของศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวรเป็นจริงนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศเล็ก หรือประเทศกำลังพัฒนาที่ดูจะมีจำนวนมากกว่าประเทศมหาอำนาจของโลก จึงทำให้แนวความคิดที่จะให้องค์การระหว่างประเทศที่สำคัญต่อการจัดตั้งศาลที่มั่นคง และมีความพร้อมทั้งทางเรื่องบุคลากรและทางการเงินของโลกเข้ามาสนับสนุนทางเรื่องการเงินให้กับศาลในช่วงแรก

ซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นกำหนดให้การเงินของศาลดำเนินการผ่านระเบียบทางการเงิน (Financial Regulation) ตามข้อ 113 โดยให้เรื่องการเงินทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับศาลและการประชุมของสมัชชารัฐภาคี (Assembly of State Parties) ที่รวมถึงสำนักงาน (Bureau) และองค์กรย่อย (subsidiary organ) จะควบคุมโดยธรรมนูญศาลฉบับนี้ และกฎและระเบียบทางการเงิน (Financial Regulation and Rules) ที่รับเอา (adopted) โดยสมัชชารัฐภาคี นอกจากนี้ค่าใช้จ่ายของศาล ยังมีเงินกองทุน (Funds) ที่ให้ศาลและสมัชชารัฐภาคีจ่ายค่าใช้จ่ายผ่านเงินกองทุนนี้ (ข้อ 114) โดยค่าใช้จ่ายของศาล จะกำหนดในเงินงบประมาณของศาลที่ได้มาจาก 2 ทางคือ เงินที่ประเมินเรียกเก็บจากรัฐภาคี และเงินกองทุนที่จัดหาให้โดยองค์การสหประชาชาติ ที่ผ่านความเห็นชอบของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการการเสนอคดีโดยคณะมนตรีความมั่นคง (ข้อ 115 (a) (b)) นอกจากนี้ศาลอาจได้รับเงินบริจาคโดยสมัครใจ (voluntary contributions) เข้าในกองทุนจากรัฐบาล องค์กรระหว่างประเทศ บุคคลทั่วไป บริษัท และองค์กรอื่น⁵⁶

⁵⁶ Rome Statute of International Criminal Court, Article 113–115.

ดังนั้นค่าใช้จ่ายของศาลอาจจะมีมาก อีกทั้งเงินกองทุนของศาลจะได้รับบางส่วนมาจากเงินบริจาคโดยสมัครใจ อย่างไรก็ตามเงินบริจาคโดยสมัครใจนี้ที่สามารถเข้ามาในกองทุนของศาลได้หลายทางทั้งจากระดับรัฐบาลจนถึงปัจเจกบุคคล รวมทั้งหน่วยที่ดำเนินธุรกิจอย่างบริษัท อาจนำไปสู่ความมีลักษณะทางการเมืองของศาลเพิ่มมากขึ้น ถ้ามีประเทศหรือพรรคการเมืองของประเทศที่บริจาคเงินจำนวนหนึ่งที่สำคัญ ประเทศเหล่านั้นอาจจะเป็นไปได้ที่จะมีอิทธิพลต่ออัยการที่จะดำเนินคดีอย่างระมัดระวังในคดีที่มีการสนับสนุน⁵⁷ ซึ่งตรงนี้เองที่จะทำให้ศาลเสี่ยงต่อการเคลือบแฝงมาด้วยลักษณะทางการเมืองภายใต้เงินบริจาคนี้ ซึ่งศาลจะต้องมีความชัดเจนและเป็นกลาง โดยเงินสนับสนุนนี้อาจจะกระทบต่อความยุติธรรมในการดำเนินคดีของศาล

ปัญหาทางการเงินของศาลอาจจะได้รับผลกระทบอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพิจารณาไปถึงสถานการณ์ล่าสุดที่มหาอำนาจทางการเงินอย่างสหรัฐอเมริกา และในฐานะของหนึ่งในสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงได้ถอนตัวออกจากการให้การสนับสนุนศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ในทุก ๆ ด้าน ด้วยเหตุผลว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศนี้จะเป็เวทีสำหรับการดำเนินคดีแก่ผู้นำสหรัฐฯ ที่มีผลมาจากแรงผลักดันทางการเมือง ซึ่งสภาพความเป็นจริงนี้จะต้องยอมรับว่านำไปสู่ปัญหาในทางการเงินของศาลได้ เพราะในระดับขององค์การระหว่างประเทศที่สำคัญอย่างองค์การสหประชาชาติแล้ว วิกฤตการณ์ทางการเงินยังเกิดขึ้นได้ ส่วนหนึ่งมาจากการที่หลายประเทศ ยังคงค้างเงินที่ต้องจ่ายให้แก่สหประชาชาติ ดังนั้นผลกระทบต่องบประมาณของศาลมีแน่นอน เนื่องจากงบประมาณส่วนหนึ่งมาจากเงินกองทุนที่จัดหาโดยองค์การสหประชาชาติ และเงินที่รัฐภาคีตามธรรมนูญศาลจะต้องจ่ายนั้นคิดคำนวณโดยอิงกับอัตราส่วนที่รัฐนั้นจะต้องจ่ายให้กับองค์การสหประชาชาติ ซึ่งในขั้นต้นของการดำเนินงานของศาลจำเป็นที่จะต้องใช้จ่ายเงินจำนวนมากในการดำเนินการ จึงเป็นความหวังที่จะให้ประเทศที่พัฒนาแล้ว และให้การยอมรับเข้าเป็นสมาชิกตามธรรมนูญศาลอย่าง สหภาพยุโรป เยอรมนี ญี่ปุ่นรับหน้าที่ไป

4.3 ปัญหาการเริ่มมีผลใช้บังคับของศาล

⁵⁷ Cara Levy Rodriguez, "Slaying the Monster : Why the United States should not Support the Rome Treaty," *American University International Law Review* 14 (1999) : 836.

การที่ศาลมีรัฐให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีครบ 60 ประเทศ เป็นเงื่อนไขที่จะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับ โดยศาลจะเริ่มดำเนินการได้ในวันแรกของเดือนที่ครบระยะเวลา 1 เดือนภายหลังจากที่มีรัฐให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีครบตามจำนวนนั้น ซึ่งการตัดสินใจเข้าเป็นภาคีของรัฐนั้นมีเรื่องผลประโยชน์แห่งชาติเป็นพื้นฐานที่มักจะประสานไม่ลงตัวในเวทีระหว่างประเทศ ซึ่งมักจะมืองค์ประกอบที่เป็นปัญหาทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยด้านหนึ่ง ทั้งนี้เพราะเรื่องของเจตจำนงทางการเมือง (political will) มักจะเป็นตัวแปรที่สำคัญที่จะนำไปสู่การตัดสินใจเข้าเป็นภาคี กล่าวคือเมื่อรัฐต่าง ๆ มีเจตจำนงทางการเมืองร่วมกันหรือไปในทิศทางเดียวกันก็จะทำให้ประสิทธิภาพของประชาคมระหว่างประเทศที่จะร่วมกันผลักดันให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเกิดบรรลุผลได้เร็วขึ้น เพราะยิ่งศาลใช้ระยะเวลานานเท่าใดก็จะส่งผลให้อาชญากรที่กระทำอาชญากรรมทั้งหลายหลุดพ้นจากการถูกดำเนินคดีมากขึ้นเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนั้นทางเลือกอื่นที่จะนำมาซึ่งสันติภาพและความยุติธรรมจะถูกนำมาใช้ หนึ่งในวิธีเหล่านั้นคือ การจัดตั้งศาลพิเศษหรือศาลเฉพาะกิจขึ้นมาดำเนินคดีเพื่อนำมาซึ่งความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล ดังนั้นปัญหาของการเริ่มมีผลใช้บังคับของศาลจึงมาจากลักษณะทางการเมืองที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างและการดำเนินงานของศาล

นับว่าเป็นความสำเร็จของประชาคมโลกที่ศาลอาญาระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากความพยายาม ณ ปัจจุบันได้เริ่มดำเนินการแล้วในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 นับจากสหประชาชาติได้จัดการประชุมทางการทูต (Diplomatic Conference) ของผู้แทนของรัฐต่าง ๆ ในเรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี ระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน ถึง 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 เพื่อพิจารณารับอนุสัญญาเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีชื่อว่า ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่ประชุมซึ่งประกอบไปด้วยรัฐ 161 รัฐรวมทั้งไทย และผู้แทนจากองค์การระหว่างประเทศที่มีในระดับรัฐบาล 124 องค์การ ได้ลงมติรับรองตัวบทของธรรมนูญศาลในกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ด้วยเสียงสนับสนุนของ 120 รัฐ และเปิดให้รัฐต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีในธรรมนูญศาลที่สำนักงานใหญ่ขององค์การสหประชาชาตินครนิวยอร์ก นับเป็นระยะเวลาเกือบ 4 ปี ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถที่จะเริ่มดำเนินการได้ แต่ก็นับว่าประสบความสำเร็จกว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลซึ่งใช้ระยะเวลาถึง 22 ปีจนกว่ารัฐจะให้สัตยาบันครบ 60 รัฐ จึงจะมีผลใช้บังคับ⁵⁸ ซึ่งก่อนที่จะมาถึงขั้น

⁵⁸ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวิน, "ศาลอาญาระหว่างประเทศ," หน้า 53.

ตอนนี้หลายเหตุการณ์ที่ทำให้เห็นถึงท่าทีของประเทศมหาอำนาจบางประเทศที่ดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับความพยายามที่จะให้มีศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ลงนาม ในวันสุดท้ายที่เปิดให้รัฐลงนามได้ วันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2000 เพียงไม่กี่ชั่วโมง ซึ่งหลังจากนี้รัฐไม่สามารถที่จะลงนามได้นอกจากจะให้สัตยาบัน หรือจะเป็นประเทศจีนที่ไม่แม้แต่การลงมติรับธรรมนูญของศาล

ถึงแม้ศาลจะสามารถมีผลใช้บังคับได้แล้ว แต่ก็ถือว่าเป็นความสำเร็จในขั้นเริ่มต้นที่จะนำไปสู่การพิสูจน์ถึงประสิทธิภาพของศาลที่มุ่งปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างตรงตามวัตถุประสงค์หรือไม่ เพราะเมื่อศาลได้เริ่มดำเนินการเมื่อกรกฎาคม ค.ศ. 2002 ปัญหาแรกที่ศาลจะต้องเผชิญคือ ความเป็นอิสระของศาล ที่ได้รับผลกระทบจากการทำหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองอย่างคณะมนตรีความมั่นคง โดยการบัญญัติกฎหมายที่ขึ้นใหม่เพื่อให้ศาลปฏิบัติตามนอกเหนือจากธรรมนูญที่เป็นผลพวงมาจากความตกลงพหุภาคีของรัฐต่าง ๆ ถึง 160 รัฐ ให้ศาลอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ออกมาเพียง 15 เสียงในประชาคมโลก ในการให้การยกเว้นโทษกับผู้ปฏิบัติการรักษาสันติภาพที่ดำเนินการภายใต้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์การสหประชาชาติ ดังนั้นจึงเป็นอุปสรรคในขั้นเริ่มต้นของศาลที่สมาชิกรัฐภาคีแห่งธรรมนูญศาลจะต้องให้การค้ำประกันเมื่อเวลาของการประชุมทบทวนธรรมนูญศาลมาถึงในอีก 7 ปีข้างหน้า

ซึ่งปัจจัยทั้งหมดเหล่านี้แสดงให้เห็นความเป็นไปได้ที่ศาลจะถูกมองข้ามวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมที่เป็นวัตถุประสงค์หลัก และกลายเป็นเครื่องมือทางการเมือง เพราะปัจจัยเหล่านี้มีทางที่จะเป็นไปได้ ดังนั้นจึงพอจะนึกภาพได้ว่าการค้ำประกันถึงเรื่องการเมืองสามารถที่จะเป็นปัจจัยที่มีผลต่อคำตัดสิน และเรื่องที่ใหญ่ไปกว่านั้นคือความจริงที่ว่า ไม่มีองค์กรทางกฎหมาย (body of law) ที่จะรับผิดชอบต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ อีกทั้งไม่มีองค์กรทางตุลาการใดที่จะรับอุทธรณ์คำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของศาลและหลายฝ่ายร่วมกันที่จะปกป้องตัวเองจากการเป็นเหยื่อของแรงจูงใจทางการเมืองของสังคมระหว่างประเทศ

ดังนั้นจึงทำให้เห็นว่าบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงที่นำไปสู่การเตรียมการในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นการชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างคณะมนตรีความมั่นคงกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นของศาลอาญาระหว่าง

ประเทศที่ถาวรในเวลาต่อมา ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์กับสถานการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นรอบโลก หรือกรณีที่ได้न्छัดที่สุดคงจะหนีไม่พ้น การจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจตามอาณัติของคณะมนตรีความมั่นคง ที่ซึ่งมีทั้งจุดเด่นที่ควรส่งเสริม และจุดด้อยที่ควรแก้ไข เมื่อจะมีการพิจารณานำไปสู่กระบวนการของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องมีบริบทในกรอบของการดำเนินการของศาลร่วมกัน ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อความมีประสิทธิภาพของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงในช่วงที่ผ่านมาที่นำไปสู่การเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจดังต่อไปนี้คือ

1. การทำให้ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่ยุโกสลาเวียเกิดขึ้น ยังคงเป็นปัจจัยสำคัญต่อการตกลงใจของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะจัดตั้งศาลระหว่างประเทศสำหรับวันดา และยังคงทำให้ประชาคมระหว่างประเทศเห็นว่า เป็นพัฒนาการก้าวสำคัญต่อความพยายามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรในเวลาต่อมา

2. บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีต่อสถาบันยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศที่ผ่านมา คณะมนตรีความมั่นคงได้ยืนยันให้เห็นว่า กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นจริงได้ในทางระหว่างประเทศ

3. คณะมนตรีความมั่นคงมีบทบาทในการสร้างวิธีการที่จะหยุดธรรมเนียมปฏิบัติของการได้รับยกเว้นจากการลงโทษ (impunity) สำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ และการละเมิดอย่างร้ายแรงในกฎหมายสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน (แต่เหตุใด ธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศนี้จึงให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในการกั้นศาลจากการดำเนินคดี ที่เป็นการขัดแย้งกับความพยายามในอดีต)

4. การตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อจัดตั้งศาลเฉพาะกิจทั้งสองศาล เป็นการพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่จะปูทางไปสู่การยอมรับอย่างกว้างขวางของความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล และนำไปสู่การปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติที่สามารถใช้ได้กับความรับผิดชอบของบุคคลต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในฐานะที่นำไปสู่การคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

5. คณะมนตรีความมั่นคงเป็นสื่อกลางในการนำไปสู่การพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (fair trials) กับบุคคลที่มีความรับผิดชอบสำหรับการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

6. บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงต่อสถานการณ์ความรุนแรงต่าง ๆ ไม่ว่าจะภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ และการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจ เป็นวิธีการในการนำมาซึ่งการให้การเยียวยากับเหยื่อที่เป็นรูปธรรมและชัดเจนที่สุด โดยเป็นการให้ความยุติธรรมกับเหยื่อของอาชญากรรมที่เป็นปัญหา โดยเข้ามาเสริมในช่วงที่ประชาคมระหว่างประเทศยังขาดกลไกที่ชัดเจนในการให้การชดเชยและเยียวยาให้กับเหยื่อ

7. การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติในการจัดตั้งศาล เป็นการช่วยป้องกันการกระทำความผิดที่มีความรุนแรงในลักษณะเดียวกันในอนาคต ซึ่งเป็นวิธีการในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศอีกวิธีการหนึ่ง

8. คณะมนตรีความมั่นคงได้ทำให้สันติภาพและการประนีประนอมในภูมิภาคที่เกี่ยวข้องสงบลงและมีความเป็นจริงมากขึ้น ซึ่งเป็นวิธีการในการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงภายในภูมิภาคที่นับได้ว่าเป็นการพัฒนาให้มีบทบาทมากขึ้น

9. การดำเนินการออกข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับสถานการณ์ความรุนแรงที่เข้าข่ายอาชญากรรมระหว่างประเทศเป็นการให้คำนิยามของลักษณะการกระทำที่เป็นกรณีศึกษาสำหรับทิศทางของการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

10. ที่ชัดเจนที่สุดคือ บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงในพัฒนาความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศในระดับรัฐ ไปสู่ความสัมพันธ์กับระดับปัจเจกบุคคลมากขึ้น โดยการปฏิบัติการของคณะมนตรีความมั่นคง จะมอบหมายให้สหประชาชาติเข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือปฏิบัติหน้าที่ในประเทศใด ๆ โดยคำนึงเรื่องคนมากกว่ารัฐ เพราะถ้าคนถูกทารุณกรรม ถูกฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ด้วยรัฐบาลของตนเอง คณะมนตรีความมั่นคงจะไม่เพิกเฉยต่อเหตุการณ์นั้น

ดังนี้จึงปฏิเสธมิได้เลยว่าบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงได้มีส่วนในการผลักดันให้เกิดการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรนี้ นอกจากนี้ยังเป็นการทำให้เห็นได้ว่าพัฒนาการในการมีส่วนร่วมของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้กรอบของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นมีความชัดเจนขึ้นเป็นลำดับ จากบทบาทในการสร้างกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศของศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจทั้งสองศาล มาสู่บทบาทที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) เลยทีเดียว นำมาซึ่งความขัดแย้งทางด้านความคิดของตัวแทนแต่ละประเทศมากมาย ซึ่งในที่สุดแล้ว บริบทของคณะมนตรีความมั่นคงตามที่ปรากฏอยู่ในธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศจึงมีทั้งส่วนที่ชัดเจน และส่วนที่ยังคงต้องการพิจารณาถึงความเหมาะสมอีกต่อไป มีผลให้ต้องทิ้งประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างคณะมนตรีความมั่นคง กับอาชญากรรมการรุกรานไว้เป็นหน้าที่ของคณะเตรียมการสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (PrepCom) ในการหาความชัดเจนของประเด็นนี้ ทั้งในขณะเดียวกันความวิตกกังวลถึงความสัมพันธ์ของคณะมนตรีความมั่นคงกับศาลอาญาระหว่างประเทศในการดำเนินการร่วมกันนั้น ยังมีความเสี่ยงต่อการเกิดสองมาตรฐาน (Double Standard) สูงมาก เนื่องจากตัวองค์กรมีลักษณะทางการเมืองเป็นพื้นฐานในผลักดันการทำงาน ในขณะที่ศาลมีกฎหมายในการผลักดันการดำเนินการ จึงเป็นหน้าที่ของสมัชชารัฐสมาชิกที่จะพิจารณาถึงความสอดคล้องต้องกันของการทำหน้าที่ทั้งสององค์กรนี้