

โครงการการมีส่วนร่วมของประชาชน
ในการจัดทำร่างแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 25

พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กอบกุล ราชะนาคร

ได้รับการสนับสนุนจาก

โครงการนโยบายสาธารณะเพื่อคุณภาพชีวิตที่ดี

ดำเนินการโดย มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ (มสช.)

สนับสนุนโดย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.)

สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มีนาคม 2549

สารบัญ

1.	พัฒนาการของหลักการพัฒนายั่งยืน (Sustainable Development).....	2
2.	หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle).....	4
3.	หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle).....	16
4.	หลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคน (Intergenerational Equity)	21
5.	หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน (Public Participation)	25
6.	สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to a Decent or Healthful Environment)	30
7.	สิทธิชุมชน (Rights of Indigenous Peoples and Local Communities).....	32
	เอกสารอ้างอิง	64

เอกสารทางวิชาการ เรื่อง
พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน¹

เสนอต่อ

สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

จัดทำโดย

ผศ.ดร.กอบกุล ราชะนาคร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ในช่วงกว่าสามทศวรรษที่ผ่านมาได้มีกระแสความตื่นตัวด้านสิ่งแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศซึ่งมีผลต่อนโยบายและกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระดับประเทศเป็นอันมาก ทั้งในด้านพันธกรณีที่ประเทศต่างๆต้องปฏิบัติตามภายใต้สนธิสัญญาและความตกลงเรื่องสิ่งแวดล้อมฉบับต่างๆ และในด้านความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมที่มีผลข้ามเขตแดน ซึ่งถือว่าเป็นความห่วงใยร่วมกัน (common concern) แม้การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติจะเป็นเรื่องสำคัญ แต่นานาประเทศก็ยอมรับร่วมกันว่าเรามีอาจจะพิจารณาปัญหาสิ่งแวดล้อมแยกต่างหากจากปัญหาการพัฒนา กล่าวคือ การพัฒนาทั้งในประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาจะต้องดำเนินต่อไป โดยคำนึงถึงการรักษารฐานทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมให้เชื่อมโยงกันจนถึงขนาดที่ไม่สามารถจะกลับคืนมาได้ ซึ่งเป็นที่มาของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (sustainable development) อันเป็นหัวใจสำคัญของการจัดการสิ่งแวดล้อมของทุกๆประเทศมาจนทุกวันนี้

ในระดับโลกได้มีการประชุมด้านสิ่งแวดล้อมมาแล้ว 3 ครั้ง ได้แก่ การประชุมองค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมนุษย์ (UN Conference on the Human Environment หรือ UNCHE) ค.ศ. 1972 ที่กรุงสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (UN Conference on Environment and Development หรือ UNCED) ค.ศ. 1992 ที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล และ การประชุมสุดยอดว่าด้วยการพัฒนาอย่างยั่งยืน (World Summit on Sustainable Development หรือ WSSD) ค.ศ. 2002 ที่กรุง Johannesburg ประเทศ

¹ รายงานการศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการ “การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างแผนทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม” ซึ่งได้รับการสนับสนุนโดยมูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ และ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ

แอฟริกาใต้ อาจกล่าวได้ว่า ในบรรดาการประชุมทั้งสามครั้ง การประชุม UNCED เมื่อ ค.ศ. 1992 มีความสำคัญและเป็นที่รู้จักมากที่สุด เนื่องจากการเปิดให้ลงนามในคำประกาศกรุงรีโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และอนุสัญญาการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ อีกทั้งมีการจัดเตรียมแผนปฏิบัติการ 21 หรือ Agenda 21 ซึ่งถือว่าเป็นต้นแบบของการดำเนินการเพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในทุกๆด้าน การประชุมที่กรุง Johannesburg มิได้เสนออนุสัญญาหรือเอกสารใหม่ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อประเมินและติดตามว่านานาประเทศได้ดำเนินมาตรการตามอนุสัญญาฉบับต่างๆ และแผนปฏิบัติการ 21 เพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนและขจัดปัญหาความยากจนแล้วมากน้อยเพียงใด ประเด็นสำคัญก็คือ หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนยังคงเป็นหลักการสำคัญของการจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ

ในรายงานนี้จะทบทวนและนำเสนอหลักการต่างๆด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็องค์ประกอบสำคัญที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน หลักการส่วนใหญ่มีที่มาจากการประชุมสิ่งแวดล้อมโลกและถูกนำไปใช้ในอนุสัญญาต่างๆ อีกทั้งมีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศต่างๆรวมทั้งประเทศไทย

1. พัฒนาการของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development)

หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นหลักการที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเสมอว่าเป็นเป้าหมายของการพัฒนาและการจัดการสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม เมื่อพูดถึงวิธีการหรือมาตรการเพื่อให้บรรลุถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืน ก็มักจะไม่ค่อยปรากฏชัดเจนว่ารูปธรรมของการปฏิบัติคืออะไร สำหรับด้านกฎหมาย ได้มีการพัฒนาหลักการสำคัญหลายข้อเพื่อให้เกิดการจัดการสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน หลักการส่วนใหญ่ปรากฏในคำประกาศกรุงรีโอ แผนปฏิบัติการ Agenda 21 อนุสัญญาฉบับต่างๆ รวมทั้งถูกนำไปกำหนดเป็นนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศต่างๆโดยเฉพาะในกลุ่มสหภาพยุโรป

แม้ว่าหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนจะเริ่มเป็นที่รู้จักกันมากตั้งแต่ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (World Commission on Environment and Development หรือเรียกย่อๆว่า WCED) เมื่อ ค.ศ. 1987 แต่แนวคิดในเรื่องการสร้างดุลยภาพระหว่างสิ่งแวดล้อมและการพัฒนามีปรากฏมาหลายปีก่อนหน้านั้นแล้ว ในการประชุม UNCHE ที่กรุงสต็อกโฮล์มเมื่อ ค.ศ. 1972 ก็มีคำประกาศกรุงสต็อกโฮล์ม ข้อ 13 ซึ่งกำหนดว่ารัฐควรใช้หลักบูรณาการในการวางแผนการพัฒนาประเทศเพื่อให้มั่นใจว่าการพัฒนาสอดคล้องกับความจำเป็นในการคุ้มครองและปรับปรุงคุณภาพสิ่งแวดล้อมเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน นอกจากนี้แนวคิดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนยังปรากฏอยู่ทั่วไปในข้ออื่นๆของคำประกาศ เช่น ความรับผิดชอบของรัฐใน

การคุ้มครองรักษาสีสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติเพื่อประโยชน์ของคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นอนาคต และการคำนึงถึงการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมในกระบวนการพัฒนาทางเศรษฐกิจ²

แนวคิดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนยังปรากฏในมติสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติที่เรียกว่า The World Charter for Nature เมื่อ ค.ศ. 1982 ซึ่งกำหนดให้รัฐจัดการระบบนิเวศและสิ่งมีชีวิตเพื่อให้เกิดผลิตภาพสูงสุดและยั่งยืน (optimum sustainable productivity) บูรณาการการอนุรักษ์ธรรมชาติในการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม จำกัดการใช้ทรัพยากรธรรมชาติไม่ให้เกิดสมรรถภาพในการผลิตทดแทนตามธรรมชาติ คุ้มครองความสมบูรณ์ในระยะยาวของทรัพยากรดิน และการประหยัดทรัพยากรโดยการใช้ซ้ำ (reuse) และการนำกลับมาใช้อีก (recycling)³

รายงานของคณะกรรมการโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1987 ชื่อว่า “Our Common Future” หรือที่มักเรียกกันว่า Brundtland Report ชี้ให้เห็นว่า แม้การพัฒนาเศรษฐกิจในช่วงเวลาที่ผ่านมาได้นำไปสู่ความก้าวหน้าบางประการ เช่น ประชากรมีอายุยืนยาวขึ้น ความรู้หนังสือและการผลิตอาหารมีเพิ่มมากขึ้น แต่ก็มีสัญญาณชัดเจนว่าระบบเศรษฐกิจกำลังก่อให้เกิดผลเสียหายต่อระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อม ปัญหาต่างๆ รวมถึงความแห้งแล้งและภัยธรรมชาติจากน้ำท่วม การสูญเสียพื้นที่ป่าไม้และการขยายตัวของทะเลทราย การสูญเสียพันธุ์พืชพันธุ์สัตว์ การทำลายชั้นโอโซนและปัญหาโลกร้อน การพังทลายของดิน และมลพิษที่เกิดจากการใช้สารเคมีและการปล่อยของเสียที่เกิดจากกิจกรรมด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม ภาคพลังงาน การใช้ที่ดินและป่าไม้ และการคมนาคมขนส่ง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปรับมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาเสียใหม่เพื่อให้เกิดความยั่งยืน

Brundtland Report ได้นิยามการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้กว้างๆว่า หมายถึงการพัฒนาที่สนองตอบความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันโดยไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสนองตอบความต้องการของคนรุ่นอนาคต (development which “meets the need of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”) การพัฒนาอย่างยั่งยืนจึงไม่สามารถที่จะวัดได้ด้วยเพียงตัวเลขของอัตราความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ แต่ยังต้องพิจารณาถึงความผาสุกของประชาชนในชาติ ทั้งในด้านคุณภาพชีวิต ระดับการศึกษา ภาวะโภชนาการ การกระจายรายได้ที่เป็นธรรมและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นการพัฒนาที่มีผลระยะยาวมากกว่าการพัฒนาทางเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียว⁴

² Principles 1, 2, 4 and 8 UNCHE Declaration

³ Articles 4, 7 และ 10 World Charter for Nature

⁴ D. Pearce, E. Barbier and A. Markandya, **Sustainable Development, Economics and Environment in the Third World**, Earthscan Publications Ltd., London, 1990, p. 1-3.

หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนได้รับการยืนยันอีกครั้งในคำประกาศกรุงริโอ ข้อ 4 ซึ่งกำหนดว่า “เพื่อให้บรรลุถึงการพัฒนาที่ยั่งยืน การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะต้องถือเป็นส่วนที่ถูกผนวกเข้าไปในกระบวนการพัฒนา และไม่สามารถแยกพิจารณาต่างหากจากการพัฒนา⁵ นอกจากนี้ คำประกาศกรุงริโอยังกล่าวถึงเงื่อนไขสำคัญต่างๆ ที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืน อันได้แก่ การขจัดปัญหาความยากจน การลดและจัดแบบแผนการผลิตและการบริโภคที่ไม่ยั่งยืน การส่งเสริมให้เกิดความตื่นตัวและการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วยการเปิดให้สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและกระบวนการทางยุติธรรมและทางบริหารเพื่อแก้ไขและเยียวยาความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม⁶ การยึดแนวทางระวังไว้ก่อน (precautionary approach)⁷ หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (polluter pays principle)⁸ หลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคน (intergenerational equity)⁹ หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน (public participation) ซึ่งรวมถึงการยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยชุมชน¹⁰

หลักการต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นมีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อพัฒนาการด้านนโยบายและกฎหมายสิ่งแวดล้อมในช่วงเวลาต่อมาทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ รวมทั้งได้ถูกนำไปใช้ในอนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมฉบับต่างๆ ในตอนต่อไปจะได้กล่าวถึงหลักการด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมเหล่านี้ว่ามีสาระและถูกนำไปใช้อย่างไร โดยเฉพาะในกฎหมายสิ่งแวดล้อมของไทย

2. หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle)

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการจัดการสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการอ้างอิงน้อยกว่าในการวางแผนจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อมและในการบัญญัติกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีพัฒนาการมาตั้งแต่ทศวรรษ 1970 ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาไม่น้อยกว่าหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย มักกล่าวกันว่า หลักการระวังไว้ก่อนมีกำเนิดมาจากแนวคิดในกฎหมายสิ่งแวดล้อมเยอรมันที่เรียกว่า *Vorsorgeprinzip* (แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า foresight principle หรือ principle of precaution) ในช่วงทศวรรษ 1970 ในระดับระหว่างประเทศ ปรัชญาเกี่ยวกับการใช้มาตรการระวังล่วงหน้าเริ่มปรากฏให้เห็นชัดเจนใน The World Charter for Nature ค.ศ. 1982 ข้อ 11 ดังนี้

⁵ Principle 4 “In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it”.

⁶ Principle 10 Rio Declaration

⁷ Principle 15 Rio Declaration

⁸ Principle 16 Rio Declaration

⁹ Principle 3 Rio Declaration

¹⁰ Principle 22 Rio Declaration

“กิจกรรมซึ่งอาจมีผลกระทบต่อธรรมชาติจะต้องถูกควบคุม และจะต้องใช้เทคโนโลยีที่ดีที่สุดเท่าที่มีอยู่ (best available technologies) เพื่อลดความเสี่ยงและผลกระทบรุนแรงต่อธรรมชาติ (significant risks to nature and other adverse effects) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

จะต้องหลีกเลี่ยงกิจกรรมที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่อาจฟื้นคืนดีได้ (irreversible damage)

จะต้องมีการตรวจสอบอย่างรอบด้าน (exhaustive examination) ก่อนการดำเนินกิจกรรมที่น่าจะก่อให้เกิดความเสี่ยงอย่างรุนแรงต่อธรรมชาติ ผู้เสนอโครงการจะต้องแสดงให้เห็นว่าผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับมีมากกว่าความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น และในกรณีที่ยังไม่มีความเข้าใจอย่างเต็มที่เกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น จะต้องไม่ดำเนินกิจกรรมนั้น

จะต้องมีการประเมินผลกระทบก่อนดำเนินกิจกรรมซึ่งอาจรบกวนธรรมชาติ จะต้องศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างเพียงพอล่วงหน้าก่อนการดำเนินโครงการพัฒนาใดๆ และหากจะดำเนินโครงการ จะต้องวางแผนและดำเนินโครงการในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด”

ข้อความดังกล่าวใน World Charter for Nature ถือได้ว่าเป็นต้นแบบและแสดงองค์ประกอบของหลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งถูกนำไปบรรจุไว้ในคำประกาศ มติ และอนุสัญญาหลายฉบับต่อมา เช่น คำประกาศฉบับต่างๆ ในการประชุมว่าด้วยการคุ้มครองทะเลเหนือ¹¹ และมติของคณะกรรมการการภายใต้อนุสัญญาป้องกันมลพิษทางทะเลจากแหล่งกำเนิดมลพิษบนบก¹² การอ้างอิงถึงหลักการระวังไว้ก่อนจึงเริ่มขึ้นในบริบทของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในทะเลก่อน โดยห้ามการทิ้งของเสียและกากอุตสาหกรรมในทะเลแม้จะไม่มีข้อพิสูจน์ชัดเจนทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในระยะยาวก็ตาม

ในระดับโลก คำประกาศกรุงริโอ ข้อ 15 กำหนดให้หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการสำคัญในการจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างชัดเจน คือ

“เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐจะต้องใช้แนวทางระวังไว้ก่อน (precautionary approach) อย่างแพร่หลายตามความสามารถของตน ในกรณีที่มีความน่ากลัวว่าจะเกิดความเสียหายอย่างรุนแรงและไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนดีได้ การขาดหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนแน่นอนจะต้องไม่ถูกใช้เป็นเหตุผลในการผ่อนผันการดำเนินมาตรการโดยยึดหลักการใช้จ่ายอย่างมีประสิทธิภาพ (cost-effective measures) เพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมด้านสิ่งแวดล้อม”

¹¹ The Declarations of the Second Conference (the London Declaration) and the Third Conference (the Hague Convention) on the Protection of the North Sea ค.ศ. 1988 และ 1990 ตามลำดับ

¹² Recommendations of the Paris Commission จัดตั้งขึ้นภายใต้ Paris Convention for the Protection of Marine Pollution from Land-Based Sources in the North Sea and North West Atlantic ค.ศ. 1974

เช่นเดียวกับ Agenda 21 ซึ่งได้รับการรับรองในการประชุมสิ่งแวดล้อมโลกที่กรุงริโอ เดอจาเนโร ก็กำหนดให้ใช้หลักการระวังไว้ก่อนในการจัดการสิ่งแวดล้อมไว้ใน Chapter 35 ที่เน้นบทบาทของวิทยาศาสตร์ในการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า “ในกรณีที่มีความน่ากลัวว่าจะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่ไม่สามารถแก้ไขให้คืนดีได้ การขาดความเข้าใจทางวิทยาศาสตร์อย่างสมบูรณ์ไม่ควรจะเป็นข้ออ้างให้ผ่อนผันการดำเนินมาตรการ” และ “แนวทางระวังไว้ก่อนสามารถใช้เป็นฐานสำหรับการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับระบบที่สลับซับซ้อนซึ่งเรายังไม่เข้าใจเต็มที่และไม่สามารถคาดการณ์ผลที่จะเกิดขึ้นจากการรบกวนระบบดังกล่าว”¹³

นอกจากนี้ หลักการระวังไว้ก่อนยังถูกนำไปบัญญัติในอนุสัญญาฉบับต่างๆ เช่น

- พิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารที่ทำลายชั้นโอโซน (Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer) ค.ศ. 1987
- อนุสัญญามาโมโคว่าด้วยการห้ามนำเข้ามาในแอฟริกาและการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนและการจัดการของเสียอันตรายภายในแอฟริกา (Bamako Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes within Africa) ค.ศ. 1991
- อนุสัญญาว่าด้วยลำน้ำข้ามแดน (Transboundary Watercourses Convention) ค.ศ. 1992
- อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992
- อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทะเลบอลติค ค.ศ. 1992
- พิธีสารคาร์ตาเฮนาว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ ค.ศ. 2000

หลักการระวังไว้ก่อนยังได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในชุมชนวิชาการ ดังปรากฏในคำแถลงที่เรียกว่า Wingspread Statement ค.ศ. 1998 ที่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมซึ่งประกอบด้วยนักวิทยาศาสตร์ นักปรัชญา นักกฎหมาย และนักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมในสหรัฐอเมริกา ซึ่งระบุว่า “เมื่อกิจกรรมใด ๆ ก่อให้เกิดความน่ากลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพของมนุษย์ จะต้องดำเนินมาตรการระวังไว้ก่อนแม้ว่าจะยังไม่ชัดเจนว่ากิจกรรมนั้นเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดผลเสียหายนั้นก็ตาม”¹⁴

¹³ Agenda 21, Chapter 35, para 35.3

¹⁴ Wingspread Statement on the Precautionary Principle, Wingspread Conference Center, Racine, Wisconsin, 23-25 January 1998. <http://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>

จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการระวังไว้ก่อนได้รับการยอมรับอย่างรวดเร็วและอย่างแพร่หลาย ในช่วงกว่าสองทศวรรษที่ผ่านมา ปรัชญาของหลักการที่เน้นเรื่องการใช้มาตรการป้องกันแม้จะยังไม่ มีข้อพิสูจน์หรือหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนเกี่ยวกับผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเป็น แรงผลักดันสำคัญในจัดทำอนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมบางฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการ เปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และพิธีสารคาร์ตาเฮนาว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นที่ยอมรับแพร่หลาย การนำหลักการระวังไว้ก่อนไปใช้ในทางปฏิบัติยังไม่มีสูตรสำเร็จ ตายตัว แต่ก็มีความเห็นร่วมกันในระดับหนึ่งว่าหลักการระวังไว้ก่อนมีองค์ประกอบสำคัญ ดังต่อไปนี้¹⁵

- (1) หลักการระวังไว้ก่อนใช้ในกรณีที่มีความไม่ชัดเจนทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสาเหตุ ขนาด โอกาสความเป็นไปได้ และลักษณะของความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์ทางวิทยาศาสตร์ที่ เชื่อถือได้ มิใช่เกิดขึ้นจากจินตนาการหรือการคาดคะเนอย่างลอยๆ ตัวอย่างที่เห็น ชัดเจนได้แก่ ปัญหาโรคร้อน ซึ่งมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เชื่อถือได้ในระดับหนึ่งว่า ภาวะโลกร้อนเกิดจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในกิจกรรมของมนุษย์ แม้จะยังไม่ ชัดเจนว่า กิจกรรมของมนุษย์มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดภาวะโลกร้อนมากน้อย เพียงใดเมื่อเทียบกับสาเหตุทางธรรมชาติ และภาวะโลกร้อนจะก่อให้เกิดความเสียหาย อย่างไรขนาดไหนและจะมีผลต่อภูมิภาคใดมากกว่า เป็นต้น
- (2) หลักการระวังไว้ก่อนใช้ในกรณีที่ความเสียหายซึ่งอาจจะเกิดขึ้นมีความร้ายแรงเกินกว่า ระดับที่จะยอมรับได้ โดยคำนึงถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นแก่คนรุ่นอนาคตหรือ ประชาชนที่ไม่ได้อยู่ในพื้นที่ซึ่งมีกิจกรรมที่อาจเป็นสาเหตุของความเสียหายด้วย สำหรับ ความเสียหายที่ถือว่าเกินกว่าระดับที่จะยอมรับได้นั้น คำประกาศ มติ และอนุสัญญา ต่างๆ ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไป เช่น “ความเสียหายรุนแรง” (“serious harm”) “ความเสียหายรุนแรงที่ไม่สามารถแก้ไขให้คืนดีได้” (“serious and irreversible damage”) และ “ความเสียหายที่มีผลในระดับโลก ไม่สามารถแก้ไขให้คืนดีได้ และมี ผลกระทบข้ามรุ่นคน” (“global, irreversible and trans-generational damage”)
- (3) จะต้องดำเนินมาตรการระวังไว้ก่อนก่อนที่ความเสียหายอาจเกิดขึ้น หรือก่อนที่จะมี ความชัดเจนว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นแน่นอน การใช้มาตรการ “รอดูไปก่อน” จึงไม่ใช่ วิธีการที่ถูกต้อง

¹⁵ UNESCO, *The Precautionary Principle*, March 2005, pp. 13-16.

- (4) มาตรการที่จะใช้ควรมีความเหมาะสมหรือได้สัดส่วน (proportional) กับระดับของการคุ้มครองและขนาดของความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น ค่าประกาศกรงูริโอและอนุสัญญาบางฉบับกล่าวถึงมาตรการที่เป็นการใช้จ่ายอย่างมีประสิทธิภาพ (cost-effective measures) แต่ในอนุสัญญาและเอกสารอื่นๆกล่าวถึงแต่เพียงมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม ค่าใช้จ่ายในการดำเนินมาตรการน่าจะเป็นเพียงข้อพิจารณาอันหนึ่งเท่านั้น และเป้าหมายของการลดความเสี่ยงก็ไม่ควรจะอยู่ที่การลดความเสี่ยงให้เหลือศูนย์ ฉะนั้น การที่จะห้ามกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งโดยสิ้นเชิงหรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับระดับความเสี่ยงว่าน่าจะเป็นอันตรายของกิจกรรมดังกล่าวว่ามีมากน้อยเพียงใดเป็นกรณีๆไป
- (5) การใช้หลักการระวางไว้ก่อนมีผลในการเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ (burden of proof) จากผู้ที่ยังอาจเกิดความเสียหายไปยังเจ้าของโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย กล่าวคือ เจ้าของโครงการจะต้องดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันหรือหาหลักฐานมายืนยันว่ากิจกรรมของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าว
- (6) จะต้องมีการศึกษาอย่างเป็นระบบเพื่อหาข้อมูลและหลักฐานเพิ่มเติมสำหรับสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น และเพื่อใช้ในการกำหนดมาตรการสำหรับจัดการกับความเสียหายนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นขั้นตอนต่อไปจากการใช้หลักการระวางไว้ก่อนเพียงลำพัง
- (7) การกำหนดมาตรการป้องกันตามหลักการระวางไว้ก่อนจะต้องมีความโปร่งใสโดยรับฟังข้อมูลความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

ข้อสนับสนุนการใช้หลักการระวางไว้ก่อนมีตัวอย่างให้เห็นจากบทเรียนในอดีตทั้งในเรื่องผลดีที่เกิดจากการใช้หลักการระวางไว้ก่อน และผลเสียที่เกิดจากการละเลยไม่ใช้หลักดังกล่าว ที่มักได้รับการกล่าวถึงเสมอ ได้แก่ การที่นาย John Snow ถอดเอาที่หมุ่นปี้มบ่อน้ำสาธารณะบนถนน Broad Street ในกรุงลอนดอนออกเมื่อ ค.ศ. 1854 เพื่อป้องกันการระบาดของโรคอหิวาต์จากน้ำที่ปนเปื้อนเชื้อโรคในบ่อ แม้ว่าในขณะนั้น ยังไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการระบาดของโรคผ่านการบริโภคน้ำที่ปนเปื้อนเชื้ออหิวาต์ก็ตาม อีกตัวอย่างหนึ่ง ได้แก่ การที่ Duke of Wuerttemberg and Teck ในเยอรมันนี้ ออกข้อห้ามมิให้ใช้ท่อที่ทำจากตะกั่วในการส่งน้ำดื่มเมื่อ ค.ศ. 1778 ซึ่งเป็นเวลาประมาณ 200 ปีก่อนที่จะมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนและมีการออกแนวปฏิบัติขององค์การอนามัยโลกเกี่ยวกับความเป็นพิษของตะกั่ว¹⁶

¹⁶ **Precautionary principle**, Wikipedia, the free encyclopedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Precautionary_principle,

ในยุคสมัยใหม่ ตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมของผลเสียที่เกิดจากการไม่ใช้หลักการระวังไว้ก่อน ได้แก่ พิษภัยจากสารใยหิน (asbestos) ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดโรคมะเร็งเมโสเทลิโอมา (mesothelioma) และโรคมะเร็งในปอด ซึ่งล้วนใช้เวลานานกว่าจะปรากฏอาการ แม้จะมีข้อสงสัยและคำเตือนเกี่ยวกับอันตรายของสารใยหินมาตั้งแต่ ค.ศ. 1898 เมื่อตรวจพบคนงานที่มีปัญหาสุขภาพและเสียชีวิตอันเนื่องมาจากฝุ่นของสารใยหินในโรงงาน แต่ก็ไม่มีมาตรการติดตามและศึกษาในเรื่องดังกล่าวอย่างจริงจังด้วยเหตุผลว่ายังไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ยืนยัน ในช่วง ค.ศ. 1959-1964 มีการตรวจพบโรคมะเร็ง mesothelioma cancer ในคนงานและประชาชนที่อยู่อาศัยในละแวกใกล้เคียงกับโรงงานในประเทศแอฟริกาใต้ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และประเทศอื่นๆ แต่สหภาพยุโรปและฝรั่งเศสเพิ่งออกข้อห้ามใช้สารใยหินทุกรูปแบบเมื่อ ค.ศ. 1998-1999 และในปัจจุบันยังคงมีการใช้สารใยหินในประเทศต่างๆ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา งานศึกษาหนึ่งในประเทศเนเธอร์แลนด์ระบุว่า หากมีการห้ามใช้สารใยหินตั้งแต่ ค.ศ. 1965 เมื่อมีหลักฐานน่าเชื่อถือว่าสารใยหินก่อให้เกิดมะเร็งแต่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ยืนยัน ก็คงจะสามารถช่วยป้องกันผู้ป่วยโรคมะเร็งดังกล่าวได้ประมาณ 34,000 ราย และประหยัดเงินประมาณ 1.9 หมื่นล้านยูโรสำหรับใช้จ่ายเป็นค่าทำความสะอาดแหล่งปนเปื้อนและค่าชดเชยความเสียหาย¹⁷

แม้การใช้หลักการระวังไว้ก่อนจะมีข้อดีดังกล่าวมาแล้ว แต่ก็มิผู้ไม่เห็นด้วยกับการนำหลักการดังกล่าวมาใช้มากเกินไปด้วยเหตุผลว่าจะเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ประกอบการและเจ้าของโครงการในการดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อแสดงว่า กิจกรรม ผลิตภัณฑ์ หรือเทคโนโลยีใหม่ที่เสนอนั้นปลอดภัย แม้ว่าในที่สุดอาจจะไม่สามารถหาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มายืนยันว่าเทคโนโลยีใหม่หรือผลิตภัณฑ์ใหม่นั้นเป็นอันตรายเลยก็ได้ การใช้หลักการระวังไว้ก่อนจึงเป็นข้อห้ามไม่ให้ดำเนินกิจกรรมบนฐานของความไม่รู้ ซึ่งในที่สุดอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ เนื่องจากการคิดค้นทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีใดๆ ย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงอยู่เสมออย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น ยาแอสไพรินซึ่งเป็นยาที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน หากเราใช้หลักการระวังไว้ก่อนในอดีต ซึ่งกำหนดให้เราต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียของยาแอสไพรินซึ่งมีผลข้างเคียงมากมาย ยาแอสไพรินก็คงจะไม่ได้รับอนุญาตให้วางตลาด และสังคมก็คงไม่มีโอกาสได้รับประโยชน์จากยานี้ ซึ่งนับตั้งแต่มีการใช้แอสไพริน ทำให้เราได้รับทราบความรู้และข้อมูลใหม่ๆ เกี่ยวกับคุณสมบัติที่เป็นประโยชน์ของยาแอสไพรินอีกมากมายหลายประการ เช่น นอกจากบรรเทาอาการปวดแล้ว ยังช่วยในการบำบัดโรคมะเร็ง โรคหัวใจ และป้องกันเส้นเลือดอุดตัน นอกจากนี้ยาแอสไพรินยังเป็นฐานสำคัญในการต่อยอดไปสู่การพัฒนาตัวอื่นๆ ที่มีคุณสมบัติดีกว่าแอสไพรินหลายตัว ทั้งหมดนี้คงไม่เกิดขึ้นหากเราดำเนินการตามปรัชญาของหลักการระวังไว้ก่อน¹⁸

¹⁷ EEA, 2001 อ้างใน UNESCO, *Precautionary Principle*, หน้า 11.

¹⁸ Helen Guldberg, *Challenging the precautionary principle*, 1 July 2003, <http://www.spiked-online.com>

ผู้สนับสนุนหลักการระวังไว้ก่อนมีความเห็นว่า ผู้คัดค้านหลักการระวังไว้ก่อนมีความเข้าใจไม่ถูกต้องเกี่ยวกับหลักการดังกล่าว หลักการระวังไว้ก่อนไม่ได้บังคับให้ภาคอุตสาหกรรมต้องหาข้อมูลหรือหลักฐานยืนยันว่ากิจกรรมหรือผลิตภัณฑ์มีความปลอดภัยถึงขนาดที่ไม่เหลือความเสี่ยงเลย ซึ่งในความเป็นจริงไม่มีทางเป็นไปได้ ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า หลักการระวังไว้ก่อนกำหนดให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้เสนอโครงการ กิจกรรมหรือผลิตภัณฑ์ใหม่ในการแสดงว่าสิ่งใหม่ที่ตนนำเสนอ นั้นมีความปลอดภัยจนปราศจากข้อสงสัยในระดับหนึ่ง แทนที่จะปล่อยให้ผู้ได้รับผลกระทบจากกิจกรรมดังกล่าวต้องพิสูจน์ความเสียหายที่ตนได้รับในภายหลัง¹⁹

แม้ว่ายังมีความเห็นที่แตกต่างกันในหมู่นักวิชาการเกี่ยวกับความเหมาะสมของหลักการระวังไว้ก่อน ข้อเท็จจริงก็คือ หลักการระวังไว้ก่อนได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับกฎหมายภายใน ในปัจจุบัน หลักการนี้อยู่เบื้องหลังการจัดทำอนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ ในระดับภูมิภาค หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการสำคัญในนโยบายสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป ซึ่งกำหนดว่า “นโยบายสิ่งแวดล้อมของประชาคมยุโรปจะยึดหลักการระวังไว้ก่อน และหลักการใช้มาตรการป้องกัน โดยให้ความสำคัญแก่หลักการแก้ไขความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม ณ จุดกำเนิด และหลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย”²⁰ นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปซึ่งเป็นฝ่ายบริหารของสหภาพยุโรปยังได้มีหนังสือแจ้งเวียนเกี่ยวกับนโยบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลักการระวังไว้ก่อน²¹ แนวโน้มก็คือ การใช้หลักการระวังไว้ก่อนจะขยายกว้างขวางออกไปในสาขาอื่นนอกจากการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ได้แก่ การคุ้มครองสุขภาพมนุษย์ สัตว์และพืช การกำหนดทิศทางชัดเจนเช่นนี้ของสหภาพยุโรปจะมีผลต่อการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทั้ง 25 ประเทศ และอาจก่อให้เกิดผลกระทบทางการค้า ดังเช่น กรณีการห้ามนำเข้าเนื้อสัตว์ที่เลี้ยงด้วยสารฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโต เป็นต้น

แม้ว่าทุกฝ่ายจะมีความเห็นร่วมกันเกี่ยวกับองค์ประกอบสำคัญของหลักการระวังไว้ก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นที่ว่าควรใช้หลักการระวังไว้ก่อนเมื่อมีความน่ากลัวว่าจะเกิดอันตรายในระดับที่มากกว่าที่สังคมจะรับได้ (threat of serious risks) แม้ว่าจะยังไม่มีข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ชัดเจนเกี่ยวกับสาเหตุและขนาดของอันตรายที่จะเกิดขึ้น และในกรณีที่ใช้หลักการระวังไว้ก่อน ผู้เสนอโครงการ กิจกรรมหรือผลิตภัณฑ์ใหม่มีภาระการพิสูจน์ว่ากิจกรรมของตนเองปลอดภัย แต่ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักการนี้ไปใช้ในทางปฏิบัติก็ยังคงอยู่ คำถามที่สำคัญคือ ความน่ากลัวว่าจะเกิดอันตรายจะต้องอยู่ในระดับไหนจึงจะเป็นเหตุผลพอเพียงให้ดำเนินมาตรการระวังล่วงหน้า เช่น ความน่ากลัวว่าจะเกิดอันตรายจากคลื่นความถี่วิทยุในการใช้โทรศัพท์มือถือจะ

¹⁹ Peter Saunders, *Use and Abuse of the Precautionary Principle*, ISIS submission to U.S. Advisory Committee on International Economic Policy, <http://www.i-sis.org.uk/prec.php>

²⁰ Article 172 (4) of the EC Treaty 1957 as amended by the Treaty on the European Union หรือ the Maastricht Treaty 1992.

²¹ Communication on the use of precautionary principle, 2 February 2000.

เป็นเหตุผลเพียงพอที่จะใช้มาตรการระวังไว้ก่อนหรือไม่²² วิธีการและรูปแบบของมาตรการระวังไว้ก่อนคืออะไร และกระบวนการในการตัดสินใจว่าจะใช้มาตรการระวังไว้ก่อนควรเป็นอย่างไร The World Charter for Nature ค.ศ. 1982 ซึ่งได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติและเป็นเอกสารสำคัญที่กล่าวถึงหลักการระวังไว้ก่อนในยุคแรกๆ กล่าวถึงการเลือกใช้เทคโนโลยีที่ดีที่สุดเพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรอบด้านก่อนตัดสินใจดำเนินโครงการ เอกสารอื่นๆรวมทั้งคำประกาศกรุงริโอ และสนธิสัญญาประชาคมยุโรปมิได้ให้แนวทางชัดเจนเกี่ยวกับการใช้มาตรการระวังไว้ก่อนแม้ว่าต่างก็ยืนยันว่าหลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่จำเป็นในการจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน

ในเรื่องนี้ แนวปฏิบัติเรื่องการใช้หลักการระวังไว้ก่อนของคณะกรรมการยุโรป ซึ่งออกมาเมื่อต้น ค.ศ. 2000 ดูเหมือนจะให้ความชัดเจนมากกว่าแหล่งอื่นๆ เพื่อให้ง่ายแก่การอ่านจะขอสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการระวังไว้ก่อนตามแนวปฏิบัตินี้พอสังเขป คือ

- (1) ในกรณีมีเหตุผลพอสมควร (reasonable grounds for concern) ที่จะเชื่อได้ว่ากิจกรรมใดอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม หรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์และพืช และยังไม่มียังมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เพียงพอที่จะประเมินผลกระทบได้โดยละเอียด หลักการระวังไว้ก่อนมีความเหมาะสมในการจัดการความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น
- (2) การวิเคราะห์ความเสี่ยงตามหลักการระวังไว้ก่อนควรประกอบด้วย การประเมินความเสี่ยง (risk assessment) การจัดการความเสี่ยง (risk management) และการแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับความเสี่ยง (risk communication) ในบรรดาองค์ประกอบทั้งสาม การจัดการความเสี่ยงถือว่ามีความสำคัญมากที่สุด
- (3) มาตรการระวังไว้ก่อนควรเริ่มต้นด้วยการประเมินทางวิทยาศาสตร์ (scientific evaluation) ที่สมบูรณ์มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ และหากเป็นไปได้ ควรชี้ให้เห็นความไม่ชัดเจนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ในแต่ละขั้นตอนของการประเมิน
- (4) ผู้มีอำนาจในการตัดสินใจต้องรับทราบถึงระดับความไม่ชัดเจนที่เกิดจากการประเมินทางวิทยาศาสตร์ตามข้อ (3) การตัดสินใจว่าสังคมจะสามารถรับความเสี่ยงได้ในระดับไหนเป็นประเด็นการตัดสินใจทางการเมือง ในบางกรณี หนทางที่ถูกต้องอาจเป็นการละเว้นไม่ต้องดำเนินมาตรการใดๆ

²² จากความกลัวว่าคลื่นความถี่จากการใช้โทรศัพท์มือถืออาจมีอันตรายต่อมนุษย์ทำให้อังกฤษตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญอิสระในการศึกษาผลกระทบจากการใช้โทรศัพท์มือถือ (Independent Expert Group on Mobile Phones หรือ IEGMP) ใน ค.ศ. 1999 และมีรายงานการศึกษาซึ่งมักเรียกกันว่า the Stewart Report ออกมาเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2000 ซึ่งสรุปว่า ยังไม่มีหลักฐานชัดเจนเกี่ยวกับอันตรายที่เกิดจากคลื่นวิทยุมือถือ ถึงกระนั้น คณะกรรมการก็เสนอแนะให้ยึดหลักการระวังไว้ก่อนในการใช้เทคโนโลยีจนกว่าจะมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มากขึ้นเกี่ยวกับผลกระทบต่อสุขภาพของโทรศัพท์มือถือ

- (5) หากผู้มีอำนาจตัดสินใจดำเนินมาตรการตามหลักการระวังไว้ก่อน ก็อาจใช้มาตรการได้หลายแบบ เช่น การออกกฎหมายบังคับ จัดทำโครงการวิจัย หรือจัดทำข้อเสนอแนะ
- (6) กระบวนการตัดสินใจตามข้อ (4) และข้อ (5) ควรมีความโปร่งใส โดยเปิดให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดเข้ามามีส่วนร่วมมากที่สุดและเร็วที่สุดตั้งแต่ต้นเท่าที่สามารถจะทำได้
- (7) ในกรณีที่จำเป็นต้องดำเนินมาตรการโดยยึดหลักการระวังไว้ก่อน มาตรการที่ใช้ควรมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - เป็นมาตรการที่เหมาะสมได้สัดส่วน (proportional) กับระดับความคุ้มครองที่ต้องการ ซึ่งหมายความว่าคงไม่สามารถลดความเสี่ยงลงจนเหลือศูนย์ การห้ามกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างเด็ดขาดอาจไม่ใช่คำตอบในทุกกรณี
 - ไม่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ
 - มีความสม่ำเสมอและสอดคล้องกับมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกันซึ่งดำเนินการอยู่แล้ว
 - อยู่บนพื้นฐานของการตรวจสอบผลได้ผลเสียที่เกิดจากการดำเนินหรือไม่ดำเนินมาตรการ ซึ่งไม่จำกัดอยู่เฉพาะการวิเคราะห์ค่าใช้จ่ายและผลประโยชน์ (cost/benefit analysis) แต่มีความหมายครอบคลุมถึงข้อพิจารณาอื่นๆ เช่น ความมีประสิทธิภาพของมาตรการที่เลือกใช้ และสาธารณชนสามารถยอมรับมาตรการดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด
 - มีการทบทวนมาตรการที่ใช้เป็นระยะโดยพิจารณาข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ใหม่ๆ และอาจปรับมาตรการที่ใช้ตามความเหมาะสมและจำเป็น
 - กำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้เกี่ยวข้องในการแสวงหาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มายืนยัน ในกรณีที่รัฐมีกฎระเบียบว่าผลิตภัณฑ์ใดต้องผ่านกระบวนการอนุญาตก่อนการวางจำหน่าย ภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับผู้ประกอบการที่ต้องการวางจำหน่ายผลิตภัณฑ์ใหม่ในการพิสูจน์ว่าผลิตภัณฑ์เหล่านั้นมีความปลอดภัย ในกรณีที่ไม่มีกระบวนการอนุญาต ภาระอาจตกอยู่กับผู้บริโภคหรือหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบในการแสดงให้เห็นถึงอันตรายหรือระดับความเสี่ยงที่เกิดจากผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการผลิต อย่างไรก็ตามก็ดี รัฐสมาชิกอาจออกมาตรการเฉพาะที่กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าก็ได้

ในกรณีส่วนใหญ่รวมทั้งในอนุสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมฉบับต่าง ๆ หลักการระวังไว้ก่อนเป็นเหมือนหลักการและเหตุผลให้ต้องดำเนินมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์ที่ยังไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนแน่นอนมากกว่าที่จะกำหนดมาตรการใดมาตรการหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ลดและเลิกใช้สาร CFCs ในพิธีสารมอนทรีออล การกำหนดให้ต้องดำเนินมาตรการลดก๊าซเรือนกระจกภายใต้อนุสัญญาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและพิธีสารเกียวโต การประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความหลากหลายทางชีวภาพภายใต้อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และการกำหนดให้ต้องแจ้งข้อมูลล่วงหน้าแก่รัฐผู้นำเข้าและรัฐอื่นๆที่เกี่ยวข้องในการส่งออกหรือเคลื่อนย้ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมภายใต้พิธีสารคาร์ตาเฮนาว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ เป็นต้น

ในปัจจุบัน การถกเถียงเกี่ยวกับขอบเขตและสาระของหลักการระวังไว้ก่อนยังไม่มีข้อยุติ ดังได้กล่าวมาแล้วว่าหลักการระวังไว้ก่อนมีแนวโน้มที่จะถูกใช้แพร่หลายออกไปนอกเหนือจากการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพมนุษย์ สัตว์และพืช จึงอาจกล่าวได้ว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้ในการดำเนินตามหลักการระวังไว้ก่อนอาจมีความหลากหลายตราบใดที่เป็นมาตรการคุ้มครองที่ใช้ในกรณีที่ยังไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรม โครงการหรือผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง นักวิชาการและนักวิทยาศาสตร์มีความเห็นร่วมกันว่า การใช้หลักการระวังไว้ก่อนมีความสำคัญเป็นพิเศษในสาขาที่เกี่ยวข้องกับด้านชีววิทยา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมการใช้สายพันธุ์พืชใหม่และพันธุ์พืชที่เป็น GMO ซึ่งได้มาจากการปรับแต่งพันธุกรรม เนื่องจากว่าผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นจากความผิดพลาดมีมากกว่ากิจกรรมทางวิทยาศาสตร์ในสาขาเคมีและฟิสิกส์ มาตรการต่อไปนี้เป็นตัวอย่างส่วนหนึ่งของการใช้หลักการระวังไว้ก่อน

- มาตรการกำหนดให้ต้องประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก่อนการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

- มาตรการกำหนดให้ใช้เทคโนโลยีที่สะอาด หรือเทคโนโลยีที่ดีที่สุดเพื่อลดมลพิษและอันตรายต่อสุขภาพจากผลิตภัณฑ์และกระบวนการผลิต เช่น ระเบียบ ROHs (Directive on the use of certain hazardous substances in electrical and electronic equipment) ที่ออกโดยสหภาพยุโรปเมื่อต้นปี ค.ศ. 2003 กำหนดให้รัฐสมาชิกห้ามใช้สารอันตรายบางชนิดเป็นส่วนประกอบในการผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2006 เป็นต้นไป²³ เป็นต้น

²³ Directive 2002/95/EC of the European Parliament and of the Council, 27 January 2003, Official Journal L37, 12/12/2003, pp.19-22. สารอันตรายที่ห้ามใช้ ได้แก่ ตะกั่ว พรอท แคดเมียม โครเมียมเฮกซะวาเลนซ์ พอลิโบรมีนเตทราโบไฟนิล (PBB) และพอลิโบรมีนเตทราไฟนิล อีเธอร์ (PBDE)

● มาตรการกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ หรือผู้ดำเนินกิจกรรมที่อาจส่งผลเสียหายรุนแรงต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด (strict liability) ต่อความเสียหายใดๆที่เกิดจากการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษ ไม่ว่าจะการรั่วไหลของมลพิษหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม ซึ่งจะมีผลให้ผู้ประกอบการต้องใช้เวลาความระมัดระวังและมีความรับผิดชอบมากขึ้นในการประกอบกิจกรรม รวมถึงการลงทุนในระบบการผลิตเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น

● มาตรการให้ต้องวางพันธบัตรรับประกัน (performance bonds) ซึ่งเหมาะสมที่จะใช้กับโครงการหรือกิจกรรมที่มีความเสี่ยงว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงหากเกิดอุบัติเหตุหรือความผิดพลาด เช่น โครงการท่อขนส่งก๊าซ หรือโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ เป็นต้น กล่าวคือ กำหนดให้เจ้าของโครงการต้องซื้อพันธบัตรรัฐบาลเป็นค่าประกันความเสียหาย โดยรัฐจะคืนเงินให้พร้อมดอกเบี้ยเมื่อครบกำหนดระยะเวลา หากการประกอบกิจการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือระบบนิเวศ ก็ให้หักเงินจากดอกเบี้ยและเงินต้นได้ ถ้าไม่ก่อให้เกิดความเสียหายเลยก็จะได้เงินคืนครบเต็มจำนวนพร้อมดอกเบี้ย²⁴ มาตรการนี้จะทำให้โรงงานมีความตื่นตัวที่จะใช้มาตรการความปลอดภัยมากขึ้น แม้ว่าโอกาสที่จะเกิดการรั่วไหลของมลพิษมีน้อยก็ตาม และยังเป็นการทำให้อุตสาหกรรมมั่นใจได้ว่าจะมีเงินเพื่อใช้จ่ายในการฟื้นฟูสภาพแวดล้อมในกรณีที่เกิดความเสียหาย หรือชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือความเสียหายจากการรั่วไหลของมลพิษ มาตรการนี้อาจนำไปใช้กับกิจกรรมอื่นๆได้ขึ้นอยู่กับนโยบายสาธารณะของรัฐ เช่น กำหนดให้ผู้ที่ต้องการนำสารเคมีตัวใหม่ หรือเทคโนโลยีใหม่ออกวางจำหน่ายต้องวางเงินลักษณะเดียวกัน²⁵

● มาตรการกำหนดให้บริษัทผู้ผลิตยาต้องทำการทดสอบยาว่าใช้ได้ผลและมีความปลอดภัยก่อนที่จะอนุญาตให้วางจำหน่าย

● มาตรการห้ามนำเข้าและห้ามจำหน่าย หรือกำหนดให้นำเข้าโดยมีเงื่อนไขสำหรับผลิตภัณฑ์ที่เชื่อว่าเป็นอันตรายต่อสุขภาพ เช่น กรณีสหภาพยุโรปห้ามนำเข้าเนื้อสัตว์ที่เลี้ยงด้วยฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโต หรือการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการนำเข้าพืช GMO หรือผลิตภัณฑ์ที่มี GMO เป็นส่วนประกอบ เป็นต้น

● มาตรการกำหนดให้ต้องประเมินความเสี่ยง (risk assessment) ก่อนดำเนินกิจกรรม เช่น กำหนดให้ประเมินความเสี่ยงก่อนการเคลื่อนย้ายสิ่งมีชีวิตที่ดัดแปลงพันธุกรรม เป็นต้น

²⁴ มาตรการนี้เสนอโดย ศาสตราจารย์ ดร. ดิเรก ปัทมสิริวัฒน์ ดู ดิเรก ปัทมสิริวัฒน์, “แนวทางการจัดเก็บภาษีสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย และข้อวิจารณ์ร่าง พ.ร.บ. โรงงาน” ในหนังสือรวมบทความ *ความรู้ นักเศรษฐศาสตร์ไทย 2543*, สมชาย หาญหิรัญ บรรณาธิการ, สมาคมเศรษฐศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2543.

²⁵ ข้อเสนอมาจากนักเศรษฐศาสตร์ชาวอเมริกันชื่อ Professor Robert Costanza ที่ University of Maryland เกี่ยวกับวิธีการนำหลักการระวังไว้ก่อนไปใช้ในทางปฏิบัติ ซึ่งสอดคล้องกับข้อเสนอของ ดร. ดิเรก ปัทมสิริวัฒน์ โดย Costanza เรียกมาตรการที่ตนเสนอว่า “assurance bond” ดู Tim O’ Riordan and James Cameron, *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan Publications, 1994. <http://dieoff.org/page31.htm>

● ที่กล่าวมานี้เป็นตัวอย่างบางส่วนของมาตรการที่รัฐอาจนำมาใช้ภายใต้หลักการระวังไว้ก่อนเท่าที่รวบรวมได้จากแหล่งต่างๆ ดังได้กล่าวมาแล้วว่า มาตรการที่ถูกนำมาใช้มีความหลากหลาย ปัญหาใหญ่จึงอยู่ที่การกำหนดระดับความเสี่ยงที่คิดว่าสังคมรับได้และรับไม่ได้ ซึ่งหากเป็นประการหลังก็จะต้องดำเนินมาตรการบางประการเพื่อป้องกันไว้ก่อน จึงเป็นเรื่องหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่การใช้หลักการระวังไว้ก่อนจะขึ้นอยู่กับนโยบายสาธารณะและการตัดสินใจทางการเมืองของผู้มีอำนาจตัดสินใจ ซึ่งก็คือรัฐบาลหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบในแต่ละประเทศ

เมื่อเทียบกับประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศไทยยังนำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ในการกำหนดนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและด้านสุขภาพค่อนข้างน้อย มาตรการตามกฎหมายไทยที่น่าจะมาจากการยึดหลักการระวังไว้ก่อน ได้แก่

- (1) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มาตรา 96 ซึ่งบัญญัติให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายแก่ชีวิต ร่างกายหรือสุขภาพอนามัย ในกรณีที่เกิดการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษ ไม่ว่าจะการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม โดยกำหนดช้อยยกเว้นสำหรับความรับผิดชอบในกรณีที่เป็นกรกระทำที่อยู่นอกเหนือความควบคุมหรือความรับผิดชอบของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ การกำหนดหน้าที่ให้ต้องรับผิดชอบ เครื่องครัดมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ประกอบการใช้ความระมัดระวังมากขึ้นในการประกอบกิจกรรม อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ได้รับการวิจารณ์ว่าได้ช่วยให้การฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมกระทำได้ง่ายขึ้น เนื่องจากผู้เสียหายยังคงต้องพิสูจน์ความเสียหายที่ตนได้รับและแสดงให้เห็นว่าความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของผู้เป็นต้นเหตุ จึงไม่อาจถือได้ว่ายึดหลักการระวังไว้ก่อนอย่างเต็มที่ เนื่องจากสาระสำคัญของหลักการระวังไว้ก่อนคือ การผลักระให้ผู้ประกอบการเป็นฝ่ายต้องพิสูจน์ว่า กิจกรรมของตนเองมีความปลอดภัย จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้ผู้ประกอบการมีภาระในการพิสูจน์ว่ากิจกรรมของตนมิได้เป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย
- (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 56 และพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มาตรา 46 – 50 ซึ่งบัญญัติให้โครงการหรือกิจกรรมที่อาจมีผลกระทบรุนแรงต่อสิ่งแวดล้อมต้องทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม การศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment หรือ EIA) ถือได้ว่าเป็นมาตรการหนึ่งในการดำเนินการตามหลักการระวังไว้ก่อน อย่างไรก็ตาม กฎหมายเรื่อง EIA ของไทยในปัจจุบัน ยังมีจุดบกพร่องหลายประการ อาทิเช่น การกำหนดประเภทและขนาดของโครงการที่ต้องทำ EIA ไม่ครอบคลุม ทำให้ยังคงมีโครงการหรือกิจกรรมหลายลักษณะที่อาจ

ก่อให้เกิดผลกระทบรุนแรงต่อสิ่งแวดล้อมไม่ต้องทำ EIA และกฎหมายยังไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียจะมีส่วนร่วมได้อย่างไรในกระบวนการ EIA นอกจากนี้ ยังไม่มีการตั้งองค์การอิสระที่จะร่วมพิจารณาและให้ความเห็นแก่โครงการและรายงาน EIA ตามเจตนารมณ์ของมาตรา 56 แห่งรัฐธรรมนูญ

- (3) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 13 บัญญัติให้พืชดัดแปลงพันธุกรรมเพื่อขอรับความคุ้มครองเป็นพันธุ์พืชใหม่ ต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507
- (4) ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2537 กำหนดให้พืชที่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรมจำนวน 40 รายการจากทุกแหล่งยกเว้น “อาหารสำเร็จรูป” เป็นสิ่งต้องห้ามนำเข้า และประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ วันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2546 กำหนดให้พืชที่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรมอีกจำนวน 49 รายการ จากทุกแหล่งยกเว้นอาหารสำเร็จรูป เป็นสิ่งต้องห้ามนำเข้า และในกรณีที่ได้รับอนุญาตให้นำเข้าเพื่อการทดลองวิจัย ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กรมวิชาการเกษตรกำหนด

จะเห็นได้ว่า การนำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ในกฎหมายไทยส่วนใหญ่จะเน้นหนักเรื่องการป้องกันอันตรายจากพืชดัดแปลงพันธุกรรม ซึ่งยังไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนว่ามีอันตรายต่อสุขภาพ หรือจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศมากน้อยเพียงใดหากมีการผลิตออกสู่สิ่งแวดล้อม สำหรับมาตรการอื่นๆ ทางด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการป้องกันมลพิษนั้น ประเทศไทยยังมีได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้อย่างเต็มที่

3. หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle)

หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หรือ PPP มีที่มาจากหลักการทางเศรษฐศาสตร์เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด ทรัพยากรในที่นี้ คือสิ่งแวดล้อมหรือความสามารถของระบบนิเวศในการรองรับมลพิษและของเสีย หลักการนี้มาจากพื้นฐานความคิดที่ว่า โดยปกติผู้ผลิตหรือผู้ก่อมลพิษจะมีได้รวมเอาความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นต้นทุนทางสังคม (social costs) เข้าไปในราคาผลิตภัณฑ์หรือบริการ เพื่อสร้างผลกำไรให้แก่ตนให้มากที่สุด ในสถานการณ์เช่นนี้จะทำให้เกิดการผลิตรายเกินไป หรือที่นักเศรษฐศาสตร์เรียกว่า “ความล้มเหลวของตลาด” (market failure) ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมตามมา จึงควรมีการรวมต้นทุนทางด้านสิ่งแวดล้อม (internalization of environmental costs) เข้าไปในราคาผลิตภัณฑ์และบริการ เพื่อให้สะท้อนต้นทุนที่แท้จริง

PPP มีกำเนิดในช่วงต้นทศวรรษ 1970 โดยมีผู้ริเริ่มคือ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-Operation and Development หรือ OECD) ตามหลักการของ OECD ว่าด้วยนโยบายสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (OECD Guiding Principles Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies)²⁶ ซึ่งประกาศเมื่อ ค.ศ. 1972 ได้นิยาม PPP ไว้ดังนี้

“หลักการสำหรับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในการดำเนินการป้องกันและควบคุมมลพิษเพื่อส่งเสริมให้มีการใช้ทรัพยากรสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อหลีกเลี่ยงการบิดเบือนทางการค้าระหว่างประเทศและการลงทุนก็คือหลักการที่เรียกกันว่า หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หลักการนี้หมายความว่า ผู้ก่อมลพิษควรเป็นผู้แบกรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวข้างต้นตามที่หน่วยงานของรัฐกำหนด เพื่อให้มั่นใจได้ว่าสิ่งแวดล้อมจะอยู่ในสภาพที่ยอมรับได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเหล่านี้ควรจะสะท้อนอยู่ในราคาสินค้าและบริการซึ่งก่อให้เกิดมลพิษในกระบวนการผลิต และ/หรือการบริโภค การใช้มาตรการดังกล่าวไม่ควรกระทำควบคู่ไปกับมาตรการให้เงินอุดหนุนซึ่งจะก่อให้เกิดการบิดเบือนในระดับสำคัญแก่การค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”

ใน ค.ศ. 1974 OECD ได้ทำข้อเสนอแนะเพิ่มเติมเกี่ยวกับวิธีการนำ PPP ไปใช้²⁷ โดยหลักการก็คือ การใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์เพื่อให้มีการรวมต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมเข้าไปในกระบวนการผลิต ภาษีสิ่งแวดล้อมรูปแบบต่างๆ เช่น ค่าธรรมเนียมการปล่อยมลพิษ และภาษีที่เรียกเก็บจากประเภทของกิจการที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ต่อมาใน ค.ศ. 1991 OECD ได้ออกข้อเสนอแนะเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์เพื่อดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม²⁸ ซึ่งให้แนวทางเกี่ยวกับประเภทของเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ที่สามารถนำมาใช้ได้ตามหลัก PPP ได้แก่ ค่าธรรมเนียมและภาษีสิ่งแวดล้อม ระบบใบอนุญาตที่ซื้อขายได้ (marketable permits) และระบบมัดจำและคืนเงิน (deposit-refund systems)

อย่างไรก็ดี แนวปฏิบัติของ OECD กำหนดให้การใช้หลัก PPP มีข้อยกเว้นได้ในบางกรณี ทั้งนี้ รัฐบาลอาจให้เงินอุดหนุนแก่ภาคเอกชนได้ในบางสถานการณ์ เช่น เมื่อมีการออกกฎระเบียบที่เข้มงวดเกี่ยวกับการควบคุมมลพิษซึ่งภาคเอกชนต้องปฏิบัติตามอย่างรวดเร็ว หรือเมื่อต้องการสร้างแรงจูงใจให้เกิดการทดลองและพัฒนาเทคโนโลยีหรืออุปกรณ์ควบคุมมลพิษใหม่ๆ รวมทั้งในกรณีที่มี

²⁶ OECD Document C(72) 128, 26 May 1972

²⁷ OECD Council Recommendation on the Implementation of the Polluter Pays Principle, 14 November 1974, C(74) 223.

²⁸ OECD Recommendation on the Use of Economic Instruments in Environmental Policy, 31 January 1991, C(90)/177/Final.

ความจำเป็นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางเศรษฐกิจที่เฉพาะเจาะจง แต่การให้เงินอุดหนุนหรือความช่วยเหลือดังกล่าวจะต้องเลือกใช้เฉพาะในกรณีที่จำเป็นและถือว่าเป็นมาตรการชั่วคราวเท่านั้น²⁹

แม้ว่าข้อเสนอแนะปฏิบัติของ OECD จะไม่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย แต่หลัก PPP ก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง หลักการ PPP ถูกอ้างถึงในอนุสัญญาต่างๆหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยล้าน้ำข้ามแดน ค.ศ. 1992 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทะเลบอลติก ค.ศ. 1992 อนุสัญญาว่าด้วยการเตรียมความพร้อมและความร่วมมือในสถานการณ์มลพิษที่เกิดจากน้ำมัน ค.ศ. 1992 และอนุสัญญาว่าด้วยผลกระทบข้ามแดนที่เกิดจากอุบัติเหตุจากอุตสาหกรรม เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญาส่วนใหญ่ที่อ้างถึงหลัก PPP เป็นความตกลงด้านมลพิษที่ใช้กับภูมิภาคยุโรป ซึ่งเป็นประเทศพัฒนาแล้ว อย่างไรก็ตาม ปรัชญาของหลัก PPP มีปรากฏในความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอนุรักษ์ธรรมชาติและทรัพยากรธรรมชาติ (ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources) ค.ศ. 1985³⁰

คำประกาศกรุงริโอซึ่งได้รับการรับรองในการประชุม UNCED เมื่อ ค.ศ. 1992 ข้อ 16 ได้กำหนดในเรื่องหลัก PPP ไว้ดังนี้

“หน่วยงานของรัฐควรพยายามที่จะส่งเสริมให้รวมต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมเข้าไว้ในต้นทุนการผลิต และให้ใช้เครื่องมือเศรษฐศาสตร์ โดยคำนึงถึงหลักการที่ว่าผู้ก่อมลพิษควรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการจัดการมลพิษ และคำนึงตามสมควรถึงผลประโยชน์สาธารณะโดยไม่ก่อให้เกิดการบิดเบือนทางการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”

Agenda 21 Chapter 8 ก็ส่งเสริมให้ใช้หลัก PPP ในการจัดการสิ่งแวดล้อมเช่นเดียวกัน โดยให้รัฐใช้กลไกทางเศรษฐศาสตร์และทางตลาดให้มากขึ้น “เพื่อให้มีการผนวกต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมเข้าไปในการตัดสินใจของผู้ผลิตและผู้บริโภค และเพื่อให้สามารถรวมต้นทุนทางสังคมและสิ่งแวดล้อมเข้าไปในกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่มากขึ้น อันจะทำให้ราคาสะท้อนความขาดแคลนและมูลค่าที่แท้จริงของทรัพยากร ซึ่งจะนำไปสู่การป้องกันความเสื่อมโทรมด้านสิ่งแวดล้อม”

การใช้หลัก PPP ในประชาคมยุโรปมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อพัฒนาการของหลัก PPP แผนปฏิบัติการด้านสิ่งแวดล้อมฉบับแรกของประชาคมยุโรป (EC Action Programme on the Environment) เมื่อ ค.ศ. 1973 กล่าวถึงหลัก PPP ในการจัดการปัญหามลพิษ³¹ แผนปฏิบัติการฉบับต่อๆมานับจนถึงปัจจุบันซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างการใช้แผนฉบับที่ 6 ล้วนแต่อ้างถึงหลัก PPP ในส่วนของกฎหมายที่เป็นรากฐานของประชาคมยุโรป หลัก PPP ถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา

²⁹ OECD Council Recommendation 1974, อ้างแล้ว

³⁰ Article 10 (d) ของความตกลงกำหนดให้รัฐภาคีพยายามดำเนินมาตรการเฉพาะ “ให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้เพื่อให้ผู้เป็นต้นกำเนิด (originator) ของกิจกรรมใดที่อาจนำไปสู่ความเสื่อมโทรมด้านสิ่งแวดล้อมต้องรับผิดชอบในการป้องกัน ลด และควบคุมความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม รวมทั้งดำเนินมาตรการฟื้นฟูและเยียวยาความเสียหาย”

³¹ แผนปฏิบัติการด้านสิ่งแวดล้อม ฉบับที่ 1 ของประชาคมยุโรปกำหนดว่า “โดยหลักการแล้ว ค่าใช้จ่ายในการป้องกันและขจัดเหตุรำคาญ (nuisance) ต้องเป็นความรับผิดชอบของผู้ก่อมลพิษ”

ประชาคมยุโรป ฉบับ ค.ศ. 1987 และสนธิสัญญาสหภาพยุโรป ค.ศ. 1992 ซึ่งกำหนดให้ใช้มาตรการป้องกัน และแก้ไขความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมที่จุดกำเนิดมลพิษ โดยให้ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย³² หลัก PPP ยังถูกนำไปใช้ในการตรากฎหมายสิ่งแวดล้อมของประชาคมยุโรปหลายฉบับ เช่น Waste Framework Directive ค.ศ. 1975 (Directive 75/442) ซึ่งกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องจัดระบบให้มีการเก็บค่าธรรมเนียม (charges) เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดการของเสีย และ Water Framework Directive ค.ศ. 2001 (Directive 2001/60) ซึ่งกำหนดให้เก็บค่าธรรมเนียมเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายและชดเชยมูลค่าของสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการใช้น้ำ (environmental and financial costs of water use)

ได้มีการขยายนิยามของ “ผู้ก่อมลพิษ” (polluters) ตามหลัก PPP ในบริบทของกฎหมายประชาคมยุโรปให้กว้างขึ้นมาตามลำดับ ในระยะต้นของการใช้หลัก PPP ซึ่งเป็นช่วงต้นทศวรรษ 1970 นั้น ความสนใจจะเน้นอยู่ที่การปล่อยมลพิษจากภาคอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับผู้ก่อมลพิษได้ขยายขอบเขตออกไปอย่างรวดเร็วให้รวมถึงกิจกรรมที่ทำให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ หลัก PPP สามารถนำมาประยุกต์ใช้ได้กับการใช้และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ทรัพยากรน้ำ ทั้งนี้ ได้เกิดหลักการอีกอันหนึ่งซึ่งมาเสริมหลัก PPP และถือได้ว่ามีฐานคิดเช่นเดียวกันกับ หลัก PPP ได้แก่ หลักการที่เรียกกันว่า “หลักผู้ใช้เป็นผู้จ่าย” (user pays principle หรือ UPP) คำนิยามของหลัก UPP ตามที่ปรากฏในเอกสารขององค์การสหประชาชาติ OECD และหน่วยงานด้านสิ่งแวดล้อมของประชาคมยุโรปคือ “เป็นหลักการที่แปรมาจากหลัก PPP โดยกำหนดให้ผู้ใช้ทรัพยากรเป็นผู้รับผิดชอบในค่าเสื่อมโทรมของทรัพยากรซึ่งเป็นต้นทุนทางธรรมชาติ” (a variation of the polluter pays principle that calls upon the user of a natural resource to bear the cost of running down natural capital)

แม้ว่าหลัก PPP จะมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานกว่า 30 ปี แต่ก็ยังมีข้อถกเถียงในหลายประเด็นเกี่ยวกับการนำหลัก PPP ไปใช้ เช่น การใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ควรมีบทบาทมากน้อยเพียงใดเมื่อเทียบกับกฎระเบียบที่เป็นมาตรการสั่งการและควบคุม ผู้ก่อมลพิษต้องมีหน้าที่รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการควบคุมมลพิษและหรือฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมหรือไม่ นอกจากนี้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ที่รัฐนำมาใช้ก็มีความหลากหลาย แผนปฏิบัติการสิ่งแวดล้อมฉบับที่ 6 ของประชาคมยุโรป (Sixth Environmental Action Programme – *Environmental 2010: Our Future, Our Choice*) ซึ่งเป็นแผนที่ใช้จัดการสิ่งแวดล้อมจากปี ค.ศ. 2001 จนถึงสิ้นปี ค.ศ. 2010 กำหนดให้ส่งเสริมหลัก PPP โดยใช้เครื่องมือที่อาศัยกลไกตลาด (market-based instruments) ซึ่งรวมถึงการซื้อขายสิทธิในการปล่อยมลพิษ (emission trading) ภาษีสิ่งแวดล้อม ค่าธรรมเนียมและเงินอุดหนุน เพื่อให้มีการรวมผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทั้งในด้านบวกและลบเข้าไว้ในต้นทุน

³² Single European Act ค.ศ. 1987 และ Treaty on European Union หรือ Maastricht Treaty ค.ศ. 1992 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 130 ของ EC Treaty และกำหนดว่า “preventive action should be taken Environmental damage should as a priority be rectified at source, and the polluter should pay”.

นอกเหนือไปจากการใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์และทางการตลาดเหล่านี้แล้ว การกำหนดให้ผู้ก่อมลพิษต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดในความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งในการใช้หลัก PPP

ตัวอย่างของเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ที่ถูกนำมาใช้ในบางประเทศ เช่น สวีเดนประกาศใช้ภาษีคาร์บอน (carbon tax) โดยเรียกเก็บจากการใช้เชื้อเพลิงที่เป็นน้ำมัน ถ่านหิน ก๊าซธรรมชาติ และ LPG (liquefied petroleum gas) เมื่อ ค.ศ. 1991 ผู้ใช้เชื้อเพลิงที่อยู่ในภาคอุตสาหกรรมได้รับยกเว้นภาษีครึ่งหนึ่ง และผู้ประกอบการที่ใช้พลังงานมากบางกลุ่ม เช่น เกษตรเชิงพาณิชย์ (commercial horticulture) ทำเหมืองแร่ อุตสาหกรรมการผลิต อุตสาหกรรมทำเยื่อกระดาษ ได้รับยกเว้นไม่ต้องจ่ายภาษีในช่วงทศวรรษ 1990 ประเทศยุโรปอีกหลายประเทศประกาศใช้ภาษีคาร์บอน ได้แก่ ฟินแลนด์ เนเธอร์แลนด์ และนอร์เวย์ ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2005 นิวซีแลนด์ประกาศใช้ภาษีคาร์บอน โดยเรียกเก็บในอัตรา NZ\$ 15 ต่อ 1 ตันของมลพิษที่ปล่อยคิดเทียบเป็นคาร์บอนไดออกไซด์ สำหรับสหรัฐอเมริกา เคยมีการเสนอให้เก็บภาษีที่เรียกว่า BTU tax แต่ไม่สำเร็จ และในปัจจุบันกำลังมีการเสนอให้เก็บภาษีคาร์บอน³³

ตัวอย่างที่กล่าวมาชี้ให้เห็นว่า หลัก PPP ถูกนำไปใช้ในบริบทของประเทศพัฒนาแล้วเป็นส่วนใหญ่ มีผู้เสนอว่าหลัก PPP อาจไม่เหมาะสมที่จะใช้ในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งประชากรส่วนใหญ่มีฐานะยากจน และมีช่องว่างระหว่างรายได้ของคนรวยและคนจนมาก เนื่องจากประชาชนที่ยากจนจะต้องซื้อผลิตภัณฑ์ในราคาที่สูงขึ้นในขณะที่ประชากรส่วนที่ร่ำรวยได้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อมที่สะอาดขึ้น ในสถานการณ์ดังกล่าว หลักที่น่าจะนำมาใช้ก็คือ หลักผู้ได้ประโยชน์เป็นผู้จ่าย (beneficiary pays principle หรือ BPP) กล่าวคือผู้ได้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อมที่ดีขึ้น เช่น คุณภาพอากาศที่ดีขึ้น ควรเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายเพื่อการควบคุมมลพิษ ด้วยเหตุผลเดียวกัน ชาวเมืองที่ร่ำรวยซึ่งได้รับประโยชน์จากการอนุรักษ์ทรัพยากรป่าไม้ในแง่ของระบบนิเวศและแหล่งต้นน้ำลำธารที่สมบูรณ์ขึ้น หรือแหล่งนันทนาการที่เพิ่มขึ้น รวมทั้งที่ได้ประโยชน์จากการสร้างเขื่อนผลิตไฟฟ้าพลังน้ำ ควรเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายเพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรป่าไม้³⁴

ในปัจจุบัน ประเทศไทยได้นำเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ตามหลัก PPP มาใช้บ้างในกฎหมายสิ่งแวดล้อมในส่วนของการจัดการมลพิษ ที่สำคัญได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 บัญญัติให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษที่ถูกควบคุม มีหน้าที่ต้องติดตั้งระบบบำบัดอากาศเสีย ของเสีย และน้ำเสีย และในพื้นที่ซึ่งมีการก่อสร้างระบบบำบัดน้ำเสียรวมแล้ว เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษมีหน้าที่ต้องส่งน้ำเสียไปรับการบำบัดในระบบบำบัดรวมโดยต้องเสียค่าบริการ³⁵ พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดให้

³³ http://en.wikipedia.org/wiki/Carbon_tax

³⁴ Adis Israngkura, "The Polluter-Pays Principle: So Who Pays?", *TDR Quarterly Review*, Vol. 11 No.3, September 1996, pp.12-15.

³⁵ มาตรา 68 - 71 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

โรงงานอุตสาหกรรมต้องติดตั้งระบบบำบัดอากาศเสีย น้ำเสีย และของเสียเพื่อบำบัดมลพิษจนได้มาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนดก่อนปล่อยออกสู่สิ่งแวดล้อมภายนอก และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีหน้าที่เก็บ ขนและกำจัดขยะมูลฝอยสามารถเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับการให้บริการเก็บ ขนและกำจัดขยะมูลฝอยได้³⁶ นอกจากนี้ ก็มีการเก็บค่าธรรมเนียมจากการใช้ทรัพยากรธรรมชาติต่างๆ เช่น ค่าภาคหลวงจากการทำไม้และการเก็บหาของป่าตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ค่าอากรรังนกอีแอ่น ตามพระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 ค่าภาคหลวงแร่ตามพระราชบัญญัติพิกัตอัตราค่าภาคหลวงแร่ พ.ศ. 2509 และค่าธรรมเนียมการใช้น้ำบาดาลตามพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ยังไม่ชัดเจนว่าค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่จัดเก็บตามกฎหมายไทยสะท้อนต้นทุนในการจัดการมลพิษหรือความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรธรรมชาติมากน้อยเพียงใด ยกตัวอย่างเช่น เป็นที่ทราบกันดีว่าค่าธรรมเนียมการเก็บขนและกำจัดมูลฝอยจากครัวเรือนซึ่งปัจจุบันมีกฎกระทรวงกำหนดให้อยู่ในอัตราไม่เกิน 40 บาทต่อครัวเรือนนั้นไม่เพียงพอต่อต้นทุนการเก็บขนและกำจัดขยะ ในส่วนของค่าธรรมเนียมการใช้ทรัพยากรธรรมชาตินั้น ยังไม่ชัดเจนว่าค่าภาคหลวงต่างๆ ที่จัดเก็บสะท้อนต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมหรือต้นทุนทางสังคมมากน้อยเพียงใด ถึงกระนั้น หลัก PPP มีแนวโน้มว่าจะยังคงมีบทบาทสำคัญในนโยบายการจัดการสิ่งแวดล้อมของไทย ดังเห็นได้จากนโยบายและแผนจัดการมลพิษที่กำหนดชัดเจนให้ใช้หลัก PPP ในระหว่างการจัดทำรายงานนี้ กรมควบคุมมลพิษกำลังนำเสนอร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดการของเสียอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้ว ร่างกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้มีการเก็บค่าธรรมเนียมผลิตภัณฑ์ (product charge) เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดระบบรับซื้อคืนซากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้วซึ่งเป็นของเสียอันตรายและในการรีไซเคิล บำบัดและกำจัดซากผลิตภัณฑ์เหล่านั้น

4. หลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคน (Intergenerational Equity)

แนวคิดเกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติให้คงอยู่ไปถึงคนรุ่นอนาคตเป็นหัวใจสำคัญของการพัฒนาอย่างยั่งยืน หลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคนปรากฏเป็นครั้งแรกในการประชุมสิ่งแวดล้อมโลกครั้งที่ 1 ที่กรุงสต็อกโฮล์ม (UNCHE) ค.ศ. 1972 ในคำปรารภ (preamble) ของคำประกาศ (UNCHE Declaration) ได้กำหนดเป้าหมายเรื่องการคุ้มครองและการปรับปรุงสิ่งแวดล้อมของมนุษย์เพื่อคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นอนาคต หลักการข้อที่ 1 และข้อ 2 ของคำประกาศกล่าวเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักการนี้ว่า “มนุษย์มีความรับผิดชอบสำคัญในการคุ้มครองและปรับปรุงสิ่งแวดล้อมเพื่อคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นอนาคต” และ “ทรัพยากรธรรมชาติบนโลกจะต้องได้รับความคุ้มครองเพื่อประโยชน์ของคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นอนาคต” ต่อมา The World Charter for

³⁶ มาตรา 18 - 20 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

Nature ค.ศ. 1982 ซึ่งรับรองโดยสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติยืนยันหลักการนี้ว่า “มนุษย์ต้องแสวงหาความรู้เพื่อบำรุงรักษาและส่งเสริมความสามารถในการใช้ทรัพยากรของตนเองในลักษณะที่จะสงวนรักษาพันธุ์สิ่งมีชีวิตและระบบนิเวศเพื่อประโยชน์ของคนรุ่นปัจจุบันและรุ่นอนาคต” และล่าสุด หลักการข้อ 3 ของคำประกาศกรุงริโอ ในการประชุม UNCED เมื่อ ค.ศ. 1992 กำหนดว่า “สิทธิในการพัฒนาจะต้องได้รับการปฏิบัติเพื่อที่จะสามารถสนองตอบความต้องการด้านการพัฒนาและสิ่งแวดล้อมของคนรุ่นปัจจุบันและรุ่นอนาคต”

เมื่อเทียบกับหลักการระวางไว้ก่อน และหลัก PPP รูปธรรมของการนำหลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคนไปใช้ยังมีน้อยกว่ามาก การอภิปรายและข้อถกเถียงส่วนใหญ่ยังคงอยู่ในระดับของความคิด มากกว่าการนำเสนอแนวทางในการนำหลักการนี้ไปใช้ในทางปฏิบัติ แนวคิดที่มีชื่อเสียงและได้รับการกล่าวถึงมากที่สุดได้แก่ แนวคิดเรื่อง Planetary Trust ของ Edith Brown-Weiss ซึ่งอิงหลักกฎหมาย public trust³⁷ ที่ใช้อยู่ในระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษและสหรัฐ ตามหลักการนี้ มนุษย์ยึดถือครอบครองทรัพยากรทางธรรมชาติและทางวัฒนธรรมบนโลกนี้ในฐานะ trustee³⁸ โดยต้องบริหารจัดการทรัพยากรเหล่านี้เพื่อประโยชน์ของคนรุ่นอนาคตซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์ หรือ beneficiary ของ trust นี้ คนรุ่นปัจจุบันซึ่งเป็นทั้ง beneficiary และ trustee ในขณะเดียวกันจึงไม่สามารถใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างใดก็ได้ โดยไม่คำนึงถึงหน้าที่ที่มีต่อคนรุ่นอนาคต

แนวคิดของ Brown-Weiss ประกอบด้วยหลักการ 3 ประการเพื่อให้บรรลุถึงความยุติธรรมระหว่างรุ่นคน ดังนี้คือ

- (1) คนรุ่นปัจจุบัน (หรือ trustees ตามแนวคิดของ Brown-Weiss) ต้องอนุรักษ์ความหลากหลายของฐานทรัพยากรเพื่อเปิดให้คนรุ่นอนาคตมีทางเลือกเหลือมากที่สุดสำหรับแก้ปัญหาและสนองตอบคุณค่าที่ตนยึดถือ หลักการข้อนี้ Brown-Weiss เรียกว่า “การอนุรักษ์ทางเลือก” (Conservation of Options)
- (2) คนรุ่นปัจจุบันต้องส่งมอบโลกใบนี้ไปยังคนรุ่นหน้าในสภาพที่ไม่เสื่อมโทรมไปกว่าสภาพที่คนรุ่นปัจจุบันได้รับมา หลักการข้อนี้เรียกว่า “การอนุรักษ์คุณภาพ” (Conservation of Quality)

³⁷ E. Brown-Weiss, “The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity”, 2 *Ecology Law Quarterly* (1984), p.495.; E. Brown-Weiss (ed.), “In Fairness to Future Generations : International Law”, **Common Patrimony and Intergenerational Equity**, The United Nations University, Tokyo, 1989. E. Brown-Weiss, “Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment”, 84 *American Journal of International Law* (1990); E. Brown-Weiss, “Intergenerational Equity: A Legal Framework for Global Environmental Change”, in E. Brown-Weiss (ed.), **Environmental Change and International Law**, United Nations University Press, Tokyo, 1992, pp.385-412.

³⁸ ตามกฎหมายในเรื่อง Trust ซึ่งมีเฉพาะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ Trustee หมายถึง บุคคลหรือองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายในการครอบครองและจัดการทรัพย์สิน โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องจัดการทรัพย์สินให้เกิดประโยชน์แก่ “ผู้รับประโยชน์” (beneficiary) ตามสัญญา Trust

- (3) คนแต่ละรุ่นต้องจัดให้คนที่มิชชีวิตอยู่ในรุ่นของตนมีสิทธิเข้าถึงมรดกที่ตนได้รับมาจากคนรุ่นก่อนอย่างยุติธรรม และต้องอนุรักษ์การเข้าถึงนั้นสำหรับคนรุ่นอนาคต หลักการนี้เรียกว่า “การอนุรักษ์การเข้าถึง” (Conservation of Access)

หลักการทั้งสามข้อกำหนดกรอบในการปฏิบัติของ trustees โดยอยู่บนสมมุติฐานที่ว่าสิ่งที่คนรุ่นอนาคตต้องการเป็นอย่างต่ำก็คือ การมีฐานทรัพยากรที่มั่นคงและยืดหยุ่นได้ตามสมควร และการมีสิ่งแวดล้อมที่ดีเพื่อให้เขาสามารถไปถึงเป้าหมายตามคุณค่าที่ตนยึดถือ สำหรับแนวทางเพื่อปฏิบัติตามหน้าที่ของ trustees มีหลายอย่าง ที่สำคัญได้แก่ การคำนึงถึงผลประโยชน์ของคนรุ่นอนาคตในกระบวนการตัดสินใจโดยรับรองสิทธิในการยื่นคำร้องแก่บุคคลที่เป็นตัวแทนในการเรียกร้องสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีสำหรับคนรุ่นอนาคตตามกระบวนการทางยุติธรรมหรือทางบริหารอื่นๆ แต่งตั้งผู้ตรวจการ (ombudsman) สำหรับดูแลว่าหลักการต่างๆ ของ planetary trust ได้รับการปฏิบัติ การใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน การติดตามระดับความหลากหลายของทรัพยากรทางธรรมชาติและทางวัฒนธรรม และคุณภาพสิ่งแวดล้อม จัดทำโครงการวิจัยทางวิทยาศาสตร์และการพัฒนาเพื่อให้สามารถจำแนกความหลากหลายทางชีวภาพและกำหนดตัวชี้วัด รวมทั้งสามารถประเมินความเสี่ยงที่เกิดจากกิจกรรมในปัจจุบันต่อคุณภาพและความหลากหลายของทรัพยากรธรรมชาติและมรดกทางวัฒนธรรม และจัดตั้งกองทุน trust funds เพื่อสร้างหลักประกันในการชดเชยความเสียหายจากกิจกรรมที่มีผลต่อคนรุ่นอนาคต เช่น การทำความสะอาดพื้นที่ที่ปนเปื้อนมลพิษอย่างรุนแรง ให้เงินอุดหนุนการวิจัย และเพื่อจ่ายเป็นค่าชดเชยความเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากกิจกรรมของคนรุ่นก่อน³⁹

แนวคิดของ Brown-Weiss ได้ก่อให้เกิดความตื่นตัวและการถกเถียงเกี่ยวกับหลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคนเป็นอันมากทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ยกตัวอย่างเช่น มีผู้เสนอความคิดเห็นว่า เนื่องจากเรามีความรู้และข้อมูลที่จำกัดเกี่ยวกับอนาคตและลักษณะของคนรุ่นอนาคตไม่ว่าจะเป็นในเรื่องจำนวนคน ประเภทของคน ระบบคุณค่าที่ยึดถือกัน ผลประโยชน์ เทคโนโลยี และกระบวนการในการตัดสินใจของคนรุ่นอนาคต และยิ่งเราพิจารณาถึงคนรุ่นที่ห่างออกไปมากขึ้นเรื่อยๆ ในอนาคต ข้อมูลเหล่านี้ก็จะยิ่งจำกัดมากขึ้น การขาดข้อมูลที่เชื่อถือได้เกี่ยวกับอนาคตย่อมมีผลต่อความสามารถของผู้แทนผลประโยชน์ของคนรุ่นอนาคตในการดำเนินการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของเขาได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁴⁰ นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการที่อ้างถึงทฤษฎี chaos theory โดยแย้งว่าการแทรกแซงสิ่งแวดล้อมจะมีผลต่อระบบนิเวศถึงขนาดว่าคนที่เกิดในอนาคตจะมีลักษณะต่างจากคนที่เกิดหากเรามีได้แทรกแซงสิ่งแวดล้อม⁴¹

³⁹ E.B. Weiss, *The Planetary Trust*, อ้างแล้ว pp. 579-80.

⁴⁰ G.P. Supanich, “The Legal Basis of Intergenerational Responsibility: An Alternative View—The Sense of Intergenerational Identity”, 3 *Yearbook of International Environmental Law*, p.94.

⁴¹ A. D’ Amato, “Do We Owe A Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment”, 84 *American Journal of International Law* (1990) p. 190.

อย่างไรก็ดี แนวคิดของ Brown-Weiss ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายระหว่างประเทศ บางท่านว่า แท้จริงแล้วการถกเถียงเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนทั้งหมดก็คือวาทกรรมเกี่ยวกับ ความรับผิดชอบของเราต่อคนรุ่นอนาคตนั่นเอง แนวทางที่เหมาะสมน่าจะเป็นการชี้ให้เห็นถึงหน้าที่ ซึ่งคนรุ่นปัจจุบันมีต่อคนรุ่นอนาคตอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น และแสวงหาหนทางที่จะทำให้หน้าที่ เหล่านี้ได้รับการปฏิบัติภายใต้สถานการณ์ปัจจุบัน เช่น การดำเนินมาตรการระมัดระวังไว้ก่อน (precautionary action) เพื่อให้มั่นใจว่ามีการใช้ทรัพยากรอย่างระมัดระวังและอย่างประหยัด เป็นต้น แทนที่จะมุ่งพิจารณาเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่เราพึงมีต่อคนรุ่นหน้าแต่เพียง อย่างเดียว⁴²

แม้ว่าแนวคิดและหลักการของ Brown-Weiss จะน่าสนใจและสอดคล้องกับสามัญสำนึก แต่ ก็มีนักวิชาการจำนวนไม่น้อยที่มองว่าประโยชน์ของแนวคิดนี้ยังจำกัดอยู่ในระดับทฤษฎีและการ ถกเถียงทางวิชาการมากกว่าจะมีผลต่อการปฏิบัติ การขยายหน้าที่ที่เรามีไปถึงคนรุ่นต่อไปขัดกับ ความเป็นจริงอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากการประสานผลประโยชน์ด้านสิ่งแวดล้อมของคนรุ่นปัจจุบันก็ เป็นเรื่องที่ยากมากอยู่แล้ว⁴³ เท่าที่ปรากฏ เคยมีการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิของคนรุ่นอนาคตซึ่ง ศาลยอมรับฟังและได้รับการอ้างถึงอย่างกว้างขวางเพียงคดีเดียว เป็นคดีที่ตัดสินโดยศาลสูงสุดของ ฟิลิปปินส์เมื่อ ค.ศ. 1994⁴⁴ โดยศาลยอมรับสิทธิของโจทก์ซึ่งประกอบด้วยเยาวชนกลุ่มหนึ่งและ องค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม ในการฟ้องคดีแทนคนรุ่นตนและคนรุ่นอนาคตเพื่อเรียกร้องสิทธิใน ระบบนิเวศที่ดีและสมดุล โดยศาลให้เหตุผลว่า โจทก์มีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อเรียกร้อง สิทธิดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนรวมของคนรุ่นปัจจุบันและรุ่นอนาคตได้ตามหลักความยุติธรรม ระหว่างรุ่นคน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้ว่าคดีนี้จะมีความสำคัญเนื่องจากการรับรองสิทธิของกลุ่ม (collective rights) แต่ความสำคัญของคดีนี้ยังจำกัดอยู่เฉพาะในแง่ของหลักการเท่านั้น เนื่องจาก ศาลวินิจฉัยว่าการยกเลิกสัมปทานป่าไม้ที่รัฐให้แก่เอกชนเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อมให้อยู่ในสภาพที่ดี และสมดุลตามข้อเรียกร้องของโจทก์จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อโจทก์ฟ้องผู้ได้รับสัมปทานป่าไม้เป็นจำเลย ด้วย และจะต้องพิสูจน์ว่าผู้รับสัมปทานที่มีอยู่เป็นจำนวนมากแต่ละรายก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ระบบนิเวศอย่างไรบ้าง ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำได้ยากมากในทางปฏิบัติ

⁴² L. Gundling, "Our Responsibility to Future Generations", 84 *American Journal of International Law* (1990), p.207.

⁴³ A.E. Boyle, Review of "In Fairness to Future Generations", 40 *International Comparative Law Quarterly* (1991) p. 230.

⁴⁴ *Minor Oposa v. "Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR)"*, 33 *International Legal Materials*, p.173.

5. หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน (Public Participation)

ในปัจจุบัน หลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อมเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและถือว่าเป็นหลักการหนึ่งของการพัฒนาอย่างยั่งยืน หลักการมีส่วนร่วมของประชาชนปรากฏในคำปรารภของ UNCHE Declaration ค.ศ. 1972 ซึ่งกล่าวว่า การบรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อม “ต้องอาศัยการยอมรับความรับผิดชอบของพลเมืองและชุมชน และของผู้ประกอบการและสถาบันต่างๆทุกระดับ” คำประกาศกรุงริโอ ค.ศ. 1992 ข้อ 10 กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมต้องอาศัยการมีส่วนร่วมของประชาชนทุกระดับที่เกี่ยวข้อง โดยให้มีส่วนร่วมในด้านต่างๆ 3 ด้าน คือ

- (1) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับวัสดุและกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อชุมชนของตน
- (2) สิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ รัฐจะเอื้ออำนวยและส่งเสริมความตื่นตัวและการมีส่วนร่วมด้านสิ่งแวดล้อมของสาธารณชน ด้วยการเผยแพร่ข้อมูลอย่างกว้างขวาง
- (3) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการทางยุติธรรมและทางบริหาร รวมทั้งการได้รับการชดเชยและการเยียวยาความเสียหาย

นอกจากกล่าวถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในทั้ง 3 ด้านแล้ว คำประกาศกรุงริโอยังกล่าวถึงบทบาทสำคัญของประชาชนกลุ่มต่างๆ ได้แก่ หลักการข้อที่ 20 กำหนดว่าสตรีมีบทบาทสำคัญในการจัดการสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา และการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ของสตรีเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้บรรลุถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืน Agenda 21 ขยายความเกี่ยวกับวิธีการในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของสตรี ได้แก่ การดำเนินมาตรการเพื่อเสริมสร้างสมรรถนะและความสามารถของสตรี (women's empowerment) โดยให้ความสำคัญลำดับแรกแก่การศึกษาและการฝึกอบรม และการเปิดให้สตรีมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจในบทบาทต่างๆไม่ว่าจะเป็นผู้จัดทำแผนนักวิทยาศาสตร์ และที่ปรึกษาทางเทคนิคในกิจกรรมต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการจัดการสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาอย่างยั่งยืน นอกจากนี้ยังเรียกร้องให้รัฐต่างๆจัดอุปสรรคทางกฎหมาย การบริหาร ค่านิยมและวัฒนธรรมที่เลือกปฏิบัติและขัดขวางการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ของสตรี

บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่คำประกาศกรุงริโอกล่าวถึงในเรื่องการมีส่วนร่วมก็คือประชาชนและชุมชนท้องถิ่น (indigenous people and their communities, and other communities) หลักการข้อที่ 22 กำหนดว่ารัฐควรรับรองและส่งเสริมอัตลักษณ์ (identity) วัฒนธรรมและผลประโยชน์ของชุมชนท้องถิ่น เพื่อให้ชุมชนสามารถมีส่วนร่วมในการพัฒนาอย่างยั่งยืน เนื่องจากการถกเถียงประเด็นเรื่อง “สิทธิชุมชน” มีความสำคัญและกำลังได้รับความสนใจเป็นอย่างมากในสังคมไทย จึงจะแยกกล่าวถึงหัวข้อนี้โดยเฉพาะในตอนต่อไป

การมีส่วนร่วมของประชาชนในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย ความตื่นตัวเรื่องการมีส่วนร่วมในการจัดการสิ่งแวดล้อมได้เพิ่มมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัดในกว่าหนึ่งทศวรรษที่ผ่านมา ดังจะเห็นได้จากการใช้สิทธิของประชาชนในการคัดค้านโครงการหรือกิจกรรมต่างๆของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและคุณภาพชีวิตของประชาชน ซึ่งได้นำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐกับประชาชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมบ่อยครั้งขึ้นในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ในระดับนโยบาย แผนยุทธศาสตร์การพัฒนาระบบราชการไทย (พ.ศ. 2546 – พ.ศ. 2550) ได้กำหนดยุทธศาสตร์ในการพัฒนาระบบราชการไทยไว้ 7 ยุทธศาสตร์ หนึ่งใน 7 ยุทธศาสตร์นั้นก็คือ การเปิดระบบราชการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม ทั้งนี้ได้กำหนดมาตรการต่างๆ เช่น การสร้างความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชนเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของหน่วยราชการ การจัดให้มีระบบปรึกษาหารือกับประชาชน สืบถามความคิดเห็นและหรือจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างสม่ำเสมอ รวมทั้งนำเสนอข้อมูลสารสนเทศที่แสดงข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติงานอย่างโปร่งใสและเปิดเผยลงในเว็บไซต์ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลได้โดยง่าย

ในปัจจุบัน กฎหมายที่มีความสำคัญมากที่สุดในการรับรองการมีส่วนร่วมของประชาชนก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของประชาชนปรากฏอยู่ในหมวดต่างๆรวมทั้งสิ้นกว่า 30 มาตรา สิทธิในการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมส่วนใหญ่อยู่ในหมวด 3 เรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ได้แก่

มาตรา 46 สิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นหรือของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน

มาตรา 56 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครองส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมเพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน

การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาหรือประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมให้ความเห็นก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว

สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง

มาตรา 58 สิทธิของบุคคลในการได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น

มาตรา 59 สิทธิของบุคคลในการได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิตหรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าวตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 61 สิทธิของบุคคลในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์และได้รับแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันสมควร

มาตรา 62 สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำของบุคลากรของหน่วยงานนั้น

มาตรา 69 หน้าที่ของบุคคลในการปกป้องและสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

นอกจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่มีบทบัญญัติในเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อม ได้แก่

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มาตรา 6 บัญญัติเรื่องสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในเรื่องต่างๆ เช่น สิทธิในข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการรักษาสิ่งแวดล้อม และสิทธิในการได้รับชดเชยค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากรัฐในกรณีที่ได้รับอันตรายที่เกิดจากการแพร่กระจายของมลพิษจากโครงการหรือกิจการที่ริเริ่ม สหับสนุน หรือดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น และ มาตรา 7 และมาตรา 8 ซึ่งบัญญัติรับรองฐานะและบทบาทหน้าที่ขององค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม หรือ NGOs ด้านสิ่งแวดล้อม

พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. 2482 บัญญัติรับรองการจัดการน้ำโดยประชาชนหรือชุมชนท้องถิ่น เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดหาน้ำเพื่อการเพาะปลูก อันเป็นการรับรองระบบเหมืองฝายตามจารีตประเพณีของการจัดการน้ำในภาคเหนือและภาคตะวันออกเฉียงเหนือตอนบน

พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 บัญญัติเรื่องการทำผังเมือง โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำผังเมือง ได้แก่ การปิดประกาศเพื่อให้ประชาชนได้รับทราบและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับผังเมือง รวมทั้งการจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในกระบวนการจัดทำผังเมือง

พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 64 บัญญัติให้บุคคลที่อาศัยอยู่ใกล้ชิดหรือติดต่อกับโรงงานที่มีการกระทำผิดกฎหมายโรงงาน หรือบุคคลซึ่งความเป็นอยู่ถูกระทบกระเทือนเนื่องจากการกระทำผิด เป็น “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือสามารถร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานเพื่อให้ลงโทษผู้กระทำผิดได้

พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 51 บัญญัติให้ประชาชนผู้พบเห็นการกระทำผิดตามพระราชบัญญัตินี้สามารถแจ้งความต่อพนักงานสอบสวน เจ้าพนักงานท้องถิ่น หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ชักช้า และให้ถือว่าประชาชนผู้พบเห็นการกระทำผิดเป็น “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นอกจากนี้ มาตรา 48 วรรคสอง ยังบัญญัติให้แบ่งค่าปรับที่ได้จากการเปรียบเทียบปรับให้แก่ผู้แจ้งตามมาตรา 51 กิ่งหนึ่ง

จากตัวอย่างของกฎหมายตามที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีกฎหมายมากพอสมควรที่เปิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทั้ง 3 ด้านตามที่กล่าวไว้ในคำประกาศกรุงริโอ แต่การมีส่วนร่วมของประชาชนยังคงเป็นปัญหาสำคัญในสังคมไทย อันเนื่องมาจากปัญหาทั้งที่เป็นปัญหาในแง่ปฏิบัติ ในแง่กฎหมาย และทัศนคติของหน่วยงานของรัฐและตัวประชาชนเอง โดยจะขอสรุปปัญหาสำคัญบางประการดังนี้

- (1) แม้ว่ากฎหมายหลายฉบับจะบัญญัติรับรองการมีส่วนร่วมของประชาชน แต่ก็มีกฎหมายอีกเป็นจำนวนมากซึ่งมีสาระขัดกับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ที่สำคัญได้แก่ กฎหมายป่าไม้เกือบทั้งหมด คือ พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ให้อำนาจในการจัดการทรัพยากรป่าไม้ให้แก่รัฐแต่ฝ่ายเดียว เนื่องจากปัญหาการบุกรุกป่าและปัญหาประชาชนที่อาศัยและทำกินอยู่ในพื้นที่ป่าไม้เป็นปัญหาเรื้อรังที่ดำรงอยู่ในสังคมไทยมาเป็นเวลานาน การปรับปรุงกฎหมายเพื่อปรับแนวคิดเรื่องการจัดการทรัพยากรเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการใช้ บำรุงรักษาและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นสิ่งจำเป็น ประสบการณ์กว่าครึ่งศตวรรษที่ผ่านมาได้แสดงให้เห็นแล้วว่า การจัดการทรัพยากรโดยรัฐแต่ฝ่ายเดียวโดยขาดความร่วมมือและการมีส่วนร่วมของประชาชนไม่อาจประสบความสำเร็จได้ นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเหล่านี้เป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิชุมชนในการร่วมใช้และจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ณ เวลาที่จัดทำรายงานนี้ กรมอุทยานแห่งชาติกำลังอยู่ในระหว่างการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า

- (2) แม้ว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 จะมีหลักการชัดเจนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชน แต่หลังจากบังคับใช้รัฐธรรมนูญฯ นี้มากกว่า 8 ปี ก็ยังไม่มีมาตรการกฎหมายเพื่อรองรับบทบาทหน้าที่ของรัฐธรรมนูญฯ ในหลายเรื่อง ที่เรียกร่องกันมากก็คือ
- การรับรองสิทธิชุมชนในการร่วมจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามมาตรา 46 ซึ่งปัจจุบันมีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ฉบับเดียวที่รับรองสิทธิของชุมชนในพื้นที่พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น แต่กฎหมายป่าชุมชนซึ่งรอคอยกันมานานหลายปีก็ยังไม่ผ่านรัฐสภาจนบัดนี้
 - การจัดตั้งองค์การอิสระเพื่อให้ความเห็นแก่โครงการและรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 56 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ
 - การกำหนดกระบวนการปรึกษาหารือและการมีส่วนร่วมตัดสินใจในโครงการหรือกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ตามมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญฯ อันได้แก่ กระบวนการให้ข้อมูล การปรึกษาหารือ และการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ก่อนการตัดสินใจดำเนินโครงการ ในขณะนี้ รัฐบาลกำลังอยู่ระหว่างการจัดทำร่างพระราชบัญญัติรับฟังความคิดเห็นของประชาชน
- (3) การมีส่วนร่วมของประชาชนโดยการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมยังมีค่อนข้างน้อย เนื่องจากความยากลำบากในการพิสูจน์ความเสียหายในคดีสิ่งแวดล้อม ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี และข้อจำกัดว่าผู้มีสิทธิฟ้องคดีต้องเป็นผู้เสียหายหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำผิดกฎหมายสิ่งแวดล้อมเท่านั้น ซึ่งมีผลทำให้องค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและบุคคลอื่นไม่สามารถฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมในกรณีที่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นสมบัติของส่วนรวม จึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เพื่อเปิดให้บุคคลหรือองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งมิใช่ผู้เสียหายโดยตรงสามารถฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมเพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นสมบัติของส่วนรวมได้

6. สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to a Decent or Healthful Environment)

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีเกิดจากการเรียกร้องให้รัฐต้องสร้างดุลยภาพระหว่างการพัฒนาทางเศรษฐกิจกับความจำเป็นในการรักษาระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อม แม้จะยอมรับกันว่ารัฐมีหน้าที่สงวนรักษาสิ่งแวดล้อมเพื่อให้ประชาชนสามารถมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี แต่ก็ไม่ชัดเจนว่าสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีนั้นหมายถึง สิ่งแวดล้อมที่มีคุณภาพระดับใด และสามารถแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศตามระดับของการพัฒนาได้หรือไม่ นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีไม่ได้หมายความถึงสิ่งแวดล้อมที่สะอาดบริสุทธิ์ แต่หมายถึงสิ่งแวดล้อมที่มีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าขั้นต่ำที่จะเอื้ออำนวยให้สามารถดำรงชีวิตอย่างมีสุขภาพดีได้⁴⁵ มาตรา 56 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ไม่ได้รับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีโดยตรง แต่รับรองสิทธิของบุคคลในการมีส่วนร่วมรักษาสิ่งแวดล้อม “เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน” ความสำคัญของสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีตามมาตรานี้จึงอยู่ที่สิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ มากกว่าการเรียกร้องให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีโดยตรง

ในระดับสากล สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการมีชีวิต (right to life) ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชน ข้อ 3 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงในตัวบุคคล” และข้อ 25(1) กำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานชีวิตที่เพียงพอต่อสุขภาพและความผาสุกของตนเองและครอบครัว รวมทั้งการมีอาหาร เครื่องนุ่งห่มและที่อยู่อาศัย” ข้อกำหนดเดียวกันนี้ปรากฏในข้อ 11 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 นอกจากนี้ คำประกาศสต็อกโฮล์ม ค.ศ. 1972 หลักการข้อ 1 กำหนดว่า “มนุษย์มีสิทธิพื้นฐานในอิสรภาพ ความเท่าเทียมกัน และสภาพชีวิตที่พอเพียงในสิ่งแวดล้อมที่มีคุณภาพและเอื้ออำนวยให้สามารถดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและอย่างผาสุก และมนุษย์มีหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองและปรับปรุงสิ่งแวดล้อมเพื่อคนรุ่นปัจจุบันและรุ่นอนาคต”

สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดียังปรากฏอยู่ในความตกลงด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคต่าง ๆ เช่น กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของกลุ่มชน (African Charter on Human and Peoples' Rights หรือ Banjul Charter) ค.ศ. 1981 ในข้อ 24 รับรองสิทธิของกลุ่มชนทั้งหลายในสิ่งแวดล้อมที่ดีเพียงพอและเอื้ออำนวยต่อการพัฒนาตนเอง” (right of all peoples to a generally satisfactory environment favourable to their development) อีกตัวอย่างหนึ่งได้แก่ พิธี

⁴⁵ P.M. Gormley, “The Right of Individuals to be Guaranteed a Pure, Clean and Decent Environment: Future Programs of the Council of Europe”, *Legal Issues of European Integration* (1975), p.23-38.

สารชานซ์ลวดอร์⁴⁶ ซึ่งเป็นความตกลงเพิ่มเติมของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนในทวีปอเมริกา ค.ศ. 1988 ข้อ 11 กำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อสุขภาพที่ดี (healthy environment) และมีสิทธิเข้าถึงบริการสาธารณสุขขั้นพื้นฐาน” และ “รัฐภาคีต้องส่งเสริมการคุ้มครอง สงวนรักษาและปรับปรุงคุณภาพสิ่งแวดล้อม”

เป็นที่น่าสังเกตว่าทั้งคำประกาศกรุงริโอ และ Agenda 21 ค.ศ. 1992 ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี แต่ให้ความสำคัญแก่สิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนมากกว่า ข้อเสนอที่จะให้รวมสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีไว้ในคำประกาศไม่ได้รับการยอมรับจากผู้แทนรัฐบาลส่วนใหญ่ของประเทศต่างๆ ด้วยเหตุผลว่า ยังไม่มีความชัดเจนว่าสิทธินี้มีความหมายและสาระอย่างไร อย่างไรก็ตาม ประเมินกันว่าปัจจุบันมีอย่างน้อย 50 ประเทศซึ่งมีรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี รวมทั้งประเทศไทย นักกฎหมายมีความเห็นว่า สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีมีลักษณะเป็น procedural right หรือก่อให้เกิดสิทธิในกระบวนการมีส่วนร่วมรักษาสีงแวดล้อม อันได้แก่ สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ และการมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหาย⁴⁷

ในปัจจุบัน การใช้หลักสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีในการจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมยังอยู่ในวงค่อนข้างจำกัด ในที่นี้จะยกตัวอย่างคดี 2 คดี เพื่อชี้ให้เห็นว่ามีการนำหลักสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีไปใช้อย่างไร คดีแรกเป็นคดี *Minors Oposa* ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงสุดของฟิลิปปินส์เมื่อ ค.ศ. 1994⁴⁸ ซึ่งได้ยกตัวอย่างมาแล้วในตอนที่กำลังกล่าวถึงหลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคน ในคดีนี้โจทก์ฟ้องรัฐบาลฟิลิปปินส์เพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลยกเลิกสัญญาสัมปทานป่าไม้ที่ให้แก่เอกชนทั้งหมด เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของประชาชนที่จะดำรงชีพอยู่ในระบบนิเวศที่สมดุลและในสิ่งแวดล้อมที่ไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 2 มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 ศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้ยกฟ้อง แต่ศาลฎีกามีวินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยมีความเห็นว่า สิทธิในระบบนิเวศที่สมดุลและไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพก่อให้เกิดหน้าที่ในส่วนของรัฐที่จะละเว้นการกระทำที่เป็นการทำลายสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม คดีนี้ไม่ได้มีผลให้ให้มีการยกเลิกสัมปทานป่าไม้ตามที่โจทก์ร้องขอ เนื่องจากตามกระบวนการพิจารณาที่ถูกต้อง จะต้องเรียกผู้ได้รับสัมปทานเข้ามาเป็นจำเลยร่วม และต้องมีหลักฐานชัดเจนว่าผู้รับสัมปทานแต่ละรายก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมอย่างไรบ้าง ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากยิ่ง

⁴⁶ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights ค.ศ. 1988.

⁴⁷ P. W. Birnie and A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 194.

⁴⁸ 33 *International Legal Materials*, (1994), p. 173.

ในทางปฏิบัติ หลักสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีในคดี *Minors Oposa* จึงมีความสำคัญอยู่ในระดับของหลักการเท่านั้น⁴⁹

อีกตัวอย่างหนึ่งเป็นคดีที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป (The European Court of Human Rights) ที่เมือง Strasbourg ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีที่บุคคลในประเทศสมาชิกยื่นคำร้องในประเด็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ในคดี *Lopez Ostra v. Spain*⁵⁰ ซึ่งตัดสินเมื่อ ค.ศ. 1995 ศาลให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีโดยอาศัยข้อ 8 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของยุโรป ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีสิทธิในชีวิตที่เป็นส่วนตัวและในครอบครัว (private and family life) โจทก์ฟ้องว่ารัฐบาลสเปนกระทำผิดกฎหมายโดยการออกใบอนุญาตให้ตั้งโรงงานกำจัดของเสียแห่งหนึ่งเนื่องจากมลพิษทางอากาศที่ปล่อยออกมาจากโรงงานได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพและความเป็นอยู่ในชีวิตของโจทก์ แม้ว่าโจทก์จะไม่ได้แสดงให้เห็นว่าตนได้รับผลกระทบต่อสุขภาพอย่างไร แต่ศาลก็วินิจฉัยว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการลดทอนสิทธิในชีวิตและครอบครัว และมีหน้าที่ป้องกันมิให้สิทธิเหล่านี้ถูกละเมิดโดยบุคคลอื่น⁵¹ ตัวอย่างคำพิพากษาดังกล่าวชี้ให้เห็นแนวโน้มของศาลที่จะรับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน

7. สิทธิชุมชน (Rights of Indigenous Peoples and Local Communities)

คำว่า “สิทธิชุมชน” มีความหมายตรงกับภาษาอังกฤษได้หลายคำ นักวิชาการไทยบางท่านใช้คำว่า “community right” ซึ่งมีความหมายค่อนข้างกว้าง ในระดับสากลคำที่ใช้มากเมื่อต้องการกล่าวถึงชุมชน คือ “indigenous peoples” การมี “s” ที่คำว่า “people” มีนัยสำคัญที่สื่อความหมายถึง กลุ่มชน เผ่า หรือ ชุมชน ในฐานะที่เป็นกลุ่ม มิใช่สมาชิกของชุมชนในระดับปัจเจก และในกรณีที่เกี่ยวข้องถึงสิทธิชุมชน วลีที่ใช้มากก็คือ “indigenous rights” และ “native title”

ในปัจจุบัน สิทธิชุมชนในที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ รวมทั้งสิทธิในการใช้ทรัพยากรในที่ดินซึ่งชุมชนอยู่อาศัยมาโดยจารีตประเพณีได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ในความเป็นจริง สิทธิชุมชนในระดับสากลมีความหมายถึงสิทธิของกลุ่มชนในด้านอื่น ๆ นอกเหนือไปจากสิทธิในการจัดการทรัพยากร ได้แก่ สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม เช่น สิทธิในการมีตัวตน (right to identity) สิทธิใน

⁴⁹ Antonio G.M. La Vina, “The Right to a Sound Environment in the Philippines: The Significance of the *Minors Oposa Case*”, 3 *Review of European Community and International Environmental Law*, (1994), pp. 246–52; Alfred Rest, “Implementing the Principles of Intergenerational Equity and Responsibility”, 24 *Envtl. Policy and Law* (1994) หน้า 314 และ 320.

⁵⁰ 20 EHRR (1995), 277.

⁵¹ Mark Wilde, “*Locus Standi in Environmental Torts and the Potential Influence of Human Rights Jurisprudence*”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol.12, issue 3, pp. 284–294.

การศึกษา และสิทธิในการดำรงชีวิตตามวัฒนธรรม ประเพณีและความเชื่อของตนเอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสิทธิในที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อเศรษฐกิจ ความอยู่รอด และการดำรงรักษาไว้ซึ่งวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของชุมชน จึงเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจมากกว่าสิทธิชุมชนในด้านอื่นๆ ทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย คำที่มักใช้เรียกทรัพยากรหรือสมบัติที่ชุมชนใช้และจัดการร่วมกันก็มีหลายคำเช่นกัน เช่น “common-pool resources”, “common property” หรือ “communal property” รวมทั้งการเรียกระบบจัดการทรัพยากรโดยชุมชนว่า “community-based resource management”

นิยามของ “สิทธิชุมชน”

การถกเถียงและความสนใจเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในประเทศไทยมีเพิ่มมากขึ้นเป็นพิเศษในช่วงกว่าหนึ่งทศวรรษที่ผ่านมา ซึ่งเป็นผลมาจากกระแสชุมชนนิยมภายใต้ระบบเศรษฐกิจในยุคโลกาภิวัตน์ และความไม่พอใจในระบบการจัดการทรัพยากรและเศรษฐกิจแบบรวมศูนย์ของรัฐ การถกเถียงเกือบทั้งหมดจะเป็นเรื่องของสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมใช้และจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ในขณะที่ความเคลื่อนไหวเรื่องสิทธิชุมชนในต่างประเทศ เช่น ในทวีปอเมริกาและออสเตรเลียจะเกี่ยวข้องกับผู้ประเด็นของการเรียกร้องสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (right to self-determination) สิทธิในที่ดิน และสิทธิในการใช้และจัดการทรัพยากร ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างกว่าที่เป็นอยู่ในประเทศไทย

เท่าที่พิจารณาจากเอกสารและการอภิปรายในเวทีต่างๆ ดูเหมือนว่านักวิชาการไทยยังไม่มีข้อยุติเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตของสิทธิชุมชน การนิยามส่วนใหญ่จะเน้นสิทธิชุมชนที่ตั้งอยู่บนจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติที่มีมาช้านาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งจารีตประเพณีในเรื่องการใช้และการจัดการทรัพยากรร่วมกัน ก่อนที่จะถูกลดทอนหรือทำลายโดยระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รับมาจากตะวันตก คำนิยามสิทธิชุมชนที่มักถูกอ้างอิง เช่น

สิทธิชุมชน หมายถึง “สิทธิที่ไม่ใช่ของส่วนบุคคลของประชาชนแต่ละคน และไม่ใช่อำนาจของรัฐ แต่เป็นสิทธิของชุมชนที่จะจัดการ ใช้ประโยชน์ และมีหน้าที่บำรุงรักษาเหนือทรัพยากร”⁵²

สิทธิชุมชน หมายถึง “สิทธิร่วมเหนือทรัพย์สินของชุมชน โดยให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรเพื่อส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ส่วนตน”⁵³

ตัวอย่างนิยามสิทธิชุมชนข้างบนนี้เป็นเพียงส่วนน้อยของอีกมากมายหลายนิยามที่ออกมาในแนวเดียวกัน สิ่งที่ปรากฏเด่นชัดในคำนิยามเหล่านี้ก็คือ สิทธิชุมชนมีลักษณะเป็นสิทธิของกลุ่ม (collective right) มิใช่สิทธิในระดับปัจเจก และเป็นสิทธิในการใช้และจัดการทรัพยากรซึ่งเป็นสมบัติ

⁵² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *ข้อสังเกตเชิงกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ: สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจการจัดการทรัพยากร*, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536.

⁵³ เสน่ห์ จามริก, *ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนา*, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536

ส่วนรวมตามจารีตประเพณีท้องถิ่น การมองสิทธิชุมชนในลักษณะนี้สอดคล้องกับนิยามของสิทธิชุมชนในระดับสากลดังจะได้กล่าวต่อไป⁵⁴ นอกจากนี้ ก็มีงานวิจัยที่ศึกษาสิทธิชุมชนในด้านต่างๆ ทั้งในด้านสิทธิในการจัดการทรัพยากร และในด้านอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการจัดการทรัพยากร เช่น สิทธิชุมชนบ้านครัวซึ่งประสบความสำเร็จในการเคลื่อนไหวคัดค้านการสร้างทางด่วนสายตั้งผ่านบ้านครัว เป็นต้น⁵⁵

แม้ว่าเราจะสามารถพิจารณาสิทธิชุมชนได้จากมุมมองที่หลากหลาย ในรายงานนี้ จะจำกัดการพิจารณาอยู่ในขอบเขตเรื่องสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมใช้ อนุรักษ์ และจัดการทรัพยากร ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรของประชาชน ทั้งนี้จะพิจารณาสิทธิชุมชนว่าเป็นระบบการจัดการทรัพยากรส่วนที่ถือว่าเป็นสมบัติร่วมกันของชุมชน นอกจากนี้เนื่องจากการดำเนินการเพื่อรับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ยังไม่มีความก้าวหน้ามากนัก และการถกเถียงเกี่ยวกับกฎหมายป่าชุมชนยังไม่เป็นที่ยุติ จึงมีการนำเสนอตัวอย่างการรับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นในต่างประเทศให้เห็นภาพพอสังเขป

แนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรที่เป็นสมบัติร่วมกัน

ระบบการจัดการทรัพยากรเป็นสิ่งสำคัญในการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับธรรมชาติ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดทรัพยากรเสื่อมโทรม และก่อให้เกิดความเปราะบางมากที่สุด งานเขียนของ Garette Hardin เรื่อง “The Tragedy of the Commons” ซึ่งให้เห็นผลที่อาจจะเกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรโดยปราศจากระบบการจัดการและแนวปฏิบัติสำหรับควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคม⁵⁶ จากการศึกษาเชิงประจักษ์ในภูมิภาคต่างๆของโลก สรุปได้ว่า หากไม่เน้นระบบการใช้ทรัพยากรโดยเสรี (open access) ในตัวอย่างของ Hardin ซึ่งก่อให้เกิดความเสื่อมโทรมแก่

⁵⁴ อย่างไรก็ดี ได้มีความพยายามที่จะสร้างความหมายแก่สิทธิชุมชนให้กว้างขวางขึ้น ที่สำคัญ ได้แก่ อานันท์ กาญจนพันธุ์ ซึ่งมองว่าหน่วยของความเป็นชุมชนไม่ควรจะถูกผูกโยงเข้ากับสังคมหมู่บ้านเท่านั้น เนื่องจากความเป็นชุมชนในปัจจุบันมีความหมายที่กว้างขวางกว่าในอดีตเป็นอันมาก โดยอาจมีเครือข่ายครอบคลุมความสัมพันธ์ในหลายระดับ ตั้งแต่ระดับย่อยๆที่เป็นชุมชนท้องถิ่น เช่น หมู่บ้าน หรือเป็นกลุ่มเครือข่ายที่ครอบคลุมหลายหมู่บ้าน เช่น กลุ่มประมงพื้นบ้าน ไปจนถึงชุมชนระดับชาติ เช่น ชุมชนของผู้เสื่อมใสในสิทธิเสรีภาพที่ 5 และแม้กระทั่งในระดับโลก ในแง่นี้ สิทธิชุมชนและความเป็นชุมชนจึงไม่จำกัดอยู่กับหน่วยที่เป็นพื้นที่ทางกายภาพ เช่น ชุมชนนักสิ่งแวดล้อมนิยม และชุมชนของนักสิทธิมนุษยชน เป็นต้น ดูรายละเอียดใน อานันท์ กาญจนพันธุ์, **มิติชุมชน วิถีคิดท้องถิ่นว่าด้วยสิทธิ อำนาจ และการจัดการทรัพยากร**, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2544.

⁵⁵ ชลธิรา สัตยาวัฒนา และคณะ, **สิทธิชุมชนบ้านครัว ชุดโครงการสิทธิมนุษยชนท้องถิ่นจากจารีตประเพณีสู่สถานการณ์ปัจจุบัน: การศึกษาเพื่อแสวงหาแนวทางนโยบายสิทธิชุมชนท้องถิ่นในประเทศไทย**, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2546.

⁵⁶ G. Hardin, “The Tragedy of the Commons”, **Science** 162: 1243-1248. Hardin ใช้ตัวอย่างสมมุติของทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์ที่ทุกคนใช้ร่วมกัน สมาชิกของชุมชนต่างก็เพิ่มจำนวนสัตว์เลี้ยงเพื่อให้ตนเองได้ประโยชน์มากที่สุด ในไม่ช้า จำนวนสัตว์เลี้ยงที่กินหญ้าในทุ่งก็มีจำนวนมากเกินกว่าความสามารถในการรองรับของทุ่งหญ้านั้น แต่ผู้เลี้ยงสัตว์ทั้งหลายก็ยังคงเพิ่มจำนวนสัตว์เลี้ยงต่อไป เนื่องจากเห็นว่าผลประโยชน์ที่ตนได้มีมากกว่าผลเสียหายที่ตนได้รับ ในที่สุดทุ่งหญ้านั้นก็เสื่อมโทรมจนไม่สามารถรองรับจำนวนสัตว์เลี้ยงได้อีกต่อไป

ทรัพยากรที่ใช้ร่วมกันแล้ว ระบบสถาบันที่ใช้เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างยั่งยืนได้แบ่งทรัพย์สินออกเป็น 3 ประเภท คือ

- (1) ทรัพย์สินส่วนบุคคล (private property)
- (2) ทรัพย์สินที่เป็นของรัฐ (state property)
- (3) ทรัพย์สินที่เป็นสมบัติส่วนรวม (communal property)

ทรัพยากรที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินส่วนรวม ที่มักเรียกกันว่า common property หรือ common-pool resources นั้น มีความเป็นมานานกว่าระบบทรัพย์สินส่วนบุคคลซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการพัฒนาทางเศรษฐกิจของสังคมตะวันตก ทรัพย์สินเหล่านี้ส่วนใหญ่ได้แก่ทรัพยากรที่สมาชิกในชุมชนใช้ร่วมกัน เช่น ทรัพยากรน้ำ ป่าไม้ ทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์ และทรัพยากรประมงชายฝั่ง ระบบการใช้ทรัพยากรที่เป็นสมบัติส่วนรวมนี้มีอยู่ในภูมิภาคต่างๆทั่วโลก แม้ว่าจะไม่ได้รับการรับรองจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เข้ามาใช้บังคับแทนที่จารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในหลายๆประเทศก็ตาม ต่อมาเมื่อความห่วงใยเกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในประเทศต่างๆมีมากขึ้นในช่วงทศวรรษ 1960 ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศได้ตรากฎหมายเพื่อกำหนดให้ทรัพย์สินส่วนที่ยังไม่ตกเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลให้กลายเป็นของรัฐทั้งหมด ปราบปรามการดังกล่าวทำให้ระบบการจัดการทรัพยากรของชุมชนท้องถิ่นไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย ในขณะที่รัฐก็ไม่มีกำลังคนและงบประมาณเพียงพอที่จะปกป้องทรัพยากรที่กฎหมายกำหนดให้เป็นของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผลก็คือ ทรัพยากรที่เคยเป็นทรัพย์สินส่วนรวมตามจารีตและธรรมเนียมปฏิบัติของชุมชนต้องกลายเป็นทรัพยากรที่เปิดให้ใช้อย่างเสรีตามระบบ open access อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้⁵⁷

ความล้มเหลวของรัฐในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติในภูมิภาคต่างๆของโลก ในหลายทศวรรษที่ผ่านมาได้ทำให้ผู้วางนโยบายและนักวิชาการหันมาสนใจบทบาทของชุมชนในการจัดการทรัพยากรมากขึ้น เหตุผลในการสนับสนุนการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนมักจะออกมาในแนวที่ว่า (1) ชุมชนมีวิถีชีวิตที่พึ่งพาทรัพยากรในพื้นที่ที่ตนอาศัยอยู่ ชุมชนย่อมมีความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรเหล่านั้นมากกว่าบุคคลภายนอก ดังนั้นจึงมีความสามารถในการจัดการทรัพยากรได้ดีกว่า (2) การให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรจะช่วยสร้างแรงจูงใจให้สมาชิกชุมชนใช้ทรัพยากรอย่างทำลาย และ (3) ชุมชนย่อมต้องการอนุรักษ์ทรัพยากรเนื่องจากการรักษาฐานทรัพยากรไว้จะเป็นประโยชน์ต่อชุมชนเอง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ได้มีนักวิชาการตั้งข้อสังเกตว่าสมมุติฐานเกี่ยวกับชุมชนตามที่กล่าวมาข้างต้นมักเกิดจากการมองชุมชนว่าเป็นหน่วยที่อยู่ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง มีโครงสร้างทางสังคม และมีบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ที่ยอมรับร่วมกัน ซึ่งเป็นภาพนิ่งตายตัวของชุมชนในอุดมคติที่ไม่สอดคล้องกับ

⁵⁷ Elinor Ostrom, *Private and Common Property Rights*, 2000.

ความเป็นจริงในกรณีของชุมชนส่วนใหญ่ โดยมิได้ให้ความสนใจแก่กระบวนการภายในชุมชนที่มีผลต่อประสิทธิภาพในการจัดการทรัพยากร เช่น ความแตกต่างในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างสมาชิกในชุมชน ปฏิสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ในชุมชน และระบบการจัดการทรัพยากรในชุมชน การละเลยประเด็นเหล่านี้ทำให้ไม่สามารถเข้าใจเงื่อนไขที่ทำให้บางชุมชนประสบความสำเร็จในการจัดการทรัพยากรร่วมกัน และบางชุมชนล้มเหลว⁵⁸

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบงานวิจัยเชิงประจักษ์ในประเทศต่างๆ นักวิชาการได้สรุปเงื่อนไขที่ทำให้การจัดการทรัพยากรโดยชุมชนประสบความสำเร็จไว้ 6 ประการ คือ

- (1) ความเข้าใจชัดเจนร่วมกันว่าใครมีสิทธิและใครไม่มีสิทธิใช้ทรัพยากรที่เป็นสมบัติส่วนรวม
- (2) มีวิธีการในการทำให้สมาชิกชุมชนที่มีสิทธิใช้ทรัพยากร หรือผู้แทนของบุคคลเหล่านี้มีโอกาสได้พบหรือประชุมกันอย่างสม่ำเสมอเพื่อให้สามารถระบายความไม่พอใจ ระงับปัญหาความขัดแย้ง และตัดสินใจ รวมทั้งวางกฎเกณฑ์ร่วมกัน
- (3) ชุมชนมีอำนาจในการจัดการทรัพยากรอย่างเป็นอิสระจากอำนาจรัฐที่อยู่เหนือกว่า
- (4) มีการถ่ายโอนสิทธิในทรัพย์สินได้ในขอบเขตจำกัด
- (5) ความสามารถของระบบในการจัดการกับปัญหาความแตกต่างทางสังคมและเศรษฐกิจ
- (6) การกำกับดูแลและบังคับใช้กฎระเบียบในชุมชน⁵⁹

E. Ostrom กล่าวว่า ระบบการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนมีทั้งประสบการณ์ที่สำเร็จและล้มเหลวเช่นเดียวกันกับการจัดการทรัพยากรภายใต้ระบบอื่นๆ ทั้งนี้มีตัวแปรต่างๆที่มีส่วนส่งเสริมประสิทธิภาพในการจัดการทรัพยากรของชุมชน เช่น สมาชิกชุมชนสามารถรับทราบข้อมูลที่ถูกต้องเกี่ยวกับสภาพของทรัพยากร ผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ และค่าใช้จ่าย โดยใช้ต้นทุนที่ต่ำ สมาชิกมีความเข้าใจร่วมกันเกี่ยวกับผลประโยชน์และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงหรือไม่เปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ที่ใช้อยู่ สมาชิกมีกฎเกณฑ์ที่ต่างยอมรับนับถือและมีความไว้วางใจกันซึ่งถือเป็นต้นทุนทางสังคม และชุมชนมีเสถียรภาพ เป็นต้น⁶⁰

การรับรองสิทธิชุมชนในระดับสากล

⁵⁸ Arun Agrawal and Clark C. Gibson, "Enchantment and Disenchantment: The Role of Community in Natural Resource Conservation", *World Development*, Vol.27, No.4, pp.629-649, 1999.

⁵⁹ Bonnie J. McCay, "Common and Private Concerns", in Susan Hanna et al. (eds.), *Rights to Nature*, Island Press, Washington D.C., 1996, pp. 111-126, at p. 118 citing Margaret Mckean.

⁶⁰ Elinor Ostrom, *Private and Common Property Rights*, 2000, p.346.

จากแนวคิดในการจัดการทรัพยากรโดยชุมชน ประกอบกับการเรียกร้องด้านสิทธิมนุษยชนของกลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่าต่างๆทั่วโลก ได้ทำให้เกิดการรับรองสิทธิของชุมชนในระดับสากล ในปัจจุบัน สิทธิชุมชนได้รับการรับรองในคำประกาศและสนธิสัญญาฉบับต่างๆทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาค ที่สำคัญ ได้แก่

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ค.ศ. 1948 เป็นคำประกาศที่ได้รับการรับรองโดยเอกฉันท์ในที่ประชุมสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ⁶¹ กำหนดว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคในเกียรติศักดิ์และสิทธิ ทุกคนมีสิทธิตามปฏิญญานี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางด้านอื่นๆ กำเนิดทางชาติหรือสังคม ฐานะทางทรัพย์สิน ชาติกำเนิด หรือฐานะอื่นใด แม้ว่าปฏิญญาสากลฉบับนี้จะมีฐานะเป็นคำประกาศซึ่งมิใช่ข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่ก็ได้รับการยอมรับโดยนานาประเทศว่ากำหนดมาตรฐานสากลด้านสิทธิมนุษยชนและกลายเป็นกฎหมายแม่บทในการจัดทำสนธิสัญญาและอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอีกหลายฉบับในเวลาต่อมา

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ค.ศ. 1966 มีฐานะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับสนธิสัญญา เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 ในปัจจุบัน กติกาสากลนี้มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 152 รัฐ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1997

ข้อ 2 ของกติกาที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิส่วนรวมของชุมชนไว้ดังนี้ “ในรัฐที่มีชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์ ศาสนา หรือภาษา บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่มชนดังกล่าวจะต้องมีสิทธิร่วมกับสมาชิกอื่น ๆ ในกลุ่มของตนในการดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรมของตนเอง ในการยึดถือและปฏิบัติตามศาสนา และในการใช้ภาษาของตนเอง”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ค.ศ. 1966 เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1976 ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 149 รัฐ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติกาสากลนี้เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1999 โดยสาระสำคัญกำหนดสิทธิพื้นฐานของบุคคลทางด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ข้อ 1 รับรองว่ากลุ่มชนทั้งปวง (“All peoples”) มีสิทธิในการเลือกเจตจำนงของตนเอง (the right of self-determination) กล่าวคือ มีสิทธิในการเลือกสถานะทางการเมือง และดำเนินการตามหนทางการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และ

⁶¹ มีประเทศดออกเสียง 8 ประเทศ ประกอบด้วยประเทศต่างๆในกลุ่ม Soviet Bloc และประเทศซาอุดีอาระเบีย

วัฒนธรรมของตนเองโดยเสรี รัฐภาคีมีหน้าที่ส่งเสริมให้สิทธิชุมชนในการเลือกเจตจำนงของตนเองบังเกิดผล รวมทั้งต้องให้ความเคารพแก่สิทธิดังกล่าวโดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 169 ว่าด้วยกลุ่มชนท้องถิ่นและชนเผ่าในประเทศเอกราช (Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries หรือ ILO Convention No.169)ค.ศ. 1989

เป็นอนุสัญญาที่กำหนดและรับรองสิทธิชุมชนโดยตรง และมาแทนที่อนุสัญญาฉบับ ค.ศ. 1957 ที่กำหนดในเรื่องสิทธิของกลุ่มชนท้องถิ่นและชนเผ่า แต่มีหลักการที่แตกต่างจากอนุสัญญาฉบับก่อนอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ เปลี่ยนแปลงจากหลักการพัฒนากลุ่มชนท้องถิ่นและชนเผ่าเพื่อให้เข้ามามีส่วนหนึ่งของสังคมกระแสหลัก (assimilationist policy) เป็นการยอมรับความหลากหลายทางวัฒนธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์ต่างๆ รวมทั้งให้ความเคารพต่อสิทธิของกลุ่มชนเหล่านี้ในการควบคุมระบบสถาบัน วิถีชีวิต และการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เอื้ออำนวยต่อการดำรงไว้ซึ่งเอกลักษณ์ ภาษาและศาสนาของตนเอง ภายใต้กรอบของรัฐที่ตนเองอาศัยอยู่

อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับกลุ่มชนท้องถิ่นและชนเผ่าดังต่อไปนี้ คือ

- (1) กลุ่มชนเผ่าในประเทศเอกราชซึ่งโดยสภาพทางสังคม วัฒนธรรมและเศรษฐกิจทำให้พวกเขามีความแตกต่างจากส่วนอื่นๆของชุมชนชาติ (other sections of the national community) และซึ่งสถานะถูกกำกับควบคุมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยจารีตประเพณีของตนเอง หรือโดยกฎหมายหรือกฎระเบียบพิเศษของกลุ่มชนนั้น
- (2) กลุ่มชนในประเทศเอกราชซึ่งถูกจัดว่าเป็นชนท้องถิ่นอันเนื่องมาจากการสืบเชื้อสายจากประชากรที่เคยอาศัยอยู่ในประเทศ หรือภูมิภาคที่ประเทศนั้นตั้งอยู่ ณ เวลาที่ดินแดนนั้นตกเป็นอาณานิคมหรือเมื่อมีการกำหนดพรมแดนรัฐปัจจุบัน และเป็นกลุ่มชนซึ่งยังคงรักษาระบบสถาบันทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและการเมืองของตนเองไว้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน และไม่ว่าสถานะทางกฎหมายของพวกเขาจะเป็นอย่างไรก็ตาม

นิยามดังกล่าวจึงครอบคลุมถึงชุมชนท้องถิ่นและชนเผ่าต่างๆในประเทศไทยด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับการอธิบายเรื่องสิทธิชุมชนในประเทศไทย ในที่นี้จึงขอใช้คำว่า “ชุมชน” แทนคำว่า “กลุ่มชน” ในกรณีทีอนุสัญญากล่าวถึง “peoples”

อนุสัญญากำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นและชนเผ่าได้รับสิทธิมนุษยชนและอิสระภาพอย่างเต็มที่โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ (ข้อ 2) ชุมชนมีสิทธิในกำหนดลำดับความสำคัญใน

กระบวนการพัฒนาที่มีผลกระทบต่อชีวิต ความเชื่อ สถาบัน จิตวิญญาณของตน และที่ดินของตนเอง ยึดถือครอบครองและใช้ประโยชน์อยู่ รวมทั้งสามารถควบคุมการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของตนให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ (ข้อ 7) และรัฐสมาชิกต้องให้ความเคารพแก่จารีต ประเพณีและกฎหมายจารีตประเพณีของชุมชน

เนื่องจากที่ดินเป็นองค์ประกอบสำคัญในการดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรม วิถีชีวิตและความอยู่รอดของชุมชน อนุสัญญาฯ จึงกำหนดในเรื่องนี้ไว้ในส่วนที่สองของอนุสัญญาซึ่งประกอบด้วย 7 ข้อ (Articles 13-19) รัฐภาคีต้องยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับที่ดินที่ตนเองยึดถือครอบครองอยู่ตามประเพณีว่ามีความสำคัญต่อวัฒนธรรมและความเชื่อค่านิยม (spiritual values) ของชุมชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นส่วนรวม และต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและการครอบครองที่ดินของชุมชนซึ่งมีมาโดยจารีตประเพณี รัฐต้องดำเนินมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิในการใช้ที่ดินร่วมกันของชุมชนโดยให้ความสนใจเป็นพิเศษแก่ชุมชนที่ย้ายถิ่นและชุมชนที่ไร้หมุนเวียน รัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของชุมชนในทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นส่วนหนึ่งของที่ดินนั้น สิทธิดังกล่าวประกอบด้วยสิทธิในการใช้ จัดการและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ในกรณีที่รัฐกำหนดให้ทรัพยากรแร่ในดินและใต้ดิน และทรัพยากรอื่นๆ ที่ผูกพันกับที่ดินเป็นสมบัติของรัฐ จะต้องจัดให้มีกระบวนการปรึกษาหารือกับชุมชนเพื่อให้ทราบถึงผลกระทบที่โครงการหรือกิจกรรมการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจะมีต่อชุมชนก่อนการอนุญาตโครงการหรือกิจกรรมนั้น รวมทั้งให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการรับประโยชน์จากโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าวให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ และต้องมีการชดเชยอย่างเหมาะสมในกรณีที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชุมชน รัฐต้องไม่ย้ายชุมชนท้องถิ่นออกจากที่ดินซึ่งเขาครอบครอง และในกรณีที่จำเป็นต้องย้ายชุมชน จะต้องกระทำด้วยความเห็นชอบจากชุมชนหรือผ่านกระบวนการตามกฎหมายหรือสำรวจความคิดเห็นโดยผู้แทนของชุมชนมีส่วนร่วม และจะต้องมีการชดเชยให้แก่การสูญเสียที่ดินและความเสียหายอย่างเต็มที่ นอกจากนี้ รัฐต้องเคารพกระบวนการถ่ายทอดสิทธิในที่ดิน (transmission of land rights) ในหมู่สมาชิกของชุมชน

จะเห็นได้ว่า ILO Convention No.169 มีบทบัญญัติที่ค่อนข้างละเอียดชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิชุมชน ซึ่งรวมถึงสิทธิในการร่วมจัดการ อนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ และชุมชนตามอนุสัญญานี้รวมความถึงชุมชนและชนเผ่าต่างๆ ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยด้วย อนุสัญญานี้เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 1991 แต่นับจนถึงปัจจุบันยังมีรัฐให้สัตยาบันแก่อนุสัญญานี้ไปเพียง 17 รัฐ ส่วนใหญ่ประกอบด้วยรัฐในแถบอเมริกากลางและอเมริกาใต้ซึ่งมีชนเผ่าและชุมชนพื้นเมืองอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ก็มีรัฐบางรัฐในยุโรป

ตะวันตกอันได้แก่ เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ และนอร์เวย์ ที่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา⁶² เป็นที่น่าสังเกตว่าทั้งสหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลียซึ่งต่างก็มีชนพื้นเมืองอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก ยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ สำหรับประเทศไทยนั้น ก็ยังมีได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญานี้เช่นกัน

คำประกาศกรูรีโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) ค.ศ. 1992

เป็นคำประกาศที่ได้รับการรับรองในที่ประชุมสิ่งแวดล้อมโลกที่กรูรีโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1992 หลักการข้อ 22 ยอมรับบทบาทสำคัญของชุมชนท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรดังนี้

“ชนพื้นเมือง (indigenous people) และชุมชนของตน และชุมชนท้องถิ่นอื่นๆมีบทบาทสำคัญในการจัดการและพัฒนาสิ่งแวดล้อม เนื่องจากความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติ (knowledge and traditional practices) ของตน รัฐควรรับรองและส่งเสริมความมีตัวตน (identity) วัฒนธรรม และผลประโยชน์ของชุมชน และช่วยให้ชุมชนสามารถมีส่วนร่วมในการพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างมีประสิทธิภาพ”

แผนปฏิบัติการเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Agenda 21) ค.ศ. 1992

เป็นเอกสารที่กำหนดแนวทางปฏิบัติในด้านต่างๆเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน และได้รับการรับรองในการประชุมสิ่งแวดล้อมโลกเมื่อ ค.ศ. 1992 พร้อมกับคำประกาศกรูรีโอ Chapter 26 ของ Agenda 21 ขยายความในเรื่องการมีส่วนร่วมของชุมชนว่า รัฐบาลและองค์กรระหว่างประเทศต้องจัดให้มีกระบวนการสร้างความเข้มแข็งแก่ชุมชนเพื่อให้ชุมชนได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้และเพื่อให้ชุมชนสามารถนำความรู้ของชุมชนมาช่วยให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน รัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่ที่ดินที่ชุมชนอาศัยอยู่ และยอมรับคุณค่า ความรู้ และวิถีปฏิบัติในการจัดการทรัพยากรสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ รัฐจะต้องเสริมสร้างสมรรถนะของชุมชนและส่งเสริมให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย กฎหมาย และโครงการต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรซึ่งมีผลกระทบต่อชุมชน

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีรัฐภาคี 188 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยที่เพิ่งเข้าเป็นภาคีประเทศสุดท้ายเมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2546 ข้อ 8 (j) ของอนุสัญญาให้การรับรองแก่สิทธิ

⁶² นับจนถึงต้นปี 2549 รัฐที่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญานี้แล้วก็คือ อาร์เจนตินา โบลิเวีย บราซิล โคลอมเบีย คอสตาริกา เดนมาร์ก โดมินีกา เอกวาดอร์ ฟิจิ กัวเตมาลา ฮอนดูรัส เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ ปารากวัย เปรู และ เวเนซุเอลา

ชุมชน โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องเคารพสิทธิชุมชน และในกรณีที่มีการนำเอาความรู้และภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนไปใช้ประโยชน์ จะต้องแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้ให้แก่ชุมชน ในส่วนของประเทศไทย ได้มีการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติให้ชุมชนที่ขึ้นทะเบียนแล้ว⁶³ มีสิทธิดำเนินการผ่านองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มเกษตรกร หรือกลุ่มสหกรณ์ เพื่อยื่นคำขอจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นและให้ตนเองมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการศึกษาและใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชพื้นเมืองนั้น โดยให้ผู้ที่ต้องการเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ หรือศึกษาวิจัยเพื่อใช้ประโยชน์ทางการค้า ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชน⁶⁴

สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ค.ศ. 2001

เป็นความตกลงที่ส่งเสริมการแลกเปลี่ยนพันธุ์พืชเพื่อพัฒนาด้านอาหารและการเกษตร ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนนั้น เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 2004 ประเทศไทยลงนามในสนธิสัญญานี้ แต่ยังมีได้ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีสถิตินธิสัญญา

สนธิสัญญานี้ยอมรับความสำคัญของบทบาทของชุมชนในการสั่งสมภูมิปัญญาด้านพันธุกรรมพืชและมีส่วนร่วมในการพัฒนาพันธุ์ โดยรับรอง “สิทธิเกษตรกร” (farmers’ rights) รวมทั้งสิทธิในการได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ในกรณีที่มีการนำพันธุ์พืชของชุมชนไปใช้

อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Rights) ค.ศ. 1969

เป็นอนุสัญญาระดับภูมิภาคในทวีปอเมริกา ในปัจจุบัน มีรัฐภาคีทั้งหมด 24 ประเทศ โดยประกอบด้วยรัฐส่วนใหญ่ในอเมริกากลางและอเมริกาใต้ แม้จะเป็นอนุสัญญาระดับภูมิภาค แต่ก็มีผลสำคัญมากในด้านการคุ้มครองแก่สิทธิชุมชน เนื่องจากประเทศสมาชิกทั้งหมดล้วนมีชุมชนพื้นเมืองอาศัยอยู่ และอนุสัญญามีกลไกที่ค่อนข้างมีประสิทธิภาพในการบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม ทั้งสหรัฐอเมริกาและแคนาดาไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญานี้

อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิต่างๆของบุคคลทุกคนทั้งในด้านสิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งรวมถึงสิทธิใน

⁶³ ตามมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง ซึ่งได้ร่วมกันอนุรักษ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น (เป็นพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งภายในราชอาณาจักรเท่านั้นตามมาตรา 43) อาศัยชื่อขึ้นทะเบียนเป็นชุมชนตามพระราชบัญญัตินี้โดยตั้งตัวแทนยื่นคำขอเป็นหนังสือต่อผู้ว่าราชการจังหวัดแห่งท้องที่ อย่างไรก็ตาม การยื่นคำขอและการพิจารณาอนุมัติขึ้นทะเบียนชุมชนต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และนับจนถึงขณะนี้ ยังไม่มีการตรากฎกระทรวงตามมาตรา

⁶⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 44 - 51

ชีวิตและทรัพย์สิน นอกจากนี้ ยังจัดตั้งคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอเมริกา (Inter-American Commission on Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอเมริกา (Inter-American Court on Human Rights) แม้ว่าอนุสัญญาจะมีได้กล่าวถึงสิทธิชุมชนโดยตรง แต่ได้เคยมีการฟ้องคดีอย่างน้อย 4 คดีโดยชุมชนพื้นเมืองต่อศาลสิทธิมนุษยชนว่ารัฐบาลของตนได้กระทำผิดบทบัญญัติของอนุสัญญาโดยละเมิดสิทธิในที่ดินของชุมชน และศาลเคยพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน (right to property) ของชุมชน ดังรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไป

ร่างปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิชุมชนท้องถิ่น (Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) ค.ศ. 1994

ร่างปฏิญญานี้เป็นเอกสารที่จัดทำขึ้นโดยคณะทำงานว่าด้วยกลุ่มประชากรท้องถิ่น (Working Group on Indigenous Populations หรือ WGIP) ซึ่ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Commission on Human Rights) ขององค์การสหประชาชาติจัดตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1982 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน แทนที่จะเน้นการคุ้มครองสิทธิในระดับปัจเจกดังเช่นความตกลงด้านสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นๆ การจัดทำร่างปฏิญญาเริ่มขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1985 โดยเปิดให้ผู้แทนของชุมชนท้องถิ่นและรัฐบาลจากภูมิภาคต่างๆ เข้าร่วมคณะทำงานจัดทำร่างปฏิญญาเสร็จเมื่อ ค.ศ. 1993 และร่างนี้ได้รับการรับรองจากคณะกรรมการว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights) เมื่อ ค.ศ. 1994 จากนั้นได้มีการนำเสนอร่างต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติซึ่งได้แต่งตั้งคณะทำงานเพื่อพิจารณาร่างปฏิญญานี้อีกครั้งหนึ่งเมื่อ ค.ศ. 1995 คณะทำงานซึ่งประกอบด้วยองค์กรด้านชุมชนท้องถิ่นกว่า 200 องค์กรประชุมปีละ 1 ครั้งโดยมีเป้าหมายที่จะปรับปรุงร่างเพื่อนำเสนอให้สมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติพิจารณารับรองปฏิญญานี้ต่อไป

ร่างปฏิญญา ณ ขณะนี้ มีทั้งหมด 45 ข้อ สาระสำคัญประกอบด้วยการรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการเลือกเจตจำนงของตนเอง สิทธิในการดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรมและภาษา การเข้าถึงบริการการศึกษาและสุขภาพ ที่อยู่อาศัย การจ้างงาน การคุ้มครองด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา การคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญาและทางวัฒนธรรม เป็นต้น

สำหรับสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นจุดสนใจของรายงานนี้ นั้น ร่างปฏิญญาฯ รับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการดำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ตามจารีตประเพณีของชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติไม่ว่าจะเป็นที่ดิน น้ำ ทะเลชายฝั่ง และทรัพยากรอื่นๆ ซึ่งชุมชนเป็นเจ้าของ ครอบครอง หรือใช้ประโยชน์ ชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิในการเป็นเจ้าของ พัฒนา ควบคุม และใช้ทรัพยากรเหล่านี้ รัฐต้องยอมรับกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ และจารีตประเพณี ระบบการถือครองที่ดินและระบบสถาบันของชุมชนในการพัฒนาและจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างเต็มที่ รวมทั้ง

ต้องดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันการแทรกแซงและการละเมิดสิทธิเหล่านี้ ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิในที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติของชุมชน จะต้องมีการชดเชยอย่างยุติธรรม โดยต้องจัดที่ดินและทรัพยากรที่มีขนาดและคุณภาพเท่าเทียมกับที่ดินและทรัพยากรที่ชุมชนต้องเสียไป เว้นแต่จะตกลงกับชุมชนเป็นอย่างอื่น รัฐต้องอนุรักษ์ พื้นฟู และคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสมรรถภาพในการผลิตของที่ดินและทรัพยากรของชุมชน รวมทั้งต้องให้ความช่วยเหลือแก่ชุมชนในเรื่องดังกล่าว จะต้องไม่ดำเนินกิจกรรมใดๆทางทหารในที่ดินของชุมชน และต้องดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเก็บกักหรือทิ้งของเสียอันตรายในที่ดินของชุมชน

ที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงสาระโดยย่อของร่างปฏิญญาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ จะเห็นได้ว่า ร่างปฏิญญาให้การรับรองแก่สิทธิของชุมชนอย่างกว้างขวางในเรื่องการจัดการทรัพยากรธรรมชาติตามกฎหมายและจารีตประเพณีท้องถิ่นของตนเอง แม้ว่าเอกสารนี้จะเป็นเพียงร่างปฏิญญาซึ่งยังคงต้องรอการรับรองจากสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ แต่ก็ถูกอ้างอิงถึงเป็นอย่างมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา และสะท้อนให้เห็นการพัฒนาสาระของสิทธิชุมชนในระดับกฎหมายระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดี จึงอาจถือเป็นมาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิทธิชุมชนได้หากสมัชชาใหญ่ให้การรับรองแก่ร่างปฏิญญานี้ในอนาคต

ในส่วนนี้ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิชุมชนในระดับระหว่างประเทศ ตามที่ปรากฏในเอกสารที่เป็นอนุสัญญา และสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาค คำประกาศ และร่างปฏิญญา ในกรณีของคำประกาศหรือร่างปฏิญญานั้น ไม่ถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย แต่ก็มีคุณค่าในฐานะที่กำหนดมาตรฐานสากลซึ่งเป็นที่ยอมรับร่วมกันของนานาประเทศ สำหรับเอกสารที่เป็นอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาจะมีผลบังคับและประสิทธิผลในระดับแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับจำนวนรัฐภาคีและกลไกในการบังคับใช้ของสนธิสัญญา อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอเมริกาเป็นตัวอย่างอันหนึ่งของความตกลงที่มีประสิทธิผลในการบังคับใช้มากกว่าอนุสัญญาอื่นๆหลายฉบับ กล่าวคือกำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและศาลสิทธิมนุษยชน ซึ่งรับคำร้องและการฟ้องคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยรัฐภาคี สนธิสัญญาอื่นๆ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับความก้าวหน้าในการดำเนินงานด้านสิทธิมนุษยชนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนซึ่งจัดตั้งขึ้นภายใต้กติกา และคณะกรรมการด้านสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมซึ่งแต่งตั้งโดยคณะมนตรีด้านเศรษฐกิจและสังคมขององค์การสหประชาชาติ (ECOSOC) ตามลำดับ จึงมีผลในแง่ของการสร้างแรงกดดันให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมาย สำหรับอนุสัญญาฉบับที่ 169 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศนั้น แม้จะมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมการคุ้มครองสิทธิชุมชนอย่างกว้างขวาง แต่ก็มีรัฐให้สัตยาบันเพียงจำนวนน้อย จึงยังมีบทบาทจำกัดในการคุ้มครองสิทธิชุมชน

ประสบการณ์เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในต่างประเทศ

รายงานนี้ได้นำเสนอให้เห็นชัดเจนแล้วว่า กฎหมายระหว่างประเทศรับรองสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งกฎหมายและจารีตประเพณีของชุมชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ในส่วนต่อไปนี้จะพิจารณาตัวอย่างและประสบการณ์ของบางประเทศที่มีการคุ้มครองสิทธิชุมชนอย่างไร เพื่อช่วยส่งเสริมองค์ความรู้ในการคุ้มครองสิทธิชุมชนในประเทศไทย

ในปัจจุบัน ประเมินกันว่ามีชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นประมาณ 300-350 ล้านคน ซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศต่างๆทั่วโลกประมาณ 72 ประเทศ ประกอบด้วยกลุ่มชนที่แตกต่างกันไม่น้อยกว่า 5,000 กลุ่ม⁶⁵ แม้ว่าประเทศส่วนใหญ่ในแถบละตินอเมริกาจะมีชุมชนพื้นเมืองเป็นส่วนประกอบสำคัญของประชากร และบางประเทศ เช่น โบลิเวีย มีประชากรที่เป็นคนพื้นเมืองถึงร้อยละ 56-70 ของประชากรทั้งประเทศ และกัวเตมาลาและเปรูมีคนพื้นเมืองเกือบครึ่งหนึ่งของประชากรทั้งหมดของประเทศ แต่ปรากฏว่าคนพื้นเมืองหรือชนเผ่าส่วนใหญ่ของโลกมีถิ่นฐานอยู่ในทวีปเอเชียถึงประมาณร้อยละ 70⁶⁶ เฉพาะในอินเดียมีประชากรที่เป็นชนเผ่าอยู่ถึง 68 ล้านคนซึ่งคิดเป็นประมาณร้อยละ 8 ของประชากรทั้งประเทศจากการสำรวจเมื่อ ค.ศ. 1991⁶⁷

ลักษณะร่วมของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นทั่วโลกก็คือ เป็นกลุ่มชนที่พึ่งพิงระบบเกษตรกรรมแบบเลี้ยงชีพ เป็นกลุ่มประชากรที่ด้อยโอกาสและถูกเลือกปฏิบัติในสังคม มีฐานะยากจน มีสุขภาพและภาวะโภชนาการต่ำกว่าประชากรส่วนอื่นๆของประเทศ และมีโอกาสน้อยกว่าในการเข้าถึงบริการการศึกษา การสาธารณสุข และการสงเคราะห์ในด้านที่อยู่อาศัย เป็นต้น การสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิชุมชนและการให้ความคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชนแก่กลุ่มชนพื้นเมืองและชนเผ่าต่างๆอย่างแท้จริงจึงเป็นสิ่งสำคัญ

สิทธิชุมชนในสหรัฐอเมริกา ชนพื้นเมืองในสหรัฐอเมริกามีชื่อเรียกหลายอย่าง ที่สำคัญได้แก่ Indians, American Indians, First Americans และ Aboriginal Peoples ชนเผ่าต่างๆเข้ามาอาศัยอยู่ในดินแดนสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ 1500 ปีก่อนคริสตศักราช ก่อนที่ชาวยุโรปจะมาบุกเบิกดินแดนและตั้งรกรากในทวีปอเมริกา การเข้ามาของชาวยุโรปมีผลกระทบต่อชนพื้นเมืองเป็นอย่างมากทั้งการล้มตายจากการทำสงคราม การบังคับให้ต้องย้ายถิ่น ความยากจน และโรคภัยไข้เจ็บที่มากับคนต่างถิ่น

จากการสำรวจเมื่อ ค.ศ. 2003 พบว่ามีชนพื้นเมืองในสหรัฐอยู่ประมาณ 2.8 ล้านคน คิดเป็นร้อยละ 1.5 ของประชากรทั้งประเทศ รัฐบาลกลางสหรัฐได้ให้การรับรองชนเผ่าพื้นเมืองแล้ว

⁶⁵ *Indigenous peoples*, Wikipedia, the free encyclopedia, http://en.wikipedia.org/wiki/indigenous_people

⁶⁶ เพิ่งอ้าง โดยอ้างถึงประมาณการของ International Working Group for Indigenous Affairs

⁶⁷ เพิ่งอ้าง

563 เผ่า และยังมีเผ่าอีกจำนวนหนึ่งที่ได้รับการรับรองในระดับมลรัฐ⁶⁸ ความสัมพันธ์ระหว่างชนพื้นเมืองเผ่าต่างๆกับรัฐบาลสหรัฐมีความเป็นมาที่ค่อนข้างยาวนาน ในระยะแรกซึ่งกินเวลาเกือบ 100 ปีจากช่วงปลายศตวรรษที่ 18 มาจนถึงปลายศตวรรษที่ 19 สิทธิในที่ดินของชนเผ่าเป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลกลางกับชนเผ่าต่างๆ สนธิสัญญาฉบับแรกเป็นสนธิสัญญาที่ทำกับชนเผ่าในรัฐเดลาแวร์เมื่อ ค.ศ. 1778 จากปีนั้นจนถึง ค.ศ. 1871 มีการทำสนธิสัญญากับชนเผ่าต่างๆ 370 ฉบับ สนธิสัญญาส่วนใหญ่เกิดขึ้นหลังจากความพ่ายแพ้ในการต่อสู้ของชนพื้นเมืองหรือกระทำขึ้นเนื่องจากความกลัวสงคราม จึงมีลักษณะเป็นการยกสิทธิในดินแดนที่อาศัยอยู่เดิมให้แก่รัฐบาลกลางเพื่อแลกเปลี่ยนกับการคุ้มครอง ที่ดินผืนใหม่ และผลประโยชน์อื่นๆ ซึ่งในกรณีส่วนใหญ่ชนพื้นเมืองไม่ได้รับผลประโยชน์ตามที่รัฐบาลสัญญาไว้ ในวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1871 สภาคองเกรสออกกฎหมายห้ามมิให้มีการทำสนธิสัญญาระหว่างชนเผ่ากับรัฐบาลกลางอีกต่อไป แต่รัฐบาลกลางยังคงมีหน้าที่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาต่างๆที่ได้ทำไว้ก่อนหน้านี้ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกลางกับชนเผ่าหลังจากนั้นเป็นต้นมาจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ออกโดยสภาคองเกรสและคำสั่งของฝ่ายบริหาร

ในช่วงของการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลกลางกับชนเผ่า สภาคองเกรสได้ออกกฎหมายที่เรียกว่า The Indian Removal Act ค.ศ. 1830 ซึ่งให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการทำสนธิสัญญากับชนเผ่าต่างๆเพื่อให้ย้ายถิ่นไปอยู่ทางฝั่งตะวันตกของแม่น้ำ Mississippi หลายเผ่าจำต้องทำสนธิสัญญาภายใต้ความกดดันของรัฐบาลสหรัฐ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นทำให้เกิดสงครามระหว่างกองทหารสหรัฐกับชนพื้นเมืองหลายเผ่า และชนพื้นเมืองต้องล้มตายมากมาย ในที่สุดรัฐบาลสหรัฐฯ มีคำสั่งให้ชนพื้นเมืองอเมริกันทั้งหมดที่เหลืออยู่ให้ย้ายเข้าไปอยู่ในเขตสงวน (reservations or reserves) เมื่อวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1876

ในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในสหรัฐอเมริกา จะต้องพิจารณาคำพิพากษาของศาลที่วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของชนเผ่า และกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลสหรัฐในสมัยต่างๆ ในคดี *Cherokee Nation v. Georgia* ค.ศ. 1831⁶⁹ ศาลสูงสุดของสหรัฐได้วางหลักไว้ว่าเผ่าหรือชาติอินเดียน (Indian tribe or nation) ที่อยู่ในสหรัฐอเมริกามีใช้รัฐต่างประเทศ แต่เป็นชาติที่ขึ้นอยู่กับประเทศสหรัฐฯ (“domestic dependent nations”) และอำนาจในการจัดการที่เกี่ยวกับชาวพื้นเมืองเป็นของรัฐบาลแห่งชาติเท่านั้น โดยรัฐบาลในระดับมลรัฐไม่มีอำนาจดังกล่าว นอกจากนี้ ศาลสหรัฐฯ ยังได้วางหลักบรรทัดฐานที่ยอมรับสิทธิในการครอบครองที่ดินของชาวพื้นเมือง ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิของกลุ่ม ในคดี *Mitchell v. United States* ค.ศ. 1835⁷⁰ ศาลสูงสุดของสหรัฐได้วางหลักว่าสิทธิในการครอบครองที่ดินของชนพื้นเมือง “มีความศักดิ์สิทธิ์เท่าเทียมกันกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินของชนผิวขาว” (the Indian right of occupancy is “as sacred as the fee simple of the whites”) หลัก

⁶⁸ **Indigenous peoples** จาก Wikipedia, the free encyclopedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Indigenous_people

⁶⁹ 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831)

⁷⁰ 34 U.S.(9 Pet.) 711, 746 (1835)

ดังกล่าวได้รับการยืนยันอีกหลายครั้งในคำพิพากษาของศาลในสมัยต่อมา ในคดี *Oneida Indian Nation v. County of Oneida* ค.ศ. 1974⁷¹ ศาลสูงสุดของสหรัฐยืนยันว่าสิทธิในการครอบครองที่ดินของชนพื้นเมืองเป็นสิทธิตามกฎหมายที่สามารถใช้ยื่นกับบุคคลภายนอกได้ และสิทธิดังกล่าวจะถูกลดทอนได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายของรัฐบาลกลางเท่านั้น

สิ่งที่น่าสังเกตก็คือ สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองเป็นเพียงสิทธิในการยึดถือครอบครอง (right of occupancy) และใช้ประโยชน์ในที่ดินเท่านั้น ที่ดินเหล่านี้ยังคงถือเป็นสมบัติของชาติสหรัฐฯ ในคดี *Johnson v. McIntosh* ค.ศ. 1823 ศาลพิพากษาว่าชนพื้นเมืองมีเพียงสิทธิครอบครอง แต่มิได้เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งถือว่าเป็นสมบัติของชาติ จึงไม่สามารถโอนสิทธิในที่ดินให้แก่บุคคลอื่น บุคคลที่ซื้อที่ดินจากรัฐบาลสหรัฐฯ จึงได้สิทธิในที่ดิน ในขณะที่บุคคลที่ซื้อที่ดินผืนเดียวกันจากชาวพื้นเมืองโดยตรงกลับไม่ได้สิทธิแม้ว่าจะซื้อที่ดินก่อนก็ตาม นอกจากนี้ รัฐบาลสหรัฐฯ ได้ตรากฎหมายหลายฉบับที่เรียกกันว่า the Indian Trade and Intercourse Acts ตั้งแต่ ค.ศ. 1790 เป็นต้นมา กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้อำนาจรัฐบาลกลางในการควบคุมการค้าระหว่างบุคคลที่มีใช้คนพื้นเมืองกับชนเผ่าต่างๆ นอกจากนี้ ยังห้ามมิให้คนพื้นเมืองหรือชนเผ่าอินเดียขายที่ดิน เว้นแต่จะเป็นการขายหรือยกดินแดนให้ตามสนธิสัญญาที่ทำกับประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองจึงเป็นเพียงสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดิน การโอนสิทธิโดยการขายให้แก่บุคคลใดๆ ที่มีใช้รัฐบาลสหรัฐฯ จึงกระทำมิได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าที่ดินที่ชนพื้นเมืองอาศัยหรือครอบครองอยู่จะเป็นสมบัติของชาติ แต่รัฐบาลก็มีหน้าที่ต้องจัดการที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติในถิ่นที่อยู่อาศัยของชนพื้นเมืองโดยคำนึงถึงประโยชน์สุขของชนพื้นเมืองเป็นที่ตั้ง หลักดังกล่าวมาจากแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐต่อการคุ้มครองชนพื้นเมือง (trust responsibility หรือ fiduciary duties) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐในฐานะเจ้าของที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติซึ่งชนพื้นเมืองอาศัยอยู่มีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่ชนเผ่าและทรัพย์สินของพวกเขาให้ถูกรุกล้ำทั้งจากหน่วยงานของรัฐเองและจากบุคคลภายนอก ตัวอย่างของคดีที่แสดงถึงความสัมพันธ์ หรือ fiduciary relationship ระหว่างรัฐกับชนเผ่าในฐานะที่รัฐเป็นผู้คุ้มครอง (guardian) เช่น คดี *Pyramid Lake Paiute Tribe of Indians v. Morton* ค.ศ. 1972⁷² ซึ่งเป็นคดีที่ชนเผ่าฟ้องรัฐมนตรีมหาดไทยเพื่อให้ศาลเพิกถอนกฎหมายที่ออกโดยรัฐมนตรีซึ่งมีผลทำให้มีการจัดสรรน้ำแก่เขตจัดการน้ำหนึ่ง (water district) มากเกินความจำเป็นและทำให้น้ำไหลเข้าทะเลสาบในเขตสงวนของชนเผ่าน้อยลง ศาลพิพากษาว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้เพิกถอน ด้วยเหตุผลว่ารัฐมนตรีมีหน้าที่ หรือ fiduciary duty ที่จะทำให้น้ำไหลเข้าส่วนที่เกินจากส่วนที่ต้องจัดส่งให้เขตจัดการน้ำ (ตามข้อผูกพันทางกฎหมายหรือทาง

⁷¹ 414 U.S. 661, 667 (1974)

⁷² U.S. District Court, District of Columbia, 1972 354F. Supp.254

สัญญา)ไหลเข้าทะเลสาบในเขตสงวนของชนเผ่า การละเลยไม่ป้องกันการสูญเสียน้ำโดยไม่จำเป็นจึงเป็นการลิดรอนสิทธิในการรับน้ำของชนเผ่าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ในปัจจุบัน ที่ดินที่ชนพื้นเมืองในสหรัฐครอบครองอยู่และที่ถือเป็น trust land มีประมาณ 56 ล้านเอเคอร์ ซึ่งรวมถึงที่ดินที่จัดเป็นเขตสงวนสำหรับชนพื้นเมือง และที่ดินบางส่วนที่มีปัจเจกชนพื้นเมืองเป็นเจ้าของด้วย ซึ่งในกรณีหลังนี้ปัจเจกซึ่งเป็นชนพื้นเมืองจะขายได้ก็แต่โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีมหาดไทย (Secretary of the Interior) หรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีเท่านั้น ที่ดินที่จัดเป็น trust land ไม่สามารถโอนหรือซื้อขายกันได้ และได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียภาษี สิทธิในที่ดินของชนเผ่าจึงเป็นสิทธิของกลุ่ม ซึ่งมีลักษณะพิเศษจากสิทธิในทรัพย์สินอื่น ๆ การถือครองทรัพย์สินของกลุ่มต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกกลุ่ม

เขตสงวนของชนพื้นเมืองที่ได้รับการรับรองแล้วจากรัฐบาลกลางสหรัฐมีทั้งหมด 287 แห่ง เขตสงวนที่ใหญ่ที่สุดคือเขตสงวนของชนเผ่านาวาโฮ (Navajo Researvation) ซึ่งมีพื้นที่ 16 ล้านเอเคอร์ หรือประมาณ 65,000 ตารางกิโลเมตร ตั้งอยู่ในรัฐอาริโซนา นิวเม็กซิโก และยูทาห์ เขตสงวนหลายแห่งมีขนาดเล็กกว่า 1,000 เอเคอร์ (ประมาณ 2,500 ไร่) และที่เล็กที่สุดมีขนาด 40 เฮคแตร์ (ประมาณ 250 ไร่)

ในเขตสงวนของชนเผ่า กลุ่มชนเผ่ามีอำนาจปกครองตนเอง (self-government) ในระดับหนึ่ง โดยมีรัฐบาลของชนเผ่า (tribal governments) ซึ่งมีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการต่างๆ ซึ่งถือว่าเป็นกิจการภายในของเผ่า ซึ่งรวมถึงอำนาจในการจัดการที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติด้วย ชนเผ่ามีสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งรวมถึงสิทธิในทรัพยากรที่อยู่ใต้ดิน และมีสิทธิคัดค้านหรือยับยั้งการทำเหมืองในที่ดินของชนเผ่า ชนเผ่ามีสิทธิที่จะให้เช่าและพัฒนาที่ดินของชนเผ่าโดยการอนุญาตให้ทำเหมืองแร่ ชุดเจาะน้ำมันและก๊าซ และใช้ที่ดินเพื่อเลี้ยงสัตว์และการเกษตรได้

สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติของชนเผ่ามีในระดับที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาที่เคยทำไว้กับรัฐบาลกลางตั้งแต่ในอดีต ในรัฐมิชิแกน วิสคอนซิน และวอชิงตัน ศาลได้ยืนยันสิทธิของชนเผ่าในทรัพยากรสัตว์น้ำครั้งหนึ่งที่มีอยู่ในมลรัฐเหล่านั้นตามสนธิสัญญาที่ชนเผ่าทำไว้กับรัฐบาล ฉะนั้น ชนพื้นเมืองสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพยากรด้วยตนเองไม่ว่าจะเพื่อเลี้ยงชีพหรือเพื่อการค้า หรือจะอนุญาตให้บุคคลอื่นที่มิใช่ชนพื้นเมืองใช้สิทธิโดยจ่ายค่าตอบแทนก็ได้ โดยภาพรวมแล้ว ชนเผ่าในสหรัฐมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการล่าสัตว์ และทำการประมงในที่ดินและพื้นน้ำที่อยู่ภายในเขตสงวน กฎหมายที่ออกโดยมลรัฐจะไม่มีผลต่อการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติของชนเผ่า ในคดี *United States v. Winans* ค.ศ. 1905⁷³ ศาลสูงสุดพิพากษาว่าโดยสนธิสัญญาที่ทำไว้กับ Yakima Indians เมื่อ ค.ศ. 1859 รัฐบาลได้ให้สิทธิในการจับปลาแก่ชนเผ่าในที่ตั้งชนเผ่าใช้ประโยชน์ร่วมกันเป็นประจำ (right of taking fish “at all usual and accustomed places in common with the citizens of the territory) สิทธิตามสนธิสัญญาตกทอดแก่ผู้สืบเชื้อสายของชนเผ่า

⁷³ 198 U.S. 371 (1905)

โดยไม่มีการจำกัดเวลา แม้ว่าในปัจจุบันที่ดินสองฟากฝั่งแม่น้ำโคลัมเบียที่ชนเผ่าเคยใช้จับปลา มาโดยจารีตประเพณีจะได้กลายเป็นที่ของเอกชนซึ่งได้สิทธิมาโดยชอบด้วยกฎหมายจากรัฐบาลกลาง หรือรัฐบาลมลรัฐวอชิงตันแล้วก็ตาม

รัฐบาลของชนเผ่ามีอำนาจออกกฎระเบียบเพื่อควบคุมการล่าสัตว์และการประมงของสมาชิกในชุมชน บุคคลอื่นที่เข้าไปทำการประมง ล่าสัตว์ หรือดักสัตว์ในที่ดินของชนเผ่าโดยมิได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีอำนาจของชนเผ่า (tribal authorities) มีความรับผิดชอบตามกฎหมายของรัฐบาลสหรัฐ⁷⁴ ในบางกรณีกฎระเบียบของชนเผ่าอาจมีผลบังคับไปถึงบุคคลนอกชุมชนแม้ว่าจะมิใช่ชนเผ่าหากว่าบุคคลนั้นกระทำการที่เป็นการคุกคามหรือส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สุขภาพ หรือความผาสุกของชนเผ่า⁷⁵ การละเมิดสนธิสัญญาโดยการลิดรอนสิทธิในที่ดินของชนเผ่าจะกระทำมิได้เว้นแต่จะมีการชดเชย ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *United States v. Sioux Nation of Indians* ค.ศ. 1980⁷⁶ รัฐบาลกลางทำสนธิสัญญาที่ภูเขาที่เรียกว่า the Black Hills ให้แก่ชนเผ่าเมื่อ ค.ศ. 1868 ต่อมาสภาออกเกรสออกกฎหมายเพื่อเรียกที่ภูเขานี้คืนเมื่อ ค.ศ. 1877 หลังจากที่ค้นพบว่าเป็นแหล่งแร่ทอง ชนเผ่าเคยฟ้องศาลเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยเมื่อ ค.ศ. 1923 แต่ใน ค.ศ. 1942 ศาลปฏิเสธที่จะสั่งให้จ่ายค่าชดเชยตามข้อเรียกร้อง อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการหยิบยกคดีนี้ขึ้นมาพิจารณาใหม่ใน ค.ศ. 1978 ศาลพิพากษาว่าการยึดคืนที่ดินเกิดขึ้นในสถานการณ์ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่ารัฐบาลจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้ การที่รัฐบาลได้ปันทองบางส่วนให้แก่ชนเผ่าถือเป็นการแลกเปลี่ยนกับการที่ชนเผ่าต้องสูญเสียวิถีการดำเนินชีวิตของตนเท่านั้น จึงมิใช่การชดเชยแก่ชนเผ่าที่ต้องสูญเสียสิทธิในภูเขาที่ถูกยึดคืน รัฐบาลจึงยังคงมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชย

นอกเหนือไปจากการรับรองสิทธิในที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติตามสนธิสัญญาที่กระทำกับชนเผ่าแล้ว รัฐบาลสหรัฐในสมัยปัจจุบันมีนโยบายที่จะรับฟังข้อเรียกร้องของชนเผ่าแม้ในกรณีที่ไม่ใช่สนธิสัญญา ใน ค.ศ. 1994 รัฐบาลออกกฎหมาย the Indian Claims Commission Act เพื่อจัดตั้งคณะกรรมการสำหรับการพิจารณากรณีการเรียกร้องสิทธิในที่ดินของชนเผ่า โดยกำหนดให้ต้องมีการชดเชยสำหรับการลิดรอนหรือเพิกถอนสิทธิในที่ดินของชนเผ่า (extinguishment of Indian title) ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของคณะกรรมการและความเหมาะสมของการชดเชยยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันอยู่ กระบวนการจัดตั้งเขตสงวนและการจ่ายค่าชดเชยยังคงดำเนินอยู่ในยุคปัจจุบัน ในกรณีที่ชนเผ่าเรียกร้องสิทธิในที่ดินตามจารีตประเพณี เช่น ใน ค.ศ. 1980 รัฐบาลออกกฎหมาย the Main Indian Claims Act เพื่อโอนที่ดินผืนใหญ่ให้แก่ชนเผ่ากลุ่มต่างๆ ซึ่งอ้างสิทธิในที่ดินที่ตนเองมีมาแต่อดีตในรัฐ Maine ใน ค.ศ. 1983 รัฐบาลตรา the Alaska Native Claims Settlement Act เพื่อชดเชยให้แก่ชนพื้นเมืองในรัฐอลาสก้า ซึ่งยอมละทิ้งสิทธิในที่ดินของตนเอง

⁷⁴ 18 U.S.C. 1165

⁷⁵ ตัวอย่างเช่น คดี *Montana v. United States*, 450 U.S. 544 (1981) และ *New Mexico v. Mescalero Apache Tribe*, 462 U.S. 324 (1983)

⁷⁶ 448 U.S. 371 (1980)

โดยสมัครใจเพื่อแลกเปลี่ยนกับสิทธิในที่ดินผืนใหม่ที่มีเนื้อที่ 44 ล้านเอเคอร์พร้อมกับเงินค่าชดเชยอีก 962.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ปราบกฏการณ์ทำนองเดียวกันกำลังเกิดขึ้นในรัฐอื่นๆและมีการตรากฎหมายลักษณะเดียวกันในรัฐฟลอริดา และคอนเนตทิคัท ใน ค.ศ. 2000⁷⁷

สิทธิชุมชนในแคนาดา ประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างชนพื้นเมืองกับชนผิวขาวในแคนาดามีความคล้ายคลึงกับในสหรัฐอเมริกาในแง่ของการแย่งชิงที่ดินจากชนพื้นเมืองเพื่อขยายอำนาจและเขตแดนของคนผิวขาวออกไป และมีการทำสนธิสัญญากับชนพื้นเมืองเพื่อเอาที่ดินมาจากชนพื้นเมืองอย่างไม่เป็นธรรม รวมทั้งมีการจัดตั้งเขตสงวนเพื่อให้ชนพื้นเมืองอยู่อาศัย อย่างไรก็ตาม กฎหมายแคนาดามีความแตกต่างจากสหรัฐอเมริกาที่สำคัญคือแคนาดาไม่ได้ให้อำนาจแก่ชนเผ่าพื้นเมืองในการจัดการกิจการภายใน ที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติในเขตสงวนของตนมากเหมือนในสหรัฐอเมริกา

ชนพื้นเมืองหรือ “Aboriginal Peoples” ในแคนาดาหมายถึงคน 3 กลุ่ม ได้แก่กลุ่มที่เรียกว่า First Nations (หรือที่เคยเรียกกันว่าชาว Indians) ชาว Inuit (หรือที่เคยเรียกกันว่าชาว Eskimos) และ ชาว Métis (ซึ่งเป็นชนพื้นเมืองที่มีเชื้อสายฝรั่งเศสและสก็อตอันเนื่องมาจากยุคอาณานิคม) ประชากรของชนพื้นเมืองทั้งสามกลุ่มมีรวมกันประมาณ 1.2 ล้านคน หรือ ร้อยละ 4.3 ของประชากรทั้งหมดของประเทศ ในยุคแรกที่ชาวยุโรปเข้าไปในแคนาดา มีการผูกสัมพันธ์และค้าขายกับชนพื้นเมืองด้วยการทำสนธิสัญญากับชนเผ่าต่างๆโดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้าขนสัตว์ซึ่งเฟื่องฟูมากในช่วงก่อน ค.ศ. 1830 นอกจากนี้ ชนพื้นเมืองยังมีบทบาทสำคัญในการทำสงครามแย่งชิงอาณานิคมระหว่างอังกฤษและฝรั่งเศส ก่อนที่อังกฤษจะเป็นฝ่ายชนะใน ค.ศ. 1760 หลังจากอังกฤษได้ชัยชนะเพื่อปกครองแคนาดา ความสัมพันธ์ในฐานะหุ้นส่วนทางการค้าระหว่างคนผิวขาวและชนพื้นเมืองก็เปลี่ยนไปเป็นผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง เกิดการไหลทะลักของชาวยุโรปที่อพยพเข้ามาอยู่อาศัยในแคนาดา สิ่งที่ตามมาคือความพยายามแย่งชิงที่ดินจากชนพื้นเมืองเพื่อเปิดทางให้แก่การตั้งถิ่นฐานของชาวยุโรป ใน ค.ศ. 1763 รัฐบาลอังกฤษออกกฎหมายที่เรียกว่า the Royal Proclamation ซึ่งกำหนดให้รัฐบาลเท่านั้นที่มีสิทธิซื้อที่ดินจากชนพื้นเมือง เอกชนไม่สามารถซื้อที่ดินจากชนพื้นเมืองได้ กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้ชาวผิวขาวที่อพยพเข้ามาตั้งรกรากในแคนาดารุกล้ำเข้าไปในดินแดนที่เป็นของชาวอินเดียนพื้นเมือง นอกจากนี้ รัฐบาลยังได้ตรา the Crown Land Protection Act ในปี ค.ศ. 1839 เพื่อประกาศให้ที่ดินของชาวพื้นเมืองทั้งหมดเป็นของพระมหากษัตริย์ (Crown lands) กฎหมายเหล่านี้เอื้ออำนวยให้รัฐบาลสามารถจัดตั้งเขตสงวนตามสนธิสัญญาที่ทำกับชนพื้นเมืองในช่วงเวลาต่อมา

⁷⁷ S. J. Anaya and R.A. Williams, Jr., “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol.14, 2001, pp.34-86, at p. 68.

เช่นเดียวกับกับในสหรัฐอเมริกา วิธีการหนึ่งที่ใช้ในการเอาที่ดินจากชนพื้นเมืองมาเป็นของ รัฐก็คือการทำสนธิสัญญากับชนพื้นเมือง กระบวนการดังกล่าวเริ่มตั้งแต่ ค.ศ. 1764 โดยทำ สนธิสัญญาหลายฉบับในมณฑลออนตาริโอ (Ontario) ทางฝั่งตะวันออก ก่อนที่ขยายการทำ สนธิสัญญาออกไปในดินแดนทางตะวันตกและทางเหนือของแคนาดา สนธิสัญญาฉบับแรกใน ดินแดนทางตะวันตกได้แก่ฉบับที่ทำกับชนพื้นเมืองในมณฑลมานิโทบา (Manitoba) เมื่อ ค.ศ. 1871 นับจนถึง ค.ศ. 1923 แคนาดาได้ทำสนธิสัญญากับชนพื้นเมืองไปมากกว่า 50 ฉบับ

สนธิสัญญาที่ถือว่าเป็นต้นแบบให้แก่สนธิสัญญาอื่นๆ ได้แก่ สนธิสัญญาสองฉบับที่ทำเมื่อ ค.ศ. 1850 ซึ่งมักเรียกกันว่า the Robinson Treaties (ตามชื่อนาย William B. Robinson ซึ่งเป็น ผู้แทนของรัฐบาลอังกฤษในการเจรจากับชนพื้นเมือง)⁷⁸ การทำ Robinson Treaties เกิดขึ้นหลังจาก ที่มีการค้นพบแหล่งแร่ในแถบชายฝั่งทะเลสาบ Huron และทะเลสาบ Superior รัฐบาลอังกฤษจึง ต้องการเพิกถอนสิทธิของชนพื้นเมืองในพื้นที่เหล่านั้น สาละสำคัญของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับก็คือ การจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินก้อน และเงินรายปีให้แก่ชนพื้นเมือง เพื่อแลกเปลี่ยนกับที่ชนพื้นเมือง ยอมยกที่ดินรอบทะเลสาบให้⁷⁹ นอกจากนี้รัฐบาลตกลงที่จะจัดตั้งเขตสงวนให้ชนพื้นเมืองอยู่อาศัย โดยจัดตั้งเขตสงวน 3 เขตบริเวณทะเลสาบ Superior และเขตสงวน 17 เขตในบริเวณทะเลสาบ Huron และให้ชนพื้นเมืองมีสิทธิเต็มๆ ในการทำประมงและล่าสัตว์ในเขตสงวนของตนได้

สนธิสัญญาฉบับต่อมาๆ มาเดินตามรูปแบบของ Robinson Treaties คือกำหนดให้ชนพื้นเมือง ยกดินแดนให้แก่รัฐบาลแคนาดาเพื่อแลกเปลี่ยนกับการจัดตั้งเขตสงวนให้ เขตสงวนส่วนใหญ่จะจัด ให้ตามจำนวนประชากร เช่น พื้นที่ 1 ตารางไมล์สำหรับครัวเรือนที่มีสมาชิก 5 คน พร้อมเงินรายปี ให้อีกจำนวนเล็กน้อย นอกจากนี้ อาจตกลงที่จะให้สิ่งของอื่นๆ เช่น กระสุนปืน อุปกรณ์หาปลา เครื่องมือสำหรับทำเกษตร สินค้าและบริการอื่นๆ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลมิได้ปฏิบัติตามข้อผูกพันใน สนธิสัญญาเสมอไป ในหลายกรณีมิได้มีการจัดที่ดินสำหรับจัดตั้งเขตสงวนให้ตามที่สัญญา และเขต สงวนที่จัดตั้งแล้วก็ถูกยึดคืนทั้งโดยรัฐบาลเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และบริษัท รวมทั้ง บริษัทรถไฟที่สร้างทางผ่าเข้าไปในเขตสงวนของชนพื้นเมือง แม้ว่าอำนาจในการบริหารจัดการที่ เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองจะเป็นของรัฐบาลกลาง แต่ในทางปฏิบัติก็ปล่อยให้รัฐบาลระดับมณฑล สามารถบังคับใช้กฎหมายของตนเองกับชนพื้นเมืองได้ โดยรัฐบาลกลางมิได้กำกับดูแลเพื่อให้ชน พื้นเมืองได้สิทธิตามที่ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาอย่างแท้จริง⁸⁰

⁷⁸ ประกอบด้วย The Robinson-Superior Treaty และ The Robinson-Huron Treaty

⁷⁹ ในกรณีของ The Robinson-Superior Treaty รัฐบาลเสนอจ่ายเงินให้ 2,000 ปอนด์ และเงินรายปีอีกปีละ 500 ปอนด์ ส่วนกรณี The Robinson-Huron Treaty รัฐบาลเสนอจ่ายเงินให้ 2,160 ปอนด์ และเงินรายปีอีกปีละ 600 ปอนด์

⁸⁰ B. Henderson, *A Brief Introduction to Aboriginal Law in Canada*, <http://www.bloorstreet.com/200block/brintro.htm>

ตามมาตรา 91(24) ของรัฐธรรมนูญแคนาดา ฉบับ ค.ศ. 1867 รัฐบาลกลางมีอำนาจทางกฎหมายเหนือชนพื้นเมืองและที่ดินของชนพื้นเมืองแต่เพียงผู้เดียว กฎหมายแคนาดาที่ใช้บังคับกับชนพื้นเมืองโดยตรงคือ the Indian Act ซึ่งตราขึ้นครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1876 และถูกแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเมื่อ ค.ศ. 1985 การแก้ไขกฎหมายมีผลให้คุ้มครองชนพื้นเมืองมากขึ้น ในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดินของชนพื้นเมืองนั้น กฎหมายนี้บัญญัติว่ารัฐบาลจะโอนที่ดินซึ่งเป็นถิ่นที่อยู่อาศัยของชนพื้นเมืองเพื่อนำไปใช้ในกิจการอื่นใดได้ก็ต่อเมื่อชนพื้นเมืองได้ยกที่ดินหรือยอมละทิ้งสิทธิในที่ดินนั้นแล้วเท่านั้น นอกจากนี้ยังกำหนดให้ที่ดินของชนพื้นเมืองได้รับยกเว้นภาษี และให้ชนพื้นเมืองมีสิทธิปกครองตนเองในขีดจำกัดใด อย่างไรก็ตาม นับจนถึงปัจจุบันขอบเขตการปกครองตนเองของชนพื้นเมืองยังไม่ชัดเจนเหมือนในสหรัฐอเมริกา และเป็นเรื่องที่รัฐบาลกลางกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจากับชนพื้นเมือง นอกจากนี้ มาตรา 8 ของ the Indian Act ค.ศ. 1985 ยังบัญญัติให้กฎหมายทั้งปวงที่มีผลใช้บังคับทั่วไปซึ่งออกโดยรัฐบาลระดับมณฑลมีผลบังคับใช้กับชนพื้นเมืองได้ และกรณีดังกล่าวถูกตีความว่าน่าจะหมายความรวมถึงกฎหมายด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วย

ลักษณะเด่นประการหนึ่งของกฎหมายแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองก็คือ รัฐธรรมนูญแคนาดาได้รับรองสิทธิของชนพื้นเมืองอย่างชัดเจน บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแคนาดาเมื่อ ค.ศ. 1982 (the Constitution Act 1982) มาตรา 35 บัญญัติรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองและสิทธิตามสนธิสัญญา (treaty rights) ดังนี้

- (1) สิทธิที่มีอยู่ของชนพื้นเมืองและสิทธิตามสนธิสัญญา (existing aboriginal and treaty rights) ต้องได้รับการเคารพ
- (2) ชนพื้นเมืองของแคนาดา หมายความว่ารวมถึง ชาว Indian, Inuit และ Métis และให้ถือว่าข้อตกลงตามข้อเรียกร้องสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองในยุคปัจจุบัน (modern land claims agreements) เป็นสนธิสัญญาด้วย
- (3) สิทธิของชนพื้นเมืองและสิทธิตามสนธิสัญญาจะต้องได้รับการประกันให้แก่ชายและหญิงโดยเสมอภาคกัน

สำหรับประเด็นถกเถียงว่า สิทธิของชนพื้นเมืองและสิทธิตามสนธิสัญญาที่จะถือว่ามีอยู่ (existing) ตามข้อ (1) มีขอบเขตมากน้อยเพียงใดนั้น ศาลสูงสุดของแคนาดาได้วางหลักไว้เมื่อ ค.ศ. 1990 ในคดี *Sparrow v. The Queen*⁸¹ ซึ่งเป็นคดีที่ชนพื้นเมืองมณฑล British Columbia เรียกร้องสิทธิตามจารีตประเพณีในการทำประมงในแม่น้ำที่อยู่ในเขตของชนเผ่า ศาลพิจารณาแล้วมีความเห็นว่า แม้รัฐบาลกลางจะได้ออกกฎระเบียบเพื่อควบคุมสิทธิในการทำประมงดังกล่าวมานานหลายปีก่อนที่จะมีการตรา the Constitution Act ค.ศ. 1982 แต่กฎระเบียบเหล่านั้นก็ได้มีผลเป็นการยกเลิกสิทธิตามจารีตประเพณีของชนพื้นเมือง ทั้งนี้ สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา

⁸¹ (1990) 1 S.C.R. 1075

35 ของรัฐธรรมนูญได้แก่ สิทธิทั้งหลายที่ยังไม่ถูกยกเลิกโดยกฎหมายหรือโดยความยินยอมของชนพื้นเมืองเอง หากต้องการยกเลิกสิทธิของคนพื้นเมือง รัฐบาลจะต้องแสดงเจตนาดังกล่าวให้ชัดเจน ในกรณีที่กฎหมายของรัฐบาลกลางขัดแย้งกับสิทธิของชนพื้นเมือง รัฐบาลจะต้องสามารถให้เหตุผลและคำชี้แจงโดยซึ่งน้ำหนักให้สมดุลระหว่างอำนาจและความรับผิดชอบที่รัฐบาลมีต่อชนพื้นเมือง ศาลยกตัวอย่างกรณีที่กฎหมายของรัฐอาจระงับสิทธิของชนพื้นเมืองตามรัฐธรรมนูญได้ เช่น กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ เกษตรกรรม การป่าไม้ การสำรวจและใช้ประโยชน์จากแหล่งแร่ การพัฒนาพลังงานไฟฟ้าพลังน้ำ การก่อสร้างระบบสาธารณสุขภาค และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือพันธุ์พืชพันธุ์สัตว์ที่ตกอยู่ในอันตรายใกล้สูญพันธุ์ เป็นต้น นอกจากนี้ ในการออกกฎระเบียบเพื่อควบคุมการทำประมงของชนพื้นเมือง จะต้องจัดลำดับความสำคัญให้ชนพื้นเมืองได้มีสิทธิจับปลาในลำดับต้น ๆ กล่าวคือ รัฐบาลต้องให้ความสำคัญแก่การอนุรักษ์สัตว์น้ำเป็นลำดับแรก และหากมีปลาที่อนุญาตให้จับได้ จะต้องให้สิทธิแก่ชนพื้นเมืองก่อน ตามมาด้วยสิทธิของบุคคลที่มีใช้ชนพื้นเมือง และให้การจับปลาเพื่อนันทนาการอยู่ในลำดับต่ำสุด

คดีที่สำคัญมากอีกคดีหนึ่งที่วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับขอบเขตและการพิสูจน์การมีอยู่ของสิทธิชนพื้นเมืองก็คือ คดี *Delgamuukw v. British Columbia* ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นคดีที่หัวหน้าชนพื้นเมืองสองเผ่าอ้างสิทธิในการปกครองตนเองและสิทธิของชนพื้นเมืองในที่ดินของชนเผ่าในมณฑล British Columbia ในการอ้างสิทธิดังกล่าว ผู้ร้องอ้างถึงสิทธิทางประวัติศาสตร์ในการใช้ที่ดินของชนเผ่า และความเป็นเจ้าของที่ดินของชนเผ่าที่มีมาตามจารีตประเพณี รวมทั้งหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในรูปของการเดินร่ำตามประเพณี และเรื่องเล่า (oral history) ศาลสูงสุดของแคนาดาได้วางหลักเกี่ยวกับลักษณะของสิทธิของชนพื้นเมืองที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญไว้ว่า เป็นสิทธิที่มีมาแต่บรรพบุรุษ เป็นสิทธิในที่ดินซึ่งมีลักษณะพิเศษทางกฎหมาย (*sui generis*) และเป็นสิทธิที่ชนพื้นเมืองยึดถือร่วมกัน (held communally) สิทธิในที่ดินนี้ครอบคลุมถึงสิทธิในการใช้และครอบครองที่ดินแต่ผู้เดียว ซึ่งรวมถึงสิทธิในการใช้ทรัพยากรบนดินและใต้ดิน ในการพิสูจน์การมีอยู่ของสิทธิดังกล่าวนี้ ชนพื้นเมืองจะต้องแสดงพยานหลักฐานว่า (1) ชนเผ่าของตนได้ครอบครองที่ดินมาตั้งแต่ก่อนอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของแคนาดา (ณ เวลาที่อังกฤษเข้าปกครองในฐานะรัฐาธิปัตย์ ก่อนที่แคนาดาจะสืบทอดจากอังกฤษในเวลาต่อมา) (2) การครอบครองที่ดินต้องมีความต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน (3) ณ เวลาที่อำนาจอธิปไตยตกเป็นของแคนาดา การครอบครองที่ดินของชนเผ่าต้องเป็นการครอบครองแต่เพียงผู้เดียว (“occupation must have been exclusive”) ในการพิสูจน์ความต่อเนื่องของการครอบครองที่ดินนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ว่ามีความต่อเนื่องอย่างสมบูรณ์ หากมีหลักฐานพอสมควรที่แสดงว่ามีการดำรงรักษาไว้ซึ่งความผูกพัน (bond) ระหว่างชนพื้นเมืองกับดินแดนที่ตนอาศัยอยู่ก็ถือว่าเพียงพอแล้ว ประเด็นที่สำคัญมากในคดีนี้ก็คือ ศาลพิพากษาว่าพยานหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่เป็นเรื่องเล่าแม้ไม่ได้บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรก็สามารถใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิของชนพื้นเมืองได้ โดยให้

เหตุผลว่า สิทธิของชนพื้นเมืองมีลักษณะพิเศษและมีกำเนิด ณ ช่วงระยะเวลาในอดีตซึ่งเป็นการยากที่จะมีการบันทึกแนวปฏิบัติ และจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองเป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองของแคนาดา มีแนวคิดเกี่ยวกับเรื่อง fiduciary relationship เช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับชนพื้นเมือง รัฐบาลมีหน้าที่คุ้มครองและบริหารกิจการเพื่อประโยชน์สุขของชนพื้นเมือง ในคดี *Guerin v. The Queen* ค.ศ. 1984⁸² ศาลสูงสุดของแคนาดาพิพากษาว่าการที่รัฐบาลได้ตรา the Royal Proclamation และ the Indian Act ซึ่งกำหนดให้ชนพื้นเมืองโอนที่ดินของตนให้แก่รัฐได้เท่า นั้น ทำให้เกิดหน้าที่ว่ารัฐต้องกระทำการโดยคำนึงถึงประโยชน์สุขของชนพื้นเมืองเป็นที่ตั้ง การที่รัฐบาลปล่อยให้มีการแก้ไขเอกสารการเช่าที่สงวนของชนพื้นเมืองเผ่าหนึ่งในเขตเมืองแวนคูเวอร์เพื่อใช้สร้างกอล์ฟคลับจนสัญญาเช่ามีข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากที่ชนพื้นเมืองกลุ่มนั้นได้ให้ความเห็นชอบไว้ในตอนแรก ถือว่าเป็นความบกพร่องต่อหน้าที่ จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ชนพื้นเมืองกลุ่มนี้เป็นเงิน 10 ล้านเหรียญ เช่นเดียวกับในคดี *Delgamuukw* ที่กล่าวมาแล้ว แม้ศาลจะยอมรับว่าอาจมีสถานการณ์ที่ทำให้รัฐจำเป็นต้องออกกฎหมายอันขัดแย้งกับสิทธิของชนพื้นเมือง แต่รัฐจะต้องสามารถชี้แจงเหตุผลและความจำเป็นได้ และรัฐมีหน้าที่ (fiduciary duty) ต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงประโยชน์สุขของชนพื้นเมือง ซึ่งหมายความว่า จะต้องเปิดให้ชนพื้นเมืองมีส่วนร่วมในการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับที่ดินของพวกเขา ในทุกกรณีจะต้องมีการปรึกษาหารือกับชนพื้นเมือง และหากกิจกรรมของรัฐมีผลเป็นการละเมิดสิทธิของชนพื้นเมือง รัฐจะต้องชดเชยให้ชนพื้นเมืองอย่างยุติธรรม

นอกจากพัฒนาการในด้านที่ตีขึ้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองในรัฐธรรมนูญแคนาดาตาม the Constitution Act ค.ศ. 1982 แล้ว รัฐบาลแคนาดาได้เปิดให้มีกระบวนการรับฟังข้อเรียกร้องสิทธิและเจรจาข้อตกลงกับชนพื้นเมืองในช่วงสามทศวรรษที่ผ่านมา กระบวนการดังกล่าวเริ่มเมื่อ ค.ศ. 1973 โดยรับฟังและเจรจาข้อเรียกร้องทั้งในกรณีที่ชนพื้นเมืองไม่เคยทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ กับรัฐบาลมาก่อน (Comprehensive Claims Process) และกรณีที่ชนพื้นเมืองเรียกร้องให้รัฐบาลปฏิบัติตามข้อผูกพันทางกฎหมายหรือตามสนธิสัญญาที่ได้เคยไว้ทำกับชนพื้นเมือง (Specific Claims Process) ในบางกรณี ข้อเรียกร้องประกอบด้วย การขอสิทธิในการปกครองตนเองในรูปแบบต่างๆ รวมอยู่ด้วย ข้อตกลงแรกๆ ที่ทำสำเร็จ ได้แก่ ข้อตกลงฉบับต่างๆ ที่ทำกับชนพื้นเมืองในมณฑล Quebec ที่เรียกกันว่า James Bay and Northern Quebec Agreements ค.ศ. 1975 ตามข้อตกลงนี้ รัฐบาลตกลงจัดตั้งเขตสงวนหลายแห่งในที่ดินของชนพื้นเมืองหลายกลุ่ม โดยให้ชนพื้นเมืองมีสิทธิในการล่าสัตว์และทำประมงในพื้นที่เหล่านั้นได้ เช่น ชนพื้นเมืองกลุ่มที่เรียกว่า Cree and Inuit ได้รับสิทธิในการล่าสัตว์และทำประมงแต่ผู้เดียวในพื้นที่ 15.5 ล้านเฮคแตร์ รัฐบาลยังได้จัดทำข้อตกลงกับชนพื้นเมืองอีก

⁸² (1984) 2 S.C.R. 335

หลายกลุ่มที่อยู่ทางตอนเหนือของประเทศ เช่น กลุ่ม Inuit ที่อยู่แถบอาร์กติกตะวันตกได้รับการจัดที่ดินให้ 9.1 ล้านเฮคแตร์ใน ค.ศ. 1984 และชาวพื้นเมืองที่เรียกว่า Yukon First Nations ทำข้อตกลงกับรัฐบาลใน ค.ศ. 1993 ข้อตกลงอีกฉบับหนึ่งซึ่งจัดทำเสร็จเมื่อ ค.ศ. 1998 ก็คือข้อตกลงกับชนเผ่าที่เรียกว่า Nisga ใน British Columbia โดยรัฐบาลตกลงให้สิทธิในที่ดินแก่ชนพื้นเมืองกลุ่มนี้เป็นบริเวณกว้างถึง 1,900 ตารางกิโลเมตรในหุบเขา Nass River Valley พร้อมกับจ่ายเงินชดเชยให้แก่ชนพื้นเมืองกลุ่มนี้อีก 190 ล้านเหรียญสหรัฐเพื่อทดแทนกับการที่ชนกลุ่มนี้ยอมสละสิทธิในที่ดินบางส่วน โดยผลของการจัดทำข้อตกลงต่างๆ ทำให้ในปัจจุบันชนพื้นเมืองโดยรวมมีสิทธิในที่ดินประมาณ 62.5 ล้านเฮคแตร์ หรือประมาณร้อยละ 6.3 ของพื้นที่ประเทศ ซึ่งรวมถึงพื้นที่ประมาณ 2.7 ล้านเฮคแตร์ที่อยู่ในเขตสงวน ในพื้นที่ส่วนใหญ่ ชนพื้นเมืองมีสิทธิในระดับต่างๆ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่ทำกับรัฐบาลในยุคปัจจุบันและตามสนธิสัญญาที่ทำไว้กับรัฐบาลในอดีต ในกรณีส่วนใหญ่ นอกเหนือไปจากสิทธิในการล่าสัตว์และทำประมงแล้ว ชนพื้นเมืองมีสิทธิในทรัพยากรแร่ทั้งในดินและใต้ดิน รวมทั้งมีสิทธิได้รับค่าภาคหลวงหรือค่าชดเชยจากกิจการทำเหมืองแร่ที่กระทำในเขตพื้นที่ของตน⁸³

จากพัฒนาการทางกฎหมายที่ยาวนานและการต่อสู้เรียกร้องสิทธิของคนพื้นเมืองทำให้สิทธิชุมชนพื้นเมืองในประเทศแคนาดามีความมั่นคงในระดับหนึ่ง ชุมชนพื้นเมืองมีสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติในเขตสงวนที่ตนอยู่อาศัย ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิตและทรัพยากรแร่ที่อยู่ในดินและใต้ดิน อย่างไรก็ตาม ชนพื้นเมืองในแคนาดายังจัดเป็นกลุ่มชนที่ยากจนและด้อยโอกาสทางสังคมและการศึกษาเมื่อเทียบกับพลเมืองแคนาดาโดยทั่วไป จึงเป็นเรื่องที่จะต้องติดตามและศึกษาต่อไปว่านโยบายการให้สิทธิปกครองตนเองที่รัฐบาลแคนาดาได้กำหนดขึ้นจะมีผลเป็นรูปธรรมให้ชุมชนพื้นเมืองของแคนาดาได้สิทธิที่ดีขึ้นในการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมมากน้อยเพียงใด

สิทธิชุมชนในประเทศออสเตรเลีย ชนพื้นเมืองออสเตรเลียประกอบด้วยคนพื้นเมืองที่เรียกว่า Aboriginal people หรือ Aboriginal Australians กับชาวเกาะในช่องแคบทอร์เรส ที่เรียกว่า Torres Strait Islanders จากการสำรวจประชากรเมื่อ ค.ศ. 2001 ออสเตรเลียมีชนพื้นเมืองอยู่ประมาณ 3.6 แสนคน คิดเป็นร้อยละ 2.4 ของประชากรทั้งหมดของประเทศ กล่าวกันว่าชาวพื้นเมืองออสเตรเลียตั้งถิ่นฐานในออสเตรเลียมานานตั้งแต่ก่อนคริสตศักราช มีจำนวนถึงประมาณ 500 เผ่า หรือชาติ (tribes or nations) ต่อมาชาวยุโรปมาตั้งถิ่นฐานเป็นครั้งแรกที่เมือง Sydney เมื่อ ค.ศ. 1788 ชนพื้นเมืองได้รับผลกระทบเป็นอย่างมากจากการเข้ามาของชาวยุโรป ทั้งจากโรคภัยไข้เจ็บที่มากับคนผิวขาว การกดขี่และการสังหารหมู่เมื่อชาวอังกฤษที่เข้ามาตั้งรกรากต้องการ

⁸³ L. Behrendt, *The Protection of Indigenous Rights: Contemporary Canadian Comparisons*, Research Paper 27, 1999-2000, Parliament of Australia, Parliamentary Library, <http://www.aph.gov.au/library/pubs>

ที่ดินเพื่อก่อสร้างบ้านเรือน ทำเกษตรกรรม เลี้ยงสัตว์ และทำเหมืองแร่ อังกฤษโอนอำนาจในการปกครองให้แก่รัฐบาลกลางของออสเตรเลียเมื่อ ค.ศ. 1900-1901

ประวัติความเป็นมาของสิทธิชนพื้นเมืองในออสเตรเลียมีความแตกต่างจากสหรัฐอเมริกา และแคนาดาอย่างมาก ที่สำคัญคือ รัฐบาลไม่ได้ทำสนธิสัญญากับชนพื้นเมืองดังเช่นที่เกิดขึ้นในอีกสองประเทศ และแนวคิดเรื่อง trust responsibility หรือ fiduciary relationship ที่กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อชนพื้นเมืองก็ไม่ปรากฏในระบบกฎหมายของออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญของออสเตรเลียมีได้บัญญัติรับรองสิทธิของชนพื้นเมือง และไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองในลักษณะเดียวกันกับ the Indian Act ค.ศ. 1985 ของแคนาดา การสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองจึงอาจเกิดขึ้นได้ง่ายกว่า นโยบายของรัฐบาลเน้นเรื่องการจัดการบริการของรัฐให้แก่ชนพื้นเมืองและยังคงให้ความสำคัญน้อยกว่าเรื่องการทำสิทธิปกครองตนเองของชนพื้นเมือง โดยผลของการออกเสียงประชามติเมื่อ ค.ศ. 1967 รัฐบาลกลางที่กรุงแคนเบอร์ราได้อำนาจในการออกกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับชนพื้นเมือง

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในลักษณะที่เป็นสิทธิส่วนรวมที่ชุมชนพื้นเมืองมีส่วนร่วมกันเหนือที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติไม่ปรากฏชัดเจนในออสเตรเลียซึ่งต่างจากสหรัฐและแคนาดา ก่อน ค.ศ. 1992 การได้สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองขึ้นอยู่กับ การออกเอกสารสิทธิให้โดยรัฐบาล กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการให้สิทธิในที่ดินแก่ชนพื้นเมืองเริ่มประกาศใช้ก่อนในรัฐ Northern Territory เรียกว่า Aboriginal Land Rights (Northern Territory Act) ค.ศ. 1976 กฎหมายนี้บัญญัติกระบวนการในการให้สิทธิในที่ดินแก่ชนพื้นเมือง ชนพื้นเมืองสามารถยื่นคำขอมีสิทธิในที่ดินของตนเองอ้างว่าเป็นเจ้าของได้ ที่ดินดังกล่าวอาจเป็นที่ดินของรัฐแต่ต้องเป็นที่ดินที่ยังไม่มีใครเป็นเจ้าของ ชนพื้นเมืองที่อ้างสิทธิจะต้องพิสูจน์ว่าตนเองมีความสัมพันธ์ตามจารีตประเพณีกับที่ดินนั้น โดยแสดงพยานหลักฐานต่อคณะกรรมการที่ดินของชนพื้นเมือง (Aboriginal Land Commission) ซึ่งบ่อยครั้งต้องอาศัยหลักฐานการศึกษาของนักมานุษยวิทยา หากสามารถพิสูจน์สิทธิของตนได้ ก็จะได้สิทธิในการถือครองที่ดิน (freehold title) แต่ที่ดินนั้นไม่สามารถซื้อขาย หรือนำไปจำนองได้อย่างไรก็ตาม ผู้ถือครองที่ดินนั้นสามารถให้เช่า (lease) ที่ดินและสิทธิในสัญญาเช่าสามารถนำไปจำนองเพื่อหาทุนมาประกอบธุรกิจได้ ชนพื้นเมืองที่ถือครองที่ดินมีอำนาจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาสำรวจและทำเหมืองแร่ในที่ดินของตนเองได้ แต่สิทธินี้ไม่ใช่สิทธิที่เด็ดขาดเนื่องจากผู้ว่าราชการออสเตรเลียมีอำนาจอนุญาตได้แม้ว่าจะขัดกับความต้องการของผู้ถือครองที่ดิน หากเห็นว่าเป็นกรณีที่น่าเป็นประโยชน์ของชาติ อย่างไรก็ตาม ผู้ถือครองที่ดินมีสิทธิในการเจรจาเงื่อนไขกับผู้ขออนุญาต รัฐบาลจะนำค่าภาคหลวงที่ได้จากการทำเหมืองแร่เข้าสมทบในกองทุนที่เรียกว่า Aboriginal Benefits Account (ABA) ซึ่งจะนำไปกระจายให้แก่ชุมชนท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบจากการทำเหมืองแร่ รวมทั้งชุมชนพื้นเมืองกลุ่มอื่นๆ และเงินส่วนหนึ่งจะใช้จ่ายเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของคณะกรรมการที่ดิน (Land Councils) ที่รับผิดชอบในพื้นที่นั้นด้วย นอกจากให้สิทธิในการถือครองที่ดินแก่ชนพื้นเมืองในระดับปัจเจกแล้ว อาจมีการให้สิทธิถือครอง

ที่ดินเป็นกลุ่มในระดับชุมชนได้ โดยให้ถือครองในนามขององค์กรที่เรียกว่า Aboriginal Land Trusts ซึ่งเป็นการถือครองเพื่อประโยชน์ของชุมชนพื้นเมืองที่อาศัยทำกินในที่ดินนั้นมาตามจารีตประเพณี สำหรับรัฐอื่น ๆ ก็มีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดกระบวนการในการให้สิทธิถือครองที่ดินแก่ชนพื้นเมืองเช่นกัน ได้แก่ the New South Wales Aboriginal Land Rights Act ค.ศ. 1983 และ the Aboriginal Land Act (Queensland) ค.ศ. 1991

การรับรองสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองในฐานะที่เป็น Native Title ซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบธรรมและไม่ขึ้นอยู่กับการให้สิทธิโดยรัฐบาลเพิ่งจะเกิดขึ้นเมื่อศาลสูงของออสเตรเลียมีคำพิพากษาในคดี *Mabo v. the State of Queensland (No.2)* ค.ศ. 1992⁸⁴ ซึ่งเป็นคดีประวัติศาสตร์ที่ต่อสู้ยืดเยื้อนานถึง 10 ปี คดี *Mabo Case* เป็นคดีที่นาย Mabo และพวกฟ้องรัฐบาลรัฐควีนส์แลนด์เพื่อเรียกร้องสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองกลุ่มที่เรียกว่า the Meriam people บนเกาะ Murray Island และเกาะอื่นอีก 2 เกาะใน Torres Strait ซึ่งเป็นดินแดนที่ชนพื้นเมืองกลุ่มนี้อาศัยอยู่มาช้านานก่อนที่จะถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐควีนส์แลนด์ใน ค.ศ. 1879 การถือครองที่ดินของชนพื้นเมืองมีลักษณะทั้งที่เป็นที่ดินของปัจเจกและที่ดินของกลุ่ม ในคดีนี้ ศาลวางหลักที่ถือว่าการปฏิบัติความคิดเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองในออสเตรเลีย โดยสาระสำคัญศาลพิพากษาว่า ชนพื้นเมืองมีสิทธิในที่ดินอยู่ก่อนที่ออสเตรเลีย (อังกฤษในอดีต) จะมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนนี้ ดินแดนออสเตรเลียจึงมิใช่ดินแดนที่ไม่มีใครเป็นเจ้าของ (*terra nullius*) ก่อนที่ชาวยุโรปจะเข้ามาตั้งถิ่นฐาน สิทธิของชนพื้นเมืองได้ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องมาพร้อมกับกฎหมายและจารีตประเพณีที่กำหนดสิทธิในที่ดินของพวกเขา สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองจึงไม่ขึ้นอยู่กับการให้สิทธิโดยรัฐบาล แม้ว่าคดีนี้จะเกี่ยวข้องกับการเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองในรัฐควีนส์แลนด์ แต่ศาลกล่าวชัดเจนว่าต้องการวางหลักการที่ใช้ได้กับกรณีเรียกร้องสิทธิอื่นๆทั้งหมดในออสเตรเลียด้วย

คดี *Mabo Case* จึงถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของกฎหมายออสเตรเลียในเรื่องสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมือง โดยผลของคดีนี้ รัฐบาลออสเตรเลียตรากฎหมายที่เรียกว่า the Native Title Act ค.ศ. 1993 กฎหมายนี้รับรองสิทธิของชนพื้นเมืองในที่ดินของตน และกำหนดกระบวนการสำหรับพิจารณาคำร้องของชนพื้นเมืองเพื่อเรียกร้องสิทธิในที่ดิน นอกจากนี้ยังให้สิทธิแก่ชนพื้นเมืองในการเจรจาเงื่อนไขเกี่ยวกับการขออนุญาตเข้าทำเหมืองแร่และจัดทำโครงการพัฒนาอื่นๆในที่ดินของพวกเขาได้ อย่างไรก็ตาม การเรียกร้องสิทธิภายใต้กฎหมายนี้ยังคงเป็นเรื่องที่ยุ่งยากและต้องใช้เวลาช้านาน ในกรณีส่วนใหญ่ชนพื้นเมืองมีปัญหาในการพิสูจน์จารีตประเพณีที่เกี่ยวกับวิถีชีวิตและการใช้ที่ดินของตน ซึ่งมักมิได้มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

ใน ค.ศ. 1998 รัฐบาลตรา the Native Title Amendment Act ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับ ค.ศ. 1993 การแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดกระบวนการและเงื่อนไขที่ยุ่งยากมากขึ้นสำหรับชนพื้นเมืองที่ต้องการเรียกร้องสิทธิในที่ดิน นอกจากนี้ ยังโอนอำนาจในการบังคับใช้

⁸⁴ (1992) 175 C.L.R. 1

กฎหมายนี้ให้แก่รัฐบาลของแต่ละรัฐ ซึ่งทำให้รัฐบาลของรัฐสามารถระงับสิทธิเรียกร้องของชนพื้นเมืองได้ในหลาย ๆ กรณีรวมทั้งในกรณีซึ่งเป็นการเรียกร้องสิทธิในที่ดินผืนใหญ่ที่รัฐบาลได้ให้บุคคลอื่นเช่าเป็นทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์ (pastoral leases) นอกจากนี้ ยังยกเลิกสิทธิของชนพื้นเมืองในการเจรจาเกี่ยวกับการอนุญาตให้เข้าทำเหมืองแร่หรือกิจการอย่างอื่นในที่ดินของตนตามที่เคยบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับ ค.ศ. 1993 ใน ค.ศ. 1999 คณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติขององค์การสหประชาชาติได้วิจารณ์กฎหมายฉบับนี้ว่าเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และแสดงความห่วงใยว่าออสเตรเลียกำลังก้าวถอยหลังในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมือง

สิทธิชุมชนในประเทศอื่น ๆ

จากการสำรวจโดยยังไม่มีการศึกษาละเอียดพบว่า ประเทศต่างๆ ในโลกมีแนวโน้มที่จะรับรองสิทธิชุมชนอย่างชัดเจน โดยเฉพาะประเทศในแถบละตินอเมริกาซึ่งเป็นสมาชิกอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอเมริกา ในส่วนนี้จะกล่าวถึงกฎหมายของบางประเทศในละตินอเมริกาและเอเชียพอสังเขป โดยสรุปเนื้อหาจากบทความของ Professor S. James Anaya ที่ตีพิมพ์ใน Harvard Human Rights Journal⁸⁵

โบลิเวีย รัฐธรรมนูญโบลิเวียฉบับ ค.ศ. 1967 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1994 มาตรา 171 ประกันและคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมือง ซึ่งในที่นี้จะเรียกว่า ชุมชนท้องถิ่น (indigenous peoples) สิทธิของชุมชนท้องถิ่นรวมถึงสิทธิที่เกี่ยวกับการดำรงรักษาไว้ซึ่งความมีตัวตน (identity) ค่านิยม (values) ภาษา จารีตประเพณี ระบบสถาบัน และกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องการใช้ที่ดินและทรัพยากร นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอื่นๆ ที่คุ้มครองสิทธิในที่ดินของชุมชนท้องถิ่น ทั้งสิทธิในการเป็นเจ้าของ และครอบครองที่ดิน กฎหมายปฏิรูปการเกษตร คุ้มครองสิทธิชุมชนในที่ดินที่ชุมชนเคยใช้ร่วมกันมาก่อน (original communal land) และในกรณีที่สิทธิชุมชนขัดกับสิทธิในที่ดินของบุคคลอื่น ก็ให้ถือว่าชุมชนมีสิทธิดีกว่า นอกจากนี้ กฎหมายป่าไม้รับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในป่าไม้ที่อยู่บนที่ดินของชุมชน และห้ามมิให้รัฐให้สัมปทานป่าไม้ในพื้นที่ซึ่งชุมชนท้องถิ่นอาศัยอยู่

⁸⁵ S. J. Anaya and R.A. Williams, Jr., "The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System", *Harvard Human Rights Journal*, Vol.14, 2001, pp. 34-86.

บราซิล บราซิลแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศเมื่อ ค.ศ. 1988 เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ชนพื้นเมืองอินเดียนของตนมากขึ้น มาตรา 231 ของรัฐธรรมนูญรับรองการจัดระบบสังคม จารีตประเพณี ภาษา ความเชื่อ และธรรมเนียมปฏิบัติของชุมชนท้องถิ่น รวมทั้งสิทธิในที่ดินที่ชุมชนครอบครองมาแต่บรรพบุรุษ (ancestral right) รัฐมีหน้าที่จัดทำแนวเขตที่ดินของชุมชนท้องถิ่นและให้ความคุ้มครองแก่ที่ดินนั้น ชุมชนท้องถิ่นได้รับการประกันสิทธิในการครอบครองที่ดินโดยถาวรและมีสิทธิในการใช้ที่ดินของพวกเขาแต่เพียงผู้เดียวซึ่งรวมถึงทรัพยากรดินและน้ำ ห้ามมิให้ย้ายชุมชนท้องถิ่นออกจากที่ดินของตนเอง และชุมชนท้องถิ่นต้องได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยบุคคลภายนอก เพื่อให้สามารถสงวนรักษาทรัพยากรสิ่งแวดล้อมที่จำเป็นต่อความผาสุกและความอยู่รอดทางวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น

โคลอมเบีย รัฐธรรมนูญโคลอมเบียฉบับ ค.ศ. 1991 รับรองสิทธิในการปกครองตนเองของชุมชนท้องถิ่นตามจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติในที่ดินของตนเอง ที่ดินของชุมชนท้องถิ่นจะไม่สามารถนำไปจำหน่ายโอนและไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับคดีตามกฎหมาย (ได้รับการคุ้มครองจากการยึดทรัพย์สินและไม่ต้องเสียภาษี) รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำแนวเขตที่ดินของชุมชนท้องถิ่นและให้ความคุ้มครองที่ดินตามแนวเขตนั้น ชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิในการขอให้รัฐจัดตั้งเขตสงวนเพื่อให้ชุมชนท้องถิ่นสามารถจัดการที่ดินซึ่งถือว่าเป็นสมบัติร่วมกันของชุมชน ชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิได้รับการปรึกษาหารือในกรณีที่มีการพัฒนาหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติซึ่งอยู่ในพื้นที่ดินของชุมชน ศาลรัฐธรรมนูญของโคลอมเบียเคยพิพากษาว่ากระบวนการปรึกษาหารือจะต้องเปิดให้ชุมชนมีส่วนร่วมในวงกว้างและอย่างมีความหมาย ซึ่งรวมถึงการเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับโครงการหรือกิจกรรมที่จะดำเนินการในที่ดินของชุมชน และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมนั้น ชุมชนต้องมีโอกาสเต็มที่ในการอภิปรายเรื่องดังกล่าวในหมู่สมาชิกของชุมชนเพื่อให้สามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างมีความหมาย มาตรา 33 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่ชุมชนโดยคำนึงถึงข้อมูลที่ได้รับจากการฟังความคิดเห็นของชุมชน

เอกวาดอร์ รัฐธรรมนูญเอกวาดอร์ ฉบับ ค.ศ. 1998 มาตรา 84 บัญญัติรับรองสิทธิร่วมกันของชุมชนในการบำรุงรักษาและพัฒนาจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติทางวัฒนธรรมและเศรษฐกิจ ชุมชนมีสิทธิในการอนุรักษ์ที่ดินซึ่งได้รับการยกเว้นภาษีและไม่อยู่ภายใต้การบังคับคดี และมีสิทธิครอบครองที่ดินที่ชุมชนถือครองมาแต่บรรพบุรุษ ชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในการใช้ บริหารจัดการและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถผลิตทดแทนได้ (renewable natural resources) ซึ่งอยู่ในที่ดินของชุมชน สำหรับการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่สามารถผลิตทดแทนได้ (non-renewable resources) เช่น แร่ ในที่ดินของชุมชนนั้น ชุมชนมีสิทธิได้รับการปรึกษาหารือและประกันว่าจะมีส่วนร่วมในผลประโยชน์ที่ได้จากกิจกรรมดังกล่าว นอกจากนี้ชุมชนท้องถิ่นยังมีสิทธิได้รับค่าทดแทนสำหรับความเสียหายทางสังคมและสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการขุดเจาะนำทรัพยากรธรรมชาติไปใช้ประโยชน์จากที่ดินของชุมชน

เม็กซิโก รัฐธรรมนูญเม็กซิโก ค.ศ. 1917 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 27 บัญญัติรับรองบูรณภาพ (integrity) ของที่ดินซึ่งเป็นของชุมชนท้องถิ่น และคุ้มครองสิทธิในการใช้ประโยชน์ร่วมกันของชุมชน ไม่ว่าจะเป็นการใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่าไม้ และทรัพยากรน้ำ รัฐต้องเคารพวิถีทางที่ชุมชนเลือกในการใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรในที่ดินของชุมชน มาตรา 27 ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐขายที่ดินซึ่งชุมชนใช้ร่วมกัน หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของชุมชน ยกเว้นกรณีที่เป็นไปตามเงื่อนไขอันจำกัด กฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายเกษตรและป่าไม้ ค.ศ. 1992 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องคุ้มครองที่ดินของชุมชนท้องถิ่น ชุมชนมีสิทธิในการเลือกวิธีการเกี่ยวกับการจัดการและการใช้ที่ดินของชุมชน และห้ามมิให้ยึดที่ดินของชุมชน กฎหมายป่าไม้กำหนดให้รัฐต้องได้รับความเห็นชอบจากชุมชนก่อนที่จะให้สัมปทานแก่บุคคลภายนอกเข้าไปทำป่าไม้ในที่ของชุมชน และชุมชนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการผลิต แปรรูป และใช้ประโยชน์ทางการค้าจากทรัพยากรป่าไม้ในที่ของชุมชน

นิคารากัว รัฐธรรมนูญของนิคารากัวรับรองสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินร่วมกันของชุมชน รัฐยอมรับสิทธิความเป็นเจ้าของที่ดินร่วมกันของชุมชนชายฝั่งแอตแลนติก (the Atlantic Coastal Communities) กฎหมายว่าด้วยอำนาจในการปกครองตนเองของภูมิภาคชายฝั่งแอตแลนติกของนิคารากัวนิยามทรัพย์สินส่วนรวม (communal property) ไว้ว่า “ทรัพย์สินส่วนรวมประกอบด้วยที่ดิน น้ำ และป่าไม้ที่เป็นของชุมชนชายฝั่งแอตแลนติกมาโดยจารีตประเพณี”

ในคดี *Awat Tingni Community v. Nicaragua* ค.ศ. 2001 ชุมชนพื้นเมืองชาว Mayagna กลุ่มหนึ่งที่เรียกว่า Awat Tingni ซึ่งมีสมาชิกประมาณ 1,100 คน อาศัยอยู่ในเขตป่าสมบูรณ์ในภูมิภาคชายฝั่งแอตแลนติกของนิคารากัวฟ้องศาลสิทธิมนุษยชนของภูมิภาคอเมริกา (ซึ่งเป็นศาลระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคที่รับพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศสมาชิก) กล่าวหาว่ารัฐบาลนิคารากัวละเมิดสิทธิชุมชนของตนโดยให้สัมปทานป่าไม้ในเขตที่ดินซึ่งชุมชนอาศัยอยู่มาช้านานโดยมิได้รับความเห็นชอบจากชุมชน และโดยการละเลยข้อเรียกร้องของชุมชนให้จัดทำแนวเขตที่ดินของชุมชน ศาลพิพากษาว่าอนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 21 รับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินของชุมชนด้วย สิทธินี้คุ้มครองการถือครองที่ดินตามจารีตประเพณีของชุมชน การที่รัฐบาลให้สัมปทานป่าไม้ในเขตที่ดินของชุมชนโดยมิได้รับความเห็นชอบจากชุมชนจึงเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนของชุมชน นอกจากนี้ศาลยังมีคำสั่งให้รัฐบาลนิคารากัวจัดทำแนวเขตที่ดินของชุมชนให้เสร็จสิ้นภายใน 15

เดือน รวมทั้งให้ปรับปรุงกฎหมายและกระบวนการบริหารเพื่อให้สามารถรับรองสิทธิในที่ดินของชุมชนท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁸⁶

คำพิพากษาของศาลในคดีนี้ถือว่าเป็นก้าวกระโดดสำคัญในการรับรองสิทธิชุมชน แต่รัฐบาลนิคารากัวก็มิได้ปฏิบัติตามคำสั่งศาลภายในกำหนดเวลา (17 ธันวาคม ค.ศ. 2002) เนื่องจากความไม่พร้อมในด้านบุคลากรและระบบสถาบัน อีกทั้งขาดการสนับสนุนทางการเมือง ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2003 ชุมชนท้องถิ่น Mayangna of Awas Tingni จึงฟ้องคดีต่อศาลอุทธรณ์ของนิคารากัว โดยมีประธานาธิบดีนิคารากัว รัฐมนตรีและข้าราชการอีกหลายคนเป็นจำเลย เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้รัฐบาลนิคารากัวปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งภูมิภาคอเมริกา ในคำฟ้องระบุว่าจำเลยทั้งหมดมิได้ปฏิบัติและคุ้มครองสิทธิในที่ดินของชุมชนท้องถิ่นตามคำสั่งของศาล และการกระทำดังกล่าวละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆของนิคารากัว คดีนี้ยังคงอยู่ในการพิจารณาของศาลสูงสุดของนิคารากัวในขณะนี้ ตั้งแต่ต้นปี ค.ศ. 2003 เป็นต้นมา รัฐบาลได้ตรากฎหมายเพื่อเริ่มดำเนินการกำหนดแนวเขตที่ดินและออกเอกสารสิทธิให้แก่ชุมชน การบังคับตามคำพิพากษาในคดี Awas Tingni จึงยังต้องอาศัยความช่วยเหลือทางกฎหมายและการติดตามตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยกลุ่มนักวิชาการและนักกฎหมายด้านสิทธิชุมชนต่อไป

การสำรวจกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐต่างประเทศแสดงให้เห็นแนวโน้มอย่างชัดเจนของการรับรองสิทธิชุมชนในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติได้ประกาศให้ปี ค.ศ. 1993 เป็นปีชุมชนท้องถิ่นโลก (International Year for the World's Indigenous Peoples) นอกจากนี้ ยังได้ประกาศให้ช่วงปี ค.ศ. 1995 ถึง 2004 เป็นทศวรรษสากลของชุมชนท้องถิ่นโลก (International Decade of the World's Indigenous Peoples) กฎหมายในหลายประเทศ เช่น 15 ประเทศจากทั้งหมด 24 ประเทศในละตินอเมริกามีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่น แม้ว่ากฎหมายของประเทศต่างๆจะมีความแตกต่างกัน อันสืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์และสังคมที่แตกต่างกัน เช่น ความแตกต่างระหว่างกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย แต่กฎหมาย และคำพิพากษาในประเทศต่างๆก็มีลักษณะเหมือนกันอย่างน้อย 2 ประการ คือ สิทธิชุมชนเป็นสิทธิของกลุ่ม (collective right) และชุมชนมีสิทธิในการใช้ที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นต่อความอยู่รอด และการดำรงรักษาไว้ซึ่งวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของชุมชน

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนมีในระดับที่แตกต่างกันไป ยกตัวอย่างเช่น ชุมชนพื้นเมืองในสหรัฐอเมริกามีสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งปวงในเขตสงวนซึ่งรวมทั้งที่ดิน ทรัพยากรที่อยู่บนดินและใต้ดิน ในขณะที่ขอบเขตของสิทธิชุมชนในแคนาดาและ

⁸⁶ S.J. Anaya and C. Grossman, "The Case of Awas Tingni v. Nicaragua : A New Step in the International Law of Indigenous Peoples", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol.19, No.1, 2002, pp. 1-15.

ออสเตรเลียขึ้นอยู่กับ การเจรจาข้อตกลงระหว่างชุมชนพื้นเมืองกับรัฐบาลเป็นส่วนใหญ่ สำหรับประเทศในกลุ่มละตินอเมริกานั้น สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนไม่ได้ครอบคลุมถึงทรัพยากรแร่ที่อยู่ใต้ดิน ในส่วนสุดท้ายของรายงานนี้จะขอสรุปเกี่ยวกับสิทธิชุมชนโดยกล่าวถึงสิทธิชุมชนในประเทศไทย

สิทธิชุมชนในประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีชุมชนท้องถิ่นอาศัยกระจัดกระจายในภูมิภาคต่างๆ ของประเทศเป็นจำนวนมาก เฉพาะกลุ่มชาติพันธุ์ที่กระทรวงมหาดไทยเรียกว่า “ชาวไทยภูเขา” ก็มีอยู่ถึง 10 กลุ่มและมีจำนวนประชากรประมาณเกือบ 8 แสนคนอาศัยอยู่ใน 20 จังหวัดจากการสำรวจของกองส่งเสริมชาวเขา กรมประชาสงเคราะห์ เมื่อ พ.ศ. 2540⁸⁷ นอกจากนี้ ยังมีชุมชนท้องถิ่นอีกมากมายที่ไม่รวมอยู่ในการรวบรวมข้อมูลของกระทรวงมหาดไทย เช่น ชาวไทลื้อ ไทยวน ไทใหญ่ ไทยอง ไทเขิน ผู้ไท ลาว พวน แสก ปะหล่อง ซาไก และมอเก็น เป็นต้น

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การเรียกร้องสิทธิชุมชนในประเทศไทยมุ่งความสนใจส่วนใหญ่ไปที่สิทธิในการมีส่วนร่วมใช้ อนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นไว้ในมาตรา 46 ว่า

บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุล และยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 46 บัญญัติไว้แต่เพียงหลักการและไม่ได้กำหนดแนวทางว่า ชุมชนจะมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในเรื่องใดบ้าง อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ได้เพิ่มความเข้มข้นของกระแสเรียกร้องสิทธิชุมชนที่มีมานานก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ ด้วยเหตุผลที่ว่า การรับรองสิทธิชุมชนมีความสำคัญต่อวิถีชีวิตของชุมชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งชุมชนที่อยู่อาศัยทำกินในพื้นที่ป่าไม้ ทั้งนี้ ได้มีความพยายามเสนอร่างกฎหมายป่าชุมชนมานานกว่าหนึ่งทศวรรษเพื่อรับรองสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมจัดการ อนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่นับจนถึงเวลานี้ ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนก็ยังไม่ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาเนื่องจากความเห็นที่แตกต่างกันว่าสมควรจะอนุญาตให้จัดตั้งป่าชุมชนในเขตป่าอนุรักษ์ได้หรือไม่ การใช้ถ้อยคำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ในมาตรา 46 ชี้ให้เห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญฯ มีเจตนาที่จะจำกัดการรับรองสิทธิชุมชนให้แก่ชุมชนที่มีประวัติความเป็นมาและจารีตประเพณีที่ยาวนานพอสมควรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนในขณะนี้กำหนดให้ชุมชนที่มีจารีตและประเพณีในการรักษาป่าไม่น้อยกว่า 5 ปีมีสิทธิขอจัดตั้งป่าชุมชนได้

⁸⁷ ได้แก่ กะเหรี่ยง ม้ง มูเซอ อาข่า เย้า (เมี่ยน) ถิ่น ลีซอ ละว้า (ลัวะ) ชมุ และมลาบรี รวมกันทั้งสิ้น 774,312 คน ข้อมูลจาก *ปกิพีร์ดี* ฉบับที่ 2585 ปีที่ 50 อังคารที่ 4 พฤษภาคม 2547

เหตุผลที่มักถูกใช้สนับสนุนการเรียกร้องสิทธิชุมชนในประเทศไทยก็คือ จารีตประเพณีของชุมชนมีมานานก่อนการปฏิรูปกฎหมายและการกำหนดเส้นเขตแดนของประเทศในสมัยรัชกาลที่ 5 การบัญญัติกฎหมายที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินตามแนวตะวันตก ประกอบกับกฎหมายของรัฐที่กำหนดให้ที่ดินทั้งหมดที่ยังไม่มีบุคคลได้สิทธิตามกฎหมายเป็นที่ดินของรัฐ ทำให้สิทธิชุมชนไม่มีสถานะในระบบกฎหมายไทย และชุมชนต้องสูญเสียสิทธิในการจัดการและใช้ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งตนเองเคยมีตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น งานศึกษาเกี่ยวกับจารีตประเพณีของชุมชนแสดงให้เห็นถึงโลกทัศน์ จักรวาลทัศน์ พิธีกรรมและความเชื่อของชุมชนท้องถิ่นต่างๆ ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ในกรณีของภาคเหนือ กฎหมายมังรายศาสตร์และจารีตประเพณีของชุมชนแสดงให้เห็นว่าชุมชนมีกฎระเบียบประเพณีในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่ถือว่าเป็นสมบัติส่วนรวมหรือที่เรียกว่า “ของหน้าหมู่” หรือ “สิทธิหน้าหมู่” ซึ่งเทียบได้กับ common property หรือ common-pool resources ตามที่อธิบายมาข้างต้น นอกจากนี้ก็มีประเพณีความเชื่อและพิธีกรรมซึ่งเป็นเครื่องมือให้สมาชิกชุมชนยอมรับนับถือกฎระเบียบของชุมชน⁸⁸ นักวิชาการกระแสดังกล่าวจึงมีความเห็นว่าการปฏิเสธและไม่รับรองสิทธิชุมชนเป็นการลดทอนสิทธิที่ชุมชนเคยมีตามกฎหมายจารีตประเพณี กฎหมายจึงควรรับรองสิทธิชุมชน ซึ่งก็เป็นข้อเสนอสนับสนุนอย่างเดียวกันกับที่ประสบความสำเร็จมาแล้วในหลายๆ ประเทศ

ในปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ซึ่งให้สิทธิแก่ชุมชนในพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น แต่ยังไม่มีการตรากฎกระทรวงเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนชุมชนและการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงปัญหาในการบัญญัติสิทธิชุมชนให้เป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติแม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติหลักการไว้ชัดเจนแล้วก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชจึงยังไม่มีผลในการคุ้มครองสิทธิชุมชนอย่างแท้จริง

ประเด็นหนึ่งที่มีการถกเถียงกันมากในวงการวิชาการนิติศาสตร์และสังคมศาสตร์ขณะนี้ก็คือ หลักการตามมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญสามารถบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องรอให้มีการตรากฎหมายออกมารองรับได้หรือไม่ ในเมื่อรัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใดๆ ที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในการจัดการทรัพยากรแต่ฝ่ายเดียว และมีผลเป็นการลดทอนสิทธิชุมชนก็ควรจะต้องยกเลิกหรือแก้ไข อีกความเห็นหนึ่งมองว่า มาตรา 46 ใช้ถ้อยคำว่าสิทธิชุมชนต้องเป็นไป “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” จึงต้องรอให้มีการตราพระราชบัญญัติออกมารองรับก่อน หากศาลบังคับใช้มาตรา 46 โดยไม่มีกฎหมายรองรับ ก็จะเท่ากับว่าฝ่ายตุลาการกำหนดขอบเขตของสิทธิชุมชนเสียเอง ซึ่งจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติ

⁸⁸ อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และคณะ, สิทธิชุมชนท้องถิ่นพื้นเมืองดั้งเดิมล้านนา กรณีศึกษาชุมชนลัวะ ยวน ลื้อ ปกาเกอญอ (กะเหรี่ยง) ในจังหวัดน่าน เชียงรายและเชียงใหม่, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. 2546.

รายงานนี้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่รับรองสิทธิมนุษยชน ซึ่งรวมถึงสิทธิในที่ดินที่ชุมชนถือครองมาโดยจารีตประเพณีและการใช้ทรัพยากรธรรมชาติในที่ดินนั้น นอกจากนี้ยังแสดงให้เห็นกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ซึ่งมีแนวโน้มให้ความคุ้มครองสิทธิชุมชนมากขึ้นอย่างชัดเจน แม้ว่ากฎหมายและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิชุมชนในประเทศต่างๆ จะไม่สามารถเอามาเป็นแบบอย่างในการกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับประเทศไทยได้โดยตรงเนื่องจากประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่การปฏิบัติของรัฐและมาตรฐานสากลซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายทำให้เราไม่สามารถปฏิเสธสิทธิชุมชนในสังคมไทยเช่นกัน จึงสมควรต้องปรับปรุงและบัญญัติกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับการรับรองสิทธิชุมชน รวมทั้งศาลไทยควรจะต้องเปิดกรอบแนวคิดให้กว้างขวางมากขึ้นกว่าการมุ่งแต่บังคับใช้กฎหมายตามตัวอักษรแต่เพียงอย่างเดียว ดังจะเห็นได้ว่าศาลในต่างประเทศรวมทั้งศาลสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอเมริกา สืบบทบาทเป็นอย่างมากในการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิชุมชน ในหลายกรณี ตุลาการวางบรรทัดฐานโดยการตีความกฎหมายให้รับรองสิทธิชุมชนบนพื้นฐานของสิทธิที่ชุมชนมีมาตามจารีตประเพณี การพัฒนาหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับสิทธิชุมชนอาจต้องใช้เวลาานเช่นเดียวกันกับที่เกิดขึ้นในประสบการณ์ของหลายประเทศ รายงานนี้ขอเสนอแนะประเด็นหลักเพื่อประกอบการพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติม หรือปรับปรุงกฎหมายเดิมที่มีอยู่ และการใช้กฎหมายของศาลไทยดังนี้

(1) สิทธิชุมชนเป็นสิทธิของกลุ่มคนที่มีจารีตประเพณีและวิถีชีวิตร่วมกันมา สิทธิชุมชนจึงต่างจากสิทธิในระดับปัจเจกตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน และมีความจำเป็นที่ระบบกฎหมายไทยต้องเปิดพื้นที่ให้แก่กฎหมายจารีตประเพณีมากขึ้น เช่น ในส่วนของ การจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น จะต้องปรับปรุงกฎหมายป่าไม้ (พระราชบัญญัติป่าสงวน พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า) ให้ยอมรับสิทธิของชุมชนที่อยู่ในป่าและมีจารีตประเพณีในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากป่า รวมทั้งตรากฎหมายป่าชุมชนเพื่อรับรองสิทธิของชุมชนในการจัดการป่าชุมชนของตนเองได้

(2) สิทธิชุมชน เป็นสิทธิในการยึดถือครอบครองและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ในที่ดินตามจารีตประเพณีของชุมชน แต่เป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนหรือซื้อขายได้ ที่ดินที่ชุมชนอาศัยทำประโยชน์อยู่จึงยังคงถือเป็นสมบัติของชาติ ทรัพยากรธรรมชาติที่ชุมชนมีสิทธิใช้ ได้แก่ ทรัพยากรธรรมชาติบนดิน เช่น ป่าไม้ พืชและสัตว์ รวมถึงสิทธิในการทำประมง

(3) สำหรับสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ใต้ดินนั้น นานาประเทศมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันไป รายงานนี้ขอเสนอให้สิทธิในทรัพยากรที่อยู่ใต้ดิน เช่น แร่ ยังคงเป็นสมบัติของชาติ แต่ในการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไม่ว่าบนดินหรือใต้ดิน จะต้องเป็นไปโดยมีกระบวนการปรึกษาหารือกับชุมชน และเปิดให้ชุมชนมีส่วนร่วม ใน

กรณีที่เกิดกิจกรรมของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิและวิถีชีวิตของชุมชน รัฐจะต้องชดใช้และเยียวยาความเสียหายให้แก่ชุมชน ซึ่งทั้งหมดนี้ก็เป็นหลักการที่บัญญัติไว้แล้วในมาตรา 56 และมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

(4) ภายใต้ปรัชญาของการยอมรับสิทธิตามจารีตประเพณีของชุมชน รัฐต้องเปิดรับฟังข้อเรียกร้องสิทธิของชุมชน ในกรณีที่จำเป็นต้องให้ชุมชนพิสูจน์สิทธิ รัฐควรรับฟังพยานหลักฐานที่อาจไม่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประวัติศาสตร์ความเป็นมาและจารีตประเพณีที่เป็นเรื่องเล่าของชุมชน รวมทั้งพยานหลักฐานจากการศึกษาของนักประวัติศาสตร์และนักมานุษยวิทยาด้วย

ข้อเสนอแนะต่างๆตามที่กล่าวมาแล้วยังอยู่ในระดับของหลักการ ในทางปฏิบัติ การรับรองสิทธิชุมชนจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ซึ่งผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งตุลาการจะมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง แน่หนอนว่าทัศนคติและกรอบความคิดของตุลาการย่อมถูกหล่อหลอมมาจากระบบความคิดและระบบการศึกษาของสังคม ซึ่งรวมถึงการศึกษานิติศาสตร์ในประเทศไทยด้วย ความเป็นไปได้ของการรับรองสิทธิชุมชนจึงขึ้นอยู่กับความพร้อมของสังคมไทยที่จะยอมมองเห็นปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการปฏิเสธสิทธิตามจารีตประเพณีของชุมชน และยอมเปลี่ยนแปลงเพื่อสร้างความเป็นธรรมมากขึ้นในสังคมหรือไม่

เอกสารอ้างอิง

- ดิเรก ปัทมสิริวัฒน์. 2543. “แนวทางการจัดเก็บภาษีสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย และข้อวิจารณ์ร่าง พ.ร.บ. โรงงาน” ในหนังสือรวมบทความ *ความรู้นักเศรษฐศาสตร์ไทย 2543*. สมชาย หาญหิรัญ (บรรณาธิการ). สมาคมเศรษฐศาสตร์แห่งประเทศไทย.
- ชลธิรา สัตยวัฒน์ และคณะ. 2546. *สิทธิชุมชนบ้านครัว ชุดโครงการสิทธิมนุษยชนท้องถิ่นจากจารีตประเพณีสู่สถานการณ์ปัจจุบัน: การศึกษาเพื่อแสวงหาแนวทางนโยบายสิทธิชุมชนท้องถิ่นในประเทศไทย*. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. 2536. *ข้อสังเกตเชิงกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ: สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจการจัดการทรัพยากร*. สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.
- มิ่งสรรพ ขาวสอาด และคณะ. 2544. *การศึกษาเพื่อกำหนดทิศทางการวิจัยในการแก้ไขปัญหาเร่งด่วนด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม: การศึกษาทัศนคติด้านการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมของประชาชน ผู้บริหาร และผู้วางนโยบาย*. สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- เสน่ห์ จามริก และ ยศ สันตสมบัติ (บรรณาธิการ). 2536. *ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนา*, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.

- อาพันธ์ กาญจนพันธ์. 2544. **มติชุมชน วิถีคิดท้องถิ่นว่าด้วยสิทธิ อำนาจ และการจัดการทรัพยากร**. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).
- อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และคณะ. 2546. **สิทธิชุมชนท้องถิ่นพื้นเมืองดั้งเดิมล้านนา กรณีศึกษาชุมชนลัวะ ยวน ลื้อ ปกาเกอญอ (กะเหรี่ยง) ในจังหวัดน่าน เชียงรายและเชียงใหม่**. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)
- Adis Israngkura. 1996. **The Polluter-Pays Principle: So Who Pays?**. TDRI Quarterly Review, Vol. 11 No.3, September 1996, pp.12-15.
- Agrawal A. and Clark C. Gibson. 1999. *Enchantment and Disenchantment: The Role of Community in Natural Resource Conservation*. **World Development**. Vol.27. No.4. pp.629-649.
- Anaya S.J. and C. Grossman, **The Case of Awas Tingni v. Nicaragua : A New Step in the International Law of Indigenous Peoples**, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol.19, No.1, 2002
- Anaya S. J. and R.A. Williams, Jr. 2001. **The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System**. Harvard Human Rights Journal Vol.14. 2001, pp.34-86
- Behrendt L. 1999-2000. **The Protection of Indigenous Rights: Contemporary Canadian Comparisons**. Research Paper 27. 1999-2000. Parliament of Australia, Parliamentary Library. <http://www.aph.gov.au/library/pubs>
- Birnie P.W. and A. E. Boyle. 1992. **International Law and the Environment**. Clarendon Press. Oxford
- Boyle A.E. 1991. **Review of "In Fairness to Future Generations"**. 40 ICLQ (1991) p. 230.
- Brown-Weiss E. 1984. **The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity**. 2 **Ecology Law Quarterly** (1984), p.495.
- Brown-Weiss E. (ed.). 1989. **In Fairness to Future Generations : International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity**, The United Nations University, Tokyo, 1989.
- Brown-Weiss E. 1990. **Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment**, 84 **American Journal of International Law**. p.198.
- Brown-Weiss E. 1992. **Intergenerational Equity: A Legal Framework for Global Environmental Change**. in Brown-Weiss E. (ed.). 1992. **Environmental Change and International Law**. United Nations University Press, Tokyo.

-
- D' Amato A. 1990. ***Do We Owe A Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment.*** 84 **American Journal of International Law.** p. 190.
- Department of Indian and Northern Affairs, *Aboriginal Self-Government: The Government of Canada's Approach to Implementation of the Inherent Right and the Negotiation of Self-Government.* Ottawa. 1995.
- Gormley P.M. 1975. *The Right of Individuals to be Guaranteed a Pure, Clean and Decent Environment: Future Programs of the Council of Europe.* **Legal Issues of European Integration** (1975). pp.23-38.
- Gundling L. 1990. ***Our Responsibility to Future Generations.*** 84 **American Journal International Law** (1990).
- Guldberg H. 2003. ***Challenging the precautionary principle.*** <http://www.spiked-online.com>
- Hardin G. 1968. *The Tragedy of the Commons.* **Science** 162: 1243-1248.
- Henderson B. ***A Brief Introduction to Aboriginal Law in Canada.***
<http://www.bloorstreet.com/200block/brintro.htm>
- La Vina Antonio G.M. 1994. *The Right to a Sound Environment in the Philippines: The Significance of the Minors Oposa Case.* 3 *Review of European Community and International Environmental Law.* pp. 246-52. McCay B.J. 1996. *Common and Private Concerns.* in Hanna S. et al. (eds.). 1996. **Rights to Nature.** Island Press, Washington D.C. pp. 111-126.
- OECD Document C(72) 128, 26 May 1972
- OECD Council Recommendation on the Implementation of the Polluter Pays Principle. 14 November 1974. C(74) 223.
- OECD Recommendation on the Use of Economic Instruments in Environmental Policy. 31 January 1991. C(90)/177/Final.
- O' Riordan T. and James Cameron. 1994. ***Interpreting the Precautionary Principle.*** Earthscan Publications. <http://dieoff.org/page31.htm>
- Ostrom E. 2000. ***Private and Common Property Rights.***
- Pearce D., E. Barbier and A. Markandya. 1990. ***Sustainable Development, Economics and Environment in the Third World.*** Earthscan Publications Ltd. London.
- Rest A. 1994. *Implementing the Principles of Intergenerational Equity and Responsibility.* 24 *Envtl. Policy and Law* p.314.
- Rose C.M. 1994. ***Property and Persuasio, Essays on the Histoy, Theory and Rhetoric of Ownership.*** Westview Press. Boulder. San Francisco. Oxford.

-
- Saunders P. ***Use and Abuse of the Precautionary Principle***. ISIS submission to U.S. Advisory Committee on International Economic Policy, <http://www.i-sis.org.uk/prec.php>
- Supanich G.P. 1992. ***The Legal Basis of Intergenerational Responsibility: An Alternative View—The Sense of Intergenerational Identity***. 3 ***Yearbook of International Environmental Law***. p. 94.
- UNESCO. 2005. ***The Precautionary Principle***. COMEST.
- Wikipedia, the free encyclopedia, ***Precautionary principle***,
http://en.wikipedia.org/wiki/Precautionary_principle, 3/11/48
- Wikipedia, the free encyclopedia, ***Indigenous peoples***,
http://en.wikipedia.org/wiki/indigenous_people
- Wilde M. 2003. *Locus Standi in Environmental Torts and the Potential Influence of Human Rights Jurisprudence*, Review of European Community and International Environmental Law. Vol.12. issue 3. pp. 284–294.
- Wingspread Statement on the Precautionary Principle, Wingspread Conference Center, Racine, Wisconsin, 23–25 January 1998. <http://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>