



ตอนที่ 4

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกับปัญหาเขตติกาป่ากีสถาน

ปัญหาเขตติกาป่ากีสถานซึ่งรัฐบาลป่ากีสถานเป็นโจทก์ยื่นฟ้องรัฐบาลอินเดียต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 1973 และขอให้ศาลกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราว มีให้อินเดียส่งมอบตัวบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามนุญชพิฆาตไปยังบังกลาเทศ ในระหว่างที่ศาลยังมีไต่คดีสันคคี และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เปิดการพิจารณาเมื่อวันที่ 4 มิถุนายน 1973 ซึ่งมีองค์คณะผู้พิพากษา ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

นี่คือ 54

ประธานศาล	ไค้แก	ผู้พิพากษา	ลาซส์ (Lachs)
รองประธานศาล	"		อัมมอน (Ammoun)
ผู้พิพากษา	"		ฟอร์สเตอร์ (Forster)
"	"		โกรส (Gros)
"	"		เบงซอน (Bengzon)
"	"		เปเตรน (Petren)
"	"		โอนิยามา (Onyeama)
"	"		อิกนาซิโอ ปินโต (Ignacio - Pinto)
"	"		เดอ คาสโตร (de Castro)
"	"		โมโรซอฟ (Morozov)

54 International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory opinion and Orders, "Case concerning trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan V. India). request for the indication of interim measures of Protection, Order of 13 July 1973, p. 328.

ผู้พิพากษา	ได้แก่	ฆิเมเนซเดอ อาระซากา (Jiminez de Arechaga)
"	"	เซอร์ ฮัมฟรีย์ วอลดอคค (Sir Humphrey Waldock)
"	"	นาเจนดรา ซิงห์ (Nagendra - Singh)
"	"	รูดา (Ruda)
นายทะเบียน	"	อะควาโรน (Aquerone)

ผู้พิพากษาเฉพาะคดีได้แก่ เซอร์ โมฮัมหมัด ซาฟรุลลา خان (Sir Muhummad Zafrulla Khan) โดยมีตัวแทนของรัฐบาลปากีสถาน ซึ่งตั้งขึ้นตามมาตรา 42 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือ⁵⁵

1. นาย มร. เจ.จี. คาร์ส (H.E.Mr.J.G.Kharus) เอกอัครราชทูตปากีสถานประจำเนเธอร์แลนด์ในฐานะเป็นตัวแทน
2. มร. เอส.ที. โจชัว (Mr.S.T. Joshua) เลขาธิการแห่งสถานเอกอัครราชทูต เป็นรองตัวแทน
3. มร. ยาห์ยา บัคติอาร์ (Mr. Yahya Bakhtiar) อธิบดีอัยการแห่งปากีสถาน ในฐานะเป็นหัวหน้าที่ปรึกษา
4. มร. ซาฮิด ซาอิด (Mr. Zahid Said) รองที่ปรึกษากฎหมายกระทรวงการต่างประเทศของปากีสถานในฐานะที่ปรึกษา

ศาลได้เปิดการไต่สวนเพื่อพิจารณาคำร้องขอให้กำหนด มาตรการป้องกันชั่วคราว ภายใต้ข้อ 41 แห่งธรรมนูญศาลและข้อ 66 แห่งกฎข้อบังคับของศาลประจำปี 1972

⁵⁵ โปรดดูธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 42 .

ซึ่งรัฐบาลปากีสถานได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องรัฐบาลอินเดียในคดีเรื่องเชลยศึกปากีสถาน โดยได้ยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อนายทะเบียนและนำเขาแฟ้มขึ้นทะเบียนศาล เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 1973 เริ่มต้นโดยการระบุกรณีพิพาทและความและกล่าวถึงถึงอำนาจศาลตามมาตรา 9 แห่งอนุสัญญาป้องกันและลงโทษความผิดฐานมนุษยพิฆาต (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ยอมรับเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 1948 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 12 มกราคม 1951 ซึ่งอนุสัญญานี้รู้จักกันทั่วไปในนามของ "อนุสัญญามนุษยพิฆาต" (the Genocide Convention) และตามข้อ 36 วรรค 1 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ผู้ยื่นฟ้อง (Applicant) ให้พิจารณาพิพากษาและประกาศว่าปากีสถานมีสิทธิและอธิปไตยเด็ดขาดเหนือเชลยศึกปากีสถาน ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความมนุษยพิฆาตและอยู่ในการควบคุมของอินเดียโดยอาศัยอำนาจจากอนุสัญญาป้องกันและลงโทษความผิดฐานมนุษยพิฆาต ซึ่งข้อกล่าวหาบุคคลหรือนักโทษดังกล่าวเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาต่อมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมสงคราม ใช้ไม่ได้ในกรณีนี้และไม่มีมูลฐานใด ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้สิทธิแก่อินเดียในการส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังบังกลาเทศ

ดังนั้นในวันที่ 11 พฤษภาคม 1973 ปากีสถานก็ได้ยื่นคำฟ้องภายใต้ข้อ 41 แห่งธรรมนูญศาลและข้อ 66 แห่งกฎขององค์กรศาลประจำปี 1972 ขอให้ศาลกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราวคือ 56

1. กระบวนการส่งมอบตัวเชลยศึกและพลเรือนที่ถูกกักตัว ไม่ควรจะสะดุดหยุดลงโดยผลของการกล่าวหาว่าแกงคนในจำนวนนี้มีความผิดฐานมนุษยพิฆาต

56 International Court of Justice, Case concerning Trial of Pakistani Prisoners of War, public sitting held on Monday 4 June 1973, CR 73/9, p.7.

2. บุคคลกึ่งซึ่งซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานมนุษย์พิฆาตจะไม่ถูกส่งตัวไปยังบังคลาเทศเพื่อพิจารณาในระหว่างที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังไม่ได้ตัดสินชี้ขาดคดี

รัฐบาลอินเดียได้ร้องการติดต่อกจากศาลเกี่ยวกับการยื่นฟ้องของรัฐบาลปากีสถานและขอให้ศาลกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราว⁵⁷ และในวันที่ 24 พฤษภาคม 1973 นายทะเบียนของศาลก็ได้รับจดหมายจากเอกอัครราชทูตอินเดีย ประจำกรุงเฮกว่า อินเดียปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมต่ออำนาจพิจารณาของศาลตามขอ 9 ของอนุสัญญามนุษย์พิฆาตและขอ 36 วรรค 1 ของธรรมนูญศาล โดยอินเดียได้มีข้อสงวน (reservation) ในการให้สัตยาบันของอินเดียต่ออนุสัญญามนุษย์พิฆาต ซึ่งตามเงื่อนไขในข้อ 9 แห่งอนุสัญญานี้ การยื่นฟ้องจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีซึ่งในคดีนี้อินเดียมิได้ให้ความยินยอมที่จะให้ปากีสถานนำข้อพิพาทขึ้นร้องเรียนต่อศาล ดังนั้นอำนาจการพิจารณาของศาลและการยื่นฟ้องของปากีสถานจึงปราศจากพื้นฐานใด ๆ ทางกฎหมายที่จะบังคับกับอินเดีย และเจ้าหน้าที่ของศาลได้ส่งจดหมายของเอกอัครราชทูตอินเดียให้แก่ตัวแทนของรัฐบาลปากีสถาน ซึ่งทางปากีสถานอ้างว่าการให้ความยินยอมของอินเดียต่ออำนาจการพิจารณาของศาลไม่เป็นสิ่งจำเป็น และข้อสงวนของอินเดียในการให้สัตยาบันอนุสัญญามนุษย์พิฆาตไม่อาจเป็นที่ยอมรับและปราศจากผลทางกฎหมาย

รัฐบาลอินเดียได้มีจดหมายมายังนายทะเบียนของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ซึ่งในจดหมายฉบับนี้มีข้อโต้แย้งของอินเดียสนับสนุนข้อต่อสู้ของตนว่า ศาลมิได้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจึงได้ตกลงให้มีการพิจารณาในวันที่ 4 มิถุนายน 1973 ในคดีนี้มีได้มีผู้พิพากษาสามัญศาลปากีสถานพิจารณาคดี รัฐบาลปากีสถานจึงได้เลือก เซอร์ โมฮัมหมัด ซาฟูลลา خان (Sir Muhammad Zafrulla Khan) เป็นผู้พิพากษาเฉพาะคดี (Judge Ad Hoc) โดยอาศัยความตามขอ 31 วรรค 2

⁵⁷ โปรคตุธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ขอ 41 และกฎข้อบังคับศาล ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ปี 1972 มีผลบังคับใช้เมื่อ 1 กันยายน 1972 ขอ 66 .

ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁵⁸ ผู้พิพากษาเฉพาะคดีไม่ได้เป็นผู้ที่ไต่ถามการ
 เลือกลง โดยวิธีการที่ใช้ในการคัดเลือกผู้พิพากษาประจำ แต่จะไต่ถามการแต่งตั้งโดยตรงจาก
 รัฐบาลของตน ถึงแม้ว่าตามธรรมนูญศาลจะกำหนดให้เลือกลงจากผู้ไต่ถามการเสนอชื่อให้เป็นผู้
 สมัค เขาเป็นสมาชิกของศาล

ถ้าในการนั่งพิจารณาคดีของศาลมีผู้พิพากษาสัญชาติเดียวกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
 แล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะเลือกผู้พิพากษาเฉพาะคดีและถึงแม้จะไม่มีผู้พิพากษาที่มี
 สัญชาติเดียวกับคู่กรณีฝ่ายใดก็ตาม รัฐบาลคู่กรณีแต่ละฝ่ายก็สามารถแต่งตั้งผู้พิพากษาเฉพาะคดี
 ถ้าเป็นกรณีที่เกิดขึ้นโดยรัฐหลายรัฐมีผลประโยชน์เหมือนกัน ให้ถือว่าเป็นคู่ความฝ่ายเดียว
 เท่านั้น หากมีข้อสงสัยในข้อนี้ให้ศาลเป็นผู้พิจารณาคัดสิน ถ้าไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดมีผู้พิพากษาซึ่ง
 มีสัญชาติเดียวกับตนนั่งตัดสินศาลจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาให้คู่กรณีเลือกผู้พิพากษา ซึ่ง
 ถ้าคู่กรณีไม่เสนอชื่อศาลก็จะเป็นผู้พิจารณา

ผู้พิพากษาเฉพาะคดีที่เลือกตามมาตรา 31 วรรค 2 จะต้องมีคุณสมบัติตาม
 เงื่อนไขที่ระบุไว้สำหรับสมาชิกศาล และผู้พิพากษาดังกล่าวจะเข้าร่วมในการพิจารณาคดี
 ดังผู้พิพากษาอื่น ๆ โดยความเสมอภาคสมบูรณ์เท่านั้น

การพิจารณาได้เริ่มขึ้นโดยตัวแทนรัฐบาลปากีสถานกล่าวแถลงเสนอคดีของตน
 เพื่อขอให้ศาลกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราวเกี่ยวกับเขลยศึกปากีสถานจำนวน 195 นาย
 ในจำนวนเขลยศึกทั้งหมด 92,000 นาย ซึ่งถูกควบคุมตัวไว้ในค่ายกักกันของอินเดียเป็น
 เวลากว่า 17 เดือน และรัฐบาลอินเดียได้คุกคามที่จะส่งเขลยศึกปากีสถาน 195 นายนี้
 ไปยังบังกลาเทศ เพื่อขึ้นศาลที่บังกลาเทศจะตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาไต่สวนในข้อหากระทำความผิด
 และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งอินเดียประกาศว่าจะกระทำราวสิ้นเดือนพฤษภาคม 1973
 มร. บัคทียาร์ (Mr. Bakhtiar) ตัวแทนรัฐบาลปากีสถานได้บรรยายต่อไปว่า อินเดียมิได้กระทำ
 ตามหลักเกณฑ์ระเบียบปฏิบัติของศาลมิได้ส่งตัวแทนเข้ามาคัดค้านอย่างเป็นทางการและมิได้
 กระทำตามวิถีทางอันสมควรในการคัดค้านอำนาจพิจารณาของศาล ดังนั้นศาลจึงมีสิทธิที่จะ
 ละเว้นการพิจารณาข้อคัดค้านของอินเดีย

ตัวแทนของรัฐบาลปากีสถานแถลงว่า รัฐบาลปากีสถานจำเป็นต้องนำคดีเข้าสู่ศาล เนื่องจากรัฐบาลอินเดียมีใ้ค้ำำนึ่งถึงสิทธิของปากีสถานภายใต้ข้อ 6 ของอนุสัญญามนุษยพิฆาตและภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยตระเตรียมที่จะส่ง เอลยศึกปากีสถานจำนวน 195 นาย ใ้ให้กับบังคลาเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะนำตัวบุคคลดังกล่าวขึ้นศาลไ้ส่วนสำหรับขอกล่าวหาว่ากระทำการมนุษยพิฆาต และอาชญากรรมคอมมูนิซชาติ ซึ่งปากีสถานเท่านั้นจะเป็นผู้มีสิทธิและอธิปไตยเด็ดขาดเหนือผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวนในการที่จะพิจารณาไ้ส่วนบุคคลเหล่านี้ตามข้อ 6 ของอนุสัญญาป้องกันและลงโทษความผิดฐานมนุษยพิฆาต ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติโดยยอมรับนำมาใช้เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 1948 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 12 มกราคม 1951 ซึ่งทั้งอินเดียและปากีสถานก็ เป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้

ข้อ 6 แห่งอนุสัญญามมนุษยพิฆาตมีข้อความดังนี้

"บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการมนุษยพิฆาต หรือกระทำการอื่นใด อันใดระบุไว้ในข้อ 3 จะถูกพิจารณาไ้ส่วนโดยคณะผู้พิพากษา (Competent tribunal) ของรัฐที่ทำการกระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นหรือโดยคณะผู้พิพากษาระหว่างประเทศ (international penal tribunal) ซึ่งประเทศคู่สัญญา (Contracting Parties) ยอมรับอำนาจการพิจารณาของคณะผู้พิพากษาดังกล่าว"

ในกรณีนี้การกระทำซึ่งถูกกล่าวหาดังกล่าว ได้เกิดขึ้นในดินแดน ซึ่งบัดนี้ประกอบขึ้นเป็นบังคลาเทศ แต่ก็เป็นที่ยอมรับทั่วโลกว่าเป็นดินแดนส่วนหนึ่ง ของปากีสถานและเพราะฉะนั้น ข้อ 6 แห่งอนุสัญญามมนุษยพิฆาต จึงให้สิทธิแก่ปากีสถานอย่างเต็มที่ในการที่จะจัดตั้งศาลขึ้นพิจารณาไ้ส่วนการกระทำดังกล่าว นอกจากนี้อำนาจของปากีสถานในการจัดตั้งศาลพิจารณา ยัง เนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาเหล่านี้ถือสัญชาติปากีสถาน

นอกเหนือจากผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการมนุษยพิฆาตแล้ว อินเดียยังควบคุม เอลยศึกปากีสถานและพลเรือนซึ่งถูกควบคุมตัวไว้่อักประมาณ 92,000 คน ซึ่งบุคคลเหล่านี้

สมควรส่งกลับปิตุภูมิมานานมาแล้ว ตามข้อ 118 ของอนุสัญญาเจนีวา ครั้งที่ 3 ปี 1949 ว่า
 ด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก (The Third Geneva Convention of 1949 on the
 Treatment of Prisoners of war) และภายใต้ข้อ 133 - 134 ของอนุสัญญาเจนีวา
 ครั้งที่ 4 ว่าด้วยการอารักขาบุคคลพลเรือนในสมัยสงคราม (The Fourth Geneva Con-
 vention on the Protection of Civilian Persons in time of War, 1949)
 ซึ่งการทวงเห็นแย้งกันไม่ยอมส่งตัวบุคคลเหล่านี้กลับปิตุภูมิ ทำให้สภาพร่างกายและจิตใจของ
 เชลยศึกเสื่อมโทรมลงอย่างรวดเร็ว

เมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงเหล่านี้รัฐบาลแห่งปากีสถาน จึงร้องขอต่อศาลให้กำหนด
 มาตรการป้องกันชั่วคราวต่อไปนี้ เพื่อที่ระบอมรึกษาไว้ซึ่งสิทธิของทุกฝ่ายในระหว่างรอการ
 พิจารณาเนือหาคดีของศาล คือ

1. กระบวนการส่งมอบตัวเชลยศึกและพลเรือนที่ถูกกักตัว ไม่ควรจะสะดุดหยุด
 ลงโดยผลของการกล่าวหาว่าบางคนในจำนวนนี้มีคามผิดฐานมนุษยพิฆาต
2. ผู้ถูกกล่าวหาว่าผิดฐานมนุษยพิฆาตจะไม่ถูกส่งตัวไปยังบังคลาเทศเพื่อ
 พิจารณาในระหว่างที่ศาลยังไม่ได้ตัดสินคดี

สาเหตุที่ปากีสถานต้องขอให้ศาลพิจารณาเนือมาจากอินเดียไม่ยอมปฏิบัติตามพันธะ
 ผูกพันเกี่ยวกับการส่งคืนเชลยศึกปากีสถานสู่ปิตุภูมิ เชลยศึกเหล่านี้อยู่ในความควบคุมของอินเดีย
 พันธะนี้ได้เกิดขึ้นภายใต้บังคับของข้อ 118 ของที่ประชุมเจนีวาครั้งที่ 3 ว่าด้วยการปฏิบัติต่อ
 เชลยศึก การละเลยไม่ปฏิบัติของอินเดียก่อให้เกิดความขัดแย้งและอุปสรรคอื่น ๆ อีกหลายประการ
 ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องกับศาลแต่เพื่อให้ศาลทราบถึงภูมิหลังของเรื่อง จึงจำเป็นที่จะต้องอธิบายถึงข้อ
 เท็จจริงต่าง ๆ และสภาวะการณ์อันที่แท้จริงให้ปากีสถานนำคดีเข้ามาสู่ศาล ทั้ง ๆ ที่ปากีสถาน
 ได้พยายามตระเตรียมที่จะเจรจากับอินเดียในปัญหาเชลยศึกและปัญหาอื่น ๆ แต่ในขณะที่อินเดีย
 แสดงท่าทีเหมือนเต็มใจเจรจาท่าความตกลงในปัญหาเชลยศึก และปัญหาข้อพิพาทอื่น อินเดียก็
 ได้สร้างอุปสรรคและต่อเติมสภาพเงื่อนไข เพื่อจะแสวงหาข้อได้เปรียบทางการเมือง

สงครามระหว่างอินเดียนและปากีสถานในปี 1971 เป็นผลจากการ
 แทรกแซงในกิจการภายในของปากีสถานโดยอินเดียนยึดถือตามมาด้วยการรุกรานด้วยกำลังอาวุธ
 ต่อปากีสถาน รัฐบาลอินเดียนสนับสนุนพวกหัวรุนแรงในพรรคสันนิบาตอะวะมีอันเป็นพรรคการเมือง
 ใหญ่ในปากีสถานตะวันออกให้กระทำการกระตือรือร้นต่อรัฐบาลกลางปากีสถาน ในเดือน
 มีนาคม 1971 รัฐบาลทหารของปากีสถานตัดสินใจลงมือปฏิบัติการเพื่อรักษาไว้ซึ่งกฎหมาย
 และความเป็นระเบียบเรียบร้อยในปากีสถานตะวันออก รัฐบาลอินเดียน สภาผู้แทนและเจ้า
 หน้าที่ชั้นผู้ใหญ่ประกาศสนับสนุนพรรคสันนิบาตอะวะมีอย่างเปิดเผย ก่อให้เกิดความยาก
 ลำบากยิ่งขึ้นแก่รัฐบาลปากีสถาน ในการรักษาความสงบและความมั่นคงในปากีสถานตะวันออก
 รัฐบาลอินเดียนห้ามเครื่องเงินปากีสถานเงินผ่านอินเดียน อันเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายนานาชาติ
 และอนุสัญญา⁶⁰ระหว่างประเทศ อินเดียนสนับสนุนทั้งกำลังเงิน อาวุธ แก่ฝ่ายกบฏปากีสถาน
 ตะวันออก นอกจากนี้กองกำลังติดอาวุธของอินเดียนยังได้แทรกซึมเข้าสู่ดินแดนปากีสถาน
 เพื่อบ่อนทำลายความมั่นคงของประเทศ และอินเดียนยังได้จัดหาอาวุธสมัยใหม่ ให้การฝึกกองเรือ
 และให้ที่หลบภัยแก่กองโจรมุคตี มาฮินี

ในวันที่ 21 พฤศจิกายน 1971 อินเดียนได้ละเมิดกฎบัตรสหประชาชาติในอันที่จะก
 เว้นจากการคุกคามหรือใช้กำลังในบูรณภาพทางเขตแดนของรัฐ อินเดียนเริ่มปฏิบัติการทางทหาร
 รุกรานข้ามแดนเขตแดนนานาชาติเข้าสู่เขตตะวันออกของปากีสถานสภาพสงครามจึงเกิดขึ้น
 และเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 1971 อินเดียนได้ประกาศสงครามเป็นทางการกับปากีสถานผ่าน
 รัฐบาลสวิสส์ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก็ไม่สามารถดำเนินการได้ เนื่องจาก
 การใช้สิทธิยับยั้ง ของสหภาพโซเวียต สมัชชาใหญ่เปิดประชุมฉุกเฉินภายใต้ข้อมติ "สามัคคีกัน
 เพื่อสันติ" เรียกร้องให้ทั้งสองฝ่ายหยุดยิงและถอนทหารออกจากพรมแดนของแต่ละฝ่าย
 ในช่วงระยะนี้พลเอกมาเนคชอว์หัวหน้าเสนาธิการกองกำลังติดอาวุธของอินเดียนประกาศ

⁶⁰ ปากีสถานอ้างสิทธิในการเงินผ่านประเทศอินเดียน ตามสนธิสัญญาสองฝ่าย ปี 1944
 และได้เสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการการจราจรระหว่างประเทศ (ICAO) รายละเอียด
 ในเรื่องนี้ดูได้จาก United Nations, Year book of the United Nations,
 1972, Vol. 26 pp, 629 - 630.

ให้กองทหารฝ่ายรัฐบาลปากีสถาน ในปากีสถานตะวันออกยอมจำนน โดยให้คำมั่นสัญญาว่าผู้ยอมจำนนจะได้รับการปฏิบัติด้วยศักดิ์ศรีและความเคารพเยี่ยงทหารทั้งหลายที่จะพึงได้รับ และว่าอินเดียจะรักษาสัจจะของอนุสัญญาเจนีวา และรัฐมนตรีต่างประเทศของอินเดียก็ได้ยืนยันต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ในวันที่ 12 ธันวาคม 1971 ว่า อินเดียจะต้องรับผิดชอบต่อเชลยศึกปากีสถาน ดังนั้นเมื่อปากีสถานได้รับการยืนยันเช่นนี้ และเพื่อหลีกเลี่ยงการนองเลือดต่อไป ในวันที่ 16 ธันวาคม 1971 กองบัญชาการตะวันออกของกองทัพปากีสถานจึงยอมจำนนแก่อินเดีย และทหารของปากีสถานก็ตกเป็นเชลยศึกของอินเดีย ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 12 แห่งอนุสัญญาเจนีวาครั้งที่ 3 เรื่องการปฏิบัติต่อเชลยศึก วันที่ 12 สิงหาคม 1949 พึงสังเกตว่า วรรค 1 ของข้อ 12 มีข้อความดังนี้

"เชลยศึกอยู่ในความควบคุมของประเทศผู้สงคราม และมีให้อยู่ในความควบคุมของเอกชนหรือหน่วยทหารผู้ใดจะจับกุมตัวมา โดยจะต้องไม่คำนึงถึงความรับผิดชอบส่วนบุคคลซึ่งอาจมีได้ ประเทศผู้จับกุมยอมมีหน้าที่รับผิดชอบต่อการปฏิบัติซึ่งเชลยศึกจะได้รับ" 61

ข้อสังเกตของคณะกรรมการกาชาดสากล เกี่ยวกับข้อ 12 ของอนุสัญญาเจนีวา เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

"สงครามเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่ง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศผู้สงคราม มิได้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน ทั้งนี้ จึงถือได้ว่าเชลยศึกมิได้อยู่ในอำนาจของเอกชนหรือหน่วยทหารผู้ใดจับกุมเชลยศึก แต่อยู่ในความควบคุมของรัฐซึ่งเอกชนหรือหน่วยทหาร เป็นเพียงตัวแทนของรัฐเท่านั้น" 62

61 อนุสัญญาเจนีวา ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก ข้อ 12 .

62 Jean S. Pictet, Commentary of the I.C.R.C., pp. 128 - 129.

ตามข่าวสารที่มาจากคณะกรรมการกาชาดสากล อินเดียได้ควบคุมทหาร ปากีสถานจำนวน 81,888 รายเป็นเชลยศึกและยังได้กักกันตัวพลเรือนปากีสถานอีก ประมาณกว่า 1 หมื่นคน ในจำนวนนี้เป็นหญิงและเด็ก 6,500 คน

ในวันที่ 16 ธันวาคม 1971 เมื่ออินเดียบรรลุจุดหมายทางการทหารใน ปากีสถานตะวันออกและเผชิญกับคำวิพากษ์วิจารณ์ของโลก และความกดดันทางด้านการทูตที่สูงขึ้น อินเดียจึงประกาศว่าจะยอมรับการหยุดยิงในยุทธภูมิตะวันตกของสงคราม ถ้าปากีสถานจะหยุดยิงเช่นกัน ในวันที่ 7 ธันวาคม 1971 ปากีสถานก็เห็นพ้องยอมหยุดยิง สภาพการเป็นคู่สงครามระหว่างอินเดียกับปากีสถานจึงยุติลง เมื่อเวลา 14.30 น. (เวลากรีนิช) เมื่อ 17 ธันวาคม 1971 ตัวแทนของรัฐบาลปากีสถานได้แนบต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า ปากีสถานและอินเดียเท่านั้นที่เป็นคู่สงคราม ในกรณีพิพาทนี้ และนอกจากนี้อินเดียยังได้ยอมรับถึงความรับผิดชอบของตนในฐานะเป็นประเทศคู่สงครามแต่ผู้เดียวในการทำสงครามกับปากีสถาน โดยอินเดียได้แจ้งต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 1971 ดังนี้

"เมื่ออังกฤษประกาศเอกราชและกองทหารปากีสถานได้ยอมจำนวนแล้วจะต้องจัดให้มีการส่งตัวเชลยศึกซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของเราให้กลับคืนสู่ภูมิจากโดยเร็วที่สุด ข้าพเจ้าขอเน้นในข้อนี้ ท่านประธานคือบุคคลเหล่านี้อยู่ภายใต้การควบคุมของเรา และเรามีภาระที่จะปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านี้ตามอนุสัญญาเจนีวา..."⁶³

รัฐบาลแห่งปากีสถานได้ทำความเพียรทุกประการที่จะตกลงในปัญหาข้อพิพาทกับอินเดียและเพื่อประกันการปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวา โดยได้พยายามทั้งทางการติดต่อทางการทูต การแจ้งแกมมหาชน การเจรจาสองฝ่าย และไครองขอต่อมิตรประเทศ คณะกรรมการกาชาดสากลและองค์การมนุษยธรรมอื่น ๆ ให้ดำเนินการช่วยเหลือเชลยศึกปากีสถาน ซึ่งอยู่ในความควบคุมของอินเดีย ให้กลับคืนสู่ภูมิจากโดยเร็ว

และอีกครั้งหนึ่งในวันที่ 25 ธันวาคม 1971 รัฐบาลแห่งปากีสถานแสดง
 แก่รัฐบาลอินเดียโดยผ่านทางรัฐบาลสวีเดน ถึงความห่วงใยอย่างลึกซึ้งของ
 รัฐบาลปากีสถานต่อเชลยศึกปากีสถานซึ่งถูกสังหารอย่างทารุณ และไม่เลือกหน้าโดย
 พวกมูคตี บาฮินี ในปากีสถานตะวันออก และนอกจากนี้ยังได้รับรายงานข่าวว่าอินเดีย
 และบังกลาเทศกำลังคิดจะนำตัวผู้พลานามัยของปากีสถานตะวันออกและเจ้าหน้าที่
 ชั้นผู้ใหญ่คนอื่น ๆ ขึ้นศาลไต่สวน โดยอินเดียจะส่งตัวบุคคลเหล่านี้ไปยังบังกลาเทศใน
 ฐานะเป็นอาชญากร ข่าวสารนี้มาจากอินเดีย มีใจจากทางบังกลาเทศว่าการขึ้นศาล
 ไต่สวนควรจัดให้มีขึ้น เมื่อรัฐบาลปากีสถานทราบข่าวนี้ก็ได้แจ้งความห่วงใยไปยังรัฐบาล
 แห่งอินเดียโดยผ่านทางรัฐบาลสวีเดน และคณะกรรมการกาชาดสากล เพื่อชี้ว่า
 รัฐบาลบังกลาเทศมิได้มีสิทธิเข้าแทรกแซง ในปัญหาการขัดแย้งระหว่างอินเดียและ
 ปากีสถาน อนุสัญญาเจนีวา จะนำไปใช้ได้ก็เฉพาะอินเดียและปากีสถานเท่านั้น ด้วย
 เหตุนี้รัฐบาลอินเดียจึงมีพันธะที่จะต้องประกันว่า เชลยศึกปากีสถานจะไม่ถูกขึ้นศาลไต่
 สวนโดยผู้มีหน้าที่อันตรงกันข้าม โดยรัฐบาลแห่งอินเดีย

เกี่ยวกับการคืนสัญชาติของเชลยศึก บทเฉพาะกาลอันเกี่ยวข้องคือ ข้อ 118
 ของอนุสัญญาเจนีวาครั้งที่ 3 เรื่องการปฏิบัติต่อเชลยศึก ซึ่งได้ระบุไว้ว่า

"เชลยศึกจะได้รับการปลดปล่อยและคืนสัญชาติโดยไม่ชักช้า หลังจากสภาพ
 การเป็นศัตรูได้สิ้นสุดลง..." 64

สมัชชาใหญ่สหประชาชาติ มีมติโดยเอกฉันท์เรียกร้องให้มีการส่งคืนเชลย
 ศึก ตามอนุสัญญาเจนีวาและตามข้อมติที่ 307 (1971) ของคณะมนตรีความมั่นคง

รัฐบาลปากีสถานขอให้เปิดการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับปัญหาเชลยศึก และพลเรือนที่ถูกกักตัว ซึ่งประธานาธิบดีของปากีสถานได้กล่าวว่

"เราต้องการที่จะอยู่ร่วมกันโดยสันติกันอินเดียและต้องการให้ ชีค มุจิบูร์ ราห์มาน แก้ไขปัญหาความยุ่งยากของบังกลาเทศได้สำเร็จ ทั้งนี้เพราะเรามีความเชื่อ หนักแน่นว่า ประชาชนในอนุทวีปสมควรมีอนาคตที่ดีกว่านี้ เราต้องการที่จะเปลี่ยน ทัศนคติซึ่งขัดแย้ง วิวาท ทำสงครามทำลายล้างซึ่งกันและกัน ประชาชนของทั้งสองฝ่าย ยากจนเกินกว่าที่จะคงสภาพการเป็นคู่สงครามกันได้ตลอดไป เราต้องการเปลี่ยนการ ใช้กำลังของทั้งสองฝ่ายจากการทำลายล้างซึ่งกันและกันมาเป็นการขจัดความยากจน ความอดอยากและการขาดการศึกษา เราจะพยายามขจัดปัญหาความแตกต่างระหว่าง กันและจะพยายามทำทุกวิถีทางที่จะให้บรรลู่วัตถุประสงค์นี้...." 65

เมื่อได้มีการเจรจากันระหว่างตัวแทนทางการทูตของรัฐบาลทั้งสองฝ่าย มร.ดี.พี.จาร (Mr.D.P.Dhar) ผู้แทนพิเศษ (Special Emissary) ของ นายกรัฐมนตรีอินเดีย ได้แถลงว่าอินเดียไม่ปรารถนาที่จะกักตัวเชลยศึกปากีสถานไว้ เกินความจำเป็น แม้แต่เพียงวันเดียว แต่เชลยศึกเหล่านี้ไม่สามารถถูกปลดปล่อยโดย ปราศจาก

- ก. การให้ความเห็นชอบของบังกลาเทศ
- ข. การรับรองบังกลาเทศโดยปากีสถาน
- ณ การตกลงเมืองซิมลา ปัญหาเรื่องการปลดปล่อยเชลยศึก ได้ถูกนำมา พิจารณาพร้อมกับปัญหาสำคัญ ๆ อื่น ๆ แต่ก็ไม่อาจตกลงกันได้ เพราะอินเดียอ้างว่า ไม่อาจส่งตัวเชลยศึกคืนโดยบังกลาเทศไม่เห็นชอบ และจนกว่าจะได้มีการตกลงขั้นสุด ท้ายเกี่ยวกับแคว้นฉัมมูก์แคชเมียร์ ซึ่งแสดงให้เห็นชัดเจนถึงความพยายามที่จะใช้

เซลดย็ีกเป็นข้อต่อรองทางการเมือง การกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการปลดปล่อยเซลดย็ีกได้กระทำโดยพลการตามอำเภอใจ ส่วนปัญหาเรื่องการรับรองจังกลาเทศยังอยู่ภายใต้การพิจารณาของรัฐบาลแห่งปากีสถาน แต่ปากีสถานก็ได้แสดงเจตจำนงที่จะพิจารณาว่า ปากีสถานไม่ยอมรับว่าการรับรองจังกลาเทศเป็นการวางเงื่อนไขของการปลดปล่อยเซลดย็ีกและรัฐบาลอินเดียก็ได้รับทราบข้อเท็จจริงนี้แล้ว ทางอินเดียแถลงว่ากองกำลังติดอาวุธของปากีสถานตะวันออกโดยยอมจำนนแก่กองบัญชาการร่วมของอินเดียและจังกลาเทศ เซลดย็ีกจึงไม่อาจปลดปล่อยโดยปราศจากการให้ความเห็นชอบของจังกลาเทศ ส่วนจังกลาเทศอ้างว่าปัญหาเซลดย็ีกไม่อาจเจรจาโดยปราศจากความเท่าเทียมกันระหว่างปากีสถานกับจังกลาเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ปากีสถานถูกบังคับให้รับรองจังกลาเทศก่อน แล้วอินเดียนับว่าจังกลาเทศจึงจะพิจารณาปัญหาการปลดปล่อยเซลดย็ีก

รัฐบาลปากีสถานได้ชี้แจงในหลายโอกาสว่า ตามข้อ 118 ของอนุสัญญาเจนีวาครั้งที่ 3 เซลดย็ีกจะต้องถูกปลดปล่อยตัวโดยทันทีที่สภาพการเป็นศัตรูสิ้นสุดลง ทัศนะนี้จะต้องกระทำโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ระหว่างประเทศคู่สงคราม ภายใต้ข้อ 118 นี้ ประเทศคู่สงครามมีหน้าที่ที่จะส่งคืนเซลดย็ีกเกี่ยวกับเรื่องนี้ เซอร์เฮิร์ช ลอเทอแพคท์ (Sir Hersch Lauterpacht) ได้ให้ความเห็นว่า

"สิ่งจูงใจซึ่งทำให้มีเหตุเฉพาะกาลนี้ขึ้น เนื่องมาจากประการแห่งสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อประเทศคู่สงครามได้ยอมจำนนโดยไม่มีเงื่อนไข และถึงแม้จะไม่มีสัญญาสันติภาพก็ตาม มติมหาชนก็ไม่พอใจถ้าหากจะมีการกักกันเซลดย็ีกไว้ต่อไปโดยปราศจากเหตุผลว่าจะมีสภาพการณ์เป็นศัตรูเกิดขึ้นอีก"⁶⁶

อินเดียได้มีความสนใจต่อข้อเรียกร้องของปากีสถาน จนกระทั่งเมื่อเกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางทั่วโลก ถึงการปฏิบัติและท่าทีของอินเดียต่อเซลดย็ีก

รัฐบาลอินเดียและบังกลาเทศ จึงมีแถลงการณ์ร่วมเมื่อวันที่ 17 เมษายน 1973 ว่า

"...รัฐบาลของประเทศทั้งสองพร้อมที่จะเสาะแสวงข้อแก้ไขปัญหามนุษยธรรมทุกปัญหา รวมทั้งการส่งคืนปิคุงุมิ... ของ เซลยศึกและพลเรือนซึ่งถูกกักกัน ยกเว้นบุคคลซึ่งรัฐบาลบังกลาเทศจะพิจารณาไต่สวนในฐานะเป็นอาชญากรสงคราม..." 67

รัฐบาลทั้งสองได้ให้คำจำกัดความแก่ชาวปากีสถานในบังกลาเทศว่า "พวกผู้มีเชื้อชาวเบงกอลซึ่งมีความจงรักภักดีและปรารถนาที่จะกลับสู่ปากีสถาน" 68

น่าจะเป็นที่สังเกตได้ว่าปัญหาการรับรองบังกลาเทศ มิได้มีการกล่าวถึงแต่อินเดียก็ยังคงมีเงื่อนไขในการส่งคืน เซลยศึกและพลเรือนซึ่งถูกกักกันตัวอีก คือ

1. เซลยศึกปากีสถานจำนวนหนึ่งจะต้องถูกขึ้นศาลพิจารณาความผิด
2. ให้ปากีสถานยอมรับตัวชนกลุ่มน้อยซึ่งปรารถนาที่จะอาศัยอยู่ในปากีสถาน

รัฐบาลปากีสถานไม่สามารถยอมรับเงื่อนไขอันใดที่เตรียมไว้ดังกล่าว เป็นเงื่อนไขในการส่งคืน เซลยศึกปากีสถาน แต่รัฐบาลปากีสถาน พร้อมทั้งจะเจรจาปัญหามนุษยธรรมกับอินเดีย แต่เจตนาของอินเดียลงวันที่ 8 พฤษภาคม 1973 ได้ยืนยันให้ปากีสถานยอมรับในหลักการของข้อตกลงดังกล่าวข้างต้น อินเดียปฏิเสธการเจรจาใด ๆ ที่จะมีขึ้นจนกว่าปากีสถานจะยอมรับเงื่อนไขดังกล่าว

สำหรับชาวเบงกอลในปากีสถานผู้ปรารถนาจะกลับคืนยังบังกลาเทศ รัฐบาลปากีสถานได้ปฏิบัติตามนโยบายมนุษยธรรมตลอดมา ในเดือน มกราคม 1972 ประธานาธิบดีปากีสถาน ไคปลอยด์ อับดุล มูจิบูร์ ราห์มาน และนายคามาดี ฮอสเซ็น ซึ่งถูกกักขังในข้อหาการกบฏต่อต้านรัฐบาลปากีสถาน โดยไม่มีเงื่อนไข และยังได้ประกาศ

แกมหาชนถึงความเต็มใจของรัฐบาลที่จะคืนตัวชาวเบงกอลกลับสู่ปัทกภูมิ โดยปากีสถาน
 ใต้แฉกคณะกรรมการกาชาดสากลและเลขาธิการสหประชาชาติถึงความเห็นใจของ
 ปากีสถาน ซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านี้ออกเดินทางโดยทางบกหรือทางทะเลก็ได้ แต่
 ความล่าช้าในการส่งคืนตัวชาวเบงกอลกลับสู่ปัทกภูมินั้นเนื่องมาจากทั้งสภาพประส
 บัติในการขนส่ง ส่วนชาวเบงกอลที่เหลืออยู่ในปากีสถาน ซึ่งคณะกรรมการกาชาด
 สากลได้ประมาณไว้ว่ามีจำนวนกว่า 157,000 คน ก็จะได้รับอนุญาตให้ออกจากปากีสถาน
 และตลอดเวลาซึ่งบุคคลเหล่านี้อยู่ในปากีสถาน พวกเขาได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม
 รัฐบาลปากีสถานยอมมีการที่จะคงยอมรับการอพยพของผู้ถือสัญชาติปากีสถานจาก
 บังกลาเทศ แต่ปัญหาเรื่องผู้ถือสัญชาติปากีสถานนั้น ย่อมเป็นสิทธิของปากีสถานเท่านั้น
 ที่จะเป็นผู้กำหนด ซึ่งทั้งนี้เนื่องมาจากหลักในกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า รั้เท่านั้น
 มีสิทธิที่จะคัดเลือว่าผู้ใดเป็นบุคคลสัญชาติคน และปัญหาข้อนี้ก็ไม่อาจจะนำมาเกี่ยวพันกั
 การส่งคืนตัวเชลยศึกปากีสถาน

ปากีสถานได้พยายามปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวา โดยการทยอยส่งคืนตัว
 เชลยศึกอินเดีย จนกระทั่งปัจจุบันปากีสถานยืนยันได้ว่าไม่มีทหารอินเดียหรือพลเรือน
 อินเดียที่ถูกกักกันเนื่องจากเหตุการณ์ปี 1971 เหลืออยู่ในปากีสถาน รัฐบาลปากีสถาน
 ให้การปฏิบัติต่อเชลยศึกอย่างสมบูรณ์ตามข้อตกลงในอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติต่อ
 เชลยศึกจนได้รับคำชมเชยจากคณะกรรมการกาชาดสากล

รัฐบาลอินเดียไม่เพียงแต่กระทำการตรงข้ามกับพันธะของตนภายใต้อนุสัญญา
 เจนีวา แต่ยังได้ปฏิบัติต่อเชลยศึกอย่างโหดร้าย ปราศจากมนุษยธรรม คั้งนั้น
 รัฐบาลปากีสถานจึงร้องเรียนต่อศาลเป็นกรณีเร่งด่วน เพื่อกำหนดมาตรการป้องกัน
 ชั่วคราว ทั้งนี้เพราะรัฐบาลปากีสถานได้ทราบข่าวสารว่าเชลยศึกปากีสถานถูกกระทำ
 ทารุณกรรมต่าง ๆ ทั้งทางร่างกายและจิตใจ ตลอดจนมีการล้างสมองเชลยศึกปากีสถาน
 ใหนักโทษออกอาหาร ซึ่งการกระทำทารุณต่าง ๆ นี้ รัฐบาลปากีสถานได้รู้ทราทราบ

จากคณะกรรมการกาชาดสากล นอกจากนี้อินเดียยังละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ข้อ 126 โดยปฏิเสธไม่ยอมให้อนุกรรมการกาชาดสากลเข้าเยี่ยมเยียนเชลยศึก⁶⁹ ซึ่งปฏิบัติการอันทารุณของอินเดียต่อเชลยศึกป่ากีสถานได้มีการนำมาอภิปรายในสภานุแทนราษฎรของประเทศสวิสส์เพื่อหาหนทางที่จะบังคับใช้มาตรการยับยั้งในการปลดปล่อยตัวเชลยศึกในฐานะที่เป็นรัฐผู้ให้อารักขา (Protecting Power) ของรัฐบาลป่ากีสถาน

ในระหว่างการยึดครองของป่ากีสถานตะวันออกโดยกองกำลังติดอาวุธของอินเดียโดยการส่งเสริมและช่วยเหลือของอินเดียผู้นำพรรคสันนิบาตอะวามิ บางรายประกาศว่าป่ากีสถานตะวันออกเป็นรัฐอิสระ ภายใต้ชื่อ "บังคลาเทศ" และได้ประกาศความตั้งใจที่จะนำเชลยศึกป่ากีสถานจำนวนหนึ่งขึ้นศาลพิจารณาสอบสวนตามข้อหากระทำมนุษยฆาตและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ การขึ้นศาลไต่สวนในครั้งนี้เนื่องเพราะการกระทำอันถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดก่อนการบังเกิดของสงคราม ซึ่งในระหว่างสงครามนั้นไม่อาจมีข้อโต้แย้งได้เลยว่าป่ากีสถานตะวันออกมิใช่เขตแดนของป่ากีสถาน แต่รัฐบาลบังคลาเทศยังพยายามและมีความตั้งใจอย่างยิ่งที่จะพิจารณาโทษเชลยศึกในฐานะอาชญากรสงคราม

รัฐบาลป่ากีสถานไม่อาจยอมรับการนำตัวเชลยศึกป่ากีสถานขึ้นพิจารณาความผิดดังกล่าวได้ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คณะผู้พิพากษาแห่งป่ากีสถานเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาการกระทำอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหา ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำควมผิดที่ถูกกล่าวหา นั้นบังเกิดขึ้นในดินแดนของป่ากีสถาน และบุคคลผู้ถูกกล่าวหาเป็นพลเมืองแห่งป่ากีสถาน แต่รัฐบาลอินเดียและบังคลาเทศปฏิเสธที่จะยอมรับการอ้างสิทธิของป่ากีสถานในการพิจารณาไต่สวนเชลยศึกป่ากีสถานจำนวน 195 นาย ดังนั้นรัฐบาลแห่งป่ากีสถานจึงจำเป็นต้องขออำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้กำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราว เพื่อมิให้กระบวนการส่งมอบตัวเชลยศึกต้องชะงักลง

เพราะเหตุว่าบางคนในจำนวนนี้เป็นอาชญากรสงคราม กระทำมนุษยฆาต กระบวนการ
สังคินเขลยศึกไม่ควรที่จะกังวล เพราะลักษณะของการพิพาทปัจจุบันโดยคำนึงถึงสิทธิใน
เคียวที่จะใช้อำนาจพิจารณา เห็นอนุบุคคล 195 คนในปัญหานี้ ตัวแทนรัฐบาลปากีสถาน
เห็นว่า อนุสัญญามนุษยฆาตมิได้อนุญาตให้ยึดตัว เขลยศึกและพลเรือนซึ่งถูกกักกันเกิน
กว่า 92,000 คน เมื่อบุคล 2 - 3 รายในจำนวนนี้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการ
มนุษยฆาต หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อได้เปรียบทางการเมือง เพราะฉะนั้นปากีสถานจึง
เห็นว่าจำเป็นสำหรับศาลที่จะตีความให้ชัดเจน เพื่อว่าข้อพิพาทนั้นจะไม่ถูกนำไปใช้เพื่อ
หน่วงเหนี่ยวไว้ซึ่งสิทธิแห่งการกลับคืนสู่ปากีสถาน

รัฐบาลปากีสถานขอยืนยันว่า ศาลซึ่งบังคลาเทศจะจัดตั้งขึ้นภายใต้ความ
หมายของข้อ 6 ของอนุสัญญามนุษยฆาตไม่อาจตั้งขึ้นในบังคลาเทศเมื่อคำนึงถึง
สภาพการณ์ในบังคลาเทศขณะนั้น การยืนยันนี้ปากีสถานอ้างว่ามีอคติแก่การอ้างสิทธิ
ของตนในการมีอำนาจพิจารณาพิพากษา (Jurisdiction) รัฐบาลปากีสถานมีความ
รับผิดชอบต่อการกระทำผิดใด ๆ อันได้กระทำลงไปโดยผู้ถือสัญชาติปากีสถานใน
ปากีสถานตะวันออก ในเมื่อไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ รัฐบาลปากีสถานก็ร้องขอต่อศาลให้ตั้ง
คณะศาลนานาชาติ ซึ่งประเทศทั้งสองยอมรับและมีลักษณะและองค์ประกอบอันเป็นกลาง
เพื่อพิจารณาไต่สวนบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ามีการกระทำอันได้กล่าวหาไว้

หลักของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการกำหนดว่าควรจะมีมาตรการป้องกันชั่วคราว
นั้นได้มีการกล่าวถึงขอเขตอำนาจศาลไว้ว่า

- ก. การกำหนดการชั่วคราวจะสมควรแล้วยุติธรรมแล้ว เมื่อไม่มีระเบียบ
คำสั่ง ซึ่งคุณกรณีนี้อาจสมมือกระทำการอันมีลักษณะทำให้การพิจารณาพิพากษาไร้ผล
- ข. ในการกำหนดมาตรการชั่วคราว ศาลยอมละเว้นการพิจารณาในเรื่อง
อำนาจศาลได้

ตัวแพนรัฐบาลปากีสถานได้อ้างถึงคำสั่งของศาลในคดีประมงระหว่าง สหราชอาณาจักรกับไอร์แลนด์⁷⁰ (The Fisheries Jurisdiction case; (United Kingdom V. Iceland.) ซึ่งสหราชอาณาจักรได้ขอให้ศาลชี้มาตรการป้องกันชั่วคราวในคดีนี้ ศาลได้สรุปหลักซึ่งคุณอำนาจพิจารณาของศาลในการอนุญาตมาตรการป้องกันชั่วคราวไว้ในวรรค 15 ของคำสั่งศาลมีใจความว่า⁷¹

"เมื่อมีคำร้องให้จัดตั้งมาตรการชั่วคราวเฉพาะกาล ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าศาลมีอำนาจพิจารณาเนื้อหาคดีหรือไม่แต่ศาลก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อ 41 แห่งธรรมนูญศาลในเมื่อเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าศาลขาดอำนาจพิจารณาในชั้นเนื้อหา

ปากีสถานยื่นเสนอต่อศาลโดยยึดถือข้อ 41 แห่งธรรมนูญศาล⁷² โดยเสนอว่าการอนุญาตให้ใช้มาตรการชั่วคราวซึ่งได้กำหนดไว้ในข้อ 41 นั้นทุกฝ่ายได้ตกลงเห็นชอบแล้ว อำนาจของศาลในการอนุญาตหรือกำหนดการใช้มาตรการชั่วคราวจึงมีขึ้นตามข้อ 41 เอง ซึ่งมีรากฐานมาจากความเห็นพ้องยินยอม (Consensual) สำหรับอำนาจของศาลนั้น มีข้อสังเกตตามวรรค 1 ของข้อ 41 นี้คือ

"ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราว เมื่อศาลพิจารณาเห็นว่าเหมาะสมในเมื่อเห็นชัดว่าในสถานการณ์เช่นนั้นควรจัดให้มีมาตรการป้องกันชั่วคราวเพื่อถนอมรักษาไว้ซึ่งสิทธิของคู่กรณี"

มาตรการป้องกันชั่วคราว ตามข้อ 41 มีวัตถุประสงค์ที่จะถนอมรักษาสิทธิของแต่ละฝ่ายซึ่งเป็นสิทธิที่สามารถอ้างได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ การกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราวของศาลจึงต้องมีเงื่อนไขว่าศาลจะต้องมีอำนาจพิจารณาคดีข้อ 41 กำหนดไว้ชัดแจ้งว่า ทรานโดมีสิทธิที่จะถนอมรักษา ศาลก็อาจชี้มาตรการ

70 International Court of Justice, 'Fisheries Jurisdiction' (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), *Interim Protection, Order of 14 August 1972, I.C.J. Report, 1972. p. 12.*

71 International Court of Justice, *op.cit.* p.46.

72 โปรดดูธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 41 .



ป้องกันชั่วคราวได้ และภายใต้ข้อ 41 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เมื่อมีความจำเป็นและรีบด่วนศาลอาจชี้มาตรการป้องกันชั่วคราว โดยมีต้องคำนึงถึงว่าจะมีอำนาจพิจารณาหรือไม่ เซอร์เฮย์สีย์ เสาเทอร์พิคท์ได้ให้ความเห็นไว้ในกรณี อินเทอร์แอนเคิล ดังนี้

"ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจศาล ตามคำร้องภายใต้ข้อ 41

ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลไม่จำเป็นที่จะทำความพอใจแก่ตนเองหรือเพื่อสนองตอบแก่ข้อคัดค้านเบื้องต้น (Preliminary Objection) ว่าศาลมีอำนาจพิจารณาในเนื้อหาคดี (Merits) ศาลได้ประกาศในหลายโอกาสว่า การกำหนดหรือการปฏิเสธที่จะกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราวอยู่ในดุลยพินิจของศาลที่จะตัดสินว่าศาลมีอำนาจพิจารณาในสาระเนื้อหาคดีหรือไม่...."

73

เพราะฉะนั้นข้อเสนอที่ปากีสถานยื่นไว้ ตามคำพิพากษาที่ศาลได้เคยพิพากษาในภาคแรกของวรรค 5 ในคดีประมง (Fisheries case; United Kingdom V. Ireland) เป็นหลัก นั่นคือเมื่อมีคำร้องขอมาตรการชั่วคราว ศาลไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาว่าศาลมีอำนาจพิจารณาคดีหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาว่าศาลจะมีอำนาจพิจารณาหรือไม่นั้นสามารถทำได้เฉพาะเมื่อเกี่ยวกับข้อคัดค้านเบื้องต้น เช่นคัดค้านอำนาจพิจารณาของศาลโดยคุณกรณีและโดยเฉพาะเมื่อหลังจากชั้นปฏิบัติอันจำเป็นภายใต้ธรรมนูญและกฎข้อบังคับของศาลได้มีการปฏิบัติตามแล้ว

ภายใต้ข้อ 41 ศาลไม่เพียงแต่มีอำนาจที่จะกำหนดมาตรการชั่วคราวเมื่อมาตรการชั่วคราวถูกพิจารณาว่าจำเป็น แต่ศาลต้องทำเช่นนั้น ถ้าภาวะแวดล้อมบังคับต้องการดังกล่าว เพื่อจูงใจหมายแห่งการถนอมรักษาไว้ซึ่งสิทธิโดยลำพังของคุณกรณีซึ่งคอยการพิจารณาคัดสินผลสิ้นสุดแห่งคดี ฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอมาตรการชั่วคราว เมื่อมี

สถานการณ์ร้ายแรง เร่งด่วน เข้ามาเกี่ยวพัน ดังเช่นในกรณีซึ่งเกี่ยวพันกับชีวิตและ
 เสรีภาพของบุคคลจำนวนมาก การปฏิเสธไม่ให้ใช้มาตรการชั่วคราว อาจก่อให้เกิดการ
 สูญเสียอันมีอาจเกิดขึ้น อันมีลักษณะร้ายแรงและ เกี่ยวพันกับชีวิตมนุษย์และเสรีภาพซึ่งจะไม่
 มีวันชดเชยทดแทนได้ การอ้างว่าศาลขาดอำนาจพิจารณา ไม่สามารถนำมากล่าวอ้าง
 ในที่นี้ได้

อำนาจบังคับของศาล มีรากฐานอยู่บนความตกลงของภาคีหลายฝ่าย รวม
 ทั้งอินเดียและปากีสถานด้วย ดังในข้อ 9 ของอนุสัญญามนุษยพิฆาต ซึ่งมีบทเฉพาะ
 กาลว่า

"ข้อพิพาทของภาคีเกี่ยวกับการตีความ การนำไปใช้หรือการกระทำให้
 บรรลุถึงจุดประสงค์ของ อนุสัญญานี้ รวมทั้งเรื่องต่าง ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับความรับผิดชอบ
 ของรัฐในกรณีมนุษยพิฆาตหรือการกระทำอื่นใดที่ได้ระบุไว้ตามความในมาตรา 3
 จะต้องนำเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามคำร้องขอของรัฐคู่พิพาท" ⁷⁴

แต่รัฐบาลอินเดียได้อ้างว่าในการให้สัตยาบันอนุสัญญามนุษยพิฆาต เมื่อ 27
 สิงหาคม 1959 รัฐบาลอินเดียได้มีข้อสงวน ในข้อ 9 ของอนุสัญญานี้ มีใจความว่า

"ข้อ 9 แห่งอนุสัญญามนุษยพิฆาต รัฐบาลอินเดียขอประกาศว่าในการยื่น
 ข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขแห่งข้อ 9 นี้ให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
 มีอำนาจพิจารณาพิพากษา จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐคู่กรณีในแต่ละคดีที่เกิด
 การพิพาทขึ้น" ⁷⁵

74 อนุสัญญามนุษยพิฆาต ข้อ 9 .

75 International Court of Justice, *op.cit.*, p. 152

ในการโต้ตอบจดหมายของรัฐบาลอินเดีย ปากีสถานแจ้งว่าคำประกาศของอินเดียดังกล่าวไม่อาจยอมรับได้ตามอนุสัญญาอนุชยพิฆาต และไม่มีผลทางกฎหมายแต่ประการใดทั้งสิ้น นอกจากนี้เมื่อพิจารณาข้อ 40 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁷⁶ ซึ่งกล่าวถึงการนำคดีเข้าสู่ศาลซึ่งแบ่งออกเป็น คดีที่มีการตกลงกันเป็นพิเศษ และคดีที่ยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อนายทะเบียน โดยเมื่อมีคดีเข้าสู่ศาล โดยเป็นความตกลงพิเศษ จะมีการแต่งตั้งตัวแทนของรัฐบาลและจะต้องแจ้งให้ศาลทราบในขณะเดียวกันกับที่ได้เก็บเรื่องเข้าแฟ้ม ส่วนในกรณียื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อนายทะเบียน จะต้องระบุเรื่องข้อพิพาท ความคลอคลนต้องกล่าวถึงอำนาจศาล ลักษณะการกล่าวอ้าง ข้อเท็จจริงต่าง ๆ แต่ปรากฏว่ารัฐบาลอินเดียไม่ยอมรับอำนาจศาล ซึ่งเป็นองค์กรยุติธรรม คำประกาศดังกล่าวข้างต้นของรัฐบาลอินเดีย ไม่ทำให้ศาลขาดอำนาจพิจารณา เนื่องจากศาลมีอำนาจในการพิจารณาในเบื้องต้น (Preliminary objection) ตามข้อ 9 แห่งอนุสัญญาอนุชยพิฆาต

จากตัวอย่างในกรณีพิพาทบริษัทน้ำมันอังกฤษ อิหร่าน รัฐบาลอิหร่านคัดค้านอำนาจศาลเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการชั่วคราว แต่ศาลมิได้พิจารณาถึงข้อคัดค้านของรัฐบาลอิหร่าน ทั้งนี้ เนื่องจากขณะที่ศาลกำหนดมาตรการดังกล่าวนั้นมิได้มีการพิจารณาถึงปัญหาอำนาจศาลไว้ก่อนว่าจะมีอำนาจพิจารณาในเนื้อหาคดีหรือไม่ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของรัฐคู่พิพาทซึ่งได้คัดค้านอำนาจการพิจารณาของศาล⁷⁷

ในทำนองเดียวกันในคดีอินเตอร์แฮนด์ลิ่ง ศาลปฏิเสธที่จะพิจารณาข้อคัดค้านในเบื้องต้นเกี่ยวกับการคัดค้านอำนาจศาล และได้ยืนยันถึงอำนาจของตนในอันที่จะตรวจสอบคำร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราว โดยอาศัยอำนาจตามความในข้อ 36 วรรค 2 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยไม่คำนึงถึงข้อสงวนใด ๆ⁷⁸

76 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 40 .

77 International Court of Justice, Anglo - Iranian Oil Company case I.C.J. Reports, 1951, p. 93 .

78 International Court of Justice, Interhandle case I.C.J. Reports 1957, pp. 110 - 111 .

พิจารณาในคดีที่ปากีสถานยื่นเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้
ปากีสถานเสนอว่า วิธีปฏิบัติอันเหมาะสมในภาวะแวดล้อมของคดีนี้ คือ ศาลควรถือว่า
มิได้มีปัญหาใด ๆ เกี่ยวกับอำนาจศาลที่จะตัดสินศาลเสียจากการอนุญาตมาตรการชั่วคราว
เพราะศาลมีอำนาจในการพิจารณาในเบื้องต้น ที่จะพิจารณาคำร้องขอที่มาตรการ
ชั่วคราว และจากความเห็นตอบข้อปรึกษา เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 1951 ของศาล
ยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อสงวนของอนุสัญญามนุษยพิฆาต ซึ่งกล่าวไว้เกี่ยวกับ
ความสามารถในการยอมรับข้อสงวน และผลทางกฎหมาย ได้มีการอภิปราย
ถึงลักษณะของปัญหา ข้อสังเกตของศาลในเรื่องนี้มีความหมายสำคัญ กล่าวถึงข้อสงวน
โดยเฉพาะมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะ ทั้งนี้เพราะการกำหนดข้อสงวน อาจ
ก่อให้เกิดปัญหาในเงื่อนไขที่ว่ารัฐภาคีแห่งอนุสัญญาผู้ตั้งข้อสงวน อาจถูกคัดค้านโดย
รัฐภาคีอื่นที่ไม่ยอมรับข้อสงวนนั้น

ศาลได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ปัญหาที่มีได้เกี่ยวพันถึงความเป็นไปได้ของการ
ตั้งข้อสงวนในอนุสัญญามนุษยพิฆาต แต่ปัญหาอยู่ที่ว่ารัฐภาคีอื่นจะยอมรับข้อสงวนที่ตั้ง
ขึ้นหรือไม่

ข้อสังเกตอีกประการที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ไว้ ซึ่งแสดงให้เห็น
เห็นว่าปากีสถานสามารถที่จะไม่ยอมรับข้อสงวนใด ๆ ในอนุสัญญามนุษยพิฆาต คือ ใน
ขั้นตอนของการปฏิบัติระหว่างชาติมิได้มีข้อใดกำหนดไว้เกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนในข้อ
ตกลงหลายฝ่าย ดังนั้นในเจตนารมณ์ของอนุสัญญานี้ จึงมีต้องการให้มีข้อสงวนใด ๆ ทั้งสิ้น

จากข้อความดังกล่าวจึงเป็นที่แจ้งชัดว่า ปัญหาเรื่องความเป็นไปได้ของ
การทำข้อสงวน และเหตุผลของการตั้งข้อสงวน สามารถยกมากล่าวค้านได้ และ

มีชื่อว่าข้อสงวนทุกข้อ จะต้องได้รับการยอมรับเสมอไป ซึ่งจะพิจารณาได้จากความเห็นของศาลในการให้ความเห็นตอบข้อปรึกษา หน้า 24 แจ้งว่า

"วัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญาจำกัดไว้ทั้ง เสรีภาพของการตั้งข้อสงวน และเสรีภาพแห่งการคัดค้านข้อสงวน"⁸⁰

แต่ศาลก็มีได้คัดค้านการตั้งข้อสงวนของรัฐใด ที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญามนุษยพิพาทนี้ ในเมื่อการตั้งข้อสงวนนั้น รัฐกระทำได้โดยอาศัยอำนาจอธิปไตยของตนเองซึ่งศาลไม่มีอำนาจที่จะจำกัดสิทธิของรัฐใด แต่ก็แสดงให้เห็นชัดว่า การใช้อธิปไตยของรัฐในการตั้งข้อสงวนนี้ แสดงให้เห็นถึงการไม่คำนึงถึงไม่เคารพต่อวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญานี้

ข้อ 19 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายและสนธิสัญญาปี 1969 (The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)

ซึ่งถือเป็นหลักในการจัดทำประมวลกฎหมายนานาชาติ ได้ระบุไว้เกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนว่า

"รัฐเมื่อลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ และเห็นชอบในอนุสัญญาแล้ว อาจตั้งข้อสงวนได้ เว้นแต่

- ก. อนุสัญญานั้นห้ามการตั้งข้อสงวนไว้
- ข. สนธิสัญญานั้นได้มีบทบัญญัติไว้ว่า เฉพาะแต่ข้อสงวนเฉพาะเรื่อง (specified reservations) เท่านั้นที่จะกระทำได้โดยไม่รวมถึงข้อสงวนซึ่งเป็นปัญหา
- ค. ในกรณีต่าง ๆ ที่มีได้รวมเข้าไว้ภายใต้ ข้อ ก. และ ข.

การตั้งข้อสงวนไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญา"⁸¹

จากข้างต้นการตั้งข้อสงวนจึงไม่อาจกระทำได้ ถ้าประเภทของการตั้งข้อสงวน ส่อเจตนาที่จะขัดแย้งกับอนุสัญญา

⁸⁰ International Court of Justice, op.cit., p.57.

⁸¹ Ibid., p. 58.

ปากีสถานยืนยันว่า การตั้งข้อสงวนตามมาตรา 9 แห่งอนุสัญญา
มนุษยพิฆาต ซึ่งจะไม่ยอมรับอำนาจศาลนั้นจะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติพื้นฐานและการ
บรรลุลักษณะประสงคฺ์ในโอกาสของอนุสัญญา ซึ่งตามข้อ 9 นี้ได้ระบุไว้ว่า กรณีพิพาท
ระหว่างภาคีแห่งอนุสัญญา เกี่ยวกับเรื่องต่อไปนี้จะต้องนำขึ้นศาลยุติธรรมระหว่าง
ประเทศพิจารณาเมื่อมีคำร้องจากคู่กรณีในการพิพาท คือ

- 1.. ปัญหาการตีความอนุสัญญา (interpretation)
2. ปัญหาการนำอนุสัญญาไปประยุกต์ใช้ (application)
3. การบรรลุผลแห่งอนุสัญญา (fulfilment)
4. ปัญหาความรับผิดชอบของรัฐในเรื่องการกระทำมนุษยพิฆาตและการ
กระทำผิดอื่นใดอันได้ระบุไว้ในข้อ 3 แห่งอนุสัญญานี้

ดังนั้น การบรรลุผลแห่งอนุสัญญาและความรับผิดชอบในการกระทำมนุษย-
พิฆาตรัฐคู่กรณีจึงสามารถนำมาให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรแรกที่จะควบคุมกำหนด (compulsory
supervisory) โดยมีต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง
ความข้อนี้แสดงแจ้งชัดว่า เสรีภาพของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของศาล (supervi-
sory jurisdiction) ถ้าหากการยอมรับอำนาจศาลจะกระทำได้โดย
จะต้องได้รับความยินยอมของคู่กรณีแล้ว ก็จะกลายเป็นว่าคู่กรณีผู้ให้ความยินยอมก็จะ
เป็นผู้พิจารณาพิพากษาในชั้นสุดท้าย ที่จะทำหน้าที่ในการตีความ การประยุกต์ใช้ตลอด
จนการกระทำให้บรรลุผลแห่งอนุสัญญาและยอมก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ
ในการกระทำมนุษยพิฆาต ซึ่งการกระทำนั้นไม่อาจเป็นที่ยอมรับได้ตามอนุสัญญามนุษยพิฆาต
เพราะสิทธิและข้อผูกพันภายใต้ต้นสัญญานี้ ได้ระบุไว้แจ้งชัดให้เป็นหน้าที่ของศาล
ยุติธรรมระหว่างประเทศที่จะพิจารณา ดังนั้นคำประกาศของอินเดียซึ่งไม่ยอมรับอำนาจ
ศาล จึงถูกจำกัดไปโดยอนุสัญญามนุษยพิฆาตและมีได้มีผลบังคับใช้แต่ประการใด

ปากีสถานยืนยันว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีภายใต้
ข้อ 17 ของกฎบัตรปารีสที่ว่าด้วยการระงับข้อพิพาท ซึ่งกระทำ ณ นครเจนีวา เมื่อ

วันที่ 26 สิงหาคม 1928 และภายใต้ข้อ 36 (1) และข้อ 37 แห่งธรรมนูญ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งข้อ 17 ของกฎบัตรลาฮายีที่ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทได้กำหนดไว้ว่า

"ข้อพิพาททั้งปวงอันเกิดขึ้นระหว่างภาคีในการขัดแย้งเกี่ยวกับสิทธิของตน จะต้องนำมาให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้พิจารณาพิพากษา เว้นแต่จะมีข้อสงวน ซึ่งได้กระทำขึ้นภายใต้ข้อ 39 และคู่กรณีได้ตกลงเห็นชอบที่จะให้อนุญาตตุลาการ (arbitral tribunal) อื่นพิจารณา"

ในระหว่างที่ปากีสถานแถลงฟ้องต่อศาลนั้นมิได้มีตัวแทนของรัฐบาลอินเดีย มาปรากฏตัวคัดค้าน แต่รัฐบาลอินเดียได้ส่งจดหมายคัดค้านอำนาจการพิจารณาของศาล ซึ่งจดหมายฉบับล่าสุดลงวันที่ 4 มิถุนายน 1973 ซึ่งนับว่าเป็นการปฏิบัติที่ผิดไปจากกระบวนการของศาล เพราะในขณะที่อินเดียทำท่าทีราวกับไม่แยแสในกระบวนการที่ปากีสถานได้กล่าวฟ้อง แต่ตามความจริงแล้วอินเดียกำลังโต้แย้งคดีของตนโดยเต็มที่ ราวกับว่าตัวแทนของรัฐบาลอินเดียได้มาปรากฏตัวอยู่ ณ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้โดยอาศัยจดหมายเป็นการสื่อสารที่ศาลจำเป็นต้องรับ ถึงแม้ว่าการกระทำของอินเดียจะทำให้เสียระเบียบในการปฏิบัติ ซึ่งวิธีการของอินเดียนั้นก็อาจจะสามารถดำเนินไปโดยหาจุดจบมิได้ ถ้าศาลให้ความยินยอม ทำให้อินเดียเป็นฝ่ายได้เปรียบในทุกข้อของการเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณานี้ โดยกระทำไปพร้อม ๆ กับการสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะไม่ยอมรับรับทราบกระบวนการพิจารณาของศาล ทำให้ปากีสถานต้องเสียเปรียบอย่างมากในการนำคดีขึ้นสู่ศาล คือแทนที่จะสามารถจัดการอย่างตรงไปตรงมาในเรื่องกำหนดมาตรการชั่วคราวปากีสถานกลับต้องเสียเวลากับเรื่องราวอันซับซ้อนของอำนาจศาล โดยที่รัฐบาลอินเดียมิได้แต่งตั้งตัวแทนให้มาปรากฏตัวในคดี ซึ่งตามข้อ 42 วรรค 1 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กำหนดให้คู่กรณี

มีผู้แทน (agent) ที่จะดำเนินคดี⁸² ในชั้นการพิจารณาตอนปลายลักษณะอักษรจะต้องมีการ
เสนอต่อศาลและต่อคู่ความ อันมีค่าแถลงและคำกล่าวแก้ต่าง ๆ และหากจำเป็นจะต้อง
มีคำตอบตลอดทั้งหนังสือและเอกสารต่างๆ ซึ่งสนับสนุนด้วยการส่งสิ่งต่าง ๆ ให้กระทำ
ยานนายทะเบียนตามระเบียบภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด และให้ส่งสำเนาที่รับรอง
ว่าถูกต้องของ เอกสารทุกฉบับที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยื่นเสนอไปให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง⁸³ แต่
รัฐบาลอินเดียได้ละเลยกระบวนการดังกล่าวเสีย ดังนั้นจึงยอมแจ้งชี้ว่าจดหมายที่ส่ง
โดยรัฐบาลอินเดียโดยปราศจากการแต่งตั้งตัวแทนจึงมิได้เป็นกระบวนการ (proceeding)
ลายลักษณะอักษรภายใต้ความหมายแห่งธรรมนูญและกฎแห่งศาลยุติธรรมระหว่าง
ประเทศ นอกจากรนข้อ 38 วรรค 3 แห่งกฎของศาล (rules of the Court)
ยังระบุให้รัฐที่ถูกยื่นฟ้อง ไม่ว่าจะตอบรับหรือไม่ก็ตาม จะต้องแจ้งให้ศาลทราบชื่อผู้ที่
เป็นตัวแทนของรัฐโดยเร็วที่สุด แต่อินเดียก็มิได้ดำเนินการตามระเบียบวิธีดังกล่าว ซึ่ง
ถ้าหากอินเดียประสงค์จะคัดค้านการอนุญาตให้มาตรการป้องกันชั่วคราว อินเดียควรจะ
มาปรากฏตัวต่อศาลและแถลงด้วยวาจาเกี่ยวกับประเด็นเหล่านั้น การคัดค้านของ
อินเดียต่อสิทธิของปากีสถานในลักษณะที่อินเดียได้กระทำอยู่นี้มิได้มีสาระอันใด และศาล
ก็ไม่อาจยอมรับได้

อีกประการหนึ่งการเรียกร้องให้ตั้งศาลพิจารณาคดีนั้น ผู้เรียกร้องควรจะเป็น
เป็นผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนุชยพิฆาต ซึ่งเจ้าทุกข์หรือผู้เสียหาย
ควรจะเป็นปากีสถานเอง เพราะการกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการกระทำนุชย
พิฆาตนั้นเกิดขึ้นในดินแดนของปากีสถานและต่อบุคคลผู้ถือสัญชาติปากีสถาน ซึ่งในเวลา
นี้ได้ประกอบขึ้นเป็นบังคลาเทศ แต่ก็ไม้อาจที่จะมีใครโต้แย้งได้ว่าดินแดนบังคลาเทศ

82 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 42.

83 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 43.

ปัจจุบันนี้เคยเป็นส่วนหนึ่งของปากีสถาน การจัดตั้งศาลไต่สวนผู้ถูกกล่าวหาทั้งกล่าว เป็นสิทธิเดี่ยวของปากีสถาน บุคคลเหล่านั้นไม่ควรถูกส่งตัวไปยังบังคลาเทศ ซึ่ง ปัญหาที่ควรระวังแก้ไขโดยด่วน ซึ่งก็โดยการที่ศาลจะอนุมัติมาตรการป้องกันชั่วคราว เพื่อป้องกันการส่งตัวไป เพราะถ้าหากได้มีการส่งตัวผู้ถูกกล่าวหาไปยังบังคลาเทศแล้ว ทางแก้ไขก็จะทำได้ลำบากยิ่งและเท่ากับเป็นการลิดรอนสิทธิของปากีสถานในอันที่จะ ตั้งศาลไต่สวนบุคคลเหล่านี้

การร้องขอต่อศาลนี้ปากีสถานมิได้ร้องขอต่อศาลให้พิจารณาถึงสิทธิของ ปากีสถานและบังคลาเทศ แต่เป็นการยืนยันสิทธิของปากีสถานที่มีอยู่ในการที่จะพิจารณา ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำนุญชพิฆาต ปากีสถานต้องการต่อสู้เพื่อสิทธิของ ปากีสถานเอง และก็เป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศที่จะเป็นผู้ตัดสิน

ปากีสถานชี้แจงเพิ่มเติม 2 ประการในเรื่องบังคลาเทศไม่มีสิทธิเข้าแทรกแซงในเรื่องนี้ คือ

1. บังคลาเทศมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญามนุษยพิฆาต เพราะฉะนั้นจึง ไม่สามารถมีสิทธิภายใต้ข้อ 6 แห่งอนุสัญญานี้

2. เหตุผลประการสำคัญคือ ในระหว่างที่การกระทำซึ่งได้ถูกกล่าวหา ดังกล่าวได้เกิดขึ้นนั้น บังคลาเทศยังมีได้บังเกิดขึ้นในโลก มิได้เป็นสมาชิกแห่งธรรมนูญ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มิได้เป็นสมาชิกสหประชาชาติ แต่การขาดสถานภาพดังกล่าวของบังคลาเทศ มิใช่ประเด็นสำคัญในกระบวนการนี้ ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า ระหว่างปากีสถานและอินเดีย บุคคลผู้เกี่ยวข้องและผู้ถูกกล่าวหาควรถูกส่งมอบและศาล ควรอนุญาตมาตรการชั่วคราวเกี่ยวกับเรื่อง เช่นที่กล่าวมานั้น

การกำหนดใช้มาตรการป้องกันชั่วคราว ก็เพื่อความจำเป็นในการอารักขา ศาลมีสิทธิที่จะใช้มาตรการชั่วคราว โดยวัตถุประสงค์เพื่อถนอมรักษาสิทธิของคู่กรณีขณะ

คอบคำพิพากษาพิพากษาของศาล และนอกจากนี้ปากีสถานยังได้อ้างหลักความเร่งด่วนและความจำเป็นต้องการมาตรการป้องกันชั่วคราว ทั้งนี้เพราะบังคลาเทศได้เตรียมที่จะนำตัวผู้ถูกกล่าวหาขึ้นศาลที่บังคลาเทศจะได้จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาความผิดในข้อหาอาชญากรรมสงคราม และอินเดียจะได้อภัยปล่อยตัวผู้ถูกกล่าวหาให้แก่บังคลาเทศ จึงนับว่าเรื่องนี้เป็นปัญหาเร่งด่วนที่ต้องการมาตรการป้องกันชั่วคราวอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับมนุษยธรรมเป็นกรณีพิเศษ

ปัญหาการฟ้องร้องระหว่างปากีสถานและอินเดียในกระบวนการเหล่านี้คือ ปากีสถานมีสิทธิที่จะตั้งศาลพิจารณาไต่สวนเชลยศึกปากีสถานจำนวน 195 นาย ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำการมนุษยฆาต อาชญากรรมสงคราม กระทำความผิดอาชญากรรมมนุษยชาติ ซึ่งบุคคลเหล่านี้อยู่ในความควบคุมของอินเดีย ถ้ารัฐบาลอินเดียได้ส่งตัวบุคคลเหล่านี้ไปยังบังคลาเทศเพื่อขึ้นศาลที่บังคลาเทศตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาความผิดดังกล่าวก่อนที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้พิพากษาคดีสิน ก็ย่อมเป็นการพ้นวิสัยที่จะรักษาไว้ซึ่งสิทธิของปากีสถาน ซึ่งเป็นกรณี วิธีที่ดีที่สุดคือการกำหนดมาตรการป้องกันชั่วคราว มิให้อินเดียโยกย้ายเชลยศึกปากีสถานจนกว่าการพิจารณาของศาลจะสิ้นสุดลง ทั้งนี้เพราะถ้าเชลยศึกถูกโยกย้ายไปยังบังคลาเทศแล้วจะทำให้ไม่สามารถแก้ไขเหตุการณ์ให้ดีขึ้น เพราะถึงแม้ว่าเชลยศึกจะยังคงมีชีวิตอยู่แต่เจ้าหน้าที่ของบังคลาเทศคงจะไม่เต็มใจส่งมอบเชลยศึกคืนและอาจกระทำทารุณต่อเชลยศึก การขึ้นศาลไต่สวนเชลยศึก ณ บังคลาเทศเป็นเหตุผลทางด้านการเมืองและมีลักษณะไปในทางกระทำแก่แก่นต่อปากีสถาน

เรื่องสุดท้ายที่ปากีสถานขอให้ศาลพิจารณาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชตากรรมของเชลยศึกและพลเรือนซึ่งถูกกักกันจำนวนนับพันคน ซึ่งมีไต่มนับรวมกับบุคคลที่ถูกกล่าวหาบุคคลเหล่านี้ยังคงอยู่ในความควบคุมของอินเดีย โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะอินเดีย

จะต้องส่งคืนเชลยศึก เมื่อสภาพการ เป็นคู่สงครามสิ้นสุดลง ภาวะแวดล้อมอันไม่น่าพึงพอใจและการลงโทษจำคุกโดยหากำหนดไม่ได้ ย่อมกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจของ เชลยศึกเหล่านั้น และถึงแม้ว่าพวกเขาจะได้มีโอกาสกลับคืนสู่ปิตุภูมิ สภาพความเสื่อมทรามทางร่างกายและจิตใจก็ยังคงปรากฏอยู่ ซึ่งไม่อาจแก้ไขให้กลับคืนสู่ปกติได้ง่าย อินเดียมีพันธะที่จะต้องส่งคืนตัวเชลยศึกและพลเรือนที่ถูกกักกันโดยฉับพลันที่สภาพความเป็นศัตรูได้สิ้นสุดลง การร้องขอต่อศาลเพื่อขอมาตรการป้องกันชั่วคราวให้กับเชลยศึกจำนวน 195 คน ผู้ถูกกล่าวหาและมีที่ท่าว่าจะตกอยู่ในอันตราย เนื่องจากจะถูกโยกย้ายตัวไปยังบังคลาเทศ และการให้ศาลพิจารณาคัดสินว่าผู้ใดจะมีสิทธิตั้งศาลขึ้นพิจารณาคความผิดของเชลยศึกจำนวน 195 คนนี้ มิได้เป็นสาเหตุทำให้ขบวนการแห่งการส่งมอบตัวเชลยศึกและพลเรือนซึ่งถูกกักกัน ซึ่งได้เริ่มขึ้นแล้วตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศไม่ควรจะสะดุดหยุดลงโดยผลของการกล่าวหาว่าบางคนในจำนวนนี้มีความผิดฐานมนุษยฆาต อาชญากรรมสงคราม และกระทำความผิดอาญาต่อมนุษยชาติ รัฐบาลอินเดียยังคงกักกันตัวเชลยศึกปากีสถานกว่า 92,000 นาย โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยืนยันว่าบังคลาเทศต้องการตัวเชลยศึกปากีสถานจำนวน 195 นาย เพื่อดำเนินคดีดังกล่าว แต่มิได้แจ้งชื่อบุคคลผู้ถูกกล่าวหา และผลที่ตามมาคืออินเดียได้กักตัวเชลยศึกกว่า 92,000 นายไว้ ทำให้สิทธิของปากีสถานในอันที่จะได้รับมอบตัวเชลยศึกคืนต้องถูกมิคเป็นอนาธิปไตยโดยคำกล่าวหาที่มีต่อเชลยศึกปากีสถานจำนวน 195 คน ปากีสถานขอเน้นว่า อนุสัญญามนุษยฆาตมิได้อนุญาตให้กักกันเชลยศึกจำนวนกว่า 92,000 นายนี้ และมีได้อนุญาตให้ฝ่าฝืนสิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งคืนสู่ปิตุภูมิ เพียงเพราะมีข้อหาว่าบางคนในจำนวนเชลยศึกทั้งหมดนี้กระทำมนุษยฆาต เพราะฉะนั้นเพื่อเป็นการสงวนรักษาไว้ซึ่งสิทธิของปากีสถาน ปากีสถานขออำนาจศาลให้เรียกร้องอินเดียติดต่อไปยังบังคลาเทศให้แจ้งรายชื่อและรายละเอียดของผู้ถูกกล่าวหาจำนวน 195 นาย และเรียกร้องให้อินเดียนำดำเนินการตามอนุสัญญาฉบับนี้ว่าเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึกสำหรับผู้ที่เหลืออยู่

สำหรับกรณีอื่นที่เคยไม่ยอมปลดปล่อยตัว เอลยศึกปากีสถานนั้น ได้มีผู้ให้ความเห็นว่า การที่อินเดียไม่ยอมส่งคืนตัว เอลยศึกอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ปี 1971 ระหว่างอินเดียกับปากีสถาน แสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวของภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวา ในการที่จะกระทำตามพันธะข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ตนมีอยู่

อินเดียได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติต่อเอลยศึก 1949 เมื่อปี 1950 และปากีสถานได้ให้สัตยาบันเมื่อปี 1951 อินเดียควรจะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวา ในการปิดล้อมกองทัพปากีสถาน เมื่อ 16 ธันวาคม 1971 ผู้บังคับบัญชากองทหารอินเดียได้กล่าวยืนยันต่อทหารปากีสถานว่า "จะได้รับการปฏิบัติ...ตามความที่ระบุไว้ในอนุสัญญาเจนีวา" และในรัฐสภาอินเดีย นางอินทรา คานธี นายกรัฐมนตรีอินเดียก็ได้กล่าวว่า "กองทัพของเราจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของการปฏิบัติต่อเอลยศึกในอนุสัญญาเจนีวาอย่างเคร่งครัด"

ในวันที่ 7 ธันวาคม 1971 สมัชชาแห่งสหประชาชาติได้เรียกร้องให้ทั้งอินเดียและปากีสถานหยุดยิง และทั้งสองฝ่ายก็ประกาศหยุดยิงในเวลาต่อมา วันที่ 21 ธันวาคม 1971 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติประกาศว่า ปากีสถานและอินเดียได้หยุดยิงและสิ้นสุดสภาพการณ์เป็นศัตรูระหว่างกันแล้ว ซึ่งสภาพดังกล่าวนี้ทำให้เกิดพันธะที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติต่อเอลยศึกปี 1949

ข้อ 118 ของอนุสัญญานี้มีความว่า

ภายหลังการสู้รบโดยทางกำลังได้สิ้นสุดลงแล้ว จะต้องปล่อยตัว เอลยศึก และส่งตัวกลับประเทศเดิมโดยมิชักช้า

ถ้าในความตกลงใด ๆ ที่ได้กระทำกันระหว่างภาคีคู่พิพาทเพื่อหยุดการสู้รบ ไม่มีข้อกำหนดตามที่กล่าวข้างต้น หรือถ้าไม่มีความตกลงอย่างหนึ่งอย่างใด เช่นว่านี้แล้ว ประเทศที่กักคุมแต่ละฝ่ายจะได้จัดวางแผนการ เพื่อส่งตัว เอลยศึกกลับประเทศเดิม และปฏิบัติกิจการตามแผนการนั้นโดยมิชักช้า ตามหลักที่ได้กำหนดไว้ในวรรคก่อน

ได้มีการโต้แย้งกันหลายครั้งในเรื่องความล้มเหลวของอินเดียในการปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวา เพราะอินเดียปฏิเสธไม่ยอมปลดปล่อยและส่งตัวเชลยศึกป่ากีสถานในความควบคุมของตนให้กลับคืนสู่ปีตุภูมิ จึงได้มีการแยกวิเคราะห์ข้อโต้แย้งในปัญหานี้ ออกเป็น 4 ประการ คือ

ประการแรก ได้มีข้อโต้แย้งว่าเมื่อสภาพการเป็นศัตรูระหว่างกันได้สิ้นสุดลงแล้ว ก็จะต้องปฏิบัติตามข้อ 118 แห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 ทั้งนี้ ในข้อนี้หมายความว่าสภาพการเป็นศัตรูจะไม่มีขึ้นอีก ยกตัวอย่างกรณีตะวันออกกลางปี 1967 เมื่อมีการหยุดยิงตามคำเรียกร้องของสหประชาชาติแล้วก็ได้มีการปลดปล่อยและส่งคืนตัวเชลยศึกกลับสู่ปีตุภูมิโดยทันที ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อประกาศหยุดยิงแล้วก็ได้มีสภาพการเป็นศัตรูระหว่างอินเดียและปากีสถานเกิดขึ้นอีก นอกจากมีการปะทะกันบ้างเล็กน้อยซึ่งอินเดียอาจจะถือเป็นข้ออ้างว่ายังมีสภาพการเป็นสงครามอยู่ แต่อย่างไรก็ดี อินเดียก็ได้ยอมรับสภาพความจริงที่ว่า การเป็นศัตรูได้สิ้นสุดลงแล้วโดยยอมปลดปล่อยและคืนตัวเชลยศึกป่ากีสถานที่ถูกจับกุมตัวในเขตปากีสถานตะวันตกหลังจากที่ปากีสถานปลดปล่อยตัวเชลยศึกอินเดีย แต่หลังจากนั้นก็ได้มีการปะทะกันอีกครั้งระหว่างอินเดียและปากีสถาน จึงสามารถพูดได้ว่าสภาพการเป็นศัตรูได้สิ้นสุดลงแล้ว ดังนั้นจึงสมควรที่จะปฏิบัติตามข้อ 118 ของอนุสัญญาเจนีวา ดังนั้นข้อโต้แย้งของอินเดียที่ว่าสภาพการเป็นศัตรูระหว่างกันยังมีได้สิ้นสุดลงอย่างแท้จริง แต่อยู่ในสภาวะคลุมเครือเป็นที่น่าสงสัย จึงน่าจะเป็นข้อหลักเถียงในการที่จะปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 มากกว่าเป็นการโต้แย้งในทางกฎหมาย

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับเชลยศึกป่ากีสถานที่ไม่อาจส่งตัวกลับคืนสู่ปีตุภูมิ เนื่องจากถูกกล่าวหาว่ากระทำมนุษยพิฆาต อาชญากรรมสงคราม และกระทำผิดอาญาต่อมนุษยชาติ ตามข้อ 119 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 กำหนดว่า เชลยศึกซึ่งยังรอการดำเนินคดีสำหรับความผิดทางอาญานั้น อาจจะต้องถูกกักคุมอยู่จนกระทั่งสิ้นสุดการ

คำเนคตี และถ้าจำเป็นก็อาจถูกกักคุมอยู่จนกว่าจะได้รับโทษเสรีจลนแล้ว ในขณะที่อ้างว่าได้มีการกระทำอาชญากรรมสงครามเกิดขึ้น อินเดียก็มีได้ดำเนินการอย่าง เป็นทางการที่จะชี้ลง ไปว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำ ความผิดตามที่ถูกล่าวหา

ประการที่สาม ได้มีการพิจารณาถึงพฤติกรรมของอินเดีย ซึ่งอินเดียได้อ้างว่า ในการรบทางค่านตะวันออกนั้น กองทัพปากีสถานได้ยอมจำนนต่อกองกำลังผสมของอินเดียและบังคลาเทศ ดังนั้นการปลดปล่อยและส่งคืนตัวเชลยศึกจึงจะต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบจากบังคลาเทศด้วย แต่เหตุผลที่แท้จริงที่ทำให้เชลยศึกปากีสถานไม่ได้รับการปลดปล่อยตัวนั้น เนื่องมาจากปากีสถานปฏิเสธที่จะให้การรับรองบังคลาเทศและเจรจายุทธากับบังคลาเทศ การกระทำของอินเดียแสดงให้เห็นว่าอินเดียต้องการใช้เชลยศึกเป็นตัวประกันที่จะบังคับให้ปากีสถานคัดลนใจทางการเมืองตามที่ตนต้องการ คือต้องการให้ปากีสถานรับรองว่าบังคลาเทศเป็นรัฐอธิปไตย ซึ่งปัญหาการรับรองนี้มีได้มีความเกี่ยวข้องในปัญหาทางกฎหมายใด ๆ ในเรื่องการคืนเชลยศึก การอ้างของอินเดียว่าเชลยศึกยอมจำนนต่อกองบัญชาการร่วมของอินเดียและบังคลาเทศไม่อาจเป็นเหตุผลที่จะหวังเห็นยตัวเชลยศึกไว้ได้ ถ้าอินเดียหยิบยกเอาเรื่องการยอมจำนนต่อกองบัญชาการร่วม ก็มีข้อโต้แย้งคือเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองเกิดขึ้น ประเทศทั้งหลายก็รวมกันเป็นฝ่ายพันธมิตรและฝ่ายอักษะเมื่อมีการยอมจำนนก็เป็นการยอมจำนนต่อกองทัพของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดดังกล่าว และเมื่อมีการปลดปล่อยตัวเชลยศึกก็มีได้มีการขอรับความเห็นชอบจากประเทศอื่นใด

ในอนุสัญญาระบุไว้ว่าประเทศผู้กักคุมแต่เพียงผู้เดียวที่มีอำนาจเหนือเชลยศึกผู้ถูกกักคุม ข้อ 12 ของอนุสัญญามีได้ระบุว่า เชลยศึกยอมอยู่ในอำนาจของประเทศที่เป็นศัตรูและประเทศที่กักคุมจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติต่อเชลยศึก และเชลยศึกอาจถูกย้ายตัวไปยังประเทศผู้กักคุมอีกประเทศหนึ่ง แต่ก็อยู่ในความรับผิดชอบของประเทศผู้รับตัวไว้เพียงประเทศเดียว ในกรณีนี้สหภาพโซเวียตและประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศได้ตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาข้อนี้ไว้เนื่องจากต้องการให้มีการรับผิดชอบร่วมกันระหว่างประเทศที่จับกุมตัว

เชลยศึกและประเทศผู้กักคุมตัว เชลยศึก แต่ข้อสงวนนี้ก็มีได้เป็นที่ยอมรับกัน และก็เป็นที่น่าสังเกตุว่าอินเดียมีใ้ตั้งข้อสงวนดังกล่าวไว้

โดยสภาพความจริงแล้ว เชลยศึกปาگیสถานได้ถูกควบคุมไว้ในอินเดีย อินเดีย เป็นประเทศผู้กักคุมตัว เชลยศึกตามนัยแห่งอนุสัญญาเจนีวา 1949 และอินเดียแต่ผู้เดียว เท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบในการปลดปล่อยและส่งคืนตัว เชลยศึกกลับสู่ปิตุภูมิตามความใน ข้อ 118 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 แต่อินเดียอ้างว่าอินเดียกับบังคลาเทศเป็นผู้กักคุม เชลยศึกร่วมกัน และเชลยศึกจะได้รับการปลดปล่อยต่อเมื่อปาگیสถานให้การรับรองบังคลาเทศและตกลงเจรจากับบังคลาเทศและอินเดีย มาตรา 118 ได้ระบุไว้ในย่อหน้าที่ 2 ว่า ประเทศที่กักคุมแต่ละฝ่ายจะได้จัดวางแผนการ เพื่อส่งตัว เชลยศึกกลับประเทศเดิม และปฏิบัติการตามแผนการนั้นโดยมีชักช้าตามหลักที่ได้กำหนดไว้ในวรรคก่อน ดังนั้นภายใต้อนุสัญญานี้ถ้าอินเดียและบังคลาเทศจะถือว่าเป็นประเทศผู้กักคุมร่วมกันแล้ว ก็จะต้องมีการที่จะวางแผนดำเนินการร่วมกัน เพื่อส่งตัว เชลยศึกปาگیสถานกลับคืนสู่ประเทศของตนโดยมิชักช้า

ประการสุดท้าย ถ้าอินเดียไม่ยอมปลดปล่อยและส่งคืนตัว เชลยศึกปาگیสถาน โดยอ้างว่าปาگیสถานได้ควบคุมตัวชาวเบงกาลีไว้ในปาگیสถานตะวันตก ซึ่งชาวเบงกาลีเหล่านี้ประสงค์จะอพยพมายังบังคลาเทศแต่ไม่ได้รับอนุญาตให้อพยพ เมื่อพิจารณาเหตุผลความเป็นจริงต่าง ๆ แล้ว ก็เห็นว่าเป็นปัญหาอันเนื่องมาจากเชลยศึกอีกเช่นกัน คือถ้าหากว่าอินเดียถือเอาการอนุญาตให้ชาวเบงกาลีอพยพมายังบังคลาเทศเป็นเงื่อนไขในการปลดปล่อยตัวเชลยศึก จะถือได้ว่าอินเดียไม่ปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 หรือไม่ และเหตุผลในการที่อินเดียไม่ยอมปลดปล่อยเชลยศึกปาگیสถานก็น่าจะเนื่องมาจากเงื่อนไขข้างต้น รวมทั้งการรบเร้าให้ปาگیสถานยอมรับรองบังคลาเทศก่อนที่จะมีการเจรจาใด ๆ ในปัญหาการปลดปล่อยตัวเชลยศึกแล้ว เมื่อพิจารณาเหตุผลดังกล่าวก็นับว่าเป็นการบังคับให้ปาگیสถานตัดสินใจทางการเมืองตามความปรารถนาของอินเดีย

ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจนับได้ว่าเป็นการกระทำตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาเจนีวา
1949

วัตถุประสงค์ของการกักคุมตัวเชลยศึกก็เพื่อป้องกันมิให้เชลยศึกเข้ามาร่วม
ในการสงครามอีก ดังนั้นในปัญหาเชลยศึกปาเกีสถานซึ่งอยู่ในความควบคุมของอินเดีย
จึงมิได้มีรากฐานทางกฎหมายใด ๆ ที่จะให้อินเดียปฏิเสธการปลดปล่อยและส่งคืนเชลย
ศึกปาเกีสถานกลับคืนสู่ประเทศของตน⁸⁵

ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

85

Haward S. Levie, 'Legal Aspects of the Continued Detention
of the Pakistani Prisoners of War by India' American Journal
of International Law, Vol. 67, (1973). pp. 512 - 516.