

กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ

1. บทนำ

บทความส่วนนี้เป็นการศึกษาภาพรวมเกี่ยวกับกรอบกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับโรฮิงญาในประเทศบังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทย กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับและก่อให้เกิดพันธกรณี รวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังรวมถึงหลักการและแนวทางทางจริยธรรมที่ปรากฏในข้อตกลงและปฏิญญาระดับภูมิภาค บทความส่วนนี้ จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาความเชื่อมโยงของกฎหมายรูปแบบต่างๆ เพื่อให้เห็นภาพเกี่ยวกับสิทธิที่ชาวโรฮิงญา มีหรือในบางกรณีควรจะมี

ไม่มีประเทศใดในสามประเทศที่รายงานฉบับนี้ศึกษาเป็นภาคีกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับโรฮิงญาที่สุด นั่นคือ อนุสัญญาว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาสองฉบับเกี่ยวกับความไร้รัฐ แม้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่น่าเสียใจ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าทำให้ชาวโรฮิงญาและแน่นอนที่สุดผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐในบังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทยไม่มีสิทธิทั้งนี้เพราะว่า

หนึ่ง ดังที่จะได้เห็นในส่วนต่อไป พันธกรณีบางประการที่ระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ดังนั้น จึงก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐเหล่านั้น

สอง แต่ละประเทศในทั้งสามประเทศนั้นได้ให้สัตยาบันกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ แม้ว่าพวกเขาจะแตกต่างกัน แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเหล่านั้นจะไม่ได้มีขอบเขตเฉพาะเจาะจงถึงบริบทความไร้รัฐหรือผู้ลี้ภัย แต่ได้รับรองสิทธิที่มีผลถึงชาวโรฮิงญาไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการมีสถานะทางกฎหมาย สิทธิในความเท่าเทียมและการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ สิทธิในการทำงาน สิทธิในการที่จะไม่ถูกคุมขังอย่างไม่เป็นธรรม สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในชีวิตครอบครัว รายงานฉบับนี้นำเสนอสิทธิเหล่านี้ และสำรวจแนวทางเพื่อชี้ให้เห็นว่าชาวโรฮิงญาควรเข้าถึงสิทธิเหล่านี้เช่นกันและอย่างไร

สุดท้าย กฎหมายระหว่างประเทศที่ทั้งสามประเทศไม่ได้ให้สัตยาบัน แต่ยังคงมีความสำคัญในการตีความให้เป็นประโยชน์เพราะกฎหมายเหล่านั้นสามารถที่จะนำมาใช้ให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับ ก) พันธกรณีภายใต้กฎหมายที่รัฐเป็นภาคีว่าถึงแม้รัฐนั้นๆ จะไม่ได้เป็นภาคีแต่มีแนวคิดบางประการที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐนั้นๆ เป็นภาคีเช่นกัน ข) สารของสิทธิในความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายที่ได้รับการ

ให้สัตยาบันโดยเฉพาะผู้ที่อยู่ในภาวะเปราะบางต่อการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่ครอบคลุมโดยกฎหมายอื่นๆ หรือเรื่องอื่นๆ ในชีวิตที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอื่นๆ

ในการทำงานเดียวกัน มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่มีผลบังคับอย่างเป็นทางการ แต่ก็มีความสำคัญ เพราะการลงนามหรือรับรองปฏิญญา ขอตกลง หรือหลักการใดๆ รัฐได้ให้คำมั่นสัญญาต่อสาธารณะในการที่จะยึดถือคุณค่าต่างๆ ที่ปรากฏในเอกสารเหล่านั้น

2. กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ : รากฐาน

ก. พันธกรณีตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและภูมิภาค

1. กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการที่ได้รับการระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายระหว่างประเทศ นั่นคือ รัฐมีพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกทุกคนในขอบเขตอำนาจของรัฐนั้นๆ พันธกรณีดังกล่าวนี้พบได้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ¹ และใช้กับบุคคลทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติหรือความไร้รัฐ² รัฐต่างๆ ต่างก็มีพันธกรณีเฉพาะอันเนื่องมาจากการให้สัตยาบันกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พันธกรณีภายใต้กฎหมายเหล่านี้ได้รับการยืนยันทั้งจากแนวคำพิพากษาและความเห็นของคณะกรรมการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแต่ละฉบับ เช่น คณะกรรมาธิการว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ในขณะที่สิทธิมนุษยชนเป็นสากล แต่กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะกำหนดพันธกรณีของรัฐที่มีต่อคนที่ไม่ใช่คนชาติ (รวมถึงคนไร้รัฐ) น้อยกว่า อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในกรณีของประเทศกำลังพัฒนา รัฐภาคีถูกจำกัดในการปฏิบัติที่แตกต่าง หมายถึง ต้องมีการปฏิบัติที่อยู่บนพื้นฐานการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน ตัวอย่างเช่น ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ มีบทบัญญัติเพียงไม่กี่ข้อที่เกี่ยวกับสิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการลงคะแนนเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าถึงการบริการของรัฐและการลงสมัครรับเลือกตั้ง ได้รับการ

1 โปรดดูตัวอย่างเช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง 999 U.N.T.S. 171, 1966, มาตรา 2(1) ภายใต้เป้าหมายและวัตถุประสงค์ คณะกรรมาธิการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระบุว่า การตั้งข้อสงวนต่อพันธกรณีในการรับรองและเคารพสิทธิที่ปรากฏในกฎหมาย กับทั้งยังต้องทำโดยอยู่บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติย่อมไม่เป็นที่ยอมรับ ดูรายละเอียดใน Human Rights Committee, General Comment 24 (52), *General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 1994, Para 9.

2 Human Rights Committee, *General Comment 15, The position of aliens under the Covenant*, 1986, Para 1.

กำหนดไว้สำหรับคนที่เป็นพลเมืองเท่านั้น³ รัฐอาจปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างคนชาติและคนที่ไม่ใช่คนชาติได้ ตราบใดที่เหตุผลในการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นไม่ก้าวไปเกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ หมายถึง มาตรการและเป้าหมายต้องเป็นสัดส่วนกัน เป็นต้น⁴ นอกจากนั้น มาตรา 2 (3) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ประเทศกำลังพัฒนาได้รับการยินยอมให้ “กำหนดได้ว่าจะประกันสิทธิทางเศรษฐกิจแก่คนที่ไม่ใช่คนชาติอย่างไร” บทบัญญัตินี้ อาจใช้ได้กับบังกลาเทศ แต่ไม่น่าใช้ได้กับมาเลเซียและประเทศไทย⁵ อย่างไรก็ตาม ในภาพรวมการอนุญาตให้ปฏิบัติอย่างแตกต่างได้มีผลถึงช่องว่างในการคุ้มครองสิทธิให้กับคนที่ไม่ใช่คนชาติรวมถึงคนไร้รัฐ ตัวอย่างเช่น ผลสืบเนื่องจากการตั้งข้อสงวนกับบางมาตราที่ว่าด้วยสิทธิทางการเมืองที่พลเมืองพึงมี การไม่เข้าถึงสิทธิจึงเป็นปัญหาปกติสำหรับคนไร้รัฐ⁶ และในกรณีที่มาตรา 2(3) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ถูกนำไปใช้ก็มีผลถึงการลดทอนพลังทางเศรษฐกิจของคนไร้รัฐเช่นกัน⁷

ตารางข้างล่างนี้ แสดงให้เห็นว่าประเทศบังกลาเทศ มาเลเซียและไทยให้สัตยาบันกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนใดบ้าง ในช่องที่เป็นสีเทาแสดงให้เห็นว่าแต่ละประเทศมีการตั้งข้อสงวนหรือมีการตีความในพันธกรณีใดบางภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแต่ละฉบับ

3 International Covenant on Civil and Political Rights, Article 25.

4 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation XXX on Discrimination Against Non Citizens*, 1 October 2002, Para 4.

5 มีเพียงบังกลาเทศเท่านั้นที่เข้าข่ายประเทศพัฒนาน้อยที่สุด Department of Economic and Social Affairs of the UN Secretariat, *The least developed country category 2015 country snapshots*, 2015, available at: http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/cdp_publications/2015_ldc_factsheet_all.pdf.

6 Institute on Stateless and Inclusion, *The World's Stateless*, December 2014, p. 28, available at: <http://www.institutesi.org/worldsstateless.pdf>.

7 เพิ่งอ้าง หน้า 29.

พันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง	บังกลาเทศ	มาเลเซีย	ไทย
อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (CAT) ⁸	05/10/1998 ⁹	X	02/10/2007 ¹⁰
อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ¹¹	06/11/1984 ¹²	05/07/1995 ¹³	09/08/1985 ¹⁴
อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัวทุกคน (ICMW) ¹⁵	24/08/2011	X	X

- 8 อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี G.A. Res. 39/46, 1984.
- 9 บังกลาเทศได้ตั้งข้อสงวนมาตรา 14 (1) โดยระบุว่า สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจะได้นำมาปฏิบัติทราบเท่าที่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่ภายในประเทศ
- 10 ประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนมาตรา 30(1) ซึ่งอนุญาติให้ประเทศภาคีที่จะส่งต่อข้อพิพาทไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และถ้อยแถลงตีความว่าด้วยวัตถุประสงค์และเป้าหมายของอนุสัญญา ประเทศไทยได้มีถ้อยแถลงตีความมาตรา 1 ว่าด้วยการตีความคำว่าการทรมาน และความผิดที่อ้างถึงในมาตรา 4 รวมถึงมาตรา 5 เรื่องให้รัฐภาคีดำเนินการต่างๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดที่อ้างถึงตามข้อที่ 4 ของอนุสัญญา
- 11 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ 1249 U.N.T.S. 13, 1979.
- 12 บังกลาเทศ ได้ตั้งข้อสงวนโดยระบุว่า บังกลาเทศไม่ผูกพันตามพันธกรณีในมาตรา 2 (ข้อกำหนดที่ให้อำนาจในการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี) มาตรา 13 (ก) (สิทธิในความเท่าเทียมที่จะได้รับประโยชน์ด้านครอบครัว มาตรา 16(1)(ค) (ความเท่าเทียมในการสมรสและการหย่าร้าง) และ 16(1)(ข) (ความเท่าเทียมในการได้รับสิทธิดูแลบุตรหรือการรับบุตรบุญธรรม เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวขัดแย้งกับกฎหมายอิสลาม)
- 13 มาเลเซียตั้งข้อสงวนโดยระบุว่า มาเลเซียไม่มีพันธกรณีตามมาตรา 9(2) (ความเท่าเทียมกันในสิทธิว่าด้วยสัญชาติของเด็ก) มาตรา 16(1) (ก) (สิทธิที่เท่าเทียมกันในการแต่งงาน) มาตรา 16(1)(ค) (ความเท่าเทียมระหว่างการสมรสและการหย่าร้าง) และ 16(1)(ข) (ความเท่าเทียมในการได้รับสิทธิดูแลบุตรหรือการรับบุตรบุญธรรม และ 16(1)(ข) (ความเท่าเทียมในสิทธิส่วนบุคคลของสามีและภรรยา)
- 14 ประเทศไทยตั้งข้อสงวนมาตรา 29(1) ที่กำหนดให้รัฐภาคีเสนอข้อพิพาทไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมีถ้อยแถลงตีความว่าด้วยว่าวัตถุประสงค์และเป้าหมายของอนุสัญญา
- 15 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัวทุกคน 2220 U.N.T.S. 3, 1990

พันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง	บังกลาเทศ	มาเลเซีย	ไทย
อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) ¹⁶	03/08/1990 ¹⁷	17/02/1995 ¹⁸	27/03/1992 ¹⁹
อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) ²⁰	30/11/2007	19/07/2010 ²¹	29/07/2008
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ²²	06/09/2000 ²³	X	29/10/1996 ²⁴
อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (ICERD) ²⁵	11/06/1979	X	28/01/2003 ²⁶

16 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก 1577 U.N.T.S. 3, 1989.

17 บังกลาเทศตั้งข้อสงวนมาตรา 14(1) ที่จะเคารพต่อสิทธิของเด็กในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา และกำหนด มาตรา 21 (เรื่องระบบการรับบุตรบุญธรรม) ว่าเป็นไปตามกฎหมายภายใน

18 มาเลเซียตั้งข้อสงวนมาตรา 2 (ที่กำหนดให้รัฐภาคีเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาแก่เด็กโดยไม่เลือกปฏิบัติ) มาตรา 7 (สิทธิในทะเบียนการเกิด) มาตรา 14 (สิทธิของเด็กในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา) มาตรา 28(1)(ก) สิทธิของเด็กในสิทธิในการศึกษาภาคบังคับระดับประถมโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และ มาตรา 37 (พันธกรณีของรัฐที่จะประกันว่าเด็กจะไม่ได้รับการทรมาน การลงโทษที่โหดร้าย ไร่มนุษยธรรมหรือคำข่า ไม่ถูกรีดรอนเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกันสิทธิในการขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย และการจำกัดเสรีภาพต้องคำนึงถึงอายุของเด็ก และ การนำมาตราใดๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในเท่านั้น

19 ประเทศไทยตั้งข้อสงวนมาตรา 22 (เด็กมีสิทธิแสวงหาสถานะผู้ลี้ภัย และการนำไปใช้ต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในเท่านั้น)

20 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ 2515 U.N.T.S. 3, 2006

21 มาเลเซียตั้งข้อสงวนมาตรา 15 (เสรีภาพจากการทรมาน) และ 18 (เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐานและการถือสัญชาติ) มาเลเซียยังมีถ้อยแถลงตีความว่า การตีความหลักการว่าด้วยความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญจะไม่ขัดแย้งกับความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติในอนุสัญญา และตีความว่า สิทธิในการมีส่วนร่วมในวิถีวัฒนธรรมภายใต้มาตรา 30 ให้ถือเป็นเรื่องของกฎหมายภายใน

22 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

23 บังกลาเทศ ได้ตั้งข้อสงวนมาตรา 14 ว่าด้วย สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าบุคคลนั้น และ ถ้อยแถลงตีความมาตรา 10 โดยระบุข้อจำกัดทางการเงินในการให้นักโทษกลับตัวและการฟื้นฟูทางสังคม มาตรา 11 ระบุถึงสถานการณ์อันเป็นสถานการณ์ยกเว้นภายในที่อนุญาตให้จำคุกในคดีทางแพ่งได้หากละเมิดสัญญา และ มาตรา 14 ระบุถึงข้อจำกัดด้านทรัพยากรในการดำเนินการตาม มาตรา 14 (3)(d) ว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่บุคคลที่ถูกกล่าวหากระทำความผิดในคดีอาญา

24 ประเทศไทย มีถ้อยแถลงตีความมาตรา 1 ว่าด้วยคำนิยามของ “การกำหนดอนาคตตนเอง” และคำนิยาม “สงคราม” ในมาตรา 20

25 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ 660 U.N.T.S. 195, 1965

26 ประเทศไทยตั้งข้อสงวนมาตรา 22 (ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีเสนอข้อพิพาทไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมีถ้อยแถลงตีความว่าด้วยว่าวัตถุประสงค์และเป้าหมายของอนุสัญญา) และถ้อยแถลงตีความที่ระบุว่า บทบัญญัติในอนุสัญญาจะนำมาใช้ตราบเท่าที่สอดคล้องกับกฎหมายภายใน

พันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง	บังกลาเทศ	มาเลเซีย	ไทย
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) ²⁷	05/10/1998 ²⁸	X	05/09/1999 ²⁹
1951 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย ³⁰	X	X	X
1967 พิธีสารเลือกรับว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัย ³¹	X	X	X
1954 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของชาวไร้อสัญชาติ ³²	X	X	X
1961 อนุสัญญาว่าด้วยการลดภาวะความไร้อสัญชาติ ³³	X	X	X

ตารางที่แสดงทำให้เห็นว่า รัฐที่นำมาศึกษาในรายงานฉบับนี้ มีการตั้งข้อสงวนกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เป็นภาคี ข้อสงวนหลายข้อมีผลกระทบต่อสิทธิของชาวโรฮิงญา โดยเฉพาะ :

- การตั้งข้อสงวนของมาเลเซีย ต่อ
 - อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ มาตรา 18 สิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายถิ่นฐาน
 - อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 2 การห้ามเลือกปฏิบัติ มาตรา 7 ว่าด้วยทะเลเบียนการเกิด และ มาตรา 28 (1) (ก) สิทธิในการศึกษาภาคบังคับระดับประถม
 - อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 9(2) ว่าด้วยความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของเด็ก
- ประเทศไทยตั้งข้อสงวน
 - อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมาตรา 22 ว่าด้วยสิทธิในการแสวงหาสถานะผู้ลี้ภัย

27 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม 993 U.N.T.S. 3, 1966

28 บังกลาเทศมีถ้อยแถลงตีความมาตรา 1 ว่าด้วยการกำหนดอนาคตตนเอง บังกลาเทศระบุเพิ่มเติมว่า การดำเนินการตามมาตรา 2 และ 3 (เกี่ยวกับความเท่าเทียมทางเพศ) และมาตรา 7 (สิทธิในสภาวะการทำงานที่ยุติธรรมและพึงพอใจในการทำงาน) และมาตรา 8 (การรวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงาน) จะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายใน และท้ายที่สุดบังกลาเทศระบุว่า การดำเนินการตามมาตรา 10 (การคุ้มครองครอบครัว) และ มาตรา 13 (สิทธิในการศึกษา) จะค่อยเป็นค่อยไป

29 ประเทศไทยมีถ้อยแถลงตีความมาตรา 1 ว่าด้วยการกำหนดอนาคตตนเอง

30 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัย 189 U.N.T.S. 150, 1954

31 พิธีสารเลือกรับว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัย 606 U.N.T.S. 267, 1967

32 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะของชาวไร้อสัญชาติ 360 U.N.T.S. 117, 1954

33 อนุสัญญาว่าด้วยการลดภาวะความไร้อสัญชาติ 989 U.N.T.S. 175, 1961

ทั้งมาเลเซียและประเทศไทยได้รับการกระตุ้นเตือนให้พิจารณาถอนข้อสงวนและเข้าเป็นภาคีกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ยังไม่ได้เป็นภาคี³⁴ อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีความก้าวหน้าในการถอนข้อสงวนที่อาจเกี่ยวข้องกับรัฐชวาโรอิงญาที่มากไปกว่าคำมั่นของประเทศไทยในการทบทวนข้อสงวนที่ระบุว่า “จะทำอย่างสม่ำเสมอ” มากนัก³⁵

ไม่มีประเทศใดในบรรดาสามประเทศที่ศึกษาในรายงานฉบับนี้เป็นภาคีสัญญาว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัย พิธีสารเลือกรับ ปี 1967 หรืออนุสัญญาว่าด้วยความไร้อันตรายทั้งสองฉบับ ดังนั้น หากไม่มีบทบัญญัติใดในอนุสัญญาที่รัฐเหล่านั้นเป็นภาคีแล้วได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ บังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทย จะยังไม่มีพันธกรณีใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับคนไร้รัฐและผู้ลี้ภัยอย่างเฉพาะเจาะจง

นอกเหนือจากพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในฐานะสมาชิกองค์การสหประชาชาติ รัฐทุกรัฐยอมรับพันธผูกพันต่อกฎบัตรสหประชาชาติในการส่งเสริม “การเคารพและการที่จะปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าจะบนพื้นฐานทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา”³⁶

2. กฎหมายสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค

มาเลเซียและประเทศไทยเป็นสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรืออาเซียน มาเลเซียเป็นประธานอาเซียนในปี 1977 ปี 1997 ปี 2005 และล่าสุดในปี 2015³⁷ ประเทศไทย เคยเป็นประธานอาเซียนในปี 1995 ปี 2008 และ 2009 ในฐานะสมาชิกของอาเซียน มาเลเซียและประเทศไทย ได้แต่งตั้งผู้แทนเขาไปในคณะกรรมการสิทธิการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือไอฮาร์³⁸ และผู้แทนสองคนในคณะกรรมการอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเด็กและสตรี

34 Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Malaysia*, UN Doc. A/HRC/25/10, 4 December 2013, Para 146.6; Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Thailand*, UN Doc. A/HRC/19/8, 8 December 2011, Para 89.1.

35 Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Malaysia – Addendum*, UN Doc. A/HRC/25/10/Add.1, 4 March 2014, Para 10; Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Thailand – Addendum*, UN Doc. A/HRC.19/8/Add.1, 6 March 2012, Para 4.

36 United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 U.N.T.S XVI, Article 55(c).

37 Association of South East Asian Nations, *ASEAN Chair*, accessed December 2016, available at: <http://asean.org/asean/asean-chair>.

38 Association of South East Asian Nations Intergovernmental Commission on Human Rights, AICHR Representatives, available at: <http://aichr.org/about/aichr-representatives>.

เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน 2012 ผู้นำอาเซียน ได้รับรองปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน³⁹ แม้ว่าจะไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย แต่ก็เป็นเอกสารที่แสดงถึงความมุ่งมั่นของภูมิภาคต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงการไม่เลือกปฏิบัติต่อชนกลุ่มน้อยไร้รัฐไร้สัญชาติอย่างชาวโรฮิงญา ข้อ 18 ของปฏิญญาระบุว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิจะได้รับสัญชาติตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย บุคคลใดจะถูกพรากหรือถูกปฏิเสธสิทธิในการเปลี่ยนสัญชาติดังกล่าวตามอำเภอใจไม่ได้” สิทธิในสัญชาติที่รับรองไว้ในมาตรา 18 เป็นสิทธิที่ต้องได้รับการ “ระบุไว้ในกฎหมาย” ซึ่งอาจตีความว่าเป็นข้อยกเว้นการเข้าถึงสิทธิในสัญชาติโดยสัญชาตินั้นเอง⁴⁰ อย่างไรก็ตาม “กฎหมาย” สามารถและควรที่จะรวมเอาบรรทัดฐานระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ได้ให้สัตยาบันแล้วและที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴¹

ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้กำหนดให้รัฐสมาชิก รวมทั้งมาเลเซียและประเทศไทย เป็น “ผู้รับผิดชอบหลัก” ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน⁴² โดยไม่แบ่งแยก⁴³ และในปี 2016 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมการศึกษาสำหรับเด็กและเยาวชน ที่อยู่นอกระบบโรงเรียนก็ได้รับการรับรองโดยผู้นำอาเซียนรวมถึงมาเลเซียและประเทศไทย ซึ่งยืนยันถึงความสำคัญของสิทธิของทุกคนในการศึกษา รวมถึงการศึกษาภาคบังคับโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และกำหนดให้รัฐจัดการศึกษาระดับมัธยมให้เข้าถึงได้ด้วยวิธีที่เหมาะสม⁴⁴

สมาชิกอาเซียนได้ประกาศไว้ในปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁴⁵ ว่า

39 Association of South East Asian Nations, *Human Rights Declaration*, 13 February 2013., available at: http://www.asean.org/storage/images/ASEAN_RTK_2014/6_AHRD_Booklet.pdf.

40 American Bar Association Rule of Law Initiative, *The ASEAN Human Rights Declaration: A Legal Analysis*, 2014, p. 47, available at: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/asean/asean-human-rights-declaration-legal-analysis-2014.authcheckdam.pdf>.

41 อ่างแล้ว

42 ดูอ้างอิงที่ 39 ข้อ 6

43 อ่างแล้ว ในมาตรา 2 สมควรระบุในที่นี้ว่า แม้บังกลาเทศจะไม่ได้เป็นสมาชิกอาเซียน แต่ก็เป็นสมาชิกประเทศหนึ่งของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ว่าด้วยความมั่นคง หรือ ARF

44 Association of South East Asian Nations, *Declaration on Strengthening Education for Out-of-School Children and Youth*, 6 September 2016, available at: http://asean.org/storage/2016/09/ASEAN-Declaration-on-OOSCY_ADOPTED.pdf.

45 ดูอ้างอิง 39 ข้อ 4

สิทธิของสตรี เด็ก ผู้สูงอายุ ผู้พิการ แรงงานย้ายถิ่นฐาน กลุ่มเปราะบางและกลุ่มคนชายขอบ เป็นสิทธิที่ไม่อาจเพิกถอนและเป็นส่วนเดียวกันของสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้⁴⁶

มาตรา 16 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะแสวงหาและได้รับที่ลี้ภัยในอิกรัฐหนึ่งตามกฎหมายของรัฐนั้นและขอตกลงระหว่างประเทศ (เน้นโดยผู้เขียน)”⁴⁷

มาเลเซีย ประเทศไทย และบังกลาเทศ ต่างก็เป็นสมาชิกขององค์กรศึกษาหรือทางกฎหมายแห่งเอเชียและแอฟริกา หรือ AALCO ซึ่งได้รับรองหลักการกรุงเทพว่าด้วยสถานะและการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยในปี 1966 (หลักการกรุงเทพ) ซึ่งไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย⁴⁸ หลักการกรุงเทพกำหนดค่านิยมของ “ผู้ลี้ภัย”⁴⁹ และได้กำหนดพันธกรณีซึ่งไม่มีผลบังคับทางกฎหมายแก่ประเทศที่ลงนามในการ “ไม่ผลักดัน ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยกลับ”⁵⁰ ในการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยโดยไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่ใช้กับคนต่างดาวอื่นๆ⁵¹ การปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยโดยไม่เลือกปฏิบัติ⁵² ในการรับรองมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อปรับปรุงการคุ้มครองให้กับผู้ลี้ภัยสตรี⁵³ ไม่ส่งกลับหรือผลักดันผู้ลี้ภัยไปยังประเทศที่ชีวิตและเสรีภาพของเขาจะถูกคุกคาม⁵⁴ และจะเคารพการกลับสู่ประเทศต้นทางโดยสมัครใจ⁵⁵

ข. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย

ในปี 1951 ที่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยได้รับการรับรอง เป็นปีที่ทำให้เกิดระบบการคุ้มครองสิทธิของผู้ลี้ภัยอย่างจริงจัง เมื่ออนุสัญญาีผลบังคับทางกฎหมายในปี 1954 และเมื่อมีพิธีสารเลือกรับ ซึ่งแก้ไขตัวอนุสัญญาได้รับการรับรองในปี 1967 ไม่มีประเทศไหนที่ศึกษาในงานฉบับนี้เป็นภาคีอนุสัญญา

46 อ้างแล้ว ข้อ 4

47 อ้างแล้ว ข้อ 16

48 Asian-African Legal Consultative Organisation, *Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees*, 31 December 1966, available at: <http://www.unhcr.org/455c71de2.pdf>.

49 อ้างแล้ว ข้อ 1

50 อ้างแล้ว ข้อ III (1)

51 อ้างแล้ว ข้อ IV (1)

52 อ้างแล้ว ข้อ IV (5)

53 อ้างแล้ว ข้อ IV (6)

54 อ้างแล้ว ข้อ V (3)

55 อ้างแล้ว ข้อ VII (1)

ในระหว่างกระบวนการทบทวนรายงานรอบหรือ UPR⁵⁶ บังกลาเทศ ได้ตอบข้อเสนอแนะที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาผู้ลี้ภัยเพียงว่า “บังกลาเทศยึดถือหลักการของระบบคุ้มครองระหว่างประเทศเสมอมา รวมถึงหลักการไม่ผลักดันกลับ และประเด็นการพิจารณาให้สัตยาบันอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องใดๆ ต้องคำนึงถึงความเป็นจริงในพื้นที่ด้วย”⁵⁷ มาเลเซียไม่ได้ให้คำมั่นใดๆ ในการที่จะให้สัตยาบันกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในการทบทวน UPR ครั้งล่าสุด⁵⁸ ส่วนประเทศไทยให้คำมั่นที่จะ “พิจารณาให้สัตยาบัน” อนุสัญญาวาดวยผู้ลี้ภัยปี 1951 และพิธีสารเลือกรับ⁵⁹

บังกลาเทศและประเทศไทย ต่างก็เป็นสมาชิกของกรมการบริการของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ⁶⁰ ซึ่งเรียกร้องให้รัฐบาลที่เกี่ยวข้อง “ใช้และใช้แนวปฏิบัติที่เสรีในการให้ที่ลี้ภัยอย่างถาวรหรือที่พักพิงชั่วคราวแก่ผู้ลี้ภัยที่เดินทางเข้ามาในอาณาเขตของประเทศนั้นๆ โดยตรง”⁶¹ บังกลาเทศและประเทศไทยสามารถถูกคาดหวังที่จะยึดถือมาตรฐานขั้นสูงที่สุดในฐานะเป็นประเทศสมาชิกในคณะกรรมการบริหารเรียกร้องต่อประเทศอื่นๆ ให้ปฏิบัติตาม

มาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย นิยามคำว่าผู้ลี้ภัยว่าเป็นบุคคลที่ :

ด้วยความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่า จะได้รับการประหารชีวิต ทุพพลภาพด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ในมาทางสังคมหรือทางความคิดตามการเมืองก็ตาม ในขณะที่ตัวบุคคลผู้นั้นไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะรับความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติเนื่องจากความหวาดกลัวดังกล่าว หรือนอกจากนี้ เป็นบุคคลไร้สัญชาติซึ่งอยู่นอกอาณาเขตรัฐที่เดิมมี

56 UPR เป็น การทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนที่นำโดยรัฐเพื่อพิจารณาว่ามีการดำเนินการสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของทุกประเทศสมาชิกสหประชาชาติ ดู Office of the High Commissioner of Human Rights, “Basic Facts about the UPR”, available at: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BasicFacts.aspx>.

57 Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Bangladesh, Addendum*, UN Doc. A/HRC/24/12/Add.1, 23 July 2013, Recommendation 130.7.

58 ดู อ้างอิง 35 ย่อหน้า 9

59 Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Thailand – Addendum*, UN Doc. A/HRC.19/8/Add.1, 6 March 2012, Recommendation 89.5.

60 UNHCR, *UNHCR Executive Committee of the High Commissioner’s Programme Composition for the period October 2016 – October 2017*, 7 October 2016, available at: <http://www.unhcr.org/uk/excom/scaf/5748082a4/list-members-observers-2016-2017.html>.

61 UN High Commissioner for Refugees, *Asylum*, Conclusion No. 5 (XXVI), adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, 1977.

ถิ่นฐานพำนักประจำแต่ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะกลับไปเพื่อพำนักในรัฐดังกล่าวด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวที่กล่าวข้างต้น⁶²

คำนิยามถือว่าผู้มีหลักประกันในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่สิ่งหนึ่งที่สำคัญก็คือ คนไร้รัฐอาจไม่เข้าตามนิยามข้างต้น เพราะการเป็นคนไร้รัฐหมายถึงบุคคลนั้นไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นคนชาติของรัฐใดเลย⁶³ ในขณะที่ผู้ลี้ภัยเป็นบุคคลที่มาตรา 1 นิยามไว้หลบหนีจากประเทศตนเองอันเนื่องมาจากความหวาดกลัวจากการประหัตประหารที่มีมูล แต่แม้ว่าสถานภาพผู้ลี้ภัยและความไร้รัฐจะแตกต่างกัน แต่ทั้งสองสถานะอาจมีความเชื่อมโยงกัน ตัวอย่างเช่น บุตรของผู้ลี้ภัยที่เกิดในต่างประเทศอาจไม่สามารถได้รับการสืบทอดสัญชาติจากบิดามารดาหรือสัญชาติของประเทศที่เด็กเหล่านั้นเกิดมา ซึ่งมีผลให้กลายเป็นคนไร้รัฐ⁶⁴ ดังนั้น การเป็นทั้งผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐจึงเป็นไปได้ และหากคนไร้รัฐสามารถอยู่อาศัยใต้คำนิยามในมาตรา 1 ที่กล่าวข้างต้น คนเหล่านั้นก็ถือว่าเป็นผู้ลี้ภัยภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ⁶⁵

หากโรฮิงญาในบังกลาเทศ มาเลเซียและประเทศไทย เข้าขอข้ายคำนิยามในมาตรา 1 เขาย่อมเป็นผู้ลี้ภัยไม่ว่าเขาจะได้รับรองสถานะภาพผู้ลี้ภัยอย่างเป็นทางการหรือไม่ก็ตาม⁶⁶ อย่างไรก็ตามโรฮิงญาที่หลบหนีจากเมียนมาร์มักถูกมองว่าเป็น “ผู้ย้ายถิ่นฐานทางเศรษฐกิจ” ทั้งนี้ สาเหตุใหญ่มาจากเหตุผลที่ว่าประเทศเหล่านั้นมักมองผู้ลี้ภัยจากมิติของกฎควบคุมไม่ใช้มิติการคุ้มครอง แม้ผู้โยกย้ายถิ่นฐานทางเศรษฐกิจจะไม่ใช่ผู้ลี้ภัย แต่สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติได้ระบุไว้ ในกรณีที่มาตราการทางเศรษฐกิจ “เป็นการทำลายความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของคนกลุ่มหนึ่งของประชากร” เหลือเหล่านั้น อาจกลายเป็นผู้ลี้ภัยทันทีที่หลบหนีจากประเทศของตน⁶⁷ นอกจากนี้ การที่โรฮิงญาหลบหนีออกจากเมียนมาร์เพื่อหลบหนีจากความรุนแรงและการประหัตประหารรูปแบบอื่นที่เขาประสบอันเนื่องจากเชื้อชาติ โรฮิงญาก็น่าจะเขาข้ายผู้ลี้ภัยองค์กรระหว่างประเทศและองค์กรพัฒนาเอกชนระหว่างประเทศ ต่างก็ยอมรับว่าโรฮิงญาในบังกลาเทศ มาเลเซียและประเทศไทยเป็นผู้ลี้ภัย⁶⁸

62 อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย มาตรา 1 (ก)(2)

63 อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพของคนไร้รัฐ มาตรา 1

64 Institute on Statelessness and Inclusion, *Understanding statelessness in the Syria refugee context*, 2016, p. 11, available at: <http://www.syrianationality.org/pdf/report.pdf>.

65 UN High Commissioner for Refugees, *Handbook and guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, December 2011, Para 102, available at: <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>.

66 การรับรองสถานะภาพผู้ลี้ภัยเป็นการกระทำที่มีการประกาศ และสิทธิของผู้ลี้ภัยสามารถยกขึ้นม่อ้างอิงได้ก่อนที่สถานภาพจะได้รับการรับรองโดยผู้มีอำนาจตัดสินใจ

67 ดูอ้างอิงที่ 65 ย่อหน้า 63

68 Asia Pacific Refugee Rights Network, “July 2016 Country Update Newsletter”, APRRN, 21 July 2016, available at: <http://aprrn.info/july-2016-issue/>; Fortify Rights, *Everywhere is Trouble: An Update on*

อนุสัญญาผู้ลี้ภัยครอบคลุมมิติต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ลี้ภัยรวมทั้งสถานะบุคคล การจ้างงาน สวัสดิการ และการ (ไม่) ถูกเนรเทศ และกำหนดความทบทวนผู้ลี้ภัยต่างๆ ในอนุสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติโดยไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะบนพื้นฐานทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือประเทศต้นทาง⁶⁹ สิทธิบางประการในอนุสัญญาผู้ลี้ภัยปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศด้วยสิทธิมนุษยชนอื่นๆ เช่นกัน ตัวอย่างเช่น มาตรา 16 ของอนุสัญญาผู้ลี้ภัย รับรองสิทธิในการเข้าถึงศาล สิทธินี้ได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน⁷⁰ และยังมีหลักฐานบางประการที่ยืนยันว่าสิทธิดังกล่าวนี้มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁷¹

ยังมีบทบัญญัติอีกหลายมาตราในอนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัยที่กำหนดให้รัฐที่รับคนเหล่านั้นดูแลผู้ลี้ภัยตาม “แนวปฏิบัติที่เป็นคุณขั้นพื้นฐาน” ที่เทียบเท่ากับคนชาติในส่วนของสิทธิหลักในเสรีภาพทางศาสนา⁷² สิทธิในการรวมกลุ่ม⁷³ สิทธิในทรัพย์สินทั้งในทางศิลปะหรือ

the Situation of Rohingya Refugees in Thailand, Malaysia and Indonesia, March 2016, p. 3, available at: <http://www.fortifyrights.org/downloads/EverywhereisTrouble.pdf>; Wake, C., Cheung, T., *Livelihood strategies of Rohingya refugees in Malaysia*, June 2016, available at: <https://www.odc.org/sites/odc.org.uk/files/resource-documents/10649.pdf>; Amnesty International, “Bangladesh pushed back Rohingya refugees amid collective punishment in Myanmar”, *Amnesty International*, 24 November 2016, available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/11/bangladesh-pushes-back-rohingya-refugees-amid-collective-punishment-in-myanmar>; Equal Rights Trust, *Equal Only In Name: The Human Rights of Stateless Rohingya in Malaysia*, October 2014, p. 13, available at: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Equal%20Only%20in%20Name%20-%20Malaysia%20-%20Full%20Report.pdf>

69 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย มาตรา 3

70 Universal Declaration of Human Rights, Article 8; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI., 1950, Articles 6(1) and 13; Organisation of American States, American Convention on Human Rights, 22 November 1969, Article 25; African Charter on Human and Peoples’ Rights, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 27 June 1981, Article 7(1); International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2(3); Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Article 13, Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: *Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, UN Doc. CCPR/C/GC/32, 2007, Para 9.

71 See, for example, Mazzeschi, R.P., “Access to Justice in Constitutional and International Law: the Recent Judgment of the Italian Constitutional Court”, *Italian Yearbook of International Law*, Vol.1, 2015, p. 7; Kane, M., “Reassessing Customary Law Systems as a Vehicle For Providing Equitable Access to Justice for The Poor Arusha Conference”, *New Frontiers of Social Policy*, December 12–15, 2005; Beqiraj, J and McNamara, L, *International Access to Justice: Legal Aid for the Accused and Redress for Victims of Violence, A Report by the Bingham Centre for the Rule of Law*, October 2015.

72 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย มาตรา 4

73 อ้างแล้ว มาตรา 15

อุตสาหกรรม⁷⁴ การศึกษาระดับประถม⁷⁵ การบริการสาธารณสุขและการคุ้มครองแรงงาน⁷⁶ และขึ้นอยู่กับเงื่อนไขบางประการ สิทธิในสวัสดิการทางสังคม⁷⁷

ในกรณีอื่นๆ ประเทศผู้รับถูกกำหนดให้ปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยอย่างเป็นคนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และให้เป็นคนไม่น้อยไปกว่าคนต่างดาวอื่นๆ ที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน และนี้ใช้ได้กับสิทธิในทรัพย์สิน⁷⁸ สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนในการทำงาน การทำงานส่วนตัว และคนที่ประกอบอาชีพอิสระ⁷⁹ ที่อยู่อาศัย⁸⁰ การศึกษาระดับมัธยม⁸¹ และเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายอย่างเสรี⁸²

ประเด็นสำคัญที่ต้องบันทึกไว้ก็คือ ข้อที่ว่าบทบัญญัติหลายมาตราที่กล่าวไปนั้นสะท้อนสิทธิที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ และ สิ่งที่สำคัญเช่นกันก็คือข้อที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ เหล่านี้แท้ที่จริงแล้วสำคัญกว่าสิทธิที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาผู้ลี้ภัย เพราะกฎหมายเหล่านี้ประกันสิทธิให้กับทุกคนไม่เพียงแต่ผู้ที่อยู่ในอาณาเขตของประเทศอย่างถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รัฐภาคีต้องประกันสิทธิของทุกคนในเสรีภาพทางศาสนาและการรวมตัวกัน รวมถึงสิทธิในการเคลื่อนย้ายโดยเสรี⁸³ ยิ่งไปกว่านั้น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมยังประกันสิทธิในการทำงาน สิทธิในการทำงานในเงื่อนไขแวดล้อมที่ดี และสิทธิในการศึกษา รวมถึงการศึกษาภาคบังคับระดับประถม⁸⁴ ที่สำคัญ สิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ สามารถนำมาใช้กับกรณีของโรฮิงญาได้ แม้ว่าบังกลาเทศ มาเลเซียและประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีสัญญาผู้ลี้ภัย แต่ทั้งบังกลาเทศและประเทศไทยต่างเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งมีพันธกรณีที่จะประกันสิทธิที่ได้รับการรับรองในกฎหมายทั้งสองฉบับ

74 อ้างแล้ว มาตรา 14

75 อ้างแล้ว มาตรา 22

76 อ้างแล้ว มาตรา 23 และ 24 (ก)

77 อ้างแล้ว มาตรา 27

78 อ้างแล้ว มาตรา 13

79 อ้างแล้ว มาตรา 17 และ 19

80 อ้างแล้ว มาตรา 21

81 อ้างแล้ว มาตรา 22

82 อ้างแล้ว มาตรา 26

83 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 12 มาตรา 18 และ 22

84 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม มาตรา 6 มาตรา 7 และ 13

สิทธิบางอย่างมีความเฉพาะเจาะจงสำหรับผู้ลี้ภัย ตัวอย่างเช่นที่สำคัญมาก คือรัฐต้องออกเอกสารประจำตัวให้กับผู้ลี้ภัย⁸⁵ และเอกสารการเดินทาง (ยกเว้นเพื่อประโยชน์ทางความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยสาธารณะ)⁸⁶ รัฐเท่าที่เป็นไปได้ ต้องอำนวยความสะดวกในการปรับตัวเป็นส่วนหนึ่งของสังคมและการแปลงสัญชาติของผู้ลี้ภัย⁸⁷

มาตรา 28 มีความสำคัญยิ่งสำหรับโรฮิงญา เพราะมาตรานี้ระบุว่า รัฐจะต้องไม่ลงโทษผู้ลี้ภัยที่เดินทางเข้ามาจากดินแดนที่ชีวิตและเสรีภาพของเขาถูกคุกคามโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายของประเทศผู้รับภายใต้เงื่อนไขที่ว่าคนเหล่านั้นต้องแสดงตัวต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นและต้องแสดงเหตุผลอันควรที่ต้องเข้ามาอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย⁸⁸ และดังที่ได้ชี้ให้เห็นในรายงานเกี่ยวกับประเทศบังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทย โรฮิงญาที่หลบหนีจากประเทศเมียนมาร์มักถูกปฏิบัติต่อในฐานะ “คนเขาเมืองผิดกฎหมาย” ในประเทศที่เขาเดินทางเข้าไป⁸⁹ ดังนั้น ชาวโรฮิงญาเหล่านั้นจึงเสี่ยงต่อการถูกจับกุมคุมขังและผลักดันกลับ ซึ่งนี่เป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับมาตรา 28 อย่างสิ้นเชิง

อนุสัญญาผู้ลี้ภัยกำหนดพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการผลักดันผู้ลี้ภัย ผู้ลี้ภัยที่ถูกต้องตามกฎหมายอาจถูกเนรเทศหากมีเหตุผลอันจำเป็นยิ่งที่เป็นภัยต่อ “ความมั่นคงแห่งชาติและความสงบเรียบร้อยสาธารณะ” และเพียงเหตุผลนี้และต้องเป็นไปตาม “การตัดสินใจที่ผ่านกระบวนการยุติธรรม” และผู้ลี้ภัยเหล่านั้นต้องมีเวลาเตรียมตัวพอสมควรในการแสวงหาที่ลี้ภัยที่ถูกต้องตามกฎหมายในประเทศอื่น⁹⁰ อย่างไรก็ตาม พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการถอดถอนสถานภาพผู้ลี้ภัย คือ *การไม่ผลักดันกลับ* ภายใต้มาตรา 33 ที่กำหนดว่า:

รัฐภาคีจะไม่ขับไล่หรือส่งกลับ (ผลักดัน) ผู้ลี้ภัยไม่ว่าจะในลักษณะใดๆ ไปยังชายเขตแดนดินแดนซึ่ง ณ ที่นั้น ชีวิตและอิสรภาพของผู้ลี้ภัยอาจได้รับการคุกคามด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ว่าจะในทางสังคมหรือทางความคิดเห็นดานการเมือง

85 อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย มาตรา 27

86 อ้างแล้ว มาตรา 28

87 อ้างแล้ว มาตรา 34

88 อ้างแล้ว มาตรา 31

89 See Ashraf, A, *Legal status of the Rohingya in Bangladesh: refugee, stateless or status less*, December 2016; Nussara, M, Napaumporn, B., Petcharamesree, S, *Legal Analysis: Holes and Hopes for Rohingya in Thailand*, December 2016; Nambia, D, Brunt, H and Anon *The Rohingya in Malaysia*, December 2016.

90 อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย มาตรา 32

หลักการไม่ผลักดันกลับนี้ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁹¹ และอ้างอิงถึงหลักการที่อาจปรากฏในรูปแบบต่างๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ อีกหลายฉบับ⁹² และตามที่ชี้ให้เห็นข้างต้น พันธกรณีในการไม่ผลักดันกลับ ห้ามรัฐจากการส่งผู้ลี้ภัยกลับไปในพื้นที่ที่ชีวิตและอิสรภาพของเขาตกอยู่ในภาวะเสี่ยงหรือที่ซึ่งเขาจะเผชิญความเสี่ยงที่จะถูกทรมาน ถูกปฏิบัติต่ออย่างโหดร้าย หรือโรมนุษยธรรมหรือไรศักดิ์ศรี ผลก็คือ “การผลักดันผู้ลี้ภัยโรงินญา ในเรื่องที่ไม่เหมาะต่อการเดินทางทางทะเลไปยังสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงถึงชีวิต” จึงเป็นทั้งการผลักดันและการละเมิดสิทธิในชีวิตของเขา⁹³

ในขณะที่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยเปิดช่องให้ระงับการใช้ได้ชั่วคราวหากมีเหตุผลที่เชื่อได้ว่าผู้ลี้ภัยอาจ “เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ”⁹⁴ แต่คณะกรรมการการวาดายการต่อต้านการทรมานระบุว่า สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ซึ่งหมายถึงมีอาจละเมิดได้ ดังในกรณีของ *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden* คณะกรรมการวินิจฉัยว่า

ตามที่ปรากฏจากการเสนอรายงานของรัฐและจากผลการวินิจฉัยโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองในกรณีดังกล่าวนี้ ว่า การปฏิเสธที่จะให้สถานภาพแก่ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยในสวีเดนมีพื้นฐานจากข้อยกเว้นในมาตรา 1 (ข) ของอนุสัญญาปี 1951 ว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย สิ่งนี้เห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ว่ามารดาและน้องสาวของผู้ยื่นขอสถานภาพผู้ลี้ภัยได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยไปแล้วในทางปฏิบัติ เนื่องมาจากความกลัวว่าเขาอาจจะตกอยู่ในความเสี่ยงต่อการถูกประหัตประหารเพราะเขาเป็นสมาชิกครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับ Sendero Luminoso (...) คณะกรรมการพิจารณาเห็นว่าสิ่งที่ปรากฏในมาตรา 3 นั้นเบ็ดเสร็จเด็ดขาด เมื่อใดก็ตามที่

91 UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1954/93*, 31 January 1994, available at: <http://www.refworld.org/docid/437b6db64.html>.

92 See, for example, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465, U.N.T.S. 85, 1984, Article 3; International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 7; The Human Rights Committee has also declared the principle implicit in Article 2 of the ICCPR. See Human Rights Committee, *General Comment 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, Para 12.

93 Equal Rights Trust, *Burning Homes, Sinking Lives: A situation report on violence against stateless Rohingya in Myanmar and their refoulement from Bangladesh*, June 2012, p. 21, available at: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/The%20Equal%20Rights%20Trust%20-%20Burning%20Homes%20Sinking%20Lives.pdf>.

94 อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย มาตรา 33(2) แต่คณะกรรมการการวาดายการต่อต้านการทรมานระบุว่า สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ซึ่งหมายถึงมีอาจละเมิดได้

ปรากฏพื้นฐานอันเชื่อได้ว่าคนคนนั้นจะตกอยู่ในอันตราย เสี่ยงที่จะถูกทรมาน หากถูกผลักดันไปอีกประเทศหนึ่ง รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะไม่ส่งคนคนนั้นกลับไปยังประเทศนั้น ลักษณะของกิจกรรมที่บุคคลดังกล่าวนั้นทำอยู่ไม่สามารถนำมาใช้เป็นปัจจัยพิจารณาในการตัดสินใจภายใต้มาตรา 3 ของอนุสัญญา⁹⁵

นอกจากนั้น สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ยังชี้ให้เห็นว่า ข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติ ตามพันธกรณีชั่วคราวในมาตรา 33 (2) มีข้อจำกัดของการใช้เฉพาะใน “กรณีสุดวิสัย” และเกี่ยวข้องกับ “การลงโทษที่รุนแรงและการลงโทษสูงสุดเท่านั้น” การกระทำผิดของเยาวชนไม่สามารถนำมาใช้เป็นพื้นฐานในการเนรเทศ และการถูกประหารชีวิตที่ผู้ลี้ภัยจะต้องเผชิญหากถูกเนรเทศจะต้องเป็นปัจจัยที่ได้รับการพิจารณา⁹⁶

ค. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความไร้รัฐ

ดังที่ระบุไว้แล้วตอนต้น มีอนุสัญญาสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนไร้รัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ ฉบับแรก คือ อนุสัญญาปี 1954 ซึ่งมีผลบังคับทางกฎหมายปีเดียวกับอนุสัญญาผู้ลี้ภัย และฉบับที่ 2 ปี 1961 ซึ่งเน้นที่การป้องกันและการลดระดับความไร้รัฐ⁹⁷ และดังที่ได้เห็นแล้ว บังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทย ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฉบับใดเลย และมีเพียงบังกลาเทศที่ไต่ถามว่าจะพิจารณาให้สัตยาบัน⁹⁸

คนไร้รัฐตามที่ได้รับการนิยามไว้ในมาตรา 1 ของอนุสัญญาปี 1954 คือ “คนที่ไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นคนชาติภายใต้กฎหมายโดยรัฐใด”⁹⁹ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ยืนยันว่าคำนิยามนี้ได้รับการยอมรับภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงใช้กับทุกประเทศ¹⁰⁰

95 *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden*, Communication No. 39/1996, UN Doc. CAT/C/18/D/39/1996, 1997, Paras 14.4–14.5.

96 ดู อ้างอิง ที่ 65 ย่อหน้า 154–158

97 UNHCR, *Guidelines on Statelessness No. 4*, UN Doc. HCR/GS/12/04, 21 December 2012, Para 1, available at: <http://www.refworld.org/docid/50d460c72.html>.

98 Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Bangladesh*, UN Doc. A/HRC/24/12, 8 July 2013, Para 129; Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Thailand – Addendum*, UN Doc. A/HRC.19/8/Add.1, 6 March 2012, Recommendation 89.5.

99 อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพคนไร้รัฐ มาตรา 1(1)

100 UNHCR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 2014, p. 9, available at: <http://www.unhcr.org/uk/protection/statelessness/53b698ab9/handbook-protection-stateless-persons.html>. See also, In-

อนุสัญญาปี 1954 มีโครงสร้างใกล้เคียงกับอนุสัญญาผู้ลี้ภัย และกำหนดสิทธิและหน้าที่ขั้นต่ำของคนไร้รัฐไว้¹⁰¹ มาตรา 1 กำหนดคำนิยามของความไร้รัฐไว้¹⁰² มาตรา 2 กำหนดหน้าที่พื้นฐานของคนไร้รัฐ มาตรา 3 รับรองสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือประเทศกำเนิด ในขณะที่มาตรา 4คุ้มครองเสรีภาพทางศาสนา ส่วนที่ 2 ถึง 5 ของอนุสัญญาระบุสิทธิต่างๆ ที่รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องให้กับคนไร้รัฐ ส่วนที่ 2 ของอนุสัญญายังกำหนดสถานภาพทางกฎหมายรวมถึงสถานะทางกฎหมายของคนไร้รัฐด้วย¹⁰³ สิทธิในการถือครองสิ่งหาและอสังหาริมทรัพย์¹⁰⁴ สิทธิในทรัพย์สิน ดานศิลปะและอุตสาหกรรม¹⁰⁵ สิทธิในการรวมกลุ่ม¹⁰⁶ สิทธิในการเข้าถึงศาล¹⁰⁷ ส่วนที่ 3 รับรองสิทธิในการทำงาน ในขณะที่ส่วนที่ 4 บรรจุบทบัญญัติเกี่ยวกับสวัสดิการ ส่วนที่ 5 เป็นบทที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางการบริหาร และครอบคลุมถึงการห้ามการผลักดันคนไร้รัฐที่อาศัยอยู่ในประเทศอย่างถูกกฎหมายกลับยกเว้นบนพื้นฐานด้านความมั่นคงแห่งชาติและความสงบเรียบร้อยสาธารณะ¹⁰⁸

เช่นเดียวกับอนุสัญญาผู้ลี้ภัย สิทธิหลายประการที่ปรากฏในอนุสัญญาปี 1954 ก็ได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ เช่นกัน และในหลายกรณีมีความหนักแน่นกว่าในกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ และดังที่ชี้ให้เห็นแล้ว “เงาสะทอน” ของสิทธิเหล่านี้มีความสำคัญยิ่งต่อชาวโรฮิงญาในบังกลาเทศและประเทศไทยแม้ว่าทั้งสองประเทศจะไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยความไร้รัฐทั้งสองฉบับก็ตาม เพราะทั้งสองประเทศ เป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ตัวอย่างที่ยกไปแล้วก่อนหน้านี้ มาตรา 18 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รับรองสิทธิของทุกคนในเสรีภาพทางศาสนา และมาตรา 22 สิทธิในเสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นสมาคม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

ternational Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 58th session, 2006, p. 49, available at: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf.

101 อ้างแล้ว UNHCR, ย่อหน้า 125.

102 อ้างแล้ว ดูรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้คำนิยามภายใต้มาตรา 1(1)

103 อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพคนไร้รัฐ มาตรา มาตรา 12

104 อ้างแล้ว มาตรา 13

105 อ้างแล้ว มาตรา 14

106 อ้างแล้ว มาตรา 15

107 อ้างแล้ว มาตรา 16

108 อ้างแล้ว มาตรา 31

รับรองสิทธิของทุกคนที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติบนหลายพื้นฐานรวมถึงเชื้อชาติ ศาสนาและถิ่นกำเนิด¹⁰⁹ นอกจากนี้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ยังรับรองสิทธิของทุกคนในการทำงานและสวัสดิการสังคมด้วย¹¹⁰

และดังที่ได้กล่าวไปแล้ว อนุสัญญาปี 1961 เน้นอย่างเฉพาะเจาะจงเรื่องสิทธิในสัญชาติดังที่สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเขียนไว้ในเอกสารแนะนำอนุสัญญาว่า

สิ่งที่อนุสัญญาปี 1961 ให้ความสำคัญยิ่งคือ มิติที่ว่าในขณะที่รัฐยึดมั่นในสิทธิที่จะกำหนดสาระของกฎหมายสัญชาติ แต่จะต้องทำโดยให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติ รวมถึงหลักการที่จะต้องหลีกเลี่ยงภาวะการไร้รัฐ¹¹¹

มาตรา 1-4 ของอนุสัญญาปี 1961 ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กจากภาวะความไร้รัฐ¹¹² ดังนั้น จึงไม่อนุญาตให้ตั้งข้อสงวนมาตรานี้¹¹³ และพันธกรณีตามบทบัญญัติเหล่านี้ก็ได้รับการบรรจุไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศและปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอีกหลายฉบับรวมถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹¹⁴

มาตรา 5 และ 6 ของอนุสัญญาปี 1961 ระบุเรื่องการสูญเสียสัญชาติ ในขณะที่มาตรา 7 ระบุว่า การสละสัญชาติขึ้นอยู่กับการใดสัญชาติของอีกประเทศหนึ่ง มาตรา 8 ของอนุสัญญาปี 1961 ครอบคลุมบทบัญญัติที่ชัดเจนยิ่งถึงการสูญเสียสัญชาติ โดยระบุว่า “รัฐภาคี จะไม่ถอนสัญชาติบุคคลใดหากการถอนสัญชาตินั้นจะทำให้บุคคลนั้นกลายเป็นคนไร้รัฐ¹¹⁵” ในขณะเดียวกันมาตรา 9

109 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 2(1) และ 26 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม มาตรา 2(2) และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ มาตรา 2 และ 5

110 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม มาตรา 6 มาตรา 7 และ 9

111 Convention on the Reduction of Statelessness, *Introductory Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, May 2014, p. 3, available at: <http://www.unhcr.org/3bbb286d8.html>.

112 See UNHCR, *Guidelines on Statelessness No. 4: Ensuring Every Child's Right to Acquire a Nationality through Articles 1-4 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, HCR/GS/12/04, 21 December 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/50d460c72.html>.

113 อนุสัญญาว่าด้วยการลดภาวะความไร้รัฐ มาตรา มาตรา 17

114 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 7 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 15 ดูอ้างอิง ที่ 39 มาตรา 18

115 มาตรา 8(2) และ 8(3) ของอนุสัญญาปี 1961 ระบุข้อจำกัดของสถานการณ์ที่การสูญเสียหรือการถอนสัญชาติต้องสนองเป้าหมายที่เป็นธรรม

ก็ประกันว่าการถอนสัญชาติจะไม่กระทบพื้นฐานของ “เชื้อชาติ การเป็นชนกลุ่มน้อย ศาสนา หรือพื้นฐานทางการเมืองใดๆ”¹¹⁶

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้ออกมติหลายฉบับเกี่ยวกับการถอนสัญชาติ อย่างไรก็ตามไม่ชอบธรรม¹¹⁷ ในข้อมติล่าสุด คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนได้ยืนยันความสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยความไร้รัฐทั้งสองฉบับและเน้นว่าการกีดกันสัญชาติอย่างเลือกปฏิบัติเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน¹¹⁸ และยังระบุเพิ่มเติมว่า “ความไร้รัฐของบุคคลที่มีผลจากการกีดกันสัญชาติอย่างไม่ชอบธรรมของบุคคลนั้นไม่อาจยกขึ้นมาอ้างโดยรัฐเพื่อปฏิเสธสิทธิอื่นๆ ของคนคนนั้นได้” และกระตุ้นเตือนรัฐต่างๆ ให้ “รับรองและนำกฎหมายว่าด้วยสัญชาติไปปฏิบัติเพื่อหลีกเลี่ยงความไร้รัฐ”¹¹⁹

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ระบุว่า มาตรา 1-4 ของอนุสัญญาปี 1961 ควรต้องได้รับการพิจารณาไปพร้อมกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธกรณีภายใต้มาตรา 2 ที่จะประกันว่าสิทธิภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก “โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใดๆ” มาตรา 3 ซึ่งให้รัฐต้องพิจารณา “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เป็นอันดับแรก มาตรา 7 กำหนดสิทธิของเด็กในการมีทะเบียนการเกิด ในสัญชาติ และ มาตรา 8 ซึ่งกำหนดให้รัฐต้อง “เคารพสิทธิของเด็กในการที่จะดำรงรักษาอัตลักษณ์ของตนเองรวมถึงสัญชาติ”¹²⁰ มาตราเหล่านี้คุ้มครองสิทธิของเด็กในอัตลักษณ์และสัญชาติ จริงๆ แล้ว มาตรา 8 ไปไกลถึงขนาดกำหนดให้รัฐต้องให้การเยียวยาการกีดกันเด็กจากอัตลักษณ์หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์”

นอกจากนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในทะเบียนการเกิดและสัญชาติภายใต้มาตรา 7 นั้น พันธกรณีของรัฐภายใต้มาตรา 2 มีความสำคัญยิ่งสำหรับเด็กชาวโรฮิงญา เพราะมาตรานี้ได้ระบุสิทธิที่จะได้สัญชาติโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ จุดกำเนิดทางสังคมหรือชนชาติ (ในจำนวนหลายๆ พื้นฐาน) ในรายงานต่อคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน เลขที่การสหประชาชาติซีว

116 นี้สะท้อนบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ เกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ดังที่ได้เขียนไว้แล้วในส่วนที่ 3 (ข)

117 Human Rights Council, *Resolution on Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, UN Doc. A/HRC/RES/26/14, 11 July 2014; Human Rights Council, *Resolution on Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, UN Doc. A/HRC/RES/20/5, 16 July 2012; Human Rights Council, *Resolution on Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, UN Doc. A/HRC/RES/13/2, 14 April 2010.

118 Human Rights Council, *Resolution on Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, UN Doc. A/HRC/RES/32/5, 15 July 2016, Para 2.

119 เพิ่งอ้าง ย่อหน้า 2 และ 5

120 อ้างแล้ว อ้างอิงที่ 112 ย่อหน้า 10

“ในที่ที่เด็กถูกกีดกันจากการได้รับสัญชาติบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ นั่นคือการกีดกันเด็กเหล่านั้นอย่างไม่เป็นธรรม”¹²¹

ในทำนองเดียวกัน เลขาธิการสหประชาชาติได้เน้นย้ำว่า หลักการ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ดังระบุไว้ในมาตรา 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก “จะต้องได้รับการเคารพโดยรัฐในกฎหมายภายในและระเบียบบริหารต่างๆ ที่เกี่ยวกับสัญชาติ รวมถึงการดำเนินการเพื่อให้หลักประกันการหลีกเลี่ยงความไร้รัฐในกลุ่มเด็ก”¹²²

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติตั้งข้อสังเกตว่าภายใต้อนุสัญญาปี 1961 ความรับผิดชอบในการคุ้มครองเด็กจากรัฐขยายออกไปถึง “รัฐที่เกิดมา ไปยังทุกประเทศ ที่เด็กนั้นมีจุดเกาะเกี่ยว”¹²³ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ระบุอีกว่า ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รัฐต้องให้สัญชาติกับเด็กทุกคนที่เกิดในดินแดนของตนเอง โดยเฉพาะหากเด็กไม่อาจได้รับสัญชาติอื่นๆ จากรัฐใด”¹²⁴

บังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทยล้วนให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และต่างผูกพันโดยมาตรา 3 และ 8 ของอนุสัญญา ทั้งบังกลาเทศและประเทศไทยถูกผูกพันโดยมาตรา 2 และ 7 ที่กำหนดสิทธิของเด็กที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงสิทธิภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และแม่บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธินี้จะได้รับการสงวนโดยมาเลเซียก็ตาม

คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้ให้ข้อเสนอแนะที่เกี่ยวกับความไร้รัฐของเด็กไว้ในกรณีของบังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทย ที่ล้มเหลวในการแก้ไขปัญหาของเด็กโรฮิงญา¹²⁵

121 Human Rights Council, *Report of the Secretary General on the Impact of the arbitrary deprivation of nationality on the enjoyment of the rights of children concerned, and existing laws and practices on accessibility for children to acquire nationality, inter alia, of the country in which they are born, if they otherwise would be stateless*, UN Doc. A/HRC/31/29, 16 December 2015, Para 8.

122 อ้างแล้ว ย่อหน้า 9

123 ดูอ้างอิงที่ 112

124 UNHCR, *Global Action Plan to End Statelessness 2014–2024*, November 2014, p. 10, available at: <http://www.unhcr.org/uk/protection/statelessness/54621bf49/global-action-plan-end-statelessness-2014-2024.html>.

125 See Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: Bangladesh*, UN Doc. CRC/C/BGD/CO/4, 26 June 2009, Paras 78–79; Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: Malaysia*, UN Doc. CRC/C/MYS/CO/1, 25 June 2007, Paras 82–83; and Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: Thailand*, UN Doc. CRC/C/THA/CO/3-4, 14 February 2012, Paras 41–42.

ดังที่ชี้ให้เห็นข้างต้น ทำให้เห็นความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิในอนุสัญญา 1961 และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ อื่นๆ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก นอกจากนั้น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบล้วนมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคนไร้รัฐ มาตรา 2 และ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติระบุข้อห้ามที่ชัดเจนเรื่องการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ และความเป็นกลุ่มน้อย ที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติ คณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติยังได้เรียกร้องต่อรัฐภาคีให้ลดภาวะความไร้รัฐ¹²⁶ มาตรา 18 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการกำหนดว่ารัฐต้องไม่ใช้กฎหมายว่าด้วยสัญชาติในลักษณะที่เลือกปฏิบัติต่อคนพิการ มาตรา 9 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบกำหนดให้รัฐต้องรับรองว่าหากสตรีแต่งงานกับคนต่างชาติ สตรีเหล่านั้นจะต้องไม่ถูกกีดกันจากสัญชาติของตนอันจะทำให้กลายเป็นคนไร้รัฐ และรับรองความเท่าเทียมของหญิงและชายในสวนที่เกี่ยวกับสัญชาติของบุตร¹²⁷ นอกจากนี้ สิทธิภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ยังใช้กับ “ทุกคน รวมถึงคนที่ไม่ใช่คนชาติ ได้แก่ ผู้ลี้ภัย ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย คนไร้รัฐ แรงงานข้ามชาติ และเหยื่อการคามุขยข้ามชาติ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือเอกสารประจำตน”¹²⁸

ง. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีที่มาหลักๆ จากการปฏิบัติของรัฐต่างๆ ข้อแตกต่างกับกฎหมายระหว่างประเทศก็คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่มีเป็นลายลักษณ์อักษรและไม่มีเจตจำนงอย่างเป็นทางการ หากแต่ได้รับการพัฒนาและสร้างขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป¹²⁹ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประกอบด้วย กฎระเบียบ มาตรฐาน และหลักการซึ่งใช้กับทุกรัฐ¹³⁰ และกลายเป็นสิ่งที่มีผลบังคับเมื่อรัฐต่างๆ ใช้แนวปฏิบัติร่วมกันเพียงเพราะรัฐนั้นๆ เชื่อว่ามันเป็นพันธกรณีทางกฎหมาย¹³¹ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระบุว่ามีความจำเป็นสำคัญสองประการที่จะทำให้การกระทำกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง

126 ดู อ้างอิงที่ 4 ย่อหน้า 16

127 มาเลเซียได้ตั้งข้อสงวนมาตรานี้

128 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/C.12/GC/20, 2 July 2009, Para 30.

129 Byers, M., *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 1999, p. 3.

130 Anthony D’Amato, “The Concept of Special Custom in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 63, 1969, p. 212.

131 International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases*, 20 February 1969, Para 77.

ประเทศ ข้อหนึ่ง เมื่อการปฏิบัตินั้นเป็นการปฏิบัติที่ได้ปักหลักมั่นคงแล้ว (คือมีการปฏิบัติบ่อยๆ และเป็นประจำ) และ สอง การปฏิบัตินั้นต้องมีแรงจูงใจโดยความรู้สึกถึงหน้าที่ทางกฎหมาย (*opinion juris*)¹³² โดยที่เงื่อนไขทั้งสองประการนี้มีความแตกต่างกันหลากหลาย ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจึงไม่หยุดนิ่งและกฎเกณฑ์ต่างๆ อาจเปลี่ยนแปลงหรือไม่สถานะของกฎหมายจารีตประเพณีก็อาจหายไปตามกาลเวลา¹³³

และข้อที่ไม่เหมือนกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็คือว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศผูกพันทุกประเทศโดยไม่จำเป็นต้องให้การยินยอมอย่างเป็นทางการเว้นเสียแต่ว่ารัฐนั้นเป็นรัฐ “ที่คิดคานตลอดเวลา” หมายถึงว่าประเทศนั้น “ปฏิเสธกฎหมายตลอดเวลาแม้กระทั่งก่อนที่มันจะกลายเป็นแนวปฏิบัติเพื่อหลีกเลี่ยงการนำไปปฏิบัติ”¹³⁴ และตามที่ใดกล่าวไปแล้ว “หลักการไม่ผลักดันกลับ” และคำนิยามของคนไร้รัฐต่างมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยิ่งไปกว่านั้น รัฐทุกรัฐมีพันธกรณีภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐนั้นๆ ต้องคุ้มครองคนทุกคนที่อยู่ในดินแดนของตนและขึ้นต่อขอบเขตอำนาจของรัฐนั้น ไม่ว่าคนเหล่านั้นจะเป็นพลเมืองของตน คนไร้รัฐ ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยและผู้ลี้ภัยก็ตาม

มีพันธกรณีบางประการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นมาตรฐานที่เด็ดขาดซึ่งไม่อาจมีการยกเลิกบางส่วนหรืองดเว้นการปฏิบัติได้ นี่คือที่เรียกว่า *jus cogens* กฎหมาย มาตรฐานที่บังคับเด็ดขาด¹³⁵ มาตรฐานเหล่านี้ ได้รับการตีความว่าเป็นส่วนหนึ่งในกฎหมายจารีตประเพณี¹³⁶ อย่างไรก็ตาม *jus cogens* ก็ไม่สามารถไม่ถูกยกเว้นบางส่วนได้ ซึ่งหมายถึงว่า จะไม่มี “ผู้คิดคานตลอดเวลา” คือการยกเว้นต่อการนำไปปฏิบัติ ยิ่งไปกว่านั้น *jus cogens* อาจถูกปรับเปลี่ยนได้โดยมาตรฐานลักษณะเดียวกันที่ตามมา¹³⁷ หาก *jus cogens* ขัดแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี “พื้นฐาน” *jus cogens* ต้องมาก่อน¹³⁸ ตัวอย่างที่อาจยกได้ เช่น การห้ามการใช้กำลัง กฎหมายห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

132 เพิ่งอ้าง

133 Verdier, P. and Voeten, E., “How does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, *International Studies Quarterly*, 2014, pp. 1–2.

134 Greenwood, C., *Sources of International Law: An Introduction*, 2008, p. 2, available at: http://legal.un.org/avl/pdf/ls/Greenwood_outline.pdf

135 เพิ่งอ้าง หน้า 1

136 Nieto-Navia, R., “International Peremptory Norms (JUS COGENS) and International Humanitarian Law”, in Chand Vohrah, L. et al (eds), *Man’s Inhumanity to Man*, Kluwer Law International, 2003, p. 612.

137 Vienna Convention on the Law of Treaties, 500 U.N.T.S. 95, 1961, Article 53.

138 *Prosecutor v Furundzija*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Case No IT-95-17/1-T, 10 December 1998, Para 153.

และกล่าวด้วยการค้าหาหรือการค้ามนุษย์¹³⁹ การห้ามการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นระบบก็ถือว่า มีสถานะเป็น *jus cogens* เช่นกัน¹⁴⁰

3. กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ : พันธกรณีเฉพาะ

สิทธิของคนไร้รัฐได้รับการยอมรับโดยกลไกด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติอย่างกว้างขวาง สิทธิในสัญชาติได้รับการรับรองในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง¹⁴¹ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก¹⁴² อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุก รูปแบบ¹⁴³ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและครอบครัว¹⁴⁴ อนุสัญญาว่าด้วย สิทธิคนพิการ¹⁴⁵ และ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ¹⁴⁶ ดังนั้น สิทธิและ พันธกรณีที่บรรจุไว้ในเอกสารเหล่านี้ จึงเป็นส่วนหนึ่งของขอบข่ายกฎหมายว่าด้วยความไร้รัฐ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกฎหมายว่าด้วยความไร้รัฐสนับสนุนซึ่งกัน และกันในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐ และเมื่อพิจารณาถึงความกว้างขวางของ สิทธิที่ควรเข้าถึงได้ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงอาจอยู่ในสถานะที่ดีกว่าใน บางสถานการณ์ ในการที่ให้การคุ้มครองในกรณีที่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยและความไร้รัฐครอบคลุมไม่ถึง

ก. การปฏิเสธรสถานะทางกฎหมายและอัตลักษณ์ทางกฎหมาย

1. สถานะทางกฎหมาย

ปัญหาประการหนึ่งที่ไร้รัฐเผชิญอยู่คือการถูกปฏิเสธรสิทธิในสถานะทางกฎหมาย โดยที่ บังกลาเทศ มาเลเซียและประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาผู้ลี้ภัยและความไร้รัฐ ผู้ลี้ภัยไร้รัฐ

139 Cornell University Law School Legal Information Institute, *Jus cogens*, available at: https://www.law.cornell.edu/wex/jus_cogens.

140 Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, 1979, pp. 596–598; International Court of Justice, *South West Africa, Second Phase*, 18 July 1966, p. 298; International Court of Justice, *Barcelona Traction, Second Phase*, 5 February 1970, p. 304.

141 มาตรา 24 เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับสัญชาติ

142 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 7

143 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ มาตรา 9 ระบุว่า บทบัญญัติอนุสัญญา กำหนดให้รัฐ ภาควิถีปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับสตรีที่จะได้รับ การแปลง และการรักษาไว้ซึ่งสัญชาติ และรวมถึงสัญชาติของบุตรด้วย ดังนั้น หากบุคคลไม่ได้รับสิทธิในสัญชาติ ดังนั้น อนุสัญญา ฉบับนี้จึงไม่กำหนดว่าสตรีต้องได้รับสิทธิใน

144 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและครอบครัว มาตรา 29

145 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ มาตรา 18

146 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ มาตรา 5

จึงประสบความสำเร็จอย่างมากในการที่จะได้รับการยอมรับสถานะผู้ลี้ภัยและมักถูกมองว่าเป็นผู้อพยพทางเศรษฐกิจโดยรัฐต่างๆ ที่โรฮิงญาขอสถานะ

การไม่มีสถานะทางกฎหมายมีผลกระทบต่อความสามารถของโรฮิงญาในการเข้าถึงสิทธิอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการศึกษา การทำงานและการเข้าถึงการรักษาพยาบาล¹⁴⁷ โอกาสในการมีงานทำสำหรับโรฮิงญามีอยู่จำกัด และโรฮิงญาที่ไม่มีเอกสารใดเลยก็ถูกตั้งข้อหาทั้งทางแพ่งและอาญาในมาเลเซีย¹⁴⁸ และการถูกข่มขู่ในประเทศไทย¹⁴⁹ คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็กให้ข้อเสนอแนะว่าบังกลาเทศควรให้ “เด็กโรฮิงญาที่ไม่มีเอกสารประจำตนเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น สุขภาพและการศึกษา”¹⁵⁰

2. อัตลักษณ์ทางกฎหมาย

องค์ประกอบอย่างหนึ่งของสถานะทางกฎหมาย คือ สิทธิในสัญชาติ ดังที่ชี้ให้เห็นข้างต้น มาตรา 1 ของอนุสัญญาปี 1961 กำหนดให้รัฐต้องให้สัญชาติกับบุคคลใดที่อาจกลายเป็นคนไร้รัฐ และยังมีอีกหลายบทบัญญัติในอนุสัญญาวาดวยสิทธิเด็ก อนุสัญญาวาดวยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ อนุสัญญาวาดวยสิทธิคนพิการ และปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเน้นย้ำในสิทธิในสัญชาติ¹⁵¹ การได้รับการรับรองในฐานะคนไร้รัฐและกำหนดสิทธิไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสิ่งสำคัญเนื่องจากการรับรองเสถียรภาพระดับหนึ่งและการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีสำหรับคนที่ถูกปฏิเสธอัตลักษณ์ทางกฎหมาย¹⁵²

คนไร้รัฐแต่ละคน โดยความหมายของมัน คือคนที่ไม่มีสัญชาติ จึงไม่ได้เข้าถึงสิทธิตามกฎหมายซึ่งยึดโยงกับความเป็นพลเมือง ดังที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งรัฐอเมริกัน วินิจฉัยไว้

ความสำคัญของสัญชาติก็คือ การเป็นเครื่องผูกพันทางกฎหมายและทางการเมืองที่เชื่อมโยงบุคคลกับรัฐใดรัฐหนึ่ง มันทำให้บุคคลนั้นได้รับและใช้สิทธิและหน้าที่ที่

147 See Equal Rights Trust above, note 68, p. 17; see also Equal Rights Trust, *Equal Only in Name: The Human Rights of Stateless Rohingyas in Thailand*, October 2014, p. 17.

148 *Ibid.*, *Equal Only in Name: The Human Rights of Stateless Rohingyas in Malaysia*, p. 30.

149 *Ibid.*, *Equal Only in Name: The Human Rights of Stateless Rohingyas in Thailand*, p. 71.,

150 Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: Bangladesh*, UN Doc. CRC/C/BGD/CO/5, 30 October 2015, Para 72.

151 อนุสัญญาวาดวยสิทธิเด็ก มาตรา 7 อนุสัญญาวาดวยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ มาตรา 5 อนุสัญญาวาดวยสิทธิคนพิการ มาตรา 18 คู่อ้างอิงที่ 151 มาตรา 18

152 Edwards, A. and Ferstman, C., *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010, pp 53–55.

มีอยู่ในฐานะสมาชิกของชุมชนทางการเมืองหนึ่งๆ... ดังนั้น สัญชาติจึงเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิบางประการ (...) รัฐมีหน้าที่ที่จะไม่รับเอาแนวปฏิบัติหรือกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัญชาติ หรือใช้กฎหมายนั้นๆ อันจะเพิ่มจำนวนคนไร้รัฐให้มากขึ้น สถานการณ์ที่เกิดขึ้นจากการไม่มีสัญชาติ คือเมื่อบุคคลนั้นไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับมันในกฎหมายของรัฐนั้น เนื่องจากการกีดกันโดยไม่เป็นธรรม หรือการให้สัญชาติที่ในขอเท็จจริงไม่มีประสิทธิผล ความไร้รัฐกีดกันบุคคลจากความเป็นไปได้ที่จะเข้าถึงสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และทำให้เขาอยู่ในสถานะที่เปราะบางอย่างยิ่ง¹⁵³

แม้รัฐทั้งปวงจะมีภาระหน้าที่ในการประกันสิทธิทั้งหลายแก่ทุกคนในเขตดินแดน ยกเว้นสิทธิทางการเมืองบางประการ แต่ในทางปฏิบัติ “คนที่ได้สิทธิในสัญชาติสามารถเข้าถึงสิทธิอื่นๆ ได้มากกว่า” และ การที่คนไร้รัฐไม่เป็นที่ “มองเห็น” คือไม่ปรากฏตัวตน นั้นหมายถึงว่าการละเมิดสิทธิของเขาเหล่านั้น ก็ไม่มีใครมองเห็นด้วย¹⁵⁴ การปฏิเสธสัญชาติ มีผลกระทบเฉพาะต่อเด็กโรฮิงญาในมาเลเซียอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะแม้ว่า การเข้าถึงการศึกษาในชั้นประถมมีสำหรับเด็กมาเลเซียทุกคน แต่การเข้าถึงการศึกษาของเด็กเคลื่อนย้ายจำกัดมาก เพราะเด็กเหล่านี้ ไม่ได้รับอนุญาตให้เขาเรียนในโรงเรียนที่ได้รับงบประมาณจากรัฐ¹⁵⁵

ทะเบียนการเกิด

ทะเบียนการเกิดได้รับการยอมรับทั้งในระดับระหว่างประเทศและภูมิภาคว่าเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองเด็กที่เอื้ออำนวยให้สามารถเข้าถึงสิทธิอย่างอื่นได้ และเป็นองค์ประกอบสำคัญสำหรับสิทธิในสถานะทางกฎหมาย¹⁵⁶ สิทธิในทะเบียนการเกิดได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ มาตรา 24(2) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ระบุว่า “เด็กทุกคนต้องได้การขึ้นทะเบียนทันทีหลังการเกิด” บทบัญญัตินี้ เสริมกับมาตรา 7 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่ระบุว่า “เด็กต้องได้รับการขึ้นทะเบียนทันทีหลังการเกิด” มาตรา 29 ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและครอบครัว และ มาตรา 18(2) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ก็บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในทะเบียนการเกิดเช่นกัน

153 *Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic*, Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), 8 September 2005, Paras 137 and 142.

154 ดูอ้างอิงที่ 121 ย่อหน้า 27–28

155 See Equal Rights Trust above, note 68, p. 69.

156 Institute on Statelessness and Inclusion, *Addressing the right to a nationality through the Convention on the Rights of the Child: a toolkit for civil society*, June 2016, available at: http://www.statelessnessandhumanrights.org/CRC_Toolkit.

ในรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติที่เสนอต่อคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนระบุว่า :

ทะเบียนการเกิดถว้นามีความสำคัญยิ่งในการส่งเสริมการทำให้สิทธิของเด็กในสัญชาติเป็นจริง สิทธิของเด็กทุกคนที่จะได้รับการจดทะเบียนทันทีที่เกิดได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน และต้องได้รับไม่โดยไม่มีคำนึงถึงการได้รับสัญชาติ ด้วยการให้มีการบันทึกความเกาะเกี่ยวกับพ่อแม่ สถานที่เกิด และเวลาที่เกิดของเด็ก ทะเบียนการเกิดจึงทำหน้าที่สำคัญในการให้เด็กยืนยันสิทธิในสัญชาติของเขา ในกรณีเดียวกัน การไม่มีทะเบียนการเกิดจึงเป็นอุปสรรคที่จะทำให้ได้รับการรับรองโดยรัฐที่เด็กเกิดในฐานะคนชาติ¹⁵⁷

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนก็ได้ออกข้อมติเตือนให้รัฐทั้งปวงตระหนักถึง “พันธกรณีในการจดทะเบียนการเกิดโดยไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าในรูปแบบใด”¹⁵⁸ ความจำเป็นของทะเบียนการเกิดถว้นหาได้รับการเน้นย้ำในเป้าหมายที่ 16.9 ของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งมีเป้าหมายที่ “การให้อัตลักษณ์ทางกฎหมายอย่างถว้นหา รวมถึงทะเบียนการเกิด” ภายใน ปี 2030

กระบวนการขึ้นทะเบียนเด็กและการออกใบรับรองการเกิดเป็นก้าวแรกที่สำคัญในการยืนยันอัตลักษณ์ทางกฎหมายของเด็ก และป้องกันความไร้รัฐ¹⁵⁹ นอกจากนี้ ทะเบียนการเกิด “เป็นหลักฐานสำหรับอัตลักษณ์บุคคล และ ... หากไม่ได้มีการขึ้นทะเบียนการเกิดของเด็กจะทำให้สิทธิทั้งหลายที่เด็กพึงมีเป็นโมฆะและเขาไม่ถึง ทั้งนี้ รวมถึงสิทธิในสัญชาติ สิทธิในการมีชื่อ ในอัตลักษณ์ในความเท่าเทียมเบื้องต้นกฎหมาย และในการได้รับการรับรองศักยภาพทางกฎหมาย”¹⁶⁰

ข. ความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ

ปัญหาหลายประการที่โรฮิงญาประสบมีรากฐานจากการปฏิบัติต่ออย่างไม่เท่าเทียม โรฮิงญาถูกเลือกปฏิบัติทั้งจากรัฐและจากคนอื่นๆ การเลือกปฏิบัติเป็นสาเหตุหลักของความไร้รัฐของโรฮิงญา และเป็นประสบการณ์ที่เป็นจริงในเมียนมาร์ ในบังกลาเทศ มาเลเซีย ประเทศไทย และประเท

157 ดูอ้างอิงที่ 121 ย่อหน้า 15

158 Human Rights Council, *Resolution 19/9: Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law*, 3 April 2012, UN Doc. A/HRC/RES/19/9, Para 2.

159 UNHCR, *Report of the Regional Workshop on Good Practices in Birth Registration*, 7 December 2012, Bangkok, Thailand, 2012, p. 5.

160 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/32, 14 November 2014, Para 56.

คนอื่น ๆ ที่เขาหลบหนีเข้าไป¹⁶¹ ดังนั้น สิทธิในความเท่าเทียมและการไม่ถูกเลือกปฏิบัติจึงเป็นหัวใจสำคัญในการคุ้มครองคนไร้รัฐไร้สัญชาติ

สิทธิในความเท่าเทียมและการไม่ถูกเลือกปฏิบัติถือเป็นสิทธิหลักในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและได้รับการรับรองอย่างเปิดเผยในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ¹⁶² และกฎหมายระดับภูมิภาค¹⁶³ ในระดับระหว่างประเทศ ปฏิญญาเกี่ยวกับหลักการว่าด้วยความเท่าเทียมซึ่งได้รับการรับรองเมื่อปี 2008 และมีการลงนามโดยผู้เชี่ยวชาญและนักกิจกรรมด้านความเท่าเทียมและสิทธิมนุษยชนหลายพันคนจากทั่วโลกเป็นเอกสารที่ถือว่าเป็นแนวปฏิบัติที่ดีที่รวมเอาองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียม หลักการขอ 1 ของปฏิญญาระบุว่า

สิทธิในความเท่าเทียมเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนที่มีความเท่าเทียมในศักดิ์ศรี การจะได้รับการปฏิบัติต่อด้วยความเคารพและระมัดระวังและมีส่วนร่วมบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกับผู้อื่นในทุกมิติทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง วัฒนธรรม และชีวิตพลเมือง¹⁶⁴

161 For a more detailed discussion of the nexus between discrimination and statelessness, please see De Chickera, A., and Whiteman, J., “Addressing statelessness through the rights to equality and non-discrimination”, in Waas, L. and Khanna, M. (eds) *Solving Statelessness*, Wolf Legal Publishers, 2017, pp. 100–107.

162 ดู กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 2 (ประกันสิทธิโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ) 3 (การคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่เท่าเทียมกัน) 14 (ความเท่าเทียมในการเข้าถึงความยุติธรรมและกระบวนการทางอาญา) 23 (สิทธิที่เท่าเทียมระหว่างสามีภรรยาในการสมรส) 25 (ความเท่าเทียมในการลงคะแนน) และ 26 (ความเท่าเทียมเบื้องต้นนักกฎหมายและเสรีภาพจากการเลือกปฏิบัติ) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม มาตรา 3 (การเข้าถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน) มาตรา 7 (ค่าจ้างที่เท่าเทียม และโอกาสในการมีงานทำ) และ 13 (ความเท่าเทียมในการเข้าถึงการศึกษา) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (ที่เกี่ยวกับความเท่าเทียมทางเชื้อชาติ) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (ที่เกี่ยวกับความเท่าเทียมทางเพศ) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (ว่าด้วยความเท่าเทียมของคนพิการ) และ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว (ว่าด้วยความเท่าเทียมในสิทธิสำหรับแรงงานข้ามชาติและครอบครัว)

163 ดู ตัวอย่างเช่น กฎบัตรว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และชนชาติแห่งรัฐอัฟริกัน มาตรา 2 (เสรีภาพจากการเลือกปฏิบัติ) 3 (ความเท่าเทียมเบื้องต้นและความเท่าเทียมในการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย) 13 (การเข้าถึงบริการสาธารณะ) 15 (การได้รับคำตอบแทน) 19 (ความเท่าเทียมของชนชาติและการคุ้มครองสิทธิอย่างเท่าเทียม) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งรัฐอเมริกา มาตรา 1 (พันธกรณีในการเคารพสิทธิโดยไม่เลือกปฏิบัติ) 8 (ความเท่าเทียมในการได้รับการพิจารณาต่ออย่างยุติธรรม) 17 (ความเท่าเทียมระหว่างสามีภรรยา และเด็กที่เกิดนอกสมรส) 23 (ความเท่าเทียมในคะแนนเสียงและการเข้าถึงบริการสาธารณะ) 24 (ความเท่าเทียมเบื้องต้นนักกฎหมาย) และ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป มาตรา 14 และมาตรา 1 ของพิธีสาร หมายเลข 12 (หลักการทั่วไปห้ามการเลือกปฏิบัติ)

164 *Declaration of Principles on Equality*, The Equal Rights Trust, London, 2008, Principle 1, p. 5.

การเลือกปฏิบัติเป็นเรื่องต้องห้ามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และเกิดขึ้นเมื่อคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมี “คุณลักษณะต้องคุ้มครอง” ถูกทำให้เสียเปรียบ ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติต่ออย่างไม่เป็นคุณ¹⁶⁵ พื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครอง ได้แก่ “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรืออื่นๆ สัญชาติ และพื้นฐานทางสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่นๆ”¹⁶⁶ แม้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติทั้งหมด แต่หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นต้องสมเหตุสมผลและวัดได้ และต้องมีวัตถุประสงค์ในการบรรลุเป้าหมายที่ชอบธรรมภายใต้มาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศด้วยสิทธิมนุษยชน¹⁶⁷ ในหนังสือเรื่อง *Unravelling Anomaly* ที่ตีพิมพ์โดย Equal Rights Trust ที่ให้รายละเอียดเกี่ยวกับการนำสิทธิในความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติไปใช้กับกรณีของใคร่รัฐ เซียนวา

ดังที่คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ระบุไว้ แม้รัฐชาติจะได้รับอนุญาตให้แยกแยะระหว่างพลเมืองและผู้ที่ไม่ใช่พลเมือง แต่สิ่งนี้ต้องพิจารณาในฐานะข้อยกเว้นต่อหลักการความเท่าเทียม ดังนั้น จึงต้องตีความเพื่อหลีกเลี่ยงที่จะไปทำลายพื้นฐานของขอรหัสเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ¹⁶⁸

การไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อชาติกลายเป็น “มาตรฐานที่เด็ดขาด” ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ¹⁶⁹

ในระดับภูมิภาค ข้อ 3 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้การคุ้มครองตามกฎหมายโดยไม่เลือกปฏิบัติ” และ ข้อ IV (5) ของหลักการกรุงเทพ กำหนดว่าสิทธิภายใต้หลักการจะได้รับการนำไปใช้โดยไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ พื้นฐานทางชาติพันธุ์ เพศสภาพ สมาชิกภาพของกลุ่มทางสังคมบางกลุ่มหรือความคิดเห็นทางการเมือง”

ค. สิทธิในการทำงาน

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนรับรองสิทธิในการทำงาน ภายใต้มาตรา 6 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รัฐต้อง

165 เพิ่งอ้าง หลักการ ที่ 5 หน้า 6 และ 7

166 Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 November 1989, Para 7.

167 ดู อ้างอิงที่ 164 หลักการ 5 หน้า 6-7

168 Equal Rights Trust, *Unravelling Anomaly*, July 2010, pp. 35-36.

169 See Equal Rights Trust above, note 68, p. 24.

รับรองสิทธิในการทำงาน ซึ่งรวมถึงสิทธิของทุกคนในโอกาสที่จะเลี้ยงชีพด้วยงานที่เขาเลือกอย่างอิสระหรือยอมรับ และ (...) และดำเนินขั้นตอนอย่างเหมาะสมเพื่อประกันสิทธิดังกล่าวนี้¹⁷⁰

มาตรา 7 ของกติกาฯ ระบุเพิ่มเติมว่า ทุกคนมีสิทธิในสภาพการทำงานที่ยุติธรรมและพึงพอใจ ซึ่งรวมถึง ค่าจ้างที่เป็นธรรมและค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับงานที่มีคุณค่าเท่ากันโดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องใด ความเป็นอยู่ที่เหมาะสมสำหรับตนและครอบครัว สภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ โอกาสที่เท่าเทียมกัน และขอจำกัดที่สมเหตุสมผลในเรื่องเวลาทำงาน¹⁷¹ นอกจากนี้ ในระดับภูมิภาค มาตรา 26 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกำหนดว่า

รัฐสมาชิกอาเซียนยืนยันสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมทั้งปวงในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐสมาชิกอาเซียน ยืนยัน ดังนี้ 27 (1) บุคคลมีสิทธิในการทำงาน การเลือกงานอย่างอิสระ การมีสภาพการทำงานที่เป็นธรรม เหมาะสม และสภาพการทำงานที่เอื้อ และมีสิทธิในการเข้าถึงความช่วยเหลือต่างๆ ในกรณีว่างงาน (เน้นโดยผู้เขียน)¹⁷²

สิทธิในการทำงานได้รับการรับรองในอนุสัญญาว่าด้วยความไร้อุปสรรคและผู้ลี้ภัยเช่นกัน¹⁷³ รัฐยอมรับสิทธิในการทำงานและสภาพการทำงานในอนุสัญญาหลายฉบับขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ มาเลเซียให้สัตยาบันอนุสัญญาหลักๆ ของ ILO ยกเว้น อนุสัญญาว่าด้วยการยกเลิกการบังคับแรงงาน และอนุสัญญาว่าด้วยเสรีภาพในการรวมเป็นสมาคม¹⁷⁴ บังกลาเทศได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาหลักๆ 7 ใน 8 ฉบับของ ILO ยกเว้น อนุสัญญาว่าด้วยอายุขั้นต่ำ¹⁷⁵ และประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญา 5 ในจำนวน 8 ฉบับของอนุสัญญา ILO¹⁷⁶

170 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม มาตรา 6

171 เพิ่งอ้าง มาตรา 7

172 คู่อ้างอิงที่ 39 มาตรา 26 และ 27 (1)

173 ดู ตอนที่ 2 ข

174 Malaysia has ratified 17 ILO Conventions, of which 15 are currently in force, one is to be enforced and one was denounced in 1990. See, International Labour Organization, *ILO Ratifications for Malaysia*, available at: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102960.

175 Bangladesh has ratified 35 ILO Conventions, 33 of which are in force, and two have been denounced. See International Labour Organisation, *ILO Ratifications for Bangladesh*, available at http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::p11200_country_id:103500.

176 Thailand has ratified a total of 17 ILO Conventions. Of the fundamental conventions, it has not ratified the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, the Right to

ในปี 2007 ผู้นำอาเซียนตกลงที่จะให้การคุ้มครองแรงงานข้ามชาติในภูมิภาคที่เพิ่มขึ้นโดยรับรองปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิแรงงานข้ามชาติ¹⁷⁷ รัฐสมาชิกให้คำนิยาม “ประเทศผู้ส่ง” และ “ประเทศผู้รับ” อย่างกว้างๆ ในบริบทของแรงงานข้ามชาติ ประเทศต้นทางของแรงงานข้ามชาติที่เดินทางออกไปหางานทำคือประเทศส่งออก และประเทศที่แรงงานเหล่านั้นเดินทางเข้ามาหางานทำ คือ ประเทศผู้รับ ทั้งนี้ ILO นิยาม มาเลเซียและประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับหลัก¹⁷⁸ ประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศผู้รับประกาศว่าจะ “ใช้ความพยายามมากขึ้นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ส่งเสริมสวัสดิการและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแรงงานข้ามชาติ”¹⁷⁹ ปฏิญญาอาเซียนฯ เรียกกรองให้ทั้งประเทศผู้ส่งและประเทศผู้รับพิจารณาถึง “สิทธิขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแรงงานและสมาชิกครอบครัวที่อาศัยและทำงานอยู่ในประเทศนั้นๆ แล้ว”¹⁸⁰ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาดังกล่าวจะทำโดย “ไม่ไปทำลายการใช้กฎหมายภายใน ระเบียบ และนโยบายของประเทศผู้รับ”¹⁸¹ ยิ่งไปกว่านั้น ปฏิญญา ยังระบุว่า “ไม่ว่าจกก่อให้เกิดความเข้าใจหรือดีความว่าจะไปทำให้เปลี่ยนแปลงสถานะของแรงงานข้ามชาติที่ไม่มีเอกสารถูกต้องใหญ่ถูกกฎหมาย”¹⁸²

สิทธิในการทำงานได้รับการรับรองโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติว่า “เป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองและของมาตรการแก้ไขปัญหาผู้ลี้ภัยถาวร”¹⁸³ ผู้ลี้ภัยจำต้องทำงานเพื่อให้อาหารและที่อยู่สำหรับตัวเองและครอบครัว ผู้ลี้ภัยในเมืองส่วนใหญ่ถูกบังคับให้ทำงาน

Organise and Collective Bargaining Convention, and the Discrimination (Employment and Occupation) Convention. See International Labour Organisation, *ILO Ratifications for Thailand*, available at: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0:NO::P11200_COUNTRY_ID:102843.

177 Association of Southeast Asian Nations, *Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers*, January 2007, available at: <http://www.asean.org/index.php/communities/asean-political-security-community/item/asean-declaration-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-of-migrant-workers-2>.

178 ILO Tripartite Action for the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers and the ILO Decent Work Technical Team Bangkok, *Assessment of the readiness of ASEAN Member States for implementation of the commitment to the free flow of skilled labour within the ASEAN Economic Community from 2015*, 2015, p. 48 and p. 78, available at: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sro-bangkok/documents/publication/wcms_310231.pdf.

179 คู่อ้างอิง 177 หลักการ 5

180 อ้างแล้ว หลักการ 3

181 อ้างแล้ว หลักการ 3

182 อ้างแล้ว ข้อ 4

183 UNHCR, *The State of the World's Refugees, In Search of Solidarity: A Synthesis*, 2012, p. 24, available at: <http://www.unhcr.org/4fc5ceca9.html>.

ในภาคเศรษฐกิจนอกระบบ ซึ่งต้อง “แข่งขันกับคนท้องถิ่นเพื่องานที่ได้รับค่าตอบแทนต่ำ และทำงานที่เป็นอันตราย”¹⁸⁴ และตามที่เขียนไว้ในงานของ Equal Rights Trust และทำศึกษาไว้ในงานชิ้นนี้ ผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐโรฮิงญาต้องเผชิญและยังคงเผชิญปัญหาอย่างยืงยวดในการเข้าถึงงานทำ ซึ่งเกิดจาก ในแง่หนึ่ง การกำหนดสถานะบุคคล¹⁸⁵ และการไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายภายในที่จะให้สิทธิในการทำงานแก่ผู้ลี้ภัยและผู้แสวงหาที่ลี้ภัย¹⁸⁶ ในที่ที่ผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐไม่ได้รับสถานะทางกฎหมาย การทำงานในฐานะแรงงานที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายก่อให้เกิดปัญหาในการมีงานทำที่เป็นไปตามกฎหมาย และอาจมีผลถึงการละเมิดสิทธิในการทำงานซึ่งมีให้กับคนชาติ รวมถึงการเยียวาและการถูกให้ออกจากงานโดยไม่เป็นธรรม¹⁸⁷ ดังที่สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเองก็ยอมรับว่า

โดยทั่วไป เป็นการยากสำหรับพวกเขาที่จะยืนยันสิทธิของตนเองหรือแสวงหาการเยียวาจากการถูกละเมิดเพราะเขาอยู่ในฐานะไม่ถูกกฎหมายและโดยปกติก็กลัวว่าจะถูกกักกุมและส่งกลับ, ยิ่งไปกว่านั้น เขาอาจจะถูกเลือกปฏิบัติและมีอุปสรรคหลายประการในการเข้าถึงความยุติธรรมและความสามารถที่จะแสวงหาการเยียวา¹⁸⁸

สิทธิในการทำงานเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีเกี่ยวกับสิทธิอื่นๆ¹⁸⁹ แม้สำหรับผู้ที่ได้รับการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยอย่างเป็นทางการ สิทธิในการทำงานก็ยังคงถูกจำกัดเนื่องจากการบังคับใช้ที่ไม่เป็นผล โอกาสที่จำกัด และการถูกรีดไถโดยเจ้าหน้าที่รัฐ¹⁹⁰

ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าสิทธิในการทำงานไม่ใช่ “สิทธิที่เด็ด

184 เพิ่งอ้าง

185 See above, note 147, *Equal Only in Name: The Human Rights of Stateless Rohingya in Thailand*, p. 69.

186 Ibid. *Equal Only in Name: The Human Rights of Stateless Rohingya in Malaysia*, p. 75.

187 Office of the High Commissioner for Human Rights, *The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in an Irregular Situation*, 2014, p. 113, available at: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_en.pdf.

188 เพิ่งอ้าง

189 According to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “the enjoyment of the right to just and favourable conditions of work is also a pre requisite for, and result of, the enjoyment of other Covenant rights”. See Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Right to just and favourable conditions of work (Article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 20 January 2015, UN Doc. E/C.12/54/R.2, Para 2.

190 See above, note 147, *Equal Only in Name: The Human Rights of Stateless Rohingya in Thailand*, p. 71.

ขาดและเป็นสิทธิที่ไม่มีเงื่อนไขที่จะมีงานทำ”¹⁹¹ แต่รวมถึงสิทธิของมนุษย์ทุกคนที่จะยอมรับหรือปฏิเสธการจ้างงาน การคุ้มครองจากการบังคับแรงงาน และสิทธิที่ไม่ถูกกีดกันจากการทำงานโดยไม่เป็นธรรม¹⁹² หลักการการไม่เลือกปฏิบัติเข้ามาเกี่ยวของในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของแรงงานข้ามชาติ และครอบครัวภายใต้อนุสัญญา¹⁹³ เช่นเดียวกับความเท่าเทียมในการเข้าถึงการจ้างงาน¹⁹⁴

ง. การจับกุมและคุมขัง

ข้อ 12 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระบุว่า “บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยส่วนบุคคล บุคคลใดจะถูกจับกุม คน กักขัง ลักพาตัว หรือถูกพรากอิสรภาพในรูปแบบอื่นใดโดยอำเภอใจมิได้”¹⁹⁵ หลักการการไม่จับกุมคุมขังโดยไม่เป็นธรรมซึ่งใกล้เคียงกับได้ในกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 9¹⁹⁶

ข้อสันนิษฐานซึ่งไม่อาจหักล้างได้เกี่ยวกับข้อห้ามการคุมขังโดยไม่เป็นธรรมถือได้ว่าลงหลักปักฐานในกฎหมายระหว่างประเทศและถือว่าเป็นพื้นฐานสำคัญในการรับรองการเข้าถึงสิทธิอื่นๆ ที่ได้รับการรับรอง ดังที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเฝ้าระวังข้อสังเกตไว้ในความเห็นทั่วไปล่าสุด ภายใต้กรอบมาตรา 9 ของกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

*ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 3 ประกาศว่าทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงแห่งบุคคล และนี้เป็นสาระของสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยปฏิญญาซึ่งชี้ถึงความสำคัญอย่างลึกซึ้งของมาตรา 9 ของกติกาฯ ทั้งสำหรับแต่ละบุคคลและสำหรับสังคมโดยรวม เสรีภาพและความมั่นคงแห่งบุคคลมีค่างยิ่งสำหรับสิทธิแต่ละคน และเพราะว่าการปฏิเสธอิสรภาพและความมั่นคงแห่งบุคคลมีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานในฐานะเครื่องมือในการทำให้การเข้าถึงสิทธิเสื่อมลง*¹⁹⁷

191 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 18, The Right to Work: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/C.12/GC/18, 6 February 2006, Para 6.

192 เพิ่งอ้าง

193 อ้างแล้ว ย่อหน้า 18

194 อ้างแล้ว ย่อหน้า 19 และ 31 และได้มีการระบุไว้ว่าสิทธินี้ “เป็นสิทธิที่กำหนดหลวมเพียงว่าหากคนที่ไม่ใช่คนชาติได้รับสิทธิในการมีงานทำ ไม่ควรอยู่บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ

195 ดู อ้างอิง 39 มาตรา 12

196 กติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 9

197 Human Rights Committee, *General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person)*, UN Doc. CCPR/C/GC/35, 16 December 2014.

ในทำนองเดียวกัน มาตรา 37 (2) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ระบุว่า

จะไม่มีเด็กคนใดถูกรีดรอนเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยพลการ การจับกุมคุมขังหรือจำคุกเด็กจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะใช้เป็นมาตรการสุดท้ายเท่านั้น และให้มีระยะเวลาที่สั้นที่สุดอย่างเหมาะสม¹⁹⁸

มาตรา 37 ระบุว่า เมื่อเด็กต้องถูกรีดรอนเสรีภาพ เขาต้องได้รับการปฏิบัติต่อกับเขาในศักดิ์ศรีโดยคำนึงถึงความต้องการของวัยนั้นและประโยชน์สูงสุดของเด็ก¹⁹⁹ เด็กต้องสามารถเข้าถึงตัวแทนทางกฎหมาย และต้องได้รับโอกาสที่จะคัดค้านความชอบทางกฎหมายในการควบคุมตัวต่อศาล²⁰⁰

เพื่อป้องกันการคุ้มครองให้ผู้ลี้ภัยและผู้แสวงหาที่ลี้ภัยจากการจับกุมคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มีประมวลคำพิพากษาจำนวนมากได้รับการพัฒนาขึ้น ในขณะเดียวกัน ก็มีรายงานและแนวปฏิบัติเกิดขึ้นเพื่อให้หลักประกันแก่ทั้งรัฐและบุคคลที่ถูกกระทบในกระบวนการลี้ภัยและแสวงหาที่ลี้ภัย สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติได้พัฒนาแนวปฏิบัติในการกักกันซึ่งชี้ชัดเจนาว่า การคุมขังผู้แสวงหาที่ลี้ภัยต้องถือว่าเป็นมาตรการสุดท้ายเท่านั้น²⁰¹ การแสวงหาที่ลี้ภัยไม่ถือว่าผิดกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น กระบวนการใดๆ ที่ใหม่การคุมขังหรือจับกุมผู้แสวงหาที่ลี้ภัยต้องมีการจัดทำอย่างระมัดระวังโดยมีกระบวนการทบทวนที่เป็นที่ยอมรับแล้ว²⁰² The Equal Rights Trust ได้ร่างแนวปฏิบัติซึ่งมุ่งไปที่การคุ้มครองคนไร้รัฐจากการคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แนวปฏิบัตินี้มีฐานที่ยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถใช้โดยเฉพาะเจาะจงกับโรฮิงญา โดยเน้นไม่เพียงแต่สถานะผู้แสวงหาที่ลี้ภัย แต่ยังเฉพาะไปที่ความไร้รัฐของคนกลุ่มนี้²⁰³ แนวปฏิบัติเหล่านี้ย้ำว่าการคุมขังคนไร้รัฐต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งกำหนดว่าการคุมขังต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในที่นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ เป็นไปตามความจำเป็น เป็นสัดส่วนที่เหมาะสม และดำเนินการสอดคล้องกับกระบวนการและสาระในการคุ้มครองภายใต้กฎหมาย

198 มาเลเซียตั้งข้อสงวนมาตรานี้

199 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 37 (ค)

200 เพิ่งอ้าง มาตรา 37 (ข)

201 UNHCR, *Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, p. 6.

202 เพิ่งอ้าง

203 Equal Rights Trust, *Guidelines to Protect Stateless Persons from Arbitrary Detention*, 2012, available at: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/guidelines%20complete.pdf>.

ระหว่างประเทศ²⁰⁴ นอกจากนี้ การลงโทษด้วยการคุมขังที่เป็นการป้องปรามหรือเป็นการลงโทษการเข้าเมืองโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบในกฎหมายระหว่างประเทศ²⁰⁵ ยิ่งไปกว่านั้น แนวปฏิบัติเห็นว่า การคุมขังควรเป็นมาตรการสุดท้าย และสภาพการคุมขังต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน²⁰⁶

จ. การศึกษา

สิทธิในการศึกษาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่ง ด้วยสถานการณ์ที่ยืดเยื้อของความไร้รัฐ เด็กชาวโรฮิงญาจึงไม่สามารถได้รับการขึ้นทะเบียนตามที่กำหนด และมีความยากลำบากอย่างยิ่งในการเข้าถึงการศึกษาในระบบ เด็กไร้รัฐถูกกีดกันจากระบบการศึกษาและไม่มีโอกาสที่จะเข้าร่วมการสอบที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายถึงว่าเด็กเหล่านี้ “ไม่สามารถขึ้นไปถึงการศึกษาระดับมัธยม” และต้องตกเป็นเหยื่อการเอารัดเอาเปรียบ²⁰⁷ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ฯ ยอมรับอย่างเปิดเผยถึงความสัมพันธ์ระหว่างการขาดการศึกษาและแรงงานเด็ก²⁰⁸

ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งบังกลาเทศ มาเลเซีย และประเทศไทยเป็นภาคี “รัฐภาคีรับรองสิทธิของเด็กในการศึกษาบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน”²⁰⁹ รัฐต้องให้การศึกษาระดับประถมอย่างถาวร หนาโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย การศึกษาระดับมัธยมในรูปแบบต่างๆ การศึกษาระดับอุดมศึกษา การแนะแนวทางการศึกษาและอาชีพ และมีมาตรการเพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนอย่างสม่ำเสมอ²¹⁰ แม้มาเลเซียจะตั้งข้อสงวนมาตราที่ว่าด้วยสิทธิในการศึกษาแก่เด็กโดยไม่เลือกปฏิบัติ²¹¹ บทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ได้รับการเสริมด้วยกฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมการศึกษาสำหรับเด็กและเยาวชนนอกระบบการศึกษาให้โอกาสเด็กในสิทธิในการศึกษา²¹² เช่นเดียวกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

204 เพิ่งอ้าง หลักการ ที่ 25

205 อ้างแล้ว หลักการที่ 27

206 อ้างแล้ว หลักการที่ 31 และ 43

207 UNHCR, *Under the Radar and Under Protected: The Urgent Need to Address Stateless Children's Rights*, June 2012, p. 9.

208 เพิ่งอ้าง

209 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 28 มาเลเซียตั้งข้อสงวนต่อพันธกรณีในข้อ 28(1)(ก) ว่าด้วยการให้การศึกษาด้านหน้าภาคบังคับระดับประถม

210 อ้างแล้ว มาตรา 28

211 อ้างแล้ว มาตรา 2

212 ดูอ้างอิงที่ 39 มาตรา 31

ทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม²¹³ หายที่สุด ทั้งอนุสัญญาว่าด้วยคนไร้รัฐและผู้ลี้ภัยมีบทบัญญัติเรื่องสิทธิในการศึกษาเช่นกัน²¹⁴

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก และคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมพบว่า สิทธิในการศึกษาไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญชาติ²¹⁵ แม้ว่าข้อสังเกตเหล่านั้นจะไม่ได้ให้กับบังกลาเทศ มาเลเซีย หรือประเทศไทยโดยตรง แต่ก็สะท้อนแนวปฏิบัติที่ตระหวางประเทศเกี่ยวกับสิทธิในการศึกษาและการไม่เลือกปฏิบัติ

ยังมีแนวคำพิพากษาระหว่างประเทศในเรื่องนี้ที่น่าจะเป็นประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับสิทธิในการศึกษา คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญแห่งรัฐอัฟริกาในเรื่องสิทธิและสวัสดิการของเด็ก พิจารณากรณีของ *Nubian Minors v. Kenya*. กรณีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับสถานะทางสัญชาติของชาวเคนยาเชื้อสายนามีเบีย แมจะอาศัยในเคนยามาหลายร้อยปี แต่เด็กนามีเบียก็ไม่ได้รับการขึ้นทะเบียนในฐานะคนเคนยาโดยการเกิด ตามคำพิพากษาของศาล มีความไม่เท่าเทียมที่ปฏิบัติกันต่อเนื่องในทางขอเท็จจริงในการเข้าถึงการบริการทางการศึกษา ซึ่งเป็นผลจากสถานะทางกฎหมายที่ไม่แน่นอนในฐานะคนเคนยาของเด็กนามีเบีย ศาลพบว่า เด็กเหล่านั้น

มีโรงเรียนที่เปิดให้เขาน้อยมากและได้รับการจัดสรรงบประมาณที่ให้กับการศึกษาในสัดส่วนที่ต่ำกว่า จึงเป็นการเลือกปฏิบัติในขอเท็จจริงของระบบการจัดสรรทรัพยากรทางการศึกษาซึ่งมีผลทำให้ความต้องการทางการศึกษาของเด็กเหล่านั้นถูกมองข้ามมาเป็นระยะเวลาต่อเนื่องยาวนาน สิทธิทางการศึกษาของเด็กเหล่านั้นไม่ได้รับการรับรองและไม่ได้มีการจัดให้ตามที่ควร แมแต่ในบริบทที่ว่ามีทรัพยากรเพียงพอในการที่จะทำให้สิทธิของเด็กเหล่านั้นได้รับการตอบสนอง²¹⁶

213 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม มาตรา 13

214 ดูส่วนที่ 2 ก และ 2 ข ข้างต้น

215 ในข้อสังเกตสรุปต่อรายงานของอิหร่าน คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก เสนอแนะว่า “เด็กทุกคนรวมถึงเด็กผู้ลี้ภัยมีความเท่าเทียมกันในโอกาสทางการศึกษาในทุกระดับของระบบการศึกษาโดยไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเพศสภาพ ศาสนา ชาติพันธุ์ สัญชาติหรือความไร้รัฐ” ดู Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: Iran*, UN Doc. CRC/C/14619, 19 July 2005, Para 496 ในข้อสังเกตโดยสรุปเมื่อปี 2004 ต่อรายงานของ Azerbaijan คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ระบุด้วยความหวังกังวลเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ดำรงอย่างยาวนานต่อคนที่ไม่ใช่พลเมือง ชนกลุ่มน้อย และคนไร้รัฐในด้านที่อยู่อาศัย การทำงาน และการศึกษา ในขณะที่แสดงความหวังกังวลว่าในกฎหมายของ Azerbaijan ที่เกี่ยวกับคนไร้รัฐ “ไม่ให้การศึกษาระดับมัธยมไม่มีค่าใช้จ่ายแก่เด็กที่ไม่ใช่ Azerbaijan” ดู See Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations: Azerbaijan*, UN Doc. E/C.12/1/Add.104, 14 December 2004, Paras 15 and 33.

216 African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, *Nubian Minors v. Kenya*, 22 March 2011, Communication No. Com/002/2009, Para 65.

ในทำนองเดียวกัน กรณีของ *Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic* ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า สาธารณรัฐโดมินิกัน “ควรปฏิบัติตามพันธกรณีในการประกันการเข้าถึงการศึกษาภาคบังคับระดับประถมโดยไม่มีค่าใช้จ่ายให้กับเด็กทุกคน โดยไม่คำนึงถึงถิ่นกำเนิดหรือพ่อแม่ ทั้งนี้ พันธกรณีและสิทธินี้เกิดจากการคุ้มครองพิเศษที่ต้องให้กับเด็ก”²¹⁷

ฉ. เสรีภาพในการเคลื่อนย้าย

เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายมีความสำคัญยิ่งในการประกันสิทธิอื่นๆ ของผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐและได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ มาตรา 15 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ระบุไว้ว่า

บุคคลทุกคนมีสิทธิในการเคลื่อนย้ายและอยู่อาศัยในพรมแดนของแต่ละรัฐอย่างเสรี บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะออกจากประเทศใดๆ รวมทั้งประเทศของตนและมีสิทธิที่จะกลับสู่ประเทศของตนได้²¹⁸

บทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันพบได้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง²¹⁹ และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ²²⁰ ในมาตรา 26 ของอนุสัญญาว่าด้วยความไร้รัฐ ปี 1954 ก็ระบุว่า คนไร้รัฐที่พำนักอย่างถูกกฎหมายในดินแดนของรัฐหนึ่งได้รับหลักประกันสิทธิในการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีขึ้นอยู่กับข้อกำหนดใดๆ ที่ใช้กับคนต่างดาวโดยทั่วไป²²¹ บทบัญญัติเดียวกันนี้ บรรจุอยู่ในมาตรา 26 ของอนุสัญญาผู้ลี้ภัย²²² คำที่ใช้ในทั้งสองบทบัญญัตินี้ ก่อให้เกิดความกังวลในวาทกรรมในระหว่างประเทศ เงื่อนไขของการที่จะต้องพำนักอย่างถูกกฎหมายก่อปัญหาให้ชุมชนคนไร้รัฐชาวโรฮิงญาซึ่งประสบความยากลำบากในการมีสถานะทางกฎหมายที่ถูกต้อง ดังนั้น คุณสมบัติที่ว่า “ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดใดๆ ที่ใช้กับคนต่างดาวโดยทั่วไป” จึงเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดสิทธิของเขาในการเคลื่อนย้ายมากขึ้น

เราไม่ควรมองข้ามความสำคัญของสิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย หากไม่มีเสรีภาพในการเดินทางทั้งภายในและภายนอกขอบเขตดินแดนของรัฐ ความสามารถของบุคคลในการใช้สิทธิอื่นๆ ที่

217 *Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic*, Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), 8 September 2005, Para 244.

218 อ้างอิงที่ 39 มาตรา 15

219 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 12

220 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ มาตรา 5

221 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะคนไร้รัฐ มาตรา 26

222 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัย มาตรา 26

ได้รับการคุ้มครองก็ได้รับผลกระทบอย่างยิ่ง ในความเห็นทั่วไปที่ 27 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ยอมรับความเชื่อมโยงของสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ และประกาศว่า “เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นยิ่ง สำหรับการพัฒนาอย่างอิสระของบุคคล”²²³ ดังนั้น เมื่อสิทธินี้ถูกปฏิเสธ สิทธิอื่นๆ ไม่วาจะเป็น สิทธิในสุขภาพ สิทธิในความเป็นอยู่ของคนๆ นั้นก็ตกอยู่ในอันตราย การจำกัดสิทธินี้ จึงมีผลยิ่ง ต่อการเข้าถึงสิทธิในการทำงานและในทรัพย์สิน การเข้าถึงบริการสาธารณสุข (รวมถึงการรักษา พยาบาลและการศึกษา) และสิทธิในครอบครัว โดยเฉพาะในกรณีที่ครอบครัวแยกกัน²²⁴ ตาม ความเห็นของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ การไม่มีสิทธิในเสรีภาพในการ เคลื่อนย้ายทำให้ความยากจนและความเป็นชายขอบเพิ่มขึ้น รวมถึงการอยู่ในสภาพพึ่งพิงความ ช่วยเหลือทางมนุษยธรรมด้วย²²⁵

สิทธิในการเคลื่อนย้ายมีอยู่สามมิติ มิติแรก เป็นเสรีภาพในการออกจากประเทศตนเอง และข้อนี้ สำคัญมากสำหรับผู้ลี้ภัย มาตรา 12 (2) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิ ทางการเมือง ระบุว่า “ทุกคนมีเสรีภาพที่จะออกจากประเทศใดๆ รวมทั้งประเทศตนเอง” คณะ กรรมการฯ ได้ชี้ชัดว่าขอบเขตของมาตรา 12 นี้ ไม่ได้จำกัดอยู่ที่บุคคลที่พำนักอยู่ในดินแดนของ ประเทศนั้นๆ อย่างถูกกฎหมายเท่านั้น บุคคลที่ถูกเนรเทศออกจากประเทศหนึ่ง “มีสิทธิที่จะ เลือกรัฐปลายทางได้” ขึ้นอยู่กับการยอมรับของรั้ฐนั้น²²⁶

มิติที่สอง เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการเดินทางภายในรัฐ ในส่วนที่เป็นเงื่อนไขในอนุสัญญาว่า ด้วยผู้ลี้ภัยและคนไร้รัฐนั้น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองจำกัด ขอบเขตของสิทธินี้สำหรับบุคคลที่อาศัยในดินแดนแห่งรั้ฐนั้นอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งก็รวม ถึงคนที่เป็นพลเมืองโดยอัตโนมัติ²²⁷ และสำหรับคนต่างดาว การจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ที่ อยู่อย่างถูกกฎหมายหรือไม่ขึ้นกับกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการฯ ชี้แจงชัดเจน ว่า แมวาบุคคลนั้นจะเข้ามาในประเทศโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่หากสถานะของบุคคลนั้น ได้รับการทำให้ถูกต้อง บุคคลนั้น “ก็ต้องได้รับการพิจารณาว่าถูกต้องตามกฎหมายตามเป้าหมาย ของมาตรา 12”²²⁸ ข้อจำกัดอื่นๆ เกี่ยวกับสิทธินี้ที่ตามมาต้องมิพื้นฐานอยู่บนมาตรา 12 (3) ของ กติกาฯ ซึ่งกำหนดให้ยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองให้สูงกว่าอนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยหรือ/และ

223 Human Rights Committee, *General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 November 1999, Para 1.

224 UNHCR, *Handbook for the Protection of Internally Displaced Persons, Action Sheet 8*, p. 224, available at; <http://www.unhcr.org/4794b4702.pdf>.

225 อ้างแล้ว

226 ดู อ้างอิงที่ 223 ย่อหน้า 8

227 อ้างแล้ว ย่อหน้า 4

228 เพิ่งอ้าง

คนไร้รัฐ และอนุญาตให้มีข้อจำกัดได้เพียงเพื่อป้องกันความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อย สาธารณะ สุขภาพสาธารณะ และศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น²²⁹ ข้อจำกัดอื่นๆ ที่มีความชอบธรรมภายใต้ข้อใดข้อหนึ่งทีกล่าวไปแล้วต้องเป็นไปตามความจำเป็นที่ได้รับ การรับรองระหว่างประเทศและต้องมีสัดส่วนที่เหมาะสม และต้อง “ใช้เครื่องมือแทรกแซงให้น้อยที่สุด” เพียงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ และจะต้องไม่ไปทำลายสาระของสิทธิอื่น²³⁰ ข้อจำกัดที่เป็นไปได้นั้น “ต้องไม่ไปทำให้หลักการแห่งเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายไหลอย่างสิ้นเชิง”²³¹

และมติที่สาม ตามที่ระบุไว้ในประโยคสุดท้ายปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กล่าวไปข้างต้น รวมถึงสิทธิของบุคคลที่จะกลับสู่ประเทศของตนได้ บทบัญญัติที่ใกล้เคียงกันนี้พบได้ในมาตรา 12 (4) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง การตีความมาตรานี้ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง²³² คณะกรรมการสิทธิฯ ได้ย้ำว่า บทบัญญัตินี้ไม่จำกัดเฉพาะคนชาติของรัฐนั้นเท่านั้น แต่อาจรวมถึง “บุคคล อันเนื่องมาจากความเกะเกี้ยวพิเศษหรือเนื่องมาจากข้ออ้างถึงความสัมพันธ์กับรัฐหนึ่ง ไม่อาจถูกมองว่าเป็นเพียงคนต่างดาว”²³³ ในกรณีของ *Stewart v Canada* คณะกรรมการฯ ให้ตัวอย่างของบุคคลที่อาจถูกรวมอยู่ในแนวทางข้างต้น รวมถึงผู้ที่ถูกถอนหรือปฏิเสธสัญชาติอันไม่ เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยสรุป แม้ว่าบุคคลเหล่านี้จะไม่ใช่คนชาติในความหมายที่เป็นทางการ หรือ อาจไม่ได้เป็นคนต่างดาวภายใต้ขอบเขตมาตรา 13 แต่ภาษาในมาตรา ย่อหน้าที่ 4 สามารถจะตีความอย่างกว้างได้ นอกจากนั้น ขอนี้ ยังอาจรวมถึงกลุ่มคนที่มีที่พำนักถาวร โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนไร้รัฐที่ถูกกีดกันสิทธิในการได้รับสัญชาติของรัฐที่เขอาาศัยอยู่อย่างไม่เป็นธรรม²³⁴

229 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 12 (3)

230 ดูอ้างอิง ที่ 223 ย่อหน้า 13–15

231 ดู ย่อหน้า 2

232 See Australian Government, *Response of the Australian Government to the Views of the Committee in Communication No 1557/2007, Nystrom et al v Australia* (18 July 2011), Para 14, available at: <http://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/DisabilityStandards/Documents/NystrometalvAustralia-AustralianGovernmentResponse.pdf>. See also, Maria-Teresa Gil-Bazo, “Refugee Protection under International Human Rights Law: From Non-Refoulement to Residence and Citizenship”, *Refugee Survey Quarterly*, 5 January 2015, p. 37.

233 *Stewart v Canada*, Human Rights Committee, Communication No. 538/1993, 16 December 1996, UN Doc. CCRP/C/58/D/538/1993, Para 12.4.

234 เพิ่งอ้าง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ได้กล่าวถึงสิทธินี้และให้ความเห็นว่า มีน้อยกรณีมากที่การปฏิเสธสิทธิในการกลับสู่ประเทศตนเองจะได้รับการพิจารณาว่าสมเหตุสมผล²³⁵

ข. สิทธิใน (การสร้าง) ครอบครัวและการสมรส

สิทธิในการสมรสและชีวิตครอบครัวได้รับการคุ้มครองอย่างกว้างขวางในกฎหมายระหว่างประเทศ ในมาตรา 19 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ระบุว่า

ครอบครัวในฐานะที่เป็นหน่วยทางธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐสมาชิก ชายและหญิงที่บรรลุนิติภาวะแล้วมีสิทธิที่จะสมรสบนพื้นฐานของการยินยอมอย่างเสรีและเต็มใจของตน มีสิทธิที่จะสร้างครอบครัวและมีสิทธิที่จะยกเลิกสถานะการสมรสตามที่กำหนดโดยกฎหมาย²³⁶

มาตรา 21 วางข้อห้ามการแทรกแซงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในชีวิตครอบครัว บทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันนี้พบได้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง²³⁷ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม²³⁸ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกๆรูปแบบ²³⁹ และ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกๆรูปแบบ (บนพื้นฐานความเท่าเทียมกับผู้ชาย)²⁴⁰ มาตรา 12 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพคนไร้รัฐ สถานะบุคคล (รวมถึงสิทธิในการสมรสและความสามารถทางกฎหมาย) ของบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่เขาหรือเธออาศัยอยู่ หรือมีที่พำนักถาวร และได้สิทธิการสมรสที่พำนักนั้นต้องได้รับการยอมรับโดยรัฐ²⁴¹

1. การสมรส

กฎหมายระหว่างประเทศคุ้มครองสิทธิในการสมรสและการสร้างครอบครัว มาตรา 23 (2) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ระบุว่า “สิทธิของชายและหญิง

235 *Nystrom v Australia*, Human Rights Committee, Communication No. 1557/2007, 18 August 2011, UN Doc. CCPR/C/102/D/1557/2007, Para 7.6.

236 ดูอ้างอิงที่ 39 มาตรา 19

237 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 23 และ 17

238 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม มาตรา 10

239 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกๆรูปแบบ มาตรา 5

240 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกๆรูปแบบ มาตรา 16 นอกจากนั้น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ก็บรรจุบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิในครอบครัวของเด็กไว้หลายมาตรา

241 อนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพคนไร้รัฐ มาตรา 12

ที่อยู่ในวัยที่จะสมรสและสร้างครอบครัวได้ต้องได้รับการรับรอง” และสิทธินี้ ได้รับการสะท้อนในปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

มาตรา 16 (2) ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ กำหนดพันธกรณีของรัฐในการจดทะเบียนการสมรส โดยระบุว่า “การปฏิบัติที่จำเป็นทั้งปวงรวมทั้งการบัญญัติกฎหมายจะต้องกระทำขึ้นและให้บังคับให้มีการจดทะเบียนสมรส ณ ที่ทำการจดทะเบียนของทางราชการ” นี้เป็นกลไกสำคัญอย่างหนึ่งในการป้องกันการแต่งงานเด็ก และได้มีการขยายความในข้อเสนอนี้ต่อไป ข้อ 21 โดยคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

รัฐภาคีต้องให้มีการจดทะเบียนทุกการสมรสไม่ว่าจะเป็นไปตามสัญญาทางทะเบียนราษฎร หรือจะเป็นไปตามขนบประเพณีหรือกฎหมายศาสนา ดังนั้น รัฐจึงต้องประกันให้สอดคล้องกับอนุสัญญา และสร้างความเท่าเทียมระหว่างคู่สมรส กำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรส วางข้อกำหนดการมีสามีหรือภรรยาสองคนในขณะเดียวกันหรือสมรสซ้อน การมีสามีหรือภรรยาหลายๆ คนในขณะเดียวกัน และการคุ้มครองสิทธิของเด็ก²⁴²

ทะเบียนสมรส มีความสำคัญเพราะว่า “มันคุ้มครองสิทธิของคู่สมรสในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินเมื่อมีการแยกทางหรือหย่าร้างหรือเสียชีวิต”²⁴³ ดังนั้น

รัฐภาคี ควรจะวางข้อบังคับทางกฎหมายสำหรับทะเบียนสมรสและต้องสร้างความตระหนักต่อกฎหมายนั้น รัฐต้องให้มีการดำเนินการผ่านการศึกษาถึงข้อบังคับนั้น และต้องมีสิ่งอำนวยความสะดวกพื้นฐานและเครื่องมือที่จะทำให้การจดทะเบียนเขาถึงได้สำหรับทุกคนภายในขอบเขตอำนาจของรัฐ รัฐภาคีควรให้หลักฐานการสมรสด้วยวิธีอื่นแทนการจดทะเบียนหากสถานการณ์ไม่อำนวยให้ รัฐต้องคุ้มครองสิทธิของสตรีในการสมรสดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางทะเบียน (สมรส)²⁴⁴

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ได้ขยายสิทธินี้ไปถึงสิทธิในการสร้างครอบครัวในความเห็นทั่วไปสำหรับมาตรา 23 ว่า

242 Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations*, UN Doc. A/49/38, 1994, Para 39.

243 Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation on Article 16 of the Convention*, UN Doc. CEDAW/C/GC/29, 2013, Para 25.

244 เพิ่งอ้าง ย่อหน้า 26

สิทธิในการสร้างครอบครัวในหลักการ หมายถึง ความเป็นไปได้ในการร่วมกันสร้างและอยู่ด้วยกัน เมื่อรัฐภาคีวางนโยบายวางแผนครอบครัว นโยบายนั้นควรสอดคล้องกับบทบัญญัติในกติกาฯ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่ควรเลือกปฏิบัติหรือเป็นการบังคับ ในทำนองเดียวกัน ความเป็นไปได้ในการอยู่ร่วมกัน หมายถึง การรับรองมาตรการที่เหมาะสมทั้งในระดับภายในประเทศ และหากจะมีบางกรณี ก็ควรมีความร่วมมือกับประเทศอื่นด้วย เพื่อประกันความเป็นหนึ่งเดียวหรือการอยู่ด้วยกันของครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสมาชิกครอบครัวต้องแยกกันด้วยเหตุผลทางการเมือง เศรษฐกิจหรือเหตุผลใกล้เคียงกัน²⁴⁵

กฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดสิทธิในการสมรสหรือสร้างครอบครัวโดย “ปราศจากข้อจำกัดอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา”²⁴⁶ นี้หมายความว่า รัฐไม่ควรนำเอาสัญชาติมาเป็นข้อจำกัดความสามารถของคนไร้รัฐหรือผู้ลี้ภัยในการสมรสบนพื้นฐานของสัญชาติ และที่ได้ศึกษาไว้ก่อนหน้านี้ the Equal Rights Trust ได้ชี้ให้เห็นถึงความยากลำบากที่โรฮิงญาประสบอยู่ในการเข้าถึงสิทธิที่เท่าเทียมในการสมรส เนื่องจากคนเหล่านี้ไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการจากรัฐที่มีการสมรส และ แรงงานข้ามชาติเองก็เผชิญความเสี่ยงที่จะถูกส่งกลับหากเขาถูกพบว่ามี การสมรสหรือมีบุตร²⁴⁷

2. การหย่าร้าง

เนื่องจากโรฮิงญาจำนวนมากไม่สามารถได้รับการรับรองการสมรสอย่างเป็นทางการ จึงมีผลต่อความสามารถในการเข้าสู่กระบวนการจดทะเบียนหย่า กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดว่า รัฐควรวางขั้นตอนที่เหมาะสมในการประกันความเท่าเทียมของสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการยกเลิกการสมรส²⁴⁸ รัฐควรวางข้อกำหนดการปฏิบัติต่ออย่างเลือกปฏิบัติในการแบ่งทรัพย์สิน²⁴⁹ นอกจากนี้ คู่สมรสควรมีสติและความรับผิดชอบที่เท่าเทียมกันในสวนที่เกี่ยวกับบุตรโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางการสมรส²⁵⁰

245 Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses*, 27 July 1990.

246 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 16

247 See Equal Rights Trust above, note 68, p. 80.

248 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 23 (4)

249 ดูอ้างอิงที่ 242 ย่อหน้า 28

250 เพิ่งอ้าง ย่อหน้า 20

3. สิทธิการเลี้ยงดูบุตร

ดังที่กล่าวแล้ว การไม่ได้รับการรับรองการสมรสสำหรับชาวโรฮิงญาไม่ผลการจดทะเบียน การเกิดของเด็ก การหย่า และการดูแลบุตรในสวนที่เกี่ยวกับเด็ก กฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดว่าคุ้มครองสิทธิและความรับผิดชอบเท่าเทียมกันในครอบครัว เช่น สิทธิที่เท่าเทียมกันนั้น ขยายไปถึงการแยกทางตามกฎหมายหรือการสิ้นสุดการสมรส ดังนั้น รัฐต้องประกันว่า ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติในสวนที่เกี่ยวกับพื้นฐานและกระบวนการสำหรับการดูแลบุตร ห้าม การเลือกปฏิบัติในสิทธิในการเยี่ยมหรือเกี่ยวกับอำนาจของผู้ปกครอง²⁵¹ บทบัญญัติต้องมีขึ้น เพียงเพื่อคุ้มครองเด็กทุกคนเมื่อการสมรสสิ้นสุดหรือเมื่อมีการแยกทางกัน²⁵² และต้องชี้ให้เห็นว่า การดำรงไว้ซึ่งความเป็นหนึ่งเดียวของครอบครัว เป็นหลักการสำคัญในมาตรการคุ้มครอง เด็ก ยกเว้นในกรณีที่น่าจะขัดแย้งกับประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะทำอย่างนั้น²⁵³ ดังนั้น เด็กที่ แยกจากพ่อหรือแม่ต้องมีสิทธิที่จะ “ยังมีความสัมพันธ์และการติดต่อกันโดยตรงกับทั้งพ่อและ แม่อย่างสม่ำเสมอ”²⁵⁴

4. บทสรุป

จะเห็นได้ว่า มีกรอบกฎหมายระหว่างประเทศที่สมบูรณ์ที่มีเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิของ กลุ่มเปราะบาง เช่น โรฮิงญา แต่หากเราพิจารณากฎหมายเหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วย คนไร้รัฐและผู้ลี้ภัยหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนอย่างโดดเดี่ยว กฎหมายเหล่านั้น ก็ไม่ได้ให้การ คุ้มครองที่สมบูรณ์นัก อย่างไรก็ตาม การไขกรอบกฎหมายรวมกันไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วย คนไร้รัฐและผู้ลี้ภัยหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชน และหากได้รับการยอมรับและนำมาปฏิบัติอย่าง เหมาะสมในบังกลาเทศ มาเลเซียและประเทศไทย กฎหมายเหล่านั้น จะให้การคุ้มครองแก่โร ฮิงญาได้เป็นอย่างดีในทุกมิติของชีวิตของเขา ในระดับภูมิภาคเอง ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนก็บรรจบบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเหล่านั้นเช่นเดียวกัน

หากไม่คำนึงถึงความล้มเหลวของบังกลาเทศ มาเลเซียและประเทศไทยในการให้สัตยาบัน อนุสัญญาคนไร้รัฐและผู้ลี้ภัย แต่ละประเทศยังคงมีพันธกรณีที่จะให้สิทธิหลายประการที่ระบุ ไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศแก่ชาวโรฮิงญาที่อยู่ในดินแดนของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิ

251 คู่อ้างอิง 245 ย่อหน้า 9

252 เพิ่งอ้าง

253 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1) UN Doc. CRC/C/GC/14, 2013, Para 60.

254 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 9 (3)

ในทะเบียนการเกิดและสิทธิในสัญชาติภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก สิทธิดังกล่าวนี้ จะมีพลังอย่างยิ่งที่จะเปลี่ยนแปลงชีวิตของโรฮิงญาที่ไม่มีเอกสารประจำตนและไม่มีสถานะผู้ลี้ภัย

รัฐแต่ละรัฐที่ศึกษาในรายงานฉบับนี้ ควรต้องปฏิบัติตามพันธกรณีต่อกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครอง เคารพ และทำให้สิทธิเป็นจริง เราหวังว่า การศึกษาถึงความซับซ้อนที่สอดคล้องกันของกฎหมายในเรื่องต่างๆ ที่ได้เสนอไปจะมีส่วนช่วยให้ บังกลาเทศ มาเลเซียและประเทศไทย ให้สัตยาบันกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลักๆ โดยไม่มีขอสงวน และเขาเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยความไร้รัฐ