

ความเข้าใจว่าด้วย “สิทธิชุมชน” ของนักกฎหมายไทย

บุญชู ณ ป้อมเพ็ช

Boonchoo Na Pomphet

อาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บทคัดย่อ

ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ได้รับรองสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้รับรองสิทธิชุมชนต่อมา ดูเสมือนว่าสิทธิชุมชนได้ลงหลักปักฐานอย่างมั่นคงในทางกฎหมายเพราะสิทธินี้ได้ถูกรับรองในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ แต่อย่างไรก็ตามหลังจากการรับรองสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จนถึงปัจจุบัน การพัฒนาความคิดเรื่องสิทธิชุมชนในทางกฎหมายมีความเปลี่ยนแปลงน้อยมากโดยเฉพาะในคำพิพากษาของศาล

บทความนี้จึงพยายามอธิบายปรากฏการณ์ข้างต้น โดยได้นำเสนอผ่านแนวคิดทางกฎหมายสองชุด คือ แนวคิดของนักกฎหมายกระแสหลักของประเทศไทยที่อ้างอิงตัวบทกฎหมายเป็นหลัก และแนวคิดของนักกฎหมายที่ยอมรับแนวคิดสิทธิชุมชนโดยอาศัยฐานความคิดอื่นและผลักดันสิทธิชุมชนไปสู่รัฐธรรมนูญ ข้อถกเถียงโต้แย้งของสองแนวคิด และการเปลี่ยนแปลงแนวคิดทางกฎหมายเรื่องสิทธิชุมชนของนักกฎหมายกระแสหลักโดยเฉพาะผู้พิพากษา รวมถึงอุปสรรคปัญหาของการยอมรับสิทธิชุมชนในทางกฎหมาย

คำสำคัญ: สิทธิชุมชน กฎหมาย นักกฎหมาย

Abstract

Since the recognition of Community Rights by the 2540 and the 2550 Constitutions, the Community Rights are firmly established in law because it is acknowledged by the supreme law of the country. However the mindset of Thai lawyers have not significantly evolved, especially in the judgement of the courts.

This article aims to explain the above phenomenon through two sets of legal concepts which are mainstream lawyers concept which refer principally to the text and concept of lawyers who accept and support Community Rights. It also aims to explore the conflict between the two concepts, the change in mindset of mainstream lawyers regarding Community Rights especially the judges as well as the obstacles to the acceptance of Community Rights in law.

Key words: Community Rights, law, lawyers

บทนำ

นับตั้งแต่การบัญญัติคำว่า “สิทธิชุมชน” ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ในด้านหนึ่งจะมองเห็นได้ว่าสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรได้ลงหลักปักฐานอย่างมั่นคงในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านกลับพบว่ายังคงปรากฏปัญหา ข้อโต้แย้ง ความขัดแย้งเกิดขึ้น ภายใต้การอ้างอิงถึงสิทธิชุมชนตามกฎหมายของชุมชนและชาวบ้านจำนวนไม่น้อยยังคงประสบปัญหาในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งปัจจุบัน

ปัญหาที่เกิดขึ้นสะท้อนความเข้าใจของนักกฎหมายโดยเฉพาะนักกฎหมายกระแสหลักว่ายังมีความเข้าใจต่อประเด็นเรื่องสิทธิชุมชนในแง่มุมที่จำกัด โดยเฉพาะในประเด็นการตัดสินใจพิพากษาเรื่องความมีอำนาจเหนือในทรัพยากรธรรมชาติระหว่างชุมชนท้องถิ่นกับหน่วยงานรัฐซึ่งแสดงถึงทัศนะของนักกฎหมายกระแสหลักที่ไม่ปรับตัวเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงทั้งทางสังคมและกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป

บทความนี้จึงพยายามอธิบายถึงการเปลี่ยนแปลงระบบคิดของนักกฎหมาย โดยจะอธิบาย กระแสความคิดหลักของนักกฎหมายไทยในเรื่องการจัดการทรัพยากร การพัฒนาความคิดสิทธิชุมชนของนักกฎหมายไทย การปะทะระหว่างความคิดกระแสหลักกับความคิดสิทธิชุมชนในทางกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงกระแสความคิดหลักของนักกฎหมายและอุปสรรคปัญหาของการเปลี่ยนแปลง เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจของนักกฎหมายไทยในเรื่องสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรทั้งหมด

ทั้งนี้บทความนี้จะเป็นจุดเริ่มต้นของการศึกษาภาพรวมของสิทธิชุมชนทั้งหมดในประเทศไทยโดยการศึกษาถึงเครือข่ายสิทธิชุมชนที่เกิดขึ้นและเครือข่ายการจัดการทรัพยากรในรูปแบบเดิมว่าทั้งสองกลุ่มประกอบด้วยคนกลุ่มใด อยู่ภายใต้การรวมตัวเป็นเครือข่ายแบบไหน โลกทัศน์ของสองกลุ่มคืออะไร การเคลื่อนไหวเรื่องสิทธิชุมชนสะท้อนภาพอะไรในสังคมไทย รวมถึงสภาวะการย้อยระหว่างเครือข่ายสิทธิชุมชนและเครือข่ายการจัดการทรัพยากรในรูปแบบเดิมที่เกิดขึ้น

1. กระแสความคิดหลักของนักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการจัดการทรัพยากร

ในประเทศไทย นักกฎหมายส่วนใหญ่ตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายตามแนวคิดปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) ตามความคิดของ John Austin ซึ่งนักกฎหมายตั้งแต่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์และนักกฎหมายอาวุโส เช่น หยุต แสงอุทัย ได้นำความคิดเผยแพร่ต่อนักกฎหมายไทย ว่า กฎหมายคือคำสั่งของอธิปัตย์ หากไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับโทษ แนวคิดปฏิฐานนิยมจึงให้ความสำคัญและสนใจแก่ประเด็นที่ว่า กฎหมายนั้นตราขึ้นโดยอธิปัตย์หรือไม่ และมีสภาพบังคับได้จริงหรือไม่

เมื่อพิจารณาถึงระบบสิทธิและผู้ทรงสิทธิ บุคคลที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิได้จะต้องมีสภาพบุคคลตามที่กฎหมายรับรอง ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดไว้สองประเภท คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ถ้าไม่มีสภาพบุคคลตามที่กฎหมายรับรอง ก็ต้องถือว่าไม่มีสภาพบุคคล นัยตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490 ตัดสินว่า บุคคลที่จะถูกยื่นฟ้องต่อศาลต้องมีสภาพบุคคล ซึ่งมีเพียงสองชนิด คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล การฟ้องรัฐบาลในความหมายของคำว่ารัฐหรือคณะบุคคลที่ปกครองรัฐไม่อาจเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามกฎหมายอื่นซึ่งก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดบัญญัติให้รัฐบาลเป็นนิติบุคคล จึงไม่เป็นฟ้องที่จะรับฟ้องให้ยกฟ้องเสีย

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิและผู้ทรงสิทธิ เรื่อง สิทธิในการจัดการทรัพยากรตามระบบกรรมสิทธิ์ในกฎหมายไทย จึงเท่ากับว่า กฎหมายไทยยอมรับสิทธิตามระบบกรรมสิทธิ์เพียงสองรูปแบบหลัก ตามสถานะของผู้ทรงสิทธิ คือ

1. กรรมสิทธิ์ของเอกชน (บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 ที่รับรองสิทธิความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่จะกระทำการใดๆ เหนือสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ที่ตนเป็นเจ้าของทั้งสิทธิการใช้สอย

การจำหน่าย จ่ายโอน การติดตามเอาคืน หรือสิทธิขัดขวางไม่ให้บุคคลอื่นสอดเข้า เกี่ยวข้องเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

2. กรรมสิทธิ์ของรัฐ (ผ่านทางทบวงการเมือง คือ กระทรวง กรม ที่เป็น นิติบุคคลตามกฎหมาย)

การจัดการทรัพยากรโดยทรัพยากรเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ หมายความว่า กฎหมายกำหนดให้รัฐเข้ามาควบคุม จัดการทรัพยากรผ่านหน่วยงานรัฐ และเป็นผู้ควบคุมการเข้าถึงและวางระเบียบการใช้ทรัพยากร โดยมีกฎหมายที่รับรอง กรรมสิทธิ์ของรัฐในการจัดการทรัพยากร ได้แก่

2.1.ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 เรื่อง สาธารณสมบัติ ของแผ่นดิน ที่มีคำพิพากษาวางหลักเรื่องการจัดการทรัพยากรโดยรัฐ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 425/2477 ที่ดินที่ไม่ได้ออกโฉนด ให้ถือเป็นของแผ่นดิน

2.2.กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรอื่น เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 2 บัญญัติว่า ที่ดินซึ่งไม่ได้ตกเป็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้ถือว่าเป็นของ รัฐ พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 มาตรา 4 (1) ป่า หมายความว่าที่ดิน ที่ยังไม่มีบุคคลได้มาตามกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติป่าสงวน พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติชลประทานหลวง พ.ศ. 2484 เป็นต้น

ดังนั้นกระแสดความคิดหลักของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการจัดการ ทรัพยากรจึงยอมรับรูปแบบการจัดการตามกฎหมายเท่านั้น คือ เมื่อเป็นกรรมสิทธิ์ ของรัฐ ราชการเป็นผู้มีอำนาจจัดการ ดูแล ใช้ประโยชน์ ถ้าเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน ก็ได้รับการคุ้มครองตามหลักกรรมสิทธิ์บุคคลอื่นไม่สามารถเข้าไปยุ่งเกี่ยว จะเห็นได้ว่า ความคิดของนักกฎหมายส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้อิทธิพลความคิดเช่นนี้ จนจัดได้ว่าเป็นกระแสดความคิดหลักของนักกฎหมายไทย

2. ความคิดสิทธิชุมชนของนักกฎหมายไทย

ความคิดเรื่องสิทธิชุมชนเป็นความคิดที่เริ่มนอกรอบศึกษาทางกฎหมาย โดยเริ่มจากการศึกษาทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา เพื่อแสดงให้เห็นถึงความ เป็นจริงในสังคมถึงรูปแบบการจัดการทรัพยากรอีกรูปแบบหนึ่งนอกเหนือไปจาก การจัดการทรัพยากรที่รับรองโดยกฎหมาย นอกจากนั้นยังมีความคิดอื่นที่มี ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายไทยในเรื่องสิทธิชุมชน ได้แก่ งานประวัติศาสตร์กฎหมายที่อธิบายถึงสิทธิชุมชนที่มีมาในอดีตของสังคมไทย และยังมีความคิดอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนโดยตรง แต่ก็มีผลเกี่ยวเนื่องกับ ชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เช่น หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน ความคิดวัฒนธรรมชุมชน ความคิดของชนชั้นผู้นำไทย การเคลื่อนไหวขององค์กร พัฒนาเอกชนและภาคประชาชน ความคิดเหล่านี้ น่าจะส่งผลต่อความคิดของ นักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งที่ทำให้การยอมรับและสนับสนุนการเกิดขึ้นของสิทธิชุมชน ซึ่งจะได้อธิบายรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 การศึกษาสิทธิชุมชนทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา

การศึกษาสิทธิชุมชนในประเทศไทย เริ่มจากการศึกษาทางสังคมวิทยา และมานุษยวิทยา เกี่ยวกับข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ถึงรูปแบบการจัดการทรัพยากร อีกรูปแบบหนึ่ง คือ การจัดการทรัพยากรโดยชุมชน โดยเฉพาะในช่วง พ.ศ. 2520 เป็นต้นมา นักสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาได้ให้ความสนใจประเด็นการศึกษา ประเด็นพื้นที่ป่าและที่ดินทำกินของประชาชน เนื่องจากการอธิบายจากเจ้าหน้าที่ รัฐและกรมป่าไม้ถึงการลดลงของพื้นที่ป่าจะมีการนำเสนอว่ามีสาเหตุหลักจาก การเพิ่มของประชากร การขยายที่ดินทำกินของชาวบ้าน การทำไร่แบบย่ำยที่ ของชาวเขา การบุกรุกตัดไม้ทำลายป่าของชาวบ้านและนายทุน โดยสรุปจาก เจ้าหน้าที่รัฐก็คือ การกล่าวโทษชาวบ้านในท้องถิ่นว่าเป็นผู้ทำลายป่า วิธีการแก้ไข ของเจ้าหน้าที่รัฐ คือการใช้วิธีการจับกุม และขับไล่ชาวบ้านออกไปจากพื้นที่ป่า การดำเนินการดังกล่าวกลายเป็นข้อขัดแย้งระหว่างชาวบ้านกับรัฐเรื่องที่ดิน

ทำกินและการบุกรุกพื้นที่ป่าจนเกิดความรุนแรง นักสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา จึงเข้าไปศึกษาเรื่องนี้เพื่อการนำเสนอแนวคิดและมุมมองใหม่เกี่ยวกับปัญหา พื้นที่ป่า โดยการเริ่มศึกษาชาวบ้านในชุมชนที่สัมพันธ์อยู่กับทรัพยากรว่า มีรูปแบบ วิธีการจัดการทรัพยากรในพื้นที่ของตนเองอย่างไรเพื่อตอบโต้คำอธิบายของ เจ้าหน้าที่รัฐ งานการศึกษาทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยานับการศึกษาในพื้นที่ โดยวิธีการศึกษาแบบเน้นความจริงเชิงประจักษ์ งานศึกษาสิทธิชุมชนจึงอยู่ใน รูปแบบการลงพื้นที่แต่ละพื้นที่โดยงานทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาชุดแรกๆ ที่ปรากฏออกมาเป็นงานวิจัยการจัดการป่าของชุมชนในพื้นที่ต่างๆ ที่พิสูจน์ให้เห็น ถึงว่า มีป่าที่ชุมชนจำนวนมากในทุกพื้นที่ของประเทศ ซึ่งอาจเรียกต่างกันไป เช่น ป่าหน้าห่ม ป่าบุ่งป่าทาม โดยชุมชนจะเป็นผู้รักษา ดูแล จัดการและใช้ประโยชน์ งานการศึกษาเหล่านี้ เช่น งานของฉลาดชาย รมิตานนท์ อานันท์ กาญจนพันธุ์ เสน่ห์ จามริกและยศ สันตสมบัติ ชูศักดิ์ วิทยาภักดิ์ ฯลฯ

งานทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาที่ก่อตัวขึ้นในช่วงเวลาถัดมา คือ งานที่แสดงถึงความขัดแย้งระหว่างชุมชนกับอำนาจรัฐและกฎหมายที่ไม่สอดคล้อง กัน เช่น งานกรณีป่าห้วยแก้ว อำเภอแม่อน จังหวัดเชียงใหม่ การศึกษาทาง สังคมวิทยาและมานุษยวิทยาที่เกี่ยวข้องกับข้อขัดแย้งของชุมชนกับอำนาจรัฐ และกฎหมายจึงเกี่ยวพันมาทางนักกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ งานวิจัยชุดแรกๆ ของนักกฎหมายได้แก่ งานวิจัยเรื่อง พัฒนาการของกฎหมายป่าไม้ไทย : จากการ บุกรุกที่ได้รับการส่งเสริมมาเป็นการบุกรุกที่ต้องจับกุม (2536) ของบรรศักดิ์ อวรรณโณและคณะ ที่พยายามอธิบายถึงสิทธิของคนที่อยู่อาศัยในป่ามาก่อน กฎหมายของรัฐ จนกลายเป็นผู้ทำผิดกฎหมายและต้องถูกจับกุม ซึ่งไม่เป็นธรรม ต่อชาวบ้านที่อาศัยอยู่ในป่า

นอกจากนั้นงานทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยายังมีอิทธิพลทำให้ นักกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งได้ตระหนักถึงกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงใน สังคมและได้เริ่มตั้งคำถามทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรที่เป็นอยู่ และเริ่มมีคำอธิบายในทางกฎหมายเพิ่มเติม นักกฎหมายที่ให้ความสนใจและ

มีงานวิจัย บทความตามมา เช่น ไพสิฐ พาณิชนกุล สมชาย ปรีชาศิลปกุล กิตติศักดิ์ ปรกติ กอบกุล รายนาคกร เป็นต้น แนวทางของสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาจึงเป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลทางความคิดต่อนักกฎหมายโดยเฉพาะในแนวกฎหมายกับสังคมที่เน้นความจริง ปัญหาของสังคม และความไม่เป็นธรรมทั้งหลายโดยอาศัยความคิดเรื่องสิทธิชุมชนเป็นฐาน

2.2 งานประวัติศาสตร์กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชน

งานทางประวัติศาสตร์กฎหมายถือเป็นงานที่มีอิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมาย แม้จะส่งผลต่อความคิดของนักกฎหมายแนวสิทธิชุมชนไม่มากนัก แต่ก็มีผลทำให้ตระหนักว่า สิทธิชุมชนที่สังคมวิทยาและมานุษยวิทยาศึกษาไม่ได้ห่างเหินไปจากความคิดทางกฎหมาย และอยู่ในเนื้อเดียวกับกฎหมายในอดีตของสังคมไทย

งานเขียนเชิงประวัติศาสตร์ที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการจัดการทรัพยากรเพื่ออธิบายลักษณะของสังคมในอดีตที่ยอมรับสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร ได้แก่ งานของ อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว เรื่องกฎหมายมั่งรายศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับอำนาจของชุมชนในการจัดการน้ำและระบบเหมืองฝาย นอกจากนั้นยังมีงานของยศ สันตสมบัติ ที่อธิบายของสภาพของสังคมก่อนการเปลี่ยนแปลงเป็นรัฐชาติแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ สมัยรัชกาลที่ 5 ชุมชนมีบทบาทในการจัดการทรัพยากรโดยการใช้กฎเกณฑ์ ประเพณี ความเชื่อ จัดการทรัพยากรของชุมชนเอง ต่อมารัฐจึงได้อาศัยกฎหมายตามแนวคิดแบบตะวันตกเป็นกลไกลดทอนสิทธิของชุมชนลง รวมถึงงานของอรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ที่ใช้กฎหมายมั่งรายศาสตร์มาเป็นหลักฐานในการอธิบายสิทธิชุมชนในสังคมจารีตของล้านนา

งานเขียนเชิงประวัติศาสตร์ที่ใช้หลักฐานทางกฎหมายเพื่อวิเคราะห์สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรที่เคยมีอยู่ในสังคมไทยสมัยโบราณ โดยเน้นว่าสิทธิดังกล่าวนี้ทำให้ชาวบ้านสามารถจัดการทรัพยากรอย่างเป็นธรรม มีอิทธิพลต่อ

นักกฎหมายที่พยายามจะทบทวนกฎหมายเก่าของประเทศไทยเพื่อสนับสนุนความคิดสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร เช่น บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เรื่องข้อสังเกตเชิงกฎหมายและทรัพยากรธรรมชาติ ที่อ้างถึงกฎหมายเก่าของประเทศไทยว่ามีตัวบทกฎหมายรับรองสิทธิชุมชน เช่น กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 45 และ บทที่ 54 พระราชกำหนดเก่าบทที่ 44

จากการยอมรับจารีตประเพณีในกฎหมายเก่าดังกล่าวข้างต้นนี้นำไปสู่การอ้างอิงของนักกฎหมายเกี่ยวกับความสืบเนื่องของการยอมรับจารีตประเพณีในกฎหมายสมัยใหม่ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1354 ในลักษณะการยอมรับจารีตประเพณีลักษณะ “ของหน้าหมู” คือ การเปิดโอกาสให้บุคคลสามารถเข้าไปในที่ดินของบุคคลอื่น เพื่อเก็บฟืน ผลไม้ป่า ผัก เห็ดและสิ่งอื่นเดียวกัน ถ้าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นปฏิบัติเช่นนั้นและเจ้าของไม่หวงกัน

2.3 หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน

การยอมรับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ มีผลต่อความคิดของนักกฎหมายที่ส่งผลเกื้อหนุนต่อการรับแนวความคิดสิทธิชุมชนเนื่องจากแนวความคิดทั้งสองแนวสนับสนุนการมีส่วนร่วมในการจัดการสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติเหมือนกัน เพียงแต่การมีส่วนร่วมของประชาชนยังเน้นความเป็นปัจเจกบุคคลมากกว่าความเป็นชุมชน เมื่อแนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายมากขึ้นในทางกฎหมาย ทำให้กระแสความคิดเรื่องสิทธิชุมชนได้รับการยอมรับมากขึ้นจากนักกฎหมาย

กระแสการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติได้เริ่มตั้งแต่การประชุมสหประชาชาติที่กรุงสต็อกโฮล์ม 1972 (พ.ศ.2515) ซึ่งได้กล่าวถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อม ซึ่งหมายถึงสิทธิของบุคคลที่ได้รับทราบถึงแผนการจัดการหรือโครงการต่างๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

ต่อมาได้มีการประชุมสหประชาชาติที่กรุงริโอ 1992 (พ.ศ.2535) ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาได้กำหนดหลักการข้อ 10 ของคำประกาศกรุงริโอ ซึ่งมีหลักการมีส่วนร่วมของประชาชน 3 ประการ คือ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อม การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจโดยรับรู้ข้อมูลข่าวสารอย่างมีความหมาย การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมหรือการได้รับการเยียวยาความเสียหาย

ประเทศไทยซึ่งเป็นสมาชิกสหประชาชาติและความตื่นตัวของกระแสการมีส่วนร่วมของประชาชน จึงได้อนุมัติหลักการเหล่านี้เป็นกฎหมายภายในประเทศ ที่ยอมรับหลักการมีส่วนร่วม ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และต่อมารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ได้นำเอาหลักการมีส่วนร่วมบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การยอมรับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในกฎหมายทำให้นักกฎหมายได้ตระหนักถึงความสำคัญของการมีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งสะท้อนถึงการยอมรับความคิดเห็นชุมชนที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมเช่นเดียวกันเพียงแต่มีความแตกต่างในรายละเอียดเท่านั้น

2.4 ความคิดวัฒนธรรมชุมชน

กระแสความคิดวัฒนธรรมชุมชน ตั้งแต่ช่วง พ.ศ. 2520 เป็นต้นมามีอิทธิพลและบทบาทสูงในสังคมไทย ที่ได้เสนอความคิดเรื่อง ชุมชนชนบทว่าชุมชนชนบทนี้มีความดีงาม เอื้อเพื่อ ร่วมมือกันและเกื้อหนุนซึ่งกันและกัน มีวัฒนธรรมจารีตของชุมชนชนบทที่ดีงาม กระทั่งการฝากความหวังกับชุมชนชนบทเป็นฐานที่ตั้งในการต่อสู้กับโลกาภิวัตน์ การมองชุมชนชนบทในลักษณะ “โรแมนติก” โดยกลุ่มนักวิชาการสายวัฒนธรรมชุมชน เช่น ฉัตรทิพย์ นาถสุภา ประเวศ วะสี เสน่ห์ จามริก พรพิไล เลิศวิชา เช่นเดียวกับนิธิ เอียวศรีวงศ์ อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ แม้จะไม่ได้อยู่ในแนวทางชุมชนชนบทโรแมนติก แต่หนังสือเก็บที่โล่งแก่รากหญ้าของนิธิ เอียวศรีวงศ์ หรือนิเวศน์ประวัติศาสตร์

ของอรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ ก็ยังแสดงให้เห็นบทบาทและการสร้างเข้มแข็งของชุมชนชนบทอย่างเต็มเปี่ยม

ขณะเดียวกันแนวคิดวัฒนธรรมชุมชนก็มีเนื้อหาที่เกื้อหนุนต่อสิทธิชุมชนอย่างเลี่ยงไม่ได้ นั่นคือ การมองชุมชนในฐานะเป็นผู้อนุรักษ์ทรัพยากร ซึ่งสอดคล้องไปกับความคิดสิทธิชุมชนในการจัดการ ดูแล รักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากร และย่อมจะมีอิทธิพลทางความคิดต่อนักกฎหมายไทยที่สนับสนุนความคิดสิทธิชุมชน

2.5 ความคิดของชนชั้นนำไทย

การแสดงความคิดของชนชั้นนำไทยเป็นส่วนมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์ มโนสำนึกของสังคมไทย ตามที่อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ ได้อธิบาย “การเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์ของชนชั้นนำไทย ตั้งแต่รัชกาลที่ 4 จนถึงพุทธศักราช 2475” แม้จะมีความแตกต่างด้านเงื่อนไขเวลา แต่เมื่อพิจารณาแล้วการแสดงความคิดของชนชั้นนำไทยยังมีผลต่อความคิดของนักกฎหมายไทยและมีการอ้างถึงความคิดของชนชั้นนำมีส่วนสนับสนุนสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรเช่นการกล่าวถึงการฟ้องร้องว่าราษฎรบุกรุกป่าสงวนแห่งชาติทั้งที่เขาอยู่มาก่อนตามกระแสพระบรมราโชวาทที่พระราชทานแก่คณะกรรมการจัดงานวันรพี วันพุธที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2516 ว่า

“ในป่าสงวนซึ่งทางราชการได้ขีดเส้นไว้ว่าเป็นป่าสงวนหรือป่าจำแนก แต่ว่าเขาขีดเส้นไว้ ประชาชนก็อยู่ในนั้นแล้ว เราจะเอากฎหมายป่าสงวนไปบังคับคนที่อยู่ในป่าที่ยังไม่ได้สงวน แล้วเพ่งไปสงวนทีหลัง โดยขีดเส้นบนเศษกระดาษก็ชอบกลอยู่ แต่มีปัญหาเกิดขึ้นที่เมื่อขีดเส้นแล้ว ประชาชนที่อยู่ในนั้นก็กลายเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎหมายไป ถ้าดูในทางกฎหมาย เขาก็ฝ่าฝืนเพราะว่าตรามาเป็นกฎหมายโดยชอบธรรม แต่ว่าถ้าตามธรรมชาติ ใครเป็นผู้ทำผิดกฎหมาย ก็ผู้ที่ขีดเส้นนั่นเอง เพราะว่าบุคคลที่อยู่ในป่าเขาอยู่มาก่อน เขามีสิทธิในทางเป็นมนุษย์ หมายความว่าทางราชการบุกรุกบุคคล ไม่ใช่บุคคลบุกรุกกฎหมายบ้านเมือง”

รวมถึงการกล่าวถึงรูปแบบการจัดการป่าไม้ตามจารีตประเพณีที่จะเป็นทางออกเกี่ยวกับความขัดแย้งในเรื่องทรัพยากร ตามพระบรมราโชวาทที่พระราชทานในการทรงเปิดการสัมมนาการพัฒนาการเกษตรภาคเหนือ วันพฤหัสบดีที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2524 ณ สำนักงานเกษตรภาคเหนือ จังหวัดเชียงใหม่ ว่า

“ป่า 3 อย่างนี้มีประโยชน์ 4 อย่าง คือ ทำไม้ฟืน ไม้สร้างบ้าน หรือศิลปหัตถกรรมก็ได้ และก็ไม้ผล เพราะว่า ป่า 3 อย่างนี้มีไว้ทำไม มีไว้สำหรับให้เป็นประโยชน์ขึ้นมา และเมื่อเป็นประโยชน์ต่อราษฎร ราษฎรก็ไม่ไปตัด หรือใครจะมาตัดก็หวงแหนไว้ ที่ไหนที่เป็นป่าที่เรียบร้อยยังไม่ไถ่ถอน ราษฎรก็จะไม่ตัดเพราะรู้ ไปหลายแห่งแล้วถามราษฎร ป่าตรงนั้นเป็นอย่างไร เขาบอกว่าป่าเก่าปายังดี และก็ถามว่าจะไปตัดไหม เขาบอกว่าไม่ตัด ถ้าไปตัดเขาแย่ เขาเข้าใจ ถ้าตัดไม้แล้ว เขาจะแห้งแล้งและก่อนดินจะทลายลงมา ถ้าเป็นที่นา ก็เสียหายหมด ประชาชนแกล้งลด ประชาชนมีความรู้ เขามีความรู้ เขาทำงานมาหลายชั่วคนแล้ว ฉะนั้นถ้าเรามีป่า 3 อย่างนี้ ซึ่งมีประโยชน์ 4 อย่างที่สำคัญ คือ การอนุรักษ์ดินเป็นต้นน้ำลำธาร ชาวบ้านเขาจะรักษาให้เราด้วย ถ้าหากว่าเราทำป่าสามอย่างให้ชาวบ้านใช้ประโยชน์ ก็จะรักษาประโยชน์ เขาก็จะไม่ทำลายและใครมาทำลายเขาก็จะป้องกัน หมายความว่า ชาวบ้านนั้นถ้าเราให้อากาศเขามีพออยู่พอกินตามสมควร ก็จะเป็นเจ้าหน้าที่ป่าไม้ให้เราจำนวนมาก เป็นผู้ดูแลป่า จะดูแลทั้งไม่ให้ใครมาตัด ดูแลถ้ามีไฟไหม้ป่า เขาก็จะช่วยกันดับ เช่นที่อำเภอแม่แจ่มที่วัดจันทร์”

พระบรมราโชวาททั้งสองครั้ง ได้ถูกกล่าวถึงและอ้างอิงโดยบรรดาศักดิ์ อวรรณโณ ว่า เป็นการชี้ทางออกให้ชุมชนสามารถได้ประโยชน์จากทรัพยากรป่า และชุมชนก็จะรักษาทรัพยากรป่าที่ให้ประโยชน์¹ นอกจากนั้นยังถูกหยิบมาอ้างอิงโดย

1 บรรดาศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, สำนักพิมพ์นิติธรรมเมษายน 2537, หน้า 404-407.

ชาวบ้านในการต่อสู้กับเจ้าหน้าที่รัฐว่า การใช้อำนาจตรากฎหมายเนื้อหาไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง นัยยะความคิดของชนชั้นนำตามพระบรมราโชวาท มีวัตถุประสงค์อย่างไรและมีพลังต่อความคิดของนักกฎหมายเรื่องสิทธิชุมชนมากน้อยอย่างไร เป็นเรื่องที่ต้องศึกษาต่อไป

2.6 การเคลื่อนไหวขององค์กรพัฒนาเอกชนและภาคประชาชน

การกล่าวถึงอิทธิพลต่อความคิดของนักกฎหมายในเรื่องสิทธิชุมชน คงจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกล่าวถึงบทบาทขององค์กรพัฒนาเอกชนและภาคประชาชนที่มีบทบาทในการเคลื่อนไหวผลักดันความคิดสิทธิชุมชนไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้การเคลื่อนไหวขององค์กรพัฒนาเอกชนกำเนิดและขยายตัวอย่างกว้างขวางนับตั้งแต่ทศวรรษ 2530 สืบเนื่องมาจนกระทั่งทศวรรษ 2540 ในเรื่องของ การโต้ตอบกับการแย่งชิงทรัพยากรในท้องถิ่นโดยการใช้อำนาจรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐหรือการเข้ายึดทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนท้องถิ่นด้วยข้ออ้างถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ

นอกจากนั้นการเคลื่อนไหวและสนับสนุนของกลุ่มองค์กรพัฒนาเอกชนได้นำไปสู่การรวมตัวของชาวบ้านในระดับชุมชนและกระจายไปตามพื้นที่ต่างๆ ซึ่งได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของภาครัฐ เช่น บ้านทุ่งหลวง บ้านหนองเต่า ตำบลแม่วิน อำเภอแม่อาย จังหวัดเชียงใหม่ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ด้วยการตระหนักถึงพลังของชุมชนที่ยังไม่สามารถจะมีพลังในการต่อรองกับภาครัฐทำให้เกิดการรวมตัวเป็นเครือข่ายในระดับพื้นที่ โดยเฉพาะชาวบ้านที่ชุมชนได้รับผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม เช่น เครือข่ายลุ่มน้ำวาง เครือข่ายป่าชุมชนเชียงดาว เครือข่ายลุ่มน้ำปิง ฯลฯ และนำไปสู่การรวมตัวกับชุมชนอื่น โดยเฉพาะชุมชนต้นน้ำที่ประสบปัญหาการอพยพคนออกจากป่าเนื่องจากมีการประกาศพื้นที่เขตอุทยานฯ ทับที่ทำกินกลายเป็นเครือข่ายที่เรียกว่า “เครือข่ายป่าชุมชน” และยังเกิดเครือข่ายอื่นที่เกิดจากการรวมตัวของชาวบ้านในการอนุรักษ์พื้นที่ป่าเกิดขึ้น เช่น กลุ่มฮักเมืองน่าน กลุ่มฮักเมืองแจ่ม นอกจากนี้ยังเกิดเครือข่ายจากโครงการที่ได้รับการสนับสนุนจาก

องค์กรพัฒนาเอกชนต่างๆ ที่เข้ามาสนับสนุนเครือข่ายป่าชุมชนในการอนุรักษ์พื้นที่ป่า เช่น โครงการชุมชนคนรักป่า โครงการนิเวศน์ชุมชน ทั้งนี้ ตั้งแต่ พ.ศ. 2535 มาจนถึง พ.ศ. 2538 ได้มีการรวมตัวของชุมชนที่มีการจัดการป่าชุมชนขึ้นเป็นเครือข่ายป่าชุมชนในระดับจังหวัด และได้ขยายตัวออกกว้างขวางจนกลายเป็นเครือข่ายป่าชุมชนระดับภาคขึ้น

ภาพการเคลื่อนไหวเหล่านี้มีบทบาทและแรงกดดันการเรียกร้องสิทธิของชาวบ้าน ชุมชนในการจัดการทรัพยากรกระจายไปในทั่วประเทศและเป็นแรงกดดันในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหา

3. การปะทะระหว่างความคิดกระแสหลักกับความคิดสิทธิชุมชนในทางกฎหมาย

จากที่ถึงความคิดกระแสหลักของนักกฎหมายในการจัดการทรัพยากรและความคิดของสิทธิชุมชนของนักกฎหมายไทยซึ่งมีความแตกต่างกัน เมื่อมีการเสนอความคิดสิทธิชุมชนของนักกฎหมายเข้ามาบัญญัติเป็นกฎหมาย ตั้งแต่การเสนอแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 ของกรรมาธิการวิสามัญสภาผู้แทน ที่เสนอให้มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิชุมชน ข้อถกเถียงที่เป็นประเด็นสำคัญของสิทธิชุมชน คือ เรื่อง ผู้ทรงสิทธิว่าชุมชนที่จะนิยามเป็นผู้ทรงสิทธินั้นเป็นใครบุคคลกลุ่มใด เพราะโดยทั่วไป รัฐธรรมนูญจะให้ความคุ้มครองกับบุคคลในลักษณะปัจเจกชนเป็นหลัก การให้เหตุผลข้อนี้ปรากฏในร่างรายงานการเสนอแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 ว่า “บทบัญญัติส่วนนี้เป็นการบัญญัติไปต่างจากส่วนอื่นๆ ตรงที่บทบัญญัติส่วนอื่นมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกแต่ละคน ในขณะที่บทบัญญัตินี้ เป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพของชุมชนและแตกต่างจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นโครงสร้างการปกครองภายในรัฐ การรับรองสิทธิและเสรีภาพของชุมชนเช่นนี้สอดคล้องกับสภาพสังคมตะวันออกที่คนในชนบทมีความเป็น “ชุมชน” สูงมาก ทำให้ชุมชนนั้นๆ สามารถยืนหยัดอยู่ได้โดยไม่ล่มสลายและกลายเป็น

ปัจเจกบุคคลเหมือนสังคมตะวันตก”²

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ตั้งข้อสังเกตเรื่องนี้ไว้ในวารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไว้ว่า

“ในทางกฎหมายแล้ว สิทธิทุกสิทธิไม่ว่าจะเป็นสิทธิตามธรรมชาติ หรือสิทธิของพลเมืองก็ตามจะต้องมีผู้ทรง มีวัตถุประสงค์ชัดเจนแน่นอน แต่ผู้ทรงสิทธิใหม่ๆ เหล่านี้ ผู้มีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิเหล่านี้ เป็นใครกันแน่? เป็นปัจเจกชนแต่ละคน? เป็นรัฐ? หรือเป็นสังคมย่อยๆ ที่ก่อตัวขึ้นภายในรัฐ? ในแง่วัตถุประสงค์แห่งสิทธินั้นแล้ว ได้แก่อะไรกันแน่ กล่าวโดยเฉพาะ ชุมชนท้องถิ่น ในทางกฎหมายจะบังคับให้เป็นไปตามนั้นได้เพียงใด ดังที่กล่าวแล้วว่า สิทธิต่างๆ ต้องมีผู้ทรงและในวิชานิติศาสตร์ปัจจุบัน เฉพาะแต่บุคคลซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้เท่านั้นจึงจะเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แต่ชุมชนท้องถิ่นหากไม่ยกฐานะเป็นองค์การปกครองท้องถิ่นแล้ว ก็หาไม่มีสภาพบุคคลไม่ ยิ่งไปกว่านั้นก็มีความยากลำบากที่จะหยั่งชัดว่า กลุ่มคนที่อยู่ในพื้นที่ต่างๆ ของประเทศมีกลุ่มใด พื้นที่ใดบ้างที่ถือได้ว่าเป็นชุมชน”³

ต่อมาในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญ และการประชุมของรัฐสภาเพื่อเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ยังคงถกเถียงในแนวทางเดิม คือ ผู้ทรงสิทธิที่เรียกว่า ชุมชน คือ บุคคลใด เพราะกฎหมายไม่ได้รับรองไว้

2 รายงานคณะกรรมการพิจารณาศึกษาแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สภาผู้แทนราษฎร (เล่ม 1), กองกรรมาธิการ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร มิถุนายน 2536 หน้า 18.

3 วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ .สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม) ในวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 กันยายน 2540.หน้า 19-20.

เช่นเดียวกันกับ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่ได้อธิบายถึงปัญหาในการบัญญัติสิทธิชุมชนลงในรัฐธรรมนูญในแง่ของเรื่องความสามารถของชุมชนในอันที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิ

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ได้เสนอว่าทั้งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ที่ได้รับรองสิทธิชุมชนขาดความกระจ่างเรื่องผู้ทรงสิทธิ เนื้อหาหรือวัตถุประสงค์สิทธิ รวมทั้งการจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรองรับไว้โดยชอบ โดยวรเจตน์ ภาคีรัตน์ได้เสนอว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในประเทศไทยมีปัญหาอย่างน้อยสองประการ⁴

ประการที่หนึ่ง คือการกำหนดให้ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิ ในระบบกฎหมายเรียกร้องให้ผู้ทรงสิทธิมีความชัดเจนแน่นอน แต่กรณีชุมชนที่เกิดจากการรวมตัวกันยากจะหาความชัดเจนแน่นอนได้ ทั้งในแง่ของพื้นที่หรือในแง่ของสมาชิกที่มารวมตัวกัน เมื่อขาดความชัดเจนจะทำให้เกิดปัญหาตามมา เช่น การ กล่าวหาว่าชุมชนละเมิดสิทธิปัจเจกบุคคล ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบหรือกรณีที่รัฐละเมิดสิทธิต่างๆ ของชุมชน ใครจะเป็นผู้มีอำนาจแสดงเจตนาแทนชุมชนฟ้องคดี

ประการที่สอง คือ ปัญหาความชัดเจนแน่นอนและขอบเขตเนื้อหาแห่งสิทธิ สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิเอาไว้ เช่น สิทธิมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เนื้อหาของสิทธิเหล่านี้คืออะไร มีขอบเขตแค่ไหน ยังเป็นปัญหาที่ต้องการคำอธิบายอย่างมาก ความไม่ชัดเจนจะนำมาซึ่งปัญหาความผูกพันขององค์กรรัฐที่มีต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งสิทธิต่างๆ ของชุมชนจะกระทบต่อการบริหารงานของรัฐหรือไม่ อย่างไร

ขณะเดียวกันนักกฎหมายที่สนับสนุนความคิดสิทธิชุมชน เช่น บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า สาเหตุที่กฎหมายไทยไม่เห็นความสำคัญและไม่รับรองบทบาทของชุมชนเป็นเพราะการรับกระแสความคิดแบบตะวันตกโดยไม่แยกแยะ กล่าวคือ มองเห็นสิ่งที่มีสิทธิเป็นสองพวก คือรัฐ กับเอกชนมองข้ามชุมชนซึ่งเป็น

4 วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 42 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม, 2556) หน้า 1002-1005

หน่วยสังคมที่มีมาแต่เดิมในสังคมไทยไปเสียเช่นเดียวกับปรีชา สุวรรณทัต อธิบายว่า ชุมชนเป็นหน่วยสังคมที่มีมาตามธรรมชาติและกฎหมายควรรับรองให้มีสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในท้องที่ของชุมชนนั้น⁶

อย่างไรก็ดี การปะทะทางความคิดของนักกฎหมายเรื่อง ผู้ทรงสิทธิเป็นเพียงปฐมบทเบื้องต้นเท่านั้น หลังการบัญญัติสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญ การรับรู้และเข้าใจสิทธิชุมชนของนักกฎหมายกระแสหลักมีการเปลี่ยนแปลงหรือไม่อย่างไร จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

4. การเปลี่ยนแปลงกระแสดความคิดหลักของนักกฎหมายและอุปสรรคปัญหาของการเปลี่ยนแปลง

หลังจากได้บัญญัติสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ข้อถกเถียงเรื่องผู้ทรงสิทธิในเรื่องสิทธิชุมชนดูเหมือนจะลดน้อยลง เพราะอย่างไรในทางกฎหมายก็ต้องยอมรับว่า ชุมชนได้เกิดสิทธิขึ้นตามที่กฎหมายรับรองแล้ว แต่ประเด็นสำคัญ คือ เรื่องของการบังคับใช้ เนื่องจากการรับรองสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญบนหลักการที่ชุมชนสามารถดูแล รักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรนั้นไม่ได้สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากร หรือในทางกลับกันก็คือ กฎหมายเหล่านั้นยังขัดกับหลักการสิทธิชุมชนที่รัฐธรรมนูญรับรอง การพิจารณาต่อไปก็คือ นักกฎหมายที่มีกระแสดความคิดหลักโดยเฉพาะผู้พิพากษาเปลี่ยนแปลงแนวคิดเดิมหรือรับความคิดสิทธิชุมชนหรือไม่ ถ้าไม่แล้วมีอุปสรรคปัญหาอย่างไร

5 บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, สำนักพิมพ์นิติธรรม เมษายน 2537, หน้า 406.

6 คำอภิปรายของปรีชา สุวรรณทัต, บันทึกการเสวนา “นโยบายและมาตรการทางนิติบัญญัติ” เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2536 ณ ห้องประชุมใหญ่ อาคารใหม่ รัฐสภา, ในวิวัฒน์ คติธรรม นิตย (บรรณาธิการ), สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจจัดการทรัพยากร, กรุงเทพฯ, 2536, หน้า 218.

4.1 การเปลี่ยนแปลงกระแสดความคิดหลักของนักกฎหมาย

การบัญญัติสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ได้มีความคาดหวังว่าสิทธิชุมชนจะสามารถมีผลใช้บังคับได้เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้ถูกอธิบายว่าเป็นกฎหมายสูงสุดที่บทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดไม่สามารถขัดหรือแย้งได้ แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทเข้าสู่การวินิจฉัยของศาลก็ได้มีคำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาของการบังคับใช้สิทธิชุมชนให้เกิดขึ้น ส่วนใหญ่เป็นผลมาจากผู้พิพากษาไม่วินิจฉัยในประเด็นสิทธิของชุมชนในการจัดการทรัพยากร ตามตัวอย่างการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมเกี่ยวกับสิทธิชุมชน

ตัวอย่างเช่น คดีหมายเลขแดงที่ 3860/2544

คดีซึ่งเกิดขึ้นที่ตำบลแม่วิน อำเภอแม่วาง จังหวัดเชียงใหม่ โดยนายมงคล รักยิ่งประเสริฐ ถูกเจ้าหน้าที่ป่าไม้จับในข้อหาครอบครองไม้หวงห้ามเกินจำนวนที่กฎหมายกำหนด ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 และประมวลกฎหมายอาญา คดีถูกนำขึ้นฟ้องศาลในวันที่ 23 ธันวาคม 2541 นายมงคลต่อสู้คดีโดยการระบุเหตุการณ์ว่าไม่ดังกล่าวเป็นของหลานชายที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการป่าชุมชนตามระเบียบการจัดการป่าชุมชน จึงได้ตัดไม้เพื่อนำไปสร้างบ้านหลังแรกของการตั้งครอบครัวใหม่เมื่อออกเรือนตามประเพณีของชาวปกากญอ ในการต่อสู้คดีมีการยกประเด็นการใช้สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นนักมานุษยวิทยาและสังคมวิทยารวมถึงนักกฎหมายจากมหาวิทยาลัยที่ทำวิจัยเกี่ยวกับสิทธิชุมชนและการจัดการป่าชุมชน ในคำพิพากษามีการอธิบายถึงการจัดการป่าชุมชนตามประเพณีดั้งเดิม รวมถึงระบุว่าในคำให้การมีการอ้างถึงผู้นำทางความเชื่อของชาวปกากญอที่เรียกว่า “ฮีโซ” อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาไม่ได้มีการวินิจฉัยหรือให้เหตุผลใดใดที่เชื่อมโยงการปฏิบัติของชุมชนกับสิทธิชุมชนมาตรา 46 ท้ายที่สุดศาลจังหวัดเชียงใหม่ได้ตัดสินว่านายมงคลมีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการครอบครองไม้หวงห้ามและลงโทษจำคุก 8 เดือน โดยลดโทษให้ 1 ใน 4 เหลือโทษจำคุก 6 เดือน โดยรอลงอาญาไว้ 2 ปี

แม้ต่อมารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ยังคงรับรองสิทธิชุมชนในมาตรา 66 และได้ตัดข้อความ “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติออกไป” ทั้งมาตรา 28 วรรค 2 รับรองการยกเลิกสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองขึ้นต่อผู้ในศาลได้โดยตรงแต่การอ้างถึงสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในคดีก็ยังเผชิญกับปัญหา แม้ว่าจะมีการอ้างว่า คดีสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรมีความก้าวหน้า แต่ประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการมีอำนาจเหนือของชุมชนท้องถิ่นในทรัพยากรซึ่งยังไม่ได้รับการยอมรับแต่อย่างใด โดยเหตุดังกล่าวอาจได้รับการรับฟังในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล แต่ก็ประเด็นที่ถูกพิจารณาในแง่มุมของเจตนาในการเข้าทำประโยชน์ในพื้นที่ของหน่วยงานรัฐ อันเป็นเหตุผลให้ศาลอาจจะลดโทษหรือรอกการลงโทษแก่บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานบุกรุกพื้นที่ของรัฐ ไม่ใช่สิทธิของชุมชนในการจัดการทรัพยากร

ตัวอย่างเช่น คดีหมายเลขแดงที่ 1737-38/2551 ศาลจังหวัดแม่สอด

คดีนี้จำเลยเป็นชาวบ้านที่ทำกินในเขตบ้านแม่อมกิ ตำบลแม่วะหลวง อำเภอท่าสองยาง จังหวัดตาก ซึ่งอยู่อาศัยและทำกินในพื้นที่มาก่อนมีการประกาศเป็นเขตพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติและดำรงชีพด้วยวิธีการทำไร่หมุนเวียน จำเลยอ้างว่าได้เข้าทำประโยชน์ในที่พิพาทมานานโดยไม่ได้บุกรุกแผ้วถางใหม่ โดยมีความเห็นของผู้ใหญ่บ้าน นายอำเภอและเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจังหวัดตาก และผู้ทำงานวิจัยในเรื่องการทำไร่หมุนเวียนมาประกอบการนำสืบของจำเลยในชั้นพิจารณาของศาล จำเลยต่อสู้ว่าเป็นกลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยงไม่สามารถอ่านเขียนภาษาไทยได้ ที่เข้ามาตั้งถิ่นฐานบ้านเรือนมานานแล้ว ก่อนที่ทางการจะประกาศให้เป็นป่าสงวนแห่งชาติ และเข้าใจว่าเป็นที่ดินที่รัฐอนุโลมผ่อนผันให้ราษฎรที่ทำประโยชน์อยู่ก่อนแล้ว ได้ทำประโยชน์ต่อไป

อัยการจังหวัดแม่สอดฟ้องนางน่อเฮมมัย เวียงวิชาว เป็นจำเลย ที่ศาลจังหวัดแม่สอด และอีกคดีหนึ่ง อัยการฟ้องนายดีแปะโพ ไม่มีนามสกุล ที่ศาลจังหวัดแม่สอด ซึ่งก็ได้มีคำพิพากษา ในความผิดต่อพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ดังนี้

“จำเลยนำสืบว่าจำเลยพักอาศัยอยู่ที่หมู่บ้านแม่อมกิ มีอาชีพทำนามีที่ดิน 3 แปลง หมุนเวียนเข้าทำประโยชน์แต่ละปี เดิมทีพิพาทเป็นของบิดามารดาจำเลย เมื่อบิดามารดาเสียชีวิต ที่พิพาทจึงตกทอดแก่จำเลย จำเลยได้เข้าทำกินในที่พิพาทมานานแล้ว นายทรงธรรม วรรณสิทธิ์ ซึ่งเป็นนายอำเภอท่าสองยางในขณะเกิดเหตุ และเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวนมีความเห็นสั่งไม่ฟ้องจำเลย”

“บริเวณที่เกิดเหตุและที่ดินข้างเคียงโดยทั่วไปเป็นที่ดินที่ผ่านการทำประโยชน์มาแล้ว และมีการเข้ายึดถือที่เกิดเหตุก่อนที่ทางราชการจะกำหนดให้เป็นป่าสงวนแห่งชาติ เมื่อจำเลยเข้าทำประโยชน์ในที่ที่เกิดเหตุโดยได้รับตกทอดมาจากบิดามารดา ย่อมเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้จำเลยซึ่งเป็นชาวบ้านธรรมดาในชนบทเข้าใจว่าที่เกิดเหตุเป็นที่ดินที่รัฐอนุญาตผ่อนผันให้ราษฎรที่ทำประโยชน์อยู่ก่อนแล้วได้ทำประโยชน์ต่อไป จำเลยจึงไม่มีเจตนากระทำความผิดตามฟ้องพิพากษายกฟ้อง”

ประเด็นสำคัญของคดีที่มีการรับฟังพยานหลักฐานในการยืนยันถึงจารีตประเพณีของชุมชนในการทำไร่หมุนเวียน และมีการรับฟังว่าชุมชนตั้งอยู่ในพื้นที่มาก่อนมีการประกาศเขตป่า แต่ศาลก็ยังไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นการมีสิทธิของชุมชนในการจัดการทรัพยากร ต่อมาทางฝ่ายโจทก์ได้อุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ 194/2555 ศาลอุทธรณ์ ภาค 6 กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติป่าไม้ และ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ

“พิเคราะห์แล้ว ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของโจทก์มีเพียงประการเดียวว่า จำเลยมีเจตนากระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ เห็นว่าแม้จำเลยนำสืบว่าเดิมบิดามารดาทำกินในที่เกิดเหตุ ต่อมาเมื่อประมาณ 14 ปี ก่อนเกิดเหตุ (ประมาณปี 2537) บิดามารดาตาย จำเลย

จึงเข้าทำกินต่อ อันเป็นเวลาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะมีมติตาม
เอกสารหมายเลข ล.2 จำเลยประกอบอาชีพ ทำไร่หมุนเวียน ... แต่เมื่อ
ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าที่เกิดเหตุเป็นป่าสงวนแห่งชาติ ตามพระราช
บัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 4 จึงไม่อาจที่จะตกทอด
แก่จำเลยอย่างศาลชั้นต้นวินิจฉัย...ส่วนมติดคณะรัฐมนตรีตามเอกสาร
หมายเลข ล.2 ที่จำเลยอ้างและศาลชั้นต้นนำมาวินิจฉัยว่าจำเลยเชื่อ
โดยสุจริตว่าทางราชการผ่อนผันให้ทำกินได้นั้น เห็นว่ามติดคณะรัฐมนตรี
ดังกล่าวมิใช่กฎหมาย จึงไม่อาจลบล้างการกระทำที่เป็นความผิดตาม
พระราชบัญญัติป่าไม้และพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติอยู่แล้ว
ให้เป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดได้ จำเลยจึงไม่อาจอ้างได้ว่าจำเลย
ไม่มีเจตนากระทำความผิด”

ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำคุก 2 ปีโดยให้รอลงอาญา 1 ปี และให้จำเลย
ออกจากบริเวณป่าสงวนแห่งชาติที่เกิดเหตุ (ซึ่งคดีอยู่ในระหว่างการวินิจฉัยของ
ศาลฎีกา – ตุลาคม 2556)

4.2.อุปสรรค ปัญหาของการเปลี่ยนแปลง

1) การขาดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงความหมาย “สิทธิชุมชน”

การขมวดความหมายของ “สิทธิชุมชน” ไว้ในรัฐธรรมนูญ เพียงมาตรา
เดียวทั้งในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เป็นปัญหาสำหรับ
การตีความของนักกฎหมายแนวปฏิฐานนิยมอย่างมาก เนื่องจากความหมายของ
“สิทธิชุมชน” มีความซับซ้อนในความหมายของถ้อยคำที่แตกต่างไปจากหลักการ
ตีความถ้อยคำกฎหมายของนักกฎหมาย โดยหลักการทั่วไปในการตีความถ้อยคำ
ของนักกฎหมายจะแบ่งประเภทถ้อยคำในกฎหมายเป็น 2 ประเภท คือ 1.ถ้อยคำ
ที่มีความหมายแน่นอนชัดเจน (Definite Concepts) 2.ถ้อยคำที่มีความหมาย
ไม่อาจกำหนดความหมายแน่นอนตายตัว (Indefinite Concepts)⁷ ในประเภท

7 จิรนิติ หะวานนท์, คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ

แรกกฎหมายจะกำหนดถ้อยคำไว้ชัดเจนตายตัว ไม่จำเป็นต้องตีความใด เช่น คำว่า “ผู้หญิง” “ผู้ชาย” “สุนัข” “สุกร” ส่วนประเภทที่สองนั้น กฎหมายกำหนดถ้อยคำที่มีความหมายไม่ตายตัว เช่น “ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” “เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน” ถ้อยคำในกฎหมายประเภทนี้ กฎหมายเปิดโอกาสให้นักกฎหมายปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้ากับข้อกฎหมาย โดยการตีความว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นอย่างเดียวกับที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เช่น ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า ตุลยพินิจวินิจฉัย (Discretion)

แต่คำว่า “สิทธิชุมชน” ไม่ได้มีความหมายและความเข้าใจที่นักกฎหมายจะสามารถปรับข้อเท็จจริงเข้ากับถ้อยคำ “สิทธิชุมชน” ได้ว่า สิ่งนั้น สิ่งนี้ คือ สิทธิชุมชน ความหมายเชิงลึกของสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติมีแนวคิดเบื้องหลังของระบบและรูปแบบต่างๆ ผังอยู่ในความหมาย ทั้งจารีตประเพณี ความเชื่อ รูปแบบการจัดการทรัพยากร ที่ยอมรับการจัดการทรัพยากรโดยชุมชน เช่น ระบบการจัดการป่าของปะกาเกอญอ เช่น ป่าเดปอ ป่าดุดะ ป่าเดหมือเบอ ระบบการจัดการป่าของม้ง เช่น ป่าดงแซ่ง ระบบการจัดการป่าของละหู่ เช่น ป่าโซซิเค ระบบเหมืองฝายที่มีรูปแบบแ่งเหมืองแ่งฝายทำหน้าที่จัดสรรน้ำ การเลี้ยงฝัฝาย การไหว้ฝัฝาน้ำ การผัดฝั การซัด นอกจากนั้นยังมีป่าชุมชนในพื้นที่ของคนไทยพื้นราบที่มีระบบการจัดการที่แตกต่างออกไปจากระบบของกลุ่มชาติพันธุ์ และแตกต่างกันไปตามแต่ละพื้นที่อีก

ระบบและรูปแบบของสิทธิชุมชนที่หลากหลายแตกต่างกัน อีกทั้งการทำความเข้าใจระบบและรูปแบบการจัดการทรัพยากรก็ไม่ใช่ว่าเรื่องง่ายสำหรับนักกฎหมายเพราะความคิดเรื่องสิทธิชุมชนก่อเกิดขึ้นจากความคิดทางสังคมวิทยา และมานุษยวิทยาที่ศึกษาสภาพความจริงในพื้นที่ชนบทและชายขอบ ต่อมาได้ยกสถานะให้เกิดเป็นสิทธิทางกฎหมาย การเกิดสิทธิอันใหม่เกิดขึ้นที่แตกต่างจากสิทธิทางกฎหมายที่ศึกษากันมาแต่เดิม การปรากฏตัวของถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ

เพียงมาตราเดียวและไม่มีนิยามอธิบาย รวมถึงความซับซ้อนตามที่กล่าวมาจึงเป็นอุปสรรคปัญหาของนักกฎหมายที่จะเข้าไปตัดสินวินิจฉัย

2) การไม่ยอมรับพหุนิยมกฎหมาย

การอธิบายสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรในทางกฎหมาย มีความจำเป็นที่จะต้องยอมรับระบบกฎหมายอื่นที่แตกต่างไปจากกฎหมายของรัฐหรือ พหุนิยมกฎหมาย หรือ กฎหมายเชิงซ้อน (Legal Pluralism) การยอมรับสิทธิชุมชนในกฎหมายรัฐธรรมนูญตามสภาพในปัจจุบันที่ยอมรับสิทธิชุมชนซึ่งเป็นสิทธิอีกรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ ทำให้นักกฎหมายจะต้องคำนึงถึงความเป็นพหุนิยมกฎหมายซึ่งมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายกระแสหลักแบบปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) ของประเทศไทย

นักกฎหมายแนวพหุนิยมได้เสนอการยอมรับกฎหมายอื่น โดยเห็นว่าภายในรัฐหนึ่งอาจมีกฎหมายหลายระบบผสมกันอยู่ เช่น กฎหมายจารีตประเพณี ความเชื่อท้องถิ่น เพราะความเป็นพหุกฎหมายได้เกิดขึ้นพร้อมกับความเป็นพหุสังคม เพราะในรัฐหนึ่งประกอบด้วยสังคมหลายสังคม มีวัฒนธรรมที่หลากหลายวิถีชีวิตของคนก็แตกต่างกัน กฎหมายแบบฉบับที่มีความแน่นอนตายตัวจะสามารถใช้กับทุกพื้นที่ที่แตกต่างกันได้หรือไม่ โดยเฉพาะกฎหมายที่กระทบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของชุมชนอย่างชัดเจน

ขณะเดียวกันระบบกฎหมายกระแสหลักของประเทศไทยที่เป็นแบบปฏิฐานนิยมที่ยอมรับกฎเกณฑ์ที่จะเป็นกฎหมายได้นั้นต้องมาจากรัฐและควรจะเป็นกฎหมายของรัฐในรูปแบบเดียวกันสำหรับทุกคน ระบบกฎหมายแบบปฏิฐานนิยมจึงเป็นรูปแบบที่สวนทางกับระบบพหุนิยมกฎหมายอย่างชัดเจน อานันท์ กาญจนพันธุ์ ได้อธิบายถึงข้อจำกัดในเรื่องนี้ว่า ระบบกฎหมายของไทยไม่มีความชัดเจนและยังไม่เปิดกว้างเพียงพอที่จะยอมรับกฎหมายเชิงซ้อนโดย

8 อานันท์ กาญจนพันธุ์, **ฐานทรัพยากรในฐานะทุนชีวิตกับการจัดการแบบมีส่วนร่วมในฐานทรัพยากร...ทุนชีวิตของสังคมไทย**. กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์ดี จำกัด, 2556, หน้า 82.

เฉพาะการยอมรับความชอบธรรมของระบบกฎหมาย ที่เรียกว่า ความหลากหลาย และความซับซ้อนของระบบกฎหมาย กฎหมายไทยไม่ให้ความสำคัญกับจารีตประเพณีท้องถิ่นรวมถึงกฎข้อบังคับของกลุ่มอาชีพและกลุ่มชาติพันธุ์อื่นๆ ในฐานะที่เป็นระบบกฎหมายระบบหนึ่ง

เมื่อพิจารณาระบบสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร ที่ชุมชนจะมีการจัดตั้งองค์กร มีการกำหนดข้อบังคับ กฎเกณฑ์ของชุมชนทั้งจากจารีตประเพณีเอง และจากการบัญญัติโดยชุมชนเอง เพื่อทำหน้าที่ในการจัดการ ดูแล และจัดสรรการใช้ประโยชน์ ซึ่งมีสถานะการบังคับใช้กับคนทั้งภายในและภายนอกชุมชน กฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นกฎเกณฑ์ของชุมชนที่มีอยู่จริง ได้รับการยอมรับ และสามารถปฏิบัติได้จริง แต่เป็นกฎเกณฑ์อีกชุดหนึ่งที่ต่างไปจากพระราชบัญญัติต่างๆ ที่เป็นกฎหมายของรัฐ

โดยลักษณะของสิทธิชุมชนเช่นนี้จึงไม่สอดคล้องไปกับระบบการจัดการทรัพยากรตามกฎหมายไทยที่ยอมรับเฉพาะกฎหมายของรัฐเป็นหลักและในการจัดการทรัพยากร กฎหมายให้อำนาจกับองค์กรรัฐเป็นผู้จัดการควบคุมดูแลเพียงองค์กรเดียว โดยปฏิเสธการจัดการทรัพยากรโดยองค์กรอื่น เช่น ชุมชน ที่จะสร้างกฎเกณฑ์ชุดอื่น เช่น จารีตประเพณี ข้อบังคับ ขึ้นมาในการจัดการทรัพยากร

3) การไม่สร้างหลักกฎหมายของผู้พิพากษาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายจากรัฐธรรมนูญซึ่งรับรองสิทธิชุมชน

เนื่องจากกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) การตัดสินใจของผู้พิพากษาจึงอาศัยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยศาลจะเป็นผู้ใช้และตีความเมื่อมีคดีความเกิดขึ้น แต่ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรค 2 ได้กำหนดให้บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือเป็นข้อต่อสู้ในศาล โดยไม่ต้องมีกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติออกมารองรับ ทำให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ ตีความและเปิดพื้นที่ให้กับสิทธิชุมชนให้กว้างขวางมากขึ้น โดยการตัดสินใจของผู้พิพากษาไม่ต้องยึดถือตามตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร

และสามารถนำแนวคิดการยอมรับหลักเกณฑ์อื่นเป็นกฎหมายตามแนวคิดระบบ พหุนิยมกฎหมาย เช่น จารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งเป็นรูปแบบการจัดการ ทรัพยากรของชุมชนมีฐานรองรับเป็นหลักกฎหมายในคำพิพากษามากขึ้น แต่ใน ระยะเวลาที่ผ่านมายังพบว่า การวางหลักกฎหมายเรื่องสิทธิชุมชนยังไม่ปรากฏออก มาในคำพิพากษาแต่อย่างใด ผู้พิพากษายังมุ่งใช้เพียงกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดและยังให้ความสำคัญกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็น กฎหมายสูงสูดน้อย

5.บทสรุป

จากที่ได้อธิบายมา แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่ได้รับรอง สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ แต่ประเด็นปัญหาความเข้าใจสิทธิชุมชนในการจัดการ ทรัพยากรของนักกฎหมายยังคงมีปัญหาลายประการ โดยเฉพาะความเข้าใจของ นักกฎหมายกระแสหลักที่เปลี่ยนแปลงไปน้อยทำให้มีผลกระทบต่อการรับรองสิทธิ ชุมชน นักกฎหมายกระแสหลักจึงจำเป็นต้องมีการสร้างฐานความรู้ในเรื่องสิทธิ ชุมชน รวมทั้งการแลกเปลี่ยนความเห็น ความเข้าใจเพื่อให้เกิดความตระหนักถึง ความรู้โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อจะทำให้สิทธิ ต่างๆ เหล่านี้สามารถมีผลใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติ มิใช่เป็นเพียงบทบัญญัติที่ ไร้ความหมายในทางปฏิบัติอย่างที่เป็นอย่าง

บรรณานุกรม

- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. (2537). กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- กองกรรมาธิการ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2536). รายงาน คณะกรรมการพิจารณาศึกษาแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สภาผู้แทนราษฎร (เล่ม 1). กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540) . “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม)”. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 17 ฉบับที่ 3.
- วิวัฒน์ คติธรรมนิทย์ (บรรณาธิการ). (2536). สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจ จัดการทรัพยากร. กรุงเทพฯ: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.
- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2540). คู่มือการศึกษากฎหมาย ปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- อานันท์ กาญจนพันธุ์. (2556). ฐานทรัพยากรในฐานะทุนชีวิตกับการจัดการแบบมีส่วนร่วมในฐานทรัพยากร...ทุนชีวิตของสังคมไทย. กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์ดี จำกัด.