



วารสาร

สิทธิและสันติศึกษา

ปีที่ 5 ฉบับที่ 1

วารสารสิทธิและสันติศึกษา: จัดทำโดย สถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

ISSN: 2465-4183 (in print)

ISSN: 2651-1118 (online)

2697-3804 (online)

กำหนดออกเผยแพร่: 2 ฉบับ/ปี (ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน และ ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม)

ขอบเขตของเนื้อหา: บทความวิจัยและบทความวิชาการ ปริทัศน์หนังสือ บทความปริทัศน์ทางด้านมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ได้แก่ สาขาสังคมวิทยา มานุษยวิทยา ประวัติศาสตร์ ภูมิศาสตร์ ศีลศาสตร์ นิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ สหวิทยาการและสาขาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

วัตถุประสงค์:

- 1) เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้คณาจารย์ นักวิชาการ นิสิตนักศึกษา และผู้ที่สนใจทั่วไป ได้มีโอกาสเผยแพร่ผลงานทางวิชาการและผลงานวิจัย
- 2) เป็นแหล่งในการเสนอผลงานรวมทั้ง แลกเปลี่ยนข่าวสารข้อมูล ความคิดเห็นทางวิชาการและวิจัย อันจะเป็นการพัฒนาการศึกษาและการวิจัยในสาขาที่เกี่ยวข้อง
- 3) เพื่อเป็นเอกสารอ้างอิงประกอบการศึกษาค้นคว้าวิจัยในระดับอุดมศึกษา
- 4) เพื่อบริการวิชาการแก่สังคมในรูปแบบวารสารวิชาการ

หน้าลิขสิทธิ์

ทัศนะ ข้อคิดเห็น ภาพที่ปรากฏในวารสารเล่มนี้ เป็นความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียนบรรณาธิการและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้อง และไม่ถือเป็นความรับผิดชอบ ลิขสิทธิ์ในบทความเป็นของผู้เขียนและสถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล ห้ามผลิตซ้ำ เก็บในระบบที่ค้นหาได้ หรือเผยแพร่ส่วนใดส่วนหนึ่งของวารสารเว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากบรรณาธิการ หรือได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หรือตามเงื่อนไขขององค์กรลิขสิทธิ์ภาพถ่ายหรือกราฟิก สงวนลิขสิทธิ์ในการนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ การนำไปใช้โปรดอ้างอิงให้ถูกต้องตามหลักวิชาการ

COPYRIGHT

The views, opinions and pictures expressed in this journal are those of the authors and do not necessarily reflect the opinions and viewpoints of the editor and the editorial board. All rights are reserved by the authors and the Institute of Human Rights and Peace Studies of Mahidol University. No part of this journal may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means without the prior permission in writing from the journal's editor, or as expressly permitted by law, or under terms agreed with the appropriate reprographics rights organization. Non-commercial use of information in this journal must be properly referenced.

วารสารสิทธิและสันติศึกษา

ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2562

เจ้าของ:

สถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

กำหนดออก:

ปีละ 2 ฉบับ (มกราคม - มิถุนายน; กรกฎาคม - ธันวาคม)

เลขประจำวารสาร:

2465-4183 (in print)

2651-1118 (online)

2697-3804 (online)

ผู้ทรงคุณวุฒิ

ศ.ดร.อมรา พงศาพิชญ์

อดีตประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ศ.กิตติคุณ วิฑิต มั่นตราภรณ์

ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ศ.ดร.ชัยวัฒน์ สถาอานันท์

ศูนย์ข่าวสารสันติภาพ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศ.ดร.ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ

คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ศ.ดร.ฉันทนา บรรพศิริโชติ หวัน

คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แก้ว

คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รศ.ดร.วีระ สมบูรณ์

นักวิชาการอิสระ

รศ.ดร.โคทม อารียา

นักวิชาการอิสระ

รศ.ดร.เพิ่มศักดิ์ มกราริมย์

สถาบันสันติศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

รศ.ดร.วิชัย กาญจนสุวรรณ

อดีตผู้แทนไทยในคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ดร.ศรีประภา เพชรมีศรี

ผู้อำนวยการสถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

ดร.เอกพันธ์ ปิณฑวนิช

บรรณาธิการบริหาร

ดร.พัทธ์ธีรา นาคอุไรรัตน์

สถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

บรรณาธิการประจำฉบับ

ดร.มาร์ก ปีเตอร์ คาपालดี

สถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

กองบรรณาธิการ

รศ.ดร.ประภาส ปิ่นตบแต่ง

คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผศ.ดร.บัณฑิต ไกรวิจิตร

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี

ผศ.ดร.ไพลิน ภูจินาพันธ์

คณะรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ผศ.ดร.มุฮัมหมัด อิลยาส หล้าปริง

คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ผศ.ดร.รัตนะ ปัญญาภา

วิทยาลัยการปกครองท้องถิ่น มหาวิทยาลัยขอนแก่น

ผศ.ดร.วิไลวรรณ จงวิไลเกษม

คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผศ.ดร.ศิวิชัย ศรีโคคางกูร

วิทยาลัยการปกครองท้องถิ่น มหาวิทยาลัยขอนแก่น

ผศ.ดร.สุชาติ เศรษฐมาลินี

สถาบันศาสนา วัฒนธรรม และสันติภาพ มหาวิทยาลัยพายัพ

ผศ.ดร.เอกพลณัฐ ญัฐพัชร์นันท์

คณะอักษรศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร

ดร.ชันทอง วัฒนะประดิษฐ์

สถาบันสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย

ดร.ไชยณรงค์ เศรษฐเชื้อ

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

ผศ.ดร.นภารัตน์ กรรณรัตน์สุตร

สถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

ดร.ยานันท์ สุมาร์ลัน

สถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

คณะทำงาน

นายรัฐวิศว์ เอื้อประชาชนนท์
นายบัณฑิต สายแสง
นายวัลลภ ภูมรา
นางสาวจันทร์จรียาพร แยมประภารัตน์

เว็บมาสเตอร์

นางสาวเสมอแซ ย้อยนวล

ออกแบบปก

นางสาวเขมิกา กลิ่นเกษร

ตรวจพิสูจน์อักษร

นางสาวเจน ไรด์แมน

ติดต่อกองบรรณาธิการ

นายณวัช วรัชจิรากร
นางสาวเขมิกา กลิ่นเกษร
นางสาวกัญญณัช เวล้าแจ้ง
อาคารปัญญาพิพัฒน์ 999 พุทธมณฑล ศาลายา นครปฐม 73170
โทรศัพท์ 662-4410872-3 โทรสาร 0-2441-0872-3
Email: hrpsjournal@mahidol.ac.th Facebook: www.facebook.com/HRPS.Mahidol
Website: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS>

พิมพ์ที่: สถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล เลขที่ 999 ศาลายา พุทธมณฑล นครปฐม 73170

Coordinator

Mr.Ratawit Ouaprachanon
Mr.Bordin Saisaeng
Mr.Wallop pumra
Ms.Chanchariyaporn Yampraparatana

Cover

Khemika Klingsorn

Proof-readers

Jenn Weidman

Contact us

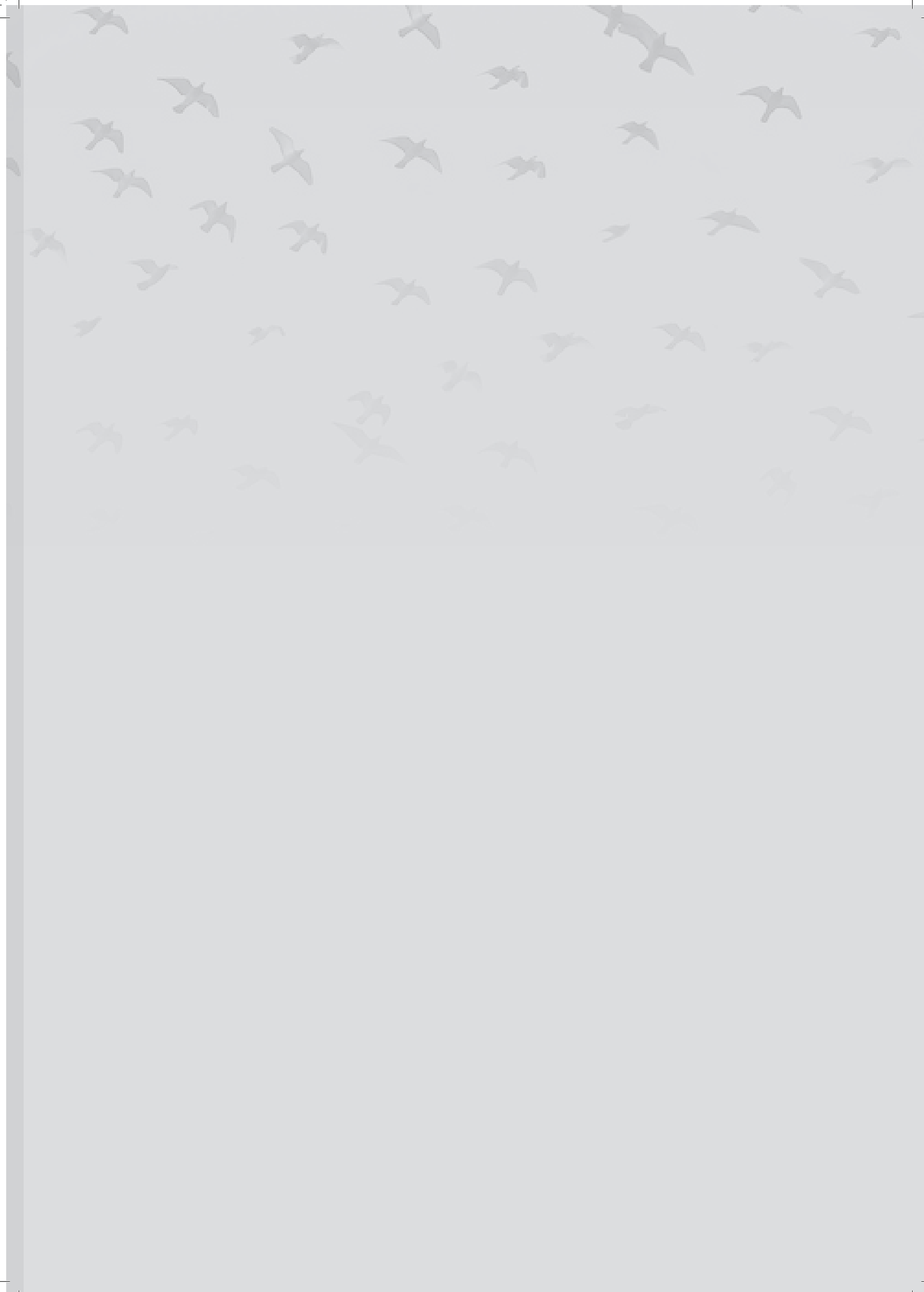
Mr.Narach Warachjirakorn
Ms. Khemika Klingsorn
Ms.Kanyanat valajang
Institute of Human Rights and Peace Studies, Mahidol University.
999 Salaya Phutthamonthol Nakhon Pathom 73170
Email: hrpsjournal@mahidol.ac.th
Facebook: www.facebook.com/HRPS.Mahidol
Website: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS>

**Print: Institute of Human Rights and Peace Studies, Mahidol University.
999 Salaya Phutthamonthol Nakhon Pathom 73170**

สารบัญ

บทบรรณาธิการ (Editorial)	(XI)
<i>มาร์ก คาปาลดี</i>	
<i>Mark Capaldi</i>	
บทความวิชาการ (Articles)	
The Child’s Path to International Justice	1
<i>Carmen Melania Madriñán</i>	
Terminology considerations on trafficking of children for sexual purposes based on the Luxembourg Guidelines	36
<i>Andrea Varrella</i>	
Displaced Rohingya Children and the Risk of Human Trafficking	47
<i>Caitlin McCaffrie</i>	
Child Soldiers: Victims or Offenders?	68
<i>Mary Grace Castillejos Agcaoili</i>	
Trade Unions in ASEAN: Their Status and Role in the Application of CSR Practices with the Example of Cambodia	85
<i>Joana Cassinerio</i>	
History of Prejudice: Patriarchy, Asceticism and The Bias to Women in Buddhism after The Buddha’s death.	104
<i>Channarong Boonnoon</i>	

ปริทัศน์หนังสือ (Book Review)	128
Peacebuilding in the Balkans: The View from the Ground Floor <i>Yanuar Sumarlan</i>	
บทความปริทัศน์ (Article Review)	138
Academic Article Review: Human Trafficking for Sex Exploitation in Thailand <i>Kritsana Pimonsaengsuriya</i>	
คำแนะนำสำหรับผู้เขียน (Instructions for Author)	140





Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



EDITORIAL

The ‘jewel in the crown’ in the universe of human rights: 30 years of the Convention on the Rights of the Child

Mark P. Capaldi, PhD¹, Guest Editor

The Journal of Human Rights and Peace Studies generally explores any area related to human rights and peace. This has proven particularly important for the Southeast Asia region in the last few years as the Journal has documented, theorized and analysed a perceived erosion of civil and political rights and a rise in authoritarian rule in some states. Southeast Asia has always had an unsteady belief in western democracy and human rights, preferring to foster what it calls ‘Asian Values’ and the ‘particularities of the ASEAN region.’

There has been one ray of hope and jewel in the crown of the human rights standards that we can pause to celebrate both within the region and globally. 2019 is the 30th Anniversary of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC). Thirty years ago the CRC was heralded as the most wide-ranging human rights treaty combining not only social, economic and cultural rights (see for example Articles 24, 28, 29, 30, 31 and 32) as well as civil and political rights which are covered in Articles 12 to 17. It is the most universally ratified human rights treaty – another cause for celebration – and without a doubt has had sizeable impact on steering the legislation, policies and programmes worldwide for children and driving global momentum on respecting and protecting the rights of children. Just look at a few of the indicators for children achieved in the last two decades as reported by UNICEF. Since 1990 globally, there has been a 53% reduction in child mortality; maternal mortality rates are down by 45%; improved nutrition for children has reduced stunting rates by 41%; and the number

¹ Mark P. Capaldi is a Lecturer at Institute of Human Rights and Peace Studies Mahidol University.

of out of school children has almost halved.² Children are now much more likely to survive, be healthy and prosper than two decades ago.

Of course, these harder more measurable indicators do not give the full picture and as much as there have been achievements, there have also been failings. So whilst thirty years is a cause to celebrate the successes in the realization of children's rights, it is also an inexcusable long time for the continuation of the suffering and abuse that children experience the world over, some examples of which are documented in the articles in this journal.

But turning back to the CRC as a key human rights instrument, despite its achievements, a specific anomaly over its' first two decades plus was that unlike all the other core international human rights treaties, it was the only one that was not accompanied with a communications procedure (or more simply understood, a complaints mechanism that allows an individual to petition against a violation of their rights). This was finally rectified in December 2011 when the third Optional Protocol to the CRC was adopted by the UN General Assembly, subsequently coming into force in April 2014. This year is thus another key anniversary for the CRC as five years have now passed. As such, our opening keynote paper in this Journal edition is an article written by Carmen Madriñán entitled "The Child's Path to International Justice". This paper takes us on a comprehensive journey of how children even became subjects of international law and includes a detailed description of how we eventually ended up with the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (OP3). Whilst the article has a strong focus on the recognition of legal personality of the child to be able to bring a complaint, it certainly addresses the challenges that have hampered implementation of the Convention from its' very start and the controversies that raged during the drafting of the OP3. Whilst the article clearly demonstrates the potential value of the OP3 mechanism to address child rights violations, it is also hard to ignore that the pace of ratification has been slow and the overall number of cases related to breaches of children's rights filed is extremely low. The reader is left to decide on whether the "bureaucratic protocols" that limit its effectiveness outweigh the elevated bar in relation to child rights mechanisms/redress the OP3 has brought.

As already stated, although significant advances have been made by States to harmonize domestic legislation with the CRC, many gaps still exist that leave children legally unprotected or vulnerable. Across the world, a case in point is the confusion and

² See: https://www.unicef.org/publications/files/Progress_for_Children_No._11_22June15.pdf

inconsistencies that can occur when diverging definitions are used to define child rights violations and concerns. Our second article by Andrea Varella categorically illustrates this problem by discussing terminology considerations concerning the trafficking of children for sexual purposes. Interestingly, in the context of the CRC, the second Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography (OP2) has not been able to automatically address some of these inconsistencies, despite its' comprehensiveness as different child rights instruments interchangeably use various terms and without clear distinction. As Varella explains, the danger is that this can hinder action to generate clear evidence of violations and reduce the harmful effects for the child victims. Fortunately, the organization that she currently works for, ECPAT International, established in 2016 a global Interagency Working Group composed of representatives from UN agencies, child rights NGOs, and law enforcement agencies, and developed the "Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse" (commonly known as the "Luxembourg Guidelines"). These guidelines have been heralded for their universal clarity in systematically identifying, analysing and defining a wide range of best/common terms that should be used to describe sexual exploitation of children and its manifestations. They are now widely adopted by child protection professionals all over the world and have been translated into a number of languages.

The other key part of the jewel that is the CRC is the first Optional Protocol on the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict (OP1) which prohibits forced and voluntary recruitment and the use of children under 18 in armed conflict. Mary Grace Agcaoili, recognizing that the recruitment and use of children by parties to conflict is both an old and continuing phenomenon, also uncovers a very troubling dilemma on this issue when children commit crimes or are engaged in armed conflict. Are child soldiers hapless victims of adults' abusive control or should they be held accountable – to whatever extent - for the offenses and crimes that they commit? As a child protection specialist herself, Agcaoili's default position is that they are children so we should treat them as such. But she also provides a clear exposition of why even treating them as active participants in violence, in which they have exercised their agency, still means they should not be held criminally responsible. She proves her point by examining reconciliation processes where social justice and societal rebuilding of networks can be facilitated while still respecting the rights of the child to be reintegrated.

Our last article focusing on child rights sadly illustrates how despite a robust child rights and protection framework existing in many states worldwide now, children can easily and tragically fall between the cracks. This can be no more clearly epitomized by the sad fact that according to the 2019 Global Compact on Refugees, more than half of the world's refugees are children. Caitlin MacCaiffree takes us on a visit to Cox's Bazar in Bangladesh where she recently took part in a rapid assessment focused on the risk of human trafficking, migrant smuggling and related exploitation arising from the displacement of Rohingya from Rakhine State in Myanmar. Within the context of the 30th Anniversary of the CRC, her paper focuses on the plight of more than half a million Rohingya children sitting in refugee camps at serious risk of falling victim to human trafficking and related forms of exploitation. Her paper exposes some of the particular vulnerabilities facing the Rohingya children who in a context where access to education is denied, leads to serious concerns of child labour and child, early and forced marriage and child trafficking amongst others. What is unique about MacCaiffree's assessment is that as it was undertaken as part of the Asia Dialogue on Forced Migration (ADFM), which is a Track II dialogue process, so it presents key opportunities for a regional response and a number of key policy directions whilst acknowledging: (i) the remarkable job so far of Bangladesh in responding to the humanitarian needs of the displaced population; and (ii) the clear responsibility that Myanmar has in tackling the root causes of the conflict.

Our final four articles of the HRPS Journal take us back outside the immediate realm of child rights. Joana Cassinerio takes us on a fascinating insight into Cambodia's garment industry, where an under developed legal framework renders workers vulnerable to labour rights violations, exploitation and abuse. She focuses on trade unions, and she maps the historic discrimination and intimidation they have faced within ASEAN and specifically illustrates how national laws and practices in Cambodia amplify this. Whilst Cassinerio acknowledges that trade unions are generally seen as being integral to human rights instruments such as the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, she has chosen to examine the link to corporate social responsibility (CSR). She argues that CSR practices (as they move away from the traditional philanthropic bias) offers the potential to pursue more social and stakeholder responsibilities that would target violations of workers should unions integrate this concept into their agendas – especially as it is an issue of great concern with the end consumers in the markets of the global north.

This journal edition also includes a research paper. Charnnarong Boonnoon has

presented his research on prejudice to women in Theravada Buddhism in his article “History of Prejudice: Patriarch, Asceticism and The Bias to Women in Buddhism after The Buddha’s Death”. Whilst in Theravada literature there is no direct teachings with respect to women rights and their socio-economic-political status, Boonnoon documents how negative images of women have been portrayed through patriarchal culture and influences of asceticism.

Our Journal closes with both a book review and article review. Dr. Yanuar Sumarlan reviews the book “Peacebuilding in the Balkans: The View from the Ground Floor”. By highlighting for us the premises and arguments identified by the author of the book, Sumarlan poses the bigger question of how successful the peace building programmes have been assessed in addressing the persistent divisions in Bosnia’s minorities. Juxtapositioning the lived experiences of everyday lives against the national level policies and assumptions is a similar theme found to emerge in Kritsana Pimonsaengsuriya’s article review of a paper on ‘Human trafficking for sex exploitation in Thailand’ that was published in 2016 in *Securitologia*. Whilst approving of the paper’s focus on the need to strengthen ASEAN mechanisms and government policies on addressing human trafficking, she questions some of the assumptions and interpretations that the paper presents in the context of the realities of Thailand.

To conclude, the articles in this volume have covered a wide range of human rights challenges, dilemmas and failings. However, the 30 years milestone of the CRC has also given us chance to celebrate some human rights achievements if not lament the continuing gaps and challenges in other areas. Special thanks go to all of the authors who have contributed to this journal with their expertise and the robust team of peer reviewers for their comments on earlier versions of the articles. This journal goes to prove that despite some current concerns of a decline in the principles of democracy, human rights, and the rule of law in certain parts of the world, there continues to be progress in the area of international human rights standards and national legislation. Indeed, the birthday wishes for the CRC compel us to strive for further many more productive and sustained years for human rights progress.

บทบรรณาธิการ

“เพชรอยอดมงกุฏ” ในแวดวงสิทธิมนุษยชน: 30 ปีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ดร. มาร์ค คาปาลดี³

โดยทั่วไปแล้ว วารสาร Journal of Human Rights and Peace Studies (วารสารสิทธิและสันติศึกษา) พยายามสำรวจทำความเข้าใจในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและสันติภาพ พิสูจน์ได้ว่าเรื่องนี้เป็นประเด็นที่สำคัญอย่างมากในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา ดังที่วารสารฯ ได้รวบรวมข้อมูล นำเสนอทฤษฎีและวิเคราะห์ถึงสถานการณ์ถดถอยของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและการปรากฏขึ้นของระบอบเผด็จการในบางประเทศ ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีความเชื่อที่สั่นคลอนต่อระบอบประชาธิปไตยแบบตะวันตกและสิทธิมนุษยชนอยู่เสมอ โดยมักจะส่งเสริมคุณค่าที่เรียกว่า “คุณค่าแห่งเอเชีย” (Asian Values) และความเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะของภูมิภาคอาเซียน

มีประกายแห่งความหวังและเพชรอยอดมงกุฏประการหนึ่งของมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชนที่เราสามารถหยุดพักเพื่อเฉลิมฉลองกันทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับโลกได้อยู่ ปี 2019 นี้ ถือเป็นครบรอบ 30 ปีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งองค์การสหประชาชาติ (UN Convention on the Rights of the Child -CRC) เมื่อ 30 ปีที่แล้ว อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ถูกประกาศให้เป็นสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่มีความครอบคลุมในหลากหลายมิติมากที่สุด มิใช่แค่รวมถึงสิทธิทางสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมเท่านั้น (ดังตัวอย่างในมาตรา 24, 28, 29, 30, 31 และ 32) ยังมีสิทธิพลเมืองและทางการเมืองอีกด้วย ซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมในมาตรา 12 ถึง 17 อนุสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการลงนามให้สัตยาบันโดยรัฐมากที่สุด (ถือเป็นอีกเหตุผลหนึ่งของการเฉลิมฉลองครั้งนี้) และไม่ต้องสงสัยว่าได้สร้างผลกระทบมากพอสมควรต่อการนำพาให้เกิดกฎหมาย นโยบายและโครงการต่าง ๆ สำหรับเด็กทั่วโลก และขับเคลื่อนให้เกิดแรงผลักดันทั่วทั้งโลกสำหรับการเคารพและการคุ้มครองสิทธิเด็ก แต่เรามาคูตัวชีวิตบางตัวสำหรับเด็กที่บรรลุเป้าหมายในช่วง 2 ทศวรรษที่ผ่านมาดังตามรายงานของ UNICEF ตั้งแต่ปี 1990 เป็นต้นมาทั่วโลก มีอัตราการตายเด็กลดลง 53 เปอร์เซ็นต์ อัตราการตายมารดาลดลง 45 เปอร์เซ็นต์ อัตราภาวะเตี้ยในเด็กลดลงถึง 41 เปอร์เซ็นต์ และอัตราเด็กที่ไม่ได้รับการศึกษาในโรงเรียนลดลงเกือบครึ่ง⁴ ในปัจจุบัน เด็กมีแนวโน้มที่จะมีชีวิตรอด มีสุขภาพดีและเจริญเติบโตมากขึ้นกว่ามากเมื่อเทียบกับสองทศวรรษที่ผ่านมา

แน่นอนว่า ตัวชีวิตที่เป็นตัวเลขจับต้องได้เหล่านี้ไม่ได้ให้ภาพสถานการณ์ทั้งหมดและยังมีความล้มเหลวอยู่ทั้ง ๆ ที่มีความสำเร็จมากมายเกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ ขณะที่ 30 ปีถือเป็นวาระในการเฉลิมฉลอง

³ ดร. มาร์ค พี คาปาลดี เป็นอาจารย์ประจำสถาบันสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

⁴ ดูใน: https://www.unicef.org/publications/files/Progress_for_Children_No_11_22June15.pdf

ความสำเร็จในการทำให้สิทธิเด็กนั้นเกิดขึ้นจริงในสังคม แต่ 30 ปีนั้นก็ก็เป็นระยะเวลาอันยาวนานอย่างไม่สามารถแก้ตัวได้สำหรับความทุกข์ทรมานและการละเมิดที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องซึ่งเด็กทั่วทั้งโลกประสบ โดยตัวอย่างบางส่วนของประสบการณ์ดังกล่าวได้รับการบันทึกในบทความในวารสารฉบับนี้

แต่ กลับมาที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นกลไกด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ แม้ว่าประสบการณ์ความสำเร็จก็ตาม เรื่องที่ผิดปกติวิสัยที่สำคัญเป็นการเฉพาะในช่วงกว่าสองทศวรรษแรกซึ่งแตกต่างจากสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่น ๆ ก็คือ อนุสัญญาฉบับนี้ไม่มีการรองรับด้วยกระบวนการติดต่อร้องเรียน (communications procedure) (หรือที่เข้าใจกันโดยง่าย คือ กลไกในการร้องเรียนที่เปิดโอกาสให้บุคคลสามารถร้องเรียนต่อการละเมิดสิทธิได้) กลไกดังกล่าวได้รับการให้สัตยาบันอย่างเป็นทางการในเดือนธันวาคม 2011 เมื่อพิธีสารเลือกรับ (Optional Protocol) ของอนุสัญญาสิทธิเด็กฉบับที่สามได้รับการรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ และต่อมามีผลบังคับใช้ในเดือนเมษายน 2014 ปีนี้ยังถือว่าเป็นการครบรอบ 5 ปีของพิธีสารดังกล่าวเช่นกัน จากประเด็นดังกล่าว บทความแรกที่เปิดประเด็นในวารสารฉบับนี้จึงเป็นบทความที่เขียนโดย Carmen Madridán ซึ่งมีหัวข้อ “The Child’s Path to International Justice” [หนทางสู่ความยุติธรรมระหว่างประเทศของเด็ก] บทความชิ้นนี้นำพาเราไปสู่การเดินทางในเชิงลึกและครอบคลุมที่ว่าเด็กกลายมาเป็นหัวข้อประเด็นในกฎหมายระหว่างประเทศได้อย่างไร และยังให้คำอธิบายในรายละเอียดว่าเรามาลงเอยที่พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องกระบวนการติดต่อร้องเรียน (OP3) ในท้ายที่สุดได้อย่างไร ในขณะที่มาตราในพิธีสารนี้มีจุดสนใจสำคัญอยู่ที่การให้การรับรองต่อสถานะบุคคลตามกฎหมายของเด็กที่สามารถนำเรื่องร้องเรียนขึ้นมาได้ มาตราดังกล่าวได้ตอบสนองต่อข้อท้าทายที่เป็นอุปสรรคต่อปฏิบัติการของอนุสัญญาฉบับนี้ตั้งแต่แรกเริ่มและข้อโต้เถียงที่เกิดขึ้นอย่างดุเดือดในระหว่างการร่างพิธีสารเลือกรับฉบับที่สามนี้ ขณะที่บทความนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงคุณค่าที่เป็นไปได้ของกลไกในการจัดการกับการละเมิดสิทธิเด็กตามพิธีสาร OP3 แต่ก็ยังเป็นเรื่องยากที่จะมองข้ามในเรื่องที่ว่ากระบวนการในการให้สัตยาบันของรัฐต่าง ๆ นั้นเป็นไปอย่างเชื่องช้า และจำนวนคดีโดยภาพรวมที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิเด็กมีน้อยอย่างมาก ปล่อยให้ผู้อ่านตัดสินใจเองว่า “กระบวนการพิธีทางราชการ” ที่จำกัดความมีประสิทธิภาพจะมีความสำคัญมากกว่า มาตรฐานที่ยกระดับขึ้นที่เกี่ยวข้องกับกลไกในการชดเชยต่อการละเมิดสิทธิเด็กที่พิธีสาร OP 3 ได้สร้างขึ้นหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ถึงแม้ว่ารัฐต่าง ๆ จะมีความก้าวหน้าอย่างมีนัยสำคัญในการอนุวัติกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ตาม แต่ก็ยังมีช่องว่างอยู่หลายเรื่องปล่อยให้เด็กตกอยู่ในภาวะเปราะบางหรือไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย ในทั่วทั้งโลก ประเด็นที่เป็นตัวอย่างสำคัญ คือ ความสับสนและความไม่คงเส้นคงวาที่สามารถเกิดขึ้นเมื่อคำจำกัดความที่หลากหลายถูกใช้เพื่อให้ให้นยามต่อการละเมิดสิทธิเด็กและข้อกังวลเกี่ยวกับสิทธิเด็ก บทความเรื่องที่สองของเราในฉบับนี้ซึ่งเขียนโดย Andrea Varella ฉายภาพให้เห็นอย่างชัดเจนถึงปัญหาดังกล่าวโดยถกเถียงถึงการพิจารณาถึงคำศัพท์เกี่ยวกับการค้ามนุษย์ในเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ เป็นที่น่าสนใจว่า ในบริบทของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พิธีสารเลือกรับฉบับที่สอง เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (OP2) ไม่สามารถจัดการกับ

ปัญหาความไม่สม่ำเสมอของนิยามเหล่านี้ได้โดยอัตโนมัติแม้ว่าจะมีแนวคิดที่ครอบคลุมก็ตาม เนื่องจากกลไกด้านสิทธิเด็กที่แตกต่างกันใช้หลากหลายคำศัพท์โดยไม่ได้มีการจำแนกความแตกต่างอย่างชัดเจน ดังที่ Varella ได้อธิบาย อันตรายในเรื่องนี้คือว่า กรณีดังกล่าวสามารถเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการกระทำในการก่อให้เกิดหลักฐานที่ชัดเจนต่อการละเมิดสิทธิและผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อเด็กที่เป็นเหยื่อได้ เป็นเรื่องโชคดีที่ องค์กรที่เธอทำงานอยู่ด้วยในขณะนี้ ECPAT International ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี 2016 ในฐานะเป็นคณะทำงานระหว่างองค์กรต่าง ๆ ในระดับโลกอันประกอบด้วย ตัวแทนจากหน่วยงานต่าง ๆ ในสังกัดองค์การสหประชาชาติ องค์กรพัฒนาเอกชนที่ทำงานด้านสิทธิเด็กและหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย ได้พัฒนาแนวชี้แนะการใช้คำศัพท์สำหรับการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการล่วงละเมิดทางเพศ (Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse) (หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า “แนวชี้แนะลักเซมเบิร์ก”) แนวชี้แนะดังกล่าวได้รับการยกย่องสำหรับการให้ความชัดเจนที่เป็นสากลในการระบุ วิเคราะห์และให้นิยามอย่างเป็นระบบต่อคำศัพท์ทั่วไปและดีที่สุดในจำนวนมากที่ควรใช้ในการอธิบายถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในเด็กและลักษณะที่ปรากฏขึ้นของกระบวนการดังกล่าว แนวชี้แนะนี้ได้รับการยอมรับในวงกว้างโดยคนที่ทำงานด้านการคุ้มครองเด็กในทั่วโลกและได้รับการแปลเป็นภาษาต่าง ๆ หลายภาษา

อีกด้านหนึ่งของ เพชรยอดมงกุฎนี้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ก็คือ พิธีสารเลือกรับฉบับที่หนึ่งของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการเกี่ยวของของเด็กในความขัดแย้งที่ใช้กำลังทางอาวุธ (OP1) ซึ่งห้ามมิให้มีการบังคับเกณฑ์หรือคัดเลือกโดยสมัครใจ รวมถึงใช้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในความขัดแย้งที่ใช้กำลังทางอาวุธ Mary Grace Agcaoili ซึ่งยอมรับว่าการเกณฑ์และใช้เด็กโดยภาคีในความขัดแย้งนั้นถือเป็นปรากฏการณ์ที่มีมานานและเกิดขึ้นมาอย่างต่อเนื่อง ยังได้เปิดเผยถึงภาวะเลือกยากลำบากใจ (dilemma) ที่สร้างปัญหาอย่างมากในประเด็นนี้เมื่อเด็กเป็นผู้ก่ออาชญากรรมความรุนแรงหรือเข้าร่วมสู้รบในความขัดแย้งที่ใช้กำลังทางอาวุธเสียเอง ทหารเด็กนั้นเป็นเพียงเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายจากการควบคุมสั่งการของผู้ใหญ่ให้ทำในสิ่งที่ผิดหรือพวกเขาควรที่จะต้องรับผิดชอบ (ไม่ว่าจะระดับใดก็ตาม) ต่อการละเมิดและอาชญากรรมความรุนแรงที่พวกเขาได้กระทำไปด้วย ในฐานะที่เธอเองเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านการคุ้มครองเด็ก จุดยืนดั้งเดิมของ Agcaoili คือในเมื่อพวกเขาเป็นเด็ก เราก็ควรปฏิบัติต่อพวกเขาในฐานะเด็ก แต่เธอยังได้ให้อธิบายอย่างชัดเจนถึงรายละเอียดที่ว่าทำไม แม้แต่การที่ปฏิบัติต่อคนเหล่านี้ในฐานะผู้มีส่วนร่วมที่แข่งขันในความรุนแรงซึ่งพวกเขาได้เป็นผู้กระทำการในสถานการณ์ดังกล่าว ยังคงหมายความว่าเด็กเหล่านี้ก็ไม่ควรต้องมารับผิดชอบทางอาญา เธอได้พิสูจน์จุดยืนดังกล่าวนี้ด้วยการตรวจสอบถึงกระบวนการปรองดองคืนดีที่สามารถอำนวยความสะดวกให้เกิดความเป็นธรรมทางสังคมและสร้างเครือข่ายทางสังคมขึ้นมาได้ ในขณะที่ยังคงเคารพต่อสิทธิที่เด็กจะได้รับการกลับคืนสู่สังคมได้

บทความสุดท้ายที่ให้ความสนใจกับเรื่องสิทธิเด็กได้นำเสนอภาพที่น่าเศร้าใจถึง ประเด็นที่ว่า ถึงแม้จะมีกรอบการคุ้มครองสิทธิเด็กที่แข่งขันเกิดขึ้นในหลายรัฐทั่วโลก เด็ก ๆ ทั้งหลายก็ยังตกหล่นและถูกมองข้ามไปอย่างง่ายดาย เรื่องนี้สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนจากข้อเท็จจริงที่น่าเศร้าที่ว่า จากข้อมูลของข้อตกลง

ระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย 2019 (2019 Global Compact on Refugees) ผู้ลี้ภัยทั่วโลกจำนวนกว่าครึ่งเป็นเด็ก Caitlin MacCaiffree นำพาเราไปที่ คอกซ์ บาซาร์ (Cox Bazar) ประเทศบังกลาเทศ ซึ่งเธอได้ทำวิจัยประเมินสถานการณ์แบบเร่งรัดโดยให้ความสนใจต่อประเด็นความเสี่ยงในการตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ การลักลอบอพยพ และการขูดรีดเอารัดเอาเปรียบที่เกิดขึ้นจากการพลัดถิ่นของชาวโรฮิงญาจากรัฐยะไข่ในเมียนมา ภายใต้บริบทการครอบงำ 30 ปีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ บทความของเธอได้มุ่งความสนใจไปยังชะตากรรมของเด็กชาวโรฮิงญาที่ครั้งหนึ่งในค่ายผู้อพยพโดยเผชิญกับภัยความเสี่ยงของการตกเป็นเหยื่อจากการค้ามนุษย์และการเอารัดเอาเปรียบในรูปแบบอื่น ๆ บทความของเธอได้ตีแผ่ถึงภาวะเปราะบางต่าง ๆ ที่เด็กชาวโรฮิงญาต้องเผชิญเป็นการเฉพาะ ซึ่งเด็กเหล่านี้ตกอยู่ภายใต้บริบทที่ถูกปฏิเสธการเข้าถึงทางการศึกษา อันนำไปสู่ความกังวลที่จะเกิดการใช้แรงงานเด็ก การบังคับให้เด็กแต่งงานตั้งแต่เยาว์วัยและการค้ามนุษย์ในเด็ก จุดเด่นของการวิจัยประเมินสถานการณ์ของ MacCaiffree ก็คือ การประเมินดังกล่าวเกิดขึ้นในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของ การสานเสวนาระดับเอเชียว่าด้วยการย้ายถิ่นโดยบังคับ (Asia Dialogue on Forced Migration) ซึ่งเป็นกระบวนการเจรจาและสานเสวนาในระดับที่สอง (Track II) ดังนั้นงานวิจัยดังกล่าวได้นำเสนอโอกาสสำคัญในการตอบสนองต่อสถานการณ์ในระดับภูมิภาคและทิศทางเชิงนโยบายสำคัญหลายประการ ในขณะที่ยังให้การยอมรับในประเด็น (1) ความยอดเยี่ยมของรัฐบาลบังกลาเทศในการตอบสนองต่อความต้องการทางด้านมนุษยธรรมให้กับประชาชนพลัดถิ่น และ (2) ความรับผิดชอบที่ชัดเจนซึ่งรัฐบาลเมียนมาต้องดำเนินการในการแก้ไขสาเหตุที่เป็นรากเหง้าของความขัดแย้ง

บทความอีก 4 เรื่องที่เหลือในวารสาร HRPS ฉบับนี้ พาเราถอยออกไปนอกแคว้นสิทธิเด็ก Joana Cassinerio พาเราไปยังความรู้ความเข้าใจที่น่าสนใจของวงการอุตสาหกรรมสิ่งทอของประเทศกัมพูชา ซึ่งอยู่ในกระบวนการพัฒนารอบทางกฎหมายเพื่อช่วยให้แรงงานที่ถูกละเมิดสิทธิและถูกเอารัดเอาเปรียบได้รับสิทธิแรงงาน เธอให้ความสนใจต่อประเด็นเรื่องสภาพแรงงาน และเธอได้ให้แผนที่ทางประวัติศาสตร์ของการเลือกปฏิบัติและการคุกคาม ที่แรงงานและสภาพแรงงานต้องเผชิญในภูมิภาคอาเซียน และได้ฉายภาพให้เห็นว่ากฎหมายภายในประเทศและการปฏิบัติในกัมพูชานั้นขยายให้เห็นปัญหานี้อย่างชัดเจนอย่างไร ในขณะที่ Cassinerio ยอมรับว่า โดยทั่วไปแล้วสภาพแรงงานนั้นถูกมองว่าเป็นส่วนหนึ่งของกลไกด้านสิทธิมนุษยชน อย่างเช่น หลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (UN Guiding Principles on Business and Human Rights) เธอได้เลือกที่จะตรวจสอบความเชื่อมโยงของประเด็นดังกล่าวกับหลักการความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคธุรกิจ (Corporate Social Responsibility – CSR) เธอได้เถียงว่าการปฏิบัติในหลัก CSR (ซึ่งได้ออกมาจากแนวทางให้ความช่วยเหลือแบบการกุศลตามธรรมเนียมปฏิบัติ) ได้เสนอถึงศักยภาพหรือความเป็นไปได้ที่จะพยายามให้เกิดความรับผิดชอบต่อสังคมและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียมากขึ้น ซึ่งจะให้ความสำคัญกับประเด็นการละเมิดสิทธิต่อแรงงาน หากว่าสภาพแรงงานนำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นวาระในการขับเคลื่อนของตนได้ โดยเฉพาะเรื่องนี้เป็นประเด็นข้อห่วงกังวลสำคัญสำหรับผู้บริโภคในตลาดซีกโลกเหนือ

วารสารของเราในฉบับนี้ยังมีบทความวิจัยอีกเรื่องหนึ่ง ชาญณรงค์ บุญหนุนได้นำเสนอถึงงานวิจัยของเขาเกี่ยวกับอคติต่อผู้หญิงในพุทธศาสนานิกายเถรวาท ในบทความเรื่อง “ประวัติศาสตร์ของความลำเอียง: ปิตาธิปไตย พรตนิยม และอคติที่มีต่อเพศหญิงในพุทธศาสนาสมัยหลังพุทธกาล” ในขณะที่วรรณกรรมของพุทธศาสนาเถรวาทไม่ได้มีคำสอนโดยตรงในมุมมองของสิทธิผู้หญิงและสถานภาพทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของผู้หญิง ชาญณรงค์ บุญหนุนได้บันทึกข้อมูลและหลักฐานให้เห็นว่า ภาพลักษณ์ในเชิงลบต่อผู้หญิงถูกนำเสนอภาพผ่านวัฒนธรรมปิตาธิปไตยและอิทธิพลของลัทธิพรตนิยมอย่างไร

วารสารของเราฉบับนี้ส่งท้ายด้วยปริทัศน์หนังสือและปริทัศน์บทความ Yanuar Sumarlan ได้เขียนบทปริทัศน์ถึงหนังสือเรื่อง “Peacebuilding in the Balkans: The view from the ground floor” ด้วยการเน้นให้เราเห็นถึงแนวคิดหลักและข้อโต้แย้งที่ทางผู้เขียนหนังสือเล่มนี้นำเสนอ Sumarlan ตั้งคำถามสำคัญที่ใหญ่กว่าเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า โครงการการสร้างสันติภาพต่าง ๆ นั้นได้รับการประเมินถึงความสำเร็จอย่างไรในการทำงานตอบสนองต่อปัญหาความแตกแยกของชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาโดยตลอดในบอสเนีย ในการเทียบเคียงระหว่างประสบการณ์ที่มีชีวิตในชีวิตประจำวันกับ สมมติฐานและนโยบายต่าง ๆ ในระดับชาติ พบว่าเป็นประเด็นร่วมคล้ายคลึงกันในปริทัศน์บทความของ Kritsana Pimonsaengsuriya ต่อบทความเรื่อง “Human trafficking for sex exploitation in Thailand” ซึ่งตีพิมพ์ปี 2016 ในวารสาร *Securitologia* ในขณะที่เธอเห็นด้วยกับบทความดังกล่าวที่ให้ความสำคัญกับความจำเป็นในการสร้างความเข้มแข็งให้กับกลไกในระดับอาเซียนและนโยบายของรัฐบาลในการจัดการกับปัญหาการค้ามนุษย์ เธอก็ได้ตั้งคำถามถึงสมมติฐานและการตีความในบางประการที่บทความนี้นำเสนอในบริบทความเป็นจริงของประเทศไทย

โดยสรุป บทความในวารสารฉบับนี้ได้ครอบคลุมถึงประเด็นข้อท้าทาย ปัญหาภาวะเล็กลำบากลำบาก และความล้มเหลวในสิทธิมนุษยชนในมิติต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ภารกิจการครบรอบ 30 ปีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังได้ช่วยให้เรามีโอกาสเฉลิมฉลองความสำเร็จบางประการในแวดวงสิทธิมนุษยชน หากไม่ได้มาโศกเศร้ากับช่องโหว่และข้อท้าทายต่อสิทธิมนุษยชนในด้านอื่น ๆ ขอขอบคุณเป็นพิเศษต่อผู้เขียนทุกท่านที่ได้ นำบทความมาตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้ พร้อมทั้งความเชี่ยวชาญและคณะผู้ประเมินบทความที่ทำงานอย่างแข็งขันในการให้ข้อเสนอแนะและวิจารณ์ต่อบทความต้นฉบับในร่างแรกของบทความเหล่านี้ วารสารของเราฉบับนี้ได้พิสูจน์ให้เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะมีข้อห่วงกังวลถึงความถดถอยของหลักการประชาธิปไตย สิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรมในบางพื้นที่ของโลกเรานี้ แต่ก็ยังมีความก้าวหน้าที่เกิดขึ้นมาอย่างต่อเนื่องในด้านมาตรฐานของหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการตรากฎหมายในระดับประเทศ ที่จริงแล้ว การอวยพรวันเกิดสำหรับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะช่วยผลักดันให้เราพยายามกันมากขึ้นเพื่อเกิดความก้าวหน้าในด้านสิทธิมนุษยชนมากขึ้นและทำให้ความก้าวหน้าดังกล่าวยังคงดำรงอยู่ต่อไปอีกหลายปี



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



The Child's Path to International Justice

Carmen Melania Madriñán¹

ARTICLE INFO

Article History:

Received: 13 May 2019

Revised: 24 June 2019

Accepted: 27 June 2019

Keywords:

Child rights

Complaints procedures

Optional Protocol

Petition

ABSTRACT

This paper examines key issues and challenges in the development of a complaint procedure for children, that has resulted in the 3rd Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure, in a historical context. The ultimate objective is to advance the application of the OP3 as an essential instrument for consolidation of fundamental rights of children under international law. A literature review on the emergence of the right of petition in the context of international human rights law was undertaken showing the link to the development of the new CRC complaints procedure. Reports of the Working Group tasked with drafting the OP were reviewed along with other literature and analysis related to OP3. The nascent jurisprudence under the OP3, namely published observations and decisions of the CRC Committee on early cases, was examined.

Early use of the OP3 validates some of the concerns expressed in the drafting of the Protocol, such as the possibility of limited access by children and the use of the mechanism by adults to represent their own interests. While evidence shows that in situations indicative of the latter, these were countered through the rigorous interpretation of the CRC provisions, in the case of the former, early experience shows that the level of access and participation of children or use of child specific measures is no different than other communication procedures not specific to children. Analysis of the first cases also reveals a lack knowledge for submission of petitions with negative impact on admissibility.

¹ Carmen Madriñán is an independent child rights and child protection specialist. As formerly the Senior Advisor for Child Protection with ChildFund International and Executive Director of ECPAT International, her work has contributed to numerous global policy, research, legal and program initiatives. Corresponding author's email: carmen.madrinan@gmail.com

Introduction

A new milestone in the advancement of children's human rights has been achieved with the adoption of the third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (United Nations General Assembly (U.N.G.A.), 2011a) (hereafter the OP3). The OP3 solidifies children's right of individual petition under international law for redress of violations of their rights. The establishment of a specific quasi-judicial body to examine children's complaints of breaches of their rights forms part of the historical struggle of the individual for recognition of fundamental human rights under international law. (Trindade, 2011). It magnifies the continued relevance and need to ensure measures for claim and delivery of justice for all groups of humanity. Prior to adoption of the OP3, the Convention on the Rights of the Child (CRC) (United Nations (U.N.), 1989) was the only core human rights treaty without a petition measure through which the subjects of the rights enshrined, (i.e., children), could access justice at international level.

The OP3 is the first UN level mechanism specifically aimed at receiving children's communications, even while such a mechanism was available at the African regional level. (Organization of African Unity (OAU), 1999) The campaign for its development was years in the making, spearheaded by *Kindernothilfe*, the Working Group of the NGO Group for the CRC, the Committee on the Rights of the Child, and the Office of the High Commissioner of Human Rights among other children's rights advocates within and outside the UN and civil society.² Working through an Open-Ended Working Group (WG) of States and other experts, established by the Human Rights Council in 2009, the third OP to the CRC was elaborated and adopted by the UN General Assembly in December 2011. (U.N.G.A., 2011a) It opened for signature on 28 February 2012 and came into force on April 14, 2014. To date, 44 States Parties have ratified the Protocol and the Committee has begun to examine and publish decisions on communications received, signaling that, the exercise of the right of petition, by children and or their representatives under the OP3, is well underway (U.N.G.A., 2012).

² Founding organizations included Save the Children, World Vision, World Organization Against Torture, SOS Kinderdorf, The Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children and Child Rights International Network. See: (NGO Group for the CRC, 2008)

Purpose and Objective

This paper draws on other research by the author on exhaustion of remedy (Madriñán, 2012) to set the discussion, on a communication procedure for children, in the historical context of the pursuit of the individual to the right of petition for rights under international law. It then examines key issues and obstacles in the development of a complaint procedure for children that has resulted in the 3rd Optional Protocol to the Convention of the Rights of the Child on a Communications Procedure. It discusses key debates of the Working Group established by the Human Rights Council and other contributing experts (Newell, 2009) regarding OP3 provisions and the expectations that the instrument would push normative boundaries to maximize effective reach for children and their representatives to file complaints at international level for State acts or omissions of CRC rights. Considering early apprehensions, it reviews the nascent jurisprudence relative to petitions filed under the OP3 mechanism; namely the observations and decisions of the CRC Committee on early cases, for which the Committee has published its views and recommendations. (U.N.G.A., 2012) The ultimate objective of the paper is to advance the application of the OP3 as an essential instrument for consolidation of fundamental rights of children under international law, based on learning from adjudicated petitions.

Materials and Methods

An in-depth review was conducted of documents related to the rise of the right of individual petition in international law from which those relevant to human rights petitions were selected. A literature review was undertaken of the reports and submissions of the Working Group (WG) tasked with drafting the OP3 over the period 2009 to 2012. Commentary from other organizations and child advocates on drafts prepared by the WG and other key documents with analysis related to OP3 provisions and observations, were reviewed. Analysis was made of the nascent jurisprudence relative to 13 cases filed under the OP3 mechanism to the CRC (at time of writing) and the published observations, decisions and recommendations of the CRC Committee on these early cases.

Key Findings and Discussion

Precedents to recognition of the child as a subject of international law

The trajectory of the consolidation of the protection of fundamental rights of the human person is punctuated by major shifts in the theoretical concepts that govern the moral and legal foundations of human society. Notions regarding the primary organization and authority of the institutions of society have changed over centuries, gradually shifting from a grounding in theistic and natural law concepts (Neff, 2006) to recognition of the State as the sovereign legal entity around which the global community is organized (Hampton, 1986).

Until the eighteenth century it was widely held that the sovereign state was the only international legal entity with rights and obligations under international law. Its authority to exercise permanent and effective control over designated territory and the population within it meant that individuals were recognized to be within the jurisdiction of the State, solely governed by and subject to its laws (Hampton, 1986). The ability to use its authority to create internal legal order gave the State exclusive standing to assert rights and confer and incur obligations through external international relations (Cassese, 2005). The legal personality of the State was thus founded on meeting the conditions of statehood, territorial control and legal sovereign authority over its subjects.

Within this order, males of higher social classes were the sole conduits through whom the order and security provided by sovereigns was established, dispensed and upheld. Children in this regard were the legal property of and subject to authority of parents (male). They received extremely harsh and often cruel treatment as prior to the 17th century the concept of childhood was nonexistent and understanding about the nature of childhood lacking (Aries, 1962). Through the 18th century, even where signs of parental care and concern for children's welfare began to grow, instances of concern for the child were at first limited to infancy from where children emerged to strict discipline and the expectation that they would contribute to adult work (Pollock, 1983).

The rapid economic, political and social changes that took place over the nineteenth century consolidated State powers. Industrialization injected an impetus for movement and exchange across countries which gave rise to a multitude of international arrangements and pacts and further strengthened the position of States and their relationships (Neff, 2006). For example, States established criteria for recognizing each other's claims of territory as they expanded imperial power and forged new agreements and conventions to regulate their

relations, including in war (Craven, 2015). Economic changes also precipitated demographic growth, greater urbanization and the rise of new social and religious structures that introduced a steady transformation and social change, including in concepts of childhood. While less repressive modes of child rearing and education were evident in the 18th century and the period of enlightenment, the rise of industrialization brought children, particularly children of the poor, out from farms and homes into deplorable work conditions in the expanding mills, quarries and factories (Pollock, 1983).

Despite the development of new pacts and alliances and the rapid shifts in social and economic structures, aggressive acts between States grew, culminating in World War I. The conduct of World War I, with little regard for the human condition and aided by the use of new weapons of war, resulted in unprecedented suffering and the death of an estimated 40 million people (Mougel, 2011). The war (where hundreds of thousands of children took part), highlighted the urgent need for establishing global negotiation mechanisms for coordination and the maintenance of peace and world order.³ Following the end of World War I, as an outcome of the Paris Peace Conference, the League of Nations (LoN) was established as a mechanism to “promote international co-operation and to achieve international peace and security” (The Covenant of the League of Nations, 1924). Although intended to prevent worldwide conflict, the League was unable to contain the growing expansionist nationalism⁴ that within decades led to World War II and provided further evidence of man’s capacity for self-annihilation.

As the atrocities of the Second World War unfolded, efforts accelerated to create a successor organization to the LoN, more effective at restraining belligerent expressions of State sovereignty (Cassese, 2005). This was accompanied by a rising level of concern to protect the dignity and freedom of the individual as a direct subject of international law with a concomitant interest in ensuring the codification of universal human rights and freedoms (Sohn, 1982). A concern for the plight of children was embedded visibly in the social reform movements spurred by a public outcry against the suffering, misery and social injustice that accompanied industrialization as well as the ravages of war. Numerous reforms were achieved in the 19th century, including an impactful 1833 Factory Law in Great Britain that regulated the age and working hours of children for example (Cunningham & Viazzo, 1996).

³ For example, 250,000 British boy children took part

⁴ The 1931 Japanese invasion of Manchuria and China

In the context of growing calls for social reform States agreed to the creation of the United Nations. which explicitly set out in its Charter(U.N., 1945) “the respect for human rights and fundamental freedoms for all without distinction” (U.N., 1945). In its Charter, the promotion and protection of human rights was a key principle and purpose (Morsink, 1999). In this regard, the moral outrage generated by the treatment of human beings in the World Wars increased the disposition of many States (Morsink, 1999) to recognize individuals, and not only other States, as subjects under International law. The UN Charter mandated the promotion of human rights (Art. 68), paving the way for the articulation of fundamental rights and freedoms and their proclamation in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) (U.N.G.A., 1948) and in the creation of international law from that time forward (Oppenheim, 1955).

Right to claim rights at international level: some individuals first

International law was radically changed with recognition of the inherent rights of human beings and the focus on protection of the dignity of the human being. Following WWII, the “[...]recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice, and peace in the world” was broadly asserted (U.N.G.A., 1948). The international community declared that the treatment of the human person was a matter of legitimate concern beyond the boundaries of the State. At the same time, it was evident that to protect the fundamental rights of human beings, States must recognize the legal personality and procedural capacity of the individual to exercise and claim rights under international law. (Trindade, 2008) Thus, setting out the rights incumbent on all human beings, stipulating the responsibility of the State, and elaborating the means and processes for the claim of human rights in international law have been at the core of the struggle to empower the individual in her relationship with the State.

Since early international peace-building initiatives, the work to codify and give legal force to human rights has continued. Nine core human rights instruments (OHCHR, 2014) and scores of other international instruments exist to promote and protect human rights. Human rights treaties and conventions generally include provisions that establish monitoring and enforcement mechanisms (Steiner, Alston, & Goodman, 2007). Treaties may specifically provide communication procedures that recognize the individual’s right of petition for rights violated through direct acts or omissions of the State, where access to local remedy is not

available (Tomuschat, 2003). Through the elaboration of international human rights standards in law and the creation of mechanisms for individual petition for their implementation and enforcement,

The individual recovered his presence, for the vindication of his rights, at international level, presence which had been denied to him in the historical process of formation of the modern State... (Trindade, 2011)

Complaints procedures relevant to the rights recognized under a specific treaty may be included in the text at the time of drafting and States must expressly agree to be bound to these upon ratification of the treaty (Harrington, 2012). Alternatively, a procedure for individual communication on violations of rights set out in the treaty may be established by means of a separate Optional Protocol. Both have a common outcome: to enhance recognition of the individual's claim to rights through monitoring and enforcement through the international justice system (Trindade, 2011).

As described above, the body of international human rights law, which codifies rights and creates methods for international enforcement, is a product of recent history arising after WWII. The development of core human rights instruments represent decades of intense deliberations, controversy and opposition surmounted through international law-making processes (International Network for Economic, Social & Cultural Rights (ESCR-Net), 2017). However, today, as in the past, the international community continues to identify the need for further articulation of those rights in law for persons and groups not fully protected by existing human rights instruments. Thus international human rights mechanisms have continued to grow. New measures for promotion and enforcement of rights have evolved since the adoption of the two Covenants that emanated separately from the UDHR to codify civil and political rights, and economic, social and cultural rights.(U.N.G.A., 1966);⁵ the relevant example for this paper being the Convention on the Rights of the Child and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure

⁵ For example, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (U.N.G.A., 1979), the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (U.N.G.A., 2007), and its Optional Protocol (U.N.G.A., 2007), the Convention on the Rights of All Migrant Workers and member of their Families (U.N.G.A., 1990) and the Convention on the Rights of the Child and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (U.N.G.A., 2011a)

(U.N.G.A., 2011a).

While the international legal doctrine conferring rights directly on the individual continues to evolve increasing the protection of individual rights and freedoms for all the groups of humanity, the path to realization of rights is fraught with obstacles. Records of treaty ratifications and the reservations of States Parties (Schabas, 1995, 1996) as well as case-law arising from human rights enforcement mechanisms (“Jurisprudence,” 2019) attest that the full recognition of the legal status of the individual and her claim to inherent rights at international level is by no means widely accepted. As this platform for redress of rights violations was historically available exclusively to States and international organizations, not unexpectedly, the claim of the individual in this space is often contested (Cassese, 2005). That is, enforcement measures that examine State acts alleged to infringe on individual rights and freedoms as accorded by international law, are often considered to be at odds with classic notions of sovereign authority of the State, despite the fact that these mechanisms bestowing such a capacity on the individual are based on treaties concluded and ratified by States themselves (Cassese, 2005).

Sohn observes,

[...] human rights... deprived the sovereign States of the lordly privilege of being the sole possessors of rights under international law. States had to concede to ordinary human beings the status of subjects of international law to concede that individuals are no longer objects, mere pawns in the hands of States. (Sohn, 1982)

The recognition of the legal personality and inherent rights and freedoms of all human beings in international human rights law brought two fundamental shifts in international society: (i) by obligating the State to promote and respect the rights of the individual, and (ii) by creating avenues for redress for individuals whose rights had been violated without domestic remedy. As Shelton notes, “[...] International human rights law has reduced the content of the reserved domain of state sovereignty. Today, no state can credibly claim that its treatment of those within its territory or jurisdiction is exclusively an internal matter” (Shelton, 2015)

The child as a subject of international law

As seen above, changes in the concepts of childhood moved from indifference to greater concern with child welfare and development, with some scholars observing that it has resulted in an “obsessive love” manifested in increased surveillance and control of children in the adult world (Aries, 1962). Reflecting a new understanding of childhood, the growing social reform movements of the 19th and early 20th centuries provided for the welfare of the child in early covenants including the UDHR (U.N.G.A., 1948). Yet, it is only toward the end of the twentieth century that this is transformed and articulated as specific rights of the child, set out in the Convention on the Rights of the Child (CRC). In the CRC, the status of the legal personality of the child and the rights that attach to that status are recognized in international law (U.N., 1989).

As the most comprehensive human rights treaty, the CRC integrates and adapts the broad range of rights stipulated more generally in the other international human rights instruments, while also uniquely setting out rights specifically relevant for the child such as the right of play (Art. 31) and care (Art. 18) (Kilkelly, 2010). The Convention also introduces to international law the concept of consideration for the evolving capacity of the child (Art. 5) (Lansdown, 2005). The CRC thus attests the autonomous rights of the child, and affirms the relationship between human rights norms and the indivisibility of children’s rights (Van Bueren, 1998). The CRC, like other specialized human rights treaties that address social, economic and political disadvantages that particular groups of society sustain due to their status, (e.g., disabilities, minorities, women), underscores that universal rights accorded by international human rights law do not translate automatically to benefit the most vulnerable.

As we have learned over time, the inequitable status of groups in society is often structurally buttressed by socio-legal and economic regimes. Children, due to their dependent status, have traditionally been conceived of as wards of the State, family and/or institutions of society; sheltered in what has been called a ‘tutelary’ relationship (Van Bueren, 1998; Bourgogue-Larsen & De Torres, 2011). The Convention’s recognition of the independent legal status of the child requires State Parties and society to accept a new relationship with the child that this legal status portends. It challenges entrenched constructs in the social order, such as the norms, practices and structural relationships that have upheld the unequal status of the child in society and obstructed realization of the child’s rights (Van Bueren, 1998).

Embedded in the movement for recognition of human rights that gained traction in the mid twentieth century, the elaboration of international human rights law had a reinforcing effect toward recognizing the autonomy of the child as a rights holder (Buck, 2011). Yet, while the rapid and near universal ratification of the CRC was unprecedented in the treaty adoption processes of the international community, the Convention was the only core international human rights treaty that did not provide for a communications procedure for children to have their rights vindicated. It is reported that the working group drafting the Convention, which worked on the basis of consensus, (Doek & Cantwell, 1992) was concerned that inclusion of such a procedure was controversial. They feared it would jeopardize adoption of the CRC, which was already ten years in the making (Lee, 2010; Payandeh, 2014).

The promotion and monitoring of the implementation of the Convention is thus undertaken solely by the Committee on the Rights of the Child, which was established by the Convention (Art. 43) and is composed of 18 independent experts. The Committee receives Periodic Reports that States Parties are required to submit every 5 years (Art. 44) after their initial report. It engages in dialogue with delegations of States Parties and issues guidance and recommendations in the form of concluding observations (Doek, 2003). It also develops General Comments interpreting the CRC treaty provisions and appoints Special Rapporteurs for development and promotion of CRC norms. These are the measures through which the rights of the child are promoted and the implementation by States Parties is supported and monitored.

A study conducted by the UNICEF Innocenti Research Center on progress in implementation of the Convention by States Parties, reported on the extensive and substantial legislative and institutional reforms that give effect to Convention rights among a group of States Parties, as well as the increased awareness and participation of civil society and children in promotion of child rights.(Innocenti Research Center, 2007) Similarly others have noted the far-reaching impact of the Convention through the incorporation of its principles in a wide range of national and regional judicial, administrative and policy realms, which provide a supplementary force for realization of children's CRC rights (Kilkelly, 2011).

Despite these achievements, evidence of wide spread breaches of children's rights (The International NGO Council on Violence against Children, 2016), weak-compliance with reporting obligations ("Jurisprudence," 2019; Bayefsky, 2001), and in harmonization of national structures for application of the Convention result in inadequate or lack of national remedies

(Child Rights International Network (CRIN), 2018b)⁶ for children. This attests the need for a form of external appeal for vindication of children's rights, as provided for by other core international human rights treaties. Child advocates have noted that establishing an international mechanism for children to bring complaints about violations of their CRC rights could indeed encourage States to improve or develop appropriate national remedies for children (Simmons, 2009). Indeed theorists who have studied the dynamic of international norm adoption and compliance by States have proposed a spiral model of activation through the process of: domestic complaints, concession through adoption of treaties to assuage criticism, and gradual internalization of treaty norms through their persistent use as referents (Risse-Kappen, Ropp, & Sikkink, 1999). Others postulate that human rights practices do not improve on their own but rather through tangible enforcement efforts of the international community such as, for example, the reward of preferential trade agreements (Hafner-Burton & Tsutsui, 2005).

Evidence shows the overall number of cases related to breaches of children's rights filed under other international human rights mechanisms is as low as two percent (Langford & Clark, 2010a). This suggests a limited use on behalf of children of existing UN treaty body communications procedures for complaint and vindication of children's rights at international level.

Giving effect to CRC rights: developing a communications procedure for children

In its General Comment No 5, the CRC Committee noted that "for rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations".(Committee on the Rights of the Child (CRC), 2003) However, a look at the record of reservations introduced by States at the time of CRC ratification (Schabas, 1997), indicates some of the challenges that have impeded implementation of the Convention from the start. They have hindered establishment of national procedures to remedy violations of children's rights and generally delayed consideration of a CRC petition procedure. For example, in the negotiations leading to the drafting the OP3, some States opined that a new petition mechanism for children would be a duplication of mechanisms already existing and accessible to them under other HR treaties, while others proposed that children should be represented by parents (De Beco, 2013).

⁶ (CRIN, 2018b) shows globally the CRC has not always fared well in legal decisions

By authorizing the establishment of an open-ended working group ‘to explore the possibility’ of a mechanism for children to petition to the CRC Committee, the Human Rights Council (HRC) signaled its recognition of the possible need for a communications procedure under the CRC, but initially only as a possibility (Doek, 2016). A working group (WG) first met in December 2009. A large number of States participated as well as the Chair and Vice Chair of the CRC Committee, the NGO Group for the CRC and representatives of the Office of the High Commissioner for Human Rights, all of which made favorable representations. (Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, 2011)⁷

In its report to the HR Council, the WG indicated its disposition to draft a communications protocol to the CRC, following which the HRC tasked the ‘Working Group on an optional protocol to the CRC’ to provide a communication procedure, and prepare a proposal for a draft optional protocol. The first articulation of the key elements that would be relevant to the new communications procedure to the CRC were presented by the Chair of the WG at an experts’ meeting, following which the first proposal for a communications procedure was made in September 2010. (U.N.G.A., 2010) After a detailed review, with involvement from the High Commissioner for Human Rights, detailed revisions were proposed to the WG for further development of the draft protocol. (U.N.G.A., 2011)

Same but different: provisions favorable for children

The ensuing process exposed diverse views among the group and a lack of consensus on various key issues. This generated a sense of urgency for moving forward, as the stipulated timeframe and mandate of the Working Group approached. (U.N.G.A., 2011b) This imminent deadline drove the Group toward compromises on a number of key provisions that some representatives had vigorously sought to secure.

From the onset of the initial stages of the drafting process, the Chair of the Working Group noted that the OP3 would be aligned with the rules, procedures and common standards for communications to international treaty bodies. (U.N.G.A., 2011b) While acknowledging the importance of adherence to human rights standards, this position disappointed experts, NGOs and others who had advocated for inclusion of provisions uniquely relevant to the status of the child that would have maximized the effectiveness of

⁷ For the full records of the negotiations see (Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, 2011) Sessions 1 and 2

the complaint mechanism for children. (NGO Group for the CRC, 2010)

Working on a consensus basis, the Working Group thus agreed to a draft optional protocol that reflected innovative elements but also resulted in significant compromises (Lee, 2010; Langford & Clark, 2011). A final draft was presented and adopted by the Human Rights Council on June 9, 2011 (U.N.G.A., 2011a) and opened for signature following adoption by the General Assembly on December 19 of that same year (U.N.G.A., 2012).

Detailed discussions of the final provisions have been undertaken by various authors (Langford & Clark, 2010b) (nb., a full summary of some of key debates is presented in **Annex 3**) but three contentious issues are mentioned here:

- i. A provision for collective communications was omitted. This provision would have eliminated the requirement for identification of an individual child victim and would have enabled the Committee to also receive accumulated victim evidence, such as in cases of victims of child pornography where identification of individual children may not be possible; (U.N.G.A., 2011b), (Newell, 2010)
- ii. The option for States to declare at the time of signature or ratification whether they recognize the competence of the Committee to examine and inquire regarding information of grave and systematic child rights violations Art 13(7) was included;
- iii. The option for children and/or their representatives to submit verbal communications was removed in the final negotiations of the OP3 drafting process, (U.N.G.A., 2011b).

As noted, the rules and regulations applicable to the CRC Committee's review of OP3 petitions adhere to normative standards of international human rights law and manifest those found in other treaty communications procedures. (International Commission of Jurists (ICJ), 2018) While several much anticipated child specific provisions were excluded, comparisons of the norms applicable to complaint mechanisms of core international human rights treaties with the CRC petition mechanism, also highlight differences aimed at making the procedure more effective for children. (CRIN, 2018a)

Importantly, for example, the OP3 requires application of the principle of 'best interest of the child' (art.2); it provides for the child's views to be given due weight and consideration according to the child's age and maturity (art.2), and guarantees the use of child sensitive Rules of Procedures by the Committee (art.3). As a result, children who at national level are unsuccessful in obtaining remedies for violations of their rights can petition for their cases to

be heard by the international quasi-judicial body specialized in child rights through processes and procedures that are both normative and specific to their needs.

The CRC Committee, as stipulated in the law of treaties, may only receive petitions from children and/or their representatives once the State becomes party to the OP3 through formal accession or ratification, at which time it becomes binding (CRIN, 2018). After the State has accepted the competence of the Committee to receive petitions from its citizens, a petitioner may file a complaint to the CRC Committee for breaches of CRC rights, ensuring it meets the conditions set out for exercising the right of individual complaint under the Protocol.

Historically the concern noted with regard to the extension of international legal protection for individuals has been that it could threaten the integrity of national legal systems and authority of the State by encouraging aggrieved citizens to take recourse externally rather than to seek redress within the jurisdiction of their own State. This has been partly allayed through the established principles, standards and rules and procedures (OHCHR, 2013) applicable to quasi-judicial and judicial individual petitions and that frame consideration of individual claims.

Despite such conditions, studies of the international treaty system indicate a continued reluctance by States to recognize the individual right of petition at international level, as a large number of States ratify human rights treaties without ratifying the complaints procedures associated with them (Bayefsky, 2001). For example, this is the case for 66% of states who have ratified the Convention Against Torture (U.N., 1984) (CAT) and 92% for the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) (U.N.G.A., 1979; Bayefsky, 2001).

In the case of the OP3, since coming into force in 2014, the pace of ratification has been slow although a few select States, such as Thailand (25 September 2012), were on the forefront of ratification. Forty four of 196 States Party to the Convention on the Rights of the Child, (U.N.G.A., 2012) (i.e., only 22%), have ratified or acceded to the CRC protocol on a communication procedure, although the CRC is otherwise the most widely ratified human rights treaty in history, adopted by all nations except the United States.

States Parties to the OP3 legally recognize the competence of the CRC Committee to examine 'communications by or on behalf of an individual or group of individuals within their jurisdiction alleged to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth'

(Art 5.1) in the CRC and Optional Protocols. In fulfilling the functions thus conferred, the Committee is guided by the principles, rules and measures provided for by the OP3. As a *quasi-judicial* human rights body, it ascertains facts, draws conclusions and makes recommendations as a base for action, but does not have the power to make legally binding decisions (ICJ, 2018). Thus in interpreting the rights and obligations under the CRC, the Committee makes use of legal methods of interpretation to achieve legitimate and reproducible views upon which arguments are based and in this way contributes to extend the body of jurisprudence on the application of child rights and the rule of law for children at national, regional and international level (Mechlem, 2009).

Although significant advances have been made by States to harmonize domestic legislation with the CRC, many gaps still exist that leave children legally unprotected (Lundy, Kilkelly, & Bryne, 2013). All rights enshrined in the Convention may not be recognized in national law. or other impediments may exist to justiciability or administrative solution at national level for violations against children. Of note in this regard, is that children's access to domestic administrative and legislative organs of the State are often limited, reflecting the social construction of child protection which recognizes the family as the basic unit of society and the natural environment for the wellbeing of the child (Van Bueren, 1998). Thus States may situate decisions regarding the child's welfare almost exclusively in the hands of parents (Van Bueren, 1998).

This structure is reflected in legislative approaches where children and women's issues, seen as coterminous, are placed together within a separate part of the judicial structure and addressed as pertaining to the sphere of personal relationships and private life and thus under family law, rather than as a legal concern bearing on the whole of society (Van Bueren, 1998). The historical bifurcation of social life between the private sphere (revolving around domestic life) and the public sphere (the realm engaging broader social concerns that is reflected in the legal structure,) results in marginalizing children issues narrowly to within the family and the sphere of private family law (Van Bueren, 1998). In instances where the State deems the family unable to protect the child it can act as *in loco parentis* making decisions regarding the child as subject of state protective intervention (Van Bueren, 1998).

Carney explains the triangle as follows:

Children's law necessarily balances the interests (social claims) of three stakeholders: the independent interest of the child (in a safe, supportive environment which respects appropriate 'choice rights'), the family (through deference towards its autonomy in childrearing), and the state (with its historic parens patriae role of being the parent of last resort and protector of dependent vulnerable people. Not all these interests, are appropriately recognized by law...(Carney, 1995)

The constructs of the legal and administrative systems of many States limit realization of child rights, (CRIN, 2016) to an extent mirroring the historical juridical position of the individual under tutelage of the State. That is, often the child has no direct access to the law since by virtue of her relative state of dependence she is represented by family or the sovereign State as the primary protectors of her rights and interests, much as the individual was under classical international law (Van Bueren, 1998). Therefore, while international human rights law and more specifically the CRC recognizes the child as a subject of international law, the legal and administrative structures of many State Parties do not fully reflect this (CRIN, 2016). As can be seen, the path that child petitioners and or their representatives travel to move a grievance from the labyrinth of domestic legal systems to reach international human rights enforcement structures such as the OP3 is a long, difficult and complex one as the integration by States to incorporate, interpret and concretely uphold international child rights law varies and is reflected to different degrees and in different ways⁸ (Grover, 2010).

International justice at work: learning from initial cases

On having reached the CRC Committee but prior to examination on the merits of the communications, the procedural task in relation to such a petition is for this organ to assess if the various requirements relevant to the OP3 have been met or can be met given the status of the child in the law of the State. Protocol requirements set out in the Rules of Procedure (CRC, 2013) include, among others, a determination of (i) whether the petition is in the best interest of the child or brought under improper pressure (Rule 13.2), (ii) if the communication is sufficiently substantiated (Rule 16.3(f)), (iii) if submission is by a permissible author (Rule 12),

⁸ For seminal and illustrative cases see: (Grover, 2010)

and (iv) if the time limit has been observed (Rule 16.3(j)).

A particularly important aspect at the procedural stage relates to the availability of and access to domestic remedies in light of the rights guaranteed by the CRC, and whether or not the remedies are appropriate and effective considering the specific conditions that require special protection of the child (Bourgorgue-Larsen & De Torres, 2011). The requirement for exhaustion of domestic remedies is fundamental to determination of admissibility of a complaint and is based on the general principle of international law that holds that the State must be allowed to provide remedy through its internal laws and systems prior to answering before an international body (International Justice Resource Center, 2017). The lack of exhaustion of domestic remedies is one of the most common causes of inadmissibility of petitions that come before all the international supervisory bodies (Udombana, 2003).

To understand the Committee's interpretation of the provisions, it is important to examine the cases reviewed by the CRC Committee since the OP3 came into force, focusing on procedural issues that have been a focus of attention since the drafting of the OP3. These petitions brought under the OP3 represent a range of situations where rights violations against children are alleged to have occurred. Like other international instruments, the OP3 provisions are broadly framed to provide for diverse systems to be compliant with the standards (Cohen & Kilbourne, 1998). The Committee's interpretations of the concrete contexts put forth by petitioners at the procedural stage is where the right of petition for CRC rights is initially given effect at the international level.

The record of petitions filed with the CRC Committee under the OP3 shows a gradual increase in use of the mechanism to seek redress for violations against children: from one petition in each of the years 2014 and 2015, to 27 and 28 in the years 2017 and 2018 respectively. In these initial years, nine of the 13 petitions that were decided and published by the Committee were struck down on clear formal technical grounds. A summary drawn from the Committee's published records of case decisions (see Annex 1) provides an overview of petitions that were discontinued or found inadmissible.⁹ (U.N.G.A., 2012)

The cases referenced were not considered in regard to their merit as these were discontinued or determined inadmissible prior to entering the next stage of review. Thus the processes that the petitioners undertook to bring their complaints on alleged child rights violations before the international enforcement mechanism of the CRC were unsuccessful.

⁹ For the full record of Committee decisions of petitions filed under the OP3 see (U.N.G.A., 2012)

Recognizing the arduous path to this level of rights claim and the long struggle of the individual (i.e., adult and child) for the right of petition, it is important to learn from these early decisions and the ongoing jurisprudence of the Committee to identify measures to increase effectiveness and outcomes for children who engage the international human rights enforcement mechanisms to vindicate rights.

In this regard, the published records of 13 initial decisions highlight a number of elements, some of which were raised as concerns during the drafting of the OP3. For example, regarding children's participation in the petition process, the published records of case decisions show that three petitions (CRC, 2017; CRC, 2018a; CRC, 2018c) were submitted by victims themselves, ostensibly with support of representatives. These petitions were withdrawn at early stages at the request of representatives of the actors and thus were discontinued from further consideration. Published decisions show that the other complaints were submitted on behalf of children by family members and or counsel with no indication that children themselves participated in any part of the proceedings. In this connection, the Committee notes the incompatibility of some appeals with provisions of the Convention and reminds representatives acting on behalf of children that, under the OP3 petition process, CRC provisions are invoked to protect the rights of children and not adults (CRC, 2018e; CRC, 2016). There is also evidence of a lack of knowledge by petitioners and their representatives of basic admissibility requirements of the OP3. For example, in the case of *S.C.S vs France* (CRC, 2018d) and in *A.H.A. vs Spain*, (CRC, 2015) all the facts presented occurred prior to the date of entry into force of the OP3 for these State parties and thus the complaint was declared inadmissible *ratione temporis* under article 7 (g) of the OP3. In other cases, petitioners and their representatives lack of crucial documentation required to substantiate their claims (CRC, 2017; CRC, 2018c), impacted on their capacity to move their complaint forward.

The Committee published views on three communications that were admitted under the OP3. The decisions on these complaints elucidate the Committee's interpretation of relevant articles of the Convention against the facts that constituted the alleged rights violations by the State against individual children. The overview (see Annex 2 for details) isolates some key elements from these case decisions to highlight how the Committee, through the complaints system of the OP3, applies the international human rights law of the CRC to enforce the rights of child victims of violations.

Having declared the remaining communications admissible, the Committee examined

information and observations provided by all the parties on its merits. As the table in Annex 2 indicates, the reasonings and conclusions of the Committee address the facts and elaborate whether or not in relation to the facts, the State has violated any of its obligations under the CRC. In the case of *YB and N.S. vs Belgium* (CRC, 2018g) the Committee focused crucially on the best interest of the child (CRC, art. 3) and the child's right to be heard (CRC, art. 12) contesting that they were not upheld during State immigration procedures and noting that the failure to do so deprived the child of the possibility to influence the decision regarding his best interest (Para 8.7). The Committee also elaborated the meaning and interpretation of 'family' as found in the Convention considering particularly the preservation of family and the maintenance of family ties; underscoring these as factors that need to be taken into account when considering the child's best interest (Para. 8.11).

Similarly, in determining the individual complaints relating to non-fulfillment or violations of rights, such as in *I.A.M. vs Denmark* (CRC, 2018f), the Committee again focused on the best interests of the child. In this context, it observed that it should be a primary consideration in States' decisions concerning the deportation of a child, and that such decisions should ensure proper safeguards, safety and proper care and enjoyment of rights (Para. 11.8(b)). Furthermore, it noted that the rights of the child to protection as set under article 19 of the Convention cannot be made dependent on the mother's ability to resist external pressures, and that State parties should take measures to protect children from all forms of violence, injury or abuse (Para. 3.3). Finally in *M.B. vs Spain* (CRC, 2018b), the committee observed that the best interest of the child should be a primary consideration throughout the age-determination process and elaborated on the comprehensive measures that should be undertaken to make an informed estimate of age such as assessment of the child's physical and psychological development conducted by a skilled specialist and undertaken in a prompt, child-friendly, gender-sensitive and culturally appropriate manner (Para 12.4). It also observed as per the CRC General Comment 4 (Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW) & Committee on the Rights of the Child (CRC), 2017) that provision of a representative for such persons during the age-determination process is equivalent to giving them the benefit of the doubt and is an essential guarantee of respect for their best interests and their right to be heard (Para 12.8)

Conclusions

The right of individual petition has been called “ the most luminous star in the universe of human rights” (Trindade, 2011)¹⁰ It is through the exercise of the right to bring individual complaint at international level that human rights are given concrete effect and are applied to the individual’s direct life situation. Through the new communications procedure of the CRC, children, too now have the means for redressing violations of their rights enshrined in their Convention. As we have seen, the significance of the right of petition for children is momentous when we consider the trajectory of the process within the history of international human rights law and the rise from the near invisibility of children to the recognition of the child as subject of rights with claim at international level.

The development of the OP3 was fraught with expectations, debates, compromises and also disappointments (Annex 3). However, decisions on the first cases filed under the OP3 are now available for public review and these offer the opportunity to engage with the Committee’s work and examine the functioning of the procedure to maximize its effectiveness, especially in areas where obstacles were anticipated. This overview has provided such an opportunity and allowed for some relevant observations.

First, it is evident that the number of petitions has risen as State ratifications have increased. Nevertheless, the overall percentage of unsuccessful petitions is also high. The pattern of high numbers of inadmissible cases is not uncommon among the human rights enforcement mechanisms. (Pasqualucci, 2003) However, this is of particular relevance in the context of the new children’s complaints procedure, as children already start with the disadvantage of having less information on and access to human rights mechanisms at national and international level. Thus the pattern of failed petitions underscores the need for a proactive and purposeful effort by actors working with children to disseminate information and support to children and their representatives to prepare successful petitions to the CRC under the OP3. Similarly support is needed for national organizations pursuing legal measures to justice and to independent human rights structures so that they will promote use and assist to advance cases eligible for filing at international level.

Second, evidence of limited knowledge on the basic requirements for filing petitions under the OP3 among children’s representatives, parents, counsel, and NGOs indicates that

¹⁰ Trindade was president of the Inter-American Court of Human Rights and judge of the International Court of Justice.

similar public education efforts are required for these groups.

Third, some concerns were expressed among those involved in the drafting of the OP3 regarding obstacles that could arise that would compromise application of the principle of best interest of the child (Buck & Wabwile, 2013). Committee decisions on the various communications received thus far, indicate consistent reference to this principle (i.e., Art 3, CRC), including interpretation of its application in contexts arising from the claims received and also in weighing of the Committee's decisions. Similarly, in regard to, the right of the child to be heard and have her views taken into consideration, (Art 12, CRC) the Committee provides its interpretation in relation to different and unique contexts relevant to the petitions. For example in (CRC, 2018g), a case involving a petition for a child to remain in-country on humanitarian grounds, the committee observed that young age does not deprive a child of the right to express views, nor reduce the weight given to those views, particularly in the situation of the case, where the decision could separate her from her caregivers.

Likewise, several States and child advocates had also expressed concern that, due to age and their dependent status, children could be manipulated in the context of the OP3, indicating that it would be difficult to know if the rights claimed in an individual petition were for primary benefit of the child or an interested adult. The records of OP3 decisions to date show these to be valid concerns. At the same time, there are several related observations wherein the Committee unequivocally invokes CRC provisions to assert child rights over the interests of adult representatives. For example, in (CRC, 2018e) a case relating to an alleged unaccompanied minor the Committee ruled it inadmissible, finding official documents incompatible with the petitioners claim that he was a child at the time of the violations claimed.

The long struggle toward recognition of the child's right of petition at international level, along with other groups of humanity, has opened the door for children to bring their complaints and seek justice at international level for violations of their CRC rights. On the 20th November 2019, the Convention on the Rights of the Child will commemorate its 30th anniversary. On this occasion, the CRC will be widely celebrated for its place among other core human rights treaties possessed of all the mechanisms needed to promote, monitor and enforce the rights of children.

While the full force of the OP3 to vindicate injustices that, through commission or omission, States have committed against individual children is yet to be witnessed, we have

begun to see the potential value of the OP3 mechanism to address such violations through the Committee's early jurisprudence. In interpreting the meaning of child rights in concrete situations that aggrieved children face, and adjudicating to enforce their claim to rights denied, it offers a channel for advancing realization of their human rights. Still, in the years ahead the challenge will be to build on lessons learned and surmount barriers that presently constrain the ability of the OP (see table 3) to bring its full power to bear for children whose rights have been violated.

As a priority, the experience with early petitions indicates that there is a need to strengthen the participation of child applicants in the petition process. While it is likely that very young and adolescent children alike will need support of representatives to file their complaints, the Committee must establish specific measures to be used to engage directly with the child at critical junctures of the petition process, ensuring that they are heard and their views are taken into consideration, including through oral hearings as already provided for in the rules of procedure (Rule 19).

Similarly, although an individual or groups of individual victims or their designated representatives are the actors recognized to submit petitions, the disproportionate number of withdrawn and inadmissible cases indicate that independent structures are needed to support the participation of children and ensure their primary agency throughout the maze of administrative and legal processes at all levels. Building on the global network that the CRC Committee already has through its other work, it could strengthen the base of support that child victims of rights violations have, beyond immediate interested parties. The aim should be to strengthen the autonomy and voice of children in the litigative processes.

In this regard, the case records filed since ratification of the OP3 also show a large number of violations arising for children in situations of migration. The concurrence of such cases with socio-political shifts at global level demonstrate how these can swiftly impact the conditions of vast numbers of children and severely compromise enjoyment of their rights. In this regard, using its global reach, the Committee must actively monitor and assess global trends to craft a strategic approach to prevention and protection of child rights, by strengthening and building new collaborations with groups working with children in situations most vulnerable to rights violations (e.g., children in border facilities, children in emergency settings, in care, residential facilities, and juvenile institutions).

Moving forward to build on the substantial achievements in promotion of child rights

since the adoption of the CRC, children now have a channel at international level for complaint and redress of rights violations committed against them. The reach and effectiveness of this new mechanism will depend on broadening its ratification by more States, as the number remains small. For this purpose, increased awareness of the value of the OP3 for defense of children's human rights is needed, revitalizing the momentum and pressure on more States that led to adoption of the Optional Protocol. Critically, in States parties to the OP3, coordination across organizations and actors to mobilize support for reforms at national level could prove to be the most catalytic action for strengthening children's access to justice. The act of ratification of the OP3 signals a unique moment of recognition and receptivity by the State to concretizing the right of the child to channels of redress. As such, it can be a pivotal time to call for reforms in national systems to allow justice to be delivered at domestic level, precluding the need for cases to rise to the international level. At the same time, the lessons from the jurisprudence of the Committee must serve to strengthen the effectiveness of the OP3 so it will bring to bear its full force as a vehicle for child victims who fail to receive justice and concrete remedies domestically.

References

- Alfredsson, G., Grimheden, J., Ramcharan, B., & De Sayas, A. (Eds.). (2009). *International human rights monitoring mechanisms: Essays in honour of Jakob Th. Möller* (2nd ed.). Leiden: Martinus Nijhoff.
- Aries, P. (1962). *Centuries of childhood, a social history of family life*. New York: Random House.
- Bayefsky, A. (2001). Report the UN human rights treaty system: Universality at the crossroads. Retrieved from <http://www.bayefsky.com/report/finalreport.pdf>
- Bourgogue-Larsen, A., & De Torres, U. (2011). *The Inter-American Court of Human Rights*. New York: Oxford University Press.
- Buck, T. (2011). *International Child Law* (2nd ed.). London: Routledge.
- Buck, T., & Wabwile, M. (2013). The potential and promise of communications procedures under the third protocol to the convention on the rights of the child. *International Human Rights Law Review*, 2(2), 205–239. doi:10.1163/22131035-00202005
- Carney, T. (1995). Reconciling the irreconcilable?: A rights or interests based approach to uncontrollability? In P. Alston, S. Parker, & J. Seymour (Eds.), *Children, rights and the law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, A. (2005). *International law* (2nd ed.). New York: Oxford University Press.
- Child Rights International Network (CRIN). (2016). *Rights, remedies & representation: Global report on access*

to justice for children. London: Child Rights International Network.

- Child Rights International Network (CRIN). (2018a). CRC Complaints Mechanism Toolkit: Annex II Understanding OP3-CRC: Comparison of existing Complaints Mechanisms. Retrieved from <https://archive.crin.org/en/guides/legal/crc-complaints-mechanism-toolkit/annex-ii-comparisons-op3crc-existing-complaints.html>
- Child Rights International Network (CRIN). (2018b). CRC in court: Case law database. Retrieved from <https://archive.crin.org/en/home/law/research/crc-court-case-law-database.html>
- Cohen, C., & Kilbourne, S. (1998). Jurisprudence of the committee on the rights of the child: A guide for research and analysis. *Michigan Journal of International Law*, 19(3). Retrieved from <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol19/iss3/1>
- Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW) & Committee on the Rights of the Child (CRC). (2017). Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, U.N. Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 (Nov. 16, 2017). Retrieved from https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f4&Lang=en
- Committee on the Rights of the Child (CRC). (2003). General comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 34th Sess., U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (Nov. 27, 2003). Retrieved from <https://undocs.org/CRC/GC/2003/5>
- Committee on the Rights of the Child (CRC). (2013). Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, U.N. Doc. CRC/C/62/3/ (Apr. 8, 2013). Retrieved from www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/opic_rules_of_procedure.doc
- Committee on the Rights of the Child (CRC). (2015). Communication No. 1/2014, 69th Sess., U.N. Doc. CRC/C/69/D/1/2014 (Jul. 8, 2015). Retrieved from <https://undocs.org/CRC/C/69/D/1/2014>
- Committee on the Rights of the Child (CRC). (2016). Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 2/2015, U.N. Doc. CRC/C/73/D/2/2015 (Oct. 26, 2016). Retrieved from <https://undocs.org/en/CRC/C/73/D/2/2015>
- Committee on the Rights of the Child (CRC). (2017). Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 9/2017, U.N. Doc. CRC/C/75/D/9/2017 (Jun. 20, 2017). Retrieved from <https://undocs.org/en/CRC/C/75/D/9/2017>
- Committee on the Rights of the Child (CRC). (2018a). Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, in respect of communication No. 35/2017, U.N. Doc. CRC/C/78/D/35/2017 (Jul. 11, 2018). Retrieved from

<https://undocs.org/CRC/C/78/D/35/2017>

Committee on the Rights of the Child (CRC). (2018b). Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 39/2017, U.N. Doc. CRC/C/78/D/39/2017 (Jun. 12, 2018). Retrieved from <https://undocs.org/CRC/C/78/D/39/2017>

Committee on the Rights of the Child (CRC). (2018c). Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 18/2017, U.N. Doc. CRC/C/77/D/18/2017 (Mar. 8, 2018). Retrieved from <https://undocs.org/en/CRC/C/77/D/18/2017>

Committee on the Rights of the Child (CRC). (2018d). Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 10/2017, U.N. Doc. CRC/C/77/D/10/2017 (Mar. 26, 2018). Retrieved from https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F77%2FD%2F10%2F2017&Lang=en

Committee on the Rights of the Child (CRC). (2018e). Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 8/2016, U.N. Doc. CRC/C/78/D/8/2016 (Jul. 11, 2018). Retrieved from <https://undocs.org/en/CRC/C/78/D/8/2016>

Committee on the Rights of the Child (CRC). (2018f). Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 3/2016, U.N. Doc. CRC/C/77/D/3/2016 (Jan. 25, 2018). Retrieved from <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/CRC-C-77-DR-3-2016.pdf>

Committee on the Rights of the Child (CRC). (2018g). Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 12/2017, U.N. Doc. CRC/C/79/D/12/2017 (Nov. 5, 2018). Retrieved from <https://undocs.org/en/CRC/C/79/D/12/2017>

Committee on the Rights of the Child (CRC). (2019). Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 11/2017, U.N. Doc. CRC/C/79/D/11/2017 (Feb. 18, 2019). Retrieved from <https://undocs.org/CRC/C/79/D/11/2017>

Craven, M. (2015). Between law and history: The Berlin Conference of 1884-1885 and the logic of free trade. *London Review of International Law*, 3(1), 31-59. doi:10.1093/lril/lrv002

Cunningham, H., & Viazzo, P. (Eds.). (1996). *Child labor in historical perspective 1800-1985*. Florence, Italy: UNICEF.

De Beco, G. (2013). The optional protocol to the convention on the rights of the child on a communications procedure: Good news? *Human Rights Law Review*, 13(2), 367-387. doi:10.1093/hrlr/ngt015

- Doek, J. E. (2003). The U.N. convention on the rights of the child: Some observation on the monitoring and social context of its implementation. *Journal of Law and Public Policy*, 14(2), 125-136.
- Doek, J. E. (2016). The CRC dynamics and directions of monitoring its implementation. In A. Invernizzi & J. Williams (Eds.), *The human rights of children: From visions to implementation*. Wales: Routledge.
- Doek, J. E., Cantwell, N., & (S. Detrick, Ed.). (1992). *The United Nations convention on the rights of the child: A guide to the "Travaux Préparatoires"*. Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Grover, S. C. (2010). *Prosecuting international crimes and human rights abuses committed against children: Leading international court cases*. Heidelberg; London: Springer.
- Hafner-Burton, E., & Tsutsui, K. (2005). Human rights in a globalizing world: The paradox of empty promises. *American Journal of Sociology*, 110(5), 1373-1411. Retrieved from https://pages.ucsd.edu/~ehafner/pdfs/paradox_promises.pdf
- Hampton, J. (1986). *Hobbes and the social contract tradition* (1986th ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Harrington, A. R. (2012). Don't mind the gap: The rise of individual complaint mechanisms within international human rights treaties. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22, 153-182.
- Innocenti Research Center. (2007). Law reform and implementation of the convention on the rights of the child. Retrieved from https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/law_reform_crc_imp.pdf
- International Commission of Jurists (ICJ). (2018). Redress through International Human Rights Bodies and Mechanisms: Training Materials on Access to Justice for Migrant Children, Module 5. Retrieved from <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/06/Europe-FAIR-module-5-Training-modules-2018-ENG.pdf>
- International Justice Resource Center. (2017). Exhaustion of domestic remedies in the United Nations system. Retrieved from <https://ijrcenter.org/wp-content/uploads/2018/04/8.-Exhaustion-of-Domestic-Remedies-UN-Treaty-Bodies.pdf>
- International Network for Economic, Social & Cultural Rights (ESCR-Net). (2017). Timeline of the Campaign for the OP-ICESCR. Retrieved from <https://www.escr-net.org/timeline-campaign-op-icescr>
- Jurisprudence. (2019). Retrieved from <https://juris.ohchr.org/>
- Kilkelly, U. (2010). Protecting children's rights under the ECHR: The role of positive obligations. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 61(3), 245-261.
- Kilkelly, U. (2011). The CRC at 21: Assessing the legal impact. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 62(2), 143-152.
- Langford, M., & Clark, S. (2010a). *A complaints procedure for the convention on the rights of the child: Commentary on the first draft*. Oslo: University of Oslo, Norwegian Center for Human Rights.
- Langford, M., & Clark, S. (2010b). The New Kid on the Block – A Complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child. *Nordic Journal of Human Rights*, 28(3-4), 371-400.
- Langford, M., & Clark, S. (2011). *A complaints procedure for the convention on the rights of the child: Commentary on the second draft*. Oslo: University of Oslo, Norwegian Center for Human Rights.

- Lansdown, G. (2005). The evolving capacities of the child. In *Innocenti Insight*: 11. Retrieved from <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>
- Lee, Y. (2010). Communications procedure under the convention on the rights of the child: 3rd optional protocol. *The International Journal of Children's Rights*, 18(4), 567–583. doi:10.1163/157181810X527239
- Lundy, L., Kilkelly, U., & Bryne, B. (2013). Incorporation of the United Nations convention on the rights of the child in law: A comparative review. *The International Journal of Children's Rights*, 21(3), 442–463. doi:10.1163/15718182-55680028
- Madriñán, C. (2012). Exhaustion of domestic Remedy: Gateway to international justice for the child - Focus on the Inter-American human rights system (master thesis). National University of Ireland, Galway, Ireland.
- Mechlem, K. (2009). Treaty bodies and the interpretation of human rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, 905-947. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=1507877>
- Morsink, J. (1999). *The universal declaration of human rights: Origins, drafting and intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Mougel, N. (2011). World War I Casualties. Retrieved from <http://www.centre-robert-schuman.org/userfiles/files/REPERES%20E2%80%93%20module%201-1-1%20-%20explanatory%20notes%20E2%80%93%20World%20War%20I%20casualties%20E2%80%93%20EN.pdf>
- Neff, S. C. (2006). A short history of international law. In M. D. Evans, *International law* (2nd ed.), Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Newell, P. (2009). Submission to Open-ended Working Group of the Human Rights Council, considering the possibility of elaborating an Optional Protocol to provide a communications procedure for the Convention on the Rights of the Child, 1st Sess., U.N. Doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.2 (Dec. 9, 2009). Retrieved from <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session1/A-HRC-WG-7-1-CRP-2.doc>
- Newell, P. (2010). Briefing on collective communications. Retrieved from https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/BriefingCollectiveCommunications_en.doc
- NGO Group for the CRC. (2008, May 13). NGO side event: Communications procedure for the CRC. Retrieved from <https://archive.crin.org/en/library/news-archive/ngo-side-event-communications-procedure-crc.html>
- NGO Group for the CRC. (2010). Joint NGO Submission to the Open-ended Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure (Report to Second Session). Retrieved from https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/JointNGO_WS_October2010_en.doc

- Oppenheim, L. (Ed.). (1955). *International Law* (8th ed.). London: Longman
- Organization of African Unity (OAU). (1999). African Charter on the Rights and Welfare of the Child (Article 44), OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990) (Nov. 29, 1999). Retrieved from <http://www.achpr.org/instruments/child/>
- Pasqualucci, J. M. (2003). *The practice and procedure of the Inter-American court of human rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Payandeh, M. (2014). The Individual Complaints Procedure under the United Nations Convention on the Rights of the Child. Retrieved from https://www.eurochild.org/fileadmin/public/04_News/42948_AGJ_Payandeh_KRK-Individualbeschwerde_ENG.pdf
- Pollock, L. A. (1983). *Forgotten children: Parent-Child relations from 1500 to 1900*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Risse-Kappen, T., Ropp, S., & Sikkink, K. (Eds.). (1999). *The power of human rights: International norms and domestic change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W. A. (1995). Invalid reservations to the international covenant on civil and political rights: Is the United States still a party. *Brooklyn Journal of International Law*, 21(2), 277-325.
- Schabas, W. A. (1996). Reservations to the convention on the rights of the child. *Human Rights Quarterly*, 18(2), 472-491.
- Schabas, W. A. (1997). Reservations to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women and the convention on the rights of the child. *William and Mary Journal of Women and the Law*, 3(1), 79-112.
- Shelton, D. (2015). *Remedies in international human rights* (3rd ed.). New York: Oxford University Press.
- Simmons, B. A. (2009). *Mobilizing for human rights: International law in domestic politics*. New York: Cambridge University Press.
- Sohn, L. B. (1982). The new international law: Protection of the rights of individuals rather than states. *American University Law Review*, 32(1), 1-64.
- Steiner, H., Alston, P., & Goodman, R. (Eds.). (2007). *International human rights in context law, politics, morals* (3rd ed.). New York: Oxford University Press.
- The Covenant of the League of Nations. (1924). Retrieved from <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1919Parisv13/ch10subch1>
- The International NGO Council on Violence against Children. (2016). *10 years on: Global progress & delay in ending violence against children - The rhetoric & the reality*. Geneva: Child Rights Connect.
- Tomuschat, C. (2003). *Human rights: Between idealism and realism* (3rd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Trindade, A. A. C. (2008). Human person and international justice. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47(1), 16-30.
- Trindade, A. A. C. (2011). *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Udombana, N. J. (2003). So far, so fair: The local remedies rule in the jurisprudence of the African commission

- on human and peoples' rights. *American Journal of International Law*, 97(1), 1–37. doi:10.2307/3087102
- United Nations (U.N.). (1945). Charter of the United Nations, Jun. 26, 1945, U.N.T.S. XVI. Retrieved from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-1&chapter=1&clang=_en
- United Nations (U.N.). (1969). Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, No. 18232 U.N.T.S. Vol. 1155. Retrieved from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en
- United Nations (U.N.). (1984). Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 10, 1984, No. 24841 U.N.T.S. Vol. 1465. Retrieved from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en
- United Nations (U.N.). (1989). Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989, No. 27531 U.N.T.S. Vol. 1577. Retrieved from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (1948). Universal Declaration of Human Rights. Dec. 10, 1948, U.N. Res. 217 A (III). Retrieved from https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (1966). International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 21st Sess., G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. Doc. A/RES/2200 (Dec. 16, 1966). Retrieved from [https://undocs.org/A/RES/2200\(XXI\)](https://undocs.org/A/RES/2200(XXI))
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (1979). Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, G.A. Res. 34/180, U.N. Doc. A/RES/34/180 (Dec. 17, 1979). Retrieved from <https://undocs.org/en/A/RES/34/180>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (1990). International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, G.A. Res. 45/158, U.N. Doc. A/RES/45/158 (Dec. 18, 1990). Retrieved from <https://undocs.org/A/RES/45/158>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2007). Convention on the Rights of Persons with Disabilities, G.A. Res. 61/106, U.N. Doc. A/RES/61/106 (Jan. 27, 2007). Retrieved from <https://undocs.org/A/RES/61/106>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2010). Proposal for a draft optional protocol prepared by the Chairperson-Rapporteur of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, Human Rights Council, 2nd Sess., U.N. Doc. A/HRC/WG.7/2/2 (Sep. 1, 2010). Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/157/81/PDF/G1015781.pdf?OpenElement>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2011a). 17/18 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, Human Rights Council, 17th Sess., U.N. Doc. A/HRC/RES/17/18 (Jul. 11, 2011). Retrieved from [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/157/81/PDF/G1115781.pdf?OpenElement)

- ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/148/40/PDF/G1114840.pdf?OpenElement
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2011b). Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, Human Rights Council, 17th Sess., U.N. Doc. A/HRC/17/36 (May 25, 2011). Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/134/72/PDF/G1113472.pdf?OpenElement>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2011c). Revised proposal for a draft optional protocol prepared by the Chairperson-Rapporteur of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, Human Rights Council, 2nd Sess., U.N. Doc. A/HRC/WG.7/2/4 (Jan. 1, 2011). Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/102/69/PDF/G1110269.pdf?OpenElement>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2012). Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, G.A. Res. 66/138, U.N. Doc. A/Res/66/138 (Jan. 27, 2012). Retrieved from https://treaties.un.org//doc/source/docs/A_RES_66_138-Eng.pdf
- United Nations Office of High Commissioner Human Right (OHCHR). (2013). Individual complaint procedures under the United Nations Human Rights Treaties (Fact sheet No 7/ Rev. 2). Retrieved from <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev.2.pdf>
- United Nations Office of High Commissioner Human Right (OHCHR). (2014). The core international human rights treaties. Retrieved from https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_en.pdf
- Van Bueren, G. (1998). *The international law on the rights of the child*. The Hague, Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child. (2011). Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child. Retrieved from <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGCRC/Pages/OpenEndedWorkingGroupIndex.aspx>

ANNEXES

Annex 1: Inadmissible decisions on the OP3 to the CRC on a communication procedure

Case	Year	Type Decision	Considerations
A.H.A.	2014	Inadmissibility	Committee observes that all the facts referred to in the communication occurred prior to the entry into force of the Optional Protocol for the State party.
M.A.A.	2015	Inadmissibility	...(on) rights under article 39 of the Convention, the Committee considers that this and the other articles of the Convention protect the rights of children and not the rights of adults.
J.A.B.S.	2016	Inadmissibility	Committee considers that the author has not presented convincing arguments.
M.E.B.	2017	Discontinuance	...considered the author's representative's request for discontinuance, decided to discontinue the consideration of communication
S.C.S.	2017	Inadmissibility	...occurred prior to the date of entry into force of the Optional Protocol for the State party
R.L.	2017	Discontinuance	...considered the request for discontinuance made by the representative of the author and by the State party, decided to discontinue the consideration of communication
Z.Y. and J.Y.	2016	Inadmissibility	Committee considers that the authors have failed to justify a personal risk of a serious violation of author A.Y.'s rights upon return to Afghanistan.
Y.M.	2016	Inadmissibility	Committee finds that the complaint is incompatible with the provisions of the Convention, which protects the rights of children, and inadmissible under article 7 (c) of the Optional Protocol.
K.A.B.	2017	Discontinuance	...having considered the request by the author's representative for discontinuance, decided to discontinue the consideration of communication

Annex 2: Decisions on admitted petitions to the OP3

Communication	Articles of the CRC	Subject Matter	Consideration of Merits
Y.B and N.S. ¹¹	2, 3, 10, 12 and 20	Denial of humanitarian visa to child taken in under <i>kafalah</i> (fostering arrangement) by a Belgian-Moroccan couple	The Committee points out that “article 12 imposes no age limit on the right of the child to express her or his views and discourages States parties from introducing age limits either in law or in practice.” (8.7)
			The Committee notes that, in assessing the preservation of the family environment and the maintenance of ties as factors that need taking into account when considering the child’s best interests, “the term ‘family’ must be interpreted in a broad sense to include biological, adoptive or foster parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided by local law or custom. (art. 5)” (8.11)
Decision	The State party is under an obligation to urgently reconsider the application for a visa for C.E. in a positive spirit, while ensuring that the best interests of the child are a primary consideration and that C.E.’s views are heard. In considering the best interests of the child, the State party should take account of the family ties that have been forged de facto between C.E. and the authors. (9)		
I.A.M. ¹²	1, 2, 3 and 19	Deportation of a girl to Somalia, where she would allegedly risk being forcefully subjected to female genital mutilation	The Committee recalls that the best interests of the child should be a primary consideration in decisions concerning the deportation of a child and that such decisions should ensure — within a procedure with proper safeguards — that the child will be safe and provided with proper care and enjoyment of rights. 11.8 (b)

¹¹ (CRC, 2018g)

¹² (CRC, 2018f)

			<p>The evaluation of the risk that a child may be subjected to an irreversible harmful practice such as female genital mutilation in the country to which he or she is being deported should be carried out following the principle of precaution and, where reasonable doubts exist that the receiving State cannot protect the child against such practices, State parties should refrain from deporting the child.</p> <p>11.8 (c)</p>
Decision	<p>The State party is under an obligation to refrain from deporting the author and her daughter to Puntland. The State party is also under an obligation to take all steps necessary to prevent similar violations from occurring in the future. (12)</p>		
N.B.F. ¹³	3, 8, 12, 18(2),20, 27 and 29	Determination of the age of an alleged unaccompanied minor	<p>The Committee considers that the determination of the age of a young person who claims to be a minor is of fundamental importance, as the outcome determines whether that person will be entitled to or excluded from national protection as a child. Similarly, and this point is of vital importance to the Committee, the enjoyment of the rights contained in the Convention flows from that determination. It is therefore imperative that there be due process to determine a person's age, as well as the opportunity to challenge the outcome through an appeals process. While that process is under way, the person should be given the benefit of the doubt and treated as a child (12.3)</p>
			<p>In the light of the foregoing, the Committee considers that the age-determination procedure undergone by the author, who claimed to be a child, was not accompanied by the safeguards needed to protect his rights under the Convention (12.9)</p>
Decision	<p>The State party is under an obligation to prevent similar violations in the future, in particular by ensuring that all procedures for determining the age of possible unaccompanied children are carried out in a manner</p>		

¹³ (CRC, 2019)

	consistent with the Convention and that, in the course of such procedures, the persons subjected to them are promptly assigned a qualified legal or other representative free of charge.
--	--

Annex 3: Summary of debates arising in drafting the OP3¹⁴

Issue	Position 1	Alternate Position	Consensus
Value added of a new OP (1)	May duplicate other HR mechanisms accessible to children	Adds value covering all child rights; provides child sensitive procedures	Drafting proceeded
Reservations to OP3	States have option to declare reservations to the protocol	Include provision denying option to make reservations	OP3 does not include text prohibiting States to make reservations
Accessible form of petition for children	Include child sensitive measures in rules of Procedure Hearings not mandatory	Allow for all form and modes for petition that facilitate access by children i.e. (oral tape/video/ other communication)	Only written communications are accepted and non-written as supplements (Rule 16 (3)(d))
Workload of the Committee	Overburdens & requires added Committee resources	Manageable	CRC -conferred OP3 Committee calls for external experts as needed (Rule 6)
Child sensitive procedures	Functionally established in OP3 rules of procedure	Elaborate specific child sensitive procedures for making complaints of violations	OP3 rules of procedure generally call for use of child sensitive methods (Articles 3, 3(2))
Submission of communications	An individual child or groups of children alleging to be victims and their representatives	Include communications from human rights institutions, other specialized agencies and NGOs on behalf of unnamed victims (collective communications)	An individual child or group of children alleging to be victims; designated representatives and others on behalf of the child with the express consent of the child (Rule 12)

¹⁴ Non-exhaustive summary of issues from Working Group Sessions: (Open-ended WG, 2010); (U.N.G.A., 2011b)

Issue	Position 1	Alternate Position	Consensus
Timeline for filing petition following exhaustion of domestic remedy (2)	Standard timelines	Extend timeline to allow for child sensitive processes	One-year limit (as per several other HR petition mechanisms) (Rule 16 3(j))
Complaints for violations occurring prior to or continuing from time prior to OP3 entry into force for the State	State accountability under the OP3 applies solely to violations occurring after it has ratified the protocol and it has come into force for the State	Allow for complaints occurring prior to or continuing from time prior to OP3 entry into force for the State (as child disclosure of violations may occur years after occurrence)	Committee has competence only in respect of post-entry into force violations (Rule 16 (i))
Inquiry of grave or systematic violations	All parties to the OP3 are within the jurisdiction of this procedure	States have the option to opt-out through express declaration	The Committee may on its own initiative in case of reliable information on the existence of grave and systematic violations against children in a State party initiate an inquiry. (Rule 31(2))



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



Terminology Considerations on Trafficking of Children for Sexual Purposes based on the Luxembourg Guidelines

Andrea Varrella¹

ECPAT International

ARTICLE INFO

ABSTRACT

Article History:

Received: 13 May 2019

Revised: 17 June 2019

Accepted: 28 June 2019

Keywords:

Sexual exploitation of children

Trafficking of children for sexual purpose

Terminology guidelines

As knowledge developed on trafficking of children for sexual purposes, a range of different terms emerged around the world to describe the phenomenon. Confusion and inconsistency in the use of terms, as well as the existence of diverging definitions and interpretations of key issues has contributed to inaccuracy and imprecision in data. This hinders actions to generate clear evidence and reduce the harmful effects for the victims.

In 2016, a global Interagency Working Group, established at the initiative of ECPAT International and composed of representatives from UN agencies, child rights NGOs, and law enforcement agencies, developed and endorsed the “Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse” (hereinafter “Luxembourg Guidelines”). The Luxembourg Guidelines are available online in English, French, Spanish, German, and Turkish and continue to be adapted into further languages to become increasingly available to child protection professionals all over the world.

Although the Luxembourg Guidelines broadly and systematically identify, analyse and define a wide range of best/common terms that should be used to describe sexual exploitation of children and its manifestations, this paper only discusses terminology considerations on trafficking of children for sexual purposes.

¹ Andrea Varrella is Legal Officer under the Legal Programme of ECPAT International.

Corresponding author email: andreav@ecpat.net

The objective of this paper is to examine the implications for the misuse and/or confusing use of terms related to trafficking of children for sexual purposes, present the outcomes of the Luxembourg Guidelines and discuss the impact of a harmonised terminology on the global fight to end this crime and other manifestations of sexual exploitation of children.

Introduction

When discussing serious crimes such as the sexual exploitation of children, correct terminology may not seem a high priority; with the focus instead being on prevention, prosecuting perpetrators and supporting victims in spite of the terms used to classify the criminal act and define the concepts. In reality, an appropriate definition of what constitutes, for instance, trafficking of children for sexual purposes, and an unambiguous identification of the correct terms to use, is paramount in applying relevant legal dispositions, sentencing perpetrators and ensuring access to remedies, services and compensation to the victims. Moreover, the use of correct and consistent terminology across sectors has the potential to ease and strengthen the work of those collecting information on issues related to the sexual exploitation of children by enabling them to, *inter alia*, do cross comparisons of different data sets and use data wisely.

With the aim of fostering consensus among key stakeholders on terminology to be used in programming, legislation, policy, and advocacy regarding the sexual exploitation of children, in September 2014, ECPAT International and ECPAT Luxembourg launched the Interagency Terminology and Semantics Project and established an Interagency Working Group (IWG). The project was composed of representatives from key international agencies and organisations and chaired by Professor Jaap Doek, senior legal advisor to ECPAT International and former Chair of the Committee on the Rights of the Child (Greijer & Doek, 2016).

In January 2016, the IWG adopted the “Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse” (hereinafter “Luxembourg Guidelines”), which were officially launched at a side event during the 32nd session of the Human Rights Council (14 June 2016). The document, compiled by representatives from United Nations agencies, child rights non-governmental organisations, and law enforcement agencies, contains a large number of terms related to the different manifestations of sexual exploitation of children, including exploitation of children in prostitution, sexual exploitation of children in travel and

tourism, online child sexual exploitation and trafficking of children for sexual purposes. Each term has been carefully analysed and assessed for appropriateness. Clear guidance towards preferred terms are made - endorsed by the global experts of the working group (Greijer & Doek, 2016).

French and Spanish conceptual translations of the Luxembourg Guidelines were released shortly after the official launch of the English version. As of June 2019, the Luxembourg Guidelines are also available in German and Turkish and are currently being translated and adapted in further languages. In order to facilitate this process, in September 2017, ECPAT International published a *Handbook for the translation and adaptation of the Terminology Guidelines for the protection of children from sexual exploitation and sexual abuse*, providing practical advices and suggesting a “step-by-step work methodology” for organisations and/or governments interested in translating the Luxembourg Guidelines in their local languages (Greijer, 2017, p.6).

While the guidelines cover all terminology related to sexual exploitation and abuse of children, this paper will name three of the key questions that existed with varying terminology. Specifically, this paper is limited to describing terminology considerations on trafficking of children for sexual purposes and related terms such as smuggling of child migrants and sale of children. A special focus is given to presenting the outcomes of the Luxembourg Guidelines and analysing the implications for the misuse and/or confusing use of terminology.

Trafficking of children and smuggling of migrants: definitions in legally binding international instruments and legal implications of their wrongful application

The term ‘trafficking of children’ is widely mentioned in the most relevant child rights instruments, including the United Nations Convention on the Rights of the Child, which at its Article 35 establishes that “States Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form.” (CRC, 1989, Art. 35). Similarly, the Worst Form of Child Labour Convention – No.182 adopted in 1999 by the International Labour Organization (ILO), refers in its Article 3(a), to “the sale and trafficking of children” as a worst form of child labour (ILO C182, 1999, Art. 3(a)). The preamble of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, entered into force on 18 January 2002, expresses concern regarding the “significant and increasing

international traffic for the purposes of sale of children, child prostitution, and child pornography.” (CRC, 1989, Preamble).

Besides these mentions and references to the trafficking of children, the international community had to wait for the adoption of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organised Crime (hereinafter Trafficking Protocol), adopted on 15 November 2000, to have a complete and accurate definition of this crime as well as an international agreement specifically focused on trafficking.

Besides providing standard definitions of ‘trafficking in persons’ and ‘child trafficking’, the Trafficking Protocol highlights the main difference between these two crimes: the irrelevance of the consent. In fact, the 2000 Trafficking Protocol, defines ‘trafficking in persons’ as follows: “[t]he recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.” (Trafficking Protocol, 2000, Art. 3(a)). The definition provided by the Protocol makes it clear that trafficking in persons has three constituent elements: the act, the means and the purpose. When it comes to child victims, Article 3(c) further establishes that “[t]he recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered ‘trafficking in persons’ even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article.” (Trafficking Protocol, 2000, Art. 3(c)). Therefore, the definition of trafficking of children is wider than that of trafficking of persons, not requiring the use of specific means (e.g. threat, use of force, coercion, abduction, etc.) for the conduct to be considered a crime. In simple terms, the Protocol recognises that children can never be willing participants in any case to their own exploitation.

The Trafficking Protocol has been criticised for not providing clear definitions of the different types of exploitation which are the ultimate purposes of trafficking (George, Vindhya, & Ray, 2010, p.66) and for designating a number of protection measures optional for States (Gallagher, 2002, p.26). For instance, Article 6 recommends States to protect the identity and

privacy of victims of trafficking, especially during legal proceedings, but then allows non-compliance with this by stating that States should do so “in appropriate cases and to the extent possible under its domestic law” (Trafficking Protocol, 2000, Art. 6(1)).

A major concern is generated by the need to read the Protocol in conjunction with a second international agreement also intended to supplement the UN Convention against Transnational Organised Crime: the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air (hereinafter Smuggling Protocol), adopted on 15 November 2000. According to Article 3(a) of the abovementioned instrument, smuggling of migrants refers to “the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident” (Smuggling Protocol, 2000, Article 3(a)). It is easy to note that the way ‘trafficking’ and ‘smuggling’ are posited by the Protocols underlines the basic difference between the two concepts: the former entails a required purpose of exploitation, a lack of consent from the victim; and implies the resulting profit for the trafficker. The latter focuses on the – often voluntary – movement of the migrants and the illegal entry into a country.

Unfortunately, it has been argued that both the Trafficking and Smuggling Protocols lack an explanation of how to correctly identify victims of trafficking and smuggled migrants. (Gallagher, 2002). Blurring distinctions between the two categories may engender risks and lack of protection for the involved subjects. Protection measures and available services sensibly differ if the specific case falls under the scope of trafficking or smuggling (Pace & Severance, 2016, p.69). If a child victim of trafficking is wrongly identified as a migrant, the principle of the irrelevance of consent would not apply and, as a result, the need of protection would be assessed to be less. A consequence would therefore be that child victims of trafficking and migrants would be placed in the same reception centres which may lack specialised personnel trained to respond to the specific trauma and circumstances of child trafficking victims. In the specific case of trafficking for sexual purposes, different kinds of responses are required in the contexts of protection, prevention and rehabilitation (Greijer & Doek, 2016, p.61). Moreover, smuggling usually ends when the migrant reaches the destination country whilst trafficking victims typically continue to be exploited, requiring greater protection and a different set of services. This reflection does not exclude the fact that children who were initially migrants may later become victims of trafficking as unaccompanied child migrants are considered easy targets for exploitation, especially for sexual purposes. Members of organised crime groups

are known to be proactively ‘recruiting’ child migrants into sexual exploitation using various methods, including elusive promises of remuneration and/or easier crossing of borders.

The issues described above show the need for common terms to not only properly define and classify the victims, but also to conduct follow-up interviews and activities to correctly identify child migrants who subsequently fall victim to traffickers for the purposes of exploitation. It is worth noting, that this issue has been recently addressed by the United Nations Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, adopted by the UN General Assembly on 19 December 2019. Indeed, in Objective 10 of the document (“Prevent, combat and eradicate trafficking in persons in the context of international migration”) it includes the States’ necessary commitment to “enhance the identification and protection of, and assistance to, migrants who have become victims of trafficking, paying particular attention to women and children.” (United Nations General Assembly (U.N.G.A.), 2019, para. 26).

Trafficking of children, sale of children and child slavery: an overlapping categorisation

Labelling the movement of children for the purpose of exploitation encounters further difficulties when the terms ‘sale of children’ and ‘child slavery’ come into play.

Sale of children

The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography provides the most detailed definition of ‘sale of children’ which is defined as: “any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration” (OPSC, 2000, Art. 2(a)). Article 3 (a) further sets forth relevant conducts that should be criminalised by national laws “Offering, delivering or accepting, by whatever means, a child for the purpose of: a. Sexual exploitation of the child; b. Transfer of organs of the child for profit; c. Engagement of the child in forced labour, (ii) Improperly inducing consent, as an intermediary, for the adoption of a child in violation of applicable international legal instruments on adoption” (OPSC, 2000, Art. 3(a)).

This definition of ‘sale of children’ shows similarity to the concept of ‘trafficking of children’ (Greijer & Doek, 2016, p.58) as described in the paragraph above and stated by the Trafficking Protocol. However, as seen below, such confusion arises from the differences between them, exacerbated the fact that different child rights instruments (Convention on

the Rights of the Child, Article 35 and ILO Convention No. 182, Article 3) use both these terms without clear distinction, and almost assuming that they are interchangeable.

In its *Handbook on the Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, UNICEF noted that “States tend to identify *sale* of children with *trafficking* in children” [emphasis added] (UNICEF Innocenti Research Centre, 2009, p.9). As a result of this overlapping categorisation, many States reportedly lack legislation specifically addressing and criminalising the ‘sale of children’ (UNICEF Innocenti Research Centre, 2009, p.9). Moreover, it has been noted that often States Parties provide the Committee on the Rights of the Child with information related to their counter-trafficking legislation, policies and plans when reporting in relation to their obligations regarding the sale of children under the OPSC (Greijer & Doek, 2016, p.58).

The Interagency Working Group for the Luxembourg Guidelines closely analysed the use of the two definitions and noted that albeit similar, the two concepts are distinct in a number of aspects. First, the ultimate aim of the sale of children is to obtain some kind of remuneration from the sale; the exploitative purpose, which is one of the constituent elements of trafficking, is therefore not required to constitute the crime (Greijer & Doek, 2016, p.58). While it is doubtless true that often the sale aims to exploit the child in, *inter alia*, the sex industry, domestic labour market, plantation and mining sectors, the Interagency Working Group highlighted that there are instances of sale of children which although being illegal, do not aim at harming and/or exploiting the child - such as illegal adoption (Greijer & Doek, 2016, p.58). Second, the sale of children lacks the requirement of the physical movement of the child from one place to another which is a key element of the concept of trafficking (UNICEF Innocenti Research Centre, 2009, p.10).

Although the Interagency Working Group concluded its analysis by identifying subtle differences between the two phenomena (both in terms of possible purposes and means) it also recognised a further common element which is worth mentioning in this paper; both ‘sale of children’ and ‘trafficking of children’ are broad umbrella terms which can have different motivations, an important one being sexual exploitation. It should be noted, though, that not all the forms of sexual exploitation require the child to having being sold or trafficked. For instance, children can be exploited in prostitution or online (e.g. live streaming of child sexual abuse, sexual extortion, child sexual abuse material, etc.) without having being sold, trafficked or even moved from the country/city of origin (Greijer & Doek, 2016, p.61).

Child slavery

According to the ILO Convention No. 182, 'child slavery' is included among the worst forms of child labour and manifests, for instance, in "the sale and trafficking of children, debt bondage and serfdom and forced or compulsory labour, including forced or compulsory recruitment of children for use in armed conflict" (ILO C182, 1999, Art, 3(a)). A detailed definition of the crime is provided by the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practice Similar to Slavery, adopted on 30 April 1956, as follows: "[...] Any institution or practice whereby a child or young person under the age of 18 years is delivered by either or both of his natural parents or by his guardian to another person, whether for reward or not, with a view to the exploitation of the child or young person of his labour" (United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), 1957, Art 1(d)).

It is easy to note that the term can and is used to describe a range of situations in which children are exploited for different purposes and by different means. Exploitation of children in prostitution, child labour, children in armed conflicts and child domestic workers are just a few examples (Greijer & Doek, 2016, p.73).

For the purposes of the Luxembourg Guidelines, the Interagency Working Group focused its analysis on sexual slavery which included sale of children and trafficking of children for sexual purposes although recognising the extent of the crime and the number of human rights violations that it encompasses.

The Interagency Working Group noted, without criticising, the tendency worldwide to use the term 'slavery' as a substitute for child trafficking and various forms of child labour including exploitation in prostitution - leveraging on its breadth of meaning (Greijer & Doek, 2016, pp. 72-73). Others have argued that the use of the term 'slavery' - or 'modern day slavery' - may lead to an oversimplification of the root causes, consequences and experiences of trafficking as well as a difficulty in the application of relevant international standards such as the Trafficking Protocol (Hoyle, Bosworth, & Dempsey, 2011; Global Alliance Against Trafficking in Women, 2017).

The Interagency Working Group concluded its analysis of the term with arguments quite similar to the ones presented above in relation to the sale of children. The overlap between trafficking of children and child slavery does not imply an absence of differences between the two phenomena. As noted above, children can be subjected to a situation of –

sexual- slavery without being trafficked or sold, for instance within the family or community of belonging (Greijer & Doek, 2016, p.73).

Final considerations on the implications for the misuse and/or confusing use of relevant terminology

As stated by the Interagency Working Group in the introduction to the Luxembourg Guidelines, “[d]espite the existence of legal definitions for a number of sexual crimes against children, there is still considerable confusion surrounding the use of different terminology related to the sexual exploitation and sexual abuse of children.” (Greijer & Doek, 2016, p.1).

The implications related to the misuse and/or confusing use of relevant terminology are several and may occur in a number of different areas. First, from a legal perspective, the use of an accurate terminology ensures victims’ access to the appropriate level of protection established by international and national legislation. For instance, as argued in this paper, the mislabelling of child victims of trafficking instead as child migrants may lead to their detention in light of their unlawful migration status and the absence of access to specialised support services. Similarly, the use of harmful terms such as ‘child prostitute’ or ‘child sex worker’ instead of the more appropriate ‘child victim of sale or trafficking’ can provoke legal sanctions for the child instead of guaranteeing access to the services he/she should be entitled to (Leary, 2016, p.115).

Besides the legal implications, clear definitions and a correct use of terminology are necessary for Governments, researchers and NGOs to collect meaningful and useful data and information on the victims and the type of exploitation they experienced. Such data is needed to shape national efforts to address the different crimes mentioned in this paper and to inform future efforts towards the ending of the sexual exploitation of children for any purpose. Finally, from a social point of view, it is undoubtedly beneficial that people use the appropriate terminology to refer to specific crimes in order to fully understand the gravity of the illicit conduct and the severity of the harm caused to child victims (Leary, 2016, p.113). It should be noted that confusion over labels may be triggered not only by a lack of knowledge but also by the media and politicians deliberately using terms which are intended to generate a moral outrage and lead to a bigger impact on audiences, for example ‘child slavery’ instead of ‘trafficking of children’ or ‘exploitation for the purpose of prostitution’.

To conclude, the use of common and correct terminology around sexual exploitation of children through the implementation and global adoption of the Luxembourg Guidelines will play an effective role in achieving greater clarity and a common understanding on terminology. This is essential in order to provide increased, more targeted and more effective protection of children from sexual exploitation and abuse in all their manifestations, including trafficking for sexual purposes.

References

- Digidiki, V. & Bhabha, J. (2017). *Emergency within an emergency: The growing epidemic of sexual exploitation and abuse of migrant children in Greece*. Retrieved from <https://fxb.harvard.edu/2017/04/17/new-report-emergency-within-an-emergency-exploitation-of-migrant-children-in-greece/>
- Gallagher, A. (2001). Human rights and the new UN Protocols on trafficking and migrant smuggling: A preliminary analysis. *Human Rights Quarterly*, 23(4), 975-1004. doi: 10.1353/hrq.2001.0049
- Gallagher, A. (2002). Trafficking, smuggling and human rights: Tricks and treaties. *Forced Migration Review*, 12, 25-28. Retrieved from <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/development-induced-displacement/gallagher.pdf>
- George, A., Vindhya, U., & Ray, S. (2010). Sex trafficking and sex work: Definitions, debates and dynamics - A review of literature. *Economic & Political Weekly*, 45(17), 64-73. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/289319658_Sex_trafficking_and_sex_work_Definitions_debates_and_dynamics_-_A_review_of_literature
- Global Alliance Against Trafficking in Women (GAATW). (2017). *Anti-trafficking review* (No. 8: Special Issue – Where’s the Evidence?). Retrieved from http://gaatw.org/ATR/AntiTraffickingReview_issue8.pdf
- Greijer, S. (2017). *Handbook for the translation and adaptation of the terminology guidelines for the protection of children from sexual exploitation and sexual abuse*. Retrieved from <https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2017/12/Handbook-for-the-translation-and-adaption-of-the-Terminology-Guidelines-for-the-protection-of-children-from-sexual-exploitation-and-sexual-abuse.pdf>
- Greijer, S. & Doek, J. (2016). *Terminology Guidelines for the protection of children from sexual exploitation and sexual abuse*. Retrieved from <http://luxembourgguidelines.org/english-version/>
- Hoyle, C., Bosworth, M., & Dempsey, M. (2011). Labelling the victims of sex trafficking: Exploring the borderland between rhetoric and reality. *Social & Legal Studies*, 20(3), 313-329. doi:10.1177/0964663911405394
- International Organization for Migration (IOM). (2013). *Children on the move*. Retrieved from http://publications.iom.int/system/files/pdf/children_on_the_move_15may.pdf

- Leary, M. G. (2016). The language of child sexual abuse and exploitation. *Refining Child Pornography Law: Crime, Language, and Social Consequences*, 109-144. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1gk08jr.8>
- Mitra, A. (2016, September 12). The story of 'Missing Children': Unaccompanied minors in the prevailing refugee crisis. *Border Criminologies*. [Web log post]. Retrieved from: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/09/story-%E2%80%98missing>
- Pace, P. & Severance, K. (2016). Migration terminology matters. *Forced Migration Review*, 51, 69-70. Retrieved from: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/destination-europe/pace-severance.pdf>.
- UNICEF Innocenti Research Centre. (2009). *Handbook on the optional protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography*. Retrieved from https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/optional_protocol_eng.pdf.
- United Nations Economic and Social Council (ECOSOC). (1957). Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery: adopted by a Conference of Plenipotentiaries convened by Economic and Social Council resolution 608(XXI) of 30 April 1956 and done at Geneva on 7 September 1956 (Apr. 30, 1957). Retrieved from <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2001). United Nations Convention against Transnational Organized Crime: Annex 2 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. G.A. Res. 55/25, 55th Sess., U.N. Doc. A/RES/55/25 (Jan. 8, 2001). Retrieved from <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2019). Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, G.A. Res. 73/195, 73th Sess., U.N. Doc. A/RES/73/195 (Jan. 11, 2019). Retrieved from <https://undocs.org/A/RES/73/195>

Author's Biographical statement

Andrea Varrella obtained her LL.M in International and European Law from LUISS Guido Carli in Rome in 2014 writing a thesis on female genital mutilations and international law. She also holds a Master's Degree in International Protection of Human Rights from La Sapienza University in Rome (2015), where she wrote her dissertation on the eradication of child, early and forced marriages in the framework of the SDGs. After a short assignment with the United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), she joined ECPAT International in mid-2016 first working for the Research and Policy Team and then moving to the Legal Programme, currently holding the position of Legal Officer.



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



Displaced Rohingya Children and the Risk of Human Trafficking

Caitlin McCaffrie¹

Centre for Policy Development

ARTICLE INFO

ABSTRACT

Article History:

Received: 20 May 2019

Revised: 29 June 2019

Accepted: 30 June 2019

Keywords:

Rohingya

Child rights

Human Trafficking

Force migration

On the thirtieth anniversary of the United Nations Convention on the Rights of the Child, more than half a million Rohingya children sit in refugee camps in Cox's Bazar, Bangladesh, at serious risk of falling victim to human trafficking and related forms of exploitation. Without access to education, these children are faced with limited options for their future. Child labour and child, early and forced marriage are serious concerns. As we approach the second anniversary of the violence which led to a mass exodus of Rohingya from their homes in Rakhine State, Myanmar, Rohingya children face an uncertain future, denied the rights ostensibly guaranteed to them in the Convention on the Rights of the Child. Drawing on findings of a rapid assessment conducted in 2018, and supplemented by additional desk research, this article outlines risk factors that makes Rohingya children particularly vulnerable to exploitation, and offers recommendations for addressing these vulnerabilities.

1. Introduction

The particular vulnerabilities of children in the context of forced migration have received increasing attention over the past two decades. This is significant as around the world children comprise more than half of all refugees and displaced persons (United Nations High Commission for Refugees (UNHCR), 2019b). In 2016 the United Nations Children's Fund

¹ Caitlin McCaffrie is Policy Adviser at the Centre for Policy Development in Melbourne Australia.

Corresponding author's email: caitlin.mccaffrie@cpd.org.au

(UNICEF) estimated 50 million children had been forced to move – approximately half due to conflict in their home country.

Globally, children are forced to move for a variety of reasons, and involving varying degrees of exploitation, which can make categorisation challenging (Van Doore, 2018). In South and Southeast Asia, some children are forced to flee conflict or persecution, others move when their families are forced by development projects to seek livelihood or education opportunities elsewhere. Others still are caught in cycles of debt bondage, or are trafficked for forced labour or sexual exploitation purposes. Children are forced to move both within national borders and across them. Sometimes they are aware of where they're going, often they are not. Sometimes they travel with their families, other times they travel unaccompanied. Movement of unaccompanied children is on the rise globally (UNHCR, 2019a; Van Doore, 2018).

When children who have been forcibly displaced, they are rendered further at risk of exploitation of all forms, including forced labour, human trafficking and migrant smuggling (Van Doore, 2018; Wilson, 2012). This paper explores some of the factors that have rendered displaced Rohingya² children living in and around the refugee camps in Cox's Bazar, Bangladesh, particularly vulnerable to these forms of exploitation. Drawing on findings of a rapid assessment conducted in 2018, and supplemented by desk research, the paper outlines key risk factors that increase the vulnerability of the group, then presents some recommended courses of action to address this "crisis within a crisis".

This paper begins with a background to the current displacement crisis affecting the Rohingya population, which has resulted in the majority of the group now living in makeshift camps in Cox's Bazar, Bangladesh. The paper then expands on three risk factors that amplify the vulnerability of Rohingya children to trafficking while they are displaced: their lack of access to education, prevalence of child labour, and prevalence of child, early and forced marriage. Section four of this paper then presents recommends a number of courses of action including regional support to counter-trafficking efforts and inclusive educational development, and explores how these could improve the lives of Rohingya children.

This year marks the thirtieth anniversary of the Convention on the Rights of the Child (CRC), which enshrines the right to be protection from trafficking in Article 35, and from forms

² This paper uses the word Rohingya throughout to refer to those who self-identify as part of this ethnic group, the majority of whom are from the northern part of Rakhine State.

of forced labour in Article 32 (CRC, 1989). This paper argues that despite these protections, the international community is continuing to fail Rohingya children. However, some hope exists. The recently signed Global Compacts on Refugees (GCR) and for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM) – explored in more detail in Section 4 – offer a solid basis upon which to build child-sensitive policies and practices around forced migration. Although non-binding, the fact that the two Global Compacts have received support from most states in the Asia Pacific, creates renewed momentum for the region to tackle transnational issues collaboratively. Likewise, regional bodies such as the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), and Bali Process on People Smuggling and Human Trafficking (Bali Process) each has a mandate to cover migration in some form, and each could be more ambitious in this regard. Although the current mass displacement of the Rohingya is one of the most fraught crises facing the region, there necessary tools, institutions and frameworks are at our disposal to address it, given sufficient political will.

This paper is partly based on the findings of an assessment carried out by a team from the Secretariat of the Asia Dialogue on Forced Migration (ADFM) in 2018. The assessment examined the risk of human trafficking, migrant smuggling and other forms of exploitation arising from the displacement of Rohingya in Cox’s Bazar, including both Rohingya and Bangladeshi communities, and took place between March and November of 2018.³ The full report outlines the risks to both adults and children, however the scope of this paper looks specifically at the risks facing displaced Rohingya children.

2. Background

2.1 *The Rohingya and a History of Forced Migration*

The Rohingya are a stateless Muslim minority from Rakhine State, Myanmar. Although a minority in Myanmar as a whole, the Rohingya comprise a majority in the northern part of Rakhine State, and are the second largest ethnic group in the state overall, after ethnic Rakhine

³ The author of this paper was part of the research team conducting the assessment and was an author of the ensuing assessment report *Avoiding a Crisis Within a Crisis*, released in March 2019. The ADFM is a Track II dialogue process, established in 2015, bringing together experts from government, national and international civil society and academia from nine countries and is chaired by a Secretariat comprised of leading policy institutes in Australia, Indonesia, Malaysia and Thailand. For more information on the ADFM, its membership and agendas of previous meetings, see Asia Dialogue on Forced Migration (ADFM) (2015)

Buddhists (Uddin, 2015). The Rohingya have faced escalating discrimination and persecution over the past two decades, particularly since 2012. Their access to education, employment and medical care in Myanmar remains severely restricted, as is their freedom of movement. (Amnesty International, 2017; United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), 2018). Amnesty International (2017) and UNHCR (2016) reports indicate that Rohingya children in Rakhine State have experienced increasing difficulty accessing government-provided education since 2012. Rohingya students are also forbidden from attending Rakhine State's only university, located in the capital Sittwe. As movement restrictions prevent the Rohingya from leaving the state to pursue other opportunities, this effectively bars them from any higher education available in Myanmar in direct violation of their rights (Lewa, 2009). As non-citizens in Myanmar, the Rohingya must request travel permits to move around in Rakhine State (Uddin, 2015). Many are confined to internally displaced person (IDP) camps, and as they need permits to leave, these become *de facto* detention centres. It is estimated around 120,000 remain living in these IDP camps in Rakhine State, although it is difficult to establish exact numbers (United Nations General Assembly (U.N.G.A.), 2016).

Over the last half century, large numbers of Rohingya have periodically crossed the border into Bangladesh fleeing violence, particularly in 1978, 1991-1992, 2012 and 2015-2016. After each exodus, most Rohingya returned to Rakhine State once conditions there became safe to do so, but in each case some decided to remain in Bangladesh (Lewa, 2009). Some remained living in semi-permanent refugee camps while others integrated into the local community. Some have now been living there for decades, and some Rohingya children have only ever known this life in limbo in Cox's Bazar; a part of Bangladesh facing its own significant development challenges and prone to natural disasters (ISCG, 2018b). Although Bangladesh has traditionally been the most common destination for Rohingya seeking safety due to its close proximity and similar language, religious and cultural norms, there has also been significant movement to other countries in the region, including Malaysia, India, Thailand, Indonesia and Saudi Arabia.

The Bay of Bengal and Andaman Sea has traditionally seen high levels of human trafficking and migrant smuggling, as has Southeast Asia as a whole (Van Doore, 2018). In 2015, human trafficking camps containing mass graves of Rohingyas have been uncovered along the Thai-Malaysia border, and are currently the subject of a royal commission in Malaysia (Fortify

Rights, 2019a; Sharma, 2015). A crackdown on irregular maritime movements in 2015 resulted in traffickers abandoning their boats, leaving round 8,000 Rohingya and Bangladeshis stranded at sea, including many children (STC, 2016). Children are often caught up in these irregular movements, either travelling with family or unaccompanied: the international NGO Save the Children (2016) estimate that one in three people who arrive in Thailand or Malaysia by boat from the Andaman Sea are under the age of 18.

2.2. The Latest Crisis

25 August 2017 marked a turning point in the treatment of the Rohingya in Rakhine State, and has since been labelled “the realisation of a disaster long in the making” by the Independent International Fact Finding Mission (U.N.G.A., 2018). On this day, attacks on police posts allegedly carried out by the Arakan Rohingya Salvation Army (ARSA) drew a disproportionate and violent response from the Myanmar military that has been described as a “textbook example of ethnic cleansing” by former UN High Commissioner for Refugees, Zeid Ra’ad al-Hussein (United States Department of State (US DoS), 2018; ICG, 2018; ICG, 2017; Nebhay & Lewis, 2017). An August 2018 report from the United States Department of State described the military as having “targeted civilians indiscriminately and often with extreme brutality,” and stated that security services explicitly targeted Rohingya children. (US DoS, 2018).

The UN body coordinating the crisis response with the Government of Bangladesh in Cox’s Bazar– the Inter-Sector Coordination Group (ISCG) – estimates 706,000 Rohingya refugees crossed the border from Myanmar into Cox’s Bazar (ISCG, 2018a). This group joined the estimated 200,000-300,000 Rohingya were already living in Cox’s Bazar prior to the influx, some of whom had lived there for decades. Save the Children (2018) estimated that around 6,000 unaccompanied or separated children were living in the camps by August 2018; half of whom had been orphaned as a result of “brutal violence”.

The Governments of Myanmar and Bangladesh have signed a memorandum of understanding on the return of Rohingya refugees, however as of writing, repatriation plans have stalled and the Rohingya – adults and children alike - are waiting in limbo in Cox’s Bazar (ADFM, 2019; ICG, 2018c). The situation is already described as ‘protracted’ by UNHCR (2019a), and World Bank (2017) data indicates that the average amount of time it takes to secure a durable solution to displacement is ten years. For now, displaced Rohingya children are forced to rely on humanitarian aid and, as this paper will demonstrate, are vulnerable to human

trafficking and related exploitation.

3. Rohingya children in Cox's Bazar and vulnerabilities to human trafficking

Child trafficking is defined by the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children as “recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of children for the purpose of exploitation” (U.N.G.A., 2001; Gallagher, 2017; Butterly, 2014). Conflict-induced displacement is known to create ideal conditions for criminal networks seeking to exploit vulnerable people (Nagle, 2013; Smith & La Cuesta, 2010). Organised criminal networks were already well-established in the Asia Pacific region, and the influx of recently arrived refugees to Cox's Bazar significantly adds to the pool of candidates for exploitation already living in the Bay of Bengal. The protracted nature of the displacement in Cox's Bazar makes the refugee population more prone to taking risks to seek a better life (Nagle, 2013)

Studies have found that large numbers of people are concerned about the trafficking risks, or worried to leave their children alone at night (ADFM, 2019; XChange, 2019). A number of NGOs active in the camp are conducting awareness-raising or information sessions to warn residents of the dangers of trafficking (IOM, 2018). However, awareness-raising programs alone will not suffice when in many cases trafficking or other exploitative options are the only avenues available.

The following section presents risk factors that contribute to the vulnerability of children to trafficking and other forms of exploitation. Lack of access to education is a significant risk factor for two major reasons: first, it leads to idleness in the camps and a resultant sense of hopelessness for the future, making young people easy prey for smugglers claiming to offer education or employment opportunities abroad. Second, the denial of a child's right to education dramatically limits their capacity for earning a livelihood in the future, limiting their horizons in a way that is both cruel and short-sighted. Other significant risk factors making Rohingya children more vulnerable to exploitation in the camps are prevalence of forms of child labour among the Rohingya population, and also of forms of child, early and forced marriage.

a. *Lack of access to education*

The right to education is enshrined in Article 28 of the CRC. However, Rohingya children have been denied access to education both in their home state of Rakhine and in their country of refuge. In the refugee camps in Bangladesh, children under the age of 14 are able to attend ‘learning centres’ managed by humanitarian agencies, which hold three shifts of two-hours each per day, for children of mixed ages. The learning centres are intended to prepare the Rohingya children for repatriation to Myanmar, and so teach basic English, Burmese and mathematics, however they do not follow any accredited curriculum (ADFM, 2019).

A UNICEF survey of 180,000 Rohingya children aged 4-14 in December 2018 reveals dismal results: over 90 percent of the group were found to have a school competency of just year 1-2 level, and only three percent were at the level of year 6-8 (UNICEF, 2019). The same survey found only three percent of the Rohingya surveyed who were aged between 15-25 were receiving any education or training at all. This tallies with the findings of the ADFM assessment, which found significant levels of frustration among parents and youth about the ongoing and indefinite denial of meaningful education to Rohingya children.

As in many other parts of the world, access to education is felt by boys and girls differently. A report by Plan International on girls’ access to education in Cox’s Bazar is illuminating as it demonstrates some of the societal and cultural norms which further restrict girl’s access to the learning centres, such as having male teachers or conflicting familial obligations (Goulds, 2018). Traditional attitudes towards gender roles can thus restrict the opportunity for girls in the camps to access the limited education available, making girls especially vulnerable to trafficking and other exploitation (IOM Bangladesh, 2018). Religious education, available to boys through imams at mosques, is also not open to girls. To address this gap, some organisations are offering ‘safe spaces’ for girls to provide support in a non-learning environment, but again, these are not accredited education centres (MacGregor, 2018; Pedrosa, 2017).

With no real education opportunities available within the camps, the lure of overseas opportunities can be very strong. Reports of recent expulsions of Rohingya students who had managed to enrol in the Bangladeshi national school system demonstrate a hardening of Bangladesh’s position that it will not support Rohingya children within its national school system (Stewart & Van Esveld, 2019; McPherson & Paul, 2019). In her latest report, the UN

Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar, Yanghee Lee, recognised the connection between access to education and human trafficking:

With no indications that the refugees will be returning to Myanmar in the immediate future, [I] urge[s] the Bangladesh Government to start longer term planning, and to ensure access to formal education and livelihoods. Failure to do so further increases their vulnerability to human trafficking and the drug trade. (Human Rights Council (HRC), 2019, 9)

The links between access to education and vulnerabilities of trafficking have also been highlighted in the latest *Trafficking in Persons* report issued by the United States Department of State (2019). In its list of recommendations to the Government of Bangladesh, providing educational opportunities to Rohingya children was specifically mentioned as a means of stemming vulnerabilities to trafficking (DoS, 2019).

Indeed, a lack of education appeals to brokers and smugglers. Intelligence services working in Cox's Bazar reportedly believe brokers and agents are targeting illiterate refugees for trafficking and smuggling" (Mahmud, 2017). Around the world, the promise of education opportunities has been found to be a significant lure used by human trafficking syndicates looking for children to exploit (Larsen, 2011; United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2008; IOM, 2017).

b. Prevalence of child labour

The CRC (1989) protects children from labour that is "likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development." Nevertheless, the practice continues in the Asia Pacific, including among Bangladeshi and Rohingya communities. Norms around familial roles mean that some children see it as their duty to support their parents, leaving them with little option but to search for a means of earning an income. Indeed, as an example of how risk factors intertwine: "With no education and limited skills, children who begin working at a young age are easy prey for traffickers" (Seltzer, 2013). Boys and girls are vulnerable to different forms of forced labour: boys to manual labour in the construction and fishing industries, girls in domestic work and sexual exploitation (UNHCR, 2018a). IOM has reported that girls trafficked

for purposes of forced labour were the largest group of victims of trafficking they assisted in the refugee response in Cox's Bazar to date (IOM, 2018).

As legitimate livelihood opportunities are restricted in the camps in Cox's Bazar, the option to travel either within Bangladesh or abroad becomes more appealing. This, coupled with low literacy and education levels, makes the Rohingya children particularly vulnerable to potential trafficking and smuggling for purposes of forced labour. The ADFM assessment identified lack of access to livelihood opportunities as a significant risk factor for Rohingya adults, and the same is also true of children.

c. Prevalence of forms of child, early and forced marriage

Child, early and forced marriage has a range of negative impacts on girls, from interrupting education and development, increasing risk of domestic violence, social isolation and health impacts of early pregnancy (Save the Children, 2016). It is known that humanitarian crises lead to increased rates of child, early and forced marriage (IOM, 2015; UNHRC, 2013). As with child labour, within Rohingya and Bangladeshi communities there remains a traditional acceptance of child and early marriage for girls (PC, 2018; Goulds, 2018; Taylor, 2017). Some estimates indicate that up to 60 percent of Rohingya girls are married before they turn 18 (D'Costa, 2017). Some perceive the practice as a way to "protect" a girl from exploitation; many also believe that it can be a way to secure a better economic future for a daughter, or to lessen the burden of caring for an extra child on an over-stretched family (STC, 2016).

While the practice is difficult to measure due to the sensitive nature of the topic, there have been media reports and anecdotal evidence to indicate that it is both prevalent within and around the camps in Bangladesh, and also that Rohingya women and girls are attempting to travel outside the country to marry diaspora Rohingya men (PC, 2018; Fortify Rights, 2019b). Although the Government of Bangladesh has officially prohibited marriages between Rohingya and Bangladeshi couples, anecdotal evidence makes it clear that the practice continues, if informally. For some Rohingya families, the possibility of their daughter marrying a Bangladeshi citizen may also be appealing for their belief that it will confer citizenship upon her (XChange, 2018). Media reporting around cases of trafficked Rohingya women and girls frequently cite marriage to Rohingya living in the diaspora as a reason for movement, particularly to Malaysia which has a high proportion of unmarried Rohingya men (Ahmed, 2019; Fortify Rights, 2019b). UNHCR identified 120 Rohingya child brides in Malaysia in 2015 (UNHCR, 2015). IOM has noted

that traffickers have been known to use overseas marriage as a lure for young girls, who they can then exploit (IOM, 2018).

4. What can be done?

The world seems at a loss with how to resolve the current displacement crisis, however it is not as if these events were unforeseeable, or even unforeseen. Not only have the Rohingya been the target of state violence and have fled across the border on multiple occasions in the past, there were also several warning signs in the lead up to August 2017. On 10 August, two weeks before the violence, Yanghee Lee warned about increased army presence in Rakhine State and the increased likelihood of rights violations occurring (Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 2017). Despite international norms such as the Responsibility to Protect having been broadly accepted for several decades, and the digital age meaning refugees themselves could document their flight from Rakhine State in horrifying detail, the world once again failed to prevent the crimes that led to this mass displacement (Nishikawa, 2019; Quinley, 2019).

It is important to continue to pursue conditions in Rakhine State that are conducive to the safe, dignified, voluntary and sustainable repatriation of the Rohingya to their former homes, as this is the only long-term, viable solution. However, repatriation plans should not be pursued to the exclusion of intermediary steps which could significantly improve the quality of life for the refugees living in Cox's Bazar. If this does not occur, it is inevitable that refugees will begin to seek opportunities elsewhere. Indeed, although not at the levels seen in 2015, the movement of fishing boats carrying groups of refugees is regularly reported in local media (Thep gumpanat & Wongcha-um, 2019). There is also evidence that movements by land within Bangladesh and across its borders are increasingly common (US DoS, 2019).

This section outlines some opportunities for addressing the vulnerabilities of Rohingya children living in Cox's Bazar to human trafficking, migrant smuggling and related exploitation. Fortunately, the region already has institutions and frameworks upon which it can build a more effective response.

4.1 Regionalism and implementing the Global Compacts

To be sure, the regional response to forced migration challenges in general, and the treatment of the Rohingya in particular, has been weak. As Petcheramesree (2016) noted, ASEAN has had

trouble dealing with issues of forced migration, as its ten member states continue to prioritise national sovereignty and norms of non-interference over human rights. Some progress has been made in regards to labour migration within ASEAN, but ‘forced migration’ still remains a difficult topic to address within the bloc (Petcheramesree, 2016). However, some individual ASEAN member states have been more outspoken than others on fellow member Myanmar’s treatment of the Rohingya, particularly Malaysia (Heijmans, 2019). It will be a real test of ASEAN’s effectiveness to see whether the body can take any action or whether it is again rendered incapable of responding.

At the 33rd ASEAN Summit in November 2018, Myanmar extended an invitation to the ASEAN Coordinating Centre for Humanitarian Assistance (AHA Centre) to conduct a needs assessment in Rakhine State to identify “possible areas of cooperation... to facilitate the repatriation process” (ASEAN, 2018). This is the most actively an ASEAN mechanism has been involved in the situation of the Rohingya, having failed to get Myanmar to come to the table at past endeavours addressing the minority group (Petcheramesree, 2016).

Another regional institution with an interest in supporting a resolution of the displacement crisis is the Bali Process, particularly as – unlike ASEAN – both Bangladesh and Myanmar are members. The Bali Process is Co-Chaired by Australia and Indonesia and comprises 45 member states and four regional institutions (UNHCR, IOM, ILO and UNODC). The Bali Process mandate on human trafficking renders it an important body in this crisis, and previous ‘good offices’ visits to Cox’s Bazar and Rakhine State in May 2018 were a promising sign of their engagement in resolving this crisis. A second visit is scheduled to take place in mid-2019 and could form an important assessment to compare with that conducted by the AHA Centre (Septiari, 2019).

The benefits of a regional response – either through ASEAN or the Bali Process or a hybrid of the two – are highlighted by the recently adopted Global Compact on Refugees. The Compact, supported by most world states and all of those in Asia Pacific, recognises the benefit of regional approaches to “allow neighbouring countries facing similar challenges to work together to protect and find solutions for refugees, and to address the root causes of displacement” (Global Refugee Forum (GRF), 2019). The upcoming Global Refugee Forum in December 2019 provides states with the opportunity to make pledges either as individual states or regional groupings. These pledges can take the form of offering settlement places, financial support to host countries, exchanges of expertise development projects, or any other

creative alternatives states can come up with. By the time the Forum is held, more than two years will have passed since the initial crisis began. Innovative, cooperative pledges have never been more required.

Both the GCR and GCM emphasise the importance of child rights. Child sensitivity is one of the ‘cross cutting and interdependent guiding principles’ of the GCM (2018) stating that it “promotes existing international legal obligations in relation to the rights of the child, and upholds the principle of the best interests of the child at all times, as a primary consideration in all situations concerning children in the context of international migration, including unaccompanied and separated children.” Likewise, the GCR (2018) enshrines the “best interests of the child” and recommends child sensitive approaches in many of its provisions. These two Compacts were widely supported in the Asia Pacific – particularly the GCR - and can now form a framework from which states can build improved domestic and regional policy around forced migration, including for children.

4.2 Inclusive educational development

One important avenue worth exploring is inclusive educational development projects on both sides of the Myanmar-Bangladesh border. Both Cox’s Bazar and Rakhine States experience high levels of poverty. The influx of refugees into Cox’s Bazar strained existing infrastructure and resources, while ongoing conflict in Rakhine State is damaging developments on that side of the border. There is a significant need for development of both infrastructure and educational institutions, bearing in mind that it is critical that any development project be designed in such a way that it does not further marginalise the Rohingya, or exacerbate tensions between communities.

2010 estimates indicated that 900 schools in Bangladesh are damaged by storms and floods every year (Rahman, Hussain, & Jacob, 2010, 35). Cox’s Bazar district has the lowest net education enrolment rate in Bangladesh, indicating that the area could benefit from a dedicated investment in education targeted at both refugees and locals (Newsroom, 2018). Educational investments in terms of both teacher training, constructing facilities and developing curriculum could also yield significant peace dividends. More creative solutions should also be sought. One under-utilised avenue is through the private sector. As Bina D’Costa (2018) argues, there is “significant potential to expand and innovate on the proactive

role of business actors in positively contributing to children's rights through corporate social responsibility initiatives" such as scholarships, training and work placements.

As argued above, denial of education is a key risk factor in child vulnerability to trafficking and exploitation, and thus improved education would not only support children's social and mental development and resilience, it would also better prepare them for their future repatriation to Myanmar. Further, provision of real, accredited educational opportunities would also address some of the drivers of child, early and forced marriage, and labour exploitation among children, by giving them a safe space to learn during the day and opening up more financially sustainable future livelihood opportunities.

4.3 Targeted child-sensitive counter-trafficking support

Both Bangladesh and Myanmar face significant challenges related to human trafficking, including child trafficking and related exploitation (US DoS, 2019). It is vital that child-sensitive approaches to trafficking be mainstreamed at both the policy and implementation level in both countries. In line with the CRC, it is crucial that when dealing with child victims of trafficking, the principle of the best interests of the child are to be respected at all times (Gallagher & Holmes, 2008). It is also recommended by Gallagher and Holmes (2008) that there should always be a presumption of a child being a victim of trafficking where there is a possibility of such. They continue that children also should be provided with "Special and enhanced measures... to protect their privacy during their stay in the country of destination or throughout any repatriation." Regional capacity building and technical support to child trafficking policy and practice could be managed through mechanisms with ASEAN or the Bali Process. The ADFM assessment identified a desire among members of Bangladeshi law enforcement, government and local non-government organisations working on trafficking issues for greater training, resources and staff to support their counter trafficking and prevention efforts (ADFM, 2019).

Bangladesh has recently updated its National Plan of Action for Prevention and Suppression of Human Trafficking 2018-2022, which is an important step (Hasan, 2018; US DoS, 2019). Bilateral or regional support towards the effective implementation of the Plan of Action, including its applicability to the displaced Rohingya population and particularly its relevance to child victims, would significantly strengthen institutional knowledge in this area.

Further, increased funding to the humanitarian response through the Joint Response Plan would make a significant difference (ISCG, 2019a). The JRP is a noteworthy document for many reasons, but partly because it disaggregates data between children and adults. The JRP includes a focus on child protection, recognising that “children face serious protection risks like psychosocial distress, neglect, abuse, separation from caregivers, child marriage, child labour and trafficking” (ISCG, 2018a) If fully funded, the JRP would go a long way to addressing some of the concerns outlined in this paper, yet as of writing, funding for the JRP is only at 18 percent, and the protection sub-sector only 14 percent funded (ISCG, 2019b). There is a real need to reinvigorate the international commitment to the humanitarian response and support to Bangladesh as the host country. Holding an international conference or similar event on the issue would be one way to regain momentum on the issue in the minds of policy-makers, particularly those with an eye to regional stability.

4.4. More research, and listening to the children themselves

Despite children making up half of the total number of refugees and displaced persons, there has not been a sustained focus on their experience of forced migration until recently (Van Doore, 2018). While this is a welcome improvement, there is still a need for further research on the numerous and interrelated protection issues facing children on the move in all regions, including in Asia Pacific. The latest UNHCR (2019b) statistics show that only 125 countries reported “at least some” age-disaggregated data, covering 43 per cent of the population of concern for UNHCR. This is lower than the data that is disaggregated by sex. To properly understand how to strengthen the protection of children in the context of forced migration this needs to improve. Among this research, there is also a greater need to listen to the voices and views of children themselves, to better understand their needs (D’Costa, 2018). This is enshrined in Article 12 of the CRC, but is too often overlooked in policy-making and practice.

Conclusion

For over half a million Rohingya children surviving in refugee camps in Cox’s Bazar, their daily lives leave them vulnerable not only to disease and natural disasters, but also – as this paper shows - to human trafficking, and related exploitation. Thirty years since the Convention on the Rights of the Child was adopted and hailed as a landmark international achievement, this group of children has seen none of the protections it was created to guarantee. Pursuing the

goal of safe, dignified, voluntary and sustainable repatriation of the displaced population to Rakhine State is critical. In the meantime, more can be done in the immediate-term to protect the rights of children. It is in no one's interests for a population of children to live their lives in limbo. Providing real education opportunities will bolster children's resilience and hope for the future and would reduce the lure of those seeking to exploit this hunger for education. Targeted, child-sensitive support to counter-trafficking efforts on both side of the border would also make a significant difference to the capacity of law enforcement agents, as would further research into Rohingya children's views of their own needs. The crisis is a regional one, and there already exist the necessary regional institutions and frameworks to help address it, given the necessary political will. A failure to act now will leave a generation of Rohingya children without hope for their future.

References

- Ahmed, K. (2019). Rohingya women, girls being trafficked to Malaysia for marriage. *Al Jazeera*. Retrieved from <https://www.aljazeera.com/indepth/features/rohingya-women-girls-trafficked-malaysia-marriage-190507212543893.html>.
- Amnesty International. (2017). *Caged without a roof: Apartheid in Myanmar's Rakhine State*. Retrieved from <https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2017/11/Caged-without-a-Roof-Apartheid-in-Myanmar-Rakhine-State.pdf>
- Asia Dialogue on Forced Migration (ADFM). (2015, August). First Meeting Asia Dialogue on Forced Migration. Retrieved from <https://cpd.org.au/2015/10/first-regional-dialogue-meeting-on-forced-migration-in-the-asia-pacific/>
- Asia Dialogue on Forced Migration (ADFM). (2019). *Avoiding a crisis within a crisis: Assessment report*. Retrieved from <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2019/03/apo-nid226621-1346406.pdf>
- Association of South East Asian Nations (ASEAN). (2018). Chairman's Statement of the 33rd ASEAN Summit. Retrieved from <https://asean.org/chairmans-statement-33rd-asean-summit/>
- Crock, M & Benson, L. (Eds.). (2018) *Protecting migrant children: In search of best practice*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- D'Costa, B. (2017, October 14). Life (and death) of Rohingya children: No place to hide. *The Daily Star*. Retrieved from <https://www.thedailystar.net/star-weekend/the-shadow-violence/no-place-hide-1475062>

- D'Costa, B. (2018). Of responsibilities, protection, and rights: Children's lives in conflict zones. *Global Responsibility to Protect*, 10(1-2), 261-277. doi:10.1163/1875984X-01001013
- Fortify Rights. (2019a). "Sold like Fish": Crimes against humanity, mass graves and human trafficking from Myanmar and Bangladesh to Malaysia from 2012 to 2015. Retrieved from <https://www.fortifyrights.org/downloads/Fortify%20Rights-SUHAKAM%20-%20Sold%20Like%20Fish.pdf>
- Fortify Rights. (2019b). Malaysia: End child marriage, protect Rohingya refugee girls. Retrieved from <https://www.fortifyrights.org/publication-20190221.html>
- Gallagher, A & Holmes, P. (2008). Developing an effective criminal justice response to human trafficking: Lessons from the front line. *International Criminal Justice Review*, 18(3), 318-343.
- Gallagher, A. T. (2017). Combating trafficking in persons: Regional opportunities. In Briefing papers Fourth Meeting Asia Dialogue on Forced Migration. Retrieved from <https://cpd.org.au/wp-content/uploads/2017/03/ADFM-Fourth-Meeting-Briefing-Papers.pdf>
- Global Compact for Migration (GCM). (2018). Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: final draft 11 July 2018. Retrieved from https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf
- Global Refugee Forum (GRF). (2019). *Guidance note pledges and contributions and good practices*. Retrieved from <https://www.unhcr.org/events/conferences/5cc836594/global-refugee-forum-guidance-contributions-good-practices.html>
- Goulds, S. (Ed.). (2018). *Adolescent Girls in Crisis*. Retrieved from <https://plan-international.org/publications/adolescent-girls-crisis>
- Hasan, K. (2018, December 3). Five year NPA for fighting human trafficking launched. *Dhaka Tribune*. Retrieved from <https://www.dhakatribune.com/bangladesh/event/2018/12/03/five-year-npa-for-fighting-human-traffickinglaunched>
- Heijmans, P. (2019, June 22). Malaysia calls for justice over Rohingya crisis. *Bloomberg*. Retrieved from <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-06-22/malaysia-calls-for-justice-over-rohingya-crisis-at-asean-summit>
- Human Rights Council (HRC). (2019). Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar, Human Rights Council, 40th Sess., U.N. Doc. A/HRC/40/68 (Mar. 5, 2019). Retrieved from <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session40/Pages/ListReports.aspx>
- Inter Sector Coordination Group (ISCG). (2018a). Situation Report: Rohingya Crisis - Cox's Bazar 11 October 2018. Retrieved from https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files/iscg_situation_report_11_oct_2018.revised.pdf
- Inter Sector Coordination Group (ISCG). (2018b). Support to Bangladesh Host Communities in the Rohingya Response, 5 November. Retrieved from <https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files>

- /2018.03.21_iscg_update_-_support_to_bangladesh_host_communities_in_the_rohingya_refugee_response_0.pdf
- Inter Sector Coordination Group (ISCG). (2019a). Joint Response Plan for Rohingya Humanitarian Crisis 2019: January – December 2019. Retrieved from http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/2019%20JRP%20for%20Rohingya%20Humanitarian%20Crisis%20%28February%202019%29.comp_.pdf
- Inter Sector Coordination Group (ISCG). (2019b). Situation Report Rohingya Refugee Crisis - Cox's Bazar April 2019. Retrieved from https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files/sitrep_april_2019.pdf
- International Crisis Group (ICG). (2017). Myanmar's Rohingya crisis enters a dangerous new phase: Report no. 292. Retrieved from <https://www.crisisgroup.org/asia/south-east-asia/myanmar/292-myanmars-rohingya-crisis-enters-dangerous-new-phase>
- International Crisis Group (ICG). (2018a, August 27). Myanmar tips into new crisis after Rakhine state attacks. Retrieved from <https://www.crisisgroup.org/asia/south-east-asia/myanmar/myanmar-tips-new-crisis-after-rakhine-state-attacks>
- International Crisis Group (ICG). (2018b, January 31). Myanmar/Bangladesh: A humanitarian calamity and a two-country crisis. Retrieved from <https://www.crisisgroup.org/asia/south-east-asia/myanmar/myanmarbangladesh-humanitarian-calamity-and-two-country-crisis>
- International Crisis Group (ICG). (2018c, November 12). Bangladesh-Myanmar: The danger of forced Rohingya repatriation: Briefing no. 153. Retrieved from <https://www.crisisgroup.org/asia/south-east-asia/myanmar/b153-bangladesh-myanmar-danger-forced-rohingya-repatriation>
- International Organization for Migration (IOM). (2015). Addressing Human Trafficking and Exploitation in Times of Crisis, Geneva, December: Evidence and recommendations for further action to protect vulnerable and mobile populations December 2015. Retrieved from <https://publications.iom.int/books/addressing-human-trafficking-and-exploitation-times-crisis-evidence-and-recommendations-0>
- International Organization for Migration (IOM). (2017). Migrant vulnerability to human trafficking and exploitation: Evidence from the central and eastern mediterranean migration routes. Retrieved from <https://publications.iom.int/books/migrant-vulnerability-human-trafficking-and-exploitation-evidence-central-and-eastern>
- International Organization for Migration (IOM). (2018). Bangladesh: Rohingya refugee crisis response: Situation overview of human trafficking October 2018. Retrieved from <https://www.iom.int/sitreps/bangladesh-rohingya-refugee-crisis-response-situation-overview-human-trafficking-october>
- Larsen, J. J. (2011). The trafficking of children in the Asia-Pacific. *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*, 415, 1-6.

- Lewa, C. (2009). North Arakan: An open prison for the Rohingya in Burma. *Forced Migration Review*, 32(11), 11-13. Retrieved from <https://www.fmreview.org/statelessness>
- MacGregor, F. (2018, January 26). Safe spaces offer psychosocial support to Rohingya women. *IOM Press Release*. Retrieved from <https://www.iom.int/news/safe-spaces-offer-psychosocial-support-rohingya-women>
- Mason, C. & Kaye, M. (2017). "Horrors I will Never Forget": The stories of Rohingya children. Retrieved from https://www.savethechildren.de/fileadmin/user_upload/Downloads_Dokumente/Berichte_Studien/2017/Horrors_I_Will_Never_Forget.pdf
- McPherson and Paul, R. (2019, Mar 18). 'Rohingya 'lost generation' struggle to study in Bangladesh camps' *Reuters*. Retrieved 19 May 2019 from <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-education/rohingya-lost-generation-struggle-to-study-in-bangladesh-camps-idUSKCN1QZ0EA>
- Nagle, L. E. (2013). How conflict and displacement fuel human trafficking and abuse of vulnerable groups. The case of Columbia and opportunities for real action and innovative solutions. *Groningen Journal of International Law*, 1(2), 1-53. doi:10.21827/5a86a75a7c5c9
- Nebehay, S. & Lewis, S. (2017, September 11). UN brands Myanmar violence a 'textbook' example of ethnic cleansing. *Reuters*. Retrieved from <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya/u-n-brands-myanmar-violence-a-textbook-example-of-ethnic-cleansing-idUSKCN1BM0QF>
- Newsroom. (2018, November 6). World Bank helps host communities, Rohingya in Bangladesh. *Modern Diplomacy*. Retrieved from <https://moderndiplomacy.eu/2018/11/06/world-bank-helps-host-communities-rohingya-in-bangladesh/>
- Nishikawa, Y. (2019, March 21). Saving the stateless? Myanmar, the Rohingya and R2P. *Oxford Research Group*. Retrieved from <https://www.oxfordresearchgroup.org.uk/blog/saving-the-stateless-myanmar-the-rohingya-and-r2ps-limits>.
- Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). (2017, August 11). Myanmar: UN rights expert urges restraint in security operation in Rakhine State. Retrieved from <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21968&LangID=E>
- Pedrosa, V. (2017, October 12). Where men can't go. *UNFPA News*. Retrieved from <https://asiapacific.unfpa.org/en/news/where-men-cant-go>
- Petcharamesree, S. (2016). ASEAN and its approach to forced migration issues. *The International Journal of Human Rights*, 20(2), 173-190. doi:10.1080/13642987.2015.1079021
- Population Council. (2018). *Marriage and sexual and reproductive health of Rohingya adolescents and youth in Bangladesh: A qualitative study*. Retrieved from https://www.popcouncil.org/uploads/pdfs/2018PGY_RohingyaResearchReport.pdf
- Quinley, J. (2019, February 14). The Rohingya diaspora is crucial to achieving justice in Myanmar. *Time*. Retrieved from <https://time.com/5529321/rohingya-myanmar-genocide-fortify-rights-diaspora/>

- Rahman, K. S., Hussain, Z., & Jacob, M. K. (Eds.). (2010) *Education in emergency: Exploring options for continued education during disasters in Bangladesh*. Retrieved from https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/04.Study-on-Education-in-Emergency_15-June-2014.pdf
- Save the Children. (2016). The journey of refugee and asylum-seeking children across the Andaman Sea. Retrieved from <https://resourcecentre.savethechildren.net/library/journey-refugee-and-asylum-seeking-children-across-andaman-sea>
- Save the Children. (2018). Alarming number of Rohingya refugee children orphaned by brutal violence, new save the children study finds. Retrieved from <https://www.savethechildren.org.uk/news/media-centre/press-releases/alarming-number-of-rohingya-refugee-children-orphaned-by-brutal->
- Seltzer, A. (2013). Human trafficking: The case of Burmese refugees in Thailand. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 37(4), 279-293. doi:10.1080/01924036.2013.766531
- Septiari, D. (2019). Rohingya 'at risk' of trafficking. *Jakarta Post*. Retrieved from <https://www.thejakartapost.com/news/2019/03/20/rohingya-risk-trafficking.html>
- Sharma, P. (2015, May 7). Thai PM Prayut Chan-o-Cha sets 10-day deadline to find migrant Rohingya camps. *The Free Press Journal*. Retrieved from <https://www.freepressjournal.in/headlines/thai-pm-prayut-chan-o-cha-sets-10-day-deadline-to-find-migrant-rohingya-camps>
- Smith, C. A. & La Cuesta, B. M. (2011). Human trafficking in conflict zones: The role of peacekeepers in the formation of networks. *Human Rights Review*, 12(3), 287-299.
- Stewart, P. H. & Van Esveld, B. (2019). Witness: Fighting to learn in Bangladesh. *Human Rights Watch*. Retrieved from <https://www.hrw.org/news/2019/04/01/witness-fighting-learn-bangladesh>
- Thepumpant, P. & Wongcha-um, P. (2019, June 13). Stranded Rohingyas linked to human trafficking: Thai police. *Reuters*. Retrieved from <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-thailand/stranded-rohingyas-linked-to-human-trafficking-thai-police-idUSKCN1TE0PC>.
- Uddin, N. (2015). State of stateless people: The plight of Rohingya refugees in Bangladesh. In R. E. Howard-Hassmann & M. Walton-Roberts (Eds.), *The human right to citizenship: A slippery concept* (pp. 62-77). Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- United Nations Children's Fund (UNICEF). (2016, December 9). Nearly a quarter of the world's children live in conflict or disaster-stricken countries. Retrieved 18 May 2019 from https://www.unicef.org/media/media_93863.html.
- United Nations Children's Fund (UNICEF). (2018, May 17). More than 60 Rohingya babies born in Bangladesh refugee camps every day. Retrieved from <https://www.unicef.org/press-releases/more-60-rohingya-babies-born-bangladesh-refugee-camps-every-day-unicef>
- United Nations Children's Fund (UNICEF). (2019, February 27). 18 months after exodus from Myanmar, Rohingya children at a crossroads. Retrieved from <https://www.unicef.org/press-releases/18-months-after-exodus-myanmar-rohingya-children-crossroads>

- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). (2018). Migration, displacement and education: Building bridges not walls. Retrieved from <https://en.unesco.org/gem-report/report/2019/migration>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2001). United Nations Convention against Transnational Organized Crime, G.A. Res. 55/25, U.N. Doc. A/Res/55/25 (Jan. 8, 2001). Retrieved from <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2013). Strengthening efforts to prevent and eliminate child, early and forced marriage: Challenges, achievements, best practices and implementation gaps, Human Rights Council, 24th Sess., U.N. Doc. A/HRC/24/L.34 (Sep. 23, 2013). Retrieved from <https://undocs.org/en/A/HRC/39/64>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2016). Situation of human rights of Rohingya Muslims and other minorities in Myanmar, Human Rights Council, 32nd Sess., U.N. Doc. A/HRC/31/18 (Jun. 29, 2016). Retrieved from <https://undocs.org/A/HRC/32/18>
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (2018). Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar, Human Rights Council, 39th Sess., U.N. Doc. A/HRC/39/64 (Sep. 12, 2018). Retrieved from <https://undocs.org/en/A/HRC/39/64>
- United Nations High Commission for Refugees (UNHCR). (2007). Bangladesh: Analysis of gaps in the protection of Rohingya refugees. Retrieved from <https://www.unhcr.org/protection/convention/46fa1af32/bangladesh-analysis-gaps-protection-rohingya-refugees-2007.html>
- United Nations High Commission for Refugees (UNHCR). (2015). *Abandoned at sea*. Retrieved from <https://www.unhcr.org/news/stories/2015/8/56ec1eabd/abandoned-at-sea.html>
- United Nations High Commission for Refugees (UNHCR). (2016). *Study on community perceptions of citizenship, documentation and rights in Rakhine State*. Retrieved from http://themimu.info/sites/themimu.info/files/assessment_file_attachments/Community_Perceptions_FINAL.PDF
- United Nations High Commission for Refugees (UNHCR). (2018a). Global Compact on Refugees. Retrieved from <https://www.unhcr.org/the-global-compact-on-refugees.html>
- United Nations High Commission for Refugees (UNHCR). (2018b). Rohingya refugee crisis: Camp settlement and protection profiling Cox's Bazar, Bangladesh, round 3. Retrieved from http://www.reachresourcecentre.info/system/files/resource-documents/reach_bgd_factsheets_unhcr_settlement_and_protection_profiles_round3_camp5_april_2018.pdf
- United Nations High Commission for Refugees (UNHCR). (2019a, May 17). Over 250,000 Rohingya refugees get identity documents, for many a first. Retrieved from <https://www.unhcr.org/news/briefing/2019/5/5cde6fd34/250000-rohingya-refugees-identity-documents-first.html>

- United Nations High Commission for Refugees (UNHCR). (2019b). Global trends in forced displacement in 2018. Retrieved from <https://www.unhcr.org/globaltrends2018/>
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2008). An introduction to human trafficking: Vulnerabilities, impact and action. Retrieved from https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf
- United States Department of State (US DoS). (2018). Documentation of atrocities in northern Rakhine State: Report September 24, 2018. Retrieved from <https://www.state.gov/reports-bureau-of-democracy-human-rights-and-labor/documentation-of-atrocities-in-northern-rakhine-state/>
- United States Department of State (US DoS). (2019). Trafficking in Persons Report June 20, 2019. Retrieved from <https://www.state.gov/reports/2019-trafficking-in-persons-report/>
- Van Doore, K. E. (2018). Child migration and trafficking in South-East Asia. In M. Crock & L. Benson (Eds.), *Protecting migrant children: In search of best practice*, Cheltenham, UK: Edward Elgar
- Wilson, A. (2012). Trafficking risks for refugees. *Societies Without Borders*, 7(1), 100-118.
- World Bank. (2017). *Forcibly displaced: Toward a development approach supporting refugees, the internally displaced, and their hosts*. Washington, DC: World Bank.
- XChange. (2017). The Rohingya survey 2017. Retrieved from <http://xchange.org/reports/TheRohingyaSurvey2017.html>
- XChange. (2018). "The Rohingya among us": Bangladeshi perspectives on the Rohingya crisis. Retrieved from <http://xchange.org/bangladeshi-perspectives-on-the-rohingya-crisis-survey/>
- XChange. (2019). "We don't believe Myanmar": The Rohingya survey 2019. Retrieved from <http://xchange.org/reports/TheRohingyaSurvey2019.html>

Author's Biographical Statement

Caitlin McCaffrie is a policy adviser at the Centre for Policy Development in Melbourne Australia. In this role she supports the Asia Dialogue on Forced Migration by providing policy analysis, advice and research on topics including human trafficking, forced migration, migration governance and refugee resettlement. Caitlin was previously based in Cambodia where she worked for a number of human rights organisations, including Stanford University's WSD Handa Center for Human Rights and International Justice on research, outreach, education and trial monitoring of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Caitlin holds a Master of Public Policy and Management degree from the University of Melbourne, and a first-class Honours degree in International Studies from the University of Adelaide, Australia.



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thajjo.org/index.php/HRPS/index>



Child Soldiers: Victims or Offenders?

Mary Grace Castillejos Agcaoili ¹

Institute of Human Rights and Peace Studies, Mahidol University

ARTICLE INFO

ABSTRACT

Article History:

Received: 1 May 2019

Revised: 30 June 2019

Accepted: 30 June 2019

Keywords:

Armed conflict

Child soldiers

Transitional justice

While the Convention on the Rights of the Child has been adopted 30 years ago, the conception of childhood it introduced is often seen by developing societies as “Western.” This tension is often seen in situations where children commit crimes or are engaged in armed conflict or violent extremism. In these cases, children are often seen as both victims and offenders. While human rights advocates tend to emphasize the image that child soldiers are incapable victims of adults’ abusive compulsion, stripped from legal agency and without any accountability, some scholars believe this does not represent the child soldiers’ own perceptions of their role (Shepler, 2005). While children should primarily be considered victims under the universal application of the CRC, treating child soldiers only as victims could often be counterproductive if it prevents community reintegration and lack of self-perception (Derluyn, 2015, p. 4). The 2009 Conference on Children and Transitional Justice argued that children can be victims, witnesses and alleged offenders simultaneously. Transitional justice does not favour one model. Therefore, alternative measures for holding children accountable in a variety of legal and non-legal mechanisms should be implemented such as non-judicial accountability, amnesties, community dialogues, and juvenile justice approach. There should also be reconciliation processes where social and societal rebuilding of networks is facilitated including in humanitarian assistance while respecting the rights of the child to be reintegrated.

¹ Mary Grace C. Agcaoili a PhD candidate at Mahidol University’s Institute of Human Rights and Peace Studies.

Corresponding author’s email: marygraceagcaoili@yahoo.com

Introduction

Armed conflict exposes children to traumatic situations. The conflict as well as children's vulnerabilities themselves expose them to different threats and risks. Children can be individual victims or collective victims. As collective victims, they experience violence as part of society or because they belong to a specific sub-population. They can be direct or indirect victims either by experiencing hardship and pain because of crimes committed or by witnessing suffering. Finally, they can be first or second-generation victims where conflict produces a new, traumatized generation (Derluyn, 2015, p. 28).

The 2007 Paris Principles and Guidelines on Children associated with armed forces or armed groups set out the internationally agreed upon definition of a child soldier as "any person below 18 years of age who is or who has been recruited or used by an armed force or armed group in any capacity." In 2015, it is estimated that about 250,000 children, boys and girls, are involved in armed groups worldwide such as fighters, cooks, porters, messengers, spies or for sexual purposes (Derluyn, 2015, p.1).

Prior to the 1990s, relatively little attention was paid to children affected by armed conflict generally and child soldiers in particular. Humanitarian organizations and advocates have viewed child soldiers as victims with international law backing them. This article discusses the reasoning behind this approach as well as the contrary view that looks at child soldiers as possible perpetrators who must face accountability. The article highlights the importance of considering local communities' and child soldiers' own perspectives, in ensuring children's rehabilitation and reintegration. The paper examines the role that mechanisms of transitional justice can play in responding to the needs of child soldiers and their communities. While affirming that transplantation is no real solution, this paper relied on countries that have dealt with these issues more substantially to facilitate understanding particularly Sierra Leone in Africa. In particular, this article analysed Susan Shepler's work on "The Rites of Passage: Global Discourses of Youth and Reintegrating Child Soldiers in Sierra Leone."

Asian Context

The recruitment and use of children by parties to conflict is not a new phenomenon globally including in Asia. Children recruited are not only victims of use, killing, maiming, enslavement, sexual exploitation, constant fear, indoctrination and psychological pressure, but also

witnesses to and could have committed these same acts. Cases of children involved in armed conflict are seen in Afghanistan, Iraq, Syria, and Yemen as well as Philippines and Myanmar among others. In Afghanistan, the UN country task force on Monitoring Rights Mechanism documented the recruitment and use of 556 boys and four girls from 2010 to 2014, 75 per cent of which were recruited and used by armed opposition groups. The scope of child recruitment in Iraq remains difficult to ascertain owing to the lack of access to affected areas, traditional militarization of Iraqi society, fear of families to report incidents, and security concerns for victims and their families. From 2011 to mid-2013, reports of children recruited by Al-Qaida in Iraq were received, but verification of cases was limited. In 2014 alone, the United Nations (UN) verified at least 67 cases of boys recruited. However, those figures do not reflect the full scope of child recruitment. Comparatively, the recruitment and use of children in Syria occurred on a significant scale during 2013-2018, with 3,377 verified cases (3,150 boys and 227 girls). The verified numbers of cases of recruitment and use of children continued to rise steadily, with children, overall, becoming younger and increasingly used in combat roles. The UN documented 84 cases of recruitment and use of children in Yemen from 2011 to 2013 with 69 cases, all involving boys aged between 10 and 17 years, were verified by the country task force on monitoring and reporting.

In Southeast Asia, the latest data in Myanmar indicates that the country task force on monitoring and reporting continued to receive reports of the border guard police using boys as young as 10 years old in support functions, including identifying 53 cases in 2017 alone. The UN was able to verify the use of 47 boys, aged 10 to 17 years, by the border guard police. Their functions included border guard police camp construction and maintenance, cleaning, cooking, collecting firewood or serving as sentinels. They were often forced to work through the night and suffered humiliation, threats and punishments such as physical assaults for minor disobedience of orders. In the Philippines, the country task force verified 17 incidents of recruitment and use that affected 71 children. The majority of the children were used as human shields as well as other support and combat roles. In 2009, the Moro Islamic Liberation Front (MILF) signed an action plan with the UN to end the recruitment of child soldiers, a practice that extends over generations. As of April 2017, at least 1,869 child soldiers have been disengaged from the MILF. Many of these children are part of the fabric of the community that has been supporting the MILF.

International Legal Framework

The international legal framework for the protection of children in armed conflict stems from international humanitarian law and international human rights law, particularly the Convention on the Rights of the Child (CRC). Both frameworks do not focus on children generally affected by war but more on child soldiers and the need to prevent recruitment, protect and rehabilitate child soldiers (Derluyn, 2015, p. 3).

International humanitarian law applies during armed conflict and protects those who are not or no longer taking part in hostilities and regulates the means and methods of warfare. The 1949 Geneva Conventions include protection of children with the two additional protocols of 1977 establishing 15 as the minimum age for recruiting children into the armed forces and armed groups and for engaging in non-international conflicts, and 18 as the minimum age for international conflicts (Aptel, 2010, p. 71).

On the other hand, international human rights law applies at all times including in war to protect the basic human rights of all, including civil, political, economic, social and cultural rights (Siegrist, 2010, p.5). Over time, attitudes towards children have dramatically changed from indifference to viewing childhood as a period requiring special care and protection. Children are now recognized as active holders of rights as humans and as children specifically, which led to the development of rights of all children including those involved in armed conflict (Derluyn, 2015, p.2). These rights are enshrined in the Convention on the Rights of the Child (CRC) which was adopted in 1989. It is one of the core human rights treaties and has received near universal ratification. It sets out the rights of all children and the standards and obligations guaranteed by governments. Article 38 requires States to ensure children under 15 are not recruited and do not engage directly in armed conflict. The 2000 Optional Protocol to the CRC prohibits forced and voluntary recruitment and the use of children under 18 in armed conflict. However, States can still recruit those over 15 for the national armed forces, provided minimal safeguards are met (i.e. recruitment is voluntary, recruits are fully informed of military service duties, and the informed consent of parents/guardians and proof of age are both provided (Committee on the Rights of the Child (CRC), 2002). Article 39 calls for States to take “measures to promote the physical and psychological recovery and social reintegration” of child victims of, among other things, armed conflict. Aside from the CRC, there are several UN Security Council Resolutions (SCRs) addressing child protection during emergencies. SCR 1261 (2011) condemns six grave child rights violations: (1) the recruitment or use of children -

SCR 1539 (2004), (2) killing and maiming, (3) rape or other grave sexual violence - SCR 1882 (2009), (4) attacks on schools and hospitals - SCR 1998 (2011), (5) child abduction - SCR 2225 (2015), and (6) denial of humanitarian access for children.

The Nuremburg and Tokyo international military tribunals, the first international tribunals, did not specifically consider crimes against children (Aptel, 2010, p.69). Since then and through the efforts of human and child rights organizations, recruitment and use of children under 15 is now an international crime as per the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) (Aptel, 2010, p. 71). The ground-breaking 1996 Graca Machel report on the impact of armed conflict on children, commissioned by the UN Committee on the Rights of the Child and the UN Secretary General, informed and driven by the CRC's momentum in the early 1990s, put children front and centre on the global peace, security and development agenda (Siegrist, 2010, p. 4).

Especially central to the issue of child soldiers are the 2007 Paris commitments to protect children from unlawful recruitment or use by armed forces or armed groups and the Paris principles and guidelines on children associated with armed forces or groups. Though not legally binding, the Paris commitments and principles have been endorsed by 105 States, including many where children are part of or associated with armed forces or groups (Aptel, 2010, p. 73). Building on the 1997 Cape Town principles and best practices on the recruitment of children into the armed forces and on the demobilization and social reintegration of child soldiers in Africa, the Paris commitments aim to prevent recruitment, protect children, support release from armed forces or groups and enable reintegration into civilian life (United Nations Children's Fund (UNICEF), 2007). Additionally, the International Labour Organization Convention No. 182 on the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour included the compulsory use of children in armed conflict in the list of worst forms of child labour (International Labour Organization (ILO), 1999).

With regard to prosecuting children for crimes committed as members of armed forces or groups, there is emerging agreement under international law that these children should be seen as victims. The Paris Principles reaffirm this idea and recommend accountability be pursued through "alternatives to judicial proceedings" where appropriate (Siegrist, 2010, p. 25).

Since the Nuremburg and Tokyo international military tribunals, international criminal courts have not prosecuted children (Aptel, 2010, p. 100). The crimes committed by Nazi

youth and their organizations, for example, were not addressed (Aptel, 2010, p.101). Based on the idea that children are not the ones who bear the greatest responsibility for the crimes committed, and taking into consideration their limited mandates and resources, prosecutors have focused efforts on “those who planned or orchestrated widespread criminal activity” (Aptel, 2010, p. 99). At the domestic level, State legislation sets out the minimum age of criminal responsibility below which a child cannot face charges and lays out the possibility of granting amnesties or pardons (Aptel, 2010, p.100).

Some hybrid/mixed courts have the authority to try children, as their mandates come from negotiations with the particular country and can therefore reflect the country’s national laws (Aptel, 2010, p. 102). For example, the Special Court for Sierra Leone (SCSL) had the mandate to investigate and prosecute children over 15. This was motivated by the notion that “the people of Sierra Leone would not look kindly upon a court which failed to bring to justice children who committed crimes of that nature and spared them the judicial process of accountability” (Aptel, 2010, p.104). Regardless, the prosecutor suggested that it would be better to prosecute “those who forced thousands of children to commit unspeakable crimes” (Aptel, 2010, p. 104).

Victims or perpetrators

Susan Shepler (2005) in “The Rites of the Child: Global Discourses of Youth and Reintegrating Child Soldiers in Sierra Leone” conducted an 18- month ethnographic fieldwork throughout Sierra Leone from 1999 to 2001. She, like other authors (Boyden, 1997; Burman, 1994; Nieuwenhuys, 2001; Pupavac, 2001), claim that the CRC is a Western construct that depoliticizes youth and sees children as innocent rather than the actuality.

Shepler described child soldiers’ “strategically adopted identities” while attempting to reintegrate in Sierra Leone. With friends and fellow soldiers, they “wear combat clothes and sunglasses and brag about firing rocket-propelled grenade launchers” yet “with NGOs they adopt the persona of the traumatized innocent, usually requesting aid in furthering their education.” “With community members and in school they act like normal kids, never mentioning the past” (Shepler, 2005, p. 198). Shepler argued that international child rights approaches facilitate child soldiers’ “discourses of abdicated responsibility” (Shepler, 2005, p.200).

Shepler interviewed a local NGO worker who characterized the NGO work as bringing children back to their own appropriate place at the bottom of the social hierarchy. This goal corresponds to the local understanding of youth but contradicts some of the core tenets of the CRC in particular, for children to be able to stand up for themselves and make their voices heard.

While the “Western” conception of innocence makes it easier for Sierra Leoneans to forgive children for the crimes they committed during wartime, Shepler claims that the child rights discourse made reintegration more difficult. Some NGO practices harden the child soldier identity through labelling and list-making and provoke community anger at the inequitable distribution of benefits to child ex-combatants to the exclusion of other war affected youth. Shepler continued that the provision of aid for former child soldiers is an example of how humanitarian aid can buttress patrimonialism in local communities. The promotion of child rights is meant to improve the social position of children but in fact Shepler claims that they may just do the opposite. Shepler cited Pupavac (2001) who said that child rights can be seen as misanthropic and pathologizing of Southern childhoods.

Shepler believes that the “Western” model depoliticizes youth which is a change from the previous model in which youth, and the potential of youth revolt served as a check on abuses. By accepting the “Western” model of youth, Sierra Leonean youth gain something – ease of reintegration and forgiveness - but they lose something as well, namely a kind of political agency that is absent from Western youth.

Shepler concludes that studies of child soldiers are most often based on psychology or human rights frameworks, and both frameworks risk losing the important aspect of people strategically manipulating those frameworks. If child soldiers are seen only as traumatized, all the other aspects of his or her reintegration most importantly the social aspects, may be missed. Shepler directed readers to look into the politics at the base of modern models of childhood, and by insisting on a historically and culturally nuanced analysis of practice, understand present forms of power.

The concept of childhood and the cross - cultural validity of age limits have long been debated. What the scholars like Shepler claim as a “Western” conception is actually based on a biomedical model of childhood. Neuroscientists argued that children simply cannot form the required criminal intent regardless of culture. Steinberg (2008) found out that “basic intellectual abilities reach adult levels before the process of psycho-social maturation is

complete.” The neocortex which is the last part of the brain to develop is responsible for planning, reasoning, impulse control, thinking ahead, regulation of emotions, learning from experience, and weighing of risks and reward (Casey, Getz, & Galvan, 2008). Moreover, excessive and repeated stress such as conflict causes the release of chemicals that impair cell growth and interfere with the formation of healthy neural circuits in the brain. Toxic stress can damage the brain's stress response system and contribute to premature ageing of the body (Steinberg, 2008).

These studies claim that children cannot distinguish between right and wrong, given their age and the trauma they have experienced (Aptel, 2010, p. 107). A central element of international crimes is that they are committed through the application of coercion, manipulation and propaganda, and children are especially susceptible. Children frequently engage in splitting or dissociation, where they break off from their past identity, construct a new one in line with the new world, and act accordingly (Aptel, 2010, p.108). Consequently, it becomes difficult to blame children. However, an interdisciplinary rather than purely legal/human and child rights approach is critical in understanding and responding effectively to child soldiers.

The view that children are autonomous individuals, fully fledged beneficiaries of human rights with agency, resilience and coping mechanisms (Hinton, 2008, p. 285) is not contrary to the CRC. This view is the rationale behind the very existence of the CRC- children as active holders of rights. The CRC struck a balance between these two schools of thought (Eide, 2006, p.3). Hence it introduced doctrines such as evolving capacity and minimum age of criminal responsibility.

While Shepler and other scholars argue that there are children who voluntarily choose to join armed forces or groups, the Special Court for Sierra Leone pointed out that the distinction between voluntary and forced enlisting for children is somewhat contrived, given their age and especially given the context of rampant human rights abuse (Aptel, 2010, p. 77). As the UN Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflicts stated to the International Criminal Court:

In most conditions of child recruitment even the most ‘voluntary’ of acts are taken in a desperate attempt to survive by children with a limited number of options. Children who ‘voluntarily’ join armed groups often come from families who were victims of killing and have lost some or all of their family or community protection

during the armed conflict. Many ‘volunteer’ recruits soon become disillusioned but are not able to leave due to fear of being killed. Many children who try to escape are executed in order to serve as an example to the other children (Aptel, 2010, p. 78).

The nature of contemporary warfare is such that the line between perpetrator and victim is often unclear (Derluyn, 2015, p.3). Not only is it difficult to distinguish whether a particular child had the necessary intent, even where it seems like the child might have exercised agency, the voluntariness of that choice is questionable at best.

Linked to the biomedical and neuroscientific model is the psychosocial perspective. Most of humanitarian interventions for former child soldiers are framed as ‘DDR’ – disarmament, demobilization, rehabilitation and reintegration- to repair the damage that was caused by traumatic experiences during warfare (Coppens et al, 2012, p.329). Post traumatic stress disorder (PTSD), depression, and anxiety are just some of the effects of involvement in war (Bayer, Klasen, & Adam, 2007, p. 298). Possible interventions under this framework would be counselling and therapy as well as vocational training and psycho-educative programs and longer -term support like follow up with the child and family even after the child’s return to the community.

The role of transitional justice

Often, former child soldiers who return to their communities continue to be stigmatized and discriminated by community members who consider them as perpetrators (Derluyn, Vindevogel, & De Haene, 2013). The community members are of the opinion that humanitarian agencies are rewarding former child soldiers while civilian victims do not get anything. This fuels feelings of hatred and injustice among community members. Transitional justice plays an important role in the reintegration of child soldiers in their communities.

The UN Secretary General defined transitional justice as “the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation” (Parmar, 2010). The end goal is to build sustainable peace after conflict, using various mechanisms, including prosecution, truth-seeking, reparation and institutional reform (Van Zyl, 2003, p. 6).

Transitional justice emerged from the political transitions of the 1980s and 1990s, such that the focus has predominantly been on civil and political rights and corresponding international crimes like killings, disappearances and torture. Little attention has been directed towards violations of economic, social and cultural rights, discrimination, marginalization and resulting distributive justice. Yet, these are often the root causes of violence and war and are more relevant to the needs of children and child soldiers (Derluyn, 2015, p.5). An example is the recruitment of children such that they are deprived of an education, erased of their identities and social ties, and especially if they are girls, forced to endure sexual violence. Transitional justice offers three distinctions of victimhood. One is between individual and collective victims, between direct victims, and first and second-generation victims. This distinction is relevant in identifying who can participate in transitional justice mechanisms (Bloomfield, Barnes, & Huyse, 2003).

However, transitional justice has not paid attention to the value of child participation in transitional justice mechanisms either as victims or perpetrators. Concern about protection at times jeopardize participation. Debates about the evolving role of children and their role as citizens or citizens in training are not new but these debates have not been part of the transitional justice discourse. Genuine youth participation with their best interests protected helps them grow as citizens. Another area of transitional justice that affects children the most is the systems and procedures for reparations set up in many jurisdictions (Ang, 2006). Aside from reforming institutions and mechanisms to make them child friendly, there is a need to develop alternatives other than purely criminal or judicial forms of accountability for child soldiers. While the community may demand that those responsible for gross violations be prosecuted and punished (Van Zyl, 2003, p. 6), the problems with prosecuting children are many as previously discussed. Furthermore, the criminal justice system was designed for societies where legal violations are the exception. When violations are the norm, this system does not have the time nor resources to prosecute everyone while remaining fair and governed by due process (Van Zyl, 2003, p. 6). There is more to transitional justice than prosecution though, and many non-judicial mechanisms can be deployed. Given the multiple aims that can be satisfied, it is better for children to engage in reconciliatory processes, such as mediations, truth commissions, community dialogues or adaptations of a genuine juvenile justice system (Aptel, 2010, p.109). If reconciliatory processes are handled appropriately, children can acknowledge their responsibility and express remorse, while also explaining their

victimization and desire for reintegration into their families and communities. This is not to say alternative methods are a panacea, as truth-telling can reveal the full extent of children's crimes, but this can also deconstruct what happened, as well as how and why. In this manner, newfound understanding can break down the stigma and discrimination against child soldiers (Aptel, 2010, p.109). It is important for everyone to acknowledge the harm and the wrong committed. Societies that have experienced mass atrocity must now contend with suspicion and hatred. If steps towards reconciliation are not taken and truth and accountability are not satisfied, then problems like revisionism, a return to abuse, and the deepening of distrust and disillusionment are all possible (Van Zyl, 2003, p.7).

It is also important for victims to tell their stories to receive some closure. This must be done in a safe and respectful manner to protect children who are viewed as both victims and perpetrators. As a founder for the Network for Young People Affected by War has raised, in the context of trials: "Young war victims were once forced to commit the most horrible atrocities, all the architecture of adults. And today we ask them to tell in detail how they were forced by the defendant to kill their parents or relatives, rape their sisters or mothers" (Siegrist, 2010, p.20). The "why" of transitional justice is therefore especially important. Identifying the exact aims of transitional justice can determine the right mechanisms and how to deliver them (Smith, 2010, p.47), such as the provision of appropriate support that meet children's material, medical and psychological needs (Derluyn, 2015, p.9).

Identifying victims' cultural values is essential to shaping processes in line with the local context. For example, the Grace Machel study highlighted children's participation in traditional healing practices enabling reintegration while protecting and supporting children. At the same time, these practices might simply reinforce social inequalities and discrimination, such as gender bias. While romanticizing such practices is clearly problematic, factors such as the CRC's call to consider the best interests of the child in Article 3(1) and the evolving capacities of the child in Article 5 requiring varying standards of protection, participation and autonomous decision-making cannot be ignored. Utmost consideration for both internationally agreed upon principles and local perspectives is imperative.

Reparations can come in the form of material assistance such as bursaries, psychological assistance like trauma counselling and symbolic measures such as memorials. It is especially challenging to determine whether to differentiate between categories of victims and among victims within a category. Offering child soldiers educational and psychological

support is the only humane option, and one also in the State's best interests in the long run. However, acknowledging that these categorical approaches generate community resentment requires more coordinated interventions. The community cannot be left behind, but rather, rehabilitation, reintegration and reconciliation should extend beyond individual recovery to community and societal recovery, in the interest of long-term peace building (Derluyn, 2015, p. 10).

Finally, transitional justice requires changing institutions responsible for human rights abuses, and preventing those responsible from holding public service positions (Van Zyl, 2003, p. 8). If those responsible for exploiting children as tools in armed conflict face no repercussions, but instead are given roles in rebuilding the country, the chances of lasting peace and improvement are slim. Carefully crafted, transitional justice processes, such as truth commissions, can provide opportunities for genuine participation as part of a national process aimed to help shape a new foundation for a society based on respect of rights of everyone especially children and civic trust (Ladisch, 2013).

Conclusion

Despite the 30 years that passed since the CRC was adopted, the conception of childhood has been an ongoing debate. The CRC's conception of childhood is based on neuroscience and child rights. The child has evolving competency and agency, requiring equal human rights that allow autonomy and social participation, as well as supplementary rights for children accommodating their specific vulnerabilities (Hanson, 2011, p. 40).

While human rights advocates and humanitarian agencies tend to emphasize the image that child soldiers are incapable victims of adults' abusive compulsion, stripped from legal agency and without any accountability, some scholars like Shepler believe this does not fully correspond with prevailing pedagogical and jurisprudential discourse, nor represent the broad range of child soldiers' own perceptions of their role (Dekker, 2009, p. 17).

As the contrasting arguments suggest, the nature of modern warfare and the toll it takes on individuals and societies are complex. In most cases, children are forcibly recruited while in other communities, the children form part of the very fabric of the community that support the conflict. The ethnic nature of most conflicts can turn every civilian into a potential victim or a perpetrator ready to defend the group's interest (Barenbaum, Ruchkin, & Schwab-

Stone, 2004, p. 41). In the field of international development and humanitarian aid, enough on-the-ground research and documentation exists such that one-sided views or one-solution-fits-all approaches are generally known to be problematic and often ineffective. The same is true for responding to the impacts of armed conflict on child soldiers and their communities. If employed appropriately and adapted to local contexts, however, transitional justice mechanism which emphasize reconciliation provide viable options for starting the recovery process. Education and awareness on how child soldiers were exploited is crucial for community understanding.

The 2009 Conference on Children and Transitional Justice, convened by the UNICEF Innocenti Research Centre, established the key principles for children and transitional justice to inform efforts on involving children in transitional justice processes. Children should primarily be considered victims, and consistency and coherence is required in applying the near universal application of the CRC. There should be alternative measures for holding children accountable in a variety of legal and non-legal mechanisms such as non-judicial accountability, amnesties, community dialogues, and juvenile justice approach. There should also be reconciliation processes where social and societal rebuilding of networks is facilitated including in humanitarian assistance. Development assistance which address root causes of conflict as well as the structural, cultural and direct violence should be made available. Moreover, child rights should form part of peace building, peace-making and peace keeping processes.

References

- Ang, F. (2005). *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 38: Children in armed conflicts*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff.
- Aptel, C. (2010). International Criminal Justice and Child Protection. In S. Parmar, M. J. Roseman, S. Siegrist, & T. Sowa (Eds.). *Children and transitional justice: Truth telling, accountability and reconciliation*. Cambridge: Harvard University Press.
- Barenbaum, J., Ruchkin, V., & Schwab-Stone, M. (2004) The psychosocial aspects of children exposed to war: practice and policy initiatives. *Journal on Child Psychology and Psychiatry*, 45(1), 41-62. doi: 10.1046/j.0021-9630.2003.00304.x

- Bayer, C., Klasen, F., & Adam, H. (2007). Association of trauma and PTSD symptoms with openness to reconciliation and feelings of revenge among former Ugandan and Congolese child soldiers. *Journal of the American Medical Association, 298*(5), 555-559. doi:10.1001/jama.298.5.555
- Betancourt, T. S., Borisova, I., Williams, T. P., Meyers-Ohki, S. E., Rubin-Smith, J. E., & Annan, J., & Kohrt, B. A. (2013). Research review: Psychosocial adjustment and mental health in former child soldiers - a systematic review of the literature and recommendations for future research. *Journal on Child Psychology and Psychiatry, 54*(1), 17-36. Doi: 10.1111/j.1469-7610.2012.02620.x
- Bloomfield, D., Barnes, T. & Huyse, L. (Eds.). (2003). *Reconciliation after violent conflict: A handbook*. Stockholm: International IDEA.
- Boyden, J. (1997). Childhood and the policy makers: A comparative perspective on the globalization of childhood. In A. James, & A. Prout (Eds.), *Constructing and reconstructing childhood: Contemporary issues in the sociological study of childhood* (pp. 190-215). London: Falmer Press.
- Burman, E. (1994). Innocents abroad: Western fantasies of childhood and the iconography of emergencies. *Disasters, 18*(3), 238-253. doi:10.1111/j.1467-7717.1994.tb00310.x
- Casey, B. J., Getz, S., & Galvan, A. (2008). The adolescent brain. *Developmental Review, 28*(1), 62-77. doi: 10.1016/j.dr.2007.08.003
- Committee on the Rights of the Child (CRC). (2002). Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict: Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution A/RES/54/263 of 25 May 2000. (Feb. 12, 2002). Retrived from <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opaccrc.aspx>
- Coppens, K., Vindevogel, S., Derluyn, I., Loots, G., & Broekaert, E. (2012). Psychosocial care in rehabilitation centres for former child soldiers in Northern Uganda. In I. Derluyn, C. Mels, S. Parmentier, & W. Vandenhole (Eds.), *Re-member: Rehabilitation, reintegration and reconciliation of war-affected children* (pp. 329-362). Antwerp, Belgium; Cambridge, UK: Intersentia.
- Dekker, J. H. (2009). Children at risk in history: A story of expansion. *Pedagogica Historica, 45*(1-2), 17-36. doi:10.1080/00309230902746206
- Derluyn, I., Vandenhole, W., Parmentier, S., & Mels, C. (2015). Victims and/or perpetrators? Towards an interdisciplinary dialogue on child soldiers. *BMC International Health and Human Rights, 15*, 1-13. Doi: 10.1186/s12914-015-0068-5
- Derluyn, I., Vindevogel, S., & De Haene, L. (2013). Toward a Relational Understanding of the Reintegration and Rehabilitation Processes of Former Child Soldiers. *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma, 22*(8), 869-886. doi:10.1080/10926771.2013.824058

- Eide, A. (2006). *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 27: The right to an adequate standard of living*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff.
- Hanson, K. (2011). International children's rights and armed conflict. *Human Rights and International Legal Discourse*, 5(1), 40-62.
- Hinton, R. (2008). Children's participation and good governance: Limitations of the theoretical literature. *International Journal of Children's Rights*, 16(3), 285-300. doi: 10.1163/157181808X311141
- International Labour Organization (ILO). (1999). C182 - Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182). Retrieved from https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182
- Ladisch, V. (2013, November 21). Child soldiers: Passive victims? Former child soldiers need the space to discuss their past and put it into context, before rehabilitation can begin. *Aljazeera*. Retrieved from <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2013/11/child-soldiers-passive-victims-2013111853742192541.html>
- Machel, Graça. (1996). *Impact of armed conflict on children*. Retrieved from <https://childrenandarmedconflict.un.org/about-us/mandate/the-machel-reports/>
- Mels, C., Derluyn, I., Broekaert, E., & Vlassenroot, K. (2012). Exploring the context for adolescent mental health and psychosocial assistance in the Eastern Democratic Republic of Congo. In I. Derluyn, C. Mels, S. Parmentier, & W. Vandenhole (Eds.), *Re-member: Rehabilitation, reintegration and reconciliation of war-affected children* (pp. 475-498). Antwerp, Belgium; Cambridge, UK: Intersentia.
- Nieuwenhuys, O. (2001). By the sweat of their brow? "Street Children," NGOs and children's rights in Addis Ababa. *Africa: Journal of the International African Institute*, 71(4), 539-557.
- Parmar, S., Roseman, M. J., Siegrist, S. & Sowa, T. (Eds.). (2010). *Children and transitional justice: Truth telling, accountability and reconciliation*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pupavac, V. (2001). Misanthropy without borders: The international children's rights regime. *Disasters*, 25(2), 95-112. doi:10.1111/1467-7717.00164
- Rosen, D. M. (2007). Child soldiers, international humanitarian law, and the globalization of childhood. *American Anthropologist*, 109(2), 296-306.
- Shepler, S. (2005). The rites of the child: Global discourses of youth and reintegrating child soldiers in Sierra Leone. *Journal of Human Rights*, 4(2), 197-211. doi: 10.1080/14754830590952143
- Siegrist, S. (2010). Child rights and transitional justice. In S. Parmar, M. J. Roseman, S. Siegrist, & T. Sowa (Eds.). *Children and transitional justice: Truth telling, accountability and reconciliation*. Cambridge: Harvard University Press.

- Smith, A. (2010). Basic assumptions of transitional justice and children. In S. Parmar, M. J. Roseman, S. Siegrist, & T. Sowa (Eds.). *Children and transitional justice: Truth telling, accountability and reconciliation*. Cambridge: Harvard University Press.
- Steinberg, L. (2008). A Social neuroscience perspective on adolescent risk-taking. *Development Review*, 28(1), 78-106. doi: 10.1016/j.dr.2007.08.002
- United Nations Children's Fund (UNICEF). (1997). *Cape Town principles and best practices*. Retrived from [https://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles\(1\).pdf](https://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles(1).pdf)
- United Nations Children's Fund (UNICEF). (1999). *Monitoring and Reporting Mechanism (MRM) on grave violations of children's rights in situations of armed conflict*. Retrived from https://www.unicef.org/protection/57929_57997.html
- United Nations Children's Fund (UNICEF). (2007). *The Paris principles: Principles and guidelines on children associated with armed forces or armed groups*. Retrieved from <https://www.unicef.org/emerg/files/ParisPrinciples310107English.pdf>
- United Nations Security Council (UNSC). (2015). Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Afghanistan, U.N. Doc. S/2015/336 (May 15, 2015). Retrieved from <https://undocs.org/en/S/2015/336>
- United Nations Security Council (UNSC). (2015). Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Iraq, U.N. Doc. S/2015/852 (Nov. 9, 2015). Retrieved from <https://undocs.org/S/2015/852>
- United Nations Security Council (UNSC). (2017). Report of the Secretary-General on children and armed conflict in the Philippines, U.N. Doc. S/2017/294 (Apr. 5, 2017). Retrieved from <https://www.undocs.org/S/2017/294>
- United Nations Security Council (UNSC). (2018). Children and armed conflict in the Syrian Arab Republic: Report of the Secretary-General, U.N. Doc. S/2018/969 (Oct. 30, 2018). Retrieved from <https://undocs.org/en/s/2018/969>
- United Nations Security Council (UNSC). (2018). Report of the Secretary-General on children and armed conflict in Myanmar, U.N. Doc. S/2018/956 (Oct. 29, 2018). Retrieved from <https://undocs.org/S/2018/956>
- United Nations Security Council (UNSC). (2019). Children and armed conflict in the Yemen: Report of the Secretary-General, U.N. Doc. S/2019/453 (Jun. 3, 2019). Retrieved from <https://undocs.org/S/2019/453>
- Van Zyl, P. (2003). Transitional justice: Conflict closure and sustainable peace. *Dispute Resolution Magazine*, 9(4), 6-8.

Working Group on Children and Armed Conflict. *United Nations Security Council Resolutions*. Retrieved May 16, 2017, from <https://www.un.org/sc/suborg/en/subsidiary/wgcaac>.

Author's Biographical Statement

Mary Grace C. Agcaoili is a PhD candidate at Mahidol University's Institute of Human Rights and Peace (International Programme). She obtained a Juris Doctor degree from Ateneo de Manila Law School and a Masters in International Cooperation for Development at the Universidad Complutense de Madrid. She is a member of the Integrated Bar of the Philippines. This article is part of her coursework for her PhD studies and does not reflect the views of the organization she works for.



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



Trade Unions in ASEAN: Their Status and Role in the Application of CSR Practices with the Example of Cambodia

Joana Cassinerio¹

Institute of Human Rights and Peace Studies, Mahidol University

ARTICLE INFO

ABSTRACT

Article History:

Received: 28 March 2019

Revised: 27 June 2019

Accepted: 27 June 2019

Keywords:

ASEAN

Trade unions

CSR

Cambodia

Labour rights

Trade unions in the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) have historically faced discrimination and intimidation, which has impacted how they operate and to what extent they are able to realise various freedoms and rights. Despite the fact that trade unions can fit in a variety of human rights realms, such as the United Nation Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), the author decided to focus on Corporate Social Responsibility (CSR) in recognition of the 2016 initiative of the ASEAN Guidelines for Corporate Social Responsibility on Labour. Thus, this paper entitled '*Trade Unions in ASEAN: Their Status and Role in the Application of CSR Practices with the Example of Cambodia*' discusses trade unions, and how CSR strategies affect trade union activity and strategies and vice versa. It establishes that countries belonging to the Global South suffer from exploitation at the hands of industrialised countries. While generally, ASEAN has made progress, the remaining lack of convergence of labour laws remains an obstacle for the advancement of labour rights. Moreover, even with national and international human rights frameworks put in place, the region focuses mostly on economic development and growth. A case study of Cambodia's garment sector illustrates that even though collective bargaining rights are formally acknowledged and ratified by the country's government, creating and maintaining a space in which those rights can flourish remains challenging. Abuse and neglect at the hands of states and businesses alike

¹Joana Cassinerio a PhD candidate at Institute of Human Rights and Peace Studies, Mahidol University.

Corresponding author's email: itsjoanamaria@gmail.com

have led trade unions to find their own channels to create awareness about abuses, for instance through exercising pressure on buyers and engaging in cross-regional and international collective trade union activities. Lastly, this paper concludes that new key players must be identified to put forward a positive outlook on the respecting and promoting of trade unions. Findings were entirely drawn from secondary data, such as journal articles, reports and news.

Introduction

In our neoliberal world in which the accumulation of capital and the creation of wealth are on the agenda of many individuals, businesses, and governments, the exploitation of people in lesser-developed, labour-abundant countries (also referred to as 'Global South') has been widely accepted for many decades, even centuries.² This is not only related to the fact that countries belonging to the Global South are usually cheaper in production costs, including wages. An undeveloped legal framework and a lack of protection of workers have paved the way for widespread workers' rights violations (Salmivaara, 2017). Cambodia and its garment industry are a case in point: Ravaged by the brutality of the Khmer Rouge, the country was soon after exploited by international companies and by some of its own people. Anxious to secure foreign direct investments in a politically stable environment, the newly-established government began oppressing people's rights, which has lasted until this very day.

One of the rights most violated under neoliberalism are trade union rights (Peoples Democracy, 2019), i.e. the rights and freedoms related to expression, association and assembly, collective bargaining, and to form and join a trade union. While the Cambodian government has committed itself to legally binding, international human rights instruments as well as national labour laws, there is a gap between theory and reality. This is especially visible in the garment industry, according to Salmivaara (2017), who simultaneously discusses possible solutions to this dilemma:

² The author acknowledges the variety of countries that are part of the Global South, and the impact that different government systems, histories and cultures have on trade union rights. For example, Chile and Uruguay are often regarded as "social democracies" while Bolivia, Ecuador and Venezuela are referred to as "democratic socialists", and trade unions are mostly very powerful in these countries (Dunkerley & Whitehouse, 1980; Iber, 2016). In the context of this paper, "Global South" refers to developing countries that a.) are specialised in manufacturing, and b.) are governed by authoritarian regimes.

[The] garment industry is an example of how production is organised into global supply chains, at the bottom of which work is precarious and labour rights violations widespread. These problems have been interpreted as consequences of 'governance gaps', which, it is argued, must be filled with new forms of regulation that complement and go beyond the traditional state-centred ones. 'New Governance' is presented as a shift away from top-down models to more participatory settings, where regulatory functions are shared among stakeholders and binding law and treaties give way to softer, more flexible forms of regulation (Ruggie, 2014; Abbott & Snidal, 2009, as cited in Salmivaara, 2017, p. 329).

Simultaneously, Salmivaara (2017) reflects on the impact of CSR:

In the garment industry, this shift ['New Governance'] is reflected in the privatisation of labour rights regulation and the growth of monitoring and audit regimes associated with the discourse of corporate social responsibility (Salmivaara, 2017, p. 329).

Nowadays, buyers are expected to take charge of the human rights discourse in sourcing countries instead of following a strict financial agenda. This is a trend largely thanks to the connecting nature of globalisation, for example through the ease of sharing information worldwide through the internet, in which end-consumers and other members of civil society have become aware of widespread workers' violations, and are demanding more responsibility from companies. As businesses are now being held socially accountable for their abuses, many began implementing CSR into their operations, a concept which will be discussed in detail in this article.

The author selected CSR instead of other standards, for instance the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) or the Environmental, Social, and Governance (ESG) criteria, due to the adoption of the ASEAN Guidelines for Corporate Social Responsibility on Labour in 2016. Despite the guideline's non-binding nature, the ASEAN Services Employees Trade Union Council (ASETUC) supported this initiative, "underlying its importance for the respect of workers' fundamental rights. Its reliance on international

standards and the fact that the guidelines enhance the crucial role of the private sector in social and environmental matters are also recognized" (Cauqui, 2017, paragraph IV).

The structure of the paper is as follows: Part 1 discusses the human rights mandate that trade unions follow, making it more evident what these rights entail and how they could be a perceived threat to governments. This is especially important in the context of ASEAN, which is a region that tends to overrule peoples' dissent on a regular basis. Part 2 focuses on trade unions in ASEAN, and provides a case study on Cambodia's garment sector. Part 3 discusses CSR development, and how it is conducted in ASEAN. This will be followed by a conclusion.

PART 1 - Connecting the dots: Trade unions, human rights, and economic development

Trade union rights are a dimension of many significant rights, the most essential ones in the context of the advancement of trade union rights being *the freedom of expression* (Freedom 1), *the freedom of assembly* (Freedom 2), *the freedom of association* (Freedom 3), *the right to form trade unions* (Right 1), and *the right to collective bargaining* (Right 2). It would not be useful to discuss all rights incorporated by trade unions, e.g. the right to work, as this right is not considered a threat to governments.

The freedom of expression is a right manifested in two of the most important human rights instruments, i.e. the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) (U.N.G.A., 1948) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (U.N., 1966a). In Article 19, the UDHR states that "everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers", which is echoed by the ICCPR's Article 19:

Everyone shall have the right to hold opinions without interference. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice [...].

While freedom of expression itself already carries an immense value to every human, being able to share one's opinions in any other social setting is essential for a "free and open society" and plays "a significant role in countries' democratic transformation" (International Labour Organization (ILO), 1998). As Maina Kiai, former UN Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association, described it: "these rights protect peoples' ability to come together and work for the common good." (Kiai, n.d.) Therefore, the freedoms of assembly and association must be included when presenting and analysing the freedom of expression.

Besides the representation of the freedom of expression, assembly and association in the UDHR and the ICCPR, the ILO has created its own internationally recognised set of instruments for the protection of these freedoms. Those conventions are called Convention 87 (*Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention*) and Convention 98 (*Right to Organise and Collective Bargaining Convention*) (ILO, 1948; ILO 1949). While both Conventions cover the freedoms of assembly, Convention 87 also focuses on the freedom of association. What is significant about Convention 87 is that it not only discusses the freedoms and rights of workers, but also establishes a protection mechanism to secure these rights. While other international human rights instruments often point out the importance of independent monitoring bodies, the ILO is very specific in its phrasing, and even incorporated this in its Convention title.

Furthermore, the right to collective bargaining is essential in the creation and operating of trade unions, and is clearly manifested in important international human rights documents. As ILO Convention No. 154 (ILO, 1981) defines it, collective bargaining refers to "all negotiations which take place between an employer, a group of employers or one or more employers' organisations, on the one hand, and one or more workers' organisations, on the other." Mostly, those negotiations take place under or with the support of trade unions. Therefore, many human rights instruments do not mention "collective bargaining" as 'expression' or a right, but rather refer to trade unions. In the UDHR, the right to collective bargaining is very straightforward. For example, Article 23 §4 states that "everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests", which is a very clear indication about the role of trade unions. In the ICCPR, Article 22 describes the right to join trade unions as follows: "Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to

form and join trade unions for the protection of his interests." The use of language in both the UDHR and the ICCPR is very significant to describe the intentions behind the freedom of association: to protect one's interests. This could be used as first indicator why those specific rights rarely thrive in authoritarian governments. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) (U.N., 1966b) is very precise in its description of trade union-related rights and freedoms. In Article 8 §1, it provides detailed rights in 4 sub-points, i.e. the right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, the right of trade unions to establish national federations or confederations, the right of trade unions to function freely, and the right to strike.

The relevance of trade unions in the Global South

So far, this paper established that trade unions incorporate various human rights, which are embodied in important international human rights instruments. Due to the nature of trade unions - bringing together a group of people who demand an improvement of their work lives - they remain challenged by both governments and businesses that operate under oppressive systems inspired by neoliberal structures. This is not only the case in lesser-developed countries but is also visible in countries that are part of the Global North, such as Belgium, France, Italy and the UK (European Trade Union Confederation (ETUC), 2019). At this point, it is noteworthy to mention that this article does not focus on trade unions in terms of their overall success rate to bring about positive change, but rather on the fact that they are a human right defined by legally-binding human rights documents.

Focusing on the Global South, the author notes a common oppression of trade unions and trade union-related rights. This is mostly related to state priorities in terms of economic growth and development, oftentimes not exclusively but strongly related to investor confidence and the resulting flow of Foreign Direct Investment (FDIs). The right to protest and voice worker concerns, criticism of the government itself as well as foreign investors is often met with violent response on behalf of the state, as it is regarded a threat to a stable environment which creates or furthers economic growth and wealth. Therefore, countries that are part of the Global South often do not embrace trade unions and their rights, and oftentimes even prohibit them.

Human rights realisation under neoliberal agendas

Neoliberalism, an important ideology characterising the perspective of the government and factories, focuses on creating unregulated markets and privatisation to the highest extent, which oftentimes leads to the creation of political elites. Therefore,

neoliberalism, as the de facto only available political and economic option has had catastrophic effects on society and the environment. When only that which produces more wealth and power is sought working people and the environment end up becoming mere resources and sources of wealth and are mercilessly plundered accordingly (McCann, 2016, paragraph IV).

Literature discussing the adverse impacts of neoliberalism mostly surrounds the exploitative nature of its policies, citing authoritarianism as the most common feature of neoliberal power to "remove key decision-making arenas from democratic control" (Bruff, 2014, as cited in Clua-Losada & Ribera-Almandoz, 2017, p. 29). Harvey (2005) writes:

In response to the financial crisis of the 1970s, the Wall Street–Treasury nexus in concert with the World Bank and the International Monetary Fund (IMF) sought to reconstruct the global power (im)balance by attempting to eliminate any inklings of collectivism in the global South through the imposition of brutal forms of economic discipline. For some this represents the heart of neoliberalism, which has been considered as a class reaction (Harvey, 2005, as cited in Springer, 2017, p. 235).

This shows that neoliberalism has been at the forefront of human rights violations, especially trade union rights, for decades.

Part 2 - Trade unions in ASEAN

As mentioned earlier, documents such as the International Covenant on Civil and Political Rights are main defenders of rights related to trade unionism. In this region, the ASEAN Human Rights Declaration (AHRD) recognises the freedoms of expression and assembly as well as the right to form trade unions. Besides those international documents, also national constitutions, labour laws and specific trade union laws exist. However, many ASEAN countries not only ignore people's rights but actively diminish, deny, and even erase human rights in

the region. Already 26 years ago the Asian Cultural Forum on Development (1993) found the "violation of civil and political rights of the people is being justified in the name of economic development. The issue of development is being presented as an option, which is incompatible with the rights of people" (Asian Cultural Forum on Development, 1993). This is confirmed by Petcharamesree (2013) who writes: "ASEAN claims that political rights and civil liberties could be a hindrance to economic development and social or public order. There has always been a trade-off in which economic, social and cultural rights have been given priority over political and civil rights" (Petcharamesree, 2013, p.56). Thus, ASEAN governments' negative perception of trade unions finds its roots in what those unions stand for: the people's right to associate, assemble and express themselves. This is in direct relation to national economic development agendas under neoliberal policies, and the overwhelming power of businesses.

While Kuruvilla, Das, Kwon, & Kwon (2002, p.5) describes trade unions in this region as heterogeneous due to different definitions and meanings in the various member states, a common pattern of discrimination remains visible throughout the region. For example, Cambodia's new *Law on Trade Unions*, implemented in 2016, gives the government an increased control over trade unions. Through a more challenging union registration process, it has become more difficult for people to form and register unions, which gives the government the power to continuously push down trade union activity (Yon & Chen, 2017). This is similar to Malaysia, where union registration may be refused by ministries at any time without the need to provide any justification. In Vietnam, the emerging of an independent trade union movement in the years 2006 and 2007 was met by aggressive government response, with supporters being arrested and detained, while others faced severe intimidation (Human Rights Watch, 2009). Lastly, in Laos, the state holds the right to define the status, rights and obligations as well as the system, structure and financial management of trade unions, thus failing to accord to unions the right to determine their own structure, rules, administration or activities. Moreover, employers are legally not obliged to enter into bargaining talks with unions, adding further conflict to trade union effectiveness (Serrano, 2017).

Trade unions in Cambodia, and the impact of national legislations on freedoms and rights

Since the garment sector is one of Cambodia's flagship sectors assuring economic stability and growth for decades, it is also the most vulnerable and exploited. This has a negative impact on the implementation, respecting and promoting of garment workers' rights (Smith, 2015). Neoliberal ideologies implemented by the government as well as international brands illustrate the nature of human rights in the country: While there is the theoretical legal framework guaranteeing workers' rights, Cambodia's government behaves differently in practice. By erasing workers' rights as much as possible, the government manages to maintain investor confidence and, hence, economic growth in one of its main sectors.

Besides the country's ratification of international human rights documents, Cambodia has included the freedom of expression, association, and assembly in its Constitution of 1993, and various labour- and trade union- related laws. The Constitution's Article 41 says: "Khmer citizens shall have freedom of expression of their idea, freedom of information, freedom of publication and freedom of assembly" while Article 42 mentions the right of people to "establish associations and political parties." Regarding collective bargaining and trade union formation rights, the Constitution's Article 36 states that "Khmer citizens of either sex shall have the right to form and to be members of trade unions." Besides the country's constitution, recent years have seen further legal implementation of workers' freedoms and rights, for example its labour law formulated in 1997. While there is no mentioning of the freedom of expression and assembly specifically, the Cambodian Labour Law has dedicated a whole chapter to the freedom of association and collective bargaining rights. For example, Article 266 states people's right to "form professional organizations of their own choice for the exclusive purpose of studying, promoting the interests, and protecting the rights, as well as the moral and material interests, collectively and individually, of the persons covered by the organization's statutes." Further, Article 267 goes on to define the rights of unions in terms of administration, self-determination, and autonomy (Cambodian Labour Law, 1997).

In addition to the country's labour law, the National Assembly adopted a Law on Trade Unions in 2016 (Ministry of Labour and Vocational Training (MLVT), 2016), which was criticised by civil society organisations and human rights advocates. Under this new law, at least 20 percent of the workforce is required in order to form a union, making it virtually impossible

for workers in smaller garment factories to meet this requirement (Palatino, 2016). Moreover, the inclusion of age and literacy - among other requirements - for union leaders "can be read as restrictions on the right of workers" (ibid). This is echoed by the International Trade Union Confederation (ITUC) (2016), stating that this new union law "would among other things impose new limits on the right to strike, facilitate government intervention in internal union affairs and permit third parties to seek the dissolution of trade unions" (ITUC, 2016). The Labor and Human Rights' Defenders Alliance (HALDA) openly declared the new trade law as unconstitutional: "The new Trade Union law should align with the Cambodian Constitution, UN's International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and ILO Conventions 87 and 98 which it currently does not" (HALDA, as cited in Demetrianova, 2016, paragraph III), illustrating how even national laws interfere with each other.

While the MLVT and the government-friendly Garment Manufacturers Association in Cambodia (GMAC) stated in a 2015 report that 90% of the country's 3,000+ labour unions represented garment workers (Garment Manufacturers Association in Cambodia (GMAC), 2018), the mere existence of trade unions is no indicator for the respecting of workers' rights. Firstly, many of those unions are so-called yellow unions, which are controlled by factories and the government itself (Rollet & Baliga, 2015). Secondly, independent trade unions and their members frequently suffer from discrimination by their employers. A 2015-report by Human Rights Watch (HRW) found that factories regularly tried to break up unions. Several union representatives reported that "as soon as workers initiated union-formation procedures, factory management would dismiss union officer-bearers or coerce or bribe them to resign, thwarting union formation" (Human Rights Watch, 2015, paragraph XXIV). This so-called 'union busting' often leads to workers deciding not to join a union in fear of losing their jobs, making them even more vulnerable to mistreatment at the hands of their employers.

Simultaneously, the role of independent unions, the rights of workers as well as the gap between theory and practice is also visible when it comes to international brands. While Cambodia is one of the main producers of many buyers - all who have adopted and published various CSR strategies in the past - human rights violations are often met with limited or no protest from the buyers' side. This is eventually very critical to the understanding of trade unions in the present and future, raising the question how trade unions will ever effectively operate without discrimination at the hands of governments, employers, and international

brands. Thus, it was surprising when, in mid-January 2014, 30 brands and unions together sent a letter to Cambodia's Prime Minister Hun Sen in mid-January 2014, asking to "immediately engage employers and unions to negotiate a resolution to this crisis and to lay the foundation for credible and regular dialogue between workers, employers and government" (IndustriALL, 2014, p. 1) after garment workers clashed with security forces. In terms of trade union rights, they demanded "the introduction of a legal framework that is consistent with ILO Conventions 87 and 98 as the foundation for effective industrial relations" (ibid). Also noteworthy is the 2018- creation of a tripartite National Council on Minimum Wage (NCMW) in 2018 (GMAC, 2018) portrayed the collective power of workers under authoritarian rule to make use of their freedom of expression, assembly and association as well as their right to collective bargaining.

PART 3 - CSR practices in ASEAN

In the past and present, businesses operating in ASEAN were actively involved in human rights violations - partially due to the negligent nature of ASEAN governments, which were focusing more on pleasing foreign investors rather than putting pressure on them. This is also evident by looking at the ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint 2009-2015, which was the only of three blueprints incorporating CSR. Pushing CSR into the socio-cultural sphere demonstrates a misinterpretation of economic and political responsibilities of ASEAN governments towards their workforces, but also shows regional fear to see CSR as an important tool to be implemented and considered. While now both the Economic and Political-Security Blueprints incorporate CSR in their works, preferred CSR practices in the region remain purely philanthropic, lacking a focus on social responsibility and stakeholder responsibility. Instead, companies tend to donate parts of their profits or support educational infrastructure projects, for instance in rural areas which lack schools. Additionally, a 2014-Thematic Study on CSR and Human Rights in ASEAN conducted by the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights (AICHR) showed an "unfortunate lack of consensus on the definition of CSR has led experts and practitioners to define and interpret the term freely as best fits their purpose, resulting in definitions and interpretations that are often biased by underlying value-judgements and ideologies" (Thomas & Chandra, 2014, p.3). Moreover, as the study found, the weak points of CSR in the region mainly revolved around the perceived voluntariness of CSR practices. Thirdly, another issue was the common top-bottom approach used by companies,

in which CEOs made decisions without understanding or knowing basic human needs. Fourth, CSR activity heavily depended on ASEAN countries' economic statuses, and mostly covered anti-corruption and transparency.

Nevertheless, in 2016, ASEAN adopted the ASEAN Guidelines for Corporate Social Responsibility on Labour. While participants criticised the guidelines, for instance, for "the non-binding nature of the guidelines and the weak incentive for implementation" as well as "the non-assignment of responsibilities for the actors and the weaknesses of the text on some issues such as wages and social security", they were nevertheless a noteworthy step towards the recognition of rights inherent to trade unions (Cauqui, 2017, paragraph II). Also, Cauqui (2017) found that "the guidelines remain a useful tool for trade unions to improve working conditions in the region" (Cauqui, 2017, paragraph X). This portrays the challenges but also opportunities that ASEAN member states have opened up to in their effort to recognising labour rights and business duties.

Despite a number of companies committing themselves to the greater cause of CSR in Cambodia, the absence of CSR-specific laws and inadequate definitions of CSR lead to obstacles in meaningfully implementing CSR. Ith (2017) writes: "Misconceptions and a lack of regulation for CSR in Cambodia are the main challenges facing ethical business practices in the country. Cambodian business leaders ... rarely see the potential benefits and importance of incorporating CSR practices into company policy" (Ith, 2017, paragraphs I-IV). The legally non-binding nature of CSR strategies as well as a companies' own interpretations of CSR-related duties pose a threat to trade union rights and freedoms.

The relationship between CSR and trade unions

Since neoliberalism leads to the oppression of workers' rights and hence trade unions in the Global South, the author of this paper considers modern CSR as a direct response to civil society's concerns over workers' violations. Hossain & Semenza (2017) note that "union leaders have acknowledged buyers' pressure as the best alternative to enforce labour standards at the factory". At the same time,

tripartite industrial relation systems are not too instrumental to bring changes in labour practices due to unequal power relations among the actors. Consumers and citizens' movements can exert extreme force on the global

buyers and state respectively to maintain labour standards at workplace (Hossain & Semenza, 2017, pp. 552-554).

At the same time many governments are corrupt and give leverage to employers when they should not, making trade unions less powerful. Thus, trade unions mainly face the challenge of competing against governmental economic agendas as well as businesses' profit margins. As such, multinationals operating in the region have greater power to undermine trade union rights (Marginson, 2016).

Therefore, unions have created two types of response to business activities, which are *defensive* (through strikes) and *proactive* (proposing strategies for collaboration). In this respect, both responses can play on either a local, national or transnational ground. The transnational ground applies mostly when local strategies do not work any longer, and they usually come in the shape of global unions supporting each other, the exchange of information to coordinate claims made, or the harmonising of work conditions. Additionally, many unions have not integrated CSR in their agenda due to existing mistrust in businesses and other numerous factors, for example whether unions are operating within a coordinated or liberal market economy, the ideological stance of unions (left-wing unions are historically less interested in CSR), and the history of their country. Hence, trade unions often use transnational action as a last resort (European Trade Union Institute, 2015).

One example is the case of Swedish clothing company H&M: After various protests against H&M-producing factories in Cambodia, Bangladesh, Turkey, Italy and other countries, trade unions publicly directed their frustrations towards H&M. As a result, the reputation of H&M suffered, leading the company to sign a permanent agreement for trade union and collective bargaining rights in 2016. Moreover, the company also collaborated with IndustriALL Global Union to jointly train its direct suppliers and their workers in how to improve relations and dialogue between social partners (Hennes & Mauritz (H&M), 2016). In a specific case related to Cambodia, the American chemical company DuPont failed to respect its own CSR commitments regarding garment workers producing the company's medical and industrial coveralls. As the Community Legal Education Center (CLEC) (2015) reported:

DuPont suppliers have consistently engaged in union discrimination in violation of the Cambodian Labour Law. In the last two years, at least 115 union leaders

and members have been terminated from DuPont suppliers in Cambodia. Further, workers at peaceful strikes have been brutalised, including pregnant women. ... DuPont reported \$7.5 billion in 2014 third quarter net revenue yet their Cambodian supply chain workers are denied their most basic right to freedom of association (CLEC, 2015).

This example illustrates corporate power in a country, which is governed by a corrupted government operating under neoliberal structures. While the concerned company had in fact put CSR strategies in place, it nonetheless ignored trade unions. Hence, trade union rights seem to be regarded as incompatible for many businesses.

PART 4 - Conclusion

This paper looked at how trade unions operate within ASEAN, and how CSR strategies influence trade union activity in this region. It was established that countries belonging to the Global South suffer from exploitation at the hands of industrialised countries, which is especially visible in the manufacturing sector. While ASEAN has made progress, for example through participating in the ASETUC Initiative, the 2016 ASEAN Guidelines for CSR on Labour, the new 2025-ASEAN Community Blueprint, the ASEAN CSR Network, and the ASEAN Action Plan for CSR, a general lack of convergence of labour laws in ASEAN can be largely explained by the diverse historical, geographical, political, cultural and socio-economic contexts. Moreover, even with national and international legal frameworks in place recognising and acknowledging union rights, the region's emphasis is mostly put on economic development and growth. Many ASEAN member states struggle to see human rights as an important factor in the development of their countries, especially in terms of political and civil rights, which are often regarded a barrier toward greater economic development (Petcharamesree, 2013). Thus, human rights-related conflict has widely been regarded as result of ASEAN's path to greater economic success.

Trade unions remain immensely challenged in two realms, i.e. the economic and the political one. The vulnerability of labour rights, and therefore also trade union rights, was firstly found to be related to neoliberal structures (Blanton & Peksen, 2016). While governments seek to assure economic development and maintain investor confidence at the expense of

human rights, neoliberalism also has negative effects on local politics, reflected in authoritarianism and corruption while focusing on creating unregulated markets and privatisation to the highest extent, which bears a notion of political elite creation within a society (Cassinerio, 2019). The total control over elections, corrupt state institutions, repression, and legitimisation of abuse have created a well-oiled machine that works against the realisation of trade union rights, and the respecting of national and international labour rights laws and their effective implementation. Lastly, the impact of neoliberal politics and a corrupt environment has also paved the way for employers to get away with workers' abuse (ibid).

By looking at the failures of governments to protect, promote and respect human rights, CSR strategies were also discussed. CSR is an important part of trade union rights due to the impact of buyers and brands on labour rights, and eventually trade unions. While many businesses promote workers' rights in theory to keep a clean image in the Western world, oftentimes the realisation of such commitments as well as a general lack of legal accountability imposed by Global South governments do not pose a strong enough incentive for businesses to comply to human rights standards. Therefore, the gap between theory and practice is not only visible in government attitudes but also in those of international buyers. Salmivaara (2017) finds: "In the case of Cambodia, the interests of global elites - international brands and retailers - seem to coincide with those of the local ones - government and employers" (Salmivaara, 2017, p. 342). This is an important finding: Where a corrupt government and abusive employers have the same interests as international brands, trade union rights will face significantly stronger backlash from powerful opponents who oftentimes face limited accountability and repercussions.

Besides the obvious need for both governments, employers, brands and buyers to be more accountable in facilitating trade union-related rights, trade unions themselves must find other channels to create awareness of their abuses. For example, Hossain & Semenza (2017) writes that "union leaders have also acknowledged buyers' pressure as the best alternative to enforce labour standards at the factory... Consumers and citizens' movements can exert extreme force on the global buyers and state respectively to maintain labour standards at workplace" (Hossain & Semenza, 2017, pp.552-554). Furthermore, cross-regional as well as

international collective trade union activities can serve as powerful tool to raise awareness of trade union abuses.

To sum up, the emergence of non-traditional actors results in employers and governments alike facing pressures from globalisation processes. At the same time, regional and global comradery of trade unions provides them with more leverage in defending their rights. Hence, not only trade unions themselves but also CSOs in general should seize this momentum for the benefit of trade union rights globally.

References

- Asian Cultural Forum on Development. (1993). *Our voice: Bangkok NGOs' declaration on human rights: Reports of the Asia Pacific NGO Conference on Human Rights and NGOs' statements to the Asian regional meeting*. Bangkok: Asian Cultural Forum on Development.
- Blanton, R. & Peksen, D. (2016). The dark side of economic freedom: Neoliberalism has deleterious effects on labor rights. [Web log post]. Retrieved from <http://blogs.lse.ac.uk/usappblog/2016/08/20/the-dark-side-of-economic-freedom-neoliberalism-has-deleterious-effects-on-labour-rights>
- Cambodian Labour Law. (1997). Labour Code For Kingdom of Cambodia, dated 10 January 1997. (Kram 13 March 1997). Retrieved from http://sogi.sithi.org/temp.php?url=media_view2.php&mid=121
- Cassinerio, J. (2019). *Assessing human rights in Cambodia's garment sector: A study of existing labour rights laws, workers' needs, and the reality of rights inside factories*. (Unpublished doctoral research proposal). Mahidol University, Thailand.
- Cauqui, R. (2017, September 19). Trade unions welcome ASEAN guidelines on CSR, call for strong enforcement mechanism. Retrieved from <https://www.fes-asia.org/news/asean-trade-unions-welcome-new-guidelines-call-for-stronger-implementation-measures/>
- Clua-Losada, M. & Ribera-Almadoz, O. (2017). Authoritarian neoliberalism and the disciplining of labour. In C. B. Tansel (Ed.), *States of discipline: Authoritarian neoliberalism and the contested reproduction of capitalist order* (pp. 29-46). Retrieved from <https://www.researchgate.net/publication/309592362>
- Community Legal Education Center (CLEC). (2015, January 15). Community Legal Education Center says American chemical company DuPont fails to regulate supply chain in Cambodia. Retrieved from <https://www.business-humanrights.org/en/cambodia-workers-ngos-demand-reinstatement-of-union-leaders-sacked-by-manhattan-textile-supplying-american-company-dupont-companies-do-not-respond>
- Demetrianova, A. (2016, April 14). Cambodia's new trade union law violates workers' rights, activists say. *Asian Correspondent*. Retrieved from <https://asiancorrespondent.com/2016/04/cambodia-trade-union-law/#XtyQsSOTsQZJvWhg.99>

- Dunkerley, J. & Whitehouse, C. (1980). *Unity is strength: Trade unions in Latin America - a case for solidarity*. London: Latin American Bureau. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1hj54g0>
- European Trade Union Confederation (ETUC). (2019). Trade union rights. Retrieved from <https://www.etuc.org/en/theme/trade-union-rights>
- European Trade Union Institute. (2015, February 26). Trade unions and corporate social responsibility: pragmatism wins out against mistrust. Retrieved from <https://www.etui.org/News/Trade-unions-and-corporate-social-responsibility-pragmatism-wins-out-against-mistrust>
- Garment Manufacturers Association in Cambodia (GMAC). (2018). Notification on schedule of minimum wage negotiations in the textile, garment and footwear sector for 2019. Retrieved from https://www.gmac-cambodia.org/regulation_pdf_en/1534304041.pdf
- Hennes & Mauritz (H&M). (2016, September 29). H&M makes its Global Framework Agreement with IndustriALL and IF Metall permanent. Retrieved from https://about.hm.com/sv_se/news/general-2016/hm-permanently-collaborates-with-industriall-and-ifmetall.html
- Hossain, I., & Semenza, R. (2017). Labor justice in global manufacturing: New actors for revitalizing industrial relations. *Indian Journal of Industrial Relations*, 52(4), 543-557. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/316275072_Ensuring_Labour_Justice_in_Global_Manufacturing_New_Actors_for_Revitalizing_Industrial_Relations
- Human Rights Watch. (2009, May 4). *Not yet a workers' paradise - Vietnam's suppression of the independent workers' movement*. Retrieved from <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/vietnam0509webwcover.pdf>
- Human Rights Watch. (2015, Mar 11). *Work faster or get out: Labor rights abuses in Cambodia's garment industry*. Retrieved from https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/cambodia0315_ForUpload.pdf
- Iber, P. (2016). The path to democratic socialism: Lessons from Latin America. *Dissent Magazine*. Retrieved from <https://www.dissentmagazine.org/article/path-democratic-socialism-lessons-latin-america>
- IndustriALL. (2014). Joint letter from global unions and global brands to Cambodian Prime Minister. *IndustriALL*. Retrieved from http://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/Cambodia/joint_letter_from_global_unions_and_global_brands_to_the_cambodian_prime_minister.pdf
- International Labour Organization (ILO). (1948). C87 - Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87). Retrieved from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232
- International Labour Organization (ILO). (1949). C98 - Right to organise and collective bargaining convention, 1949 (No. 98). Retrieved from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312243:NO

- International Labour Organization (ILO). (1981). C154 - Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154). Retrieved from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312299
- International Labour Organization (ILO). (1998). ILO Declaration on fundamental rights at work, 86th Sess. (June, 1998). Retrieved from <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>
- International Trade Union Confederation (ITUC). (2016, April 6). Cambodia: ITUC deplores new anti-union law. Retrieved from <https://www.ituc-csi.org/cambodia-ituc-deplores-new-anti-law>
- Ith, Sothoeuth (2017, May 4). Cambodian companies falling short of CSR goals: Businesswoman. *Voice of America*. Retrieved from <https://www.voacambodia.com/a/cambodian-companies-falling-short-of-csr-goals-businesswoman/3836215.html>
- Kiai, M. (n.d.). What are the rights to freedom of peaceful assembly and of association. *Former UN Special Rapporteur*. Retrieved from <http://freeassembly.net/about/freedoms/>
- Kingdom of Cambodia (1993). *Constitution of the Kingdom of Cambodia*. Phnom Penh. Retrieved from <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/kh/kh009en.pdf>
- Kuruvilla, S., Das, S., Kwon, H., & Kwon, S. (2002). Union growth, decline and revitalization in Asia. *British Journal of Industrial Relations*, 40(3), 431-463. doi:10.1111/1467-8543.00242
- Marginson, P. (2016). Trade unions and multinational companies: A multi-level challenge. *Warwick Papers in Industrial Relations*. Retrieved from https://warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/research/irru/wpir/wpir_103.pdf
- McCann, J. (2016, April 25). Capitalism and neoliberalism: What's the difference? [Web log post]. Retrieved from <https://randompublicjournal.com/2016/04/25/capitalism-and-neoliberalism-whats-the-difference/>
- Ministry of Labour and Vocational Training (MLVT). (2016). Law on trade unions. Retrieved from <http://ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/103389/125600/F1146872348/KHM103389%20Eng.pdf>
- Palatino, M. (2016, Apr 18). The trouble with Cambodia's new Law on Trade Unions: A new law fails to address old concerns. *The Diplomat*. Retrieved from <https://thediplomat.com/2016/04/the-trouble-with-cambodias-new-law-on-trade-unions/>
- Peoples Democracy. (2019, Feb 24). Neoliberalism and trade unions - I. *Peoples Democracy*. Retrieved from https://peoplesdemocracy.in/2017/0528_pd/neoliberalism-and-trade-unions-i
- Petcharamesree, S. (2013). The ASEAN human rights architecture: Its development and challenges. *The Equal Rights Review*, 11, 46-60. Retrieved from <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Sriprapha%20Petcharamesree%20ERR11.pdf>
- Rollet, C. & Baliga, A. (2015, Sep 3). Too many unions: owners. *The Phnom Penh Post*. Retrieved from <http://www.phnompenhpost.com/business/too-many-unions-owners>
- Salmivaara, A. (2017, Nov 2). New governance of labour rights: The perspective of Cambodian garment workers' struggles. *Globalizations*, 15(3), 329-346. doi:10.1080/14747731.2017.1394069

- Serrano, M. R. (2017). *Trade unions in transformation: Institutionalizing labour's voice in ASEAN: The ASETUC initiative*. Retrieved from <https://library.fes.de/pdf-files/iez/13753.pdf>
- Smith, C. (2015, May-June). Cambodia: Worker rights abuses in garment industry. Retrieved from <https://maryknollogc.org/article/cambodia-worker-rights-abuses-garment-industry>
- Springer, S. (2017). Klepto-neoliberalism: Authoritarianism and patronage in Cambodia. In C. B. Tansel (Ed.), *States of discipline: Authoritarian neoliberalism and the contested reproduction of capitalist order* (pp. 235-254). Retrieved from <https://www.researchgate.net/publication/310770178>
- Thomas, T., & Chandra, A. (2014). *Business & Human Rights of the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights (AICHR)*. AICHR. Retrieved from http://aichr.org/?dl_name=AICHRs_Thematic_Study_on_CSR_and_Human_Rights_in_ASEAN.pdf
- United Nations (U.N.). (1966). International Covenant on Civil and Political Rights. Dec. 16, 1966, No. 14668 U.N.T.S. Vol. 999 Retrieved from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en
- United Nations (U.N.). (1966). International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Dec. 16, 1966, No. 14531 U.N.T.S. Vol. 993 Retrieved from https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en
- United Nations General Assembly (U.N.G.A.). (1948). Universal Declaration of Human Rights. Dec. 10, 1948, U.N. Res. 217 A (III). Retrieved from https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf
- Yon, S., & Chen, D. (2017, December 15). Controversial Trade Union Law having desired effect? *The Phnom Penh Post*. Retrieved from <https://www.phnompenhpost.com/national-politics/controversial-trade-union>



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



History of Prejudice: Patriarchy, Asceticism and the Bias to Women in Buddhism after the Buddha's Death.

ประวัติศาสตร์ของความลำเอียง: ปิตาธิปไตย พรตนิยม และอคติที่มีต่อเพศหญิงในพุทธศาสนาสมัยหลังพุทธกาล

Charnnarong Boonnoon / ชาญณรงค์ บุญหนุน¹

Center of Buddhist Studies, Chulalongkorn University/ ศูนย์พุทธศาสน์ศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ARTICLE INFO

ABSTRACT

Article History:

Received: 10 April 2019

Accepted: 28 June 2019

Keywords:

Patriarchy

Asceticism

Women and Buddhism

This research paper is developed from my research; Women's rights in Theravada Buddhism, a critical study of the Theravada's perspective on women's rights, status, duties and in socio-economic - political roles as portrayed in the Pali Tipitaka and other related Buddhist texts. The focus of the study is Early Buddhism in India up to 700 C.E., But in this paper, I would like to present some prejudice to women appeared in Theravada and Mahayana Buddhism.

In Theravada literatures, there was no direct teaching with respect to women's socio-economic-political status, rights and roles. But there existed some interpretable teachings which illustrated some places in the universe that women could not get into. In Theravada Buddhist perspective, women should not be allowed to get involved in any socio-economic and political matters. It is noted that Theravada literatures collected in the later periods of time depicted more negative portraits of women when compared to the earlier ones. It is true that Buddhism in both early and later periods has been significantly influenced by the patriarchy culture in India. The negative images of women were increasingly portrayed due to the influences of asceticism which, to a certain extent, were associated with the patriarchy culture.

¹ Charnnarong Boonnoon is Assistant Professor at Department of Philosophy, Faculty of Arts, Silpakorn University
Corresponding author's email: cat_200123@hotmail.com

บทคัดย่อ

คำสำคัญ:

ระบบถือชายเป็นใหญ่

พรตนิยม

ผู้หญิงกับพุทธศาสนา

บทความนี้ปรับปรุงจากโครงวิจัยเรื่อง “สิทธิสตรีในพระพุทธศาสนาเถรวาท” ที่ศึกษาทัศนะของพระพุทธศาสนาเถรวาทเรื่อง สิทธิ หน้าที่ สถานภาพ และบทบาททางสังคม-เศรษฐกิจและการเมืองของสตรี ตามที่ปรากฏในพระไตรปิฎกภาษาบาลี อรรถกถา และเอกสารทางวิชาการด้านพระพุทธศาสนาเกี่ยวข้อง โดยจำกัดขอบเขตการศึกษาไว้ในช่วงสมัยเริ่มแรกของพระพุทธศาสนาจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 7 อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะนำเสนอเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับอคติที่มีต่อเพศหญิงอันปรากฏอยู่ทั่วไปในพุทธศาสนาเถรวาทและมหายาน

กล่าวได้ว่า ในวรรณกรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาทและมหายาน ไม่มีคำสอนอันเกี่ยวเนื่องกับสถานภาพ สิทธิ และบทบาทของสตรีในทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองโดยตรง แต่มีคำสอนบางเรื่องที่ดีความได้ว่า มีบางตำแหน่งแห่งที่ในจักรวาลนี้ที่สตรีเข้าถึงไม่ได้ และสตรีไม่อาจเข้าไปมีบทบาทในกิจกรรมทางสังคมเศรษฐกิจการเมืองได้นำสังเกตว่า ในวรรณกรรมของเถรวาทที่รวบรวมขึ้นในยุคหลัง จะมีภาพลบของสตรีมากกว่าในวรรณกรรมยุคแรก ๆ ทั้งนี้เพราะได้รับอิทธิพลจากแนวคิด “พรตนิยม” ซึ่งซ้อนทับกับระบบที่ให้ความสำคัญกับผู้ชายนั่นเอง

ความนำ

ในช่วงแรกที่เกิดการถกเถียงกันเกี่ยวกับภิกษุณีในสังคมไทย เมื่อ พ.ศ.2544 การโต้ตอบของฝ่ายที่สนับสนุนการรื้อฟื้นการบวชภิกษุณีในสังคมไทยที่มีต่อพุทธศาสนาสายจารีตของไทย คือ การยกประเด็นเรื่อง “แนวคิดชายเป็นใหญ่” ที่มีอิทธิพลต่อคำสอนของพุทธศาสนา โดยเฉพาะในคัมภีร์พระไตรปิฎก เพื่อที่จะโน้มน้าวให้เห็นว่า การกีดกันไม่ให้สตรีบวชเป็นภิกษุณีนั้นมาจากอคติชายเป็นใหญ่ที่แฝงไว้ในคำสอนของพระพุทธเจ้าพระไตรปิฎก ดังเช่น *ข่าวรายสัปดาห์อาทิตย์* ปีที่ 23 ฉบับที่ 1158 วันที่ 1-7 มีนาคม พ.ศ. 2544 ที่นอกจากจะรายงานข่าวการบวชเป็นสามเณรีของรองศาสตราจารย์ ดร.ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์ แล้ว ในหน้า 30 คอลัมน์ “สุโพธิสัตว์มรรค” โดย พิทักษ์พงษ์ ยังพยายามนำเสนอลักษณะ “อคติ” แบบชายเป็นใหญ่ที่ปรากฏให้เห็นในพระไตรปิฎกไว้ ดังนี้

คำถามว่า "สตรีเป็นศัตรูต่อพรหมจรรย์" เป็นจริงหรือ ?

นี่เป็นพระพุทธรูปที่ทรงสอนเหล่าพระภิกษุ โดยทรงเตือนพระภิกษุให้ระมัดระวังว่า อีสตรีนั้นเป็นศัตรูต่อพรหมจรรย์ แต่ข้อความดังกล่าวมักถูกนำมาใช้เพียงข้างเดียว ในประเทศไทยนั้นจะสังเกตเห็นว่า พระภิกษุจะไม่มีการจับต้องข้าวของเครื่องใช้โดยตรงจากผู้หญิง หากผู้หญิงถวายข้าวของ พระภิกษุจะมีฝ่ายรองรับเสมอ ผู้หญิงโดยทั่วไปจะรู้สึกด้อยค่าในตัวเอง และในกรณีสุดโต่งผู้หญิงจะรู้สึกไร้ค่า จะดูถูกตนเองว่าเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติธรรมของพระภิกษุสงฆ์

เราจึงต้องมาทำความเข้าใจกันใหม่ว่า นี่เป็นตัวอย่างหนึ่งในคัมภีร์ที่แสดงลักษณะของผู้ชาย เป็นจุดศูนย์กลางของความสนใจ เป็นการมองจากจุดยืนของผู้ชาย โดยมีความสนใจของผู้ชายเป็นแกนหลัก ทั้งนี้เพราะพระไตรปิฎกเป็นงานจดบันทึกโดยพระภิกษุ . .

ทวิวัฒน์ ปุณฺทริกวิวัฒน์ (2543, น. 101-102) ซึ่งเห็นด้วยกับการรื้อฟื้นการบวชภิกษุณีในสังคมไทยก็ได้เขียนถึงอคติของเพศชายที่มีอิทธิพลต่อสถาบันพุทธศาสนาว่า

ในพุทธศาสนา ผู้ชายกับผู้หญิงมีธรรมชาติแห่งความเป็นพุทธะเหมือนกัน และผู้หญิงก็สามารถบรรลุธรรมที่สูงที่สุดได้เช่นเดียวกับผู้ชาย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอคติของเพศชาย ศาสนาในระดับสถาบันได้กีดกันผู้หญิงอย่างต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน สถาบันภิกษุณีซึ่งเป็นเสมือนตัวแทนของอารยธรรมอินเดียในยุคที่รุ่งเรืองสูงสุด มิได้รับโอกาสให้ดำรงอยู่ในสังคมไทย จะมีก็แต่เพียงแม่ชี ซึ่งมีสถานะทางสังคมตกต่ำยิ่งกว่าผู้หญิงธรรมดาเสียอีก จำนวนของโสเภณีและความยากจนของผู้หญิงที่เพิ่มขึ้นในประเทศไทย ส่วนหนึ่งมาจากการขาดสถาบันทางศาสนาที่มีเกียรติและศักดิ์ศรีของเพศหญิง อย่างเช่นสถาบันภิกษุณี อันจะส่งเสริมผู้หญิงในทางจิตใจและให้โอกาสแก่ผู้หญิงในทางสังคมเพื่อชีวิตที่ดีกว่า

ปัจจุบัน การถกเถียงสนทนาหรือโต้แย้งประเด็นนี้ดูเหมือนจะล้าสมัยไปแล้ว สังคมไทยยอมรับบทบาทของสตรีมากขึ้น มีสตรีจำนวนหนึ่งได้เข้าไปบวชเป็นภิกษุณี แต่เราก็จะเห็นว่า ไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการจากคณะสงฆ์ไทย มีงานวิจัยและบทความจากนักวิชาการชาวพุทธฝ่ายจารีตนิยมของไทยที่แสดงให้เห็นว่า การเรียกร้องเพื่อให้คณะสงฆ์ยอมรับการบวชภิกษุณีในสังคมไทยนั้น แม้จะอิงกับหลักการของพุทธศาสนา แต่การยกเอาแนวคิดของตะวันตก เช่น เรื่องสิทธิสตรี สิทธิมนุษยชนมาใช้กับพระธรรมวินัยของพระพุทธเจ้านั้นไม่ถูกต้อง เพราะการบวชต้องเป็นไปตามพระธรรมวินัย ไม่ใช่ตามแนวคิดของสตรีนิยม ยังมีบทความอีกจำนวนหนึ่งพยายามชี้ให้เห็นว่าการบวชภิกษุณีนั้นเป็นสิ่งที่ควรทำ ข้อโต้แย้งระหว่างสองฝ่ายผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในที่อื่นแล้ว จึงไม่นำเสนอในบทความนี้ แต่ที่ผู้เขียนจะนำเสนอต่อไปนี้ ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายที่จะโต้แย้งว่า การยอมรับให้สตรีบวชในพุทธศาสนาหรือการรื้อฟื้นการอุปสมบทภิกษุณีนั้นชอบด้วยพระธรรมวินัยหรือไม่ แต่จะย้อนกลับไปพิจารณาเรื่องราวและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในพระพุทธานุยุคเริ่มแรกที่ก่อตั้งขึ้นเป็นสถาบัน เพื่อจะชี้ให้เห็นอิทธิพลของสังคมวัฒนธรรมและคติความเชื่อที่มีผลต่อหลักธรรมคำสอนของพระพุทธศาสนาในยุคหลัง ๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเรื่องราวของนักบวชสตรีในพระพุทธศาสนา สิ่งที่น่าเสนอต่อไปนี้ในแง่หนึ่งจึงเป็นการไตร่ตรองประวัติศาสตร์พุทธศาสนาในด้านที่เกี่ยวข้องกับสตรี ผ่านการศึกษาตัวบทวรรณกรรมและข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ของพุทธศาสนาในช่วง 1,000 ปีแรก

สถานภาพภิกษุณีและสตรีในสายตาของเถรวาทก่อนและหลังพุทธปรินิพพาน

ในวินัยปิฎก เล่มที่ 7 (ภิกษุณีขันธกะ) หลังจากพระอานนท์นำข่าวการประทานครุฑานุญาตให้สตรีออกบวชไปแจ้งแก่พระมหาปชาบดีโคตมีแล้ว พระอานนท์ก็ได้กลับเข้าไปเฝ้าพระพุทธเจ้า ครั้นนั้นพระพุทธองค์จึงตรัสแก่พระอานนท์ว่า

ดูกรอานนท์ ก็ถ้าสตรีจักไม่ได้ออกจากเรือนบวชเป็นบรรพชิต ในธรรมวินัยที่ตถาคตประกาศแล้ว พรหมจรรย์จักตั้งอยู่ได้นาน สัทธรรมจะพึงตั้งอยู่ได้ตลอดพันปี ก็เพราะสตรีออกจากเรือนบวชเป็นบรรพชิตในธรรมวินัยที่ตถาคตประกาศแล้ว บัดนี้ พรหมจรรย์จักไม่ตั้งอยู่ได้นาน สัทธรรมจักตั้งอยู่ได้เพียง 500 ปีเท่านั้น ดูกรอานนท์ สตรีได้ออกจากเรือนบวชเป็นบรรพชิตในธรรมวินัยใด ธรรมวินัยนั้นเป็นพรหมจรรย์ไม่ตั้งอยู่ได้นาน เปรียบเหมือนตระกูลเหล่าใดเหล่าหนึ่งที่มีหญิงมาก มีชายน้อย ตระกูลเหล่านั้นถูกพวกโจรผู้ลักทรัพย์กำจัดได้ง่าย อีกประการหนึ่ง เปรียบเหมือนหนอนขยอกที่ลงในนาข้าวสาลีที่สมบูรณ์ นาข้าวสาลีนั้นไม่ตั้งอยู่ได้นาน อีกประการหนึ่ง เปรียบเหมือนเปลี้ยที่ลงในไร่อ้อยที่สมบูรณ์ ไร่อ้อยนั้นไม่ตั้งอยู่ได้นาน ดูกรอานนท์ บุรุษกันทำงานบแห่งสระใหญ่ไว้ก่อน เพื่อไม่ให้น้ำไหลไป แม้นั้นใด เราบัญญัติครุฑธรรม 8 ประการแก่ภิกษุณี เพื่อไม่ให้ภิกษุณีละเมิดตลอดชีวิต ฉะนั้นเหมือนกัน ฯ (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 7, 2514, น. 518)

มหาปรินิพพานสูตร (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 10, 2514) ซึ่งกล่าวถึงเหตุการณ์ในช่วงเวลาก่อนการเสด็จดับขันธปรินิพพานของพระพุทธเจ้า จนถึงเหตุการณ์หลังถวายพระเพลิงบรมศพของพระพุทธเจ้าความตอนหนึ่งเล่าว่า พระอานนท์ได้ทูลถามพระพุทธองค์ว่า ภิกษุจะพึงปฏิบัติอย่างไรต่อสตรี

ข้าแต่พระองค์ผู้เจริญ พวกข้าพระองค์จะพึงปฏิบัติในมาตุคามอย่างไร
การไม่เห็น อานนท์
ข้าแต่พระผู้มีพระภาค เมื่อการเห็นมีอยู่ จะพึงปฏิบัติอย่างไร
การไม่เจรจา อานนท์
ข้าแต่พระองค์ผู้เจริญ เมื่อต้องเจรจา จะพึงปฏิบัติอย่างไร
พึงตั้งสติไว้ อานนท์.

[พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 10, 2514, น. 132]

พระวินัยปิฎก จุลวรรค เล่าว่า ภายหลังจากปรินิพพานของพระพุทธเจ้า พระมหากัสสปะได้รวบรวมพระอรหันต์จำนวน 500 รูป ทำสังคายนาพระธรรมวินัยเป็นครั้งแรก โดยกำหนดว่า ผู้มีส่วนร่วมในการสังคายนาจะต้องเป็นพระอรหันต์ แต่ก็มีเหลือที่ว่างไว้สำหรับพระอานนท์ เพราะเป็นบุคคลสำคัญใกล้ชิดกับ

พระพุทธเจ้า หลังการสังคายนา พระอานนท์ถูกคณะสงฆ์ในที่ประชุมปรับอาบัติทุกกฏใน 5 ข้อหา มีสองข้อหาเกี่ยวข้องกับสตรี ปัญจสติกขันธกะ (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 7, 2514, น. 622) บันทึกไว้ดังนี้

พระเถระทั้งหลายกล่าวต่อไปว่า ท่านอานนท์ ข้อที่ท่านให้มาตุคามถวายบังคมพระสรีระของพระผู้มีพระภาคก่อน พระสรีระของพระผู้มีพระภาคเป็นน้ำตาของพวกนางผู้ร้องไห้อยู่ แม่นี่ก็เป็นอาบัติทุกกฏแก่ท่าน ท่านจงแสดงอาบัติทุกกฏนั้น

ท่านพระอานนท์กล่าวว่า ท่านเจ้าข้า ข้าพเจ้าคิดว่ามาตุคามเหล่านี้ย่อได้ยู่จนเวลาพลบค่ำ จึงให้พวกมาตุคามถวายบังคมพระสรีระของพระผู้มีพระภาคก่อน ข้าพเจ้าไม่เห็นเหตุที่ให้มาตุคามถวายบังคมพระสรีระของพระผู้มีพระภาคนั้น ว่าเป็นอาบัติทุกกฏ แต่เพราะเชื่อท่านทั้งหลาย ข้าพเจ้ายอมแสดงอาบัตินั้น

.....

พระเถระทั้งหลายกล่าวต่อไปว่า ท่านอานนท์ ข้อที่ท่านได้ทำการชวนชวายเป็นมาตุคามบวชในพระธรรมวินัย ที่พระตถาคตทรงประกาศแล้ว แม่นี่ก็เป็นอาบัติทุกกฏแก่ท่าน ท่านจงแสดงอาบัติทุกกฏนั้น

ท่านพระอานนท์กล่าวว่า ท่านเจ้าข้า ข้าพเจ้าทำการชวนชวายเป็นมาตุคามบวชในพระธรรมวินัยที่พระตถาคตทรงประกาศแล้วด้วยคิดว่าพระนางมหาปชาบดีโคตมีนี้เป็นพระเจ้าแม่หน้าของพระผู้มีพระภาค เป็นผู้ประคับประคอง เลี้ยงดูทรงประทานสิริธรรมาแก่พระผู้มีพระภาคเมื่อพระพุทธมารดาทิวกต ได้ยังพระผู้มีพระภาคให้เสวยถัญญธรรมา ข้าพเจ้าไม่เห็นเหตุนี้ว่าเป็นอาบัติทุกกฏ แต่เพราะเชื่อท่านทั้งหลาย ข้าพเจ้ายอมแสดงอาบัติทุกกฏนั้น ฯ

จากเรื่องราวตอนนี้ ทำให้พระเมตตานันโท ภิกขุ (2545, น. 93-99) ถึงกลับกล่าวสรุปในหนังสือของท่านว่า จุดประสงค์อันแท้จริงของการสังคายนาครั้งที่หนึ่งซึ่งมีพระมหากัสสปะเป็นประธานนั้น ไม่น่าจะเป็นเพราะคำจ้วงจาบพระพุทธเจ้าของพระหลวงตานามว่าสุภัททะ แต่น่าจะมีมูลเหตุมาจากการที่พระสงฆ์ในสมัยหลังพุทธกาลต้องการ “กำจัด” ภิกษุณีออกไปจากคณะสงฆ์

ถ้าเปรียบเทียบช่วงเวลาของเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่กล่าวมา เหตุการณ์แรกเกิดขึ้นหลังพระพุทธเจ้าตรัสรู้ได้ 5 พระพรรษา เหตุการณ์ที่สองเกิดขึ้นในราตรีปรินิพพานของพระพุทธเจ้า ห่างจากเหตุการณ์แรก 40 ปี ส่วนเหตุการณ์สุดท้ายห่างจากเหตุการณ์ครั้งที่ 2 ประมาณ 8 เดือน ไม่ว่าคำกล่าวของพระเมตตานันโทจะเป็นการตีความที่เกินสิ่งที่ปรากฏในคัมภีร์หรือไม่ก็ตาม สิ่งที่น่าจะสะท้อนให้เห็นในเรื่องราวเหล่านี้ก็คือ ประเด็นเกี่ยวกับสตรีนั้นอยู่ในความคิดคำนึงของพระพุทธศาสนาเถรวาทตลอดเวลาตั้งแต่ยุคต้นพุทธกาลจนถึงยุคหลังพุทธกาล การออกบวชของสตรีดูเหมือนจะเป็นสิ่งที่พระสงฆ์ภายหลังการปรินิพพานของพระพุทธเจ้าเห็นว่า เป็นปัญหาสำหรับพระพุทธศาสนา ยิ่งมาคำนึงถึงข้อสันนิษฐานของนักวิชาการฝ่ายสตรีนิยมทั่วไปที่ว่า ข้อความอันเกี่ยวเนื่องกับความเสื่อมถอยของพระพุทธศาสนาเมื่อเปิดรับสตรีเข้ามาบวชในพระพุทธศาสนานั้น

เป็นข้อความที่พระสงฆ์เพิ่มเข้ามาภายหลังแล้ว ก็ยิ่งจะทำให้รู้สึกได้ว่า อคติต่อสตรีของพระสงฆ์ในยุคหลังพุทธกาลนั้นเป็นสิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้

การอ้างอิงบทบาทของพระอานนท์ในคัมภีร์หรือวรรณกรรมบาลีทั้ง 3 แห่งที่กล่าวมานี้ มีนัยสำคัญ เพราะพระอานนท์คือบุคคลที่มีบทบาทสูงสุดในการจดจำคำสอนของพระพุทธเจ้า เป็นบุคคลใกล้ชิดกับพระพุทธเจ้าที่สุดในฐานะพระญาติและพระพุทธรูปปฏิภพ ในบางตำนานกล่าวว่าท่านเป็นสหชาติของพระพุทธเจ้า แสดงว่าสถานะของพระอานนท์เมื่อเทียบกับบรรดาพระสาวกองค์สำคัญ ๆ อื่น ๆ อีกหลาย ๆ รูปแล้ว ย่อมมีความหมายต่อการดำรงอยู่ของพระพุทธศาสนาอย่างยิ่ง ใน *อโศกาวทาน* ก็ได้กล่าวถึงพระอานนท์ไว้อย่างมากผ่านคำสรรเสริญของพระเจ้าอโศก และการที่ผู้เขียนตำนานวาดภาพให้เห็นว่า พระเจ้าอโศกทรงถวายทรัพย์บำรุงสรีระของพระอานนท์มากกว่าพระสาวกอื่น ๆ (ส. ศิวรักษ์, 2534, น. 136 -141)

พระอานนท์จึงอยู่ในสถานะที่จะอ้างอิงถึงในฐานะบุคคลที่มีส่วนสำคัญในการเกิดขึ้นของภิกษุณีสงฆ์ (การยอมให้สตรีบวช) ตั้งแต่แรก และหลังจากนั้น การอ้างพระอานนท์ในฐานะผู้รับฟังความในพระทัยของพระพุทธเจ้าหลังทรงอนุญาตให้สตรีบวช ก็แสดงนัยสำคัญว่า พระอานนท์นั้นได้รับรู้ผลเชิงลบที่จะเกิดจากการรับสตรีเข้ามาบวชในพุทธศาสนา การรับรู้ดังกล่าวเป็นการรับรู้ตรงจากพระโอษฐ์ของพระพุทธเจ้า บันทึกเหตุการณ์หลังการสังคายนาครั้งที่ 1 จึงเป็นความต่อเนื่องของเหตุการณ์ที่จะสะท้อนให้เห็นว่า คณะสงฆ์ไม่เห็นด้วยกับการที่พระอานนท์ขออนุญาตให้สตรีเข้าบวชในพระพุทธศาสนา ดังนั้น การพระไตรปิฎกกล่าวถึงพระอานนท์ในสองเหตุการณ์โดยเฉพาะหลังเหตุการณ์ที่พระพุทธเจ้าทรงอนุญาตให้พระมหาปาชาบดีโคตมีบวชแล้ว กับตอนที่พระอานนท์ถูกโรชโดยการปรับอาบัติหลังการสังคายนาครั้งนั้นจึงมีนัยสำคัญที่สอดคล้องกันอย่างยิ่ง กล่าวคือ ตัวบทของคัมภีร์ได้แสดงให้เห็นว่า การอนุญาตให้สตรีบวชในพระพุทธศาสนานั้นเป็นสิ่งที่คณะสงฆ์ส่วนใหญ่ (ในที่ประชุมสังคายนาครั้งที่ 1) ยอมรับไม่ได้โดยสิ้นเชิงนัก ผู้บันทึกพระไตรปิฎกทำให้การรับไม่ได้ของสงฆ์ในสังคายนาครั้งที่ 1 นี้มีความสอดคล้องกันกับพระพุทธประสงค์ตั้งแต่แรก ตัวบทของคัมภีร์คล้ายจะแสดงว่า ความไม่สบายใจของพระสงฆ์ในการสังคายนาครั้งที่ 1 นั้นเป็นสิ่งที่มิได้มีเหตุผลอย่างง่าย เพราะปริวิตกที่เกิดขึ้นนั้นมาจากพระพุทธเจ้าโดยตรง โดยมีพระอานนท์เป็นพยานบุคคลที่สำคัญ²

สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ (ป.อ.ปยุตโต) เคยกล่าวถึงแนวคิดอันเป็นอุดมคติในการสังคายนาว่า พระสังคีติกจารย์จะเป็นผู้รวบรวมบันทึกเรื่องราวหลักฐานเกี่ยวกับพระธรรมวินัยอย่างตรงไปตรงมา และถ่ายทอดสู่รุ่นต่อไปอย่างซื่อสัตย์ไม่เปลี่ยนแปลงแก้ไข (พระเทพเวที (ประยูร ปยุตโต), 2532, น. 319-321) ถ้าเป็นเช่นนั้น เราก็สามารถจะเชื่อได้ว่า ทศนะของพระพุทธศาสนาในยุคหลังหรือยุคแรกไม่ค่อยมีอะไรเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ การไม่ปรารถนาให้สตรีบวชยังคงเป็นอุดมการณ์ที่พระสงฆ์ยุคหลังสืบทอดมาตั้งแต่สมัยพุทธกาล

แม้พระพุทธศาสนาจะมองว่า สตรีมีศักยภาพในการบรรลุธรรมเช่นเดียวกับบรรดาผู้ชาย แต่ข้อจำกัดทางสังคมทำให้พระพุทธศาสนารู้สึกขัดแย้งระหว่างการยอมให้สตรีบวชกับการที่ต้องดกอยู่ภายใต้บริบทสังคม

² แนวความคิดที่ว่านี้ถูกโต้แย้งโดยฉัพภา วาสินท, “ความเข้าใจเกี่ยวกับพุทธประสงค์ในการประดิษฐานภิกษุณีสงฆ์”, *วารสารพุทธศาสนศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 19,3 (กันยายน-ธันวาคม 2555):43-63. ว่า การประดิษฐานภิกษุณีสงฆ์เป็นพุทธประสงค์แต่แรกของพระพุทธเจ้า โดยอ้างถึงพระไตรปิฎกที่กล่าวถึงธรรมเนียมของพระพุทธเจ้าทุกพระองค์ที่ต้องมีพุทธบริษัท 4 เสมอ และพุทธดำรัสต่อพระยามารที่เข้าไปเฝ้าอาราธนาให้ปรีนิพพาน

ที่มีทัศนคติเชิงลบต่อสตรีอย่างสังคมอินเดีย และเมื่อคณะสงฆ์ค่อย ๆ ก่อตัวขึ้นเป็นสถาบันในภายหลังพุทธกาล ทัศนคติเชิงบวกต่อสตรีที่เคยมีมาตั้งแต่ยุคแรกสมัยพุทธกาลก็เริ่มเปลี่ยนทิศทาง นักวิชาการตะวันตกหลายคนมองว่า เรื่องของพระมหาปาชาบดีโคตมีเถรีในพระวินัยปิฎกนั้น สะท้อนข้อขัดแย้งระหว่างแนวคิดเชิงบวกกับแนวคิดเชิงลบต่อสตรีที่ดำรงอยู่ตั้งแต่สมัยพุทธกาลจนกระทั่งถึงยุคหลังพุทธกาล ในทัศนะของ Alan Sponberg ภิกขุณีชั้นธกะ (บทว่าด้วยภิกขุณี - พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 7, 2514) ได้แสดงให้เห็นว่า พระอานนท์มีส่วนสำคัญในการขออนุญาตให้สตรีได้บวชด้วยเหตุผลที่ว่าสตรีสามารถจะบรรลุธรรมชั้นต่าง ๆ ได้เช่นเดียวกับบุรุษ แต่ในตอนท้ายของพระวินัยปิฎก เล่มเดียวกันคือ ปัญจสตีกชั้นธกะ ที่เล่าเรื่องการสังคายนาของพระสงฆ์ จำนวน 500 รูป ในสมัยหลังพุทธกาลซึ่งมีพระมหากัสสปเถระเป็นประธานนั้น เป็นหลักฐานแสดงให้เห็นว่า สิ่งที่พระอานนท์ทำไป คณะสงฆ์ส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย เรื่องนี้พระวินัยปิฎกได้แสดงให้เห็นว่า ที่พระสงฆ์ส่วนใหญ่รู้สึกนั้นสอดคล้องกับพระพุทธประสงค์ตั้งแต่แรก และปัญจสตีกชั้นธกะก็แสดงให้เห็นด้วยว่าพระอานนท์ (ซึ่งเป็นพระอรหันต์) ยอมรับฟังข้อท้วงติงของพระสงฆ์³ ราวกับจะบอกเป็นนัยว่า ที่พระสงฆ์ยอมให้สตรีบวชในพระพุทธศาสนานั้นเป็นความเห็นของคน ๆ เดียวที่ยังไม่บรรลุอรหันต์และเป็นความผิดพลาด Sponberg ชี้ว่าเรื่องนี้สะท้อนความขัดแย้งระหว่างทัศนะที่เห็นว่าสตรีมีศักยภาพที่จะบรรลุธรรมได้และต้องการเปิดโอกาสให้สตรีได้มีที่ทางในพระพุทธศาสนา กับทัศนะที่มุ่งเน้นการปฏิบัติพรหมจรรย์อย่างเคร่งครัดในกลุ่มนักบวชชายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม Sponberg ก็มองในแง่ดีว่า ความขัดแย้งดังกล่าวนี้ถูกประสานเข้าด้วยกัน โดยพระพุทธศาสนาได้แสดงท่าทีว่าตระหนักถึงความสามารถของสตรี แต่สตรีจะได้รับอนุญาตให้ใช้ชีวิตทางศาสนาได้อย่างเต็มที่ในสังคมสงฆ์ก็ต่อเมื่อสตรียอมรับความเป็นใหญ่ของชาย และยอมให้มีการความเหลื่อมล้ำทางสถาบันหรือความเหลื่อมล้ำระหว่างภิกษุกับภิกษุณีได้เท่านั้น (Sponberg, 1985, p. 15-16)

ในบทความเรื่อง "Damming the Dhamma: Problems with Bhikkhuniis in the Pali Vinaya" เคท แบล็กสโตน (Blackstone, 1991) ได้ค้นหานัยสำคัญของเรื่องเล่าในชั้นธกะที่สะท้อนให้เห็นอคติของพระสงฆ์ต่อการบวชของสตรี แบล็กสโตนมองว่า พระวินัยปิฎกตั้งแต่มหาวรรคถึงจุลวรรคลงมาถูกจัดวางอย่างมีจุดมุ่งหมาย ทั้งนี้ก็เพื่อสื่อแสดงทัศนะที่ว่า "สตรีเป็นอันตรายต่อพระศาสนา" กล่าวคือ พระวินัยชั้นธกะตั้งแต่มหาวรรคได้ให้ภาพเกี่ยวกับกัณฑ์การตรัสรู้ของพระพุทธเจ้าว่า พระพุทธเจ้านั้นทรงบริสุทธิทั้งกาย วาจา และใจ ทรงมีอยู่เหนือมนุษย์ สัตว์ดิรัจฉานและเทพทั้งปวง เมื่อพระองค์ทรงก่อตั้งพระสงฆ์ขึ้นมา รูปแบบคณะสงฆ์ที่ตั้งขึ้นนั้นก็คือแบบจำลองบุคลิกลักษณะอันบริสุทธิบริบูรณ์ขององค์พระสัมมาสัมพุทธเจ้านั่นเอง สัญลักษณ์ที่ซ่อนไว้ซึ่งแสดงว่าพระสงฆ์ผู้รวบรวมจงใจจะทำให้เข้าใจว่าคณะสงฆ์คือสถาบันอันสืบทอด

³ คำกล่าวของพระอานนท์ที่ว่า "ข้าพเจ้าไม่เห็นเหตุอันนั้นว่าเป็นอาบัติทุกกฎ แต่เพราะเชื่อท่านทั้งหลาย ข้าพเจ้ายอมแสดงอาบัติทุกกฎนั้น" นั้นมีนัยสำคัญ เพราะแสดงให้เห็นว่า พระอานนท์แม้จะตระหนักว่าตนเองไม่ได้กระทำการสิ่งใดผิด แต่ท่านก็ยอมรับมติสงฆ์ ข้อนี้นอกจากแสดงให้เห็นจารีตที่พระสงฆ์ปัจจุบันควรนำมาใช้ในการปกครองแล้ว การบันทึกพระไตรปิฎกก็ดูจะมีความเป็นกลางอยู่มาก เพราะถ้าหากผู้บันทึกต้องการจะบิดเบือนประวัติศาสตร์ช่วงหลังพุทธกาลอย่างที่พระเมตตานันโท (2545) เข้าใจแล้ว พระไตรปิฎกก็จะแสดงให้เห็นว่า พระอานนท์ยอมรับผิดในเรื่องนี้โดยไม่มีเงื่อนไข ทำให้ประวัติศาสตร์เลวร้ายเป็นไปในทิศทางเดียวกันคือไม่ยอมรับการมีภิกษุณีสงฆ์

บุคลิกลักษณะอันบริสุทธิ์มาจากพระพุทธองค์ก็คือ การที่พระอัญญาโกณฑัญญะบรรลุนิพพานแล้วได้เกิดแผ่นดินไหวสะท้านสะเทือนไปถึงสวรรค์พรหมโลก เทพทั้งหลายล้วนสาธุการ เรื่องเล่าอันนี้สะท้อนความคิดที่ว่า พื้นที่ของคณะสงฆ์นั้นเป็นพื้นที่อันบริสุทธิ์ ส่วนความไม่บริสุทธิ์แห่งสงฆ์นั้น เกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อพระสุทินน์เสพเมถุนกับอดีตภรรยา ซึ่งพระวินัยปิฎกก็ได้แสดงให้เห็นว่ามีการสิ้นเสเทือนของแผ่นดินไปจนถึงพรหมโลกได้เกิดขึ้นอีกเช่นกัน บทบัญญัติอันเข้มงวดจึงเกิดขึ้นเพื่อป้องกันพระธรรมวินัยให้คงความบริสุทธิ์ ในทำนองเดียวกัน พระวินัยปิฎกได้แสดงนัยว่า พระธรรมวินัยถูกคุกคามจากภายนอกอีกครั้งหนึ่งเมื่อสตรีออกบวชในพระศาสนา ในมุมมองของแบล็กสโตน ผู้เรียบเรียงพระวินัยปิฎกวาดภาพพระมหาปชาบดีโคตมีให้เป็น “สัญลักษณ์” ของความไม่บริสุทธิ์ที่ต้องการจะเข้าไปสู่ร่มเงาของพระศาสนา ด้วยการให้ภาพอันมอมแมมซึ่งเกิดจากการเดินทางไกลไปเฝ้าพระพุทธเจ้า เมื่อไปถึงนางก็ได้รอที่ประตูหน้าพระอาราม ซึ่งเป็นนัยแสดงให้เห็นว่า พระนางรู้ว่าพื้นที่แห่งพระสงฆ์เป็นพื้นที่อันบริสุทธิ์ พระนางจะเข้าไปภายในพื้นที่นั้นได้ก็ด้วยการอนุญาตของพระพุทธเจ้าเท่านั้น แบล็กสโตนกล่าวว่า ภาพเช่นนี้เป็นความตั้งใจของผู้จัดวางระบบพระวินัยที่ต้องการแสดงให้เห็นว่า การออกข้อกำหนดให้ภิกษุณีสงฆ์มีสถานะด้อยกว่าภิกษุสงฆ์นั้นเป็นสิ่งที่ชอบธรรม และการกำหนดให้ภิกษุณีถือศีล 8 ประการนั้นเหมาะสมแล้ว เพราะเป็นการป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่พระศาสนาในภายหลัง (Blackstone, 1991, p. 1-28)

หากเข้าใจไม่ผิด สิ่งที่แบล็กสโตนต้องการแสดงให้เห็นในบทความของเธอก็คือ พระพุทธศาสนามีทัศนะที่เอนเอียงเข้าข้างผู้ชาย พระวินัยปิฎกคือ หลักฐานสำคัญที่สะท้อนทัศนะดังกล่าวนี้ พระพุทธดำรัสที่เปรียบสตรี "เหมือนหนอนขยอก" ที่ลงในนาข้าวสาธิตที่สมบูรณ์ และ "เปลี้ย" ที่ลงในไร่อ้อยที่สมบูรณ์ ซึ่งจะทำให้ "นาข้าวสาธิต" หรือ "ไร่อ้อย" นั้นไม่ตั้งอยู่ได้นาน หรือ "น้ำ" ในสระใหญ่ ที่บุรุษต้องกันทานบไว้เพื่อไม่ให้ น้ำไหลไป เหล่านั้นล้วนเป็นข้อเปรียบเทียบที่ชี้ว่า "ความไม่บริสุทธิ์" ของสตรีจะทำให้พระศาสนาหรือพระธรรมวินัย (อันบริสุทธิ์) เสื่อมสูญไปก่อนกาลอันสมควร

ข้อเสนอเชิงวิพากษ์ของ Sponberg กิติ ของ แบล็กสโตนกิติ ตั้งอยู่บนสมมติฐานว่า พระวินัยมีส่วนที่เขียนเพิ่มเติมเข้าไปในภายหลัง ถ้าข้อนี้เป็นจริง เราก็จะปฏิเสธไม่ได้ว่า อนาคตสตรีของพระสงฆ์ในสมัยหลังพุทธกาลนั้นมีอยู่จริง แต่อดีตที่ว่าเป็นนักวิชาการทั่วไปพอจะมองหาสาเหตุได้นั้นคือ การที่คณะสงฆ์ยอมให้สตรีบวชนั้นเสี่ยงต่อข้อครหาหนีทาจากบุคคลภายนอก เพราะคนภายนอกหรือนอกลัทธิศาสนาจะยอมรับได้ยากที่เห็นนักบวชซึ่งควรจะสละบ้านเรือน (รวมทั้งภรรยา) ออกบวชแล้วจะอาศัยร่วมอยู่กับสตรีราวกับว่าเป็นสามีภรรยากัน การมีสังคมาย่อยอยู่ร่วมกันระหว่างพระสงฆ์ (นักบวชชาย) กับภิกษุณีสงฆ์ (นักบวชหญิง) จึงเป็นสิ่งที่สังคมายอมรับไม่ได้⁴

⁴ ประเด็นนี้ สุวรรณา สถาอานันท์ ได้เสนอว่า การบัญญัติศีล 8 ประการเป็นวิธีที่พระพุทธเจ้าทรงกระทำเพื่อปกป้องคุ้มครองภิกษุณีและคณะสงฆ์ให้สามารถดำรงอยู่ได้อย่างราบรื่นกับสังคมร่วมสมัย มิได้มีนัยแห่งการกีดกันสตรีที่จะมีส่วนร่วมในพุทธศาสนาดังที่ตีความกันในกลุ่มคณะสงฆ์ไทยแต่ประการใด (โปรดดู Satha-Anand, Suwanna., 2001. "Female Ordination and Women's rights in Buddhism" *Humanitas Asiatica*. 2 (1): 98-104.)

สิ่งหนึ่งที่สะท้อนความเป็นไปของภิกษุณีสงฆ์ภายหลังการปรินิพพานของพระพุทธเจ้าก็คือ การที่ภิกษุณีไม่ได้มีส่วนร่วมในการประชุมทำสังคายนาครั้งที่ 1 (รวมทั้งครั้งอื่น ๆ ด้วย) เป็นไปได้ว่า ภิกษุณีถูกกันออกจากการมีส่วนร่วมในการสังคายนาของเหล่าพระสงฆ์ ภิกษุณีหายไปไหน พระศรีปริยัติโมลี (สมชัย กุศลจิตโต) ยอมรับว่าข้อกล่าวหาดังกล่าวมีส่วนจริงอยู่บ้าง แต่ท่านได้มองว่าการที่ภิกษุณีไม่ได้มีส่วนร่วมในการสังคายนาตลอดประวัติศาสตร์ของพระพุทธศาสนาเถรวาทว่า อาจจะเป็นด้วยเหตุผล 2 ประการ (พระศรีปริยัติโมลี (สมชัย กุศลจิตโต), 2544, น. 121-124) กล่าวคือ

1. ภิกษุณีสงฆ์ขาดทั้งปริมาณและคุณภาพ ด้วยเหตุว่าสตรีได้รับพุทธานุญาตให้อุปสมบทหลังพระสงฆ์หลายปี ทั้งยังถูกจำกัดจำนวนด้วยครุธรรม จำนวนของภิกษุณีจึงมีน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนของพระภิกษุ
2. สตรีในอดีตไม่มีพื้นฐานทางการศึกษามาก่อนที่จะได้บวชเป็นภิกษุณี แม้จะมีปัญญาเฉลียวฉลาดหลายรูป เช่น พระเขมาเถรี พระอุบลวรรณาเถรี พระวชิราเถรี แต่ส่วนมากก็อาจจะปรินิพพานไปก่อนการสังคายนาครั้งแรกของพระสงฆ์

ความเห็นของพระศรีปริยัติโมลีขัดแย้งกับความเห็นของพระเมตตานันโทซึ่งเชื่อว่า เหตุผลที่แท้จริงของการสังคายนาครั้งที่ 1 คือ การกำจัดภิกษุณีออกไปจากคณะสงฆ์ พระเมตตานันโทกล่าวว่า เป็นไปไม่ได้ที่หลังปรินิพพานของพระพุทธเจ้าเพียง 3 เดือนจะไม่มีภิกษุณีอรหันต์แม้แต่รูปเดียว เป็นไปไม่ได้ที่กรุงราชคฤห์ไม่เป็นที่ปลอดภัยสำหรับภิกษุณี เพราะพระไตรปิฎกหลายแห่งระบุว่า มีภิกษุณีจำพรรษาอยู่ก่อนแล้ว และมีภิกษุณีไม่น้อยบวชจากเมืองนี้ เป็นไปได้หรือไม่ว่าพระมหากัสสปะหลงลืมไปว่าควรนิมนต์ภิกษุณีเข้าร่วมด้วย แต่พระเมตตานันโทไม่เชื่อว่าพระมหากัสสปะจะลืมนึกถึงภิกษุณีเพราะการสังคายนาครั้งนี้มีการเตรียมการเป็นอย่างดี

เหตุผลประการเดียวที่เป็นไปได้ในการไม่นิมนต์ภิกษุณีอรหันต์หรือตัวแทนจากสงฆ์กลุ่มอื่นเข้าร่วมด้วย ก็น่าจะมาจากเหตุผลว่า จะเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของการสังคายนาหรือยิ่งไปกว่านั้น ผู้ที่ไม่ได้รับนิมนต์อาจมาเป็นตัวปัญหาที่พระมหากัสสปะเองมุ่งจะแก้ไขอยู่ (พระเมตตานันโท, 2545, น. 88)

ความคิดของพระเมตตานันโทที่ว่านี้ออกจะก้าวล้ำจนเกินไป เพราะในหลักฐานเกี่ยวกับการสังคายนาครั้งที่ 1 ในพระไตรปิฎก คือปัญจสติกขันธกะ (พระวินัยปิฎก เล่มที่ 7) ไม่มีอะไรชัดเจนอย่างที่พระเมตตานันโทสรุปไว้ ผู้เขียนมองว่า ปรากฏการณ์ที่ภิกษุณีไม่ได้มีส่วนร่วมในการสังคายนาครั้งแรกนั้น น่าจะเป็นเพราะมีการให้น้ำหนักความน่าเชื่อถือแก่พระภิกษุที่ใกล้ชิดกับพระพุทธเจ้าอย่างพระอานนท์ เมื่อพระอานนท์ได้ชื่อว่าเป็นผู้รับฟังทุกอย่างที่พระพุทธเจ้าตรัสสอนตลอดเวลา 45 พรรษา พระสงฆ์ส่วนใหญ่ก็เห็นว่าน่าจะเป็นพอสำหรับการรวบรวมพระธรรมวินัยในส่วนเนื้อหาหลักธรรม ขณะเดียวกันบุคคลซึ่งนับว่าเป็นคณาจารย์ใหญ่อย่างพระอุบาลีเถระก็ยังคงมีชีวิตอยู่ ซึ่งพระสงฆ์ส่วนใหญ่เห็นว่าน่าจะเป็นพอเพียงสำหรับการรวบรวมข้อวัตรปฏิบัติด้านพระวินัย แต่การที่ภิกษุณีไม่ได้ถูกรวมเข้าเป็นสมาชิกส่วนหนึ่งในจำนวนพระอรหันต์ 500 รูปนั้นก็

คงจะเกี่ยวเนื่องกับความรอบคอบของคณะสงฆ์ขณะนั้นและพระมหากัสสปเถระซึ่งเป็นหัวหน้าในการทำสังคายนาครั้งแรกนั้นด้วย เป็นไปได้ที่พระสงฆ์ส่วนใหญ่ที่ได้รับคัดเลือกและพระมหากัสสปเถระเองก็มีทัศนคติที่ไม่ดีต่อภิกษุณีสงฆ์สัก สักเกตได้จากการปรับอบัติพระอานนท์ในข้อหาการส่งเสริมให้มีการบวชภิกษุณีในคราวสังคายนาครั้งที่ 1 นั้นเอง ส่วนการสังคายนาในครั้งหลัง ๆ เกี่ยวเนื่องกับเหตุการณ์พิเศษที่พระสงฆ์เป็นต้นเหตุสำคัญ (เช่น การละเมิดพระวินัย การแตกแยกนิกาย) แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ปรากฏให้เห็นว่าพระสงฆ์ในยุคหลังพุทธกาลไม่ต้องการให้ภิกษุณีมีบทบาทร่วมในการกลั่นกรองพระธรรมวินัย เป็นไปได้ว่า ค่านิยมเชิงลบเกี่ยวกับบทบาทของสตรียังมีอิทธิพลต่อพระสงฆ์สมัยนั้นมาก ในช่วงการสังคายนาครั้งที่ 2 และ 3 จากเหตุการณ์หลังการสังคายนาครั้งที่ 1 ก็พอจะมองออกว่าภิกษุณีสงฆ์นั้นไม่ค่อยเป็นที่ยอมรับนักในกลุ่มพระสงฆ์ส่วนใหญ่ นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่า คณะสงฆ์ที่เข้าร่วมในการสังคายนาครั้งที่ 1 ได้แสดงจุดยืนสำคัญเกี่ยวกับการบวชของภิกษุณีอย่างแจ่มชัด แต่ก็น่าจะมีผลกระทบสำคัญในเชิงจิตวิทยาสำหรับพระสงฆ์รุ่นหลังที่ร่วมพิธีการสังคายนาครั้งที่ 1

หลักฐานทางประวัติศาสตร์ชี้ว่า ภายหลังจากปริณิพพานของพระพุทธเจ้า ภิกษุณีสงฆ์ก็ค่อย ๆ เสื่อมลง ซึ่งตรงกันข้ามกับคณะสงฆ์ที่กลายเป็นสถาบันที่มีความมั่นคง เป็นไปได้ว่าสตรีที่บวชไม่ได้รับการอุปถัมภ์ปัจจัย 4 จากคฤหัสถ์เท่าที่ควร จนกระทั่งหลังการสังคายนาครั้งที่ 3 จึงปรากฏชื่อภิกษุณีนามว่า พระสังฆมิตาเถรี ปรากฏขึ้นในตำนานการเผยแพร่พระพุทธศาสนาไปลังกาของพระสงฆ์ฝ่ายเถรวาท แต่เรื่องพระสังฆมิตานี้ก็ไม่ปรากฏใน *โอโตกาวทาน* การที่ภิกษุณีไม่ปรากฏในบันทึกทางประวัติศาสตร์ของพระพุทธศาสนาในช่วงหลังนั้น เป็นเพราะภิกษุณีไม่ได้รับความสำคัญจากสถาบันสงฆ์หรือแม้ในแวดวงของคฤหัสถ์ แม้ว่าภิกษุณีสงฆ์จะได้รับการปกป้องรักษาในระดับที่พอจะยอมรับได้ แต่ก็ถูกกันออกไปอยู่ชายขอบ ไม่ได้มีบทบาทสำคัญอะไรในกิจกรรมทางศาสนา แนนซี ฟอลค (Nancy Falk) ชี้ว่า ในราวคริสต์ศตวรรษที่ 3 (ประมาณ พ.ศ. 700) ภิกษุณีสงฆ์ในอินเดียค่อย ๆ เลือนหายไปจากบันทึกที่เป็นทางการของพระพุทธศาสนา จากรายงานของพระธรรมจาริกจากจีนที่เดินทางไปยังอินเดียก็ทำให้รู้ว่า สำนักภิกษุณียังคงมีอยู่ในช่วงศตวรรษที่ 7 และก่อนหน้านั้น แต่ก็ไม่มียุคที่เกี่ยวกับการบรรลุนิพพานของภิกษุณีหรือคุณประโยชน์ที่ได้ทำให้เกิดขึ้นต่อชุมชนชาวพุทธ (Sponberg, 1985, p. 17-18)

ภาพลักษณ์ของสตรีในพระสูตรมหายานและหลักฐานทางประวัติศาสตร์

ถ้ายึดเหตุการณ์หลังสังคายนาครั้งที่ 1 เสร็จสิ้นลงเป็นจุดอ้างอิง สถานการณ์ภิกษุณีในพระพุทธศาสนานิกายเถรวาทมีแนวโน้มในทางที่ไม่ดีนัก และก็น่าจะมีปัญหามากกว่าเมื่อเทียบกับพระพุทธศาสนานิกายอื่น ๆ ที่แตกออกไปตั้งแต่ยุคแรก ๆ

ในราวพุทธศตวรรษที่ 2 พระพุทธศาสนาได้แตกเป็น 2 นิกายคือ สลวีรวาท กับ มหาสังฆิกาวาท จนกระทั่งในราวพุทธศตวรรษที่ 6 พุทธศาสนamahayanก็เริ่มก่อตัวขึ้นมา นิกายมหาสังฆิกะเป็นจุดกำเนิดมหายาน เนื่องจากมหาสังฆิกะมีทัศนะที่เป็นเสรีมากขึ้น และเนื่องจากทฤษฎีบางอย่างของมหาสังฆิกะให้อิสระภาพในการตีความหลักธรรม นิกายนี้ไม่ค่อยเคร่งครัดวินัยนัก ทั้งไม่ค่อยแยกตัวอย่างเด็ดขาดกับฆราวาส

ออกจะเห็นว่าผู้หญิงมีโอกาสนในการเจริญธรรมมากกว่าผู้ชายอื่น ๆ (คอนซ์, 2530, น. 167) ในจารึกที่ขุดค้นได้ที่อมราวดีสตูปและนาคารชุนิกอนตะ ที่ระเบียงด้านนอกของอมราวดีสตูป มีจารึกชื่อภิกษุณีชื่อวินัยธระ และพระภิกษุชื่อ มหาวินัยธระ ซึ่งบ่งชี้ถึงภิกษุและภิกษุณีของนิกายมหาสังฆิกะว่าเป็นผู้ทรงวินัยปิฎก (เสถียรโพธิ์นันทะ, 2513, น. 336) แสดงว่าในช่วงที่พุทธศาสนานิกายมหาสังฆิกะรุ่งเรืองนั้น ภิกษุณียังมีบทบาทสำคัญในกิจกรรมทางศาสนาอยู่บ้าง

เมื่อพิจารณาจากจารึกของพระเจ้าอโศกมหาราช ก็พบว่ามีการเอ่ยถึงภิกษุณีสงฆ์ไม่กี่แห่ง กล่าวคือ ในศิลาจารึกแห่งไพรต์แสดงความปรารถนาของพระเจ้าอโศกในอันที่จะให้พุทธบริษัท 4 สดับใคร่ครวญและปฏิบัติธรรมอันปรากฏในพระสูตรต่าง ๆ (พระเทพเวที (ประยูรค์ ปยุตโต), 2534, น. 223) และจารึกหลักเบ็ดเตล็ดที่จารึกพระราชโองการว่า พระองค์ได้ทำให้พระสงฆ์มีความสามัคคีเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแล้วบุคคลใด ๆ ไม่ว่าจะเป็ภิกษุหรือภิกษุณีก็ตามไม่อาจทำลายสงฆ์ได้ หากบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นภิกษุหรือภิกษุณีก็ตามทำลายสงฆ์ให้แตกกัน ก็จะถูกบังคับให้นุ่งห่มผ้าขาว และให้อยู่อาศัยนอกวัด "พึงแจ้งสาส์นพระบรมราชโองการนี้ให้ทราบทั่วกัน ทั้งในภิกษุสงฆ์และในภิกษุณีสงฆ์" (พระเทพเวที (ประยูรค์ ปยุตโต), 2534, น. 258) ส่วน *อโศกาวทาน* วรรณกรรมของฝ่ายมหายาน แปลออกเป็นภาษาจันราว พ.ศ. 850 ซึ่งแสดงว่าตำนานดังกล่าวนี้ น่าจะแต่งขึ้นก่อนหน้านั้นนานพอสมควร กล่าวถึงภิกษุณีรูปสำคัญในสมัยพุทธกาล เช่น พระอุบลวรรณาเถรี พระเถรีสมัยพุทธกาลไว้ในลักษณะการย้อนอดีตสมัย แต่ในตอนทีแสดงเรื่องการเสด็จจาริกแสวงบุญบูชาพระสตูปต่าง ๆ ของพระเจ้าอโศกนั้น ไม่มีการกล่าวถึงการบูชาสตูปของภิกษุณีเลย (ส. ศิวรักษ์, 2534)

แม้ว่าภิกษุณีจะไม่มีบทบาทสำคัญใด ๆ ในวรรณกรรมของพระพุทธศาสนาที่เกิดขึ้นในสมัยหลังพุทธกาล แต่สตรีที่เป็นฆราวาสกลับได้รับการกล่าวถึงอย่างมีนัยสำคัญในคัมภีร์ต่าง ๆ ของฝ่ายมหายาน ในพระสูตรฝ่ายมหายานทีเรียบเรียงขึ้นในราวปลายพุทธศตวรรษที่ 4 – 6 ปรากฏว่า ตัวละครสำคัญหลายตัวเป็นบุคคลที่บรรลุมิธรรมขั้นสูงซึ่งถือว่าเป็นพระโพธิสัตว์นั้นมักจะเป็นคฤหัสถ์ชายหรือคฤหัสถ์หญิง ส่วนพระเถระรูปสำคัญในสมัยพุทธกาลจะได้รับการกล่าวถึงในทำนองที่ว่าเป็นบุคคลที่ไม่ฉลาด มีภูมิธรรม และความสามารถต่ำกว่าบรรดาสตรีที่ปรากฏในพระสูตรดังกล่าวนี้ ตัวอย่างเช่น

ใน *สังฆธรรมปุณทริกสูตร* บทที่ 11 เล่าความถึงธิดาของพระยาสาครนาคราชเข้าเฝ้าพระศากยมุนีพุทธเจ้า และกล่าวถึงความปรารถนาที่จะบรรลुพระโพธิญาณ เพื่อจะได้แสดงธรรมให้ปรากฏปลดเปลื้องทุกข์ทั้งหลาย พระสารีบุตรเถระจึงตั้งคำถามว่าการปรารถนาในพระโพธิญาณของนางจะสำเร็จได้อย่างไร เนื่องจากอิสตรีไม่ควรคู่กับตำแหน่งทั้ง 5 คือ พระพรหม พระอินทร์ จตุโลกบาล จักรวาทีน และพระโพธิสัตว์ผู้ไม่หวนกลับ พระสูตรดำเนินไปในทำนองว่าธิดาแห่งสาครนาคราชได้แสดงให้ที่ประชุมเห็นว่า นางสามารถเป็นพระพุทเจ้าได้ โดยทำอิทธิฤทธิ์แสดงรูปร่างของ *เพศชาย* ขึ้นมาแทน *เพศหญิง* เป็นพระโพธิสัตว์ผู้ประกอบด้วย *มหาบุริสลักษณะ* ซึ่งสามารถตรัสรู้เป็นพระพุทเจ้าและแสดงพระสัทธรรมโปรดเหล่าสัตว์ (ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, 2537, น. 201-204)

และใน *วิมลเกียรตินิทเทสสูตร* ปริจเฉทที่ 7 พระสูตรเล่าว่า เทพธิดาในคฤหาสน์ของวิมลเกียรติคฤหบดี ได้มาปรากฏตัวท่ามกลางที่ประชุมของพระอรหันต์และพระโพธิสัตว์ ขณะที่พระมัญชุสีโพธิสัตว์กับ

วิมลเกียรติคุณหบตีสนทนาธรรมกัน พระสารีบุตรได้ตอบโต้สนทนาธรรมกับเทพธิดา พระสูตรนี้ได้แสดงให้เห็นว่า พระสารีบุตรมีภูมิธรรมด้อยกว่าบรรดาพระโพธิสัตว์ทั้งหลายแม้กระทั่งเทพธิดาองค์ดังกล่าว ในบทสนทนามีคำถามของพระสารีบุตรเกี่ยวกับ "สตรีเพศ" ว่า เหตุใดเทพธิดาจึงไม่เปลี่ยนสภาวะความเป็นหญิงของตนเองเสีย เทพธิดาได้ตอบว่า นางไม่พบสภาวะความเป็นหญิงในตัวเองเลย เมื่อเป็นเช่นนี้จะเอาอะไรมาเปลี่ยน หลังจากนั้นเทพธิดาได้ทำให้พระสารีบุตรกลายเป็นหญิง ส่วนเทพธิดากลายเป็นพระสารีบุตร และสั่งสอนพระสารีบุตรว่า สตรีทั้งหลายแม้จะปรากฏโดยรูปว่าเป็นหญิง แต่ความเป็นจริงแล้วก็หาสภาวะหญิงไม่ได้ "สิ่งทั้งปวงไม่มีสภาวะหญิง ฤทสภาวะชาย" (เสถียร โปธิ์นันทะ, 2516, น. 119-132)

แม้ในคัมภีร์จะมีภาพของสตรีออกไปในเชิงบวก แต่ในบันทึกทางประวัติศาสตร์ของฝ่ายพระพุทธศาสนาหายานก็ไม่มีหลักฐานอะไรที่ชี้ให้เห็นว่าสภาพของภิกษุณีในช่วงนั้นได้รับความนับถือยกย่อง บทบาทสำคัญยังคงอยู่ที่พระภิกษุ ในทางประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา ไม่มีหลักฐานใด ๆ บ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงที่ว่า สตรีหรือภิกษุณีได้รับความสำคัญในสถาบันสงฆ์ แม้ว่า วรรณกรรมต่าง ๆ เหล่านี้จะแสดงทัศนะที่ให้คุณค่าแก่ความสามารถทางจิตวิญญาณของสตรี แต่ในบันทึกประวัติศาสตร์ไม่มีเครื่องบ่งชี้ว่าภิกษุณีมีบทบาทสำคัญในพัฒนาการของพระพุทธศาสนาครั้งนี้ อันที่จริงดูเหมือนจะเป็นไปในทางตรงกันข้ามเสียด้วยซ้ำ องค์ประกอบทางเศรษฐกิจและสังคมทำให้ภิกษุณีสงฆ์ซึ่งต้องปฏิบัติตามครุธรรม 8 ประการอยู่ในสภาพอ่อนแอ อาศัยข้อความในครุธรรม 8 ประการนั้นเองทำให้ฆราวาสผู้สนับสนุนพระศาสนาเข้าใจว่า การทำบุญกับภิกษุณีได้ผลานิสงฆ์น้อยกว่าพระภิกษุ ในคริสต์ศตวรรษที่ 7 พระธรรมจาริกอึ้งจิงได้เขียนถึงภิกษุณีในอินเดียไว้ว่ามีความเป็นอยู่แตกต่างจากภิกษุณีในประเทศจีนเป็นอันมาก ภิกษุณีต้องหาเลี้ยงตัวเองอย่างลำบากด้วยการบิณฑบาต มีชีวิตอยู่อย่างยากไร้ ไม่ค่อยมีคนให้ความอุปถัมภ์ วัดต่าง ๆ ก็ไม่ได้ให้การสงเคราะห์เป็นพิเศษไม่เพียงแต่ไม่ได้รับการสนับสนุนเท่านั้น ภิกษุณียังไม่ได้รับการจาริกชื่อในพัฒนาการขั้นสำคัญนี้ ภิกษุณีไม่ได้เป็นส่วนสำคัญแต่ประการใดในการศึกษาในมหาวิทยาลัยสงฆ์ทั้งสองแห่งซึ่งเป็นศูนย์กลางแห่งความเจริญรุ่งเรืองทางศิลปวิทยาของคณะสงฆ์ พระสมณะอึ้งจิงเปรียบเทียบให้เห็นว่า ความเป็นอยู่ของภิกษุณีในอินเดียกับในประเทศจีนช่วงเวลานั้นมีความแตกต่างกันมาก ภิกษุณีในประเทศจีนมีจำนวนมากกว่า ทั้งได้รับนับถือและความอุปถัมภ์บำรุงดีกว่า แม้แต่ภิกษุณีในประเทศลังกาก็ยังมีความเป็นอยู่ที่ดีกว่าภิกษุณีในอินเดีย โดยเปรียบเทียบ (Gross, 1995, p. 58-59)

อิทธิพลของระบบชายเป็นใหญ่

ไม่ว่า พระพุทธศาสนานิกายมหายานหรือนิกายอื่น ๆ จะมีความก้าวหน้ากว่าเถรวาทในแง่ที่มองสตรีในเชิงบวกหรือให้ความสำคัญแก่สตรีมากอย่างที่ปรากฏในวรรณกรรมที่ยกเป็นตัวอย่างนั้นเพียงใดก็ตาม แต่แบบอย่างของแนวคิดเรื่องความแตกต่างทางเพศในสังคมและวัฒนธรรมที่แวดล้อมอยู่สมัยนั้นมีอิทธิพลต่อผู้ชายและผู้หญิง ก็ยังทำให้คนทั่วไปรวมทั้งพระสงฆ์ในพระพุทธศาสนาฝ่ายเถรวาทและมหายานเชื่อว่า สตรีมีภูมิปัญญาน้อยกว่าบุรุษ มีความสามารถในการควบคุมความคิดและข้ามพ้นต้องการทางเพศน้อยกว่าชาย

ดังนั้นเราจึงพบว่าความเชื่อที่ว่าสตรีไม่สามารถจะเป็นพระพุทธเจ้า เป็นพระเจ้าจักรพรรดิ ท้าวสักกะ มาร พรหม ปรากฏทั้งในอรรถกถาของพระพุทธศาสนาเถรวาท และในคัมภีร์ของฝ่ายมหายาน

ตัวอย่างเช่น ใน คัมภีร์สัทธรรมปุณฑริกสูตร และวิมลเกียรตินิทเทสสูตร แม้จะเชื่อว่าสตรีมีความสามารถเพียงใดก็ตาม ความสามารถนั้นยังมีขอบเขตจำกัด ดังจะเห็นว่า เมื่อธิดาแห่งสาครนคราษแสดงให้ที่ประชุมเห็นว่า นางสามารถเป็นพระพุทธเจ้าได้ โดยทำอิทธิฤทธิ์แสดงรูปร่างของเพศชายขึ้นมาแทนเพศหญิง เป็นพระโพธิสัตว์ผู้ประกอบด้วยมหาบุรุษลักษณะ ซึ่งสามารถตรัสรู้เป็นพระพุทธเจ้าและแสดงพระสัทธรรมโปรดเหล่าสัตว์ นั้นก็ซ่อนนัยความเชื่อเรื่อง “เพศหญิง” กับ “ความเป็นพระพุทธเจ้า” ที่ไม่สามารถจะเป็นอันเดียวกันได้อยู่ ในพระสูตรทั้งสองนี้ ดูเหมือนว่าพระพุทธศาสนานิกายมหายานยกย่องความเป็นหญิงมากกว่าเถรวาท เมื่อพิจารณาโดยเปรียบเทียบแล้ว ก็น่าจะเป็นเช่นนั้น แต่ในประเด็นสำคัญไม่มีความแตกต่าง กล่าวคือคติที่ว่า “สตรีไม่สามารถเป็นพระพุทธเจ้าได้” ก็ยังปรากฏอย่างชัดเจนอยู่ในคัมภีร์ของฝ่ายมหายานยุคแรก ๆ

ในวรรณกรรมสำคัญของปราชญ์ฝ่ายมหายานคือ หนังสือ *โพธิสัตว์ภูมิ* ของท่านอสังคะ⁵ (พุทธศตวรรษที่ 10) ได้ให้คำอธิบายว่า เหตุใดพระพุทธเจ้าทั้งหลายจึงไม่เป็นผู้หญิง โดยกล่าวว่า การที่พระพุทธเจ้าไม่เป็นเพศหญิงนั้นเพราะว่า เมื่อครั้งก่อนที่ยังเป็นพระโพธิสัตว์บำเพ็ญบารมีนบสงฆ์นั้น ท่านได้สละความเป็นหญิงไปแล้วอย่างสิ้นเชิง และเมื่อทรงเสด็จสู่บัลลังก์แห่งการตรัสรู้ พระองค์ก็ไม่เคยเกิดเป็นหญิงอีกเลย โดยธรรมชาติแล้ว ผู้หญิงทุกคนมากด้วยกิเลสตัณหาและมีภูมิปัญญาต่ำ (Gross, 1995, p. 61) ในคัมภีร์อื่น ๆ ของฝ่ายมหายาน ก็ยังมีคำยืนยันว่า ความเป็นผู้หญิงกับการเป็นพระพุทธเจ้าจึงแยกขาดจากกัน พระพุทธเจ้าไม่เคยปรากฏพระองค์เป็นสตรี และสตรีก็ไม่สามารถจะเป็นพระพุทธเจ้าได้เช่นกัน

ในช่วงที่พระพุทธศาสนามหายานก่อตัวขึ้น ความเชื่อที่ว่า การเกิดเป็นสตรีเป็นเคราะห์ร้าย ยังคงมีอิทธิพลอยู่มากในสังคม และมีอิทธิพลต่อความคิดความเชื่อของพุทธศาสนาฝ่ายมหายานรวมทั้งพระพุทธศาสนาเถรวาทด้วย และพระพุทธศาสนาในยุคนั้นก็ได้แสดงความเห็นใจในความทุกข์ของบรรดาสตรีไว้มาก โดยพระสงฆ์ฝ่ายมหายานได้พยายามให้คำตอบเพื่อหลุดพ้นจากความทุกข์ยากของการเกิดเป็นเพศหญิงไว้ เนื่องจากคตินี้ว่า มนุษย์จะเวียนว่ายตายเกิดในวัฏสงสารตาบเทาที่ยังไม่บรรลุนิพพาน พระสงฆ์ในพระพุทธศาสนาได้เสนอแนวทางว่า ในภพชาติต่อไป สตรีก็ควรหลีกเลี่ยงการเกิดเป็นสตรี ด้วยการตั้งใจเพื่อไปเกิดเป็นบุรุษเสีย ใน *มหารัตนกุฎสูตร* กล่าวว่า เพื่อที่จะไม่เกิดเป็นสตรีอีก สตรีจะต้องหลีกเลี่ยงความอิจฉา ริษยา ความตระหนี่ถี่เหนียว การประจบประแจง ความเป็นผู้มักโกรธ และจะต้องเป็นคนซื่อสัตย์ ไม่หมิ่นแคลนผู้ใด ละทิ้งตัณหา และความเป็นผิด ๆ ทั้งปวง เคารพพระพุทธเจ้า พระธรรม ถวายทานแด่พระสงฆ์และสมณพราหมณ์ ละความยึดมั่นในบ้านเรือนและครอบครัว สมาทานศีล 5 ไม่มีความด่าร้ายแบบผิด ๆ เป็นผู้ไม่มีความอาลัยในรูปร่างของสตรี เคารพในการตรัสรู้ธรรมของพระพุทธเจ้า ถือว่าชีวิตแบบโลก ๆ เป็นมายา หรือความฝัน

⁵ท่านอสังคะ เป็นพระภิกษุในพระพุทธศาสนาผู้ประกาศนิกายโยคจารย (วิชญาณวาท) มีชีวิตอยู่ราวพุทธศตวรรษที่ 9 หรือ 10 ต่อมาน้องชายของท่านคือ วสุพันธ์ ได้เผยแผ่นิกายนี้ให้เป็นที่รู้จักกว้างขวางออกไป

นอกจากนี้ ในวรรณกรรมของฝ่ายมหายานยังมีคำสั่งสอนให้ผู้หญิงระมัดระวังว่า ผู้หญิงจะเกิดเป็นผู้หญิงอีกครั้ง ก็เพราะว่า (1) เธอยังรักใคร่ในรูปร่างของสตรีเพศ (2) ยึดมั่นผูกพันในความรู้สึกใคร่ของสตรี (3) ยินดีอย่างมั่นคงในความสวยของสตรี (4) ไม่มีความจริงใจปกปิดการกระทำที่อ่อนแอ (5) ทำให้สามีเบื่อหน่ายรำคาญและดูหมิ่นเหยียดหยามสามี (6) ใฝ่ใจในบุรุษอื่นอยู่เรื่อยไป (7) ออกตัญญูต่อความกรุณาของคนอื่น (8) ตกแต่งร่างกายของเธอเพื่อล่อลวงคนอื่น ส่วนผู้ชายจะเกิดเป็นสตรีเพราะความผิด 4 ประการคือ (1) หัวเราะเย้ยหยันพระพุทธเจ้าหรือพระโพธิสัตว์ (2) หมิ่นประมาทผู้รักษาศีลให้บริสุทธิ์โดยกล่าวว่าเขาไม่สามารถจะรักษาศีลได้ (3) สรรเสริญประจบประแจงคนอื่นเพื่อหลอกเอาประโยชน์ (4) ริษยาในความสุขของบุรุษอื่น (Gross, 1995, p. 64-65) ความคิดเหล่านี้ไม่แตกต่างจากความคิดที่ปรากฏในคัมภีร์อรรถกถาของฝ่ายเถรวาทที่แต่งโดยพระสงฆ์ในพุทธศตวรรษที่ 10 นี้

เมื่อเปรียบเทียบความคิดของพระพุทธานามมหายานกับของนิกายมหาสังฆิกะ ซึ่งเป็นนิกายต้นกำเนิดของฝ่ายมหายานใน *ศรีมาลาเทวีสีหนาทสูตร* พระสูตรของมหาสังฆิกะที่เขียนขึ้นราวคริสต์ศตวรรษที่ 3 (ประมาณ พุทธศตวรรษที่ 7-8) ในสมัยอันธระ ศรีมาลาเทวีสีหนาทสูตร ดูจะมองสตรีในเชิงบวกมากกว่าพระสูตรอื่น ๆ ในยุคสมัยใกล้เคียงกัน ดังได้เห็นแล้วว่า เมื่อกล่าวถึงความสามารถของสตรี คัมภีร์พุทธศาสนาโดยทั่วไปมักจะจำกัดความก้าวหน้าทางวิญญาณในชั้นสูงของสตรี ทฤษฎีที่กล่าวถึงข้อจำกัดของสตรีนั้นควบคู่ไปกับทัศนะที่เชื่อว่า ถ้าผู้หญิงมีศรัทธาและประกอบบุญกุศลก็จะเปลี่ยนเพศเป็นชายได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้นก็จะสามารถพัฒนาต่อไปได้จนถึงขั้นสูงสุด ใน *คัมภีร์พระอภิธรรม* (ในที่นี้จะหมายถึงคัมภีร์อภิธรรมของฝ่ายมหายาน) กล่าวถึงขั้นตอนของนักพรต 5 ขั้นตอน รวมทั้งธรรมชาติโลกีย์อันสูงสุด *อภิธรรมโกษา* ของท่านวสุพันธ อธิบายว่าทั้งชายและหญิงสามารถปฏิบัติได้ใน 4 ขั้นตอน เมื่อผู้หญิงปฏิบัติจนครบธรรมชาติโลกีย์อันสูงสุดแล้ว เพศหญิงก็จะหายไปและกลายเป็นเพศชายแทน ซึ่งดูเหมือนจะขัดแย้งกับความคิดที่ปรากฏใน *วิมลเกียรตินิทเทสสูตร* ซึ่งแสดงออกในเรื่องการสลับเพศหญิง-ชายระหว่างพระสารีบุตรกับเทพธิดา (ที่กล่าวถึงแล้ว) *ศรีมาลาเทวีสีหนาทสูตร* ดูจะมีท่าทีเชิงบวกมากกว่า *วิมลเกียรตินิทเทสสูตร* โดยการปฏิเสธข้อจำกัดของเพศหญิง และกลายเป็นพระสูตรที่โดดเด่นในประเด็นของผู้หญิง พระสูตรนี้เรียกผู้หญิงว่า "กุลธิดา" ควบคู่ไปกับ "กุลบุตร" ในฐานะพระโพธิสัตว์ในการพัฒนาจิตวิญญาณไปทุกระดับ พระสูตรนี้จึงดูเหมือนจะอนุญาตให้สตรีบรรลุ "ความเป็นพระโพธิสัตว์อันไม่หวนกลับ" สามารถแสดงธรรมได้แม้ในภูมิที่สูงขึ้นไปและสามารถอธิบายหลักธรรมในระดับที่ปุถุชนสามารถเข้าใจได้ด้วย (ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, 2544, น. 45-47) ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์ กล่าวไว้ในคำปรารภผู้แปลภาษาไทยว่า "พระสูตรนี้ดูเหมือนจะเป็นพระสูตรเดียวที่ผู้แสดงธรรมเป็นหญิงแสดงให้เห็นว่าเพศไม่เป็นข้อจำกัดในการเข้าใจในธรรมะชั้นสูง" (ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, 2544, น.5)

ตัวเนื้อหาของพระสูตรนอกจากจะบ่งชี้แนวคิดเกี่ยวกับสตรีแล้ว กำเนิดของพระสูตรนี้ก็ดูจะบ่งชี้สถานะความสำคัญของสตรีที่มีต่อพระพุทธศาสนาในยุคที่พระสูตรเกิดขึ้นด้วย เข้าใจกันว่าพระสูตรนี้รจนาขึ้นเพื่อเฉลิมพระเกียรติของราชินิกุล ราชินีและภรรยาขุนนางในตำแหน่งสูง "มีข้อบ่งชี้ที่แสดงว่า สถาบันพระพุทธศาสนาได้รับการสนับสนุนจากบรรดาพระราชินี ขณะที่พระเจ้าแผ่นดินเองเป็นฮินดู" (ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, 2544, น. 4) ข้อนี้เป็นเครื่องบ่งชี้ว่าประวัติศาสตร์มีส่วนกำหนดเนื้อหาของพระสูตรให้มีแนวโน้มที่จะยกย่องสตรี และถ้าหากเอ็ดเวิร์ด คอนซังกล่าวไม่ผิดที่ว่า นิกายมหาสังฆิกะมีพื้นฐานที่จะเปิดกว้างสำหรับสตรี

มากกว่านิกายอื่น ๆ แนวคิดของมหาสังฆิกะเองก็น่าจะเป็นส่วนสำคัญอยู่ด้วยในการกำหนดเนื้อหาของพระสูตรดังกล่าว หรือมองไปไกลกว่านั้น พระพุทธศาสนาในช่วงปลายแห่งพันปีที่ 1 น่าจะยังเป็นทางออกสำหรับสตรีชาวอินเดียได้พอสมควรในอันที่จะเปิดโอกาสให้สตรีมีพื้นที่ทางศาสนาและพื้นที่ในการพัฒนาจิตวิญญาณเพื่อบรรลุสิ่งสูงสุด ในยุคที่คติความเชื่อแบบพราหมณ์-ฮินดูได้รับการฟื้นคืนมาใหม่

คติความเชื่อแบบพรตนิยมและการต่อต้านสตรีในคัมภีร์พุทธศาสนา

เราจะเห็นว่าเมื่อเปรียบเทียบความคิดของฝ่ายมหายานยุคเริ่มแรกกับแนวความคิดของฝ่ายเถรวาท ความเชื่อเกี่ยวกับสตรีของพระพุทธศาสนาในยุคหลังพุทธกาลก็ดูจะไม่เปลี่ยนแปลงหรือมีข้อแตกต่างกันมากนัก กล่าวคือ พระสงฆ์ทั้งสองนิกายก็ยังคงได้รับอิทธิพลจากสังคมอินเดียเช่นเดียวกัน คัมภีร์ต่าง ๆ ของฝ่ายมหายานยุคเริ่มแรกก็ดี คัมภีร์อรรถกถาของฝ่ายเถรวาทซึ่งเป็นฐานข้อมูลของพระอรรถกถาจารย์ในการเขียนวรรณกรรมบาลีก็ดี เกิดขึ้นใกล้เคียงกันกับคัมภีร์ของพราหมณ์ฮินดู เช่น คัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ (มนูธรรมศาสตร์) หรืออรรถศาสตร์ของเกาฏิลียะ บรรยายภาพของสังคมที่แวดล้อมพระพุทธศาสนาอยู่ น่าจะมีส่วนสำคัญในการกำหนดแนวคำสอนในคัมภีร์และข้อปฏิบัติของพระสงฆ์ในอินเดียสมัยนั้นอยู่มาก เมื่อมานวธรรมศาสตร์และอรรถศาสตร์ของเกาฏิลียะถูกเรียบเรียงขึ้น น่าจะเป็นการตอกย้ำบรรยากาศวัฒนธรรมชายเป็นใหญ่ให้เข้มข้นกว่าเดิม ช่วงเวลาที่สังคมพราหมณ์ฮินดูปรับตัวเพื่อต่อสู้กับลัทธิใหม่อย่างพระพุทธศาสนาในสมัยหลังพระเจ้าอโศกมหาราช น่าจะมีส่วนสำคัญที่ทำให้แนวคิดของพราหมณ์-ฮินดูที่เคยอ่อนแอไปกลับพลิกฟื้นขึ้นมาใหม่ สถานภาพของสตรีในสังคมอินเดียสมัยหลังพุทธกาลอาจจะเลวลง ขณะที่พระพุทธศาสนาที่ต้องการคงบทบาทของสถาบันเอาไว้ การปรับตัวเพื่อให้พระพุทธศาสนาเป็นที่ยอมรับในสังคมช่วงพุทธศตวรรษที่ 5 ลงมา น่าจะมีความเข้มข้นอยู่มาก ความคิดต่าง ๆ ที่ร้ายล้อมอยู่ก็ย่อมมีผลต่อวรรณกรรมทางพระพุทธศาสนาด้วย

Sponberg กล่าวว่า ความคิดหรือท่าทีเชิงลบต่อสตรีหรืออาจจะถึงขั้นต่อต้านสตรีปรากฏเป็นประเด็นถกเถียงกันขึ้นมาในวรรณกรรมของพระพุทธศาสนาในช่วงคริสต์ศตวรรษแรก ๆ อันที่จริง ความคิดทำนองนี้ก็ปรากฏควบคู่กันมาพร้อมแนวความคิดอื่น ๆ ที่มีท่าทีเชิงบวกต่อสตรี และท่าทีแบบต่อต้านสตรีนี้ก็ได้ไม่ได้มาจากอิทธิพลวัฒนธรรมที่ยกย่องชายเป็นใหญ่อย่างเดียว แต่ยังมีอิทธิพลของคติ "พรตนิยม" (Asceticism) รองรับอยู่ด้วย⁶ แนวคิดนี้ให้ความสำคัญต่อการดำรงเพศพรหมจรรย์ การหลีกเลี่ยงจากกาม และการไม่เกี่ยวข้องกับสตรี ภาพลักษณ์ของสตรีที่เสนอในวรรณกรรมที่เกิดขึ้นในยุคนี้จึงออกมาในเชิงลบ หรือเป็นภาพแห่งการเสียดสีกล่าวร้าย ในชาติกหลายเรื่องมุ่งเน้นการออกบวชดำรงเพศพรหมจรรย์ไม่ข้องเกี่ยวกับสตรีเพศ และในเรื่องเหล่านั้นก็มักจะแสดงให้เห็นว่าสตรีเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุเป้าหมายของนักบวชชาย เชื่อกันว่า ความคิดต่อต้านสตรีทำนองนี้เกิดขึ้นบนฐานความเชื่อเรื่องโลกภูมิที่พุทธศาสนารับมาจากพราหมณ์ฮินดูนั่นเอง กล่าวคือ การเชื่อว่าโลกนี้ได้คลี่คลายออกมาจากความบริสุทธิ์อันไร้รูป สภาวะอันไร้เพศ เพศและความ

⁶ คำว่า พรตนิยม (Asceticism) หมายถึง ทศนะที่ปฏิเสธการแสวงหาความสุขทางโลก นิยมการบำเพ็ญพรตเพื่อแสวงหาความหลุดพ้นจากทุกข์ (ราชบัณฑิตยสถาน, 2532 : 10)

แตกต่างกันทางเพศถือว่าเป็นเครื่องแสดงออกถึงสถานะอันตกต่ำ มนุษย์จมอยู่โดยยึดมั่นผูกพันกับโลก ต้องมีการกินและกิจกรรมทางเพศ เพศหญิงกลายเป็นสัญลักษณ์แห่งความไม่บริสุทธิ์⁷ ส่วนความบริสุทธิ์ก็จะถูกแสดงออกด้วยการบำเพ็ญพรตของเพศชาย ในคติความเชื่อแบบนี้ สตรีจะได้รับการตำหนิว่าเป็นศัตรูของพรหมจรรย์ อันที่จริงแล้วชาวพุทธทั่วไปจะตระหนักดีว่า การยึดมั่นผูกพันในกามตัณหาหรือวัตถุกามทั้งหลายเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งต่อการหลุดพ้น แต่แนวความคิดแบบพรตนิยมเลยไปอีกขั้นหนึ่ง ชาวพุทธส่วนใหญ่ถือว่าเป็นปัญหาไม่ได้อยู่ที่ตัววัตถุกามทั้งหลายในตัวมันเอง หากอยู่ที่ตัวบุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสิ่งนั้น ๆ แต่แนวความคิดแบบพรตนิยมซึ่งเป็นอีกด้านหนึ่งในพระพุทธศาสนากลับถือว่า ตัววัตถุกามทั้งหลายเป็นความชั่วในตัวมันเอง Sponberg กล่าวว่า แนวความคิดแบบพรตนิยมแนวปฏิเสศหญิงนี้เป็นแนวคิดที่พระพุทธเจ้าเคยวิพากษ์วิจารณ์ แต่เนื่องจากมีคำสอนบางอย่างที่พระพุทธเจ้าสอนให้ภิกษุระมัดระวังตัวเกี่ยวกับอันตรายของสตรีที่จะมีผลต่อการปฏิบัติธรรมของปัจเจกบุคคล พระสงฆ์รุ่นหลังจึงพัฒนาแนวคิดคำสอนซึ่งมีลักษณะทางจิตวิทยานี้ขึ้นมาให้มีลักษณะของการต่อต้านสตรีในเชิงสถาบัน (Sponberg, 1992, p. 19-22)

คติความเชื่อแบบพรตนิยมในพระไตรปิฎกเถรวาท

เราคงปฏิเสธไม่ได้ว่าเนื้อหาส่วนใหญ่ในพระไตรปิฎกของฝ่ายเถรวาทมีแนวโน้มที่จะชักนำให้คนมุ่งสู่ความหลุดพ้นจากกิเลสด้วยการบำเพ็ญสมณธรรมอย่างเคร่งครัด ในพระไตรปิฎกมีข้อมูลชวนให้ตีความทำนองนี้ได้พอสมควร กล่าวคือ ใน โปธินาชกัณฐกสูตร (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 13, 2514) พระพุทธเจ้าตรัสสนทนากับโปธินาชกัณฐก ซึ่งทรงเชื่อว่าการกระทำตัวเองให้ลำบาก เป็นวิถีทางเดียวที่จะนำมนุษย์ไปสู่ความสุขอันถาวร พระพุทธเจ้าไม่ทรงเห็นด้วย แต่คำตอบสำคัญที่น่าจะเกี่ยวข้องกับทัศนะเรื่องการถือพรหมจรรย์ของพระสงฆ์นั้น ซึ่งกล่าวไว้ในพระไตรปิฎกหลายแห่งรวมทั้งในโปธินาชกัณฐกสูตรนี้ด้วย คือ พระองค์ตรัสถึงเงื่อนไขในการบรรลุความรู้ (ธรรม) สูงสุดของผู้แสวงหา (สมณพราหมณ์) โดยทรงยกอุปมา 3 ข้อ คำสนทนาปรากฏในพระสูตร (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 13, 2514, น. 492-494) ดังนี้

ดูกรราชกุมาร ครั้นนั้น อุปมาสามข้ออันน่าอัศจรรย์ยิ่งนัก ไม่ได้เคยฟังมาในกาลก่อนมาปรากฏแก่อาตมภาพ อุปมาข้อที่หนึ่ง เปรียบเหมือนไม้สดชุ่มด้วยยางทั้งอยู่ในน้ำ ถ้าบุรุษพึงมาด้วยหวังว่า จักถือเอาไม้นั้นมาสีให้เกิดไฟ จักทำไฟให้ปรากฏ ดังนี้ ดูกรราชกุมาร พระองค์จะทรงเข้า

⁷ แนวคิดเรื่องการบำเพ็ญพรต หรือการถือเพศพรหมจรรย์อย่างเคร่งครัดนั้น ได้อิทธิพลจากความเชื่อเรื่องพรหมโลก กล่าวคือมีความคิดว่า รูปภพและอรุภพ อันเป็นภพซึ่งอยู่เหนือสวรรค์ชั้นกามพร 6 ชั้นขึ้นไปนั้น ผู้ที่เกิดในภพนี้จะไม่เป็นหญิงหรือชาย ไม่มีอวัยวะเพศปรากฏเป็นหญิงหรือเป็นชาย ผู้ที่จะไปเกิดในพรหมโลกจะต้องบำเพ็ญสมณธรรมได้ขั้นปฐมฌานขึ้นไป ซึ่งจะถึงขั้นนั้นต้องละนิวรณ์ธรรม ซึ่งมีกามฉันทะ เป็นต้นได้ แนวความคิดเรื่องโลกภูมิของพระพุทธศาสนา สามารถศึกษาได้ในวรรณกรรมต่าง ๆ ทางพระพุทธศาสนาของไทย งานเขียนที่ให้รายละเอียดเกี่ยวกับภพภูมิและการเกิดใหม่ได้ดี ขอแนะนำสุนทร ธีร์สี, *พุทธปรัชญาจากพระไตรปิฎก*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

พระทัยความซอมนั้นเป็นไฉน บุรุษนั้นเอาไม้สดชุ่มด้วยยางทั้งอยู่ในน้ำมาสีไฟ ฟิงให้ไฟเกิด ฟิงทำไฟให้ปรากฏได้บ้างหรือ?

โพธิราชกุมารทูลว่า ซอนี้ไม่ได้เลย พระเจ้าข้า ซอนั้นเพราะเหตุไร เพราะไม่ยังสดชุ่มด้วยยางทั้งอยู่ในน้ำ บุรุษนั้นก็ฟิงเห็นดเห็นน้อยลำบากกายเปล่า

ดูกรราชกุมาร ซอนี้ฉันใด สมณะหรือพราหมณ์เหล่าใด เหล่าหนึ่งก็ฉันนั้น มีกายยังไม่หลีกออกจากกาม ยังมีความพอใจในกาม ยังเสนาหาในกาม ยังหลงอยู่ในกาม ยังกระหายในกาม ยังมีความเร่าร้อนเพราะกาม ยังละไม่ได้ด้วยดี ยังให้สงบระงับไม่ได้ด้วยดีในภายใน ท่านสมณพราหมณ์เหล่านั้น ถึงแม้จะได้เสวยทุกขเวทนาที่กล้าเผ็ดร้อนอันเกิดเพราะความเพียรก็ดี ถึงจะไม่ได้เสวยทุกขเวทนาที่กล้าเผ็ดร้อนอันเกิดเพราะความเพียรก็ดี ก็ไม่ควรเพื่อจะรู้ เพื่อจะเห็นเพื่อปัญญาเครื่องตรัสรู้อันไม่มีธรรมอื่นยิ่งกว่า

ดูกรราชกุมาร อุปมาข้อที่สอง อันนำอศรจรยยิ่งนัก ไม่เคยได้ฟิงมาในกาลก่อนมาปรากฏแก่อาตมภาพ เปรียบเหมือนไม้สดชุ่มด้วยยางตั้งอยู่บนบกไกลน้ำ ถ้าบุรุษฟิงมาด้วยหวังว่า จะเอาไม้ขึ้นมาสีไฟให้เกิดไฟ จักทำไฟให้ปรากฏ ดูกรราชกุมาร พระองค์จะเข้าพระทัยความซอมนั้นเป็นไฉน บุรุษนั้นเอาไม้สดชุ่มด้วยยางตั้งอยู่บนบกไกลน้ำมาสีไฟ ฟิงให้ไฟเกิด ฟิงทำไฟให้ปรากฏได้บ้างหรือ?

ซอนี้ไม่ได้เลย พระเจ้าข้า ซอนั้นเพราะเหตุไร เพราะไม้นั้นยังสดชุ่มด้วยยาง แม้จะตั้งอยู่บนบกไกลน้ำ บุรุษนั้นก็ฟิงเห็นดเห็นน้อยลำบากกายเปล่า

ดูกรราชกุมาร ซอนี้ฉันใด สมณะหรือพราหมณ์เหล่าใดเหล่าหนึ่ง มีกายหลีกออกจากกาม แต่ยังมีมีความพอใจในกาม ยังเสนาหาในกาม ยังหลงอยู่ในกาม มีความกระหายในกาม มีความเร่าร้อนเพราะกาม ยังละไม่ได้ด้วยดี ยังให้สงบระงับไม่ได้ด้วยดีในภายใน ท่านสมณพราหมณ์เหล่านั้น ถึงแม้จะได้เสวยทุกขเวทนาที่กล้าเผ็ดร้อนอันเกิดเพราะความเพียรก็ดี ถึงแม้จะไม่ได้เสวยทุกขเวทนาที่กล้าเผ็ดร้อนอันเกิดเพราะความเพียรก็ดี ก็ไม่ควรเพื่อจะรู้ เพื่อจะเห็นเพื่อปัญญาเครื่องตรัสรู้อันไม่มีธรรมอื่นยิ่งกว่า

ดูกรราชกุมาร อุปมาข้อที่สาม อันนำอศรจรยยิ่งนัก ไม่เคยได้ฟิงมาในกาลก่อนมาปรากฏแก่อาตมภาพ เปรียบเหมือนไม้แห้งเกราะทั้งตั้งอยู่บนบกไกลน้ำ ถ้าบุรุษฟิงมาด้วยหวังว่า จักเอาไม้ขึ้นมาสีไฟให้เกิดไฟ จักทำไฟให้ปรากฏ ดังนี้ ดูกรราชกุมาร พระองค์จะเข้าพระทัยความซอมนั้นเป็นไฉน บุรุษนั้นเอาไม้แห้งเกราะทั้งตั้งอยู่บนบกไกลน้ำนั้นมาสีไฟ ฟิงให้ไฟเกิด ฟิงทำให้ไฟปรากฏได้บ้างหรือ?

อย่างนั้น พระเจ้าข้า ซอนั้นเพราะเหตุไร เพราะไม้นั้นแห้งเกราะและทั้งตั้งอยู่บนบกไกลน้ำ

ดูกรราชกุมาร ซอนี้ฉันใด สมณะหรือพราหมณ์เหล่าใดเหล่าหนึ่งก็ฉันนั้นแล มีกายหลีกออกจากกามแล้ว ไม่มีมีความพอใจในกาม ไม่เสนาหาในกาม ไม่หลงอยู่ในกาม ไม่ระหายในกาม ไม่เร่าร้อนเพราะกาม ละได้ด้วยดี ให้สงบระงับด้วยดีในภายใน ท่านสมณพราหมณ์เหล่านั้น ถึงแม้จะได้เสวยทุกขเวทนาที่กล้าเผ็ดร้อนอันเกิดเพราะความเพียรก็ดี ถึงจะไม่ได้เสวยทุกขเวทนาที่กล้าเผ็ดร้อนอันเกิดเพราะความเพียรก็ดี ก็ควรเพื่อจะรู้ เพื่อจะเห็น เพื่อปัญญาเครื่องตรัสรู้ อันไม่มีกรรมอื่นยิ่งกว่าได้.

ดูกรราชาमार อุปมาข้อที่สามนี้อันน่าอัศจรรย์ยิ่งนัก ไม่เคยได้ฟังมาในกาลก่อนนี้แล มาปรากฏแก่อาตมภาพ

ความดังกล่าวนี้พระพุทธเจ้าตรัสถึงความคิดของพระองค์สมัยที่ยังไม่ได้ตรัสรู้ นัยสำคัญของพระสูตรนี้แสดงให้เห็นว่า การที่ "สมณะหรือพราหมณ์เหล่าใดเหล่าหนึ่ง มีกายหลีกออกจากกามแล้ว ไม่มีความพอใจในกาม ไม่เสนาหาในกาม ไม่หลงอยู่ในกาม ไม่ระหยาในกาม ไม่เร้าร้อนเพราะกาม ละได้ด้วยดี ให้สงบระงับด้วยดีในภายใน" เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้กลายเป็นผู้ "ควรเพื่อจะรู้ เพื่อจะเห็น เพื่อปัญญาเครื่องตรัสรู้ อันไม่มีกรรมอื่นยิ่งกว่าได้." คำว่า "มีกายหลีกออกจากกามแล้ว" นี้ น่าจะสะท้อนความคิดเรื่องการดำรงพรหมจรรย์ของพระพุทธศาสนาเถรวาทได้ดี

ความคิดทำนองนี้ปรากฏใน อัมมจักกัปปวัตตนสูตร (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 4, 2514, น. 13) อันเป็นพระธรรมเทศนากัณฑ์แรกของพระพุทธเจ้า ข้อความนี้คัดมาจากพระไตรปิฎก

ลำดับนั้น พระผู้มีพระภาครับสั่งกะพระปัญจวัคคีย์ว่า ดูกรภิกษุทั้งหลาย ที่สุดสองอย่างนี้อันบรรพชิตไม่ควรเสพ คือ

การประกอบตนให้พัวพันด้วยกามสุขในกามทั้งหลาย เป็นธรรมอันเลว เป็นของชาวบ้านเป็นของปุถุชน ไม่ใช่ของพระอริยะ ไม่ประกอบด้วยประโยชน์ 1

การประกอบความเหน็ดเหนื่อยแก่ตน เป็นความลำบาก ไม่ใช่ของพระอริยะ ไม่ประกอบด้วยประโยชน์ 1

ดูกรภิกษุทั้งหลาย ปฏิปทาสายกลาง ไม่เข้าไปใกล้ที่สุดสองอย่างนั้น นั้นตถาคตได้ตรัสรู้แล้ว ด้วยปัญญาอันยิ่ง ทำดวงตาให้เกิด ทำญาณให้เกิด ย่อมเป็นไปเพื่อความสงบเพื่อความรู้อย่างยิ่ง เพื่อความตรัสรู้ เพื่อนิพพาน

พิจารณาตามนี้เราจะเห็นว่า ตามทัศนะของพระพุทธศาสนายุคแรกเริ่ม ความสุขในทางกามไม่ใช่เป้าหมายสูงสุดของการมีชีวิตและการใช้ชีวิต ขณะเดียวกัน การทรมาณร่างกายของตนให้ลำบากเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ข้อความสำคัญคือ "การประกอบตนให้พัวพันด้วยกามสุขในกามทั้งหลาย เป็นธรรมอันเลว เป็นของชาวบ้านเป็นของปุถุชน ไม่ใช่ของพระอริยะ ไม่ประกอบด้วยประโยชน์" เมื่อเราโยงเข้ากับ "อุปมา 3 ข้อ" ที่กล่าวมา ก็จะเห็นแนวทางแห่ง "บรรพชิต" ซึ่ง "กาม" เป็นของที่พึงหลีกเลี่ยง "กาม" ในที่นี้หมายถึง "สภาพการใช้ชีวิตของชาวบ้านที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันระหว่างปัจจัยต่าง ๆ คือ รูป เสียง กลิ่น รส โผฏฐัพพะ และธรรมารมณ์ที่น่าปรารถนาและไม่น่าปรารถนา" นั่นเอง และกามที่ว่านี้เป็นสิ่งที่ "นักบวช" หรือ "ผู้แสวงหาชีวิตอันประเสริฐ" (พรหมจรรย์) พึงละเว้น

คำสอนเช่นนี้มีผู้มองว่าไม่ใช่สิ่งเดียวกับคติความเชื่อแบบพรตนิยม การแสวงหา "กาม" ตามนัยของสังคมิณเดียนั้นเป็นเรื่องที่ผู้ครองเรือนทุกคนจะต้องมีถือปฏิบัติเป็นหน้าที่ตามหลักอาศรม 4 ของพระเวทพระพุทธศาสนาเมื่อสอนให้ละกามออกจากเรือนบวชเป็นบรรพชิตนั้น มีความหมายในเชิงแย้งต่อหลักดังกล่าวด้วย การละความยึดมั่นในกามารมณ์เป็นส่วนหนึ่งที่ผู้บวชเป็นบรรพชิตจะต้องบำเพ็ญ การบรรลุลุทธิธรรมใน

พระพุทธศาสนาก็คือการละความยึดมั่นผูกพัน (อุปาทาน) ทั้งหลาย กล่าวคือ กามอุปาทาน การยึดมั่นในกามารมณ์ (รูป เสียง กลิ่น รส กายสัมผัส) ทิฏฐอุปาทาน การยึดมั่นในแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ สीलัพตูปาทาน การยึดมั่นในวัตรปฏิบัติ และอัตตวาอุปาทาน การยึดมั่นว่ามีตัวตนบุคคล "การละกาม" จึงเป็นขั้นตอนหนึ่งในบรรดาข้อปฏิบัติที่จะต้องบรรลุถึงให้ได้สำหรับบรรพชิต ในอัมมจักกัปปวัตตนสูตร การหมกมุ่นในกามเป็นข้อปฏิบัติเบื้องต้นที่พระพุทธศาสนาถือว่าไม่ใช่สิ่งประเสริฐสำหรับบรรพชิต มนุษย์ไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตามถูกจัดให้มีสถานะเป็น "วัตถุแห่งกามารมณ์" อย่างหนึ่ง เพราะเป็นที่ตั้งของรูป เสียง กลิ่น รส สัมผัส อันน่าใคร่น่าปรารถนา น่าพอใจ ความน่าใคร่น่าพอนั้นสัมพันธ์กับปัจเจกบุคคลไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง พระพุทธศาสนามองเห็นว่า เพศชาย เพศหญิงมีอิทธิพลต่อกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อทรงตรัสแก่ภิกษุในเรื่องของพลังครอบงำระหว่างเพศหญิงเพศชาย พระพุทธเจ้าก็จะไม่ได้ให้ค่าความต่างใด ๆ ในระหว่างเพศ กล่าวคือมิใช่ว่าจะมีเพศใดเพศหนึ่งเท่านั้นที่มีอิทธิพลในเชิงจิตวิทยาต่ออีกฝ่ายหนึ่ง เช่นในอังคุตตรนิกาย เอกนิบาต (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 20, 2514, น. 2-6) มีข้อความที่แสดงถึงพลังอำนาจครอบงำของสตรีเพศที่มีแก่บุรุษไว้ ดังนี้

ดูกรภิกษุทั้งหลาย เราย่อมไม่เล็งเห็นรูปอื่นแม้อย่างหนึ่ง ที่จะครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่เหมือนรูปสตรีเลย ดูกรภิกษุทั้งหลาย รูปสตรีย่อมครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่

ดูกรภิกษุทั้งหลาย เราย่อมไม่เล็งเห็นเสียงอื่นแม้อย่างหนึ่ง ที่จะครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่เหมือนเสียงสตรีเลย ดูกรภิกษุทั้งหลาย เสียงสตรีย่อมครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่

ดูกรภิกษุทั้งหลาย เราย่อมไม่เล็งเห็นกลิ่นอื่นแม้อย่างหนึ่ง ที่จะครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่เหมือนกลิ่นสตรีเลย ดูกรภิกษุทั้งหลาย กลิ่นสตรีย่อมครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่

ดูกรภิกษุทั้งหลาย เราย่อมไม่เล็งเห็นรสอื่นแม้อย่างหนึ่ง ที่จะครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่เหมือนรสสตรีเลย ดูกรภิกษุทั้งหลาย รสสตรีย่อมครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่

ดูกรภิกษุทั้งหลาย เราย่อมไม่เล็งเห็นโณภูฏัพพะอื่นแม้อย่างหนึ่งที่จะครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่เหมือนโณภูฏัพพะของสตรีเลย ดูกรภิกษุทั้งหลาย โณภูฏัพพะสตรีย่อมครอบงำจิตของบุรุษตั้งอยู่

ในทางตรงกันข้าม ในข้อที่ 7-11 พระพุทธเจ้าก็ได้ตรัสให้เห็นพลังครอบงำของบุรุษที่มีต่อสตรี โดยตรัสว่า “ไม่ทรงเห็นรูปเสียงกลิ่นรสโณภูฏัพพะใด ๆ จะครอบงำจิตของสตรีได้เท่ากับของบุรุษเลย” พลังครอบงำทำนองนี้ดูจะปรากฏบ่อยครั้งในพระพุทธพจน์ที่ตรัสถึงแง่ลบแง่บวกของความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ชายหญิง

ส่วนในอรรถกถามักจะมีเรื่องที่กำลังย้ำให้เห็นภาพเชิงลบของสตรีอยู่มาก ตัวอย่างเช่น ข้อความที่นำมากล่าวในอรรถกถาธรรมบท มักเป็นข้อความที่กำลังกล่าวถึงพลังครอบงำของสตรีที่มีต่อบุรุษเพศ และมีบางเรื่องที่ยืนยันว่า สตรีเป็นอันตรายต่อพรหมจรรย์ (มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2542) เนื้อหาเกี่ยวกับสตรีที่ปรากฏในอรรถกถาธรรมบทซึ่งแต่งโดยพระพุทธโฆสะ (ราวพุทธศตวรรษที่ 10) แสดงทัศนคติต่อหญิงหลายแนวทาง แต่ที่ปฏิเสธไม่ได้ก็คือ อรรถกถาธรรมบทเน้นย้ำชีวิตทางศาสนาธรรมบำเพ็ญพรตอยู่ด้วย การมีชีวิตที่แยกจากวิถี

ชีวิตแบบโลก ๆ จึงได้รับการเชิดชูว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสมสำหรับบรรพชิต ในอรรถกถาธรรมบทบางเรื่อง แสดงให้เห็นทัศนคติว่า "การละเพศบรรพชิตกลับไปสู่เพศฆราวาสนั้นเป็น "กรรมหนัก" (เรื่องพระภาคินยยสังรักชิตเถระ ใน พระอัมมปทัฏฐกถา ภาคที่ 2) และในหลาย ๆ เรื่อง สตรีจะเป็นตัวละครหลักที่ทำให้บุคคลในเรื่องเล่า เกิดความเบื่อหน่ายชีวิตฆราวาส ตัวอย่างเช่น เรื่องพระจิตตหัตถเถระ (มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2542)

คติปรตินิยมนี้ดูเหมือนจะปรากฏชัดเจนในคัมภีร์ขุททกนิกายเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะในชาดกซึ่งมีจุดมุ่งหมายหลักที่การสั่งสอนอบรมธรรม พร้อมทั้งแสดงให้เห็นวิถีแห่งการเป็นพระพุทธเจ้า ความพยายามอันยิ่งใหญ่ของพระพุทธเจ้าในการบำเพ็ญบารมีเพื่อการได้มาซึ่งพระโพธิญาณ คัมภีร์ชาดกมักแสดงให้เห็นว่า "เนกขัมมะบารมี" ซึ่งหมายถึง การออกบวช การปฏิเสถวิถีชีวิตฆราวาส การละความผูกพันในสตรี การอยู่เหนือกามารมณ์ การบำเพ็ญพรตพรหมจรรย์ เป็นวิถีทางสำคัญที่จะไปสู่เป้าหมายอันเป็นอุดมคติสูงสุด ตัวอย่างเช่น ในจุลลนารทกัศสพชาดก (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 27, 2514, น. 1769 -1775) มีข้อความดังนี้

ผมขอถาม คุณพ่อกล่าวอะไรว่าเป็นพิช เป็นเหว เป็นเปือกตมเป็นอสรพิษของพรหมจรรย์ ผมถามแล้ว ขอคุณพ่อโปรดบอกความข้อนั้นแก่ผมเถิด?

คุณรพอนารทะ น้ำตองในโลกเขาเรียกชื่อว่าสุรา สุรานี้ทำให้ฮึกเหิมมีกลิ่นหอม ทำให้พุดมาก มีรสหวานแหลมปานน้ำผึ้ง พระอริยะทั้งหลายกล่าวสุรานี้ว่า เป็นพิชของพรหมจรรย์

คุณรพอนารทะ หลิงในโลกย่อมย่ำยีบุรุษผู้ประมาทแล้ว หลิงเหล่านั้นย่อมจูงจิตของบุรุษไปเหมือนลมพัดพยุ่นที่หล่นจากต้นไม้ ฉะนั้นบัณฑิตกล่าวว่า เป็นเหวของพรหมจรรย์

คุณรพอนารทะ ลาก สรรเสริญ สักการะ และการบูชาในตระกูลอื่นๆ นี้บัณฑิตกล่าวว่า เป็นเปือกตมของพรหมจรรย์

คุณรพอนารทะ พระราชาผู้เป็นใหญ่ครอบครองแผ่นดินนี้ เจ้าอย่าเข้าไปใกล้ พระราชาผู้เป็นใหญ่ เป็นจอมมนุษย์เช่นนั้น

คุณรพอนารทะ เจ้าอย่าเที่ยวไปใกล้บาทมูลแห่งพระราชาทั้งหลาย ผู้เป็นอิสระและเป็นอธิบดีเหล่านั้น พระราชานั้น บัณฑิตกล่าวว่า เป็นอสรพิษของพรหมจรรย์

บุคคลผู้ต้องการอาหารในเวลาอาหาร พึงเข้าไปใกล้เรือนใด พึงรู้กุศลคือ อโคจร 5 ที่ควรเว้นในสกุลนั้น แล้วพึงเที่ยวแสวงหาอาหารในเรือนนั้น. บุคคลเข้าไปสู่ตระกูลอื่นเพื่อปานะ หรือโภชนะแล้ว พึงรู้จักประมาณบริโภคแต่พอควร และไม่พึงใส่ใจในรูปหญิง

นอกจากนี้ ในมหาปโลกชาดก (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 27, 2514, น. 2225) ก็ได้กล่าวไว้ว่า

ธรรมดาสตรีมีปกติหม่นเวียน มีมายามาก มักทำพรหมจรรย์ให้กำเริบ ย่อมทำนักพรตให้จมลง ท่านรู้แจ้งฉะนี้แล้ว พึงเว้นเสียให้ห่างไกล. สตรีทั้งหลายมีวาจาไพเราะ มีสัมผัสอ่อนหวาน ยากที่จะให้เต็มได้ เสมอด้วยแม่น้ำ ย่อมทำนักพรตให้จมลง ท่านจะรู้แจ้ง ฉะนี้แล้ว พึงเว้นเสียให้ห่างไกล.

สตรีทั้งหลายย่อมเข้าไปช่องเสฟบุรุษใด ด้วยความพอใจหรือด้วยทรัพย์ก็ตาม ย่อมพลันตามเผาผลาญบุรุษนั้น เหมือนไฟป่าเผาสถานที่ตนเอง ฉะนั้น

หรือในสมุคชาดก (พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย เล่ม 27, 2514, น. 1300) ก็มีข้อสรุปเกี่ยวกับเป้าหมายอันสูงสุดกับสตรีไว้อย่างน่าสนใจเช่นเดียวกัน

เพราะเหตุที่นั่นแหละ ชนเหล่าใดไม่เที่ยงคลุกคลีกับมาตุคาม ชนเหล่านั้นมีความสุขปราศจากความโศก ความประพบัติไม่คลุกคลีกับมาตุคามนี้เป็นคุณนำความสุขมาให้ บุคคลผู้ปรารถนาความเกษมอันอุดม ไม่พึงทำความเขยชิดสนิทสนมกับมาตุคามเลย

ข้อความดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นคติความเชื่อเกี่ยวกับ "ชีวิตอันประเสริฐ" หรือ "พรหมจรรย์" ในจารีตของเถรวาทได้ดี แต่สิ่งที่เราเห็นทั้งหมดนั้นไม่ใช่แค่สตรีเท่านั้นที่ถูกถือว่าเป็นอันตรายต่อพรหมจรรย์ ดังจะเห็นว่า สตรีจะถูกกล่าวถึงในข้อ 1771 และข้อ 1775 ในฐานะสิ่งหนึ่งที่เป็นเหวของพรหมจรรย์ แต่สิ่งที่อันตรายต่อวิถีแห่งพรหมจรรย์นั้นจะครอบคลุมถึงแนวการปฏิบัติอื่น ๆ ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการดื่มสุรา ความพอใจในสตรีเพศ ลากสักการะ การผูกพันกับอำนาจทางการเมือง และการเที่ยวไปในสถานที่อันไม่เหมาะสม ถ้าหากเรายอมรับว่า ขุททกนิกาย ชาดก เป็นคัมภีร์ที่เขียนขึ้นภายหลังพุทธกาล ก็อาจจะกล่าวได้ว่าคติความเชื่อเรื่องการประพัตติพรหมจรรย์เป็นสิ่งที่มียุทธผลสูงมากต่อพระพุทธศาสนาในยุคหลัง และเป็นฐานคติสำหรับการมองธรรมชาติของสตรีภายหลังพุทธกาลด้วย อย่างไรก็ตาม เราต้องเข้าใจว่า แนวคิดเรื่องการครองเพศพรหมจรรย์อย่างเคร่งครัดอย่างนี้เป็นปรากฏการณ์ที่เห็นได้ทั่วไปในสังคมอินเดียตั้งแต่ก่อนสมัยพุทธกาลแล้ว

สรุป

เนื่องจากพระพุทธศาสนาอยู่ในจารีตอินเดียที่ให้ความสำคัญกับเพศชาย แม้จะยอมให้สตรีบวชได้ก็ตาม แต่โดยทั่วไป ในสังคมเช่นนั้น ผู้ชายจะเป็นมนุษย์เพศหลักที่จะได้รับสิทธิให้แสวงหาแนวทางแห่งการหลุดพ้น อย่างน้อยในบันทึกต่าง ๆ ทางศาสนาก็บ่งชี้สภาพดังกล่าวนี้ ดังนั้น แนวคิดคำสอนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการประพัตติพรหมจรรย์ที่ปรากฏในวรรณกรรมทางศาสนา จึงมีผู้ชายเป็นศูนย์กลางของบทสนทนา เมื่อเปรียบเทียบกับพุทธศาสนานิกายมหายาน "การสละโลกเพื่อบรรลุธรรมเฉพาะตน" นั้นเป็นลักษณะสำคัญของฝ่ายเถรวาท ควรจะกล่าวได้ว่า พระพุทธศาสนาในช่วง 500 ปีหลังพุทธกาล ยังเน้นความบริสุทธิ์ทางกายวาจาใจหรือความบริสุทธิ์แห่งพรหมจรรย์ ยังมองว่าโลกียวิสัยเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุถึงความบริสุทธิ์ดังกล่าว หาก "โลกียวิสัย" หมายถึง การผูกพันตนเองไว้ในเรือนหรือครอบครัวซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่อิงอาศัยความรัก ความใคร่ การยึดมั่นผูกพัน เป็นแรงขับเคลื่อน การสละโลกย่อมหมายถึงการสลายพันธะระหว่างครอบครัว อัน

ผูกพันด้วยกามารมณ์ (รูป เสียง กลิ่น รส สัมผัสทางร่างกาย) และเมื่อมองจากมุมของผู้ชาย สตรีย่อมเป็นฝ่ายที่ต้องถูกละละทิ้ง แต่ถ้ามองจากมุมของฝ่ายหญิง ผู้ชายก็คือพันธะที่ต้องสลัดออกเช่นกัน

แนวคิดเรื่องการสละโลกหรือการออกบวช (เนกขัมมะ) ตามทัศนะพุทธศาสนาเถรวาทแต่เดิม มีนัยแห่งการปฏิเสธความยึดมั่นผูกพันในกามารมณ์ ไม่ได้มีนัยแห่งการปฏิเสธสตรีหรือบุรุษ หากแต่เป็นการปฏิเสธลักษณะความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดความทุกข์อันไม่สิ้นสุด โดยสร้างความสัมพันธ์แบบใหม่ขึ้นมา เป็นความสัมพันธ์เชิงสังคมที่ก่อเกิดพัฒนาไปสู่ความหลุดพ้นของทุกคน แนวคิดเรื่องการสละโลกหรือพรตนิยมแบบที่พระพุทธเจ้าต้องการนั้น ไม่จำเป็นต้องปราศจากพื้นที่ของ "สตรีเพศ" เพราะเราจะได้เห็นวาทะของพระพุทธเจ้าทรงอนุญาตให้พื้นที่ของสงฆ์เปิดรับสตรีที่ประสงค์จะเข้าร่วมทางสุนิพพานภายใต้ความสัมพันธ์แบบกัลยาณมิตรแต่ให้แยกที่พักอาศัยเป็นสัดส่วนต่างจากฆราวาสผู้ครองเรือน

อย่างไรก็ตาม ปฏิเสธไม่ได้ว่า วรรณกรรมพุทธศาสนาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในชาดก มีภาพของการปฏิเสธที่จะเกี่ยวข้องกับสตรีเพราะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้กุลบุตรไม่อาจบรรลุเป้าหมายสูงสุดทางศาสนา วรรณกรรมที่ประพันธ์ขึ้นจากมุมมองของผู้ชาย ผู้หญิงย่อมกลายเป็นผู้สร้างความกลัวแก่บุรุษ การสร้างภาพลักษณ์ของหญิงให้เป็นสิ่งที่น่ากลัวหรือมารร้ายสำหรับผู้จะตรัสรู้ นั้นมาจากลักษณะสังคมที่ผู้ชายมีบทบาทหลักในสังคมและเป็นศูนย์กลางของกิจกรรมทางศาสนา เป็นภูมิหลังทางวัฒนธรรมของพระพุทธศาสนานั้นเอง ด้วยเหตุที่ว่า ชุมชนพุทธในยุคเริ่มแรกก็เป็นชุมชนที่มีผู้ชายเป็นศูนย์กลาง ชุมชนสงฆ์เป็นชุมชนของเพศชาย บทสนทนาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จึงเป็นบทสนทนาระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย ในบริบทดังกล่าว ผู้หญิงจะปรากฏตัวในบทสนทนาดังกล่าวในฐานะคนนอก เพราะวรรณกรรมเหล่านั้นเขียนขึ้นเพื่อบรรดา "ผู้ชาย" ที่มีอำนาจในชุมชนสงฆ์และในสถาบันสงฆ์ภายหลังพุทธกาล เมื่อผู้ชายสนทนากันภายใต้แนวคิดแบบ "พรตนิยม" การสร้างภาพความกลัวของสตรีและการกันสตรีออกไปจากพื้นที่นอกสถาบันจึงเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ

ภาพอันเลวร้ายของสตรีที่สร้างขึ้นเพื่อให้กลายเป็นสิ่งที่อันตรายสำหรับผู้ชายผ่านบทสนทนาของผู้ชาย (พระสงฆ์) ที่กลายมาเป็นสถาบันหลักของพระพุทธศาสนาในสมัยหลังพุทธกาลนั้นจึงเป็นสิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ อย่างไรก็ตาม เรายังได้เห็นท่าทีที่แสดงออกซึ่งความสงสารเห็นใจที่มีต่อชีวิตของสตรี เช่น มีคำสอนให้เลี่ยงการเกิดเป็นสตรีที่ปรากฏให้เห็นในวรรณกรรมทั้งของฝ่ายเถรวาทและฝ่ายมหายานยุคแรก ๆ คำสอนดังกล่าวนี้เกิดจากความสงสารและความรักที่มีต่อสตรีในสังคมอินเดีย หากใช้ทัศนะดูหมิ่นสตรีไม่ (Gross, 1995, p. 66) อาจกล่าวได้ว่า ท่าทีต่อต้านสตรีปรากฏควบคู่กันไปกับท่าทีเห็นอกเห็นใจและท่าทีที่มองเห็นศักยภาพเชิงบวกของสตรี ผู้เขียนคิดว่า ภาพลบของสตรีที่ปรากฏในคัมภีร์ของพระพุทธศาสนานั้นเป็นภาพสะท้อนคติพรตนิยมที่ผสมผสานกับคติความคิดที่ถือผู้ชายเป็นศูนย์กลางซึ่งเป็นบริบทดั้งเดิมของพระพุทธศาสนานั้นเอง

บรรณานุกรม

- กรมการศาสนา. กระทรวงศึกษาธิการ. (2514). *พระไตรปิฎกฉบับภาษาไทย* (เล่ม 4,7,10,13,20,27). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กรมการศาสนา.
- คอนซ์, เอ็ดเวิร์ด. (2530). *พุทธศาสนา สารและพัฒนาการ*. (นิธิ เอียวศรีวงศ์, ผู้แปล). กรุงเทพฯ: อมรินทร์ พริ้นติ้ง กรุ๊ป.
- ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์. (ผู้แปล). (2537). *ลัทธิธรรมปุณฺธิกรสูตร*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ไทย-ธิเบต.
- ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์. (ผู้แปล). (2554). *ศรีมาลาเทวีศรีหนาทสูตร*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ไทย-ธิเบต.
- ณัฏฐา วาสิน (2555). ความเข้าใจเกี่ยวกับพุทธประสงค์ในการประดิษฐานภิกษุณีสงฆ์. *วารสารพุทธศาสนศึกษา*, 19(3), 43-63.
- ทวีวัฒน์ ปุณฺธิกรวิวัฒน์. (2543). พุทธศาสนากับลัทธิสตรี. *วารสารมหาวิทยาลัยศิลปากร*, 19-20(1), 101-132.
- ปรีชา ช่างขวัญยืน. (2541). *สตรีในคัมภีร์ตะวันออก*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พระเทพเวที (ประยุทธ์ ปยุตโต). (2536). จารึกอโศก. ใน ส. ศิวรักษ์ (ผู้แปลและเรียบเรียง), *ความเข้าใจเรื่องพระเจ้าอโศกและอโศกาวทาน* (หน้า 216-260). กรุงเทพฯ: ศูนย์ไทย-ธิเบต.
- พระเทพเวที (ประยุทธ์ ปยุตโต). (2532). *การศึกษาที่สากลบนฐานแห่งภูมิปัญญาไทย*. กรุงเทพฯ: อมรินทร์ พริ้นติ้ง กรุ๊ป.
- พระศรีปริยัติโมลี (สมชัย กุศลจิตโต). (บรรณาธิการ). (2544). *สตรีในพระพุทธศาสนา*. กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ.
- พิทักษ์พงศ์. (2544). คอลัมน์ "สุโธสถิตมรรค." *ข่าวรายสัปดาห์อาทิตย์* 23, 1158: 1-7 มีนาคม 2544. 30-31.
- มหามกุฏราชวิทยาลัย. (2525). *พระสูตรและอรรถกถาแปล ขุททกนิกายชาดก* (เล่มที่ 3 ภาคที่ 1). กรุงเทพฯ: เฉลิมชาญาณการพิมพ์.
- มหามกุฏราชวิทยาลัย. (2525). *พระสูตรและอรรถกถาแปล ขุททกนิกายชาดก* (เล่มที่ 4 ภาคที่ 3). กรุงเทพฯ: เฉลิมชาญาณการพิมพ์.
- มหามกุฏราชวิทยาลัย. (2530). *สยามรัฐสส เตปิฎก*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหามกุฏราชวิทยาลัย.
- มหามกุฏราชวิทยาลัย. (2542). *พระธัมมปทัฏฐกถาแปล* (ภาค 1-2). กรุงเทพฯ: มหามกุฏราชวิทยาลัย.
- เมตตานันโท ภิกขุ. (2545). *เหตุเกิด พ.ศ. 1. เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: แสงพระอาทิตย์.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2532). *พจนานุกรมศัพท์ปรัชญา อังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. กรุงเทพฯ: อมรินทร์ พริ้นติ้ง กรุ๊ป.
- ส. ศิวรักษ์ (ผู้แปลและเรียบเรียง). (2534). *ความเข้าใจเรื่องพระเจ้าอโศกและอโศกาวทาน*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ไทย-ธิเบต.
- สามเณรวิมมณันทา (ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์). (2544). *คุยกับพระเจ้าผู้หญิง*. กรุงเทพฯ: พระอาทิตย์.
- สำนักคอมพิวเตอร์. มหาวิทยาลัยมหิดล. (2537). *พระไตรปิฎกฉบับคอมพิวเตอร์*. (ชุดแปลเป็นภาษาไทย เวอร์ชัน 2).
- สุชีพ ปุณฺญานูภาพ. (2539). *พระไตรปิฎกฉบับสำหรับประชาชน*. กรุงเทพฯ: มหามกุฏราชวิทยาลัย.
- สุนทร ณ รังสี (2541). *พุทธปรัชญาจากพระไตรปิฎก*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เสถียร โปธิ์นันทะ. (2513). *ประวัติศาสตร์พระพุทธศาสนา*. พระนคร: บรรณาการ.
- เสถียร โปธิ์นันทะ. (2516). *ชุมนุมพระสูตรมหายาน*. กรุงเทพฯ: บรรณาการ.

- Blackstone, K. (1991). Damming the dhamma: Problems with Bhikkhuniis in the Pali Vinaya. Retrieved from <http://budsas.net/ebud/ebsut066.htm>
- Gross, R. M. (1995). *Buddhism after patriarchy*. India: Sri Satguru.
- Satha-Anand, S. (2001). Female ordination and women's rights in buddhism. *Humanitas Asiatica*, 2(1), 98-104.
- Sponberg, A. (1985). Attitudes toward women and the feminine in early buddhism. In J. I. Cabezon, (Ed.), *Buddhism, sexuality, and gender*. Albany, N.Y.: State University of New York Press.
- William, P. (1989). *Mahayana Buddhism: The doctrinal foundations*. London: Routledge.



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



BOOK REVIEW

Peacebuilding in the Balkans: The View from the Ground Floor

Pickering, Paula M. (2007), Ithaca, NY: Cornell University Press, 256 pp. (hardcover),

ISBN-10: 0801445760

Yanuar Sumarlan¹

Institute of Human Rights and Peace Studies, Mahidol University

ARTICLE INFO

ABSTRACT

Article History:

Received: 18 March 2019

Accepted: 28 June 2019

Analyses on how the minorities survive in a peace-rebuilding attempt in a post-conflict society have always been interesting. Through an 8-year participant observation in Bosnia, Asst. Prof. Pickering decided to launch this interesting ethnographic-style inquiry. Following Varshney's (2002) suggestion to overthrow the old studies that looked into just political institutions and elites, the author begins a study on grassroots perspectives. She finds that the minorities must solve their daily problems through political choices that favor the moderate or are inclusive towards the minorities. This book adds and reminds us that beyond "normal" attention to policies from large bodies and majorities, there is a lived experience of the minorities that can be gathered and documented in meaningful ways.

Introduction

This author offers a totally new syllogism out of the old syllogism known in many continents and regions of post-conflict societies that "after the conflicts, all politicians and donors believe that they know the best for the people". The new syllogism is drawn from two premises: first, ordinary people live, test, and know of some theoretical solutions for their problems and,

¹ Yanuar Sumarlan is a Lecturer at Institute of Human Rights and Peace Studies, Mahidol University

second, better knowledge and experience would expose ordinary people to the real working solutions for their problems. The obvious conclusion of these two premises would be “ordinary people would have been the ones who know the working solutions for the problems”.

The author has been to Bosnia since 1988 to launch a series of ethnographic works to find out how the minorities in a post-conflict society like Bosnia live and survive the predicaments faced by the minorities. Believing that an in-depth approach that follows individuals over time would reveal a meaningful finding, the author followed certain individuals and families for eight years (1996-2004) to gain insights into how the evolution of nation-building projects influences ordinary people and how they in turn influence nation-building (page 12). These insights it was hoped might have offered enlightening voices on why Bosnia remains divided, why so many minorities feel threatened, and why other post-conflict areas continue to face tremendous constraints.

The older paradigm of ethnic politics view elites and the institutions they design and manipulate as creating the overriding incentives and constraints that determine interethnic relations both in other places and Bosnia. This paradigm later produced Balkan scholars who have depicted how international policies have failed to convince domestic elites to reconstruct Bosnia into a stable, self-sufficient, and plural democratic states. Another group of human rights researchers later focus on the state’s treatment of its minorities.

This older paradigm was overturned by Varshney’s (2002) scholarly work on ethnic politics who advocates a shift from studies of political institutions and elites; Varshney (2002) argues that civic networks forged in formal organizations in mixed cities of India explain variations of interethnic relations. Afterwards, some Balkan scholars take up this mid-level approach to dig below the surface of politicians and institutions and to scrutinize local activists instead; studies of grassroots perspectives take the form of techniques such as opinion polls or focus groups rooted in manufactured settings.

This review is made of seven parts: (1) the division of the book, (2) the questions or purposes of the whole argument/book, (3) the premises used to build up the argument, (4) the findings or data collected from the field, (5) concepts used to represent the realities in the study site, and (6) the complete argument.

Book Division

The book is set into six chapters. Chapter 1 is set to support the first premise of the author's argument that "ordinary people live, test, and know better possible solutions for their problems" through proof that an interactive multilevel network is truly existing. This network is made by the nationalizing state, putative external homelands, transnational actors, local minority activists, and ordinary minorities themselves. Chapter 2 is a testing ground to check whether interest-based or identity-based theories of grassroots behavior better predict reactions of ordinary Bosnians to peace-building projects. Chapter 2 also reveals the design of the ethnographic investigation and the comparative nature of the study. Chapter 3 is really the data of this study as it comes out of testimony and interviews that reveal how minorities understand the decisions they make about where to call home, how to rebuild their lives. These people talk less about money or instructions of political elites but they constantly stress their desire to live in a community that accords with the notion of who they are and where they fit socially. Chapter 4 reiterates and sets deeper details of the strategies that minorities use to integrate and the factors that influence the development and success of those strategies. The comparative nature of this study appears in Chapter 5 in which the author compares the process of minority integration in the primary site (a Bosnian city) to other places with different levels of urbanization and ethnic dominance. The final Chapter 6 builds up implications of this study to other places in Eurasia such as Kosovo, Croatia, Macedonia, Tajikistan and Afghanistan.

The Questions

The big question the author tries to answer is to reveal the ways and strategies of the minorities to react to peace-building programs in real life. The larger purpose of such a question is surely to expose the reasons for Bosnia's persistent division, its minorities' feeling of being threatened, and the constraints affecting the minorities (page 13).

The Premises and Argument

The premises thrown by this study can be gauged from the conclusions of the study itself. The syllogistic argument set in a three-set premise-premise-conclusion for the three questions

are (1) the minorities must thread along a very complicated interethnic relations (page 139) within which stand the contributing factors to intolerance (biological ages, social practices, demographic variables, and others), (2) the minorities must tiptoe around the political battlefield built up after a series of peacebuilding processes (page 148), and (3) thus, such a concept of “political choices” exists among the minorities (page 158) to favor moderate or inclusive political factions or parties or politicians towards the minorities.

The Data

The data as presented in Chapter 3 and 4 could be simplified into two parts: dilemma of migration or “text” of the minorities’ lives (people returning to their previous homes after armed conflicts and find themselves as “minorities”) and the plague of politics or the “context” of the surrounding majorities (the majorities usually bear intolerance that affects the politics for the minorities’ room for representation). This study tests the two main theories that explain the reasons and decision-making processes behind migration of former war refugees to their former homes and villages. The first theory, which is known as interest-based theory, assumes that ordinary people accept the communal labels, values and interests promoted by group activists and then use them in their decision about migration. The second theory, also known as identity-based theory, investigates these contentions (page 87). The second theory opens the possibility that not all individuals embrace the ideas pushed by nationalists that interests and values are inextricably linked to ethnicity. The second theory questions the claims of interest-based theory that ordinary people mechanistically calculate the costs and benefits associated with decisions according to stable values determined by ethnic group elites (page 87).

The dilemma of migration has been represented by a widow named Zlata who returned in 1996 to Sarajevo after spending the war in Serbia caring for her then-ill husband and young grand-daughters. Born in Serbia, she spent much of her life with her late husband (a Serb born in Bosnia) in Bosnia. When she returned to Serb-held suburbs in Sarajevo in 1996, she was able to reenter her apartment before squatters claimed it. Planning to sell her apartment, she wanted to move away from Sarajevo to Serbia’s Vojvodina province where her husband was buried. She reported her reason to move back to Serbia’s Vojvodina province as the following:

Here [in Sarajevo], I'm visited only by my friend from my hometown and by my daughter's family. I know that my [new Muslim] neighbors don't want to have contact with me. Look! Those holes on the wall are from snipers from the Muslim side. No, I don't want to stay (page 92).

Zlata felt alienated from a postwar Sarajevo dominated by Muslims displaced from the countryside that it encouraged her to move away from her home of thirty years. Her preference to move to Serbia became her only choice when Bosnian authorities rejected her application to resume receiving social services from Sarajevo rather than from the place of her displacement (Serbia). This fact illustrates the role of political manipulation of social services in thwarting returns [of former homeowners]. Later, the author met her again in Vojvodina province to find her relieved as having left an uncomfortable community in Sarajevo. Thus, her reason is a combination of attachment to birth place and her late husband, alienation from the newcomers to Sarajevo, obstruction of Bosnian authorities, and insecurity of living in Sarajevo.

Zlata's and many others' stories reveal a combination of utilitarian factors and emotional attachments that the minorities use in their decision-making in migratory patterns. Nela, for example, is a Bosnian-Serb who lived in Sarajevo among Muslim communities and left the city during the war. Her attachment to a mixed community and to humanism enables her to use a multiethnic network of pre-war colleagues to help secure her return and re-employment in Sarajevo (page 97).

The pivotal "context" or the plague of politics that stands as the backdrop of these many stories is the public support for minority return in the study site. The most dramatic change among the inhabitants of certain places that express the most opposition to minority return during the postwar period (December 1995 and December 1999) took place among Bosnian-Serbs from Serb-dominated areas (18 percent of population surveyed to 42 percent); from February 2001 to February 2005, populations from Serb-dominated areas (both Serbs and minorities) increased their support to minority return from 69 to 81 percent (page 142). The author is torn between two possibilities that this increasing support is caused either by Bosnians' internalized idea to accept the idea of minority return or resign to the idea that after concerted efforts of transnational actors to promote such idea or by the thought that these returnees are old and less threatening to the majority in the areas where they return (page

142). The author, however, suggests that realities lie somewhere between these two poles (page 142). The best attempt to represent this hanging situation is “Bosnians have accepted coexistence but have rejected multiculturalism” (page 144).

Using some surveys of Bosnians, the author tries to find the underlying factors that bring both tolerance and intolerance to the idea of mixed communities. The author also decides to create some factors or measurable parameter to represent “intolerance” such as “expressed unwillingness to live next to someone of a different religion” as part of a statistical model to test three sets of factors previously believed as part of intolerance (page 144). These factors are (1) participation in civic groups that build social capital (NGOs, religious groups), (2) approval of past and current state-building projects, and (3) socio-economic and demographic factors found in other settings to affect intolerance of difference. As expected, none of these factors are conclusively proven in any place as every place/population surveyed has its own characters. For example, for Serbs in the Republika Srpska, only one social practice (exposure to divisive rhetoric in religious hierarchy) and one demographic variable (nationalist ideology) influence intolerance.

The Concepts

The main concepts applied in this study appear in the historical phases of Bosnia’s history starting in Chapter 1: historical multilevel networks, the post-war multilevel network, and the better model. Historical multilevel networks appear in a form of regimes that rule Bosnia through the attempts to wipe out differences through genocide (World War II), assimilation (Royal Yugoslavia), favoritism of one religion but tolerance to others (the Ottoman Empire), to one-party control and promotion of cross-communal cooperation (Socialist Yugoslavia). The Socialist Multilevel Network shared with the Ottomans the notion that successful rule over the South Slavic people required recognizing the differences among those peoples. In World War II, Josip Broz Tito promised to end the mass suffering from the ethnic violence and to establish a Yugoslav state that would treat all nationalities equally. The Post-socialist Multilevel Network appeared as in the mid-1980s, all the factors that held Yugoslavia together—international attempts, a mixed economy, protective political system, economic equality, shared sovereignty—began to crumble.

Serbia's Communist Party Slobodan Milosevic undermined power-sharing arrangements to set Slovenian and then Croatian elites to accelerate their own moves towards independence (page 23). Leaders of the dominant group in each republic like Croat elites in Croatia sought to create ***nationalizing states*** that were now oriented against the ***putative homeland*** (Serbia) over its Serb minority and territory. Lacking the glue of genuine agreement about the future of the country, the parties in the multiethnic coalition quickly deadlocked governance in Bosnia, setting the stage for minority activists to take control (at the national level, Serbian party and Croatian party elites were merely minorities unable to exert control over state politics). Each minority group, however, dominated certain municipalities, and they quickly transformed themselves into powerful majorities seeking to establish separate states or "***nationalizing states***" within Bosnia (page 25). While Bosnian Muslim and Croat leaders supported Bosnian independence, Bosnian Serbs adamantly rejected Bosnia's exit from what was left of Yugoslavia, asserting that they would not be a minority. Bosnian leaders then joined with Macedonian leaders in advocating a reconfiguration of Yugoslavia into a looser confederation. Nevertheless, knowing the Muslims were dispersed throughout Bosnia, the Muslim party SDA argued for a whole, unitary, and ethnically mixed Bosnia. Because Muslims were interspersed with Croats and Serbs, partition of Bosnia into Serb and Croat "republics" would require the ***destruction of multiethnic life*** and the separation of peoples.

Transnational actors hastened the partition of Bosnia (page 26). The UN refused a request by the Bosnian government in 1991 to deploy preventive monitors of peacekeepers. The European Community precipitated violent integration by encouraging Bosnia to hold a referendum on independence, the success of which was a prerequisite for recognition by EC members. With Serbs boycotting the plebiscite, the majority of Bosnians (99.7 percent of 63.4 percent of electoral turn-out) voted in a March 1992 referendum to "support the sovereign and independent state of equal citizens, the peoples of Bosnia and Hercegovian (Muslims, Serbs, Croats, and members of other nations living in it." Bosnian Serb activists set up barricades in Sarajevo to close it off. One day after the EC recognized Bosnia as an independent state, Bosnian Serbs established a "Serbian republic of Bosnia-Hercegovina" and withdrew from all Bosnian state institution. Bosnia Serb leaders launched a war with the assistance of the army and paramilitaries from its ***putative external motherlands***. And so began a war of everyone against everyone else through expulsions, violence, and murders of different ethnic groups by the majority ethnic-based groups in the place.

Some minorities throughout Bosnia fled to putative external homelands either to avoid becoming targets or to dodge the draft. At the end of the war, more than half of Bosnia's population (2.5 million) had been displaced.

The Post-war Multilevel Network (transactional actors) faced a major dilemma about the displaced minorities. After the U.S-led NATO bombed Bosnian Serb military targets and infrastructure, international mediators in November 1995 compelled regional leaders to sign on to an agreement (in Dayton, Ohio). This agreement was signed by the presidents of Bosnia, Croatia, and Serbia. The transnational actors or "*institutional designers*" interpreted the Dayton Peace Agreement and its implications for state-building differently. American negotiator Holbrooke claimed the goals were "to turn the 60-day ceasefire into a permanent peace and to gain agreement for a multiethnic state". Bosnjak leaders portrayed Dayton Agreement as a reaffirmation of the sovereignty of Bosnia as a unified, multiethnic state and as reinforcement of the right of displaced persons to return to their prewar homes. Serb politicians, however, emphasized that the agreement allowed for a separate Serb entity, complete with its own army and police force ('a way station on the path to partition' along ethnic lines); Bosnian Croat leaders shared this Agreement as a way to partition.

The political system that transnational actors imposed on Bosnia at Dayton complicated an already difficult situation for ordinary people from areas where their ethnic group after the war was now in the minority. First, Bosnia consisted of two entities: the Croat-Muslim Federation of Bosnia and the Republika Srpska. The political system was modeled on *consociationalism* which guarantees major ethnic groups a role in governing. This political prescription views the mixing of ordinary people as contributing to conflict. Scholars of consociationalism themselves recognized that the Dayton power-sharing arrangement did not create enough incentives for interethnic cooperation among elites and instead encouraged political conflict—isolation, at best—along ethnic lines. For example, vital interest veto could paralyze decision-making at the national level; since each group can block national-level activity, nothing gets done.

Not surprisingly, elites who used violence earlier to try to create homogeneous areas turned to other means for achieving the same goal after the war. *Devolution* and the *power vacuum* at the center of the postwar political system benefited minority activists most because they were the ones who exercised considerable power at lower levels of the political

system and through the parallel informal political, security, and economic networks that were strengthened during the war.

The multilevel networks at the key points in Bosnia's past and present emphasize the dynamic nature of the relationship among actors who influence the behavior of ordinary minorities. The networks that uncover the roles of local-level players are so often overlooked. Instead of waiting for the other actors in this series of networks to dictate their lives, ordinary minorities, in the mere acts of living their daily lives and formulating opinions on events affecting them, interacted with members of the networks to influence the reconstruction process in an unexpected *new model of ways*.

The Complete Argument

The book is set by two main premises. The first is the finding that the minorities must trudge through a very complicated interethnic relations full of factors or variables correlated to intolerance. The second is that the minorities must face the battlefield peppered with a rather imposed peacebuilding processes beyond their clutches. As the conclusion of these two premises, the minorities must solve their daily problems through political choices that favor the moderate or are inclusive towards the minorities.

The value of these set of findings and conclusions appear in the implications for other similar places undergoing peacebuilding processes that could be very complicated. However, the attempt by the author to throw some statistical tests on the data gathered from a highly non-probabilistic (or random) sampling procedures should be treated with care. Before concluding that these findings of statistical parts of her book, the author Paula Pickering needs to forewarn the readers that any conclusions drawn from these statistical tests are not supposed to be taken lightly when it goes to the generalization to larger populations of multiethnic Bosnia.

This book is surely indispensable to anyone working in peace and human rights field as the information gathered and analyzed in the book is very rich regarding the minorities' lives and struggle in a hostile and anti-rights environment. To the larger readership, this book adds and reminds the audience that besides our "normal" attention to policies from large bodies and majorities, there exists a layer of lived experience that only those who are willing

to dwell and traverse in everyday lives of people could gather and document in meaningful ways.

Reference:

Varshney, A. (2002). *Ethnic conflict and civic life: Hindus and Muslims in India*. New Haven: Yale University Press.



Journal of Human Rights and Peace Studies

journal homepage: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/HRPS/index>



ARTICLE REVIEW

Human Trafficking for Sex Exploitation in Thailand

Opanovych, N. (2016). Human trafficking for sex exploitation in Thailand. *Securitologia*, 23, 103-110. doi: 10.5604/01.3001.0009.2972

Kritsana Pimonsaengsuriya¹

Article History

Received: 2 May 2019

Revised: 4 June 2019

Accepted: 27 June 2019

This article highlights human trafficking in Thailand as an example for the rest of ASEAN to consider so as to improve the effectiveness of its mechanisms to combat this human rights violation across the region. The paper presents the problem within the ASEAN legal framework and highlights the weaknesses of the current regional approach. However, whilst it is beneficial for ASEAN and Thailand to reflect on the context of human trafficking, some general perceptions of the situation presented in the article call for further and careful examination in order to have a clarity and a more accurate understanding of the phenomenon which would better contribute to a suitable design and improvement of interventions to solve the problems.

Firstly, further sources or justification to support some claims made in the article are strongly required. For examples, a source or evidence to support the claim that Thailand is “the *largest* sex tour operator in the world” and “[p]rices are *lowest* in the world” (p.108; *italics added by reviewer*) are needed. Similarly, the claim that such human rights violations

¹ Kritsana Pimonsaengsuriya is an Independent Consultant on child’s rights, child protection and child and youth participation; Corresponding author’s email: kritsanapbkk@gmail.com

“take place in Thailand *on regular basis*” (p.106; *italics added by reviewer*) requires further explanation, so that the claim can be justly warranted.

Secondly, it is problematic to generalise “human trafficking” as “slavery” (p.104) as it is not *always* the case; the following two points explain this notion. A) The term “slavery” is defined by 1926 Slavery Convention, Article 1, as “[s]lavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised. [...]” In this regard, based on the definition of “slavery”, it is true that not all people who are trafficked experience violation on the right of ownership of themselves. In some cases, trafficked people may accept exploitative working conditions and wages which still financially provide them a better life than a life in their homelands. B) It is also the case that in some contexts, trafficked people are not free to leave such exploitative employment. However, rather than applying the term “slavery”, which can be interpreted differently by various states, understanding human trafficking requires a more nuanced examination of the root causes, consequences and experiences of the worst forms of labour.

In the context of Thailand, it is indeed a valuable point that the article in emphasizing addressing demand for sex (in the form of sex tourism) can make a positive impact on an effort to tackle sex trafficking. Although the article does not specifically state that the demand for sex refers to only foreign tourists; the article brings in important historical social norms on gender roles and expectations that lead to a level of tolerance for prostitution, including engagement of underage children in sex services, in Thai society (Pimonsaengsuriya, 2016, p.16-24). In this regard, it is worth noting that while some adults and underage children are trafficked and forced into providing sex services, some are trafficked into sex services with their knowledge. The demand for sex and the social tolerance on demand for sex in the patriarchal social structure of Thailand contributes to the existence of commercial sexual exploitation of adults and underage youth in different forms. These points are therefore important to understand for relevant government and non-governmental agencies to consider and include in their designs on interventions to address such issues.

Reference

- Pimonsaengsuriya, K. (2016). “*Voluntary*” *transactional sex among Thai female adolescents above 15 years old: Challenges to cultural values and social norms on sexuality in Thai society*. (Unpublished master’s thesis). Mahidol University, Institute of Human Rights and Peace Studies, Thailand