



บทที่ 3

ชนพื้นเมืองดั้งเดิมและสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

ตามที่ได้ศึกษามาในบทที่แล้วในเรื่องแนวคิด ทฤษฎี วิวัฒนาการ และหลักการเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ว่าสถานะของสิทธิในการกำหนดใจตนเองในบริบทของการปลดปล่อยอาณานิคมได้รับการยอมรับมาแล้วว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยสิทธิดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ ซึ่งต่อมาได้มีการนำไปใช้ในบริบทของสิทธิมนุษยชนในการกำหนดใจตนเองชนพื้นเมืองดั้งเดิมด้วย

ดังนั้นในบทนี้ จะเป็นการศึกษาถึงวิวัฒนาการ ความเป็นมา ปัญหาของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม รวมถึงสิทธิต่างๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาตราสาร ปฏิญญา มติของสหประชาชาติ และแนวทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวกับการยอมรับและยึดถือเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามลำดับ

3.1 วิวัฒนาการ ความเป็นมา และปัญหาชนพื้นเมืองดั้งเดิม

ปัญหาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกิดขึ้นเนื่องจากดินแดนของพวกเขาได้ตกไปอยู่ภายใต้การปกครองของอาณานิคมบ้าง จากการรุกรานเข้าครอบครองของรัฐอื่นบ้าง จากการขยายตัวของลัทธิอาณานิคมและการก่อตัวของรัฐชาติในช่วงศตวรรษที่ 19-20 ทำให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมตกอยู่ภายใต้อาณานิคม การเข้าครอบครองของประเทศเจ้าอาณานิคมนั้นไม่เพียงแต่เป็นการเข้าครอบครองดินแดนเพียงเท่านั้น แต่สิ่งที่เกิดขึ้นกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมคือการถูกทำลายชนชาติและวัฒนธรรม¹ นอกจากนั้นการอ้างอำนาจรัฐเหนือดินแดนของประเทศเจ้าอาณานิคม ยังลิดรอนสิทธิต่างๆ ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั้งสิทธิในที่ดินและทรัพยากร โดยรัฐอ้างความเป็นเจ้าของและการกำหนดการใช้ประโยชน์ซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ ทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกิดขึ้นในหลายพื้นที่

กระบวนการลิดรอนสิทธิต่างๆ ที่นำมาปฏิบัติกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมทำให้เกิดขบวนการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมมากขึ้น การเคลื่อนไหวเรียกร้องดังกล่าวกระทำเพื่อย

¹ Siegfried Wiessner, "Rights and status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis," *Harvard Human Rights Journal* Vol. 12 (1999): 58.

เรียกร้องถึงสิทธิในที่ดิน ความมีตัวตน และความหลากหลายทางวัฒนธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่น ขบวนการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศสหรัฐอเมริกา ขบวนการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมอะบอริจินในออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ขบวนการของชนอินเดียนพื้นเมืองในละตินอเมริกา ซึ่งเป็นเคลื่อนไหวทางสังคมเพื่อเรียกร้องสิทธิของกลุ่มตนเองที่มีความแตกต่างในเรื่องสังคม วิธีการดำรงชีวิต เศรษฐกิจ ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม จารีตประเพณี รวมถึงสิทธิในฐานะทรัพยากร

ความเป็นมาของปัญหาชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น มีความเป็นมาที่ยาวนานและสืบเนื่องจนถึงปัจจุบัน ความเป็นมาของปัญหาชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นแบ่งตามเหตุการณ์สำคัญดังต่อไปนี้

3.1.1 การเกิดระบบรัฐเป็นศูนย์กลางและกฎหมายของนานาชาติ

สนธิสัญญา Westphalia ในปี 1648 ก่อให้เกิดกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่ขึ้นมา สนธิสัญญาให้ความเห็นชอบระบบระหว่างประเทศที่มีรัฐเป็นศูนย์กลาง ซึ่งผู้นำสูงสุดของรัฐอิสระต่างๆ ได้รับการยอมรับโดยถูกต้องในการควบคุมดูแลอาณาเขต และกำหนดแนวทางกฎหมายระหว่างประเทศทุกด้านตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา²

ยุค Westphalian เป็นช่วงเวลาของ Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf และ Christain Wolff ผู้ที่มีส่วนสำคัญต่อวิวัฒนาการในการคิดกฎหมายธรรมชาติ กรอบของนักธรรมชาตินิยมวิวัฒนาการมาจากผู้ที่สูงกว่าและคำสั่งปกติสากล (universal normative order) ที่ใช้กับมนุษย์ทุกคนแบ่งออกเป็นระบบ 2 ส่วน คือ สิทธิทางธรรมชาติของปัจเจกชนและสิทธิทางธรรมชาติของรัฐ

The Leviathan สรุบทฤษฎีของ Hobbes (1588-1679) ที่มีการแบ่งลักษณะความเป็นธรรมชาติของมนุษย์เป็นสองส่วนประกอบด้วยปัจเจกชนและรัฐ ซึ่งเป็นผู้ถือสิทธิทางธรรมชาติทั้งคู่ Pufendorf (1632-1694) และ Wolff (1679-1754) นับว่ามีส่วนร่วมในทฤษฎีดังกล่าวและให้ความสำคัญมุ่งไปที่การพัฒนาต่อบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐล้วนๆ ที่ซึ่งรวบรวมเป็นกฎหมายนานาชาติ (law of nations) ขึ้นในเวลาต่อมา³

กฎหมายนานาชาติ (The Law of Nations) หรือ หลักการของกฎหมายธรรมชาติ (The Principles of Natural Law 1758) ซึ่งให้เห็นถึงการขยายความที่สมบูรณ์ของแนวคิดที่ได้จาก Westphalia ก่อให้เกิดแนวคิดของ "กฎหมายนานาชาติ" (law of nations) ที่มีการจำกัดความใน

² Hilary Chalesworth and Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis* (Manchester: Manchester University Press, 2000), pp. 23-25.

³ Francesca Panzironi, "Indigenous Peoples' s Right to Self-Determination and Development Policy, " (Doctor of dissertation, Faculty of Law, University of Sydney, 2006), p. 23

ฐานะ "ศาสตร์ของสิทธิซึ่งมีอยู่ระหว่างชาติต่างๆ หรือรัฐต่างๆ และข้อผูกพันที่เป็นไปตามสิทธิเหล่านี้"⁴

โครงสร้างหลักการของ Vattel ครอบคลุมการใช้กฎหมายธรรมชาติอย่างเป็นสากล แต่มีความแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญเมื่ออ้างถึงรัฐและบุคคล การรับรู้สิทธิสิทธิที่มีของบุคคลและสิทธิที่เป็นเหมือนอำนาจอธิปไตยของรัฐ การวางข้อสันนิษฐานทางทฤษฎีสำหรับอำนาจสูงสุดของรัฐชาติบนพื้นฐานของอำนาจอธิปไตยของรัฐ อำนาจอธิปไตยของรัฐ กับผลที่ตามมาของเขตอำนาจผูกขาดทางศาล อาณาเขตที่เป็นหนึ่งเดียว (territorial integrity) และการไม่แทรกแซงในกิจการระหว่างประเทศ ซึ่งพัฒนาเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ⁵

การแบ่งเป็นรัฐและปัจเจกชนของ Vattel นี้มีอิทธิพลสำคัญต่อการบรรยายกฎหมายของทางตะวันตก โดยเฉพาะในบริบทของการปฏิบัติต่อชนพื้นเมืองดั้งเดิมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ทฤษฎีและหลักนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับสถานะของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะถูกกำหนดให้สอดคล้องตามหลักของรัฐบาลของ "กฎหมายนานาชาติ" (law of nations) เพราะฉะนั้นโดยความถูกต้องของโครงสร้างรัฐปัจเจกชน (individual-state) การยอมรับระหว่างกลุ่มประกอบของมนุษยชาติภายใต้กฎหมายธรรมชาติยุคต้นจึงลดลงมาเหลือเพียง 2 ประเภท คือปัจเจกชนและรัฐ ผลก็คือ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะได้รับการยอมรับว่าเป็นชุมชนอิสระมีสิทธิและหน้าที่ภายใต้ "กฎหมายนานาชาติ" (law of nations) ถ้ามีคุณสมบัติเป็นรัฐชาติ (nation-state) เท่านั้น หนทางที่จะรวมเข้าในระบบของรัฐมีน้อย เนื่องจากชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะต้องตรงกับคุณสมบัติของความเป็นรัฐบนพื้นฐานของรูปแบบขององค์การทางสังคมและองค์การทางการเมืองของยุโรป สิ่งเหล่านี้ประกอบเป็นการเมืองและเนื้อหาคำสั่งทางกฎหมายที่แตกต่างกันมากจากโครงสร้างทางสังคมและการเมืองในยุคแรก รูปแบบของยุโรปมีลักษณะผูกขาดอำนาจปกครองเหนืออาณาเขตและรวมอำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง ขณะที่ชุมชนที่โดยทั่วไปจะมีโครงสร้างขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ของการเป็นญาติและเผ่าพันธุ์ พร้อมกับมีการกระจายอำนาจ และแบ่งปันการควบคุมปกครองอาณาเขต⁶ ทางเลือกอื่นที่จะได้รับการยอมรับในฐานะเป็นชุมชนที่มีลักษณะจำเพาะก็คือได้รับการยอมรับโดยสิ้นเชิงในฐานะปัจเจกชน (individuals)

⁴ Emmerich de Vattel, *The Law of nation, or The principles of Nation law* (First publish 1758; Classic of International Law Series 1916), p. 3.

⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Clarendon Press, 6th ed. 2003)

ทฤษฎีของ Vattel มีอิทธิพลมากต่อหลักนิติศาสตร์ในยุคแรกๆ เกี่ยวกับสถานะและสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมภายใต้ "กฎหมายนานาชาติ" (law of nations) โดยเฉพาะความคลุมเครือของเกณฑ์ข้อตกลงที่ว่า รัฐยังคงไว้ในความเป็นอิสระ ซึ่งเป็นผลมาจากการคำพิพากษาที่สำคัญๆ ของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในช่วงแรกๆ เกี่ยวกับสถานะภาพของชาวอเมริกันพื้นเมือง⁷ ในมุมมองของ Vattel แม้รัฐจะถูกจัดให้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของอำนาจทางการเมืองอีกอำนาจหนึ่ง แต่มิได้ทำให้เสียอำนาจอธิปไตยและอิสรภาพ ถ้ายังคงรักษาอำนาจในการปกครองตนเองไว้ได้อย่างไรก็ตาม สถานภาพดังกล่าวยังถูกยืนยันกันว่าเมื่อ หมู่ชนหนึ่ง (a people)...ได้ผ่านการอยู่ภายใต้การปกครองของผู้อื่นจะไม่ถือเป็นรัฐอีกต่อไปและไม่มาจากภายใต้กฎหมายนานาชาติโดยตรง

ในคดี Johnson v. M'Intosh ชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกปฏิเสธสถานะภาพของชาติหรือรัฐ เช่นเดียวกับสิทธิในการปกครองตนเองของกลุ่มและสิทธิในดินแดนของพวกเขา ลักษณะของคนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นถูกระบุให้อยู่ในฐานะของ "คนป่าเถื่อน ดุร้าย มีอาชีพทำสงคราม และเลี้ยงชีพด้วยของป่า" ผู้พิพากษา Marshall ได้อ้างความชอบธรรมในสิทธิของอเมริกาที่มีต่อดินแดนของชาวอินเดียนโดยหลักการค้นพบดินแดนว่า

"อย่างไรก็ตามการอ้างสิทธิโดยการแปรเปลี่ยนการค้นพบประเทศที่มีผู้คนอาศัยเป็นการครอบครองด้วยชัยชนะอาจเกิดขึ้นได้หากมีการยืนยันหลักการในเบื้องต้นและคงหลักการนี้ไว้ต่อไป หากประเทศหนึ่งถูกครอบครองและอยู่ภายใต้หลักการนี้ หากทรัพย์สินที่เป็นของแผ่นดินส่วนใหญ่เกิดจากหลักการนี้ หลักการนี้ก็จะเป็นกฎหมายของประเทศและเป็นสิ่งที่เราไม่สามารถตั้งข้อสงสัยได้"

สถานะของชนเผ่าอินเดียนในฐานะเป็นชาติภายใต้เขตแดนของสหรัฐอเมริกาถูกย้ำไว้ในคดี Worcester v. Georgia⁸ ในฐานะเป็นบุคคลอยู่ภายในกฎหมายนานาชาติ (As subject within the law of nations) ชนเผ่าอินเดียนแดงได้รับการยอมรับใน "สิทธิทางธรรมชาติดั้งเดิม" ในดินแดนบรรพบุรุษของเขา อย่างไรก็ตามพวกเขาสามารถจะถูกถอนสิทธิคืนเช่นเดียวกับรัฐ

⁶ Deuene Champagne, *Social Order and Political Change: Constitutional Governments among the Cherokee, the Choctaw, and the Creek*. California: Stanford University Press, 1992.

⁷ These U.S. Supreme Court decision are also known as Chief Justice John Marshall's trilogy. They are: Johnson v. M'Intosh 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); Cherokee Nation v. Georgia. 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); Worcester v. Georgia 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

⁸ Worcester v. Georgia 31 U.S. (6 Pet.) p. 515 (1832)

อธิปไตยอื่นโดยการยกให้โดยความสมัครใจหรือถูกเข้ายึดครอง ดังนั้น การได้มาของสิทธิโดยการค้นพบอย่างเดียวจึงไม่ถูกนับ ขณะที่การเป็นผู้คุ้มครองชาติอินเดียของสหรัฐ ถูกกำหนดโดยขบวนการจัดทำสนธิสัญญา⁹

การอภิปรายอย่างถี่ถ้วนของหลักการค้นพบดินแดนใหม่ในคดี Worcester เป็นการให้ชัดเจนอีกครั้งในเรื่องการบุกรุกดินแดนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมของชาวยุโรปโดยถือกันว่า หลักการค้นพบดินแดนอินสทิติในการครอบครองดินแดนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมแก่ชาวยุโรปแรกที่มีอำนาจในการอ้างสิทธิ์เหนือดินแดนเหล่านั้น และชนเผ่าอินเดียห้ามมอบสิทธินั้นให้แก่ผู้มีอำนาจอื่นๆ โดยหลักการค้นพบดินแดนของ Marshall มีลักษณะเด่นและอยู่ในลำดับรองของกฎเกณฑ์ข้อบังคับจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อสิทธิทางธรรมชาติของชนพื้นเมืองดั้งเดิม รัฐต่างๆ ยังคงถูกพิจารณาในฐานะหนึ่งใน "กลุ่มประกอบมนุษยชาติ" (subset of humanity) ดังนั้นข้อตกลงการค้นพบดินแดนของพวกเขาจึงขึ้นอยู่กับความยินยอมที่จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติที่ได้รับการสืบทอดมาของชาวอินเดีย¹⁰

อย่างไรก็ตามสิ่งสำคัญคือการยอมรับ Cherokee ในฐานะเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถูกตัดสินโดยลักษณะจำเพาะของพวกเขาจากองค์กรทางสังคมและการเมืองที่เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มการเมืองชาติยุโรป ชนเผ่าอินเดียแดงส่วนมากยังถูกพิจารณาเป็น "ฝูงชนที่ไม่มีภูมิลาเนาที่เร่ร่อนไปอย่างป่าเถื่อน ยังไม่ได้ก่อตั้งเป็นสังคมพลเมือง"¹¹ หรืออีกแง่หนึ่งคือความเอนเอียงของการเข้าครอบครองก่อนของทฤษฎีการเมืองศตวรรษที่ 18 และคำตัดสินของศาล คือปฏิเสชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในสถานะเป็นบุคคลของกฎหมายระหว่างประเทศ(subject of international law) เว้นแต่พวกเขาจะเข้าเกณฑ์ความเป็นชาติตามบรรทัดฐานของยุโรป

หลังจากศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา ความคิดทางการเมืองในยุโรปเกี่ยวกับรัฐและการจัดการปกครองรัฐ ทำให้เกิดกระแสความเชื่อที่ว่ารูปแบบอันพึงปรารถนาของสังคมการเมืองคือการที่ดินแดนของรัฐกับอัตลักษณ์ทางการเมืองของประชาชนที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐนั้นและเป็นเจ้าของอธิปไตยมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจนเกิดเป็นรัฐของประชาชาติเดียวกัน การเอนเอียงเหล่านี้เป็นสิ่งบังคับในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 เมื่อแนวคิดปฏิฐาน

⁹ Ibid., pp. 541-559

¹⁰ Francesca Panzironi, "Indigenous Peoples' s Right to Self-Determination and Development Policy, " (Doctor of dissertation, Faculty of Law, University of Sydney, 2006), p. 28.

¹¹ Henry Wheaton, *Elements of International Law*. Boston: Little, Brown and Co., 8thed, 1866. p. 26.

นิยม (positivist) ถูกนำมาใช้แทนกรอบกฎหมายทางธรรมชาติ แนวคิดของปฏิฐานนิยม (positivist) เป็นจุดเริ่มต้นของยุคของกฎหมายนานาชาติ (the law of nations or international law) เริ่มมีผลบังคับใช้สำหรับการล่าอาณานิคมและจักรวรรดิแทนที่จะเน้นการปลดปล่อยให้เป็นอิสระกับชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹²

3.1.2 การเกิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

แม้แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนจะยืนยันความเป็นธรรมชาติสากลของสิทธิมนุษยชนในตัวของเอง แต่สถานะทางกฎหมายของสิทธิมนุษยชนก็เริ่มจากระดับภายในประเทศก่อน เช่น ในกรณีของอังกฤษ อเมริกา และฝรั่งเศส โดยมีเส้นทางการพัฒนาของการยอมรับในสถานะทางกฎหมายที่สลับซับซ้อน แม้จะมีการยอมรับในทางกฎหมายหรือทางวัฒนธรรมในประเทศตะวันตกบ้างแล้ว แต่ในความเป็นจริงแล้วมาตรฐานของฝ่ายตะวันตกต่อการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนของประชาชนภายในประเทศของตนกับประชาชนของประเทศอื่นก็ยังลักลั่นกันอยู่ ดังนั้นกระบวนการพัฒนาสิทธิมนุษยชนให้ยกระดับจากสถานะแห่งกฎหมายภายในสู่การยอมรับเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายสากลที่นานาประเทศต่างต้องมีข้อผูกมัดในการเคารพสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นคนชาติใดเผ่าพันธุ์ใด ย่อมเป็นสิ่งที่มีความยากลำบากอย่างมาก เพราะมักจะมีความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ของชาติเป็นอุปสรรคสำคัญเสมอ ในขณะที่เดียวกันก็มีอุปสรรคความคิดหรือลัทธิความเชื่อบางประการที่เหนี่ยวรั้งการยกระดับสิทธิมนุษยชนให้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹³

3.1.3 การเกิดระบบสหประชาชาติและชนพื้นเมืองดั้งเดิม

สถานภาพทางกฎหมายของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในครั้งหลังของศตวรรษที่ 20 ถูกกระทบโดยเหตุการณ์สำคัญต่างๆ การเกิดขึ้นของระบบสหประชาชาติ การจัดทำรายละเอียดของกรอบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ขบวนการเลิกอาณานิคมและ การเกิดขึ้นของตัวแสดงอื่นที่มีใช้รัฐ (non-state actors) ในสังเวียนระหว่างประเทศ

¹² Francesca Panzironi, "Indigenous Peoples' s Right to Self-Determination and Development Policy, " p. 28.

¹³ จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 256.

การสร้างระบบโลกขึ้นมาใหม่ภายใต้ความอุปถัมภ์ขององค์การสหประชาชาติ เป็นจุดเริ่มยุคใหม่สำหรับความก้าวหน้าของชนพื้นเมืองดั้งเดิมภายในระบบระหว่างประเทศ กฎบัตรสหประชาชาติสร้างระบบระหว่างประเทศควบคุมโดยกฎของรัฐ เช่น ความเท่าเทียมกันของ "อำนาจอธิปไตย" และ "บูรณภาพทางดินแดน" ของรัฐสมาชิก เช่นเดียวกับหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในประเทศของรัฐอธิปไตย¹⁴

ความแปลกใหม่ก็คือ หลักการที่มีใช้รัฐ ถูกนำมาใช้ในวัตถุประสงค์หลักๆ ขององค์กร ได้แก่ การส่งเสริม "สิทธิความเสมอภาคและสิทธิในการกำหนดใจตนเองของประชาชน"¹⁵ "ยอมรับในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ทั้งหมดโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ ภาษาหรือศาสนา"¹⁶ และ "เงื่อนไขของความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ สังคมและการพัฒนา"¹⁷ หลักการเหล่านี้เปิดกว้างให้มีการพัฒนาระบบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งขยายสมรรถนะของกฎหมายระหว่างประเทศเหนือขอบเขตที่ได้พิจารณาให้เป็นสิทธิของรัฐอธิปไตย

อาจกล่าวได้ว่าการเริ่มต้นของระบบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศช่วยยึดหยุ่นการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนเป็นเสมือนการย้อนกลับไปสู่ ยุคคลาสสิกของความเป็นธรรมชาติ ซึ่งกฎหมายถูกกำหนดบนพื้นฐานของวิสัยทัศน์ของ ควรจะเป็นอะไร มากกว่าบนพื้นฐาน คืออะไร และทำให้บริบทของรัฐเป็นเครื่องมือของมนุษยชาติมากกว่าเป็นนาย¹⁸

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นการปฏิวัติ และการพัฒนาอย่างสำคัญยิ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในช่วงเวลาของสหประชาชาติ กฎปฏิบัติระหว่างประเทศขยายขอบเขตจากการประเมินผลการปฏิบัติของรัฐเทียบกับรัฐอธิปไตยอื่น เป็นกฎระเบียบความประพฤติของรัฐภายในอาณาเขตของตนเอง กฎหมายสิทธิมนุษยชนเหนือกว่ารัฐ ขอบเขตของชาติในฐานะที่เป็นมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ นำมาใช้สากลกับทุกแง่มุมของความ เป็นมนุษย์

¹⁴ UN Charter, Art 2, paras 1, 4, 7.

¹⁵ Ibid., Art 1, para 2.

¹⁶ Ibid., Art 1, para 3.

¹⁷ Ibid., Art 55.

¹⁸ Francesca Panzironi, "Indigenous Peoples' s Right to Self-Determination and Development Policy, " p. 45.

การนำกฎระเบียบมาตรฐานต่างๆ มาใช้ และการเกิดขึ้นของผู้แสดงอื่นที่ไม่ใช่รัฐ (non-state actors) ในสังเวียนระหว่างประเทศ ดังที่ Anaya ให้ข้อสังเกตว่า "บุคคล องค์กรระหว่างประเทศ องค์กรระหว่างชาติ สหภาพแรงงานและองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล เข้าไปร่วมในพิธีการ ที่ปรับปรุงเนื้อหาปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศ" ดังนั้นจุดเริ่มต้นของความเป็นมนุษย์และวัตถุประสงค์ทางคุณธรรม บอกกล่าวถึงขบวนการตั้งใจพหุภาคี ดำเนินการโดยทั้งรัฐและหน่วยงานที่ไม่ใช่รัฐ ที่ได้รับอนุญาตให้ปรับปรุงมาตรฐานระหว่างประเทศ¹⁹ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในในฐานะที่เป็นส่วนเฉพาะของสังคมพลเรือนโลก เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการนี้ โดยเฉพาะในช่วง 20 ปีหลังนี้ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเริ่มมีความชัดเจนในระบบสหประชาชาติ ใน 3 ด้านแตกต่างกัน ได้แก่ การเป็นสถาบัน เป็นมาตรฐาน และเป็นวิธีการ

ระดับสถาบัน ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีส่วนร่วมเพิ่มขึ้นในฐานะประเภทตัวแสดงอื่นที่ไม่ใช่รัฐ ในเวทีกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องต่างๆ ยิ่งกว่านั้นในปี 1980 พวกเขาได้เข้าร่วมในการกำหนดมาตรฐานและขบวนการยกระดับความสำนึกในบริบทของหน่วยงานสหประชาชาติทั้งหลาย คณะกรรมาธิการย่อยในเรื่องของประชากรพื้นเมือง (The sub-commission s Working Group on Indigenous Populations)²⁰ คณะทำงานระหว่างภาคของคณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนสำหรับการทำรายละเอียดของร่างปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของประชาชนพื้นเมือง²¹ ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมือง²² และการประชุมใหญ่ครั้งล่าสุดในประเด็นชนของพื้นเมือง²³ เป็นกลไกสถาบันหลักสำหรับชนพื้นเมืองกำหนดขึ้นภายในระบบสหประชาชาติ

ระดับมาตรฐาน หน่วยงานที่เกิดขึ้นของการเริ่มต้นที่เป็นมาตรฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกพัฒนาขึ้นภายในกรอบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

¹⁹ Although UN membership is limited to states, the UN Charter set out significant levels and forms of non-state participation in the organization's deliberative processes. It indeed allows non-governmental organizations to affiliate with the Un Economical and Social Council, the parent body of the United Nations' human rights and social policy organs (Art.56)

²⁰ UN ESCOR Res.1982/34 (1982)

²¹ UN Doc.E/CN4/Sub2/1994/2/Add.1 (1994)

²² Human Rights Commission Res.2001/57, Un Doc. E/CN4/DEC/2001/571(24 April 2001)

²³ UN ESCOR Res.2000/22.

ระดับวิธีการ การเกิดขึ้นของกฎหมายเกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมภายในกรอบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต้องการการตรวจสอบ และในขอบเขตกลไกวิธีการที่ตั้งขึ้นมาภายใต้ระบบควบคุมดูแลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

3.1.4 การเกิดโลกาภิวัตน์ องค์กรพัฒนา และการเคลื่อนย้ายและอพยพ

ปัญหาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในสถานการณ์ปัจจุบันนั้นสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ 2 ประการ²⁴ ประการแรกได้แก่โลกาภิวัตน์และองค์กรพัฒนาประการที่สองได้แก่การเคลื่อนย้ายและอพยพ สรุปได้ดังนี้

1) โลกาภิวัตน์และองค์กรพัฒนา

ชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้ตกเป็นเป้าหมายและได้รับความเสียหายอย่างมากเมื่อโลกได้เปลี่ยนเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์และองค์กรพัฒนาต่างๆ เนื่องจากผืนแผ่นดินของพวกเขาที่มีความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรทางธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ สามารถสร้างโอกาสทางกำไรอย่างมาก อีกทั้งพวกเขายังไม่มีความมั่นคงเนื่องจากอำนาจอธิปไตยของพวกเขาไม่ได้รับการยอมรับจากข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ หรือจากรัฐส่วนมาก ข้อตกลงทางทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ เช่นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการค้าของทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPS) หมวดหนึ่งของข้อตกลงการค้าโลก เป็นหลักเกณฑ์ที่คุกคามชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยเฉพาะโดยโลกาภิวัตน์ขององค์กร เนื่องจากพวกเขาอาศัยอยู่ในพื้นที่ซึ่งมีความรู้มากมายเกี่ยวกับพืชและสัตว์ที่พวกเขามีอาณาเขตร่วมกัน ความรู้เหล่านี้พัฒนามาจากอดีต แบ่งปันและใช้ร่วมกัน ซึ่งข้อตกลงทางทรัพย์สินทางปัญญาเช่น (TRIPS) ไม่ได้คุ้มครองไว้ ผลก็คือ ความรู้ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกผู้อื่นและบริษัทยึดเอาไปอ้างเป็นสิทธิบัตร รวมถึงสมุนไพรที่ใช้ทำยา พันธุ์พืชที่เพาะปลูกยากและการต่อต้านโรคปศุสัตว์ที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมค้นพบ ล้วนถูกนำไปจดเป็นสิทธิบัตรโดยคนนอกพื้นที่และบริษัทต่างๆ

จากการแบ่งแยกระหว่างแนวคิดชนพื้นเมืองดั้งเดิมและผู้ที่ไม่ใช่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมักจะทำงานภายในกรอบแนวคิดที่ต่างไปอย่างชัดเจนของสิ่งที่เป็นความรู้ ความมั่งคั่ง การพัฒนาและความก้าวหน้า โครงการพัฒนาที่ออกแบบโดยชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะให้คุณค่ากับความยั่งยืนของสิ่งแวดล้อม การรักษาไว้ซึ่ง

²⁴ Marisol Ruiz, Nathalie Mariano & Kimberly Jones, Indigenous People. [Online]. Available from : <http://www.munfw.org/archive/45th/chr2.htm> [9 feb 2008]

วัฒนธรรม และการไม่เน้นด้านวัตถุในการเพิ่มผลิตภัณฑ์มวลรวมซึ่งจะเป็นทางเลือกที่รุนแรงต่อโครงการพัฒนา ภายใต้ข้อตกลงการค้าระหว่างชาติ และโครงการพัฒนาชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะเป็นเป้าหมายของการพัฒนา ตามที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมกำลังอ้างว่า การพัฒนาจะเป็นด้านบวกได้ต่อเมื่อชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นผู้ดำเนินการ โดยสร้างขบวนการพัฒนาที่สอดคล้องกับคุณค่าความเชื่อและทัศนคติการมองโลกของพวกเขา

2) การเคลื่อนย้ายและอพยพ

การเคลื่อนย้ายและอพยพนับเป็นปัญหาสำคัญของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกือบทุกกลุ่ม เพราะเมื่อใดก็ตามที่ผู้คนต้องย้ายออกจากพื้นที่ที่เคยอยู่ ย่อมจะเกิดความสูญเสียวิถีในการดำรงชีวิตของพวกเขาอันเป็นบ่อเกิดของความเสื่อมทางวัฒนธรรมด้วย สิ่งนี้เกิดขึ้นกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมหลายกลุ่มในอเมริกาเหนือ รวมถึง Chelokee และ Choctaws แหล่งแร่ธาตุที่มีคุณค่าที่ถูกรบกวนในพื้นที่ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ได้สร้างความยากลำบากให้กับชาวอะบอริจิน พื้นที่บางส่วนของออสเตรเลียที่เป็นที่อยู่อาศัยของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นพื้นที่ที่อุดมไปด้วยแร่ยูเรเนียม ชาวอะบอริจินที่เป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมของออสเตรเลียได้รับชัยชนะในปี 1992 จากกรณี Mabo vs. Queensland ซึ่งกรณีนี้ทำให้พวกเขาได้รับการยอมรับว่ามีกรรมสิทธิ์ในถิ่นที่อยู่ ตัวอย่างความเสียหายอย่างใหญ่หลวงจากการทำเหมืองได้เกิดขึ้นในเกาะที่เพิ่งได้รับเอกราชของชาว Nauru ซึ่งบริษัทเหมืองได้ทำให้พื้นที่กว่าสี่ในห้าส่วนของเกาะไม่สามารถอยู่อาศัยได้ ชาว Nauru จึงได้เรียกร้องขอการชดเชยจากสหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

ความต้องการที่มากขึ้นจากชุมชนที่มีขนาดใหญ่ได้ส่งผลกระทบต่อชุมชนชาวพื้นเมืองดั้งเดิมในยุโรปตอนเหนือ โดยชนพื้นเมืองดั้งเดิมในพื้นที่ Saami ได้เข้าร่วมต่อสู้กับรัฐบาลของนอร์เวย์ โครงการไฟฟ้าพลังน้ำที่ชื่อ Alta-Kautekaino project (AKP) ซึ่งเริ่มต้นในปี 1978 โดยโครงการนี้บังคับให้ชาว Saami และกวางเรนเดียร์ต้องอพยพโยกย้ายออกจากถิ่นฐาน ชาว Saami ได้ส่งฟ้องเรื่องนี้ในศาล โดยไปสิ้นสุดที่ศาลสูงสุดของนอร์เวย์แต่พ่ายแพ้ โดยเป็นความเห็นในชั้นศาลเห็นว่าชาว Saami ไม่ใช่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามกฎหมายจารีตประเพณีสากล (International Common Law)

รวมถึงการเข้ายึดครองพื้นที่ที่ยังคงดำเนินต่อไปพร้อมกับพื้นที่ศักดิ์สิทธิ์ที่ลดหายไปเรื่อยๆ ดังที่ชนพื้นเมืองฮาวาย ซึ่งสิทธิของพวกเขาในการบูชาได้ถูกขัดขวางจากการพัฒนาพื้นที่ในป่า Wao Kele o Puna โรงงานพลังความร้อนใต้พิภพตั้งอยู่บนพื้นดินที่เป็นที่ศักดิ์สิทธิ์ของชาวฮาวาย ชนพื้นเมืองฮาวายเองก็ไม่สามารถปกครองตนเองได้มาเป็นเวลาไปที่รัฐบาลเป็นเวลา กว่า 100 ปีแล้ว เหล่านี้เป็นเพียงแค่ตัวอย่างพื้นที่ที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมต้องดิ้นรนต่อสู้เพื่อรักษาถิ่นที่

อยู่ รวมถึง วัฒนธรรมและวิถีชีวิตของพวกเขาด้วย การศึกษาค้นคว้าเรื่องนี้อย่างจริงจังพบว่ามีผู้คนจำนวนมากมาที่ต้อต้งเผชิญกับวิกฤตและอุปสรรคต่างๆ ที่คุกคามการดำรงอยู่ของพวกเขา

จากการศึกษาพบว่าความเป็นมาและปัญหาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเริ่มขึ้นจากการที่พวกเขาถูกแย่งชิงดินแดน โดยอาณานิคม เริ่มแรกเป็นปัญหาภายในรัฐ และก่อตัวพัฒนามากลายเป็นปัญหาระดับประเทศ วิวัฒนาการของความเป็นมา และการจัดการกับปัญหาเป็นไปตามยุคสมัย ปัจจุบันการเกิดขององค์การสหประชาชาติ และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ทำให้ปัญหาชนพื้นเมืองดั้งเดิม ได้รับการใส่ใจในระดับระหว่างประเทศมากขึ้น ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีการเคลื่อนไหวโดยชุมชนเรียกร้องสิทธิในการกำหนดใจตนเองของพวกเขาเป็นสำคัญ เพื่อที่พวกเขาจะได้ใช้สิทธิต่างๆ ผ่านสิทธิในการกำหนดใจตนเองในการจัดการกับปัญหาของตน ชื่อเรียกร้องของชนพื้นเมืองในความเป็นอิสระ แบ่งเป็น 3 ด้าน คือ 1. ความเป็นอิสระในการพัฒนาเศรษฐกิจของตนเอง 2. ความเป็นอิสระทางการเมือง 3. ความเป็นอิสระด้านวัฒนธรรม

การเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองในทุกๆ พื้นที่ทั่วโลกส่วนใหญ่เรียกร้องถึงสิทธิที่จะได้อยู่อาศัยบนแผ่นดินของบรรพบุรุษซึ่งสืบทอดต่อเนื่องกันมาอย่างเป็นอิสระ สิทธิในทรัพยากร สิทธิดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรมของตน และสิทธิในการปกครองตนเองจากรัฐที่เข้าปกครองและได้ละเมิดสิทธิของพวกเขา ในหัวข้อต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงคำจำกัดความของ ใครคือชนพื้นเมืองดั้งเดิม และตัวตนผู้ดำรงสิทธิในการกำหนดใจตนเองว่าใครคือผู้มีสิทธิ และผู้มีสิทธิดังกล่าวรวมถึงชนพื้นเมืองดั้งเดิมด้วยหรือไม่

3.2 คำจำกัดความของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และตัวตนผู้ดำรงสิทธิ

3.2.1 คำจำกัดความของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous peoples)

คำว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิม หรือ Indigenous peoples นี้มีคำอื่นๆ ที่ใช้เรียกแทนกันอยู่ เช่น ชน กลุ่มน้อยทางวัฒนธรรม (Cultural minorities) ชาวเขาเผ่าต่างๆ (Hill tribes) คนพื้นเมืองที่มีอยู่แต่เดิมในท้องถิ่น (Aboriginals) เผ่าชนต่างๆ (Tribals) ชนกลุ่มน้อยพื้นเมืองโดยกำเนิด (Native and indigenous minorities) เป็นต้น ซึ่งแม้คำเหล่านี้จะสามารถใช้ได้กับบริบทเฉพาะที่เฉพาะเรื่องแต่ก็ยังไม่ตรงกับความเป็นจริงเสียทีเดียว รัฐต่างๆ ได้พยายามให้นิยามแก่คำคำนี้ให้เหมาะแก่ความจำเป็นทางการเมืองของตน เช่น เผ่าชนล้าหลัง (Backward tribes) ชาวเขา (Mountain peoples) และ ผู้อยู่อาศัยในที่ห่างไกล (Remote area dwellers) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม

ตาม ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้ต่างก็ไม่ประสงค์ที่จะได้รับการเรียกขานเป็นอย่างอื่นนอกจากตามชื่อที่พวกเขามีอยู่ และมองตนเองว่าเป็นกลุ่มชนจำเพาะ (A distinct peoples)²⁵

ปัจจุบันมีชนพื้นเมืองดั้งเดิมอยู่ทั่วโลกกระจายตัวกันไปทั้งในบริเวณทวีปอเมริกา แอฟริกา ออสเตรเลีย และในทวีปเอเชีย เฉพาะชนพื้นเมืองดั้งเดิมในทวีปเอเชียนั้นมีจำนวนถึง 300 ล้านคน เป็นอย่างน้อย ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้มีการรวมตัวเป็นชุมชนต่างๆ มาก่อนที่จะมีการก่อตั้งรัฐสมัยใหม่ขึ้น วิถีชีวิตและการดำรงอยู่ของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้ก่อให้เกิดจารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติอย่างมากมายโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับธรรมชาติและฐานทรัพยากร²⁶

การให้ความหมายคำว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีการให้ความหมายและลักษณะสำคัญไว้ เช่น "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" คือ ประชาชนผู้ซึ่งได้อยู่อาศัยในแผ่นดินใดแผ่นดินหนึ่งมาก่อนที่จะมีการยึดครองเป็นอาณานิคม และเป็นผู้ซึ่งมีความแตกต่างทางสังคมก่อนที่จะมีการปกครองดินแดนเหล่านั้น พวกเขามีความต้องการในการดูแลรักษาที่ดิน ปกป้องภาษาและส่งเสริมวัฒนธรรมของตนเอง รวมถึงพยายามรักษาธรรมเนียมประเพณีของตนเองตามวิถีชีวิตแต่ดั้งเดิม

สำหรับองค์การสหประชาชาติ ได้ให้ความหมายของชนพื้นเมืองดั้งเดิมว่าหมายถึง ประชาชนกลุ่มแรก กลุ่มชนเผ่า คนพื้นเมืองดั้งเดิม และชนพื้นเมืองดั้งเดิมแต่เริ่มแรก พวกเขามีความต่อเนื่องของประวัติศาสตร์ก่อนที่จะมีการรุกราน และก่อนที่จะสังคมอาณานิคมจะเข้าไปในพื้นที่ของพวกเขา พวกเขาทั้งหลายมีความแตกต่างจากส่วนของสังคมปัจจุบันที่มีอิทธิพลมากกว่าในดินแดนของพวกเขา และพวกเขาในปัจจุบันไม่ได้รวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสังคม แต่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้ยังดำรงชีวิตตามจารีตประเพณีของตน มุ่งมั่นที่จะปกป้องรักษา พัฒนา และถ่ายทอดดินแดนที่ตกทอดอัตลักษณ์ของพวกเขาให้กับชนรุ่นถัดไป แม้ว่า การปรากฏตัวของบุคคลกลุ่มอื่นจะมีผลต่อวัฒนธรรม สังคมและระบบกฎหมายของพวกเขา²⁷

²⁵ Nicholas, Colin. "A common struggle: To Regain Control." [Online]. Available from: <http://www.magicriver.net/control.htm>, (20/7/2550)

²⁶ กอบกุล ราชะนาคร, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ: มูลนิธิสธารณสุขแห่งชาติ และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2548), หน้า 32.

²⁷ "STUDY GUIDE : The Rights of Indigenous Peoples" [Online]. Available from : <http://www1.ume.edu/humanrts/edumat/studyguides/indigenous.html> (27 November 2007)

ทั้งนี้ "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" ยังหมายถึง กลุ่มบุคคลที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐมาแต่ดั้งเดิม แต่เพราะเป็นประชากรในอาณานิคมของประชาชนชาติอื่น จึงทำให้ต้องสูญเสียอำนาจอธิปไตย และกลายเป็นผู้อยู่ใต้อำนาจอรัฐหรือสังคมอื่น ซึ่งพวกเขา มีลักษณะเชื้อชาติ วิถีชีวิต วัฒนธรรมและ ธรรมเนียมปฏิบัติแตกต่างไปจากบุคคลที่เข้ามาในดินแดนนั้นภายหลัง พวกเขาถูกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจการปกครองที่ปฏิเสธ ดูแลคนในคุณค่าตัวตนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ถูกมองว่าล้าหลัง ป่าเถื่อน ซึ่งสมควรถูกกำจัด นำมาเป็นผู้รับใช้อำนาจตน หรือต้องพัฒนาให้คนเหล่านี้ทันสมัย เหมือนกับพวกตน อันทำให้มีการเรียกร้องของชนกลุ่มนี้ที่จะดำรงรักษาวิถีชีวิต จารีตประเพณี และ ธรรมเนียมปฏิบัติในชีวิตรวมถึงสิทธิต่างๆ เช่น สิทธิในที่ดินของพวกเขาที่จะให้ดำรงอยู่ต่อไป

อย่างไรก็ตามไม่มีข้อยกเว้นระหว่างประเทศในคำจำกัดความของคำว่า ชนพื้นเมือง ดั้งเดิม ในปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมใช้คำว่า "indigenous peoples" ถึงแม้ว่าบางประเทศจะคัดค้านการใช้คำว่า peoples ในบริบทของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และบางประเทศพยายามจำกัดประเด็นของการเรียกชนพื้นเมืองดั้งเดิมไว้ในบริบทของรัฐมากกว่า ที่จะให้เป็นไปตามลักษณะตามประเด็นที่เป็นสากล การอภิปรายในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับ แนวคิดของคำว่ากลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous peoples) นั้นมักจะตามมาด้วยคำถามหลัก สองประการ คือ 1. ใครควรถูกระบุอัตลักษณ์ว่าเป็น ชนพื้นเมืองดั้งเดิม 2. การใช้คำต่างๆ ใน บริบทของ ประชาชน "people" กลุ่มชน (peoples) และ ประชากร (populations)²⁶

ถึงกระนั้นก็ดี แม้ว่าจะไม่มีความเห็นทั่วไปในคำจำกัดความ แต่ก็มีความพยายามในการ ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมในหลายระดับด้วยกัน

อย่างไรก็ดี ถ้าพิจารณาการแสดงออกทางด้านรูปธรรมแล้วจะเห็นว่า คำนิยามที่เกี่ยวกับ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะเน้นถึงเรื่องความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์ (Historical Continuity) ซึ่งเป็น สิ่งสำคัญที่ทำให้เกิดความแตกต่างอย่างชัดเจน แต่จนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่มีความหมายของว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" ที่ชัดเจนในกฎหมายระหว่างประเทศ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าสาเหตุที่ทำให้ไม่สามารถหาคำจำกัดความภายใต้บริบทที่เจาะจง ชัดเจนได้เนื่องมาจาก 1. ชนพื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งมีอยู่ในโลกนี้มีจำนวนมากกว่า 350 ล้านคนซึ่งมา จาก 5,000 กลุ่มอาศัยอยู่ในกว่า 70 ประเทศและล้วนแต่มีความแตกต่างและหลากหลาย ซึ่งความ

²⁶ Johan B. Henriken, "Implementation of Self-Determination of Indigenous Peoples within the Framework of Human Security," International Conference on Indigenous Peoples' Self-Determination and the Nation State in Asia, Baguio, Philippines, 18-21 April 1999, p.4.

แตกต่างกันและหลากหลายนี้ทำให้ไม่สามารถมีความเห็นที่พ้องกันได้ในระดับระหว่างประเทศ 2. แต่ ละภูมิภาคหรือแต่ละชาติต่างมีความเห็นในเรื่องคำจำกัดความเกี่ยวกับ "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" ที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้เพื่อรักษาสถาปัตยกรรมของตนเองและหลีกเลี่ยงความสามารถในการกล่าวอ้าง สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมให้มากที่สุด ซึ่งข้อที่ 2 นี้เป็นอุปสรรคใหญ่ในการเห็นพ้องในคำจำกัด ความของ ชนพื้นเมืองดั้งเดิม เพราะมีผลต่ออำนาจของรัฐ

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาความหมายของคำว่า ชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามความหมาย ของกฎหมายระหว่างประเทศที่นิยามไว้ และความพยายามในการให้คำจำกัดความในหลายๆ ระดับสามารถพิจารณาได้ว่า ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีลักษณะดังนี้ คือ

1. เป็นกลุ่มคนที่ได้อาศัยอยู่ในดินแดนแห่งใดแห่งหนึ่งมาก่อน (first people) อย่าง ต่อเนื่องยาวนาน และมีความผูกพันอย่างลึกซึ้งต่อดิน และอาณาเขตมีวัฒนธรรม และวิถีการดำรงชีวิตที่มีลักษณะเฉพาะกลุ่ม ต่อมากลุ่มคนเหล่านี้ได้เผชิญหน้ากับ การล่าอาณานิคมและการตั้งรัฐสมัยใหม่ (Modern State)
2. ภายหลังจากการก่อตั้งรัฐขึ้น ได้มีการใช้อำนาจรัฐสิทธิรอนสิทธิของกลุ่มคนเหล่านี้ ทั้งในทางกฎหมายและการปฏิบัติ พร้อมกับการเข้าแย่งชิงที่ดิน ทรัพยากร และ ทรัพยากรชีวภาพของพวกเขา โดยไม่ได้คำนึงถึงสิทธิของพวกเขาที่ดำรงอยู่มาก่อน

3.2.2 ตัวตนผู้ดำรงสิทธิในการกำหนดใจตนเองในกฎหมายระหว่างประเทศ

นับตั้งแต่การประกาศอิสรภาพของอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 (The American Declaration of Independent in 1776) หลักการกำหนดใจตนเองถือเป็นเรื่องเด่นในกฎหมายระหว่างประเทศ และทางการเมืองจนกระทั่งได้ถูกบรรจุเข้าในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมถึงในกฎ บัตรสหประชาชาติ General Assembly's 1960 Declaration ที่ว่าด้วยการให้อิสรภาพแก่ประเทศ อาณานิคมและประชาชน และ ข้อ 1 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นส่วนหนึ่งของบัญญัติ ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของพลเมือง (The International Bill of Rights) ต่างระบุว่า "กลุ่มชน (peoples) ทั้งหมดมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองและโดยอาศัยสิทธินั้น พวกเขาตัดสินใจ ได้อย่างอิสระในอันที่จะเลือกสถานภาพทางการเมืองและการดำเนินการได้อย่างเสรีทั้งในด้าน เศรษฐกิจ สังคมและในการพัฒนาวัฒนธรรมของพวกเขา"

อย่างไรก็ดี ความสับสนคลุมเครือของบทบัญญัติของปฏิญญาในปี 1960 และ ข้อผิดพลาดที่ไม่ได้ระบุคำจำกัดความที่ชัดเจนของคำว่า "peoples" ไว้ทั้งในปฏิญญาและ

ข้อตกลงระหว่างประเทศ ทำให้เกิดทฤษฎีทางเลือกรับขึ้นมากมายเกี่ยวกับผู้รับผลประโยชน์ที่ตั้งใจจะให้สิทธิดังกล่าว

การกำหนดใจตนเองเป็นเรื่องของ "สิทธิ" ดังนั้นการจะนำไปใช้จึงต้องพิจารณาจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสิทธิ คือ ผู้ให้สิทธิ และผู้ถือสิทธิ ส่วนสิทธิเองนั้นมีความหมาย คือ สิ่งที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ แต่สิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่เหมือนสิทธิตามกฎหมายภายใน เนื่องจากไม่มีผู้บังคับและ รับรองให้ การให้สิทธิใดๆ ตามกฎหมายเป็นไปตามหลักเรื่องความยินยอมของรัฐ (Consent) และจะเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองคุ้มครองกันได้อย่างต้องอยู่ในรูปแบบของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คือ กฎหมายจารีตประเพณีหรือสนธิสัญญา (Customary Law and Conventional Law) ซึ่งเป็นผลมาจากความเชื่อว่า สิ่งนั้นเป็นกฎหมาย (Opino juris est sive necessitates) และแนวทางปฏิบัติของรัฐ (State Practice) โดยหากมีการยอมรับโดยทั่วไปแล้ว ย่อมมีลักษณะเป็นการบังคับใช้ทั่วไป (erga omnes) ซึ่งทุกรัฐยึดถือปฏิบัติ หากไม่มีการทำสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ยกเว้นกรณีที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาคมระหว่างประเทศ สนธิสัญญาใดที่ขัดกับกฎหมายหรือหลักการดังกล่าวถือเป็นโมฆะ ได้แก่กฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus Cogens) เช่น การค้าทาส (Slavery) การทรมาน (Torture) อาชญากรรมสงคราม (War Crime) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime Against Humanity) และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)

ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาว่าตัวตนผู้ดำรงสิทธิในการกำหนดใจตนเองคือใคร ที่จะเป็นผู้ได้รับสิทธิดังกล่าว อันจะนำไปสู่การพิจารณาว่าสามารถ นำหลักในเรื่องการกำหนดใจตนเองมาใช้ได้หรือไม่

1) ตัวตนในความหมายของคำว่า ประชาชน (People)²⁹

ในช่วงหลังสงครามโลก แนวคิดเกี่ยวกับ "ประชาชน" (people) ถือกำเนิดขึ้นในสภาพของบุคคลที่แยกออกมาต่างหากอย่างชัดเจนในกฎหมายระหว่างประเทศ เคลเซน (Kelsen) กล่าวว่า การอ้างถึงกลุ่มชน (peoples) ที่บัญญัติในกฎบัตรเคกเป็น การอ้างถึงแต่รัฐ การตีความดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับ แนวคิดของหมู่ชนหนึ่ง (a people) ได้รับการยอมรับว่ามีสถานภาพที่แยกออกมาจากรัฐ การตีความดังกล่าวได้รับการยืนยันโดยตราสารระหว่างประเทศ

²⁹ Thomas D. Musgrave, *Self-Determination and National Minority* (London: Oxford University Press, 1997), pp. 177-179.

ซึ่งบ่งชี้ว่า "ประชาชน" (people) ต่างหากมิใช่ "รัฐ" ที่เป็นเจ้าของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง มติ 2625 (XXV) ยิ่งกล่าวไกลไปถึงการบ่งชี้ว่าสิทธิของกลุ่มชน (peoples) นี้แท้จริงแล้วเป็นปรปักษ์กับรัฐ โดยกล่าวว่าการกำหนดใจตนเอง (self-determination) เป็นสิทธิ "กลุ่มชนหรือปวงชนทั้งหลาย" (all peoples) และหน้าที่ของรัฐ "ทุกๆ รัฐ" ที่ต้องให้ความเคารพ

บางรัฐอ้างว่าสิทธิของกลุ่มชนในการกำหนดใจตัวเอง ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อรัฐอิสระ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวจะใช้เฉพาะแก่ดินแดนที่ไม่ได้ปกครองตนเอง แม้กระบวนการล้มเลิกระบอบอาณานิคม (decolonization) จะทำให้เกิดด้านหนึ่งของสิทธิการกำหนดใจตนเอง แต่มีหลักฐานจากการวิเคราะห์ตัวของตราสารระหว่างประเทศส่วนใหญ่ และ จากการทบทวนการปฏิบัติของสหประชาชาติ ว่าคำว่า "ประชาชน" (people) ไม่สามารถจำกัดเฉพาะประชากรของดินแดนที่ไม่ได้ปกครองตนเอง ตราสารระหว่างประเทศต่างๆ และการปฏิบัติของสหประชาชาติ บ่งชี้ชัดเจนว่าการกำหนดใจตนเองยังสามารถใช้กับประชากรของรัฐเอกราชได้ด้วย

สิทธิการกำหนดใจตนเองในทฤษฎีรัฐบาลตัวแทน (representative government) ยอมรับว่าคำว่า "ประชาชน" (people) ใช้กับประชากรของดินแดนที่ไม่ได้ปกครองตนเองและรัฐเอกราช ถึงกระนั้น "ประชาชน" (people) ที่รัฐมีภาระรับผิดชอบภายใต้ทฤษฎีรัฐบาลตัวแทน คือ ประชากรของรัฐดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น รัฐทางตะวันตก ภาระที่รัฐมี คือ การรับรองว่าประชาชนได้ออกมาใช้อำนาจอธิปไตยเป็นระยะๆ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดรัฐบาลตัวแทน ภาระที่รัฐต้องทำนั้นมีเพียงแค่การรับรองว่ารัฐบาลจะไม่กีดกันประชากรส่วนใดๆ เนื่องจากเชื้อชาติ ลัทธิทางศาสนา หรือสีผิวของประชากรเหล่านั้น

กลุ่มชาติพันธุ์ที่มีหลากหลายเชื้อชาติ (diverse ethnic group) ภายใต้รัฐหนึ่งๆ มักจะไม่ถือว่าตนเองเป็นเพียง "ประชาชน" (people) หรือ ปฏิบัติเพียง "เจตจำนงค้ำของเสียงข้างมาก" ในทางกลับกัน กลุ่มชาติพันธุ์ดังกล่าวมักสร้างกลุ่มย่อยเฉพาะเชื้อชาติแยกย่อยกันออกไปภายในรัฐ และพยายามกำหนดสถานภาพทางการเมืองของตนเอง แนวคิดที่ว่า กลุ่มชาติพันธุ์สามารถจำกัดความในฐานะ "กลุ่มชน" (peoples) มีหลักฐานที่สนับสนุนในร่างเอกสาร (travaux preparatoires) ของกฎบัตรสหประชาชาติ ยิ่งไปกว่านั้นในช่วง 15 ปีแรก ที่สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ยอมรับเหตุการณ์แบ่งแยกดินแดนที่ไม่ได้ปกครองตนเองออกเป็นรัฐต่างๆ เพื่อตอบสนองความปรารถนาในการก่อตั้งประเทศของกลุ่มชาติพันธุ์ต่างๆ ภายในดินแดนของพวกเขา แม้ว่าแนวคิดที่มีต่อการกำหนดใจตนเองจะถูกมองข้ามโดยการนำมติ 1514 (XV) มาใช้ ที่สมัชชาใหญ่สหประชาชาติยังเรียกกลุ่มชาติพันธุ์บางกลุ่มในฐานะ "กลุ่มชน" (peoples) แม้ในมติหลักๆ ของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติว่าด้วยการกำหนดใจตัวเอง จะอธิบายคำว่า "ประชาชน" (people)

ในภาษาที่มีความหมายถึงเครือข่ายชาติพันธุ์ (ethnic affiliation) การรับรองต่อสหประชาชาติของ รัฐต่างๆ ที่ก่อตั้งโดยกลุ่มชาติพันธุ์บางกลุ่ม เช่น บังคลาเทศ ยังอาจช่วยให้มีการยอมรับกลุ่มชาติพันธุ์เป็น "กลุ่มชน"(peoples) ในทางอ้อม

อีกด้านหนึ่ง กลุ่มชาติพันธุ์ที่ถูกยกให้เท่าเทียมกับ "กลุ่มชน"(peoples) ได้สร้างปัญหาขึ้น พื้นฐานในกฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหาอันดับแรก คือ การให้คำจำกัดความ "หมู่ชนหนึ่ง"(a people) ภายใต้ความหมายของกลุ่มชาติพันธุ์ได้ก่อให้เกิดความแตกต่างเป็นอย่างมาก เนื่องจาก ลักษณะเฉพาะของแนวคิด สถานการณ์จะยิ่งซับซ้อนขึ้นไปอีก จากข้อเท็จจริงที่ว่าชนกลุ่มน้อย (ethnic minority) และชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous population) ต่างกล่าวอ้างว่าเป็นกลุ่มชน (peoples) เช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อการกำหนดใจตนเองได้ถูกผนวกกับสิทธิพิเศษของกลุ่มชาติพันธุ์ เพื่อใช้ในการกำหนดสถานภาพทางการเมืองของคนเหล่านี้ สิทธินี้จะไม่เป็นสิทธิมนุษยชน อีกต่อไป เพราะมันจะกลายเป็นข้อบังคับ มีความไม่น่าเป็นไปได้สูงว่าสิทธิการกำหนดใจตัวเองนี้ รวมเข้ากับข้อตกลงสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือการกำหนดใจตนเองที่ถูกอ้างในฐานะ "สิทธิ" ในมติ 1514 (XV) และมติ 2625 (XXV) นี่เป็นการกระทำโดยเจตนา การจำแนกกลุ่มชาติพันธุ์เป็นกลุ่มชน (peoples) ยังทำให้เกิดประเด็นการแบ่งแยกดินแดน เนื่องจากกลุ่มชาติพันธุ์ดังกล่าวอาจต้องการที่จะกำหนดสถานภาพทางการเมืองในรูปแบบของการแยกออกจากประเทศของตนเอง

2) ตัวตนในความหมายของคำว่ากลุ่มชน (Peoples)

เมื่อจากเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ แล้วจะเห็นได้ว่า ผู้ที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับให้เป็นผู้ที่สามารถอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้นั้นคือ กลุ่มชน (peoples) ดังจะเห็นได้จากกฎบัตรสหประชาชาตินั้น ในวัตถุประสงค์ของกฎบัตรข้อ 1 (2) บัญญัติว่า "2. To develop friendly relation among nations based on.....self-determination of peoples...."³⁰ และในข้อ 55 ของกฎบัตรได้บัญญัติว่า "self-determination of peoples..."³¹ เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ในมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติและปฏิญญาและเอกสารทุกฉบับที่กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ก็ล้วนกำหนดว่าผู้มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองคือกลุ่มชน (peoples)

³⁰ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-6 (กรุงเทพฯ: รุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด, 2528), หน้า 408.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 420.

เท่านั้น เช่นในมติที่ 1514 ใช้ข้อความว่า "2 All peoples have right to self-determination..."³² ส่วนในมติที่ 2625 ใช้ข้อความว่า "...all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and pursue their economic, social and cultural development..."³³ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวโดยละเอียดไปถึงว่ากลุ่มชนดังกล่าวนั้น จะต้องเป็นกลุ่มชนที่มีขนาดเท่าใด ต้องเป็นกลุ่มชนทั้งหมดในดินแดนอาณานิคมหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คำว่า กลุ่มชนนั้นไม่ได้แสดงความหมายที่ชัดเจนว่า จะหมายถึงความถึงเฉพาะกลุ่มชนทั้งหมดในดินแดนอาณานิคม หรือจะหมายความรวมถึงกลุ่มชนเล็กๆ ในดินแดนอาณานิคมด้วย อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้กล่าวถึงลักษณะโดยละเอียดของคำว่า กลุ่มชนเอาไว้ชัดเจนนัก แต่เมื่อพิจารณาจากหลักการที่ว่า แนวคิดพื้นฐานของสิทธิในการกำหนดใจตนเองคือการให้เอกราชและอิสระในการปกครองตนเองแก่ดินแดนอาณานิคม และการดำเนินการดังกล่าวจะต้องมีการลงประชามติเพื่อตรวจสอบความเห็นและความคิดโดยรวมของกลุ่มชนในดินแดนอาณานิคมเสียก่อน ซึ่งผลของการลงประชามติจะตัดสินกันโดยเสียงข้างมากของกลุ่มชนในดินแดนอาณานิคมนั้นๆ ผลของประชามติจึงถือว่าเป็นความประสงค์ของกลุ่มชนทั้งหมดในดินแดนอาณานิคมและกลุ่มชนทั้งหมดในดินแดนอาณานิคมมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้ด้วยเหตุผลเช่นนี้เอง ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้เบื้องต้นว่ากลุ่มชนที่สามารถกล่าวอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้คือ กลุ่มชนทั้งหมดในดินแดนอาณานิคมนั้นๆ ทั้งนี้โดยผ่านทาง การลงประชามตินั้นเอง³⁴

อย่างไรก็ตามเมื่อเกิดแนวคิดใหม่เกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดใจตนเองไปในทางที่ถือว่าสิทธิดังกล่าวครอบคลุมไปถึงกรณีอื่นๆ ด้วยนอกเหนือไปจากเรื่องการให้เอกราชแก่ดินแดนอาณานิคม ซึ่งได้แก่แนวคิดที่เกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มชนในรัฐเอกราช และดินแดนอื่นๆ โดยทั่วไป นอกเหนือไปจากดินแดนอาณานิคมในการที่จะเลือก กำหนดสถาบันการปกครองได้ตามประสงค์ของตนเองนั้น ทำให้ความเข้าใจที่ว่า กลุ่มชนที่มีสิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้นไม่เพียงแต่จำกัดอยู่เฉพาะในกลุ่มชนทั้งหมดในดินแดนอาณานิคมเท่านั้น แต่รวมไปถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

³² Ian Brownlie, *Basic Documents in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 1985), p. 300.

³³ *Ibid.*, p. 42.

³⁴ อัครวุฒิ นีร์นุรัต, "การศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างสิทธิในการกำหนดอนาคตตนเองและสภาพเสมือนอาณานิคม" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 39.

ของกลุ่มชนทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มชนที่อยู่ในดินแดนใดหรือรัฐใดๆ ก็ตาม (กล่าวคือกลุ่มชนนั้น อาจจะเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็ได้ เป็นต้น) ทั้งนี้เพราะว่า โนมติและเอกสารระหว่างประเทศต่างๆ ต่างใช้คำว่า "peoples" ซึ่งมีความหมายไปทางกลุ่มชน รวมไปถึงการตีความกติกาสหประชาชาติทั้งสองฉบับ ของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติแสดงให้เห็นถึงการตีความ บทบัญญัติในกติกาในฐานะที่มีความสัมพันธ์กับการอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมอีกด้วย

ความหมายของคำว่า Peoples นั้นจึงชี้ว่าใครคือผู้ทรงสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดความลรอยกันระหว่างหลักการกำหนดใจตนเองกับหลักบูรณภาพแห่งดินแดน เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าความสมปรารถนาในหลักการกำหนดใจตนเองมีขึ้นอย่างกว้างขวางและพันกรณีต่างๆ อันเกิดขึ้นเนื่องจากหลักการกำหนดใจตนเองมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (erga omnes) เพราะฉะนั้นหลักนี้จึงใช้กับประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด

3) ตัวตนในความหมายของคำว่า หมู่ชนหนึ่ง ("A people")

ในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน สิทธิการกำหนดใจตนเองจึงไม่เป็นสิทธิในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของกลุ่มชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เพราะมิฉะนั้นแล้วสิทธิดังกล่าวก็จะกลายเป็นช่องทางไปสู่ การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) เรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนาหรือเรื่องต่างๆ เพียงเพื่อให้กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งพิสูจน์อัตลักษณ์ของตนว่าต่างไปจากกลุ่มอื่นๆ รายงานการประชุม นานาชาติที่จัดขึ้นโดย ฝ่ายสิทธิมนุษยชน ประชาธิปไตยและสันติภาพของยูเนสโก (UNESCO Division of Human Rights, Democracy and Peace) บันทึกไว้ว่า

ความหมายตรงๆ ของคำว่า "กลุ่มชน (Peoples) ประกอบด้วยบรรดาประชาชนของอาณา นิคมหรือที่อยู่ภายใต้การกดขี่หรือการครอบงำโดยคนต่างด้าว บรรดาประชาชนภายใต้การยึด ครองที่เป็นกลุ่มชนพื้นเมืองโดยกำเนิด และประชาคมอื่นๆ ที่พอใจยอมรับบรรทัดฐานทั่วไปใน การกำหนดการมีอยู่จริงของชาวประชาหรือหมู่ชนที่มีอัตลักษณ์เดียวกัน (a people)"

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน คำว่า "a people" หมายถึง ชาวประชาหรือหมู่ ชนที่มีเชื้อชาติเดียวกัน ดังนี้

- ก) ประชากรทั้งหมดของรัฐหรือประเทศอิสระหนึ่งใดที่อยู่ภายใต้การปกครองเดียวกัน
- ข) ประชากรทั้งหมดของดินแดนที่ไม่ได้ปกครองตนเอง (Non-self-governing territory)
- ค) ประชากรทั้งหมดของดินแดนเฉพาะส่วนที่อยู่ภายใต้การยึดครองโดยทหารต่างประเทศ

ง) ประชากรทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่ไม่มีตัวแทน/ถูกกดขี่ในดินแดนส่วนใดส่วนหนึ่ง การแปลความนี้แสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงดั้งเดิมระหว่างกลุ่มชน (Peoples) กับดินแดน (Territory)

อย่างไรก็ตาม อำนาจอธิปไตยของรัฐก็เป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งจะเห็นได้จากตราสารต่างๆ ขององค์การสหประชาชาติที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ความพยายามในการขัดขวางความเป็นหนึ่งเดียวของรัฐหรือความสมบูรณ์ของอาณาเขตดินแดนถือเป็นปฏิบัติการที่ผิดกฎหมายซึ่งปัญหานี้ได้มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า ถ้าสัดส่วนของการกำหนดใจตนเองของประชาชนมากขึ้น ความเป็นอธิปไตยของรัฐจะน้อยลง

องค์การสหประชาชาติได้กำหนดนโยบายหลักไว้ว่า อาณาเขตดินแดนที่ไม่มีการปกครองโดยรัฐ จะมีสถานะแยกต่างหากจากดินแดนที่ปกครองโดยรัฐ และสถานะนี้จะยังคงอยู่ต่อไปจนกว่าประชาชนในอาณาเขตดินแดนดังกล่าวได้ใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองว่าจะเป็นรัฐอิสระหรืออยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่แล้ว แต่การจะใช้สิทธิเช่นนี้ได้ อาณาเขตดินแดนเหล่านี้ต้องเป็นอาณาเขตดินแดนที่มีอยู่เดิมอยู่ในขณะพิจารณาการขยายอาณาเขตดินแดนให้มิใช่การพิจารณาแบ่งแยกแนวเขตภูมิศาสตร์ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เป็นที่ยอมรับ

การกำหนดใจตนเองนั้นได้ใช้ในกรอบหลักความสมบูรณ์ของอาณาเขตดินแดนเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจของรัฐมาแทรกแซง

กล่าวโดยสรุป การให้กลุ่มชนหรือปวงชนทั้งปวง (All peoples) แยกตัวเป็นประเทศอิสระตามกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่เป็นที่ยอมรับ ขอบเขตของกลุ่มชน (Peoples) เทียบเท่ากับการมีสิทธิกำหนดใจตนเองทุกเรื่อง ยกเว้นแต่ในเรื่องการแยกตัวเป็นประเทศอิสระเท่านั้น ปัจจุบันมีการยอมรับที่กว้างที่ว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นประเภทหนึ่งของกลุ่มชน (peoples) ผู้ที่สามารถมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง สิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกยอมรับว่าเป็นสิทธิมนุษยชนโดยรวม ที่ซึ่งประชากรพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิได้รับ การมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นรากฐานและมุมมองที่ยึดหยุ่นของคำว่า "peoples" และในการตีความสิทธิในการกำหนดใจด้วยตนเองในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์³⁵

³⁵ Anaya, S James. "Self-Determination as a Collective Human Right under Contemporary International Law" in Aikio, Pekka and Scheinin, Martin (eds), Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-determination (Åbo, Finland: Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2000), pp. 5-6.

3.3 เนื้อหาของสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

วิวัฒนาการในประวัติศาสตร์และการพัฒนาแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนนั้นกำเนิดมาจากแนวคิดเสรีภาพของบุคคลในฐานะเริ่มต้นให้สิทธิและเสรีภาพต่ออำนาจรัฐ ดังนั้นกฎหมายสิทธิมนุษยชนส่วนใหญ่ให้ความสนใจในการคุ้มครองปัจเจกชน ถึงแม้ว่าชุมชนระหว่างประเทศ ประณามการเลือกปฏิบัติของชนกลุ่มน้อยทางศาสนา แต่ยังคงไม่มีระบบการป้องกันที่แท้จริง จนกระทั่งไม่นานมานี้มีการให้ความสำคัญบนความอดทนมากกว่าสิทธิ³⁶ อย่างไรก็ตามการที่ชุมชนระหว่างประเทศเริ่มต้นตัวในระบบศูนย์กลางปัจเจกชน (individual-centered system) เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอกับการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชน ในฐานะสมาชิกของกลุ่มหรือกลุ่ม เช่นนั้น ผลที่ตามมาคือสิทธิกลุ่มจึงได้รับการยอมรับในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ³⁷

การพัฒนาดังกล่าวนำพาไปสู่การยอมรับชนพื้นเมืองดั้งเดิมในฐานะที่เป็นชุมชนที่มีลักษณะพิเศษกับสิทธิชุมชน³⁸ ตัวแทนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเรียกร้องสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ในฐานะเป็นแก่นของสิทธิของพวกเขา เหตุผลหนึ่งของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการเรียกร้องสิทธิในการกำหนดใจตนเองเพราะพวกเขาถือว่าเป็นการให้สิทธิอย่างเป็นทางการถึงศักดิ์ศรีและสถานภาพของพวกเขาในฐานะประชาชนจากรัฐ

คำแถลงการณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมระบุว่า "เรากำหนดสิทธิของเราในเรื่องของสิทธิในการกำหนดใจตนเอง เราไม่คิดที่จะแยกออกจากรัฐท่านและท่านเองก็รู้ แต่เรายืนหยัดที่จะดูแลควบคุมอาณาเขตดินแดนของพวกเขา รวมถึงทรัพยากรของพวกเขา และรวมถึงการดูแลรักษาวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของพวกเขา"³⁹

ด้วยเหตุที่กลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้อ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองในส่วนของ 'ความปรารถนาที่จะคงไว้ซึ่งชุมชนที่มีความแตกต่างและปลอดภัยจากการกดขี่...แต่ไม่ได้มีความ

³⁶ Lauri Hannikainen, (1998). "Self-Determination and Autonomy in International Law". in: Suksi, Markku (ed.) *Autonomy: Applications and Implications*, Dordrecht, Martinus Nijhoff. p. 79.

³⁷ Natan Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law* (Dordrecht 1990).

³⁸ Will Kymlicka, *The rights of minority cultures* (Oxford 1995).

³⁹ Statement by the National Coalition of Aborigin Organizations, Australia, during the 75th session of the International Labour Conference, 13 June 1988, article 2.

ทะเลทรายที่จะได้รับอิสรภาพ⁴⁰ ทำให้รัฐบาลยังคงดำเนินการต่อไปในเรื่องของขอบเขตที่สอดคล้องกับการนำระบบระหว่างประเทศมาใช้

แต่เดิมนั้นชนพื้นเมืองดั้งเดิมอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยอ้างว่าพวกเขาเป็น "all peoples" ตามความหมายในกฎบัตรสหประชาชาติและในกติกาทั้งสองฉบับ ข้ออ้างดังกล่าวกลายเป็นข้อโต้แย้งที่สำคัญที่สุดในกระบวนการของการร่างปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม รวมถึงในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ

เหตุผลหลักที่รัฐไม่สมัครใจจะใช้คำว่ากลุ่มชน "peoples" ในบริบทของชนพื้นเมืองดั้งเดิมมาจากความกลัวว่าสิ่งดังกล่าวจะนำไปสู่การมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม รวมไปถึงสิทธิในการแบ่งแยกดินแดน ความหวาดกลัวดังกล่าวนี้ได้สะท้อนให้เห็นในสองกติกาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ได้รับการยอมรับโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization) กติกาแรกในปี 1957 ใช้คำว่า populations และฉบับที่สองในปี 1989 ถึงแม้ใช้คำว่า peoples ในข้อ 3 แต่การใช้ประโยชน์จะต้องไม่ตีความใดในฐานะที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาในความหมายทั่วไปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือเป็นสิทธิของประชาชนในอาณานิคมในการบรรลุผลความเป็นอิสระจากอาณานิคม⁴¹

การอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งอ้างจากแนวคิดพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนยังได้รับการปกป้องจาก Johan Henriksen ซึ่งชี้ให้เห็นว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิมคำนึงถึงสิทธิในการกำหนดใจตนเองในฐานะของสิทธิมนุษยชนโดยรวมที่ซึ่งมีเงื่อนไขพื้นฐานสำหรับความต้องการต่างๆ ทั้งหมดของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั้งในด้านการเป็นพลเรือน การเมือง เศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม"⁴² ยิ่งกว่านั้นความต้องการในหลักการกำหนดใจตนเองของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกี่ยวพันอย่างมากกับความปลอดภัยและความมั่นคงของพวกเขา ความปลอดภัยและความมั่นคงของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นรวมถึงด้านกายภาพ จิตใจ สุขภาพ

⁴⁰ Anaya, S James, *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 1st ed, 1996; 2nd ed, 2004).

⁴¹ Thornberry, Patrick. "The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with some remarks on Federalism," in: Tomuschat, Christian (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, (Dordrecht 1993), p. 128.

⁴² John B. Henriksen, "The Right of Self-Determination: Indigenous Peoples versus States" in Pekka Aikio and Martin Scheinin (eds), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-determination* (Åbo, Finland: Institute for Human Rights Åbo Akademi University, 2000), pp. 131-135.

ศาสนา วัฒนธรรม เศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม สังคมและการเมือง ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองมีความเกี่ยวข้องกับสิ่งเหล่านี้⁴³

ในการบรรยายอย่างละเอียดของร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยคณะกรรมการทำงานของชนพื้นเมือง (Working Group on Indigenous Populations: WGIP)^{*} สิทธิของพวกเขาอยู่ในฐานะกลุ่มชน (peoples) ผลที่ตามมาคือในการมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

ในที่สุดปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (The UN Declaration) ยืนยันสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการกำหนดใจด้วยตนเองสาระสำคัญคล้ายกับข้อ 1 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง และ กติการะหว่างประเทศว่าสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม กล่าวว่

"ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิในการกำหนดใจด้วยตนเอง โดยสิทธินั้น พวกเขาสามารถกำหนดสถานะทางการเมืองได้อย่างเสรี และดำเนินการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของตนได้อย่างเสรี"⁴⁴

ถึงแม้ว่าองค์ประกอบเฉพาะของคำจำกัดความของคำว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมอาจจะแตกต่างกันออกไปจากกลุ่มหนึ่งกับกลุ่มอื่นๆ แต่ความต้องการในสิทธิในการกำหนดใจตนเองโดยทั่วไปของพวกเขาจะรวมถึงแต่ไม่จำกัดในสิ่งต่อไปนี้⁴⁵ สิทธิในการเป็นเจ้าของที่ดินของพวกเขาในฐานะอาณาเขตที่เป็นรากฐานของการดำรงอยู่ของประชากรของพวกเขา สิทธิที่จะใช้ จัดการ และดำเนินการกับทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดที่พบภายในที่ดินบรรพบุรุษของพวกเขา สิทธิในการควบคุมเศรษฐกิจของพวกเขาเอง และสิทธิในความเจริญทางเศรษฐกิจ สิทธิในการฟื้นฟู จัดการ

⁴³ Ibid., pp. 138 -139.

^{*} The WGIP is a subsidiary organ of the Commission on Human Rights and is composed of representatives of member states. In addition to the usual participation of NGOs with consultative status, the WGIP allows participation of indigenous organization without consultative status, as is stated in CHR resolution 1995/32. The same resolution as well as ECOSOC resolution 1995/32 established the open-ended inter-seccessional Working Group on the draft Declaration, which has to be considered and adopted by the General Assembly. (see UN website). A summary of the issues the WGIP was faced with is to be found in: Barsh (1996)

⁴⁴ UN Declaration, article 3.

⁴⁵ "Colin Nicholas, " A Common Struggle: To Regain Control, [Online] Available from: <http://www.magicriver.netcontrol.htm> [20 July 2008].

พัฒนา และปฏิบัติวัฒนธรรม ภาษา ประเพณี และวิถีชีวิตของพวกเขาให้สอดคล้องกับทัศนคติการมองโลกและใ้การศึกษาสิ่งเหล่านั้นต่อลูกหลานของพวกเขา สิทธิในการตัดสินใจรูปแบบในการปกครอง และสนับสนุนระบบการเมืองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม สิทธิในการผูกพันในความสัมพันธ์กับต่างประเทศและทางการค้าถ้าพวกเขาต้องการ สิทธิในการสร้างสหพันธ์และการรวมเข้ากับกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมอื่นสำหรับการบรรลุในเป้าหมายร่วมกันของพวกเขา และสิทธิที่จะมีชีวิตอย่างสงบและปลอดภัย ดังนั้น สิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงไม่เพียงรวมถึงการฟื้นฟูในสิทธิที่พวกเขาเป็นเจ้าของและควบคุมในดินแดนประเพณีเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการยอมให้พวกเขาที่จะสร้างสถาบันทางสังคมอีกครั้งในฐานะที่พวกเขาเป็นคนตัดสินใจด้วยตนเอง

3.4 สิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและทางปฏิบัติแห่งรัฐ

เนื่องจากชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นผู้ที่รับมรดกและปฏิบัติตามวัฒนธรรมที่ไม่เหมือนใคร พวกเขามีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับการดำเนินวิถีชีวิตรวมถึงสิ่งแวดล้อม และคงไว้ซึ่งลักษณะทางสังคม วัฒนธรรม เศรษฐกิจ และการเมืองที่แตกต่างไปจากสังคมที่พวกเขาอยู่อาศัย หรือปกครองพวกเขาอยู่ แม้ว่ากลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั่วโลกนั้นจะมีวัฒนธรรมที่แตกต่างกันออกไป แต่พวกเขามีปัญหาาร่วมกันในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกป้องสิทธิของพวกเขาในฐานะที่เป็นกลุ่มชนจำเพาะที่มีลักษณะแตกต่างจากชนกลุ่มใหญ่ของประเทศ

กลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั่วโลกต่างใ้หาการยอมรับในความเป็นตัวตน ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันวิถีในการใช้ชีวิตในแผ่นดินและทรัพยากรดั้งเดิมของพวกเขาได้ถูกละเมิด สามารถกล่าวได้ว่ากลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นเป็นกลุ่มชนที่เสียเปรียบและเป็นกลุ่มที่อ่อนแอไม่มีความมั่นคง สิ่งเหล่านี้นับวันจะรุนแรงมากขึ้นเมื่อโลกก้าวเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์และการพัฒนาขององค์กรในปัจจุบัน

สาเหตุที่ทำให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้ลุกขึ้นมาเรียกร้องสิทธิในการกำหนดใจตนเองสืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ของพวกเขาที่ถูกแย่งชิงดินแดน และทรัพยากรธรรมชาติต่างๆ ไปอยู่ในความปกครองของเจ้าอาณานิคม อีกทั้งความเป็นอยู่ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในปัจจุบันกำลังถูกคุกคามจากหลายๆ ปัจจัย เช่น ระบบกฎหมาย ระบบการศึกษาสมัยใหม่ รวมทั้งสื่อมวลชนที่กำลังสลายเอกลักษณ์ความเป็นตัวตนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้ลงในทุกๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้าน

สังคม วัฒนธรรม ระบบกฎหมายและจารีตปฏิบัติ ระบบคุณค่า และระบบคิดของพวกเขาที่แตกต่างจากวิธีคิดในระบบปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อความอยู่รอดของพวกเขา ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้จึงลุกขึ้นมาเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิในการกำหนดใจตนเองและความเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม

การเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั้งภายในประเทศ และระดับระหว่างประเทศ นำไปสู่การยอมรับสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั้งในรูปคำประกาศ ปฏิญญาและสนธิสัญญาต่างๆ โดยเฉพาะเจาะจงเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิม เพราะเมื่อพิจารณาในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) ยังไม่มีการกล่าวถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยชัดเจน หลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นส่วนใหญ่ เห็นได้ชัดว่าในขณะนั้น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยังไม่ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมอย่างเฉพาะเจาะจง แต่จะเน้นไปยังการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นหลัก

ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเรียกร้องให้กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการปกครองตนเอง สิทธิในที่ดินและทรัพยากร ข้อเรียกร้องเหล่านี้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศที่เปิดโอกาสให้กับชนพื้นเมืองดั้งเดิมสามารถเข้ามามีส่วนร่วม และมีบทบาทในแนวทางของตนเองมากขึ้นโดยเฉพาะตั้งแต่ในช่วง ค.ศ. 1960 เป็นต้นมา โดยได้มีกติการะหว่างประเทศหลายฉบับกล่าวถึงชนพื้นเมืองและยอมรับวิถีชีวิตของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ซึ่งได้มีการกล่าวถึงสิทธิของกลุ่ม (Collective Rights) ในข้อ 27 เรื่องชนกลุ่มน้อย (Minorities) ว่า ในรัฐทั้งหลายที่มีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือการนับถือและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับสมาชิกอื่นๆ หรือชนกลุ่มน้อยด้วยกัน

การเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่นำไปสู่การรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยเฉพาะเจาะจงมากขึ้นเริ่มต้นตั้งแต่ ค.ศ. 1946 โดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศแห่งแรกที่ส่งเสริมบรรทัดฐานระหว่างประเทศและนโยบายชนพื้นเมือง ILO ได้รับรองอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองและบูรณาการชนเผ่าพื้นเมืองในประเทศเอกราช (No. 107) ในปี 1957 อนุสัญญานี้ได้ก่อให้เกิดความจำเป็นในเรื่องของเวลาและจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองของอนุสัญญาเพื่อให้เกิดความจำเป็นในความร่วมมือและความสนใจในทางระหว่างประเทศโดยคำนึงถึงชนพื้นเมืองดั้งเดิม

กลางยุค 80 การประชุมแรงงานสากลได้ทบทวนอนุสัญญาที่ 107 ให้เป็นตราสารใหม่ ก่อให้เกิดการรับรองอนุสัญญาเกี่ยวกับชนพื้นเมืองและชนเผ่าในปี 1989 การตัดสินใจนี้ สะท้อนความเข้าใจบรรทัดฐานที่เกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองซึ่งได้วางขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งการสนทนาในสหประชาชาติเพื่อพัฒนาปฏิญญาสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม ขั้นตอนสำคัญในการรวบรวมระบบระหว่างประเทศร่วมสมัยเกี่ยวกับชนพื้นเมืองคือ อนุสัญญาที่ 169 ซึ่งให้การรับรองที่สำคัญต่อสิทธิชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมในพื้นที่สำคัญรวมถึงบูรณาภาพทางวัฒนธรรม การปรึกษาหารือ และการมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง สิทธิการมีที่ดินทำกินและทรัพยากร รวมถึงการไม่เลือกปฏิบัติ บรรทัดฐานที่วางอยู่ในอนุสัญญาได้รับการพัฒนา ผ่านทางการปฏิบัติของหน่วยงานใน ILO โดยเฉพาะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ

ประเทศส่วนใหญ่ในลาตินอเมริกา รวมทั้งรัฐจากภูมิภาคได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาที่ 169 ทั้งๆ ที่มีการให้สัตยาบันจากประเทศกลุ่มตะวันตกไม่มากนัก บรรทัดฐานและหลักการเฉพาะยังเป็นตัวสำคัญในการรวบรวมให้อยู่ในระดับระหว่างประเทศ เป็นการสะท้อนกระบวนการปฏิรูปทางรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และสถาบันภายในประเทศ และการพัฒนาตราสารระหว่างประเทศ โปรแกรมและนโยบาย

อนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 169 (International Labor Organization Convention 169) ได้กำหนดความรับผิดชอบของรัฐในเรื่องสิทธิของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยกำหนดให้รัฐบาลต้องสนับสนุนและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของชุมชนท้องถิ่นและชนเผ่า ซึ่งเป็นการแก้ไขปรับปรุง ILO 107

เนื้อหาสำคัญของอนุสัญญา ถือเป็นบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองและวิธีการในการคุ้มครอง ไม่ว่าจะเป็นการให้อำนาจตัดสินใจ การเข้าถึงทรัพยากร การศึกษาโดยใช้ภาษาถิ่น ในการกำหนดสิทธิในการกำหนดใจตนเอง รวมทั้งสิทธิในที่ดินทำกิน ดินแดน และทรัพยากร การรับรองสิทธิที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกลิดรอน และให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้รับการฟื้นฟูสิทธิกลับคืนมา และระบุให้การเลือกปฏิบัติต่อชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย ส่งเสริมการมีส่วนร่วมเต็มที่และมีประสิทธิภาพ รวมทั้งสิทธิในการที่จะพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมตามวิถีแห่งตน

ความสำคัญของอนุสัญญา คือ สิทธิในอนุสัญญาระบุกระบวนการเกี่ยวกับประเด็นในระดับโลก อย่างเช่น การพัฒนา การกระจายอำนาจ และประชาธิปไตยที่เน้นหลากหลายวัฒนธรรม ประเทศต่างๆ จำเป็นที่จะต้องปฏิสัมพันธ์เพื่อให้คำปรึกษาและสร้างความร่วมมือกับชนพื้นเมืองด้วย

อนุสัญญาที่ 169 เกี่ยวข้องกับสิทธิในการเป็นเจ้าของที่ดินและดินแดนของชนพื้นเมือง การรับรองค่านิยมทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กฎหมายที่ค้ำประกันถึงจารีตประเพณี สิทธิในการได้รับการบริการสาธารณสุข และสิทธิในการได้รับประโยชน์จากการจ้างงาน กระบวนการเหล่านี้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญในการใช้อุสัญญาและให้คำแนะนำของ ILO มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย เพื่อให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมสามารถเข้าถึงได้โดยอ้อม เนื้อหาสำคัญสองอย่างได้เกิดขึ้นโดยเกี่ยวข้องกันทั้งความเห็นของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญและคณะกรรมการอิสระในการนำเอาชนพื้นเมืองเข้าไปอยู่ภายใต้ธรรมนูญข้อ 24 ของ ILO เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปรึกษาหารือกรณีที่มาตรการทางปกครองหรือกฎหมายที่กระทบต่อความเป็นอยู่ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม อีกทั้งมีหน้าที่ปรึกษาชนพื้นเมืองกรณีที่มีการใช้ทรัพยากรในพื้นที่ซึ่งชนพื้นเมืองได้อยู่อาศัย ในรายงานของที่ประชุมปี 1999 คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญได้ให้ข้อสังเกตว่า อนุสัญญาที่ 169 เป็นตราสารกฎหมายระหว่างประเทศในการปกป้องคุ้มครองและปฏิบัติการคุ้มครองสิทธิชนพื้นเมืองและชนเผ่า ในการสงวนรักษาภูมิลักษณ์และวัฒนธรรมของตน⁴⁶

ในส่วนของอนุสัญญานี้ ใช้บังคับกับกลุ่มชุมชนท้องถิ่นและชนเผ่า ดังต่อไปนี้ คือ

(1) กลุ่มชนเผ่าในประเทศเอกราช ซึ่งโดยสภาพทางสังคม วัฒนธรรมและเศรษฐกิจ ทำให้พวกเขามีความแตกต่างจากส่วนอื่นๆ ของชุมชนชาติ (Other Sections of the National Community) ซึ่งสถานะถูกกำกับควบคุม ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนโดยจารีตประเพณีของตนเอง หรือโดยกฎหมายหรือกฎระเบียบพิเศษของกลุ่มชนนั้น

(2) กลุ่มชนในประเทศเอกราช ซึ่งถูกจัดว่าเป็นคนท้องถิ่นอันเนื่องมาจากการสืบเชื้อสายจากประชากรที่เคยอาศัยอยู่ในประเทศ หรือภูมิภาคที่ประเทศนั้นตั้งอยู่ ณ เวลาที่ดินแดนนั้นตกเป็นอาณานิคมหรือเมื่อมีการกำหนดพรมแดนรัฐปัจจุบัน และเป็นกลุ่มชนที่ยังรักษาระบบสถาบันทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและการเมืองของตนเองไว้ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และไม่ว่าสถานะทางกฎหมายของพวกเขาจะเป็นอย่างไรก็ตาม

อนุสัญญานี้เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกต้องร่วมมือ พร้อมให้การยอมรับชนพื้นเมืองดั้งเดิมและสนับสนุนกฎหมายให้มีการรับรองการปฏิบัติตามจารีตประเพณี การรับรองกรรมสิทธิ์ร่วมของชุมชนในที่ดินและดินแดน รวมถึงการคุ้มครองสิทธิและการถือครองที่ดินของชุมชนที่มีมาโดยจารีตประเพณี รวมทั้งสิทธิการใช้ จัดการ และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ. อนุสัญญาฉบับนี้ถือเป็น

⁴⁶ U.N. Document. ECN.4/2002/97

อนุสัญญาฉบับแรกๆ ที่ยอมรับให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชนเผ่าในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจระดับชาติ สิทธิในการมีกรรมสิทธิ์และครอบครองผืนดินดั้งเดิมของพวกเขา⁴⁷

จากการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา หรือที่รู้จักกันดีในนามการประชุมสุดยอดของโลก (The Earth Summit) ที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร (Rio de Janeiro) เมื่อ ค.ศ. 1992 การรับรองสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้ปรากฏชัดเจนอีกครั้งในคำประกาศริโอ ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration of Environment and Development) และแผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) มีความสำคัญคือ การยอมรับหลักการของการพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมกับสิทธิในที่ดิน ในหลักการข้อที่ 22 เรื่องการจัดการทรัพยากร ดังนี้

ชนพื้นเมืองดั้งเดิม และชุมชนของตน และชุมชนท้องถิ่นอื่นๆ มีบทบาทสำคัญในการจัดการและพัฒนาสิ่งแวดล้อม เนื่องจากความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติของตน รัฐควรรับรองและส่งเสริมการมีตัวตน วัฒนธรรม และผลประโยชน์ของชุมชน และช่วยให้ชุมชนสามารถมีส่วนร่วมในการพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างมีประสิทธิภาพ*

คำประกาศริโอ หลักการข้อที่ 22 เป็นการประกาศยอมรับการมีอยู่ของสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมและวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน

การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่เมือง ริโอ ได้รับรองแผนปฏิบัติการที่ 21 ซึ่งได้มีการกำหนดแนวทางการพัฒนาไว้หลายประเด็น รวมถึงการมีส่วนร่วมของชุมชน ชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและประเด็นที่สำคัญที่แผนปฏิบัติการที่ 21 เน้นย้ำก็คือ เรื่องการสนับสนุนชุมชนให้มีส่วนร่วมในการจัดการดูแลรักษาทรัพยากรอย่างจริงจัง ทั้งในเรื่องของการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ การสนับสนุนวัฒนธรรมของชนท้องถิ่นดั้งเดิม การสร้างเวทีแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างชุมชน และการให้หลักประกันสิทธิไว้ในกฎหมาย

⁴⁷ จรัญ โฆษณานันท์, **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน** (กรุงเทพ, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 380.

* Principle 22 "Indigenous people and their communities and other local communities have a vital role in environmental management and development because of their knowledge and traditional practices. States should recognize and support their identity, culture and interests and enable their effective participation in the achievement of sustainable development."

แผนปฏิบัติการที่ 21 ขยายความในเรื่องการมีส่วนร่วมของชุมชนว่า รัฐบาลและองค์การระหว่างประเทศต้องจัดให้มีกระบวนการสร้างความเข้มแข็งให้แก่ชุมชน เพื่อให้ชุมชนได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ และเพื่อให้ชุมชนสามารถนำความรู้ของชุมชนมาช่วยให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน รัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่ที่ดินที่ชุมชนอาศัยอยู่ และยอมรับคุณค่า ความรู้ และวิถีปฏิบัติในการจัดการทรัพยากรสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้รัฐจะต้องเสริมสร้างสมรรถนะของชุมชนและส่งเสริมให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย กฎหมาย และโครงสร้างต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรซึ่งมีผลกระทบต่อชุมชน

จากการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในคำประกาศกรุงริโอ ได้นำไปสู่การรับรองสิทธิชนพื้นเมืองในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 (Convention on Biological Diversity 1992) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1993 อนุสัญญานี้เกี่ยวข้องกับคุ้มครองและการเข้าถึงเพื่อใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ มีส่วนที่ให้ความสำคัญแก่บทบาทของชุมชนพื้นเมือง และชุมชนท้องถิ่นในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน แต่การเคารพ การสงวนรักษามิปัญญาท้องถิ่น และการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนท้องถิ่น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายแต่ละรัฐบัญญัติ โดยกล่าวถึงในอารัมภบท วรรคที่ 12 และในข้อ 8 (j) ดังนี้

อารัมภบท วรรคที่ 12 ได้กล่าวถึง ชุมชนพื้นเมือง ดังนี้

"ตระหนักถึงการพึ่งพาอาศัยอย่างใกล้ชิดและตามชนบประเพณีเดิมของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น ซึ่งใช้ทรัพยากรชีวภาพในการดำเนินชีวิตตามชนบประเพณีเดิม และตระหนักถึงความปรารถนาในอันที่จะแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติที่สืบทอดมาตามประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน"

ข้อ 8 (j) ของอนุสัญญานี้ได้บัญญัติว่า

"ภายใต้กฎข้อบังคับแห่งชาติ ต้องให้ความเคารพ สงวนรักษาและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ด้วยมีความเห็นชอบและการเข้าร่วมของผู้ทรงความรู้ เจ้าของประดิษฐ์กรรม และผู้ถือปฏิบัตินั้นๆ และสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัตินั้น"

อย่างไรก็ตาม การบังคับให้เกิดผลตามอารัมภบทและข้อ 8 (j) ให้เป็นไปตามกฎหมายที่แต่ละรัฐบัญญัติรับรอง. ต่อมาได้มีการออกแนวปฏิบัติ ใน ค.ศ. 1999 เรียกว่า Bonn Guidelines ว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างยุติธรรม (Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยมีหลักการที่เกี่ยวข้องกับชุมชนท้องถิ่น เช่น การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนท้องถิ่นต้องได้รับความเห็นชอบหลังจากการแจ้งให้ทราบข้อมูลล่วงหน้า (Prior Informed Consent หรือ PIC) จากชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องก่อน หรือรัฐที่เป็นแหล่งกำเนิดทรัพยากรพันธุกรรม ควรมีมาตรการเพื่อคุ้มครองชุมชนท้องถิ่นให้สามารถให้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมต่อไปได้ แม้ว่าจะมีการนำทรัพยากรนั้นไปพัฒนาเพื่อใช้ประโยชน์ทางการค้าแล้วก็ตาม เป็นต้น⁴⁶

การใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นดั้งเดิมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในรูปแบบของการใช้สิทธิผ่านทางสิทธิต่างๆ และทางปฏิบัติของรัฐ ดังจะยกตัวอย่างในเรื่องที่สำคัญๆ ดังต่อไปนี้

3.4.1 สิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ และการปกครองตนเอง

ได้แก่สิทธิในการได้รับการกำหนดอัตลักษณ์ในฐานะชนพื้นเมืองดั้งเดิม สิทธิในการกำหนดใจตนเองทางสังคม และการเมือง และสิทธิในภูมิปัญญาดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางประเพณีและการแสดงออกทางวัฒนธรรม

1) สิทธิในการได้รับการกำหนดอัตลักษณ์ในฐานะชนพื้นเมืองดั้งเดิม

"ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" เป็นคำเรียกทั่วไปของกลุ่มคนที่มีลักษณะจำเพาะ ซึ่งกลุ่มดังกล่าวนี้พยายามอย่างมากที่จะรักษาอัตลักษณ์ ภาษา ความเชื่อเกี่ยวกับประเพณีต่างๆ ทักษะคติในการมองโลก วิถีชีวิต และที่สำคัญที่สุดคือกระบวนการในการควบคุมและจัดการในที่ดิน อาณาเขต และทรัพยากรทางธรรมชาติของพวกเขา ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้จะทำให้พวกเขาสามารถดำเนินชีวิตอยู่ต่อไปได้ในฐานะของกลุ่มชน

การกำหนดอัตลักษณ์ (Self-identification) ว่าเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous) หรือชนเผ่า (tribal) จะถือเป็นเงื่อนไขพื้นฐาน และเป็นการปฏิบัติที่ยึดตามแนวทางปฏิบัติของสหประชาชาติ และหน่วยงานพิเศษต่างๆ ของสหประชาชาติ รวมไปถึงในองค์กรระหว่างรัฐ

⁴⁶ กอบกุล ราชะนาคร, พันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม (เชียงใหม่: สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2548), หน้า 46-48.

ภายในภูมิภาคบางภูมิภาค ข้อ 33 ของปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยชนพื้นเมืองดั้งเดิมบัญญัติว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ของตนเอง และเลือกสมาชิกภาพของสถาบันตามกระบวนการของพวกเขา

จากการศึกษาชนพื้นเมืองดั้งเดิมสามารถเข้าใจได้ดังต่อไปนี้ พวกเขากำหนดอัตลักษณ์ตัวเองในฐานะชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในระดับปัจเจกชนและได้รับการยอมรับในฐานะของสมาชิกกลุ่มโดยชุมชนของพวกเขาเอง พวกเขามีประวัติศาสตร์ต่อเนื่อง หรือเป็นส่วนหนึ่งหรือบางส่วนของดินแดนก่อนอาณานิคม หรือดินแดนที่ถูกผนวกเข้าไป พวกเขามีความผูกพัน เชื่อมโยงอย่างยั่งยืนต่อดินแดน สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ พวกเขาร่างไว้ในส่วนของ สังคมที่มีลักษณะจำเพาะ เศรษฐกิจ และระบบทางการเมือง พวกเขาร่างไว้ในส่วนของภาษาท้องถิ่น วัฒนธรรม ความเชื่อ และระบบการศึกษา พวกเขาดัดสินใจที่จะร่างไว้ และพัฒนาอัตลักษณ์ และลักษณะจำเพาะของสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและสถาบันทางการเมืองของพวกเขาในฐานะประชาชนและชุมชนที่มีลักษณะจำเพาะ

ในบางประเทศ มีข้อโต้แย้งในการใช้คำว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" (indigenous) อาจมีคำท้องถิ่น (เช่น ชนเผ่า (tribal) คนที่อยู่มาก่อน (first people) กลุ่มชาติพันธุ์คนกลุ่มน้อย (ethnic minorities)) หรือป้ายบอกอาชีพหรือป้ายทางภูมิศาสตร์ (ผู้เก็บของป่า-ล่าสัตว์ (hunter-gatherers) คนเลี้ยงปศุสัตว์ (pastoralists) คนเร่ร่อนหรือกึ่งเร่ร่อน (nomadic or semi-nomadic) ชาวเขา (hill people) ฯลฯ) ซึ่งภายใต้วัตถุประสงค์ในทางปฏิบัติสามารถใช้เรียก "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" (indigenous peoples) ได้ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี คำเรียกชนพื้นเมืองมีความหมายแฝงในเชิงเหยียดหยาม และประชาชน (people) อาจเลือกที่จะปฏิเสธหรือเรียกขานท้องถิ่นดั้งเดิมของตนเสียใหม่ และเราควรเคารพการเลือกนั้น ขณะเดียวกัน จะต้องมีการปฏิเสธการแบ่งแยกชนชั้นอันเนื่องมาจากวัฒนธรรมและอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous peoples) การใช้ภาษาที่แตกต่างกันยังสะท้อนให้เห็นในกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของ ชนพื้นเมืองดั้งเดิม (United Nation Declaration on the rights of indigenous peoples) ที่ใช้ใน ค.ศ. 2007 ใช้คำว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม" อย่างครอบคลุมและกว้างขวาง ขณะที่ มีเพียงอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว นั่นคือ อนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและคนเผ่า ค.ศ. 1989 (ฉบับที่ 169) (ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples 1989 (No. 169) และฉบับปี 1957 ที่ออกก่อนหน้า (อนุสัญญาฉบับที่ 107) ที่ใช้คำว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชนเผ่า" (indigenous and tribal) แม้คำเหล่านี้จะมีความครอบคลุมที่คล้ายคลึงกันในระดับนานาชาติ แต่ไม่ก็ไม่ได้การยอมรับในทุกประเทศ

ในอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 107 (Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal Populations in Independent Countries (No. 107) 1975) และอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับที่ 169 (Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (No.169) 1989) อนุสัญญาทั้งสองฉบับไว้ซึ่งความแตกต่างระหว่าง กลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิม และชนเผ่า ("indigenous" and "tribal" peoples) อย่างไรก็ตาม ได้กล่าวไว้ในข้อ 1 ว่า ILO 169 นั้นใช้กับ⁴⁹

1. สมาชิกของชาวเผ่า (tribal peoples) ในประเทศเอกราช ที่มีภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจอยู่ในระดับที่พัฒนาต่ำกว่าสมาชิกกลุ่มอื่นๆ ของชุมชนแห่งรัฐ (The National Community) และสถานะของพวกเขาได้รับการควบคุมทั้งหมดหรือบางส่วนโดยขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณีของพวกเขาเอง หรือโดยกฎหมายหรือกฎระเบียบที่กำหนดขึ้นโดยเฉพาะ

2. กลุ่มชน (peoples) ในประเทศเอกราชที่สืบสายโลหิตจากคนดั้งเดิมที่อาศัยอยู่ในประเทศหรือเขตพื้นที่ที่ประเทศนั้นเป็นเจ้าของก่อนยุคของการมีทาสหรือการค้าทาส หรือเข้าอยู่อาศัยโดยไม่คำนึงถึงความชอบของกฎหมาย และมีความเป็นอยู่สอดคล้องกับสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมของเผ่ายิ่งกว่าสถาบันของรัฐที่พวกเขาอยู่อาศัย

อย่างไรก็ตาม ข้อ 1 (3) เฉพาะเจาะจงว่า "บริบทของการใช้คำว่า กลุ่มชน (peoples) นี้ไม่สามารถก่อให้เกิดการเกี่ยวพันกับสิทธิใดที่อาจจะผูกมัดในทางระหว่างประเทศได้" วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าวนี้เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงคำถามต่างๆ ที่เกี่ยวกับแนวคิดของคำว่า กลุ่มชน (peoples) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการกำหนดใจตนเอง

ในคู่มือปฏิบัติการของเวิลด์แบงก์ เลขที่ 4.20 (Operational Directive 4.20) ได้ระบุว่า ไม่มีคำจำกัดความใดเพียงหนึ่งเดียวที่สามารถระบุถึงความหลากหลายทางอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้⁵⁰

ส่วนในอนุสัญญา ILO 169 ได้รับรองความสำคัญของหลักการระบุอัตลักษณ์ตนเองในข้อ 1 (2) ว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิทั้งเป็นสิทธิปัจเจกและสิทธิกลุ่มชนในอันที่จะพัฒนาอัตลักษณ์เฉพาะ และบุคลิกภาพของตน ทั้งนี้รวมถึงสิทธิในอันที่จะระบุตัวตนของตนเองในฐานะที่เป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม และสิทธิที่จะได้รับการยอมรับเช่นนั้นด้วย"⁵¹

⁴⁹ R. Barsh, "Indigenous Populations: Object of International Law" 80 Am.J.Int'l L.369 (1986).

⁵⁰ The World Bank Operational Manual, Operational Directive, OD 4.20 of September 1991.

⁵¹ E/CN.4/Sub.2/AC.4/1969/2, para 35.

ต่อมาในปี 1982 ได้มีการจัดตั้งคณะทำงานเกี่ยวกับเกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยเฉพาะขึ้น (The Working Group on Indigenous Populations: WGIP) โดยคณะมนตรีด้านเศรษฐกิจและสังคมขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Economic and Social Council) ที่ซึ่งเน้นจุดรวมของสหประชาชาติในการส่งเสริมสิทธิของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิม WGIP ได้เห็นว่าตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนต่างๆ ที่มีอยู่ไม่ครอบคลุมความกังวลทั้งหมดในเรื่องสิทธิมนุษยชนของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิม จึงได้ช่วยร่างปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (The draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples) โดยความร่วมมือกับผู้เข้าร่วมจากรัฐบาล ชนพื้นเมืองดั้งเดิม และส่วนที่ไม่ใช่รัฐบาลที่เริ่มขึ้นในปี 1985 จนร่างเสร็จสมบูรณ์ในปี 1993 คณะอนุกรรมการได้รับร่างปฏิญญาและได้ส่งให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้จัดตั้งคณะทำงานของตนขึ้นในปี 1995 เพื่อทบทวนและได้มีการประกาศรับร่างดังกล่าวเมื่อวันที่ 13 กันยายน 2007 (ดูรายละเอียดในบทที่ 4) แต่ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมขององค์การสหประชาชาติฉบับนี้ไม่มีคำจำกัดความของคำว่า "ชนพื้นเมืองดั้งเดิม"

เอกสารการทำงานเกี่ยวกับแนวคิดของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Working paper on the concept of "Indigenous people") ของคณะทำงานเกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้แจ้งถึงปัจจัยที่ควรนำมาพิจารณาเกี่ยวกับความเข้าใจถึงแนวคิดของชนพื้นเมืองดั้งเดิม จากองค์การระหว่างประเทศต่างๆ และผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายว่า ชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น

1. เป็นผู้มาก่อนโดยยึดหลักการเข้าครอบครองและใช้ประโยชน์จากอาณาเขตดินแดน โดยเฉพาะ
2. มีความสมัครใจในการใช้วัฒนธรรมที่มีลักษณะพิเศษที่ซึ่งรวมถึงภาษา องค์กรทางสังคม ศาสนา ค่านิยมต่างๆ ผลิตผล กฎหมาย และสถาบันต่างๆ
3. การระบุอัตลักษณ์ตัวเอง (Self-identification) โดยการยอมรับจากกลุ่มอื่นๆ หรือโดยอำนาจรัฐในฐานะกลุ่มที่มีลักษณะจำเพาะ และ
4. มีประวัติศาสตร์จากการเกิดกรณีของการอยู่ภายใต้อำนาจ (subjugation) การทำให้กลายเป็นคนชายขอบหรือทำให้ดูไม่มีความสำคัญ (marginalization) การขับออกจากดินแดน (dispossession) การกีดกัน (exclusion) หรือการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ไม่ว่าจะสถานการณ์ดังกล่าวจะยังคงอยู่หรือไม่

ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการระบุอัตลักษณ์ ก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ที่สำคัญนั้นได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ข้อ 16 ระบุว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายในทุกแห่งหน อันเป็นการได้รับการรับรองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในอันที่จะได้รับการยอมรับในฐานะปัจเจกบุคคลตามกฎหมาย ข้อ 18 ระบุว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา สิทธินี้ย่อมรวมถึงเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของตน โดยสิทธิดังกล่าวจะไม่ถูกบีบบังคับให้เสื่อมเสีย อนุสัญญานี้ให้รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะต้องเคารพเสรีภาพ รวมถึงการที่จะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับสมาชิกอื่นๆ ด้วย⁵² และข้อ 24 ระบุว่า เด็กทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นตามสถานะของผู้เยาว์ จากครอบครัวของตน สังคมและรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน หรือกำเนิด เด็กทุกคนต้องได้รับการจดทะเบียนทันทีภายหลังการเกิด และต้องมีชื่อ และเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้มาซึ่งสัญชาติ

จากข้อนี้ได้ระบุถึงสิทธิที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะได้รับการจดทะเบียนเพื่อรับรองสิทธิต่างนับแต่กำเนิดมา โดยจะต้องได้รับการจดทะเบียนการเกิด และที่สำคัญคือการมีสิทธิที่จะได้มาซึ่งสัญชาติ

อนุสัญญาที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งได้แก่อนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมือง และเผ่าชนฉบับที่ 169 ซึ่งได้ระบุถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการที่จะดำรงวัฒนธรรม ภาษา ศาสนา และการกำหนดอัตลักษณ์ของตนเองในฐานะชนเผ่า รักษา และพัฒนาอัตลักษณ์เฉพาะของตน และจะต้องได้รับการยอมรับในความแตกต่างและหลากหลายทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะอยู่ในดินแดนเอกราชหรือที่เป็นดินแดนในอาณานิคม⁵³ รวมถึงการมีสิทธิในฐานะที่เป็นพลเมืองของประเทศโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติตามมาตราการกฎหมาย⁵⁴

⁵² ICCPR, art 16, 18 and 27.

⁵³ ILO 169, Preamble 5, 6, art 1.

⁵⁴ Ibid., art 4.

ดังนั้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมชอบที่จะใช้สิทธิ และได้รับการเคารพสิทธิพื้นฐานในการที่จะได้รับการกำหนดอัตลักษณ์ เคารพถึงความเป็นบุคคลในอันที่จะมีภาษา จารีตประเพณี และวัฒนธรรมที่มีความแตกต่าง และสามารถอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้อย่างไม่ถูกเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติจริง การกำหนดอัตลักษณ์ในฐานะชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นยังเป็นประเด็นปัญหาในหลักของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

จากรายงานของคณะทำงานเพื่อกิจการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมระหว่างประเทศ (International Work Group for Indigenous Peoples) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงแห่งชนแอฟริกา (African Commission on Human Peoples Rights (ACHPR)) ได้มีรายงานเรื่องการกำหนดอัตลักษณ์ว่า "ไม่มีฉันทามติในระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้คำจำกัดความของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (indigenous peoples)" โดยคณะทำงานได้แสดงให้เห็นว่าการให้คำจำกัดความตามพัฒนาการของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และระบบของสหประชาชาติในการหาคำจำกัดความที่เข้มงวดหนึ่งเดียว (a single strict definition) กับการบ่งชี้บุคคลใดๆ ในโลกนี้ในลักษณะคล้ายๆ กัน การกำหนดคำจำกัดความเช่นนั้นอาจนำไปสู่การเป็นข้ออ้างที่รัฐจะไม่รับรองบุคคลเหล่านี้เนื่องจากไม่เข้าหลักเกณฑ์ก็ได้ เช่น ในกรณีของชนกลุ่มน้อย (minority) เป็นต้น⁵⁵

ในรายงานของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ (CERD) พบว่า รัฐเอกราชยังคงกลัวที่จะรับรองสถานะของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เพราะเกรงว่าในหลักความเสมอภาคสำหรับทุกคนจะถูกนำมาใช้ในการก่อตั้งรัฐอิสระใหม่ อันสืบเนื่องมาจากการใช้สิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นจารีต คือ การใช้สิทธิอันถือเป็นการปกป้องเชื้อชาติ และความหลากหลายทางวัฒนธรรมของตน⁵⁶

แต่อย่างไรก็ตามการขาดองค์ประกอบในการกำหนดคำจำกัดความตามอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นเป็นสาเหตุให้บุคคลเหล่านี้ถูกสิทธิมนุษยชนอยู่ เช่น ในกรณีของประเทศแซมเบีย (The State of Zambia) จากรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน

⁵⁵ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, "Draft Aide Memoire" of The African Group: A Brief Commentary. 2007, p.4.

⁵⁶ U.N. Document, CERD/C/BWA/CO/16. 4 April 2006

แห่งแอฟริกาพบว่า มีบุคคลที่เติบโตมาในผืนแผ่นดินบิดา และต่อมาได้พบในภายหลังว่าผืนแผ่นดินแห่งนี้ถูกแย่งการครอบครอง โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐที่เรียกว่าแซมเบียไปแล้ว⁵⁷

รายงานของ UNHCR ระบุว่าในเรื่องของการระบุอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ให้นำสิทธิต่างๆ ที่ปรากฏในตราสาร ILO 169, CERD, CEDAW, กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรม มาใช้ในส่วนต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมด้วย⁵⁸

ทั้งนี้ รายงานของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (CEDAW) ได้ระบุว่าปัญหาหนึ่งที่ทำให้สตรีไม่สามารถใช้สิทธิมนุษยชนได้ เนื่องมาจากการที่พวกเขาไม่มีเอกสารทะเบียนการเกิด⁵⁹ ดังนั้น การที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกิดมาในดินแดนใดนั้น ตามอนุสัญญา กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ข้อ 24 เด็กทุกคนย่อมได้รับการจดทะเบียนและได้รับมาซึ่งสัญชาติ

ในกรณีของชาวอีลอย (Ilois) นั้นได้รับการระบุอัตลักษณ์ว่าเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมของเกาะชากอส (Chagos Islands) ในดินแดนมหาสมุทรอินเดียอังกฤษ ชาวอีลอยถูกขับไล่ ช่วงที่อยู่ภายใต้กฎอาณานิคมอังกฤษ แต่ชาวอีลอยอุทธรณ์ต่อศาลสูงในลอนดอนซึ่งศาลได้มีคำตัดสินในวันที่ 30 พฤศจิกายน 2000 ว่าการขับไล่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมออกจากดินแดนของตนนั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰

ส่วนกรณีของชนชาวเอมเบราคาติโอ (Ember Katio) ที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ห้อมล้อมแม่น้ำสินู (Sinu) และแม่น้ำเวอร์ด (Verde) ตอนเหนือของโคลัมเบีย โดยที่ดินบรรพบุรุษของพวกเขาได้รับรองตามกฎหมายในปี 1993 และปี 1996 ซึ่งมีครัวเรือนอาศัยอยู่กว่า 500 ครัวเรือน พวกเขาเป็นกลุ่มชนหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากสงครามกลางเมืองโคลัมเบีย โดยภายหลังรัฐบาลโคลัมเบียได้ให้สัมปทานพื้นที่ของชาวเอมเบราคาติโอแก่โรงงานไฟฟ้าโดยมีเนื้อที่ 7000 เฮกเตอร์อันเป็นส่วนของ ดินแดนดั้งเดิมของพวกเขา นับตั้งแต่ปี 1992 ดินแดนของพวกเขาถูกใช้ประโยชน์โดยสาธารณะ พวกเขาพยายามกดดันรัฐบาลเพื่อเรียกร้องสิทธิของตนเอง และสิทธิการมีอิสระในการ

⁵⁷ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, "Draft Aide Memoire" of The African Group: A Brief Commentary. 2007, p. 5.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ U.N. Document, A/HRC/10/51, 2009.

⁶⁰ U.N. Document, E/CN.4/2002/17/Add.1, p. 5.

ปกครอง ตนเองแต่กลับหาว่าเป็นผู้ก่อการร้าย และถูกขับไล่ กระทั่งในปี 2000 ได้มีข้อตกลงระหว่างรัฐบาล บริษัทสัมปทาน และชนพื้นเมืองดั้งเดิมเพื่อรับรองสิทธิทางสุขภาพ และสังคม กระนั้นสิทธิดังกล่าว ก็ยังถูกละเมิดอยู่ ในปี 2001 ศาลสิทธิมนุษยชนละตินอเมริกาได้เรียกร้อง ให้รัฐมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อประกันสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม แม้จะมีการเรียกร้องสิทธิดังกล่าว อย่างไรก็ตามไม่ได้รับการปฏิบัติ ดังนั้นชนพื้นเมืองเอมเบราคาติโอ ยังคงต้องเผชิญอันตราย และ ไม่อาจจะมีชีวิตอยู่ได้ ในฐานะผู้ซึ่งได้รับการกำหนดอัตลักษณ์

แม้ยังไม่มีข้อยุติในเรื่องการกำหนดอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาได้มีความพยายามในการเสนอเกณฑ์ในการกำหนดอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจากทั้งองค์การระหว่างประเทศ และภูมิภาคต่างๆ ดังต่อไปนี้

ก. เกณฑ์การกำหนดอัตลักษณ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและเผ่าชน 169 ชนเผ่า : ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะอยู่ในเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁶²

พวกเขามีสภาพของ สังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมที่มีลักษณะจำเพาะ มีการกำหนดเกณฑ์สถานะทั้งหมดหรือบางส่วนโดยวัฒนธรรม หรือประเพณี หรือกฎหมายพิเศษหรือกฎเกณฑ์ ของพวกเขาเอง มีการสืบเชื้อสายมาจากประชากรที่ซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศหรือภูมิภาคในเวลาที่ ถูกปราบปราม เป็นอาณานิคม หรืออยู่ในเขตแดนของรัฐที่สถาปนาขึ้นมา ไม่มีพิจารณาถึงการคงไว้ซึ่งสถานะทางกฎหมาย บางส่วนหรือทั้งหมดของสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และสถาบันทางการเมืองของพวกเขา

อนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและเผ่าชน 169 มีเกณฑ์ว่า การกำหนดอัตลักษณ์ตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมควรจะพิจารณาจากเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจของกลุ่มต่างๆ ว่าบุคคลได้รับการยอมรับในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยกำหนดอัตลักษณ์ในบริบท หรือสิ่งที่แวดล้อมมากกว่าคำจำกัดความที่เป็นสากลและไม่ควรใช้ "คำจำกัดความจากการถกเถียง อภิปราย" (definition debate) ในฐานะข้ออ้างสำหรับการที่ไม่สามารถจัดการกับประเด็นที่เกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้

⁶¹ U.N. Document, E/CN.4/2003/90, pp. 13-15.

⁶² "Identification of Indigenous and tribal peoples", [Online] Available from: www.ilo.org/indigenous [6 February 2009].

ข. การกำหนดอัตลักษณ์ในแอฟริกา⁶³

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชนพื้นเมืองดั้งเดิมแอฟริกา (ACHPR) มีการรายงานถึงประเด็นดังกล่าว ว่าการให้คำจำกัดความที่เจาะจงชัดเจนเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นและไม่ใช่ว่าเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ ข้อสรุปที่ว่า ชาวแอฟริกาทุกคนเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีความสัมพันธ์กันกับอาณานิคมของยุโรป และไม่เป็นที่ยอมรับและเข้าใจ ประเด็นเรื่องดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติในสิทธิพิเศษ แต่สิทธิต่างๆ และมาตรการถูกรวบงำโดยการเลือกปฏิบัติ และการทำให้ดูไม่มีความสำคัญต่อชนพื้นเมืองดั้งเดิม ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในแอฟริกา คือ กลุ่มชนที่มีลักษณะจำเพาะ กับวัฒนธรรมและประเพณีที่มีลักษณะจำเพาะ และลักษณะจำเพาะบ่อยครั้งมีความสำคัญในประเด็นสิทธิมนุษยชนในการไม่ให้ความสำคัญของการมีอยู่และของคำจำกัดความ

เกณฑ์ของ ACHPR ลักษณะเฉพาะหลักๆ มีดังนี้ พวกเขา มีวัฒนธรรมและวิถีชีวิตแตกต่างจากสังคมส่วนใหญ่ ถูกคุกคามทางวัฒนธรรม ความสำคัญของสิทธิในที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติในวิถีการดำเนินชีวิต ได้รับความทุกข์ทรมานจากการเลือกปฏิบัติและถูกพิจารณาในฐานะ ด้อยพัฒนา ถูกทำให้ไม่มีความสำคัญทางการเมือง และสังคม

ค. การกำหนดอัตลักษณ์ในละตินอเมริกา⁶⁴

ชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกกำหนดอัตลักษณ์ในฐานะผู้ซึ่งสืบทอดมาจากประชาชนที่มาก่อนโคลัมเบีย (pre-Columbia peoples) ระดับของการกำหนดอัตลักษณ์ปรากฏขึ้นเช่นเดียวกับการประณามของการดูหมิ่นอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ชุมชน Afro-american นั้นมีการกำหนดอัตลักษณ์ของพวกเขาเองในฐานะชนเผ่าตาม อนุสัญญา 169

อย่างไรก็ตามสิทธิในการได้รับการกำหนดอัตลักษณ์ในฐานะชนพื้นเมืองดั้งเดิม ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่มีชัดเจน และเป็นที่ยกข้อสงสัยได้ ทางปฏิบัติของรัฐในเรื่องดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับนัก การกำหนดอัตลักษณ์ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมักขึ้นอยู่กับการตัดสินใจภายในของแต่ละรัฐ และรัฐก็มักจะหลีกเลี่ยงในการกำหนดอัตลักษณ์ในความเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมดังกล่าวและใช้คำเรียกอื่นๆ แทน

จากการศึกษาข้างต้นพิจารณาได้ว่า ในระดับประเทศนั้นถึงแม้จะมีตัวอย่างให้เห็นเกี่ยวกับการที่รัฐได้ระบุอัตลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมบ้าง และในระดับระหว่างประเทศก็ีตรา

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

สารที่บัญญัติถึงสิทธิดังกล่าวนี้อยู่ แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะสามารถทำให้ประเด็นสิทธิในการอัต
 ลักษณะมีความชัดเจนแต่อย่างใด สิทธิในเรื่องดังกล่าวจึงยังไม่เพียงพอ และต้องการการพัฒนาทั้ง
 แนวทางปฏิบัติของรัฐ รวมถึงความชัดเจนในตราสารระหว่างประเทศต่อไป

2) สิทธิในการกำหนดใจตนเองทางสังคมและการเมือง

ประเด็นที่มีมายาวนานในเรื่องสิทธิในการปกครองตนเอง (self-government) ของชน
 พื้นเมืองดั้งเดิมถูกรบกวน ถูกจำกัด หรือถูกปฏิเสธโดยรัฐอาณานิคม (colonial state) หรือ รัฐหลัง
 อาณานิคม (post-colonial state) การสร้างสิทธิดังกล่าวขึ้นมาใหม่โดยได้รับความยินยอมทั้งสอง
 ฝ่ายระหว่างรัฐและชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ซึ่งประชาชน หรือ ชุมชน ได้ตัดสินใจอนาคตของตนเอง
 สอดคล้องกับกระบวนการของพวกเขาเองซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญในปฏิญญาสหประชาชาติว่า
 ด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) สิทธิ
 การกำหนดใจตนเองแสดงออกผ่านทางรูปแบบของการใช้สิทธิในการปกครองตนเอง (self-
 government) อิสระในการปกครอง (autonomy) และ สิทธิในการจัดการ (self-management) เป็น
 สิ่งจำเป็นสำหรับการดำรงอยู่อย่างสืบเนื่องต่อไปของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในฐานะของกลุ่มชนที่มี
 ลักษณะจำเพาะ

สิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองนั้นมีมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีปฏิญญา
 สหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกิดขึ้น และสิทธิดังกล่าวเป็นเป้าหมายหลักในการ
 เรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิทธิของชนพื้นเมืองทั้งหลาย แต่เดิมจนถึงปัจจุบันรัฐมีความกลัวว่าสิทธิดังกล่าว
 จะนำไปสู่การแยกตัวและกระทบต่อหลักบูรณาภาพแห่งดินแดน อย่างไรก็ตามในปัจจุบันเป็นที่
 ชัดเจนแล้วว่า ชนพื้นเมืองดั้งเดิมสิทธิในการกำหนดใจตนเองในโดยใช้สิทธินี้ ในอิสระในการปกครอง
 ตนเอง สิทธิในการปกครองตนเอง และสิทธิในการจัดการตนเองในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจการภายใน
 ท้องถิ่นของตนเอง

พัฒนาการล่าสุดภายในบริบทของการอภิปรายสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยเฉพาะใน
 เรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองของพวกเขา ได้ก่อให้เกิดแรงกระตุ้นใหม่ต่อการยอมรับในเรื่อง
 อิสระในการปกครองตนเองในฐานะหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ

สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีอิสระในการปกครองตนเอง หรือการมีสิทธิในการปกครองตนเอง
 ในกรณีที่เกี่ยวข้องภายใน และกิจการท้องถิ่นของพวกเขา อิสระในการปกครองตนเองนี้เป็นรูปแบบที่
 สมบูรณ์ของสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และเป็นที่ยอมรับได้ว่าอิสระในการ

ปกครองตนเอง นั้นเป็นอีกหนทางในการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเอง⁶⁵ ความเกี่ยวพันดังกล่าว ยังแสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจน ในรายงาน (working paper) ของ Miguel Ifonso Martinez หนึ่งในสมาชิกของ WGIP ในการประชุมครั้งที่ 22 เมื่อเดือนกรกฎาคม ปี 2004⁶⁶ เมื่อเขาเน้นย้ำว่า อิสระในการปกครองตนเอง (Autonomy) คือ รูปแบบเฉพาะของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะได้ใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองของพวกเขา⁶⁷ ยิ่งไปกว่านั้น ในข้อที่ 46 ของปฏิญญา และคำประกาศบนหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ (Declaration on the Principles of International Law) ได้ชี้แจงว่าการตีความสิทธินั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎบัตรของสหประชาชาติ การจำกัดสิทธิในการกำหนดใจตนเองต่ออิสระในการปกครองตนเองนั้นไม่สามารถเข้ากันได้กับกฎบัตรดังกล่าว⁶⁸ อย่างไรก็ตาม สิทธิในการกำหนดใจตนเองแสดงออกอย่างแจ่มชัดดังเช่นที่แสดงไว้ในข้อ 3 ของปฏิญญาและการเพิ่มเข้าไปของบทบัญญัติของอิสระในการปกครองไม่สามารถตีความในฐานะเป็นการละเมิดสิทธินั้นและไม่ใช่อำนาจโต้แย้งต่อความเป็นอิสระและบูรณภาพแห่งดินแดนที่มีอยู่ของรัฐ⁶⁹

ข้อ. 1 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ได้รับรองการมีอิสระในการปกครองตนเอง ว่ากลุ่มชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยอาศัยสิทธินั้น กลุ่มชนกำหนดสถานะทางการเมืองของตนอย่างมีเสรี...⁷⁰

ตัวอย่างทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าว เช่นรัฐธรรมนูญในปี 1991 ของประเทศกัมพูชาได้ให้การรับรองและเคารพสำหรับสถาบันการปกครองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม รวมถึงศาลชนพื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งประยุกต์ใช้มาตรฐานตามขนบธรรมเนียมประเพณี การรับรองแนวคิดที่แพร่หลายของการอิสระในการปกครองตนเองของอะบอริจินอล ในสนธิสัญญา 1982 Canadian Charter of Rights and Freedoms ของประเทศแคนาดา และสนธิสัญญาไวทากิของประเทศนิวซีแลนด์ ให้สิทธิชาวเมาลีสงวนไว้ซึ่งสิ่งที่พวกเขาเรียกว่า rangatiratanga ตัวอย่างเช่นอำนาจ

⁶⁵ Christian Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination* (Dordrecht 1993), p. 13.

⁶⁶ U.N. Document, E/CN.4/sub.2/AC.4/2004/2, p. 7.

⁶⁷ Erica-Irene Daes, "Protection of the World's Indigenous Peoples and Human Rights", in: Thornbull, P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, (Manchester 2002), p. 302.

⁶⁸ U.N. Document, E/CN.4/sub.2/AC.4/2004/2, p. 8.

⁶⁹ Hans-Joachim Heintze, "On the Legal Understanding of Autonomy," in: Suksi, Markku (ed.) *Autonomy: Applications and Implications*, (Dordrecht 1998), p. 20.

⁷⁰ ICCPR, Art 1.

สำคัญสุดของพวกเขาที่ซึ่งรวมถึง อำนาจการเป็นเจ้าของ ใช้และจัดการดินแดนเมาลีและ
ทรัพยากรอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตเมาลี

เช่นเดียวกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในสิทธิในการปกครองตนเอง (self-government) เป็น
เป้าหมายสูงสุดในมิติด้านการเมืองของสิทธิการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ทัศน
ดั้งเดิมเกี่ยวกับ

ในอนุสัญญา กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง และ กติกา
ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 1 ที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกัน ระบุ
ว่า ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยอาศัยสิทธินั้น ประชาชนจะกำหนดสถานะ
ทางการเมืองของตนอย่างเสรี รวมทั้งดำเนินการอย่างเสรีในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และ
วัฒนธรรมของตน เพื่อจุดมุ่งหมายของตน ประชาชนทั้งปวงอาจจัดการโรคภัยและ
ทรัพยากรธรรมชาติของตนได้อย่างเสรี โดยไม่กระทบต่อพันธกรณีใดๆ อันเกิดจากความร่วมมือ
ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแห่งผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน และ
กฎหมายระหว่างประเทศ โดยประชาชนจะไม่ถูกลิดรอนจากวิถีทางแห่งการยังชีพของตนไม่ว่าใน
กรณีใดๆ อนุสัญญานี้ให้รัฐภาคีแห่ง รวมทั้งผู้รับผิดชอบในการบริหารดินแดน ทั้งที่เป็น
ดินแดนที่ไม่ได้ปกครองตนเอง และดินแดนในภาวะทรัสตี จะส่งเสริมสิทธิในการกำหนดใจตนเอง
ให้บรรลุผลเป็นจริง และรัฐต้องเคารพสิทธินั้นตามบทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

ทั้งนี้สิทธิดังกล่าวนั้นจะไม่ถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการ
ติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สิทธิในการกำหนดใจตนเองยังรวมถึง เสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา
กล่าวคือ การมีเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน และ
เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของตนโดยการสักการบูชา การปฏิบัติ การ
ประกอบพิธีกรรม และการสอน ไม่ว่าจะโดยลำพังตัวเอง หรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และไม่ว่าต่อ
สาธารณชน หรือเป็นการส่วนตัว⁷¹

รัฐต่างๆ จะต้องให้ความเคารพสิทธิเช่นว่า รวมทั้งเสรีภาพของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง
ตามกฎหมายในการให้การศึกษาทางศาสนาและศีลธรรมแก่เด็กตามความเชื่อของตนด้วย⁷²

⁷¹ ICCPR, Art 17.

⁷² ICCPR, Art 18.

ในข้อ 25 ของอนุสัญญา กติการหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ยังระบุว่า พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิและโอกาส โดยปราศจากความแตกต่างดังกล่าวไว้ในข้อ 2 และโดยปราศจากข้อจำกัดอันไม่สมควร ในการที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารรัฐกิจโดยตรง หรือผ่านทางผู้แทนซึ่งได้รับเลือกมาอย่างเสรี และในการที่จะเข้าถึงการบริการสาธารณะในประเทศของตน ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งความเสมอภาค⁷³

จากหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่สำคัญในการกำหนดใจตนเองในอันที่จะมีอิสระและสิทธิในการปกครองตนเอง โดยเฉพาะในการที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารกิจการบ้านเมือง และการกำหนดการปกครองใดๆ ที่อาจจะมีผลกระทบโดยตรงหรือทางอ้อมแก่วิถีการดำเนินชีวิตของตน รวมถึงบริหารจัดการกิจการในท้องถิ่นของตนเอง

ส่วนอนุสัญญา ILO 169 ระบุ ให้รัฐกำหนดมาตรการที่เอื้อแก่การมีส่วนร่วมในทางการเมือง หรือกิจกรรมใดๆ ที่มีผลกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น รวมถึงการจัดให้มีสถาบัน การริเริ่ม และทรัพยากรที่จำเป็นเท่าที่เหมาะสมเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว⁷⁴

ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิที่จะตัดสินใจในการกำหนดความสำคัญอันดับแรกแก่กระบวนการพัฒนาที่มีผลกระทบกับชีวิต ความเชื่อ สถาบัน และการมีจิตวิญญาณที่ดีของพวกเขา การใช้ดินแดนที่ครอบครอง ควบคุม และขยายการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม รวมถึงการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมแห่งชาติ และการพัฒนาภูมิภาคที่อาจจะมีผลกระทบโดยตรงต่อพวกเขา โดยสิทธิดังกล่าว รัฐต้องให้การรับรองด้วย⁷⁵

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าสิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้น ไม่ใช่สิทธิในการแสดงเจตจำนงฝ่ายเดียว และการใช้เพื่อแบ่งแยกดินแดนฝ่ายเดียว แต่เป็นสิทธิในการแสดงออกถึงการกำหนดรูปแบบการบริหาร จัดการสังคม ชุมชน เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม เพื่อธำรงไว้ซึ่งคุณค่า และอัตลักษณ์ของตนเองรวมถึงการที่จะได้รับความเคารพในสิทธิเช่นว่า ในการมีอิสระในการบริหาร จัดการ เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และสิทธิในทางการเมืองสำหรับชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นมีหลักการที่สำคัญคือ หลักความยินยอมที่เป็นอิสระล่วงหน้า และได้รับข้อมูล (free prior and informed consent) โดยรัฐควรจะสนับสนุนการเข้าไปมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในกิจกรรมต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบ

⁷³ ICCPR, Art 25.

⁷⁴ ILO, Art 16.

⁷⁵ ILO, Art 17.

ต่อการดำรงชีวิตของพวกเขา และรัฐไม่ควรจะดำเนินกิจกรรมใดๆ ที่จะมีผลกระทบต่อชีวิต และการตัดสินใจของพวกเขาโดยปราศจากความยินยอมที่เป็นอิสระ ล่วงหน้า และได้รับข้อมูล⁷⁶

จากรายงานของผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ปี 2002 นั้นมีหลายกรณีในแอฟริกาเหนือที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเรียกร้องต่อประเทศต่างๆ ให้รับรองสิทธิของตน ทั้งในเรื่องของภาษา วัฒนธรรม และอัตลักษณ์ รวมถึงการมีสิทธิทางการเมือง และสังคม โดยผลจากการก่อจรรยาจลในปี 1990 ซึ่งเริ่มในไนเจอร์ (Niger) ชนพื้นเมือง ทัวเรก (Tourage) ของชาวมาลี ได้ทำข้อตกลงสันติภาพกับรัฐบาลในปี 1990 และ 1992 โดยรัฐบาลยินยอมให้ทัวเรกมีสิทธิปกครองตนเอง และมีประชาธิปไตยภายใน รัฐบาลได้มอบอิสระในการปกครองตนเองแก่ดินแดนตอนเหนือของประเทศที่ครอบครองโดยกลุ่มชนดังกล่าว⁷⁷

และในกรณีของชาวเอมเบราคาติโอ แม้ว่าชนกลุ่มนี้จะได้รับการรับรองถึงสถานะทางกฎหมายของการเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามกฎหมายแล้ว ตามสิทธิการที่รัฐบาลโคลัมเบียดำเนินการใดๆ หากเป็นกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อวิถีในการดำรงชีวิตของชาวพื้นเมืองดั้งเดิม รัฐบาลโคลัมเบียพึงคำนึงถึงการเข้ามามีส่วนร่วมและการตัดสินใจของพวกเขา แต่สิทธิดังกล่าวไม่ได้รับการเคารพโดยรัฐบาลของโคลัมเบียเลย จากกรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระ และสิทธิในการปกครองตนเองของชาวเอมเบราคาติโอ

ในส่วนของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ได้ยอมรับในการให้เผ่าอินเดียนให้มีสิทธิในการเมือง รวมถึงสิทธิที่มาอยู่แต่เดิมในการมีสิทธิในการปกครองตนเอง (self-government) ในฐานะผู้มาอยู่ก่อน (first people) และสนับสนุนสิทธิในการปกครองตนเองของเผ่าชน (tribal self-government) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกิจการภายในและท้องถิ่น รวมถึงมีศาลชนเผ่า (Indian Court) ซึ่งสามารถตัดสินใจในคดีเกี่ยวกับครอบครัว เป็นต้น

จากการศึกษาพิจารณาได้ว่า สิทธิในการมีอิสระและสิทธิในการปกครองตนเองตามหลักการกำหนดใจตนเองนั้น ได้บัญญัติเป็นหลักกฎหมายในตราสารระหว่างประเทศ ก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมแล้ว และแม้ว่ากติกาทั้งสองฉบับนั้น

⁷⁶ U.N. General Assembly, Programme of Action for the second International Decade of the World's Indigenous Peoples, 2005; United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, "Draft Aide Memoire" of The African Group: A Brief Commentary, 2007, p. 13.

⁷⁷ U.N. Document, E/CN.4/2002/17/Add.1, p. 5.

ได้รับการรับรองอย่างแพร่หลายในสังคมระหว่างประเทศ โดยดูได้จากภาคีของกติกา แต่รัฐส่วนใหญ่มักตั้งข้อสงวนในบทบัญญัติดังกล่าวเนื่องจากเกรงว่าการรับรองสิทธิที่ว่าจะนำกระทบต่อเอกภาพและความเป็นหนึ่งเดียวของรัฐ ดังเช่นกรณีของประเทศไทยก็ได้ตั้งข้อสงวนในข้อดังกล่าวไว้ และในส่วนของอนุสัญญา ILO 169 นั้นก็ไม่ได้รับการยอมรับในการเป็นภาคีเท่าที่ควร สิทธิดังกล่าวที่ได้รับการรับรองจากกติกา และอนุสัญญาข้างต้นจึงยังไม่เพียงพอ จึงควรมีตราสารที่อธิบายถึงขอบเขตของสิทธิให้ชัดเจน เพื่อให้ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศต่อไป

3) สิทธิในภูมิปัญญาดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางประเพณี และการแสดงออกทางวัฒนธรรม

หลายชั่วอายุคนมานานแล้ว ชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้พัฒนาภูมิปัญญาต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นภูมิปัญญาด้านสุขภาพ เทคโนโลยี เทคนิคที่เกี่ยวกับธรรมชาติ แบบแผนและพิธีกรรม รวมถึงการแสดงออกทางวัฒนธรรมอื่นๆ แต่ผลที่ตามมาภูมิปัญญา วิธีการปฏิบัติและความคิดสร้างสรรค์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกนำไปใช้โดยบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม หรือ ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม หลายต่อหลายครั้งที่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ สัญลักษณ์หรือภูมิปัญญาของพวกเขาถูกนำไปเผยแพร่สู่สาธารณะ ถูกคุกคาม ถูกใช้ และนำไปจดสิทธิบัตรเพื่อประโยชน์ทางการค้า ยิ่งไปกว่านั้น มรดกที่เป็นนามธรรมและการแสดงออกทางวัฒนธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ถูกคุกคามเพราะบทบาทของพวกเขา ในการผลิต การรักษาความปลอดภัย การดูแลและการรังสรรค์มรดกทางวัฒนธรรมที่เป็นนามธรรมไม่ได้รับการยอมรับ และพิจารณาหรือประเมินค่าอย่างจริงจังในนโยบายเพื่ออนาคต อย่างไรก็ตามได้มีความพยายามเพื่อรับรองว่ามีการคุ้มครองภูมิปัญญา และมรดกที่เป็นนามธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และเพื่อให้มีการส่งเสริมการแสดงออกทางวัฒนธรรมที่กลุ่มคงไว้ และสืบทอดระหว่างคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง มรดกเหล่านี้ยังอาจเป็นแหล่งความมั่งคั่งสำหรับชุมชนอื่นๆ ในวงกว้างที่ยังไม่ตระหนักถึงความสำคัญ และเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของมนุษยชาติ ประเด็นเรื่องภูมิปัญญาดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางประเพณี และการแสดงออกทางวัฒนธรรม ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นไม่เพียงแต่เกี่ยวกับการแสดงออกทางวัฒนธรรม แต่ยังรวมถึงระบบนิเวศวิทยาและระบบชีววิทยาของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ชนพื้นเมืองดั้งเดิมไม่เพียงแต่ต้องการสิทธิในการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมของพวกเขา แต่ยังต้องการได้รับการแบ่งปันในผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ได้มาจากภูมิปัญญาดังกล่าวอีกด้วย⁷⁵

⁷⁵ U.N. Document, E/C.12/2000/17.

ความหลากหลายทางวัฒนธรรมและมรดกอันมีค่าของชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้มีการรับรู้ในตราสารยูเนสโก⁷⁹ ยิ่งกว่านั้น หลักการนี้มาจากสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกี่ยวกับที่ดิน ดินแดน และทรัพยากร ได้นำมารวมไว้ในตราสารสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ⁸⁰ สิ่งนี้รวมถึงข้อ 8(j) ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางพันธุกรรมซึ่งช่วยให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิในการใช้ความรู้ของตน เกี่ยวกับท้องถิ่น ความหวงใยในชนพื้นเมืองดั้งเดิมยังคงเป็นที่สนใจในการประชุมองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกเกี่ยวกับการคุ้มครองความรู้ดั้งเดิม ยีน และการแสดงทางวัฒนธรรม

ในระดับประเทศนั้น กรณีตัวอย่างในประเทศฮอนดูรัส (Honduras) ได้เรียกร้องให้มีการปกป้องอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์ท้องถิ่นดั้งเดิม และเพื่ออนุรักษ์ที่อยู่อาศัย ทรัพยากรธรรมชาติ ภาษา จารีตและประเพณีของพวกเขา⁸¹ ซึ่งคล้ายกับกรณีในเกาะ Solomon ที่มีการตระหนักถึงการอนุรักษ์ วัฒนธรรม Kastom และ Wantok ของชาว AINU ชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่บทบาทสำคัญตามระบบการขยายครอบครัวตามวัฒนธรรมในยามเกิดวิกฤตเศรษฐกิจ⁸²

ในระดับระหว่างประเทศการรับรองในเรื่องสิทธิในภูมิปัญญาดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางประเพณี และการแสดงออกทางวัฒนธรรมก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้มีการรับรองสิทธิดังกล่าวในอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับที่สำคัญ ดังนี้

1. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยในข้อ. 27 ของกติการะบุว่าชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษา จะไม่ถูกปฏิเสธในการที่จะมีวัฒนธรรมเป็นของตนเอง ซึ่งสิทธิในภูมิปัญญาดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางประเพณี ถือเป็นวัฒนธรรมอย่างหนึ่งของชนพื้นเมืองดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

⁷⁹ UNESCO Declaration on Cultural Diversity (2001), Art 4; Convention for Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (2003), sixth preambular paragraph.

⁸⁰ United Nations non-legally binding authoritative statement of principles for a global consensus on the management, conservation and sustainable development of all types of forests (1992), paras. 2, 5-6, 12; United Nations Framework Convention on Climate Change (1992), Art 3; United Nations Convention to combat desertification in those countries experiencing serious droughts and/or desertification, particular in Africa (1994), Art 10.2.e

⁸¹ U.N. Document, E/C.12/Q/HON/1, 13 December 1999, para. 48.

⁸² U.N. Document, E/C.12/Q/JAP/1, 24 May 2000, para. 45.

พลเมือง และสิทธิทางการเมืองนั้น ไม่ได้ระบุคำว่า ชนพื้นเมืองดั้งเดิมไว้ในกติกาแต่อย่างไร แต่เป็นการขยายรวมชนพื้นเมืองดั้งเดิมเข้าไปอยู่ในชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ตามข้อ 27

2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ในข้อ 15 ได้รับรองสิทธิของทุกคน (right of everyone) ในเรื่อง ภูมิปัญญาทรัพย์สินทางปัญญา และมรดกทางวัฒนธรรม ซึ่งรับรองทั้งที่เป็นสิทธิของปัจเจก และสิทธิของกลุ่มชนโดยส่งเสริมสิทธิของผู้สร้างสรรค์ ในอุปกรณ์และผลประโยชน์ทางศีลธรรม ดังปรากฏในเอกสารของสหประชาชาติว่า "ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม" มีความหมายมากกว่า "ทรัพย์สินทางปัญญา" เพราะการพิจารณาไม่เพียงแต่เฉพาะสิ่งที่สร้างสรรค์โดยศิลปิน นักวิทยาศาสตร์ หรือผู้เขียน แต่ยังรวมถึงสิ่งที่สร้างสรรค์โดยชุมชนวัฒนธรรมหนึ่ง ผู้ดูแลมรดกทางวัฒนธรรม หรือโดยประชาชน โดยกิจกรรมสร้างสรรค์มีพื้นฐานจากวัฒนธรรมหลัก ดังนั้น การสร้างสรรค์ที่เป็นของปัจเจกชน และกลุ่มชนจึงควรได้รับการคุ้มครองในเวลาเดียวกัน อย่างไรก็ตามกติการะหว่างประเทศฉบับนี้มีได้ระบุถึง ชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรงในกติกา แต่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นบุคคล และกลุ่มบุคคล เช่นเดียวกับบุคคล หรือกลุ่มบุคคลอื่นที่มีใช่เป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม

3. อนุสัญญาว่าด้วยการพิทักษ์และส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions 2005) ซึ่งในข้อ. 7 ระบุว่าควรมีมาตรการและสนับสนุนการแสดงออกทางวัฒนธรรม โดย 1) รัฐภาคีควรพยายามจะสร้างสรรค์สิ่งแวดล้อมที่กระตุ้นปัจเจกบุคคล และกลุ่มสังคมในการสร้างสรรค์ การเผยแพร่และการแสดงออกทางวัฒนธรรม... รวมถึงของชนกลุ่มน้อยและชนพื้นเมืองดั้งเดิม⁸³ 2) ควรพยายามรับรองความสำคัญในการสนับสนุน ผู้ที่เกี่ยวข้องในการสร้างสรรค์ดังกล่าว ชุมชนทางวัฒนธรรม องค์การสนับสนุนต่างๆ และรับรองความสำคัญของบทบาทในการแสดงออกในวัฒนธรรมที่หลากหลายนั้น⁸⁴

นอกจากนั้นแนวคิดการรับรู้ และให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่น ยังสอดคล้องกับหลักการของร่างคำประกาศว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมือง ขององค์การสหประชาชาติ (UN Draft Declaration on Indigenous Rights) ที่ระบุว่า "ชนพื้นเมืองเป็นเจ้าของวัฒนธรรม ทรัพย์สินทางปัญญาของตน ทั้งที่แสดงออกทางเรื่องเล่า วรรณคดี หรือศิลปะการแสดง สิทธิดังกล่าวครอบคลุม

⁸³ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Article 1 (a).

⁸⁴ Ibid., Article 1 (b).

ถึงทรัพยากรพันธุกรรมมนุษย์ หรือพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตอื่น เมล็ดพันธุ์ ยารักษาโรค ภูมิปัญญาเกี่ยวกับพืช หรือสัตว์ในท้องถิ่นของตน” (UN Draft Declaration on Indigenous Rights, Article 29) ดังนั้นวิธีการเพาะพันธุ์พืช หรือพันธุ์พืชของชนพื้นเมืองซึ่งเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับตามร่างคำประกาศดังกล่าว

4. อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) ข้อ. 8j, ระบุว่า ภายใต้กฎข้อบังคับแห่งชาตินั้น รัฐต้องให้ความเคารพ ส่งเสริมและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น โดยมีความเห็นชอบและการเข้าร่วมของผู้ทรงความรู้ เจ้าของประดิษฐ์กรรม และผู้ถือปฏิบัตินั้นๆ และสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัตินั้น ข้อ. 15 ระบุว่า การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้า ข้อ. 17 เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และข้อ. 18 เกี่ยวกับการร่วมมือด้านเทคนิคและวิทยาศาสตร์ และการพัฒนาการใช้เทคโนโลยีรวมทั้งเทคโนโลยีพื้นบ้าน หรือเทคโนโลยีท้องถิ่น

นอกจากนั้นยังมีแผนปฏิบัติการที่ 21 ใ้ระบุให้จัดตั้งโครงการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมทั้งการจัดตั้งธนาคารพันธุกรรม หรือห้องปฏิบัติการในประเทศกำลังพัฒนาเพื่อเพิ่มพูนศักยภาพของประเทศกำลังพัฒนา และระบุให้พัฒนาการใช้เทคโนโลยีชีวภาพในลักษณะยั่งยืนรวมทั้งถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวแก่ประเทศกำลังพัฒนา และยอมรับบทบาทความสำคัญของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการสร้างสรรค์ ความรู้วิทยาศาสตร์แบบพื้นบ้าน

จากการศึกษาพบว่าแม้สิทธิในเรื่องดังกล่าวจะได้รับการคุ้มครองในรัฐ และได้รับการยอมรับในเวทีระหว่างประเทศ และมีตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับคุ้มครองสิทธิดังกล่าวดังที่ได้ศึกษามาข้างต้น แต่ปัญหาการลักลอบ หรือใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ ก็ยังคงปรากฏอยู่ การรับรองสิทธิในเรื่องดังกล่าวก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมในตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ในส่วนของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้น ข้อจำกัดคือกติกาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญา และไม่ได้เป็นสนธิสัญญาที่จัดทำขึ้นมาเพื่อมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรง และชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะได้รับการรับรองสิทธิในกติกาฉบับนี้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าว รวมถึง

มีสิทธิในการใช้กลไกในการกล่าวอ้างสิทธิ ซึ่งในที่นี้ได้แก่ประเด็นสิทธิเรื่องภูมิปัญญาดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางประเพณี และการแสดงออกทางวัฒนธรรม ซึ่งเป็นการขยายความของข้อ. 27 นั้น จะต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ในรัฐที่เข้าเป็นภาคีในกติกา รวมถึงยอมในรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างสิทธิ (complaints provision) และไม่ได้มีข้อสงวนใดเกี่ยวกับบทบัญญัติในสิทธิดังกล่าวด้วย เช่นเดียวกับกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญา และมีจุดประสงค์เพื่อใช้ในประเทศต่างๆ ให้มีกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับ และมีความเป็นสากล โดยมีสาระสำคัญในเรื่องของสิทธิมนุษยชน ในด้านทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาระว่าด้วยการพิทักษ์และส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม ซึ่งเป็นสนธิสัญญาและให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวในลักษณะทั่วไป มิได้เจาะจงแต่ชนพื้นเมืองดั้งเดิม แต่กล่าวถึงการรับรองสิทธิดังกล่าวโดยรวมถึงชนพื้นเมืองดั้งเดิมเข้าไปด้วย อย่างไรก็ตามมิได้จัดทำขึ้นเพื่อรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน

สุดท้ายในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนั้นเป็นความตกลงด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่มีเจตนารมณ์ให้รัฐบาลทุกประเทศเคร่งครัดต่อการรักษาวินัยสิ่งแวดล้อม โดยอนุสัญญาฯ วางวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ เพื่ออนุรักษ์ ความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม โดยระบุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ โดยมีการรับรองสิทธิดังกล่าวของชนพื้นเมืองดั้งเดิมรวมเข้าไปด้วย ข้อจำกัดของการรับรองสิทธิดังกล่าวของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ในข้อจำกัดของสนธิสัญญาทั้งหลายข้างต้น คือผู้รับการคุ้มครองสิทธินั้น ต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ในรัฐภาคี และได้มีการตั้งข้อสงวนในสิทธิดังกล่าวด้วย จึงสรุปได้ว่าการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในเรื่องสิทธิในภูมิปัญญาดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางประเพณี และการแสดงออกทางวัฒนธรรมในตราสารระหว่างประเทศก่อนมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ส่วนใหญ่อยู่ในรูปแบบสนธิสัญญาต่างๆ ซึ่งไม่ได้จัดทำขึ้นมาเพื่อเป็นการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองเป็นการเฉพาะ เพียงแต่มีบทบัญญัติที่มีการรับรองสิทธิดังกล่าวของชนพื้นเมืองดั้งเดิมอยู่บ้าง แต่ยังไม่ครอบคลุม และไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั้งหมด ดังนั้นการรับรองสิทธิดังกล่าวของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงยังต้องการตราสารระหว่างประเทศที่มีการรับรองสิทธิได้ครอบคลุมกว่าที่มีอยู่

3.4.2 สิทธิในทรัพยากร สิ่งแวดล้อม

สิทธิในทรัพยากร และสิ่งแวดล้อมประกอบไปด้วย สิทธิในที่ดิน และอาณาเขต สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ และสิทธิในสิ่งแวดล้อม

1) สิทธิในที่ดินและอาณาเขต (Lands and territories)

ที่ดิน และอาณาเขตนั้นมีความสำคัญพิเศษต่อวัฒนธรรมและจิตวิญญาณสำหรับชนพื้นเมืองดั้งเดิม สิ่งเหล่านี้มีความสัมพันธ์ต่อความอยู่รอด ความยั่งยืนทางเศรษฐกิจ และมีความเกี่ยวพันโดยตรงกับอัตลักษณ์ และการดำรงอยู่ของพวกเขาอย่างแยกไม่ออก ชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นมีความผูกพันและเชื่อมโยงในที่ดินและอาณาเขตของพวกเขาอย่างลึกซึ้ง⁸⁵ สามารถกล่าวได้ว่าประเด็นสำคัญที่สุดของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นเกี่ยวข้องกับที่ดิน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหามานานาประการแก่พวกเขา ชนพื้นเมืองดั้งเดิมถือว่าสิทธิความเป็นเจ้าของ การครอบครอง และการใช้ที่ดินนั้น ถือเป็นสิทธิดั้งเดิมที่พวกเขาพึงมี⁸⁶

ตั้งแต่ยุค 1980 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้มีบทบาทสำคัญในการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มชนพื้นเมืองท้องถิ่นภายใต้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเรือน รวมถึงสิทธิส่วนบุคคล สิทธิในการมีครอบครัว สิทธิในการเป็นบุคคลของชนกลุ่มน้อยในเรื่องของชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา ความเห็นทั่วไปที่ 23 (1994) ของคณะกรรมการในข้อ 27 ของ กติกาดังกล่าว ทำให้เกิดความคับหน้าในการตีความอย่างกว้างของบรรทัดฐานของบูรณาภาพทางสังคมของชนพื้นเมืองดั้งเดิม รวมถึงขยายบรรทัดฐานไปสู่ทุกประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและทรัพยากร⁸⁷

แม้ในเนื้อหาของกติกาดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรงหรือสิทธิเกี่ยวกับที่ดินของชนพื้นเมือง อย่างไรก็ตาม มีการใช้สิทธิการร้องเรียนของกลุ่มชนพื้นเมืองท้องถิ่น โดยเฉพาะการเรียกร้องสิทธิตามข้อ 27 ของกติกาย ที่กล่าวถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยเฉพาะสิทธิในที่ดิน ดังนี้

⁸⁵ U.N. Document, A/59/258.

⁸⁶ U.N. Document, E/CN.4/2002/97.

⁸⁷ U.N. Document, E/CN.4/200678, paras, 7-13.

ข้อ 27* "ในรัฐทั้งหลายที่มีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเองหรือนับถือ และประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนภายในชุมชนร่วมกับสมาชิกอื่นของชนกลุ่มน้อยด้วยกัน"

การดำเนินการร้องเรียนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ มักจะอ้างถึงข้อ 27 ของ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง เป็นข้อหลักในการต่อสู้เรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ดังเช่น คดีต่างๆ ดังต่อไปนี้⁸⁸

คดีตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (HRC) ได้ทำการวินิจฉัยตามปฏิกฎาต่างๆ เกี่ยวกับสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่น คดี Ominayak and The Lubicon Lake Band v. Canada 1990⁸⁹ คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับชนเผ่าที่ชื่อว่า Lubicon Cree ซึ่งรัฐบาลแคนาดาได้อนุญาตให้บริษัทเอกชนทำการสัมปทานป่าไม้ และเปิดโอกาสให้มีการสำรวจแร่ และการขุดหาน้ำมันในเขตดินแดนของชนเผ่า Lubicon ในกรณีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้มีคำวินิจฉัยให้รัฐบาลแคนาดาจ่ายค่าชดเชยให้กับชนเผ่า Lubicon และคดี J. Lansman et al. v. Finland Case⁹⁰ อันเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในพื้นที่ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยอ้างว่าสิทธิพวกเขาตาม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ข้อ 27 ได้ถูกละเมิดจากการทำไม้และการสร้างถนน และการดำเนินกิจกรรมของรัฐประเพณี เช่น การล่าสัตว์ การตกปลา หรือการเลี้ยงกวางเรนเดียร์. คดีนี้ HRC พบว่า การดำเนินการของประเทศฟินแลนด์ที่ชนพื้นเมืองกล่าวอ้าง ยังไม่ได้ส่งผลกระทบมากพอต่อสิทธิของชนพื้นเมืองที่จะถือว่าเป็นการปฏิเสธสิทธิของชนพื้นเมืองตามข้อ 27

* Article 27 "In those States in Which ethnic, religious or Linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language"

⁸⁸ Henrique Napoleao Alves, Amerindian Land and Natural Resources Tenure under the International Human Rights Law, A research presented in the XV Semana de Iniciacao Cientifica da UFMG (2006).pp.10-13.

⁸⁹ Ibid., p.9.

⁹⁰ Ibid., p.12.

ในระดับประเทศ หลายๆ ประเทศได้จัดให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมาย เพื่อตอบสนองการเคลื่อนไหวของชนพื้นเมืองดั้งเดิมสำหรับการยอมรับสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ไม่ว่าจะเป็นการยอมรับทางกฎหมายในเรื่องที่พวกเขาสามารถคุ้มครองและควบคุมที่ดินของพวกเขาได้ ตัวอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกาได้มีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญในหลายรัฐ ซึ่งยอมรับถึงลักษณะทางชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของสิทธิในที่ดิน โดยยอมรับว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นผู้มีสิทธิเหนือดินแดนมาแต่เดิมตามหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และถือว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นผู้ครอบครองดินแดนโดยชอบด้วยกฎหมายในฐานะผู้ตั้งรกรากอยู่ก่อน และมีการจัดทำสนธิสัญญารับรองสิทธิในที่ดินของชนเผ่าไว้รวมกว่า 300 สนธิสัญญา อยู่ในรูปแบบสิทธิเหนือที่ดินของชนเผ่า ซึ่งถือว่าเป็นสาธารณสมบัติที่สงวนไว้ใช้ประโยชน์ของสมาชิกชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม พัฒนาการของการรับรองสิทธิชนพื้นเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่ามีความก้าวหน้าและพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะการทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับที่ดินที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้ครอบครองอยู่ ซึ่งเรียกว่า trust land และการตั้งเขตสงวนของชนพื้นเมืองขึ้นในพื้นที่ต่างๆ⁹¹ รวมถึงในระดับศาลนั้นได้ตัดสินรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นครั้งแรกในคดี Johnson v McIntosh (1823) ซึ่งเป็นข้อพิพาทในสิทธิในที่ดินระหว่างชาวอเมริกันผู้ตั้งถิ่นฐาน (Settler) กับชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมโดยศาลได้ตัดสินให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นผู้ครอบครองผืนดินอย่างชอบธรรม และถูกต้องตามกฎหมาย ในคดี Oneida Indian Nation v Country of Oneida (1974) ศาลอเมริกาได้ตอกย้ำสิทธิในลักษณะเดียวกันว่า การครอบครองที่ดินของชาวอินเดียน เมื่อชาวอาณานิคมมาถึง สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิได้รับการยอมรับและจำกัดได้ก็แต่โดยกฎหมายของรัฐเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็ไม่ใช่สิทธิพิเศษหรือสิทธิเด็ดขาดที่รัฐไม่สามารถดำเนินการใดๆ เหนือที่ดินนั้น บางกรณีสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็อาจถูกจำกัดสิทธิลงได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น คดี Richard E. Lyng, Secretary of Agriculture v. Northwest Indian Cemetery Protective Association 1988 (7)⁹² ศาลสูงได้ตัดสินว่าการทำไม้ของบริษัทเป็นผลประโยชน์ที่ยิ่งใหญ่ต่อสังคมอเมริกัน จึงมีสิทธิที่จะสร้างถนนได้

ประเทศแคนาดามีการพัฒนาและรับรองสิทธิของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลฎีกาแคนาดาได้ตัดสินโดยยอมรับสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมใน

⁹¹ บุญชู ณ ป้อมเพชร, คดีตัวอย่างเกี่ยวกับการรับรองสิทธิชุมชนในกฎหมายระหว่างประเทศ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, หน้า 5.

⁹² Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association, 485 US 439 (1988)

คดี Hamlet of Baker v Minister of Indian Affairs and Northern Development (1980) ศาลได้ ย้ำว่าในคดี Calder วางหลักดังนี้⁹³ "กฎหมายของแคนาดาให้การรับรอง การดำรงอยู่ ของสิทธิของ ชนเผ่าพื้นเมืองเหนือที่ดินของพวกเขาโดยไม่อยู่ภายใต้ พระบรมราชโองการ (Royal Proclamation) ภายใต้บรมสิทธิ (Prerogative) หรือภายใต้พระราชบัญญัติใดๆ แต่สิทธินี้มีเกิดขึ้น ตามจารีตประเพณีในระบบ Common Law" นอกจากนั้นมีการแก้ไขกฎหมายรับรองสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรง คือ Indian Act 1876 (แก้ไข ค.ศ. 1985) เพื่อคุ้มครองสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมให้มากขึ้น เช่น การใช้ประโยชน์ในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ต้องเป็นที่ดินที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมยกให้หรือยอมสละที่ดินให้เท่านั้น นอกจากนั้นยังมีการตัดสินคดีต่างๆ ที่ให้การยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้ ซึ่งศาลประเทศแคนาดาได้ตัดสินคดีพิพาทระหว่าง "รัฐ" กับ "ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในหลายคดี" โดยศาลพยายามที่จะวางหลักและตีความกฎหมายที่รับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ยกตัวอย่างดังคดี Guerin v R (1985) ศาลฎีกาแคนาดาโดยตุลาการ Dickson ได้ย้ำอีกว่า "ในคดี Calder นั้น ศาลฎีกาแคนาดาได้รับรองสิทธิของชนเผ่าพื้นเมืองในฐานะเป็นสิทธิทางกฎหมายซึ่งได้รับตกทอดทางประวัติศาสตร์ของชาวอินเดียนในการครอบครองและเป็นเจ้าของที่ดินชนเผ่าของพวกเขา"

ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่ามีความก้าวหน้าในการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยได้รับรองให้ชนพื้นเมืองมีสิทธิในที่ดินหรือทรัพยากรป่าไม้ หรือน้ำในชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่ได้อาศัยอยู่ ศาลมีคำพิพากษาในคดี Adong bin Kuwau & Ors v. Kerajaan Negeri Johor & Anor 1997 ว่าชนพื้นเมืองมีสิทธิเหนือที่ดินมาตั้งแต่อดีตกาล และในคดี Sagong Bin Tasi v. Government of Malaysia 2002(35)⁹⁴ ศาลสูงประเทศมาเลเซียได้รับรองสิทธิตามกฎหมายเหนือดินแดนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Orang Asli) โดยคำตัดสินยอมรับการกล่าวอ้างโดยชนเผ่า Temuan tribe แห่ง Kuala Langat ที่ต่อสู้ในการถูกบังคับให้ย้ายออกจากดินแดนของตนเองเพื่อสร้างถนน ว่า การทำถนนเข้าในพื้นที่ที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมอาศัยอยู่ โดยไม่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนและไม่ได้จ่ายค่าชดเชยให้เป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นมีสิทธิตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับค่าชดเชย

เช่นเดียวกับประเทศแอฟริกาใต้ ศาลสูงประเทศแอฟริกาใต้ ได้ตัดสินคดี Alexkor Limited

⁹³ "HAMLET OF BAKERLAKE V MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT". [Online] Available from: www.library.usask.ca/native/cnlc/vol109/089.html [Online]. Available from : [17 march 2008].

⁹⁴ Lisa Strelein, "From Mabo to Yorta Yorta : Native Title Law in Australia", p 225.

and the Government of South Africa v. The Richtersveld Community 2003 โดยศาลสูงประเทศแอฟริกาใต้ได้ยืนยันตามคำตัดสินของศาลชั้นต้นว่า ชนพื้นเมือง Richtersveld มีสิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดินเหนือดินแดนของพวกเขาภายใต้กฎหมายของชนพื้นเมือง (Indigenous Law) หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law)⁹⁵ และประเทศฟิลิปปินส์มีพระราชบัญญัติสิทธิของชนพื้นเมือง 1977 ดังเดิมที่ยอมรับสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ตกทอดมาจากบรรพบุรุษ

จากกรณีตัวอย่างข้างต้น อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าในหลายๆ ประเทศจะเริ่มมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม แต่ยังคงมีการละเมิดสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมอยู่ในหลายๆ ประเทศ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกทำให้ดูเป็นกลุ่มชนที่ไม่มีความสำคัญในสังคม เนื่องจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิของชนพื้นเมืองมักจะถูกปฏิเสธในทางปฏิบัติจริง โดยเฉพาะในประเด็นสำคัญ เช่นในเรื่องที่ดิน⁹⁶ ดังที่ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม Mr. Rodolfo Stavenhagen กล่าวไว้ในรายงานฉบับที่ 2⁹⁷ ซึ่งให้ความสำคัญในกรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการที่ชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในแผนการ หรือการออกแบบ และดำเนินการเกี่ยวกับโครงการพัฒนาขนาดใหญ่ของรัฐในที่ดินหรืออาณาเขตที่พวกเขาครอบครอง เช่นการสร้างเขื่อนขนาดใหญ่ การท่องเที่ยวเชิงเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งสิ่งดังกล่าวมีผลกระทบต่อการสูญเสียในอาณาเขต และที่ดินบรรพบุรุษของพวกเขาอย่างยิ่ง ดังเช่นในกรณีของประเทศกัวเตมาลา ซึ่งชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกละเมิดสิทธิในที่ดินจากโครงการที่อ้างเพื่อการพัฒนา รวมถึงปัญหาในการเข้าถึงที่ดิน การไม่ได้รับความยุติธรรมจากกรณีการกล่าวอ้างสิทธิในที่ดิน รวมถึงการขาดความเคารพในสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ของพวกเขา⁹⁸ อย่างไรก็ตามกรณีการละเมิดสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจากโครงการพัฒนาขนาดใหญ่ของรัฐนั้นผู้รายงานพิเศษ ได้ให้คำแนะนำว่ารัฐบาลและบริษัทที่เป็นคนจัดการโครงการนั้นควรทำงานใกล้ชิดกับชนพื้นเมืองดั้งเดิม และพยายามหาวิธีที่ทำให้มีความลรอยระหว่างชนพื้นเมืองดั้งเดิมกับโครงการพัฒนา⁹⁹ และกรณีปัญหาอื่นๆ เช่นประเทศฟิลิปปินส์ที่ยังมีปัญหาในการนำกฎหมายในเรื่องที่ดินเกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมไปใช้ในทางปฏิบัติจริง¹⁰⁰

⁹⁵ Ibid., p. 247.

⁹⁶ U.N. Document, A/59/258.

⁹⁷ U.N. Document, E/CN.4/2003/90.

⁹⁸ U.N. Document, E/cn.4/2003/90/Add.2.

⁹⁹ U.N. Document, E/CN.4/2003/90.

¹⁰⁰ U.N. Document, E/cn.4/2003/90/Add.3.

การรับรองสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมในระดับระหว่างประเทศ ก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น มีตราสารระหว่างประเทศหลายต่อหลายฉบับออกมายอมรับถึงความผูกพันอย่างลึกซึ้งระหว่างชนพื้นเมืองดั้งเดิมและที่ดินบรรพบุรุษที่ตกทอดมาถึงพวกเขา ที่สำคัญได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่า 169 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ระบุว่าในข้อ 27 เรื่องชนกลุ่มน้อย (Minorities) ว่า ในรัฐทั้งหลายที่มีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง...¹⁰¹ และอนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่า ฉบับที่ 169 ซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องที่ดินในข้อ 13-16 โดยยอมรับถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยให้ความเคารพต่อความสัมพันธ์ในที่ดิน และอาณาเขตของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่พวกเขาครอบครองหรือได้ใช้¹⁰² ความเป็นเจ้าของที่ดินตามจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองดั้งเดิมควรได้รับความเคารพ และรัฐบาลควรมีการระบุอัตลักษณ์ในที่ดินตามจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และให้การรับรองว่าจะมีการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพในที่ดินที่พวกเขาเป็นเจ้าของหรือเข้าครอบครองนั้น และควรจัดให้มีมาตรการต่างๆ ที่เพียงพอภายในระบบกฎหมายของรัฐเพื่อแก้ปัญหาในการกล่าวอ้างสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹⁰³ สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติเหนือที่ดินควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ โดยในกรณีที่รัฐสงวนไว้ซึ่งความเป็นเจ้าของในเหมืองแร่ หรือการใช้ทรัพยากรเหนือที่ดิน หรือทรัพยากรที่เกี่ยวข้องกับที่ดินควรมีขั้นตอนในการปรึกษากับชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่เกี่ยวข้อง และพวกเขาควรได้รับมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในผลประโยชน์จากกิจกรรมดังกล่าวเท่าที่เป็นไปได้ และควรได้รับการชดเชยสำหรับความเสียหายที่พวกเขาอาจต้องรับภาระจากผลของกิจกรรมดังกล่าว¹⁰⁴ และพวกเขาจะไม่ถูกเคลื่อนย้ายเนื่องมาจากสาเหตุของกิจกรรมนั้น การเคลื่อนย้ายควรพิจารณาจากความจำเป็นและข้อยกเว้น โดยหากมีการเคลื่อนย้ายต้องมีการแจ้งและได้รับความยินยอมอย่างเต็มที่ หากไม่ได้รับความยินยอมดังกล่าว การเคลื่อนย้ายควรดำเนินตามขั้นตอนที่เหมาะสมภายใต้กฎเกณฑ์ และกฎหมายภายในประเทศ โดยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้มีส่วนร่วม ถ้าเป็นไปได้ควรมีการคืนที่ดินบรรพบุรุษแก่พวกเขา และหากการส่งคืนไม่สามารถกระทำได้ ให้ส่งคืนที่ดินที่มีคุณภาพ

¹⁰¹ ICCPR, Art 27.

¹⁰² ILO 169, Art 13.

¹⁰³ Ibid., Art 14.

¹⁰⁴ Ibid., Art 15.

และคุณสมบัติตามกฎหมาย ว่าที่ได้นำไปจากพวกเขาคืน โดยจัดเตรียมสิ่งซึ่งพวกเขาต้องการในการพัฒนาที่ดินนั้นในอนาคต และหากพวกเขาชอบที่จะได้รับเงินชดเชยพวกเขาควรได้รับการชดเชยที่เหมาะสม¹⁰⁵ และกระบวนการในการส่งต่อที่ดินของพวกเขาในหมู่สมาชิกควรได้รับความเคารพ การส่งต่อที่ดินควรจะได้รับการพิจารณาเฉพาะการส่งต่อภายนอกชุมชน และควรป้องกันผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับชุมชนในการเอาผลประโยชน์จากประเพณีของพวกเขาหรือการขาดความเข้าใจในกฎหมายในการใช้หรือครอบครองที่ดินของพวกเขา¹⁰⁶ ควรมาตรการลงโทษอย่างเพียงพอสำหรับผู้ที่ไม่ถูกต้อง หรือใช้ที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และรัฐบาลควรมีมาตรการในการป้องกันดังกล่าว¹⁰⁷

จากการศึกษาพบว่าถึงแม้สิทธิในที่ดินได้รับการยอมรับเป็นกฎหมายจารีตประเพณีโดยดูจากแนวปฏิบัติของรัฐซึ่งยกตัวอย่างข้างต้นแล้ว อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั่วโลกยังคงทุกข์ทรมานจากนโยบายและการกระทำที่ค่อยๆ กัดกร่อนและเลือกปฏิบัติที่ต่อต้านกฎหมายจารีตประเพณีในการครอบครองที่ดินยึดเอาที่ดินและอาณาเขตของพวกเขา ดังที่ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม กล่าวรายงานในปี 2007 ว่า "ถึงแม้ว่าในไม่กี่ปีที่ผ่านมา หลายประเทศจะรับเอากฎหมายที่ให้การยอมรับสิทธิชุมชนและสิทธิที่แบ่งแยกไม่ได้ในการเป็นเจ้าของที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิม กระบวนการเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินดังกล่าวมีความล่าช้าและซับซ้อนอย่างมาก และในหลายๆ กรณีที่เกิดขึ้น คำตัดสินต่อชุมชนไม่ได้รับความเคารพในทางปฏิบัติ"¹⁰⁸ การรับรองสิทธิในที่ดินภายในรัฐนั้น จึงต้องอาศัยมาตรการต่างๆ เพื่อนำไปปฏิบัติจริงอยู่ รวมถึงกฎหมายที่รับรองสิทธิ ในเรื่องที่ดินที่มีอยู่ก่อนปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ไม่ว่าจะเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่า 169 รับรองนั้น ในส่วนของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ถึงแม้จะไม่ได้เป็นกติกาส่งเสริมมาเพื่อชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรง และไม่มีการบัญญัติในเรื่องของสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ แต่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้รับความคุ้มครองในเรื่องสิทธิในที่ดิน ตามข้อ 27. ซึ่งเป็นการขยายความของบทบัญญัติที่ระบุว่าชนกลุ่มน้อยทั้งหลายจะไม่ถูกปฏิเสธการใช้สิทธิทางวัฒนธรรม โดยพิจารณาว่าสิทธิที่ดินของชนพื้นเมือง

¹⁰⁵ Ibid., Art 16.

¹⁰⁶ Ibid., Art 17.

¹⁰⁷ Ibid., Art 18.

¹⁰⁸ Mr. Rodolfo Stavenhagen, U.N. Document, A/HRC6/15/Add.1

ดั้งเดิมนั้นใน เป็นการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมอย่างหนึ่ง¹⁰⁹ อย่างไรก็ตามข้อจำกัดอยู่ตรงที่กติกา ดังกล่าวมีลักษณะเป็นสนธิสัญญา สิทธิที่ระบุในกติการวมถึงข้อ 27 จึงผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคี และผู้ที่ได้รับการคุ้มครองจากข้อ 27 นั้นจึงต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมในรัฐที่เป็นภาคี รวมถึงไม่ได้ มีการตั้งข้อสงวนในการใช้สิทธิในข้อดังกล่าวโดยรัฐที่เป็นภาคีด้วย ดังนั้นสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองจึงยังไม่เป็นการครอบคลุม และมีลักษณะเป็นการเฉพาะเพื่อชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่นเดียวกับอนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่า 169 นั้น ถึงแม้ว่าจะเป็น อนุสัญญาที่จัดทำขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับกลุ่มชุมชนท้องถิ่นและชนเผ่าซึ่งได้แก่ (1) กลุ่มชนเผ่าใน ประเทศเอกราช ซึ่งโดยสภาพทางสังคม วัฒนธรรมและเศรษฐกิจ ทำให้พวกเขา มีความแตกต่าง จากส่วนอื่นๆ ของชุมชนชาติซึ่งสถานะถูกกำกับควบคุม ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนโดยจารีต ประเพณีของตนเอง หรือโดยกฎหมายหรือกฎระเบียบพิเศษของกลุ่มชนนั้น และ (2) กลุ่มชนใน ประเทศเอกราช ซึ่งถูกจัดว่าเป็นคนท้องถิ่นอันเนื่องมาจากการสืบเชื้อสายจากประชากรที่เคย อาศัยอยู่ในประเทศ หรือภูมิภาคที่ประเทศนั้นตั้งอยู่ ณ เวลาที่ดินแดนนั้นตกเป็นอาณานิคมหรือ เมื่อมีการกำหนดพรมแดนรัฐปัจจุบัน และเป็นกลุ่มชนซึ่งยังรักษาระบบสถาบันทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและการเมืองของตนเองไว้ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และไม่ว่าสถานะทาง กฎหมายของพวกเขาจะเป็นอย่างไรก็ตาม โดยเฉพาะ และมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง สิทธิในที่ดินอย่างค่อนข้างครอบคลุมดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตามข้อจำกัดคืออนุสัญญา ดังกล่าว มีลักษณะเป็นสนธิสัญญาเช่นเดียวกับกติกาข้างต้น จึงผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคี ชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิในเรื่องที่ดินจากอนุสัญญาดังกล่าวจึงต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ภายในรัฐที่เป็นภาคี และไม่ได้ตั้งข้อสงวนใดในการปฏิบัติตามบทบัญญัติ ดังกล่าวเช่นเดียวกัน และที่สำคัญคืออนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่า 169 นั้นยัง ไม่ได้มีประเทศเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้มากนัก มีเพียงไม่กี่ประเทศเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา ดังกล่าว ดังนั้นการรับรองสิทธิในเรื่องที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมก่อนการมีปฏิญญา สหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม จึงยังไม่เพียงพอ และจำเป็นต้องมีการพัฒนาไม่ว่าจะเป็นการจัดหามาตรการเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติของรัฐ รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับการรับรอง สิทธิในเรื่องดังกล่าวอยู่

¹⁰⁹ Lubicon Lake Band v. Canada, Communication No. 167/1984 (26 March 1990), U.N.

2) สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ (Natural resource)

ทรัพยากรธรรมชาติของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นองค์ประกอบเต็มเต็มที่สำคัญของที่ดินและอาณาเขตของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ซึ่งประกอบด้วยสิ่งแวดล้อมทั้งหมดทั้งที่อยู่บนดินและใต้ดิน น้ำ ป่าไม้ น้ำแข็ง และอากาศ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์สิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติเหล่านี้และมีบทบาทสำคัญในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติเพื่ออนุชนรุ่นต่อไป พวกเขาบริหารจัดการทรัพยากรอย่างยั่งยืนมานับพันปี สถานที่หลายๆ แห่งถูกสร้างขึ้นโดยมีภูมิทัศน์ทางชีววัฒนธรรมที่มีเอกลักษณ์ ระบบการจัดการของพวกเขา แม้จะถูกเปลี่ยนแปลงหรือรบกวนโดยกระบวนการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ในปัจจุบัน แต่ยังคงส่งเสริมการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติมาโดยตลอด

ในระดับประเทศนั้น หลายๆ ประเทศได้มีแนวทางปฏิบัติในการรับรองสิทธิในเรื่องทรัพยากรธรรมชาติของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา มีการตกลงทำสนธิสัญญาในรูปแบบต่างๆ ระหว่างรัฐกับชนพื้นเมืองดั้งเดิม เรื่องสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติที่สงวนไว้ให้กับชนเผ่าพื้นเมืองเพื่อใช้สอยในรูปแบบสิทธิเหนือที่ดิน¹¹⁰ ในคดี United States v. Winans 1905¹¹¹ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า สิทธิในการจับปลาในที่คั่นเคยและเป็นประจำ แม้ว่าจะอยู่ในที่นอกเขตพื้นที่ที่สงวนและไม่ใช่ที่ที่ชนพื้นเมืองเป็นเจ้าของ ชนพื้นเมืองก็สามารถเข้าถึงสิทธิในพื้นที่ตกปลาได้ เพราะสิทธิอันนี้ไม่ใช่สิทธิที่ได้รับเป็นพิเศษจากรัฐบาลผ่านสนธิสัญญา แต่สนธิสัญญาได้ยอมรับสิทธิของความเป็นเจ้าของและต้องรักษาไว้สำหรับพวกเขาทั้งในปัจจุบันและอนาคตที่จะได้ใช้ประโยชน์

ในประเทศแคนาดา ศาลแคนาดาให้การรับรองสิทธิในการทำประมงกับชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมใน คดี Sparrow v. The Queen 1990 ที่เรียกร้องสิทธิการทำประมงในแม่น้ำที่ผ่านเขตพื้นที่ของชนเผ่า ศาลได้ตัดสินว่า แม้ว่ารัฐบาลกลางจะออกระเบียบการควบคุมสิทธิการทำประมง แต่กฎระเบียบเหล่านั้นก็หาได้ยกเลิกสิทธิตามจารีตประเพณีของชนพื้นเมือง¹¹²

อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าในหลายๆ ประเทศจะเริ่มการออกกฎหมายที่เป็นคุณแก่ชนพื้นเมืองดั้งเดิม แต่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็ยังคงเผชิญกับการเลือกปฏิบัติอยู่ ข้อมูลที่ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ได้รับนั้นแสดงให้เห็น

¹¹⁰ Ibid, p.17.

¹¹¹ กอบกุล ราชะนาคร, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน, หน้า 47.

¹¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

ถึงความล้มเหลวในการสนับสนุนและปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในโลก โดยประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองอีกประเด็นหนึ่ง ได้แก่สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติของพวกเขา¹¹³ ในทางปฏิบัตินั้นวิธีการเข้าถึงและการเป็นเจ้าของรวมถึงการพัฒนาทรัพยากรเหล่านี้ยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ดำเนินอยู่ เนื่องจากรัฐเองยังมีความต้องการที่จะบริหารการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้เองเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับปัจจัยทางเศรษฐกิจ และผลประโยชน์ของรัฐและสังคมส่วนรวม

ในระดับระหว่างประเทศนั้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับสิทธิในเรื่องดังกล่าว ดังปรากฏในสำคัญ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ข้อที่ 27 ในเรื่องของชนกลุ่มน้อยที่จะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิที่จะมีวัฒนธรรมเบี่ยงของตนเอง ซึ่งการใช้สิทธิขยายความมาถึงสิทธิในด้านทรัพยากรของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ดังตัวอย่างในคดี Lubicon Lake Band ได้กล่าวถึงการอ้างสิทธิในทรัพยากรทางธรรมชาติที่ถูกริดรอนโดยรัฐบาลเพื่อประโยชน์แก่บริษัทเอกชนถือเป็นเรื่องสิทธิตามข้อ. 27 แห่ง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ทำข้อสังเกตทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมว่า "ในส่วนของที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อ. 27 ว่า วัฒนธรรมแสดงโดยประจักษ์โดยต้นตอของมันเองในหลายรูปแบบซึ่งรวมถึง กิจกรรมตามประเพณี เช่นการประมง การล่าสัตว์ และสิทธิในการดำรงชีพที่สงวนที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย"¹¹⁴ และอนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่า 169 ซึ่งระบุให้สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับที่ดินของพวกเขานั้นควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ สิทธิดังกล่าวรวมถึงสิทธิที่พวกเขาจะมีส่วนร่วมในการใช้ บริหารจัดการและสงวนไว้ซึ่งทรัพยากรเหล่านั้นด้วย อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อ. 8j ซึ่งระบุว่า ภายใต้กฎข้อบังคับแห่งชาติ รัฐต้องต้องให้ความเคารพ สงวนรักษาและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน จากการศึกษาพิจารณาได้ว่าสิทธิในเรื่องทรัพยากรธรรมชาติของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในตราสารระหว่างประเทศก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ไม่ว่าจะเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและ

¹¹³ U.N. Document, A/59/258.

¹¹⁴ Human Rights Committee General Comment No. 23 (50), reproduced in UN Doc.

ชนเผ่า ฉบับที่ 169 และ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนั้น อยู่ในตราสารระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญา การได้รับรองสิทธิดังกล่าวในอนุสัญญานั้นๆ จึงต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ภายในรัฐที่เป็นภาคีของกติกาและอนุสัญญานั้นๆ อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งสองฉบับแล้ว เห็นว่าเป็นบทบัญญัติของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองนั้นยังมีลักษณะกล่าวกว้างๆ ไม่ครอบคลุม และเพียงพอต่อปัญหาของชนพื้นเมืองที่มีลักษณะซับซ้อน และเฉพาะกว่าบุคคลทั่วไปที่มีชนพื้นเมืองดั้งเดิม

3) สิทธิในสิ่งแวดล้อม (environmental)

ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจำนวนมากต้องพึ่งพาอาศัยที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ และการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่เกิดกับระบบนิเวศนี้อาจส่งผลกระทบต่อวิถีการดำรงชีวิตและความอยู่รอดของชนพื้นเมือง การเสื่อมโทรมทางสิ่งแวดล้อมส่งผลให้เกิดความยากจนอย่างต่อเนื่องในชุมชนชนพื้นเมืองดั้งเดิม เนื่องจากการพึ่งพาสีเขียวสิ่งแวดล้อมเป็นหลักในการดำรงชีพของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ชนพื้นเมืองดั้งเดิมอาจอาศัยในพื้นที่ที่มีความหลากหลายทางชีวภาพ และ เปราะบางต่อการเปลี่ยนแปลงทางสิ่งแวดล้อมใดๆ รวมถึงต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ ตัวอย่างเช่น ผลกระทบทางตรงและทางอ้อมของการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศอาจเป็นอันตรายต่อความอยู่รอดของชนพื้นเมืองในบริเวณขั้วโลกเหนือ คนในเกาะเล็กๆ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในดินแดนบนเส้นละติจูดสูงๆ ดินแดนแห้งแล้งและในสิ่งแวดล้อมที่เปราะบางทั้งหลาย กฎ ความเชื่อ และประเพณีของชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้สร้างกรอบความสัมพันธ์ระหว่างชนพื้นเมืองดั้งเดิมและสิ่งแวดล้อมที่สอดคล้องกัน¹¹⁵

ในบางกรณี โครงการอนุรักษ์ของรัฐอาจส่งผลกระทบต่อในด้านลบและความสามารถในการใช้และคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของชนพื้นเมืองดั้งเดิม การปนเปื้อนในสิ่งแวดล้อมข้ามแดน(Trans-boundary environmental contaminants) มักแพร่ไปถึงพื้นที่ของชาวพื้นเมืองดั้งเดิม ทางอากาศและน้ำ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมยังได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงจากสารปนเปื้อนในสิ่งแวดล้อมที่เกิดในท้องถิ่น เช่น จากการตั้งถิ่นฐานของคนต่างถิ่น เส้นทางการคมนาคม อุตสาหกรรม การทำป่าไม้ กิจกรรมทางทหาร การสำรวจแร่ การทำเหมือง และการผลิตน้ำมัน ดังเช่นจากรายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ทางสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองในปี 2006 Mr. Rodolfe Stavenhagen ได้รายงานถึงผลกระทบในการสำรวจน้ำมันในประเทศสาธารณรัฐเอกวาดอร์ ที่มีต่อชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม เนื่องจากโครงการ

¹¹⁵ บุญชู ณ ป้อมเพชร, อ้างแล้ว, หน้า 1.

ดังกล่าวอยู่บนผืนที่ดินบรรพบุรุษของชนพื้นเมืองดั้งเดิม Sarayaku และชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมอื่น โดยชนพื้นเมืองดั้งเดิม Sarayaku ได้กล่าวอ้างว่าการสำรวจดังกล่าวไม่ได้ทำโดยปรึกษา รวมถึงมีการแจ้งแก่พวกเขาล่วงหน้า¹¹⁶

ในระดับประเทศนั้นกฎหมายภายในมักออกมาเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะเพื่อองค์รวม รวมถึงนโยบายเพื่อการพัฒนาต่างๆ ของรัฐไม่ได้เอื้อต่อการรักษาสิทธิในสิ่งแวดล้อมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมมากนัก ในระดับระหว่างประเทศ ตราสารระหว่างประเทศที่มีการรับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมือง และเผ่าชนฉบับที่ 169 โดยในข้อ 7 กลุ่มชนควรมีสิทธิในการตัดสินใจในขบวนการพัฒนาที่จะมีผลกระทบต่อวิถีการดำรงชีวิต ความเชื่อ สถาบัน และที่ดินที่พวกเขาครอบครอง หรือได้ใช้ประโยชน์โดยวิธีอื่นใด โดยมีส่วนร่วมในการควบคุมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ พวกเขาควรมีส่วนร่วมในกฎเกณฑ์ การใช้และการประเมินค่าในแผนงานและโครงการในการพัฒนาของชาติที่ซึ่งอาจมีผลกระทบโดยตรงต่อพวกเขา และรัฐบาลควรมีมาตรการความร่วมมือระหว่างกลุ่มชนที่เกี่ยวข้อง ในการคุ้มครองและสงวนสิ่งแวดล้อมเหนืออาณาเขตดินแดนที่พวกเขาอยู่อาศัย¹¹⁷ และข้อ 15 สิทธิของกลุ่มชนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติที่มีส่วนเกี่ยวกับดินแดนของพวกเขาควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ รวมถึงสิทธิของพวกเขาในการมีส่วนร่วมในการใช้ จัดการและสงวนไว้ซึ่งทรัพยากรดังกล่าว อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพข้อ 8j ซึ่งระบุว่า ภายใต้กฎข้อบังคับแห่งชาติ รัฐต้องต้องให้ความเคารพ สงวนรักษาและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และagenda 21 ในบทที่ 26 เสนอแนะว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมต้องการการปกป้องจากการกระทำและกิจกรรมที่ไม่เหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม ชนพื้นเมืองดั้งเดิมสามารถเรียกร้องการควบคุมเหนือดินแดนของพวกเขา และสามารถจัดการกับทรัพยากร และรัฐควรรับกฎหมายและนโยบายที่สงวนไว้ซึ่งทางปฏิบัติทางประเพณีและปกป้องทรัพย์สินของพวกเขา รวมถึงแนวคิด และความรู้ของพวกเขาที่ควรนำไปร่วมในกิจกรรม หรือนโยบายใดเกี่ยวกับทรัพยากร หรือกิจกรรมใดที่จะมีผลกระทบต่อพวกเขา¹¹⁸ จากการศึกษาพบว่าสิทธิในสิ่งแวดล้อม ที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาต่างๆ นั้นค่อนข้างที่จะมีลักษณะครอบคลุมแล้ว อย่างไรก็ตามข้อจำกัดในการได้รับความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวใน

¹¹⁶ UN Document, A/HRC/4/32/Add.2.

¹¹⁷ ILO 169, Art 7.

¹¹⁸ U.N. Document, E/CN.4/2002/97

อนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมือง และเผ่าชน ฉบับที่ 169 และ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เนื่องจากอนุสัญญาทั้งสองฉบับนั้นเป็นสนธิสัญญา ดังนั้นชนพื้นเมืองที่จะได้รับการคุ้มครองจากสิทธิในปฏิญญาดังกล่าวนั้น ต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ในรัฐที่เป็นภาคีกับอนุสัญญา และใน agenda ที่ 21 นั้นเป็นลักษณะที่เป็นข้อเสนอแนะที่รัฐควรนำไปปฏิบัติตาม ซึ่งขึ้นอยู่กับความยินยอม และนโยบายของรัฐ ดังนั้นกฎหมายและการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในเรื่องสิ่งแวดล้อมจึงยังไม่เพียงพอยังต้องการการพัฒนาทั้งในทางปฏิบัติจริงของรัฐ และตราสารที่มีลักษณะที่สามารถรับรองสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่เป็นสากลต่อไป

3.4.3 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และการประกันสังคม

นอกเหนือจากสิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ และการปกครองตนเอง และสิทธิในทรัพยากรสิ่งแวดล้อมที่มีความสำคัญกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการที่จะเลือกสรรเพื่อการดำรงอยู่อย่างสันติสุขแล้ว สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และสวัสดิการสังคมก็เป็นอีกส่วนหนึ่งที่มีความสำคัญยิ่งต่อการมีคุณภาพชีวิตที่ดีของชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยในที่นี้จะได้ศึกษาถึงสิทธิต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายทั่วไปต่อสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม กฎเกณฑ์ตามจารีตประเพณี สิทธิการเข้าถึงการมีสุขภาพที่ดี การเข้าถึงการประกันสังคม และสิทธิในเรื่องการศึกษา ดังจะได้กล่าวเป็นลำดับ

1) สิทธิในเรื่องการบริหารงานยุติธรรม กฎหมายจารีตประเพณีชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Administration of justice, indigenous customary laws)¹¹⁹

ชนพื้นเมืองดั้งเดิม ถูกวัฒนธรรมหลักและระบบยุติธรรมหลักกดขี่ และถูกแบ่งแยกหรือกีดกัน หรือกดขี่โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทหาร และระบบยุติธรรมที่ครอบงำ อย่างไรก็ตาม ชนพื้นเมืองดั้งเดิม มีระบบยุติธรรมภายในที่ยั่งยืนซึ่งบางครั้งมุ่งเน้นไปที่การฟื้นฟูหรือการไกล่เกลี่ยมากกว่าการลงโทษ ระบบดังกล่าว หากผนวกเข้ากับระบบยุติธรรมของชาติ จะช่วยสร้างความยุติธรรมที่เหมาะสมแก่ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่การเข้าถึงระบบยุติธรรมถูกจำกัดหรือในฐานะขอ : เครื่องมือลดปริมาณผู้ต้องโทษจองจำลง ในบางประเทศ รัฐยอมรับวิธีการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนำไปใช้ในศาลและกฎหมายของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

ในระดับระหว่างประเทศก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น สิทธิในเรื่องการบริหารงานยุติธรรม และกฎหมายจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองได้รับการรับรองในตราสารที่สำคัญดังต่อไปนี้ ในส่วนของสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม กติกา

¹¹⁹ Ibid, p. 19.

ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองนั้นข้อ 2 ได้ระบุว่า รัฐภาคีจะประกันว่า บุคคลใดที่สิทธิหรือเสรีภาพของตนซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้ถูกละเมิดต้องได้รับการเยียวยาอย่างเป็นผลจริงจัง โดยไม่ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้นจะกระทำโดยบุคคลผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ โดย บุคคลใดที่เรียกร้องการเยียวยาดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจ หรือจากหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ โดยระบบกฎหมายของรัฐ และจะพัฒนาหนทางการเยียวยาด้วยกระบวนการยุติธรรมทางศาล โดยรัฐจะต้องประกันว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องบังคับการให้การเยียวยานั้นเป็นผล ข้อ 9 ระบุถึงการประกันสิทธิต่างๆ ตามกฎหมายว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกลิดรอนเสรีภาพของตนมิได้ ยกเว้นโดยเหตุ และโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายในขณะที่จับกุม บุคคลใดที่ถูกจับกุมจะต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผลในการจับกุม และจะต้องได้รับแจ้งถึงข้อหาที่ถูกจับกุมโดยพลัน บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือควบคุมตัวในข้อหาทางอาญา จะต้องถูกนำตัวโดยพลันไปยังศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้อำนาจทางตุลาการ และจะต้องมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาอันสมควร หรือได้รับการปล่อยตัวไป มิให้ถือเป็นหลักทั่วไปว่าจะต้องควบคุมบุคคลที่รอการพิจารณาคดี แต่ในการปล่อยตัวอาจกำหนดให้มีการประกันว่าจะมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดี ในขั้นตอนอื่นของกระบวนการพิจารณา และจะมาปรากฏตัวเพื่อการบังคับตามคำพิพากษา เมื่อถึงวาระนั้น บุคคลใดที่ถูกลิดรอนเสรีภาพโดยการจับกุมหรือการควบคุม มีสิทธิภาคีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ตัดสินโดยไม่ชักช้าถึงความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมผู้นั้น และหากการควบคุมไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวไป บุคคลใดที่ถูกจับกุมหรือถูกควบคุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน ข้อ 10 ได้ระบุในส่วนของความเป็นผู้ต้องหาว่า ผู้ต้องหาต้องได้รับการจำแนกออกจากผู้ต้องโทษ และต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างออกไปให้เหมาะสมกับสถานะที่ไม่ใช่ผู้ต้องโทษ ทั้งนี้ต้องแยกผู้ต้องหาที่เป็นเด็กและเยาวชนออกจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ และให้นำตัวขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยตามข้อนี้กติกาได้รับรองสิทธิที่ผู้ต้องหาจะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม รวมถึงการที่รัฐจะคำนึงถึงวัยวุฒิของผู้ต้องหาในการใช้มาตรการที่เหมาะสมกับบุคคลแต่ละวัยด้วย

ข้อ 11 ระบุประกันสิทธิในการที่จะไม่ถูกจำคุกโดยระบุว่า บุคคลจะถูกจำคุกเพียงเพราะเหตุว่าไม่สามารถปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญามิได้ ส่วนในข้อ 14 เป็นหลักการที่สำคัญในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม อันเป็นบทบัญญัติที่ประกันสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีความอย่างมีนิติธรรม ในการพิจารณาคดีอาญา บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดย่อมมีสิทธิที่จะได้รับ

หลักประกันขั้นต่ำดังต่อไปนี้โดยเสมอภาค กล่าวคือ บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ มีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และบุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด สิทธิที่จะได้รับแจ้งโดยพลันซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพและเหตุแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหา ในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้ สิทธิที่จะมีเวลา และได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี และติดต่อกับทนายความที่ตนเลือกได้ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้าเกินความจำเป็น สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าบุคคลนั้น และสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ตนเลือก สิทธิที่บุคคลได้รับแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย หากบุคคลนั้นไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน และขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมาซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากไม่สามารถเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้ สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความเป็นปรปักษ์ต่อตนเอง หรือให้รับสารภาพผิด สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งศาล การได้รับค่าชดเชยจากกระบวนการยุติธรรมที่ตนได้ถูกตัดสิน แล้วศาลกลับคำตัดสินเนื่องจากข้อเท็จจริงใหม่ และสิทธิในการไม่ถูกพิจารณา หรือลงโทษซ้ำในความผิดซึ่งบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ หรือให้ปล่อยตัวแล้วตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ

อนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมือง และชนเผ่า ฉบับที่ 169 ระบุว่า การใช้กฎหมายใดๆ จะต้องคำนึงถึงจารีตประเพณี และขนบธรรมเนียมปฏิบัติของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการตัดสินผู้กระทำผิดที่เป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม และกระบวนการทางศาล ต้องคำนึงถึงจารีตประเพณีเช่นว่านั้นด้วย¹²⁰

รวมถึงในการกำหนดบทลงโทษ ให้คำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมด้วย และการลงโทษอย่างอื่นนอกเหนือจากการจำคุก เป็นสิ่งที่ควรนำมาใช้เป็นอันดับแรก และการบังคับให้กระทำการ ให้จ่ายหรือไม่จ่ายอย่างไรก็ตามที่ห้ามหรือลงโทษโดยกฎหมาย จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่กำหนดไว้ในกฎหมายสำหรับประชาชนทั้งปวงอย่างเสมอภาค¹²¹

ในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น จากรายงานขององค์การสหประชาชาติพบว่า ประเด็นปัญหาสำคัญในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชนพื้นเมือง

¹²⁰ ILO, Art 8, 9.

¹²¹ Ibid., Art 10, 11.

ดั้งเดิม โดยจากรายงานของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ (CERD) พบว่า การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ควรคำนึงถึงระบบจารีตประเพณี ท้องถิ่นของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในกระบวนการยุติธรรม และศักยภาพในการนำเข้าสู่ระบบกระบวนการยุติธรรมของชาติด้วย¹²²

จากรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการ CERD และคณะกรรมการ CEDAW พบว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมพบปัญหาในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอันมีสาเหตุที่สำคัญ ที่การใช้ภาษาในการสื่อสาร ซึ่งประเด็นนี้ถือเป็นข้อท้าทายในหลายๆ ประเทศ¹²³

ตัวอย่างที่ดีในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมคือ ในประเทศคอซตาริกา ได้มีการแต่งตั้ง ตำแหน่งพิเศษในศาลฎีกา คือ ตำแหน่งพิเศษประเด็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม พร้อมกับมีกลุ่มล่ามผู้ซึ่ง สามารถใช้ภาษาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมต่างๆ ที่มีอยู่ในประเทศ ในประเทศเอกวาดอร์ได้มีการ แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำการปรึกษาแก่กระทรวงยุติธรรม ในกระบวนการยุติธรรมในเรื่องสิทธิ มนุษยชนในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และมีการจัด ฝึกอบรมแก่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ประเทศเนปาลได้ทำการดูนเพื่อ เป็นสื่อประชาสัมพันธ์การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในประเทศกัวเตมาลา ได้จัดพิมพ์หนังสือการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจากมุมมองของระบบ กฎหมายระหว่างประเทศ และระบบยุติธรรมทางการสำหรับชนพื้นเมืองดั้งเดิม และตุลาการใน การศึกษาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะพิจารณาถึงความรับผิดชอบที่มีตามระบบยุติธรรมกับความ ต้องการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม¹²⁴

ประเทศมาเลเซียสิทธิให้กับชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่น กลุ่ม Orang Asli และได้มีการพัฒนา ระบบศาลชนพื้นเมือง (The Native Courts System) เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับ กฎหมายจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นการเฉพาะโดยมีรูปแบบ องค์ประกอบ เขต

¹²² U.N. Document, A/HRC/10/51/2009, P. 5.

¹²³ U.N. Document, CCPR/C/CR/CO/5, CERD/C/NIC/CO/14 and CEDAW/C/PER/CO/6.

¹²⁴ U.N. Document, A/HRC/10/51, 2009, p. 9.

อำนาจศาล ในการปฏิบัติหน้าที่ที่แตกต่างจากองค์กรตุลาการทั่วไป¹²⁵ ประเทศกัมพูชามีศาลชนพื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งประยุกต์ใช้มาตรฐานตามขนบธรรมเนียมประเพณี

ทั้งนี้ยังมีกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม คือ กรณีพิพาทในเรื่องที่ดินทำกินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในแมกซิโก ในปี 2002 มีสมาชิกของชาวโชซิลเทเพค (Xochiltepec) และโอเอซากา (Oaxaca) ถูกสังหารที่อะกัวเฟีย (Agua Fria) โดยชนชาวเตโอโฆมูลโก (Teojomulco) ซึ่งถือว่าเป็นการรบกวนการกระทำของเจ้าหน้าที่สหพันธรัฐ และของรัฐ ตามความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยคณะกรรมการยังอ้างถึงการนิรโทษกรรมเนื่องจากสำนักงานอัยการสูงสุดล้มเหลวในการดำเนินการ และการขาดมาตรการเพื่อป้องกันการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอย่างมีนิติธรรม และการคุ้มครองผู้เคราะห์ร้ายเนื่องจากเหตุการณ์ความขัดแย้งดังกล่าว

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้สรุปว่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมต้องประสบปัญหากับความล้มเหลวในระบบยุติธรรมที่ขาดการบังคับ และมีการล่าช้า ในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง กระบวนการศาลที่ล่าช้า และการบังคับใช้ที่ไม่เป็นกลาง ซึ่งสิ่งดังกล่าวล้วนมีผลกระทบต่อสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในแมกซิโกในเรื่องข้อขัดแย้งในที่ดินเป็นอย่างดี¹²⁶

¹²⁵ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการเพื่อจัดทำกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในชุมชนท้องถิ่นและกฎหมายว่าด้วยการมีส่วนร่วมของชุมชนในกระบวนการใช้อำนาจมหาชนของรัฐที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรของชาติในท้องถิ่น หัวข้อชนพื้นเมืองในมาเลเซีย", หน้า 1-70

¹²⁶ U.N. Document, E/CN.4/2004/80/Add. 2. pp. 7-8.

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมไว้อย่างมากมาย โดยรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในการที่บุคคลจะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอย่างครอบคลุม ซึ่งโดยนัยแล้ว แม้ไม่มีการระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นสิทธิที่ใช้ได้กับชนพื้นเมืองดั้งเดิม แต่ในฐานะที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นบุคคลที่ย่อมจะใช้สิทธิเช่นนั้นได้ และได้มีตัวอย่างที่ดีมากมายที่ให้การรับรองสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของนานาประเทศด้วย ถึงกระนั้นยังมีการละเมิดสิทธิเช่นว่าในบางประเทศ อย่างไรก็ตามก็ดีสิทธิดังกล่าวในอนุสัญญาข้างต้นอยู่ในรูปแบบของตราสารที่เป็นสนธิสัญญาที่ถึงแม้มีการขยายมาถึงการคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมด้วย อย่างไรก็ตามชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ได้รับการคุ้มครองนั้นจึงต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ภายในรัฐที่เป็นภาคีของสนธิสัญญา ดังนั้นสิทธิดังกล่าวจึงควรได้รับการพัฒนาทั้งแนวปฏิบัติของรัฐ และในตราสารระหว่างประเทศเพื่อความชัดเจน และใช้ได้เป็นมาตรฐานทั่วไปยิ่งขึ้นอยู่

2) สิทธิในเรื่องเกี่ยวกับสุขภาพและประกันสังคม (Health and social security)

โดยทั่วไปนั้นหากความคาดหวังในชีวิตของคนเราน่า อัตรากการเสียชีวิตของมารดา และบุตรจะสูง และการเข้าถึงบริการสาธารณสุขจะต่ำกว่าอัตราเฉลี่ยของประเทศ มีการพิจารณาการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการบริหารระบบสาธารณสุขในชุมชน การเข้าถึงระบบการวินิจฉัยโรคและการรักษาแผน การใช้วิธีบำบัดแบบดั้งเดิม และบริการทางสุขวิทยาการเกี่ยวกับการสืบพันธุ์ที่เหมาะสมกับวัฒนธรรมสาธารณสุขเพื่อปรับปรุงสุขภาพของชนพื้นเมืองดั้งเดิม บริการทางสุขวิทยาการเกี่ยวกับการสืบพันธุ์ สำหรับชนพื้นเมืองดั้งเดิม ยังต้องการการปรับปรุงในด้านของความครอบคลุมและคุณภาพ รวมถึงข้อมูลการดูแลก่อนและหลังคลอด (pre and post natal care) และการพยาบาลสตรีที่มีโรคทางนรีเวช ศาสตร์ฉุกเฉิน (emergency obstetric care) ชุมชนชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีสุขภาพที่เข้มแข็งเป็นหนึ่งในวิธีที่ชุมชนทั้งชุมชนจะใช้ประโยชน์จากความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกับสิ่งแวดล้อมของชุมชน สิทธิเกี่ยวกับสุขภาพและประกันสังคม เนื่องจากพื้นฐานทางสุขภาพเป็นรากฐานที่สำคัญในการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ด้วยเหตุที่ชนพื้นเมืองบางกลุ่มยังมีความเป็นอยู่ที่ล้าหลัง ห่างไกล และขาดการดูแลในเรื่องสุขภาพอนามัยที่ตืออยู่มาก¹²⁷

สิทธิในสุขภาพและสวัสดิการสังคมดังกล่าวยังรวมถึงสิทธิ ในการเข้าถึงบริการต่างๆ ที่มีพร้อมบริการ และการมีที่อยู่อาศัย การถือครองที่ดิน มีทำเลที่ตั้ง การย้ายที่ตั้ง และการไม่ถูกขับไล่ ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิพื้นฐานในเรื่องที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติด้วย

¹²⁷ Ibid, pp. 19-20.

จากการสังเกตการณ์ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในกรณีการขาดการโภชนาการที่ดีและความหิวโหย เป็นประเด็นที่สืบเนื่องมาจากปัญหาเรื่องการเข้าถึงที่ดินของบรรพบุรุษ และที่ดินตามจารีตประเพณี¹²⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนพบว่าปัญหาความอดอยากและการเข้าถึงอาหารที่เพียงพอ ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ของสหพันธรัฐรัสเซียยังเป็นผลที่สืบเนื่องมาจากที่บริษัทเอกชนเข้ามาสัมปทานเรื่องน้ำมันและแก๊ส ทำให้เกิดมลพิษอันส่งผลกระทบต่อแหล่งอาหารของชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹²⁹ และการมีสุขภาพที่ดีนั้น การเข้าถึงการดูแลตามประเพณี การรักษา และการเข้าถึงยารักษาโรคนั้น รัฐจำเป็นต้องจัดหา ทรัพยากรให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิม ที่จะออกแบบ ขนส่ง และควบคุมการบริการเช่นนั้นเอง เช่นการมีพืชที่สำคัญในการทำยารักษาโรค สัตว์ และน้ำแร่ เพื่อการเข้าถึงการมีสุขภาพที่ดีของชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹³⁰ อุปสรรคที่พบในเรื่องสุขภาพกับการเข้าถึง การดูแลและมีสุขภาพที่ดีคือ การย้ายที่อยู่ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ไม่ได้เป็นไปตามเจตจำนงของพวกเขา จากดินแดนตามจารีตประเพณี และสภาพแวดล้อม การตัดสภาพความสัมพันธ์ทางชีวภาพอัตลักษณ์กับที่ดินที่พวกเขาอาศัยอยู่ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อสุขภาพของพวกเขาเหล่านั้น¹³¹

ในระดับระหว่างประเทศเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในเรื่องเกี่ยวกับสุขภาพ และประกันสังคมนั้นปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ ก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่สำคัญได้แก่

1. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งรับรองสิทธิของประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึง ข้อฐานการดำรงชีพอย่างเพียงพอในเรื่องอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่อยู่อาศัย ที่จะมีสุขภาพดีขึ้นอย่างต่อเนื่องรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของทุกคนที่จะปลอดจากความหิว โดยระบุไว้ในข้อที่ 11 ว่า 1. รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคนในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับตนเองและครอบครัว ซึ่งรวมถึงอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่อยู่อาศัยที่เพียงพอ และสภาพการครองชีพที่ดีขึ้นอย่างต่อเนื่อง รัฐภาคีจะดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อประกันการทำให้สิทธินี้เป็นจริง โดยรับรองความสำคัญอย่างแท้จริงของความร่วมมือระหว่างประเทศบนพื้นฐานของความยินยอมโดยเสรี 2. รัฐภาคีแห่งกติกานี้ รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของทุก

¹²⁸ ESC Committee, Report of Fourteenth and Fifteenth Sessions, E/1990/5/Add.24, para. 71.

¹²⁹ Third Periodic Report, E/1994/104/Add.8, discussed at the 16th and 17th Sessions of the ESC Committee, E/C.12/1997/10, ECOSOC OR, 1998, Supplement No. 2, para. 100.

¹³⁰ U.N. Document, E/C.12/1997/10, ECOSOC OR, 1998

¹³¹ General Comment N° 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, para. 27.

คนที่จะปลอดภัยจากความหวาดหวั่น โดยจะต้องดำเนินการโดยเอกเทศและโดยความร่วมมือระหว่างประเทศ รวมทั้งโครงการเฉพาะซึ่งจำเป็น¹³²

2. อนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและเผ่าชน ฉบับที่ 169 ซึ่งระบุว่า กลุ่มชนควรมีสติในการตัดสินใจในบุริมสิทธิของตนเอง(priority) ในการพัฒนาในฐานะที่จะมีผลกระทบต่อ วิถีชีวิต ความเชื่อ สถาบันของพวกเขา การปรับปรุงสภาพชีวิต และการทำงาน รวมถึงระดับสุขภาพ และการศึกษา ต้องเป็นไปโดยให้พวกเขาได้มีส่วนร่วม และในการดำเนินการกิจกรรมที่กระทบต่อสิ่งแวดล้อม รัฐควรนำการศึกษาหรือการจัดการของชุมชนเกี่ยวข้องมาเป็นพื้นฐานในการพัฒนาโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าว¹³³ และควรทำพยายามป้องกันการเลือกปฏิบัติระหว่างคนงานพื้นเมือง และคนงานอื่นในสังคม โดยเฉพาะในเรื่อง ยา และการช่วยเหลือทางสังคม ความปลอดภัย และสุขภาพ สวัสดิการทางสังคม และผลประโยชน์ทุกอย่างเกี่ยวกับงาน และที่อยู่อาศัย (housing)¹³⁴ และควรจัดให้มีสวัสดิการสังคมให้ครอบคลุมโดยไม่เลือกปฏิบัติ¹³⁵ รวมถึงควรรับรองว่ากลุ่มชนจะสามารถเข้าถึงบริการด้านสุขภาพได้¹³⁶

นอกจากนั้นสิทธิในเรื่องดังกล่าวยังมีการพูดถึงในแผนปฏิบัติการของการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยประชากรและการพัฒนา (Programme of Action of the International Conference on Population and Development) ซึ่งเป็นโครงการปฏิบัติการของการประชุมระหว่างประเทศ ว่าด้วยประชากรและการพัฒนา (ICPD Programme of Action) ซึ่งเป็นเอกสารสุดท้ายของการประชุมว่าด้วยประชากรและการพัฒนา ซึ่งมีขึ้น ณ กรุงโคโร เมื่อปี ค.ศ. 1994 และครั้งที่สองจัดขึ้น ณ เมืองสตราสบูร์ก สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 2004 ซึ่งการประชุมทั้งสองครั้งที่ประชุมมีข้อตกลงร่วมในการผลักดันให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนใน ๓ เรื่อง คือ การเติบโตทางเศรษฐกิจ กระบวนการทางสังคม การรักษาสีงแวดล้อม ซึ่งหนึ่งในนโยบายเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแก้ไข ปัญหาความยากจนและความหวาดหวั่น การวางแผนครอบครัว ด้านอนามัยเจริญพันธุ์ รวมถึงนโยบายสุขภาพ ปัญหาโรคเอดส์ที่ควรได้รับการป้องกัน แก้ไข โดยสนับสนุนการให้การศึกษา เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจด้านการรักษาสุขภาพ¹³⁷

¹³² ICESR, Art 11.

¹³³ ILO 169, Art 7.

¹³⁴ Ibid., Art 20 (c).

¹³⁵ Ibid., Art 24.

¹³⁶ Ibid., Art 25.

จากการศึกษาพิจารณาได้ว่า สิทธิในเรื่องเกี่ยวกับสุขภาพ และประกันสังคม ก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมนั้นมีลักษณะเป็นสนธิสัญญา ที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของมนุษย์ทุกคน มิได้จัดทำขึ้นมาเฉพาะสำหรับชนพื้นเมืองดั้งเดิม และชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวตามข้อ 11 รวมถึงร้องเรียนเมื่อมีการละเมิดสิทธิ ตามกลไกของกติกาฉบับดังกล่าวได้นั้น ต่อเมื่อเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่เป็นรัฐภาคีในสนธิสัญญา และถึงแม้ว่ากติกาดังกล่าวจะมีรัฐเป็นภาคีจำนวนมาก อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติที่ให้การรับรองสิทธิดังกล่าว ยังมีลักษณะที่กล่าวไว้กว้างๆ ไม่ครอบคลุมถึงปัญหาทั้งหมดของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนัก เนื่องจากจุดประสงค์ในการจัดทำกติกานั้นเพื่อทุกคนในสังคม แต่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นมีปัญหาและลักษณะที่ซับซ้อนมากกว่า อย่างไรก็ตามอนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมืองว่าด้วยคนเผ่า นั้นถึงแม้จะเป็นสนธิสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองและคนเผ่า และมีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิต่างๆ รวมถึงสิทธิดังกล่าวที่ค่อนข้างครอบคลุมและชัดเจนกว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม แต่มีข้อจำกัดในการเป็นสนธิสัญญา ทำให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะได้รับการคุ้มครองตามข้อ 20 24 และ 25 รวมถึงสามารถกล่าวอ้างสิทธิเมื่อมีการละเมิดได้นั้น ต่อเมื่อเป็นชนพื้นเมืองที่อยู่ในรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว รวมถึงรัฐนั้นยอมรับในบทบัญญัติในการร้องเรียน และไม่ได้ตั้งข้อสงวนใดเกี่ยวกับบทบัญญัติในสิทธิดังกล่าวเช่นกัน

3) สิทธิในเรื่องการศึกษา (Education)

การศึกษาเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่จะช่วยให้มนุษย์สามารถพัฒนาความคิดในการมีสันติภาพ อิสระ ระบบยุติธรรมทางสังคม และสนับสนุนให้เกิดความปรองดองระหว่างกันให้มากขึ้นได้ ทั้งยังเป็นเครื่องมือในการขจัดความยากจน การถูกแบ่งแยก ความไม่เข้าใจ การกดขี่ และสงคราม สิทธิในการศึกษาเป็นวิฤตการณ์ที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั่วโลก สิทธิดังกล่าวไม่เพียงแต่จะทำให้พวกเขาสามารถยุติปัญหาจากการถูกแบ่งแยกและเลือกปฏิบัติซึ่งพวกเขาได้รับมา

¹³⁷ สรุปผลการประชุมสมัชชากรรฐสภาาระหว่างประเทศว่าด้วยการดำเนินการตามโครงการปฏิบัติการของการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วย ประชากรและการพัฒนา (IPC/ICPD) ครั้งที่ 3 ระหว่างวันที่ 21 - 22 พฤศจิกายน 2549 ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ กรุงเทพมหานคร

ยาวนาน แต่ยังทำให้พวกเขาสามารถใช้ประโยชน์จากเรื่องดังกล่าว ในการรักษาและทำให้เกิดความเคารพต่อวัฒนธรรม ภาษา ประเพณี และความรู้ของพวกเขา

ระบบการศึกษาแต่เดิมเป็นการจัดระบบโดยรัฐ กลุ่มศาสนา หรือกลุ่มเอกชนซึ่งเป็นเสมือนดาบสองคมสำหรับชนพื้นเมืองดั้งเดิม ด้านหนึ่งมักจะทำให้ให้เด็กหรือเยาวชนที่เป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมไม่สามารถเข้าถึงการเรียนรู้ หรือทักษะที่จะทำให้พวกเขาสามารถมีความเจริญก้าวหน้าในชีวิตหรือเข้าถึงโลกภายนอกได้ อีกด้านหนึ่งระบบการศึกษาแบบเดิม โดยเฉพาะเมื่อมีโปรแกรมเกี่ยวกับหลักสูตรและมีกระบวนการสอนที่มาจากหน่วยต่างๆ ของสังคมจะเป็นการแยกพวกเขาออกจากวัฒนธรรมดั้งเดิม ซึ่งเป็นวิธีการจูงใจให้พวกเขาเกิดการเปลี่ยนแปลง และในบางกรณีก็เป็นการทำลายวัฒนธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹³⁸

ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีความพยายามอย่างมากในการให้รัฐ ให้สิทธิในการศึกษาแก่พวกเขา เช่นในประเทศนิวซีแลนด์ ในปี 1951 ภาษท้องถิ่นเมาสีได้รับการบรรจุเข้าเป็นวิชาหนึ่งในระดับการศึกษาชั้นมหาวิทยาลัยถึง 5 มหาวิทยาลัย และ 9 แห่งในระดับการศึกษาชั้นวิทยาลัย¹³⁹ และถึงแม้รัฐเองก็พยายามที่จะให้สิทธิในการศึกษาแก่ชนพื้นเมืองดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม สิทธิในเรื่องดังกล่าวก็ยังคงเป็นปัญหาในหลายๆ ประเทศ เช่น จากการที่ผู้รายงานการพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ไปเยี่ยมประเทศกัวเตมาเวลานั้น พบว่าในสถาบันการศึกษาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ยังขาดบุคลากรในการสอน รวมถึงทรัพยากรที่ใช้ในการศึกษานั้นมีไม่เพียงพอ และได้มาตรฐาน¹⁴⁰ เป็นต้น

สิทธิการศึกษานั้นเป็นการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองด้านหนึ่งของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีความสำคัญยิ่ง ในระดับระหว่างประเทศ บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการศึกษาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นปรากฏในตราสารระหว่างประเทศและปฏิญญาต่างๆ จำนวนมาก ที่สำคัญได้แก่อนุสัญญาว่าด้วยการกีดกันทางการศึกษา ค.ศ. 1960 (Convention against Discrimination in Education (1960)) ซึ่งประกอบด้วยกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับการจัดการศึกษาที่มีคุณภาพแก่ชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยให้เคารพในความหลากหลายของระบบการศึกษาภายในรัฐ และประณามการเลือกปฏิบัติทางการศึกษา รวมถึงสนับสนุนการศึกษาทุกด้าน อนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและคนเผ่า ฉบับที่ 169 โดยข้อ. 26-31 ระบุให้ รัฐควรมีกฎเกณฑ์ที่รับรองว่าสมาชิกทุกคนของกลุ่มชนนั้นจะได้รับการรับรองว่าจะมีโอกาสในการเข้าถึงการศึกษาในทุกระดับ

¹³⁸ UN Document, E/CN.4/2005/88.

¹³⁹ UN Document, E/CN.4/2006/78/Add.3.

¹⁴⁰ Ibid.

โดยอย่างน้อยที่สุดนั้นตามมาตรฐานขั้นต่ำที่คนส่วนอื่นของสังคมได้รับ¹⁴¹ หลักสูตรในการศึกษาและบริการสำหรับกลุ่มชนควรได้รับการพัฒนา และนำไปใช้โดยความร่วมมือกับพวกเขาเพื่อคำนึงถึงความต้องการเฉพาะ โดยรวมถึงประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญา เทคโนโลยี ระบบค่านิยม ความปรารถนา ในอนาคตทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของพวกเขา และรัฐควรยอมรับสิทธิของกลุ่มชนในการจัดตั้งสถาบันการศึกษาของพวกเขา โดยจัดให้สถาบันดังกล่าวมีมาตรฐานขั้นต่ำสุด¹⁴² และให้พวกเขามีสิทธิในการสอน อ่าน และเขียนในภาษาของพวกเขา หรือภาษาที่ใช้ในชุมชน¹⁴³ การใช้ภาษาแม่หรือภาษาท้องถิ่นในการศึกษานั้นเป็นประเด็นสำคัญมากในการจำกัดความของสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมสำหรับ ปัจจุบันการศึกษาสองภาษา หรือการศึกษาระหว่างวัฒนธรรมกลายเป็นนโยบายในการจัดการศึกษาของรัฐ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญด้านการศึกษาเห็นว่าการศึกษาขั้นปฐมวัยหากมีหลักสูตรที่ใช้ทั้งภาษาท้องถิ่นและภาษาราชการนั้น เด็กจะได้รับประโยชน์จากหลักสูตรดังกล่าว โดยที่เค้าจะสามารถใช้ภาษาราชการได้จะไม่ลืมภาษาท้องถิ่นของตน¹⁴⁴ อนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและเผ่าชน ฉบับที่ 169 ยังระบุให้รัฐมีมาตรการที่เพียงพอในการรับรองให้พวกเขาได้มีโอกาสในการสามารถและเขียนได้อย่างคล่องแคล่วในภาษาของรัฐ รวมถึงมีมาตรการในการคุ้มครองและสนับสนุนในการพัฒนาและปฏิบัติภาษาของพวกเขา¹⁴⁵ และมีเป้าหมายในการศึกษาในที่จะให้เด็กพื้นเมืองมีความรู้ทั่วไป และทักษะเท่าเทียมกับเด็กอื่นๆ ในประเทศ¹⁴⁶ รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ในข้อ 28. ระบุว่า เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษา ข้อ 29. การศึกษา ของเด็ก จะต้องมุ่งไปสู่ การพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถ ทางด้านร่างกาย และจิตใจ ให้เต็มศักยภาพ ของเขา และข้อ 30 ระบุว่ารัฐต่างๆ ที่ซึ่งมีชนพื้นเมืองดั้งเดิมอยู่ เด็กชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในการเป็นสมาชิกกลุ่ม สิทธิในวัฒนธรรม สิทธิในการปฏิบัติ และนับถือศาสนา รวมถึงสิทธิในการใช้ภาษาของพวกเขา ซึ่งปัจจุบันมีหลายประเทศที่ยอมรับในการใช้ภาษาของชนพื้นเมืองดั้งเดิม อย่างน้อยที่สุดในระดับภูมิภาคที่มีการใช้อย่างกว้างขวาง และบางแห่งตกลงให้มีสถานะเป็นภาษาราชการด้วย¹⁴⁷

¹⁴¹ ILO 169, Art 26

¹⁴² Ibid., Art 27

¹⁴³ Ibid., Art 28

¹⁴⁴ UN Document, E/CN.4/2002/97/Add.1

¹⁴⁵ ILO 169, Art 29.

¹⁴⁶ Ibid., Art 28.

¹⁴⁷ UN Document, A/59/258

จากการศึกษาสามารถพิจารณาได้ว่า อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าสิทธิในการศึกษาของชนพื้นเมืองดั้งเดิม จะปรากฏในตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ไม่ว่าจะเป็น อนุสัญญาว่าด้วยการกีดกันทางการศึกษา อนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและคนเผ่า ฉบับที่ 169 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็กนั้น ข้อจำกัดอยู่ตรงที่อนุสัญญาทั้งสามฉบับนั้นมีลักษณะเป็นสนธิสัญญา ชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะได้รับการคุ้มครองจากสิทธิดังกล่าวในอนุสัญญาทั้งสามฉบับ ต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ในรัฐที่เป็นภาคี ถึงแม้ในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยกลุ่มชนพื้นเมืองและคนเผ่า ฉบับที่ 169 นั้นสามารถพิจารณาได้ว่า มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการศึกษาที่ค่อนข้างครอบคลุม อย่างไรก็ตามข้อจำกัดในการเป็นสนธิสัญญานั้น ทำให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ไม่ได้อยู่ในรัฐที่เป็นภาคีได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติดังกล่าวมานัก ส่วนอนุสัญญาอีกสองฉบับนั้น จากการพิจารณาทบบัญญัตินั้นยังมีลักษณะกล่าวถึงสิทธิในการศึกษาอย่างกว้างๆ ไม่ครอบคลุม และไม่ได้เป็นอนุสัญญาที่จัดทำเพื่อชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรง ดังนั้นการรับรองสิทธิในการศึกษาในตราสารระหว่างประเทศก่อนที่จะมีปฏิญญาสหประชาชาตินั้น จึงยังไม่ครอบคลุม เฉพาะเจาะจง และเพียงพอแก่ความต้องการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั่วโลก

สรุป จากการศึกษาการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองในประเด็นสิทธิต่างๆ ทั้ง 9 ประเด็นข้างต้นพบว่า สิทธิส่วนใหญ่ที่ปรากฏอยู่ในกติกา และอนุสัญญาหลักของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (international human right treaties) ซึ่งเป็นตราสารที่ผูกพันตามกฎหมายภายในระบบสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (UN human rights system) ที่เกี่ยวกับสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม การไม่เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และสิทธิของเด็ก อันได้แก่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รวมถึงที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาของหน่วยงานพิเศษของสหประชาชาติ (UN specialized agencies) ที่สนับสนุนสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรง โดยเฉพาะสิทธิทางเศรษฐกิจ และสังคมของพวกเขาอันได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมือง และเผ่าชน ฉบับที่ 169 อย่างไรก็ตามตราสารระหว่างประเทศเหล่านี้ล้วนเป็นสนธิสัญญา ดังนั้นการที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะได้รับความคุ้มครองในสิทธิต่างๆ ทั้ง 9 ประเด็นที่ปรากฏอยู่ในตามตราสารดังกล่าวทั้งหมดข้างต้นนั้น ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น จะต้องเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อยู่ในรัฐที่เป็นภาคีของกติกา เช่นเดียวกับในกรณีที่สิทธิข้างต้นปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมืองและเผ่าชน ฉบับที่ 169 ซึ่งแม้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้จะบรรจุสิทธิต่างๆ ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมค่อนข้างที่

จะครอบคลุม แต่ปัญหาที่สำคัญคือจำนวนของรัฐที่เป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ยังมีจำนวนไม่มากนัก* อย่างไรก็ตามสิทธิทั้ง 9 ประเด้นั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี โดยดูจากแนวทางปฏิบัติของรัฐในเรื่องดังกล่าว ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงได้รับการคุ้มครองสิทธิข้างต้นตามกฎหมายจารีตประเพณี กระนั้นก็ดีผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะแก้ปัญหาในการใช้สิทธิ การละเมิดสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมยังคงปรากฏให้เห็นอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นจึงควรมีการพัฒนาสิทธิต่างๆ ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั้งในทางปฏิบัติจริงของรัฐ และในตราสารระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพิจารณาได้ว่า การรับรองสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในเรื่องต่างๆ ข้างต้นนั้นปรากฏในตราสารระหว่างประเทศต่างๆ รวมถึงได้รับการปฏิบัติจากรัฐทั้งหลาย อย่างไรก็ตามตราสารระหว่างประเทศที่มีอยู่ยังไม่ครอบคลุมสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมอย่างเพียงพอ พวกเขาต้องการตราสารระหว่างประเทศเฉพาะที่รับรองสิทธิของพวกเขาเอาไว้ด้วยกันอย่างเป็นระบบ ดังนั้นจึงนำไปสู่การพัฒนาปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (ดูรายละเอียดในบทต่อไป) ต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงกลไกในการกล่าวอ้างสิทธิต่างๆ ในตราสารที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองดั้งเดิม

3.5 การอนุวัติการสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

การอ้างสิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ได้ระบุให้การตีความสิทธิดังกล่าวอย่างเคร่งครัดว่า เป็นสิทธิร่วมกัน (Collective Rights) ของกลุ่มชนทั้งปวง (all peoples) โดยปัจเจกชนไม่อาจจะกล่าวอ้างเพื่อเรียกร้องสิทธิร่วมกันนี้ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ปัจเจกชนไม่อาจตกเป็นผู้เสียหาย ในการเรียกร้องสิทธิในการกำหนดใจตนเองตาม ข้อ. 1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ได้นั้นเอง¹⁴⁸ แต่อย่างไรก็ดีปัจเจกชนอาจเป็นผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิร่วมกันได้เช่นกัน แต่กลไกในการเรียกร้องสิทธิของปัจเจกชนนั้นจะเป็นข้อการเฉพาะที่แตกต่างออกไป

* Total number of ratifications as of 1 Oct. 2008, Chile, Argentina, Bolivia, Brazil, Columbia, Costa Rica, Denmark, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, Mexico, Nepal, Netherlands, Norway, Paraguay, Peru, Spain, Venezuela.

ในระบบตรวจสอบกลไกของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม มีกระบวนการสำหรับการเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมผ่านทางคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของละตินอเมริกา ถึงแม้จะมีระบบตรวจตราที่ใช้เรียกร้องสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้ แต่ก็ยังมีการใช้กลไกอื่นเป็นเครื่องมือในการเรียกร้องสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเด่นอยู่ คือ ข้อการยุติข้อขัดแย้งโดยมิตรภาพ (The friendly settlement development) ซึ่งดำเนินการโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เช่นในคดี The Enxet Communities case ได้มีการทำสัญญาเพื่อคืนสิทธิในที่ดินให้แก่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่เกี่ยวข้อง อันเป็นวิธียุติข้อขัดแย้งโดยมิตรภาพ¹⁴⁹

3.5.1 กลไกการอนุวัติการและการเรียกร้องสิทธิในการกำหนดใจตนเองตามกลไกในภูมิภาค

ระบบการอนุวัติการสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคได้มีการพัฒนาแต่ละภูมิภาคของโลกเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน โดยมีอนุสัญญาระหว่างประเทศหลักที่สำคัญ 3 สนธิสัญญาที่มุ่งตรงเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน คือ ในภูมิภาคยุโรป ได้แก่ The European Convention for the Protection Human Rights and Fundamental Freedom (ECHR) ซึ่งได้ถูกรับรองเมื่อ 4 พฤศจิกายน 1950 และบังคับใช้เมื่อ 3 กันยายน 1953 ทั้งนี้รวมถึง the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM) รับรองเมื่อ 27 มิถุนายน 1981 และบังคับใช้เมื่อ 21 ตุลาคม 1986 และในภูมิภาคอเมริกา ได้แก่ America Convention on Human Rights (ACHR) รับรองเมื่อ 22 พฤศจิกายน 1969 และได้บังคับใช้เมื่อ 18 กรกฎาคม 1978 โดยแต่ละภูมิภาคได้กำหนดประเภทของสิทธิ และหน้าที่รวมถึงการสืบเสาะและรายงานของตนเอง ทั้งนี้รวมถึงการมีกระบวนการเรียกร้องสิทธิด้วย

ในภูมิภาคละตินอเมริกาได้มีการจัดตั้งองค์กรระหว่างประเทศทำหน้าที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ตามอนุสัญญาที่เรียกว่า the Pact of San Jose หรืออนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The American Convention on Human Rights 1969 : ACHR) ซึ่งแม้จะเป็นอนุสัญญาระดับภูมิภาคแต่ก็มีความสำคัญมากในด้านการคุ้มครองสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม และอนุสัญญามีกลไกที่ค่อนข้างมีประสิทธิภาพในการบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามอนุสัญญา โดยมีการจัดตั้งองค์กรทำหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองดูแลในเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เรียกว่าระบบสิทธิมนุษยชนของภูมิภาคอเมริกา ซึ่ง

¹⁴⁸ Panzironi F., *Indigenous Peoples' right to self-determination and development policy*, Faculty of Law (University of Sydney, 2006), pp. 101-110.

¹⁴⁹ IACHR Annual Report 1998, ch. II, section 2D.

ประกอบด้วยสององค์กรหลัก คือ ศาลสิทธิมนุษยชนของภูมิภาคอเมริกา (The Inter-American Court of Human Rights : IACtHR) และ คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนของภูมิภาคอเมริกา (The Inter-American Commission on Human Rights : IACHR) ทั้งสององค์กรทำหน้าที่ในการตัดสินคดีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคประเทศละตินอเมริกา โดย IACHR จะทำหน้าที่ในการสอบสวนในลักษณะกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) ก่อนที่จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล

คดีที่ศาลสิทธิมนุษยชนของภูมิภาคอเมริกาตัดสิน เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในภูมิภาคอเมริกา เช่น คดี The Awas Tingni v. Nicaragua 2001 การตัดสินในคดี The Awas Tingni v. Nicaragua 2001 เป็นคดีแรกที่ได้มีการรับรองสิทธิในที่ดินและการปักปันเขตแดนของชนพื้นเมือง ซึ่งได้เป็นผลให้มีการฟ้องร้องต่อมาอีกหลายกรณี คดี the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay 2005¹⁵⁰ ซึ่งในคดีนี้ศาลสิทธิมนุษยชนภูมิภาคอเมริกาได้ทำการตัดสินว่ารัฐบาลปารากวัยต้องให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมือง ในการเป็นเจ้าของที่ดินที่สืบทอดตามจารีตประเพณี (The Traditional Land)

ในยุโรปและแอฟริกา มีข้อการเพื่อการเยียวยาและละเมิดสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ถึงแม้ว่าในกรณีประเทศยุโรปไม่ได้ระบุเฉพาะว่ากลไกดังกล่าวใช้กับชนพื้นเมืองดั้งเดิม แต่ทั้งกลไกของ ECHR และกลไกรายงานของ FCNM ถูกใช้โดยกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิม

ส่วนในภูมิภาคละตินอเมริกามีระบบโครงสร้างที่ซับซ้อนที่เป็นเครื่องมือที่เป็นระบบ และมีสถาบันตรวจสอบตรวจตราภายในองค์กรที่เรียกว่าองค์การแห่งรัฐอเมริกัน (American States: OAS) โดยการประชุมแห่งรัฐอเมริการั้งที่ 9 ที่ Bogota ในปี 1948 เพื่อทำหน้าที่หลักในการรับรองและส่งเสริมสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมหลายต่อหลายกลุ่มในโลกอยู่ในอาณัติของ OAS นี้*

เครื่องมือของ OAS นั้นคือ the Constitution OAS Charter ซึ่งมีผลบังคับใช้ ธันวาคม 1951 และ the American Declaration on the Rights and Duties of Man ซึ่งถูกรับรองเมื่อปี 1948 แม้ว่าในคำปฏิญญาและกฎบัตรนี้จะไม่ได้ระบุถึงตัวตนชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นการเฉพาะ แต่การเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมชอบที่จะกระทำได้ในกรอบของหลักสิทธิของชนอเมริกัน

¹⁵⁰ ESCR, "Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay" [Online] Available from: <http://escr-net.org/case> [19 April 2006].

* Argentina, Belize, Bolivia, Brazil, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Suriname, United States of America and Venezuela.

ทั่วไปทั้งในเรื่องของการสงวน และส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรมของอเมริกันทั่วไป เป็นสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิร่วมกัน

ในระดับภูมิภาคนั้น คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกาและศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างอเมริกาได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมในสหรัฐอเมริกา ทำให้เป็นการสร้างบรรทัดฐานในภูมิภาค หน่วยงานเหล่านี้ได้ตีความปฏิญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์ รวมถึงอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์เฉพาะของชนพื้นเมืองและเผ่าชน ยืนยันให้มีสิทธิในชีวิต รวมถึงการอยู่ร่วมกันอย่างมีศักดิ์ศรี¹⁵¹ สิทธิในที่ดิน ดินแดน และทรัพยากร¹⁵² รวมถึงสิทธิในการได้รับการศึกษา¹⁵³ และสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองเกี่ยวกับเรื่องวัฒนธรรม¹⁵⁴ เจตจำนงในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิชนพื้นเมืองได้สะท้อนในข้อ 9 ของกฎบัตรองค์การรัฐอเมริกัน

ในปี 2000 คณะกรรมาธิการสิทธิแอฟริกาได้ตั้งคณะทำงานด้านชนกลุ่มน้อยในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิเศษตามประเด็น รายงานแรกโดยคณะทำงานได้ตีความหลายๆ ข้อของกฎบัตรสิทธิมนุษยชนและประชาชน รวมถึงการวางหลักการของคณะกรรมาธิการ โดยสอดคล้องกับความเข้าใจในทางระหว่างประเทศในเรื่องของสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹⁵⁵ จากนั้นคณะทำงานก็ยังทำงานต่อไปทั้งในประเด็นและประเทศที่เกี่ยวข้อง

ทางปฏิบัติของหน่วยงานระหว่างประเทศและกลไกในช่วงหลังมานี้ ได้ทำให้เกิดการสร้าง ความเข้าใจต่อสิทธิชนพื้นเมืองบนพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและนโยบาย

¹⁵¹ I/A HR Court, *Masacre de Plan de Sanchez* (Guatemala), Series C (No. 105) (2004)

¹⁵² I/A HR Court, *Awas Tingni Mayagna (Sumo) Indigenous Community v. Nicaragua*, Series C (No. 79) (2001); *Moiwana Community v. Surinam*, Series C (No. 124) (2005); *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Series C (No. 125) (2005); *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Series C (No. 146) (2006).

¹⁵³ I/A HR Court, *Yatama v. Nicaragua*, Series C (No. 127) (2005).

¹⁵⁴ I/A HR Court, *Saramaka People v. Suriname*, Series C (No. 172) (2007).

¹⁵⁵ Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th ordinary session (2005).

ความเข้าใจร่วมกันนี้ได้รับการสะท้อน ทำให้เข้มแข็งและทำให้เกิดการรับรองในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ¹⁵⁶

3.5.2 กลไกการอนุวัติการตามกลไกของสหประชาชาติ

กลไกการอนุวัติการ หรือการใช้สิทธิเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิมนุษยชน หน่วยงานที่มีบทบาทที่สำคัญได้แก่หน่วยงานตามสนธิสัญญาของสหประชาชาติ ทั้งนี้ผู้รายงานพิเศษ ได้ให้ข้อสังเกตว่าหลักการที่เกิดจากหน่วยงานของสหประชาชาติทั้งในส่วนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการสิทธิเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และคณะกรรมการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติซึ่งล้วนมีบทบาทในการทำการแนะนำเกี่ยวกับสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมมานานแล้ว

UNESCO ในช่วงยุค 90 ยูเนสโกได้จัดสัมมนาและออกมติและข้อแนะนำเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในขอบเขตที่มีอำนาจ ไม่ว่าจะเป็นการศึกษา วัฒนธรรม วิชยาการและการสื่อสาร โดยเน้นในส่วนของการศึกษา สิทธิในการมีภาษา ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการใช้สื่อเพื่อปกป้องผลประโยชน์ตน

องค์การอนามัยโลก องค์การอนามัยโลกได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดการปัญหาสุขภาพของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

UNDP ในปี 1995 สหประชาชาติตีพิมพ์ออกร่างบทชี้นำในการสนับสนุนชนพื้นเมืองในส่วนของ การฟื้นฟูวัฒนธรรม การปรับปรุงมาตรฐานการครองชีพ การสงวนทรัพยากรธรรมชาติ และการพัฒนาศก.และเทคนิค

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก WIPO ได้มีส่วนร่วมในกิจกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาของชนพื้นเมือง ซึ่งรวมถึงข้อมูล การปฏิบัติ ความเชื่อ และปรัชญาเฉพาะของชนพื้นเมืองนั้นๆ

สถาบันการเงินระหว่างประเทศ ธนาคารโลกได้เข้าไปเกี่ยวข้องช่วยเหลือชนพื้นเมืองมากขึ้นในกิจกรรมส่งเสริมสิทธิชนพื้นเมือง และกิจกรรมเกี่ยวกับองค์กรสิ่งแวดล้อม โดยเกี่ยวกับโครงการให้เงินสนับสนุนเพื่อการพัฒนาของเวสต์แบงก์

ในประเด็นเรื่องการอนุวัติการเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองนั้นยังไม่ได้กล่าวถึงมากนัก ในส่วนของการทำงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Commission) ซึ่ง

¹⁵⁶U.N. Document, A/HRC/9/9.

ภายหลังเปลี่ยนมาเป็นคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Human Rights Council) ซึ่งสังกัดภายใต้อาณัติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly) หน่วยงานที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในเรื่องสิทธิมนุษยชนในสหประชาชาติ ได้แก่ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน ซึ่งคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนนี้ แตกต่างจากคณะอนุกรรมการและกลุ่มผู้ทำงานเกี่ยวกับประชากรชนพื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งเป็นกลุ่มที่ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญอิสระที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องสิทธิมนุษยชน ส่วนคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนประกอบด้วยตัวแทนจากประเทศสมาชิกสหประชาชาติ ดังนั้นคณะกรรมการชุดนี้จะมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนับแต่ คณะกรรมการชุดดังกล่าวมีบทบาทสำคัญอยู่ในโครงสร้างของระบบสหประชาชาติ

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนดังกล่าวรวมถึงคณะอนุกรรมการได้รับอำนาจตามมติ Re. 1235(XLII), 1967 ให้เป็นหน่วยงานที่รับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวเนื่องกับสิทธิมนุษยชน และมีอำนาจในการตรวจสอบข้อมูล ที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนกลุ่ม หลักการเสรีภาพ รวมถึงทำการศึกษาศถานการณ์ที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนตาม มติ1235¹⁵⁷

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน หรือ Human Rights Council (HRC) ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามข้อมติที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยที่ 60 เมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2549 เพื่อทดแทน คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน หรือ Commission on Human Rights (CHR) สืบเนื่องจากข้อเสนอแนะในการปฏิรูปกลไกสหประชาชาติและกลไกสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติซึ่งได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้นำ High Level Plenary Meeting (HLP) ระหว่างการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยที่ 60 เมื่อเดือนกันยายน 2548

การปฏิรูปกลไกสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติเป็นความพยายามของประเทศสมาชิกสหประชาชาติในการพัฒนากลไกสิทธิมนุษยชนเพื่อเป็นกรอบการดำเนินการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับต่างๆ และตอบสนองความท้าทายใหม่ๆ ด้านสิทธิมนุษยชนได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ตลอดจนแก้ไขปัญหาที่คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนประสบอย่างต่อเนื่องมากกว่า 60 ปี ได้แก่ การทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นประเด็นทางการเมืองโดยใช้สิทธิมนุษยชน

¹⁵⁷ ECOSOC Res1235 (XLII) (6 June 1967). For an analysis of procedures under this Resolution: see, Nigel S Rodley, 'United Nations Non-Treaty-Procedures for Dealing with Human Rights Violations' in Hurst Hannum (ed), Guide to International Human Rights Practice, (Ardley, NY: Transnational Publishers, 3rd ed, 1999).

เป็นเครื่องมือในการเข้าแทรกแซงกิจการภายในและอธิปไตยของรัฐ การเลือกปฏิบัติในประเด็นซึ่งประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนามีท่าทีแตกต่างกัน และทวิมาตรฐานโดยสิทธิมนุษยชนถูกใช้เป็นตัวชี้วัดระดับการอนุวัติพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในประเทศต่างๆ ทั้งนี้ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนที่สร้างขึ้นใหม่ถือเป็นองค์กรหลักด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติแทน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและมีฐานะเป็นองค์กรย่อยของสมัชชาสหประชาชาติ

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนมีวัตถุประสงค์หลัก 10 ประการ ได้แก่

- (1) ส่งเสริมสิทธิมนุษยชนศึกษา การเรียนรู้ด้านสิทธิมนุษยชนและให้บริการคำปรึกษาความช่วยเหลือด้านเทคนิคและเสริมสร้างศักยภาพโดยการหารือและได้รับความเห็นชอบจากประเทศสมาชิกสหประชาชาติที่เกี่ยวข้อง
- (2) เป็นเวทีเพื่อการหารือในประเด็นเฉพาะด้านสิทธิมนุษยชน
- (3) ให้ข้อเสนอแนะต่อสมัชชาสหประชาชาติเพื่อส่งเสริมพัฒนาการของการจัดทำมาตรฐานหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน
- (4) ส่งเสริมการอนุวัติพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐและติดตามการอนุวัติพันธกรณีการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เป็นผลจากการประชุมสหประชาชาติและการประชุมสุดยอดต่างๆ
- (5) จัดทำการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนและการอนุวัติพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐภายใต้กลไก Universal Periodic Review (UPR) บนพื้นฐานข้อมูลที่เป็นกลางและน่าเชื่อถือ
- (6) ป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนและตอบสนองสถานการณ์สิทธิมนุษยชนที่ถูกเงินได้อย่างทันที่
- (7) ทดแทนบทบาทและความรับผิดชอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับภารกิจของสำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights – OHCHR)
- (8) ดำเนินภารกิจด้านสิทธิมนุษยชนโดยร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับรัฐบาล องค์การระดับภูมิภาค สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และภาคประชาสังคม
- (9) ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดำเนินภารกิจด้านสิทธิมนุษยชนโดยร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และ

(10) นำเสนอรายงานประจำปีต่อที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ

กลไกหลักของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นผลจากการรับรองเอกสารของประธานประกอบด้วยกลไกสำคัญ 3-4 กลไก อาทิ

(1) กลไก Universal Periodic Review (UPR) ซึ่งจัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อทบทวนการอนุวัติพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกันโดยทั้งประเทศสมาชิกและประเทศผู้สังเกตการณ์จะถูกทบทวนทุก ๆ 4 ปีและในแต่ละปีจะมีประเทศสมาชิกสหประชาชาติถูกทบทวนจำนวน 48 ประเทศโดยคณะทำงานซึ่งประกอบด้วยสมาชิกคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนทั้ง 47 ประเทศมีหน้าที่ตรวจสอบประเทศต่าง ๆ ปีละ 3 ครั้ง ๆ ละ 2 สัปดาห์ และคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนจะแต่งตั้งสมาชิกจากกลุ่มภูมิภาคต่าง ๆ จำนวน 3 คนทำหน้าที่เป็น rapporteur-troika เพื่ออำนวยความสะดวกในการจัดทำ UPR ของแต่ละประเทศ

(2) กลไกพิเศษ เป็นกลไกที่อาจถือได้ว่ามีความสำคัญและมีประสิทธิภาพมากที่สุดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรอบสหประชาชาติเนื่องจากกลไกพิเศษเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีความเป็นอิสระและได้รับแต่งตั้งจากประธานคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนโดยการหารืออย่างใกล้ชิดกับ Consultative Group ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากทั้งห้าภูมิภาค ทั้งนี้ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนใช้เวลาส่วนใหญ่ในช่วงปีที่สองเพื่อทบทวน (review) จัดการให้ถูกต้องเป็นระบบ (rationalize) และพัฒนา (review) กลไกพิเศษและอาณัติของกลไกพิเศษดังกล่าว

(3) คณะกรรมการที่ปรึกษาของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน จัดตั้งขึ้นแทน Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights ซึ่งเป็นกลไกผู้เชี่ยวชาญเดิมในกรอบคณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการฯ ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 18 คน ทำหน้าที่เป็น think-tank ของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน ปฏิบัติภารกิจในฐานะส่วนบุคคลบนพื้นฐานของความเป็นกลาง เป็นอิสระ และมีการกระจายตำแหน่งตามสัดส่วนทางภูมิศาสตร์อย่างเท่าเทียมกันโดยคำนึงถึงความสมดุลของความแตกต่างด้านสังคม ศาสนา อารยธรรม และความรอบรู้ทางกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวจะได้รับเลือกโดยตรงจากคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนและดำรงตำแหน่งคราวละ 3 ปี และ

(4) กลไกรับพิจารณาข้อร้องเรียนการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่รุนแรงและเป็นระบบ ซึ่งเปิดโอกาสให้ปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหยื่อผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนสามารถยื่นข้อร้องเรียนต่อคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนได้ ทั้งนี้ กลไกฯ ดังกล่าวเป็นกลไก "ลับ" และมี

กระบวนการดำเนินการบนพื้นฐานของกลไก 1503 เดิมของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนซึ่งประกอบด้วยการศึกษาข้อร้องเรียนใน Working Group on Communications ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากคณะกรรมการที่ปรึกษาของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนจำนวน 5 คนจากแต่ละกลุ่มภูมิภาค และ Working Group on Situations ประกอบด้วยผู้แทนของรัฐจำนวน 5 คนที่ได้รับแต่งตั้งและรับรองจากแต่ละกลุ่มภูมิภาคโดยปฏิบัติการกิจในฐานะส่วนบุคคล

กลไกดังกล่าวข้างต้นมีลักษณะเฉพาะตัวและมีอาณัติที่แตกต่างกัน ในขณะที่กลไก UPR จะทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนและการอนุวัติพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกันและอย่างเป็นสากล[3] กลไกอื่นๆ ต่างมีความเกี่ยวข้องกับประเทศสมาชิกสหประชาชาติในลักษณะและระดับที่แตกต่างกันไปไม่มากก็น้อย แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า กลไกพิเศษและกลไกรับพิจารณาข้อร้องเรียนการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่รุนแรงและเป็นระบบมีแนวโน้มที่จะให้ความสนใจเกี่ยวกับสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะประเทศในภูมิภาคเอเชียและภูมิภาคลาตินอเมริกาและแคริบเบียนมากกว่าประเทศที่พัฒนาแล้วในกลุ่มภูมิภาคอื่นๆ อาทิ กรณีการหายสาบสูญโดยถูกบังคับหรือไม่สมัครใจ การทรมาน การไม่นำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ การสังหารนอกกระบวนการยุติธรรม สิทธิของผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน สถานการณ์สิทธิมนุษยชนในพม่าและสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในเกาหลีเหนือ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คงไม่อาจสรุปได้ว่า ประเทศที่พัฒนาแล้วมีปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนน้อยกว่าประเทศกำลังพัฒนาโดยประจักษ์พยานที่เป็นรูปธรรมอาจได้แก่ประเด็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์และศาสนา ชนพื้นเมืองดั้งเดิม ผู้โยกย้ายถิ่นฐาน และการต่อต้านการก่อการร้าย เป็นต้น

ในการอ้างสิทธิที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ยังชอบที่จะทำได้ในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะผ่านทางองค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนหรืออนุกรรมการ โดยการร้องเรียนเพื่อสิทธิของกลุ่มชนหรือสิทธิปัจเจกชนก็ตาม เช่นในคดีการเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ของประเทศกัวเตมาลา ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการทุกษทรมานกลุ่ม และเป็นกรละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างยาวนานในช่วงปี 1980 และ 1990 ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและอนุกรรมการดังกล่าวได้ดำเนินการตามข้อเรียกร้องในการอ้าง

สิทธิโดยเรียกร้องให้รัฐบาลกัวเตมาลา เสริมสร้างนโยบายและโครงการที่เกี่ยวกับสถานการณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในการคำนึงข้อเสนอและความปรารถนาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น¹⁵⁸

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) มีกลไกรับคำร้องเรียนโดยให้ปัจเจกบุคคลร้องเรียนเกี่ยวกับการที่ตนถูกละเมิดสิทธิโดยรัฐ ซึ่งรัฐที่ทำการละเมิดจะต้องเป็นรัฐภาคีที่รับเอาระบบนี้ไปใช้ด้วย เหตุผลเนื่องจากระบบนี้เป็นทางเลือก ซึ่งหากรัฐภาคีไม่เลือกที่จะยอมรับระบบนี้มาใช้ ปัจเจกชนก็ไม่อาจร้องเรียนได้ หมายความว่าคณะกรรมการก็ไม่มีอำนาจพิจารณาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของรัฐที่เป็นภาคีจากปัจเจกชนกรณีรัฐนั้นไม่ได้ยอมรับระบบรับคำร้องเรียน ยิ่งกว่านั้น ระบบนี้ยังได้อยู่ในพิธีสารเลือกรับใน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และข้อ 14 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

หลังจากที่มีการรับรองปฏิญญาแล้ว สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศ 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งมีบทบัญญัติของปฏิญญาอยู่ในนั้น และได้ผูกมัดรัฐภาคี สมัชชาใหญ่ได้รับรองเมื่อ ปี 1966

บทบาทคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญา หน้าที่ของคณะกรรมการ มีอยู่ 2 วิธีการที่คณะกรรมการกำกับดูแลการปฏิบัติของรัฐในการอนุวัติการพันธกรณีสิทธิมนุษยชน แรกสุด เป็นกระบวนการพิจารณาข้อร้องเรียนจากปัจเจกบุคคลผู้ถูกรัฐละเมิดสิทธิ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง CERD และ CEDAW ได้นำเอาระบบนี้มาใช้เป็นที่เรียบร้อยแล้ว กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ไม่ได้มีระบบนี้ โดยที่ร่างกระบวนการรับข้อร้องเรียนจากปัจเจกชนจะยังคงอยู่ภายใต้การพิจารณาโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

¹⁵⁸ Human Rights Commission Res. 1991/51 (5 March 1991). See also, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Res. 1992/18 (urging Guatemala 'to respond to the requests and proposals of the indigenous peoples through the adoption of practical measures to improve their economic, social and cultural conditions'); Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Res. 1994/23 (urging the government of Guatemala to 'strengthen in particular policies and programmes concerning the indigenous population').

วิธีการที่สองคือการพิจารณารายงานจากรัฐภาคีว่ารัฐภาคีนั้นปฏิบัติตามสนธิสัญญาในลำดับไหน รัฐภาคีมีพันธะในการส่งรายงานตามกระบวนการส่งรายงานในสนธิสัญญา รัฐบาลจะต้องแจ้งหน่วยงานกำกับดูแลในส่วนของมาตรการในการอนุรักษ์ตามพันธะกรณีตามสนธิสัญญา

ขณะที่ระบบรับข้อร้องเรียนเป็นกรณีเฉพาะ ข้อสังเกตในรายงานเป็นสามารถระบุประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนทั้งหมดได้ ถือได้ว่ารายงานเป็นการระบุว่ารัฐสามารถบ่งบอกได้ว่ารัฐได้คุ้มครองสิทธิมนุษยชนหรือไม่ และคุ้มครองอย่างไร¹⁵⁹

ตารางต่อไปนี้เป็นตารางแสดงถึงสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนและหน่วยงานต่างๆ ที่กำกับดูแล ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่หลักในการตรวจสอบตรวจตรา พัฒนา ส่งเสริม และรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับประเด็นสิทธิมนุษยชน

¹⁵⁹ WORLD CONFERENCE AGAINST RACISM, United Nations Guide for Indigenous Peoples, Leaflet No. 4., Human Treaty Bodies and Indigenous Peoples, pp 2- 3.

ตารางที่ 1 ระบบสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน หน่วยงานที่กำกับดูแล

สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน	หน่วยงานที่ดูแล
กติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิพลเรือน และสิทธิทางการเมือง	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The Human Right Committee (HRC))
กติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (The Committee on Economic Social and Culture Rights)
อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ในทุกรูปแบบ	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (The Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)
อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)
อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Committee on the Rights of the Child)

หมายเหตุ: สนธิสัญญาข้างต้นคือสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่ผู้เขียนเห็นว่าใกล้เคียงกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมมากที่สุด นอกจากนี้แล้วยังมีสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอื่นๆ อีก

ข้อมูลอ้างอิงจาก: World Conference Against Racism, United Nations Guide for Indigenous Peoples. Leaflet 4: Human Rights. Treaty Bodies and Indigenous Peoples

โครงสร้างสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ¹⁶⁰

ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงโครงสร้าง และตราสารต่างๆ ในระบบของสหประชาชาติอันถือเป็นเครื่องมือที่ดีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน อันรวมถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมด้วย ทั้งนี้หน่วยงานและกลไกตามระบบสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ รวมถึงหน่วยงานที่ได้ตั้งขึ้นภายใต้ตราสารสิทธิมนุษยชนด้วย หน่วยงานอย่างแรกนั้นก่อตั้งขึ้นตามกฎบัตรสหประชาชาติ หน่วยงานอย่างที่สองนั้นก่อตั้งขึ้นตามสนธิสัญญา

กฎบัตรสหประชาชาติให้อำนาจในการก่อตั้งองค์กรเพื่อเป็นเวทีแลกเปลี่ยนความเห็น และดำเนินการในปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนอีกทั้งวางมาตรฐานใหม่ องค์กรตามกฎหมายที่สำคัญที่สุดคือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งประชุมเป็นเวลา 6 สัปดาห์ทุกปี อนุกรรมการในการส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและคณะกรรมการที่สามของสมัชชาใหญ่ หน่วยงานที่สำคัญที่สุดเกี่ยวกับเรื่องของชนพื้นเมืองดั้งเดิมคือ คณะทำงานเพื่อชนพื้นเมือง

สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่สำคัญนั้นมีหน่วยงานพิเศษในการสอดส่องดูแลการนำเอากฎหมายสิทธิมนุษยชนไปใช้ หน้าที่หลักของสนธิสัญญาเช่นว่าคือพิจารณาและให้ความเห็นในรายงานของรัฐบาลในส่วนของหนทางในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคี อีกทั้งมีอำนาจในการพิจารณาข้อร้องเรียนจากปัจเจกชนเรื่องของการละเมิดสิทธิโดยเจ้าหน้าที่รัฐ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ความสำเร็จแรกสุดในส่วนของสิทธิมนุษยชนนั้นคือการที่สมัชชาใหญ่รับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สมาชิกสหประชาชาติได้โต้แย้งถ้อยคำในปฏิญญาในช่วงนั้นแต่ก็ได้รับการรับรองโดยฉันทามติ โดยปฏิญญาได้ก้าวไปไกลและได้วางบรรทัดฐานสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ ได้แก่ สิทธิในความเสมอภาค และเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิที่จะมีชีวิต อิสระภาพ และความปลอดภัย เสรีภาพจากการทรมาน และการปฏิบัติที่เลวทราม สิทธิความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย สิทธิในการได้รับการพิจารณาที่ยุติธรรม สิทธิส่วนบุคคล สิทธิในความเชื่อและศาสนา สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการชุมนุม และมีส่วนร่วม สิทธิการมีส่วนร่วมในการปกครอง สิทธิได้รับความปลอดภัยสังคม สิทธิในการทำงาน สิทธิในการได้รับมาตรฐานขั้นต่ำในการดำรงชีวิต สิทธิในการศึกษา เป็นต้น

¹⁶⁰ World Conference Guide for Indigenous Peoples, United Nations Guide of Indigenous Peoples, Leaflet No. 2, Indigenous Peoples, the UN and Human Rights, p. 4.

ตราสารระหว่างประเทศสิทธิมนุษยชนอื่นๆ

ตราสารระหว่างประเทศอื่นที่เจาะจงในการใช้สิทธิของกลุ่มคนเฉพาะ เช่น ผู้หญิง และเด็ก และตราสารใหม่ๆ เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา ซึ่งนำแนวคิดจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไปใช้เป็นพื้นฐาน และสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนและปฏิญญาสากลที่สำคัญ ได้แก่

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ (CERD)

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC)

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW)

อนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมือง และเผ่าชน ฉบับที่ 169 (ILO 169)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (ICCPR)

กติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR)

ต่อไปเป็นตารางเปรียบเทียบตราสารต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ประเภทความผูกพัน และมาตรการในการดำเนินการเพื่อเรียกร้องสิทธิดังกล่าว ดังนี้

ตารางที่ 2 ประเภทของตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ประเภทของตราสาร	ชื่อตราสาร	การดำเนินการต่อการละเมิดสิทธิ
ตราสารที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย และกลไกในการเรียกร้อง	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ	1 ข้างสิทธิต่อหน่วยงานจัดทำสนธิสัญญา (treaty body) 2 ทำข้อสังเกตคิดเห็นหรือวิพากษ์วิจารณ์เนื้อหาในรายงาน 3 วิพากษ์วิจารณ์ต่อสาธารณชนทั้งในเวทีสหประชาชาติ และทางสื่อ
ตราสารที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ไม่มีกลไกในการเรียกร้อง	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ	1 ทำข้อสังเกตคิดเห็นหรือวิพากษ์วิจารณ์เนื้อหาในรายงาน 2 วิพากษ์วิจารณ์ต่อสาธารณชนทั้งในเวทีสหประชาชาติ และทางสื่อ 3 รายงานขององค์กรเอกชน (NGOs) หรือต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ
ตราสารที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาอื่นๆ ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม	วิพากษ์วิจารณ์ต่อสาธารณชนทั้งในเวทีสหประชาชาติ และทางสื่อ

ข้อมูลอ้างอิงจาก: World Conference Against Racism, United Nations Guide for Indigenous Peoples. Leaflet 2: Indigenous Peoples, The UN and Human Rights

ระบบตรวจสอบโดยผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people)¹⁶¹

ระบบตรวจสอบโดยผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม มีสถานะภาพเป็นกลุ่มทำงานที่มีลักษณะเฉพาะอยู่ภายใต้องค์การสหประชาชาติซึ่งได้รับการระงับหน้าที่ในอาณัติจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (ปัจจุบันคือ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน) แรกเริ่มในปีค.ศ. 2001¹⁶² เรียกอีกอย่างว่าเป็นระบบตรวจสอบพิเศษ (special procedure) ซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาใด และมีการทำงานที่เป็นอิสระจากรัฐผู้ตรวจการพิเศษมุ่งไปที่ประเด็นหลักของงาน 3 ประเด็นต่อไปนี้ 1) การวิจัยเกี่ยวกับประเด็นที่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานชนพื้นเมืองดั้งเดิม 2) ประเทศที่มีการเยียมเยียน และ 3) การสื่อสารกับรัฐบาลเกี่ยวกับข้อกล่าวหาว่าด้วยการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศต่างๆ ทั่วโลก สารของรายงานยังคงมุ่งไปที่: ผลกระทบของโครงการพัฒนาขนาดใหญ่ต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และชุมชน¹⁶³ ปัญหาเกี่ยวกับการเข้าถึงการบริหารงานยุติธรรม (administration of justice) ของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และกฎหมายจารีตของชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹⁶⁴ อุปสรรคและความไม่เสมอภาคที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิม ประสบในการเข้าถึงและคุณภาพของระบบการศึกษา¹⁶⁵ และปัญหาของการปฏิรูปองค์กร การออกกฎหมายและการนำกฎหมายไปใช้เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และ ประสิทธิภาพในการนำไปปฏิบัติ รวมไปถึง การนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศไปใช้และการตัดสินใจขององค์กรที่รับผิดชอบด้านการดูแลประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง¹⁶⁶ ในปี 2007 ผู้รายงานพิเศษนำเสนอการศึกษาที่เกี่ยวกับการปฏิบัติที่ดีที่สุดที่มีการดำเนินการเพื่อนำข้อเสนอแนะที่อยู่ในรายงานประจำปีของผู้รายงานพิเศษไปใช้¹⁶⁷ ผู้รายงานพิเศษยังได้นำเสนอรายงานเกี่ยวกับ

¹⁶¹ Resource Kit on Indigenous peoples' issues, Economic & Social Affairs, United Nations, 2008, p.47.

¹⁶² U.N. Document, Res/2001/57

¹⁶³ U.N. Document, E/CN.4/2003/90

¹⁶⁴ U.N. Document, E/CN.4/2004/80

¹⁶⁵ U.N. Document, E/CN.2005/88

¹⁶⁶ U.N. Document, E/CN.4/2006/78

แนวโน้มด้านต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อสถานการณ์ของสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมตลอดระยะเวลา 6 ปีที่ผ่านมา ประเทศที่ได้มีการระบุในรายงาน ได้แก่ กัวเตมาลา¹⁶⁶ และฟิลิปปินส์¹⁶⁹ ในปี 2002 เม็กซิโก¹⁷⁰ และชิลี¹⁷¹ ในปี 2003 โคลัมเบีย¹⁷² และแคนาดา¹⁷³ ในปี 2004; แอฟริกาใต้¹⁷⁴ และนิวซีแลนด์¹⁷⁵ ในปี 2005 และเอลกวาดอร์¹⁷⁶ และเคนยา¹⁷⁷ ในปี 2006 ในปี 2007 ผู้รายงานพิเศษได้ออกรายงานเกี่ยวกับสถานการณ์สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ในเอเชีย¹⁷⁸

ในการอนุวัติการเพื่อประกันสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น หลายรัฐได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมเช่นในอเมริกาเหนือ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ ชาวอินเดียนแดงและอินนูทิตในแคนาดา ชะบอริจิ้นในออสเตรเลีย และเมารีในนิวซีแลนด์ได้รับการมองว่าเป็นชนเผ่าแรกที่เป็นเจ้าของถิ่น หรือชาวอะบอริจิ้นผู้มีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ กลุ่มชนเหล่านี้เป็นผู้สูญเสียที่ดินทำกินเนื่องจากการล่าอาณานิคมจากแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องของ "ดินแดนที่ไม่มีใครจับจอง (Terra Nullius)" และได้ที่ดินกลับคืนมาโดยหลักการที่ว่าเป็นสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยเฉพาะชาวอะบอริจิ้นในออสเตรเลีย ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกานั้น เดิมชนพื้นเมืองไม่ได้มีสถานะเป็นพลเมือง ต่อมาในยุค 1980 และ 1990 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศกลุ่มนี้ ทำให้สิทธิในการปกครองตนเอง สิทธิในการใช้ภาษา รวมถึงสิทธิในที่ดินทำกินได้รับการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของชนพื้นเมืองในประเทศกลุ่มนี้ด้วย อีกทั้งรัฐธรรมนูญใหม่ยังได้เน้นให้รัฐบาลใส่ใจกับชนพื้นเมืองให้มากขึ้นในส่วนของนโยบาย ในประเทศเอเชียอาคเนย์ ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย และ

¹⁶⁷ U.N. Document., A/HRC/4/32/Add.4

¹⁶⁸ U.N. Document, E/CN.4/2003/90/Add.2

¹⁶⁹ U.N. Document, E/CN.4/2003/90/Add.3

¹⁷⁰ U.N. Document, E/CN.4/2004/80/Add.2

¹⁷¹ U.N. Document, E/CN.4/2004/80/Add.3

¹⁷² U.N. Document, E/CN.4/2005/88/Add.2

¹⁷³ U.N. Document, E/CN.4/2005/88/Add.3

¹⁷⁴ U.N. Document, E/CN.4/2006/78/Add.2

¹⁷⁵ U.N. Document, E/CN.4/2006/78/Add.3

¹⁷⁶ U.N. Document, E/CN.4/2007/78/Add.3

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ U.N. Document., A/HRC/6/15/Add.3

ล่าสุดกัมพูชาได้มี กม. พิเศษเกี่ยวกับชนพื้นเมือง ในประเทศสแกนดิเนเวีย ชาวเผ่าซามิได้รับการรับรองสิทธิพิเศษในการมีวัฒนธรรมของตนเอง

ในสวีเดน ได้มี กม. ออกมาในปี 2000 โดยให้สิทธิชาวซามิในการมีภาษาของตนเอง แต่อนุสัญญาที่ 169 สวีเดนและฟินแลนด์ยังไม่ลงนาม เพราะยังมีความคลุมเครือในส่วนของสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองของกม. ในประเทศ สวีเดน รัฐบาลมองว่าชาวซามิเป็นชนกลุ่มน้อย แต่ันอร์เวย์มองว่าเป็นชนพื้นเมืองซึ่งเป็นเจ้าของแผ่นดินมาแต่เกิด สภาของซามิได้ร่วมเจรจากับรัฐบาลในส่วนของเรื่องเกี่ยวกับเผ่าตน ในเดนมาร์ก สถานะของกรีนแลนด์เป็นตัวอย่างของความสัมพันธ์ที่สร้างสรรค์ระหว่างชนพื้นเมืองกับรัฐบาลที่ถือได้ว่าเป็นเจ้าอาณานิคม ชนเผ่าที่อยู่ในภาคเหนือของรัสเซียก็ได้รับการรับรองว่าเป็นชนพื้นเมืองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองรัสเซียในปี 1999 ซึ่งเป็นก้าวแรกในการรับรองสิทธิชนพื้นเมืองของรัสเซีย โดยในกม. ฉบับนี้ได้รับการรับรองสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (ข้อ 14) อีกทั้งยังได้คุ้มครองสิ่งแวดล้อมท้องถิ่น วิถีชีวิต และกิจกรรมทางเศรษฐกิจ การให้สิทธิในการเลือกเข้าเป็นทหาร อีกทั้งกม. ในปี 2001 ยังได้อ้างถึงสิทธิในการจัดการทรัพยากร แต่ในแอฟริกา ไม่มีประเทศที่รับรองสิทธินี้ เอธิโอเปียรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองในการกำหนดอนาคตตนเองอย่างไม่มีเงื่อนไข รัฐธรรมนูญแคเมอรูนแคเมอรูนก็เช่นกัน รัฐธรรมนูญของยูกันดาคู่ครองสิทธิของกลุ่มชนเผ่าที่เสี่ยง อีกทั้งมีนาไมเบีย อัลจีเรีย และแอฟริกาใต้อีกด้วย แต่ทั้งๆ ที่รัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ ได้รับรองคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองก็ตาม ก็ยังคงมีการละเมิดสิทธิเช่นว่าอยู่

3.6 การกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมืองดั้งเดิมกับการแบ่งแยกดินแดน

เมื่อกล่าวถึงประเด็นการแบ่งแยกดินแดนในเรื่องการอ้างสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในสิทธิในการกำหนดใจตนเอง สิทธิเช่นว่านี้เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องบูรณภาพแห่งดินแดนซึ่งในอดีตชนเผ่า Miskito ของชาวนิคาราโกวได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า "เสรีภาพในการปกครองตนเอง หรือ การกำหนดใจตนเองที่พบไม่ได้หมายถึงหลักการแบ่งแยกหรือ การมีเอกราชอย่างสมบูรณ์ (complete independent)" ¹⁷⁹ และในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนลาตินอเมริกาได้เน้นย้ำในหลักการดังกล่าวว่า "การได้สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในสิทธิกำหนดใจตนเองนั้นจะไม่มี

¹⁷⁹ IACHR Annual Report, 1984-1985, 127.

ผลกระทบต่อบูรณาภาพแห่งดินแดนของรัฐแต่อย่างใด"¹⁸⁰ ซึ่งรวมถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ไม่ได้รับรองสิทธิในการกำหนดใจตนเองของกลุ่มชาติพันธุ์ (ethnic group) ด้วย¹⁸¹

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนละตินอเมริกา ไม่ได้พิจารณาว่าการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้นปฏิเสธความปรารถนาในการแบ่งแยกดินแดน คณะกรรมการดังกล่าวเรียกร้องนิคารากัวที่จะมีระบบสถาบันในอันที่จะส่งเสริมการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขระหว่างกลุ่มชนเผ่ากับรัฐบาลไม่บังคับกลืนวัฒนธรรมแต่คุ้มครองอัตลักษณ์วัฒนธรรมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนิคารากัว¹⁸²

สรุปจากการศึกษา พบว่าสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม สามารถที่จะอ้างสิทธิได้ทั้งที่เป็นสิทธิปัจเจกชน และที่สิทธิกลุ่มชน ซึ่งในส่วนของสิทธิกลุ่มชนนี้ทำให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิในการกำหนดใจตนเองได้ สิทธิในการกำหนดใจตนเองหลายๆ สิทธิ เป็นสิทธิที่มีแนวปฏิบัติแห่งรัฐ และมีการรับรองในทางระหว่างประเทศอย่างแพร่หลาย จนกระทั่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าการใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเองในเรื่องต่างๆ ดังที่ได้ยกตัวอย่างมา 9 ประเด็นข้างต้น ที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศต่างๆ นั้นยังมีข้อจำกัด ทั้งในเรื่องของความไม่ชัดเจน ไม่ครอบคลุม และข้อจำกัดในการเป็นสนธิสัญญา ดังนั้นหลักการต่างๆ เหล่านี้จึงต้องได้รับการพัฒนาเพื่อรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นการเฉพาะ โดยมีการรวบรวมหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้ในปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ให้อย่างครอบคลุม และชัดเจน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่จะต้องทำการศึกษา สถานะและหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ปรากฏในปฏิญญา ว่ามีสถานะใด และมีผลผูกพันอยู่ในลำดับใด ดังจะได้ศึกษาในบทต่อไป

¹⁸⁰ The Declaration on Principles of International Law provided the normative basis to such assertion.

¹⁸¹ IACHR Annual Report, n 144, pp. 78–81.

¹⁸² Ibid., pp. 81–82.