

บทที่ 3

หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศ

ในบทนี้จะให้ทราบถึงการพัฒนาการความหมายของลำน้ำระหว่างประเทศและทราบถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศ

กฎหมายว่าด้วยลำน้ำระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาตามวิวัฒนาการตามสังคมมนุษย์ในการอยู่ร่วมกันและการใช้น้ำตามความต้องการที่เพิ่มมากขึ้นของสังคมมนุษย์ โดยส่วนใหญ่ในสมัยก่อนการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศจะใช้เพื่อการเดินเรือ โดยดูได้จากการรวบรวมกฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับแหล่งทรัพยากรทางน้ำขององค์การอาหารและเกษตรกรรมแห่งสหประชาชาติ (FAO)¹ แต่ในช่วงกลางศตวรรษที่ 18 ขึ้นไปมีการใช้น้ำเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกจากการเดินเรือเพิ่มมากขึ้น² โดยในช่วงเริ่มต้นของการปฏิวัติอุตสาหกรรมนั้นน้ำถูกนำมาใช้เพื่อการชลประทาน เพื่อเป็นพลังน้ำเพื่อการควบคุมน้ำท่วมและเป็นแหล่งควบคุมน้ำสำรอง การเพิ่มขึ้นของการใช้น้ำที่มีใช้เพื่อการเดินเรือส่งผลให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องต้องปรับตัวหรือมีขึ้นเพื่อพัฒนาให้ทันกับความเปลี่ยนแปลง

¹ การรวบรวมกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การอาหารและเกษตรกรรมแห่งสหประชาชาติ (FAO) ได้มีการอ้างถึงความตกลงไม่น้อยกว่า 15 ความตกลงที่เกี่ยวข้องกับแหล่งน้ำ โดยที่ข้อตกลงส่วนใหญ่จะกล่าวถึงเสรีภาพในการพาณิชย์และการเดินเรือส่วนที่เหลือจะครอบคลุมในเรื่องต่อไปนี้ คือ การก่อสร้างเขื่อนในปี ค.ศ.1538 และงานเกี่ยวกับแม่น้ำ (River training works) ในปีค.ศ. 1604 แต่ส่วนใหญ่เป็นความตกลงแบบทวิภาคีซึ่งทำให้ทราบว่ารรัฐต่างๆ ไม่ต้องการอนุสัญญาที่กล่าวแบบทั่วไปสำหรับกรณีของลำน้ำระหว่างประเทศแต่รัฐต่างๆต้องการความตกลงที่ชัดเจนที่กล่าวถึงลำน้ำใดโดยเฉพาะเจาะจงกับรัฐอื่นที่ต้องการเข้ามาแบ่งปันมากกว่า (ดูจาก McCaffrey, C. Stephen, The Law of International Watercourses Non-navigational Uses). p.59

² McCaffrey, C. Stephen, The Law of International Watercourses Non-navigational Uses. Oxford University Press, 2003. pp.58-64

1. ความหมายของลำน้ำระหว่างประเทศ

จากการสำรวจขณะนี้ลำน้ำระหว่างประเทศในโลกมีอยู่ประมาณ 214 สาย³ ลักษณะของ”ลำน้ำระหว่างประเทศ” คือลำน้ำที่ไหลเป็นเส้นแบ่งพรมแดนระหว่างรัฐ เรียกว่า boundary river or contiguous river หรือลำน้ำที่ไหลจากรัฐหนึ่งไปสู่อีกรัฐหนึ่ง ที่เรียกว่า successive river⁴

การพิจารณาว่าลำน้ำสายใดเป็นลำน้ำระหว่างประเทศต้องทราบความหมายของลำน้ำระหว่างประเทศก่อนเพื่อที่จะได้กำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

1.1 แม่น้ำระหว่างประเทศ (international river)

แม่น้ำระหว่างประเทศ (international river) ตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไป หมายถึงแม่น้ำที่ไหลผ่านระหว่างรัฐ 2 รัฐหรือมากกว่าขึ้นไป (A river that flows through or between two or more countries)⁵

นักกฎหมาย Ian Brownlie ได้ให้ความหมายของแม่น้ำระหว่างว่า “แม่น้ำที่มีลักษณะทางภูมิศาสตร์และมีผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อดินแดนและผลประโยชน์ของรัฐ 2 รัฐ หรือมากกว่า 2 รัฐขึ้นไป” (“river is merely a general indication of river which geographically and economically affect the territory and interests of two or more states”)⁶

³ Bulent Topkaya. “water resources in the Middle East : forthcoming problems and solution for sustainable development of the region.” July, 1998.

⁴ Bruhacs., Janos. The Law of non-navigational uses of international watercourses. Dordrecht, The Netherlands : M. Nijhoff, c1993

⁵ Bryan A Garner, (Editor in chief) Black's Law Dictionary. West, a Thomson business eight edition 2004

⁶ Ian Brownlie, Principle of Public International Law, 6th ed. (Oxford University Press, 2003)

ความหมายของ "แม่น้ำระหว่างประเทศ" ตามที่ได้ให้ความหมายมานี้ไม่ได้ถูกยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศและไม่ได้นำไปใช้ในสนธิสัญญามากนัก เมื่อถึงประมาณต้นศตวรรษที่ 17 รัฐต่างๆ ในประเทศยุโรปมีการพัฒนาและขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว ทำให้แม่น้ำเริ่มมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากเป็นเส้นทางเพื่อใช้ในการคมนาคมในการขนส่งสินค้า

สนธิสัญญาเกี่ยวกับแม่น้ำในช่วงแรกจะให้ความสำคัญต่อการเดินเรืออย่างมาก โดยถือความสามารถในการเดินเรือในแม่น้ำเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะอย่างหนึ่งของแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญา Congress of Vienna ค.ศ. 1815 ในมาตรา 108⁷ และในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี Oder River (Territorial jurisdiction of the International Commission of River Oder, Judgement of 10 September 1929) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า "...แม่น้ำระหว่างประเทศคือส่วนของแม่น้ำที่ไหลผ่านรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐขึ้นไปที่สามารถเดินเรือออกสู่ทะเลได้ ..." ⁸

แม่น้ำระหว่างประเทศที่สามารถเดินเรือได้นี้ก็เป็นองค์ประกอบสำคัญของแม่น้ำระหว่างประเทศ ดังกรณีของประเทศชิลีและประเทศโบลิเวีย เกี่ยวกับแม่น้ำ Mauri โดยประเทศชิลีอ้างว่าแม่น้ำ Mauri ไม่สามารถเดินเรือได้ย่อมขาดคุณสมบัติในการเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศ⁹

นักกฎหมายได้วิจารณ์ว่าการใช้การเดินเรือเป็นเกณฑ์กำหนดลักษณะของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นไม่เป็นที่ยอมรับด้วยเหตุผลต่างๆ คือ จะทำให้แม่น้ำสายเดียวกันอยู่ภายใต้ระบอบกฎหมายที่ต่างกัน เนื่องจากการเดินเรือในแม่น้ำสายนั้นอาจไม่สามารถเดินเรือได้ตลอดทั้งสายและความสามารถในการเดินเรือไม่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของบางประเทศ¹⁰

ความหมายของ "แม่น้ำระหว่างประเทศ" (international river) ที่กำหนดให้ต้องสามารถเดินเรือได้ด้วยนั้นถูกยอมรับและใช้ในประชาคมระหว่างประเทศเรื่อยมา แต่ในช่วงกลางศตวรรษที่

⁷ McCaffrey, C. Stephen, *supra* note 2.

⁸ Dietrich Kappeler, "Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder" September 10 1929. ดูข้อมูลมาจาก (<http://www.internationalwaterlaw.org/cases/river-oder.html>)

⁹ McCaffrey, C. Stephen, *supra* note 2.

¹⁰ สกลยุช หอพิบูลสุข, "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง : ศึกษาเฉพาะกรณีโขง ชี มูล", (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538)

18 ขึ้นไปมีการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์อื่นเพิ่มเข้ามา¹¹ เช่นการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อการเกษตรกรรม เพื่อการชลประทาน เพื่อเป็นพลังงานน้ำ เพื่อการอุตสาหกรรม เป็นต้น ได้เข้ามามีบทบาททำให้ความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศไม่สัมพันธ์กับความเป็นจริงในการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศ จึงได้มีการให้ความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศขึ้นใหม่เพื่อสอดคล้องกับสภาพการณ์ในการใช้น้ำ

ได้มีการกำหนดความหมายใหม่ของ “แม่น้ำระหว่างประเทศ” คือแม่น้ำที่ไหลผ่านรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป โดยความหมายนี้ได้ถูกยอมรับจากรัฐต่างๆอย่างมากมายตามที่ปรากฏในการตอบแบบสอบถามของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ¹²

ผู้เขียนมีความเห็นว่าความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศนี้เป็นความหมายที่แคบเพราะมุ่งเน้นเฉพาะแม่น้ำเท่านั้น

1.2 ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ (international drainage basin)

แนวความคิดที่จัดให้ลำน้ำสาขาซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐเดียวตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ เริ่มมีในการประชุมเรื่องการพัฒนาพลังงานน้ำที่มีผลกระทบมากกว่าหนึ่งรัฐ ค.ศ. 1923 (Convention Relating to the Development of Hydraulic Power Affecting more than one State) ซึ่งในการประชุมได้มีการกำหนดเงื่อนไขของการพัฒนาพลังงานน้ำที่มีผลกระทบระหว่างประเทศว่า ควรกระทำได้ต่อเมื่อมีการพิจารณาตรวจสอบโดยขั้นตอนในทางระหว่างประเทศแล้ว¹³

ปี ค.ศ.1958 ที่กรุงนิวยอร์ก สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association) ได้จัดการประชุมโดยมีการเสนอคำว่า “drainage basin” และในปี ค.ศ.1966 ที่

¹¹ เพิ่งอ้าง.น. 62-63

¹² Report of the International Law Commission, the Yearbook of the International Law Commission. United Nation, 1976 vol.II part.1 p.153

¹³ Amnat Wongbandit, Hydroelectric development on an international river. The Lower Mekong basin. (Doctoral Dissertation, Osgood Hall Law School, York University, Ontario Canada 1989) p.17

เมือง Helsinki ได้มีการรับรองคำว่า “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” (international drainage basin)¹⁴ ซึ่งมีความหมายที่กว้างกว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศ”

ความหมายของลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่ปรากฏใน The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966 ในมาตรา 2 ระบุว่า “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” คือ พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ทั้งหมดที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปที่ถูกกำหนดโดยสันปันน้ำ ซึ่งรวมถึงน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน¹⁵ ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับลุ่มน้ำระหว่างประเทศมีการโต้แย้งกันระหว่างคณะกรรมการสิทธิและคณะกรรมการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลุ่มน้ำระหว่างประเทศ ว่าอาจหมายถึงลุ่มน้ำทั้งหมดโดยไม่คำนึงถึงลักษณะพิเศษ หรือความแตกต่างของแต่ละกรณี แต่ก็ยังเกรงว่าคำว่าลุ่มน้ำจะเน้นถึงส่วนที่เป็นพื้นดินภายในสันปันน้ำ¹⁶

แต่ความหมายของ “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ (international drainage basin)” ถูกคัดค้านอย่างมากในประชาคมระหว่างประเทศ เพราะความหมายนี้ครอบคลุมถึงดินแดนของรัฐที่อยู่ในลำน้ำนี้ด้วยทำให้ถูกคัดค้านจากประชาคมระหว่างประเทศมาก¹⁷ เนื่องจากครอบคลุมทรัพยากรทั้งหมดที่อยู่ในลุ่มน้ำ ดังเห็นได้จากที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ส่งแบบสอบถามไปยังประเทศต่างๆ ในประเด็นที่ว่าจะให้พื้นดินซึ่งอยู่ในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศอยู่ในบังคับของกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ ซึ่งคำตอบที่ส่งกลับมามีหลายประเทศ

¹⁴ Garretson, Albert Henry, The Law of international drainage basins, The Institute of International Law, New York University. School of law. 1967

¹⁵ The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966 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 waters, flowing into a common terminus”

¹⁶ Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, “pollution of International watercourses,” International Law and the Environment. (Oxford : Clarendon Press, 1994) p.217

¹⁷ Report of the International Law Commission, the Yearbook of the International Law Commission. United Nations, 1976 vol.II part.1 p.152

ไม่เห็นด้วยที่จะให้พื้นดินซึ่งอยู่ในอธิปไตยของรัฐตกอยู่ภายใต้ระบอบของกฎหมายว่าด้วยแม่น้ำระหว่างประเทศ¹⁸

ผู้เขียนมีความเห็นว่าความหมายของลำน้ำระหว่างประเทศมีความหมายที่กว้างมาก เนื่องจากความหมายนี้ไม่ได้ครอบคลุมเฉพาะส่วนที่เป็นลุ่มน้ำแต่ยังครอบคลุมถึงดินแดนที่ลุ่มน้ำนั้นไหลผ่านด้วย

ทำให้มีการนำแนวคิดของคำว่า “แม่น้ำระหว่างประเทศ” กับคำว่า “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” มารวมกันเป็นคำว่า “ลำน้ำระหว่างประเทศ” กล่าวคือนำความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับและความหมายของลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่ไม่ให้รวมถึงดินแดนภายในของรัฐมารวมกันเป็นลำน้ำระหว่างประเทศ

1.3 ลำน้ำระหว่างประเทศ (international watercourses)

ความหมายของลำน้ำระหว่างประเทศ (international watercourses) ถูกนำมาใช้โดย คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) เพื่อที่จะให้ทราบสถานะและขอบเขตที่แน่นอนของแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งจะตกอยู่ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏอยู่ใน United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997¹⁹ ในมาตรา 2 ระบุว่า

- (a) “ลำน้ำระหว่างประเทศ” (international watercourses) หมายถึงลำน้ำ (Watercourses) ที่มีส่วนใดส่วนหนึ่งตั้งอยู่ในรัฐที่ต่างกัน และ
- (b) “ลำน้ำ” (watercourses) หมายถึง ระบบของน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ประกอบกันขึ้นอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางกายภาพที่เป็นหน่วยเดียวกัน และระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน²⁰

¹⁸ McCaffrey, C. Stephen, “International Organization and the holistic approach to water problem,” *Natural Resources Journal*. 31 (Winter 1991) pp. 145-146

¹⁹ UN Doc. A/RES/51/869, 21 May 1997 , 36 ILM 700 (1997)

²⁰ Convention on the Law of the non-navigational uses of international watercourses Article 2 (a) "watercourse" means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus;

ดังนั้นความหมายของ“ลำน้ำระหว่างประเทศ” (international watercourses) หมายถึง “ระบบของลำน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ประกอบกันขึ้นอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางกายภาพที่เป็นหน่วยเดียวกันและระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน โดยที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของระบบลำน้ำตั้งอยู่ในรัฐที่ต่างกัน” ซึ่งหมายถึงเฉพาะลำน้ำเท่านั้นไม่รวมถึงทรัพยากรอื่นและไม่ให้ความสำคัญกับลุ่มน้ำแต่เน้นถึงระบบของแม่น้ำ (watercourses system)

เป็นที่น่าสังเกตว่าความหมายของคำว่า “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” และ “ลำน้ำระหว่างประเทศ” มีความหมายให้รวมถึงน้ำใต้ดินด้วยซึ่งในช่วงแรกอาจไม่มีผลในทางปฏิบัติมากนักแต่ปัจจุบันนี้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) กำลังร่างอนุสัญญาที่เกี่ยวกับน้ำใต้ดิน “Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers” ซึ่งทำให้ความหมายของ “ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” และ “ลำน้ำระหว่างประเทศ” ที่รวมถึงระบบน้ำใต้ดินมีความเป็นไปได้มากขึ้นในทางปฏิบัติ

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความหมายของ“ลำน้ำระหว่างประเทศ”มากกว่า“ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ” เพราะว่าความหมายของลำน้ำระหว่างประเทศไม่รวมถึงน้ำใต้ดินที่ปราศจากความสัมพันธ์ทางกายภาพกับระบบของลำน้ำที่เกี่ยวข้องและไม่นับดินแดนส่วนที่เป็นพื้นดินและเนื่องจากความหมายของลุ่มน้ำระหว่างประเทศไม่ได้ครอบคลุมแต่ส่วนที่เป็นลำน้ำเท่านั้นยังครอบคลุมถึงดินแดนซึ่งน้ำนั้นไหลผ่านด้วย ทำให้แนวความคิดนี้ขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยเพราะรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยในดินแดนของตน

2 ทฤษฎีการใช้น้ำตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อได้ทำการศึกษาพบว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวถึงการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ ขึ้นอยู่กับทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่มีอยู่ทั้ง 4 ทฤษฎี

2.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือดินแดน (Absolute Territorial Sovereignty)

(b) "International watercourse" means a watercourse, parts of which are situated in different States;

ทฤษฎีนี้เชื่อว่ารัฐผู้ใช้น้ำมีสิทธิใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนตามอำนาจอธิปไตยที่รัฐนั้นมีอยู่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความเสียหายหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นภายนอกดินแดนของตน เพราะถือว่า “รัฐเป็นเจ้าของดินแดนของตนเอง” (master of its own territory) ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีสิทธิที่จะใช้น้ำที่ไหลผ่านในดินแดนของตน ทฤษฎีนี้รัฐท้ายน้ำจะเสียเปรียบอย่างมากเพราะต้องยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากรัฐต้นน้ำ²¹

ในปี ค.ศ.1895 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือดินแดนได้ถูกกล่าวอ้างขึ้นเป็นครั้งแรกในกรณีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก โดยประเทศเม็กซิโกซึ่งเป็นประเทศท้ายน้ำได้คัดค้านอเมริกาที่เป็นรัฐต้นน้ำที่ผันน้ำจากแม่น้ำแกรนด์ (Rio Grande) ว่าทำให้เม็กซิโกเสียหาย นาย Judson Harmon อัยการสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่า “เมื่อไม่มีสนธิสัญญาต่อกันระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกจึงไม่มีกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศใดที่กำหนดภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบใดต่อสหรัฐอเมริกาในการที่จะห้ามไม่ให้ผันน้ำ ทฤษฎีนี้เรารู้จักในนาม “Harmon Doctrine” ²²

เนื่องจากทฤษฎีนี้เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อรัฐต้นน้ำเมื่อเกิดข้อขัดแย้งในการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศรัฐผู้ใช้น้ำที่อยู่ตอนบนมักจะนำมากล่าวอ้างสนับสนุนการใช้น้ำในรัฐของตน เช่นกรณีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกในแม่น้ำแกรนด์ (Rio Grande) และกรณีพิพาทระหว่างประเทศอินเดียกับประเทศปากีสถาน เมื่อปี ค.ศ. 1960 ในแม่น้ำสินธุโดยมีธนาคารโลกเข้ามามีส่วนร่วมด้วย ซึ่งความขัดแย้งเกิดขึ้นเมื่ออินเดียอ้างสิทธิและเสรีภาพที่จะขยายหรือเปลี่ยนแปลงระบบการชลประทานที่อยู่ในประเทศตนและสิทธิในการใช้น้ำได้ตามที่ต้องการภายใต้ความตกลงที่มีต่อปากีสถานหรือมองอีกมุมหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าอินเดียถือว่าทั้งตนเองและปากีสถานต่างมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการที่จะจัดการบริหารควบคุมและใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำธรรมชาติที่อยู่ในดินแดนของตน แต่ปากีสถานเห็นว่าการกระทำของอินเดียเป็นการรุกรานสิทธิอันมีมาแต่เดิมและชอบธรรมของปากีสถานในการใช้แม่น้ำซึ่งเป็นผลให้เกิดการประทุหมหาหรือ

²¹ Bantita Pichyakorn. “sustainable development and international watercourses Agreement:the Mekong and the Rhine” p.5 ^{ข้อมูลจาก}
<<http://www.iucn.org/themes/law/pdffdocuments/CDGFinalPaperSunnyPichyakorn.pdf> >

²² Report of the International Law Commission, the Yearbook of the International Law Commission.United Nation, 1976 vol. I p.282

ร่วมกันเพื่อการใช้งานน้ำอย่างเป็นธรรมระหว่างอินเดียกับปากีสถานในสนธิสัญญา Indus Waters 1960²³

แต่ในทางปฏิบัติรัฐส่วนใหญ่จะเป็นทั้งรัฐต้นน้ำและรัฐปลายน้ำ เช่นประเทศฮังการีและประเทศสโลวาเกีย ทั้ง 2 ประเทศนี้เป็นทั้งรัฐต้นน้ำและรัฐปลายน้ำในแม่น้ำดานูบ (Danube river) เช่นในคดี Gabčíkovo-Nagymaros ประเทศฮังการีได้ก่อให้เกิดปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อมในแม่น้ำดานูบจากการสร้างพลังงานจากลำนํ้าทำให้ประเทศสโลวาเกียที่เป็นรัฐท้ายน้ำได้รับความเสียหาย ซึ่งเห็นได้ว่าการยึดติดกับทฤษฎีนี้อาจส่งผลเสียหายต่อรัฐผู้ใช้น้ำเอง²⁴

อำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือดินแดน (Absolute Territorial Sovereignty) ไม่เป็นที่นิยมในยุโรปเพราะขัดกับเสรีภาพในการเดินเรือ²⁵ ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญในการใช้น้ำในยุโรบนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1815 และในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทฤษฎีนี้ได้ถูกปฏิเสธและไม่ได้รับการยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศ²⁶ เพราะเข้าข้างรัฐที่อยู่ต้นน้ำมากเกินไปโดยไม่คำนึงถึงความเสี่ยงภัยแก่รัฐปลายน้ำและถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศคือหลักที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อรัฐอื่น²⁷ เพราะรัฐต้นน้ำถือว่ารัฐตนเองมีอำนาจอธิปไตยในการใช้น้ำจึงใช้น้ำโดยไม่คำนึงถึงความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นแก่รัฐอื่น

2.2 ทฤษฎีบูรณาภาพอย่างเด็ดขาดเหนือดินแดน (Absolute Territorial Integrity)

ทฤษฎีนี้ตรงกันข้ามกับทฤษฎีแรกเนื่องมาจากทฤษฎีนี้ถือว่ารัฐมีบูรณาภาพเหนือดินแดนที่ไม่ถูกแทรกแซงหรือรบกวนสิทธิจากรัฐอื่น กล่าวคือเมื่อรัฐได้รับผลกระทบจากการผันน้ำในลำ

²³ McCaffrey, C. Stephen. *supra* note 2.

²⁴ Aaron Schwabach. "diverting the Danube : the Gabčíkovo-Nagymaros dispute and international freshwater law" *Berkeley Journal of International law* 1996. pp.293-301

²⁵ เช่นถ้ารัฐ ก ต้องการเดินเรือผ่านไปทางรัฐ ข แต่รัฐ ข มีความต้องการใช้น้ำโดยสูบน้ำขึ้นมาใช้มากเกินไปโดยไม่คำนึงถึงรัฐเพื่อนบ้านทำให้ระดับน้ำแห้ง ทำให้รัฐ ก ไม่สามารถเดินเรือได้

²⁶ เช่นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีทะเลสาบลาบารุซ์ วันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1957

²⁷ McCaffrey, C. Stephen, *supra* note 2.

น้ำระหว่างประเทศจากรัฐอื่นถือได้ว่าจะเกิดต่อบูรณภาพเหนือดินแดนของรัฐนั้น รัฐปลายน้ำมีสิทธิเรียกร้องการไหลตามปกติธรรมชาติของน้ำจากรัฐต้นน้ำได้²⁸

แนวความคิดของทฤษฎีนี้คือประโยชน์ต่อรัฐปลายน้ำเพราะรัฐผู้ใช้น้ำที่อยู่ตอนล่างมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐผู้ใช้น้ำตอนบนไม่ทำการรบกวนการไหลของน้ำที่จะลงมาสู่รัฐปลายน้ำในแง่ของด้านปริมาณและคุณภาพ²⁹ และรัฐปลายน้ำยังมีสิทธิยับยั้งโครงการของรัฐต้นน้ำถ้าโครงการของรัฐต้นน้ำมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลำน้ำหรือคุณภาพของน้ำทำให้รัฐต้นน้ำไม่มีสิทธิใช้น้ำได้อย่างเต็มที่

ทฤษฎีบูรณภาพอย่างเด็ดขาดเหนือดินแดน (Absolute Territorial Integrity) นี้ ถูกรัฐผู้ใช้น้ำที่อยู่ตอนล่างหลายรัฐนำไปใช้เมื่อเกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ เช่นคดีพิพาท Rio Lauca โดยคำแถลงของประธานาธิบดีชิลีเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ.1939 ว่ามีแผนที่จะนำน้ำจาก Rio Lauca มาที่ Azapa เพื่อการชลประทานในหุบเขาแถบ Azapa ซึ่งทางประเทศโบลิเวียโต้แย้งโดยอ้างปฏิญญาแห่ง Montevideo 1933 ที่บัญญัติว่า “กฎหมายระหว่างประเทศยินยอมให้รัฐผู้ใช้น้ำตอนบนสามารถใช้ประโยชน์จากลำน้ำระหว่างประเทศได้แต่ต้องไม่เปลี่ยนแปลงสภาพอุทกวิทยาของน้ำและสภาพธรรมชาติของลำน้ำ”³⁰

ทฤษฎีนี้เป็นอีกทฤษฎีที่ไม่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติและถูกปฏิเสธในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ วันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ.1957 ในคดีทะเลสาปลานูซ์ (the lake Lanoux Arbitration)³¹

2.3 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยอันมีจำกัดเหนือดินแดน (Limited Territorial Sovereignty)

ตามทฤษฎีนี้เชื่อว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือดินแดนจะถูกจำกัดด้วยภาระหน้าที่ที่รัฐต้องไม่ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐของตนทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น กล่าวคือ ทฤษฎีนี้รัฐใช้ประโยชน์จากลำน้ำได้เท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นและต้องเป็นความเสียหายที่ร้ายแรง

²⁸ Amnat Wongbandit, *supra* note.13. p.38

²⁹ Aaron Schwabach, *supra* note.24 p.327

³⁰ McCaffrey, C. Stephen, *supra* note 2, p.130

³¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) น. 655

ทฤษฎีนี้มีคดีที่น่าสนใจเกิดขึ้นในปี ค.ศ.1856 ซึ่งเป็นการอ้างอิงทางการทูตครั้งแรกเกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศที่มีใช้เพื่อการเดินเรือ คดีนี้เกี่ยวพันระหว่างประเทศHolland กับประเทศBelgium ในแม่น้ำ Meuse ซึ่งรัฐบาลประเทศ Holland กล่าวว่า “แม่น้ำ Meuse เป็นแม่น้ำที่ประเทศHollandกับประเทศBelgium มีอยู่ร่วมกันทั้งสองประเทศต่างก็มีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์ในแม่น้ำแต่การใช้ประโยชน์ยังต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องไม่ทำการใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่ง”³² กล่าวคือทฤษฎีนี้ทั้งรัฐต้นน้ำและรัฐปลายน้ำต่างมีสิทธิในการใช้น้ำและมีสิทธิคัดค้านการใช้น้ำของอีกรัฐหนึ่งหากการใช้น้ำของรัฐนั้นทำให้เกิดความเสียหาย

ทฤษฎีนี้ถือเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศอย่างมาก โดยทฤษฎีอำนาจอธิปไตยอันมีจำกัดเหนือดินแดน ถือได้ว่าเป็นรากฐานของกฎหมายแม่น้ำระหว่างประเทศ ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบันว่าทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่มีอิทธิพลสำคัญในปัจจุบันอย่างมาก³³

2.4 ทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมกัน (Community of Interests)

ตามทฤษฎีนี้ถือว่าลำน้ำระหว่างประเทศทั้งหมดเป็นทรัพย์สินที่มนุษย์มีอยู่ร่วมกันและถือเป็นสิ่งสาธารณะตามกฎหมาย ที่รัฐริมฝั่งจะต้องใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและส่งผลกระทบต่อความเสียหายในลำน้ำระหว่างประเทศให้น้อยที่สุด

ทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมกัน (Community of Interests) ระหว่างรัฐผู้ใช้น้ำระหว่างประเทศ ทฤษฎีนี้ดูเหมือนจะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ แต่ที่จริงแล้วเรื่องนี้เกิดขึ้นมาตั้งแต่ยุคกฎหมายโรมันและยังได้มีการจัดทำในรูปของสนธิสัญญา ทฤษฎีนี้ได้รับความคิดว่าการผลประโยชน์ร่วมกันในลำน้ำระหว่างประเทศ เกิดจากความเป็นหน่วยเดียวกันตามลักษณะทางธรรมชาติ และกายภาพของลำน้ำนั้น³⁴

³² Diversion of Water from the Meuse case, (Netherlands v. Belgium) [1937], P.C.I.J. (Ser. A/B) No. 70 Judgment of June 28th, 1937

³³ *Ibid.*, pp.148-149

³⁴ *Ibid.*, p.150

แนวความคิดนี้ถูกกล่าวอีกครั้งโดยศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ตามคำวินิจฉัยเมื่อปี ค.ศ. 1929 ในคดีเรื่องเขตอำนาจเหนือดินแดนกรณีแม่น้ำโอเดอร์ (Oder River) โดยศาลอาศัยการตีความตบัตัญญูติ³⁵ ถึงเจตนารมณ์ว่า “เมื่อสถานการณ์ปรากฏว่าทางน้ำได้ไหลผ่านหรือแบ่งแยกดินแดนมากกว่าหนึ่งรัฐ ความมีประโยชน์ร่วมกันระหว่างรัฐผู้ใช้น้ำเป็นสิ่งที่จะต้องคำนึงเพื่อนำมาใช้แก้ไขปัญหา ประโยชน์อันมีอยู่ร่วมกันนี้ได้กลายเป็นพื้นฐานของสิทธิตามกฎหมายอันมีอยู่ร่วมกัน ซึ่งรัฐผู้ใช้น้ำทั้งหลายต่างมีความเท่าเทียมกันในการใช้น้ำตลอดลำน้ำทั้งสาย” คำวินิจฉัยดังกล่าวได้ถูกสนับสนุนให้ชัดเจนขึ้นด้วยคำวินิจฉัยในคดี Gabeikovo-Nagymaros อีกด้วย

สนธิสัญญาที่กล่าวถึงแนวความคิดที่ว่า “แม่น้ำเป็นทรัพย์สินร่วมกัน” เช่น พิธีสารว่าด้วยการแบ่งปันลำน้ำในองค์การการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ (the Protocol on Shared Watercourses Systems in the Southern African Development Community = SADC) และความตกลงระหว่างประเทศโบลิเวียกับประเทศเปรู เป็นต้น

ทฤษฎีนี้จะทำให้น้ำซึ่งเป็นทรัพยากรที่มีไว้ใช้ร่วมกันสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเต็มที่ ซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือของแต่ละรัฐและความไว้วางใจซึ่งกันและกัน

ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศมากที่สุดคือ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยอันมีจำกัดเหนือดินแดน ทฤษฎีนี้อยู่บนหลักการที่ว่า “รัฐมีน้ำมีสิทธิเด็ดขาดในทรัพยากรน้ำที่อยู่ในดินแดนของตนแต่การใช้น้ำต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อรัฐริมฝั่งอื่น”³⁶

3. สิทธิและหน้าที่ของรัฐว่าด้วยการใช้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศ

จากหัวข้อที่แล้วทำให้ทราบถึงทฤษฎีที่เกี่ยวกับการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศเมื่อรัฐมีอำนาจอธิปไตยในการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนแล้วรัฐริมฝั่งต้องทราบสิทธิและหน้าที่ในการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศเพื่อที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการใช้ทรัพยากรน้ำร่วมกัน โดยที่ในส่วนนี้จะกล่าวถึงสิทธิของรัฐในการใช้น้ำว่ามีสิทธิอย่างไรและหน้าที่ของรัฐในการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศ

³⁵ มาตรา 331 ของสนธิสัญญาแวร์ซายล์ (Article 331 of the Versailles Treaty)

³⁶ Amnat Wongbandit, *supra* note. 13. p.42

3.1 สิทธิการใช้น้ำตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

การกำหนดสิทธิของรัฐชายฝั่งในการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศก่อให้เกิดสิทธิในการใช้นํ้าที่ถือว่ามีความสำคัญอย่างมากเพราะรัฐต่างๆ จะได้ใช้นํ้าตามที่หลักกฎหมายระหว่างประเทศกำหนด

3.1.1 การใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (reasonable and equitable)

ในขณะนี้ปริมาณสำรองของแหล่งน้ำจืดในปัจจุบันบนพื้นโลกมีอยู่อย่างจำกัด ในขณะที่มีการใช้นํ้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้นและมีการใช้ไปในทางที่หลากหลายเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องมีความร่วมมือกันในการใช้นํ้าและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดนี้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อรัฐริมฝั่งด้วย³⁷ ดังนั้นจึงไม่เพียงการงดเว้นจากการก่อความเสียหายต่อรัฐเพื่อนบ้านแต่ต้องใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศ ในลักษณะที่รัฐชายฝั่งอื่นอาจเข้าร่วมในการได้รับประโยชน์ตามสัดส่วนที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรม

ภายใต้หลักเกณฑ์การใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้ การใช้นํ้าอย่างเป็นธรรม (equitable) คือ รัฐริมฝั่งแต่ละรัฐจะมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในการใช้นํ้าจากลำนํ้าระหว่างประเทศที่ไหลผ่านในดินแดนของตน (ไม่มีรัฐไหนมีสิทธิมากกว่ากัน) อย่างเป็นธรรม แต่สิทธิที่เท่าเทียมกันนี้ไม่ได้หมายความว่าแต่ละรัฐริมฝั่งจะต้องได้รับส่วนแบ่งนํ้าอย่างเท่าเทียมกัน แต่มีความหมายว่าปริมาณนํ้าที่แต่ละรัฐริมฝั่งมีสิทธิใช้นั้นมากน้อยแค่ไหนขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี³⁸ และสิทธิในการใช้นํ้าอย่างเป็นธรรมนี้ต้องไม่รบกวนสิทธิในการใช้นํ้าของรัฐริมฝั่งอื่น

ส่วนการใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผล (reasonable) ควรเป็นการใช้นํ้าที่เป็นประโยชน์และมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ ในส่วนของการใช้นํ้าอย่าง

³⁷ จตุรนต์ ภิระวัฒน์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31. น. 661

³⁸ จตุภูมิ ภูมิบุญชู. “ปัญหาและแนวทางเกี่ยวกับการใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามความตกลงความร่วมมือเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของกลุ่มแม่น้ำโขง ค.ศ. 1995” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) น. 61-62

สมเหตุสมผลผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุในการใช้น้ำของรัฐริมฝั่งและผลของการใช้น้ำของรัฐริมฝั่งนั้นต้องมีความสมเหตุสมผลกัน

เมื่อได้ทำการศึกษางานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (ILA) และงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) ทำให้ทราบว่างานประมวลกฎหมายของทั้ง 2 สถาบันไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สมเหตุสมผล (reasonable)” และ “เป็นธรรม (equitable)” รวมทั้งความสัมพันธ์ของคำทั้ง 2 ว่ามีความสัมพันธ์กันอย่างไร ในส่วนของ (ILC) การประชุมเจรจา ยกร่าง United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 มีบางประเทศสมาชิกเสนอให้ตัดคำว่าสมเหตุสมผลออกไป แต่ประเทศสมาชิกอื่นๆยังเสนอให้ควรรักษาทั้ง 2 คำคงอยู่ไว้³⁹ ส่วนเหตุผลที่ต้องกำหนดให้มีคำว่า “สมเหตุสมผลและเป็นธรรม” เพื่อให้รัฐริมฝั่งต่างๆหันมาเจรจากันเพื่อกำหนดสิทธิในการใช้น้ำ ดังนั้นการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศต้องเป็นการสอดคล้องกับทั้งความสมเหตุสมผลและความเป็นธรรม กล่าวคือจะใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลแต่ไม่เป็นธรรม หรือใช้น้ำไม่สมเหตุสมผลแต่เป็นธรรมไม่ได้

หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการรับรองขึ้นเป็นครั้งแรกโดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศใน Resolution on the Use of Waters of International River (New York, 1958)⁴⁰ และได้รับการรับรองเรื่อยมาตามที่ปรากฏใน Helsinki Rules มาตรา 4 ระบุว่า “ในดินแดนของตนแต่ละรัฐมีสิทธิได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้น้ำในลุ่มน้ำระหว่างประเทศอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม” และใน United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 มาตรา 5 ระบุว่า “รัฐลำน้ำต้องใช้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล”

สถานะของหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้ถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่กำหนดให้รัฐต่างๆมีอำนาจในการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศโดยถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่อารยประเทศรับรอง การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้เป็นที่รู้จักและนิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย โดยดูได้จากทางปฏิบัติของรัฐภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เช่น ในแอฟริกามีความตกลงว่าด้วยการใช้แม่น้ำไนล์ระหว่างประเทศอียิปต์และประเทศซูดาน

³⁹ Report of the International Law Commission, the Yearbook of the International Law Commission, United Nations, 1984. Vol.2 part.2 P.94

⁴⁰ สกลยุทธ หอพิบูลสุข, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10. น.42-43

วันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ.1959⁴¹ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือเพื่อการพัฒนาลุ่มแม่น้ำไนล์อย่างยั่งยืน 1995 เป็นต้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการใช้น้ำอย่างไรจึงถือว่าสมเหตุสมผลและเป็นธรรมเนื่องจากความสมเหตุสมผลและเป็นธรรมเป็นสิ่งที่เป็นามธรรมไม่อาจชี้ชัดให้แน่นอนได้ กฎหมายจึงกำหนดปัจจัยที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายระหว่างประเทศของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศและคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็กำหนดไว้ตรงกัน กล่าวคือการใช้น้ำหรือการแบ่งปันน้ำของรัฐริมฝั่งแต่ละรัฐจะสมเหตุสมผลและเป็นธรรมหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากปัจจัยและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง⁴² ซึ่งปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วแต่ละกรณีไม่ได้กำหนดปัจจัยที่แน่นอนตายตัวในการพิจารณา

ปัจจัยที่บัญญัติอยู่ในงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (ILA) ซึ่งปรากฏอยู่ในส่วนของ The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966 ได้กำหนดถึงปัจจัยในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลไว้ในมาตรา 5 คือ

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของลุ่มน้ำ โดยเฉพาะพื้นที่ลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของรัฐลุ่มน้ำแต่ละรัฐ
2. ลักษณะทางอุทกวิทยา รวมทั้งปริมาณน้ำที่ไหลลงสู่แต่ละลุ่มน้ำ
3. สภาพอากาศที่มีผลต่อลุ่มน้ำ
4. การใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำในอดีต รวมทั้งการใช้น้ำในปัจจุบัน
5. การใช้น้ำในปัจจุบันในแต่ละรัฐ และศักยภาพรัฐในการใช้น้ำ
6. จำนวนประชากรของรัฐที่ต้องพึ่งพาลุ่มน้ำ
7. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลุ่มน้ำที่เกี่ยวข้อง
8. ความสามารถในการจัดหาทรัพยากร
9. หลักเกีย่งการใช้น้ำที่สูญเสียไปลุ่มน้ำโดยไม่จำเป็น
10. ค่าทดแทนต่อประเทศอื่น เพื่อลดความขัดแย้งในการใช้น้ำ ระหว่างรัฐผู้ใช้น้ำ

⁴¹ United Arab Republic and Sudan Agreement (With Annexes) for the full Utilization of the Nile Waters Signed at Cairo, on 8 November 1959; in force 12 December 1959. (6519 U.N.T.S. 63)

⁴² จตุภูมิ ภูมิบุญชู. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 38 น.82

11.ความต้องการของแต่ละรัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศอื่น

และปัจจัยที่บัญญัติในงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) ซึ่งปรากฏอยู่ในส่วน United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 ในมาตรา 6 คือ

1. ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ อากาศ ระบบนิเวศน์ และปัจจัยทางธรรมชาติอื่นๆ
2. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลำนน้ำที่เกี่ยวข้อง
3. จำนวนประชาชนของรัฐที่ต้องพึ่งพาลำนน้ำ
4. ผลกระทบจากการใช้ลำนน้ำของรัฐที่เกิดขึ้นแก่รัฐลำนน้ำอื่น
5. การใช้น้ำในปัจจุบันของแต่ละรัฐ
6. การอนุรักษ์ การป้องกัน การพัฒนา และการใช้น้ำอย่างประหยัด
7. ทางเลือกอื่นที่สามารถใช้ได้ที่มีคุณค่าเท่ากันกับการใช้น้ำที่เป็นอยู่

เมื่อทราบถึงปัจจัยในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมแล้วจะนำปัจจัยนั้นมาใช้ในการพิจารณาอย่างไร ในส่วนของ United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 ไม่ได้มีการบอกแนวทางในการพิจารณาไว้ โดยคงจะกำหนดให้รัฐที่มีกรณีพิพาทตกลงกันเองตามความเหมาะสม แต่ในส่วนของ Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers ได้กำหนดแนวทางและตัวอย่างในการพิจารณาไว้⁴³ ดังนั้นในการพิจารณาว่า การใช้น้ำของแต่ละรัฐมีผิดไปเป็นการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมหรือไม่ รัฐมีหน้าที่ต้องนำปัจจัยที่กล่าวมาทั้งหมดนี้มาประกอบการพิจารณา โดยที่ข้อเท็จจริงและปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่เสนอโดย 2 องค์การนี้ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย⁴⁴ กล่าวคือถ้ารัฐมีผิดไม่ปฏิบัติตามก็ไม่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศแต่ถ้ารัฐมีผิดปฏิบัติตามก็จะเกิดความชอบธรรมขึ้น

เมื่อเป็นที่ยอมรับแล้วว่ารัฐทุกรัฐต่างต้องใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปคือหลักการใช้น้ำที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้มีสถานะเป็นจารีตประเพณี

⁴³ จตุภูมิ ภูมิบุญชู. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 38, น.156

⁴⁴ สกฤษฏ์ หอพิบูลสุข, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 46

ระหว่างประเทศ⁴⁵หรือไม่ แนวปฏิบัติของรัฐมีผลในการทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศต่างก็ยอมรับหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมซึ่งรวมถึงคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่ใช้ในการตัดสินต่างยอมรับหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม

เมื่อพิจารณาในส่วนของ The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966 ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศและ United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมได้ถูกยอมรับว่ามีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพราะถือว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐมีผลซึ่งถูกรวบรวมโดยนักกฎหมายระหว่างประเทศนำมารวบรวมไว้และรัฐมีผลก็มีความเชื่อว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมายเป็นแนวทางปฏิบัติที่รัฐมีผลอื่น ๆ ต้องปฏิบัติตาม

นักกฎหมายบางท่าน เช่น Lammer และ Caponera เห็นว่า “ทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาของรัฐทั้งหลายและงานประมวลของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่ามีจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม”⁴⁶

การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้ ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในตัวเอง จะปรับเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์นี้เป็นเพียงแต่หลัก

⁴⁵ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ อาจประมวลขึ้นมาให้เป็นลายลักษณ์อักษรได้ องค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มี 3 ประการ

1. การถือปฏิบัติโดยทั่วไป จนเกิดเป็นทางปฏิบัติของรัฐ
2. ระยะเวลา มีความถี่ในการปฏิบัติตาม (แต่ในปัจจุบันไม่มีความสำคัญมากนัก)
3. ความเชื่อมั่นว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมาย (opinio juris)

แต่ในดวงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตัวของมันเอง เมื่อประมวลขึ้นมาเป็นลายลักษณ์อักษร ก็ยังถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่ แต่ถ้ารัฐใดเข้าไปยอมรับ ลงนาม ให้สัตยาบัน มันก็จะกลายเป็นสนธิสัญญาทันที กลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรสำหรับรัฐที่ ลงนาม ให้สัตยาบัน แต่ยังเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับรัฐที่ไม่ลงนาม ให้สัตยาบัน

⁴⁶ จตุภูมิ ภูมิบุญชู. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38 น.82

ที่เรียกร้องให้รัฐริมฝั่งทั้งหลายต้องร่วมกันค้นหาความยุติธรรมจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และการใช้เกณฑ์ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีมาพิจารณาว่าการใช้น้ำของรัฐเป็นการใช้น้ำที่เป็นธรรมหรือไม่ ก็ไม่ใช่เรื่องง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ารัฐริมฝั่งมีความต้องการใช้น้ำมากเกินกว่าปริมาณน้ำที่มีอยู่ก็เกิดปัญหาที่ยากที่จะแก้ไขได้เพราะทุกรัฐต่างก็มีความต้องการที่จะใช้น้ำมากเช่นกัน

3.1.2 หน้าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น

หน้าที่นี้จะทำให้รัฐทำน้ำและรัฐต้นน้ำมีความเท่าเทียมกันทั้งในอธิปไตยและบูรณภาพ⁴⁷ ซึ่งหน้าที่นี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามหลัก “sic utere tuo ut alienum non laedus”⁴⁸ ทำให้รัฐริมฝั่งของลำน้ำระหว่างประเทศมีสิทธิที่จะใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนแต่การใช้น้ำนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐริมฝั่งอื่น กล่าวคือการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศของตนไม่ใช่สิ่งที่ผิดกฎหมายหากไม่ก่อให้เกิดให้เกิดความเสียหายที่สำคัญหรือทำกิจกรรมอื่นใดที่ทำให้รัฐริมฝั่งเพื่อนบ้านต้องได้รับความเดือดร้อนหรือต้องทนยอมรับภาระ

หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นมีพื้นฐานมาจากหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยดังนั้นการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ รัฐจึงมีหน้าที่ในการคำนึงถึงอธิปไตยของรัฐอื่นด้วย หน้าที่ที่รัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นนี้ได้ถูกนำมาใช้กับการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศด้วย⁴⁹ กล่าวคือรัฐริมฝั่งมีสิทธิในการใช้น้ำจากลำน้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตน รัฐริมฝั่งจึงมีหน้าที่ในการใช้น้ำโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐริมฝั่งอื่น

การใช้อำนาจอธิปไตยในดินแดนของรัฐตนในลักษณะที่เป็นอันตรายหรือสร้างความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้ มีคดีที่เป็นที่รู้จักกันคือคดี Corfu Channel ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่า “ประเทศอัลบาเนียต้องรับผิดชอบต่อสหราชอาณาจักรที่ต้องสูญเสียเรือจากการถูกทุ่นระเบิดที่ลอยอยู่ในช่องแคบ Corfu”⁵⁰ และในคดี San Juan river ที่เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ คอสตาริกากับนิการากัว ประธานาธิบดี Cleveland แห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการใน

⁴⁷ Amnat Wongbandit, *supra* note.13. p.42

⁴⁸ McCaffrey, C. Stephen, *supra* note 2, p.349

⁴⁹ สกลยุทธ หอพิบูลสุข. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่.10 น.48

⁵⁰ Corfu Channel case (United Kingdom V. Albania), *IJC Reports*. (1949)

คดีนี้ตัดสินว่า “การตีความสนธิสัญญาต้องพิจารณาไปในทางที่ว่านิคารากัวที่เป็นประเทศต้นน้ำสามารถดำเนินการใดๆในแม่น้ำ San Juan ได้ทราบเท่าที่ไม่ทำให้เกิดน้ำท่วมหรือเกิดความเสียหายอื่น ๆ ต่อพื้นที่ในดินแดนของประเทศคอสตาริกาที่เป็นประเทศท้ายน้ำ”⁵¹

หน้าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนี้มีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วซึ่งได้จากการยอมรับหลักการนี้ที่ปรากฏในสนธิสัญญาหลายฉบับ เช่น ความตกลงแม่น้ำโขง 1995 อนุสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศส กับ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เพื่อบริหารจัดการเขื่อนของแม่น้ำโรน วันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1913⁵² และสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ ประเทศแคนาดาว่าด้วยแม่น้ำเซตแดน วันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1909⁵³ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อนุญาตให้หลักการนี้ไปตัดสินในหลายกรณี เช่น คดี Diversion of water from the Meuse คดี Lake Lanoux และคดี Trail Smelter

ในส่วนของ The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966 ของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (ILA) ก็ได้สนับสนุนหลักการนี้ โดยนำไปบัญญัติไว้ในเรื่องการใช้น้ำในลุ่มน้ำระหว่างประเทศด้วย ตามมาตรา 10⁵⁴ โดยเรียกหลักการที่รัฐจะไม่ก่อให้เกิด

⁵¹ Bertha Berrios. “San Juan River Border dispute between Costa Rica and Nicaragua” April 23, 2004. p.5

⁵² Convention between France and Switzerland on the development of water power in the Rhone 1913.

⁵³ Treaty between The United States and Great Britain relating to boundary waters, and question arising between The United States and Canada 1909.

⁵⁴ Article X : 1. Consistent with the principle of equitable utilization of the waters of an international drainage basin, a State:

(a) Must prevent any new form of water pollution or any increase in the degree of existing water pollution in an international drainage basin which would cause substantial injury in the territory of a co-basin State;

(b) Should take all reasonable measures to abate existing water pollution in an international drainage basin to such an extent that no substantial damage is caused in the territory of a co-basin State.

2. The rule stated in paragraph 1 of this article applies to water pollution originating:

ความเสียหายว่า “no harm rule” และส่วนของ United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 ก็นำหลักเรื่องนี้มาใช้ใน มาตรา 7 (1) ว่า “รัฐลำนํ้าต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรง (significant harm) ต่อรัฐอื่น”⁵⁵

ปัญหาต่อมาที่น่าพิจารณาคือ คำว่า “ความเสียหาย” ต้องเป็นความเสียหายขนาดไหน อย่างไรจึงต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหานี้มีแนวความคิดออกเป็น 3 กรณี

กรณีที่ 1 ไม่ได้กำหนดระดับความเสียหายว่าขนาดไหนจึงถือเป็นความเสียหาย เช่นใน UN Declaration on the Human Environment หลักข้อ 21 ว่า “กิจกรรมในเขตอำนาจและความควบคุมของตนต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสภาพแวดล้อมในรัฐอื่น”⁵⁶ การไม่กำหนดขอบเขตของความเสียหายทำให้เกิดประโยชน์ต่อรัฐท้ายน้ำเพราะรัฐที่ได้รับ ความเสียหายแม้เล็กน้อยก็สามารถเรียกร้องได้

กรณีที่ 2 ระดับของความเสียหายต้องเป็นความเสียหายที่เห็นได้ เช่นมาตรา 7 ใน United Nation Convention on the Law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 “รัฐลำนํ้าต้องใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศในทางที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เห็นได้ต่อรัฐอื่น” นักกฎหมายมีความเห็นว่าแม้การกำหนดขอบเขตความเสียหายต้องเป็นความเสียหายที่เห็นได้แต่ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อรัฐท้ายน้ำเนื่องจากทำให้รัฐท้ายน้ำมีสิทธิที่จะคัดค้านการกระทำของรัฐต้นน้ำถ้าการกระทำนั้นเป็นความเสียหายแม้เพียงเล็กน้อย⁵⁷

กรณีที่ 3 เห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายที่ร้ายแรงที่เกิดกับรัฐริมฝั่งอื่น แต่หากเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นเล็กน้อยรัฐริมฝั่งจะไม่ถูกห้ามให้ใช้นํ้าในลำนํ้าระหว่างประเทศ แนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี Trail Smelter (United

(a) Within a territory of the State, or

(b) Outside the territory of the State, if it is caused by the State's conduct.

⁵⁵ United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997, Article 7:(1) Watercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States.

⁵⁶ Amnat Wongbandit, *supra note*. 13. p.50

⁵⁷ *Ibid.*, pp.52-53

States v. Canada) ว่า”รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเมื่อ ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรง และปรากฏหลักฐานอย่างแน่ชัด⁵⁸

ปัญหาที่น่าสนใจที่ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนก็คือลำดับความสำคัญการใช้น้ำของรัฐริมฝั่งว่าสิทธิในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและหน้าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น สิ่งไหนมีความสำคัญมากกว่ากันกล่าวคือ The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966 ถือว่าการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมมีลำดับความสำคัญที่เหนือกว่าสิทธิในการที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อรัฐอื่น แต่ในส่วนของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศกลับเห็นว่าสิทธิในการที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อรัฐอื่นมีลำดับความสำคัญที่เหนือกว่าสิทธิในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม⁵⁹

ในส่วนของความเห็นผู้เขียน มีความเห็นเช่นเดียวกับคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่า หน้าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นมีลำดับความสำคัญที่เหนือกว่าสิทธิในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมเพราะว่าถ้าเกิดความเสียหายที่ร้ายแรงขึ้นแล้วการเยียวยาให้ลำน้ำระหว่างประเทศกลับมาเป็นเหมือนเดิมน่าจะเป็นไปได้ยากมาก ต้องใช้เวลานานกว่าจะฟื้นฟูสภาพของลำน้ำให้กลับมาเป็นเหมือนเดิมได้และอาจต้องจ่ายเงินจำนวนมากมายมหาศาล

3.2 หน้าที่ในการให้ความร่วมมือตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (duty to cooperate)

รัฐริมฝั่งมีสิทธิในการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศและใช้น้ำโดยที่ไม่ไปรบกวนสิทธิในการใช้น้ำของรัฐริมฝั่งอื่น หน้าที่ในการให้ความร่วมมือเป็นหน้าที่ที่มีความสำคัญอย่างมากในการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศ เนื่องจากลำน้ำระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ต้องใช้ร่วมกันและต้องช่วยกันรักษาร่วมกันมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความร่วมมือจากรัฐริมฝั่ง หน้าที่ในการให้ความร่วมมือประกอบด้วยหน้าที่ต่างๆดังนี้ หน้าที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้า หน้าที่ในการปรึกษาหารือ หน้าที่ในการ

⁵⁸ K. Kuhn, “The Trail Smelter Arbitration--United States and Canada” *The American Journal of International Law*, Vol. 32, No. 4, pp. 785-788

⁵⁹ Fuentes Ximena. “sustainable development and the equitable utilization of international watercourses” *The British Yearbook of International Law*.1998. pp.135-139

เจรจา หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล เมื่อรัฐมีมติให้ความร่วมมือในการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศ จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อลำนํ้าระหว่างประเทศอย่างมาก

3.2.1 หน้าที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้า (prior notification)

หน้าที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้าเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐมีมติที่ต้องการจะดำเนินกิจการใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อรัฐมีมติอื่น มีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐมีมติอื่นทราบล่วงหน้าถึงการดำเนินกิจการที่ตนจะดำเนินการพร้อมทั้งให้ข้อมูลที่จำเป็น เพื่อให้รัฐที่อาจจะได้รับผลร้ายจากการดำเนินกิจการมีโอกาสรับทราบว่ามีความเสี่ยงจากการดำเนินกิจการและคัดค้านกิจการได้ก่อนที่จะมีผลเสียหายเกิดขึ้นกับรัฐของตน⁶⁰

หน้าที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้านี้ ถือเป็นหน้าที่ที่มีความสำคัญและยังช่วยป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เพราะถ้าปล่อยให้เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว มาหาวิธีแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นบางกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่อาจจะสามารถหาทางแก้ไขได้ หรือความเสียหายบางอย่างอาจทำให้เกิดความเสียหายที่เพิ่มมากขึ้น และไม่อาจหาทางแก้ไขได้ในเวลาสั้น เช่น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ทำให้ในทางปฏิบัติของรัฐมีมติต่างๆ ได้กำหนดให้รัฐที่ต้องการดำเนินการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อรัฐมีมติอื่นมีหน้าที่แจ้งให้รัฐอื่นทราบ

61

ในส่วนของ United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 ได้กำหนดหน้าที่ในการแจ้งไว้ในมาตรา 12 ความว่า”ก่อนที่รัฐลำนํ้าจะดำเนินโครงการหรืออนุญาตให้ดำเนินโครงการ ซึ่งอาจทำให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อรัฐลำนํ้าอื่นรัฐเจ้าของโครงการต้องแจ้งให้รัฐอื่นทราบล่วงหน้าก่อน พร้อมทั้งจัดหาข้อมูลทางเทคนิค

⁶⁰ จตุภูมิ ภูมิบุญชู. ปัญหาและแนวทางเกี่ยวกับการใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามความตกลงความร่วมมือเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของกลุ่มแม่น้ำโขง ค.ศ.1995.”เอเชียปริทัศน์.” (ม.ค.-มิ.ย.48)

⁶¹ McCaffrey, C. Stephen, “International Water Law for the 21 st Century ; The Contribution of the U.N. Convention.” (University of The Pacific McGeorge School of Law.)

และข้อสนเทศที่เพียงพอเพื่อให้รัฐลำนํ้าอื่นมีโอกาสทราบถึงผลกระทบที่เกิดขึ้น” และใน The Helsinki Rules on the Use of the Waters of International Rivers 1966 ได้นำหน้านี้มาบัญญัติไว้เช่นกัน เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของรัฐที่ปรากฏในรูปของสนธิสัญญาและความเห็นของนักนิติศาสตร์ แสดงให้เห็นว่าได้มีการยอมรับหน้าที่ในการบอกกล่าวในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว

3.2.2 หน้าที่ในการปรึกษาหารือ (consultation)

หน้าที่ในการปรึกษาหารือเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐเข้ามาปรึกษาหารือเพื่อให้ได้ข้อสรุปในการใช้นํ้า หากรัฐที่ได้รับการบอกกล่าวถึงโครงการใช้นํ้าในลำนํ้าระหว่างประเทศที่จะเกิดขึ้นแล้ว เห็นว่าการใช้นํ้าที่จะมีขึ้นจะก่อให้เกิดผลกระทบหรือการใช้นํ้าที่ดำเนินการอยู่นั้นได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐของตนแล้ว รัฐที่ได้รับการบอกกล่าวและรัฐที่บอกกล่าวมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือเพื่อหาข้อสรุปในการใช้นํ้า

เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ลำนํ้าระหว่างประเทศ⁶² หน้าที่ในการปรึกษาหารือจึงมีความจำเป็น สิทธิและหน้าที่ของรัฐในการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศจะปฏิบัติตามไม่ได้หากปราศจากความร่วมมือระหว่างรัฐริมฝั่ง ในทางปฏิบัติของรัฐมีความตกลงเป็นจำนวนมากที่ระบุหน้าที่ให้รัฐภาคีของความตกลงต้องปรึกษาหารือซึ่งกันและกันในเรื่องการดำเนินโครงการที่อาจก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงอย่างมากต่อปริมาณหรือคุณภาพของนํ้าในลำนํ้าระหว่างประเทศ

หน้าที่ในการปรึกษาหารือนี้มีฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยดูได้จากสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศ เช่นสนธิสัญญาระหว่างออสเตรีย เยอรมัน และสวิสเซอร์แลนด์ (Agreement Relating the Withdrawal of Water from Lake Consatnce 1966) สนธิสัญญากรุงริโอเดอလာปลาต้า ระหว่างประเทศอาร์เจนตินา และประเทศอุรุกวัย ในวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1973 (Treaty between Argentina and Uruguay concerning the La Plata River and its maritime limits) 1973 มาตรา 14⁶³ และจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ซึ่งปรากฏ

⁶² จตุรนต์ ภิระวัฒน์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31.น.662

⁶³ Treaty between Argentina and Uruguay concerning the La Plata River and its maritime limits, 1973: Article 14 ;

อยู่ในงานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศและคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศจากหลักฐานที่ปรากฏในข้อแตกต่างๆของกฎหมายระหว่างประเทศทำให้นักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นสนับสนุนว่าหน้าที่ปรึกษาหารือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว เช่น Caponera Lammers และ Van Lier⁶⁴

3.2.3 หน้าที่ในการเจรจา (negotiation)

หน้าที่ในการเจรจานั้นเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐริมฝั่งที่เสนอโครงการและรัฐที่คัดค้านโครงการมีหน้าที่ต้องเจรจากัน เพื่อหาข้อสรุปที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เพื่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุด และผลกระทบต่อลำนํ้าระหว่างประเทศน้อยที่สุด และหน้าที่ในการเจรจานี้รัฐทุกรัฐต้องต้องมีหลักสุจริต (good faith) ในการเจรจาด้วย กล่าวคือในการเจรจากันระหว่างรัฐริมฝั่งแม่น้ำควรมีการเจรจาโดยรัฐริมฝั่งต้องมีความสุจริตโดยต้องไว้วางใจและซื่อสัตย์ต่อกันในการเจรจา

หน้าที่ในการเจรจานี้ได้รับการรับรองว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว⁶⁵ โดยได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการใช้นํ้าจากลำนํ้าระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาระหว่างประเทศออสเตรเลียกับประเทศยูโกสลาเวีย วันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 (Convention between the Government of the Federal Government of the Austria Republic Concerning Water Economy Question Relating to Drava) (25 May 1954)⁶⁶ และในมาตรา 17 ของ United

“All regulations relevant to the channels situated in waters of common utilization, and any substantial or permanent modification there to, must be effectuated subject to advance consultation with the other Party.

In no case and under no conditions may a regulation be adopted which might cause appreciable detriment to the navigation interests of either Party.”

⁶⁴ จตุภูมิ ภูมิบุญชู. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33 น.178

⁶⁵ Caponera Dante A. principles of water law and administration : national and international. (Rotterdam, Netherlands : A.A. Balkema, 1992)

⁶⁶ Convention between the government of the federal government of the Austria Republic concerning water economy question relating to Drava 1954 Aeticle 4 ;

Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997

การที่รัฐริมฝั่งมีหน้าที่ในการเจรจาไม่ได้หมายความว่า รัฐที่จะดำเนินโครงการต้องได้รับความยินยอมจากรัฐริมฝั่งอื่นก่อนจึงจะดำเนินโครงการได้ เพราะการดำเนินงานใดๆ โดยต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น เป็นการขัดต่อหลักการใช้อำนาจอธิปไตยและการเท่าเทียมกันของรัฐริมฝั่ง นอกจากนี้ถ้าในระหว่างเจรจายังไม่สามารถหาทางตกลงกันหรือหาข้อสรุปได้ รัฐริมฝั่งที่เสนอโครงการก็มีสิทธิที่จะดำเนินโครงการตามที่ตนเสนอได้หากเห็นว่าโครงการของตนสอดคล้องกับสิทธิและผลประโยชน์ของรัฐ เพราะไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศห้ามไว้และเป็นการป้องกันไม่ให้ใช้เวทีในการเจรจาเป็นเครื่องมือถ่วงโครงการที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐริมฝั่งเจ้าของโครงการ⁶⁷

3.2.4 หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล (exchange of information)

ในการใช้น้ำเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ลำนํ้าระหว่างประเทศจึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งกันและกันเพื่อที่จะทราบว่าแต่ละรัฐต้องการใช้น้ำทำอะไรและมีความต้องการใช้น้ำมากขนาดไหนและการใช้น้ำของรัฐอื่นก่อให้เกิดผลกระทบกับรัฐของตนเองหรือไม่ หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่รัฐแต่ละรัฐต้องปฏิบัติตาม

หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเป็นผลมาจากพันธกรณีที่รัฐต้องให้ความร่วมมือกับรัฐอื่นในการใช้ประโยชน์จากลำนํ้าระหว่างประเทศ หน้าที่นี้ถูกกำหนดเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐมีข้อมูลเพียงพอที่จะใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและใช้น้ำโดยไม่สร้างความเสียหายให้กับรัฐอื่น⁶⁸

“If Contracting State desire to carry out operation for the development of hydrolic power , party on its own territory and party on the territory of another Contracting State or involving alteration on the territory of another Contracting State concerned shall enter into negotiations with a view to conclusion of agreements which will allow such operations to be executed”

⁶⁷ Caponera Dante A. *supra* note 65 p.190 .

⁶⁸ Report of the International Law Commission, the Yearbook of the International Law Commission.United Nation, 1994. vol.II part I

หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลถูกรับรองไว้ในสนธิสัญญาหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญากรุงริโอเดอလာปาต้าระหว่างประเทศอาร์เจนตินาและอุรุกวัย วันที่ 19 พฤศจิกายน 1973⁶⁹ และในมาตรา 9 ของ United Nation Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 ว่า”.....กำหนดให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอย่างสม่ำเสมอและเป็นระบบ.....” เป็นต้น

เพื่อที่จะให้เกิดประสิทธิภาพในการแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งนำมาเพื่อความสำเร็จในการวางแผนพัฒนาพื้นที่ลำนํ้าทั้งหมดรัฐริมฝั่งทั้งหลายอาจจะก่อตั้งองค์การร่วมกันเพื่อทำหน้าที่ในการรวบรวมและแลกเปลี่ยนข้อมูลเช่นว่านี้ด้วย เช่น Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin 1995 และ Farakka Treaty 1996⁷⁰

สิทธิและหน้าที่ของรัฐริมฝั่งที่กล่าวมานี้ถือเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปเมื่อมีการใช้นํ้าในลำนํ้าระหว่างประเทศ เว้นแต่รัฐนั้นจะไปทำความตกลงกับรัฐริมฝั่งอื่นเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่เพื่อให้เป็นไปโดยเฉพาะ เช่นในแม่น้ำโขงประเทศไทย ลาว กัมพูชาและประเทศเวียดนามได้ร่วมกันลงนามในความตกลงแม่น้ำโขง 1995 เมื่อได้ทำการศึกษาค้นคว้าทำให้ทราบว่าปัจจุบันมีความตกลงที่เกี่ยวข้องกับลำนํ้าระหว่างประเทศประมาณมากกว่า 220 กว่าฉบับ

เมื่อได้ทำการศึกษาในบทที่ 3 สรุปได้ว่าในช่วงหลายศตวรรษที่ผ่านมากฎหมายลำนํ้าระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาเรื่อยมาจากอดีตจนถึงปัจจุบัน และในการศึกษามีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องนำเอาความตกลงต่างๆที่รัฐทำไว้มาทำการศึกษา ความหมายของลำนํ้าระหว่างประเทศในปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจนว่าลำนํ้าระหว่างประเทศมีความหมายอย่างไร ดังนั้นในการทำความตกลงเกี่ยวกับการใช้นํ้าระหว่างรัฐริมฝั่งต่างๆจึงต้องมีการกำหนดความหมายไว้ให้ชัดเจนเพื่อทำให้ทราบว่าลำนํ้าที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของรัฐริมฝั่งต่างๆก็มีรากฐานมาจากทฤษฎีในการใช้นํ้าทั้ง 4 ทฤษฎี โดยสิทธิในการใช้นํ้าที่สำคัญคือการใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและเนื่องจากหลักการใช้นํ้านี้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นสูงปรับเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นในการใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมจึงต้องพิจารณาตามปัจจัยและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำให้หลักการใช้นํ้าอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่หลายประเด็น และหน้าที่ในการใช้นํ้าโดยไม่ก่อให้เกิดความ

⁶⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31.น.662

⁷⁰ McCaffrey, C. Stephen, *supra* note 2. p.412

เสียหายอย่างร้ายแรงนี้เป็นหน้าที่ที่มีความจำเป็นอย่างมากในการใช้ทรัพยากรน้ำซึ่งเป็นทรัพยากรที่มีอยู่ร่วมกันเพราะถ้าทรัพยากรน้ำที่ใช้เกิดความเสียหายอาจทำให้รัฐริมฝั่งอื่นๆไม่สามารถใช้น้ำได้ จึงจำเป็นที่ต้องได้รับความร่วมมือจากรัฐต่างๆในการใช้น้ำ ซึ่งกฎหมายลำนํ้าระหว่างประเทศได้มีการกำหนดหน้าที่ในการให้ความร่วมมือไว้เช่น หน้าที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้า หน้าที่ในการปรึกษาหารือ หน้าที่ในการเจรจา หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล เพื่อทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศ

