

บทที่ 3

การมีส่วนร่วมของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมของต่างประเทศ

จากการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมที่ผ่านมา ประกอบกับแนวคิดที่เริ่มให้ความสำคัญต่อการเชื่อมโยงเรื่องการพัฒนา และสิทธิมนุษยชน จะเห็นได้ว่าพัฒนาการขององค์การสหประชาชาติ (UNITED NATION:UN) ได้เริ่มเปลี่ยนมาเน้นมากขึ้นในเรื่องของมิติแห่งความเป็นมนุษย์ในกระบวนการพัฒนาในนามของสิทธิในการพัฒนาที่ถือเป็นสิทธิมนุษยชนรูปแบบหนึ่งที่มีความสัมพันธ์กับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง(Right of People to Self-Determination) สิทธิที่จะเข้ามามีส่วนร่วม (Participate) มีบทบาทเกื้อกูล (Contribute) และได้รับผล (Enjoy) ของการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและการเมือง ในลักษณะผสมผสานโดยมีมิติของสิทธิในแง่ของกลุ่มหรือสิทธิร่วม (Collective Rights) และในแง่มิติของปัจเจกบุคคล(Individual Rights) โดยเป้าหมายของการพัฒนาสมัยใหม่ที่ถือให้ปัจเจกบุคคลเป็นผู้ได้รับประโยชน์ในท้ายที่สุด ในลักษณะนี้ผู้ทรงสิทธิ (Subject) ของสิทธิในการพัฒนาจึงมีทั้งปัจเจกบุคคล ชุมชนท้องถิ่น และรัฐในฐานะผู้รับประโยชน์ จากสิทธินี้ด้วย

ดังนั้น เพื่อความเข้าใจถึงพัฒนาการของสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในบทนี้จึงเป็นการศึกษาถึงพัฒนาการของสิทธิมนุษยชนในองค์การสหประชาชาติ อาทิเช่น ความสัมพันธ์ระหว่างการรักษาททรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมกับสิทธิในการพัฒนาหรือสิทธิของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมกับสิทธิในสิ่งแวดล้อม รวมถึงการศึกษาพัฒนาการของการรับรองสิทธิของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศตะวันตกที่ได้รับผลกระทบจากยุคอาณานิคม ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย

3.1 การรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมของสหประชาชาติ

ก่อนหน้าการกำเนิดขององค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1945 ได้มีความพยายามในการก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศซึ่งมีบทบาทเกี่ยวข้องกับด้านการคุ้มครองสันติภาพ ความมั่นคง และการแก้ปัญหาด้านมนุษยธรรมเป็นหลัก อาทิเช่น องค์การแรงงานสากล (The Internatiol Labor Organization : ILO) ในด้านการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้แรงงานและสันนิบาตชาติ (League of Nations) ที่มีบทบาทในด้านสันติภาพและความมั่นคง เป็นต้น ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 ทำให้เกิดรัฐใหม่หรือการคืนอิสรภาพให้แก่รัฐที่เคยเสียเอกราชไป โดยประเทศเหล่านี้เองก็ประกอบด้วยชนกลุ่มน้อยทั้งในด้านชาติพันธุ์ และภาษา ทำให้เกิดประเด็นที่ได้รับความสนใจจากประเทศมหาอำนาจในขณะนั้นจนเกิดการผลักดันเพื่อการปกป้องสิทธิพลเมืองและ

สิทธิทางการเมืองของชนกลุ่มน้อยรวมทั้งชนพื้นเมืองดั้งเดิมเหล่านี้ ซึ่งรวมความถึงสิทธิในการดำรงอยู่ (Right to Existence) สิทธิในการมีอัตลักษณ์ของตน (Right to Identity) และสิทธิในการที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Right not to be discriminated Against) โดยภายใต้ระบบการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยเช่นนี้จะเห็นได้ว่าเป็นระบบการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มคน (Right of Groups) ซึ่งมีใช้สิทธิของปัจเจกบุคคลแบบสิทธิมนุษยชนดั้งเดิม

อย่างไรก็ดี ความพยายามในการผลักดันสิทธิมนุษยชนของชนกลุ่มน้อยหรือชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิสดังกล่าว ก็ยังเป็นไปแบบกระจัดกระจายแยกส่วนและมีความเห็นไม่ตรงกันในเหตุผลเบื้องหลังของสิทธิดังกล่าวจนกระทั่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ พัฒนาการเรื่องสิทธิมนุษยชนให้เป็นสากลจึงได้รับการพัฒนาให้เป็นที่ยอมรับอย่างเป็นระบบไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ค.ศ. 1948) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง (UN International Covenant on Civil and Political Rights :ICCPR) (ค.ศ. 1966) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (UN International Covenant on Economic Social and Cultural Rights : ICCESCR) เอกสารดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ (International Bill of Rights) ที่สำคัญยิ่ง

3.1.1 ขอบเขตและความหมายของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าสิทธิมนุษยชนในกฎหมายระหว่างประเทศมีจุดมุ่งหมายบางประการเพื่อปกป้องสิทธิของชนกลุ่มน้อยรวมทั้งชนพื้นเมืองหรือชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples) แต่คำว่าชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็เป็นประเด็นที่ขัดแย้งในการนำไปปฏิบัติอยู่เสมอ ความหมายและการใช้คำว่า "ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม" เป็นไปอย่างระมัดระวังเนื่องจากคำดังกล่าวเกี่ยวพันกับคำว่ากลุ่มคนไร้สัญชาติ (nonstate groups) และสิทธิเฉพาะของกลุ่มคนดังกล่าวในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ สิทธิของประชาชนทั้งหลาย (all peoples) ที่จะตัดสินใจกำหนดเจตจำนงตนเอง (Self-Determination) ในทางการเมืองซึ่งเป็นเหตุผลที่รัฐต่าง ๆ สงวนท่าทีเกี่ยวกับการนำเอาคำว่าชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมนำไปใช้ในเวทีการเมืองระหว่างประเทศ เว้นแต่จะมีจุดมุ่งหมายให้หมายถึงบุคคลหรือเชื้อชาติในประเทศนั้น ๆ

คำว่าชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples) ถูกนำไปใช้บ่อยครั้งในองค์กรระหว่างประเทศ องค์กรพัฒนาเอกชน (Non Governmental Organizations : NGOs) และองค์กรของรัฐบาล ขณะที่คำนี้ได้ถูกนำไปใช้ในฐานะเครื่องมือทางกฎหมายที่จะอธิบายถึงขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการขององค์กรต่าง ๆ เหล่านั้น แต่การให้ความหมายหรือการนำไปใช้เหล่านี้ก็มีใช่เป็นการให้คำจำกัดความเกี่ยวกับองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ถูกต้องนักในทางการเมืองระหว่างประเทศโดยทั่วไปจะนำคำ ๆ นี้ไปใช้ในทางสังคมวิทยาการเมืองที่จะอธิบายถึงขอบเขต

ของกลุ่มคนที่ควรจะมีส่วนร่วมในทรัพยากร และมีความเกี่ยวข้องกับการได้รับการยอมรับในระดับสากล เพื่อเป็นหลักประกันโดยเฉพาะที่ได้รับการตรวจสอบอย่างชัดเจนต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม คงเป็นไปได้ยากในการที่จะกำหนดองค์ประกอบที่ชัดเจนแน่นอนในการพิจารณาว่า กลุ่มคนใดจะเป็นชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม ดังนั้น ทางออกในการแก้ปัญหาดังกล่าวจึงเป็นการรวบรวมองค์ประกอบของปัจจัยชี้วัดสำคัญที่จำเป็นอย่างตรงไปตรงมา และสัมพันธ์กับปัจจัยต่าง ๆ ที่จะถูกประเมินซึ่งจะนำไปใช้ในกรณีที่มีปัญหาหรือมีความเห็นไม่ตรงกัน ปัจจัยที่สำคัญเหล่านี้ได้แก่¹

- 1) มีการกำหนดอัตลักษณ์ (Self-Identification) ของตนเองอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความเป็นชนกลุ่มน้อยหรือชนพื้นเมืองดั้งเดิม
 - 2) มีประสบการณ์ทางประวัติศาสตร์หรือความไม่มั่นคงที่อาจเกิดขึ้นจากความแตกแยกอย่างรุนแรง การถูกกีดกันออกจากพื้นที่หรือการใช้ประโยชน์ในพื้นที่
 - 3) มีความสัมพันธ์อย่างยาวนานกับเขตพื้นที่หรือดินแดนนั้น ๆ
 - 4) มีความปรารถนาที่จะคงไว้ซึ่งเอกลักษณ์ของชุมชน
- ขณะที่องค์ประกอบที่มีความเกี่ยวข้อง ได้แก่
- 1) การไม่มีเขตพื้นที่การปกครอง
 - 2) การมีความสัมพันธ์ทางวัฒนธรรมกับพื้นที่นั้น ๆ
 - 3) ความเป็นมาอย่างต่อเนื่องหรือสืบเนื่องเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิจากการครอบครองพื้นที่ในเขตการปกครองนั้น ๆ
 - 4) มีลักษณะความเป็นเศรษฐกิจชุมชนและมีศิลปวัฒนธรรมแตกต่างจากประชากรโดยรวมอื่น ๆ
 - 5) มีเอกลักษณ์ของตนเองอย่างชัดเจน อาทิเช่น ภาษา เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ปัจจัยทางกายภาพหรือมีวัฒนธรรมเกี่ยวกับจิตวิญญาณ เป็นต้น
 - 6) ได้รับการยอมรับว่าเป็นชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยประชากรทั่วไป หรือได้รับการปฏิบัติดังกล่าวทั้งในทางกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน
- ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการให้ความหมายหรือคำจำกัดความแก่คำว่าชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples) อย่างเป็นทางการ แต่คำว่าชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมนี้ย่อมสามารถทำให้ระลึกอยู่เสมอที่จะต้องกล่าวถึงความเป็นชุมชนหรือเชื้อชาติที่มีประวัติศาสตร์ชุมชนเกี่ยวเนื่องกับเรื่องดินแดนและยุคอาณานิคมในสมัยก่อนหรือการรุกรานโดยชนกลุ่มอื่น ชุมชนเหล่านี้มีความพยายามที่จะอนุรักษ์ความเป็นชุมชนดั้งเดิมและเอกลักษณ์ในวัฒนธรรม รวมทั้ง

¹ David Hunter, Jame E. Salzman and Durwood Zaelke, International Enviromental Law and Policy.(New York: Foundation Press, 1998), p. 1336.

ดินแดนของบรรพบุรุษที่ตกทอดกันมา ตลอดจนการมีลักษณะเฉพาะของความเป็นชุมชนทั้งในด้านสังคมและความเป็นสถาบันที่ถูกต้องตามกฎหมายของพวกเขา อย่างไรก็ตาม การให้คำจำกัดความเกี่ยวกับชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการอนุรักษ์สังคมชนเผ่าหรือวิถีชีวิตในการดำรงชีพและวัฒนธรรมในระยะแรกได้รับการวิพากษ์วิจารณ์โดยชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมเองว่า คำจำกัดความนี้เป็นเพียงแค่ส่วนหนึ่งของคำจำกัดความที่ไม่ได้รวมถึงสังคมที่มีการสื่อสารสำคัญ ๆ ในชุมชน เช่น ชนเผ่า ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมในทวีปอเมริกาเหนือหรือออสเตรเลีย อาทิ ชนเผ่าอินเดียนแดงหรือชนเผ่าอะบอริจิน เป็นต้น

ในอีกด้านหนึ่ง ผู้ที่มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย (รัฐ) ก็มีความกังวลเกี่ยวกับคำจำกัดความดังกล่าวว่าไม่ควรให้ความหมายอย่างกว้างขวาง จนทำให้หลงประเด็นในความหมายที่แท้จริง ดังนั้น ความมั่นใจในคำจำกัดความดังกล่าวว่าชุมชนใดจะเป็นชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมย่อมอาจปรากฏขึ้นโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่งเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ ดังจะเห็นได้จากแนวทางการแก้ไขปัญหาของธนาคารโลก (World Bank) ในปี ค.ศ. 1991² ซึ่งเห็นว่าความหลากหลายและการเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาของความหมายของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีอยู่ นั้น ทำให้ไม่มีคำจำกัดความใดเพียงประการเดียวที่จะสามารถอธิบายถึงความหลากหลายของพวกเขาได้ ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples) โดยทั่วไปจึงมีความเข้าใจว่าเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มคนที่ยากจนในหมู่ประชากรของสังคม และพวกเขาดำรงชีพในทางเศรษฐกิจจากการทำการเกษตรแบบหมุนเวียน (Shifting Agriculture) ใกล้เคียงป่าในลักษณะการจ้างแรงงานหรือมีกิจกรรมในทางเศรษฐกิจขนาดเล็ก ซึ่งชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (ชนกลุ่มน้อย) สามารถจำแนกไปตามลักษณะเฉพาะของพื้นที่โดยมีระดับการเปลี่ยนแปลงและลักษณะพิเศษเฉพาะ ดังต่อไปนี้

- 1) มีความรู้สึกผูกพันอย่างใกล้ชิดต่ออาณาบริเวณที่สืบทอดกันมา และต่อทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่เหล่านั้น
- 2) มีการกำหนดเจตจำนงตนเองและการยอมรับโดยผู้อื่นในฐานะที่เป็นองค์ประกอบของกลุ่มวัฒนธรรม
- 3) มีภาษาของชนกลุ่มน้อย
- 4) การเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของประเพณีและสถาบันทางการเมืองในสังคมชุมชน
- 5) มีการดำรงชีพจากผลผลิตในระดับปฐมภูมิ

² World Bank, Indigenous Peoples, Operational Directive No. 4.20 at 1 (1991)

กล่าวโดยสรุปแล้ว จะเห็นได้ว่าในระดับสังคมนานาชาติขอบเขตและความหมายของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์หรือเอกลักษณ์ของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีวิถีชีวิตทางด้านวัฒนธรรม ความเชื่อสังคมกับธรรมชาติและมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับยุคอาณานิคมและความเป็นชนกลุ่มน้อยที่ถูกครอบครองดินแดนหรือถูกกีดกันจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

3.1.2 แนวทางในการรับรองสิทธิของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม

ปัจจุบันชนพื้นเมืองดั้งเดิมหรือชนพื้นเมือง (Indigenous Peoples) ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ พวกเขาสิทธิในการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจและสิทธิในทางการเมือง ทั้งนี้ การเคลื่อนไหวเกี่ยวกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1977 เมื่อองค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) ได้มีการประชุมในประเด็นปัญหาดังกล่าว ณ สำนักงานใหญ่องค์การสหประชาชาติ (UN) ในกรุงเจนีวา (Geneva) โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปถึงสิทธิในการรวมเป็นชุมชนในพื้นที่ (Collective Rights to Land) และมีสิทธิมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง การยอมรับในสิทธิของชนพื้นเมืองปรากฏชัดเจนในตราสารระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1989 โดย Article 7 ของ ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169)³ ได้รับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการกำกับดูแลทำที่จะเป็นไปได้ สำหรับการพัฒนาของพวกเขาและการพัฒนาที่ดินซึ่งพวกเขาได้อาศัยอยู่มาดั้งเดิม หรือทั้งการใช้ประโยชน์ประการอื่นด้วย นอกจากนี้ Articles 5 และ 17 ของกติกาดังกล่าวก็ได้ยืนยันถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะยังคงรักษาระบบจารีตประเพณีและการถือครองที่ดินของพวกเขา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Article 4 และ 6 เรียกร้องให้รัฐสมาชิกได้สำรวจตรวจสอบชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมก่อนที่จะมีการประกาศใช้มาตรการใด ๆ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อพวกเขาโดยตรง รวมถึงมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลเป็นการปฏิบัติต่อพวกเขาแตกต่างไปจากพลเมืองทั่วไปอื่น ๆ Article 2 และ 3 ยังรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะรับผลใด ๆ จากการตัดสินใจเลือกของพวกเขา เช่นเดียวกับสิทธิของพลเมืองทั่วไปด้วย

การที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองในปี ค.ศ. 1989 โดยลงมติรับรองอนุสัญญาว่าด้วยประชาชนที่เป็นชนพื้นเมืองและชนเผ่า

³ Swebston, L, "A new step in the international law on indigenous and tribal peoples: ILO Convention No. 169 of 1989," *Oklahoma City University Law Review* 15, pp. 677 – 714 cited in Erica-Irene A. Daes, "Protection of the World's Indigenous Peoples and Human Rights" in *Human Rights : Concept and Standards*. Janusz Symonides, Edited (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2000), p. 306

(Indigenous and Tribal Peoples) ดังกล่าว นอกจากจะปกป้องคุ้มครองวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองและชนเผ่าแล้ว อนุสัญญาดังกล่าวยังได้เน้นถึงการยอมรับความสำคัญในการให้ประชาชนที่เป็นชนพื้นเมืองและชนเผ่าเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจระดับชาติ สิทธิในการกำหนดแผนพัฒนาที่เป็นแบบของตนเองก่อนอื่น รวมทั้งสิทธิในการมีกรรมสิทธิ์และครอบครองดินแดนดั้งเดิมของพวกเขา และความจำเป็นของรัฐที่จะต้องให้โอกาสอันเท่าเทียมในการศึกษาและการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพอนามัย⁴

อย่างไรก็ดี ในการประชุม United Nations Conference on Environment and Development 1992 "Earth Summit" ณ กรุงริโอ เดอจาเนโร ได้มีการพิจารณาถึงบทบาทของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการเป็นส่วนหนึ่งในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการยอมรับถึงสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่จะได้รับการคุ้มครองจากกิจกรรมหรือโครงการใด ๆ ที่จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของชุมชนหรือต่อวัฒนธรรมประเพณีของพวกเขา⁵ ความสนับสนุนนี้เพื่อต้องการที่จะให้ชุมชนพื้นเมืองได้ตัดสินใจต่อการใช้ประโยชน์ในท้องถิ่นของพวกเขา

ขณะที่การประชุมเรื่องสิทธิมนุษยชนในการประชุม World Conference on Human Rights in 1993⁶ ก็ได้มีการเรียกร้องถึงสิทธิของประชาชนภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ (The Charter of The United Nations) และกติการะหว่างประเทศ (International Conventions on Human Rights) โดยเนื้อหาหลัก ๆ ในการเคลื่อนไหวเรียกร้องของชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็คือการมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Self-determination) ซึ่งสิทธิในการแสดงเจตจำนงนี้ย่อมาใช้ในการใช้สิทธิที่จะแยกตนเองออกมาเป็นรัฐประชาชาติใหม่ (New Nation-States) ที่จริงการเรียกร้องสิทธิดังกล่าวได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความมั่นคงในการดำรงชีพและ

⁴ D.J. Ravindran, Human Rights Praxis : A Resource Book for Study, Action and Reflection.(Bangkok: The Asian Forum for Human Rights and Development, 1998), p. 217 อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม.(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 380

⁵ Report of The United Nations Conference on Environment and Development, Vol. I, A/CONF. 151/26/Rec. I (Vol. I), Chapter 26, Sub – paragraph 26 – 3 (a) (ii) cited in Erica-Irene A.Daes, "Protection of the World's Indigenous Peoples and Human Rights" in Human Rights: Concept and Standards. Janusz Symonides ,Edited (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2000), p. 306.

⁶ World Conference on Human Rights, The Vienna Declaration and Program of Action, June 1993

ความสัมพันธ์ที่มั่นคงระหว่างมนุษย์ สัตว์ พืชพันธุ์และพื้นดินทำกิน โดยสิ่งสำคัญที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมต่าง ๆ ได้เรียกร้องคล้าย ๆ กัน ก็คือการได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเช่นเดียวกับพลเมืองอื่น ๆ ของประเทศ ขณะที่พวกเขาก็เรียกร้องการยอมรับจากรัฐและการได้รับการสนับสนุนในการพัฒนาทั้งวัฒนธรรม ความเชื่อและอัตลักษณ์ทางภาษาของชุมชน โดยเฉพาะการพัฒนาทางเศรษฐกิจซึ่งนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงทางระบบนิเวศน์ในการใช้ที่ดินขนาดใหญ่และทรัพยากรธรรมชาติจำนวนมาก ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าพวกเขาคัดค้านการพัฒนาทางอุตสาหกรรม หรือการใช้ทรัพยากรธรรมชาติในเชิงพาณิชย์ หากแต่พวกเขาต้องการมีโอกาสในการเฝ้าระวังเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของระบบนิเวศดังกล่าว และเรียกร้องการยอมรับถึงความสำคัญของวัฒนธรรมในชุมชนมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงินในโครงการพัฒนาใหญ่ ๆ

การยอมรับในความสำคัญในการดำรงอยู่ทั้งในแง่ของวิถีชีวิตและจิตวิญญาณดั้งเดิมทางวัฒนธรรมของชนพื้นเมือง ถือได้ว่าเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญในการเห็นถึงคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ของคนเหล่านี้ แต่อย่างไรก็ดี แม้รัฐจำนวนไม่น้อยจะยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองทั้งในแง่ของการดำรงอยู่และการไม่ถูกละเมิดปฏิบัติหรือการดำรงวิถีชีวิตทางวัฒนธรรมของตนไว้ แต่ประเด็นเรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองหรืออีกนัยหนึ่งก็คือสิทธิในการมีส่วนร่วมในอำนาจอธิปไตยของชนพื้นเมืองก็เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่รัฐทั่วไปมักนิ่งเงียบหรือไม่ให้การสนับสนุน ซึ่งประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับนัยทางประวัติศาสตร์ของการต่อสู้เพื่อประกาศอิสรภาพหรือการปกครองตนเอง

3.1.3 สิทธิการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิมนุษยชนมีความสัมพันธ์กับสิทธิในการพัฒนาในแง่ของการเข้ามามีส่วนร่วมและได้รับผลของการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและการเมือง ซึ่งโดยสาระสำคัญในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบไปด้วยบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ ซึ่งสามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทสำคัญ ได้แก่ สิทธิของพลเมืองและการเมือง (Civil and Political Rights) และสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights) ทั้งนี้ ได้มีผู้จำแนกให้เห็นอย่างน่าสนใจว่าปฏิญญาดังกล่าวตั้งอยู่บนเสาหลัก (Pillars) แห่งสิทธิพื้นฐาน 4 ประการ⁷ คือ 1) สิทธิส่วนบุคคล (Personal Rights) อันหมายถึงสิทธิแห่งความเสมอภาค, สิทธิในชีวิต, อิสรภาพ และความมั่นคง ฯลฯ 2) สิทธิซึ่งเป็นของปัจเจกบุคคล

⁷ Antonio Cassese, *Human Rights in a Changing World*. (Cambridge: Policy Press, 1990), pp.38–39 อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม*. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 289.

ในความสัมพันธ์ของเขากับกลุ่มสังคมซึ่งตนเข้าไปมีส่วนร่วม ซึ่งได้แก่ สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหวภายในรัฐชาติหรือออกนอกรัฐ ฯลฯ 3) อิสรภาพของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งมีการใช้เพื่อให้เกิดการก่อตั้งองค์กรแห่งรัฐบาลหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดตัดสินใจ อันได้แก่ เรื่องเสรีภาพในมโนธรรม ความคิด และการแสดงออก เสรีภาพในการสมาคมและรวมตัวกัน สิทธิในการลงคะแนนและสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าถึงรัฐบาล และการบริหารงานสาธารณะ 4) สิทธิซึ่งมีการใช้ในด้านที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม นับตั้งแต่บรรดาสิทธิซึ่งแสดงออกในเรื่องที่เกี่ยวกับแรงงานและความสัมพันธ์ในการผลิต สิทธิในการทำงานและสิทธิในการเข้ามีส่วนร่วมอย่างอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชน

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของปฏิญญาสากล แม้ในเบื้องต้น จะไม่มีสถานะทางกฎหมาย แต่ปฏิญญาก็มีผลลัพธ์ทางกฎหมายโดยอ้อมที่สำคัญเช่นกัน โดยถือเป็นหลักชี้นำที่มีความชอบธรรมอันเกิดจากสมัชชาทั่วไป นอกจากนั้น เมื่อคำนึงถึงพัฒนาการที่ผ่านมาแล้วจากการประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้มีการปรับเปลี่ยนสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) หากแต่คำประกาศในเชิงหลักการไม่ แต่กระนั้นก็ตามหากพิจารณาถึงความคลุมเครือในสถานะของปฏิญญาดังกล่าวแล้ว พัฒนาการของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The International Covenants on Human Rights) ที่สำคัญสองฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights : 1966, ICESCR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : 1966, ICCPR) นับเป็นความก้าวหน้าที่สำคัญของสิทธิมนุษยชนในสถานะแห่งกฎหมายระหว่างประเทศนับแต่การปรากฏตัวของปฏิญญาสากลฯ

3.1.3.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม

จัดเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในรูปสนธิสัญญาที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิทางด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ซึ่งส่วนใหญ่นำมาจากปฏิญญาสากลฯ หากมีการเพิ่มเติมเนื้อหาและรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ มากขึ้น โดยโครงสร้างเนื้อหา นอกจากเรื่องคำปรารภแล้ว กติกาฯ ฉบับนี้ประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ส่วน ได้แก่^๘

^๘ จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 311 – 319.

1) สาระสำคัญซึ่งเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง นับเป็นบทมาตราลักษณะเดียวกันกับมาตรา 1 ของกติกาฯ ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง

2) สาระสำคัญในหลักการสำคัญเรื่องพันธะหน้าที่ทางการเมืองของรัฐภายใต้กติกาฯ ในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจ การไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination), หลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิง ข้อจำกัดสิทธิซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมาย และเป็นไปเพื่อจุดหมายเดียวคือการส่งเสริมสวัสดิสุขทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

3) บทบัญญัติที่กล่าวถึงสาระสำคัญของสิทธิซึ่งมีลักษณะเฉพาะต่าง ๆ อาทิ เช่น

- สิทธิ ในการทำงาน

- สิทธิในการศึกษา

- สิทธิในวัฒนธรรม หรือความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ เป็นต้น

สำหรับ 2 ส่วนสุดท้าย เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบการดูแลตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามกติกาฯ พันธะในการทำรายงานเสนอของรัฐสมาชิก ข้อจำกัดในการตีความกติกาฯ รวมทั้งส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้สัตยาบัน และการมีสภาพบังคับใช้ของกติการะหว่างประเทศนี้

ทั้งนี้ กติกาฯ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม มีเนื้อหาในส่วนสำคัญที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยสังเขปดังนี้

สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง (Right of Self-Determination)

สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองถือเป็นสิทธิของประชาชนทุกคน (Peoples Rights) ในการกำหนดสถานะทางการเมืองของตนอย่างเสรีและมีความหมาย รวมถึงความถึงการมุ่งแสวงหาการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างมีอิสระเสรี โดยปราศจากการครอบงำหรือบงการใด ๆ ทั้งจากภายในหรือภายนอกประเทศ สิทธิดังกล่าวนี้นวมถึงสิทธิของประชาชนในการจัดการความอุดมสมบูรณ์ทางธรรมชาติ และทรัพยากรของตนชนิดที่ไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อพันธกรณีใด ๆ ซึ่งเกิดจากความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ อันตั้งอยู่บนหลักการแห่งประโยชน์ซึ่งกันและกัน และต่อกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองนี้ต่อมาได้กลายเป็นแนวคิดสำคัญของสิ่งที่เรียกว่า สิทธิในการพัฒนา (Rights to Development) อันถือเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งเช่นกัน

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัตินี้ถือเป็นหลักสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่ง โดยกำหนดให้รัฐภาคีรับที่จะประกันให้สิทธิต่าง ๆ ซึ่งกำหนดไว้ในตัวกติกาฯ โดย

ปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเกี่ยวกับเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอย่างอื่น ชาติ แหล่งกำเนิดทางสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ

สิทธิในการทำงานและในเงื่อนไขการทำงานที่เป็นธรรม

กล่าวโดยทั่วไปแล้ว สิทธิในการทำงานจัดเป็นสิ่งที่มีความสำคัญขั้นพื้นฐาน โดยมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ส่วน คือ สิทธิในการเข้าถึงการจ้างงานและสิทธิในการที่จะไม่ถูกเลิกจ้างโดยพลการ การเข้าถึงการจ้างงานหมายถึงความถึงเรื่องความอิสระเสรี ความเสมอภาคแห่งโอกาส ซึ่งจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติ การฝึกอบรมและการศึกษา ขั้นตอนที่รัฐจะต้องดำเนินการเพื่อให้เข้าถึง รวมทั้งการดำเนินนโยบายและเทคนิคเพื่อการบรรลุการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างหนักแน่นมั่นคง

สิทธิในสุขภาพ

มีความหมายรวมทั้งสุขภาพด้านร่างกายและจิตใจของประชากร โดยจัดเป็นพันธะของรัฐภาคีที่จะต้องให้การรับรองสิทธินี้ นอกจากนี้ ขอบเขตของสิทธิดังกล่าวยังรวมถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ปลอดภัย และมีสุขอนามัยด้วย (Right to a Safe and Healthy Environment)

สิทธิในการศึกษาและการเข้ามีส่วนร่วมในวิถีทางวัฒนธรรมและได้รับประโยชน์จากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์

เป็นการกำหนดสิทธิในการศึกษาอย่างรอบด้าน ทั้งในระดับประถม มัธยม ขั้นสูงหรือการศึกษาขั้นพื้นฐาน รวมถึงสิทธิของทุกคนที่จะเข้ามีส่วนร่วมในวัฒนธรรม และได้รับประโยชน์จากความก้าวหน้าในการประยุกต์ใช้วิทยาศาสตร์ และสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองผลประโยชน์ทางด้านศีลธรรมและวัตถุในผลงานทางด้านวิทยาศาสตร์หรือวรรณกรรมและศิลปะซึ่งตนเป็นเจ้าของ

3.1.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง

บทบัญญัติในกติกาฯ ฉบับนี้มีทั้งสิ้น 53 มาตรา โดยปรัชญาความคิดพื้นฐานของกติกาฯ ยอมรับต่อศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดและสิทธิเสมอภาคอันมีอาจพรากไอนได้ของมนุษย์ ซึ่งเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพในโลก โดยสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้มีที่มาจากศักดิ์ศรีของมนุษย์ นอกจากนี้ยังให้ความสำคัญของการแบ่งแยกจากกันมิได้ (Inseparability) ของสิทธิทางเศรษฐกิจฯ และสิทธิพลเมืองฯ อันถือเป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งสังคมจำเป็นต้องปกป้องส่งเสริมเพื่อให้เสรีชนมีเสรีภาพปลอดพ้นจากความกลัวและความอดอยากขาดแคลนตามอุดมการณ์ในปฏิญญาสากลฯ

กติกาสีทธิพลเมืองฯ สามารถจำแนกสาระสำคัญได้ดังนี้ คือ⁹

1) เรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง ซึ่งถือเป็นสิทธิร่วมที่ปรากฏในกติกาสีทธิพลเมืองฯ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจฯ

2) บทบัญญัติที่ว่าด้วยพันธะหน้าที่ทางกฎหมายของรัฐในการดำเนินการเพื่อบรรลุซึ่งสิทธิพลเมืองฯ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับในกติกาสีทธิพลเมืองฯ พันธะของรัฐในการประกันความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง เป็นต้น

3) ลักษณะของสิทธิพลเมืองและการเมืองสำคัญที่มีลักษณะเฉพาะ อาทิ เช่น

- สิทธิในชีวิต สิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายและเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิของทุกคนที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย

- สิทธิในการมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

- สิทธิในการชุมนุมโดยสงบ สิทธิในเสรีภาพแห่งการสมาคม รวมทั้งสิทธิในการก่อตั้งสหภาพแรงงาน

- สิทธิของประชาชนทุกคนในการมีส่วนร่วมในรัฐกิจ ในการออกเสียงเลือกตั้งและในการได้รับเลือกตั้ง รวมทั้งการเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศตน

- ความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมายและการคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียม และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาให้สามารถมีวัฒนธรรมของตนเองในการแสดงออกหรือปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาของตน หรือใช้ภาษาของตนเองในชุมชน เป็นต้น

ทั้งนี้ สิทธิในกติกาสีทธิพลเมืองและการเมืองมีเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่สำคัญโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง (Right to Self – Determination)

สิทธิข้อนี้จัดเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง และปรากฏเป็นสิทธิร่วมซึ่งบรรจุอยู่ทั้งในกติกาสีทธิพลเมืองฯ และกติกาสีทธิพลเมือง สิทธิดังกล่าวนี้ จัดเป็นเงื่อนไขอันจำเป็นสำหรับการค้าประกันอย่างมีประสิทธิภาพและความใส่ใจต่อสิทธิมนุษยชนของบุคคล รวมทั้ง สำหรับการส่งเสริมและสร้างความเข้มแข็งต่อสิทธิเหล่านั้น

⁹ จรัญ โฆษณานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 325 – 340.

การรับรองสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองก็มีปัญหาในทางปฏิบัติ โดยประเทศตะวันตกหลายประเทศต่างไม่เห็นด้วยต่อสิทธิดังกล่าว โดยอ้างเหตุผลต่าง ๆ นับแต่เรื่องความคลุมเครือที่ไม่มีนิยามชัดเจน เป็นหลักการทางการเมืองมากกว่าจะเป็นสิทธิทางกฎหมาย เป็นสิทธิแบบรวมการ (Collective) มากกว่าเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล หรือเป็นสิทธิที่ไม่อาจปรับใช้ได้กับระบบการส่งเสริมบังคับใช้สิทธิต่าง ๆ ตามกติกาฯ นอกจากนี้ยังมีหลาย ๆ ประเทศที่เกรงว่าจะมีผู้อ้างสิทธินี้ไปใช้ในการขอแบ่งแยกดินแดน (Secession) หรือชนกลุ่มน้อยจะนำไปปลุกระดมทางการเมืองเพื่ออ้างอำนาจปกครองตนเองอันจะเป็นอันตรายต่ออำนาจอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญของสิทธินี้ได้สะท้อนสาระบางส่วนของสิทธิที่หมายความรวมถึง อำนาจของประชาชนในการจัดการเกี่ยวกับความอุดมสมบูรณ์ทางธรรมชาติและทรัพยากรของตนอย่างเสรี ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นสิทธิในการมีอำนาจสูงสุดอันถาวรของประชาชนเหนือความมั่นคงทางธรรมชาติและทรัพยากรของตน (Right to Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources) และถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการพัฒนาที่สะท้อนหลักการเพื่อป้องกันการเอารัดเอาเปรียบในการดำรงชีพของประชาชนในท้องถิ่นต่อความมั่นคงสมบูรณ์หรือทรัพยากรธรรมชาติที่อาจกระทบถึงสิทธิพื้นฐานอีกหลาย ๆ ประการของประชาชน

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายต่างประกอบเป็นรากฐานและหลักการทั่วไปอันสำคัญ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการปกป้องสิทธิมนุษยชน โดยหลักการไม่เลือกปฏิบัตินี้เองที่กำหนดให้รัฐต้องคำนึงถึงสิทธิความเสมอภาคของชายและหญิงในการได้รับสิทธิต่าง ๆ ซึ่งแม้ในกติกาฯ จะเปิดโอกาสให้มีการจำกัดสิทธิหรือยกเว้นพันธะหน้าที่แก่รัฐได้ในช่วงที่มีเหตุฉุกเฉินสาธารณะแต่ก็ต้องไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติที่เป็นไปเพียงลำพังบนฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือแหล่งกำเนิดทางสังคม ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วรัฐสมาชิกมีพันธะที่จะต้องดำเนินมาตรการเป็นการเฉพาะทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหารหรือมาตรการอื่น ๆ เพื่อประกันความเสมอภาคในการมีสิทธิ

สิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ (The Right to Life)

สิทธิในการดำรงชีวิตอยู่จัดเป็น สิทธิที่มีความสำคัญสูงสุด (The Supreme Right) ซึ่งไม่อาจยอมให้มีข้อยกเว้นหรือจำกัดได้แม้ในขณะที่มีเหตุฉุกเฉินสาธารณะคุกคามต่อการดำรงอยู่ของชาติ โดยถือเป็นสิทธิที่จะต้องไม่ถูกตีความอย่างคับแคบภายใต้กติกาฯ นี้ รัฐสมาชิกมีพันธะไม่เพียงแต่การป้องกันและลงโทษการทำลายชีวิตโดยกฎหมายอาญา แต่รัฐยัง

ต้องป้องกันมิให้มีการสังหาร "โดยพลการ" จากกองกำลังความมั่นคงของตนด้วย การคร่าชีวิตอย่างผิดกฎหมายโดยน้ำมือของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงถือเป็นเรื่องเสียหายร้ายแรงอย่างยิ่ง

เสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา

สิทธิเสรีภาพนี้เป็นสิทธิซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งจนไม่อาจยินยอมให้มีข้อจำกัดยกเว้นได้ และครอบคลุมถึงสิทธิเสรีภาพในความเชื่อหรือศาสนาใหม่ ๆ ที่เพิ่งเกิดขึ้น โดยการไม่เลือกปฏิบัติต่อต้านศาสนาหรือความเชื่อใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้น รวมถึงการที่คนกลุ่มน้อยทางศาสนาไม่อาจตกอยู่ใต้การตั้งตัวเป็นศัตรูจากชุมชนศาสนาที่เป็นใหญ่เหนือกว่า อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกาศศาสนาหรือความเชื่อถือของบุคคล ก็อาจตกอยู่ใต้ข้อจำกัดทางกฎหมาย เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย สุขภาพอนามัย ศีลธรรม รวมทั้งสิทธิเสรีภาพมูลฐานของบุคคลอื่นได้

เสรีภาพในการยึดถือความคิดเห็นและการแสดงออก สิทธิในการร่วมประชุมโดยสงบ และสิทธิในการมีเสรีภาพในการสมาคม

สิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้มีนัยเกี่ยวข้องกับสิทธิทางการเมือง การมีส่วนร่วมหรือการตรวจสอบอำนาจทางการเมือง ประกอบด้วยเสรีภาพในการแสดงออก-การวิพากษ์วิจารณ์ การชุมนุมโดยสงบ รวมทั้งการก่อตั้งสมาคมต่าง ๆ สิทธิในการถือความเห็นโดยปราศจากการสอดแทรก จัดเป็นสิทธิสำคัญประการหนึ่งที่กติกาย ไม่ยอมให้มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัด รวมถึงเสรีภาพในการ "แสวงหา" (Seek) และ "ได้รับ" (Receive) ข้อมูลข่าวสารหรือความคิดดังกล่าว ชนิดที่ปราศจากพรมแดน อย่างไรก็ตาม กติกาย ก็กำหนดให้การใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกต้องเป็นไปพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบเป็นพิเศษ (Special Duties and Responsibilities) โดยเหตุนี้การจำกัดสิทธินี้ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับผลประโยชน์ของผู้อื่นหรือของชุมชนจึงเป็นสิ่งที่อาจกระทำได้เช่นกัน อันเป็นข้อจำกัดทำนองเดียวกับที่อาจปรับกับกรณีสิทธิในการร่วมประชุม/ชุมนุมโดยสงบ ซึ่งโดยสภาพมีลักษณะเป็นหนึ่งเดียวกับเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในการสมาคมนับว่าเป็นสิทธิที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการทำงานขององค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) ในแง่ความชอบธรรมของการรวมกลุ่มเป็นองค์กรเคลื่อนไหวทางสังคมหรือสิทธิมนุษยชน

สิทธิของประชากรทุกคนในการเข้ามีส่วนร่วมในรัฐกิจ ในการออกเสียงหรือได้รับเลือกตั้ง รวมทั้งการเข้าถึงบริการสาธารณะในประเทศตนโดยเสมอภาค

บทบัญญัติเรื่องนี้เกี่ยวข้องกับสิทธิทางการเมืองพื้นฐานของประชาชน อันเป็นสิทธิที่สมควรได้รับการประกันความมั่นคงมิให้มีการเลือกปฏิบัติ หรือกำหนดข้อจำกัดอย่างไม่มีเหตุผลหนักแน่น การมีส่วนร่วมในรัฐกิจหมายความว่าความรวมถึงการใช้อำนาจทาง

การเมือง การบริหารรัฐกิจในทุกด้าน การวางและส่งเสริมนโยบายทั้งในระดับสากล ระดับภูมิภาค และระดับท้องถิ่น นอกจากนี้ การปกป้องสิทธินี้เป็นสิ่งจำเป็นในการค้าประกันสิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร การแสดงออก การรวมกลุ่มและการสมาคม

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้ง 2 ฉบับแล้ว มีข้อสังเกตบางประการในกติการะหว่างประเทศดังกล่าว

ประการแรก คือ การยอมรับต่อสิทธิของประชาชน (People's Rights) ในการกำหนดเจตจำนงตนเอง (Right to Self-determination) ย่อมหมายถึงรวมถึงการกำหนดสถานะทางการเมืองของตนเองอย่างเสรี รวมทั้งการมุ่งแสวงหาการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างมีอิสระเสรี หลักการนี้ยังกล่าวถึงสิทธิของประชาชนในการจัดการต่อความอุดมสมบูรณ์ทางธรรมชาติ และทรัพยากรของตน รวมทั้งการที่ประชาชนจะไม่อาจถูกริดรอนซึ่งปัจจัยแห่งการดำรงชีพของเขาไม่ว่าในกรณีใด ๆ

ประการที่สอง ในกติการะหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับ วางหลักการ ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ทัศนคติทางการเมืองหรือเรื่องอื่น ๆ แหล่งกำเนิดของชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ บทบัญญัติที่ห้ามการเลือกปฏิบัติอย่างกว้างขวางเช่นนี้ จัดเป็นองค์ประกอบอันสำคัญยิ่งของหลักนิติธรรม และย่อมเป็นเงื่อนไขอันจำเป็นต่อการได้มาซึ่งสิทธิอันสำคัญอื่น ๆ ทั้งหมดของบุคคล

อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีการแบ่งแยกสิทธิมนุษยชนออกเป็น 2 กลุ่ม แต่ทั้งหมดก็มีส่วนร่วมสำคัญบางประการ กล่าวคือ การเคารพยึดมั่นต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของประชาชน และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล โดยนัยสำคัญแล้ว ทั้งสองหลักการ ย่อมจัดเป็นทั้งสิทธิมนุษยชนและหลักการพื้นฐานแห่งสิทธิมนุษยชนที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม

3.2 การรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาเกี่ยวเนื่องกับยุคของการแสวงหาอาณานิคมของบรรดาประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรป โดยในระยะแรกของการปกครองในดินแดนใหม่แห่งนี้เป็นการปกครองตามรูปแบบของอังกฤษ รวมถึงกฎหมายที่ใช้ด้วย กล่าวคือ เป็นการใช้อนุญาจารีตประเพณี หรือที่เรียกกันว่า Common Law และจากพื้นฐานทางประวัติศาสตร์บนความต้องการสิทธิเสรีภาพในการเป็นอิสระจากอังกฤษเป็นผลให้มีการรวมตัวกันประกาศอิสรภาพเป็นประเทศใหม่ และนำระบบสหพันธรัฐ (Federalism) มาใช้ กล่าวคือ เป็นระบบที่มอบอำนาจในการตัดสินใจในการบริหารประเทศให้แก่รัฐบาลสองระดับด้วยกัน คือ รัฐบาลกลาง (รัฐบาลสหรัฐ) และรัฐบาลมลรัฐ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติการให้อำนาจ

รัฐบาลในแต่ละระดับที่สามารถจะกระทำได้เพื่อมิให้การใช้อำนาจโดยรัฐบาลสหรัฐกับรัฐบาลมลรัฐขัดแย้งกัน¹⁰

3.2.1 ขอบเขตและความหมายของชนเผ่าอินเดียนแดงในฐานะชนพื้นเมืองดั้งเดิม

ในขณะที่การแสวงหาอาณานิคมของชาวยุโรปในทวีปอเมริกาเหนือได้เริ่มต้นขึ้น ชาวอินเดียนแดง (Indian Nations) นับเป็นชนพื้นเมืองกลุ่มใหญ่ที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะการปกครองเป็นสังคมชนเผ่า (tribe) โดยมีจำนวนมากกว่า 550 เผ่าทั่วประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการรับรองจากรัฐบาลสหรัฐ (Federal government) ชนเผ่าอินเดียนแดงเหล่านี้มีวิถีชีวิต ภาษา และประวัติศาสตร์ร่วมกัน มีการสร้างข้อบัญญัติ (constitutions) ของเผ่าและเลือกผู้นำกันเอง เมื่อชาวยุโรปมาถึงดินแดนใหม่แห่งนี้ พวกเขาได้ยอมรับสถานะของชนเผ่าอินเดียนแดงโดยการยอมรับถึงอำนาจของเผ่าผ่านการเจรจาเพื่อตกลงกัน และยอมรับสิทธิในทรัพย์สินด้วยการซื้อขายที่ดินจากชาวอินเดียนแดง ขณะเดียวกันชาวยุโรปก็ปฏิเสธสถานะของเผ่าโดยการอ้างสิทธิในการค้นพบโลกใหม่ซึ่งหมายถึงทวีปอเมริกาบนดินแดนซึ่งอ้างว่าไม่มีการครอบครองจากผู้ใดและปฏิเสธสิทธิในทรัพย์สินของชนเผ่าอินเดียนแดง รวมทั้งครอบครองที่ดินซึ่งพวกเขาอ้างสิทธิดังกล่าวว่าเป็นผู้ค้นพบ¹¹ ความสับสนในสิทธิและสถานะของชาวอินเดียนแดงดังกล่าวนี้ได้กลายมาเป็นปัญหาที่ยังคงอยู่จนถึงปัจจุบัน ในระยะแรกปัญหาเรื่องการถือครองที่ดินดังกล่าวยังมีไม่มากนัก ต่อมาเมื่อมีประชากรซึ่งมิใช่ชนชาวอินเดียนแดงเพิ่มมากขึ้น ปัญหาระหว่างผู้ตั้งถิ่นฐานกับชาวอินเดียนแดงในเรื่องความต้องการที่ดินจึงเริ่มมีมากขึ้น และเป็นปัญหาของรัฐบาลสหรัฐในการจัดความสัมพันธ์ดังกล่าวในเวลาต่อมา เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศอิสรภาพ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (Article 1, section 8) ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐสภาของสหรัฐอเมริกา (Congress) ที่จะตราบทบัญญัติทางการค้ากับชาวต่างชาติระหว่างมลรัฐต่าง ๆ และกับชนเผ่าอินเดียนแดง บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะของเผ่าอินเดียนแดงในระบบการปกครองของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (Article 1, Section 2) ก็มีบัญญัติเรื่อง การมีผู้แทนราษฎรและการเสียภาษีของชนเผ่าอินเดียนแดงไว้ บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงสถานะของชนเผ่า

¹⁰ จรณชัย ศัลยพงษ์, “รูปแบบกฎหมายสภาวะแวดล้อมของประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 62 – 63.

¹¹ การอ้างสิทธินี้รู้จักกันในนาม “Doctrine of Discovery” ซึ่งชาวยุโรปรวมถึงชาวอเมริกันยกเป็นข้ออ้างเหนือสิทธิของชนเผ่าอินเดียนแดง

อินเดียนแดงในยุคต้น ๆ ว่า พวกเขาได้รับการยอมรับในความเป็นชนชาติ (Nation hood) ผ่านทางการค้า ตลอดจนการยกเว้นการเสียภาษีและการไม่มีส่วนร่วมในทางการเมือง เนื่องจากถูกมองว่ามีได้เป็นส่วนหนึ่งของสหรัฐอเมริกา¹² นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญเองก็ยังได้มีบทบัญญัติให้อำนาจในการทำข้อตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา กับเผ่าต่าง ๆ ในลักษณะของสนธิสัญญาหรือข้อตกลง (Treaties) รวมทั้งยังให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจที่จะทำข้อตกลงกับชนเผ่าอินเดียนแดง โดยความเห็นชอบของสภาสูง (Senate) ได้อีกด้วย โดยนัยนี้จึงเท่ากับเป็นการยอมรับถึงอำนาจของชนเผ่าอินเดียนแดงในขณะนั้น

อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะแสดงนัยแห่งการยอมรับอำนาจและความเป็นชนชาติของชาวอินเดียนแดง แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังคงมีความคลุมเครือเป็นอย่างมาก ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) จึงมีบทบาทสำคัญในการวางหลักเรื่องสิทธิและอำนาจของชนเผ่าอินเดียนแดงในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในคดี Johnson v. McIntosh (21 U.S. 543 (1823)) ผู้พิพากษา John Marshall เห็นว่าแม้เป็นสิทธิของเผ่าอินเดียนแดงที่จะถือครองที่ดินของพวกเขา แต่ดินแดนที่ชนเผ่าอินเดียนแดงครอบครองและใช้ประโยชน์ดังกล่าวก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักการ Doctrine of Discovery ในสมัยอาณานิคมโดยอำนาจของชาวยุโรปในการบุกเบิกอาณาเขตและถือครองที่ดินย่อมสามารถถ่ายโอนอำนาจอันนั้นไปยังประเทศอื่น เมื่ออังกฤษสละอำนาวดังกล่าวในช่วงสงครามแก่สหรัฐอเมริกา เผ่าอินเดียนแดงจึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจการจัดการของสหรัฐอเมริกา แม้เผ่าอินเดียนแดงจะสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ในที่ดินแต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้ประเทศที่ถือสิทธิในดินแดนนั้น โดยนัยดังกล่าวสหรัฐอเมริกาจึงเป็นผู้ถือสิทธิที่จะอนุญาตให้เผ่าอินเดียนแดงเข้าถือครองที่ดินในดินแดนของสหรัฐอเมริกา¹³

ต่อมา ในคดี Cherokee Nation V. Georgia (U.S. (1831)) ศาลของสหรัฐอเมริกาได้ขยายขอบเขตในการจำกัดอำนาจของเผ่าอินเดียนแดงในการที่จะจัดการที่ดินของพวกเขา โดยคดีนี้เผ่า Cherokee ได้ฟ้องมลรัฐ Georgia ซึ่งยึดครองที่ดินของพวกเขาไป คดีนี้ผู้พิพากษา John Marshall ได้อธิบายว่า แม้ว่าเผ่า Cherokee จะมีฐานะเป็นชนชาติ (Statehood) และก็เป็นที่ยอมรับว่ามีการแบ่งแยกสังคมทางการเมืองของเผ่าอินเดียนแดงจากสังคมการเมืองอื่น ๆ ในประเทศ มีความสามารถในการจัดการปกครองภายในเผ่าตนเองก็ตาม แต่บรรดาอำนาจต่าง ๆ นี้ก็ทำให้เป็นอำนาจของรัฐต่างประเทศไม่ แต่คงเป็นเพียงความเป็นอิสระของชนเผ่าภายในประเทศเท่านั้น โดยนัยนี้ความสัมพันธ์ของเผ่า Cherokee กับสหรัฐอเมริกาจึงเป็นไปใน

¹² Ralph A. Rossum and G. Alan Tarr, American Constitutional Law. Volume 1 The Structure of Government, 6th ed.(Belmont: Wadsworth, 2003), pp. 416 – 417.

¹³ Ralph A. Rossum and G. Alan Tarr, *Ibid*, p. 421.

ลักษณะของการได้รับความคุ้มครองจากสหรัฐอเมริกาและลักษณะความเป็นรัฐ (statehood) ที่ได้รับการคุ้มครองนี้ได้เป็นแนวทางที่ทำให้อำนาจของเผ่ามีความเข้มแข็งมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างชนเผ่าอินเดียนแดงกับมลรัฐได้ถูกทำให้มีความชัดเจนขึ้นโดยในคดี Worcester v. Georgia (31 U.S. 515 (1832)) ผู้พิพากษา John Marshall วินิจฉัยว่าชาวอินเดียนแดงทั้งหลายมีการปกครองภายในชุมชนของตน ซึ่งอำนาจนี้เป็นลักษณะเฉพาะในอาณาเขตของเผ่า ดังนั้น กฎหมายของรัฐ Georgia จึงไม่มีอำนาจในอาณาเขตของเผ่าอินเดียนแดงและพลเมืองของรัฐ Georgia ก็ไม่มีสิทธิที่จะเข้าไปจัดการต่าง ๆ ในดินแดนของชาวอินเดียนแดง เว้นแต่จะได้รับการยินยอมจากชาวอินเดียนแดง¹⁴

ในการวินิจฉัยคดีดังกล่าวข้างต้น ศาลได้วางหลักในการพิจารณาถึงขอบเขตสถานะของชนเผ่าอินเดียนแดงในสหรัฐอเมริกาที่น่าสนใจ กล่าวคือ ในคดีชนเผ่า Cherokee Nation สถานะของชนเผ่าอินเดียนแดงถูกลดทอนลงโดยถูกกำหนดให้เป็นชนชาติที่มีความอิสระภายใต้อำนาจการปกครองของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ส่วนในคดี Johnson สิทธิในทรัพย์สินของอินเดียนแดงจะต้องได้รับการยอมรับโดยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ขณะที่ในคดี Worcester ได้พูดถึงความเป็นชนชาติของอินเดียนแดงและอำนาจเฉพาะของชนเผ่าอินเดียนแดงภายในอาณาเขตของเผ่าอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี ในภายหลังศาลสหรัฐอเมริกาก็มิได้ยอมรับอำนาจของชนเผ่าในทุกกรณี ในคดีอาญาศาลยังถือว่ามลรัฐยังมีอำนาจในดินแดนของอินเดียนแดงโดยเฉพาะระหว่างบุคคล ซึ่งมีใช้สมาชิกของเผ่าอินเดียนแดง

อนึ่ง แม้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาก็ได้พิพากษาให้ชนเผ่าอินเดียนแดงเป็นส่วนหนึ่งของสหรัฐอเมริกาและรับรองสถานะของชนเผ่าอินเดียนแดงก็ตาม แต่จากความแตกต่างทางด้านวัฒนธรรมและความเชื่อระหว่างเผ่าอินเดียนแดงกับชาวอเมริกัน ประกอบกับความไม่เข้าใจในวัฒนธรรมการปกครองในช่วงแรก ๆ ทำให้สังคมชาวอเมริกันนำระบบความคิดในเรื่องการเมืองการปกครองและกฎหมายแบบตะวันตกมาเป็นกรอบในการพัฒนาและเข้าใจว่าสังคมชนเผ่าของอินเดียนแดงปราศจากระบบการปกครองที่ชัดเจน โดยเฉพาะในรูปแบบของการปกครองของชาวอเมริกันในขณะนั้น ทำให้สังคมอเมริกันขยายอำนาจการปกครองเหนือดินแดนของชาวอินเดียนแดง และสถานะทางกฎหมายของชนเผ่าอินเดียนแดงเกิดความไม่แน่นอนจนนำไปสู่การตีความถึงสถานะ รวมทั้งอำนาจของชนเผ่าอินเดียนแดงโดยศาลของสหรัฐอเมริกา ดังกล่าว ขณะเดียวกันรัฐบาลสหรัฐอเมริกาก็เริ่มมีนโยบายในการอพยพชาวอินเดียนแดงเพื่อการตั้งถิ่นฐานและการพัฒนา มีการตรากฎหมาย Indian Removal Act ในปี ค.ศ. 1830 โดยประธานาธิบดี Andrew Jackson เพื่อการจัดการตั้งถิ่นฐานใหม่โดยการอพยพชาวอินเดียนแดงไป

¹⁴ Ralp A. Rossum and G. Alan Tarr, Ibid, pp. 418, 430 – 433.

ยังดินแดนฝั่งตะวันตกของแม่น้ำ Mississippi โดยระหว่างปี ค.ศ. 1830 – ปี ค.ศ. 1840 ซึ่งประมาณการว่ามีผู้อพยพกว่า 60,000 คน และมีผู้เสียชีวิตจากการอพยพอันยาวนานนี้จำนวนมาก

กระนั้นก็ตาม จากการเพิ่มขึ้นของประชากรชาวอเมริกันและความต้องการที่ดินที่ยังคงมีเพิ่มขึ้น ตลอดจนการลดลงของจำนวนที่ดิน นโยบายการอพยพย้ายถิ่นฐานจึงไม่เพียงพอและได้นำไปสู่การดำเนินการจัดสรรที่ดินใหม่โดยการตรากฎหมาย The General Allotment Act ในปี ค.ศ. 1887 เพื่อดำเนินการจัดสรรให้เผ่าอินเดียนแดงได้อยู่ในเขตสงวนหรือเขตอนุรักษ์ นโยบายดังกล่าวตั้งอยู่บนความเชื่อว่าการพัฒนาจะเป็นไปอย่างรวดเร็ว หากมีการจัดการที่ดินแบบรวมกลุ่มและได้รับการสนับสนุนในด้านการเกษตรแผนใหม่ แนวคิดดังกล่าวนี้ตรงข้ามกับวิถีชีวิตดั้งเดิมของชาวอินเดียนแดงที่มีพิธีกรรมและประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการล่าสัตว์หรือการใช้ประโยชน์จากป่า โดยมีความพยายามที่จะพัฒนาให้ชาวอินเดียนแดงมีวิถีชีวิตและการพัฒนาแบบชาวตะวันตก มีการดำเนินการเกี่ยวกับการพัฒนาเหมืองแร่ น้ำมัน รวมทั้งป่าไม้ในเขตของชาวอินเดียนแดง

อย่างไรก็ดี ความล้มเหลวของนโยบายดังกล่าว ได้นำไปสู่การตรากฎหมาย Indian Reorganization Act ในปี ค.ศ. 1934 อันเป็นการสิ้นสุดนโยบายในการจัดสรรที่ดินในเขตอนุรักษ์ กฎหมายนี้มุ่งหมายที่จะปกป้องดินแดนที่ยังคงเหลืออยู่ของเผ่าอินเดียนแดง โดยยินยอมให้เผ่าอินเดียนแดงปกครองกันเอง (Self-Governing) ผ่านโครงสร้างทางกฎหมาย อาทิเช่น ธรรมนูญเผ่า (Constitutions) หรือโดยกฎหมายอื่น ๆ (by-laws) ซึ่งผ่านความเห็นชอบของสมาชิกภายในเผ่า สิทธินี้เกิดจากความสมัครใจของเผ่าซึ่งธรรมนูญเผ่าจะได้รับการรับรองจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังสนับสนุนการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และการฟื้นฟูวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยในช่วงเวลาดังกล่าว สหรัฐอเมริกามีนโยบายที่จะให้คนอินเดียนแดงที่เกิดในสหรัฐอเมริกาได้เป็นพลเมืองของประเทศ ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1953 รัฐสภา (Congress) จึงได้สิ้นสุดนโยบายที่ถือปฏิบัติต่อสถานะของคนอินเดียนแดงในฐานะที่จะต้องได้รับการคุ้มครองจากสหรัฐอเมริกา ผลของการสิ้นสุดนโยบายดังกล่าวทำให้ชาวอินเดียนแดงมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาและหลังจากปี ค.ศ. 1960 เป็นต้นมา ก็ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นในนโยบายของสหรัฐอเมริกาที่เริ่มให้อำนาจชนเผ่าอินเดียนแดง และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ (Self-Determination) ในการดำเนินการพัฒนาใด ๆ ของรัฐมากขึ้น

3.2.2 การรับรองสิทธิของชนเผ่าอินเดียนแดง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า นับตั้งแต่ยุคอาณานิคมเป็นต้นมาชนเผ่าอินเดียนแดงเป็นผู้ครอบครองและใช้ประโยชน์ในดินแดนทวีปอเมริกาเหนือมาเป็นเวลานาน เมื่อมีการประกาศเอกราช และมีการสถาปนาอำนาจทางการเมืองเหนือประเทศสหรัฐอเมริกา ความสัมพันธ์ระหว่างสหรัฐอเมริกากับชนเผ่าอินเดียนแดงจึงเป็นไปในลักษณะการยอมรับอำนาจของเผ่า (Tribes) ภายใต้การปกครองของสหรัฐอเมริกา (Federal) ซึ่งนอกจากรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติแล้ว หลักกฎหมาย (Statutes) อันเกิดจากคำพิพากษาของศาล ข้อตกลง (Treaty or Agreements) ระเบียบและคำสั่ง (Executive Orders) ของรัฐก็เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายในการรับรองสิทธิของชนเผ่าอินเดียนแดง

ภายหลังปี ค.ศ. 1960 เป็นต้นมา สหรัฐอเมริกาได้เริ่มนโยบายให้เผ่าอินเดียนแดงได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการดำเนินการกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐมากขึ้น แต่ในระบบการเมืองการปกครองของสหรัฐอเมริกา สิทธิของคนอินเดียนแดงมีความคลุมเครือระหว่างสิทธิในฐานะพลเมืองของสหรัฐอเมริกาและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการเป็นสมาชิกของเผ่าอินเดียนแดงที่ได้รับการรับรองจากรัฐบาล จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1924 ช่องว่างของหลักทั่วไปในความเป็นพลเมืองของคนอินเดียนแดงซึ่งถูกผลักดันออกจากการเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาภายใต้คำพิพากษาของศาลได้ถูกแก้ไข เมื่อรัฐสภา (Congress) ได้ผ่านกฎหมาย Indian Citizenship Act ซึ่งทำให้คนอินเดียนแดงได้รับการคุ้มครองสิทธิในฐานะของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ คนอินเดียนแดงจึงมีความเกี่ยวข้องกับความเป็นพลเมืองของสหรัฐและของมลรัฐที่พวกเขาอยู่อาศัย ตลอดจนสิทธิของสมาชิกในเผ่า คนอินเดียนแดงจึงมีสถานะของสิทธิในสามประการ คือ สิทธิของสหรัฐ (Federal) สิทธิของมลรัฐ (state) และสิทธิของสมาชิกในเผ่าอินเดียนแดง (tribal) กระนั้นก็ตาม ในบางมลรัฐ อาทิ ในมลรัฐ Arizona ก็ยังคงมีความพยายามในการขัดขวางการขยายสิทธิของคนอินเดียนแดงในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

อย่างไรก็ตาม ในหลักการแล้วคนอินเดียนแดงก็ยังมีสิทธิคัดค้านรัฐบาลสหรัฐ และมลรัฐ กฎหมาย The Indian Citizenship Act ไม่ได้ขยายสิทธิตามหลักการในรัฐธรรมนูญ (Bill of Rights) ไปยังทุกสถานการณ์ทั้งหมดภายในเผ่าอินเดียนแดง ซึ่งคำพิพากษาของศาลก่อนหน้านี้ได้ปฏิเสธที่จะขยายความหมายของ Bill of Rights ไปยังบริบทของเผ่าอินเดียนแดง ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1968 สถานการณ์จึงถูกเปลี่ยนไปโดยรัฐสภา (Congress) ได้

ประกาศใช้กฎหมาย The Indian Civil Rights Act¹⁵ เพื่อรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองชาวอินเดียนแดงให้ได้รับการปฏิบัติจากชนเผ่าอินเดียนแดงตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่รู้จักกันในนามของ Bill of Rights และที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (14th Amendment) ซึ่งกำหนดให้บุคคลทุกคนที่เกิดหรือแปลงสัญชาติในสหรัฐ และอยู่ในบังคับของกฎหมายสหรัฐ ย่อมเป็นพลเมืองของสหรัฐและของมลรัฐที่มีภูมิลำเนาอยู่ มลรัฐใดจะออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันที่พลเมืองของสหรัฐจะพึงได้รับไม่ได้ หรือมลรัฐใดจะรอนสิทธิเสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการแห่งกฎหมาย หรือจะปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดที่อยู่ในเขตอำนาจได้รับความคุ้มครองแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกันไม่ได้¹⁶

กฎหมาย Indian Civil Rights Act นี้ มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เผ่าอินเดียนแดง (Indian Tribal Governments) ออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายที่จะกระทบสิทธิของบุคคลโดยสภา Congress ได้นำกฎหมายนี้มาใช้เพื่อให้แน่ใจว่าเผ่าอินเดียนแดงจะเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของคนอินเดียนแดงและบุคคลอื่น ๆ ด้วย ทั้งนี้ กฎหมายฉบับนี้ได้ห้ามมิให้เผ่าอินเดียนแดงใช้อำนาจในการออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามที่กฎหมายนี้บัญญัติ ซึ่งสอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น ในปี ค.ศ. 1975 สภา Congress ก็ได้ประกาศใช้กฎหมาย The Indian Self – Determination and Education Assistance Act¹⁷ เพื่อรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของชนเผ่าอินเดียนแดง กฎหมายฉบับนี้มีหลักการให้เผ่าอินเดียนแดง (Tribal government) มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเข้าทำสัญญาเพื่อประกันภาระหน้าที่และความรับผิดชอบสำหรับโครงการหรือบริการต่าง ๆ ของรัฐบาล¹⁸ และให้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาที่จะจัด

¹⁵ Joyotpaul Chaudhuri, "American Indian Policy : An Overview," in American Indian Policy in The Twentieth Century, 2nd ed. ,Vine Deloria ,Jr.(Norman: University of Oklahoman Press, 1992), p.29 – 30.

¹⁶ Edward S. Corwin, The Constitution and what it means today, 13th ed. (New Jersey: Princeton University Press, 1974), p. 386 อ้างถึงใน โกเมท ทองภิญโญชัย, "การใช้กฎหมายในการป้องกันและแก้ไขมลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตมหาวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 43.

¹⁷ Public Law 93 – 638 (Signed January 4, 1975 ; 88 Stat. 2203 ; 42 U.S.C. 450 – 458.

¹⁸ Joyotpaul Chaudhuri, "American Indian Policy:An Overview," in American Indian Policy in The Twentieth Century, 2nd ed. ,Vine Deloria ,Jr., p.28.

ให้มีการมีส่วนร่วมโดยชนเผ่าอินเดียนแดงในพื้นที่สำหรับโครงการและบริการต่าง ๆ ของรัฐบาลสหรัฐในชุมชนของเผ่าอินเดียนแดง ซึ่งรวมถึงโครงการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Secretary of the Interior) โดยการร้องขอจากเผ่าอินเดียนแดงจัดให้มีการทำข้อตกลง (Treaty) รับรองสิทธิของเผ่าซึ่งแยกออกจากโครงการหรือบริการต่าง ๆ ของรัฐบาลสหรัฐ นอกจากนี้ยังอาจจัดให้มีกระบวนการรับฟังข้อเสนอแนะสำหรับการตัดสินใจรวมทั้งรายละเอียดในการดำเนินการต่าง ๆ สำหรับข้อตกลงใด ๆ เป็นการเฉพาะก็ได้ ทั้งนี้ รัฐมนตรีอาจปฏิเสธในการที่จะดำเนินการตามคำแนะนำดังกล่าวได้ และอาจเรียกร้องให้เผ่าอินเดียนแดงกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบในการประกันการบังคับใช้ (obtain) ข้อตกลงอย่างเหมาะสม ตลอดจนการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายหน้าที่สามารถดำเนินการใด ๆ โดยปราศจากการขัดขวางในการจัดให้มีบริการหรือเพื่อประโยชน์ทางการทหารใด ๆ เป็นต้น

3.2.3 การมีส่วนร่วมของชนเผ่าอินเดียนแดงในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สิทธิของชนเผ่าอินเดียนแดง นอกจากจะได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างมลรัฐต่าง ๆ กับเผ่าอินเดียนแดง ก็อาจเป็นไปตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลง (Treaty) และด้วยลักษณะพิเศษของความเป็นชนชาติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ทำให้เผ่าอินเดียนแดงมีอำนาจที่จะเข้าไปทำข้อตกลงกับมลรัฐต่าง ๆ ได้ ผ่านการเจรจาตกลงในระดับมลรัฐ ทั้งนี้ นับตั้งแต่ประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศเป็นเอกราช เผ่าอินเดียนแดงได้เข้าร่วมในข้อตกลงกับสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก โดยสนธิสัญญาส่วนใหญ่จะรับประกันในการคุ้มครองสิทธิในการล่าสัตว์ของเผ่า และสิทธิในการจับปลา ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของวัฒนธรรมและประเพณีและใช้บังคับกับคนอินเดียนแดงทุกคนในอาณาเขตเผ่า

อย่างไรก็ดี การทำข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิในการล่าสัตว์ (Modern Hunting) หรือสิทธิในการจับปลา (Fishing) ในช่วงศตวรรษที่ 19 ได้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นเป็นจำนวนมาก ระหว่างชนเผ่าอินเดียนแดง นักกีฬา มลรัฐและรัฐบาลสหรัฐ โดยในต้นศตวรรษที่ 20 ภายใต้อิทธิพลจากการค้าและกีฬาตกปลา มลรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐได้กำหนดการล่าสัตว์หรือจับปลาในเขตอนุรักษ์ของอินเดียนแดง การดำเนินการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อชนเผ่าอินเดียนแดงในภาคตะวันตกเฉียงเหนือ (Northwest) ในการดำเนินวิถีชีวิตตามวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นอย่างมาก นับแต่ปี ค.ศ. 1960 ข้อขัดแย้งเหนือสิทธิในทรัพยากรและการใช้ทรัพยากรรุนแรงขึ้น นักอนุรักษ์ชาวอินเดียนแดงยกประเด็นปัญหาสถานการณ์เรื่องระยะเวลาในการเจริญเติบโตและขยายพันธุ์

ของปลาแซลมอนมาประกาศต่อสาธารณะและนำคดีไปสู่ศาลเพื่อที่จะให้ศาลได้ชี้ขาดเพื่อถึงสิทธิในข้อตกลง (Treaty Rights) ของพวกเขาให้ได้รับการคุ้มครองสนับสนุนและมีความชัดเจนขึ้น

ในคดี United States v. State of Washington (F. Supp 312 (1974))¹⁹ ผู้พิพากษา George Boldt ได้ยืนยันถึงสิทธิของเผ่าอินเดียนแดงในเขตภาคตะวันตกเฉียงเหนือเกี่ยวกับฤดูกาลจับปลาภายใต้ข้อกำหนดของข้อตกลง Medicine Creek (Treaty of Medicine Creek, 1854) โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางจากมลรัฐ Washington ผู้พิพากษา Boldt ได้ตัดสินให้มีการฟื้นฟูมาตรการควบคุมสภาพแวดล้อมและการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ โดยเผ่าอินเดียนแดง คำพิพากษาในคดีนี้ต้องการที่จะบอกกล่าวถึงสิทธิของเผ่าอินเดียนแดงในการจัดการแหล่งเพาะพันธุ์และปกป้องถิ่นกำเนิดของปลาแซลมอน ซึ่งเป็นปลาที่มีแหล่งกำเนิดในแม่น้ำที่สะอาด และเป็นสัญลักษณ์แห่งวัฒนธรรม ความหมาย รวมทั้งเศรษฐกิจของเผ่าอินเดียนแดงและเป็นดัชนีชี้วัดถึงสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติและระบบนิเวศที่สมบูรณ์ ซึ่งมีความสำคัญทั้งต่อคนอินเดียนแดงและบุคคลทั่วไป และนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1974 เป็นต้นมา ได้มีคดีจำนวนมากระหว่างชนพื้นเมืองชาวอเมริกัน (Native Americans) ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมต่างๆ และรัฐบาลมลรัฐขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ในการจัดการป่าและการเข้ามาจัดการของมลรัฐอย่างเหมาะสมและเพียงพอ

คำพิพากษาในคดี U.S.A. v. Washington ได้เป็นแนวทางในการกำหนดข้อตกลงของเผ่าต่าง ๆ กับมลรัฐ อย่างไรก็ตาม คำตัดสินในคดีดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดความไม่แน่ใจในอำนาจหน้าที่ในการจัดการของเผ่าอินเดียนแดงเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ขณะเดียวกันพวกเขาก็ยังได้รับผลกระทบจากแนวทางปฏิบัติในการใช้ที่ดินทั้งในป่าและพื้นที่เพาะปลูก รวมทั้งผลกระทบจากสิทธิในการใช้น้ำ (Water Rights) ที่มีมาแต่เดิมในสนธิสัญญา (Treaty) ซึ่งในกรณีคดี U.S. v. Washington นี้ คำตัดสินอาจถูกอธิบายได้เพียงความหมายว่า หากปัญหาได้ถูกนำมาพิจารณาในศาล เผ่าอินเดียนแดงย่อมมีสิทธิก่อนผู้อื่นในการจัดการ โดยอาศัยพื้นฐานจากสิทธิของพวกเขาในการที่จะปกป้องแหล่งขยายพันธุ์ปลาแซลมอน (Salmon's Habitat) ทั้งนี้ในช่วงต้นปี ค.ศ. 1980 เผ่าอินเดียนแดงบางเผ่าคำนึงถึงการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการตัดสินคดีของศาลดังกล่าวต่อความขัดแย้งในเรื่องการจัดการเหนือทรัพยากรธรรมชาติอันเกิดจากกระบวนการพิจารณาของศาล ผู้ปกครองเผ่าอินเดียนแดงตระหนักดีว่าขณะที่พวกเขาชนะคดีปัญหาในเรื่องปลาแซลมอนก็ยังคงมีอยู่ พวกเขาต้องการที่จะคุ้มครองปลามากกว่าที่จะต้องการชนะคดีในศาล ดังนั้น พวกเขาจึงต้องการวิธีการที่ต่างออกไปเพื่อบรรลุเป้าหมายดังกล่าว

¹⁹ Davis R. Lewis, Native American and the Environment (online). 2000 Available from : <http://www.cnie.org/nae/docs/intro.html>. [2005, December 21]

อย่างไรก็ดี ในขณะที่นั้นองค์กรทางด้านอุตสาหกรรมที่มีชื่อว่า Northwest Water Resources Committee สนใจที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว จึงได้เสนอรายงานเพื่อเสนอแนวทางในการเจรจาแก้ไขปัญหาและช่วยเหลือประชาชนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต่าง ๆ เพื่อให้เกิดการยอมรับกระบวนการเจรจา ซึ่งจะแก้ไขปัญหาได้ดีกว่าการนำคดีไปสู่ศาลหรือการแก้ปัญหาโดยทางการเมือง กระบวนการดังกล่าวจะถูกกำกับโดยผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องหลายฝ่าย ในเวลาต่อมาผู้นำองค์กร The Northwest Indian Fisheries Commission และผู้นำกลุ่มอุตสาหกรรมป่าไม้ (Timber) และหน่วยงานของรัฐชื่อ The Washington Forest Protection Association จึงได้พบปะแลกเปลี่ยนความเห็นต่อกันและนำไปสู่ความพร้อมในการเจรจาแบบใหม่ และเริ่มต้นสู่ยุคความร่วมมือในการแก้ไขปัญหาร่วมกันบนวิถีทางแห่งการเจรจาโดยกลุ่มองค์กรดังกล่าว และจากตัวแทนของคณะกรรมการ The Washington Environmental Council

ทั้งนี้ กระบวนการเจรจาดังกล่าวจะมีหน่วยงานชื่อ The Northwest Renewable Resources Center (NRRC) ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ผู้นำในองค์กรด้านอุตสาหกรรม เฝ้ออินเดียนแดง และองค์การเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมให้การสนับสนุนทรัพยากรในการดำเนินการเจรจาและเสริมสร้างความสัมพันธ์ โดยมีผู้เชี่ยวชาญในด้านการสนับสนุนกระบวนการเจรจาและอื่น ๆ (หน่วยงานนี้ขึ้นอยู่ภายใต้ The Northwest Water Resources Committee) เป็นเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุผลการเจรจา ดังนั้น ในเวลาต่อมาจึงได้มีการพัฒนาการเจรจาระหว่างกันดังกล่าวไปสู่การจัดทำบันทึกความเข้าใจร่วมกันระหว่างมลรัฐ Washington กับเฝ้ออินเดียนแดงที่ได้รับการยอมรับจากรัฐบาลสหรัฐ (Federal Government) รวมทั้งการดำเนินกระบวนการเจรจา Timber – Fish – Wildlife (TFW) Agreement 1986²⁰ ซึ่งกระบวนการเจรจา (Negotiation) นี้ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ดีประการหนึ่งเพื่อลดการนำคดีไปฟ้องร้องยังศาล และจะทำให้การแก้ปัญหาเป็นประโยชน์แก่ทุกฝ่าย

Centennial Accord and Memorandum of Understanding on Environmental Protection (1989)

ในปี ค.ศ. 1989 ผู้ปกครองเฝ้ออินเดียนแดงและมลรัฐ Washington ได้เจรจาทำความเข้าใจเกี่ยวกับการปกป้องสิ่งแวดล้อมเพื่อเป็นกรอบการทำงานสำหรับกรณีประเด็นที่เกิดจากคำตัดสินในคดี U.S. v. Washington. (Boldt Decisions) ในการบรรลุเป้าหมายและข้อตกลงร่วมกันทั้งสองฝ่ายเพื่อนำไปสู่การแก้ไขปัญหาการใช้น้ำ รวมทั้งการคุ้มครองแหล่งเพาะ

²⁰ Helen Ross, New Ethos – New Solution : Indigenous Negotiation of Co – operative Environmental Management Agreements in Washington State. (online) 1999 Available from: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILR/1999/16.html> [2005, December 21]

พันธุ์ปลาและสัตว์ป่า โดยร่วมกันจัดการแก้ไขประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ปัญหาความไม่ชัดเจนในบันทึกความตกลงนี้นำไปสู่การตัดสินใจของรัฐบาลที่จะนำไปสู่การเจรจาอย่างชัดเจนอีกครั้งภายใต้รูปแบบการทำข้อตกลงร่วมกัน (Agreement)

Timber – Fish – Wildlife (TFW) Agreement (1986 – ปัจจุบัน)

หลังจากปี ค.ศ. 1945 ความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีได้ส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อระบบนิเวศของแหล่งเพาะพันธุ์ปลาแซลมอน ถนนในเขตที่สูงเป็นสาเหตุหลักของปัญหาดินถล่มและการสะสมตะกอนในแม่น้ำ นับจากปี ค.ศ. 1970 ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและกลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมได้กังวลเกี่ยวกับกรณีนี้จนนำไปสู่การพิจารณาของศาลและนำไปสู่กระบวนการ Timber – Fish – Wildlife (TFW) เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวในปี ค.ศ. 1996 โดยอาศัยกระบวนการประชุมเจรจาต่อรอง (Negotiation Process) ซึ่งแต่ละฝ่ายต่างได้เสนอแนะนโยบายและเทคนิคการจัดการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของตนโดยการประชุมเป็นไปในรูปของคณะกรรมการผ่านมติของที่ประชุม ในการเจรจาดังกล่าวนี้มีผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholder) จำนวน 27 ฝ่าย กลุ่มอุตสาหกรรมป่าไม้ รัฐบาลมลรัฐโดย The Department of Natural Resources รวมทั้งกลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมประชุม และภายใต้กฎหมาย Federal Water Pollution Control Act รัฐบาลท้องถิ่น (Local Government) ก็ได้มีส่วนร่วมในการเจรจาดังกล่าวด้วย การประชุมดังกล่าวนี้เป็นไปในลักษณะเปิดกว้าง โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการเจรจาเป็นหลัก และนำไปสู่การจัดการโครงสร้างและกระบวนการที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อระดมความคิดในการตัดสินใจร่วมกัน (Decision-Making)

ในการประชุมเจรจา TFW มีคณะกรรมการในการจัดการ คือ The State Forest Practices Board ซึ่งมีอำนาจรับผิดชอบในการพิจารณาข้อซักถามเกี่ยวกับนโยบายทั่วไป และมีคณะกรรมการระดับรองช่วยในการดำเนินการ ได้แก่ คณะกรรมการเกี่ยวกับการปกครอง (Administrative Committee) คณะกรรมการเกี่ยวกับการอบรม ข้อมูลข่าวสารและการศึกษา คณะกรรมการศิลปวัฒนธรรม และคณะกรรมการร่วมติดตามวิจัยและประเมินผล (Committee for Training Information and Education ; Cultural Heritage ; and Cooperative Monitoring, Evaluation and Research (CMER) โดยประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านต่าง ๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของแต่ละกลุ่มโดยเฉพาะชนเผ่าอินเดียนแดง (Interdisciplinary Teams : ID Teams) คณะกรรมการต่าง ๆ เหล่านี้จะเริ่มกระบวนการในการประเมินการใช้ประโยชน์จากบริษัทประกอบการป่าไม้ เพื่อประกอบการเจรจาและนำไปสู่การประยุกต์วิธีการที่จะแก้ไขผลกระทบที่มีต่อแหล่งน้ำ ปลา และสัตว์ป่า ข้อตกลงนี้จะมีลักษณะที่สามารถปรับเปลี่ยนวิธีการได้โดยหลักการของวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่ถูกออกแบบและนำมาใช้ปฏิบัติเกี่ยวกับนโยบายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเช่นเดียวกับการตรวจสอบสมมติฐานในทางวิทยาศาสตร์ และด้านนโยบายดังกล่าว

บรรลุลผล สมมติฐานก็จะได้รับการรับรอง แต่ถ้าล้มเหลวก็จะเป็นบทเรียนสำหรับการกำหนดนโยบายบนพื้นฐานความเข้าใจที่ถูกต้องในอนาคตในลักษณะการวางแผนและการประยุกต์ต่อไป ในการดำเนินการในส่วนของผู้อินเดียแดงจะได้รับการสนับสนุนงบประมาณจากรัฐบาลสหรัฐ

ข้อตกลงดังกล่าวนี้ ประสบความสำเร็จในการป้องกันการเปลี่ยนแปลง ต่อนโยบายและการปฏิบัติในการจัดการป่าและการคุ้มครองพันธุ์ปลา แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับสัตว์ป่า และศิลปวัฒนธรรม กลุ่มผู้มีส่วนได้เสียได้แยกออกมาดำเนินการเจรจาใหม่อีกครั้งในระหว่างปี ค.ศ. 1989 – 1990 เพื่อที่จะพยายามแก้ไขปัญหาเรื่องสัตว์ป่า

3.3 การรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองในประเทศออสเตรเลีย

3.3.1 ขอบเขตและความหมายของชนเผ่าอะบอริจินในฐานะชนพื้นเมืองดั้งเดิม

เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประวัติศาสตร์ของประเทศออสเตรเลีย เริ่มต้นในยุคอาณานิคม เมื่อมหาอำนาจในยุโรปขณะนั้น ทั้งโปรตุเกส ฮอลแลนด์ อังกฤษ ฝรั่งเศส และสเปน ต่างขยายอาณาเขตด้วยการจัดตั้งกองเรือทางทะเลเพื่อทำการสำรวจดินแดนและได้ขึ้นฝั่งที่ประเทศออสเตรเลียในศตวรรษที่ 18 ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างชาติ มหาอำนาจเหล่านี้ ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปจึงได้มีการตกลงในเรื่องกฎเกณฑ์ที่จะตัดสินถึงอำนาจเหนือดินแดนที่ค้นพบใหม่ ซึ่งแนวคิดที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศในขณะนั้นได้แก่หลัก "Terra Nullius" ที่หมายถึงดินแดนซึ่งไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ หลักการ "Terra Nullius" นี้ มีความสำคัญต่อมหาอำนาจในยุโรปซึ่งอ้างว่าได้ค้นพบดินแดนที่ไม่มีผู้ครอบครองอาศัยเพื่อที่จะประกาศสิทธิเหนือดินแดนว่าเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรของตน ซึ่งในบางครั้งดินแดนที่ค้นพบใหม่ก็มีได้มีการประกาศเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีผู้ครอบครองหรือไม่ แต่ก็มี การเข้าทำประโยชน์ โดยผู้คนซึ่งชาวยุโรปเรียกว่าพวกป่าเถื่อน (Savages) หรือชนดั้งเดิม (Primitive) ซึ่งปัญหานี้มิได้เป็นอุปสรรคต่อชาวยุโรปที่จะขยายอำนาจของตนแต่ประการใด

ในทัศนะของชาวยุโรป ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในออสเตรเลียซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ชาวอะบอริจินถูกมองว่าไม่มีความเป็นอารยะ (Uncivilised) และเป็นพวกป่าเถื่อน โดยประเทศในยุโรปได้นำหลักดินแดนที่ไม่มีเจ้าของมาอ้างเหนือการปกครองในสถานการณ์ของการ "ตั้งถิ่นฐาน" ในยุคอาณานิคม และเป็นสิ่งที่มีความเกี่ยวพันกับระบบกฎหมายในประเทศออสเตรเลียในปัจจุบัน เมื่อมีการประกาศอำนาจเหนือดินแดนซึ่งถูกอ้างว่าไม่มีผู้ใดครอบครองดังกล่าว ดังนั้น ทั่วดินแดนออสเตรเลียจึงถูกประกาศปกครองในนามของประเทศตะวันตกทั้งหลาย ขณะที่ชาวพื้นเมืองดั้งเดิมในออสเตรเลียต้องอยู่ภายใต้นโยบายของรัฐต่าง ๆ ในอาณานิคมซึ่งพยายามทำให้เอกลักษณ์ของพวกเขาในฐานะคนกลุ่มแรก (First Peoples) หดสิ้นไป ชาวพื้นเมืองเชื่อใน

พิธีกรรมและอาศัยสิ่งศักดิ์สิทธิ์ในการจัดการเกี่ยวกับที่ดิน ซึ่งถือว่าไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ อำนาจและความเชื่อของคนพื้นเมืองผูกพันกับจิตวิญญาณและผูกพันอยู่กับผืนดิน ซึ่งมีได้เป็นเพียงแค่อัตลักษณ์ของการดำรงอยู่ของอำนาจทางการเมืองการปกครองและเอกลักษณ์ของชาวพื้นเมืองเท่านั้น แต่ผืนดินยังคงเป็นศูนย์กลางของโลกทัศน์ (Worldview) จิตวิญญาณ (Spirit) และประวัติศาสตร์ของชนพื้นเมืองในออสเตรเลีย เอกลักษณ์ ภาษา และความสัมพันธ์ของชนพื้นเมืองล้วนเกี่ยวข้องกับผืนดิน จากการศึกษาเกี่ยวกับมนุษยวิทยาและประวัติศาสตร์ของชาวอะบอริจิน (Australian Aborigines) มีความเชื่อว่า ชาวอะบอริจินมีระบบของกฎหมายและประเพณี มีการพัฒนาทางด้านองค์กรทางสังคม (Social Organization) รวมทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการถือครองและจัดการที่ดิน แต่เพราะความไม่เข้าใจของชาวยุโรปในยุคอาณานิคม พวกเขาจึงเข้าใจว่าชนชาวพื้นเมืองนี้ไม่มีระบบกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการที่ดิน ซึ่งควรจะได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย Common Law

อย่างไรก็ดี เพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Native Title) มีหลักสำคัญที่จะต้องทำความเข้าใจอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมหาใช่แนวความคิดใหม่ที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้สร้างขึ้นมา

ประการที่สอง หลักที่ใช้ในการพิจารณานั้นมิได้เพียงแต่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณีเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการยอมรับสิทธิดังกล่าวที่มีอยู่มาเป็นเวลานานอีกด้วย

ในกรณีเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินหากมีการออกกฎหมายรับรองย่อมจะทำให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศออสเตรเลียมั่นใจในสิทธิที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายในที่ดินของพวกเขาซึ่งถูกยึดไปตั้งแต่ในยุคการตั้งอาณานิคมของชาวตะวันตกในประเทศออสเตรเลีย ในอีกด้านหนึ่ง สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (native title) จึงเป็นหลักกฎหมายในระบบ Common Law ที่ยอมรับว่าชนชาวพื้นเมืองไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินของเขาในขณะที่มีการตั้งอาณานิคม การยอมรับในสิทธินี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย Common Law เป็นพื้นฐานของหลักที่ผู้อยู่อาศัยและครอบครองก่อนมีสิทธิที่จะสงวนรักษาที่ดินของพวกเขาต่อผู้ที่มาใหม่ซึ่งรวมถึงผู้ตั้งถิ่นฐาน (settler) ชาวอังกฤษ กฎและธรรมเนียมปฏิบัติ (laws and custom) และการจัดการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งเกี่ยวข้องกับการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จึงควรได้รับการยอมรับโดยหลัก common law

3.3.2 การรับรองสิทธิของชนเผ่าอะบอริจิน

ในช่วงศตวรรษที่ 19 ศาลสูงของออสเตรเลียได้ยอมรับสถานะของชนเผ่าอะบอริจิน ในระบบกฎหมาย Common Law โดยเห็นว่ามีความสัมพันธ์ในเรื่องบรรทัดฐานของสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (human rights norms) ต่อการพัฒนาในระบบกฎหมาย Common

Law ของประเทศออสเตรเลีย²¹ โดยในคดี Mabo v. Queensland (No.2) (1992) 175 CLR 1 at 42 ศาลได้ยอมรับการดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องของประเพณี (Traditional) ของชนพื้นเมือง (Native Title) โดยเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะ The International Covenant on Civil and Political Rights มีความสำคัญต่อการพัฒนาในเรื่องสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในระบบ Common Law ที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory) เนื่องจากชนพื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งอาศัยอยู่ในอาณานิคมได้รับการปฏิเสธในสิทธิที่จะได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินดั้งเดิมของพวกเขา ในคดีนี้ Eddie Mabo และเพื่อนของเขา ซึ่งเป็นชาว Murray Island ใน Torres Strait ได้นำคดีมาฟ้องมลรัฐ Queensland ต่อศาลสูง ซึ่งประกาศให้อำนาจในการปกครองของรัฐ (Crown) มีอยู่เหนือหมู่เกาะและครอบคลุมเหนือสิทธิตามธรรมเนียมปฏิบัติและจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองชาว Murriam ศาลได้พิจารณาและมีคำตัดสินในหลักการสำคัญ ดังนี้²²

1) แม้เครือจักรภพอังกฤษ (British Crown) จะมีอำนาจการปกครองที่ได้มาในภายหลังก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่าอำนาจนั้นจะสามารถยึดครองหรือถือสิทธิในผลประโยชน์ใดๆ หรือมีความเป็นเจ้าของในที่ดินนั้นๆ อย่างไรก็ตามอำนาจในการปกครองนี้อาจได้รับการยอมรับเหนือผลประโยชน์หรือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ถ้าเจ้าของผู้ครอบครองเดิมยินยอมในการกระทำได้กล่าว แต่ถ้าพวกเขามีได้ยินยอมเช่นนั้น ดินแดนเหล่านี้ก็ยังคงเป็นของพวกเขาต่อไปตามกฎและธรรมเนียมปฏิบัติที่มีมาแต่เดิมของพวกเขา

2) ในที่ที่สิทธิของชนชาวพื้นเมืองยังคงดำรงอยู่ กฎและธรรมเนียมปฏิบัติ (laws and customs) ของชาวพื้นเมืองดั้งเดิมเกี่ยวกับดินแดนซึ่งได้รับการปฏิบัติสืบต่อกันมา อาทิ ธรรมเนียมในการอยู่อาศัย การล่าสัตว์และจับปลา หรือการประกอบพิธีกรรม จะยังคงได้รับการปฏิบัติตามสิทธินั้นต่อไป สิทธินี้เป็นลักษณะของสิทธิของชุมชนมากกว่าการเป็นสิทธิส่วนบุคคล กฎและธรรมเนียมปฏิบัติของชาวอะบอริจินทั้งหลายมีความแตกต่างกันไป ทั้งแตกต่างจากมลรัฐและประเทศ ดังนั้น กฎและธรรมเนียมปฏิบัติของชาวอะบอริจินในการดำรงวิถีชีวิตของชุมชนจึงเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ด้วยเหตุนี้ กฎและธรรมเนียมปฏิบัติจึงเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาและไม่จำเป็นที่จะต้องดำรงอยู่อย่างเช่นสมัยที่พวกเขาอาศัยอยู่ในปี ค.ศ. 1788

²¹ George Williams, Human Rights under the Australian Constitution. (South Melbourne: Oxford University Press, 1999), p.21.

²² Jeff Kildea .Native Title :A simple Guide, A paper for those who wish to understand Mabo,the native Title Act ,Wik and the Ten Point Plan.(online)1998 Available from :<http://www.hrca.org.au/Native%20Title%20Simple%20Guide.htm>[2005, December 21]

3) สิทธิชนพื้นเมืองในที่ดินจะถูกเพิกถอนหรือยุติลง หากเผ่าหรือชุมชนซึ่งมีสิทธิ สละสิทธิในการดำเนินการใด ๆ ในที่ดินของพวกเขา การดำรงอยู่ของสิทธินี้ขึ้นอยู่กับ การดำเนินการอย่างต่อเนื่องในที่ดินของพวกเขาถ้าการดำเนินการดังกล่าวยุติลงแล้วสิทธิดังกล่าวก็ จะต้องยุติลงด้วย การดำเนินการใดๆจะต้องมีอยู่และได้รับการปฏิบัติสืบมาตั้งแต่สมัยที่รัฐเข้าถือ สิทธิในการปกครองในปี ค.ศ.1788

4) สิทธิของชนพื้นเมืองเหนือที่ดินใดๆ อาจยอมยกให้แก่รัฐได้แต่สิทธิและ เอกสิทธิ์ที่ได้รับนี้ไม่อาจโอนกันได้ด้วยประการอื่น

คำตัดสินในคดี Mabo v. Queensland ดังกล่าวถือเป็นการยุติหลักการ terra nullius ในยุคอาณานิคม และมีนัยสำคัญในการยอมรับถึงสิทธิของชนพื้นเมืองว่าเป็นสิทธิที่ มีอยู่ก่อนแล้ว (Pre-existing right) โดยยอมรับบนหลักการของความเสมอภาคในกฎหมาย (Equality before the Law) และปฏิเสธหลักการบนพื้นฐานแห่งการเลือกปฏิบัติ ในคดีดังกล่าวไม่ เพียงแต่เป็นการยอมรับสิทธิของชนพื้นเมือง หากแต่ยังนำไปสู่การตรากฎหมายสำคัญซึ่งถือเป็น การยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองในระบบกฎหมายของออสเตรเลียอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมอีกด้วย

ก่อนการตัดสินในคดี Mabo v. Queensland ในปี 1992 ชาว Aborigin ซึ่งเป็นชนพื้นเมืองได้ต่อสู้เรียกร้องในเรื่องกฎหมายและสิทธิในที่ดินของชาวอะบอริจิน และในที่สุดได้ มีการออกกฎหมาย The Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976 กฎหมายฉบับ นี้รับรองสิทธิในที่ดินและกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ผ่านคณะกรรมการที่ดิน (Land Councils) กฎหมายนี้เป็นความพยายามครั้งแรกโดยรัฐบาลออสเตรเลียที่จะรับรองระบบการถือครองที่ดิน ของชาวอะบอริจินอย่างเป็นทางการ และยินยอมให้ชาวอะบอริจินรักษาไว้ซึ่งเอกลักษณ์ใน วัฒนธรรม โดยเตรียมการสำหรับการประกาศการถือครองที่ดินตามจารีตประเพณีในมลรัฐ Northern Territory กฎหมายนี้กำหนดวิธีการในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินต่อคณะกรรมการ Aboriginal Land Commissioner และหากมีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอก็จะได้รับสิทธิในการ อนุญาตจัดตั้ง Aboriginal Land Trust ซึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบว่าประชาชนชาวอะบอริจินมี ความคิดเห็นในการจัดการที่ดินอย่างไร ทำหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์ของผู้ถือครองที่ดินและให้ คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดินของพวกเขา ตลอดจนเข้าร่วมเจรจาต่อรองในนามของผู้ ถือครองที่ดิน

ในปี 1975 รัฐบาลออสเตรเลียได้ประกาศใช้กฎหมาย The Racial Discrimination Act เพื่อให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์แห่งพันธกรณีของสหประชาชาติ (UN) ในการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ กฎหมายฉบับนี้ห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุทาง เชื้อชาติโดยหน่วยงานของรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานในระดับมลรัฐหรือสหพันธรัฐก็ตาม เพราะฉะนั้นมลรัฐจึงผูกพันกฎหมายนี้ตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย และหลังจากปี ค.ศ. 1975

มลรัฐจึงไม่สามารถละเมิดสิทธิของชนพื้นเมืองโดยปราศจากโดยปราศจากความเห็นชอบหรือการชดเชยได้

ต่อมา ภายหลังจากตัดสินในคดี Mabo ในปี ค.ศ. 1992 รัฐบาลของออสเตรเลียก็ได้ตรากฎหมาย The Native Title Act ขึ้นมาในปี ค.ศ. 1993 เพื่อคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองในระบบกฎหมายของออสเตรเลีย โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักการในการคุ้มครองไว้โดยสรุปได้ ดังนี้

- กฎหมายฉบับนี้รับรองและคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมือง (Native Title)
- เตรียมการสำหรับความช่วยเหลือใด ๆ ที่เหมาะสมต่อการดำเนินการอนุญาตใด ๆ ซึ่งอาจจะเป็นการไม่ถูกต้องต่อการดำรงอยู่ของสิทธิชนพื้นเมือง
- เตรียมจัดมาตรการใด ๆ ที่สามารถดำเนินการจัดสรรสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองและกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการดำเนินการดังกล่าว
- กำหนดมาตรการในการตรวจสอบให้แน่ชัดถึงการดำรงอยู่ของสิทธิชนพื้นเมืองของบุคคลใด ๆ ที่มีสิทธิและชดเชยผลกระทบที่เกิดจากการดำเนินการต่อสิทธินั้น
- จัดตั้งกองทุนเพื่อดำเนินการตามสิทธิในที่ดิน สำหรับชาว Aborigin และ Torres Strait Islander ซึ่งถูกขับไล่และไม่สามารถเรียกร้องสิทธิได้

อย่างไรก็ดี ต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย Native Title Act โดยมีสาระสำคัญในเรื่อง ดังนี้

1) บัญญัติกฎหมายเกณฑ์ต่างๆ เพื่อให้แน่ใจถึงการยอมรับในความสัมพันธ์กับที่ดิน ระหว่างปี ค.ศ. 1975 (เมื่อ The Racial Discrimination Act เริ่มใช้บังคับ) และในปี ค.ศ. 1994 (เมื่อ Native Title Act เริ่มใช้บังคับ) ให้มีความถูกต้อง อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการพิพากษาในคดี Mabo แต่กฎหมายใหม่นี้ก็อาจบรรจุหลักเกณฑ์ที่ไม่เหมาะสมในการยอมรับความสัมพันธ์กับดินแดนซึ่งมีขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1994 และ ปี ค.ศ. 1996

2) การรับรองการยุติการกระทำในอดีตในกฎหมายใหม่นี้ รวมถึงกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งยืนยันการยอมรับของประโยชน์ในที่ดินที่แน่นอนซึ่งรัฐบาลเป็นผู้ตัดสินใจในการยอมรับการยุติการกระทำใดๆ นั้น ในกรณีนี้ยังมีความเห็นไม่สอดคล้องกันในเรื่องของผลกระทบที่เกิดขึ้นในอดีตซึ่งจะต้องได้รับการเยียวยาในศาลต่อไป

3) การปรับปรุงกระบวนการเรียกร้องสิทธิ รวมทั้งการปรับเปลี่ยนสิทธิในการเจรจา (Negotiate) ภายใต้อกฎหมายใหม่ คำร้องในการตัดสินใจใช้สิทธิทางศาล คำร้องนั้นจะต้องได้รับการรับรองโดยผู้ที่มีสิทธิในที่ดิน เพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินการใด ๆ จะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ศาลจะมอบสำเนาคำร้องให้แก่คณะกรรมการ The Nation Native Title Tribunal

ถ้าคำร้องนั้นมีข้อมูลครบถ้วน คณะกรรมการจะลงทะเบียนและจะให้สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการเจรจา(Right to Negotiation)

3.3.3 การมีส่วนร่วมของชนเผ่าอะบอริจินในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

ประเด็นเรื่องการมีส่วนร่วมในการจัดการสิ่งแวดล้อมและกรอบของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวประเทศออสเตรเลียแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาโดยสิ้นเชิง ในช่วงเริ่มต้นชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศออสเตรเลียไม่ได้มีการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงกับรัฐหรือผู้ปกครองอาณานิคมในสถานะที่เท่าเทียมกันหรือในลักษณะของผู้ปกครองต่อผู้ปกครอง (Government to Government) เช่นเดียวกับชาวอินเดียนแดงในประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามโดยผลของกฎหมาย The Native Title Act²³ ได้ยอมรับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมอย่างชัดเจนในการมีสิทธิที่จะเจรจาท่อง (Negotiate) เหนือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับดินแดนของพวกเขา รวมทั้งการมีสถาบันที่จะดำเนินการกระบวนการใด ๆ เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธินี้ ในทางกฎหมาย กลุ่ม Common wealth ได้ยอมรับเอาคำจำกัดความในทางกฎหมายของสิทธิชนพื้นเมืองเข้ามาในระบบกฎหมาย Common Law กฎหมายได้วางหลักในเรื่องสิทธิ (Rights) และผลประโยชน์ใด ๆ (Interests) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของชาวอะบอริจินและชาว Torres Strait Islander สิทธิเหล่านี้ได้กลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบ Common Law ของประเทศออสเตรเลีย รวมทั้งมลรัฐ (State) และเขตปกครองพิเศษอื่น ๆ (Territory) จะต้องยึดถือตามหลักกฎหมายดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่น การล่าสัตว์ (Hunt) การจับปลา (Fish) และการดำเนินกิจกรรมอื่นใด อาจจะสามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือได้รับการอนุมัติในสถานที่ที่ได้จัดไว้ในการดำเนินกิจกรรมที่ต้องมีใบอนุญาตหรือได้รับการอนุมัติ ในลักษณะนี้กฎหมายได้แสดงให้เห็นถึงความสมดุลของการยอมรับผลประโยชน์ของทุกคน ทั้งของชาว Aborigine และชาว Torres Strait Island ที่ต้องการสิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน และการได้รับการยอมรับนับถือในศิลปวัฒนธรรม ตลอดจนนักพัฒนาที่ดิน (Land Developer) ผู้ประกอบการกิจการเหมืองแร่ (mining) ฟาร์มปศุสัตว์ (Pastoral) และอื่น ๆ ที่ต้องการเข้าไปดำเนินการในที่ดินและต้องการความแน่ใจในสิทธิของตน รวมทั้งรัฐบาลของมลรัฐ

²³ Lisa Strelein, Aboriginal land rights in Australia.(online) Available from : http://www.firstpeoples.org/land_rights/Australia/land_rights_in_australia.htm[2005, December 21]

และเขตปกครองพิเศษซึ่งจะเข้าไปจัดการทรัพยากรที่ดิน ดังนั้น กิจกรรมใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับดินแดนของชนพื้นเมือง อาทิเช่น กิจการเหมืองแร่ และอื่น ๆ จึงต้องอยู่ในกระบวนการของการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองที่จะได้รับการเยียวยา

ทั้งนี้ กฎหมายได้จัดให้มีระบบในกรอบกฎหมายที่จะดำเนินการเกี่ยวกับกรณีที่มีการกระทบต่อสิทธิของชนพื้นเมือง โดยคณะกรรมการ The National Native Title Tribunal จะมีอำนาจที่จะพิจารณาสิทธิของชนพื้นเมืองและการเรียกร้องการชดเชยที่ไม่มีการโต้เถียงกันและจะจัดการประเด็นปัญหาอื่นซึ่งรวมถึงการช่วยเหลือในการเจรจาต่อรอง (Negotiations) และทำการพิจารณาบนข้อเสนอกของการตกลง กฎหมายให้อำนาจในการตัดสินคดีแก่ศาลสหพันธรัฐ (Federal Court) ที่จะตัดสินการเรียกร้องที่มีการโต้แย้ง กระบวนการพิจารณาของศาลถูกกำหนดให้ดำเนินการด้วยความเป็นธรรม และกระบวนการดังกล่าวนี้จะต้องพิจารณาถึงวัฒนธรรมและประเพณีที่เกี่ยวกับอะบอริจิน และ Torres Strait Islands people โดยไม่ต้องผูกติดอยู่กับรูปแบบของกฎหมาย และข้อกำหนดเกี่ยวกับพยานหลักฐาน (Legal forms and rules at evidence) เหล่านี้เองที่ทำให้มั่นใจว่าจะมีความระมัดระวังและคำนึงถึงกฎหมายจารีตประเพณี (Traditional Law) และธรรมเนียมปฏิบัติ (Custom) ในขณะเดียวกันก็ดี วิธีการป้องกันต่อกรณีที่เป็นเรื่องเท็จหรือเป็นเรื่องก่อกวน ซึ่งจะได้รับการปฏิเสธและคำร้องขอใด ๆ ต้องประกอบด้วยข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับข้อเรียกร้องและจะต้องระบวยละเอียดเกี่ยวกับพื้นที่นั้นๆ ด้วย

อย่างไรก็ดี แม้สิทธิของชนพื้นเมืองจะได้รับการยอมรับให้สามารถดำเนินการในการกำหนดสิทธิดังกล่าวโดยกระบวนการของคณะกรรมการก็ตาม แต่ในบางครั้งสิทธิในการได้รับการเจรจาต่อรองนั้นก็อาจจะไม่เพียงพอ การจัดตั้งคณะกรรมการเป็นเพียงกลไกทางการปกครองที่ถูกจัดไว้สำหรับการตัดสินใจและบริหารจัดการสิทธิของชนพื้นเมือง นอกเหนือจากการดำเนินการภายในศาล สิทธิที่จะได้รับการเจรจาต่อรองอาจไม่ถูกนำมาดำเนินการและทำให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะต้องมาพึ่งกระบวนการของศาลที่จะปกป้องการเข้ามาพัฒนาหรือการดำเนินการอื่น ๆ ต่อที่ดินจนกระทั่งมีการตัดสิน ทั้งที่จริงแล้ว บทบาทของศาลในความสัมพันธ์เป็นเพียงปลายเหตุ

อย่างไรก็ดี ศาลสูงออสเตรเลียได้ยืนยันถึงหลักการของสิทธิชนพื้นเมืองอีกครั้งในคดี Wik people v. Queensland (1996) 187 CLR1, และทำให้เกิดความชัดเจนว่าสิทธิชนพื้นเมืองอาจจะยังคงอยู่ร่วมกับรูปแบบของสิทธิอื่น ๆ เช่น สิทธิการเช่าฟาร์มปศุสัตว์ได้ ซึ่งในคดีนี้เป็นรูปแบบเฉพาะของออสเตรเลียที่ไม่ผูกขาดหรือเป็นการถาวร นอกจากเป็นเพียงสิทธิการใช้และการกำหนดระยะเวลา ดังนั้น หลักการที่เกิดขึ้นจากการตัดสินในคดี Mabo จึงถูกนำมาประยุกต์ใช้ทั้งสิทธิและผลประโยชน์ไปพร้อมกัน

สิทธิที่จะเจรจาต่อรองเป็นสาระสำคัญที่อาจถูกตัดทอนลงโดยการตัดสินใจของศาล รวมทั้งมูลเหตุของการเจรจาโดยเฉพาะสิทธิของชนพื้นเมืองในความสัมพันธ์ระหว่างพื้นที่เมืองกับพื้นที่ชนบท การแก้ไขกฎหมาย Native Title Act (The Amendment Bill) รัฐบาลได้เสนอบทบาทสำคัญสำหรับรัฐบาลในการกำหนดโครงสร้างสำหรับการพิจารณาสิทธิของชนพื้นเมืองและการเจรจา (Negotiation) เหนือการดำเนินการพัฒนาใดๆ และกระบวนการยอมรับ (Recognition Process) อันถือเป็นสถาบันตัวแทนสำหรับสิทธิของชนพื้นเมืองซึ่งเป็นตัวแทนเบื้องต้นและสนับสนุนสิทธิของชนพื้นเมือง กฎหมายได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและหลักการยอมรับภายใต้ความขัดแย้งในเรื่องการลงทะเบียนถูกปรับเปลี่ยน โดยชนพื้นเมืองดั้งเดิมรวมทั้งตัวแทนของพวกเขาคัดค้านกับกระบวนการในการลงทะเบียนซึ่งเป็นภาระเพิ่มขึ้น การลดลงของสิทธิในการเจรจาต่อรองและการปรากฏตัวของหน่วยงานรัฐใหม่ ๆ ซึ่งอาจจะควบคุมเหนือกระบวนการใดๆ ซึ่งมีการพัฒนาใหม่ ๆ เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายที่เปิดกว้างในเรื่องการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งอำนาจในการตีความของศาลตามรัฐธรรมนูญยอมทำให้เกิดขอบเขตที่กว้างขวางในการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะในเรื่องสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม²⁴

อย่างไรก็ดี ชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียอาจเรียนรู้บทเรียนจากการมีส่วนร่วมในกระบวนการเจรจาซึ่งจะช่วยให้การจัดการสิ่งแวดล้อมสอดคล้องตามข้อเรียกร้องของชนพื้นเมืองได้ ดังนั้น ความเข้าใจในกระบวนการเจรจาจะต้องได้รับการพัฒนา รวมทั้งมีสภาพแวดล้อมทางการเมืองที่เปิดกว้างด้วย จึงจะสามารถเป็นประโยชน์ต่อการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมือง อย่างไรก็ตาม เครื่องมือที่มีศักยภาพสำหรับขอบเขตในการเจรจาเรื่องการจัดการสิ่งแวดล้อมยังคงอยู่ในช่วงระยะเริ่มต้นของระยะเวลาแห่งการค้นหาลักการ ซึ่งยังไม่มีจุดมุ่งหมายที่ชัดเจน การอนุรักษ์ที่น่าสนใจอย่างเช่น ปลาแซลมอนในรัฐวอชิงตัน เป็นสิ่งที่น่าสนใจให้คนมาร่วมกันและได้รับการสนับสนุนจากมหาชน โดยสิทธินี้เป็นสิทธิที่มีความเข้มแข็งในกระบวนการพิจารณาในศาลมลรัฐวอชิงตัน ชนพื้นเมืองจึงพยายามขยายข้อโต้แย้ง ข้ออ้างจากสิทธิในการรวมกลุ่มและการล่าสัตว์ และสิทธิในการจัดการที่ดินของพวกเขา ที่สำคัญการยุติข้อโต้แย้งของชนเผ่าท้องถิ่น ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศออสเตรเลียที่เกิดขึ้นล้วนเกิดจากการใช้อำนาจรัฐทั้งสิ้น กล่าวคือ ทั้งสองประเทศเป็นรัฐที่เกิดใหม่ การใช้อำนาจรัฐที่อาจไม่ได้มาจากการมีส่วนร่วมของทุกกลุ่มชนในประเทศอาจเป็นตัวแปรที่สำคัญในการสร้างปัญหาให้กับชนเผ่าท้องถิ่น

²⁴ George Williams, Human Rights under the Australian Constitution. (South Melbourne: Oxford University Press, 1999), p.13.

ดั้งเดิม และในท้ายที่สุดจึงต้องใช้กระบวนการทางศาลเข้ามาคลี่คลายปัญหาดังกล่าว โดยศาลใช้เหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งตั้งอยู่บนความเสมอภาค และเป็นการรับรองสิทธิซึ่งเป็นไปตามหลัก Common Law โดยผลของคำพิพากษาศาลนั่นเองและอาจกล่าวได้ว่า การแก้ไขปัญหาระหว่างชนเผ่าท้องถิ่นและการใช้อำนาจรัฐที่ได้ผลดีแก่ทุกฝ่ายได้แก่การเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาท แต่ทั้งนี้หากกระทำไม่ได้ก็ต้องใช้กระบวนการทางกฎหมายในการวินิจฉัยชี้ขาด โดยอาจสรุปหลักการสำคัญในการรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียได้ ดังนี้

ตารางที่ 1 การรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศ	กฎหมาย	แนวทางการรับรอง
สหรัฐอเมริกา	Indian Reorganization Act	สิทธิในการปกครองตนเอง รวมทั้งสนับสนุนการฟื้นฟูวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของเผ่า
	Indian Civil Right Act	รับรองสิทธิของคนอินเดียแดงที่จะได้รับการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ
	Indian Self-Determination and Education Assistance Act	กำหนดหลักการให้รัฐบาลทำข้อตกลงกับเผ่าเพื่อประกันภาระหน้าที่และความรับผิดชอบสำหรับโครงการหรือบริการต่างๆ ของรัฐบาลและให้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐบาลที่จะจัดให้มีการมีส่วนร่วมของเผ่าอินเดียแดง

ตารางที่ 2 การรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศออสเตรเลีย

ประเทศ	กฎหมาย	แนวทางการรับรอง
ออสเตรเลีย	Racial Discrimination Act	กำหนดหลักการในการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติและภาษา
	The Aboriginal land Right Act	กำหนดหลักการในการคุ้มครองชนพื้นเมืองโดยการตรวจสอบสิทธิในที่ดินตามประเพณีของชาวอะบอริจิน และกำหนดมาตรการในการชดเชยความเสียหายอันเกิดจากผลกระทบต่อสิทธิในที่ดิน
	The Native Title Act	รับรองสิทธิของชาวอะบอริจินและกำหนดขั้นตอนในการดำเนินการต่างๆ โดยคณะกรรมการ และยินยอมให้ชาวอะบอริจินรักษาไว้ซึ่งเอกลักษณ์และวัฒนธรรมของตนเอง

กล่าวโดยสรุปแล้ว พัฒนาการในด้านการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในระดับสากลนั้น มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองมิให้มีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนาหรือแหล่งกำเนิดทางสังคม รวมทั้งการยอมรับถึงสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาอย่างเท่าเทียมกันภายใต้หลักการแห่งสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง ขณะที่ในส่วนของการรับรองสิทธิของชนเผ่าอินเดียนแดงและชนเผ่าอะบอริจินก็เป็นผลมาจากพัฒนาการทางการเมืองการปกครองในอดีตที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมิได้มีส่วนร่วมในการพัฒนาแต่อย่างใด จึงทำให้เกิดการรับรองสิทธิของชนพื้นเมืองดังกล่าวในฐานะของคนกลุ่มแรกที่อยู่บนดินแดนนี้มาก่อน หลักการในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นไปเพื่อการกำหนดมาตรการคุ้มครองมิให้การพัฒนาของรัฐมีผลกระทบต่อการดำเนินวิถีชีวิตของชนเผ่าซึ่งควรจะได้รับคุ้มครองสิทธิในฐานะพลเมืองของประเทศ หลักการในกฎหมายดังกล่าวมิได้มีความชัดเจนในเรื่องของการที่ชนเผ่าจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ หากแต่เป็นกรณีที่จะมุ่งคุ้มครองผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการพัฒนาต่อวิถีชีวิตของชนพื้นเมืองดั้งเดิมดังกล่าวมาข้างต้น