

## บทที่ 2

### ความเป็นมาและลักษณะของระบอบการคุ้มครองระหว่างประเทศสำหรับผู้ลี้ภัย

คำว่า " การคุ้มครอง " ไม่มีคำจำกัดความ แต่เป็นคำที่มักใช้ควบคู่กับคำอื่น เช่น การคุ้มครองตามกฎหมาย หรือ การคุ้มครองทางการเมืองและกฎหมาย หรือ การคุ้มครองระหว่างประเทศ ที่กำหนดไว้ในธรรมนูญของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ

แต่โดยนัยของการคุ้มครอง ในเรื่องผู้ลี้ภัยนั้น ก็มีความชัดเจนอยู่ในคำๆ นี้อยู่แล้ว กล่าวคือ โดยปกติรัฐบาลจะให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองของตน โดยประกันว่าประชาชนจะมีสิทธิในชีวิต มีเสรีภาพ และความปลอดภัยด้านร่างกาย และสิทธิอื่นๆ แต่เมื่อรัฐบาลไม่สามารถ หรือไม่เต็มใจให้ความคุ้มครอง และสิทธิมนุษยชนของปัจเจกบุคคลถูกละเมิด ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวมีความหวาดกลัว ซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่า จะได้รับการประหัตประหาร ด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพของกลุ่มทางสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ หรือความคิดเห็นทางการเมือง และมีผลทำให้บุคคลดังกล่าวต้องหนีไปยังรัฐอื่น ประชาคมระหว่างประเทศ จึงต้องเข้ามาประกันสิทธิของปัจเจกชนและความปลอดภัยทางร่างกายให้แก่พวกเขา โดยการให้ความช่วยเหลือนั้นก็กระทำได้ผ่านหน่วยงานต่างๆ ของประชาคมระหว่างประเทศ หากปัญหาของผู้ลี้ภัยเป็นเรื่องทางการเมือง หน่วยงานนั้นๆ ก็จะดำเนินการในระดับการเมืองโดยประสานกับรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง แต่ถ้าปัญหาผู้ลี้ภัยเป็นปัญหาทางกฎหมาย ก็ควรดำเนินการส่งเสริมตราสารให้เป็นไปตามความต้องการของผู้ลี้ภัย ไม่ว่าจะเป็นการออกสนธิสัญญา หรือ กฎหมายแห่งรัฐ<sup>1</sup>

ความหมายของการคุ้มครองในคำนิยามของผู้ลี้ภัยนั้น Hathaway บอกว่า การคุ้มครองนี้ หมายถึงการคุ้มครองภายในประเทศ กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองภายในรัฐต่อเหยื่อ หรือเหยื่อของการประหัตประหาร โดยความเข้าใจว่า ผู้ลี้ภัย หมายถึงบุคคลผู้ซึ่งอยู่นอกรัฐของตน เนื่องจากกลัวถูกประหัตประหาร ด้วยสาเหตุตามที่ระบุไว้ใดๆ และรัฐไม่สามารถหรือไม่เต็มใจที่จะคุ้มครอง

---

<sup>1</sup> Guy S. Goodwin-Gill, "Refugees : Challenges to Protection, " paper presented at Curriculum and Management Seminar, Krakow, Poland, 25-28 May 2000.

ครองบุคคลดังกล่าวจากการประท้วงประหาร บทบาทของการคุ้มครองระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้น เนื่องจากขาดการคุ้มครองจากรัฐต้นตอ ให้แก่บุคคลดังกล่าวที่กลัวการถูกประท้วงประหาร<sup>2</sup>

Goodwin-Gill กล่าวว่า การคุ้มครองไม่ใช่แค่เรื่องของกฎเกณฑ์ คำเสนอแนะและคู่มือ แต่รวมถึง เรื่องวัฒนธรรมทั้งภายในและภายนอกประเทศ มาตรการของการคุ้มครองก็ควรจะมีที่ยึดหยุ่นตามเหตุการณ์ปัจเจกชน การเมือง และตามความหนักเบาของสถานการณ์ความขัดแย้งอันต่อเนื่อง นอกจากนี้ต้องมีการประกันว่าอำนาจกฎหมายไม่ได้ถูกรวบงำ ยังคงมีความแน่นอนและปฏิบัติตามหลักกฎหมาย การคุ้มครองไม่ใช่เรื่องของนักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นเรื่องของคนทุกคนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งควรจะมีการประสานงานและทำงานร่วมกัน ควรมีการรับฟังทั้งผู้ลี้ภัย และสังคมของรัฐผู้รับผู้ลี้ภัยและควรมีการเรียนรู้ในข้อเท็จจริง<sup>3</sup> จากคำกล่าวของนักคิดดังกล่าวข้างต้น หัวข้อต่อไปจะพิจารณาว่าการคุ้มครองแห่งรัฐคืออะไร การคุ้มครองระหว่างประเทศคืออะไร การคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยโดยทั่วไปจากรัฐภาคีและมีใช้ภาคีเป็นอย่างไร การคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยสตรีมีอะไรบ้าง

## 2.1 การคุ้มครองแห่งรัฐ (National Protection)

การคุ้มครองแห่งรัฐ ในที่นี้หมายถึง รัฐให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตน หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองประชาชน เป็นสิ่งที่สัมพันธ์ กับความจงรักภักดีต่อชาติ ที่ปัจเจกบุคคลมีต่อรัฐของตน หน้าที่การให้ความจงรักภักดีต่อรัฐแห่งชาติของตนนั้น ไม่ได้มีเฉพาะตอนที่บุคคลอยู่ภายในอาณาเขตแห่งรัฐเท่านั้น แต่รวมถึงขณะที่เขาหรือเธออยู่ภายนอก

<sup>2</sup> Cf. James C. Hathaway, The Law of Refugee Status (Toronto, Vancouver, 1991) cited in Antonio Fortin, "The Meaning of Protection in the Refugee Definition", International Journal of Refugee Law 12, No. 4 (2000) : 550-551.

<sup>3</sup> Guy S. Goodwin-Gill, "Principles and Protection : Making it Work in the Modern World", RSP Working Paper No.2 ( June 1999 ) : 19.

อาณาเขตแห่งรัฐด้วย ดังนั้นความรับผิดชอบของรัฐ ในการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตน จึงต้องมีทั้งในและนอกอาณาเขตแห่งรัฐ<sup>4</sup>

### 2.1.1 หลักการและแนวโน้มการคุ้มครองแห่งรัฐ

จะเห็นได้ว่าตัวแปรที่สำคัญในเรื่องการคุ้มครองแห่งรัฐนี้ คือรัฐและประชาชน รัฐถือกำเนิดขึ้นดำรงอยู่และพัฒนาก้าวหน้าก็ด้วยประชาชน และประชาชนได้รับความคุ้มครองจากรัฐก็โดยผ่านกลไกการบริหารจัดการกิจการภายใน และภายนอกดินแดนแทนประชาชน

#### 2.1.1.1 ความสำคัญของรัฐและประชาชน

การพิจารณาความเป็น “รัฐ” ในแง่รูปแบบทางความคิดหรือในทางกฎหมายก็ดี หรือในแง่ของสภาพความเป็นจริง หรือ ในทางสังคมและการเมืองก็ดี รัฐนั้นจะมืองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ ราษฎร ประชาชน หรือกลุ่มของคนที่เป็สมาชิกของรัฐ ดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐและอำนาจปกครองหรืออำนาจรัฐ<sup>5</sup> โดยหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นรัฐดังกล่าว มีบัญญัติไว้ใน Inter-American Convention หรือ Montevideo Convention on Rights and Duties of States ค.ศ. 1933 มาตรา 1 ว่า “รัฐควรมืองค์ประกอบคือ มีประชากรถาวร มีดินแดนที่กำหนดได้ มีการปกครองและมีความสามารถเข้าทำความสัมพันธ์กับรัฐอื่น<sup>6</sup>” เกณฑ์ดังกล่าวใน

<sup>4</sup> Cf. Glanville Williams, “The Correlation of Allegiance and Protection,” Cambridge Law Journal 10, ( 1948-1950 ) : 54-57 cited in Antonio Fortin, “The Meaning of Protection in the Refugee Definition,” International Journal of Refugee Law 12, No.4 (2000) : 551-552.

<sup>5</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2536 ), หน้า 104 – 105.

<sup>6</sup> Harris, Cases and Materials on International Law , 3<sup>rd</sup> ed. (1983), p.304 and The Encyclopedia of the United Nations and International Agreements (1985), p.392, อ้างถึงใน ตำรา ธรรมาธิษฐาน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 51.

ปัจจุบันถือว่ามีคุณค่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย<sup>7</sup> รัฐเอกราชหรือรัฐอธิปไตย มีความสามารถดังต่อไปนี้<sup>8</sup>

- การให้สัญชาติ (Nationality) แก่ประชาชนของรัฐ และให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) แก่คนชาติ
- มีและปกครองดินแดน รวมถึงการใช้อำนาจบริหารทางกฎหมายภายในดินแดน และกับสิ่งที่มีสัญชาติรัฐแม้ภายนอกดินแดน
- ติดต่อกับรัฐและองค์การอื่น ทำสนธิสัญญาโดยมีความเสมอภาคระหว่างกัน รวมทั้งได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกัน
- ป้องกันตนเองตามลำพังหรือร่วมกัน<sup>9</sup>
- ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศโดยสุจริต
- เรียกร้องระหว่างประเทศ
- รับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- ไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น ไม่คุกคามว่าจะใช้กำลังหรือใช้กำลังกับรัฐอื่น
- ร่วมกับรัฐอื่นในการทำ และ/หรือการปรับเปลี่ยนกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>7</sup> ตำรา ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 51.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

<sup>9</sup> Charter of the United Nations, Article 51 "Nothing in the present charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security."

โดยทั่วไปรัฐมีอำนาจในการปกครองบ้านเมืองภายในดินแดนของรัฐอย่างเต็มที่ มีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับหรือกฎหมายและบังคับตามกฎหมายโดยผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ เพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตาม นอกจากนี้รัฐมีความสามารถดำเนินกิจการเพื่อให้มีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย ซึ่งการแสดงเจตนาขององค์กรของรัฐ ทำให้รัฐมีสิทธิและมีหน้าที่ และจาก Montevideo Convention on Rights and Duties of States ค.ศ. 1993 ร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1949 ซึ่งจัดทำโดย International Law Commission ปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ค.ศ. 1970 กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ ค.ศ. 1974 มาจนถึงกรรมสารสุดท้ายของการประชุมที่กรุงเฮลซิงกิ หรือ ปฏิญญาว่าด้วยความมั่นคง และความร่วมมือในยุโรป ค.ศ. 1975 ดูเหมือนว่าประชาคมโลกจะเน้นเรื่องหน้าที่ของรัฐมากกว่าสิทธิของรัฐ ซึ่งหน้าที่เบื้องต้นของรัฐ ก็คือ การให้ความคุ้มครองชีวิตและความ เป็นอยู่ที่ดีของพลเมืองของตน<sup>10</sup>

อย่างไรก็ตาม ตามความคิดของ Jean Bodin กล่าวว่า รัฐจะดำเนินไปได้จะต้องมีอำนาจปกครองสูงสุดที่เรียกว่า "อำนาจอธิปไตย" ซึ่งก็คือ อำนาจสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐ อันไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใด (legibus soluta) เป็นอำนาจเหนือประชาชนของรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาด ไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจอื่นใด คำกล่าวนี้เป็นข้ออ้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจบัญญัติกฎหมาย เพื่อบังคับการกิจการต่างๆ ภายในรัฐให้ดำเนินการไปอย่างมีระเบียบแบบแผน อันนำไปสู่ความสำเร็จของการสร้างชาติ และควมมีอำนาจของรัฐสมัยใหม่<sup>11</sup>

ในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่อิสระ มีสิทธิที่จะกำหนดตนเองและผูกพันตนเองได้อย่างเป็นอิสระ มีความสามารถที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับกิจการภายในและภายนอกได้ด้วยตนเอง และตามกฎหมายระหว่างประเทศถือว่า รัฐทุกรัฐมี

<sup>10</sup> UNHCR, The State of the World's Refugee 1997-1998 : A Humanitarian Agenda (New York : Oxford University Press, 1997), p. 52.

<sup>11</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 88-90.

อำนาจอธิปไตยโดยเสมอภาคกัน<sup>12</sup> นอกจากอำนาจควบคุมภายในดินแดนแล้ว รัฐยังมีอำนาจทางกฎหมายนอกดินแดน อันได้แก่ การควบคุมและให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติ หรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้น เป็นต้น

“ประชาชน” นั้นถือเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่ประกอบขึ้นเป็นรัฐ เป็นกลุ่มคนที่มีจิตสำนึกร่วมกันในความเป็นชาติเดียวกัน เป็นหมู่คณะเดียวกัน (องค์ประกอบภายในและเป็นองค์ประกอบสำคัญ) โดยกลุ่มคนดังกล่าวมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทางชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา ภาษา ตลอดจนประวัติศาสตร์ (องค์ประกอบภายนอก อันจะทำให้มีความเป็นชาติเดียวกันที่ชัดเจนยิ่งขึ้น) เช่นประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งเป็นชาติที่ประกอบด้วยประชาชนที่มีชาติพันธุ์ มีภาษาแตกต่างกัน แต่ก็มีลักษณะที่แสดงออกให้เห็นเจตจำนงที่จะอยู่รวมเป็นชาติเดียวกัน

ในทางกฎหมาย “ประชาชน” หมายถึงกลุ่มคนที่ถูกจัดตั้งอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐ ประชาชนของรัฐใดก็คือบุคคลที่เป็นสมาชิกของรัฐนั้นๆ บุคคลเหล่านี้จะตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐที่ตนเป็นสมาชิก ความเป็นสมาชิกของรัฐ จึงเป็นความผูกพันในทางกฎหมายระหว่างรัฐกับบุคคลที่เป็นสมาชิกของรัฐนั้น ในความหมายนี้ประชาชนจึงเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ<sup>13</sup> ทั้งนี้ประชาชนนั้น ย่อมครอบคลุมไปถึง คนชาติเดียวกันที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของรัฐแห่งชาติตน หรือ ในอาณาเขตของรัฐอื่นด้วย โดยบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตแห่งรัฐตนจะได้รับความคุ้มครองทางการทูตจากรัฐของตน

#### 2.1.1.2 บทบาทของรัฐต่อการคุ้มครองประชาชน

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าหน้าที่เบื้องต้นของรัฐ ก็คือการใช้ความคุ้มครองชีวิตและ ความเป็นอยู่ที่ดีของพลเมืองของตน ซึ่งรัฐจะมีเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งคือ “สัญชาติ” สัญชาติเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของความมั่นคงของมนุษย์ แสดงถึงคุณลักษณะและความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องระหว่างบุคคลนั้นๆ กับรัฐ ทำให้บุคคลมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ และเป็นรากฐานทาง

<sup>12</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 2 บัญญัติว่า “องค์การสหประชาชาติตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคในอธิปไตยของรัฐสมาชิกทั้งหลาย”

<sup>13</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 109-112.

กฎหมายภายในในการใช้สิทธิทางแพ่งและทางการเมืองมากมาย<sup>14</sup> สัญชาติกำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงสายสัมพันธ์อันแท้จริงหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐมากกว่ารัฐอื่น<sup>15</sup> ความสัมพันธ์ดังกล่าวนำไปสู่ภาระหน้าที่ที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่มีสัญชาติแห่งรัฐตนภายในดินแดน และให้ความคุ้มครองทางการทูต เมื่อผู้ที่มีสัญชาติแห่งรัฐตนอยู่นอกดินแดน

การคุ้มครองภายในดินแดนนั้น เป็นการให้ความคุ้มครองโดยผ่านมาตรการและกลไกที่ได้ออกแบบมาเพื่อสร้างสิทธิให้แก่บุคคล และการสร้างกลไกนั้นขึ้นก็เพื่อประกันว่า สิทธิของบุคคลจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกละเมิด และมีการเยียวยาจากการละเมิดที่เกิดขึ้น การคุ้มครองภายในดินแดนนั้นเป็นการสนับสนุน การป้องกันหรือการเยียวยาตามความเป็นจริง และการคุ้มครองภายในยังบ่งบอกถึง ความมีอยู่ และความมีประสิทธิภาพของหน้าที่ของฝ่ายบริหาร และโครงสร้างทางตุลาการ รวมทั้งกลไกและกระบวนการในการสืบสวนสอบสวน การดำเนินคดี และการลงโทษ การละเมิดสิทธิของบุคคลที่เกิดขึ้น<sup>16</sup>

ตราสารสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ได้กำหนดไว้ว่า บุคคลทุกคนย่อมเสมอกัน และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน รัฐไม่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพซึ่งกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิของบุคคลได้ ดังนั้นหน้าที่ในการคุ้มครองของรัฐภายในดินแดน จึงไม่ได้จำกัดแค่คนสัญชาติแห่งรัฐของตนเท่านั้น แต่รวมถึงการคุ้มครองคนต่างด้าวด้วย ดังที่ Lauterpacht กล่าวไว้ว่า “คนต่างด้าวที่อาศัยในต่างประเทศยังคงให้ความจงรักภักดีแก่ชาติของตนแต่ในขณะที่เดียวกันคนต่างด้าวนั้นก็ควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐที่ให้การพักอาศัยด้วยควบคู่กันไป”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> UNHCR, The State of the World's Refugees 1997-1998 : A Humanitarian Agenda, p.225.

<sup>15</sup> ICJ, คำพิพากษาคดี Nettlebohm ลงวันที่ 6 เมษายน 1955.

<sup>16</sup> Antonio Fortin, “The Meaning of Protection in the Refugee Definition,” International Journal of Refugee law 12, No.4 : 552.

<sup>17</sup> Hersch Lauterpacht, “Allegiance, Diplomatic Protection and Criminal Jurisdiction over Aliens,” Cambridge Law Journal 9, (1945-1947) : 335.

ในส่วนของ การคุ้มครองทางการทูตนั้น เกิดจากการปกป้องของรัฐ เพื่อผลประโยชน์และสิทธิของผู้ที่มีสัญชาติแห่งรัฐตน ที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศ และเมื่อผลประโยชน์และสิทธิดังกล่าวถูกละเมิดจากรัฐอื่น รัฐสัญชาติก็ต้องคุ้มครองปกป้องเพื่อให้ได้มาซึ่งการชดเชยความเสียหาย<sup>18</sup>

นอกจากการพิสูจน์ว่าบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตแห่งรัฐสัญชาติตน มีความเกี่ยวโยงอันแท้จริง (genuine link) ระหว่างรัฐและบุคคลที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางการทูต ดังเช่นคดี Nottebohm<sup>19</sup> แล้ว ยังต้องพิสูจน์ด้วยว่า บุคคลนั้นได้ใช้วิธีการเยียวยาแห่งท้องถิ่นถึงที่สุดแล้ว (exhaustion of local remedies) ดังเช่นคดี Interhandel<sup>20</sup>

นอกจากนี้หลักการของการคุ้มครองทางการทูต ยังได้มีการขยายความออกไปอีกตามที่ปรากฏในรายงานของเลขาธิการองค์การสหประชาชาติ เกี่ยวกับการศึกษาการไร้รัฐ โดยยื่นรายงานต่อคณะมนตรีทางเศรษฐกิจและสังคม ในปี 1949 โดยระบุว่า การให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนนั้น ทำได้หลายรูปแบบ ดังนี้

- 1) รัฐบาลจะให้ความมั่นคงปลอดภัยแก่คนชาติแห่งรัฐตนในต่างประเทศ ไม่เกินกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการจัดทำสนธิสัญญาประนีประนอมบนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทนระหว่างรัฐ เช่น อนุสัญญาทางกงสุล สนธิสัญญาทางการค้า เป็นต้น
- 2) รัฐดูแลว่าอนุสัญญาและสนธิสัญญาที่ทำไว้นั้น มีการปฏิบัติตามหรือไม่ หากจำเป็นก็ต้องมีการปฏิบัติการเพื่อประกันว่า สิทธิต่างๆ แก่คนชาติตนได้รับความเคารพ

<sup>18</sup> Paul Weis, Nationality and Statelessness in International Law, (London : Stevens and Sons, 1956), p. 35.

<sup>19</sup> I.C.J. Reports (1995), 4-65.

<sup>20</sup> I.C.J. Reports (1959), 6-125.



- 3) เจ้าหน้าที่กงสุลปฏิบัติหน้าที่ เพื่ออำนวยความสะดวกต่างๆ ตามข้อตกลงและสนธิสัญญาต่างๆ
- 4) รัฐบาลออกหนังสือเดินทางให้แก่คนชาติของตน เพื่อการเดินทาง
- 5) เจ้าหน้าที่แห่งท้องถิ่น และกงสุลแห่งชาติ จัดหาประกาศนียบัตรและเอกสารต่างๆ ให้พร้อม เพื่อให้คนชาติของตนสามารถดำเนินกิจกรรมทางการตามปกติได้ในชีวิตปกติ
- 6) รัฐจัดการในเรื่องค่าบรรเทาทุกข์ทั้งหมดหรือบางส่วน เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คนชาติหรือจัดการให้กลับไปยังรัฐเดิมของตน เช่น ให้ความช่วยเหลือ คนเจ็บป่วย อ่อนแอ หรือยากจน เป็นต้น<sup>21</sup>

อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติ หลักการดังกล่าวข้างต้นอาจจะไม่สมบูรณ์แบบและมีประสิทธิผลเพียงพอในการให้ความคุ้มครอง เนื่องจากรัฐต้องบริหารปกครองโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวม ทั้งในด้านความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ดังนั้นการแทรกแซง จำกัดสิทธิเสรีภาพโดยรัฐต่อประชาชนจึงเกิดขึ้นได้ เพื่อบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นการกระทำการใดๆ ตามที่กฎหมายภายในบัญญัติไว้

โดยรวมจึงกล่าวได้ว่า ตราบใดที่รัฐสามารถและเต็มใจที่จะประกันความปลอดภัยให้แก่พลเมืองของรัฐ ตราบใดที่พลเมืองยอมรับถึงความชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐ และตราบใดที่กลุ่มต่างๆ ภายในสังคมรับรู้ถึงความจำเป็นในการประนีประนอมในความแตกต่างกันของกลุ่มโดยสันติวิธี จึงกล่าวได้ว่า การคุ้มครองแห่งรัฐ (national protection) นั้นยังคงมีอยู่<sup>22</sup>

การคุ้มครองแห่งรัฐสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้อย่างชัดเจน ได้จากการดำรงอยู่ของกฎหมายและการไม่มีความรุนแรงทางสังคมและทางการเมือง กลไกการบังคับใช้กฎหมายอันมีประสิทธิภาพและระบบศาลที่ยุติธรรม มีรัฐธรรมนูญ การมีรูปแบบการบริหารที่รับผิดชอบและไม่เลือกปฏิบัติ การแบ่งสรรแหล่งข้อมูล และการเข้าถึงการบริการสาธารณะอันเท่าเทียมกัน แต่ก็มีเหตุ

<sup>21</sup> Antonio Fortin, "The Meaning of Protection in the Refugee Definition," International Journal of Refugee Law 12, No.4 : 554.

<sup>22</sup> UNHCR, The State of the World's Refugees 1997-1998, A Humanitarian Agenda, p.8.

การณ์ให้เห็นอยู่มากมายที่รัฐและสังคมที่ขาดคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้น ได้ทำให้พลเมืองของตน ต้องทนทุกข์กับความเจ็บปวดและความยากลำบากจากการย้ายถิ่นฐาน หรือจนถึงขั้นเกิดความ กลัวที่จะกลับไปรับการคุ้มครองจากรัฐของตน และต้องการการคุ้มครองระหว่างประเทศ

## 2.2 การคุ้มครองระหว่างประเทศ (International Protection)

เหตุที่ต้องมีการคุ้มครองระหว่างประเทศ ก็เพราะการคุ้มครองแห่งรัฐนั้นไม่เพียงพอ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า การคุ้มครองแห่งรัฐนั้นล้มเหลวจากพฤติการณ์ทั้งหลายอันได้แก่ รัฐบาล กระทำการอันก่อให้เกิดผลร้ายกับบุคคลที่อยู่ภายในเขตอำนาจของรัฐเสียเอง กฎหมายและกลไก บริหารปกครองประเทศขัดต่อมาตรฐานระหว่างประเทศ ระบบงานตุลาการภายในล้มเหลว เมื่อ บุคคลไม่ได้รับการเยียวยาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน เกิดความขัดแย้งภายในสถานการณ์ฉุกเฉิน เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมอย่างไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ก่อให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่ใช่การปฏิบัติของมนุษย์ต่อมนุษย์ด้วยกัน มีการกระทำหรือก่อให้เกิดผล กระทบกับกลุ่มคนที่เสี่ยงจะรับอันตรายได้ง่ายหรือเปราะบาง<sup>23</sup> เช่น สตรี เด็ก และคนชรา เป็นต้น และการคุ้มครองระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้นไม่ได้ หากไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น ซึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศกำเนิดหรือมีบ่อเกิดตามที่ปรากฏในข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลโลก การคุ้มครองระหว่างประเทศ เป็นพลวัตและหน้าที่ที่ปรับให้สัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยบริหาร และร่วมมือกับรัฐ และผู้ร่วมมืออื่นๆ โดยการคุ้มครองนั้นจะสัมพันธ์กับ “การส่งเสริม” (promotion) ดังปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 1, 55, 56 เช่น การสร้างความเข้าใจในสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนให้เกิดกับรัฐบาล และหน่วยงานต่าง ๆ โดยการจัดการประชุม ฝึกอบรมหรือให้ การศึกษา ฯลฯ และเมื่อกล่าวถึงผู้ลี้ภัยซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่ต้องการการคุ้มครองระหว่างประเทศ เนื่องจากเขาหรือเธอไม่สามารถหรือไม่เต็มใจที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐของตน จึงมีการให้

<sup>23</sup> B.G. Ramcharan, The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights : Forty Years after the Universal Declaration (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 11.

ความคุ้มครองพร้อมการส่งเสริมเพื่อให้มีการยอมรับและการดูแลให้แก่ผู้ลี้ภัย และประกันให้มีการแก้ไขปัญหา โดยยกระดับความเคารพต่อสิทธิของผู้ลี้ภัยและการแก้ปัญหาให้แก่พวกเขา<sup>24</sup>

## 2.2.1 แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยในกฎหมายระหว่างประเทศและตราสารที่เกี่ยวข้อง

จะเห็นได้ว่า เมื่อมีกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น สิทธิ หน้าที่ และการคุ้มครองก็จะตามมาเป็นเงาตามตัวของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นในเรื่องของผู้ลี้ภัยนั้น เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 แต่ยังมีจำนวนน้อยอยู่ จนกระทั่งเกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางการเมืองและสังคมครั้งใหญ่ของจักรวรรดิรัสเซีย และเตอร์กิช (Turkish) ซึ่งทำให้เกิดการอพยพของผู้คนเป็นจำนวนเกือบล้านคน โดยส่วนใหญ่เป็นชาวรัสเซียและชาวอาร์เมเนีย (Armenians) ต่อมาเมื่อจักรวรรดิอิตาลีฟาสซิส ในอิตาลีได้เกิดขึ้น ก็ทำให้เกิดผู้ลี้ภัยชาวอิตาลีจำนวนนับหมื่นคน ในขณะเดียวกันสงครามกลางเมืองในประเทศสเปนก็ได้เพิ่มจำนวนผู้ลี้ภัยอีกหลายแสนคน นอกจากนี้การสร้างจักรวรรดินาซี ในประเทศเยอรมนี และแคว้นต่างๆ ที่ถูกยึดครองโดยนาซีเยอรมนี ไม่ว่าจะเป็น ซาร์ (Saar) ออสเตรีย (Austria) ชูเดนแลนด์ (Sudetenland) และประเทศที่อยู่ในอารักขาของประเทศอื่น (The Protectorate) ก็ทำให้เกิดคลื่น หรือการเคลื่อนย้ายของผู้ลี้ภัยใหม่

หากพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นว่าบุคคลเหล่านี้ ไม่ว่าจะมาจากที่ใด แหล่งใด หรือรัฐใด พวกเขามีลักษณะเดียวกันอันเป็นสามัญทั่วไป คือ พวกเขาเป็นชาวต่างชาติ ในประเทศที่รับพวกเขาไว้ แต่ต่างจากชาวต่างชาติโดยทั่วไปตรงที่ พวกเขาไม่ได้รับการคุ้มครองจากประเทศของเขา และพวกเขาไม่สามารถ หรือไม่ต้องการกลับไปยังประเทศบ้านเกิดของตน เนื่องจากกลัวการประหัตประหาร ปัญหาที่ตามก็คือว่า จะให้ชื่อหรือหลักฐานแสดงความเป็นบุคคลนั้น และ เอกสารการเดินทางอย่างไร จะปฏิบัติต่อสถานภาพส่วนตัวของบุคคลนั้นอย่างไร เช่น ความสัมพันธ์ของครอบครัว จะจัดการอย่างไรกับสิทธิด้านอาชีพ สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการทางศาล และสิทธิอื่นๆ

<sup>24</sup> Executive Committee, " Conclusion on International Protection," Executive Committee 51<sup>st</sup> session, United Nations General Assembly Document No. 12A, 13 October 2000.

เพื่อรับมือกับปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงได้เกิดตราสารระหว่างประเทศ 3 ฉบับแรก ที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัย เพื่อจัดการกับปัญหาในการออกใบรับรองชื่อ (the issue of certificates of identity) ซึ่งก็คือ

- การจัดการเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยชาวรัสเซีย 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1922
- แผนวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1924 เกี่ยวกับผู้ลี้ภัยชาวอาเมเนีย และ
- การจัดการโดยรวมเกี่ยวกับทั้งสองกลุ่ม เมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1926

ตราสารระหว่างประเทศฉบับแรก ที่จัดการเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมายของผู้ลี้ภัยทั้งสองชาตินี้ ได้มีการลงนาม ที่เจนีวา เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1928 เป็นที่น่าสังเกตว่า ในขณะที่การจัดการสองฉบับแรกได้รับการยอมรับมากกว่า 30 รัฐ และฉบับสุดท้ายได้รับการยอมรับจากแค่ 10 รัฐ นอกจากนี้ ข้อตกลงเกี่ยวกับหน้าที่ของตัวแทนของข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสันนิบาตชาติ (League of Nations' High Commissioner for Refugees) ที่ได้จัดตั้งขึ้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ก็ได้รับการยอมรับจาก 2 รัฐเท่านั้น

เนื้อหาในข้อตกลงปี 1928 นั้น เป็นรูปแบบของคำแนะนำในการแก้ปัญหา โดยให้รัฐที่ยอมรับข้อตกลงนี้ ให้ปรับมาตรการเพื่อให้การคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยชาวรัสเซีย และชาวอาเมเนีย การจัดการชั่วคราวนี้ได้ถูกแทนที่โดย อนุสัญญาทั่วไปเกี่ยวกับสถานะระหว่างประเทศของผู้ลี้ภัย ซึ่งลงนามที่ เจนีวา เมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1932 โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้ครอบคลุมถึงผู้ลี้ภัยชาติอื่นๆ ด้วย แต่อนุสัญญานี้ได้รับการยอมรับจากแค่ 8 รัฐ เท่านั้น

ในขณะเดียวกันการหลังไหลของผู้ลี้ภัยจากประเทศเยอรมนีที่เกิดขึ้น และกลไกระหว่างประเทศก็ต้องเริ่มจัดการกับกลุ่มนี้ แม้ว่าจะดำเนินไปอย่างช้าๆ ก็ตาม แผนฉบับวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 1935 เกี่ยวกับการออกใบรับรองสถานะของผู้ลี้ภัยจากประเทศซาร์ (Saar) ได้มีการลงนามจาก 16 รัฐ บทบัญญัติในการจัดการเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ลี้ภัยที่มาจากประเทศเยอรมนี เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1936 (รับโดย 7 รัฐ) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องหนังสือแสดงสถานภาพบุคคลและการกำหนดสถานภาพทางกฎหมายที่แน่นอนของผู้ลี้ภัยชาวเยอรมัน ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1936 ได้มีอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยที่มาจากประเทศเยอรมนีเกิดขึ้น ซึ่งได้รับการยอมรับจากรัฐเพียง 3 รัฐเท่านั้น อนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้นำไปปรับใช้กับผู้ลี้ภัยที่มาจากประเทศออสเตรีย โดยกำหนดออกมาเป็นพิธีสารระหว่างประเทศ ฉบับวันที่ 14 กันยายน ค.ศ. 1939 รับรองโดย 3 รัฐ แม้ว่าอนุสัญญาเหล่านี้ดูจะมีประสิทธิภาพในทางกฎหมาย แต่ได้มีการลงนามจากรัฐเป็นจำนวนไม่มากนัก จึงทำให้ภาพลักษณ์ของอนุสัญญาไม่เด่นชัด

จนกระทั่งเมื่อสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ปัญหาของผู้ลี้ภัยจะมีมิติที่กว้างไกลมากขึ้นกว่าแต่ก่อน แต่ก็มีเพียงความตกลงลอนดอน ฉบับวันที่ 15 ตุลาคม ค.ศ. 1946 เกี่ยวกับการออกเอกสารการเดินทางให้แก่ผู้ลี้ภัยที่มาจากประเทศเยอรมนี และประเทศออสเตรีย ผู้ลี้ภัยชาวสเปน และกลุ่มเล็กๆ บางกลุ่มที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของ Intergovernmental Committee on Refugees สถานภาพผู้ลี้ภัยประเภทใหม่ มีการควบคุมโดยธรรมนูญขององค์การผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ (Constitution of the International Refugee Organization / IRO)

จะเห็นได้ว่าสถานภาพผู้ลี้ภัยก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ควบคุมโดยความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวงจำกัด และทำให้ผู้ลี้ภัยใหม่ไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน จึงทำให้เกิดข้อขัดข้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังมีเหตุผลในเรื่องความจำเป็นในการปรับอนุสัญญาที่มีอยู่ตามเงื่อนไขใหม่ที่เกิดขึ้นหลังสงคราม และการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศภายใต้องค์การสหประชาชาติ หลักพื้นฐานของข้อขัดข้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม เมื่อวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1948 ภายใต้ข้อมติที่ 116 เรียกร้องให้เลขาธิการสหประชาชาติดำเนินการศึกษาสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลไร้รัฐ และให้คำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวที่ดำเนินการโดยสหประชาชาติ ต่อมาเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ได้มีข้อมติที่ 248 แต่งตั้ง Ad Hoc Committee เพื่อเป็นตัวแทนจาก 13 รัฐบาล ทำหน้าที่ในการพิจารณาเตรียมการในการทบทวน และรวบรวมอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและบุคคลไร้รัฐ และเตรียมการร่างอนุสัญญาดังกล่าว Ad Hoc Committee ได้มีการประชุมกันเมื่อวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1950 และในวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950 ก็ได้เสร็จสิ้นการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย และพิธีสารว่าด้วยสถานภาพบุคคลไร้รัฐ (เอกสารที่ E/1618, E/AC.32 / 5) คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมได้ส่งเรื่องให้แก่สมัชชาใหญ่สหประชาชาติพิจารณา ซึ่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้จัดการประชุมขึ้น ที่ เจนีวา เมื่อวันที่ 2 ถึง 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1951 โดยอนุญาตให้รัฐที่มีไซภาคีของสหประชาชาติ (จากทั้ง 5 ทวีป ไม่ใช่แค่รัฐจากทวีปยุโรป) สามารถเข้าร่วมในการร่างอนุสัญญาครั้งสุดท้ายนี้ ซึ่งมี 26 รัฐเป็นผู้ตรวจการ และ 2 รัฐบาลเป็นผู้สังเกตการณ์ และได้กลายออกมาเป็นอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ในปัจจุบัน<sup>25</sup>

<sup>25</sup> UNHCR, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation* (Geneva : UNHCR, 1997), pp. 1-5.

อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ที่เกิดขึ้นนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประกันว่าผู้ลี้ภัยจะได้รับการคุ้มครองระหว่างประเทศ ประกันว่าสิทธิขั้นพื้นฐานจะได้รับความเคารพและปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัย เช่น สิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิงเพื่อลี้ภัย การได้รับความปลอดภัยทางร่างกาย ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป การคุ้มครองระหว่างประเทศจะครอบคลุมกิจกรรมทั้งหลายอันทำให้สิทธิของผู้ลี้ภัยมีความมั่นคงแน่นอน แต่เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 นั้น ได้กล่าวครอบคลุมถึงเฉพาะบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน อันเป็นผลจากเหตุการณ์ก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951 เท่านั้น ซึ่งต่อมาสถานการณ์ความขัดแย้งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951 ก็ได้ก่อให้เกิดผู้ลี้ภัยรุ่นใหม่ขึ้นเป็นจำนวนมากในโลก ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญาดังกล่าว และเพื่อให้การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยมีความเท่าเทียมกัน จึงได้เกิดพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 ขึ้น<sup>26</sup>

อย่างไรก็ตามตราสารที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยนั้นมิได้มีเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 เท่านั้น แต่ยังมีตราสารอื่นๆ อีก ได้แก่

- อนุสัญญาเจนีวา เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม ค.ศ. 1949
- อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อชนชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965
- อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979
- อนุสัญญาห้ามการทรมาน การปฏิบัติ หรือการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า ค.ศ. 1984
- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989
- พิธีสาร (ตามอนุสัญญาเจนีวา) ฉบับที่ 1 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัย ข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ใช้ อาวุธ ค.ศ. 1977 และพิธีสารฉบับที่ 2

<sup>26</sup> มติที่ประชุมสมัชชาใหญ่ฯ ที่ 2198 (21) และพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967

เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัย ข้อพิพาทที่ใช้อาวุธที่ไม่มีลักษณะ  
ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977

- อนุสัญญาองค์การรัฐเอกภาพแห่งภาคพื้นทวีปแอฟริกา ว่าด้วยการใช้  
บังคับในลักษณะของปัญหาผู้ลี้ภัย ในภาคพื้นทวีปแอฟริกา ค.ศ. 1969
- ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948
- ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี ค.ศ. 1993
- ปฏิญญาคาร์เทินาว่าด้วยผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1984
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือน และสิทธิทางการเมือง ค.ศ.  
1966
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม  
ค.ศ. 1966
- ธรรมนูญของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ค.ศ. 1950
- หลักการที่เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1966
- Draft Consolidated Text of the AALCC's 1966 "Bangkok  
Principles" on Status and Treatment of Refugees as Revised by  
the Open Ended Working Group Meeting Held in New Delhi on  
26-27 February, 2001

จากแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่ามีจุด  
ประสงค์เพื่อให้การคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยทุกคนโดยไม่แบ่งแยกเพศ วัย สัญชาติ หรือเชื้อชาติ และเนื่อง  
จากผู้ลี้ภัยสตรีก็ถือว่าเป็นผู้ลี้ภัยทั่วไปคนหนึ่ง ในการศึกษานี้จึงจำแนกการคุ้มครองระหว่าง  
ประเทศต่อผู้ลี้ภัยออกเป็นสองแบบ คือการคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยโดยทั่วไป และการคุ้มครอง  
ระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยสตรี เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ลี้ภัยสตรีในฐานะผู้ลี้ภัยทั่วไปมีสิทธิหรือได้  
รับการคุ้มครองอย่างไร และจะได้รับการสิทธิและการคุ้มครองเป็นพิเศษในฐานะผู้ลี้ภัยสตรีอย่างไร

## 2.2.2 การคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยโดยทั่วไป

ผู้ลี้ภัยมักจะต้องเผชิญกับปัญหาเป็นสองเท่า ด้านหนึ่งคือพวกเขาต้องสูญเสีย  
การคุ้มครอง หรือไม่ต้องการความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตน (หรือบุคคลไร้สัญชาติ ซึ่งอยู่นอก  
อาณาเขตรัฐที่เดิมมีถิ่นฐานพำนักประจำแต่ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะกลับไปเพื่อพำนักในรัฐ  
ดังกล่าว) อีกด้านหนึ่งคือ พวกเขาเข้าไปอยู่ในอาณาเขตของอีกรัฐหนึ่งในฐานะคนต่างด้าว (ที่ไม่มี

การคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตน) แล้วพวกเขาจะได้รับสิทธิอะไรบ้างจากรัฐดังกล่าว และหากรัฐดังกล่าวมิได้เป็นภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 พวกเขาจะได้รับสิทธิแตกต่างไปจากรัฐภาคีหรือไม่เพียงใด

### 2.2.2.1 การคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยทั่วไปจากรัฐภาคี

อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยได้แบ่งสิทธิของผู้ลี้ภัย ออกเป็น 5 หมวดใหญ่ๆ คือ สิทธิทางศาสนา สถานภาพทางกฎหมาย การประกอบอาชีพเพื่อหารายได้ สวัสดิการ และมาตรการบริหาร โดยทั้ง 5 หมวดนี้ เป็นบทบัญญัติเพื่อเป็นแบบแผนในทางปฏิบัติแก่รัฐภาคี แต่เนื่องจากสิทธิหรือแนวทางการคุ้มครองที่มักจะมีการละเมิดต่อผู้ลี้ภัยทั่วไป หรือเป็นปัญหาที่มักจะมีการถกเถียงกันในประชาคมโลก หรือในการประชุมใหญ่ ๆ เช่น Global Consultations on International Protection ในปี 2001 และ 2002 นั้นจะมีอยู่ประมาณ 9 ประการ ดังนั้นในการศึกษานี้จะขอลำดับถึงเฉพาะสิทธิของผู้ลี้ภัยอันควรได้รับการคุ้มครองที่สำคัญ ๆ

#### (1) สิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิงเพื่อลี้ภัย (Rights to seek and enjoy asylum)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 บัญญัติเรื่องนี้ไว้ใน ข้อ 14 (1) “บุคคลมีสิทธิที่จะแสวงหาและพักพิงในประเทศอื่นๆ เพื่อลี้ภัยจากการกดขี่ข่มเหง”

ธรรมนูญของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ได้รับการเห็นชอบจากที่ประชุมสมัชชาใหญ่ เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1950 ดังภาคผนวกในมติที่ 428(5) จากข้อ 2 ของมติดังกล่าว สมัชชาฯ เรียกร้องรัฐบาลต่างๆ ให้ร่วมมือกับข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าหลวงใหญ่ เกี่ยวกับผู้ลี้ภัยภายใต้ขอบข่ายอำนาจหน้าที่ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ โดยรวมถึงการยอมรับผู้ลี้ภัยเข้าไว้ในอาณาเขตของรัฐ ที่กำหนดไว้ในข้อ ค. และยังมีการประชุมคณะกรรมการบริหาร ครั้งที่ 30 ค.ศ. 1979 ข้อสรุปที่ 15 เรื่อง ผู้ลี้ภัยที่ไม่มีประเทศพักพิง<sup>27</sup>

<sup>27</sup> ข้อสรุปจากรายงานที่รับรองโดยคณะกรรมการบริหารงานของข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัย ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการว่าด้วยการให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศแก่ผู้ลี้ภัย



ข้อสรุปที่ 15 กำหนดให้รัฐภาคี ใช้ข้อพิจารณาจากข้อสรุปนี้เป็นข้อชี้แนะในการดำเนินการ ซึ่งรวมถึง

- (ก) การใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดในการอนุญาตให้ที่ลี้ภัยแก่ผู้แสวงหาสถานะที่ลี้ภัยโดยแท้จริง
- (ข) การดำเนินการให้ผู้ลี้ภัยที่จำยอมต้องเดินทางกลับและถูกส่งตัวไปยังประเทศที่ผู้นั้นมีเหตุผลที่จะหวาดกลัวการประหัตประหาร ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อหลักการของการไม่ผลักดันกลับ ซึ่งเป็นหลักการที่ยอมรับกัน
- (ค) ถือว่าเป็นพันธะทางมนุษยธรรมของรัฐภาคีที่ติดชายฝั่งทะเลทั้งหลาย ที่ต้องอนุญาตให้เรือที่ต้องการความช่วยเหลือฉุกเฉินได้หลบภัยในน่านน้ำของรัฐตน และอนุญาตให้สถานที่พักพิง หรืออย่างน้อยก็อนุญาตให้สถานที่พักพิงชั่วคราวแก่ผู้แสวงหาที่พักพิงที่อยู่บนเรือนั้น
- (ง) ข้อตัดสินใจของรัฐภาคีที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้สถานที่พักพิง จะต้องดำเนินการโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติเผ่าพันธุ์ ชาติ ศาสนา ทัศนคติทางการเมือง สัญชาติ หรือประเทศถิ่นเดิม
- (จ) .....
- (ฉ) ในกรณีที่มีผู้แสวงหาสถานที่พักพิงเป็นจำนวนมาก ผู้ที่แสวงหาสถานที่พักพิง ควรจะได้รับอนุญาตเสมอ อย่างน้อยก็ควรให้สถานที่พักพิงชั่วคราว.....
- (ฎ) รัฐทั้งหลายควรพิจารณาในเชิงยินยอมเห็นด้วย เมื่อได้รับการร้องขอจากสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ที่จะรับผู้ลี้ภัยที่จำกัดจำนวนไว้จำนวนหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้ที่ไม่สามารถแสวงหาสถานที่พักพิงในประเทศอื่น

คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยการประชุมโลกเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ได้มีมติที่ 2000/20 เกี่ยวกับสิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิงเพื่อลี้ภัย โดยให้ ระลึกถึงปฏิญญาเวียนนา และ Programme of Action (A/CONF. 157/23) ที่กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนทั้งปวงว่าเป็นหลักสากล เป็นอิสระและพึ่งพากัน ประชาคมระหว่างประเทศต้องให้การปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนอย่าง

ยุติธรรมเสมอกัน บนพื้นฐานเดียวกันและสำคัญเท่าเทียมกัน และรัฐก็มีหน้าที่เพื่อสนับสนุนและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งปวง<sup>28</sup> และระลอกมาตรา 14 ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ยืนยันอีกครั้งว่าทุกคนมีสิทธิที่จะลี้ภัยในประเทศอื่น รวมทั้งสิทธิที่จะกลับไปยังประเทศของตน<sup>29</sup>

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าทบบัญญัตินั้นเป็นการร้องขอหรือขอความร่วมมือให้รัฐภาคีดำเนินการให้สถานที่พักพิงหรือลี้ภัย ไม่ปฏิเสธที่จะรับบุคคลที่มาขอลี้ภัย แต่ไม่มีบทบัญญัติในการลงโทษรัฐภาคีที่ไม่ปฏิบัติตาม

เมื่อบุคคลใดไม่สามารถ หรือไม่สมัครใจที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติของตน เนื่องด้วยความหวาดกลัว ซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะได้รับการประหัตประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพของกลุ่มทางสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ หรือความคิดเห็นทางการเมือง บุคคลนั้นก็มีสิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิงแห่งใหม่เพื่อลี้ภัยจากความหวาดกลัวดังกล่าว โดยรัฐที่บุคคลดังกล่าวเดินทางไปถึง เพื่อขอลี้ภัย ควรจะเปิดชายแดนรับบุคคลดังกล่าว ให้มีที่พักพิงที่ปลอดภัย อย่างไรก็ตามการจะอนุญาตให้ลี้ภัยหรือไม่ เป็นอธิปไตยของรัฐนั้นๆ รัฐอื่นไม่สามารถเข้าไปก้าวก่ายได้<sup>30</sup>

ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับสิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิงเพื่อลี้ภัย

คดีตัวอย่างนี้เป็นกรณีที่มีผู้ร้องมีความกลัวที่จะถูกประหัตประหารในประเทศโรมาเนีย เนื่องจากตนได้แสดงความคิดเห็นทางการเมือง จึงต้องประสบกับปัญหาต่างๆ จนต้องขอลี้ภัยในประเทศเยอรมนี ซึ่งประเทศเยอรมนีเคยเป็นประเทศต้นตอที่ทำให้เกิดผู้ลี้ภัยเป็นจำนวนมากใน

<sup>28</sup> International Association of Refugee Law Judges, Seminar for New Refugee Law Judges (Geneva : UNHCR, 1990), p. 8.

<sup>29</sup> [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.RES.2000.20.EN?](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.2000.20.EN?OpenDocument)

<sup>30</sup> International Association of Refugee Law Judges, Seminar for New Refugee Law Judges, p. 2.

ประเทศอื่น ๆ ในปี ค.ศ. 1936 และต่อมาประเทศเยอรมนีก็เป็นภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย และพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ในวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1953 และวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 ตามลำดับ

#### ตัวอย่างคดี(1)<sup>31</sup>

ศาล : Administrative Court, Ansbach (Bavaria)

ประเทศ: เยอรมนี ปี 1992

#### ข้อเท็จจริง

ครอบครัวชาวโรมาเนีย ประกอบด้วยสามี ภรรยาและบุตร ได้ร้องขอลี้ภัยในประเทศเยอรมนี ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1991 ซึ่งอ้างว่าสามีได้เข้าร่วมกับการประท้วงต่อต้านรัฐบาลในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1990 หลังจากนั้นเขาก็ถูกทรมานโดยตำรวจลับ ต่อมาเขาถูกไล่ออกจากงาน และ 2-3 เดือนต่อมา ครอบครัวของเขาถูกไล่ออกจากที่พักของพวกเขา เพราะพวกเขาไม่สามารถชำระค่าเช่าได้อีกต่อไป ความพยายามของทั้งสามีและภรรยาที่จะหางานใหม่ก็ไม่เป็นผลในเดือนกันยายน ปี 1990 เขาถูกกักขังเป็นเวลา 3 วัน หลังจากการเข้าร่วมในการประท้วงต่อต้านรัฐบาล การสมัครขอลี้ภัยของพวกเขาถูกปฏิเสธโดย Federal Agency for the Recognition of Foreign Refugees (Bundesamt)

#### คำพิพากษา

ศาลพิพากษาว่าผู้ร้องมีสิทธิในการขอลี้ภัย เนื่องจากพวกเขาถูกประหัตประหารในประเทศโรมาเนียก่อนที่จะหนีมา และอาจถูกประหัตประหารมากขึ้น หากกลับไปยังประเทศเดิมของตน

ศาลมองว่าความยากลำบากของสามี เริ่มต้นเมื่อ ปี 1985 เมื่อเขาปฏิเสธที่จะเข้าร่วมในพรรคคอมมิวนิสต์ ความพยายามที่จะหนีออกมาในขณะนั้นไม่ประสบผลสำเร็จ และตั้งแต่นั้นมา เขาก็อยู่ภายใต้การติดตามของตำรวจ ความพยายามที่จะหนีอีกครั้งก็ไม่ประสบผลสำเร็จ ผู้

<sup>31</sup> "Cases and Comments," International Journal of Refugee Law 6, No.2 (1994) : 282 - 283.

ร้องเกือบจะถูกจำคุก และเคยถูกจำคุกระหว่างปี 1986 และปี 1988 หลังจากช่วงตกลงของระบบคอมมิวนิสต์ ผู้ร้องจึงได้เข้าร่วมในการประท้วงต่อต้านรัฐบาล ซึ่งทำให้เขาถูกตี ถูกขัง 3 วัน และสูญเสียงานและที่พักไป ศาลชี้ประเด็นว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เช่น การทรมานเป็นการละเมิดต่อสิทธิของความปลอดภัย การคุมขังเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพ การเพิกถอนงานเป็นการคุกคามต่อการดำรงชีพของครอบครัว จะเห็นว่าการกระทำดังกล่าว หรือการมีมาตรการดังกล่าวเป็นเพราะความคิดเห็นทางการเมืองของผู้ร้อง การที่ผู้ร้องเคยถูกประหารชีวิตมาก่อนที่จะออกจากโรมาเนีย ก็เพียงพอที่จะอนุญาตให้ลี้ภัย การประหารชีวิตในอนาคตสามารถป้องกันได้ ศาลพบว่าการเปลี่ยนแปลงในประเทศโรมาเนีย ไม่ได้เปลี่ยนแปลงถึงฐานรากอย่างที่เกิดขึ้นในโปแลนด์ เชคโกสโลวาเกีย และฮังการี ตำรวจลับสามารถกลับคืนสู่อำนาจได้ ศาลจึงมองว่าผู้ร้องอาจจะถูกประหารชีวิตหากกลับไปยังประเทศโรมาเนีย

จากคดีนี้ประเทศเยอรมนีได้แสดงให้เห็นว่ารัฐของตนให้ความร่วมมือในการให้สิทธิแก่ผู้ร้องที่จะใช้สิทธิลี้ภัยในรัฐของตนได้ และถือว่าประเทศเยอรมนีได้ปฏิบัติตามกรอบของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 14 คือการให้สิทธิแก่บุคคลที่จะแสวงหาและพักพิงเพื่อลี้ภัยจากการกดขี่ข่มเหง ในคดีนี้แม้ว่าเรื่องราวที่นำมาเป็นเหตุในการร้องขอสถานะภาพผู้ลี้ภัยจะมาจากเหตุการณ์เข้าร่วมทางการเมืองของสามี แต่ภรรยาในฐานะของสตรีคนหนึ่งและในฐานะคู่ครองก็ได้รับสิทธิในการลี้ภัย และสามารถได้รับสถานะภาพผู้ลี้ภัยได้โดยอ้างสิทธิตามสามี หรือที่เรียกว่า derivative status คือการได้สถานะภาพตามบุคคลอื่นในครอบครัว ซึ่งถือเป็นการส่งเสริมหลักเอกภาพของครอบครัวอย่างหนึ่ง

## (2) หลักการไม่ถูกผลักดันกลับ (Non-Refoulement Principle)

อนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 33

“1. รัฐภาคีผู้ทำสัญญาจะไม่ขับไล่หรือส่งกลับ (ผลักดัน) ผู้ลี้ภัยไม่ว่าจะโดยลักษณะใดๆ ไปยังชายเขตแห่งดินแดนซึ่ง ณ ที่นั้นชีวิต หรืออิสรภาพของผู้ลี้ภัยอาจได้รับการคุกคามด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพของกลุ่มทางสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยเฉพาะ หรือ ความคิดเห็นทางการเมือง

2. ....”

รัฐภาคีผู้ทำสัญญานี้ หมายถึง รัฐที่เป็นภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัย 1951 และ/หรือพิธีสาร 1967 ซึ่งหมายความรวมถึง เจ้าหน้าที่ระดับจังหวัดหรือระดับรัฐ หน่วยงานใดของรัฐ หรือ

บุคคล หรือองค์กรที่ดำเนินการในฐานะตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล<sup>32</sup> โดยรัฐภาคีผู้ทำสัญญา ห้ามขับไล่หรือส่งกลับผู้ลี้ภัยไม่ว่าจะโดยลักษณะใดๆ ไปยังชายแดน ซึ่งชีวิตหรืออิสรภาพของผู้ลี้ภัย อาจได้รับการคุกคามด้วยสาเหตุทั้ง 5 ประการตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัย

มีบางความเห็นบอกว่า หลักการห้ามผลักดันกลับนี้ ไม่ปรับใช้กับกรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือการไม่รับให้ข้ามแดน ณ เขตชายแดน<sup>33</sup> แต่หากพิจารณาถึง คำที่ใช้ในมาตรา 33 ที่ว่า “ไม่ว่าจะโดยลักษณะใดๆ” จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์การผลักดันกลับต้องตีความแบบกว้าง และไม่มีข้อจำกัด ยกเว้นที่กำหนดไว้ในมาตรา 33 ข้อ 2 นอกจากนี้คณะกรรมการบริหารก็ได้มีข้อสรุปที่ 17 (XXXI) ปี 1980 ซึ่งยืนยันถึงหลักสากลของหลักการห้ามผลักดันกลับว่า ผู้ลี้ภัยควรได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังประเทศที่ซึ่งพวกเขาหรือเธอ มีความกลัวต่อการถูกประหารชีวิต ประหาร และเรียกร้องให้รัฐประกันว่า หลักการห้ามผลักดันกลับจะมีการระบุไว้ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และกฎหมายแห่งรัฐเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว<sup>34</sup> ในส่วนของการปฏิเสธหรือการไม่รับให้ข้ามเขตแดนนั้นแม้ว่า อนุสัญญาผู้ลี้ภัยจะไม่ได้ระบุถึงสิทธิในการลี้ภัย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะมีอิสระที่จะปฏิเสธการให้ลี้ภัย ณ เขตชายแดน ซึ่งตามข้อสรุปของคณะกรรมการบริหารที่ 6 (XXVIII) ปี 1977 ก็ได้ยืนยันอย่างชัดเจนว่า “หลักการสำคัญของการปฏิบัติตามระเบียบประเพณีของหลักการไม่ผลักดันกลับนั้น คือรวมทั้ง ณ เขตชายแดน และภายในอาณาเขตแห่งรัฐ” และมีข้อสนับสนุนเพิ่มเติมตามข้อสรุปที่ 15 (XXX) ปี 1979 ว่า “การกระทำใด ซึ่งทำให้ผู้ลี้ภัยต้องกลับไป หรือถูกส่งกลับไปยังประเทศที่ซึ่งเขามีเหตุแห่งความกลัวการถูกประหารชีวิต ประหาร การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อหลักการห้ามผลักดันกลับ”<sup>35</sup> และหลักการห้ามผลักดันกลับนี้ยังรวมถึง

<sup>32</sup> Elihu Lauterpacht, and Daniel Bethlehem, United Nations High Commissioner for Refugees the Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement, Opinion (Geneva : UNHCR, 2001), pp. 22 – 23.

<sup>33</sup> See, for example, the discussion in Weis, The Refugee Convention, 1951 (1995), at pp. 341-2 cited in *Ibid.*, p. 27.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 29.

ผู้ขอลี้ภัยที่หนีมาทางเรือ ที่ต้องได้รับการคุ้มครองจากการผลักดันกลับไปยังประเทศเดิมของตน ซึ่งระบุไว้ใน ข้อสรุปที่ 53 (XXXIX) ปี 1988 และรวมถึงในกรณีที่มีการหลั่งไหลของผู้ลี้ภัยจำนวนมาก หลักการห้ามผลักดันกลับก็ควรนำมาใช้ด้วย ดังที่กล่าวไว้ในข้อสรุปที่ 22 (XXXII) ปี 1981<sup>36</sup>

ในอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม ค.ศ. 1949 (Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949) ก็มีบทบัญญัติโยงไปถึงหลักการห้ามส่งกลับ<sup>37</sup> เช่นเดียวกันกับที่มีอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 นอกจากนี้การผลักดันกลับได้ถูกห้ามไว้อย่างชัดเจนในตราสารอื่นๆ อีกหลายฉบับ รวมถึงอนุสัญญาห้ามการทรมาน การปฏิบัติหรือการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า (มาตรา 3) ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการถูกบังคับให้สูญหาย (มาตรา 8) และกฎบัตรสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันและการสอบสวนอย่างมีประสิทธิภาพต่อการประหารชีวิตที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยผลการและรวบรัด (ข้อ 5)

หลักตามมาตรา 33 นี้ หมายรวมถึงการห้ามมีมาตรการทุกอย่างที่รัฐกระทำต่อผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย อันมีผลทำให้พวกเขาหรือเธอ ต้องกลับไปดินแดนของตนที่ซึ่งเสรีภาพของเขาถูกหรืออยู่ในความเสี่ยงต่อการถูกประหัตประหาร รวมทั้งการสกัดกั้น การปฏิเสธการขอลี้ภัย ณ เขตพรมแดน หรือการผลักดันกลับทางอ้อม<sup>38</sup> คำว่า ที่ซึ่งเสรีภาพของเขาถูกข่มขู่ ต้องตีความตามสถานการณ์แวดล้อม ซึ่งผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยมีความกลัวต่อการถูกประหัตประหาร เฉพาะต่อความเสี่ยง

<sup>36</sup> Ibid., p. 36.

<sup>37</sup> อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ข้อ 45 "ห้ามมิให้ย้ายตัวบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองไปยังประเทศที่มีได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญา บทบัญญัตินี้ไม่ขัดขวางแก่การที่จะส่งตัวบุคคลผู้ที่ได้รับการคุ้มครองกลับประเทศเดิม หรือกลับสู่ประเทศที่บุคคลนั้นมิถิ่นที่อยู่หลังจากการสู้รบได้ยุติลงแล้ว ไม่ว่าจะพฤติการณ์เช่นไร บุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องไม่ถูกย้ายตัวไปยังประเทศที่ตนมีเหตุผลที่จะเกรงกลัวต่อการถูกประหัตประหารเพราะความเห็นในทางการเมืองหรือความเลื่อมใสในทางศาสนาของตน..."

<sup>38</sup> UNHCR, "The Principle of Non-Refoulement," Global Consultations on International Protection, Cambridge Roundtable, 9-10 July 2001, para. 4.

จากการทรมาน ความโหดร้าย ความไร้มนุษยธรรม หรือการปฏิบัติหรือลงโทษที่ต่ำทราม หรือเผชิญต่อการข่มขู่ต่อชีวิต เสรีภาพทางร่างกาย<sup>39</sup> ซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นการทำให้ผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยต้องเผชิญกับสิ่งที่กล่าวข้างต้น ถือว่าเป็นการขัดกับหลักการนี้ ดังนั้นจึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า การละเมิดหลักการห้ามผลักดันกลับ เกิดขึ้นเมื่อ

- 1) ผู้แสวงหาสถานที่ลี้ภัยถูกปฏิเสธที่ชายแดน โดยที่พวกเขาไม่สามารถหาที่ลี้ภัยในที่อื่นได้อีกแล้ว
- 2) ผู้ลี้ภัยถูกขับไล่จากประเทศสถานที่ลี้ภัยไปยังดินแดนซึ่งชีวิตและ อิศรภาพตกอยู่ในอันตราย หรือไม่มีความปลอดภัยทางร่างกาย
- 3) ผู้ลี้ภัยถูกบังคับให้กลับคืนไปยังประเทศถิ่นกำเนิดของตน ที่ซึ่งพวกเขากลัวการประหารชีวิต หรืออาจถูกส่งไปยังอีกประเทศหนึ่งซึ่งพวกเขาอาจถูกส่งกลับไปยังประเทศถิ่นกำเนิดที่ผู้ลี้ภัยกลัวการประหารชีวิต

เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่า หลักการไม่ถูกผลักดันกลับนี้เป็นหลักการคุ้มครองผู้ลี้ภัยสากล ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความว่า รัฐทุกรัฐ แม้ว่าจะมิใช่รัฐภาคีก็ผูกพันตามหลักนี้ หลักการไม่ถูกผลักดันกลับนี้ ใช้กับทั้งผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย ในกรณีของผู้ขอลี้ภัย จะห้ามมีการผลักดันกลับจนกว่าจะมีการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยขั้นสุดท้ายตามกระบวนการที่เป็นธรรมแล้ว ความสำคัญของการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยนี้ มีการกำหนดไว้ในข้อสรุปที่ 30 (XXXIV) ปี 1983 ย่อหน้า (e) (i) ของคณะกรรมการบริหารว่า “ในกรณีคำร้องขอพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยหรือการอนุญาตให้ลี้ภัย ผู้ร้องควรจะได้รับ การสัมภาษณ์เป็นการส่วนตัวโดยสมบูรณ์ โดยเจ้าหน้าที่ที่มีคุณสมบัติ และโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความสามารถในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย”<sup>40</sup>

จากการประชุมของ Global Consultations on International Protection เมื่อวันที่ 28-29 มิถุนายน ค.ศ. 2001 ซึ่งเป็นการประชุมหารือในทิศทางของการตีความในอนุสัญญาผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และ พิธีสาร ค.ศ. 1967 ซึ่งรวมถึงหลักการห้ามผลักดันกลับ ที่ถือว่า

<sup>39</sup> Elihu Lauterpacht, and Daniel Bethlehem, United Nations High Commissioner for Refugees the Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement, Opinion, p. 43.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 34 – 35.

เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และยังระบุว่าหลักการห้ามผลักดันกลับตามที่ระบุไว้ในมาตรา 33 นั้น หมายรวมถึงมาตรการใดๆ ของรัฐที่มีผลทำให้ผู้ขอลี้ภัยหรือผู้ลี้ภัยกลับไปยังอาณาเขตที่ซึ่งชีวิต หรืออิสรภาพของเขาหรือเธอถูกคุกคาม หรือที่ซึ่งเขาหรือเธอตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิต รวมถึงการสกัดกั้น การปฏิเสธไม่ให้เข้ามา ณ เขตชายแดน หรือการผลักดันกลับทางอ้อม หลักการห้ามผลักดันกลับนี้ ให้ใช้กับสถานการณ์การลี้ภัยของผู้นับถือศาสนาจำนวนมากด้วย ซึ่งควรมีการวางมาตรการที่เหมาะสมต่อไป<sup>41</sup> และยังสามารถอภิปรายกันถึงกระบวนการขอลี้ภัยว่า การเข้าถึงหน่วยงานที่ดี กระบวนการที่ยุติธรรมและเหมาะสมเท่ากับเป็นการเคารพต่อหลักการห้ามผลักดันกลับ เคารพต่อสิทธิในการแสวงหาแหล่งพักพิงเพื่อลี้ภัย และต่อการปรับใช้ตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัย 1951 เพราะกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย สามารถต่อต้านการใช้การขอลี้ภัยแบบผิดๆ ได้<sup>42</sup>

#### ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับหลักการห้ามผลักดันกลับ

ตัวอย่างคดีสองคดีด้านล่างนี้เป็นคดีจากประเทศเนเธอร์แลนด์ซึ่งเป็นประเทศที่เข้าเป็นภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย และพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ในวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1956 และวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1968 ตามลำดับ โดยทั้งสองคดีโจทก์หรือผู้ร้องเป็นสตรีสัญชาติศรีลังกา เชื้อชาติทามิลเหมือนกัน และหนีจากการถูกประหารชีวิตจากประเทศศรีลังกาเพื่อมาขอลี้ภัยในประเทศเนเธอร์แลนด์ ในคดีแรกมีการขอลี้ภัยในปี 1987 และเกิดกรณีมีการผลักดันกลับในขณะที่ยังไม่มีพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยถึงที่สุด ในคดีที่สองมีการขอลี้ภัยในปี 1988 แต่ได้มีการดำเนินการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยถึงที่สุดแล้ว จึงมีการส่งโจทก์กลับประเทศเนื่องจากโจทก์ไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ลี้ภัยตามนิยามของอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ

<sup>41</sup> UNHCR, "The Principle of Non-Refoulement," Global Consultations on International Protection, Cambridge Roundtable, 9-10 July 2001, para. 5.

<sup>42</sup> UNHCR, "Report of the Second Meeting in the Third Track," Global Consultations on International Protection, UN.Doc. EC/GC/01/15/Rev.1 (June 2001), para. 23.



ตัวอย่างคดี(2)<sup>43</sup>

ศาล : อุตสาหกรรมแห่ง Amsterdam  
 ประเทศ: เนเธอร์แลนด์ ปี 1987  
 ชื่อคดี : X v. The Netherlands

## ข้อเท็จจริง

ในปี 1987 ผู้ร้องเป็นหญิงสาวชาวทามิลของประเทศศรีลังกา ร้องขอลี้ภัยในประเทศเนเธอร์แลนด์ Secretary of State for Justice ปฏิเสธคำร้องขอ ผู้ร้องร้องขอให้มีการพิจารณาใหม่ Secretary of State ไม่อนุญาตให้ผู้ร้องอยู่ชั่วคราว หรือพำนักอยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ในขณะที่ที่รอผลของการพิจารณา ผู้ร้องอุทธรณ์ต่อการขับไล่ที่กำลังจะเกิดขึ้น ในวันที่ 10 มิถุนายน 1988 ประธานศาลชั้นต้นพิพากษาว่าการขับไล่ผู้ร้องนี้ ถูกต้องตามกฎหมาย และในวันเดียวกันนั้น เธอก็ถูกผลักดันกลับไปยังประเทศศรีลังกา ทนายของผู้ร้องอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์

## คำพิพากษา

ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำตัดสินของประธานศาลชั้นต้น เนื่องจากยังมีข้อสงสัยว่าผู้ร้องเป็นผู้ลี้ภัยหรือไม่ เนื่องจากคำกล่าวเริ่มแรกของเธอเกี่ยวกับแรงจูงใจในการหนีออกจากประเทศนั้น ยังมีข้อสงสัยอยู่ และศาลเห็นว่ากรณีที่เธอจะหลบหนีไปยังส่วนอื่นของประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกรุงโคลอมโบ และทางใต้ของประเทศ ซึ่งเป็นพื้นที่ที่ยังไม่มีความสงบของสถานการณ์ทางการเมืองและทางทหาร ดังนั้นศาลจึงมีคำสั่งให้นำตัวผู้ร้องกลับประเทศเนเธอร์แลนด์โดยปลอดภัย

ตัวอย่างคดี(2)<sup>44</sup>

ศาล : ฎีกา  
 ประเทศ: เนเธอร์แลนด์ ปี 1988

<sup>43</sup> "Cases and Comments," International Journal of Refugee Law 1, No.4 (1989) : 569 - 570.

<sup>44</sup> "Cases and Comments," International Journal of Refugee Law 4, No.1 (1992) : 91 - 92.

อ้างอิง : เลขที่ 14.329

ข้อเท็จจริง

โจทก์เป็นหญิงสาวเชื้อชาติทามิล สัญชาติศรีลังกา ร้องขอลี้ภัยในประเทศเนเธอร์แลนด์ (ตามกฎหมายคนต่างด้าว มาตรา 15) คำร้องถูกปฏิเสธ และโจทก์ขอให้ทบทวนคำปฏิเสธใหม่ (ตามกฎหมายคนเข้าเมือง มาตรา 29) แต่คำร้องถูกปฏิเสธอีก และมีคำสั่งให้ขับไลโจทก์ออกไป โจทก์ขอให้ประธานศาลเขต Harlem ให้มีคำสั่งศาลชั่วคราวเพื่อระงับการขับไลโจทก์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด เกี่ยวกับการขอลี้ภัยของโจทก์ ในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1988 ประธานศาลเขตปฏิเสธคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งศาลชั่วคราวดังกล่าว เนื่องจากศาลพบว่า ไม่มีกลุ่มของการประหัตประหารชาวทามิลในประเทศศรีลังกา และองค์ประกอบส่วนตัวของโจทก์ก็ถูกตัดสินแล้ว ในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามผู้พิพากษาศาลเขต ด้วยเหตุผลที่ว่า (1) โจทก์ไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่าหญิงสาวชาวทามิล มีความกลัวการถูกประหัตประหารในประเทศศรีลังกา โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบส่วนตัว และ (2) ถ้าแม้ว่าผู้หญิงทามิลจะมีความเสี่ยงจากการถูกข่มขืน โดยสมาชิกของกลุ่มทหารศรีลังกา หรือกองกำลังรักษาความสงบชาวอินเดีย การข่มขืนดังกล่าวจะไม่เพิ่มให้เหยื่อมีความกลัวการถูกประหัตประหารเป็นการส่วนตัว โจทก์จึงอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาของเนเธอร์แลนด์

คำพิพากษา

ศาลฎีกาปฏิเสธคำอุทธรณ์ว่า (1) ไม่มีเหตุผลใดที่ต้องสงสัยว่าโจทก์ไม่เข้าตามคำนิยามผู้ลี้ภัย เพราะความเป็นสมาชิกภาพของเธอในกลุ่มทามิล และ (2) โจทก์ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าข้อเท็จจริงนั้นทำให้มีความกลัวการถูกประหัตประหารเป็นการส่วนตัว ศาลฎีกามองว่า องค์ประกอบส่วนตัวที่จะนำไปสู่ความกลัวการถูกประหัตประหารนั้น ยืนตามศาลอุทธรณ์ที่ว่า ความเสี่ยงของการถูกข่มขืนไม่สามารถสร้างความกลัวการถูกประหัตประหารโดยส่วนตัวได้

หมายเหตุ

อัยการได้มีข้อโต้แย้งต่อคำพิพากษาว่า ความรุนแรงทางเพศต่อสตรี เป็นรูปแบบหนึ่งของ การประหัตประหาร และกล่าวว่าคำร้องของโจทก์อยู่ในคำนิยามของผู้ลี้ภัย ศาลฎีกาขาด

ความสนใจในเรื่องของความเปราะบางของสตรีที่สามารถกลายเป็นเหยื่อของความรุนแรงทางเพศ เนื่องจากคดีในชั้นศาลฎีกา มักจะมีแต่โจทก์ที่เป็นผู้ชาย

จากคดีตัวอย่างทั้งสองคดีข้างต้น แสดงให้เห็นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับยังมีการถูกละเมิดโดยรัฐภาคีอย่างเนเธอร์แลนด์ และแสดงให้เห็นว่าแม้แต่ในประเทศเดียวกันในทางปฏิบัติกลับไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานอย่างเดียวกัน โดยในคดีแรกแสดงให้เห็นถึงการละเมิดการห้ามผลักดันกลับ เนื่องจากผู้ร้องยังไม่ได้รับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยอย่างเป็นทางการและถึงที่สุด แต่อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ก็ได้มีการแก้ไขปัญหาการผลักดันกลับ โดยศาลอุทธรณ์มีคำสั่งในการดำเนินการนำตัวผู้ขอลี้ภัยกลับมายังประเทศเนเธอร์แลนด์โดยเน้นถึงความปลอดภัยของผู้ขอลี้ภัย ส่วนในคดีที่สองนั้น ได้แสดงให้เห็นว่าหลักการห้ามผลักดันกลับได้รับความเคารพโดยศาลได้พิจารณาระงับการส่งโจทก์กลับประเทศไว้ จนกระทั่งมีการดำเนินการกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยจนแล้วเสร็จ อย่างไรก็ตามคำพิพากษาในคดีทั้งสองนี้โดยความคิดเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ศาลควรพิจารณาประเด็นที่ว่าผู้หญิงมักจะเป็นกลุ่มที่ตกอยู่ในความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดทางเพศได้ง่าย และศาลควรพิจารณาสถานการณ์ภายในประเทศศรีลังกาในขณะนั้น ๆ ว่ามีอัตราการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น การข่มขืน ฯลฯ มากน้อยเพียงใด รุนแรงเพียงใด ซึ่งหากมีการละเมิดในรูปแบบดังกล่าวต่อกลุ่มผู้หญิงชาวทามิลจริง โจทก์หรือผู้ร้องก็น่าจะมีความเสี่ยงต่อการที่จะถูกประหารชีวิตหากเดินทางกลับประเทศศรีลังกา

#### ข้อยกเว้นหลักการห้ามผลักดันกลับ

มาตรา 33 ของอนุสัญญาผู้ลี้ภัยกำหนดไว้ว่า

“ 2. ประโยชน์อันเกิดจากบทบัญญัตินี้ มิให้ยกขึ้นกล่าวอ้างโดยผู้ลี้ภัย ซึ่งมีเหตุสมควรอันถือได้ว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศที่ได้เข้าไปพำนัก หรือผู้ซึ่งโดยคำพิพากษาอันถึงที่สุดถูกตัดสินว่า กระทำความผิดอาญาร้ายแรงอันเป็นภัยต่อประชาคมของประเทศนั้น”

การตีความข้อยกเว้นของหลักการห้ามผลักดันกลับนี้ ต้องตีความโดยเคร่งครัด และปรับใช้อย่างรอบคอบเป็นพิเศษ เพราะหากผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยต้องกลับไปยังประเทศที่เขาหรือ

เธอต้องตกอยู่ในอันตราย คงจะเกิดผลร้ายแรง<sup>45</sup> หากพิจารณามาตรานี้กับมาตรา 1 จ ของอนุสัญญาฯ ผู้ลี้ภัยที่ว่า

“จ. ข้อกำหนดแห่งอนุสัญญานี้ จะไม่ใช้ต่อบุคคลซึ่งมีเหตุผลหนักแน่นในอันที่จะทำให้พิจารณาได้ว่า

(ก) บุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงคราม หรือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญระหว่างประเทศต่างๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้

(ข) บุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งมิใช่อาชญากรรมการเมือง นอกอาณาเขตรัฐที่ตนขออาศัยลี้ภัย ก่อนที่รัฐนั้นจะยอมรับเข้าอาณาเขตในฐานะผู้ลี้ภัย

(ค) บุคคลที่มีความผิดในการละเมิดวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติ”

จะเห็นว่ามี การทับซ้อนกันของ 2 มาตรานี้ แต่ มาตรา 33 (2) กำหนดขอบเขตสูงกว่า มาตรา 1จ โดยมาตรา 33 (2) นั้น ผู้ลี้ภัยก่อนอันตรายต่อความมั่นคงหรือต่อประชาคมของประเทศที่ให้การลี้ภัย โดยเป็นบทบัญญัติที่ขึ้นอยู่กับการปฏิบัติในขนาดของบุคคลนั้น แต่มาตรา 1จ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีต ดังนั้นถ้าองค์ประกอบของผู้ลี้ภัยนั้นไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะกันไม่ให้บุคคลนั้นได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ผู้ลี้ภัย 1951 ก็เท่ากับว่า องค์ประกอบดังกล่าวก็ไม่น่าจะมีน้ำหนักเพียงพอที่จะอยู่ในขอบเขตของมาตรา 33 (2)<sup>46</sup>

มาตรา 1จ อ้างถึงอาชญากรรมที่กระทำนอกประเทศที่ให้การลี้ภัยก่อนที่จะได้รับการลี้ภัย ในขณะที่ มาตรา 33 (2) มีคำถามเกิดขึ้นว่า การกระทำความผิดอาญานั้น จะต้องกระทำขึ้นที่ไหนและเมื่อไร แต่หากพิจารณาตามเนื้อหาของมาตรานี้ทั้งหมดแล้ว น่าจะตีความได้ว่าการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงนั้นเป็นการกระทำในประเทศที่ให้การลี้ภัย หรือ ณ ที่ใด ซึ่งต่อมาได้รับ

<sup>45</sup> Elihu Lauterpacht, and Daniel Bethlehem, United Nations High Commissioner for Refugees the Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement, Opinion, p. 52.

<sup>46</sup> Ibid., pp. 47 – 48.

การยอมรับว่าเป็นผู้ลี้ภัย และเกิดคำถามขึ้นว่า ผู้ลี้ภัยนั้นจะเป็นอันตรายต่อประชาคมของประเทศนั้นหรือไม่<sup>47</sup>

ขอบเขตของมาตรา 33 (1) นั้น ครอบคลุมถึงการคุ้มครองผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย ดังนั้นการตีความมาตรา 33 (2) จึงต้องให้สัมพันธ์กับเนื้อหาของบทบัญญัติก่อนหน้า ดังนั้นจึงหมายรวมถึงทั้งผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย ความหมายของอันตรายตามมาตรานี้ หมายถึงอันตรายอันจะเกิดขึ้นในอนาคตไม่ใช่ในอดีต และอันตรายนั้นเป็นอันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อประเทศที่ให้การลี้ภัย ขอบเขตความร้ายแรงของอันตรายนั้น รัฐเป็นผู้กำหนด แต่ทั้งนี้ต้องอยู่บนพื้นฐานที่สมเหตุสมผล รัฐไม่สามารถกระทำตามอำเภอใจหรือไม่มีการเจาะจงแน่นอน เจ้าหน้าที่แห่งรัฐต้องตั้งคำถามว่าจะมีความเสี่ยงในอนาคตหรือไม่ และข้อสรุปก็ต้องมีหลักฐานสนับสนุน<sup>48</sup>

### (3) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Principle)

อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 บัญญัติหลักการนี้ไว้ใน มาตรา 3 ว่า “ให้รัฐภาคีผู้ทำสัญญาใช้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญานี้ต่อผู้ลี้ภัย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา หรือประเทศที่อยู่เดิม” ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ก็กำหนดหลักนี้ไว้ใน ข้อ 7 ว่า “ทุกๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ทุกๆ คนชอบที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และต่อการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น” นอกจากนี้ก็มีการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือน และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ก็มีการกำหนดในเรื่องนี้ไว้ในข้อ 26 โดยบัญญัติไว้ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้พึงมีกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และให้หลักประกันคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและมีผลจริงจัง เพื่อให้ปลอดจากการเลือกปฏิบัติ อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่นๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่นใด”

<sup>47</sup> Ibid., p. 48.

<sup>48</sup> Ibid., p. 55.

จุดประสงค์ของผู้ร่างมาตรา 3 ในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 นั้น จำกัดการไม่เลือกปฏิบัติจากเพียง 3 สาเหตุ คือ เชื้อชาติ ศาสนา หรือประเทศที่อยู่เดิม ถึงแม้ว่าจะขัดกับการบรรยายครั้งแรกในอารัมภบทของอนุสัญญา และจุดประสงค์ของอนุสัญญา ในการสร้างแบบแผนขั้นพื้นฐานในการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยทุกคน เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นพิเศษไว้ในอนุสัญญา ในที่ประชุมมองว่ามาตรา 3 นี้ ควรจะเกี่ยวข้องกับ 3 สาเหตุดังกล่าว ส่วนสาเหตุอื่นๆ ก็ควรให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ให้การลี้ภัย<sup>49</sup>

หลักนี้เป็นหลักการคุ้มครองที่สำคัญที่ห้ามมีการทำข้อสงวน การเลือกปฏิบัติโดยรัฐ หรือผู้อื่นต่อผู้ลี้ภัยเนื่องด้วย เชื้อชาติ ศาสนา หรือมาจากประเทศที่อยู่เดิม จะถูกขัดขวางด้วยหลักนี้ และเป็นหลักแห่งความเท่าเทียมกัน อันจำเป็นต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขของกลุ่มผู้ลี้ภัยที่มีความแตกต่างกัน รวมถึงความแตกต่างของอายุ และความอ่อนแอกว่า หลักนี้จะนำไปสู่การยอมรับผู้ลี้ภัยมากขึ้น ในสังคมหรือชุมชนของประเทศที่ให้การลี้ภัย แม้ในทางปฏิบัติจะยังเกิดการเลือกปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยกับผู้ขอลี้ภัย เนื่องจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ และวัฒนธรรม

(4) การไม่มีการปรากฏตัวโดยผิดกฎหมาย (No illegal presence)

ในเรื่องนี้กำหนดไว้ในมาตรา 31 วรรคแรกของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 "1. รัฐภาคีผู้ทำสัญญาจะไม่ลงโทษทางอาญา ด้วยเหตุแห่งการเข้าเมืองหรือการปรากฏตัว โดยผิดกฎหมายแก่ผู้ลี้ภัย ผู้ซึ่งเดินทางโดยตรงมาจากดินแดน ซึ่งชีวิตหรือเสรีภาพถูกคุกคาม ตามความหมายของมาตรา 1 เข้ามาหรือปรากฏตัวในอาณาเขตโดยไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ถ้าหากว่าผู้ลี้ภัยได้รายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ และแสดงเหตุอันควรเชื่อถือได้ในการเข้าเมืองหรือการปรากฏตัวโดยผิดกฎหมายนั้น..."

มาตรานี้ได้มาจากแนวคิดของสิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิง เพื่อลี้ภัยและความแน่นอนในการแบ่งเบาภาระที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ลี้ภัยระหว่างรัฐ มาตรานี้ใช้คำตามที่มีการร่างโดย Ad Hoc Committee เจ็ดข้อที่จำเป็นในการพิจารณาตามมาตรานี้ ก็คือ

<sup>49</sup> UNHCR, Convention Relating to the Status of Refugees : Its History, Contents and Interpretation, p.63.

- 1) บุคคลดังกล่าวจะต้องเป็น หรือมีคุณสมบัติเป็นผู้ลี้ภัยตามมาตรา 1
- 2) บุคคลดังกล่าวต้องได้เข้ามา หรือเข้ามาในรัฐภาคี โดยตรงจากรัฐที่มีการประหัตประหาร<sup>50</sup> รัฐที่ผู้ลี้ภัยได้เข้ามาไม่จำเป็นต้องเป็นประเทศบ้านเกิด หรือประเทศที่เขามีถิ่นที่อยู่ถาวร เพียงแค่ว่าชีวิตหรือเสรีภาพของเขาถูกคุกคามมาจาก ณ ที่นั้น

อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขตามข้อ 2) ที่ว่าผู้ลี้ภัยต้องหนีตรงมาจากอาณาเขตของรัฐที่ชีวิตหรือเสรีภาพของเขาถูกคุกคาม ได้มีการอภิปรายและถกเถียงกันในที่ประชุม Expert Roundtable ที่เจนีวา เมื่อวันที่ 8 – 9 พฤศจิกายน 2544 และมีข้อสรุปว่า ผู้ลี้ภัยไม่จำเป็นต้องหนีตรงมาจากอาณาเขตรัฐที่ชีวิตหรือเสรีภาพของเขาถูกคุกคามตามการตีความเดิม แต่ได้มีการตีความเพิ่มเติมโดยรวมถึง บุคคลที่เดินทางผ่านประเทศอื่นในระยะสั้น หรือบุคคลที่ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองอันมีประสิทธิภาพในประเทศแรกหรือประเทศที่เขาหนีมา<sup>51</sup> กล่าวคือ บุคคลที่เดินทางไปประเทศอื่นในช่วงระยะเวลาอันสั้น โดยไม่มีการร้องขอลี้ภัย หรือได้รับการลี้ภัยจากประเทศนั้น หรือกรณีบุคคลนั้นไม่สามารถได้รับการคุ้มครองจากประเทศของตนหรือจากประเทศที่ตนหนีไปลี้ภัยเป็นแห่งแรก เช่น ประเทศนั้นไม่ยอมพิจารณาสถานภาพให้แก่ผู้ขอลี้ภัยนั้น บุคคลดังกล่าวได้รับการพิจารณาว่าเข้าตามมาตรา 31 จึงไม่ควรถูกลงโทษทางอาญาด้วยเหตุแห่งการเข้าเมือง หรือการปรากฏตัวโดยผิดกฎหมาย

- 3) ชีวิตหรืออิสรภาพของเขาต้องเคยถูกคุกคามหรือเขาต้องมีความกลัวว่าการคุกคามนั้นจะเกิดขึ้น ตามประเภทของการกลัวการถูกประหัตประหาร ตามมาตรา 1 กล่าวคือ บุคคลดังกล่าวเป็นเหยื่อของการประหัตประหารหรือเป็นผู้ที่แสดงเหตุผลที่ดีว่าทำไมพวกเขาจึงกลัวการถูกประหัตประหาร

<sup>50</sup> ตามร่างต้นฉบับของ Ad Hoc Committee ไม่ได้ระบุถึงข้อนี้ แต่ได้ทำตามคำแนะนำของข้อเสนอจากประเทศฝรั่งเศส (A / CONF. 2/62) cited in Ibid., p. 129.

<sup>51</sup> UNHCR, "Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees," Global Consultations on International Protection, Geneva Expert Roundtable, 8-9 November 2001, para. 10 (C).

4) ผู้ลี้ภัยต้องรายงานตัวด้วยตนเอง<sup>52</sup> ต่อเจ้าหน้าที่โดยไม่ชักช้า หลังจากการเข้ามาโดยผิดกฎหมายของเขาหรือหลังจากอนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับ

5) บุคคลดังกล่าวสามารถแสดงเหตุอันควรเชื่อถือได้ในการเข้าเมือง หรือพำนักอยู่โดยผิดกฎหมาย

วรรคแรกนี้ไม่ได้กำหนดภาระผูกพันว่ารัฐจะต้องให้ผู้ลี้ภัยอาศัยอยู่ หรือทำให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือกำหนดห้ามมีการขับไล่ผู้ลี้ภัย เพียงแต่ป้องกันไม่ให้มีการกำหนดบทลงโทษต่อผู้ลี้ภัย<sup>53</sup> จากการข้ามเขตแดนเข้าสู่อาณาเขตของรัฐโดยผิดกฎหมาย<sup>54</sup> กล่าวคือมาตรานี้เป็นการให้ประกันแก่ผู้ลี้ภัยว่า เมื่อเขาได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยในประเทศที่ให้การลี้ภัยแล้ว เขาจะไม่ถูกดำเนินคดี หรือลงโทษอันเนื่องมาจากสถานภาพการเข้าเมืองผิดกฎหมาย

(5) ความปลอดภัยทางร่างกาย (Physical Safety)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 บัญญัติไว้ในข้อ 3 ว่า “บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย” ซึ่งเป็นการประกันว่าบุคคลทุกคนรวมถึงผู้ลี้ภัยก็มีความปลอดภัยทางร่างกาย พวกเขาจะไม่ถูกบังคับให้กลับไปสู่ความเสี่ยงต่อภัยอันตราย หรือการถูกคุกคามอีกครั้ง ดังนั้นรัฐภาคีก็ควรประกันว่าผู้ลี้ภัยจะได้รับความปลอดภัยทางร่างกาย ในขณะที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตแห่งรัฐของตน ไม่ว่าจะในหรือนอกค่ายผู้ลี้ภัย

<sup>52</sup> Ad Hoc Committee มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า ต้องเป็นการร้องขอโดยสมัครใจ (SR. 40, p.7) cited in UNHCR, Convention Relating to the Status of Refugees : Its History, Contents and Interpretation, p. 129.

<sup>53</sup> ผู้แทนของแคนาดา และอังกฤษชี้แจงชัดเจนว่า “บทลงโทษ” ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการขับไล่ (SR. 13, pp.12-14) cited in Ibid., p. 130.

<sup>54</sup> Ibid., pp. 128-130.



วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญาฯ และพิธีสารฯ ว่าด้วยผู้ลี้ภัยนั้น ก็เพื่อคุ้มครองผู้ลี้ภัย และประกันสิทธิให้แก่พวกเขาที่จะได้รับมากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวก็รวมถึงสิทธิในความมั่นคงและปลอดภัยของผู้ลี้ภัย ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหนึ่งที่ได้รับ

(6) หลักเอกภาพของครอบครัว (Family Unity Principle)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 บัญญัติไว้ในข้อ 16 (3) ว่า “ครอบครัวคือกลุ่มซึ่งเป็นหน่วยธรรมชาติ และพื้นฐานของสังคมและขอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยสังคมและรัฐ”

หลักเอกภาพของครอบครัวนี้ ถูกฝังลึกไว้ในหลักสากล ในตราสารสิทธิมนุษยชนภูมิภาค และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และนำมาใช้กับความเป็นมนุษย์ทั้งหมดโดยไม่ต้องพิจารณาถึงสถานภาพของเขา รัฐผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพในสิทธิของเอกภาพของครอบครัวและมีมาตรการในการคงไว้ซึ่งเอกภาพของครอบครัวและการรวมสมาชิกของครอบครัวที่ได้เคยพลัดพรากกัน<sup>55</sup> เป็นที่ยอมรับว่าครอบครัวคือกลุ่มหนึ่งในสังคมซึ่งควรได้รับการคุ้มครองและการช่วยเหลือ หลักเอกภาพของครอบครัว นอกจากจะบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีบทบัญญัติในหลักนี้ไว้ในตราสารระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือน และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) มาตรา 17 และ 23 (1) และอนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969 (American Convention on Human Rights 1969) มาตรา 17 (1) ที่กล่าวว่า “ครอบครัวคือกลุ่มธรรมชาติและเป็นสากลของสังคมและควรได้รับการคุ้มครองโดยสังคมและรัฐ” กฎบัตรสังคมยุโรป ค.ศ. 1961 (European Social Charter 1961) มาตรา 16 ที่กล่าวว่า “การประกันด้วยเงื่อนไขที่จำเป็นเพื่อการพัฒนาครอบครัว ซึ่งเป็นกลุ่มสากลของสังคม รัฐภาคีควรให้การสนับสนุนทางเศรษฐกิจ กฎหมาย และการคุ้มครองทางสังคมแก่ชีวิตครอบครัว” กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน ค.ศ. 1981 (African Charter on Human and Peoples' Rights 1981) มาตรา 18 (1) กล่าวว่า “ครอบครัวควรจะเป็นหน่วยธรรมชาติและเป็นพื้นฐานของสังคม ควรได้รับการคุ้มครองจากรัฐทั้งทางร่างกายและสุขภาพ” และยังมีกล่าวไว้

<sup>55</sup> UNHCR, “Family Unity,” Global Consultations on International Protection, Geneva Expert Roundtable, 8-9 November 2001, para. 5.

ใน อนุสัญญายุโรปว่าด้วย การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) มาตรา 10 พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม ค.ศ. 1949 (Additional Protocol 1 of 1977 to the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War 1949) มาตรา 74 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989) มาตรา 9, 10 และ 22 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิและสวัสดิการเด็ก ค.ศ. 1990 (African Charter on the Rights and Welfare of the Child 1990) ข้อ 23 และ 25 จะเห็นได้ว่าสิทธิของเอกภาพความเป็นครอบครัวเป็นที่ยอมรับว่าครอบครัวคือกลุ่มเอกภาพ ถ้าสมาชิกในครอบครัวไม่มีสิทธิที่จะอยู่ร่วมกัน ความเป็นครอบครัวก็ไม่ได้ได้รับความเคารพและคุ้มครอง<sup>56</sup>

แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสาร ค.ศ. 1967 ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องหลักเอกภาพของครอบครัวไว้ แต่มีการกล่าวไว้ในคำแนะนำในกรมสารสุดท้ายของการประชุมของผู้มีอำนาจเต็ม (Recommendation in the Final Act of Conference of Plenipotentiaries) ว่าเป็นสิทธิที่จำเป็นสำหรับผู้ลี้ภัย นอกจากนี้กฎหมายผู้ลี้ภัยเป็นกฎหมายพลวัต ซึ่งมีการพัฒนาไปตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ข้อสรุปของคณะกรรมการบริหารที่ 1, 9, 24, 84, 85 และ 88 ก็ได้ส่งเสริมให้รัฐมีมาตรการอันเคารพต่อหลักเอกภาพของครอบครัว และการรวมกันเป็นครอบครัวอีกครั้ง ดังนั้นสิทธิในการรวมกันเป็นครอบครัวของผู้ลี้ภัย จึงเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่รัฐควรให้การเคารพ แม้ว่ารัฐนั้นจะมีโซภาคี ตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยก็ตาม<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Human Rights Committee, 39<sup>th</sup> Session, 1990, General Comment 19 on Article 23, para. 5.

<sup>57</sup> UNHCR, "Family Unity," Global Consultations on International Protection, Geneva Expert Roundtable, 8-9 November 2001, para. 4.

### ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับหลักเอกภาพของครอบครัว

คดีตัวอย่างที่จะกล่าวถึงนี้เป็นคดีที่เกิดขึ้นในประเทศเบลเยียม ซึ่งเป็นรัฐภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ และพิธีสารฯ ในวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1953 และ วันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1969 ตามลำดับ เป็นคดีเกี่ยวกับคู่สามีภรรยา ที่มีการร้องขอสถานะภาพผู้ลี้ภัยในเวลาที่แตกต่างกัน และผลการพิจารณาสถานะภาพของภรรยาออกก่อนของสามี โดยเธอไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ลี้ภัย เธอจึงจะถูกขับไล่ออกจากประเทศ ในขณะที่สามียังไม่ทราบผลคำร้องของเขา เธอและสามีจึงได้คัดค้านคำสั่งการขับไล่อังกล่าว

#### ตัวอย่างคดี<sup>58</sup>

ศาล : Council of State  
ประเทศ : เบลเยียม ปี 1992  
อ้างอิง : เลขที่ 39227

#### ข้อเท็จจริง

ผู้หญิงสัญชาติแซร์รี่ร้องขอลี้ภัยเมื่อเดินทางมาถึงประเทศเบลเยียมในปี 1987 และในสองปีต่อมา สามีของเธอก็ร้องขอลี้ภัยในรูปแบบเดียวกันในประเทศเบลเยียม ในปี 1991 คำร้องขอลี้ภัยของเธอถูกปฏิเสธและเธอถูกสั่งให้เดินทางออกนอกประเทศเบลเยียมในขณะที่คำร้องขอลี้ภัยของสามีของเธอจะยังไม่มีการรายงานผล ทั้งคู่ได้ยื่นคำร้องคัดค้านการส่งเธอออกนอกประเทศเบลเยียม

#### คำพิพากษา

ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติของการพิจารณาคำร้องขอลี้ภัยนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายบุคคล แต่หลักของเอกภาพของครอบครัวก็ควรนำมาพิจารณาในกรณีที่มีการร้องขอลี้ภัยจากคู่สมรส Council of State จึงเลื่อนคำสั่งการขับไล่ผู้ร้องออกนอกประเทศออกไปก่อน

<sup>58</sup> "Cases and Comments", International Journal of Refugee Law 6, No. 3 (1994) : 477-478.

จากคดีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลประเทศเบลเยียมได้พิจารณาคดีตามแนวทางการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยของรัฐ หรือ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ซึ่งมีการพิจารณาและส่งเสริมหลักเอกภาพของครอบครัว โดยกำหนดไว้ว่า ถ้าบุคคลใดได้รับพิจารณาสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัย คู่สมรสตามกฎหมายก็จะได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยด้วยเช่นกัน ในคดีข้างต้นนี้หากคำร้องขอลี้ภัยของสามีได้รับการพิจารณาว่าเขาเป็นผู้ลี้ภัย ผู้ร้องในฐานะภรรยา ก็ควรจะได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยด้วยเช่นกัน และควรได้รับอนุญาตให้พำนักในประเทศเบลเยียมได้ จะเห็นได้ว่าประเทศเบลเยียมได้ให้ความเคารพต่อหลักเอกภาพของครอบครัวซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่รัฐควรให้การเคารพ เพราะหากจะพิจารณาแล้วหากมีการขับไล่ให้ผู้ร้องกลับไปยังประเทศของเธอจริง ก็เท่ากับรัฐภาคีอย่างประเทศเบลเยียมกลับเป็นผู้ละเมิดต่อหลักเอกภาพของครอบครัวเสียเอง และผู้ร้องอาจจะได้รับการละเมิดอย่างรุนแรงเมื่อกลับไปยังประเทศก็ได้ เนื่องจากเธอกลับไปคนเดียว ไม่มีสามีคอยปกป้องเธอได้

(7) เสรีภาพในการเคลื่อนย้าย (Freedom of Movement)

ในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 บัญญัติไว้ใน มาตรา 26 ว่า “รัฐภาคีผู้ทำสัญญาย่อมให้ผู้ลี้ภัย ซึ่งอยู่ในอาณาเขตของตนโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับสิทธิที่จะเลือกที่อยู่อาศัยและเคลื่อนย้ายได้อย่างเสรีในดินแดนของรัฐ ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบข้อบังคับซึ่งใช้กับคนต่างด้าวโดยทั่วไป ในกรณีเช่นเดียวกัน” นอกจากนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ได้กล่าวไว้ในข้อ 13 “(1) บุคคลมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย และในถิ่นที่อยู่ภายในขอบเขตดินแดนของแต่ละรัฐ (2) บุคคลมีสิทธิที่จะเดินทางออกจากประเทศใดๆ รวมทั้งของตนเอง และที่จะกลับคืนสู่บ้านเกิดเมืองนอน”

จุดประสงค์ของมาตรา 26 นี้ ก็คือ การทำให้ผู้ลี้ภัยคล้ายคลึงกับคนต่างด้าวโดยทั่วไป แต่ในบางสถานการณ์ความเข้มงวดก็อาจจะเกิดขึ้นได้ เช่น บางครั้งผู้ลี้ภัยอาจจะต้องมีใบอนุญาตเป็นพิเศษในการเคลื่อนย้ายไปยังสถานที่ที่แออัดด้วยผู้คน หรือไปในพื้นที่ที่เข้มงวด<sup>59</sup>

<sup>59</sup> UNHCR, Convention Relating to the Status of Refugees : Its History, Contents and Interpretation, p. 112.

อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายก็อาจมีข้อจำกัดได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุขหรือศีลธรรม หรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น<sup>60</sup>

(8) เสรีภาพทางศาสนา (Freedom of Religion)

อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “รัฐภาคีผู้ทำสัญญายกเว้นให้ผลปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยภายในอาณาเขตของรัฐภาคีนั้น อย่างน้อยเท่าเทียมกับผลปฏิบัติที่ให้ต่อคนชาติ ในเรื่องเสรีภาพการประกอบกิจกรรมทางศาสนา และการให้การศึกษาทางศาสนา แก่บุตรหลาน” ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กำหนดในเรื่องนี้ไว้ในข้อ 18 “บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะเปลี่ยนศาสนา หรือความเชื่อถือ และเสรีภาพที่จะแสดงให้ศาสนาหรือความเชื่อถือประจักษ์ ในรูปของการสั่งสอน การปฏิบัติกิจกรรมเคารพสักการะบูชา สวดมนต์ และการถือปฏิบัติพิธีกรรม ไม่ว่าจะโดยลำพังตนเอง หรือร่วมกับผู้อื่นในประชาคม และในที่สาธารณะหรือส่วนตัว” นอกจากนี้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือน และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ก็กำหนดเรื่องนี้ไว้ใน ข้อ 18 ว่า

- “ 1. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิดมโนธรรมและศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการเลือกนับถือศาสนา หรือความเชื่อถือและเสรีภาพในการประกาศศาสนาหรือความเชื่อถือของคนในการสักการะบูชา การปฏิบัติกิจกรรมประกอบพิธีกรรมและการเผยแพร่ศาสนาไม่ว่าจะโดยลำพังตนเอง หรือในประชาคมร่วมกับผู้อื่น และไม่ว่าในที่สาธารณะหรือเป็นการส่วนตัวก็ตาม
2. บุคคลจะถูบบังคับการใด ให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่เสรีภาพในการนับถือหรือเลือกศาสนาหรือความเชื่อตามคตินิยมของตนหาได้ไม่

<sup>60</sup> Article 12(3) of the International Covenant on Civil and Political Rights “The above mentioned rights shall not be subject to any restriction except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (order public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant”.

3. เสรีภาพในการประกาศศาสนาหรือความเชื่อของบุคคลจะถูกจำกัดก็แต่โดยกฎหมาย อันจำเป็นต้องมี เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยอนามัย หรือศีลธรรม หรือสิทธิมนุษยฐาน และเสรีภาพของบุคคลอื่นเท่านั้น
4. รัฐภาคีทั้งหลายแห่งกติกาฉบับนี้ รับที่จะเคารพเสรีภาพของบิดา มารดา และผู้ปกครอง ตามกฎหมายในกรณีที่มี ในอันที่จะให้การศึกษาทางศาสนาและศีลธรรมแก่เด็กให้เป็นไปตามความเชื่อของตน"

รัฐภาคีผูกพันที่จะให้ผู้ลี้ภัยสามารถประกอบกิจกรรมทางศาสนาและการให้การศึกษาทางศาสนาแก่บุตรหลาน ในภาพรวมนั้น ผู้ลี้ภัยควรได้รับการคุ้มครองจากรัฐ โดยการคุ้มครองดังกล่าวต้องมีความสำคัญ สามารถเข้าถึงได้ง่าย มีประสิทธิภาพ โดยปราศจากการแบ่งแยกด้านเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ การไร้ความสามารถ ศาสนา ชนชั้น อายุ อาชีพ หรือข้อบ่งชี้ในด้านอื่นๆ แม้ว่าในบางกรณีจะมีการคุ้มครอง (จากรัฐที่ให้การลี้ภัย) ในทางทฤษฎี แต่กลับไม่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

#### (9) การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination)

การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย คือการตรวจสอบกลับกรองสถานภาพของผู้ลี้ภัยว่าตรงตามหลักเกณฑ์ของผู้ลี้ภัยตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 หรือไม่ โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะต้องสัมภาษณ์ผู้ขอลี้ภัยเพื่อทราบเรื่องราวทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับผู้ขอลี้ภัย ทั้งเรื่องของภูมิหลัง และประสบการณ์ส่วนบุคคลของบุคคลนั้น พร้อมกับการวิเคราะห์และตรวจสอบข้อมูลข่าวสารความรู้จากที่เกิดขึ้นจริงในประเทศที่บุคคลนั้น กล่าวอ้างว่ามีการกดขี่ประหาร ทั้งนี้ประเทศที่เป็นภาคีในอนุสัญญาฯ และ/หรือพิธีสารฯ นั้น จะมีเจ้าหน้าที่ของประเทศในการดำเนินการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย เช่น ใน ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา เป็นต้น โดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ จะไม่เข้าไปก้าวก่ายในขั้นตอนนี้ แต่อาจจะให้ความช่วยเหลือเท่าที่จำเป็น โดยระเบียบขั้นตอนนี้เพื่อกำหนดสถานภาพของผู้ลี้ภัย ควรจะสอดคล้องกับข้อกำหนดขั้นพื้นฐาน อันได้แก่ ผู้ขอลี้ภัยควรได้รับข้อชี้แนะที่จำเป็นว่าจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนอะไรบ้าง ควรมีหน่วยงานที่เป็นศูนย์รวมแห่งเดียวในการรับผิดชอบในการตรวจสอบคำร้องขอสถานภาพของผู้ลี้ภัยและสามารถตัดสินใจได้ในขั้นต้น ผู้ขอลี้ภัยควรได้รับความสะดวกเท่าที่จำเป็น รวมทั้งได้รับบริการจากเจ้าหน้าที่ล่ามในการยื่นคำร้องขอสถานภาพผู้ลี้ภัยต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หากผู้ขอลี้ภัยได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ลี้ภัย ผู้ลี้ภัยนั้นควรจะได้รับแจ้งว่าตนมีสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัยแล้ว และควรได้รับเอกสารรับรองสถานภาพของผู้

ลี้ภัย แต่หากผู้ขอลี้ภัยมิได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ลี้ภัย ผู้นั้นก็ควรจะได้มีเวลาที่พักพิงที่เหมาะสมที่จะยื่นเรื่องขออุทธรณ์ เพื่อจะได้รับการพิจารณาทบทวนการตัดสินใจอย่างเป็นทางการจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินเดิม หรือผู้อื่นที่มีอำนาจตัดสิน ไม่ว่าจะป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายกฎหมาย

61

และจากการประชุมของคณะกรรมการบริหาร ครั้งที่ 28 ปี ค.ศ. 1977 ข้อสรุปที่ 8 (XXVIII) เรื่องการกำหนดสถานภาพของผู้ลี้ภัย ได้ขอให้สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะออกหนังสือคู่มือฉบับหนึ่ง เพื่อใช้เป็นแนวทางดำเนินการของรัฐบาลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับขั้นตอนและเกณฑ์พิจารณาสำหรับกำหนดสถานภาพผู้ลี้ภัย ซึ่งต่อมาทางสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ได้จัดทำเป็นคู่มือเพื่อความสะดวกในการพิจารณา คือ คู่มือการดำเนินการและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status) ที่จัดพิมพ์แก้ไข เมื่อมกราคม ค.ศ. 1992 ที่กรุงเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ โดยจะเป็นการอธิบายถึงองค์ประกอบต่างๆ ของค่านิยามผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญา 1951 และพิธีสารฯ 1967 โดยแบ่งออกเป็นสองส่วนคือ หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย และ กระบวนการเพื่อการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ซึ่งในส่วนของหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยนี้ จะแบ่งออกเป็น 1) หลักการทั่วไปที่บอกว่าการรับรองสถานภาพว่าเป็นผู้ลี้ภัยไม่ได้ทำให้เขาเป็นผู้ลี้ภัย แต่เป็นการประกาศว่าเขาคือผู้ลี้ภัย เพราะบุคคลไม่ได้กลายเป็นผู้ลี้ภัย เนื่องจากการรับรอง แต่เป็นการยอมรับว่าเขาคือผู้ลี้ภัย<sup>62</sup> 2) Inclusion Clauses ซึ่งจะกล่าวถึงคำจำกัดความ การตีความของคำต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น คำว่า การกลัวการถูกประหารชีวิต หนีชาติ ศาสนา เป็นต้น 3) Cessation Clauses คือการพิจารณาเกี่ยวกับการหยุดสถานภาพ เช่นกรณีที่ผู้ลี้ภัยสมัครใจได้รับการคุ้มครองแห่งรัฐของตนอีกครั้ง เป็นต้น 4) Exclusion Clauses คือการพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวเข้าค่านิยามของผู้ลี้ภัย แต่บุคคลดังกล่าวต้องถูกกันออกไปจากการได้รับการคุ้มครองระหว่างประเทศ เช่น บุคคลดังกล่าวได้รับการคุ้มครองหรือการช่วยเหลือจากองค์การสหประชาชาติอยู่แล้ว บุคคลดังกล่าวไม่ได้ต้องการการคุ้มครอง

<sup>61</sup> การประชุมคณะกรรมการบริหาร ครั้งที่ 28 ปี ค.ศ. 1977 ข้อสรุปที่ 8 (XXVIII) การกำหนดสถานภาพของผู้ลี้ภัย

<sup>62</sup> UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, (Geneva : UNHCR, 1992), para. 28.

ระหว่างประเทศ บุคคลดังกล่าวไม่สมควรได้รับการคุ้มครองระหว่างประเทศ เช่น บุคคลที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมสงคราม เป็นต้น 5) คดีพิเศษ เช่น ผู้ลี้ภัยจากสงคราม บุคคลหนีทหาร เป็นต้น และ 6) หลักเอกภาพของครอบครัว โดยกล่าวถึงความสำคัญของหลักนี้และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความเป็นครอบครัว เช่น เมื่อหัวหน้าครอบครัวได้สถานภาพผู้ลี้ภัยแล้ว ผู้ติดตามก็จะได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยเช่นกัน และในส่วนของกระบวนการสำหรับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ก็บรรยายถึง หลักการและวิธีการในการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ได้จากการสัมภาษณ์

กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยที่ยุติธรรมและเหมาะสม สามารถสร้างการต่อต้านการใช้กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในทางที่ผิดได้ และจากที่กล่าวไว้ในหลักของการห้ามการผลักดันกลับที่ว่ากระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยที่ยุติธรรมและเหมาะสมเท่ากับเป็นการเคารพต่อหลักการห้ามผลักดันกลับ นอกจากนี้การออกกฎหมายแห่งรัฐมารองรับก็เป็นส่วนสำคัญ ที่ทำให้อนุสัญญา มีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่กฎหมายภายในดังกล่าวก็ควรสัมพันธ์กับหลักพื้นฐานระหว่างประเทศ<sup>63</sup>

นอกเหนือจากสิทธิต่าง ๆ ของผู้ลี้ภัย ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิงเพื่อลี้ภัย การห้ามผลักดันกลับ การไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ฯลฯ ดังกล่าวข้างต้นที่ประชาคมโลก และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยให้ความสนใจเป็นพิเศษแล้ว ยังมีประเด็นเรื่องของการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งมีการถกเถียงกันประชาคมโลกเช่นกันว่าเป็นการคุ้มครองที่เหมาะสมหรือไม่ดังจะได้กล่าวรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

#### 2.2.2.2 การคุ้มครองชั่วคราว (Temporary Protection)

ตามการนิยามของข้อสรุปที่ 19 และที่ 22 ของคณะกรรมการบริหารของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ การคุ้มครองชั่วคราว คือมาตรการในการอุดช่องว่าง เพื่อควบ

<sup>63</sup> UNHCR, "Report of the Second Meeting in the Third Track," Global Consultations on International Protection, UN.Doc. EC/GC/01/15/Rev.1 (June 2001), p. 5.



คุณสมบัติการหลังไหลของผู้ลี้ภัย ที่ซึ่งระบบการพิจารณาสถานะภาพของผู้ลี้ภัย โดยรัฐผู้รับผู้ลี้ภัย ไม่สามารถรับมือกับผู้คนจำนวนมากที่เข้ามาเพื่อขอลี้ภัย<sup>64</sup>

ในทางระหว่างประเทศ การคุ้มครองชั่วคราว หมายถึงมาตรการที่ออกโดยรัฐ เพื่อรับมือกับสถานการณ์การหลังไหลของผู้คนที่ท่วมทับหรือ ไม่คาดคิด ด้วยวิธีการนี้รัฐบาลสามารถหลีกเลี่ยงการพิจารณาสถานะภาพเป็นรายบุคคล (ซึ่งกินเวลาและค่าใช้จ่าย) จากจำนวนประชากรที่พลัดถิ่น เนื่องจากสงครามกลางเมือง ความขัดแย้งภายใน และรูปแบบอื่นๆ ของความรุนแรงทั่วไป และรวมถึงบุคคลที่เป็นผู้ลี้ภัย ตามคำนิยามของอนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 โดยมาตรการการคุ้มครองชั่วคราวไม่ควรจะขยายเวลา โดยเฉพาะกับกลุ่มที่หนีมาจากความรุนแรงโดยทั่วไป และการคุ้มครองชั่วคราวสามารถถอดถอนได้ เมื่อพื้นที่ที่หนีมามีความปลอดภัยแล้ว<sup>65</sup>

ผู้ได้รับผลประโยชน์จากการคุ้มครองชั่วคราว บางครั้งไม่ได้รับอนุญาตในสิทธิทางสังคมทั้งหมดของผู้ลี้ภัย เช่น เงินสวัสดิการ การศึกษา หรือสิทธิในการทำงาน ระบบการคุ้มครองชั่วคราวไม่ควรจะละเมิดต่อบัญญัติที่มีอยู่ในอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการคุ้มครองชั่วคราวได้นำมาใช้กับผู้ลี้ภัยที่ผ่านการพิจารณารายบุคคลและตรงตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951<sup>66</sup>

ในยุโรปตะวันตก ประชาชนที่หนีมาจากเหตุการณ์ความขัดแย้งในอดีตยูโกสลาเวีย มีคนจำนวนมากที่มีสิทธิเรียกร้องสถานะภาพผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาฯ 1951 และมีคนจำนวนมากที่ได้รับการคุ้มครองอันจำเป็นภายใต้หลักเกณฑ์ชั่วคราวอันหลากหลาย แต่ด้วยมาตรการเหล่านี้บางคนในกลุ่มนี้ ก็ถูกปล่อยอยู่ตามแนวชายแดนเป็นเวลา 3 ปี หรือมากกว่านั้น นานพอที่ควรจะได้รับการดำเนินการในการเรียกร้องสิทธิขอลี้ภัยตามปกติได้แล้ว สำนักข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชา

<sup>64</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Position or Complementary Protection (Brussels : ECRE, 2000), p. 4.

<sup>65</sup> UNHCR Regional Office for Australia, New Zealand, Papua New Guinea and the South Pacific, "Temporary Protection," Discussion Paper, No. 2 (2002) : 1.

<sup>66</sup> Ibid., p.1.

ชาติ ได้สนับสนุนว่าหลังจากช่วงเวลาที่เหมาะสมได้ผ่านพ้นไปแล้ว ประชาชนที่ได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองชั่วคราว ควรจะได้รับสิทธิในการอ้างข้อเรียกร้องของเขาเพื่อการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยได้<sup>67</sup>

อย่างไรก็ตามการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาตให้มีการพิจารณาเป็นรายบุคคล ต่อมาในมุมมองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ มองว่าไม่ควรจะเป็นอุปสรรคต่อหลักเอกภาพของครอบครัว ซึ่งกำลังหนักหน่วงขึ้น ต่อความจำเป็นในการคุ้มครองครอบครัวของปัจเจกบุคคลในต่างประเทศ โดยเฉพาะผู้หญิงที่อยู่ในความเสี่ยง และเด็กที่อยู่ลำพังคนเดียว<sup>68</sup> อย่างเช่น ที่ประเทศออสเตรเลีย อนุญาตให้ผู้ลี้ภัยได้รับวีซ่าการคุ้มครองชั่วคราว (Temporary Protection Visa / TPV) เป็นเวลา 3 ปี แต่ไม่อนุญาตให้มีการรวมครอบครัวกันอีกครั้ง นอกจากนี้มีการจำกัดการตั้งถิ่นฐาน การสนับสนุนสวัสดิการอื่นๆ และไม่อนุญาตให้กลับเข้าประเทศอีกครั้ง<sup>69</sup>

### 2.2.2.3 การคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยทั่วไปจากรัฐที่ไม่ใช่ภาคี

ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่ารัฐภาคีตามตราสารผู้ลี้ภัยนั้น มีพันธกรณีที่สำคัญใดบ้างเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัย ในทางกลับกันในกรณีของรัฐที่ไม่ได้ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และ/หรือ พิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 เช่น ประเทศไทย รัฐดังกล่าวก็ไม่มีภาระผูกพันในการปฏิบัติตามข้ออนุสัญญา หรือพิธีสาร เว้นแต่ในเรื่องหลักการไม่ผลักดันกลับ เนื่องจากหลักดังกล่าวเป็นหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันทุกรัฐให้ปฏิบัติตาม แม้ว่าในทางปฏิบัติการละเมิดหลักดังกล่าวจะยังเกิดขึ้นในบางประเทศ

อย่างไรก็ตามผู้ลี้ภัยซึ่งเป็นมนุษย์ย่อมได้รับความคุ้มครองตามสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานโดยเฉพาะตามบทบัญญัติของตราสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ที่รัฐนั้นเป็นภาคี ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง

<sup>67</sup> Ibid., p.1.

<sup>68</sup> Ibid., p.1.

<sup>69</sup> Ibid., p.2.

เมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ฯลฯ แม้ว่าผู้ลี้ภัยนั้นอาจมีสถานภาพผิดกฎหมายคนเข้าเมืองแต่ยังคงมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามที่คนต่างด้าวทั่วไปพึงได้รับ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะมีชีวิต ความปลอดภัย หรือเสรีภาพจากการถูกทรมาน หรือลงโทษที่ทารุณโหดร้ายเป็นต้น ซึ่งถือว่ามี การคุ้มครองแต่เป็นการคุ้มครองที่ไม่สมบูรณ์ ในกรณีนี้ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ จะอาศัยอำนาจตามธรรมนูญของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ค.ศ. 1950 ดำเนินการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยทางด้านมนุษยธรรมและสังคม โดยไม่มีลักษณะเกี่ยวข้องทางการเมืองแต่อย่างใด<sup>70</sup>

จะเห็นได้ว่า ประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกส่วนใหญ่ไม่ใช่ภาคีในตราสารผู้ลี้ภัย ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว รัฐที่มีชื่อนั้นได้ผูกพันและดำเนินการตามหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในทางปฏิบัติอย่างกว้างขวาง<sup>71</sup> แต่สาเหตุที่รัฐดังกล่าวไม่ยินยอมลงนามในตราสารผู้ลี้ภัย เพราะรัฐดังกล่าวยังมีความกังวลเรื่องการลี้ภัยของผู้ลี้ภัยจำนวนมาก และยังไม่แน่ใจเรื่องการให้ผู้ลี้ภัยตั้งถิ่นฐานในประเทศ และความกังวลเรื่องของความมั่นคงในประเทศ

ตัวอย่างกรณีหรือรายงานจากรัฐที่มีชื่อนี้ตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ และ/หรือพิธีสารฯ เกี่ยวกับการละเมิดต่อสิทธิต่าง ๆ ของผู้ลี้ภัย

-ประเทศมาเลเซียได้ผลักดันให้ผู้ลี้ภัยชาว Acehnese จากประเทศอินโดนีเซีย (ที่ได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยจากสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติประจำประเทศมาเลเซีย) ในช่วงปี 1998 ถึงปี 2000 โดยในปี 2000 นี้มีผู้ลี้ภัยชาว Acehnese อย่างน้อยสามรายถูกผลักดันกลับ โดยสองในสามรายเป็นผู้หญิงท้องและเด็ก ทั้งที่มีการเข้าไปไกล่เกลี่ยโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ แล้ว

<sup>70</sup> บทนำตามธรรมนูญของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ค.ศ. 1950

<sup>71</sup> Vitit Muntarbhorn, "Persons in need of Protection' and Migration in the Asia-Pacific Region : The Refugee Phenomenon and Beyond," paper presented at Global Consultations on International Protection Regional Meeting for Asia and the Pacific, Macau Sar, People's Republic of China, 28-29 May 2001, p. 19.

ก็ตาม<sup>72</sup>

-จากรายงานของ Human Rights Watch ระบุว่าผู้ลี้ภัยชาวโรฮิงยา จากประเทศพม่าต้องทนทุกข์ทรมานจากการถูกตี การถูกขู่เชือด และการกักขังโดยผิดกฎหมาย จากการกระทำของเจ้าหน้าที่มาเลเซีย ผู้ลี้ภัยต้องอยู่ด้วยความยากจนและกลัวการถูกส่งกลับประเทศอยู่ตลอดเวลา<sup>73</sup>

จากรายงานข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศมาเลเซียที่มีโซภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยและ/หรือพิธีสารฯ ได้กระทำการละเมิดต่อหลักการห้ามผลักดันกลับซึ่งถือว่าเป็นหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ทุกรัฐแม้จะมีโซภาคีก็ควรให้ความเคารพ และปฏิบัติตาม แต่ประเทศมาเลเซียก็ยังกระทำการละเมิดแม้ว่าจะมีสำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ เข้าไปแทรกแซงการผลักดันกลับแล้วก็ตาม ที่สำคัญผู้ที่ถูกผลักดันกลับนั้นเป็นผู้ลี้ภัยสตรีที่ตั้งครรภ์ และเด็ก ซึ่งเป็นบุคคลที่เปราะบางและสามารถตกอยู่ในความเสี่ยงภัยจากความรุนแรงได้ง่าย นอกจากนี้ประเทศมาเลเซียยังไม่ให้การคุ้มครองตามสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เช่น การให้ความปลอดภัยแก่ชีวิตและร่างกาย โดยเจ้าหน้าที่มาเลเซียเป็นผู้กระทำการละเมิดเสียเอง

ดังที่กล่าวมาข้างต้นถึงการคุ้มครองจากรัฐภาคีและมีโซภาคี ซึ่งให้การคุ้มครองที่ไม่เท่ากันจึงขอกล่าวถึงความแตกต่างของวิธีการคุ้มครองซึ่งมีอยู่สามรูปแบบ คือการคุ้มครองเสริมให้สมบูรณ์ การคุ้มครองชั่วคราว และการคุ้มครองที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งแต่ละวิธีนั้นมีความแตกต่างกันดังปรากฏตามตารางที่ 1 ดังนี้

<sup>72</sup> U.S Committee for Refugees, World Refugee Survey 2001, (Washington : Washington Post, 2001), pp. 140-141.

<sup>73</sup> Ibid., p. 141.

## ตารางที่ 1

| การคุ้มครองเสริมให้สมบูรณ์ <sup>74</sup><br>(Complementary Protection)   | การคุ้มครองชั่วคราว <sup>75</sup><br>(Temporary Protection)   | การคุ้มครองที่ไม่สมบูรณ์<br>(Incomplete Protection)  |
|--|---|--|
| <p>รัฐผู้รับเป็นภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ</p> <p>เป็นวิธีการที่ดำเนินตามปกติเพื่อรับมือกับการเดินทางเข้ามาขอลี้ภัยเป็นรายปัจเจกชน</p> <p>เป็นการประเมินความต้องการการคุ้มครองระหว่างประเทศเป็นรายบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง</p> <p>มีขั้นตอนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยเป็นรายบุคคล</p> <p>เป็นการดูแลที่มั่นคงทันทีหลัง</p> | <p>รัฐผู้รับเป็นภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ</p> <p>เป็นวิธีการฉุกเฉินเพื่อรับมือสถานการณ์การหลั่งไหลของประชากรจำนวนมาก</p> <p>เป็นการประเมินความต้องการการคุ้มครองระหว่างประเทศเป็นกลุ่มบนพื้นฐานตามสถานการณ์ในประเทศต้นตอ เช่นหนีมาจากสงครามกลางเมือง หรือความรุนแรงทั่วไป และเป็นไปได้น้อยหรือเป็นไปไม่ได้เลยที่จะพิจารณาและตัดสินความต้องการเป็นรายบุคคลในระยะสั้น</p> <p>เป็นการพิจารณาสถานภาพเป็นกลุ่ม</p> <p>เป็นการให้ความคุ้มครองใน</p> | <p>รัฐผู้รับมิใช่ภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ</p> <p>ไม่มีมาตรการปกติ หรือฉุกเฉิน</p> <p>ไม่มีมาตรการในการประเมินความต้องการการคุ้มครองระหว่างประเทศใด ๆ แต่จะพิจารณาว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เข้าเมืองผิดกฎหมาย</p> <p>ไม่มีการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยไม่ว่าเป็นรายบุคคลหรือเป็นกลุ่ม</p> <p>ไม่มีการคุ้มครองที่มั่นคงหรือ</p> |

<sup>74</sup> Ibid., p.1.

<sup>75</sup> Ibid., p.1.

|                                      |  |  |
|--------------------------------------|--|--|
| จากได้รับอนุมัติสถานภาพผู้ลี้ภัยแล้ว | ระยะสั้นแก่กลุ่มใหญ่และใช้หลักพื้นฐานขั้นต่ำ | ระยะสั้น มีเพียงการให้ความคุ้มครองตามหลักพื้นฐานสิทธิมนุษยชน |
|--------------------------------------|--|--|

จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองชั่วคราวมีจุดประสงค์เพื่อประกันว่าบุคคลที่ลี้ภัยสามารถได้รับความปลอดภัยและการคุ้มครองบนพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนได้ทันที รวมถึงการคุ้มครองจากการถูกผลักดันกลับจากประเทศที่ต้องประสบกับภาวะการหลั่งไหลของผู้คนจำนวนมาก โดยมีการจำกัดระยะเวลา ซึ่งจะแตกต่างจากการให้การคุ้มครองเสริมให้สมบูรณ์ (Complementary Protection) ที่เป็นมาตรการที่รัฐผู้รับให้การตอบสนองเป็นรายบุคคล โดยเริ่มจากการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยเป็นรายบุคคล โดยพิจารณาตามสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลนั้น ๆ หลังจากผ่านการตัดสินใจเป็นผู้ลี้ภัยแล้ว บุคคลดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศ จนกว่าจะได้รับการแก้ไขปัญหาดาวร ไม่ว่าจะเป็นการกลับสู่มาตุภูมิโดยสมัครใจ การตั้งถิ่นฐานใหม่ในประเทศที่เป็นแหล่งพักพิง หรือการตั้งถิ่นฐานใหม่เป็นการถาวรในประเทศที่สาม ซึ่งมันคงดีกว่าการให้ความคุ้มครองชั่วคราว อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองเสริมให้สมบูรณ์ หรือการคุ้มครองชั่วคราวก็เป็นการให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศที่มันคงดีกว่าการคุ้มครองที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองตามสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานจากรัฐผู้รับที่มีโชภาศิตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ โดยจะไม่มีการพิจารณาสถานภาพใด ๆ ให้แก่ปัจเจกชน หรือกลุ่มใด ๆ แต่จะพิจารณาว่าบุคคลนั้น เป็นผู้เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย หรือหลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย (หากไม่มีหนังสือเดินทาง และวีซ่าเข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมาย) แต่อย่างไรก็ตามรัฐผู้รับในกรณีนี้ไม่ควรมีการผลักดันกลับ หากการเดินทางกลับไปยังดินแดนของเขาหรือเธอจะทำให้เขาหรือเธออยู่ในความเสี่ยงต่อการถูกประหารชีวิต เพราะการผลักดันกลับถือเป็นการละเมิดตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และควรให้ความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เช่นในเรื่องความปลอดภัยด้านร่างกาย เป็นต้น

ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองเสริมให้สมบูรณ์ การให้ความคุ้มครองชั่วคราว หรือการให้ความคุ้มครองที่ไม่สมบูรณ์ รัฐที่ให้การคุ้มครองก็ควรตระหนักถึงกลุ่มที่เปราะบาง หรือกลุ่มที่มีความเสี่ยงต่อการถูกกระทบ หรือถูกละเมิดได้ง่าย ไม่ว่าจะเป็นด้านร่างกาย หรือด้านอื่น ซึ่งได้แก่กลุ่มผู้หญิง เด็กผู้หญิง หรือคนชรา ที่ควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เนื่องจากพบว่าโดยส่วนใหญ่บุคคลที่ถูกละเมิดและกดขี่ทางเพศมักจะเป็นสตรีและเด็กผู้หญิง และยิ่งหากสตรีและเด็กผู้หญิงเหล่านี้ตกอยู่ในสถานะของความเป็นผู้ลี้ภัย ความเสี่ยงที่จะถูกกระทำละเมิดก็ยิ่งเพิ่มเป็นสองเท่า เนื่องจากต้องมีการเดินทางจากประเทศของตนไปยังประเทศที่ให้การลี้ภัย ซึ่งอาจจะพบกับผู้

กระทำการละเมิดได้ตลอดระยะเวลาของการเดินทาง ดังนั้นนอกจากสิทธิของผู้ลี้ภัยทั่วไปที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นซึ่งผู้ลี้ภัยสตรีก็ควรได้รับเนื่องจากเธอก็คือผู้ลี้ภัยคนหนึ่ง แต่เธอก็ยังควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ ไม่ว่าจะเป็นการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ การคุ้มครองจากความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพ และการได้รับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยบนพื้นฐานทางเพศสภาพ ซึ่งจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

### 2.2.3 การคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยสตรี

จากสถิติในปี 2545 มีผู้ลี้ภัยหญิงที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ประมาณร้อยละ 51 ของจำนวนผู้ลี้ภัยทั้งหมดทั่วโลก<sup>76</sup> โดยปกติสตรีนั้นเป็นกลุ่มที่ตกอยู่ในความเสี่ยงภัยได้ง่าย เนื่องจากถูกมองว่าเป็นเพศที่อ่อนแอ ไม่ว่าจะเป็นด้านสภาพความแข็งแรงทางร่างกาย หรือสภาพจิตใจที่ดูจะเปราะบางกว่าเพศชาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสตรีเหล่านั้นต้องตกอยู่ในสถานภาพผู้ลี้ภัย ก็ยังเป็นปัจจัยที่จะทำให้เธอเหล่านั้นกลายเป็นเหยื่อของความรุนแรงได้ง่ายขึ้น จะเห็นได้ว่าไม่ว่าสตรีจะอยู่ ณ จุดใดบนพื้นโลกใบนี้ ก็ดูจะประสบปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ได้รับสิทธิไม่เท่าเทียมมนุษย์ การถูกทำร้ายร่างกาย และ/หรือจิตใจ และความรุนแรงทางเพศต่างๆ เช่น จากสถิติของประชาคมยุโรป พบว่า ผู้หญิงมุสลิม จำนวนมากกว่า 20,000 คน ถูกข่มขืนในประเทศบอสเนีย ตั้งแต่เริ่มมีการสู้รบเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1992<sup>77</sup> หรือในแอฟริกาได้มีการประมาณการว่าทุกๆ 90 วินาที ผู้หญิงถูกข่มขืนหนึ่งคน รวมแล้วมีผู้หญิง 320,000 คนถูกข่มขืนต่อปี และมีเพียงหนึ่งในยี่สิบของคดีเหล่านี้ที่มีการรายงานไปยังเจ้าหน้าที่ตำรวจ<sup>78</sup>

<sup>76</sup> สถิติ ณ วันที่ 19 กรกฎาคม 2545

<sup>77</sup> Heise, Lori, L. with Jacqueline Pitanguy and Adrienne Germain, "Violence against Women : The Hidden Health Burden," World Bank Discussion Papers, No. 255, 1994., cited in Department of Public Information United Nations, The Advancement of Women : Notes for Speakers (New York : UN Reproduction Section, 1995), p. 66.

<sup>78</sup> "No to Rape", Speak, South African Women's Quarterly, No. 29, 1990., cited in Ibid., p. 62.

จะเห็นว่าอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยฯ และพิธีสารฯ ได้กล่าวถึงการคุ้มครองต่อผู้ลี้ภัยโดยทั่วไป ซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัยสตรีด้วย แต่ปัญหาการคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยสตรีก็ยังไม่ปรากฏให้เห็นอยู่ทั่วไป หลายสิบปีที่ผ่านมาสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติและหลายหน่วยงานให้ความสนใจและห่วงใยเป็นพิเศษต่อปัญหาผู้ลี้ภัยสตรี (รวมถึงเด็กผู้หญิง) ที่ต้องเผชิญ ไม่ว่าจะปัญหาของความรุนแรง หรือการทารุณทางร่างกายและทางเพศ การได้รับการดำเนินการลี้ภัยและความช่วยเหลือที่ไม่เท่าเทียมผู้ชาย เป็นต้น ดังนั้นในปี 1985 คณะกรรมการบริหารของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติจึงได้ออกข้อสรุปที่ 39 (XXXVI) เกี่ยวกับผู้ลี้ภัยสตรีและการคุ้มครองระหว่างประเทศ และข้อสรุปที่ 64 (XVI) ในหัวข้อเดียวกันในปี 1990 เนื้อหาของทั้งสองข้อสรุปนั้นได้กล่าวถึงปัญหาในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยสตรีและเด็กผู้หญิง โดยเฉพาะเรื่องของความรุนแรงทางร่างกายและทางเพศ การเลือกปฏิบัติ สิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง โดยต้องการให้รัฐภาคีและทุกหน่วยงานตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว และร่วมมือกันแก้ไขปัญหา วิธีการในการแก้ไขปัญหา ก็เช่น การให้การศึกษา การสร้างเสริมรายได้ การสร้างโครงการต่างๆ โดยให้ผู้ลี้ภัยสตรีได้มีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการนั้น การฝึกหัดทักษะให้แก่ผู้ลี้ภัยสตรี เพื่อดำเนินการในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยให้แก่ผู้ลี้ภัยสตรี การบริการให้คำแนะนำแก่เหยื่อที่ถูกทารุณกรรม การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด การออกเอกสารและ/หรือดำเนินการลงทะเบียนเป็นรายบุคคลให้แก่ผู้ลี้ภัยสตรี การดำเนินโครงการตั้งถิ่นฐานใหม่ในประเทศที่สามให้แก่ผู้ลี้ภัยสตรีที่อยู่ในความเสี่ยง เป็นต้น

นอกจากการออกข้อสรุปดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าประชาคมโลกและองค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิและบทบาทของสตรีโดยทั่วไปมาโดยตลอด พิจารณาได้จากการมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่รับรองว่าหญิงและชาย ต่างก็เป็นมนุษย์ที่ "เกิดมาอิสระเสรีและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ" และต่างก็มี "สิทธิและเสรีภาพ ตามที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด" หรือจากการรับรองปฏิญญาว่าด้วยความเสมอภาคของสตรี และการมีส่วนร่วมในการพัฒนาและการสร้างสรรค์สันติภาพ ค.ศ. 1975 (Declaration of Mexico on the Equality of Women and Their Contribution to Development and Peace) ที่เกิดจากการประชุมระดับโลกในปีสตรีสากล ณ ประเทศเม็กซิโก



แต่เนื่องจากปัญหาของการเลือกปฏิบัติ และปัญหาในเรื่องความรุนแรงทางเพศ ที่เกิดขึ้นกับสตรีและเด็กผู้หญิง ยิ่งปรากฏให้เห็นอยู่และดูจะทวีความรุนแรงมากขึ้น กระแสดังกล่าว จึงทำให้ประชาคมโลกหันมาใส่ใจและสนใจเป็นพิเศษ โดยจะกล่าวในหัวข้อต่อไปว่า มีการดำเนินการให้ความคุ้มครองอย่างไรกับปัญหาดังกล่าว

### 2.2.3.1 การขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

#### (1) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าปัญหาการเลือกปฏิบัติ ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงยิ่งปรากฏให้เห็นอยู่ องค์การสหประชาชาติจึงได้ริเริ่มแก้ไขปัญหานี้ โดยการออกปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค.ศ. 1967 (Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women) ตามมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 2263 (XXII) เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1967 ที่มีทั้งหมด 11 มาตรา ปฏิญญาดังนี้เรียกร้องให้ประเทศต่างๆ ขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี โดยให้เหตุผลว่า สตรีมีบทบาทในทางสร้างสรรค์โลกไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าบุรุษ ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม ตลอดจนบทบาทต่อครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทในการเลี้ยงดูลูก เพราะฉะนั้นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีจึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขั้นพื้นฐาน เป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สวัสดิภาพของครอบครัวและสังคม อีกทั้งยังเป็นการขัดขวางไม่ให้สตรีมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียมกันกับบุรุษ ในเรื่องการเมือง สังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม

ต่อมาในปี 1979 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ประมวลหลักการปฏิญญาดังกล่าวข้างต้น และจัดทำเป็น “อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979” (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979) หรือ “CEDAW” ขึ้น ตามมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่ 34 เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1979 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1981 ปัจจุบันมีประเทศที่ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญานี้รวม 170 ประเทศ<sup>79</sup>

<sup>79</sup> สถิติ ณ เดือน มิถุนายน 2545,

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.html>.

อนุสัญญาฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติทั้งมวลต่อสตรี และเพื่อขยายความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของสิทธิมนุษยชน โดยตระหนักถึงอิทธิพลของวัฒนธรรมและประเพณีปฏิบัติที่มีต่อการจำกัดการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของสตรี ซึ่งอิทธิพลเหล่านี้ได้แก่ ความคิดดั้งเดิม ขนบธรรมเนียม และกฎเกณฑ์สังคม ทำให้มีข้อจำกัดในหลายรูปแบบทั้งทางด้านกฎหมาย การเมือง และเศรษฐกิจที่มีผลต่อความก้าวหน้าของสตรี

ผู้ลี้ภัยสตรีในฐานะสตรีทั่วไปคนหนึ่งจึงได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ด้วย รัฐภาคีสมาชิกตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และ/หรือพิธีสาร ค.ศ. 1967 เกือบทุกรัฐก็เป็นรัฐภาคีสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ด้วยเช่นกัน ยกเว้น 6 ประเทศ คือ ประเทศโวลีเชีย อิหร่าน โมนาโก ไชมาเลีย ชูदान และสวาซิแลนด์ ดังนั้นผู้ลี้ภัยสตรีจึงสามารถได้รับการปกป้องคุ้มครองจากทั้งสองอนุสัญญา หรือแม้ในรัฐที่ไม่ใช่ภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยฯ แต่เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ก็ต้องให้ความคุ้มครองต่อผู้ลี้ภัยสตรี ในฐานะสตรีทั่วไปคนหนึ่ง

(2) ทัศนะของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีต่อประเด็นการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

คณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ถือได้ว่าเป็นกลไกที่มีบทบาทสำคัญในการวางแนวทาง การให้ความคุ้มครองสตรี โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ จัดทำข้อเสนอแนะทั่วไป ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแนะนำให้รัฐภาคีกำหนดมาตรการในการจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ และภายใต้ข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 5 คณะกรรมการฯ เรียกร้องให้รัฐภาคีเปิดเผยถึงความคืบหน้าในการยกเลิก หรือแก้ไขกฎหมายที่เลือกปฏิบัติ และต้องการให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ โดยสนับสนุนให้มีความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ชายและผู้หญิง และแนะนำให้รัฐภาคีใช้มาตรการพิเศษชั่วคราวให้มากขึ้น เช่น การปฏิบัติในทางบวก การดูแลเป็น

พิเศษ หรือ ระบบจัดสรรที่แน่นอนในการสร้างความก้าวหน้าให้แก่สตรี ทั้งในด้านการศึกษา เศรษฐกิจ การเมือง และการจ้างงาน<sup>80</sup>

นอกจากนี้ คณะกรรมการฯ ได้แนะนำให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการ เพื่อประกันว่า สตรีจะได้รับสิทธิเท่าเทียมบุรุษโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ไม่ว่าจะเป็โอกาสในการนำเสนอความคิดเห็นต่อรัฐบาลของตนเอง ในระดับระหว่างประเทศ และมีส่วนร่วมในงานขององค์การระหว่างประเทศ<sup>81</sup> ข้อเสนอแนะทั่วไป สิทธิในการทำนิติกรรม การถือครองทรัพย์สิน การดำเนินการทางการเงิน ได้เฉกเช่นเดียวกับสามี และสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาล<sup>82</sup> สิทธิในการได้เข้าร่วมกิจกรรมทางการเมือง โดยรัฐภาคีจะประกันว่าพรรคการเมืองจะไม่เลือกปฏิบัติต่อสตรีและเคารพต่อพันธกรณีที่มี<sup>83</sup> และสิทธิของสตรีเกี่ยวกับเรื่องของคุณภาพที่สตรีควรได้รับการดูแลและป้องกันจากรอครัย จากผลกระทบของความรุนแรงทางเพศ เป็นต้น<sup>84</sup>

<sup>80</sup> United Nations, General Recommendations made by the Committee on the Elimination against Women, General Recommendation No. 5 (seventh session, 1988), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomm.htm>.

<sup>81</sup> General Recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 8 (seventh session, 1988), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomm.htm>.

<sup>82</sup> General Recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 21 (13<sup>th</sup> session, 1994), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomm.htm>.

<sup>83</sup> General Recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 23 (16<sup>th</sup> session, 1997), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomm.htm>.

<sup>84</sup> General Recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 24 (20<sup>th</sup> session, 1999), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomm.htm>.

(3) ตัวอย่างรายงานการอนูวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและกรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี

โดยคำนึงถึงข้อมติที่ 1988/27 ของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม จึงได้เสนอแนะว่ารัฐภาคีควรระบุข้อมูลดังต่อไปนี้ไว้ในรายงาน เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการ

- 1) การออกกฎหมายเพื่อให้มีผลคุ้มครองสตรีจากความรุนแรงทุกประเภท อันรวมถึงความรุนแรงทางเพศสภาพ การประทุษร้ายทางเพศในครอบครัว การล่วงละเมิดทางเพศ ในสถานที่ทำงาน
- 2) การจัดทำมาตรการอื่นๆ เพื่อขจัดความรุนแรงต่อสตรี
- 3) การจัดทำให้มีบริการช่วยเหลือสตรีที่ตกเป็นเหยื่อความรุนแรง
- 4) การจัดทำข้อมูลและสถิติเกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรีทุกประเภท และข้อมูลเกี่ยวกับสตรีที่ตกเป็นเหยื่อความรุนแรง<sup>85</sup>

ดังนั้นรัฐภาคีจึงต้องดำเนินการและมีรายงานการอนูวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ตัวอย่างเช่น ประเทศแคนาดา ได้มีรายงานในการจะสนับสนุนความเท่าเทียมกันทางเพศสภาพ ทั้งในระบบการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ให้การประกันว่าไม่ว่าเพศใดมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเข้าร่วมด้านการร่างกฎหมาย นโยบาย และโครงการต่างๆ และยังได้จัดทำกฎบัตรแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในการประกันความเท่าเทียมกันของชายและหญิง ให้การคุ้มครองจากระบบการเลือกปฏิบัติ และเมื่อเร็วๆ นี้ก็ได้มีการแก้ไข

<sup>85</sup> United Nations, Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN.Doc. A/44/38 (March 1989), para. 392.

กฎหมายสิทธิมนุษยชนของแคนาดา โดยอนุญาตให้มีการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเพศ<sup>86</sup>

นอกจากการรายงานของรัฐภาคีแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยังมีการติดตามผลในทางปฏิบัติ เพื่อให้มีการดำเนินการที่จริงจัง และมีประสิทธิผล ดังนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงได้มีข้อมติ 1994/45 ในหัวข้อ “คำถามเกี่ยวกับสิทธิทั้งหมดของสตรีตามกฎหมายกลไกสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ และการขจัดความรุนแรงต่อสตรี” และแต่งตั้ง “ผู้รายงานพิเศษเกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรี” ขึ้น เมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 1994<sup>87</sup> โดยมีหน้าที่ในการค้นหาและรับข้อมูลเกี่ยวกับความรุนแรง โดยทั้งหาสาเหตุและผล ให้คำแนะนำทั้งในระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับระหว่างประเทศ โดยทำงานร่วมกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และคณะกรรมการว่าด้วยสถานภาพของสตรี

จากการรายงานของผู้รายงานพิเศษเกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรี ได้กล่าวถึงจดหมายฉบับวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 2001 ที่ยื่นโดยรัฐบาลของประเทศแคนาดา ที่กล่าวถึงคดีของนางสาว Anam Iqra ว่ารัฐบาลได้รับเธอเป็นผู้ลี้ภัย เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001 ต่อมาเธอได้ยื่นคำร้องขอถิ่นที่อยู่ถาวร ในวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001 ในฐานะผู้ลี้ภัย เธอสามารถทำงานในแคนาดาได้ ถ้าถิ่นที่อยู่ถาวรได้รับการอนุมัติ เธอจะมีสิทธิและภาระหน้าที่โดยแท้จริง เจกเช่นเดียวกับพลเมืองชาวแคนาดา ดังนั้นหลังจากมีถิ่นที่อยู่ถาวรในแคนาดาเป็นเวลา 3 ปี เธอสามารถสมัครขอเป็นพลเมืองของแคนาดาได้<sup>88</sup> จะเห็นได้ว่าประเทศแคนาดาได้ให้ความสำคัญในการสนับสนุน

<sup>86</sup> United Nations, Adoption of the Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on its Sixteenth Session : Third and Fourth Periodic Report Canada, UN.Doc. CEDAW/C/1997/L.1/Add.9 (January 1997), paras. 3 - 5.

<sup>87</sup> Radhika Coomaraswamy, Violence against Women, UN.Doc: E/CN.4/1995/42 (November 1994), paras. 1-19.

<sup>88</sup> United Nations, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective Violence against Women, UN.Doc. E/CN. 4/2002/ 83/Add.1 (January 2002), para. 7.

และปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนที่ดี แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการ ก็ยังแสดงความกังวลว่า สถานการณ์ความรุนแรงต่อสตรีนั้นยังไม่ลดน้อยลง แต่กลับเพิ่มมากขึ้นในบางพื้นที่ของประเทศแคนาดา<sup>89</sup>

จากแนวทางการคุ้มครองการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ตามอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 จะเห็นได้ว่าผู้ลี้ภัยสตรีในฐานะสตรีคนหนึ่งก็ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ นี้จากรัฐภาคีแม้ว่ารัฐภาคีจะมีไม่ภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ หรือพิธีสารผู้ลี้ภัยฯ เช่นกรณีของประเทศไทยที่เป็นภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1985<sup>90</sup> ดังนั้นประเทศไทยก็ต้องให้การคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยสตรีโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามนอกจากประเด็นการขจัดการเลือกปฏิบัติดังกล่าวแล้ว ประเด็นความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพก็เป็นประเด็นที่ควรให้ความสนใจเป็นพิเศษเนื่องจากเป็นปัญหาหลักที่ผู้ลี้ภัยสตรีมักจะประสบเสมอซึ่งจะได้นำเสนอปัญหาในประเด็นนี้ในบทต่อไป ดังนั้นในหัวข้อต่อไปจึงจะศึกษาว่าความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพคืออะไรและมีแนวทางในการคุ้มครองเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพเป็นอย่างไร

### 2.2.3.2 ความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพ (Sexual and Gender-Based Violence)

#### (1) คำจำกัดความความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพ

ตามปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี มาตรา 1 ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่า “ความรุนแรงต่อสตรี” ว่าหมายถึง “การกระทำใดๆ เกี่ยวกับความรุนแรงบนพื้นฐานทางเพศสภาพที่มีผลต่อ หรือดูเหมือนจะมีผลเป็นอันตรายทางด้านร่างกาย เพศ หรือจิตใจ

<sup>89</sup> United Nations, Adoption of the Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on its Sixteenth Session : Third and Fourth Periodic Report Canada, UN.Doc. CEDAW/C/1997/L.1/Add.9 (January 1997), para. 22.

<sup>90</sup> <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.html>.

หรือก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมถึงการข่มขู่ไม่ว่าด้วยการกระทำใดๆ การบีบบังคับ หรือ การลิดรอนสิทธิเสรีภาพ ทั้งต่อสาธารณชน หรือชีวิตส่วนตัว<sup>91</sup>

ทั้งนี้ความรุนแรงต่อสตรีนั้นยังหมายความรวมถึง

1) ความรุนแรงทางด้านร่างกาย เพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นในครอบครัว รวมทั้ง การทุบตี การละเมิดทางเพศต่อเด็กหญิงในบ้าน ความรุนแรงเกี่ยวกับสินสมรส การข่มขืนโดยคู่สมรส ความรุนแรงต่ออวัยวะสืบพันธุ์หญิง และการปฏิบัติตามประเพณีอันเป็นอันตรายต่อสตรี ความรุนแรงจากผู้ที่ไม่ใช่คู่สมรส และความรุนแรงที่เกี่ยวข้องกับการแสวงประโยชน์

2) ความรุนแรงทางด้านร่างกาย เพศ และจิตใจ ที่เกิดขึ้นในชุมชนโดยทั่วไป รวมถึงการข่มขืน การละเมิดทางเพศ การล่วงละเมิดทางเพศ และการคุกคามในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษา และที่อื่นใด การค้าผู้หญิง และการบังคับให้ค้าประเวณี

3) ความรุนแรงทางด้านร่างกาย เพศ และจิตใจที่กระทำการหรือละเว้นการกระทำการโดยรัฐ ไม่ว่าจะเกิดขึ้น ณ ที่ใด<sup>92</sup>

เพศ (Sex) เป็นการพิจารณาทางชีววิทยา<sup>93</sup>

<sup>91</sup> United Nations, Declaration on the Elimination on Violence against Women, UN.Doc. A/RES/48/104 (February 1994), p. 2.

<sup>92</sup> Declaration on the Elimination on Violence against Women, Article 2., and Beijing Declaration and Platform for Action, para. 113.

<sup>93</sup> คำจำกัดความจาก Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and / or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.

เพศสภาพ (Gender) หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้หญิงและผู้ชาย บนพื้นฐานของโครงสร้างทางสังคมและวัฒนธรรม และได้กำหนดชื่อหรือความมีตัวตน สถานภาพ บทบาท และหน้าที่ ซึ่งได้กำหนดให้แก่หนึ่งเพศ หรือเพศอื่นๆ เพศสภาพ ไม่ใช่สิ่งที่มีมาตั้งแต่กำเนิด มีการเปลี่ยนแปลงได้ โดยอาศัยสังคมและวัฒนธรรมสร้างสมมา ดังนั้นเพศสภาพจึงอาจหมายถึงทั้งผู้ชายและผู้หญิง<sup>94</sup>

ความรุนแรงทางเพศ และเพศสภาพ (Sexual and Gender-Based Violence) คนส่วนใหญ่จะนึกถึงการข่มขืน ซึ่งหมายถึงการมีเพศสัมพันธ์กับคนอื่นโดยที่บุคคลนั้นไม่ยินยอม โดยใช้กำลังบังคับ หรือ การใช้เงื่อนไขของอำนาจบังคับ แต่ความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพ เกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ ไม่ใช่แค่การข่มขืนเท่านั้น เช่น การสอดใส่วัตถุในอวัยวะสืบพันธุ์ การร่วมประเวณีทางปาก และทวารหนัก พยายามข่มขืนและการทำให้ได้รับความทุกข์ทรมานด้วยการกระทำการละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่น การใช้หรือข่มขู่ด้วยการบังคับเพื่อให้การกระทำทางเพศโดยบุคคลที่สาม การข่มขู่ การทำร้าย การแสวงประโยชน์ทางเพศ รวมถึงการข่มขืนโดยสามีและ/หรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (ในบางประเทศถือว่าผิดกฎหมาย) และการฉ้อฉลโดยไม่ได้ใช้ความรุนแรงหรือการรุกรานด้วยร่างกาย<sup>95</sup>

(2) ทัศนะของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีต่อประเด็นความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพ

คณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ได้ออกข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 12 โดยพิจารณาเห็นว่าภายใต้มาตรา 2 5 11 12 และ 16 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกูปแบบนั้น ควรกำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการป้องกันความรุนแรงต่อสตรีที่เกิดขึ้นในครอบครัว สถานที่ทำงาน หรือในสถานที่อื่นๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม ความรุนแรงซึ่งกระทำต่อสตรีนั้นถือว่าเป็นการกีดกันสิทธิ และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสตรี ความรุนแรงต่อสตรี จึงเป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งต่อมาคณะกรรมการฯ ได้สร้างความชัดเจน เกี่ยวกับประเด็นความรุนแรงต่อสตรี ด้วยการออกข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 19 โดยข้อเสนอแนะดังกล่าวได้ขยายกรอบนิยามของการเลือกปฏิบัติต่อสตรีไว้ดังนี้

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> Ibid.



“คำว่าการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ที่ได้มีการนิยามความหมายไว้ในมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาฯ นั้น ให้ความหมายรวมถึง ความรุนแรงบนพื้นฐานทางเพศสภาพ ซึ่งกระทำโดยตรงต่อสตรีด้วยเหตุแห่งเพศ อันมีผลเสียหายต่อสตรี รวมถึงการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือเป็นอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ เพศ การชู้เชียวบับบังคับ และการลดรอนสิทธิเสรีภาพของสตรี ความรุนแรงบนพื้นฐานทางเพศสภาพ ถือเป็นการละเมิดบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ โดยไม่คำนึงว่าบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ นั้น จะได้ระบุถึงความรุนแรงดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม

ความรุนแรงบนพื้นฐานทางเพศสภาพ เป็นการทำลายสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสตรีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งถือว่าการเลือกปฏิบัติตามความหมายของมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาฯ”<sup>96</sup>

ผู้ลี้ภัยสตรีและเด็กผู้หญิงเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางต่อการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานทางเพศสภาพ ความรุนแรงและการแสวงประโยชน์ทางเพศสภาพ พวกเขามีความเสี่ยงต่อการกระทำละเมิดโดยบุคคลหลายกลุ่ม เช่น เจ้าหน้าที่ทางทหาร เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง กองโจร จากข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยชาวเวียดนามที่หนีมาโดยเรือ อัตราร้อยละ 39 จากสตรีทั้งหมดจะถูกลัก

<sup>96</sup> United Nations, Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN. Doc. A/47/38 (January 1992), paras. 6-7.

General Recommendation No. 19

“The Convention in article 1 defines discrimination against women. The definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence.

Gender-based violence, which impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms under general international law or under human rights conventions, is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention.”

พาดัว และ/หรือ ถูกข่มขืนโดยโจรสลัดขณะเดินทางในทะเล ได้ตลอดการเดินทาง<sup>97</sup> หรือแม้แต่ใน ค่ายผู้ลี้ภัยในบางรัฐก็ยังไม่ปลอดภัยจากความรุนแรงทางเพศ เช่นผู้ลี้ภัยสตรีมักจะถูกแสวง ประโยชน์ทางเพศเพื่อแลกเปลี่ยนกับการคุ้มครองภายในค่าย<sup>98</sup> ซึ่งสาเหตุและสถานการณ์ที่มัก จะเกิดความรุนแรงทางเพศต่อผู้ลี้ภัย รวมถึงเหตุที่ไม่มีการรายงานเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศจะ ได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

(3) สาเหตุความรุนแรงทางเพศต่อผู้ลี้ภัยสตรี

ก. สภาพแวดล้อมทางสังคม<sup>99</sup>

- ความรุนแรงทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศต้นตอ เนื่องจากมูลเหตุทางการ เมือง เช่น กรณีการข่มขืนหมู่เพื่อครอบครอง ควบคุม และ/หรือ ทำลาย หรือ ใช้เป็นวิธีการในการ สืบสวนสอบสวน บางครั้งก็ใช้แทนอาวุธในการตอบโต้ทางสงคราม

- การจู่โจมจากกลุ่มเพื่อนบ้านในพื้นที่ ที่ผู้ลี้ภัยได้รับเอกสิทธิ์มากกว่าประชาชน ในท้องถิ่น ภายในค่ายผู้หญิงที่ประสบความสำเร็จในการประหยัดดอดดมจะกลายเป็นกลุ่มเป้าหมายของการจู่โจม

- การจู่โจมโดยประชาชนในท้องถิ่น เนื่องจากการมีผู้ลี้ภัยเป็นจำนวนมาก จึงทำ ให้พวกเขากลัวเรื่องการกระทำผิดทางอาญา ความเกลียดชังระหว่างชนชาติหรือการเหยียดผิว หรือ ความกังวลในด้านอื่นๆ เช่น กลัวว่าจะทำให้สภาพแวดล้อมเสื่อมถอยลง และการทำลายแหล่ง ธรรมชาติ

<sup>97</sup> Radhika Coomaraswamy, Violence against Women, UN.Doc. E/CN.4/1995/42, para. 294.

<sup>98</sup> Ibid., para. 299.

<sup>99</sup> UNHCR, Sexual Violence against Refugees Guidelines on Prevention and Response (Geneva : UNHCR, 1995), pp. 7 – 8.

- ความเกลียดชังและความตึงเครียดด้านชนบทรรมนิยมประเพณี ระหว่างกลุ่มเชื้อชาติที่หลากหลาย ทำให้ความรุนแรงทางเพศสูงขึ้น

- ทศนคติของผู้ชายที่ไม่เคารพผู้หญิง เช่น ผู้ดูแลความปลอดภัยในค่าย และผู้ลี้ภัยชายมองว่าผู้หญิงและเด็กผู้หญิงที่เดินทางมาคนเดียว เป็นวัตถุทางเพศ สามีหรือสมาชิกในครอบครัวที่เป็นชายจะละเมียดต่อเหยื่อที่เคยถูกกระทำทางเพศ เพราะพวกเขาเชื่อว่าเธอเหล่านั้นไม่มีคุณค่าอีกต่อไป

- ความเครียดทางจิตของผู้ลี้ภัยชายที่ไม่สามารถมีบทบาทตามวัฒนธรรมสังคมและเศรษฐกิจตามปกติ ทำให้มีพฤติกรรมก้าวร้าวต่อผู้หญิง และก็มีเหตุอื่นๆ อีกมากมายในชีวิตของผู้ลี้ภัยที่ทำให้เกิดความก้าวร้าว เช่น ความเกียจคร้าน การสูญเสียอำนาจ ความไม่แน่นอนในอนาคต การหมดกำลังใจกับสภาพความเป็นอยู่

- การติดสุราและยา ก็ทำให้มีพฤติกรรมความรุนแรงภายในครอบครัว และชุมชน

#### ข. ความเปราะบาง<sup>100</sup>

- ความรุนแรงทางเพศ เกิดขึ้นได้ในช่วงการเดินทางหนีหรือในประเทศที่ให้การลี้ภัย เพราะความเปราะบางเป็นพิเศษ และการไร้อำนาจของผู้ลี้ภัย รวมทั้งความต้องการที่จะได้ข้ามดินแดนอย่างปลอดภัย

- ขาดการพิจารณา หรือตรวจสอบครอบครัวที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เหมาะสม ซึ่งอาจจะทำให้เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศได้

- การเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ทำให้พวกเขาหรือเธอถูกจำคุก และในหลายประเทศก็มีการกักขังโดยไม่แยกอายุ เพศ หรือสถานภาพในฐานะผู้ลี้ภัย ซึ่งอาจถูกขังร่วมกับอาชญากรทั่วไป ขังเด็กโดยไม่มีผู้ใหญ่ที่ดูแลได้ ขังผู้หญิงกับผู้ชายรวมกัน

<sup>100</sup> Ibid., pp. 8 – 9.

- ผู้ลี้ภัยสตรีไม่มีเอกสารของตนเอง เนื่องจากในสถานการณ์ที่มีผู้ลี้ภัยจำนวนมาก ผู้หญิงจะไม่ได้รับเอกสารเพื่อแสดงว่าพวกเธออยู่อาศัยในประเทศนั้นโดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่เอกสารจะจัดให้กับผู้ชายซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัวเท่านั้น

- การให้เจ้าหน้าที่ผู้ชาย หรือผู้ลี้ภัยชายเป็นผู้รับผิดชอบในการแจกจ่ายของใช้จำเป็น และอาหาร ก็อาจทำให้ผู้ลี้ภัยสตรีตกเป็นเหยื่อของการแสวงประโยชน์ทางเพศ เพื่อแลกกับอาหารและของใช้ที่ต้องการ

### ค. สถานที่ตั้งและการออกแบบค่ายผู้ลี้ภัย<sup>101</sup>

- สถานที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ของค่ายผู้ลี้ภัย อาจทำให้เกิดความรุนแรงทางเพศ หากค่ายผู้ลี้ภัยตั้งอยู่ในพื้นที่ที่มีปัญหาอาชญากรรมหรือตั้งอยู่ห่างจากแหล่งชุมชน

- การออกแบบ และโครงสร้างทางสังคมในค่ายผู้ลี้ภัย ทำให้เกิดปัญหาการคุ้มครอง ค่ายผู้ลี้ภัยส่วนใหญ่จะแออัด ครัวต่าง ๆ ซึ่งไม่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกันมาก่อน ต้องมาอยู่ร่วมกัน ซึ่งอาจเกิดปัญหาต่อความรุนแรงทางเพศได้ง่ายขึ้น

- การออกแบบสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการต่างๆ ที่ไม่ดีพอ ก็อาจสร้างปัญหาความไม่ปลอดภัยได้ เช่น ห้องน้ำและที่ซักล้าง อยู่ห่างจากที่พักอาศัย การดูแลด้านความปลอดภัยยามค่ำคืน ก็มีเฉพาะบางแห่ง ระยะเวลาเพื่อไปยังจุดรับอาหาร น้ำ และเชื้อเพลิง อยู่ห่างจากที่พักทำให้เกิดความเสี่ยงได้

- ขาดการคุ้มครองจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ตำรวจ นายทหาร ผู้จัดการค่าย หรือผู้มีอำนาจหน้าที่ อาจเป็นผู้กระทำการล่วงละเมิดหรือแสวงประโยชน์ทางเพศเอง

<sup>101</sup> Ibid., p. 9.

102

ง. การแสดงตัวของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ หรือองค์กรอื่น

- สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ หรือองค์กรพัฒนาเอกชน ไม่ได้เข้าไปหรือแสดงตัวในค่ายผู้ลี้ภัย ซึ่งทำให้ความเสี่ยงด้านความปลอดภัยของปัจเจกบุคคลรวมทั้งความรุนแรงทางเพศเพิ่มสูงขึ้นได้

(4) สถานการณ์ที่มักจะทำให้เกิดความรุนแรงทางเพศต่อผู้ลี้ภัยสตรี<sup>103</sup>

ก. ก่อนเดินทางออกจากประเทศของตน

ผู้ชาย ผู้หญิง และเด็ก เป็นกลุ่มเป้าหมายจากการละเมิดโดยตำรวจ ทหาร หรือเจ้าหน้าที่อื่นๆ ของประเทศของตน บางคนอาจถูกขัง และมีความเสี่ยงสูงที่จะถูกกระทำทารุณทางเพศ และถูกทรมาน หรือในสถานการณ์ความขัดแย้งภายในประเทศ ความรุนแรงทางเพศก็อาจเกิดจากกลุ่มอื่นๆ

ข. ระหว่างการเดินทาง

ผู้ลี้ภัยอาจจะถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยโจรสลัด โจร สมาชิกของกองกำลังความมั่นคง ผู้ค้าของหนีภาษีหรือผู้ค้ามนุษย์ หรือผู้ลี้ภัยคนอื่น เจ้าหน้าที่ตามเขตชายแดน อาจจะกักขังและละเมิดสิทธิต่อสตรีและเด็กผู้หญิง โจรสลัดอาจจะจับผู้หญิงไว้และบีบบังคับทางเพศ เพื่อแลกกับความปลอดภัยและเป็นค่าผ่านทางการเดินทางไปยังที่อื่นต่อไป หรือผู้ค้าของหนีภาษีหรือพวกค้ามนุษย์ อาจจะช่วยผู้ลี้ภัยสตรีให้ข้ามชายแดน โดยการแลกเปลี่ยนกับเรื่องทางเพศและ/หรือ เงินและของมีค่าอื่นๆ

ค. ในประเทศที่ให้การลี้ภัย

<sup>102</sup> Ibid., p. 9.

<sup>103</sup> Ibid., pp. 2 – 4.

หากประเทศที่ให้การลี้ภัยไม่ได้จัดหาสถานที่ลี้ภัยที่ปลอดภัยจากการเกิดความรุนแรงทางเพศ ผู้ลี้ภัยอาจกลายเป็นกลุ่มเป้าหมายของการถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยเจ้าหน้าที่ หรือผู้ที่มิตำแหน่งที่เหนือกว่า ไม่ว่าจะเป็นที่ค้าขายผู้ลี้ภัยหรือในตัวเมือง แม้แต่เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ก็อาจจะบีบบังคับให้มีเพศสัมพันธ์เพื่อแลกกับผลการพิจารณาในทางบวก แม้แต่การแลกกับความช่วยเหลือต่างๆ หรือกรณีเด็กที่หนีมาคนเดียวอาจจะถูกสมาชิกของครอบครัวที่ให้การเลี้ยงดูล่วงละเมิดทางเพศ

ในบางที่ผู้ลี้ภัยก็ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากประชาชนในชุมชน จากเจ้าหน้าที่ รวมถึงผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการให้ความคุ้มครอง เช่น เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยตามแนวชายแดน ตำรวจ เจ้าหน้าที่ทางทหาร หรือผู้ลี้ภัย รูปแบบความรุนแรงที่เกิดขึ้นภายในเช่นนี้จะเพิ่มความกดดันโดยตรงต่อชีวิตของผู้ลี้ภัย

การล่วงละเมิดทางเพศนี้มักจะเกิดขึ้น ในขณะที่สตรีออกไปปฏิบัติงานประจำวัน โดยเฉพาะถ้าไปในพื้นที่ที่ปลอดภัย หรืออาจจะเกิดขึ้นที่บ้านของเหยื่อในตอนกลางคืน และต่อหน้าสมาชิกในครอบครัว หรือถูกลักพาตัวไปจากบ้าน ในสถานการณ์ที่เลวร้าย ผู้ลี้ภัยบางคนหนีมาจากประเทศของตน เนื่องจากสถานการณ์ความขัดแย้งในประเทศ กลับเลือกที่จะกลับไปยังประเทศของตน เนื่องจากสถานการณ์ความไม่ปลอดภัยหรือไม่มั่นคงที่เกิดขึ้นในประเทศที่ให้การลี้ภัย

นอกจากนี้การบังคับให้ค้าประเวณี หรือการแสวงประโยชน์จากการค้าประเวณีของสตรี และเด็กผู้หญิง โดยเจ้าหน้าที่ในค่ายสมรู้ร่วมคิดกับวงการการค้าประเวณีในท้องถิ่นก็มีปรากฏขึ้นเช่นกัน

#### ง. ระหว่างการดำเนินการส่งกลับประเทศ

การเคลื่อนย้ายประชากรจำนวนมากบางที่ทำให้สตรีและเด็กผู้หญิงไม่ได้รับการสนับสนุนตามปกติที่เคยได้ เพราะมีการเปลี่ยนแปลงการควบคุมไปจากปกติ และทำให้มาตรการการคุ้มครองยากที่จะสมบูรณ์ อันตรายจึงอาจเกิดขึ้นในระหว่างการเดินทางหรือเมื่อกลับไปยังประเทศของตน

## จ. ระหว่างสภาวะการตั้งถิ่นฐาน

ผู้ลี้ภัยที่กลับไปยังประเทศ บางทีก็เป็นกลุ่มเป้าหมายของรัฐบาล ทหาร หรือกลุ่มอื่นๆ เพื่อเป็นการลงโทษในการหนีไปยังประเทศอื่น โดยเฉพาะสตรีมักจะถูกขู่เชิญทางเพศ เพื่อแลกเปลี่ยนกับความช่วยเหลือทางวัตถุ หรือการได้รับบัตรประชาชน หรือเอกสารทางราชการ

สถิติความรุนแรงทางเพศที่เกิดกับผู้ลี้ภัยนั้น มักจะไม่ปรากฏตามความเป็นจริง เพราะมีหลายเหตุการณ์ที่ไม่มีการรายงาน

### (5) สาเหตุที่ไม่การรายงานเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศของผู้ลี้ภัยสตรี<sup>104</sup>

#### ก. ผลด้านลบจากการรายงาน

วัฒนธรรมและสังคมส่วนมาก มองว่าการถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้นเป็นเรื่องน่าละอาย และนำความเสื่อมเสียมาสู่เหยื่อ ในบางสังคมจะถือว่าความบริสุทธิ์ และความเป็นสาวพรหมจารีเป็นเรื่องความซื่อสัตย์ต่อครอบครัว

ข. ประสบการณ์จากความรุนแรงทางเพศในด้านวัฒนธรรมนั้น ไม่ใช่เพียงแต่ความเสียหายด้านร่างกาย อารมณ์ ปัญญา และจิตวิทยา เท่านั้น แต่อาจทำให้สตรีผู้นั้นและครอบครัวของเธอต้องถูกเนรเทศหรือตัดออกจากสังคม สตรีคนนั้นอาจไม่สามารถแต่งงานได้ ในบางสังคมสตรีอาจถูกมองว่าเป็นผู้กระทำความผิดและต้องถูกลงโทษ

#### ค. ความไม่สะดวกส่วนตัวของคณงานผู้ลี้ภัยหรือเจ้าหน้าที่

คณงานผู้ลี้ภัย ผู้นำชุมชน หรือเจ้าหน้าที่ มักจะหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าการขูดเซยและการป้องกันการทำ ความรุนแรงทางเพศ เพราะความไม่สะดวกส่วนตัวในเรื่องดังกล่าว บางทีพวกเขากลัวว่าการยกประเด็นดังกล่าวรายงานต่อรัฐบาลสามารถทำลายความสัมพันธ์ หรือภาพพจน์ของพวกเขาเอง

#### ง. การยกฟ้องโดยคณงานผู้ลี้ภัยหรือเจ้าหน้าที่ เนื่องจากมองว่าเป็นเรื่องส่วนตัว

<sup>104</sup> Ibid., pp. 4 – 6.

ความรู้สึกเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ สามารถเล่าย้ายลง โดยแนวโน้มในการยกฟ้อง เนื่องจากคนงานผู้ลี้ภัยหรือเจ้าหน้าที่ มองว่าเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ หรือเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น เรื่องนี้แสดงให้เห็นว่าเป็นการขาดความรู้ เพราะความรุนแรงทางเพศเป็นการละเมิดอันร้ายแรงต่อความมั่นคงของปัจเจกชน และความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

จ. สาเหตุอื่นๆ ที่ไม่มีการรายงาน

ความไม่สะดวกใจของเจ้าหน้าที่ในหลายประเทศที่จะบ่งชี้ และดำเนินการต่อผู้กระทำความผิด

ผู้ลี้ภัยไม่สามารถพูดภาษาท้องถิ่น หรือไม่มีเจ้าหน้าที่เพศเดียวกันในการรับเรื่องร้องเรียน

ความกลัวการถูกตอบโต้ ในกรณีที่ความรุนแรงดังกล่าวเกิดจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ เช่น เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยในค่าย

(6) ตัวอย่างรายงานการอนุวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และตัวอย่างกรณีเกี่ยวกับประเด็นความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพ

จากที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้นแล้วว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องส่งรายงานของประเทศตน เกี่ยวกับการอนุวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ต่อคณะกรรมการฯ แต่ในข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีรัฐภาคีบางรัฐไม่ได้ส่งรายงานต่อคณะกรรมการฯ เช่น ประเทศเซียร์ราลีโอน<sup>105</sup> ที่เข้าเป็นภาคีในปี 1990 แต่ยังไม่เคยมีรายงานยื่นต่อคณะกรรมการฯ และจากการสำรวจของผู้รายงานพิเศษเกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรี พบว่าประเทศเซียร์ราลีโอน มีการกระทำความรุนแรงต่อสตรีอย่างกว้างขวางในช่วงของเหตุการณ์ความขัดแย้งภายในประเทศ ในที่นี้จึงขอยกตัวอย่างเหตุการณ์ เกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรี ดังนี้

<sup>105</sup> ณ วันที่ 1 เมษายน 2546,



1) PC (ปัจจุบันอายุ 18 ปี) อาศัยอยู่กับพ่อในเมือง Freetown และกำลังศึกษาอยู่ ในปี 1996 เธอเดินทางไปกับพ่อที่เมือง Kenema เพื่อเยี่ยมแม่ของเธอ ต่อมากลุ่มกบฏ RUF (Revolutionary United Front) ได้โจมตีเมือง Kenema พ่อพาเธอและน้องสาวหนี ส่วนแม่หายสาบสูญ พวกกลุ่มกบฏจับครอบครัวเธอ และบังคับให้แบกสัมภาระอันหนักอึ้ง เพื่อเดินทางต่อไปยังเมือง Makheni พ่อเธอปฏิเสธที่จะทำตามคำสั่งของกบฏ จึงถูกตัดศีรษะ และกลุ่มกบฏก็บังคับให้เธอแบกศีรษะของพ่อไว้ตลอดการเดินทางไปยังเมือง Makheni ในขณะนั้นเธออายุแค่ 15 ปี ที่เมือง Makheni เธอและน้องสาว ซึ่งมีอายุเพียง 12 ปี ถูกข่มขืนซ้ำแล้วซ้ำเล่า ผู้หญิงหนึ่งคนต้องหลบซ่อนกับผู้ชาย 8 ถึง 10 คนเป็นประจำ ต่อมาน้องสาวของเธอตายเพราะการถูกข่มขืนหลายครั้ง เธอต้องอยู่กับกลุ่มกบฏเป็นเวลา 3 ปี เธอตั้งท้องและแท้ง 2 ครั้ง ในปี 1999 เธอตั้งท้องอีกครั้ง เมื่อกลุ่มกบฏตัดสินใจโจมตีเมือง Freetown เธอจึงฉวยโอกาสหนีออกมา หญิงสาวคนหนึ่งช่วยเธอหาที่ซ่อนเป็นเวลา 6 วัน หลังจากนั้นหญิงสาวคนนั้นก็ช่วยติดสินบนเจ้าหน้าที่เพื่อให้เธอได้เข้าไปอยู่ในค่าย Grafun แต่เนื่องจากเธอเข้าไปอยู่อย่างผิดกฎหมาย เธอจึงไม่ได้รับบัตรอาหาร เธอจึงรับจ้างถักเปีย และขายฟืนเพื่อประทังชีวิต ลูกสาวเธอเกิดในค่าย เจ็บไข้บ่อย และเป็นโรคโลหิตจาง เธอไม่สามารถได้รับการดูแลด้านสุขภาพ และลูกของเธอก็ไม่มีโอกาสได้เรียนหนังสือ<sup>106</sup>

2) K อายุ 30 ปี ถูกข่มขืนในห้องซังเล็กๆ ในสำนักงานใหญ่ของ CDF (Civil Defence Forces) ต่อหน้าทหารของเธอ เธอปฏิเสธแต่เจ้าหน้าที่ที่จะฆ่าเธอ และในห้องถัดไปเธอก็ได้ยินเสียงกรีดร้องของญาติเธอ และเสียงทุบตี เธอเห็นว่าญาติของเธอถูกตีจนเลือดอาบที่หัวด้วยไฟฉาย และถูกข่มขืนโดยเจ้าหน้าที่หลายคน<sup>107</sup>

จากตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่าการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ไม่ได้สร้างการคุ้มครองให้เกิดขึ้นจริงได้ในทางปฏิบัติ หากไม่ได้รับความร่วมมือและการปฏิบัติตามจากรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการอนุวัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างจริงจัง

<sup>106</sup> Radhika Coomaraswamy, *Violence against Women*, UN.Doc. E/CN.4/2002/83/Add.2 ( 11 February 2002 ), para. 8.

<sup>107</sup> Ibid., para. 20.

(7) มาตรการในการคุ้มครองความรุนแรงต่อผู้ลี้ภัยสตรี

ปี 1985 คณะกรรมการบริหารงานของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติได้มีข้อสรุปคณะกรรมการบริหารที่ 39 ว่าด้วยผู้ลี้ภัยสตรี และการคุ้มครองระหว่างประเทศ โดยตระหนักถึงปัญหาที่มักจะทำให้เกิดต่อผู้ลี้ภัยสตรีและเด็กผู้หญิง ไม่ว่าจะเป็ความรุนแรงต่อร่างกาย การละเมิดทางเพศ และการเลือกปฏิบัติ ซึ่งรัฐบาลและสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติควรดำเนินการโดยเร่งด่วน เพื่อประกันความปลอดภัยให้แก่พวกเขา ไม่ว่าจะเป็นการวางมาตรการ การสร้างโครงการเพื่อแก้ไขปัญหานี้โดยเฉพาะ<sup>108</sup> ต่อมาใน ปี 1988 และปี 1989 คณะกรรมการบริหารก็ได้ออกข้อสรุปที่ 54<sup>109</sup> และข้อสรุปที่ 60<sup>110</sup> เกี่ยวกับผู้ลี้ภัยสตรี ตามลำดับ ซึ่งตระหนักถึง สถานการณ์ที่ผู้ลี้ภัยสตรีต้องเผชิญต่อการข่มขู่ต่อความปลอดภัยทางร่างกาย และการแสวง ประโยชน์ทางเพศ โดยให้ดำเนินโครงการในการให้ความคุ้มครองและให้ความช่วยเหลือ รวมถึงการ แก้ไขปัญหาในระยะยาว เช่นการสนับสนุนให้มีโครงการการตั้งถิ่นฐานใหม่ในประเทศที่สามพิเศษ สำหรับผู้หญิงที่ตกอยู่ในความเสี่ยง (Women-at-risk) นอกจากนี้คณะกรรมการบริหารได้มีข้อสรุป ที่ 64 ปี 1990<sup>111</sup> ว่าด้วยผู้ลี้ภัยสตรี และการคุ้มครองระหว่างประเทศ โดยกระตุ้นให้รัฐทุกรัฐ องค์การ แห่งสหประชาชาติที่เกี่ยวข้อง รวมถึงองค์กรเอกชน เข้าใจถึงความต้องการของผู้ลี้ภัยสตรี สนับสนุนมาตรการที่จะยกระดับการคุ้มครองระหว่างประเทศต่อผู้ลี้ภัยสตรี และให้สำนักงาน ข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติพัฒนาคู่มือเพื่อคุ้มครองผู้ลี้ภัยสตรี ซึ่งต่อมาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1991 สำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ ก็ได้เสร็จสิ้นการจัดทำคู่มือในการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยสตรี (Guidelines on the Protection of Refugee Women) และในปี 1993 คณะกรรมการบริหารงาน ตามโครงการของข้าหลวงใหญ่ ภายใต้คำแนะนำของคณะอนุกรรมการแห่งการคุ้มครองผู้ลี้ภัย

<sup>108</sup> UNHCR. Conclusions on the International Protection of Refugees (Geneva : UNHCR, 1996), pp. 84-85.

<sup>109</sup> Ibid., pp. 124-126.

<sup>110</sup> Ibid., pp. 139-142.

<sup>111</sup> Ibid., pp. 149-152.

ระหว่างประเทศ ได้รับรองข้อสรุปที่ 73 ว่าด้วยการคุ้มครองผู้ลี้ภัยและความรุนแรงทางเพศ<sup>112</sup> โดยแสดงถึงความห่วงใยต่อการแพร่กระจายเหตุการณ์ความรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานด้านความปลอดภัยของบุคคล และหากความรุนแรงทางเพศนั้น เกิดขึ้นในยามสงครามก็จะถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายมนุษยธรรมด้วย และเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงต้องการให้รัฐให้ความเคารพและประกันหลักสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวในอาณาเขตดินแดนของตน โดยการกำหนดกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายพื้นฐานระหว่างประเทศ โดยประกันว่าผู้ลี้ภัยสตรีจะได้รับสิทธิในการได้รับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยเช่นเดียวกับกับผู้ลี้ภัยชาย รวมถึงการได้รับเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพผู้ลี้ภัย เสรีภาพในการเคลื่อนย้าย สวัสดิการ ให้ผู้ลี้ภัยสตรีมีส่วนในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกลับคืนสู่มาตุภูมิโดยสมัครใจ หรือการแก้ไขปัญหาในระยะยาวอื่นๆ และให้มีการพัฒนาคู่มือเรื่องของความรุนแรงทางเพศ ซึ่งต่อมาสำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ ก็ได้จัดทำคู่มือในการป้องกันและตอบโต้ความรุนแรงทางเพศต่อผู้ลี้ภัย (Guidelines on Prevention and Response Sexual Violence against Refugees) ค.ศ. 1995 ซึ่งจากรายงานของผู้รายงานพิเศษเกี่ยวกับความรุนแรงต่อสตรี<sup>113</sup> ได้แสดงให้เห็นว่าปัญหาความรุนแรงทางเพศ และเพศสภาพ ยังปรากฏให้เห็นอยู่ในหลายประเทศ เช่น บังคลาเทศ แคนาดา จีน คองโก อิหร่าน เคนยา ไนจีเรีย พม่า ศรีลังกา เป็นต้น และหากพิจารณาจากคดีในประเทศเชิยราลีโอน ดังกล่าวข้างต้นก็ได้แสดงให้เห็นว่า แม้ว่าประเทศเชิยราลีโอน จะเป็นรัฐภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ แต่ในทางปฏิบัติประเทศดังกล่าวไม่ได้มีการอนุวัติการตามอนุสัญญาดังกล่าว และยังคงเกิดปัญหาของความรุนแรงต่อสตรีอย่างต่อเนื่อง

### 2.2.3.3 การประหัตประหารอันเกี่ยวเนื่องกับเพศสภาพ (Gender Related Persecution)

หลายปีที่ผ่านมาการประหัตประหารอันเกี่ยวเนื่องกับเพศสภาพ ความรุนแรงบนพื้นฐานของเพศสภาพ มีการถกเถียงด้านกฎหมายกันมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ในขณะที่อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ไม่ได้ระบุถึงการประหัตประหารอันเกี่ยวเนื่องกับเพศสภาพของบุคคลไว้ แต่รูปแบบของการประหัตประหารแบบนี้ได้กลายเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นรูป

<sup>112</sup> Ibid., pp. 180 – 184.

<sup>113</sup> Radhika Coomaraswamy, *Violence against Women*, UN.Doc. E/CN.4/2002/83 Add.1 (January 2002), p. 4.

แบบหนึ่งของการประหัตประหาร ดังนั้นการตีความคำว่า “การประหัตประหาร” จึงได้มีการพัฒนาโดยหมายรวมถึงวิธีการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึกต่อเรื่องเพศสภาพ

แนวโน้มในเรื่องนี้ได้ระบุไว้ในข้อสรุปของคณะกรรมการบริหารงานของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติหลายฉบับ เพื่อกระตุ้น ส่งเสริม ให้ทุกรัฐ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องยอมรับและรวมไว้ในหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง ในปี ค.ศ. 1985 สหภาพยุโรป ก็เรียกร้องให้ทุกรัฐให้สถานภาพผู้ลี้ภัยแก่สตรีที่เผชิญกับความโหดร้าย และการปฏิบัติอย่างไร่มนุษยธรรมเพียงเพราะพวกเขาฝ่าฝืนกฎของศีลธรรมหรือจริยธรรมในสังคม

คำถามที่เกิดขึ้น คือ ประเด็นนี้จะนำมาพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของการให้สถานภาพผู้ลี้ภัยอย่างไร เพราะกรณีปกติทั่วไป ผู้ขอลี้ภัยจะต้องแสดงให้เห็นว่า พวกเขาหรือเธอ มีความกลัวต่อการถูกประหัตประหาร เนื่องจากมูลเหตุ 5 ประการ คือ สัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือสมาชิกภาพของกลุ่มทางสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ สององค์ประกอบหลักในการอ้างสิทธิขอลี้ภัย คือ คำจำกัดความของการประหัตประหารและมูลเหตุของการประหัตประหาร

(1) คำจำกัดความของการประหัตประหาร

หลักสำคัญในการทำความเข้าใจ เมื่อความรุนแรงโดยเฉพาะนำไปสู่การประหัตประหาร คือการพิจารณาว่า สิทธิมนุษยชนสากลอะไรที่ถูกละเมิด และโดยคำว่า “การประหัตประหาร” คำเดียวกันไม่สามารถบอกได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ลี้ภัย แต่การประหัตประหารดังกล่าวจะต้องสัมพันธ์กันอย่างน้อยหนึ่งในมูลเหตุทั้ง 5 ประการ<sup>114</sup>

(2) มูลเหตุของการประหัตประหาร

<sup>114</sup> UNHCR. “Gender-Related Persecution,” UNHCR Position Paper presented by the Department of International Protection, Centre of Information Reflection and Exchange on Asylum (CIREA) Meeting, Brussels, 24 November 1999, p. 2.

ก. ความรุนแรงทางเพศตามความหมายของการประหัตประหาร

ความรุนแรงทางเพศ ถูกประณามว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และหากเกิดขึ้นในยามสงคราม ก็ถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรม<sup>115</sup> ตัวอย่างที่น่าสลดใจ คือ การใช้ความรุนแรงทางเพศ แทนอาวุธสงคราม (ทั้งต่อชายและหญิง รวมถึงเด็กและเซลยสงคราม) รวมถึงความโหดร้ายที่เกิดขึ้นในบอสเนียในอดีตที่ผ่านมา

ข. การลงโทษสำหรับการละเมิดต่อกฎหมายหรือนโยบายเสมือนการประหัตประหาร

ในบางสถานการณ์ การลงโทษสำหรับการไม่ยินยอมทำตามนโยบายหรือกฎหมายนั้นรุนแรงอย่างไม่ได้สัดส่วน การลงโทษดังกล่าวก็อาจจะเป็นการนำไปสู่การประหัตประหารในความหมายตามคำจำกัดความของผู้ลี้ภัยได้ ถึงแม้ว่ากฎหมายนั้นจะใช้บังคับกับทุกคน แต่การลงโทษก็ไม่ควรจะมีรุนแรงเกินสัดส่วนอันเหมาะสมตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ตัวอย่างเช่น ผู้หญิงที่มีผู้ถูกลงโทษด้วยการขว้างหินใส่จนตาย หรือการลงโทษอย่างรุนแรง หรือการปฏิบัติอันเลวร้ายจากประชาชน เช่นในประเทศอิหร่าน หรือเนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีพฤติกรรมรักร่วมเพศ<sup>116</sup>

ค. กฎหมาย นโยบาย หรือแนวปฏิบัติ เสมือนการประหัตประหาร

กฎหมายบางอย่าง และ/หรือ รูปแบบของการปฏิบัติตามวัฒนธรรม บางทีไม่ได้เป็นการปฏิบัติตามพื้นฐานระหว่างประเทศ การปฏิบัติอันหลากหลายต่อการสืบพันธุ์ของสตรี กลายเป็นรูปแบบของความรุนแรงทางเพศต่อสตรี ถึงแม้การปฏิบัติดังกล่าวจะผิดกฎหมาย แต่บ่อยครั้งที่การกระทำดังกล่าวถูกมองข้ามโดยรัฐ ดังนั้นในสถานการณ์ที่เอาเปรียบต่อความประสงค์ของสตรี และเจ้าหน้าที่ไม่สามารถ หรือไม่ยินดีที่จะให้ความคุ้มครอง การปฏิบัตินี้สามารถเป็นพื้นฐานในการอ้างสิทธิขอสถานะภาพผู้ลี้ภัยได้

<sup>115</sup> Ibid., p. 3.

<sup>116</sup> Ibid., p. 4.

หรืออย่างเช่น การคุมกำเนิด สำนักงานข้าหลวงใหญ่สหประชาชาติ มองว่า นโยบายการวางแผนครอบครัวแห่งชาติ ไม่นับเป็นการระหัดระหาร เนื่องจากนโยบายดังกล่าว ไม่มีการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นการส่งเสริมพื้นฐานสวัสดิการทั่วไป และยังคงเคารพสิทธิมนุษยชน เนื่องจากประชาชนสามารถพิจารณาได้ด้วยตนเองตามขอบเขตที่รัฐวางไว้ เช่นการประชุมประชากรใน ไคโร ปี 1994 กำหนดให้คู่ครองและปัจเจกชนมีสิทธิขั้นพื้นฐาน ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการแพร่พันธุ์โดยเป็นอิสระจากการเลือกปฏิบัติ การบีบบังคับและความรุนแรง<sup>117</sup>

การดำรงไว้ซึ่งนโยบายการวางแผนครอบครัว จะต้องแยกออกจากรูปแบบที่ใช้เพื่อส่งเสริมนโยบายดังกล่าว เช่นการใช้รูปแบบในการให้การศึกษา การประชาสัมพันธ์ และการส่งเสริมเศรษฐกิจ แต่หากเป็นการบีบบังคับ หรือการก้าวล่วง เช่นการบังคับให้ทำแท้ง หรือทำหมันโดยไม่สมัครใจ ไม่ว่าจะชายหรือหญิงที่ถูกกระทำ ก็สามารถอ้างเป็นการระหัดระหารได้<sup>118</sup> เช่นมีการรายงานว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุมัติสถานภาพผู้ลี้ภัยให้แก่ชาวจีน ที่อ้างเหตุของการมีนโยบายมีบุตรคนเดียวในประเทศจีน มาเป็นเหตุของการระหัดระหารได้<sup>119</sup>

#### ง. การเลือกปฏิบัติอันนำไปสู่การระหัดระหาร

ถ้าในด้านนโยบายของรัฐไม่สอดคล้องกับสิทธิอันแน่นอน หรือการคุ้มครองจากความโหดร้ายรุนแรงต่อกลุ่มที่แน่นอน การเลือกปฏิบัติในด้านการขยายความคุ้มครองนี้ ต้องมีผลทำให้เกิดความโหดร้ายอันรุนแรง และนำไปสู่การระหัดระหาร การอ้างสิทธิตามหลักเกณฑ์นี้ ในเนื้อหาของการระหัดระหารบนพื้นฐานของเพศสภาพถึงจะเป็นเรื่องใหม่ แต่ก็ค้นพบการอ้างสิทธิ

<sup>117</sup> UNHCR, "Gender-Related Persecution," UNHCR Position Paper Presented by the Department of International Protection, CIREA Meeting, Brussels, 24 November 1999, p. 6.

<sup>118</sup> UNHCR, The State of the World's Refugees 1997-1998, A Humanitarian Agenda, p. 197.

<sup>119</sup> U.S Committee for Refugees, World Refugee Survey 2001, p. 131.

ในทางปฏิบัติในรูปแบบของความรุนแรงภายใน โดยเมื่อเป็นการทารุณกรรมอันร้ายแรง หรือทำให้กลัวว่าจะนำไปสู่การประหารชีวิตประหาร สิ่งเหล่านี้ก็ต้องสัมพันธ์กับหลักพื้นฐานห้าประการ ของการประหารชีวิตประหารตามคำนิยามของผู้ลี้ภัย

1) เชื้อชาติและสัญชาติของบุคคล : ผู้หญิงประสบกับความรุนแรงทางเพศ เนื่องจากมีเชื้อชาติของชนกลุ่มน้อย

2) ศาสนา และความคิดเห็นทางการเมืองของบุคคล : การที่ผู้หญิงไม่ปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา ทำให้เธอถูกลงโทษอันไม่เหมาะสม

3) สมาชิกภาพของสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ : หลักเกณฑ์นี้ไม่ง่ายที่จะจำกัดความ แต่ในบางครั้งก็ใช้กับการตัดสินใจในการอ้างสิทธิของการประหารชีวิตบนพื้นฐานทางเพศสภาพ กลุ่มดังกล่าวต้องมีความโดดเด่นชัดเจน และเป็นบุคลิกภาพที่มีมาแต่กำเนิด หรือแต่ดั้งเดิม สิ่งเหล่านี้จะเป็นการกำหนดว่าผู้หญิงที่เลือกที่จะอาศัยอยู่นอกกรอบของการยอมรับจากสังคมนั้น เป็นเสมือนกลุ่มๆ หนึ่ง และหากพวกเขาจะต้องถูกลงโทษอย่างร้ายแรงจากการเลือกที่จะเป็นแบบนั้นของเธอ องค์ประกอบเหล่านี้ถือว่าเป็นไปตามคำจำกัดความของผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาฯ ปี 1951<sup>120</sup>

(3) แนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยเกี่ยวเนื่องกับเพศและเพศสภาพ

แนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยเกี่ยวเนื่องกับเพศและเพศสภาพ ได้มีการวิเคราะห์หรือออกเป็นสองแนวความคิด ซึ่งทั้งสองแนวความคิด เห็นด้วยว่า ผู้หญิงนั้นประสบกับการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้ชาย และรูปแบบการประหารชีวิตที่แตกต่างออกไป ผู้หญิงถูกเลือกปฏิบัติ เพราะเพศและตำแหน่งที่เป็นรองเพราะเพศสภาพของพวกเขาที่มีในสังคม ซึ่งรวมถึงในดินแดนของโลกตะวันตก

<sup>120</sup> Ibid.

1) แนวความคิดที่ 1

แนวความคิดนี้บอกว่าเพศสภาพและเรื่องเพศควรจะนำมารวมไว้ในหลักการ  
 ประหัตประหาร ในคำจำกัดความผู้ลี้ภัยในอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ และคำว่า “การประหัตประหาร” ควร  
 จะปฏิรูปใหม่ โดยการนำเอาประสบการณ์ของสตรีมารวมไว้ในคำนี้ด้วย โดยมองว่า การเลือก  
 ปฏิบัติต่อสตรี เริ่มตั้งแต่ภาษาที่บอกถึงลักษณะความเป็นชายที่ใช้ในตราสารทางกฎหมายระหว่าง  
 ประเทศเกี่ยวกับผู้ลี้ภัย ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ 1951 พิธีสาร 1967 และอนุสัญญา OAU  
 1969<sup>121</sup> ซึ่งจากคำนิยามผู้ลี้ภัยดังกล่าว Bonnerjea กล่าวว่ามันเป็นการไม่รับรู้ถึงการประหัต  
 ประหารที่สตรีต้องเผชิญ และต้องตายด้วยสาเหตุจากการไม่เชื่อฟังจารีตประเพณีของสังคมใน  
 ประเทศของตน เช่น พยายามจะมีบทบาททางการเมือง การทำแท้งที่ผิดกฎหมาย ผู้หญิงถูกละเลย  
 หรือถูกประหัตประหารจากการเป็นเหยื่อของการข่มขืน แบกรับลูกนอกสมรส หรือการแต่งงานกับ  
 ชายต่างเชื้อชาติ นอกจากนี้ Bonnerjea ยังได้ว่า อนุสัญญาฯ 1951 นั้น เพิกเฉยต่อความต้องการ  
 อันจำเป็นของผู้หญิง ไม่มีการยอมรับว่าผู้ลี้ภัยส่วนใหญ่เป็นผู้หญิง หรือเพิกเฉยว่าพวกเขาก็  
 ต้องการการคุ้มครองทางกฎหมาย และสถานภาพผู้ลี้ภัยของเธอเอง

แนวความคิดนี้คิดว่าวาระในสังคมแบ่งเป็น 2 ระดับคือ ระดับมหาชน และระดับ  
 เอกชน เนื่องจากผู้หญิงสามารถเข้าถึงแวดวงมหาชนได้น้อยกว่าผู้ชาย และเนื่องจากกิจกรรมซึ่งจะ  
 เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้ได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยนั้น ก็ต้องมาจากขอบเขตระดับมหาชน ดัง  
 นั้นจึงเป็นเรื่องยากสำหรับผู้หญิงที่จะได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัย ประมาณ 2 ใน 3 ของประชากรผู้ลี้ภัย  
 ทั่วโลกเป็นผู้หญิง แต่ส่วนใหญ่ผู้ลี้ภัยที่เป็นผู้ขอหรืออ้างสิทธิขอลี้ภัยจะเป็นผู้ชาย การจะเดินทางไป  
 สู่อื่นเพื่อขอลี้ภัยนั้น เป็นเรื่องลำบากสำหรับผู้หญิง เพราะพันธะและสภาพแวดล้อมในเรื่อง  
 ส่วนตัวของผู้หญิง เช่น ความรับผิดชอบในการเลี้ยงดูเด็ก ไม่มีเงินในการเดินทาง วัฒนธรรม และ

<sup>121</sup> Johnson A.B., “The International Protection of Women Refugees,” International Journal of Refugee Law 1, No. 2 (1989) : 221-232 cited in Nasreen Mahmud, “Crimes Against Honour : Women in International Refugee Law”, Journal of Refugee Studies 9, No. 4 (1996) : 370.



ข้อห้ามอื่นๆ ผู้หญิงมีโอกาสน้อยกว่าผู้ชายที่จะได้เข้าร่วมในทางการเมือง หรือ ศาสนา กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มสังคม<sup>122</sup>

บ่อยครั้งที่การประหัตประหารต่อสตรีนั้นมาในรูปแบบของการล่วงละเมิดทางเพศ หรือการทำร้ายทางเพศ เหล่านี้มักจะไม่เต็มใจที่จะพูดถึงประสบการณ์อันเลวร้าย โดยเฉพาะต่อผู้สัมภาษณ์ที่เป็นผู้ชาย และประสบการณ์ดังกล่าวก็ยากจะพิสูจน์ ปัจจัยเหล่านี้ทำให้การอ้างสิทธิความเป็นผู้ลี้ภัยนั้นยากขึ้น นอกจากนี้การมีศูนย์ข้อมูลสองสามแห่งเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศในประเทศนั้น และการที่ไม่มีหลักฐานทางร่างกาย จึงทำให้ความน่าเชื่อถือของตัวเหยื่อค่อยลงไปอีก

Ferris กล่าวว่า “จากการศึกษาในหลายๆ กรณี ผู้หญิงถูกทารุณ เพราะจุดของเพศสภาพของพวกเธอที่บ่งบอกความเป็นผู้หญิง การทารุณเกิดได้จากหลายรูปแบบ ผู้หญิงถูกทรมาน หรือถูกประหัตประหาร ไม่ใช่เพียงเพราะการเข้าร่วมทางการเมืองของพวกเธอเอง แต่เป็นเพราะกิจกรรมของบรรดาญาติมิตรผู้ชายของพวกเธอ ในบางกรณี ผู้หญิงถูกประหัตประหารเพราะพวกเธอละเมิดกฎหมายหรือศีลธรรมของสังคมที่กำหนดพฤติกรรมของผู้หญิงเอาไว้ เช่น ห้ามสวมชุดตะวันตก หรือการห้ามทำงานนอกบ้าน”<sup>123</sup>

นอกจากนี้ในช่วงภาวะสงคราม ผู้หญิงมักจะกลายเป็นกลุ่มเป้าหมายของความรุนแรง ไม่ว่าจะมาในรูปแบบของการข่มขืน การลักพาตัว หรือการทรมาน เพื่อเป็นการสร้างความกดดันให้แก่สามี และพ่อของพวกเธอในภาวะดังกล่าว แม้แต่ผู้ลี้ภัยสตรีก็ยังคงต้องการการคุ้มครอง เนื่องจากพวกเธอเป็นกลุ่มที่อยู่ในความเสี่ยง เพราะพวกเธอกำลังหนีจากการถูกประหัตประหาร และเพราะต้องพลัดพรากจากกลุ่มของตนระหว่างการเดินทาง บ่อยครั้งที่พวกเธอต้องพลัดหลงจากครอบครัว หรือจากผู้ปกป้องคุ้มครองของพวกเธอ ในขณะที่เดียวกันพวกเธอต้องกลายเป็นคนต่าง

<sup>122</sup> Castel J., “Rape, Sexual Assault and the Meaning of Persecution”, *International Journal of Refugee Law* 4, No. 2 (1992) : 39-56 cited in *Ibid*, p. 372.

<sup>123</sup> Ferris, E., *Refugee Women and Violence*, (Geneva: World Council of Churches), 1991 cited in *Ibid*, pp. 372-373.

ดาว ในสภาพแวดล้อมที่แปลกออกไป ดังเช่นที่ Johnson กล่าวไว้ว่า “การข่มขืน การลักพาตัว ความรุนแรงทางร่างกาย และการยินยอมมีเพศสัมพันธ์ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้รับเอกสาร และ/หรือ สิ่งของบรรเทาทุกข์ของผู้ลี้ภัยสตรีมากมาย ไม่ว่าจะตามเส้นทางการหนีและตามแนวชายแดน ค่ายผู้ลี้ภัยหรือพื้นที่พักพิง และใจกลางเมือง”<sup>124</sup>

ซึ่ง Indra เองก็เห็นด้วยกับสิ่งที่กล่าวข้างต้น และกล่าวเสริมว่า การแสวงประโยชน์ทางเพศก็เกิดขึ้นในค่ายผู้ลี้ภัย ส่วนใหญ่ตัวแทนของครอบครัวจะเป็นผู้ชาย และผู้ประสานงานระหว่างผู้ลี้ภัยกับเจ้าหน้าที่ในค่าย ปกติก็จะเป็นผู้ชาย ดังนั้นระบบการแจกจ่ายสิ่งบรรเทาทุกข์จึงกลายเป็นเรื่องการเมืองบนพื้นฐานของเพศสภาพ Johnson กล่าวเสริมว่าการแสวงประโยชน์ทางเพศ โดยการค้าประเวณีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากในค่ายผู้ลี้ภัย และส่วนใหญ่จะเป็นสตรีหรือเด็กผู้หญิงโสด และสตรีที่ต้องกลายเป็นผู้นำครอบครัว ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ลี้ภัยสตรีที่อาศัยอยู่ในเขตเมืองมีแนวโน้มจะกลายเป็นผู้ค้าประเวณี เพราะส่วนใหญ่จะเป็นผู้มีการศึกษาไม่สูงนัก ความยากลำบากในการได้รับใบอนุญาตทำงาน หรือ การหาที่รับดูแลเด็กในตอนกลางวันแก่ลูกของพวกเข

ในประเทศที่ซึ่งความรุนแรงทางเพศสภาพปรากฏอยู่ทั่วไป และยังคงปรากฏอยู่ตลอดไป โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐก็รับรู้ หรือยินยอมโดยปริยายกับการกระทำดังกล่าว ความรุนแรงนี้ถือว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชน การที่รัฐบาลไม่คุ้มครองและไม่แก้ไขทำให้ความรุนแรงดังกล่าวกลายเป็นการประหัตประหาร ข้อโต้แย้งสุดท้ายของแนวความคิดนี้ ก็คือประเด็นเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศสภาพ ไม่ได้นับรวมเป็นเรื่องของสิทธิมนุษยชน เหตุผลก็คือ

1. ความรุนแรงทางเพศสภาพ ปรากฏอยู่ทั่วไปในสังคม ที่ซึ่งยอมรับว่าความรุนแรงดังกล่าวเป็นธรรมชาติ
2. ความรุนแรงทางเพศนั้น เป็นเรื่องธรรมดา แตกต่างจากการทารุณกรรม หรือจากธรรมเนียมประเพณีของการละเมิดสิทธิมนุษยชน
3. ความรุนแรงทางเพศสภาพ เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ และยากที่จะเปลี่ยน
4. บ่อยครั้งที่ความรุนแรงทางเพศสภาพถูกมองว่าเป็นเรื่องไม่สำคัญ เป็นเรื่องส่วนตัวหรือเรื่องของเอกชน มันไม่ใช่เรื่องทางการเมือง ความรุนแรง

<sup>124</sup> Johnson A.B., “The International Protection of Women Refugees”, *International Journal of Refugee Law* 1, No. 2 (1989) : 226 cited in *Ibid*, p.373.

ดังกล่าวเป็นเรื่องความขัดแย้งส่วนตัว ไม่ถึงขั้นที่จะนำไปสู่ระดับสิทธิมนุษยชน

2) แนวความคิดที่ 2<sup>125</sup>

มองว่า ประเด็นเรื่องเพศและเพศสภาพสามารถควรจะเกี่ยวข้องกับคำจำกัดความผู้ลี้ภัยที่มีอยู่แล้วได้ นักคิดเหล่านี้ประสงค์ให้นำกฎหมายและอนุสัญญาที่มีอยู่มาตีความให้แตกต่างออกไปเพื่อให้สัมพันธ์กับประสบการณ์ของสตรี Greatbatch มองว่าความคิดเห็นที่ 1 นั้นไม่ถูกต้องเพราะไปวิเคราะห์การกดขี่สตรีเพศจากประวัติศาสตร์ และวัฒนธรรม นอกจากนั้นแนวความคิดที่ 1 ไม่ได้มุ่งความสนใจไปที่จุดประสงค์สำคัญของคำจำกัดความในอนุสัญญา 1951 และข้อจำกัด Greatbatch ยังมองว่าการแบ่งมุมมองสังคมออกเป็น 2 ส่วน มหาชนและเอกชนของแนวความคิดที่ 1 นั้นเป็นการแบ่งที่ได้ละเลยแง่มุมของสถานการณ์ความเป็นอยู่ของผู้หญิงภายนอกและสร้างทฤษฎี และอุปสรรคระหว่างภายใน และวัฒนธรรมของสังคม

Spijkerboer ก็ไม่เห็นด้วยกับหลักการแบ่งมหาชนหรือเอกชน ที่มองปัญหาทางกายเกินไป เขาบอกว่า แม้แต่ครอบครัวก็ไม่ใช่ว่าจะเป็นเรื่องเอกชนไปทั้งหมด ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับประเด็นดั้งเดิมที่ ผู้หญิงจะเข้าร่วมในกิจกรรมของมหาชน หรือสาธารณะน้อยกว่าผู้ชาย Spijkerboer กล่าวว่า การวางกิจกรรมของมนุษย์ในสภาพแวดล้อมใดขึ้นอยู่กับกรอบรับ เช่น การทำอาหาร มองว่าเป็นกิจกรรมส่วนตัว เพราะทำขึ้นในบ้านและไม่ได้ค่าแรง อย่างไรก็ตาม หากผู้หญิงกำลังทำอาหารให้กับกลุ่มนักสู้ต่อต้านรัฐบาล แม้กิจกรรมดังกล่าวจะทำที่บ้าน แต่มันก็เป็นเรื่องทางการเมือง และเป็นเรื่องมหาชนได้เช่นกัน

Spijkerboer กล่าวว่าจะต้องแยกแยะระหว่าง รูปแบบการประท้วงประหารกับสาเหตุของการประท้วงประหาร ไม่ใช่ว่าเหยื่อทุกคนที่ถูกใช้วิธีการประท้วงประหาร เช่น การขังคุก หรือการทารุณกรรม จะเป็นผู้ลี้ภัย รูปแบบการประท้วงประหารจะต้องสัมพันธ์กับเหตุทั้งห้าประการ ของการประท้วงประหารที่อยู่ในคำจำกัดความผู้ลี้ภัย ในอนุสัญญาฯ 1951 (เชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพของกลุ่มทางสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ หรือ ความคิดเห็นทางการเมือง) Spijkerboer มองว่า การล่องละเมิดทางเพศเป็นรูปแบบการประท้วงประหาร แต่ไม่ใช่ที่มาของการ

<sup>125</sup> Ibid.

ประหัตประหาร และมีกฎหมายภายในบัญญัติไว้ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถปกป้องคุ้มครองเหยื่อ หรือไม่เต็มใจที่จะคุ้มครองเหยื่อ การขาดการคุ้มครองจากรัฐดังกล่าว จึงเป็นปัจจัยหนึ่งในการตัดสินใจเกี่ยวกับที่มาของการประหัตประหาร ว่าน่าจะเป็นเรื่องของความคิดเห็นทางการเมือง การถูกครอบงำ หรือการไม่มีอำนาจของผู้หญิง เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ลักษณะทางเพศก็เป็นรูปแบบของอำนาจ และสามารถเป็นรูปแบบของการควบคุมซึ่งเป็นเรื่องการเมือง ดังนั้น ถ้าไม่มีการคุ้มครองจากรัฐ การล่วงละเมิดทางเพศก็เป็นประหัตประหารจากพื้นฐานของความคิดเห็นทางการเมือง มันจะต้องมีแรงจูงใจทางการเมืองจากผู้ทำการประหัตประหาร Spijkerboer ยกตัวอย่างการข่มขืนอย่างเป็นทางการเป็นระบบของอดีตยูโกสลาเวีย อย่างน้อยกรณีนี้ก็ถือเป็นหนึ่งในเหตุของการประหัตประหาร โดยไม่ต้องมีการตีความว่าเพศสภาพถือรวมเป็นกลุ่มสังคม ไม่จำเป็นต้องตีความหรือรวมเอาเพศสภาพเป็นเหตุของการประหัตประหาร

ตัวอย่างเช่น ผู้หญิงอิหร่าน ที่ปฏิเสธที่จะสวมผ้าคลุมหน้า หรือ chador ถูกประหัตประหารเพราะการไม่สวม ไม่ใช่เพราะพวกเธอเป็นผู้หญิง เพราะผู้หญิงที่สวมผ้าคลุมหน้าไม่ถูกประหัตประหาร ผู้หญิงที่ถูกประหัตประหารเพราะเธอปฏิเสธการเป็นผู้หญิงที่เหมาะสมในสายตาของเจ้าหน้าที่ การปฏิเสธของพวกเธอเป็นการแสดงออกความคิดเห็นทางการเมือง และ/หรือ ความคิดเห็นทางศาสนา และการแสดงออกเหล่านี้จึงถือเป็นเหตุของการประหัตประหาร

Greatbatch เองก็เห็นด้วยว่า การประหัตประหารทางเพศสภาพ สามารถเกี่ยวข้องกับเหตุทั้ง 5 เหตุของการประหัตประหารที่มีอยู่ในคำจำกัดความ ในอนุสัญญาฯ Greatbatch ยังกล่าวว่า คู่มือในการดำเนินการและการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ นั้น ไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะรวมการกดขี่ด้านเพศสภาพเข้าไป

เมื่อหลายปีที่ผ่านมา เจ้าหน้าที่แคนาดา ได้พยายามตีความหลักที่มีอยู่ในกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ และพัฒนาคู่มือความรู้และรวบรวมความจริงที่ผู้หญิงและผู้ชายเผชิญกับรูปแบบและแบบแผนการประหัตประหารที่แตกต่างกัน โดยในหลักเกณฑ์ของชาวแคนาดา มีผู้เรียกร้องหรือผู้อ้างสิทธิ์ผู้หญิง อยู่ 4 ประเภท<sup>126</sup>

<sup>126</sup> Immigration and Refugee Board (1995), *Jurisprudence on the Immigration Act* (Ottawa : Government of Canada), cited in, Ibid, pp. 378-379.

1. ผู้ที่กลัวการถูกประหัตประหารบนพื้นฐานเช่นเดียวกับผู้ชาย
2. ผู้ที่กลัวการถูกประหัตประหาร เพราะความเป็นญาติที่เกี่ยวข้องกับพวกเธอ
3. ผู้ที่กลัวการถูกประหัตประหาร เพราะไม่ปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีของสังคม และบรรทัดฐานทางวัฒนธรรม
4. ผู้ที่กลัวการถูกประหัตประหาร เพราะถูกใช้ความรุนแรง เนื่องจากเพศสภาพของพวกเธอ

แม้แต่ Karin Landgren ยังกล่าวว่า ในทางปฏิบัติคำนิยามผู้ลี้ภัยในอนุสัญญาฯ 1951 ไม่ได้ครอบคลุมในทุกกรณี เช่นผู้ที่หนีจากความกลัวความรุนแรงหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชน ประเทศแคนาดาอาจจะขยายความคุ้มครองไปถึงในกรณีดังกล่าว แต่ในหลายๆ ประเทศก็ยังปฏิเสธที่จะยอมรับความรุนแรงดังกล่าว แม้ว่าจะสัมพันธ์กับเหตุทั้ง 5 ประการ และแม้จะรู้ที่อยู่ ณ ประเทศหรือรัฐต้นตอนั้นมีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงของความรุนแรงเกิดขึ้นจริง เหตุที่ประเทศต่างๆ ยังปฏิเสธที่จะรับบุคคลดังกล่าวที่ประสบกับความรุนแรงหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชน ก็เพราะการตีความคำจำกัดความผู้ลี้ภัยที่เคร่งครัด<sup>127</sup>

จากการศึกษาพบว่าการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยเกี่ยวเนื่องกับเพศสภาพตามแนวความคิดที่หนึ่งนั้นต้องการรวมเรื่องเพศและเพศสภาพไว้ในหลักการประหัตประหารในคำนิยามของผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ เนื่องจากจะทำให้มีแนวทางในการพิจารณาที่แน่นอนชัดเจน และมีมาตรฐานเดียวกัน แต่แนวความคิดที่สองนั้นประสงค์ให้คงนิยามผู้ลี้ภัยไว้เช่นเดิมแต่ให้มีการตีความไปถึงเรื่องของเพศและเพศสภาพไม่ว่าจะเป็นเรื่องของความรุนแรงทางเพศ การไม่ปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีของสังคมเป็นต้น โดยให้มีการพิจารณาตามห้ามูลเหตุของคำนิยามผู้ลี้ภัย ซึ่งผู้เขียนมีความคิดเห็นตามแนวความคิดที่สองว่าตามคำนิยามเดิมนั้นสามารถตีความขยายไปถึงเรื่องของเพศและเพศสภาพได้โดยอาศัยมูลเหตุเดิม โดยแต่ละรัฐโดยเฉพาะรัฐภาคีตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยควรมีการศึกษาและพิจารณาในเรื่องนี้ไปในทิศทางเดียวกัน

<sup>127</sup> Karin Landgren, "The Future of Refugee Protection : Four Challenges", *Journal of Refugee Studies* 11, No. 4 (1998) : 417.

เพื่อสร้างแนวมาตรฐานการพิจารณาให้ชัดเจนและเป็นกลาง และแนวความคิดที่สองนี้ก็สัมพันธ์กับแนวความคิดจากการประชุม Global Consultations on International Protection

### 3) Global Consultations on International Protection

จากการประชุม Global Consultations ครั้งที่ 2 ที่กรุง San Remo ในวันที่ 6-8 กันยายน ค.ศ. 2001 ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับการประทัดประหารอันเกี่ยวเนื่องกับเพศสภาพว่า ตามค่านิยมของผู้ลี้ภัยสามารถตีความรวมถึงการอ้างสิทธิเกี่ยวกับเพศสภาพได้ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องเพิ่มเรื่องเพศสภาพ เข้าเป็นอีกสาเหตุหนึ่งในค่านิยม ถึงแม้ว่าเพศสภาพจะไม่ได้กำหนดอย่างเฉพาะเจาะจงในค่านิยม แต่ก็เป็นที่เข้าใจและเป็นที่ยอมรับว่าเรื่องเพศสภาพสามารถมีอิทธิพลต่อประเภทของการประทัดประหาร หรือการถูกทรมานอย่างรุนแรง การคุ้มครองผู้ลี้ภัยสตรี ไม่ใช่เพียงการตีความเรื่องเพศสภาพตามค่านิยมผู้ลี้ภัยเท่านั้น แต่รวมถึงกระบวนการในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยด้วย<sup>128</sup>

นอกจากนี้สำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ ได้ออกคู่มือการคุ้มครองระหว่างประเทศ : การประทัดประหารอันเกี่ยวเนื่องกับเพศสภาพในเนื้อหาของมาตรา 1A(2) ของอนุสัญญา 1951 และ/หรือ พิธีสาร 1967 เกี่ยวกับสถานะภาพของผู้ลี้ภัย [Guidelines on International Protection : Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees] เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 วัตถุประสงค์ของการออกคู่มือดังกล่าว ก็เพื่อให้รัฐบาล นักกฎหมาย ผู้มีอำนาจตัดสินใจและผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่สำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ใช้เป็นคู่มือในการตีความทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการประทัดประหารอันเกี่ยวเนื่องกับเพศสภาพ

คู่มือนี้ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่า "เพศสภาพ" (Gender) และคำว่า "เพศ" (Sex) ว่ามีความหมายแตกต่างกัน ดังนี้

<sup>128</sup> UNHCR, "Gender-Related Persecution," Global Consultations on International Protection, San Remo Expert Roundtable, 6-8 September 2001, para. 1.

เพศสภาพ (Gender) หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้หญิงและผู้ชาย บนพื้นฐานของโครงสร้างสังคมและวัฒนธรรม และได้กำหนดชื่อหรือความเป็นตัวตน สถานภาพ บทบาท และหน้าที่ ซึ่งได้กำหนดให้แก่หนึ่งเพศหรือเพศอื่น

เพศ (Sex) เป็นการพิจารณาจากชีววิทยา

เพศสภาพไม่ใช่สิ่งที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลง หรือไม่ใช่สิ่งที่มีมาตั้งแต่กำเนิด แต่ต้องอาศัยสังคมและวัฒนธรรมสร้างสมมา ดังนั้น การอ้างสิทธิที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพ (ในการขอลี้ภัย) จึงกระทำได้ที่ทั้งผู้หญิงและผู้ชาย

จากข้อถกเถียงกันในเรื่องของการพิจารณาสถานผู้ลี้ภัยอันเกี่ยวข้องกับเพศและเพศสภาพดังกล่าวข้างต้น จะขอยกตัวอย่างคดีในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นภาคีเฉพาะพิธีสารผู้ลี้ภัยเท่านั้น โดยคดีนี้เป็นเรื่องของผู้หญิงอิหร่านที่ขอลี้ภัยโดยอ้างเหตุว่าการเลือกปฏิบัติต่อสตรีของชาวอิหร่านเป็นสิ่งที่ขัดแย้งโดยตรงต่อความเชื่อของเธอเกี่ยวกับความมีเสรีภาพในการแสดงออกและความเท่าเทียมทางเพศ แต่คำร้องของเธอถูกปฏิเสธ จนกระทั่งมีการอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ แต่ท้ายที่สุดเธอก็ยังไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ลี้ภัยเนื่องจากเธอไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าเธอเป็นสมาชิกของกลุ่มผู้หญิงในอิหร่านที่จะไม่ยอมปฏิบัติตามกฎหมายของอิหร่าน และจะไม่ยอมปฏิบัติตามประเพณีปฏิบัติของสังคมมุสลิมในอิหร่าน

ตัวอย่างคดี<sup>129</sup>

ศาล : อุทธรณ์  
ประเทศ : สหรัฐอเมริกา ปี 1993  
ชื่อคดี : Fatin v. U.S. Immigration and Naturalization Service

ข้อเท็จจริง

ในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1978 Parastoo Fartin หญิงชาวอิหร่านอายุ 18 ปี ได้เดินทางเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะนักเรียนอย่างไม่ถาวร หกปีต่อมา Fatin ได้ยื่นขอลี้ภัย

<sup>129</sup> "Cases and Comments", International Journal of Refugee Law 7, No. 4 (1995) : 682-683.

ทางการเมือง ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1986 ผู้อำนวยการเขตของ U.S. Immigration and Naturalization Service (INS) ปฏิเสธคำร้องของเธอ

ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1986 Fatin อยู่ระหว่างรอการส่งกลับเนื่องจากสถานภาพการเป็นนักเรียนหมดแล้ว เธอจึงยื่นคำร้องขอลี้ภัยอีกครั้งและขอให้ระงับการส่งเธอกลับประเทศ โดยในครั้งนี้เธออ้างว่าเธอมีความกลัวต่อการถูกประหัตประหารเนื่องจากความเป็นสมาชิกของกลุ่มสังคมนิยมคอมมิวนิสต์กลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ และความคิดเห็นทางการเมือง Fatin อ้างว่าเธอจะถูกยึดเยียดแนวคิดประเพณีแบบมุสลิม เกี่ยวกับบทบาทที่เหมาะสมของผู้หญิงในสังคม รวมทั้งการสวมผ้าคลุมหน้าเวลาอยู่ในที่สาธารณะ เธอยืนยันว่าการเลือกปฏิบัติต่อสตรีของชาวอิหร่านเป็นสิ่งที่ขัดแย้งโดยตรงต่อความเชื่อของเธอเกี่ยวกับความมีเสรีภาพในการแสดงออกและความเท่าเทียมทางเพศ คำร้องของเธอก็กลับถูกปฏิเสธอีกโดย Board of Immigration Appeals (BIA) เธอจึงอุทธรณ์

คำพิพากษา

ศาลปฏิเสธการอุทธรณ์ของเธอเพราะ (1) ศาลได้ตีกรอบตามเหตุผลของ BIA เกี่ยวกับการตีความคำว่า "กลุ่มสังคมนิยมคอมมิวนิสต์กลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ" ที่มีอยู่ในธรรมนูญ Immigration and Nationality Act (2) สำหรับการยับยั้งคำสั่งการส่งกลับ หรือการลี้ภัยโดยอ้างเหตุความเป็นสมาชิกของกลุ่มสังคมนิยมคอมมิวนิสต์กลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะนั้น คนต่างด้าวจะต้อง ระบุถึงสังคมนิยมคอมมิวนิสต์กลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะในความหมายของธรรมนูญ จะต้องแสดงให้เห็นว่าเขาหรือเธอเป็นสมาชิกของกลุ่มนั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าเขาหรือเธอจะถูกประหัตประหารหรือมีความกลัวต่อการถูกประหัตประหารเนื่องจากความเป็นสมาชิกของกลุ่มนั้น ๆ

ศาลพิเคราะห์ว่าการตีความของ BIA เกี่ยวกับสังคมนิยมคอมมิวนิสต์กลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะนั้นหมายถึงกลุ่มของบุคคลผู้ซึ่งได้ร่วมกันหรือมีบุคลิกลักษณะซึ่งไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เหมือนกัน ซึ่ง BIA ก็ได้อธิบายว่าบุคลิกลักษณะร่วมกันต้องรวมถึง เพศ สีผิว ความเป็นญาติเกี่ยวดองกัน หรือการมีประสบการณ์ในอดีตร่วมกัน เช่น เคยเป็นอดีตผู้นำทางทหาร หรือเจ้าของที่ดิน BIA ยังกล่าวเพิ่มเติมว่าบุคลิกลักษณะเหมือนกันหรือเป็นสามัญนั้นหมายถึงกลุ่มนั้นจะต้องมีหนึ่งเดียว โดยที่สมาชิกในกลุ่มจะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงหรือไม่ควรมีการเปลี่ยนแปลงเพราะต้องมีสิ่งที่บ่งชี้ถึงความเป็นกลุ่มนั้น



ศาลแสดงเหตุผลว่า (1) ศาลไม่พบว่าการปฏิบัติของคนอิหร่านต่อผู้หญิงนั้นจะนำไปสู่การประหัตประหารในอิหร่านได้ง่ายอันเนื่องมาจากความเป็นผู้หญิง (2) ผู้หญิงอิหร่านที่ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะทางเพศสภาพของรัฐบาล และมาตรฐานทางสังคม ศาลมองว่าสามารถที่จะนำมาพิจารณาว่าเป็นประเภทของกลุ่มทางสังคมได้ แต่ผู้ร้องไม่ได้แสดงให้ศาลเห็นว่าเธอเป็นสมาชิกของกลุ่มนี้ ศาลระบุว่าไม่มีครั้งใดที่ผู้ร้องจะแสดงให้เห็นว่าเธอปฏิเสธที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะทางเพศสภาพของประเทศอิหร่านหรือการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางสังคม เธอเพียงแต่บอกว่าเธอจะคัดค้านและหลีกเลี่ยงที่จะทำตามถ้าเป็นไปได้ (3) ผู้หญิงอิหร่านที่มองว่ากฎหมายเฉพาะทางเพศสภาพของอิหร่านนั้นเป็นเรื่องน่ารำคาญหรือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวและไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามซึ่งความเชื่ออย่างลึกซึ้งนี้สามารถที่จะนำไปสู่การถูกประหัตประหารได้ แต่ศาลพบว่าจากคำให้การของผู้ร้องไม่พบว่าเธอมีความเชื่อดังกล่าวอย่างลึกซึ้งเพียงพอที่จะทำให้เธอถูกประหัตประหารได้

พิจารณาจากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าประเทศภาคีตามพิธีสารผู้ลี้ภัยฯ อย่างสหรัฐอเมริกาและแคนาดาก็ควรมีแนวความคิดสอดคล้องกันกับแนวความคิดที่สองและสอดคล้องกับบทสรุปของการประชุม Global Consultations on International Protection แม้ว่าคดีนี้จะเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการประชุมก็ตาม เพราะศาลของสหรัฐอเมริกาได้มีการตีความเรื่องการประหัตประหารโดยขยายความไปถึงเรื่องของเพศและเพศสภาพด้วย เช่น เรื่องการกลั่นแกล้งประหัตประหาร เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีของสังคม และบรรทัดฐานทางวัฒนธรรม

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อประชาชนไม่สามารถหรือไม่ต้องการได้รับการคุ้มครองจากรัฐของตน เนื่องจากมีความหวาดกลัวต่อการถูกประหัตประหาร ด้วยสาเหตุทั้ง 5 ประการตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ บุคคลนั้นก็ควรได้รับการคุ้มครองระหว่างประเทศ อย่างน้อยก็เพื่อประกันว่าบุคคลนั้นจะได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะแสวงหาแหล่งพักพิงเพื่อลี้ภัย สิทธิที่จะไม่ถูกผลักดันกลับ การไม่ถูกเลือกปฏิบัติ การไม่มีการปรากฏตัวโดยผิดกฎหมาย ความปลอดภัยทางร่างกาย สิทธิในด้านเอกภาพของครอบครัว เสรีภาพในการเคลื่อนย้าย เสรีภาพทางศาสนา สิทธิในการได้รับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย และการได้รับการคุ้มครองชั่วคราว และหากเป็นผู้ลี้ภัยสตรีและเด็กผู้หญิงก็ควรได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษเนื่องจากเป็นกลุ่มที่อยู่ในความเสี่ยงภัยได้ง่ายกว่าผู้ชายหรือเด็กผู้ชาย โดยการคุ้มครองที่ว้าเหววมถึงจะไม่ได้ถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากความเป็นผู้หญิง หรือการปกป้องคุ้มครองจากความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพ และการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยอันเกี่ยวเนื่องกับเพศและเพศสภาพ แต่ดูเหมือนว่าสิทธิต่างๆ เช่น ในเรื่องการไม่ผลักดันกลับ ยังมีการละเมิดโดยรัฐบางรัฐ และปัญหาในเรื่องการเลือกปฏิบัติและความ

รุนแรงทางเพศนั้นยังปรากฏให้เห็นอยู่ในบางรัฐ โดยผู้กระทำอาจจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่รัฐ แต่รัฐก็ไม่สามารถให้การปกป้องคุ้มครองได้ ซึ่งจากการศึกษาวิจัยนี้พบว่าปัญหาเรื่องความรุนแรงทางเพศและเพศสภาพได้กลายเป็นปัญหาใหญ่ที่ประชาคมโลกพยายามหาทางแก้ไข และยังมีปัญหาความปลอดภัยด้านร่างกาย ปัญหาการสร้างพื้นที่ปลอดภัย ปัญหาการปฏิเสธการให้สิทธิ์ ปัญหาการถูกส่งกลับมาตุภูมิโดยไม่สมัครใจ ที่หลายหน่วยงานและรัฐแต่ละรัฐพยายามหาทางแก้ไข ดังนั้นในบทต่อไปจะกล่าวถึงรายละเอียดของปัญหาดังกล่าวว่ามีผลกระทบอย่างไรต่อผู้ลี้ภัยสตรีและเด็กผู้หญิงบ้าง



ศูนย์วิทยพัทยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย