

تحلیل حقوقی ابعاد و پیامدهای رأی مشورتی دیوان دادگستری در خصوص اعلامیه‌ی استقلال کوزوو

علی امیدي*

(تاریخ دریافت: ۹۱/۳/۶ تاریخ پذیرش: ۹۲/۱۱/۹)

چکیده

رأی مشورتی دیوان در خصوص هم‌خوانی اعلامیه‌های استقلال یک‌جانبه با حقوق بین‌الملل در ۲۲ جولای ۲۰۱۰، یکی از آرای مهم یک نهاد حقوقی بین‌المللی در خصوص رابطه‌ی اصل حق تعیین سرنوشت و اصل تمامیت ارضی است. در این جا دیوان با استناد تلویحی به اصل آزادی لوتوس، صدور اعلامیه‌ی «استقلال کوزوو» را قانونی ارزیابی کرد. هر چند دیوان با پیش کشیدن مسائل فنی در خصوص ماهیت سؤال مجمع عمومی، سعی کرد خود را از چالش‌های سیاسی دور کند؛ ولی تردیدی نیست که رأی دیوان بصورت ضمنی دارای عناصر سیاسی است و به چالش‌های حقوقی بر رابطه‌ی بین حق تعیین سرنوشت و اصل تمامیت ارضی دامن زده است. تا فوریه‌ی ۲۰۱۲، تعداد ۸۸ کشور (۴۷ درصد ممالک جهان) استقلال «کوزوو» را به رسمیت شناختند، از این رو کنکاش در رأی دیوان بسیار حائز اهمیت است. این مقاله سعی دارد با روش توصیفی - تحلیلی، براهین مختلف در له و علیه رأی صادره‌ی دیوان را مورد بررسی قرار دهد.

واژگان کلیدی: دیوان دادگستری بین‌المللی، کوزوو، اعلامیه‌ی استقلال، شناسایی، جدایی طلبی، رأی مشورتی.

مقدمه و طرح مسئله

به دنبال اعلان استقلال کوزوو از صربستان در ۱۷ فوریه‌ی ۲۰۰۸ و به دنبال آن، به رسمیت شناختن آن توسط تعداد زیادی از کشورها؛ جمهوری صربستان از طریق سازوکارهای حقوقی مجمع عمومی سعی داشت که این اقدام کوزوو و شناسایی آن را توسط تعدادی از کشورها غیرقانونی جلوه دهد. از این رو مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تاریخ ۸ اکتبر ۲۰۰۸ طی قطع‌نامه‌ی (A/RES/63/3) از دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست نمود که بر اساس ماده‌ی ۹۶ منشور ملل متحد و ماده‌ی ۶۵ اساسنامه‌ی دیوان، نظریه‌ی مشورتی را در خصوص این سؤال که؛ «آیا اعلام یک‌جانبه‌ی استقلال از سوی ترتیبات موقت منطقه‌ی خودمختار کوزوو با حقوق بین‌الملل هم‌خوانی دارد؟» ارائه کند (Aljaghoub, 2010: 86-87).

در این خصوص دیوان بین‌المللی دادگستری طبق ماده‌ی ۶۶ اساس‌نامه‌ی خود و هم‌چنین ماده‌ی ۱۰۴ آیین دادرسی دیوان از سازمان ملل متحد و دولت‌های عضو این سازمان درخواست نمود که نظرات کتبی خود را تا تاریخ ۱۷ آوریل ۲۰۰۹ به دیوان تقدیم کنند.

در پاسخ به درخواست دیوان بین‌المللی دادگستری، سی و پنج دولت از جمله جمهوری اسلامی ایران ظرف مهلت قانونی نظرات کتبی خود را نزد دفتر دیوان به ثبت رسانیدند. هم‌چنین دیوان طی نامه‌ای به این دولت‌ها اجازه داد که تا تاریخ ۱۷ جولای ۲۰۰۹ نسبت به نظرات ثبت شده از سوی سایر دولت‌ها اظهار نظر کنند. در نهایت در ۲۲ جولای ۲۰۱۰، دیوان بین‌المللی دادگستری نظر مشورتی خود را در مورد «هم‌خوانی اعلامیه‌ی یک‌جانبه‌ی استقلال با حقوق بین‌الملل» صادر نمود. دیوان با ۹ رأی موافق در مقابل ۵ رأی مخالف، صلاحیت خود را برای ارائه‌ی نظر مشورتی در پاسخ به سؤال مجمع عمومی (قطع‌نامه‌ی A/RES/63/3) را احراز^۱ و با ۱۰ رأی موافق در مقابل ۴ رأی مخالف اعلام نمود که اعلامیه‌ی یک‌جانبه‌ی ۱۷ فوریه مجلس کوزوو^۲ راجع به استقلال کوزوو از صربستان، ناقض حقوق بین‌الملل عمومی (قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ شورای امنیت مصوب سال ۱۹۹۹ و چارچوب اساسی^۳ که توسط نماینده‌ی دبیر کل ملل متحد از طرف هیئت اجرایی سازمان

۱. آرشیو قطع‌نامه‌های مجمع عمومی در: <http://www.un.org/documents/resga.htm>

۲. قضات هیساشی اوادا، اون شوکت الخساونه، بوئرگنتال، برونو سیما، رونی آبراهام، برناردو سپولودا-آمور، آنتونیو کانکادو ترینداد، عبدالقوی یوسف و کریستوفر گرین-وود، موافق صلاحیت و قاضی، پیتر تومکا، عبدال کوروما، کنث کیت، محمد بنونا و لئونید سکوتنیکوف، مخالف صلاحیت دیوان بودند.

3. Assembly of Kosovo

4. The Constitutional Framework

ملل در کوزوو^۱ اتخاذ شده) نیست (آرشیو وبسایت دیوان: ۲۰۱۰). آرای بالای قضات به این رأی دیوان، بر وزن حقوقی آن افزوده است. لازم به یادآوری است تاکنون ۸۸ کشور (۴۷ درصد ممالک جهان) از جمله، ایالات متحده و ۲۲ کشور عضو اتحادیه اروپا، کوزوو را مورد شناسایی قرار داده‌اند (پایگاه اطلاع‌رسانی وزارت خارجه‌ی کوزوو: ۲۰۱۲). وزیر امور خارجه‌ی صربستان با اعلام این که؛ «بلگراد هیچ‌وقت استقلال کوزوو را تأیید نخواهد کرد» مخالفت کشور خود را با نظر دیوان اعلام نمود (Focus Information Agency: 22 July 2010). «بوریس تایدیچ» رئیس جمهور صربستان اعلام نموده که صربستان هرگز اعلامیه‌ی استقلال یک‌جانبه از سوی کوزوو را به رسمیت نخواهد شناخت (Aljazeera: 10, Sep. 2010). دبیرکل سازمان ملل متحد «بان کی مون» با صدور بیانیه‌ای طرفین را به گفت‌وگوهای سازنده دعوت کرده و خواستار پرهیز از هرگونه اقدام تحریک‌آمیز از سوی طرفین شده است. او خاطر نشان نموده است که رأی دیوان را در مجمع عمومی طرح خواهد کرد (China Radio International: 23 July 2010). وزیر خارجه آمریکا نیز رأی دیوان را در راستای دیدگاه آمریکا دانست و از آن استقبال کرد (U.S. Department of State: 22 July 2010).

طبق منشور سازمان ملل و سایر اسناد مهم حقوق بین‌الملل؛ «تمامیت ارضی دولت‌ها» و «حق تعیین سرنوشت» دو اصل بنیادی حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند. با این وصف، این دو اصل، زمانی که یک اقلیت؛ قربانی ظلم، تبعیض و تحت فشار به دنبال حق تعیین سرنوشت خود از طریق جدایی از یک دولت مستقر است، دچار تناقض می‌گردد. این امر بخوبی در جریان اعلان استقلال کوزوو از صربستان در تاریخ ۱۷ فوریه‌ی ۲۰۰۸ قابل مشاهده است. اقدام دیوان، در واقع نخستین اقدام این نهاد در شناسایی اعلامیه‌ی استقلال یک‌جانبه خارج از چارچوب استعمار بود. از این رو، باید با دقت رأی دیوان را مورد موشکافی قرار داد؛ زیرا این رأی تبعات مهمی در سایر موارد حق تعیین سرنوشت و جدایی طلبی در آینده خواهد داشت. بدون تردید نظریه‌ی مشورتی دیوان بین‌المللی یکی از مهم‌ترین نظرات این رکن قضایی بین‌المللی در تاریخ فعالیت‌های خود به شمار آمده که می‌تواند موجبات نوعی بازبینی در هنجارهای بین‌المللی را فراهم آورد. این پژوهش به دنبال پاسخ‌گویی این مسئله است که مبانی حقوقی رأی دیوان چیست و نظرات موافق و منتقد در این خصوص چه استدلال‌هایی مطرح می‌کنند. قبل از پاسخ به این پرسش اساسی لازم است خلاصه‌ای از ماهیت نزاع در کوزوو و مختصات رأی دیوان تشریح شود. بنابراین، پژوهش حاضر غیر از مباحث مقدماتی مزبور (که منجر به طرح مسئله شد) از سه بخش زیر و نتیجه‌گیری تشکیل شده است:

الف) تاریخچه‌ی منازعه در کوزوو؛

ب) خلاصه رأی مشورتی دیوان در خصوص کوزوو؛

پ) استدلال حقوقی موافقان و منتقدان.

ت) نتیجه‌گیری.

الف) تاریخچه‌ی منازعه در کوزوو

کوزوو در ابتدا قسمتی از امپراتوری صرب بود، ولی از سال ۱۴۵۵ میلادی به امپراتوری عثمانی ملحق شد. عثمانی‌ها بسیاری از ترک‌ها و آلبانیایی تبارها را به این منطقه منتقل کردند. به تدریج صرب‌ها اکثریت نژادی خود را در این منطقه از دست دادند و آلبانیایی‌ها تبدیل به گروه قومی عمده در کوزوو گردیدند. پس از پنج قرن، طی جنگ اول بالکان در سال ۱۹۱۲، صربستان بار دیگر کوزوو را تحت کنترل خود درآورد. پس از جنگ جهانی دوم در سال ۱۹۴۵ دولت جمهوری فدرال سوسیالیست یوگسلاوی «کوزوو» را به عنوان یک استان خودمختار به رسمیت شناخت، پس از چهار دهه آلبانیایی تبارهای کوزوو تبلیغات وسیعی را به منظور خود مختاری بیشتر انجام دادند، در سال ۱۹۷۴ از جانب دولت یوگسلاوی خودمختاری وسیع به کوزوو اعطا شد و در قانون اساسی یوگسلاوی نیز به تصویب رسید (مالکوم، ۱۳۷۸: ۱۰۰-۱۰۱). با وجود اعطای اختیار قانون‌گذاری به آلبانیایی تبارهای کوزوو، ناسیونالیست‌های آلبانیایی پا را از این نیز فراتر گذاشتند و در دهه‌ی ۱۹۸۰ با برگزاری شورش‌های خیابانی خواستار استقلال کوزوو از یوگسلاوی شدند، ناسیونالیست‌های صرب کوزوو به رهبری «اسلوبودان میلوشویچ»^۱ با تظاهرکنندگان آلبانیایی تبار درگیر شدند و این درگیری‌ها به خشونت کشیده شد. در سال ۱۹۸۹ و تحت رهبری میلوشویچ، صربستان قانون اساسی جدیدی را به تصویب رساند که خودمختاری کوزوو به حداقل رسید، در دوّم جولای ۱۹۹۱ نیز پارلمان خودخوانده‌ی «کوزوو» استقلال این ایالت را از صربستان اعلام کرد. در می ۱۹۹۲، «ابراهیم روگوآ»^۲ به عنوان رئیس جمهور کوزوو انتخاب شد و تنها توسط آلبانی مورد شناسایی قرار گرفت.^۳ میلوشویچ که در آن زمان به رهبری یوگسلاوی نیز رسیده بود سرکوب گسترده‌ای را علیه دولت غیر رسمی کوزوو و هم‌چنین آلبانیایی تبارهای کوزوو آغاز کرد. در سال ۱۹۹۵

1. Slobodan Milosevic

2. Ibrahim Rugova

3. این تشکیلات رسماً در سال ۲۰۰۰ منحل و جایش را به هیئت اجرایی سازمان ملل (UNMIK) داد.

آلبانیایی‌ها ناخرسندی خود را از استراتژی غیر خشونت‌آمیز «روگوآ» اعلام کردند؛ آن‌ها مدعی بودند باید برای رسیدن به حق خود جنگید. بدین ترتیب «ارتش آزادی‌بخش کوزوو»^۱ با ماهیتی تهاجمی و شبه‌نظامی تشکیل گردید. پس از خاتمه جنگ داخلی یوگسلاوی سابق با بوسنی - هرزه‌گوین در سال ۱۹۹۵، آلبانی تبارها فرصت را مغتنم شمرده تحرکات گسترده‌ی سیاسی و نظامی خویش را آغاز نمودند. نقطه‌ی عطف بحران کوزوو به درگیری نیروهای امنیتی جمهوری صربستان با شبه‌نظامیان «ارتش آزادی‌بخش کوزوو» در ۲۸ فوریه‌ی ۱۹۹۸ بر می‌گردد که روند بحران با کشته شدن بیش از ۸۰ نفر آلبانی تبار به دست صرب‌ها در ۴ مارس ۱۹۹۸ تشدید گردید (ولی‌الهی ملک‌شاه، جعفری، ۱۳۸۰: ۸۸-۱۷).

هم‌زمان با تشدید درگیری‌ها در کوزوو و پخش گزارشات‌ی از کشتار دسته جمعی آلبانی تبارها توسط نیروهای امنیتی صربستان در ۲۴ سپتامبر ۱۹۹۸، شورای ناتو با صدور بیانیه‌ای تحت عنوان اعلامیه‌ی هشدار^۲ از میلوشویچ (رئیس جمهور وقت یوگسلاوی) خواست تا به اعمال خشونت در کوزوو خاتمه بخشد که در غیراین صورت با حملات هوایی روبه‌رو خواهد شد (ولی‌الهی ملک‌شاه و جعفری، ۱۳۸۰: ۲۳).

هم‌چنین شورای امنیت در سپتامبر ۱۹۹۸، قطع‌نامه‌ی ۱۱۹۹ خود را در محکومیت این کشتارها صادر کرد که مفاد آن از این قرار بود: «آتش‌بس فوری و توقف خشونت‌ها، عقب‌نشینی نیروهای نظامی و پلیس صرب از کوزوو، بازگشت آوارگان به منازل خود، اجازه‌ی یوگسلاوی به سازمان‌های بشردوستانه جهت ارسال کمک‌های انسانی برای مردم کوزوو و هم‌چنین انجام مذاکرات بدون قید و شرط بین رهبران صرب و آلبانی تبار کوزوو» (Security Council Res. 1199[1998])^۳.

در ۱۲ اکتبر همان سال موافقت‌نامه‌ای میان میلوشویچ و نماینده‌ی گروه تماس بین‌المللی^۴ منعقد شد. مفاد آن عبارت بودند از:

- صرب‌ها باید نیروهای خود را از کوزوو خارج سازند.

1. The Kosovo Liberation Army (KLA)

2. Act Warn

۳. آرشیو قطع‌نامه‌های شورای امنیت در:

http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions09.htm

۴. هم‌زمان با اوج‌گیری بحران و تشدید درگیری بین نیروهای امنیتی صرب و ارتش آزادی‌بخش کوزوو، تلاش‌های سیاسی به منظور خاتمه بخشیدن آن صورت گرفت که در همین راستا نشست گروه تماس بین‌المللی (International Contact Group) متشکل از وزرای خارجی کشورهای آلمان، امریکا، ایتالیا، روسیه، فرانسه و انگلیس برای حل بحران کوزوو تشکیل شد.

- تعداد ۲۰۰۰ ناظر بین‌المللی از سوی سازمان امنیت و همکاری اروپا در منطقه حضور یابند.
- هوایماهای غیر مسلح ناتو اجازه نظارت داشته باشند.
- مذاکره با آلبانی تباران کوزوو آغاز شود.
- با تشکیل یک دولت خودگردان موافقت شود (ولی‌الهی ملک‌شاه و جعفری، ۱۳۸۰: ۲۶-۲۵).
پس از این موافقت‌نامه، شورای امنیت با تصویب قطع‌نامه‌ی ۱۲۰۳ در ۲۴ اکتبر ۱۹۹۸ از یوگسلاوی خواست تا بدون قید و شرط و بدون تأخیر، موافقت‌نامه‌ی مذکور را اجرا نماید و نیز استقرار ناظران زمینی و هوایی مذکور در موافقت‌نامه را تأیید نمود (Security Council [1998] Res.1203 در ۲۵ اکتبر ۱۹۹۸ دولت یوگسلاوی با ناتو موافقت‌نامه‌ای امضا نمود که ضمن آن به کاهش نیروهای امنیتی یوگسلاوی و صربستان در کوزوو متعهد گردید. تا این که در ۱۵ ژانویه ۱۹۹۹ حادثه‌ای دلخراش در روستای راجاک^۱ اتفاق افتاد که در آن ۴۵ تن غیر نظامی به قتل رسیدند. به دنبال آن، پیش‌نویس توافق‌نامه «رامبویه»^۲ با حضور «رهبران تروئیکا»^۳، گروه تماس بین‌المللی، یوگسلاوی و ارتش آزادی‌بخش کوزوو مطرح شد که طبق آن از صربستان خواسته شده بود به خودمختاری کوزوو احترام بگذارد و به نیروهای حافظ صلح ناتو اجازه استقرار در کوزوو را بدهد. دولت صربستان از قبول این توافق‌نامه خودداری کرد. شورای امنیت نیز با محکومیت حادثه‌ی روستای راجاک، خواستار تحقیق و همکاری دولت یوگسلاوی با دادگاه بین‌المللی جنایات جنگی برای یوگسلاوی سابق شد (Carole, 2003: 167-82).

در پی شکست مذاکرات رامبویه، ناتو با بمباران صربستان در مارس ۱۹۹۹ این کشور را مجبور به اتمام جنگ نمود، سرانجام نیروهای صرب در ژوئن ۱۹۹۹ از کوزوو عقب‌نشینی کردند. در دهم ژوئن همان سال شورای امنیت قطع‌نامه ۱۲۴۴ خود را با ۱۴ رأی موافق و یک رأی ممتنع (چین) به تصویب رساند و به جنگ پایان داد. این قطع‌نامه با اشاره و تأیید

۱. . Račak massacre

۲. روز ششم فوریه ۱۹۹۹ کنفرانس صلح کوزوو با سخنان ژاک شیراک رئیس‌جمهور وقت فرانسه و با حضور نمایندگان گروه تماس بین‌المللی، دولت یوگسلاوی، اتحادیه اروپا و آلبانی تبارهای کوزوو در رامبویه واقع در ۵۰ کیلومتری حومه پاریس افتتاح گردید. این سلسله مذاکرات معروف به کنفرانس صلح رامبویه است که منجر به انعقاد طرح صلحی شد که توسط گروه تماس بین‌المللی، اتحادیه اروپا و آلبانی تباران کوزوو امضا شد. اما دولت یوگسلاوی زیر بار آن نرفت. طبق این طرح یک نیروی سی هزار نفری حافظ صلح در کوزوو مستقر می‌شدند و هم‌چنین ایالت کوزوو در چارچوب یوگسلاوی باقی می‌ماند.
۳. تروئیکا یک گروه میانجی صلح برای حل معضل کوزوو بود که متشکل از نمایندگان روسیه، آمریکا و اتحادیه اروپا می‌شد.

قطع‌نامه‌های ۱۱۶۰ (۳۱ مارس ۱۹۹۸)، ۱۱۹۹ (۲۳ سپتامبر ۱۹۹۸)، ۱۲۰۳ (۲۴ اکتبر ۱۹۹۸) و ۱۲۳۹ (۱۴ می ۱۹۹۹) بر رعایت حقوق بشر در کوزوو، تأمین امنیت، بازگشت آزادانه‌ی آوارگان و محکومیت اعمال تروریستی تأکید می‌کند:

- نیروهای نظامی و شبه‌نظامی یوگسلاوی باید از این ایالت خارج شوند؛
- بلافاصله پس از عقب‌نشینی، تعدادی از نیروهای ارتش و پلیس یوگسلاوی می‌توانند به کوزوو مراجعت کنند؛

- نیروهای نظامی و غیر نظامی بین‌المللی در کوزوو مستقر شوند؛
- مأموری از طرف دبیرکل ملل متحد برای نظارت بر نیروهای غیر نظامی به منطقه اعزام شود؛
- نیروی بین‌المللی نظامی در کوزوو از نیروهای کشورهای عضو ملل متحد تشکیل شود؛
- نهادهای اداری موقت در کوزوو که مردم این ایالت بتوانند از یک خود مختاری اساسی در چارچوب جمهوری یوگسلاوی برخوردار شوند ایجاد شود؛

- از یوگسلاوی می‌خواهد با دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق همکاری کند؛
- از ارتش آزادی‌بخش کوزوو و سایر گروه‌های مسلح آلبانی تبار می‌خواهد به سرعت تمامی فعالیت‌های تهاجمی خود را متوقف نموده و به خلع سلاح ملتزم می‌باشند (Security Council Res.1244 [1999]).

بنابراین، قطع‌نامه‌ی مزبور حکومت انتقالی سازمان ملل را جانشین دولت خودخوانده‌ی کوزوو کرد. هم‌چنین این قطع‌نامه به حاکمیت صربستان بر کوزوو صحنه گذاشت.
پس از تصویب قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴، یوگسلاوی و ناتو موافقت‌نامه‌ای که متضمن عقب‌نشینی نیروهای صرب از کوزوو بود را امضا کردند. به‌دنبال این موافقت‌نامه نیروهای صرب از کوزوو خارج شدند و بدنبال این اقدام، ناتو به حملات خود پس از ۷۸ روز پایان داد. با عقب‌نشینی ناتو نیروهای حافظ صلح ملل متحد در کوزوو (کیفور^۱) در ۱۲ ژوئن ۱۹۹۹ وارد خاک کوزوو شدند (BBC News: 17 June 1999).

در سال ۲۰۰۱ با نظارت کنفرانس امنیت و همکاری اروپا، انتخابات مجلس کوزوو^۲ برگزار شد. هیئت اجرایی سازمان ملل اختیارات و مسئولیت‌های خود را به این مجلس تفویض کرد. در ۱۷ فوریه‌ی ۲۰۰۸ مجلس ملی کوزوو رسماً استقلال خود را از صربستان اعلام کرد، آمریکا و بسیاری

1. The Kosovo Force (KFOR)

2. Assembly of Kosovo

دیگر از کشورهای اروپای غربی و جهان بلافاصله استقلال کوزوو را به رسمیت شناختند، ولی صربستان و روسیه از به رسمیت شناختن استقلال کوزوو خودداری کردند. آمریکا اولین کشور جهان بود که یک هیئت دیپلماتیک به کوزوو اعزام کرد. پیشتر از این، قانون اساسی کوزوو نیز در ۹ آوریل ۲۰۰۸ تصویب و در ۱۵ ژوئن قابلیت اجرایی پیدا کرد (OSCE Website:2011).
به دنبال تحولات مزبور بود که به تقاضای صربستان مجمع عمومی در تاریخ ۸ اکتبر ۲۰۰۸ در بیست و دومین نشست شصت و سومین اجلاس هیئت خود قطع‌نامه‌ی ۳/۶۳ (A/63/L.2) را تصویب نمود که وفق آن صربستان از سازمان ملل تقاضا نمود تا درخواستی را به دیوان بین‌المللی دادگستری جهت ارائه‌ی نظریه‌ی مشورتی درباره‌ی مشروعیت یا نامشروع بودن اعلامیه‌ی استقلال یک‌جانبه (تلویحاً اشاره به اقدام نهادهای خودمختار موقتی کوزوو) تسلیم نمایند که این امر مورد قبول دیوان بین‌المللی دادگستری در ۱۷ اکتبر ۲۰۰۸ قرار گرفت (وب‌سایت آرشیو قطع‌نامه‌های مجمع عمومی: ۲۰۱۱)^۱. اعلام نظر دیوان (که در ۲۲ ژوئای ۲۰۱۰ صادر شد) تأثیرات مهمی در سرنوشت حقوقی کوزوو و موارد مشابه ایجاد کرده است.

ب) خلاصه‌ی رأی مشورتی دیوان در خصوص کوزوو

رأی مشورتی دیوان در خصوص کوزوو از چهار بخش اصلی و ۱۲۲ پارگراف تشکیل شده است: اول؛ دیوان به بررسی مبانی حقوقی صلاحیت خود می‌پردازد. سپس، حیثه و ماهیت پرسش مجمع را می‌کاود. در بخش دوم؛ ماهیت پرسش مجمع مورد بررسی قرار می‌گیرد و در بخش سوم به میزان مطابقت اعلامیه‌ی استقلال با مبانی حقوق بین‌الملل عمومی و تأمل تاریخی در این خصوص می‌پردازد. در پایان با مفروض انگاشتن مورد کوزوو به عنوان وضعیت خاص، به بررسی میزان مطابقت اعلامیه‌ی استقلال با اقدامات شورای امنیت در این خصوص مبادرت می‌کند^۲ (Accordance with Kosovo: ICJ Website, 2010).

۱- مبانی صلاحیت دیوان

دیوان ابتدا بررسی کرد که آیا صلاحیت رسیدگی به سؤال مجمع عمومی را دارد یا نه. صلاحیت دیوان در ارائه‌ی نظر مشورتی مبتنی بر ماده‌ی ۶۵ (۱) اساسنامه‌ی این نهاد است که بر

<http://www.un.org/documents/resga.htm>

۱. ر. ک. به:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>

۲. ر. ک. به:

اساس آن می‌تواند راجع به هر سؤال حقوقی از هر نهادی (که بر اساس ماده‌ی ۹۶ منشور دارای صلاحیت است) نظریه‌ی مشورتی خود را ارائه دهد. دیوان در این جا دو نکته را مورد بررسی قرار داد: یکی این که آیا مسئله‌ای که جنبه‌ی سیاسی شدیدی هم دارد می‌تواند در دستور کار دیوان قرار گیرد؟ دوم این که آیا موضوعی که در دستور کار شورای امنیت است می‌تواند هم‌زمان در دیوان مورد بررسی قرار گیرد؟ از نظر دیوان، این حقیقت که سؤالی با برخی ابعاد سیاسی است، خدشه‌ای بر ماهیت حقوقی سؤال وارد نمی‌کند. پیامدهای سیاسی رأی مشورتی، مانعی بر انجام وظیفه‌ی قضایی دیوان؛ یعنی ارزیابی یک اقدام با توجه به حقوق بین‌الملل، نیست و همان‌طور که در رأی مشورتی ۱۹۴۸ راجع به شرایط پذیرش یک دولت به عضویت ملل متحد و نظریه‌ی ۱۹۹۶ راجع به مشروعیت تهدید یا استفاده از تسلیحات هسته‌ای بیان شد، دیوان در تعیین این که مسأله‌ی مربوطه دارای ماهیتی حقوقی است، توجهی به انگیزه‌های سیاسی، که موجب درخواست نظر مشورتی شده است، یا آثار سیاسی رأی ندارد. با توجه به موارد پیش گفته، دیوان صلاحیت ارائه‌ی نظر مشورتی را به پرسش مجمع عمومی احراز می‌کند (پاراگراف‌های ۱۸ تا ۲۸).

ماده‌ی ۱۲ (۱) منشور مقرر می‌کند که هنگامی که شورای امنیت در رابطه با هر اختلاف یا وضعیتی در حال اعمال وظایف خود بر اساس منشور است، مجمع عمومی نمی‌تواند در رابطه با آن اختلاف یا وضعیت، توصیه‌ای بنماید، مگر این که شورا چنین درخواستی از مجمع کند. دیوان اعلام کرد که اگرچه وضعیت «کوزوو» موضوع اقدامات شورای امنیت بر اساس مسئولیت خود برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به مدت بیش از ده سال بوده است، لکن مجمع عمومی نیز در این رابطه قطع‌نامه‌هایی را از جمله در رابطه با وضعیت حقوق بشر و بودجه‌ی نیروهای مستقر در «کوزوو» صادر کرده است. بنابراین اگرچه این وضعیت از جنبه‌ی «تهدید صلح و امنیت بین‌المللی» مربوط به وظایف شورای امنیت است، اما این امر به منافع مشروع مجمع عمومی در این سؤال خدشه وارد نمی‌کند. زیرا مواد ۱۰ و ۱۱ منشور به مجمع، صلاحیتی بسیار گسترده برای پرداختن به تمام موضوعات در صلاحیت ملل متحد از جمله موضوع صلح و امنیت بین‌المللی اعطا می‌کند و این صلاحیت با مسئولیت شورای امنیت راجع به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی (بند ۱ ماده‌ی ۲۴ منشور) محدود نمی‌شود و ماده‌ی ۲۴ منشور صرفاً صلاحیت اولیه برای حفظ صلح و امنیت را به شورا واگذار می‌کند، نه صلاحیت انحصاری. ماده‌ی ۱۲ منشور برای حمایت از نقش شورا صرفاً مجمع را از ارائه‌ی توصیه در مورد اختلاف یا وضعیتی که در دستور کار شورا است، منع می‌کند، و این محدودیت شامل درخواست نظر مشورتی نیست؛ زیرا درخواست نظر مشورتی، توصیه محسوب

نمی‌شود. همان‌گونه که در رأی دیوان حائل (پاراگراف‌های ۲۶ و ۲۷) بیان شده، سیر زمان این گرایش را نشان می‌دهد که مجمع عمومی و شورا به‌طور موازی و هم‌زمان می‌توانند به موضوع واحدی که مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی است (در این جا وضعیت کوزوو)، رسیدگی کنند. مجمع عمومی می‌تواند همان موضوع را در دستور کار شورا مورد بررسی قرار دهد و حتی اقداماتی را نیز اتخاذ کند، و صرفاً باید محدودیت ماده‌ی ۱۲ منشور (عدم توصیه) را رعایت کند. با توجه به استدلال مزبور، دیوان در مورد اعمال صلاحیت خود به این نتیجه می‌رسد که دلایل الزام‌آوری برای خودداری از اعمال صلاحیت نسبت ارانه‌ی نظر مشورتی وجود ندارد (پاراگراف‌های ۲۹ تا ۴۸).

۲- ماهیت پرسش مجمع

به نظر دیوان، سؤال مجمع به درستی و بدون ابهام تنظیم شده است و نیازی به پیکربندی مجدد سؤال نیست. سؤال محدود و مشخص است: نظریه‌ی مشورتی دیوان راجع به این است که آیا اعلامیه‌ی استقلال یک‌جانبه مطابق با حقوق بین‌الملل است یا خیر؟ بنابراین مجمع از پیامدهای حقوقی اعلامیه؛ از جمله این که آیا کوزوو وضعیت «دولت بودن» را حائز شده است یا اعتبار و آثار حقوقی شناسایی کوزوو به عنوان دولت مستقل از سوی برخی دولت‌ها، پرسش به عمل نیاورده است تا دیوان به آن‌ها پاسخ دهد (پاراگراف‌های ۴۹ تا ۵۶).

۳- هم‌خوانی اعلامیه‌ی استقلال کوزوو با حقوق بین‌الملل عام

از نظر دیوان، در هیچ موردی رویه‌ی دولت‌ها در کل، صدور اعلامیه‌ی استقلال را مخالف با حقوق بین‌الملل ندانسته است. بلکه آشکارا رویه‌ی دولت‌ها در طی چند قرن اخیر نشان می‌دهد که حقوق بین‌الملل در بردارنده‌ی هیچ ممنوعیتی راجع به اعلامیه‌ی استقلال نیست. در نیمه‌ی دوم قرن بیست و یکم، حقوق بین‌الملل حق تعیین سرنوشت گسترش یافت که بر اساس آن به مردم سرزمین‌های غیر خودگردان و مردمی که تحت سلطه و استعمار خارجی هستند، حق استقلال داده می‌شود. مواردی یافت می‌شود که اعلامیه‌های استقلال خارج از چارچوب پیش‌گفته صادر شده‌اند و رویه‌ی دولت‌ها نشان نمی‌دهد که در این موارد یک قاعده‌ی جدید حقوق بین‌الملل وجود دارد که اعلامیه‌ی استقلال را منع کند (پاراگراف ۷۹).

شورای امنیت در مواردی اعلامیه‌های استقلال را محکوم کرده و غیر قانونی دانسته است. به نظر دیوان محکومیت اعلامیه‌های استقلال و غیر قانونی تلقی کردن آن‌ها از سوی شورا، ناشی از ویژگی

یک‌جانبه بودن این اعلامیه‌ها نیست، بلکه استفاده‌ی غیر قانونی از زور یا دیگر اشکال نقض فاحش هنجارهای حقوق بین‌الملل از جمله قواعد آمره^۱ علت نامشروع بودن اعلامیه‌های مذکور است. در مورد کوزوو، شورای امنیت هیچ‌گاه چنین موضعی اتخاذ نکرد و از رویه‌ی شورای امنیت بر نمی‌آید که اعلامیه‌های یک‌جانبه‌ی استقلال به طور کلی ممنوع است (پاراگراف ۸۳).

۴- مطابقت اعلامیه‌ی استقلال با حقوق بین‌الملل خاص

از نظر دیوان، کوزوو از حقوق بین‌الملل خاص نیز که در «قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ شورای امنیت» و «چارچوب اساسی»^۲ معین شده، بهره می‌برد. در خصوص مغایرت یا عدم مغایرت اعلامیه‌ی استقلال با قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ شورای امنیت، دیوان استدلال کرد که یکی از رویه‌های متحدالشکل شورای امنیت این است که؛ «هر جایی شورای امنیت تصمیم گرفته است شرایط محدودی را برای وضعیت دائمی یک سرزمین ایجاد کند، شرایط مربوطه در قطع‌نامه‌های مرتبط پیش‌بینی می‌شود» و به عنوان مثال به قطع‌نامه ۱۲۵۶ در مورد قبرس شمالی اشاره می‌کند (پاراگراف ۱۱۴). از نظر دیوان، قطع‌نامه اساساً یک رژیم موقت را در کوزوو با هدف رسیدن به راه حل نهایی برای وضعیت کوزوو تعیین می‌کرد، نه این که خود وضعیت نهایی کوزوو را تعیین کند. رویه‌ی شورا نشان می‌دهد که در وضعیت‌هایی که شورا قصد ایجاد محدودیت دائمی برای وضعیت یک سرزمین را دارد، شرایط آن را خود تعیین می‌کند. اما در قطع‌نامه ۱۲۴۴ چنین نیست و شورا شرایط وضعیت نهایی را تعیین نمی‌کند و این نشان می‌دهد که وضعیت ایجاد شده برای کوزوو توسط قطع‌نامه، جنبه‌ی موقتی داشته است. هم‌چنین خطاب قطع‌نامه به دولت‌های عضو و نهادهای مربوطه سازمان ملل است و متن قطع‌نامه نشان نمی‌دهد که شورا قصد تحمیل تعهد به اقدام یا عدم اقدام به دیگر بازیگران (صادرکننده‌گان اعلامیه) داشته است. متداول نیست که شورا از بازیگرانی غیر از دول عضو ملل متحد و سازمان‌های بین‌الدولی درخواست داشته باشد، مگر در موارد معدودی. این استدلال (از صربستان) پذیرفته نیست که در قطع‌نامه نسبت به صدور اعلامیه‌ی استقلال منع وجود دارد که برای نویسنده‌گان اعلامیه (بازیگران غیر دولتی) الزام‌آور است و به عقیده‌ی دیوان چنین منعی از لسان قطع‌نامه و با توجه به موضوع و هدف آن برداشت نمی‌شود. چرا که هدف قطع‌نامه صرفاً ایجاد رژیم اداری

1. Jus Cogens

2. Constitutional Framework

موقت بود، بدون این که وضعیت نهایی را تعیین کند. در خصوص هم‌خوانی اعلامیه‌ی استقلال با فحوا‌ی قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴، دیوان در ابتدا لازم دید ماهیت نویسندگان اعلامیه را تعیین کند. برای رسیدن به این مقصود این سؤال را مطرح کرد که آیا مجلس کوزوو^۱ صادرکننده‌ی اعلامیه بود یا نهادهای موقتی خود‌گرا‌ن بودند که به موجب «چارچوب اساسی» ایجاد شدند یا این که نویسندگان بر مبنای یک اهلیت دیگر اقدام کردند؟ دیوان دریافت که اعلامیه‌ی استقلال، آگاه بودن نویسندگان آن را از این که مذاکرات راجع به وضعیت نهایی کوزوو شکست خورده است و کوزوو در لحظه‌ای به سر می‌برد که تصمیم نهایی باید گرفته شود، می‌رساند. زبان اعلامیه نشان می‌دهد که نویسندگان آن قصد نداشتند که در چارچوب استانداردهای رژیم اداره‌ی موقت کوزوو اقدام کنند و رژیم اداره‌ی موقت نیز چنین صلاحیتی را دارا نبود که استقلال کوزوو را اعلام کند. بنابراین نویسندگان اختیار و صلاحیت خود را از رژیم اداره‌ی موقت اخذ نکرده‌اند، بلکه بر یک مبنای خارجی (نماینده گان مردم) اقدام کردند. زیرا نخست؛ نویسندگان متعهد شدند که تعهدات بین‌المللی کوزوو را اجرا کنند و اعلام کردند کوزوو در مقابل دول ثالث ملتزم به تعهداتش است. حال آن که بر اساس رژیم اداره‌ی موقت، مدیریت روابط خارجی کوزوو در صلاحیت انحصاری نماینده‌ی دبیرکل بود. دیگر این که در متن معتبر اعلامیه (به زبان آلبانیایی) هیچ اشاره‌ای به «مجلس کوزوو» که یکی از نهادهای اداره‌ی موقت بود، نشده است و این عبارت صرفاً در ترجمه‌ی انگلیسی و فرانسوی دبیرکل آمده است. لسان اعلامیه با زبانی که مجمع کوزوو در تصویب قوانین بکار می‌برد، نیز متفاوت است. سوم، فرآیند صدور اعلامیه‌ی استقلال متفاوت از فرآیند تصویب قوانین توسط مجمع کوزوو است. زیرا تمامی اعضای مجلس و هم‌چنین رئیس حکومت کوزوو (که در نشست حاضر بودند)، اقدام به امضای اعلامیه کردند و این اشخاص خود را به عنوان «رهبرانی که به صورت دموکراتیک از سوی مردم انتخاب شده‌اند» معرفی کردند، نه اعضای مجلس کوزوو. چهارم، اعلامیه برای انتشار در روزنامه‌ی رسمی به نماینده‌ی ویژه دبیرکل ارسال نشد، آن‌طور که در مورد تصویب قوانین مقرر بود. پنجم، واکنش (سکوت) نماینده‌ی دبیرکل در برابر اعلامیه که حق نظارتی و در مواردی حق وتوی مصوبه‌های مجلس کوزوو را داشت، نیز مؤید نتیجه‌ی متخذه از سوی دیوان است. با توجه به ملاحظات مذکور، دیوان اعلام می‌کند که نویسندگان اعلامیه به عنوان یکی از نهادهای موقتی حکومت خودگردان (که به موجب رژیم

ملل متحد ایجاد شده بود)، اقدام نکردند، بلکه اشخاصی بودند که در اهلیت خود به نمایندگی از مردم کوزوو و خارج از رژیم اداره‌ی موقت عمل کردند (پاراگراف های ۱۰۱ تا ۱۲۱).

پ) استدلال حقوقی موافقان و منتقدان

در خصوص مبانی و پیامدهای حقوقی رأی مشورتی دیوان استدلال‌های موافق و انتقادی زیادی مطرح شده است. تعدادی از حقوق‌دانان و دولت‌ها، از جمله اغلب قضات دیوان، رأی صادره را مستدل و بر اساس موازین تاریخی و حقوق بین‌الملل ارزیابی می‌نمایند. اما تعدادی از حقوق‌دانان و دولت‌ها معتقدند که این رأی دیوان مغایر مصلحت، اصول و رویه‌های حاکم بر حقوق بین‌الملل است (Hilpold, 2011). در لوایح کتبی دولت‌ها^۱ و نظرات حقوق‌دانان^۲ اعم از قضات دیوان و غیره در اثنای رسیدگی قضیه و هم‌چنین اظهارات مقامات رسمی کشورها در واکنش به رأی دیوان، سه رویکرد در خصوص اعلامیه‌ی استقلال «کوزوو» و به دنبال آن رأی دیوان مطرح گردید: گروهی از دولت‌ها و قضات (اغلب از کشورهای در حال توسعه و آسیب پذیر در قبال تجزیه طلبی) بر این

۱. لوایح کتبی ۳۵ دولت در اثنای رسیدگی رأی مشورتی در آدرس‌های زیر آمده است:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15678.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15605.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15607.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15609.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15611.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15614.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15616.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15618.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15620.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15622.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15624.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15626.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15628.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15630.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15632.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15634.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15636.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15638.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15640.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15642.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15644.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15646.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15648.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15650.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15652.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15654.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15656.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15658.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15660.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15662.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15664.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15666.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15668.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15670.pdf>,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15672.pdf>, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15674.pdf>,
http://www.b92.net/eng/news/politics-article.php?yyyy=2009&mm=04&dd=20&nav_id=5862

۲. برای اطلاع از دیدگاه برخی حقوق‌دانان ر. ک. به:

<http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/12/079.html>

اعتقادند که خارج از وضعیت استعماری، هیچ‌گونه حقی برای جدایی یک‌جانبه وجود ندارد و حقوق بین‌الملل معاصر بنا بر اصول حاکمیت و تمامیت ارضی هرگونه تلاش یک‌جانبه برای تجزیه‌ی دولت‌ها را نامشروع می‌داند (Almqvist, 2009: 10-17).

از سوی دیگر برخی حقوق‌دانان و دولت‌ها (به ویژه کشورهای غربی و امریکا) بر این اعتقادند که در حقوق بین‌الملل معاصر هیچ‌گونه حکمی مبنی بر ممنوعیت جدایی یک‌جانبه وجود ندارد، مگر این که از طریق غیرقانونی و تجاوز صورت گرفته باشد. از نظر این رهیافت، حقوق بین‌الملل قاعداً جدایی یک‌جانبه را تحت شرایط خاص مشروع می‌داند؛ یعنی در زمانی که حقوق بنیادین یک گروه به صورتی وسیع نقض شده باشد یا حکومتی وجود دارد که نماینده‌ی تمام مردم متعلق بدان سرزمین نیست و آنان مورد حمله‌ی مسلحانه‌ی آشکار حکومت مرکزی قرار گیرند. در رهیافت سوم؛ گروهی دیگر از دولت‌ها و قضات (برخی دول آمریکای لاتین، اروپایی و آسیایی) موضع میانه و انفعالی گرفته‌اند و با پذیرش تلویحی نظریه‌ی جدایی طلبی جبرانی، در انطباق مصداق بر حکم دچار اختلاف شدند. روسیه و رومانی معتقد بودند که کوزوو مصداق بهره‌مندی از تئوری جدایی طلبی جبرانی نیست (ستاری، ۱۳۸۸: ۱۳-۱۲) و (Almqvist, 2009: 10-17).

اول: استدلال موافقان رأی دیوان

با توجه به این که معمولاً آرای دیوان با نظر مثبت اغلب حقوق‌دانان همراه است، حتی اگر با اشکالاتی هم همراه باشد سعی می‌گردد که نظرات دیوان توجیه گردد. از این رو، نظرات موافق رأی دیوان به مراتب بیشتر از نظرات انتقادی است. این شاید اولین بار باشد که رأی دیوان این چنین با چالش و انتقاد همراه است. با این حال، طرف‌داران رأی دیوان که در رأس آن خود دیوان قرار دارد شش استدلال در تأیید نظر دیوان به شرح زیر ارائه کرده‌اند:

۱- مقتضی بود که دیوان تنها به سؤال اصلی مجمع بپردازد

سؤالی که مجمع عمومی از دیوان پرسید در واقع همان سؤالی بود که توسط صربستان به مجمع ارائه شده بود. این سؤال چنان محدود و مُضَبِّق طرح شده بود که شاید دیوان چاره‌ای بجز آن چه پاسخ داده است نداشت.

دیوان در رأی صادره هیچ اشاره‌ای به دولت‌بودن کوزوو و شناسایی آن توسط برخی از دولت‌ها نداشته است. دیوان صرفاً استدلال نموده که در این قضیه خودش را معطوف به پاسخ‌دهی به پرسش مجمع عمومی کرده و نه چیز دیگر. از این رو، موضوعاتی مانند تبعات سیاسی - حقوقی

اعلامیه‌های یک‌جانبه‌ی استقلال و شرایط لازم برای استقلال مشغله ذهنی دیوان به این قضیه خاص نبوده است. بنابراین نمی‌توان نتیجه گرفت که دیوان نسنجیده تصمیم گرفته است. در طول بررسی پرونده، مباحث زیادی در خصوص شرایط لازم برای دولت بودن^۱، اصل حاکمیت مؤثر^۲ و توانایی کوزوو جهت اداره‌ی خود مطرح شده بود، ولی دیوان این موضوعات را کنار زد و صرفاً تلاش خود را معطوف به پرسش اصلی مجمع کرد (Christakis, 2011: 75).

مجمع از دیوان درباره‌ی درست یا نادرست بودن حقوقی شناسایی دولت‌ها در خصوص کوزوو نپرسیده بود، از این رو پاسخ دیوان نیز نباید مستقیماً تأییدی بر شناسایی کوزوو توسط برخی از دولت‌ها قلمداد شود. دیوان نگفت که جدایی طلبی حق واحدهای سیاسی در عصر فرا استعمار است. همان‌طور که بیان شد نمی‌توان از دیوان انتظار داشت که خارج از پرسش مطرح شده توسط مجمع، به پاسخ‌دهی بپردازد.

دیوان با اشاره به قضیه‌ی دیوان عالی کانادا در قضیه‌ی حق مردم کبک (پاراگراف ۵۵) بیان نموده است که رسیدگی این پرونده با رسیدگی پرونده‌ی کبک تفاوت بسیاری دارد. در آن پرونده سؤال در رابطه با اعمال حق جدایی طلبی مرتبط بوده است، حال این که در این پرونده صرفاً از دیوان خواسته شده است که اعلام دارد آیا در حقوق بین‌الملل قاعده‌ای وجود داشته که اعلام استقلال یک‌جانبه مغایر با آن باشد. به عقیده‌ی دیوان: «در حقیقت بسیار ممکن است که در مورد یک عمل مشخص همانند اعلام استقلال، آن عمل مغایر با حقوق بین‌الملل نبوده، بدون این که الزاماً مبتنی بر اعمال یک حق اعطایی باشد.» (پاراگراف ۵۶) به نظر دیوان بررسی اعلامیه‌ی یک‌جانبه‌ی استقلال باید با توجه به حقایق قضیه که منتهی به صدور اعلامیه شد، صورت گیرد.

دیوان ضروری نمی‌بیند که بررسی کند آیا حقوق بین‌الملل؛ حق تعیین سرنوشت، در غیر از مورد سرزمین‌های غیر خودگردان و مردم تحت سلطه یا استعمار خارجی، به بخشی از جمعیت یک دولت حق جدایی می‌دهد یا نه، به عبارت دیگر؛ محدوده‌ی حق تعیین سرنوشت چیست؟ و آیا حقوق بین‌الملل حق جدایی طلبی جبرانی^۳ را شناسایی کرده است و اگر چنین است تحت چه شرایطی؟ دیوان علت طفره رفتن از پاسخ به این پرسش‌ها را محدودیت موضوع سؤال ذکر می‌کند، هر چند که این مسائل مربوط به حق جدایی از دولت باشد. دیوان صرفاً باید مشخص کند که آیا اعلامیه‌ی استقلال ناقض حقوق بین‌الملل یا قانون خاص^۴ ایجاد شده توسط قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ شورای

1. Statehood
2. Effectiveness Principle
3. Remedial Secession
4. Lex Specialis

امنیت است یا خیر؟ با توجه به ملاحظات فوق دیوان اعلام می‌کند که حقوق بین‌الملل عمومی در بردارنده‌ی ممنوعیتی نسبت به اعلامیه‌های یکجانبه‌ی استقلال نیست و در نتیجه اعلامیه‌ی مورخ ۱۷ فوریه‌ی ۲۰۰۸ حقوق بین‌الملل عمومی را نقض نکرده است (پاراگراف ۸۴).

حتی اگر استدلال شود که اعلامیه‌ی استقلال توسط مجلس کوزوو صادر شده است و فراتر از اختیارات^۱ این نهاد بوده است، باز هم این تجاوز از اختیارات صرفاً در چارچوب قوانین محلی حاکم بر کوزوو قابل ارزیابی است و نه حقوق بین‌الملل. بنابراین بازهم نمی‌توان مدعی شد که صدور این اعلامیه خلاف حقوق بین‌الملل بوده است.

معمولاً سازمان‌های بین‌المللی از جمله دیوان از خاص‌گرایی و محدودنگری طفره می‌روند و پاسخ‌های آن‌ها معمولاً صبغه‌ی کل‌گرایی و درازمدت دارد. اگر این قضیه همانند قضیه‌ی «دیوار حائل» بود، قطعاً دیوان به صورت موردی پاسخ می‌گفت و شرایط کوزوو را از جهت دولت بودن و اعتبار حقوقی شناسایی آن توسط برخی از دولت‌ها مورد ارزیابی قرار می‌داد. مجمع از دیوان نپرسیده بود که آیا جدایی طلبی حق است یا نه؟ آیا جدایی طلبی براساس موازین حقوق بین‌الملل قابل توجیه است یا نه؟ بلکه رابطه‌ی خاص اعلامیه‌ی استقلال و حقوق بین‌الملل در دستور بررسی دیوان بود. از این رو، این که جدایی طلبی حق واحدهای تجزیه طلب است، آیا این امر با حقوق بین‌الملل مطابق است یا نه، یک موضوع جداگانه مسحوب می‌شود که مشغله‌ی دیوان در این قضیه خاص نبود.

همان‌طور که تیم حقیقت‌یاب بین‌المللی در خصوص «آبخازیا» استدلال کرد و یا پیشتر دیوان عالی کانادا در خصوص «کبک» استدلال کرده بود، حق تعیین سرنوشت مستلزم جدایی طلبی نیست. دیوان تأیید نکرده که خارج از وضعیت استعماری یا اشتغال نظامی می‌توان متوسل به جدایی طلبی شد یا نه. از این رو باید بین مواضع ایجابی و سلبی دیوان فرق گذاشت.

(Report of the the Conflict in Georgia: 2008)

(Reference the Secession of Quebec from Canada; supra note 2, para. 111)

۲- پاسخ دیوان معطوف به وضعیت واقعی کوزوو نبود

در جریان بررسی پرونده از سوی دیوان، استدلال‌های مختلفی از سوی کشورهای مختلف در خصوص موجّه بودن تشکیل دولت مستقل توسط کوزوو مطرح شد. حداقل گفته می‌شد که طبق «نظریه‌ی جدایی طلبی جبرانی» این حق قانونی کوزوو است که به استقلال برسد. (Christakis, 2011: 76).

در اثنای رسیدگی، دیوان نیز استدلال کرد که استدلال‌های له و علیه فراوانی ارائه شده است. از این رو قضیه به شدت حاوی جوانب متعارض است (Christakis, 2011: 78).
با این وصف دیوان تأکید کرد که سؤال مجمع در این قضیه‌ی خاص، معطوف به وضعیت واقعی کوزوو نیست و در نتیجه از دیوان نیز نباید انتظار داشت راجع به چیزی که از او درخواست نگردید، ابراز نظر کند (پاراگراف ۵۶).

۳- دیوان در قضیه‌ی رأی مشورتی کوزوو اصل آزادی لوتوس را بکار نبست
برخی طرف‌داران اعلامیه‌ی استقلال کوزوو استدلال می‌کنند که هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد که برای یک گروه غیردولتی، صدور اعلامیه‌ی استقلال را ممنوع ساخته باشد. از نظر این گروه، اصولاً حقوق بین‌الملل در مورد استقلال‌خواهی و تجزیه‌طلبی خنثی و ساکت^۱ است؛ نه آن را تشویق می‌کند و نه ممنوع. بنابراین طبق اصل «هر آنچه ممنوع نشده باشد، مجاز است» یا طبق «اصل آزادی لوتوس»^۲ باید گفت صدور این اعلامیه تعارضی با حقوق بین‌الملل نداشته است. در جریان رسیدگی پرونده، مباحث عدیده‌ای در خصوص اصل آزادی لوتوس مطرح شد. اصل آزادی لوتوس براساس نظریه‌ی حقوقی گئورگ یلینیک (۱۹۱۱-۱۸۵۱)، حقوق‌دان مشهور آلمانی، مطرح شده است که طبق آن دولت‌ها براساس تحدید ارادی^۳ معتقد بر قواعد حقوق بین‌الملل می‌شوند و تا مادامی که ممنوعیت مصرحی وجود نداشته باشد، دولت‌ها طبق اصل حاکمیت در انجام هر عملی مجاز هستند. بنابراین فلسفه اصلی اصل آزادی لوتوس حمایت از حاکمیت دولت‌هاست و نمی‌توان آن را علیه حاکمیت دولت‌ها بکار بست. از این رو، اگر جدایی طلبی به صراحت در حقوق بین‌الملل ممنوع نشده است، واحدهای واقع در یک حاکمیت حق اعلام استقلال خواهند داشت (The Case of the S.S. "Lotus": 1927, Ser. A No. 10, at 18).

«قاضی سیما» در این خصوص اعتقاد دارد که دیوان مجدداً بر این اصل صحه گذاشته است و دیوان در رأی خود تلویحی عدم ممنوعیت را برابر با وجود قاعده‌ی جواز دانست. تأکید دیوان مبنی بر این که اعلام استقلال منافاتی با حقوق بین‌الملل ندارد به این معنی نیست که حقوق بین‌الملل چنین حقی را تضمین کرده است (Kosovo AO, supra note 10, Declaration of Judge Simma, at 3).

با این وصف، تحولات اساسی در روابط بین‌الملل و بالطبع در حقوق بین‌الملل طی دهه‌های اخیر رخ داده است. در دنیای امروز، حاکمیت دولت‌ها دچار تطور مفهومی شده است و حقوق بشر و

1. Non-liquet
2. Lotus Principle
3. Auto – limit

حیات انسان‌ها مافوق قواعد حقوقی ناظر بر حاکمیت دولت‌ها قرار گرفته است. از این که اصل «آزای لوتوس» که در سال ۱۹۲۷ از سوی دیوان دایمی دادگستری مورد تأیید قرار گرفت در حقوق بین‌الملل قرن ۲۱ با برداشته‌های متفاوتی مواجه است و اختیار عمل دولت‌ها نباید در راستای نقض حقوق انسانی مجاز شمرده شود. در جریان پرونده‌ی قانونی بودن تهدید و استفاده از سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۹۵) برخی کشورها از دیوان خواستند که طبق اصل «آزادی لوتوس» اعلام تصمیم‌گیری کند. اما با وجود فقدان ممنوعیت حقوقی در این خصوص، این امر مانع از این نشد که دیوان اعلام کند که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای برخلاف موازین حقوق بین‌الملل در مخاصمات مسلحانه است (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, AO, 8 July 1996).

البته عدم ممنوعیت جدایی‌طلبی به معنی وجود ایجابی چنین حقی هم نیست. ملل غیر خودگردان از چنین حقی برخوردارند و نباید مانع آن شد. اما ملل خارج از این موضوع چنین حقی ندارند. این بدان معنا نیست که دولت‌های دارای حاکمیت از این حق محرومند که برای حفظ تمامیت ارضی خود اقدام مقتضی طبق موازین حقوق و بین‌الملل انجام دهند. بنابراین رأی دیوان به منزله‌ی علامت مثبت به گروه‌ها و جنبش‌های جدایی‌طلب در جهان نیست. برای فهم رأی دیوان باید منظور ایجابی دیوان را به دقت مورد بررسی قرار داد. از این رو، بررسی ظاهر کلام و مفهوم رأی دیوان برای فهم مقصود واقعی دیوان بسیار حایز اهمیت است.

۴- دیوان کوزوو را دارای وضعیت خاص^۱ ندانست

دولت‌هایی مانند آلمان و آمریکا (که استقلال کوزوو را مورد شناسایی قرار دادند) استدلال حقوقی خود را مبتنی بر اصل وضعیت خاص دانستند. مراد آن‌ها این است که کوزوو یک مورد استثنایی است و نباید آن را ملاک ارزیابی سایر جنبش‌های جدایی‌طلب قرار داد. تاریخ تکوین کوزوو، فروپاشی یوگسلاوی، سابقه‌ی طولانی خودمختاری، خلأ حقوقی پس از حاکمیت هیئت اجرایی سازمان ملل بر کوزوو، گزارش نماینده‌ی سازمان ملل مبنی بر لزوم استقلال این سرزمین و هم‌چنین حوادث خونین مناطق مختلف یوگسلاوی سابق همگی یک وضعیت خاص به کوزوو بخشیدند (Reactions to the ICJ AO on Kosovo's Declaration of Independence, 2010).

از این رو، شناسایی کوزوو سابقه‌ی منفی در حقوق بین‌الملل ایجاد نمی‌کند. اما دیوان این موضوع را به طور مشخص مورد بررسی قرار نداد و در هیچ کجای رأی مشورتی، کوزوو

مصادق وضعیت خاص قلمداد نشد. دیوان این پرونده را در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خاص قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ شورای امنیت مورد بررسی قرار داد. از این‌رو دیوان در اینجا قاطعانه از مبانی حقوق بین‌الملل در مقابل صلاحیده‌های سیاسی جانب‌داری کرد. بنابراین دیوان نخواست کوزوو را از قاعده‌ی کلی خود مستثنی کند (Christakis, 2011: 81).

۵- دیوان نظریه‌ی مفروض انگاشتن دولت را مورد تأیید قرار نداد

در اثنای رسیدگی پرونده، برخی از دولت‌ها «نظریه‌ی گئورگ یلینیک» (۱۹۱۱-۱۸۵۱) را پیش کشیدند که حقوق بین‌الملل در خصوص چگونگی ایجاد دولت‌ها مسکوت است و آن را مفروض می‌پندارد؛ همان‌گونه که حقوق داخلی وجود انسان‌ها را مفروض می‌گیرد. «یلینیک» می‌گفت حقوق بین‌الملل تنها پس از ایجاد دولت‌ها کاربرد دارد نه قبل از آن (Kohen, 2006: 138-70).

اما دیوان در این رأی به صورت غیرمستقیم نظریه‌ی «یلینیک» را رد کرد و دایره‌ی شمول حقوق بین‌الملل را ناظر به چگونگی ایجاد دولت‌ها نیز دانست. همان‌طور که در پیشینه‌ی شورای امنیت در موارد مختلف، شناسایی «رودزیای جنوبی»، «قبرس شمالی» و غیره را ممنوع شمرد. دیوان تصریح کرد:

«غیرقانونی بودن اعلامیه‌ی استقلال ناشی از ماهیت یک‌جانبه بودن آن نیست، بلکه به علت کاربرد غیرقانونی زور و نقض قوانین حقوق بین‌الملل، خصوصاً قواعد آمده است» (پاراگراف ۸۱). بنابراین از نظر دیوان برخی از اعلامیه‌های استقلال به این دلیل که در شرایط غیرقانونی صادر شده است می‌تواند غیرقانونی و منافی حقوق بین‌الملل باشد. از این‌رو، سایر دولت‌ها نیز موظفند در راستای ایفای مسئولیت بین‌الملل خود چنین موقعیت‌هایی را شناسایی نکنند. از محتوای حکم دیوان چنین برداشت می‌شود که از نظر دیوان، جدایی طلبی نه تنها یک امر عینی است، بلکه باید شرایط حقوقی نیز داشته باشد. «اصل Ex Injuria» یا «عمل نامشروع منشأ قانون نیست»^۱ محدودیت‌های خارجی مربوط به اصل حاکمیت مؤثر را بیان می‌کند (Tomuschat and Thouvenin, 2005: 134).

در اثنای بررسی پرونده، بسیاری از دولت‌ها در یادداشت‌های ارسالی خود به دیوان تأکید داشتند که جدایی طلبی، به ویژه اگر همراه با استفاده از غیرقانونی از زور همراه باشد غیرقانونی است. در این خصوص، فرانسه می‌گوید: «اگر اعلامیه‌ی استقلال کوزوو نتیجه‌ی نقض اصول بنیادی حقوق بین‌الملل باشد، به‌طور قطع دیوان آن را برخلاف حقوق بین‌الملل ارزیابی می‌کند.

1. Ex Injuria Jus non Oritur

اما واقعیت این است که هیچ‌یک از اصول ممنوعه در این جا دخیل نیست» (Written Statement of the French Republic, 2009, para. 2.14).

البته همان‌طور که خاطر نشان گردید در سال ۱۹۹۹، ناتو به جنگ شدیدی علیه صربستان مبادرت کرد که منجر به شکست بلغراد گردید. اما صربستان در قضیه‌ی اخیر هیچ اشاره‌ای به این موضوع نداشت. دیوان تأکید کرد که هیچ قاعده‌ی کلی حقوق بین‌الملل در منع صدور اعلامیه‌های استقلال یک‌جانبه وجود ندارد.

از نظر دیوان، غیر از شرایط استثنایی مانند تجاوز، در هیچ‌یک از رویه‌های شورای امنیت، اعلامیه استقلال غیرقانونی اعلام نشده است؛ این بدان معنا نیست که حقوق بین‌الملل طرف‌دار جدایی‌طلبی است، بلکه بالعکس، حقوق بین‌الملل حامی شدید تمامیت ارضی دولت‌هاست و به آن‌ها اجازه می‌دهد که از تمامی ابزارهای قانونی برای حفظ تمامیت ارضی خود استفاده نمایند.

۶- دیوان معتقد است که اصل تمامیت ارضی در محدوده‌ی روابط دولت‌ها قرار دارد، نه در داخل دولت‌ها

یکی از موارد جنجالی (که دیوان در اثنای رأی مشورتی کوزوو مطرح کرد) این است که در پاراگراف ۸۰ این رأی تصریح شده است که اصل تمامیت ارضی صرفاً در محدوده‌ی روابط بین دولت‌ها قرار دارد. به عبارت دیگر، فقط دولت‌ها موظف به رعایت آن هستند تا مردمان ساکن یک سرزمین. اما به نظر می‌رسد که نظر دیوان با رویه‌ی بین‌المللی مطابق نباشد. اسناد مختلف بین‌المللی در نفی جدایی‌طلبی از سوی مردمان داخل یک دولت مستقر تأکید دارد. برای نمونه اتحادیه‌ی آفریقا در چند مورد به صراحت تجزیه‌طلبی را رد و اصل احترام به تمامیت ارضی دولت‌ها را واجب‌الرعايه دانسته است. در این قضیه، پای دولت‌های خارجی در میان نبود. این موضع در بسیاری از اسناد بین‌الملل تأکید شده است (Christakis, 2011: 84).

حتی در ماده‌ی ۲۱ کنوانسیون اروپایی حفظ حقوق اقلیت ملی (۱۹۹۵) تأکید شده است: «هیچ‌یک از مفاد این کنوانسیون نباید به منزله‌ی تأیید عمل یا اعمال منافی اصول حقوق بین‌الملل، به‌ویژه برابری حاکمیت دولت‌ها، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولت‌ها تفسیر گردد». اصل تمامیت ارضی بخش مهمی از نظم حقوقی بین‌المللی است که در بند ۴ ماده‌ی ۲ منشور ملل متحد نیز محترم شمرده شده است و در اعلامیه‌ی اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط دوستانه

و همکاری بین دولت‌ها بر اساس منشور ملل متحد (قطعنامه‌ی ۲۶۲۵ مجمع) و کنفرانس هلسینکی ۱۹۷۵ بر آن تأکید شده است. بر اساس این اصل، تمام دولت‌ها باید در روابط بین‌المللی خود از تهدید یا کاربرد زور علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی یکدیگر خودداری کنند. بنابراین از نظر دیوان قلمرو اصل تمامیت ارضی محدود به روابط بین دولت‌ها است و آن‌ها ملزم به رعایت این اصل هستند، نه بازیگران غیر دولتی (آن‌چنان که برخی دولت‌ها از جمله صربستان و ایران عقیده داشتند که اعلامیه‌ی استقلال مغایر اصل تمامیت سرزمینی است) (پاراگراف ۸۰).

دوم: استدلال منتقدین رأی دیوان

منتقدین رأی دیوان بیشتر نگران تبعات تصمیم دیوان هستند و اگر رأی دیوان صرفاً محدود به کوزوو می‌شد شاید کمتر آن را به چالش می‌کشیدند. به هر حال، منتقدین، چهار استدلال عمده جهت نقد رأی دیوان به شرح زیر مطرح کرده‌اند:

۱- محدودنگری

یکی از انتقادهای اساسی که متوجه رأی دیوان شده است محدودنگری و عدم توجه به مصالح کلان بین‌المللی در طول زمان گسترده است. از نظر دیوان، سؤال مجمع «محدود و خاص» بوده و تنها میزان هم‌خوانی اعلامیه‌ی استقلال با حقوق بین‌الملل مدنظر بوده، نه این که تبعات حقوقی اعلام استقلال چیست. بنابراین ضرورتی نداشت که دیوان به این نکته پردازد که آیا کوزوو شرایط کشور شدن را داشت یا این که شناسایی این موجودیت سیاسی توسط برخی دولت‌ها قانونی است یا نه (پاراگراف‌های ۴۹ تا ۵۶). ولی این نظر دیوان برای منتقدین رضایت بخش نبوده است.

قضات دیوان هرچند در رأی‌گیری تصمیم مشترک گرفتند، ولی استدلال و نظرات آن‌ها در خصوص رأی متفاوت بوده است. قاضی «عبدل کومورا» استقلال کوزوو را مصداق تناقض بارز بین دو اصل حق تعیین سرنوشت و تمامیت ارضی دانست. دیوان به این تناقض نپرداخت؛ صرفاً خود را محدود به این سؤال فنی کرد که اعلامیه‌ی استقلال با حقوق بین‌الملل منافات دارد یا نه؟ درحالی که دیوان می‌توانست با این استدلال که کوزوو منحصر به فرد است و تحت فشار و ستم قرار گرفته بود، می‌تواند از استقلال بهره‌مند گردد (Harvard Law Review, 2011:1098-1105).

«قاضی سیما» هم به رغم رأی مثبت، غیر دقیق بودن رأی دیوان را می‌پذیرد و اذعان می‌کند: «دیوان با محدود کردن غیرموجه دامنه‌ی تحلیل، به پرسش مطرح شده مجمع پاسخ رضایت‌بخشی نداده است. دیوان لازم بود که تحلیل کافی از قواعد تأییدی و ممنوعه‌ی حقوق

بین‌الملل در خصوص اعلامیه‌های استقلال و اقدامات تجزیه‌طلبانه را مورد بررسی قرار می‌داد.» (Mammadov, 2010: 317).

«قاضی اسپولودا-آمور»، ضمن پذیرش نقص‌های عدیده‌ی رأی دیوان، معتقد است: «دامنه و حدود حق تعیین سرنوشت، مسئله‌ی جدایی‌طلبی جبرانی، تأثیر شناسایی یا عدم شناسایی در مورد قضیه‌ی حاضر، باید همگی مورد توجه قرار می‌گرفت...» (Mammadov, 2010: 318).

«قاضی یوسف» نیز تأیید کرد که مضمون اصلی سؤال مجمع از دیوان بحث مربوط به ایجاد یک دولت جدید از طریق تجزیه‌ی یک دولت مستقر است. صرف محدود کردن دامنه‌ی سؤال، آن را از مضمون واقعی آن تهی می‌کند (Mammadov, 2010: 318).

از این رو، برخی دولت‌ها و حقوق‌دانان معتقدند که دیوان در این پرونده بسیار محدود‌نگر بوده و جوانب قضیه را بخوبی مدنظر قرار نداده است.

۲- مغایرت رأی دیوان با شرط محافظت^۱ و اصول حاکمیت، تمامیت ارضی و عدم مداخله یکی از ایراداتی که به رأی دیوان وارد شده مغایرت آن با شرط محافظت و اصل احترام به تمامیت ارضی و حاکمیت دولت‌هاست. دیوان نتیجه گرفت که اعلامیه‌ی استقلال کوزوو با حقوق بین‌الملل منافات ندارد. با این وصف، دیوان دادگستری در خصوص تبعات اعلام استقلال کوزوو و یا این که واقعاً کوزوو شرایط کشور شدن را دارد، سکوت در پیش گرفت. دیوان دادگستری در نظر مشورتی خود، حدود و ثغور اصل حق تعیین سرنوشت را مشخص نکرد و این امر می‌تواند جواز حقوقی برای حرکت‌های تجزیه‌طلب در اقصی نقاط جهان باشد. دیوان می‌توانست موجه دانستن تجزیه‌طلبی در شرایط نقض حقوق بنیادی اقلیت‌ها^۲، شرایط مضیق تجزیه‌طلبی و حق تعیین سرنوشت را مشخص می‌کند (Harvard Law Review, 2011: 1098-1102).

به نظر بسیاری از حقوق‌دانان مانند «کاسسه»، مفهوم حق تعیین سرنوشت؛ ابتدا بیشتر در مورد سرزمین‌های تحت سلطه و اشغال، غیرخودمختار و استعماری مصداق داشت، همان‌طور که

1. Saving Clause

۲. درباره‌ی مفهوم اقلیت یا عضو اقلیت یک تعریف پذیرفته شده‌ی عمومی وجود ندارد. طبق تعریفی که «فرانچسکو کاپوتورتی» (مخبر اسبق سازمان ملل در امور اقلیت‌ها) ارائه کرده: «اقلیت عبارت از گروهی است که از لحاظ عددی در مقایسه با کل جمعیت یک جامعه رقم نازلی را تشکیل می‌دهد و میزان نفوذ آن‌ها در جامعه پایین است، اعضای آن دارای یک دسته ویژگی‌های زبانی، مذهبی و قومی بوده که با بقیه جمعیت جامعه تفاوت دارد و اعضای اقلیت‌ها دارای حس همبستگی برای حفظ فرهنگ، سنن، مذهب و زبان‌شان می‌باشند» (امیدی، ۱۳۸۷: ۵).

قطع‌نامه‌ی ۱۵۱۴ مجمع عمومی مورخ ۱۹۶۰ فقط صحبت از حق تعیین سرنوشت مردم مستعمرات کرد. ولی از اواسط دهه‌ی ۱۹۶۰ به بعد که اکثریت سرزمین‌های تحت استعمار استقلال کسب کردند، مفهوم حق تعیین سرنوشت در مورد اقلیت‌ها و مردم زیر سلطه‌ی کشورهای استبدادی و نژادپرست تسری مفهومی و مصداقی پیدا کرده است (امیدی، ۱۳۸۷: ۹). با این وجود، دیدگاه جامعه‌ی بین‌المللی در قبال حق تعیین سرنوشت بیرونی (استقلال) اقلیت‌ها بسیار محتاطانه، محافظه‌کارانه و براساس واقعیات موجود، از جمله دولت-محوری بودن نظام بین‌الملل شکل گرفته است. در رویکرد جامعه‌ی بین‌الملل، مرزهای دولت‌های تثبیت شده، یک واقعیت غیرقابل انکار و تغییر است و حق تعیین سرنوشت تنها با احترام تمامیت ارضی، برای تعیین حاکمان یک کشور مصداق دارد (Cassese, 1995: 346-834). به نظر «کاسسه»، مهم‌ترین اسناد بین‌المللی (میثاقین، اعلامیه‌ی روابط دوستانه و سند پایانی هلسینکی) همگی بین حق تعیین سرنوشت بیرونی از یک سو و حمایت از اقلیت‌ها، تفاوت آشکاری قائل شده‌اند. دولت‌ها آشکارا از تدوین اسنادی که بین این دو پیوند قائل باشد دوری گزیده‌اند (Cassese, 1995: 346-834).

از یک سو، جامعه‌ی بین‌المللی با تفسیر موسع حق تعیین سرنوشت (که مساوی با جدایی‌طلبی باشد) مخالفت شدید دارد و از سوی دیگر، رعایت حقوق افراد و گروه‌ها (شامل اقلیت‌ها) در زمره‌ی وظیفه‌ی دولت‌ها شناخته شده است. حق تعیین سرنوشت نباید به مفهوم ایجاد حق تجزیه‌طلبی و تشکیل کشور مستقل برای گروه‌های قومی و اقلیت تلقی گردد. در این ارتباط بند (۶) قطع‌نامه‌های شماره‌ی ۱۵۱۴ و ۲۶۲۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد چنین اشعار می‌دارد:

«هیچ‌یک از بندهای فوق، مشوق تجزیه و یا خدشه‌دار کردن جزئی یا کلی تمامیت ارضی و یا وحدت سیاسی دول حاکم و مستقل، که نمایندگی کل مردمی متعلق به سرزمین خود را بدون تمایز از حیث نژاد، عقیده یا رنگ پوست بر عهده دارند، نخواهد گردید و چنین دلالتی نیز ندارد» (آرشیو انگلیسی قطع‌نامه‌های مجمع عمومی^۱).

لزوم حفظ تمامیت ارضی دول حاضر، در اسناد خاص مربوط به حقوق اقلیت‌ها نیز مورد تأکید قرار گرفته است. بر همین اساس در بند (۴) ماده‌ی ۸ بیانیه‌ی حقوق اقلیت‌های ملی یا قومی، مذهبی و زبانی ۱۹۹۲ مصوب مجمع عمومی ملل متحد، چنین مقرر شده است:

«هیچ حقی در این بیانیه، به‌عنوان مجوز اقدام علیه اهداف و اصول منشور ملل متحد از جمله؛ حاکمیت برابر، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولت‌ها تفسیر نخواهد شد» (آرشیو انگلیسی بیانیه‌های مجمع عمومی^۱).

در ماده‌ی ۲۱ کنوانسیون چارچوب حمایت از اقلیت‌های ملی شورای اروپا مصوب ۱۹۹۴ نیز بار دیگر بر مخالفت با تجزیه‌طلبی گروه‌های اقلیت تأکید گردید:

«هیچ چیزی در این کنوانسیون متضمن حق دخالت در عمل یا انجام اقدامی مغایر

اصول اساسی حقوق بین‌الملل به‌ویژه حاکمیت برابر، تمامیت ارضی و استقلال

سیاسی دولت‌ها نبوده و این‌گونه تفسیر نخواهد شد» (سایت شورای اروپا: ۲۰۱۱)^۲.

از ظاهر کلام و مفهوم مواد مذکور و دیگر اسناد بین‌المللی چنین استنباط می‌شود که هر نوع اقدام گروه اقلیت علیه تمامیت ارضی دولت، چه به‌صورت فعالیت‌های مسالمت‌آمیز و چه با توسل به‌زور، ممنوع می‌باشد. با توجه به این واقعیت که تعداد زیادی گروه قومی و ملی در اقصی نقاط جهان وجود دارد؛ بدیهی است که شناسایی حق تعیین سرنوشت بیرونی برای تمام این گروه‌ها، مشکلات عظیم سیاسی و امنیتی برای جامعه‌ی بین‌المللی به‌دنبال خواهد داشت. این تعهد جامعه بین‌المللی به تمامیت ارضی دولت‌ها به‌عنوان «شرط محافظت» موسوم شده است (عزیزی، ۱۳۸۹: ۱۸). کمیته‌ی حقوق بشر نیز به تأسی از رهیافت مندرج در معاهدات بین‌المللی مزبور و عملکرد دولت‌ها، میان حقوق اقلیت‌ها و حق تعیین سرنوشت قائل به تمایز است. به اعتقاد کمیته، حق تعیین سرنوشت متفاوت از حق اقلیت‌هاست و در هر صورت برخورداری اقلیت‌ها از حقوق مندرج در ماده‌ی ۲۷ نباید به حاکمیت و تمامیت ارضی دولت‌ها آسیبی وارد سازد^۳ (General Comment No. 23). کمیته‌ی رفع تبعیض نژادی نیز اعمال حق تعیین سرنوشت در وضعیت‌های غیراستعماری را موجد حق جدا شدن نمی‌داند:

«در خصوص حق تعیین سرنوشت مردم؛ دو جنبه را باید از هم‌دیگر تفکیک نمود.

حق تعیین سرنوشت دارای یک جنبه‌ی داخلی است که به معنای حق تمام مردم به تعقیب

آزادانه‌ی توسعه‌ی اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی کشور خود بدون دخالت خارجی

<http://www.un.org/documents/instruments/docs-en.asp>

۱. ر. ک. به:

۲. ر. ک. به:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=157&CM=2&DF=18%2F04%2F02&CL=ENG>

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

۳. ر. ک. به:

می‌باشد. جنبه‌ی خارجی حق تعیین سرنوشت نیز به معنای آن است که همه‌ی مردم حق تعیین آزادانه‌ی وضعیت سیاسی و جایگاه خود در حقوق بین‌الملل را بر پایه‌ی اصل حقوق برابر دارند. این حق با آزادی مردم از استعمار و ممنوعیت تسلط، سلطه و بهره‌برداری خارجی پیوند دارد»^۱ (General Recommendation, No21).

از سوی دیگر، «جیمز کرافورد» از حقوق‌دانان صاحب نام بین‌المللی نیز تأکید دارد که در حقوق بین‌الملل هیچ نوع شناسایی برای جدایی‌طلبی یک‌جانبه صورت نگرفته است، گروه‌های قومی و اقلیت‌ها نمی‌توانند با استناد به حقوق بین‌الملل به‌طور یک‌جانبه خواستار جدایی شوند. حق تعیین سرنوشت در داخل یک دولت به معنی مشارکت گروه‌ها و مردم در نظام سیاسی با احترام به تمامیت ارضی آن معنی می‌دهد. حتی اگر درخواست مستمر و قوی برای استقلال باشد، این تنها حق دولت مرکزی است که چگونه به این درخواست پاسخ دهد. به نظر «کرافورد»، در جامعه‌ی بین‌المللی از ۱۹۴۵ سابقه ندارد که پاره‌ای از سرزمین یک دولت مستقر و حاکم، قصد جدایی داشته باشد و سازمان ملل بر آن صحه گذاشته باشد (Crawford:1997).

با وجود تصریحات مزبور، با غالب شدن گفتمان حقوق بشر و دموکراسی بر حقوق و روابط بین‌الملل از دهه‌ی ۱۹۶۰ به بعد، تحول مفهومی نیز در حق تعیین سرنوشت نیز صورت گرفت. همان‌طور که بند (۶) قطع‌نامه‌های شماره‌ی ۱۵۱۴ و ۲۶۲۵ مجمع عمومی سازمان ملل تلویحی تأکید دارد که احترام به اصولی چون حق حاکمیت دولت‌ها، اصل تمامیت سرزمینی و اصل عدم مداخله، مستلزم وجود دولت مشارکتی، عدم تبعیض و احترام به حقوق انسان‌هاست. حالا اگر این موارد نقض شود، تکلیف مردمان تحت تبعیض و ستم چیست؟ حقوق بین‌الملل راه حلی را که از یک سو تمامیت ارضی کشورها را پاس دارد و از سوی دیگر منافع و خواست‌های اقلیت‌های قومی و فرقه‌ای را مدنظر قرار دهد، در وهله‌ی اول؛ برقراری نظام‌های دموکراتیک و در مرحله‌ی دوم؛ اعطای خودمختاری به اقلیت‌ها تشخیص داده است (امیدی، ۱۳۸۷: ۱۵). اگر این دو سازو کار جواب ندهد استقلال و حق تعیین سرنوشت بیرونی آن اقلیت توجیه خواهد داشت. گروه اخیر، مردمی هستند که حقوق بنیادین انسانی آن‌ها از سوی گروه حاکم انکار شده است. به این معنا که اگر حکومت یک کشور؛ حق موجودیت فیزیکی یا دیگر حقوق بنیادین گروه‌های اقلیت قومی و زبانی را انکار نماید و آن‌ها را از مشارکت مؤثر در اداره‌ی امور کشور محروم نماید و به‌صورت سیستماتیک علیه آنان، تبعیض روا دارد، در این صورت حق جدایی از آن کشور و

۱. ر. ک. به:

تشکیل دولت مستقل برای گروه تحت ستم فراهم خواهد شد. این اقدامات با این اصل حقوق بین‌الملل مطابق است که «هیچ صدمه‌ای بدون جبران نمی‌ماند»^۱ (David Raic, 2009: 8). بنابراین، طبق این اصل، جدایی طلبی حق برخی گروه‌ها در داخل برخی حاکمیت‌هاست؛ اگر هیچ راهی غیر از استقلال برای حفظ هویت و حقوق آن‌ها فراهم نباشد. در حقوق بین‌الملل، به این عمل «جدایی طلبی جبرانی» نام گذاشته‌اند (ضیایی، ۱۳۹۰: ۲۴۵).

در تأیید نظریه‌ی جدایی طلبی جبرانی، حقوق‌دان برجسته‌ای به نام «لویز وایلدهابر»^۲ در گزارش تقدیمی به دیوان عالی کانادا می‌نویسد:

«تا دوران اخیر، در رویه‌ی بین‌المللی، حق تعیین سرنوشت در عمل، معادل حق استعمار زدایی و مترادف آن بوده است. اما در سال‌های اخیر به نظر می‌رسد که اجماعی پدیدار شده است که اگر حقوق بشری گروهی از مردم به صورت مداوم و سیستماتیک نقض شود و یا در صورتی که بدون سرکوب، به صورت کلی و وسیع و به شیوه‌ای غیردموکراتیک و تبعیض‌آمیز آن‌ها را در «ساختار حکومت» مشارکت ندهند، آنان نیز از حق تعیین سرنوشت برخوردار می‌شوند. بنابراین اگر این توصیف درست باشد، آنگاه حق تعیین سرنوشت وسیله‌ای است که می‌توان از آن در تأسیس معیارهای بین‌المللی حقوق بشر و دموکراسی استفاده نمود» (Bayefsky, 2000: 64).

حقوق‌دانان برجسته‌ای چون «توماس فرانک»^۳، مالکم شاو و آلن پله»^۴ نیز هر کدام در گزارش خود به دیوان عالی کانادا، به صراحت از پدیدار شدن حق تعیین سرنوشت در وضعیت‌های استثنایی فوق‌الذکر در حقوق بین‌الملل کنونی حمایت کرده‌اند. با این تفاوت که «پروفیسور فرانک»، دایره‌ی وضعیت‌های مربوط به برخورداری از حق جدا شدن را گسترش داده و آن را به موارد عدم رعایت حقوق اقلیت‌ها که در ماده‌ی ۲۷ ذکر شده است، سرایت می‌دهد. این حقوق‌دانان از نظریه‌ی «یلینیک»^۵ جانب‌داری کردند که اصل حاکمیت و اصل احترام به تمامیت ارضی مربوط به روابط دولت‌هاست نه گروه‌ها و ملل درون یک کشور (عزیزی، ۱۳۸۷: ۴۱) و (Bayefsky, 2000: 499).

رای دیوان هرچند تجزیه طلبی را تأیید نکرد، ولی آن را در شرایط خاص مجاز دانست. دیوان عالی کانادا در رأی مشورتی خود، به خوبی نظر حقوق بین‌الملل را در خصوص تجزیه طلبی بیان

1. The Principle of no Irreparable Harm
2. Luzius Wildhaber
3. Thomas M. Franck
4. Alain Pelle

کرد. این دیوان، که درباره‌ی حق کبکی‌ها برای استقلال نظر می‌داد، استدلال کرد که حقوق بین‌الملل برداشت مضیق از حق تعیین سرنوشت دارد و تنها مردمی که تحت «انقیاد بیگانگان یا سلطه‌ی استعماری هستند» می‌توانند خواستار حق تعیین سرنوشت بیرونی باشند؛ و گرنه از طریق حق تعیین سرنوشت داخلی، دموکراسی و مشارکت‌های مدنی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی می‌توانند این حق را اعمال کنند. از نظر دیوان عالی کانادا، حالا که کبکی‌ها این حق را اعمال می‌کنند، دیگر اینکه آن‌ها حق جدایی‌طلبی دارند بلامورد است (Harvard Law Review, 2011: 1098-1105).

به نظر می‌رسد که مشروعیت استقلال کوزوو را می‌توان بر مبنای «حق جدا شدن به دلیل انکار و نقض حقوق بنیادین بشری» توجیه نمود. چه آنکه تردیدی نیست که صرب‌ها در طول دهه‌ی ۱۹۹۰ به صورتی سیستماتیک حقوق بشری مردم کوزوو از جمله حق حیات آنان را نقض کرده بودند و مداخله‌ی ناتو برای توقف کشتار آنان براساس تئوری «مداخله‌ی بشردوستانه» توجیه گردید. در حالی که دیوان هیچ اشاره‌ای به این نکته برای توجیه تجزیه‌طلبی کوزوو نداشت.

با این وجود، به نظر می‌رسد که برخلاف وجود اجماع تقریبی میان حقوق دانان متخصص در این حوزه، «تئوری جدایی‌طلبی جبرانی» در عمل از سوی دولت‌ها چندان مورد استقبال قرار نگرفته است. از این رو، منتقدین رأی دیوان، آن را با اصول و رویه‌های بین‌المللی از جمله، شرط محافظت، معایر ارزیابی می‌نمایند (عزیزی، ۱۳۸۷: ۴۲).

۳- نقض غرض و تالی فاسد رأی دیوان

در خصوص رأی مشورتی کوزوو به نظر می‌رسد که نظر دیوان دارای تالی فاسد باشد. اصل احترام به تمامیت ارضی کشورها، نه تنها یکی از اصول مسلم حقوق بین‌الملل است، بلکه در خصوص صربستان یک اصل ویژه^۱ نیز محسوب می‌شود.

در نظریه‌ی تقدیمی «قاضی بنونا» در تفسیر نظر مخالف خود گفت که دیوان نباید در این پرونده به صدور رأی پردازد؛ چرا که صدور این رأی هیچ فایده و تاثیر حقوقی^۲ به همراه ندارد. برای آن که طبق اساس نامه و آئین دادرسی دیوان، رأی مشورتی باید به نهاد درخواست کننده (در اینجا: مجمع عمومی) در جهت انجام وظایفش کمک کند. حال آن که پاسخ دادن به این سوال که صدور اعلامیه توسط نمایندگان مردم کوزوو مشروع بوده است یا نه، بدون ورود به بحث دولت بودن^۳ یا

1. Lex Specialis
2. Legal Propriety
3. Statehood

شناسایی، هیچ تأثیری در انجام وظایف «مجمع عمومی» نخواهد داشت. ممکن است این پاسخ برای برخی دولت‌های عضو حائز اهمیت باشد، اما باید توجه کرد که پاسخ این سؤال هیچ دردی از مجمع عمومی در کلیت خود و طبق وظایف تعریف شده‌اش دوا نخواهد نمود. لذا باید دیوان از پاسخ به این سؤال خودداری می‌نمود.^۱ (Dissenting Opinion of Judge Bennouna) و (Aljaghoub, 2010:2).

از سوی دیگر، در قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ به صراحت تأکید شده که هرگونه تضمین حقوق مردم کوزوو نباید به ضرر تمامیت ارضی صربستان تمام شود. در واقع، جامعه‌ی بین‌الملل از طریق شورای امنیت تمامیت ارضی کوزوو را مورد تأیید و تضمین قرار داده است. اگر ظاهر کلام پاراگراف ۸۰ رأی مشورتی به این معنی باشد که دامنه‌ی اصل احترام به تمامیت ارضی همیشه و ضرورتاً در روابط بین دولت‌ها موضوعیت دارد، این بدان مفهوم خواهد بود که تمامی دولت‌هایی که با خطر جدایی طلبی مواجهند به تضمین‌های جامعه‌ی بین‌المللی اعتماد نداشته باشند. در خصوص صربستان، این بدان مفهوم است که تعهد جامعه‌ی بین‌الملل یک تعهد یکپارچه و بعنوان یک بسته‌ی غیر قابل منفک^۲ است، ولی در عوض حقوق بنیادی این کشور، از جمله تمامیت ارضی آن، مورد بی‌توجهی دیوان قرار گرفت. این حق برای بلگراد محفوظ است که در صورت قصور جامعه‌ی بین‌الملل، خود به تنهایی به ایفای حقوق خود مبادرت نماید. هرچند در عمل، صربستان بعد از اعلان استقلال کوزوو به هیچ اقدام تحریک‌آمیز مبادرت نکرد؛ ولی آیا در موارد دیگر، این امر باعث ایجاد سابقه‌ی منفی در تحریک نهضت‌های جدایی طلب نخواهد شد؟

هرچند دیوان دادگستری با عدم تعیین شرایط دولت بودن، به ابهام مرز بین حق تعیین سرنوشت و تمامیت ارضی کماکان ادامه داد، ولی کوزوو احساس برنده بودن کرد. هرچند دیوان تأیید یا نفی نکرد که کوزوو شرایط دولت بودن را دارد.

اعتقاد بر این است که رأی دیوان، (همان‌طور که قاضی سیما تأکید کرد) با «اصل پوزیتیویستی لوتوس» مطابقت دارد مبنی بر این که «حقوق بین‌الملل هرچیزی را که منع نکرده، مجاز می‌شمارد». این به‌طور قطع تبعات مثبتی برای تمامیت ارضی کشورها در پی نخواهد داشت. دیوان تلویحی این اصل را مستند رأی خود قرار داد. دیوان در استدال‌های خود از اشاره به حق استقلال یا تجزیه‌طلبی ملت‌ها طفره رفت؛ صرفاً به این نکته تأکید کرد که حقوق بین‌الملل با اعلامیه‌ی استقلال منافات ندارد. برخی معتقدند که همین رأی دیوان مستمسک

<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>

۱. ر. ک. به:

2. Package

حقوقی برای بسیاری از گروه‌های تجزیه‌طلب جهت توجیه خواسته‌های خود می‌گردد (Hilpold, 2011: 37-42). عده ای معتقدند که دیوان با استناد به قطع‌نامه‌ی ۱۹۷۰ و رأی دیوان عالی کانادا در خصوص کبک، می‌بایست مورد کوزوو را مستثنی می‌کرد و بین ادعاهای قوی و ضعیف تمایز می‌گذاشت. به نظر می‌رسد که شرط محافظت راه حل خوبی در این خصوص باشد.

همان‌طور که گفته شد دانشمندان حقوقی استدلال می‌کنند که انکار حقوق بنیادی مردم در سطح داخل می‌تواند منجر به حق تجزیه‌طلبی گردد. از این جهت، وضعیت کوزوو این چنین بود و می‌توانست چنین ادعایی داشته باشد. کوزوو سال‌ها از فدرالیسم در یوگسلاوی سابق بهره می‌برد، ولی بعد از فروپاشی این کشور، این حق به صورت ظالمانه از سوی صرب‌های افراطی نقض شد. اهالی کوزوو احساس کردند که اگر اعلامیه‌ی استقلال صادر نکنند حقوق بنیادی آن‌ها بیش از پیش نقض خواهد شد و تنها راه تحقق این حقوق اعلام استقلال است. از این‌روست که نماینده‌ی سازمان ملل استدلال کرد که سال‌ها اداره‌ی موقت کوزوو توسط سازمان ملل وضعیت غیرقابل بازگشتی بوجود آورده که ادغام مجدد این سرزمین در صربستان غیرممکن است (Hilpold, 2011: 37-42)، اما دیوان در رأی صادره هیچ اشاره‌ای به این حقایق نکرد.

۴- تأیید ضمنی شناسایی زودرس

«جمشید ممتاز»، رئیس سابق کمیسیون حقوق بین‌الملل، معتقد است که اقدام دیوان در تأیید مطابقت اعلامیه‌های یکجانبه‌ی استقلال با حقوق بین‌الملل، به‌ویژه در مورد کوزوو، به منزله‌ی تأیید شناسایی زودرس است (به نقل از موسسه‌ی حقوقی پارس: ۱۳۹۰). هر چند دیوان بحث شناسایی زودرس را مسکوت گذاشته است؛ ولی در مورد کوزوو شاهدیم که در فاصله‌ی چند روز بعد از صدور اعلامیه‌ی استقلال و بدون تحقق اصل حاکمیت مؤثر، چندین دولت آن را شناسایی کردند. جالب این‌که، شناسایی‌کنندگان از طیف خاصی از دولت‌ها و به‌طور عمده کشورهای غربی به رهبری آمریکا بودند. دیوان به‌خوبی از این حقیقت در جریان صدور رأی آگاهی داشت. همان‌طور که پس از رأی دیوان، تعداد دیگری از دولت‌ها به جمع شناسایی‌کنندگان کوزوو پیوستند.

اما در این رابطه حقوق بین‌الملل حکم بسیار روشنی دارد. همان‌طور که در سال‌های بین دو جنگ جهانی، زمانی که ژاپن یک دولت خودساخته را در منچوری چین تحت عنوان «منچوکو» بر سر کار آورد و این دولت تقاضای شناسایی کرد، سایر دول از جمله آمریکا از

شناسایی این دولت خودداری کرده و شناسایی آن را مغایر اصل تمامیت ارضی دول اعلام کردند. در قضیه‌ی «رودزیای جنوبی» نیز همین مسئله رخ داد (امیدی، ۱۳۸۸: ۹۴-۸۹). دیوان، استقلال کوزوو را مغایر قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ شورای امنیت نمی‌داند. به باور حقوق‌دانانی چون «جمشید ممتاز»، طبق این قطع‌نامه تشکیلات موقت کوزوو حق ندارد تصمیم نهایی برای آینده‌ی کوزوو اتخاذ کند، در حالی که به طور کامل مشخص است که همان اعضای تشکیلات موقت به نام نمایندگان مردم کوزوو، بیانیه‌ی جدایی یک‌جانبه را تأیید کرده‌اند. اما دیوان این فرآیند را نادیده گرفته است و فاصله‌ی ۱۰ ساله بین حمله‌ی ناتو به کوزوو و اعلامیه‌ی استقلال را به‌طور تلویحی مدت زمان طولانی قلمداد کرده به گونه‌ای که اوضاع و احوال قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ و اوضاع و احوال اعلامیه‌ی استقلال دو وضعیت جداگانه و غیرمرتبط با یکدیگر جلوه داده شود (موسسه حقوقی پارس: ۱۳۹۰).

نتیجه

همان‌گونه که انتظار می‌رفت در فرآیند و به دنبال صدور رأی مشورتی دیوان در خصوص قانونی بودن اعلامیه‌ی استقلال کوزوو، این موضوع با چالش‌های مختلف حقوقی و سیاسی مواجه شده است. هر چند به نظر می‌آید دیوان با اکثریت ۱۰ رأی موافق، ۴ مخالف و یک غایب، در این خصوص، حداقل در درون خود از اجماع نسبی برخوردار بوده است، ولی همان‌گونه که در متن مقاله استدلال گردید، حتی قضات موافق رأی نیز در اعلامیه‌های توضیحی متعاقب خود، اشکالاتی را متوجه رأی دیوان دانستند. با توجه به استدلال‌های مطروحه در متن مقاله، دیوان با شش تمایز‌گذاری و یک معادل‌سازی به انشای رأی نهایی مبادرت کرد:

- ۱- از نظر دیوان، بین اعلامیه‌ی استقلال و جدایی‌طلبی تفاوت وجود دارد؛ پرسش مجمع عمومی از دیوان از جهت شکلی مبتنی بر اعلامیه‌ی استقلال بود نه جدایی‌طلبی. هر چند که تبعات حکم دیوان در عمل بر جدایی‌طلبی نیز سایه افکند. در اینجا فرض دیوان بر این است که در دنیای واقع ممکن است بین صدور اعلامیه‌ی استقلال و استقلال واقعی شکاف زمانی و عملی وجود داشته باشد.
- ۲- دیوان بین منابع مختلف حقوقی ناظر بر کوزوو فرق گذاشت. دیوان بین قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ شورای امنیت، چارچوب قانون اساسی حاکم بر کوزوو و حقوق بین‌الملل به معنای عام فرق گذاشت؛ از این جهت دیوان توانست با استناد به مورد سوم بر قانونی بودن اعلامیه‌ی استقلال کوزوو صحه بگذارد.

- ۳- دیوان با تمایز گذاشتن بین تشکیلات اداری موقت کوزوو (وفق قطع‌نامه ۱۲۴۴) و وضعیت نهایی این سرزمین، بر اعلامیه‌ی استقلال کوزوو صحه گذاشت.
- ۴- دیوان با تمایز گذاشتن بر مخاطبان شورای امنیت و اعلامیه‌ی استقلال، معتقد است که مخاطب شورای امنیت عبارتست از مجمع عمومی و سایر ارکان سازمان ملل؛ و در حالی که مخاطبان اعلامیه‌ی استقلال کوزوو، مردم کوزوو هستند. از این رو اعلامیه‌ی استقلال منافاتی با قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ ندارد.
- ۵- دیوان با تمایز گذاشتن بین مسئولان تشکیلات موقت کوزوو و صادرکنندگان اعلامیه‌ی استقلال، اقدام دومی را بصورت غیر مستقیم تحت عنوان «عمل انقلابی» مورد تأیید قرار داد. در حقوق بین‌الملل هر چند رهیافت محافظه کارانه‌ی غالب است، ولی عمل انقلابی غیر قانونی محسوب نمی‌شود.
- ۶- دیوان معتقد است که عبارت «اعلامیه‌ی استقلال» با «حق تجزیه‌طلبی» یکسان نیست؛ بنا براین در راستای اقدام یک واحد سیاسی در صدور «اعلامیه‌ی استقلال» ممکن است مؤلفه‌ی تجزیه‌طلبی نیز نهفته باشد و این دو با یکدیگر فرق دارند (Peters, 2011: 96-97).
- اما دیوان بین «اقدام برابر حقوق بین‌الملل» و «عمل غیر ممنوع» فرق نگذاشت و آن‌ها را یکسان فرض کرد. در واقع دیوان در این جا رأی سلبی داد تا ایجابی و فقدان قاعده‌ی ممنوعه را برابر با مباح بودن آن (قاعده‌ی لوتوس) فرض کرد. دیوان در پی اثبات این گزاره نبود که صدور اعلامیه‌ی استقلال مطابق حقوق بین‌الملل است، بلکه تصریح کرد که آن منافاتی با حقوق داخلی حاکم بر کوزوو و حقوق بین‌الملل عام ندارد (Peters, 2011: 97). در واقع همان گونه که «قاضی سیما» استدلال کرد دیوان یک نوع «سکوت سنجیده و عمدی» بکار برد و مراد آن تأیید هر نوع تجزیه‌طلبی نیست.
- با توجه به براهین فوق و استدلالات مطروحه در مقاله، مهم‌ترین استدلال موافقین رأی مشورتی دیوان این است که نباید از دیوان انتظار داشت که بنا به ملاحظات سیاسی از بیان حقایق تاریخی و رویه‌های بین‌المللی اجتناب نماید. هم‌چنین نباید از دیوان انتظار داشت مصالح و حقوق مسلم و بنیادی انسان‌ها را فدای مصالح دولت‌ها نماید. از سوی دیگر، مهم‌ترین استدلال مخالفین رأی دیوان این است که این کار دیوان پیامدهای مخرب برای امنیت بین‌الملل خواهد داشت. دیوان با این نوع بدعت‌گذاری، فرآیند تجزیه‌طلبی را در مناطق دیگر تشجیع خواهد کرد و بدینوسیله امنیت بین‌المللی مخدوش می‌شود. از نظر منتقدین، رأی دیوان به دقت

شرایط قانونی موجه بودن تجزیه‌طلبی را مشخص نکرد و تکلیف نهضت‌های جدایی‌طلب را به‌طور قانونی مشخص نکرد. اعتقاد بر این است که دیوان دچار یک شکاف سنتی و تاریخی در ایضاح جوانب مختلف حق تعیین سرنوشت شده باشد و در قضیه‌ی کوزوو نیز این مسئله حل نشد (Mammadov, 2010: 313-318).

از نظر منتقدین، رأی دیوان وضعیت نهایی کوزوو را روشن نکرد و معلوم نیست که کوزوو اکنون یک کشور مستقل است یا بخشی از صربستان. ولی با توجه به این که دیوان وضعیت اداره‌ی موقت کوزوو و قطع‌نامه‌ی ۱۲۴۴ را مورد تأیید مجدد قرار داد جمع‌بندی حقوقی این است که کوزوو کماکان یک واحد سرزمینی با اداره‌ی بین‌المللی همانند مناطق «ممل» و «سار» بعد از جنگ جهانی اول باشد.

با این همه، رأی دیوان حایز پیامدهای حقوقی زیر است:

۱- حق حیات فیزیکی انسان‌ها در زمره‌ی قواعد آمره قرار می‌گیرند و حق تعیین سرنوشت در زمره‌ی تعهدات عام الشمول. مصالح سیاسی صرف نباید این حقوق واجب‌الرعايه را تحت‌الشعاع خود قرار دهد.

۲- جدایی‌طلبی یک موضوع فراملی است نه فراملی. از این رو، اصول حقوق بین‌الملل مانند حاکمیت و تمامیت ارضی بر آن تأثیر ندارد.

۳- موضوعات سیاسی و حقوقی دو روی یک سکه هستند؛ از این رو موضوعات حقوقی محض وجود ندارد و جنبه‌های سیاسی یک موضوع نباید مراجع ذی‌صلاح مانند دیوان را از بررسی ابعاد حقوقی آن باز دارد.

۴- گفتمان حقوق بشر بر گفتمان دولت محوری مبنی بر حاکمیت و استقلال غلبه کرده و مبنای تحلیل حقوقی نباید صرفاً مبتنی بر دولت محوری نظام بین‌الملل باشد.

۵- از دیوان نباید انتظار داشت که بنا به مقتضیات سیاست بین‌الملل از بیان حقایق حقوق بین‌الملل اجتناب نماید و انتظار می‌رود که بی‌پروایی حقوقی دیوان در آینده افزایش یابد.

منابع

الف) فارسی

- امیددی، علی، (۱۳۸۸)، حقوق بین‌الملل از نظریه تا عمل، تهران، میزان.
- امیددی، علی، (۱۳۸۷)، «گسترش مفهومی حق تعیین سرنوشت، از استقلال ملل تحت سلطه تا حق دموکراسی برای همه»، فصلنامه‌ی حقوق دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره‌ی ۶.
- امیددی، علی، (۱۳۸۰)، «خودمختاری و مدیریت مناقشات سیاسی جوامع دارای اقلیت قومی»، رساله‌ی دکتری روابط بین‌الملل، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق.
- پایگاه اطلاع‌رسانی وزارت خارجه کوزوو (۲۰۱۲) در:
<http://www.mfa-ks.net/?page=2,121>
- سیفی، سید جمال، (پاییز ۱۳۷۳)، «تحولات مفهوم حاکمیت دولت‌ها در پرتو اصل تعیین سرنوشت»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵.
- ضیایی، سید یاسر، (۱۳۹۰)، «جدایی‌طلبی در حقوق بین‌الملل: تقابل حق تعیین سرنوشت مردم و اصل احترام به تمامیت ارضی کشورها»، فصلنامه‌ی پژوهش حقوق و سیاست، ش ۳۲.
- عزیزی، ستار، (۱۳۸۸)، «رویکرد متعارض دولت‌ها به حق تعیین سرنوشت خارجی: بررسی نظریات کتبی دولت‌ها در قضیه‌ی رأی مشورتی کوزوو»، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۶.
- عزیزی، ستار، (۱۳۸۷)، «استقلال کوزوو: بررسی مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل»، مجله‌ی حقوقی، شماره ۳۸.
- کلیسار، کلود آلبر، (۱۳۶۸)، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، تهران، نشر نو.
- مالکوم، نوتل (۱۳۷۸)، تاریخ اجمالی کوزوو، ترجمه باقر نصیری، تهران، نشر وزارت امور خارجه.
- مؤسسه‌ی حقوق بین‌الملل پارس، (۱۳۹۰)، «متن سخنرانی دکتر جمشید ممتاز در میزگرد انجمن ایرانی مطالعات ملل متحد تحت عنوان: حق تعیین سرنوشت ملت‌ها در پرتو نظریه‌ی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی کوزوو»، در:
<http://internationallaw.blogfa.com/post-597.aspx>
- لوین، لیا، (۱۳۷۷)، پرسش و پاسخ درباره‌ی حقوق بشر، ترجمه‌ی محمدجعفر پوینده، تهران، نشر قطره.
- ولی‌الهی ملک‌شاه، حبیب‌ا... و جعفری، احمد، (۱۳۸۰)، ریشه‌های بحران کوزوو و دخالت نظامی ناتو، تهران، انتشارات وزارت خارجه.

ب) انگلیسی

- “Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence In Respect of Kosovo” (ICJ Website, 2010), at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>

- Almqvist, Jessica(2009), “The Politics of Recognition, Kosovo and International Law”,at:
<http://www.realinstitutoelcano.org/>
- Aljaghoub, Mahasen M,(2010), “The International Court of Justice’s Advisory Opinion on Kosovo’s Declaration of Independence: Could it be the Court’s second non-liquet?”, *European Journal of Social Sciences* , Vol. 15, No 1.
- Aljazeera,(10Sep. 2010), “Serbia rejects Kosovo court ruling”, at:
<http://english.aljazeera.net/news/europe/2010/07/201072355537730152.html>
- Bayefsky F. Anne,(2000), *Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned*, Martinus Nijhoff Publishers.
- BBC News(17 June 1999), “Resolution 1244 (1999)”, at: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/371562.stm>
- Bing Bing, (2009), “The Independence of Kosovo: A Unique Case of Secession?”, in: 8 Chinese JIL.
- Brownlie, I,(2008), *Principles of Public International Law*, OUP: Oxford.
- Buchanan, A./Keohane, R.O,(2009), *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, in: *L.H. Meyer(ed.)*, Legitimacy, Justice and Public International Law, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Burri, Th,(2010), “The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links”, in: 11 German Law Journal, Issue Number 8.
- Carole, Rogel,(Sep.2003), “Kosovo: Where It All Began”, *International Journal of Politics, Culture, and Society*, Vol. 17, No. 1 .
- Capotorti, Francesco ,(1985), “Minorities”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 8.
- Cassese, A, (1999), “Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Coutermeasures in the World Community?”, in: 10 *European Journal of International Law (EJIL)*.
- Cassese, Antonio ,(1995), *Self Determination of Peoples; A Legal Appraisal*, Cambridge: Cambridge University press.
- China Radio International,(22 July2010),”UN Chief Urges Parties to Avoid Provocative Steps after Kosovo Ruling”,at: <http://English.cri.cn/6966/2010/07/23/1461s584536.htm>
- Christakis, Theodore,(2011), “The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Scession?”, *Leiden Journal of International Law(LJIL)*,No 24.

-Claude, J.L.(1966), "Collective Legitimacy as a Political Function of the United Nations", in: 20 International Organisation.

-Crawford, James, (1997), "State Practice and International Law in Relation to Unilateral Secession", from: <http://www.tamilnation.org/selfdetermination/97crawford.htm>

Crawford, J./Bodeau, P./Peel, J,(2000), "The ILC's Draft Articles on State Responsibility: Toward Completion of a Second Reading", in: 94 EJIL .

Christakis, Th,(2006), "The State as a 'primary fact': some thoughts on the principle of effectiveness", in: M. Kohen (ed.), *Secession - International Law Perspectives*.

-Drew, Catriona ,(1999), "The East Timor Popular Consultation: Self-Determination Denied", at: <http://www.tamilnation.org/selfdetermination/countrystudies/99easttimor.htm>

-Everly, R,(2007), "Reviewing Governmental Acts of the United Nations in Kosovo", in: 8 German Law Journal, Issue Number 1.

-Focus Information Agency,(22 July 2010),"Serbia will never recognize Kosovo's independence, says foreign minister", At: <http://www.focus-fen.net/index.php?id=n226159>

-Fox, G.H, (1995), "Self-Determination in the Post-Cold War Era: A New Internal Focus?", in: 16 Michigan Journal of International Law .

-Gioia, A, (2009), *Kosovo's Statehood and the Role of Recognition*, in: XVIII Italian Yearbook of International Law 2008.

-Harvard Law Review,(2011), "RECENT INTERNATIONAL ADVISORY OPINION, Vol. 124.

-Hilpold, peter ,(2011), "The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Different Perspectives of a Delicate Question", at:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1734443

-Hilpold, P, (2001), "Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal?", in: 12 EJIL 3.

-Hilpold, P,(2006), "The Duty to Protect and the Reform of the United Nations - a New Step in the Development of International Law?", in: 10 Max Planck Yearbook of United Nations Law.

-Hilpold, P,(2006), "The Right of Self-Determination: Approaching an Elusive Concept through a Historic Iconography", in: 11 Austrian Review of International and European Law.

- Hilpold, P,(2009), “The Kosovo Case and International law: Looking for Applicable Theories”, in: 8 Chinese JIL .
- Hannum, Hurst ,(1989), *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.
- Knoll, B,(2008), *The Legal Status of Territories Subject to Administration by International Organisations*, Cambridge: CUP .
- Kohen, M. (ed.), (2006), *Secession: A Contemporary International Law Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press,.
- Koskeniemi, M,(2009), “The Politics of International Law - 20 Years Later”, in: 20 EJIL. Malcolm, N,(1998), *A Short History of Kosovo*, New York University Press: New York .
- Kosovo AO, supra note 10, Declaration of Judge Simma, at 3, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1734443
- “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996”, at: <http://www.icj-cij.org>
- Mammadov, Mushfig,(2010), “Traditional Gap in the ICJ's Advisory Opinion”, *Caucasian Review of International Affairs*, Vol. 4(4)
- Menon, P.K,(1994), *The Law of Recognition in International Law: Basic Principles*, Lewiston: Mellen.
- Oklopcic, Z,(2009), “Populus Interruptus: Self-Determination, the Independence of Kosovo, and the Vocabulary of Peoplehood”, in: 22 Leiden JIL .
- OSCE Website,(2011), “OSCE Mission in Kosovo”,at: [http:// www .osce .org/kosovo/13208.html](http://www.osce.org/kosovo/13208.html):
- Perritt, H.H.(2010), *The Road to Independence for Kosovo*, Cambridge: CUP.
- Peters, Anne,(2011), "Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?", *Leiden Journal of International Law*, No. 24.
- Radan, P,(2000), “Post-Secession Internatioinal Borders: A Critical Analysis of the Opinion of the Badinter Arbitration Commission”, in: 24 Melbourne University Law Review .
- Raic , David ,(2009), *Statehood and the Law of Self-Determination* ,The Hague: Kluwer Law International.
- “Reactions to the ICJ AO on Kosovo's Declaration of Independence,2010”, at: <http://en.wikipedia.org/wiki>
- “Reference by the Governor-General Concerning Certain Questions Relating to the Secession of Quebec from Canada”, supra note 2,at:

www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol1101/vyver.pdf

-“Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia”(30 September 2009), Vol. II, at 147, available at: www.ceiig.ch

-Right of Peoples to Self-Determination - Report of Secretary-General, A /53/280(1998), at:<http://www.tamilnation.org/selfdetermination/instruments/980819secretarygeneralreport.htm>.

-Sevastik, P., Secession, (2008), “Self-determination of ‘Peoples’ and Recognition - The Case of Kosovo’s Declaration of Independence and International Law”, in: O. Engdahl/P. Wrange (eds.), *Law at War*, Hague: Brill.

-Shaw, M,(2008), *International Law*, Cambridge: CUP.

-Sturma, P,(2010), “The Case of Kosovo and International Law”, in: XXIX Polish Yearbook of International Law 2009.

-“The Case of the S.S. (1927), “Lotus” Ser. A No. 10, at 18, available at:

<http://www.icj-cij.org>.

- Tomuschat, Christian and Thouvenin, Jean-Marc, (2005), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Electronic book text, ISBN13: 9786612396700

-Thornberry, Patrick ,(1991), *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford: Clarendon.

-U.S. Department of State,(22July2010), “Remarks by Secretary Clinton”, at:

<http://www.state.gov/secretary/rm/2010/07/145042.htm>.

-Van Der Vyver, Johan D,(Fall 2000), “Self-Determination of the Peoples of Quebec under International Law”,*Journal of International Law and Policy*, Vol. 10.

-Weller, M,(2009), *Contested Statehood - Kosovo’s struggle for independence*, Oxford: OUP.

-Wikipedia,(2011), “International Recognition of Kosovo”,at:

http://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_Kosovo.

-Wilson, G,(2009), “Self-Determination, Recognition and the Problem of Kosovo”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 56, Issue 3.