

บทที่ 3

การมีส่วนร่วมของประชาชนในโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามหลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศและข้อตกลงความร่วมมือ
ในการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน ค.ศ.1995

โครงการปรับปรุงร่องน้ำเพื่อการเดินเรือพาณิชย์ในแม่น้ำล้านช้าง-แม่น้ำโขงเป็นโครงการระหว่างประเทศ ระหว่างรัฐ 4 รัฐ คือ จีน เวียดนาม ไทย และสปป.ลาว ทำความตกลงร่วมกัน ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าในการดำเนินโครงการระหว่างประเทศใดๆ นั้น ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้สิทธิแก่ประชาชนของแต่ละประเทศมีส่วนร่วมในการตัดสินใจหรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันเริ่มมีแนวคิดที่จะให้สิทธิแก่ประชาชนในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมของรัฐมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการออกกฎหมาย การทำสนธิสัญญา หรือการดำเนินโครงการต่างๆ

ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ และข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงที่ยั่งยืนซึ่งเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขงว่าได้ให้สิทธิแก่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการดำเนินโครงการระหว่างประเทศหรือไม่ เพียงใด

นอกจากนี้เนื่องจากแม่น้ำโขงเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่าน 6 ประเทศ ซึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าทุกรัฐริมฝั่งแม่น้ำมีสิทธิใช้อย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น การที่จีน เวียดนาม ไทย สปป.ลาว ดำเนินโครงการดังกล่าวซึ่งจะส่งผลกระทบต่อแม่น้ำโขงทั้งสาย จึงเป็นประเด็นทางกฎหมายอีกประการหนึ่งว่าทั้ง 4 ประเทศมีสิทธิในการดำเนินโครงการนี้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว หรือไม่ ซึ่งจะได้ศึกษาไปพร้อมกันด้วย

3.1 หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ

3.1.1 คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศได้เข้ามามีบทบาทในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 17 แล้ว โดยได้วาง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการเดินเรือ ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญา General Treaty (Vienna, 9 June 1851)¹ และ Convention and Statute on the Regime of Navigable Waterways of International Concern (Barcelona, 20 April 1921)² ซึ่งรับรองหลักเสรีภาพในการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยให้สิทธิแก่ทุกรัฐ (ไม่ว่าจะเป็นรัฐชายฝั่ง หรือรัฐอื่นๆ) ที่จะเดินเรือเพื่อการค้าได้โดยตลอดลำน้ำ

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ มีบทบาทเรื่อยมาจนกระทั่งต้นศตวรรษที่ 20 ที่รัฐต่างๆ ได้ใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการอย่างอื่น นอกจากการเดินเรือ เช่น การใช้น้ำเพื่อการเกษตร การอุตสาหกรรม การชลประทาน การผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ เป็นต้น ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศที่รับรองแต่เฉพาะสิทธิในการเดินเรือเท่านั้น ไม่สอดคล้องกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐทั้งหลาย ดังนั้น รัฐทั้งหลายจึงได้พัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการอย่างอื่นนอกจากการเดินเรือมาใช้บังคับระหว่างกันขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้จัดทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่อยู่ภายในลุ่มน้ำเดียวกัน เพื่อให้การใช้น้ำสอดคล้องกับสภาพปัญหาและความต้องการของรัฐเหล่านั้น

(1) แม่น้ำระหว่างประเทศ

คำจำกัดความคำว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศ” เกิดขึ้นตั้งแต่ยุคที่มีการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการเดินเรือแล้ว โดยปรากฏอยู่ใน General Treaty (Vienna, 9 June 1815) มาตรา 108³ และสนธิสัญญา Convention and Statute on the regime of navigable waterways of international concern (Barcelona, 20 April 1921), มาตรา⁴ ซึ่งเป็น

¹ Dante A , Caponera, The law of International water resources (Rome : Food and Agriculture Organization of the United Nation, 1980) p.29

² *Ibid.*, p.31

³ Article 108 The Powers whose states are separated or crossed by the same navigable river, engage to regulate, by common consent, all that regarde its navigation...

⁴ Article 1 All parts whice are naturally navigable to and from the sea of waterways whice its course, naturally navigable to and from the sea , separates or traverses different State and also any part of any other waterways naturally

สนธิสัญญาในยุคแรกๆที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเดินเรือในแม่น้ำระหว่างประเทศ ซึ่งได้ให้คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศว่าแม่น้ำระหว่างประเทศต้องมืองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

1. แม่น้ำระหว่างประเทศ คือ แม่น้ำที่ไหลผ่านหรือไหลแบ่งดินแดน
2. ต้องสามารถเดินเรือได้

คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ต้องสามารถเดินเรือได้นี้ ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลกเรื่อยมา จนกระทั่งเมื่อความสำคัญของการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการเดินเรือลดบทบาทลง และมีการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการอย่างอื่นเพิ่มมากขึ้น เช่น การเกษตร อุตสาหกรรม เป็นต้น คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ครอบคลุมเฉพาะส่วนของแม่น้ำที่เดินเรือได้เท่านั้น จึงไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้ให้คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศเสียใหม่ คือ แม่น้ำระหว่างประเทศหมายถึงแม่น้ำที่ไหลผ่านหรือไหลแบ่งพรมแดนของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 3 ของ Inter American Juridical Committee's Draft Convention on the industrial and agricultural use of international river and lake (1995)⁵ ความว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศ” คือ แม่น้ำที่ไหลผ่านหรือไหลแบ่งดินแดนของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ต้องไหลผ่านดินแดนมากกว่า 2 รัฐขึ้นไปนี้ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป แต่ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์เช่นเดียวกันว่า เป็นคำจำกัดความที่ละเลยต่อความเป็นหนึ่งเดียวของระบบอุทกวิทยา เพราะระบบของน้ำไม่ได้มีเฉพาะลำน้ำประธานหรือสาขาที่ไหลผ่านรัฐมากกว่า 2 รัฐเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงน้ำใต้ดินและสาขาของแม่น้ำที่ระบายลงสู่แม่น้ำระหว่างประเทศด้วย จึงได้เกิดแนวความคิดในการจัดการน้ำอย่างเป็นระบบขึ้น

(2) ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ (*international drainage basin*)

คำจำกัดความ “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” เป็นคำจำกัดความของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (*international law association*) ซึ่งปรากฏใน Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International River 1996⁶ ได้ให้คำจำกัดความว่า ลุ่มแม่น้ำ

navigable to and from the sea, which connects with the sea a water naturally navigable which separates or traverses different States

⁵Yearbook of International Law Commission, 1976 Vol II Part 1 p.152

⁶Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International River 1996

ระหว่างประเทศ (*international drainage basin*) คือ พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ทั้งหมดที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปที่ถูกกำหนดโดยสันปันน้ำ ซึ่งครอบคลุมถึงน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน แต่คำจำกัดความนี้ก็ถูกคัดค้านเป็นอย่างมากจากประชาคมโลก⁷ เพราะมีผลให้ดินแดนซึ่งอยู่ภายใต้อธิปไตยอันเด็ดขาดของรัฐ ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย คำจำกัดความเช่นนี้จึงไม่ได้รับความนิยมนจากรัฐทั้งหลาย ดังนั้นจึงได้เกิดแนวความคิดใหม่ที่พยายามประสานคำจำกัดความ “แม่น้ำระหว่างประเทศ” และคำจำกัดความ “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” เข้าด้วยกันคือ “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ”

(3) ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ (*international watercourse*)

คำจำกัดความลุ่มน้ำระหว่างประเทศ เป็นคำจำกัดความที่เสนอโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (*international law commission*) ซึ่งปรากฏใน Draft Article on the Law of the Non – Navigational Uses of International Watercourse 1994 หมายความว่า ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ หมายถึง ลุ่มน้ำที่มีส่วนใดส่วนหนึ่งตั้งอยู่ในรัฐที่ต่างกัน และ ลุ่มน้ำหมายถึง ระบบของน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ประกอบกันขึ้น อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางกายภาพที่เป็นหน่วยเดียวกันและระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน⁸ คำจำกัดความนี้จะครอบคลุมเฉพาะระบบน้ำแต่ไม่ครอบคลุมถึงดินแดนของรัฐเช่นคำจำกัดความลุ่มน้ำระหว่างประเทศของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็มีขอบเขตกว้างกว่าความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศ ที่จำกัดเฉพาะส่วนของน้ำที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไปเท่านั้น

Article II An International drainage basin is a geographical area extending over two or more States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground water, flowing into a common terminus

⁷ Yearbook of International Law Commission, 1967 p.152.

⁸ Draft Article on the Law of the non – Navigational Uses of International Watercourse 1994

Article 2 a) “International Watercourse ” mean a watercourse, parts of which are situated in different State;

b) “watercourse” mean a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus,

เพราะคำจำกัดความนี้ครอบคลุมถึงสาขาของแม่น้ำระหว่างประเทศและน้ำใต้ดินด้วย ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากรัฐต่างๆ พอสมควร

แม้ว่าแนวคิดในการจัดการน้ำของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ จะสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องระบบอุทกวิทยาของน้ำและเหมาะสมกว่าคำจำกัดความของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวคิดนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปจากประชาคมโลก เพราะยังมีสนธิสัญญาอีกเป็นจำนวนมากใช้บังคับเฉพาะแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปเท่านั้น จึงคาดว่าคำจำกัดความนี้จะถูกปฏิเสธโดยเหตุผลเช่นเดียวกับคำจำกัดความลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ

ดังนั้น ในขณะนี้คำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป คือ คำจำกัดความที่ว่า แม่น้ำระหว่างประเทศคือแม่น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป การใช้แม่น้ำระหว่างประเทศจึงต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนการใช้ประโยชน์จากสาขาของแม่น้ำระหว่างประเทศและน้ำใต้ดินที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้นรัฐเจ้าของดินแดนมีสิทธิอย่างเด็ดขาดภายใต้ข้อจำกัดว่าจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐเพื่อบ้านอื่น

3.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ

จากคำจำกัดความของแม่น้ำระหว่างประเทศข้างต้น ที่กล่าวว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศ” หมายถึงแม่น้ำที่ไหลผ่านหรือไหลแบ่งรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปนั้น ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่สำคัญของแม่น้ำระหว่างประเทศ คือ เป็นแม่น้ำที่ตกอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป ดังนั้น รัฐอธิปไตยทั้งหลายจึงมีสิทธิที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้ แต่ว่ารัฐอธิปไตยทั้งหลายจะมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้เพียงใดนั้นเป็นไปตามทฤษฎีต่างๆ 4 ทฤษฎีด้วยกัน ซึ่ง Lipper ได้กล่าวไว้ดังนี้⁹

(1) ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือดินแดน (*Absoloute Territorial Sovereignty*)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่า รัฐเป็นนายเหนือดินแดนของตน รัฐจึงมีอิสระที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลร้ายที่เกิดนอกดินแดนของตน

⁹ A.H. Garretson, R.D. Hayton and C.J. Olmstead, The law of international drainage basin (New York : Oceana Publication, 1987) p.18.

แต่ประการใด ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ให้ประโยชน์แก่รัฐต้นน้ำอย่างมาก เพราะรัฐที่อยู่ต้นน้ำจะมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ตามอำเภอใจ โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นแก่รัฐท้ายน้ำ ในขณะที่เดียวกันรัฐท้ายน้ำก็จะได้รับความเสียหายจากทฤษฎีนี้เช่นเดียวกัน เพราะจะไม่ได้ใช้น้ำตามความต้องการของตน และต้องยอมทนรับผลร้ายจากการใช้น้ำของรัฐที่อยู่ต้นน้ำด้วย

โดยเหตุที่ทฤษฎีนี้เป็นแนวความคิดที่สนับสนุนการใช้น้ำของรัฐที่อยู่ต้นน้ำ ดังนั้น ในกรณีที่มิข้อพิพาทระหว่างรัฐเกิดขึ้น รัฐที่อยู่ต้นน้ำมักจะกล่าวอ้างถึงทฤษฎีนี้เสมอ ทฤษฎีนี้จึงไม่ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลกเลยเพราะไม่สอดคล้องกับสิทธิและผลประโยชน์ของรัฐท้ายน้ำ และในขณะเดียวกันทฤษฎีนี้ก็ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป คือหลักไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นด้วยการใช้น้ำของรัฐอื่นในลุ่มน้ำ

(2) ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน (*Absolute Territorial Integrity*)

ทฤษฎีนี้ถือว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีบูรณภาพเหนือดินแดนที่จะไม่ถูกแทรกแซงหรือรบกวนสิทธิจากการกระทำของรัฐอื่น¹⁰ ดังนั้น รัฐจึงมีสิทธิที่จะคาดหมายว่าน้ำในปริมาณเดียวกันที่จะไม่ถูกรบกวนทั้งแง่ปริมาณและคุณภาพจากรัฐอื่นจะไหลมาสู่ดินแดนของตน ทฤษฎีนี้สนับสนุนการใช้น้ำของรัฐท้ายน้ำเพราะตามทฤษฎีนี้รัฐที่อยู่ท้ายน้ำจะเป็นรัฐที่ได้รับผลประโยชน์มากที่สุด เนื่องจากมีสิทธิใช้น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของตนได้ตามอำเภอใจ รวมทั้งมีสิทธิที่จะคัดค้านการใช้น้ำของรัฐอื่น (*Right of Vito*) การใช้น้ำของรัฐอื่นที่รบกวนการไหลของน้ำด้วย ในขณะที่รัฐที่อยู่ต้นน้ำมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิดังกล่าวด้วยการไม่ใช้น้ำหรือไม่แทรกแซงการไหลของน้ำ ดังนั้น รัฐที่อยู่ต้นน้ำจึงไม่สามารถใช้ประโยชน์ใดๆ จากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ตามที่ต้องการ

ทฤษฎีนี้จึงเป็นอีกแนวความคิดหนึ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลกเนื่องจากแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของรัฐต้นน้ำและรัฐที่อยู่ท้ายน้ำ

(3) ทฤษฎีจำกัดอำนาจอธิปไตยและจำกัดบูรณภาพเหนือดินแดน

เนื่องจากทฤษฎีทั้งสองทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นไม่อาจนำมาใช้ได้ เพราะไม่สามารถประสานผลประโยชน์ของทั้งรัฐต้นน้ำและรัฐท้ายน้ำได้ ดังนั้น จึงได้เกิดแนวความคิดนี้ขึ้นมาเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาดกับการรักษาบูรณภาพอย่างเด็ดขาดของรัฐ โดยกล่าวว่า ทุกรัฐริมฝั่งจะมีอิสระที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดน

¹⁰ Amnat Wongbandit, *Hydroelectric Development on an International River: The Mekong Basin* (Doctor Dissertation York University, 1989) p.37.

ของตนได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสิทธิและผลประโยชน์ของรัฐชายฝั่งอื่นจะได้รับการเคารพ¹¹ ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้จะไม่มีการมีรัฐใดมีสิทธิดีกว่ารัฐอื่นๆ ในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่ทุกรัฐจะมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลก และถือได้ว่าเป็นรากฐานของกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศ

(4) ทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมกัน (*Community of Interest*)

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่มีความก้าวหน้ามากกว่าทฤษฎีจำกัดอำนาจอธิปไตยและจำกัดบูรณภาพเหนือดินแดน กล่าวคือ นอกจากจะเรียกร้องให้รัฐริมฝั่งจะต้องใช้น้ำโดยคำนึงถึงสิทธิของรัฐอื่นแล้ว ยังคงเรียกร้องให้รัฐริมฝั่งร่วมมือกันในการใช้น้ำ เพราะทรัพยากรน้ำในลุ่มน้ำถือเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันที่ไม่ถูกแบ่งแยกโดยพรมแดนทางการเมือง การใช้น้ำให้เกิดประโยชน์สูงสุดได้นั้น รัฐจำต้องร่วมมือกันในการวางแผนการใช้น้ำทั้งลุ่มน้ำ

แนวความคิดนี้ถือเป็นเป้าหมายสูงสุดของการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ เพราะแนวความคิดนี้จะทำให้การใช้ทรัพยากรที่มีอย่างจำกัดเกิดประโยชน์อย่างเต็มที่ แต่อย่างไรก็ตาม การร่วมมือกันในการพัฒนาแม่น้ำระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก เพราะนอกจากจะต้องมีระบบกฎหมายที่เอื้อต่อความร่วมมือแล้ว ความสัมพันธ์ทางการเมือง และความไว้วางใจก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่จะทำให้แนวความคิดนี้สำเร็จลงได้

3.1.3 สิทธิและหน้าที่ของรัฐชายฝั่งเกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ

3.1.3.1 สิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม

สิทธิของรัฐริมฝั่งที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ได้รับการรับรองไว้แล้วในลักษณะที่เป็นเหมือนเจ้าของร่วมหรือมีสิทธิที่จะใช้แม่น้ำร่วมกัน แต่สิทธิดังกล่าวย่อมมีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีรากฐานหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น ภายใต้หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมทุกรัฐชายฝั่งต่างมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล

การใช้สิทธิอันเท่าเทียมกันของรัฐไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องได้รับการแบ่งปันน้ำเป็นสัดส่วนเท่ากัน แต่หมายความว่าทุกรัฐมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะได้รับการแบ่งปันน้ำตามความ

¹¹ *Ibid.*, p.213.

จำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของตน อันสอดคล้องกับสิทธิการใช้น้ำของรัฐอื่น หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมจึงเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นสูง เพื่อประสานผลประโยชน์ของรัฐทั้งหลายให้การใช้ น้ำของรัฐเกิดประโยชน์สูงสุดในขณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด ดังนั้น ภายใต้หลักเกณฑ์นี้จะมีบางรัฐได้ใช้น้ำมากกว่าอีกรัฐหนึ่ง เนื่องจากมีความจำเป็นในการใช้มากกว่า

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการรับรองขึ้นเป็น ครั้งแรกโดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (*International Law Association*) ใน Resolution on the Use of waters Internation River (*New york* , 1958) และได้รับการ รับรองใน Helsinki Rules มาตรา 4 ว่า “ภายในดินแดนของตน แต่ละรัฐลุ่มน้ำมีสิทธิได้รับการ แบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล” หรือใน Draft Articles มาตรา 5 ความว่า “รัฐลุ่มน้ำต้องใช้น้ำจากลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่ไหล ผ่านดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล....”

นอกจากนี้ยังได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่าง ประเทศ และยังปรากฏในคำพิพากษาของศาลระหว่างมลรัฐต่างๆ ด้วย ดังจะเห็นได้จาก คำ พิพากษาของ Swiss Federal Court ที่ตัดสินในคดีระหว่าง Aargau v. Zurich ในปี ค.ศ.1987¹² คำพิพากษาของศาลเยอรมันนี ในคดี Wurttemberg and Prussia v. Baden 1972¹³

ภายใต้หลักเกณฑ์การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแสดงให้เห็นว่าทุกรัฐจะมีสิทธิอย่างเท่าเทียม กันในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ดังนั้น ประเด็นต่อไป ที่ต้องพิจารณาคือว่า การใช้น้ำในลักษณะใดจึงถือได้ว่าเป็นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม เพราะ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมกำหนดว่า การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้นต้องพิจารณา จากปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในแต่ละคดีเป็นเกณฑ์ ซึ่งปัจจัยและข้อเท็จจริงที่ เกี่ยวข้องในแต่ละคดีจะมีรายละเอียดอย่างไรบ้าง ในงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศที่ ปรากฏใน Helsinki Rules และงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ใน Draft Article ได้พยายามที่จะแจกแจงว่ามีปัจจัยที่ควรได้รับการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมใน การใช้น้ำ ซึ่งแยกพิจารณาดังนี้

¹² William L. Griffin, “The use of waters of international drainage hasins under customary international law ” *The American jurnal of international law* , Vol.53 (1996) p.66.

¹³ *Ibid.*, p.67

ในงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ปรากฏใน Draft Article
มาตรา 6¹⁴

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อากาศ ระบบนิเวศน์ และปัจจัยทางธรรมชาติ
อื่น

2. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลำนํ้าที่เกี่ยวข้อง
3. จำนวนประชากรของแต่ละรัฐที่ต้องพึ่งพาจากลำนํ้า
4. ผลกระทบจากการใช้ลำนํ้าของรัฐลำนํ้าที่เกิดแก่รัฐลำนํ้าอื่น
5. การใช้นํ้าในปัจจุบันของรัฐลำนํ้า
6. การอนุรักษ์ การป้องกัน การพัฒนา และการใช้นํ้าอย่างประหยัด
7. ทางเลือกอื่นที่สามารถใช้ได้ ที่มีคุณค่าทัดเทียมกับการใช้นํ้าที่เป็นอยู่

ในส่วนของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ได้เสนอปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง
ใน Helsinki Rules มาตรา 5 ซึ่งได้แก่

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มนํ้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ลุ่มนํ้าที่อยู่ในดินแดนของ
แต่ละประเทศ
2. ลักษณะทางอุทกวิทยา โดยเฉพาะอย่างยิ่งปริมาณนํ้าที่ระบายลงสู่แม่นํ้าจากรัฐลุ่ม
นํ้า
3. ลักษณะทางภูมิอากาศที่ส่งผลกระทบต่อกลุ่มนํ้า
4. การใช้ประโยชน์จากนํ้าทั้งในอดีตและปัจจุบัน
5. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ
6. จำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพานํ้าจากกลุ่มนํ้า
7. ต้นทุนเปรียบเทียบในกรณีที่จะต้องใช่วิธีอื่นที่จะทำให้ได้รับความพึงพอใจต่อความ
จำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ
8. ความสามารถในการจัดหาทรัพยากรอื่น
9. การหลีกเลี่ยงการสูญเปล่าจากการใช้ทรัพยากรนํ้าในกลุ่มนํ้าโดยไม่จำเป็น
10. ความสามารถในการจ่ายค่าทดแทนต่อประเทศอื่น เพื่อปรับความขัดแย้งในการใช้
นํ้าในระหว่างประเทศผู้ใช้นํ้า

¹⁴Draft Article on the Law of the non – Navigational Uses of International
Watercourse 1994, Article 6

11. ระดับความต้องการของแต่ละประเทศโดยไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อประเทศอื่น

มีข้อสังเกตว่าข้อเท็จจริงและปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่เสนอโดยองค์กรทั้งสองนี้ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายแต่ประการใด ทั้งนี้ เนื่องมาจากงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏใน Helsinki Rules มีสถานะเป็นเพียงความเห็นของนักนิติศาสตร์ และงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏใน Draft Article มีสถานะเป็นเพียง Lex Ferenda หรือกฎหมายที่ควรจะเป็นเท่านั้น ดังนั้น งานขององค์กรทั้งสองจึงเป็นเพียงแนวทางที่ช่วยในการค้นหาความเป็นธรรมในการใช้น้ำเท่านั้น ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายให้รัฐชายฝั่งต้องพิจารณาเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดนี้

3.1.3.2 หน้าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น

(Prohibition of causing injury to other state)

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้ เป็นพันธกรณีที่ห้ามไม่ให้รัฐใช้ดินแดนของตนหรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของตนไปในทางที่ขัดขวางการใช้สิทธิของรัฐอื่น มิฉะนั้นแล้วรัฐที่ก่อความเสียหายมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้มีรากฐานมาจากหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในการใช้อธิปไตยของแต่ละรัฐรัฐจึงมีหน้าที่ต้องคำนึงถึงอธิปไตยของรัฐอื่นด้วย

หน้าที่ที่รัฐจะต้องไม่ก่อความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้ได้ถูกนำมาใช้กับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น การที่รัฐมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตน รัฐจึงมีหน้าที่ต้องไม่ใช้น้ำในลักษณะใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น เช่น ต้องไม่ใช้น้ำในปริมาณมากจนรัฐอื่นไม่ได้มีโอกาสใช้ หรือต้องไม่ก่อให้เกิดมลพิษในแหล่งน้ำ

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ใช้น้ำในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ดังจะเห็นได้จาก สนธิสัญญาต่างๆ นอกจากนี้ยังปรากฏในคำพิพากษาศาลและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย ดังเช่น คดี

The Diversion of Water from the Meuse ค.ศ. 1937¹⁵ คดี Trail Smelter ค.ศ. 1941¹⁶ และ คดี ค.ศ.1957¹⁷ เป็นต้น

ในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ซึ่งปรากฏใน Draft Article on the Law of the non – Navigational Uses of International Watercourse 1994 (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า Draft Articles) ก็ได้นำหลักการนี้มาบัญญัติไว้เช่นกัน ในมาตรา 7 ความว่า รัฐลำน้ำ (Watercourse State) ต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงแก่รัฐอื่น¹⁸

หน้าที่ที่รัฐจะต้องไม่ใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศในประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนั้นแต่เดิมมีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง คือ ฝ่ายแรกมีความเห็นว่าความเสียหายที่กฎหมายระหว่างประเทศห้ามนั้น จะครอบคลุมถึงความเสียหายในทุกๆ กรณี ไม่คำนึงว่าเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อย หรือความเสียหายที่ร้ายแรง ดังนี้ แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยเท่านั้น รัฐที่ก่อความเสียหายก็มีหน้าที่จะต้องเยียวยา ส่วนฝ่ายที่สองเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศห้ามรัฐใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ เฉพาะในกรณีที่เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงที่เกิดแก่รัฐอื่นเท่านั้น แต่หากเป็นความเสียหายตามปกติธรรมดาจากการใช้ตามปกติ หรือความเสียหายเพียงเล็กน้อยแล้วรัฐจะไม่ถูกห้ามไม่ให้ใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ

เมื่อ Draft Article on the Law of the non – Navigational Uses of International Watercourse 1994 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่ร้ายแรง จึงพอถือได้ว่าแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งไปในลักษณะห้ามรัฐก่อความเสียหายที่ร้ายแรงในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศร่วมกัน ตามแนวคิดใน

¹⁵ Dante A. Caponera, The Law of international water resources, p.229

¹⁶ *Ibid.*, p.242

¹⁷ *Ibid.*, p.246

¹⁸ Draft Article on the Law of the non – Navigational Uses of International Watercourse 1994 ,

Article 7(1) Watercourse States shall cooperate on the basis of sovereign equality , territorial integrity and mutual benefit in order to attain optimal utilization and adequate protection of an international watercourse

เรื่องผลประโยชน์ร่วมกันและสอดคล้องกับหลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีที่รัฐเพื่อนบ้านต้องยอมทนรับความเสียหายเล็กน้อยที่เกิดขึ้นด้วย

3.1.3.2 หน้าที่ให้ความร่วมมือ (Duty to cooperate)

หน้าที่ร่วมมือเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐชายฝั่งทั้งหลายที่มีสิทธิใช้ประโยชน์ร่วมกันจากทรัพยากรธรรมชาติ ต้องร่วมมือกันในการใช้ทรัพยากรธรรมชาตินั้น เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในขณะเดียวกันก็เกิดผลกระทบต่อรัฐอื่นน้อยที่สุด

หน้าที่ร่วมมือนี้ได้ถูกนำมาปรับใช้ในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศด้วย ดังปรากฏใน Draft Article มาตรา 8 ระบุว่า รัฐลำนํ้าต้องร่วมมือกันบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคในอธิปไตย บุรณภาพเหนือดินแดนและผลประโยชน์ร่วมกัน เพื่อให้การใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศเกิดประโยชน์ที่ดีที่สุด และมีมาตรการป้องกันที่เพียงพอ¹⁹

สำหรับรายละเอียดของหน้าที่ร่วมมือในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศจะได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการร่วมมือเรื่องใดบ้างนั้น ได้มีข้อมติขององค์การสหประชาชาติ คือ Resolution 3281 (XXIX) on Charter of Economic and Duty of State (New York) 1974²⁰ มาตรา 3 เสนอให้ร่วมมือกันดังนี้

“ ในการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปมีสิทธิร่วมกัน แต่ละรัฐต้องร่วมมือกันบนพื้นฐานแห่งระบบข้อสนเทศและการปรึกษาหารือล่วงหน้า เพื่อให้การพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติเกิดประโยชน์ที่ดีที่สุด และเกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่นน้อยที่สุด ”

หน้าที่ร่วมมือกันนี้ได้รับการรับรองโดยทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศแล้วดังจะเห็นได้จากการที่รัฐทั้งหลายทำสนธิสัญญาต่างๆ หรือตกลงตั้งคณะกรรมการร่วมกันมาเพื่อวางแผนและจัดการการใช้น้ำ รวมถึงมีหน้าที่แก้ไขข้อพิพาทในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศระหว่างตน เช่น คณะกรรมาธิการน้ำและเขตแดน ระหว่างสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ตามสนธิสัญญา Treaty between Great Britain and the United States relating to Boundary waters and questions arising between the United States and Canada 1990 , คณะกรรมการ

¹⁹ Article 8 Watercourse States shall exercise due diligence to utilize an international watercourse in such a way as not to cause significant harm to other watercourse State

²⁰ Dante A , Caponera, The law of Internation water resources , p.160

แม่น้ำไนเจอร์ ตามสนธิสัญญาแม่น้ำไนเจอร์ ค.ศ.1964 และคณะกรรมการแม่น้ำโขง ตามข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน เป็นต้น

3.1.3.3 หน้าที่แจ้ง (*Duty to notification*)

หน้าที่แจ้งเป็นพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐชายฝั่งที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อรัฐชายฝั่งอื่น มีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐชายฝั่งอื่นทราบล่วงหน้าถึงโครงการที่ตนจะทำพร้อมทั้งให้ข้อมูลที่จำเป็นทั้งนี้เพื่อให้รัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินโครงการมีโอกาสประเมินผลกระทบจากโครงการและคัดค้านโครงการได้ก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง

หน้าที่ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องแจ้งโครงการของตนให้รัฐอื่นทราบล่วงหน้านี้ ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ใน Draft Articles มาตรา 12 ความว่า ก่อนที่รัฐลำนํ้าจะดำเนินโครงการหรืออนุญาตให้ดำเนินโครงการใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงแก่รัฐลำนํ้าอื่น รัฐเจ้าของโครงการต้องแจ้งให้รัฐอื่นทราบล่วงหน้าเสียก่อน พร้อมทั้งจัดหาข้อมูลทางเทคนิคและข้อสนเทศที่เพียงพอเพื่อให้รัฐลำนํ้าอื่นได้มีโอกาสประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้น²¹

หน้าที่แจ้งนี้จึงเป็นหน้าที่ที่ช่วยป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้น เพราะการปล่อยให้เกิดความเสียหายขึ้นก่อนแล้วจึงมาคิดหาหนทางเยียวยาแก้ไข อาจยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นเนื่องจากความเสียหายบางอย่าง เช่น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมไม่อาจถูกเยียวยาหรือแก้ไขได้ภายในระยะเวลาอันสั้น ดังนั้น ในทางปฏิบัติของรัฐทั้งหลายจึงได้กำหนดให้รัฐที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อรัฐอื่นมีหน้าที่แจ้ง

ในข้อมติขององค์การสหประชาชาติได้กล่าวถึงหน้าที่แจ้งเช่นเดียวกัน ดังปรากฏใน Recommendation 51 ของ Declarations of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm) 1972 ความว่า “ รัฐทั้งหลายตกลงว่า เมื่อใดก็ตามที่การ

²¹ Article 12 Before a State implements or permits the implementation of plan measure which may have a significant adverse effect upon other watercourse States , it shall provide those State with timely notification thereof. Such notification shall be accompanied by available technic data and information in order to enable the notified State to evaluate the possible effects of the planned measures.

ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำถูกพิจารณาว่า อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมในดินแดนของรัฐอื่น รัฐอื่นๆ จะต้องได้รับแจ้งให้ทราบล่วงหน้าเสียก่อนถึงกิจกรรมที่จะทำลง”²²

ในส่วนของการงานของนักนิติศาสตร์ ได้ให้การสนับสนุนหน้าที่แจ้งเช่นกัน ดังเห็นได้จากงานดังต่อไปนี้ คือ งานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏใน Helsinki Rules มาตรา 29²³ และในงานของ Institute of International Law ใน Resolution on the use of International Non – Maritime Waters (salzbourg) 1961 มาตรา 5²⁴ เป็นต้น

ทางปฏิบัติที่ปรากฏในข้อมติขององค์การสหประชาชาติและความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่กล่าวมาข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่าหน้าที่นี้ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปจากประชาคมโลกในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว

3.1.3.4 หน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจา

หน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจา เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการใช้น้ำระหว่างประเทศอย่างสันติโดยการปรึกษาหารือและเจรจา โดยได้รับการรับรองไว้ใน Draft Article มาตรา 14 ความเป็นว่า “ ถ้ารัฐที่ได้รับแจ้งคัดค้านโครงการแล้ว รัฐที่แจ้งและรัฐที่คัดค้านจะต้องปรึกษาหารือกัน และถ้าจำเป็นให้เจรจา เพื่อให้ได้ข้อสรุปที่เป็น

²²Recommendation 51 Nation agree that when major water resource activities are contemplated that may have a significant environmental effect on another country , the other country should be notified well in advance of the activity envisaged.

²³ Article XXIX (2) A state , regardless of its location in drainage basin , should in particular furnish to other basin State , the interest of which may be substantial affect , notice of any proposed construction or installation which would alter the regime of the basin in away which might give rise to a dispute as in Article XXVI. The notice should include such essential facts as will permit the recipient to make an assessment of probable effect of proposed alteration.

²⁴ Article V The work or uses ... may only be initiated after due advance notice has been given to State concerned.

ธรรม²⁵ ดังนั้น ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทอันเนื่องมาจากโครงการที่ได้แจ้งไปตามหน้าที่แจ้งที่กล่าวมาในหัวข้อที่แล้ว ทั้งรัฐที่เสนอโครงการและรัฐที่คัดค้านโครงการมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจาเพื่อหาข้อสรุปที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

หน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจานี้ได้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ได้ตัดสินโดยวางหลักให้รัฐพิพาทมีหน้าที่ต้องเจรจาและปรึกษาหารือเพื่อแก้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ดังเห็นได้จากคดีต่อไปนี้ คือ คดี North Sea Continental Shelf 1969²⁶ ศาลได้วางหลักว่า “รัฐพิพาทมีหน้าที่ต้องเจรจาเพื่อทำความตกลงระหว่างกัน” (*The parties are under an obligation with a view to arriving at an agreement*) หรือในคดี Lake Lanoux อนุญาโตตุลาการได้วางหลักว่า “แม้ว่าหน้าที่ปรึกษาหารือไม่ได้กำหนดให้ต้องทำความตกลง แต่เป็นหน้าที่ที่รัฐต้องปรึกษาหารือเท่าที่ทำได้เพื่อทำความตกลง” (*even though the obligation to consult did not imply an obligation to reach agreement, it did oblige the State to pursue the consultation as far possible with a view to concluding an agreement*)²⁷

นอกจากนี้แล้วหน้าที่ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องปรึกษาหารือและเจรจาก่อนดำเนินโครงการยังได้รับการสนับสนุนจากงานของนักนิติศาสตร์ดังนี้ด้วย คือ งานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ดังปรากฏใน Helsinki Rules มาตรา 30 และงานของ Institute of International Law ใน Resolution on the use of International Non – Maritime Waters (*salzbourg*) 1961 มาตรา 6²⁸

²⁵ Article 14 If a communication is made under paragraph 2 of article 15 ,the notifying State and the State making the communication shall enter into consultations and, if necessary, negotiations with a view to arriving at an equitable resolution of the situation.

²⁶ Amnat Wongbandit , Hydroelectric Development on an international river: The Mekong River , p.111

²⁷ J.G. Lammer , International and European Community Law aspect of Pollution of International watercourse Environmental protection and international law , p.132

²⁸ Article VI If obligation are raised , the State shall enter in negotiation in view of reach an agreement within a reasonable time.

ทางปฏิบัติที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและความเห็นของนักนิติศาสตร์ ที่กล่าวมาข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่าหน้าที่นี้ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปจากประชาคมโลกในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าหน้าที่ปรึกษาหารือและหน้าที่เจรจาจะได้รับการรับรองว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว แต่ยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปอีก คือ การที่รัฐมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจากับรัฐอื่นแล้วรัฐจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น หรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนจึงจะดำเนินโครงการได้หรือไม่ ในประเด็นนี้มีความเห็นเป็น 2 แนวทางด้วยกันคือ

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า รัฐเจ้าของโครงการที่มีหน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจาส่งจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่นหรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อน จึงจะดำเนินโครงการตามความประสงค์ของตนได้ มิฉะนั้นแล้วรัฐเจ้าของโครงการไม่อาจดำเนินโครงการได้ ความเห็นนี้ได้รับการสนับสนุนจาก Pan - American Union ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศ (Intergovernmental Organization) ใน Declaration concerning the industrial and Agricultural Use of International River (Montevideo , 24 December 1993)²⁹

ฝ่ายที่สองเห็นว่า แม้ว่ารัฐเจ้าของโครงการจะมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจากับรัฐอื่นก็ตาม แต่รัฐไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอมหรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นเสียก่อนจึงจะดำเนินโครงการได้ แนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากท่าน Caponera³⁰ ซึ่งกล่าวว่า “ หน้าที่ในการปรึกษาหารือ ไม่ก่อให้เกิดสิทธิคัดค้าน ดังนั้น รัฐจึงไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น หรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนดำเนินการ เพราะหน้าที่ดังกล่าวขัดกับหลักอธิปไตยและความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิในการใช้น้ำตามทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมกัน (community of interest) ” นอกจากนี้แล้วในคดี Lake Lanoux³¹ ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการทำความตกลงก่อนดำเนินโครงการว่า “วิธีการที่จะประสานผลประโยชน์ของทั้งสองรัฐคือการทำข้อตกลงระหว่างกัน ... แต่กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้รัฐสามารถใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ภายใต้เงื่อนไขที่

²⁹ Dante A , Caponera, The law of International water resources , p.205

³⁰ Dante A. Caponera , Principle of water and administration : national and international , p.216

³¹ William L. Griffin, “The use of waters of international drainage basins under customary international law ” The American journal of international law . Vol.53 (1996) p.63.

ต้องทำความตกลงก่อนนั้น ไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็น หลักกฎหมายทั่วไป ”

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การที่รัฐมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจากับรัฐอื่นก่อนที่จะดำเนิน โครงการนั้น ไม่ได้หมายความว่ารัฐมีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอม หรือต้องทำความตกลงกับ รัฐอื่นก่อนดำเนินโครงการ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่ารัฐไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอมหรือทำ ข้อตกลงกับรัฐอื่นก่อนดำเนินโครงการก็ตาม แต่ในระหว่างการเจรจาและปรึกษาหารือ รัฐไม่ควร จะดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับโครงการของตนทั้งสิ้นจนกว่าจะได้ข้อสรุป เว้นเสียแต่ว่าจะไม่ สามารถหาข้อสรุปได้ภายในกำหนดเวลาตามสมควรแล้ว มิฉะนั้นแล้วหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐต้องมี หน้าที่ปรึกษาและเจรจาเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่เป็นธรรมก็จะไร้ผลไม่สามารถนำไปใช้แก้ไขข้อพิพาทที่ เกิดขึ้นได้เลย

3.2 ข้อตกลงความร่วมมือว่าด้วยการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน

(Agreement on the cooperation for the Sustainable

Development of the Mekong River Basin)

3.2.1 พัฒนาการของระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำโขง

ความตกลงในการใช้น้ำจากลุ่มแม่น้ำโขงมีขึ้น ตั้งแต่ยุคที่ฝรั่งเศสครอบครองดินแดนอิน โดจีน โดยฝรั่งเศสได้ทำสนธิสัญญากับไทย ได้แก่สนธิสัญญาฝรั่งเศส สยาม ฉบับลงวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ.1856 และฉบับลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1925 ซึ่งมีสาระสำคัญที่ให้เสรีภาพ อย่างเด็ดขาดแก่รัฐชายฝั่งที่จะเดินเรือในแม่น้ำโขงเพื่อการค้า ต่อมาเมื่อประเทศอินโดจีนได้รับ เอกราชจากฝรั่งเศส ประเทศไทย ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ได้ตกลงร่วมกันก่อตั้ง คณะกรรมการประสานงานสำรวจลุ่มแม่น้ำโขง (*committee for Co-ordination of Investigations of the Lower Mekong Basin*) ในปี ค.ศ.1957 โดยคณะกรรมการดังกล่าว จะมีหน้าที่ส่งเสริม ประสานงาน ตรวจสอบ และควบคุมแผนงาน หรือการสำรวจโครงการพัฒนา บนลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง³² แต่ต่อมาในปี ค.ศ.1975 ดินแดนอินโดจีนทั้งหมดตกอยู่ภายใต้ลัทธิ คอมมิวนิสต์และกัมพูชาก็ประสบปัญหาสงครามกลางเมืองไม่อาจส่งผู้แทนเข้าร่วมใน

³² Committee for Coordination of Investigations of the Lower Mekong Basin, Article 4.

คณะกรรมการได้ทำให้คณะกรรมการไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้สมาชิกที่เหลือ คือ ไทย ลาว และเวียดนาม จึงได้ตกลงตั้งคณะกรรมการประสานงานสำรวจลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง (ชั่วคราว) ขึ้นในปี พ.ศ. 1978 เพื่อดำเนินความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงต่อไป ในระหว่างที่รอการกลับมาของกัมพูชา ซึ่งคณะกรรมการแม่น้ำโขง (ชั่วคราว) นี้มีหน้าที่ใกล้เคียงกับคณะกรรมการเดิมคือ มีหน้าที่ส่งเสริมการพัฒนาทรัพยากรน้ำในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง เพื่อเพิ่มผลผลิตทางการเกษตร และผลิตกระแสไฟฟ้า³³

ต่อมาในปี ค.ศ. 1990 (พ.ศ.2533) เมื่อเหตุการณ์สู้รบในกัมพูชายุติลงและกัมพูชาได้เสนอขอกลับเข้าร่วมในคณะกรรมการแม่น้ำโขงอีกครั้งหนึ่ง ประเทศไทยจึงเสนอว่าควรจะมีการปรับปรุงโครงสร้างของคณะกรรมการแม่น้ำโขง(ชั่วคราว) เสียใหม่เพราะความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่จำกัดเฉพาะลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างจะไม่สอดคล้องกับความจำเป็นในปัจจุบันจึงควรเชิญจีน และเมียนมาร์ซึ่งอยู่ในลุ่มแม่น้ำโขงตอนบนเข้าร่วมมือในการพัฒนาด้วย ดังนั้นประเทศทั้ง 4 จึงได้จัดทำข้อตกลงใหม่คือ “ข้อตกลงความร่วมมือว่าด้วยการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน” เมื่อวันที่ 5 เมษายน พ.ศ.2538 (ค.ศ.1995) (พ.ศ.2538) ประกอบด้วยภาคีสมาชิก 4 ประเทศ คือ ประเทศไทย ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ส่วนจีนและพม่ายังไม่ได้เข้าเป็นภาคี แต่ในข้อตกลงได้เปิดช่องไว้ให้ประเทศทั้งสองสามารถเข้าเป็นภาคีได้

3.2.2 บทบัญญัติในข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืน

3.2.2.1 สิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับการใช้แม่น้ำโขง

หัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงบทบัญญัติในข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืนในส่วนของสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีในการใช้น้ำจากแม่น้ำโขง ดังนี้

3.2.2.1.1 คำจำกัดความของระบบแม่น้ำโขง(Mekong River System)

คำว่า “ระบบแม่น้ำโขง” (Mekong River System) ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ความว่า “ การใช้น้ำจากแม่น้ำโขง...” แต่กลับไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดในข้อตกลงได้ให้ข้อจำกัดความของคำว่าระบบแม่น้ำโขงไว้เลย แต่อย่างไรก็ตามการที่บทบัญญัติในข้อตกลงฯใช้คำว่า “ระบบแม่น้ำโขง” ไม่ได้ใช้คำว่า “แม่น้ำโขง” แสดงว่าต้องการให้ครอบคลุมถึงระบบของ

³³ Declaration concerning the Interim Committee for Coordination of Investigations of Lower Mekong Basin.

แม่น้ำโขงทั้งหมดไม่จำกัดเฉพาะตัวลำน้ำโขง ซึ่งเป็นลำน้ำประธานเท่านั้น ดังนั้น คำว่า “ระบบแม่น้ำโขง” จึงน่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่าลำน้ำที่ได้รับการรับรองไว้ใน Draft Article มาตรา 2 ความว่า “ลำน้ำ หมายถึงระบบน้ำใต้ดิน และน้ำผิวดินที่มีความเกี่ยวพันทางกายภาพเป็นหนึ่งเดียวและระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน”

คำจำกัดความของระบบแม่น้ำโขงที่ครอบคลุมถึงระบบน้ำทั้งหมดเช่นนี้ จึงมีผลให้ลำน้ำสาขาและน้ำใต้ดินที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐแต่เพียงรัฐเดียว และตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยอันเด็ดขาดของรัฐ ต้องตกมาอยู่ภายในบังคับแห่งข้อตกลงฯ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนเพราะรัฐยังมีสิทธิอย่างเด็ดขาดที่จะใช้น้ำจากแหล่งน้ำภายในประเทศ แต่ถูกจำกัดให้ต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์บางประการที่ปรากฏในข้อตกลงฯ เท่านั้น

3.2.2.1.2 การใช้น้ำอย่างเป็นธรรม

บัญญัติอยู่ในมาตรา 5 ความว่า “การใช้น้ำในระบบของแม่น้ำโขงภายในดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล สอดคล้องกับปัจจัยและข้อเท็จจริงอื่นๆที่เกี่ยวข้องทั้งหมด กฎเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 แห่งข้อตกลงนี้.....” บทบัญญัติในมาตรานี้มีความหมายเช่นเดียวกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม ดังนั้น ทุกรัฐภาคีจึงต้องใช้สิทธิของตนอย่างเป็นธรรมโดยที่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและปัจจัยที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดีและหลักเกณฑ์ตามมาตรา 26 แห่งข้อตกลงฯ แต่ในข้อตกลงฯไม่ได้กำหนดว่าปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องมีอะไรบ้างโดยในมาตรา 26³⁴ ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการร่วมไปทำความตกลงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้น้ำที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น ในขณะนี้จึงยังไม่ปรากฏว่า จะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณาว่าการใช้น้ำอย่างไรจึงถือว่าเป็นธรรม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ

³⁴ มาตรา 26 คณะกรรมการร่วม (Joint Committee) จะต้องตระเตรียมและเสนอ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการใช้น้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 และ 6 เพื่อให้คณะมนตรีอนุมติ และรายละเอียดอื่นๆ ดังนี้

1. กำหนดช่วงเวลาระหว่างฤดูฝนและฤดูแล้ง
2. ก่อตั้งสถานีอุทกวิทยา เพื่อกำหนดและรักษาอัตราการไหลของน้ำในแต่ละสถานี
3. กำหนดบรรทัดฐานในการพิจารณาน้ำที่มีเหลือบนลำน้ำประธานในช่วงฤดูแล้ง
4. ปรับปรุงกลไกในการตรวจสอบการใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ
5. กำหนดกลไกในการตรวจตราการผันน้ำจากลำน้ำประธานข้ามลุ่มน้ำ

ประเทศภาคียังไม่สามารถหาข้อยุติกันได้ในเรื่องการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแต่หลักการจะไปให้คณะกรรมการแม่น้ำโขง ดังนั้น ในการแปลความว่าอย่างไรเป็นการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมรัฐภาคีอาจนำหลักเกณฑ์ที่ได้รับรองไว้ใน Draft Article³⁵ และที่ได้รับรองไว้ใน Helsinki Rules³⁶

³⁵ ใน Draft Article on the Law of the non – Navigational Uses of International Watercourse 1994 ได้กล่าวถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในมาตรา 6 ความว่า

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อากาศ ระบบนิเวศน์ และปัจจัยธรรมชาติ
2. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลำนํ้าที่เกี่ยวข้อง
3. จำนวนประชากรของแต่ละรัฐที่ต้องพึ่งพาลำน้ำจากลำน้ำ
4. ผลกระทบจากการใช้ลำน้ำของรัฐลำนํ้าที่เกิดขึ้นแก่รัฐลำนํ้าอื่น
5. การใช้น้ำปัจจุบันของรัฐลำนํ้า
6. การอนุรักษ์ การป้องกัน การพัฒนา และการใช้น้ำอย่างประหยัด
7. ทางเลือกอื่นที่สามารถใช้ได้ ที่มีคุณค่าทัดเทียมกับการใช้น้ำที่เป็นอยู่³⁵

ในส่วนของ Helsinki Rules ได้กล่าวถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่ใช้พิจารณาไว้ในมาตรา 5 ความว่า

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของแต่ละประเทศ
2. ลักษณะทางอุทกวิทยาโดยเฉพาะอย่างยิ่งปริมาณน้ำที่ระบายลงสู่แม่น้ำจากรัฐลุ่มน้ำ
3. ลักษณะทางภูมิอากาศที่ส่งผลกระทบต่อลุ่มน้ำ
4. การใช้ประโยชน์จากน้ำทั้งในอดีตและปัจจุบัน
5. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ
6. จำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาลำน้ำจากลุ่มน้ำ
7. ต้นทุนเปรียบเทียบในกรณีที่จะต้องใช้วิธีอื่นที่จะทำให้ได้รับความพึงพอใจต่อความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ
8. ความสามารถในการจัดหาทรัพยากรอื่น
9. การหลีกเลี่ยงการสูญเสียเปล่าจากการใช้ทรัพยากรน้ำในลุ่มน้ำโดยไม่จำเป็น
10. ความสามารถในการจ่ายค่าทดแทนต่อประเทศอื่น เพื่อปรับความขัดแย้งในการใช้น้ำในระหว่างประเทศผู้ใช้น้ำ
11. ระดับความต้องการของแต่ละประเทศโดยไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อประเทศอื่น

มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาไปพลางก่อนได้ เพราะหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในงานทั้งสองชิ้นได้รับการยอมรับโดยทั่วไปจากประชาคมโลกแล้ว

3.2.2.1.3 หน้าที่ไม่ก่อความเสียหายที่ร้ายแรง

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐภาคีอื่น ถูกกำหนดไว้ในข้อตกลงฯ ในมาตรา 7 ความว่า

“ต้องใช้ความพยายามทุกวิถีทางเพื่อหลีกเลี่ยง ลด และบรรเทาผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะที่จะกระทบต่อปริมาณและคุณภาพน้ำ ระบบนิเวศ และสมดุลของระบบนิเวศของระบบน้ำ จากการพัฒนาและการใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำโขง หรือการปล่อยน้ำเสียหารัฐหนึ่งหรือหลายรัฐถูกแจ้ง พร้อมหลักฐานที่เชื่อถือได้ว่าเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อรัฐอื่น จากการใช้น้ำหรือการปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำโขง รัฐที่เป็นต้นเหตุต้องระงับความเสียหายทันที จนกว่าอันตรายนั้นจะสอดคล้องกับมาตรา 8 ”

บทบัญญัตินี้กำหนดให้รัฐที่ใช้น้ำจากแม่น้ำโขงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้น้ำเพื่อไม่ให้เกิดการใช้น้ำของตนก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เมื่อมีหลักฐานอย่างชัดเจนว่าการใช้น้ำของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงในดินแดนของรัฐอื่นรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายมีหน้าที่ต้องยุติการใช้น้ำที่เป็นเหตุแห่งความเสียหายทันที และต้องปฏิบัติตามบัญญัติในมาตรา 8 คือ “ทุกรัฐที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องพิจารณากำหนดสาเหตุของความเสียหาย , ขอบเขตของความเสียหาย และความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ต้องระงับข้อพิพาทอย่างสันติวิธีด้วย”

บทบัญญัตินี้ถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ช่วยส่งเสริมหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ เมื่อรัฐมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะใช้น้ำอย่างเป็นธรรม รัฐนั้นก็มิหน้าที่ต้องไม่ใช้สิทธิของตนให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงแก่รัฐอื่น อย่างไรก็ตาม รัฐที่อ้างว่าได้รับความเสียหายย่อมมีภาระการพิสูจน์ด้วยเพื่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องเช่นกัน ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้ว่ามีความเสียหายร้ายแรงแล้วก็ย่อมไม่เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

3.2.2.1.4 หน้าที่รักษาอัตราการไหลของน้ำในลำน้ำโขง

หน้าที่รักษาอัตราการไหลของน้ำในลำน้ำโขง เป็นหน้าที่ที่กำหนดขึ้นมาใช้บังคับ โดยเฉพาะในข้อตกลงนี้ ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 6 ความว่า

“ต้องร่วมกันรักษาระดับอัตราการไหลของน้ำในลำน้ำประธาน จากการผันน้ำไปใช้ การปล่อยที่เก็บกักไว้ หรือการกระทำอื่นใดที่มีลักษณะถาวร เว้นแต่กรณีฝนแล้งหรือน้ำท่วมอย่างรุนแรงที่เคยเกิดแล้วในอดีต

ก. ต้องไม่ต่ำกว่าอัตราการไหลต่ำสุดตามธรรมชาติของแต่ละเดือนในฤดูแล้งที่ได้รับการยอมรับ

ข. ต้องรักษาสีอัตราการไหลย้อนกลับตามธรรมชาติในแม่น้ำตอนกลางในฤดูฝนให้อยู่ในระดับที่ได้รับการยอมรับ

ค. การป้องกันไม่ให้อัตราการไหล ไหลสูงสุดเฉลี่ยรายวันสูงกว่าอัตราการไหลเฉลี่ยธรรมชาติที่เคยเกิดขึ้นในช่วงที่เกิดน้ำท่วม

คณะกรรมการร่วมจะวางแผนทางสำหรับการกำหนดจุด และระดับการไหลของน้ำ พร้อมทั้งจัดระบบเตือนและใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาระดับน้ำดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 26”

หน้าที่นี้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐท้ายน้ำแต่ฝ่ายเดียวในขณะที่รัฐที่อยู่ต้นน้ำมีหน้าที่จะต้องให้ประกันว่าการใช้น้ำของตนในแต่ละฤดูจะไม่ทำให้อัตราการไหลของน้ำในแม่น้ำโขงลดลงกว่าอัตราต่ำที่สุดที่ได้รับการยอมรับ และให้ประกันว่าการระบายน้ำจากโครงการของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐท้ายน้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ประกันอัตราการไหลของน้ำนี้ จะมีความใกล้เคียงกับทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดนที่ห้ามไม่ให้รัฐต้นน้ำต้องไม่รบกวนการไหลของน้ำในลำน้ำระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก จะต่างกันเพียงแต่ว่าภายใต้ข้อตกลงนั้นรัฐต้นน้ำมีสิทธิใช้น้ำได้ แต่ต้องไม่กระทบต่ออัตราการไหลต่ำสุดในแต่ละฤดูที่ยอมรับได้ แต่ก็มีผลเป็นการจำกัดการใช้น้ำของรัฐต้นน้ำเช่นเดียวกัน

3.2.2.1.5 หน้าที่ก่อนดำเนินโครงการ

หน้าที่ก่อนดำเนินโครงการนี้เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐภาคีที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใช้น้ำในลักษณะใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่ออัตราการไหลของน้ำในลำน้ำโขงมีหน้าที่ต้องทำความเข้าใจเป็นพิเศษหรือมีหน้าที่ปรึกษาหารือหรือมีหน้าที่แจ้งกับคณะกรรมการร่วมก่อนจึงจะดำเนินโครงการได้ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 5 ความว่า

“A การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำและการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำจากสาขาของแม่น้ำโขง ซึ่งรวมถึงแม่น้ำตอนกลางต้องแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบ

B การใช้น้ำจากลำน้ำประธานในกรณีดังต่อไปนี้

1 ในฤดูฝน

a) การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบ

b) การผันน้ำข้ามลุ่มน้ำต้องปรึกษารวบรวมก่อน

เพื่อให้บรรลุข้อตกลง

2 ในฤดูแล้ง

a) การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำต้องปรึกษารวบรวมก่อน

เพื่อให้บรรลุข้อตกลง

b) โครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำแต่ละโครงการ จะต้องทำความเข้าใจเป็นพิเศษกับคณะกรรมการร่วมก่อนดำเนินโครงการ เว้นแต่คณะกรรมการร่วมมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่ามีปริมาณน้ำเหลือเกินกว่าโครงการใช้น้ำของทุกรัฐ และการผันน้ำที่เหลือนี้ไปใช้จะต้องปรึกษารวบรวม ”

ในการพิจารณาหน้าที่ต่างๆ จะแยกพิจารณา ดังนี้

1. การทำข้อตกลงพิเศษกับคณะกรรมการร่วม

หน้าที่นี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 5 (B)(2)(b) ที่กำหนดว่าโครงการผันน้ำข้ามลุ่มน้ำจากลำน้ำประธานในฤดูแล้งแต่ละโครงการ จะต้องทำความเข้าใจเป็นพิเศษกับคณะกรรมการร่วมก่อนดำเนินโครงการ แต่ก็มีข้อยกเว้นว่าถ้าคณะกรรมการร่วมมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่ายังมีปริมาณน้ำมากเกินกว่าขอเสนอใช้น้ำของทุกรัฐแล้ว การผันน้ำจากลำน้ำประธานในฤดูแล้งเพื่อไปใช้ในลุ่มน้ำนั้นรัฐไม่จำเป็นต้องทำความเข้าใจเป็นพิเศษก็ได้ เพียงแต่ปรึกษารวบรวมก็เพียงพอแล้ว

2. การปรึกษารวบรวมกับคณะกรรมการร่วม

หน้าที่นี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 5 (B) (1) (b) และมาตรา 5 (B) (2) (b) ซึ่งกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ปรึกษารวบรวม ต่อเมื่อ

(1) โครงการใช้น้ำของรัฐเป็นการผันน้ำจากแม่น้ำโขงไปยังลุ่มน้ำอื่นในฤดูฝน

(2) โครงการใช้น้ำของรัฐเป็นการใช้น้ำจากแม่น้ำโขงในฤดูแล้ง

การที่ข้อตกลงกำหนดให้มีหน้าที่ปรึกษารวบรวม เมื่อมีการใช้น้ำใน 2 ลักษณะนี้ไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีมีหน้าที่ต้องปรึกษารวบรวมในทุกกรณี รัฐภาคีจะต้องมีหน้าที่ปรึกษารวบรวมต่อเมื่อโครงการใช้น้ำของรัฐภาคีเป็นการใช้น้ำที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อการไหลของน้ำในลำน้ำโขงเท่านั้น หากเป็นการใช้น้ำในครัวเรือนหรือการใช้น้ำเพียงเล็กน้อยที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการไหลของแม่น้ำโขงแล้วไม่จำเป็นต้องปรึกษารวบรวม

ในข้อตกลงฯได้กำหนดหน้าที่ปรึกษารวบรวมและผลของการปรึกษารวบรวมไว้ว่า การปรึกษารวบรวม หมายถึง การแจ้งล่วงหน้า พร้อมทั้งให้ข้อมูลและข้อสนเทศแก่คณะกรรมการร่วม

ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 26 ซึ่งจะเป็นพื้นฐานไปสู่การทำข้อตกลง เพื่อให้รัฐสมาชิกอื่นที่ได้โต้แย้งและประเมินผลกระทบของข้อเสนอใช้น้ำนั้นที่อาจมีขึ้นต่อการใช้้ำของรัฐตนหรือผลกระทบด้านอื่นๆ การปรึกษานี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการคัดค้าน (*Right to Veto*) และไม่ก่อให้เกิดสิทธิแต่ฝ่ายเดียวในการใช้น้ำของรัฐใดๆ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิการใช้น้ำของรัฐนั้น

หน้าที่ปรึกษาหารือดังกล่าวก็ยังไม่มีความชัดเจน กล่าวคือ จะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณาว่าโครงการเกิดผลกระทบร้ายแรงหรือไม่ และข้อมูลและข้อสนเทศที่จะต้องให้คณะกรรมการร่วมทราบนั้นจะมีรายละเอียดเพียงใด เพราะตามมาตรา 26 เป็นเพียงบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการร่วมไปจัดเตรียมกฎเกณฑ์การใช้น้ำเท่านั้น ซึ่งในเวลานี้หลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ในระหว่างการยกวาง แต่เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องนี้ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการปรึกษาหารือไว้ว่า “เพื่อให้รัฐสมาชิกอื่นได้มีโอกาสถกเถียงและประเมินผลกระทบของโครงการดังกล่าว” ดังนั้น รัฐที่เสนอโครงการควรให้ข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอแก่การประเมินผลกระทบของโครงการดังกล่าว

นอกจากนี้ แม้รัฐที่จะดำเนินโครงการมีหน้าที่ที่จะต้องปรึกษาหารือรัฐอื่น แต่หน้าที่ปรึกษานี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิคัดค้านและไม่ก่อให้เกิดสิทธิฝ่ายเดียวที่จะใช้น้ำโดยไม่คำนึงถึงรัฐอื่น จึงเป็นปัญหาว่าหากไม่สามารถตกลงกันได้ รัฐที่เสนอโครงการจะมีสิทธิดำเนินการตามความประสงค์ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ มีความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศได้แก่ Dante A. Caponera และคำพิพากษาในคดี Lake Lanoux ตัดสินว่า รัฐไม่มีหน้าที่ต้องทำข้อตกลงหรือต้องได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีอื่นก่อนที่จะดำเนินโครงการได้ เพราะหน้าที่ดังกล่าวขัดต่อความเท่าเทียมกันแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น ในการแปลความถึงผลของหน้าที่ปรึกษาหารือ จึงต้องแปลความว่า แม้รัฐที่เสนอโครงการมีหน้าที่ปรึกษาหารือเพื่อทำความเข้าใจกับรัฐภาคีอื่น แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้ก็ไม่ห้ามรัฐที่เสนอโครงการที่จะดำเนินงานตามความประสงค์ เพราะรัฐภาคีอื่นไม่มีสิทธิคัดค้านแต่การดำเนินโครงการจะต้องสอดคล้องกับรัฐอื่นด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการรักษาสมดุลระหว่างการไม่ยอมให้รัฐอื่นใช้สิทธิโดยแกล้งเพื่อคัดค้านหรือเตะถ่วงโครงการที่เป็นประโยชน์แก่รัฐที่เสนอโครงการ และในขณะเดียวกันการกระทำฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดความเสียหายก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน

3. การแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบล่วงหน้า

หน้าที่แจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบล่วงหน้า กำหนดไว้ในมาตรา 5 (A) และ 5 (B)

(1) (a) กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่แจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบต่อเมื่อ

(1) โครงการใช้น้ำเป็นการใช้น้ำจากสาขาของแม่น้ำโขง

(2) โครงการใช้น้ำเป็นการใช้น้ำจากแม่น้ำโขงในฤดูฝน

แต่รัฐไม่จำเป็นต้องแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบทุกกรณี เพราะในข้อตกลงฯ กำหนดให้แจ้งเฉพาะโครงการใช้น้ำของตนก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อการไหลของแม่น้ำโขงเท่านั้น ส่วนหน้าที่ที่ต้องกระทำ³⁷ เมื่อมีหน้าที่ดังกล่าวข้อตกลงฯ ได้กำหนดว่าต้องให้ข้อสนเทศล่วงหน้าเกี่ยวกับโครงการซึ่งเป็นไปตามรูปแบบเนื้อหาและขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา 26

บทบัญญัติในเรื่องหน้าที่แจ้งนี้ก็มีความไม่ชัดเจนว่ารัฐที่เสนอโครงการมีหน้าที่ต้องจัดหาข้อมูลให้เพียงพอ ซึ่งในประเด็นนี้ก็มีความเห็นว่าควรให้ข้อมูลเท่าที่จำเป็นในการประเมินผลกระทบของโครงการทั้งนี้เพื่อให้รัฐอื่นได้มีโอกาสคัดค้านโครงการได้ก่อนที่จะมีความเสียหายขึ้นจริง

ข้อที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ เมื่อรัฐแจ้งให้คณะกรรมการร่วมทราบแล้วจะมีผลอย่างไร รัฐสามารถดำเนินการได้ทันทีหรือต้องได้รับอนุมัติก่อน ปัญหาเหล่านี้ไม่มีกำหนดไว้ในข้อตกลงฯ จึงมีความเห็นว่า น่าจะนำบทบัญญัติในเรื่องหน้าที่ปรึกษาหารือมาใช้เทียบเคียงเพราะมีเป้าหมายให้โอกาสรัฐอื่นได้ประเมินผลกระทบของโครงการเช่นกัน ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการร่วมคัดค้านรัฐที่เสนอโครงการก็ต้องมีหน้าที่ระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงฯ และถ้าไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้รัฐที่เสนอโครงการก็ควรจะมีสิทธิดำเนินโครงการได้บนพื้นฐานของความรับผิดชอบของการกระทำของตน

3.2.2.2 คณะกรรมาธิการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission)

คณะกรรมาธิการแม่น้ำโขง มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศในภูมิภาคซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยมีเป้าหมายเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการพัฒนาและอนุรักษ์น้ำและทรัพยากรอื่นในลุ่มแม่น้ำโขงในทุกๆ ด้าน ซึ่งรวมถึง การชลประทาน การผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ การเดินเรือ การป้องกันน้ำท่วม และการท่องเที่ยว เป็นต้น โดยมีมุ่งให้เกิดประโยชน์ที่ดีที่สุดจากการใช้น้ำเพื่อการต่างๆ และผลประโยชน์ร่วมกันแก่ทุกรัฐ ในขณะที่เดียวกันจะลดผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรงอันเนื่องมาจากปรากฏการณ์ธรรมชาติและการกระทำของมนุษย์³⁸

ประกอบด้วยส่วนงาน 3 ส่วน คือ

³⁷ ข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืน มาตรา 5.

³⁸ เพิ่งอ้าง , มาตรา 1.

- (1) คณะมนตรี - มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนและปกป้องสิ่งแวดล้อมตลอดถึงระบบนิเวศในลุ่มน้ำตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงนี้³⁹
- (2) คณะกรรมาธิการร่วม - มีหน้าที่ดำเนินงานตามนโยบายของคณะมนตรีและขอรับความช่วยเหลือในการพัฒนาแม่น้ำโขงจากต่างประเทศ⁴⁰
- (3) สำนักเลขาธิการ - มีหน้าที่ให้บริการด้านเทคนิคและการจัดการแก่คณะมนตรีและคณะกรรมการร่วม⁴¹

3.3 ข้อพิจารณาการมีส่วนร่วมของประชาชนในโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ และข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงอย่างยั่งยืนมาดังกล่าวข้างต้นซึ่งมีหลักการคล้ายคลึงกันมาก จะเห็นได้ว่าตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศได้กำหนดให้รัฐชายฝั่งที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อรัฐชายฝั่งอื่น มีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐชายฝั่งอื่นทราบล่วงหน้าถึงโครงการที่ตนจะทำพร้อมทั้งให้ข้อมูลที่จำเป็น ทั้งนี้เพื่อให้รัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินโครงการมีโอกาสประเมินผลกระทบจากโครงการและคัดค้านโครงการได้ก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ส่วนในข้อตกลงฯก็ได้กำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อแม่น้ำโขง และกำหนดหน้าที่ก่อนดำเนินโครงการโดยให้รัฐภาคีที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใช้น้ำในลักษณะใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่ออัตราการไหลของน้ำในลำน้ำโขงมีหน้าที่ต้องทำความตกลงเป็นพิเศษหรือมีหน้าที่ปรึกษาหารือหรือมีหน้าที่แจ้งกับคณะกรรมการร่วมก่อนจึงจะดำเนินโครงการได้ เท่านั้น ดังนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดถึงหน้าที่ที่เป็นของรัฐเท่านั้นไม่มีบทบัญญัติให้ประชาชนของแต่ละประเทศเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาถึงการกระทำหรือโครงการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อแม่น้ำระหว่างประเทศหรือแม่น้ำโขงแต่อย่างใด เนื่องจากในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นมักจะเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับรัฐทำความตกลงกัน

³⁹ เพิ่งอ้าง , มาตรา 18.

⁴⁰ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36 , มาตรา 24.

⁴¹ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36 , มาตรา 30.

ดังนั้น ในการดำเนินโครงการใดๆ ในลุ่มแม่น้ำโขงซึ่งเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วประเทศที่ประสงค์จะดำเนินโครงการในบริเวณลุ่มแม่น้ำโขงจึงไม่จำเป็นต้องให้ประชาชนของประเทศนั้นๆมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูล การพิจารณา และการตัดสินใจต่อการดำเนินโครงการแต่อย่างใด

เมื่อตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศและตามข้อตกลงความร่วมมือในการพัฒนาแม่น้ำโขงที่ยั่งยืนไม่มีบทบัญญัติที่ให้ประชาชนของแต่ละรัฐเข้ามามีส่วนร่วมร่วมในการพิจารณาตัดสินใจในการดำเนินโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมในการพิจารณาตัดสินใจต่อโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวมีปรากฏอยู่ที่ใดบ้าง ก็พบว่าในแถบยุโรปได้มีอนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจ และการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อม ค.ศ.1998 (*Convention on Access to Information, Public Participation in Decision - making and Access to Justice in Environmental Matters*) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ ในบทต่อไปผู้เขียนจะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นแนวทางให้ประเทศในอนุภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขงนำมาศึกษาเพื่อปรับใช้ในการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในลุ่มแม่น้ำโขงต่อไป