

บทที่ 3

การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันอาจแยกพิจารณาได้ ใน 3 ลักษณะดังนี้

- การใช้ประโยชน์ในฐานะเส้นแบ่งเขตแดน
- การใช้ประโยชน์เพื่อการเดินเรือ (Navigational uses of water)
- การใช้ประโยชน์เพื่อการอื่นอันมิใช่การเดินเรือ(Non-navigational uses of water)^{1 2}

¹ Calflisch Lucius, Chapter 1 Regulation of the uses of international watercourse, in Salman, M.A. Salman and De Chazournes, Bosisson Laurence. International Watercourses Enhancing Cooperation and Managing Conflict. World bank Technical Paper No. 414, The World Bank, Washington D.C., 1998 p.4-8

² ความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นมีความสำคัญต่อการพิจารณาปัญหากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างยิ่ง เนื่องจาก หากแม่น้ำที่เป็นข้อพิพาทนั้นมีชื่อ แม่น้ำระหว่างประเทศ แม่น้ำนั้นย่อมมีตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (ผู้เขียน)

แม่น้ำระหว่างประเทศ (international river) เดิมทีนั้น หมายถึง แม่น้ำที่ไหลแบ่งหรือไหลผ่านดินแดนของรัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป ได้แก่ แม่น้ำที่ไหลเป็นเส้นแบ่งพรมแดนที่เรียกว่า "boundary river"หรือ "contiguous river"แบบหนึ่ง และแม่น้ำที่ไหลผ่านจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่งที่เรียกว่า "successive river"อีกอย่างหนึ่ง

อย่างไรก็ตามคำจำกัดความดังกล่าว มีข้อจำกัดในเรื่องของการจัดการน้ำอย่างเป็นระบบ เพราะคำจำกัดความดังกล่าว ไม่ได้ให้ความสำคัญกับลำน้ำสาขา (tributary)และน้ำใต้ดิน(underground water)ซึ่งมีผลกระทบต่อปริมาณและคุณภาพของลำน้ำประธานที่เป็นแม่น้ำระหว่างประเทศ เหตุนี้จึงมีการพัฒนาความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศจนกลายมาเป็น "ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ" (international drainage basin) อันมีความหมายถึงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ทั้งหมดที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปที่ถูกกำหนดโดยสันปันน้ำ ซึ่งครอบคลุมถึงน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน (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

และเพื่อที่จะสามารถนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ไปปรับใช้กับการใช้น้ำในแม่น้ำโขง
ดังนั้นในบทนี้จะได้ศึกษาถึงกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่าง

limits of the system of waters, including surface and underground waters, flowing into a
common terminus.) แนวความคิดนี้มุ่งจัดการทรัพยากรน้ำให้ได้ประโยชน์สูงสุดโดยการจัดการ
ทั้งลุ่มน้ำ แต่แนวคิดนี้ก็ถูกคัดค้านจากรัฐส่วนใหญ่เนื่องจากมีผลเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยอัน
เด็ดขาดของรัฐเหนือบริเวณที่เป็นพื้นที่ลุ่มแม่น้ำ

ปัจจุบันมีความพยายามในการประสานแนวคิดข้างต้นทั้งสองแนวคิดเข้าด้วยกันโดยงาน
ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติจนเกิดแนวคิดใหม่เกี่ยวกับ
ความหมายของแม่น้ำระหว่างประเทศ คือคำว่า "ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ"(International
watercourse) โดยมีความหมายว่า

(ก)"ลุ่มน้ำ" หมายถึงระบบของน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ประกอบกันขึ้น อันเนื่องมาจาก
ความสัมพันธ์ทางกายภาพที่เป็นหน่วยเดียวกันและระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน ; และ

(ข)"ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ" หมายถึง ลุ่มน้ำที่มีส่วนใดส่วนหนึ่งตั้งอยู่ในรัฐที่ต่างกัน

(Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International
Watercourses, 1997,Article 2 (Use of terms)

For the purposes of the present Convention:

(a) "Watercourse" means a system of surface waters and ground waters
constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing
into a common terminus;

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

ปัญหาที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับคำนิยามของคำว่า"ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ"และ"ลุ่มน้ำระหว่าง
ประเทศ"ได้แก่ปัญหาที่ว่ากรณีที่คำนิยามเกี่ยวกับแม่น้ำระหว่างประเทศทั้งสองแบบนี้กำหนดให้
คำว่า"ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ"และคำว่า"ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ"รวมไปถึงระบบน้ำใต้ดินด้วยนั้นจะ
มีผลในทางปฏิบัติเพียงใด เนื่องจากในปัจจุบันนี้เทคโนโลยีในทางวิศวกรรมยังไม่สามารถ
ตรวจสอบข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับระบบน้ำใต้ดินได้อย่างละเอียด ดังนั้นการกำหนดให้คำว่า"ลุ่มน้ำ
ระหว่างประเทศ"และคำว่า"ลุ่มน้ำระหว่างประเทศ"รวมถึงระบบน้ำใต้ดินด้วยก็อาจนำมาซึ่งปัญหา
การควบคุมและตรวจสอบการใช้น้ำใต้ดินในทางปฏิบัติได้

ประเทศเพื่อการอื่นที่มีใช้การเดินเรือโดยเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมซึ่งจะต้องศึกษาเรื่องต่างๆ ดังนี้

- แนวคิดและสถานะทางกฎหมายของการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณา
- แนวทางในการพิจารณาปัจจัยและข้อเท็จจริงต่างๆ
- กระบวนการในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและการระงับข้อพิพาท

3.1 แนวคิดและสถานะทางกฎหมายของหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในส่วนหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ของรัฐริมน้ำ (riparian states) เพื่อการอื่นที่มีใช้การเดินเรือนั้นได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วนับจากต้นศตวรรษที่ 19 มา³ โดยมีทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอยู่ 4 ทฤษฎี ได้แก่

3.1.1 แนวคิดของหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม

1. ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ (Absolute sovereignty)

ตามทฤษฎีนี้ถือว่า รัฐสามารถใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของรัฐได้อย่างเสรีโดยไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของตน เนื่องจากรัฐมีฐานะเป็นเจ้าของดินแดน (master of its own territory) แต่รัฐไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องการไหลอย่างอิสระและต่อเนื่อง (the continued free flow) จากรัฐอื่นเช่นกัน ทฤษฎีนี้ถูกกล่าวอ้างอย่างเป็นทางการครั้งแรกในปี ค.ศ. 1895 โดยนาย Judson Harmon อัยการสูงสุด (Attorney General) ของสหรัฐอเมริกาในข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกเกี่ยวกับการผันน้ำจากแม่น้ำริโอแกรนด์

³ Ludwick .A. Teclaff, Water law in historical perspective cited in วิชัย ศรีรัตน์ "หลักกฎหมายและวิธีการในการควบคุมและป้องกันปัญหามลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีแม่น้ำโขงตอนล่าง." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537 หน้า 35

รณ (Rio Grande) เหตุนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศจึงเรียกทฤษฎีนี้อีกอย่างว่า แนวคิด Harmon (Hormon Doctrine)

ทฤษฎีนี้ได้รับการรับรองจากนักกฎหมายหลายท่าน เช่น Klüber, Heffter, E. Bousek และ Simarian หากพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วแนวคิดเกี่ยวกับการใช้น้ำแบบนี้ นั้นสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ (sovereignty of state) มาก เพราะรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนโดยสมบูรณ์ แต่เนื่องจากทฤษฎีนี้เอื้อต่อประโยชน์ต่อการใช้น้ำของรัฐต้นน้ำ (upstream state) มากเกินไปทำให้ไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นๆ เพราะไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของรัฐปลายน้ำและขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่ารัฐต้องไม่ก่อความเสียหายแก่รัฐอื่น แม้แต่สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นฝ่ายที่กล่าวอ้างทฤษฎีนี้ในตอนต้นของกรณีพิพาทเรื่องแม่น้ำ Rio Grand ระหว่างสหรัฐกับเม็กซิโกเองก็ตาม ภายหลังจากสหรัฐอเมริกาได้ทำสนธิสัญญากับเม็กซิโก โดยยึดถือหลักการแบ่งปันอย่างเป็นธรรม (equitable distribution) แทน (ดู Treaty between the United State of America and Mexico relating to the water of the Rio Grand 1907 ในส่วน Preamble)

นอกจากนี้ Lipper นักกฎหมายอีกท่านหนึ่งก็ได้ให้ความเห็นว่าแนวคิด Harmon นี้ไม่เคยปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับแม่น้ำและไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีอิสระที่จะทำอะไรก็ได้ (กับแม่น้ำระหว่างประเทศในดินแดนของตน) ตามที่รัฐต้องการ⁴

2. ทฤษฎีบูรณภาพเหนือดินแดน (Absolute territorial Integrity)

ตามทฤษฎีนี้ถือว่ารัฐมีบูรณภาพเหนือดินแดนที่จะไม่ถูกรัฐอื่นแทรกแซงหรือรบกวนสิทธิจากการกระทำของรัฐอื่น ดังนั้นรัฐจึงมีสิทธิที่จะคาดหมายว่าน้ำ (ในแม่น้ำระหว่างประเทศ) ในปริมาณเดียวกันจะไม่ถูกรบกวนทั้งในแง่ปริมาณและคุณภาพจากรัฐอื่น และจะไหลมาสู่ดินแดนตน ดังนั้นหากการใช้น้ำของรัฐถูกรบกวนกระเทือนจากการใช้น้ำของรัฐอื่นจึงถือเป็นการละเมิดบูรณภาพเหนือดินแดนของรัฐนั้น รัฐปลายน้ำจึงเรียกร้องสิทธิการไหลตามปกติ (Natural Flow) ของ

⁴ J.Lipper, "Equitable Utilization" The Law of International Drainage Basins, A.H.Garreston, R.D. Hayton, and C.J. Olmstead, eds. (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1967) pp.22-23

น้ำจากรัฐต้นน้ำได้ ทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายหลายท่าน ได้แก่ Oppenheim Max Huber, Von Bar, Schenkel และ Fleischmann แต่เนื่องจากทฤษฎีนี้มีเนื้อหาที่เอื้อประโยชน์แก่รัฐปลายน้ำแต่เพียงอย่างเดียวทำให้รัฐต้นน้ำเสียประโยชน์ทฤษฎีนี้จึงมิได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ เช่นเดียวกับทฤษฎีแรก

3. ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด (Limited territorial Sovereignty)

ตามทฤษฎีนี้รัฐมีน้ำถูกจำกัดอยู่ภายใต้พันธกรณีที่ว่า จะไม่ใช่ดินแดนของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่รัฐมีน้ำอื่นๆ นอกจากนี้แล้วทุกรัฐยังมีสิทธิที่จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเท่าเทียมกัน โดยต้องเคารพสิทธิของรัฐมีน้ำอื่นๆ ด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีนี้ได้เข้ามาประสานผลประโยชน์ของรัฐมีน้ำทั้งที่ตั้งอยู่ทางต้นน้ำและที่ตั้งอยู่ปลายน้ำตลอดจนได้เข้ามาสร้างสมดุลระหว่างทฤษฎี 2 ทฤษฎีแรกที่ไม่เป็นที่ยอมรับในประเทศต่างๆ ทฤษฎีนี้ถือเป็นรากฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในปัจจุบันและเป็นทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกันมากที่สุดในปัจจุบันผลของทฤษฎีนี้ก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐมีน้ำทุกรัฐในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐมีน้ำ (Riparian State) อื่นๆ

4. ทฤษฎีผลประโยชน์รวมของสังคม (Community of Interest)

ตามทฤษฎีนี้ถือว่าพื้นที่แม่น้ำทั้งหมดถือเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกันที่จะไม่ถูกแบ่งแยกโดยพรมแดนทางการเมือง และมองว่าแม่น้ำนั้นเป็นทรัพย์สินส่วนรวม (Common property) ที่รัฐมีน้ำทุกรัฐจะต้องร่วมมือกันวางแผนการใช้น้ำทั้งลุ่มน้ำเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและลดผลกระทบที่จะเกิดแก่สภาพทางธรรมชาติ การใช้น้ำตามทฤษฎีนี้นั้นถือว่าการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (Equitable and reasonable utilization) โดยรัฐมีน้ำแต่ละประเทศนั้นก่อให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ เนื่องจากแต่ละประเทศต่างฝ่ายต่างก็ใช้น้ำโดยไม่มีการวางแผนร่วมกันจึงไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการใช้น้ำได้

อย่างไรก็ตามทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดในปัจจุบัน คือทฤษฎีที่เรียกว่าทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัด ทฤษฎีนี้อิงอยู่บนหลักการที่ว่า "รัฐมีน้ำทุกรัฐต่างมีสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) ในทรัพยากรน้ำที่อยู่ในดินแดนของรัฐนั้นๆ แต่การใช้น้ำนั้นต้องไม่ก่อให้เกิด

ความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่รัฐอื่น⁵ จะเห็นได้ว่าทฤษฎีที่เรียกว่าทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันจำกัดนี้มองรัฐริมน้ำ(riparian state) ในลักษณะเดียวกับเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมตามหลักกฎหมายแพ่งนั่นเอง กล่าวคือ รัฐทุกรัฐมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันที่จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ สิทธิที่จะใช้น้ำของรัฐริมน้ำรัฐหนึ่งนั้นถูกจำกัดอยู่ด้วยสิทธิการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งรัฐอื่น ๆ ก็มีเช่นเดียว และพื้นฐานความคิดเช่นว่านี้เองได้กลายมาเป็น หลักกฎหมายว่าด้วยใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (Reasonable and equitable utilization) ในเวลาต่อมา อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านถือว่าหลักกฎหมายว่าด้วยการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้เป็นทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอีกทฤษฎีหนึ่ง นอกจาก 4 ทฤษฎีที่ได้กล่าวมาแล้ว

7

ตามหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้ รัฐริมน้ำทุกรัฐต่างมีสิทธิที่เท่าเทียมและสัมพันธ์กัน(equal and correlative rights) ในการใช้ (Uses) และแสวงหาประโยชน์(Benefit) จากแม่น้ำระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็แม่น้ำระหว่างประเทศที่มีลักษณะแบบ Contiguous หรือ Successive⁸ ก็ตาม⁹

คำว่า"สิทธิที่เท่าเทียมและสัมพันธ์กัน" (equal and correlative rights) นั้นเป็นคำที่ปรากฏในบันทึกความเห็นเกี่ยวกับ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ข้อ 4 ซึ่งปรากฏในรายงานการประชุมของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกล่าวไว้ว่า

⁵ Amnat Wongbandit , Hydrologic development on an international river : the lower Mekong Basin,p.42

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1360 "เจ้าของร่วมคนหนึ่งมีสิทธิใช้ทรัพย์สินได้ แต่การใช้นั้นต้องไม่ขัดต่อสิทธิแห่งเจ้าของร่วมคนอื่น"

⁷ (ดู Caponera,Dante A. Principles of Water Law and Administration: National and International. Rotterdam:A.A.Balkema, 1992. P.214)

⁸ หมายความว่าของแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีลักษณะแบบ Contiguous และ Successive ในเชิงอรรถที่ 2

⁹ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1986. (A/CN.4/399)Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1987) p.104

"สิทธิที่เท่าเทียมและสัมพันธ์กันในการใช้น้ำในระหว่างรัฐร่วมลุ่มแม่น้ำทั้งหลายนั้น มิได้หมายถึงว่าแต่ละรัฐจะได้รับส่วนแบ่งในการใช้น้ำในปริมาณที่เท่ากัน"¹⁰

จะเห็นได้ว่าคำว่า"สิทธิที่เท่าเทียม"(equal rights)นี้ถูกใช้ในความหมายที่ว่ารัฐทุกรัฐต่างก็มีสิทธิและโอกาสในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเหมือนกันนั่นเอง

ส่วนคำว่า"สิทธิที่สัมพันธ์กัน"(correlative rights)ที่กล่าวถึงนั้น ได้แกสิทธิที่ปรากฏในข้อ 2 ของ Resolution on the Use of International Non-Maritime Waters 1961 ซึ่งเป็นงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) อันเป็นผลจากการประชุมที่เมือง Salzburg ในเดือนกันยายนปี ค.ศ. 1961 ซึ่งกำหนดว่า

"ข้อ 2 รัฐทุกรัฐมีสิทธิใช้น้ำซึ่งไหลผ่าน (traverse) หรือกำหนดเขตแดน(border) ภายใต้ข้อจำกัดซึ่งถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อจำกัดตามที่กฎหมายกำหนด สิทธิเช่นว่านี้ถูกจำกัดโดยสิทธิในการใช้น้ำของรัฐอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับแม่น้ำหรือลุ่มน้ำเดียวกัน"¹¹

ดังนั้น"สิทธิที่สัมพันธ์กัน" (correlative rights) ก็คือสิทธิของรัฐอื่นในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในแม่น้ำระหว่างประเทศนั่นเอง

อาจกล่าวได้ว่าภายใต้หลักการนี้ รัฐริมน้ำทุกรัฐมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะใช้แม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของตน (หรือกล่าวง่าย ๆ ว่ารัฐแต่ละรัฐต่างก็มีสิทธิในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ ไม่มีรัฐไหนมีสิทธิดีกว่ารัฐอื่นนั่นเอง) ซึ่งสิทธิที่เท่าเทียมในการใช้น้ำนี้มิได้หมายถึง

¹⁰International law Association. ILA Report 52 nd Conference 1966 p.487. cited in International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1986 A/CN.4/399) Vol.2 part 1. (New York: United Nations,1987) p.104

¹¹ Resolution on the Use of International Non-Maritime Waters ,Salzburg,11 September 1961 ,Article 2,

"Every state has the right to make use of the waters flowing across or bordering its territory subject to the limitations imposed by international law and in particular those which result from the following legal dispositions. That right is limited by the right of use by the other States concerned with the same river or watershed."

ว่ารัฐมีสิทธิใช้น้ำได้ในปริมาณที่เท่ากัน แต่ปริมาณน้ำที่แต่ละประเทศมีสิทธิที่จะใช้แค่ไหนและเพียงใดจึงจะเป็นธรรมนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป สิทธิเช่นว่านี้เองคือสิทธิในการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม และเมื่อรัฐทุกรัฐต่างก็มีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศเหมือนกัน ดังนั้นรัฐมีน้ำจึงมีหน้าที่ในการที่จะไม่ใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศในลักษณะที่ไปรบกวน(abuse of rights)สิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐมีน้ำอื่นๆด้วย¹²

ส่วนคำว่า"ใช้"(Uses) ในที่นี้จะถูกใช้ในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับคำว่า "Utilization" ซึ่งจะหมายความรวมถึงการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศในทุกรูปแบบที่มีโครงการเดินเรือ เช่น การประมง การล่องซุง การควบคุมน้ำท่วม รวมทั้งการป้องกันมลพิษทางน้ำด้วย นอกจากนี้คำว่า"ใช้" ยังรวมถึงการใช้น้ำในลักษณะที่เป็นการใช้แล้วสูญหายไป(Consumptive use) และการใช้น้ำในลักษณะที่เป็นการใช้ที่ไมทำให้น้ำสูญหายไป(non-consumptive use)¹³ เช่น การใช้น้ำเพื่อการประกอบอุตสาหกรรมโดยใช้น้ำระบายความร้อนเครื่องจักร และการเดินเรือ เป็นต้น

และคำว่า"แสวงหาประโยชน์"(benefit) นั้นหมายถึงการ"ใช้"แม่น้ำระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั่นเองแต่เป็นการใช้ประโยชน์จากลักษณะพิเศษของแม่น้ำ เช่น การผลิตกระแสไฟฟ้า เป็นต้น¹⁴

นอกจากนี้หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมยังมุ่งให้มีการใช้น้ำอย่างเป็นประโยชน์และเลี่ยงการใช้น้ำอย่างสูญเปล่าอีกด้วย¹⁵ ซึ่งการใช้น้ำที่เป็นประโยชน์นั้นมิได้หมายความว่า การใช้น้ำของรัฐนั้นๆ ต้องเป็นการใช้น้ำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดโดยเป็นการใช้น้ำด้วยวิธีที่มีประสิทธิภาพสูงสุด แต่หลักการนี้กำหนดให้การใช้น้ำของแต่ละรัฐนั้นต้องเป็นการใช้น้ำอย่างเป็นประโยชน์โดยใช้วิธีที่มีประสิทธิภาพหรือใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจและการเงินของแต่ละรัฐโดยเลี่ยงการใช้น้ำอย่างสูญเปล่าให้มากที่สุด¹⁶

¹² International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (a/49/10)Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1994) p.218

¹³ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1986. (A/CN.4/399)Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1987) p.104

¹⁴ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1986. (A/CN.4/399)Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1987) p.104

¹⁵ International Law Association. ILA Report 52 nd Conference 1966 p.487.

¹⁶ Ibid. p.487

จะเห็นได้ว่าหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Equality of State) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะตามหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้รัฐมีน้ำเท่าเทียมกันในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ นอกจากนี้ McCaffrey ยังมีความเห็นว่าหลักการใช้น้ำอย่างนี้เป็นธรรมนี้มีรากฐานมาจากหลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Equality of State) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแม้หลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐจะเป็นเพียงจุดเริ่มต้นของหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและมิได้เข้ามาแก้ไขปัญหาที่ว่า จะแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างไร แต่หลักความเสมอภาคแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐก็ก่อให้เกิดผลที่สำคัญมากในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ เพราะทำให้ไม่มีรัฐใดสามารถกล่าวอ้างได้ว่าตนมีสิทธิที่จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเหนือกว่ารัฐอื่น เพราะทุกรัฐต่างมีสิทธิที่เท่าเทียมกัน ในขณะที่เดียวกันหลักความเสมอภาคนี้ก็ทำให้ไม่มีรัฐใดสามารถทำให้สิทธิในการใช้น้ำของรัฐอื่นเสียหายโดยการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศไปทั้งหมดแต่เพียงรัฐเดียวหรือใช้น้ำบางส่วน แม้ว่า การใช้น้ำของรัฐนั้นจะมีมาก่อนการใช้น้ำของรัฐอื่น หรือมีการใช้น้ำภายหลังรัฐอื่นก็ตาม¹⁷ และการที่รัฐทุกรัฐมีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้น้ำนั้นก็เท่ากับเป็นการปฏิเสธทฤษฎีการใช้น้ำที่สุดขั้วทั้งสองแบบอันได้แก่ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยอันสมบูรณ์ และทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดน ที่สนับสนุนเพียงเฉพาะประโยชน์ของรัฐต้นน้ำและรัฐปลายน้ำเท่านั้น ซึ่งทั้งสองทฤษฎีที่กล่าวมานั้นก่อให้เกิดสถานะที่ฝ่ายหนึ่งได้และอีกฝ่ายหนึ่งเสียอย่างสมบูรณ์ (absolute winner and absolute loser)

ส่วนการที่จะชี้ว่าการใช้น้ำของรัฐมีน้ำฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นธรรมหรือไม่นั้น ไม่อาจที่จะชี้ตัดสินไปได้ เหตุนี้กฎหมายจึงทำได้เพียงการกำหนดเกณฑ์หรือปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำเท่านั้น (ส่วนที่ว่าปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำจะมีอะไรบ้างนั้นจะได้กล่าวถึงในส่วนต่อไป)

จะเห็นว่าข้อดีของหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้คือเป็นหลักการที่มีความยืดหยุ่น (Flexible) เนื่องจากหลักการนี้ได้เป็นการชี้ขาดว่ารัฐต้นน้ำหรือรัฐปลายน้ำควรจะเป็นผู้ที่มีสิทธิใช้น้ำ แต่เป็นการพิจารณาว่าอะไรคือขอบเขตของสิทธิการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมของแต่ละรัฐในสภาพและพฤติการณ์นั้นๆ และหลักการนี้ยังมีความเป็นพลวัต

¹⁷ McCaffrey, Stephen C, The law of international watercourse non-navigational uses. (New York Oxford University Press Inc., 2001) p.331

(Dynamic) อีกด้วย กล่าวคือความเป็นธรรมนั้นจะเปลี่ยนแปลงไปตามปัจจัยและข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เปลี่ยนไป¹⁸

จากการศึกษาพบว่าหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้ถูกเรียกชื่อต่างกันหลายแบบ ได้แก่ หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (reasonable and equitable; ตาม Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers) หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม (equitable utilization)¹⁹ หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลและความร่วมมือ (equitable and reasonable utilization and participation; ตาม United Nations Convention on the law of the non-navigational use of international watercourse) อย่างไรก็ตามชื่อต่างๆ ที่กล่าวมานี้ล้วนสื่อถึงหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมด้วยกันทั้งสิ้น

ปัญหาที่น่าพิจารณาอย่างหนึ่งเกี่ยวกับการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลคือประเด็นที่ว่าความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลนี้มีความหมายในแง่ของการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างไร และการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องใช้ในลักษณะที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล หากจะใช้น้ำในลักษณะที่เป็นธรรมแต่ไม่สมเหตุสมผลจะทำได้หรือไม่ และในทางตรงกันข้ามหากใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลแต่ไม่เป็นธรรมจะทำได้หรือไม่

ตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่ถูกประมวลขึ้นโดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศและคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายแห่งสหประชาชาติในต่างก็รับรองหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมเช่นเดียวกัน แม้งานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับจะกล่าวถึงหลักการใช้น้ำไว้ต่างกันเล็กน้อยคือใน Helsinki Rules on the use of the Waters of International Rivers 1966 ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐลุ่มน้ำ (basin State) แต่ละรัฐมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากในลุ่มแม่น้ำระหว่างน้ำประเทศที่อยู่ในดินแดนของตนโดยการแบ่งอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม”²⁰

¹⁸ Ibid. p.328

¹⁹ ดู J.Lipper, "Equitable utilization" The law of international Drainage Basins, A.H.Garreston, R.D. Hayton, and C.J. Olmstead, eds. (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1967) pp.15-88

²⁰ Helsinki Rules of the use of the Waters of International Rivers 1966, Article 4

ส่วนใน Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourse ,1997 ได้กล่าวถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมไว้ว่า

"รัฐลำน้ํา(Watercourse States)ทุกขัรัฐมีสิทธิใช้ลำน้ําระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรม และสมเหตุสมผล"²¹

โดยในรายงานการประชุมของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นงานประมวลกฎหมายที่จัดทำขึ้นหลังจาก Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers และสื่อถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมโดยผ่านคำว่า"ความเป็นธรรมและสมเหตุสมผล" ก็มีได้กล่าวถึงความแตกต่างของคำว่า "สมเหตุสมผลและเป็นธรรม"ที่ปรากฏใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers กับ"ความเป็นธรรมและสมเหตุสมผล"ที่ปรากฏใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses แต่อย่างไร และในรายงานการประชุมของคณะกรรมการหลายครั้งก็มีการเรียก หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม และสมเหตุสมผล และหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมปนกันไป นอกจากนี้งานประมวลกฎหมายทั้ง 2 ฉบับต่างก็มีได้ให้คำนิยามของคำว่า "ความเป็นธรรม" (Equitable) และคำว่า"ความสมเหตุสมผล"(Reasonableness) ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างคำทั้งสองไว้

ในรายงานการของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติไม่ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้ แต่เคยมีการเสนอให้มีการตัดคำว่า"สมเหตุสมผล"ออกดังนี้

" (ย่อหน้า 323) สมาชิกถาวรหลายท่านได้ตั้งคำถามถึงการใช้คำว่า"สมเหตุสมผล" และแนะนำว่าควรตัดคำว่า"สมเหตุสมผล"ออก เนื่องจากความฟุ่มเฟือยของคำ และคำนี้ก็ถูกใช้เพื่ออ้างถึง "ความเป็นธรรม"(equitable)หรือมีฉะนั้น[คำว่า"สมเหตุสมผล"]ก็ควรถูกแทนที่ด้วยคำว่า"เป็นธรรม" (Fair) ส่วนสมาชิกอื่นๆ ส่วนใหญ่เห็นว่าหลักการ "

"Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin."

²¹Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses,1997 Article 5:

"Watercourse States shall in their respective territories utilize an international watercourse in an equitable and reasonable manner..."

สมเหตุสมผลและเป็นธรรม"ควรถูกคงไว้ เนื่องจากการใช้แนวคิด"ความยุติธรรม" (Equity) นั้นมีความยากในตัวแนวคิดนั่นเอง และการใช้คำที่กำกวมเช่น"สมเหตุสมผล และเป็นธรรม"นั้น จำเป็นจะต้องถูกพิจารณาเมื่อมีประเด็นเกี่ยวข้องกับการจำกัด อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ และคำเหล่านี้จำเป็นจะต้องถูกพิจารณาอีกเพื่อ เลี่ยงความสับสนในประเด็นที่ว่า สิทธิในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลใน ดินแดนของรัฐหนึ่ง นั้นจะต้องสอดคล้อง(Concordant)กับพันธกรณีในการใช้สิทธิโดย การ] ไม่แทรกแซง (Interfere) สิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลของรัฐอื่น และเพราะความกำกวมของคำว่า"สมเหตุสมผล"และ"เป็นธรรม"นี้จึงนำมาสู่หน้าที่ใน การร่วมมือและหน้าที่ในการเจรจาเพื่อพิจารณาถึงขอบเขตของสิทธิทั้งหลายที่ เกี่ยวข้อง"²²

จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมุ่งที่จะใช้คำว่า"การใช้น้ำอย่างเป็น ธรรมและสมเหตุสมผล"รวมกันไป โดยคำทั้งสองต่างก็สื่อถึงแนวคิดการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมในหมู่ รัฐริมน้ำทั้งหลาย และเหตุที่มีความจำเป็นจะต้องใช้คำทั้งสองที่มีความหมายเช่นนี้ก็เพื่อให้รัฐ ทั้งหลายนั้นหันเข้ามาเจรจากันเพื่อกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของแต่ละ ฝ่ายมิให้ขัดแย้งกัน

ในทางปฏิบัติของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ(International Court of Justice) คำทั้งสอง ต่างถูกใช้ในฐานะทางเลือก แต่ศาลได้เคยประกาศว่าความยุติธรรมนั้นหมายถึงการปรับใช้ กฎหมายอย่างสมเหตุสมผล(The Equity means the reasonable application of the law)²³ อัน นำมาซึ่งการสำรวจวิธีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องและรับประกันความมีประสิทธิภาพของผล และความ เป็นธรรมนั้นเป็นแนวทางที่ใกล้ชิดกับผลที่สมเหตุสมผล(Equitable being the approach closest to the reasonable result)²⁴

²² International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1984. Vol.2 part 2.(New York: United Nations, 1984) p.94

²³ ICJ Report 1969 (North Sea Continental Shelf case), para.89-93 cited in Bruha'scs J. The law of non-navigational uses of international watercourse. (Dordrecht : Martinus Nijhoff. 1993.) p.164

²⁴ Ibid. p.164

นอกจากนี้ Bruhács ได้เคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ดังนี้
 “ความสมเหตุสมผลนั้นก่อให้เกิดผลเฉพาะอย่าง เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าวัตถุประสงค์
 ของการแบ่งอย่างเป็นธรรมนั้นคือการก่อให้เกิดผลประโยชน์ในการใช้น้ำอย่างสูงสุด
 เท่าที่จะสามารถบรรลุได้โดยมีการสูญเสียให้น้อยที่สุด และควบคู่ไปกับหลักการใช้น้ำ
 อย่างเป็นธรรมความสมเหตุสมผลอาจถูกพิจารณาได้ในฐานะทางออกที่สอดคล้องกับ
 สามัญสำนึก คือ การเสี่ยงความสูญเสียในการใช้น้ำโดยไม่จำเป็นดังที่ Lipper ได้
 กล่าวไว้

“นี่ไม่ได้หมายความว่า การใช้น้ำจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดมากเท่าที่น้ำจะ
 สามารถให้ได้ หรือว่าวิธีการใช้น้ำจะต้องเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการลดการ
 ใช้น้ำโดยสูญเสีย”

คดีต่างๆที่เกิดขึ้นในรัฐต่างๆ ก็สนับสนุนผลดังกล่าวนี้โดยการให้เหตุผลดังนี้

“1) สิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมจะได้รับการรับรองเฉพาะในกรณีที่เป็นการใช้น้ำอย่าง
 เป็นประโยชน์เท่านั้น

2) ขณะที่การใช้น้ำนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ดังที่ผู้ใช้ประสงค์ การใช้ประโยชน์ไม่จำเป็น
 จะต้องเป็นการใช้ประโยชน์มากที่สุดเท่าที่น้ำจะสามารถให้ได้ ขณะเดียวกัน
 ผู้ใช้น้ำก็ไม่อาจจะจงใจใช้น้ำโดยเปล่าประโยชน์หรือใช้อย่างไม่มีประสิทธิภาพ ในขณะที่
 ที่ยังมีวิธีการอื่นที่ลดความไร้ประสิทธิภาพได้”

ดังนั้น ความต้องการความสมเหตุสมผลหมายถึง เกณฑ์บางอย่างที่มุ่งเปลี่ยนแปลงการ
 ใช้น้ำในปัจจุบันโดยสิ้นเชิง หรือทำให้ทันสมัยขึ้น โดยการเพิ่มศักยภาพในการใช้น้ำใน
 แม่น้ำระหว่างประเทศ²⁵

ในส่วนผู้เขียนเห็นว่าแม้เราไม่อาจที่จะกำหนดความหมายของคำว่า “ความสมเหตุสมผล” ได้
 อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ก็อาจจะกล่าวได้ว่าผลพิเศษอย่างหนึ่งของความสมเหตุสมผลในส่วนที่
 เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยสามัญสำนึกก็คือ การใช้น้ำนั้นจะต้องเป็นการใช้น้ำ
 อย่างเป็นประโยชน์และมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ เหตุนี้
 การจะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นจึงต้องเป็นการใช้โดยสอดคล้องกับทั้งความสมเหตุสมผล
 และเป็นธรรมโดยจะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไปมิได้

²⁵ Ibid.p. 164

3.1.2 สถานะทางกฎหมายของหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม

ปัญหาที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมอีกประการหนึ่ง คือ ปัจจุบัน หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้มีสถานะทางกฎหมายอย่างไร มีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งการที่จะตอบคำถามเรื่องจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ได้นั้นจะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ อันได้แก่ แนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) และความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (Opinio juris)

เมื่อพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (Source of International law) จะเห็นได้ว่าหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้ได้ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศในสองลักษณะได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เป็น Lex lata (กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอยู่) และกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เป็น Lex ferenda (กฎหมายระหว่างประเทศที่กำลังจะเป็น)

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ (Lex lata) นี้ได้รับการรับรองโดยชัดแจ้งและโดยปริยายในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศหลายฉบับในหลายทวีป ดังนี้

ในทวีปอเมริกาเหนือ เช่น

- The Treaty between the United States of America and Canada relating to the uses of the waters of Niagara River (Washington D.C., 27 February 1950), ข้อ 5,6²⁶
- Treaty between the United States of America and Mexico relating to the waters of the Rio Grande 1906 (Preamble)²⁷

²⁶ Treaty Between the United States of America and Canada Relating to the Uses of the Waters of the Niagara River Article VI : "The waters made available for power purposes by the provisions of this shall be divided equally between the United States of America and Canada."

²⁷ Treaty between the United States of America and Mexico relating to the waters of the Rio Grande 1906 (Preamble): "The United States of America and the United States of Mexico being desirous to provide for the equitable distribution of the waters of the Rio Grande for irrigation purposes, and to remove all causes of controversy between them in respect thereto, and being moved by considerations of international comity, have

ในทวีปอเมริกาใต้ เช่น

- Treaty for Amazon Co-operation 1978 (Brasilia, 3 July 1978 :Preamble ,ข้อ 1)²⁸
- The Agreement between Argentina and Uruguay concerning the utilization of the rapids of the Uruguay River in the Salto Grande (Montevideo,30 December 1946), ข้อ 1²⁹

ในทวีปยุโรป เช่น

- The Frontier Agreement between Austria and Czechoslovakia (Prague, 12 December 1928, ข้อ 28)³⁰
- Convention between the Soviet Union and Turkey for the use of frontier waters and Protocol concerning the Araxe River (Kars, 8 January 1927,ข้อ 1)³¹

resolved to conclude a Convention for these purposes and have named as their Plenipotentiaries"

²⁸Treaty for Amazon Co-operation 1978 Article I: "The Contracting Parties agree to undertake joint actions and efforts to promote the harmonious development of their respective Amazonian territories in such a way that these joint actions produce equitable and mutually beneficial results and achieve also the preservation of the environment, and the conservation and rational utilization of the natural resources of these territories ."

²⁹ Agreement Concerning the Utilization of the Rapids of the Uruguay River in the Salto Grande Area :Article 1"The High Contracting Parties declare that, for the purposes of this Agreement, the waters of the Uruguay River shall be utilized jointly and shared equally."

³⁰The Frontier Agreement between Austria and Czechoslovakia 1928, Article 28: "Each of the two States is entitled in principle to dispose of half the water flowing through frontier waterways."

³¹ Convention between the Soviet Union and Turkey for the use of frontier waters and Protocol concerning the Araxe River 1927,Article 1: The two Contracting Parties shall have the use of one half of the water from the rivers, streams and springs which

ในทวีปเอเชีย เช่น

- The Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin 1995³²

ในทวีปแอฟริกา เช่น

- Protocol on shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community (SADC) Region³³

coincide with the frontier line between the Turkish Republic and the Union of Soviet Socialist Republics.

³² The Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin 1995, Article 5 : "To utilization the waters of the Mekong River system in a reasonable and equitable manner in their respective territories...."

³³ Protocol on Shared Watercourses in the Southern African Development Community (SADC) Region:

6. Member States shall utilise a shared watercourse system in an equitable manner. In particularly, a shared watercourse system shall be used and developed by member States with a view to attaining optimum utilisation thereof and obtaining benefits there from consistent with adequate protection of the watercourse system.

7. Utilisation of a shared watercourse system in an equitable manner within the meaning of paragraphs 4 and 6 requires taking into account all relevant factors and circumstances including:

- a. Geographical, hydrographical, hydrological, climatical and other factors of a natural character;
- b. The social and economic needs of the member States concerned;
- c. The effects of the use of a shared watercourse system in one watercourse state on another watercourse state;
- d. Existing and potential uses of the shared watercourse system; and
- e. Guidelines and agreed standards to be adopted.

และแม้ในสนธิสัญญาหลายฉบับจะมีได้ใช้คำว่า "equitable and reasonable" คงใช้คำต่างๆ หลายคำ ได้แก่ เช่น reasonable and equitable share, equitable utilization, equitable apportion, optimum utilization, beneficial or reasonable use³⁴ และมีแนวทางการจัดการน้ำที่ต่างกัน แต่สนธิสัญญาทุกฉบับต่างก็มุ่งสื่อถึงการรับรองหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมทั้งสิ้น สาระสำคัญของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการสนธิสัญญาทั้งหลายยอมรับร่วมกัน ได้แก่ หลักการที่ว่ารัฐทุกรัฐมีสิทธิอย่างเท่าเทียมและสัมพันธ์กัน (The equal and correlative rights) ในการใช้และแสวงหาประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ³⁵ เห็นได้จากสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศส่วนใหญ่โดยเฉพาะสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำที่เป็นเขตแดน ได้รับเอาหลักความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิ(equality of rights)มาใช้ โดยมักจะกำหนดให้มีการแบ่งน้ำ(Quantity)ในแม่น้ำแก่รัฐริมน้ำฝ่ายละครึ่ง³⁶ หรือกำหนดให้รัฐริมน้ำแต่ละฝ่ายมีสิทธิใช้น้ำในแม่น้ำนั้นได้อย่างเท่าเทียมกัน(equal) ซึ่งการกำหนดแบ่งน้ำแบบนี้ได้เคยใช้เป็นหลักปฏิบัติที่ใช้กันอยู่ทั่วไปสำหรับการแบ่งน้ำ³⁷ หรือในบางกรณีนอกจากจะใช้วิธีแบ่งน้ำในแม่น้ำฝ่ายละครึ่งแล้ว บางครั้งยังมีการแบ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้น้ำ เช่น กระแสไฟฟ้า ฝ่ายละครึ่ง หรือตามที่รัฐแต่ละฝ่ายพอใจอีกด้วย

อย่างไรก็ตามต่อมารัฐทั้งหลายต่างเห็นว่าวิธีการแบ่งน้ำโดยการกำหนดปริมาณน้ำ(Quantity)ที่รัฐริมน้ำแต่ละฝ่ายมีสิทธิใช้นั้นมิใช่วิธีแก้ปัญหาที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ดังนั้นในปัจจุบันจึงได้มีความพยายามในระดับระหว่างประเทศที่จะร่วมมือกันในการจัดการแม่น้ำระหว่างประเทศทั้งระบบ

และในส่วนหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่กำลังจะเป็น(Lex ferenda) นั้น จะเห็นได้ว่าหลักการใช้น้ำอย่าง

³⁴ Bruha'cs J. The law of non-navigational uses of international watercourses. (Dordrecht : Martinus Nijhoff. 1993.) p.157

³⁵ International Law Commission,Yearbook of the International Law Commission 1986. (A/CN.4/399) Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1987) p.104

³⁶ International Law Commission,Yearbook of the International Law Commission 1981. (A/CN.4/348)Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1981) p.76 para. 49

³⁷ International Law Commission,Yearbook of the International Law Commission 1980. (a/cn.4/332 and add.1)Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1980) p.195

เป็นธรรมได้รับการรับรองและนำมาบรรจุในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศดังปรากฏอยู่ในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศต่างๆ อันได้แก่

- **Institute of international law**

ได้เสนอ Resolution on the use of International Non-Maritime Water 1961 ไว้โดยมีสาระสำคัญ คือ การเรียกร้องให้รัฐริมน้ำทั้งหลายระงับข้อพิพาทโดยอาศัยหลักความเป็นธรรม (Equity) โดยพิจารณาจากความจำเป็น (Needs) ของแต่ละรัฐ และข้อพิจารณาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดี³⁸

- **International law association**

ได้เสนอ Helsinki Rules on the use of the Waters of International Rivers ขึ้นในปี ค.ศ. 1966 ซึ่งงานชิ้นนี้ถือเป็นจุดเริ่มของแนวคิดในเรื่องการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมโดยกล่าวถึงสิทธิการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐริมน้ำไว้ในมาตรา 4³⁹ ว่า

“มาตรา 4

รัฐลุ่มน้ำ(basin State)แต่ละรัฐมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของตน โดยการแบ่งอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม”
(reasonable and equitable shares)

³⁸ Resolution on the Use of international Non-Maritime Waters ,Salzburg,11 September 1961 ,Article 3,

“If the various states disagree upon the extent of their rights of use, the disagreement shall be settled on the basis of equity, taking into consideration the respective needs of the States, as well as any other circumstances relevant to any particular case.”

³⁹The Helsinki Rules of the Use of the Waters of International Rivers 1966, Article 4, “Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin”.

และการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตาม Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers นั้น คำว่า equitable share นั้นหมายถึงการแบ่งปันโดยความเป็นธรรมตามเหตุผล การแบ่งปันนั้นจะต้องให้ทุกรัฐบรรลุถึงความพอใจมากที่สุดโดยไม่ก่อ หรือ ก่อให้เกิดผลกระทบในทางไม่ดีขึ้นน้อยที่สุดทั้งในด้านปริมาณและคุณภาพ ดังนั้นจึงมิใช่ความเท่าเทียมตามความหมายทางคณิตศาสตร์ แต่เป็นความเท่าเทียมโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความ ต้องการที่แท้จริงของแต่ละรัฐ⁴⁰ ทั้งนี้ต้องพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องต่างๆ ในแต่ละคดี⁴¹

งานประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นเป็นการรวบรวมหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศ ซึ่งเป็นผลการทำงานร่วมกันของนักกฎหมายระหว่างประเทศภายในองค์กรเอกชนระหว่างประเทศเท่านั้นทำให้มิได้มีผลผูกพันทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามงานประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับสามารถนำมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจคดีได้ตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นงานของนักนิติศาสตร์

- International law commission

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้นำเสนอ Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, 1997 ต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ หลังจากการดำเนินงานเป็นเวลานาน นับแต่ปี 1970 จนกระทั่งปี 1997 โดยงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ การเดินเรือขึ้นนี้ ได้รับเอางานของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ: International law association อันได้แก่ Helsinki Rules on the use of the Waters of International Rivers มาเป็นพื้นฐานในการร่างอนุสัญญาฉบับนี้ด้วยโดยเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผล อย่างไรก็ตามในงานฉบับนี้ได้มีการขยายหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม โดยนอกจากรัฐริมน้ำจะมีสิทธิในการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศ(International watercourse)อย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมแล้ว รัฐริมน้ำยังมีส่วนร่วมอย่างเป็นธรรม(equitable participation) ในการใช้ โดยมีหน้าที่ให้ความร่วมมือ(cooperation)ในการป้องกัน และพัฒนา ตามบทบัญญัติใน

⁴⁰Barberis "The Development of international law of transboundary groundwater" in National Resources Journal, Vol. 31,p. 176-177

⁴¹The Helsinki Rules of the use of the Waters of International Rivers 1966, Article 5(1)

อนุสัญญาฉบับนี้ด้วย⁴² ซึ่งสาระสำคัญของหลักการมีส่วนร่วมอย่างเป็นธรรมนี้ คือการร่วมมือกันระหว่างรัฐริมน้ำทั้งหลายโดยผ่านการมีส่วนร่วมบนพื้นฐานของความสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในการดำเนินมาตรการ การดำเนินงานและการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ซึ่งมุ่งที่จะบรรลุถึงการใช้ประโยชน์สูงสุดจากแม่น้ำระหว่างประเทศ การร่วมมือกันระหว่างรัฐต่างๆ นั้นรวมถึงเรื่องต่างๆ เช่น มาตรการในการควบคุมปัญหาน้ำท่วม, แผนงานลดมลภาวะในแม่น้ำ, การวางแผนลดปัญหาความแห้งแล้ง, การควบคุมปัญหาการพังทลายของดิน, การป้องกันผลกระทบที่เกิดจากการใช้พลังงาน (the safeguarding of hydraulic works) และการป้องกันสภาพแวดล้อม⁴³

⁴²Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International

Watercourses, 1997, Article 5 Equitable and reasonable utilization and participation

1. Watercourse States shall in their respective territories utilize an international watercourse in an equitable and reasonable manner. In particular, an international watercourse shall be used and developed by watercourse States with a view to attaining optimal and sustainable utilization thereof and benefits therefrom, taking into account the interests of the watercourse States concerned, consistent with adequate protection of the watercourse.

2. Watercourse States shall participate in the use, development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner. Such participation includes both the right to utilize the watercourse and the duty to cooperate in the protection and development thereof, as provided in the present Convention.

⁴³ ในขั้นตอนของการยอมรับ(adopt) Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997 โดยที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly) ในวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 1997 นั้น มีรัฐที่เห็นชอบกับอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ทั้งสิ้น 103 ประเทศ(ประเทศสี่ประเทศในกลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่างอันได้แก่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, ราชอาณาจักรไทย, ราชอาณาจักรกัมพูชา และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ก็รวมอยู่ในกลุ่มประเทศที่เห็นชอบกับอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย), มีรัฐคัดค้าน 3 ประเทศ ได้แก่ ตุรกี สาธารณรัฐประชาชนจีน และบรูไน, มีรัฐที่งดออกเสียง 27 ประเทศ และมีรัฐที่ไม่ได้เข้าร่วมในการประชุม 33 ประเทศ และหนึ่งในประเทศที่ไม่ได้เข้าร่วมการประชุมได้แก่พม่า

Gao Feng ตัวแทนจากสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ให้เหตุผลในการที่ไม่เข้าร่วมในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวไว้ดังนี้ “เป็นที่เห็นได้ชัดว่าร่างอนุสัญญาดังกล่าวมีข้อเสีย ข้อแรก

อย่างไรก็ตามอนุสัญญาสหประชาชาติฉบับดังกล่าวนี้ยังไม่มีผลบังคับใช้แต่อย่างใด เนื่องจากประเทศที่ลงนามในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวยังมีจำนวนไม่ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้⁴⁴ ดังนั้นสถานะทางกฎหมายของงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศฉบับดังกล่าวจึงมีฐานะเป็นเพียงกฎหมายที่กำลังจะเป็น(Lex ferenda) เท่านั้น

นอกจากจะปรากฏในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หลักกฎหมายที่ว่าด้วยการใช้น้ำอย่างเป็นทางการเป็นธรรมนี้ยังได้รับการรับรองในคำพิพากษาของศาลและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต่างๆ เช่น คำตัดสินของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of Justice) ในคดี River Oder Case 1929⁴⁵ และ ตามมาด้วยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในคดี Lake Lanoux Arbitration 1957 ระหว่างฝรั่งเศสและ สเปน⁴⁶ และท้ายสุดในคดี Gabčíkovo-Nagymaros Project 1997ระหว่างฮังการีกับสโลวาเกีย ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้รับรองหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการเป็นธรรมนี้ไว้เช่นกัน⁴⁷

อนุสัญญาฉบับนี้ล้มเหลวในการสะท้อนให้เห็นถึงความตกลงทั่วๆไปในหมู่รัฐทุกรัฐ และรัฐเป็นจำนวนมากได้ตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับข้อบัญญัติหลัก ข้อสองตบทยกข้อยกเว้นไม่ได้สะท้อนถึงหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน(Territorial Sovereignty)ของรัฐลุ่มน้ำ ในกรณีนี้รัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนโดยไม่อาจโต้แย้งได้ และนอกจากนี้ในบทบัญญัติยังมีความไม่เท่าเทียมกันระหว่างสิทธิและหน้าที่ของรัฐต้นน้ำและรัฐปลายน้ำ” (ดู United Nations General Assembly Press Release GA/9248 ลงวันที่ 21 May 1997)

⁴⁴ นับแต่ได้มีการเปิดโอกาสให้รัฐภาคีต่างๆลงนามในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวตั้งแต่วันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 1997 จนกระทั่งวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 มีรัฐที่ร่วมลงนามในความตกลงทั้งสิ้นเพียง 18 ประเทศ อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าวยังคงเปิดโอกาสให้รัฐต่างๆได้มีการภาคียานุวัติ (Accede) และให้สัตยาบัน (ratify) แก่อนุสัญญาฉบับดังกล่าวจนกระทั่งปัจจุบัน

⁴⁵Caponera,Dante A. Principles of Water Law and Administration:National and International. (Rotterdam:A.A.Balkema, 1992). P.213

⁴⁶ International Law Commission,Yearbook of the International Law Commission 1981. (A/CN.4/348)Vol.2 part 1.(New York: United Nations,1981) p.87

⁴⁷ McCaffrey , Stephen C, The law of international watercourse non-navigational uses . (New York Oxford University Press Inc., 2001) p.325

และนอกจากนี้หลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการยังเป็นธรรมเนียมยังได้ถูกนำไปใช้พิจารณาในคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำภายในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศที่เป็นรัฐรวม เช่น สหรัฐอเมริกา⁴⁸ สวิตเซอร์แลนด์⁴⁹ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน⁵⁰ อินเดีย⁵¹ และอาร์เจนตินา⁵² ซึ่งสาระสำคัญของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการที่ศาลภายในของประเทศต่างๆ ได้นำไปใช้ในการพิจารณาได้แก่หลักความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิในตนเอง เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลภายในรัฐต่างๆ เช่น คำตัดสินของศาลสูงแห่งสมาพันธรัฐสวิตเซอร์แลนด์ในคดีระหว่าง Canton Argovie v. Zurich ในปี 1878 ซึ่งศาลได้ชี้ให้เห็นถึงหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการโดยเริ่มพิจารณาจากหลัก "ความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิ" ว่า

"ในกรณีของแม่น้ำสาธารณะ (Public waters) ซึ่งไหลผ่านหลายแคว้น (Canton) และเป็นของแคว้นทั้งหลายร่วมกันนั้น ต้องเป็นไปตามหลักความเท่าเทียมกันของแคว้นที่ว่า "ไม่มีแคว้นใดที่จะสามารถก่อความเสียหายแก่ แคว้นอื่นได้ การดำเนินการภายในดินแดนของ แคว้น หนึ่งๆ เช่น การผันน้ำจากแม่น้ำหรือลำธาร การสร้างเขื่อน ฯลฯ ซึ่งจะทำให้การใช้สิทธิอธิปไตยเหนือน้ำของ แคว้นอื่นเป็นไปไม่ได้ หรือการดำเนินการที่เป็นการกีดกันการใช้น้ำร่วมของ แคว้น อื่น ถือเป็น การละเมิดดินแดน

ในอีกทางหนึ่งเมื่อพิจารณากรณีเช่นว่านี้ ไม่มี แคว้นใดมีสิทธิเปลี่ยนแปลงการใช้สิทธิอธิปไตยเหนือน้ำตามความประสงค์หรือความต้องการพิเศษของตนโดยไม่คำนึงถึงความสมควรและเหมาะสมตามหลักการเกี่ยวกับการใช้น้ำ"⁵³

⁴⁸ คดี Kansas v. Colorado 1907, Wyoming v. Colorado 1922, (amend 1957), Connecticut v. Massachusetts 1931, New Jersey v. New York 1931, Washington v. Oregon 1936, Colorado v. Kansas 1943, Nebraska v. Wyoming 1945 (modified 1953), Colorado v. New Mexico 1982, Texas v. New Mexico 1983, Colorado v. New Mexico 1984, Kansas v. Colorado 1986

⁴⁹ คดี Aargau v. Zurich 1878

⁵⁰ คดี Württemberg and Prussia v. Baden 1927

⁵¹ รายงานของ Indus commission, Krishna water dispute, Narmada water dispute

⁵² คดีพิพาทระหว่าง La Pampa V. Mendoza 1987

⁵³ McCaffrey, Stephen C, The law of international watercourse non-navigational uses. (New York Oxford University Press Inc., 2001) p.330

นอกจากนี้ศาลได้กล่าวถึงความแตกต่างของกรรมสิทธิ์ส่วนตัว (private ownership) และสิทธิอธิปไตย (sovereignty rights) ในการใช้น้ำในกรณีที่มีเขตอำนาจของแคว้นหลายแคว้นมาเกี่ยวข้อง ดังนี้

“เมื่อพิจารณาถึงลำน้ำที่เป็นสาธารณะ แคว้นทั้งหลายต่างก็ไม่มีกรรมสิทธิ์เหนือแม่น้ำ มีเพียงสิทธิอธิปไตย และจากจุดนี้จึงไม่มีทางที่จะก่อให้เกิดสิทธิใดๆที่จะทำให้แคว้นที่อยู่เหนือน้ำถูกกีดกันมิให้ใช้น้ำ
แคว้นแต่ละแห่งมีเพียงสิทธิอธิปไตย (sovereign) ที่จะดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อที่จะใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลตามความต้องการของตนแต่ต้องไม่เกินสิทธิการใช้น้ำร่วมของแคว้นอื่น”⁵⁴

และตามมาด้วยคำตัดสินของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างมลรัฐ Kansas v. Colorado ปี ค.ศ.1907 ที่ว่า

“กรณีพิพาทเรื่องแม่น้ำระหว่างรัฐจะต้องพิจารณบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิเพื่อรักษามลรัฐ Colorado ในการใช้น้ำเพื่อการชลประทานให้มากเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ทำให้ผลประโยชน์ในการใช้น้ำซึ่งมลรัฐ Kansas มีเช่นเดียวกันนั้นเสียหาย”^{55 56}

⁵⁴ Ibid. p.330 -331

⁵⁵ International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1981, (A/CN.4/348) Vol.2 part 1. (New York: United Nations, 1981) p.75 para. 45

⁵⁶ ในสหรัฐอเมริกานั้น ศาลสูงสุดของสหรัฐได้ยึดถือหลักการที่คล้ายกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมในการตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำระหว่างรัฐต่างๆ เช่นกัน โดยทฤษฎีที่ศาลนำมาปรับใช้นั้นเป็นที่รู้จักในนามของ หลักการ "Equitable apportionment" ซึ่งนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าหลัก "Reasonable and Equitable utilization" ตามกฎหมายระหว่างประเทศ และ "Equitable apportionment" ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกปรับใช้กับคดีพิพาทเรื่องน้ำในระหว่างมลรัฐต่างๆ นั้น มีความแตกต่างกันในบางส่วน ได้แก่

1) หลักการ Equitable apportionment ที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกานั้นมีจุดกำเนิดจากแนวปฏิบัติของรัฐและคำพิพากษาศาลในคดีพิพาทเรื่องการใช้น้ำระหว่างรัฐของสหรัฐอเมริกา ในขณะที่หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม (Reasonable and Equitable utilization) นั้นมีจุดกำเนิดมาจากงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ

2) หลักการ Equitable apportionment นั้นยังไม่ชัดเจน โดยทั่วไปเป็นการอธิบายตามสามัญสำนึก และขาดเอกสารที่ชี้ให้เห็นถึงหลักเกณฑ์อย่างเป็นรูปธรรม ส่วนหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้นมีลักษณะที่ชี้เฉพาะได้และเป็นรูปธรรมมากกว่า และการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมก็มีการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาไว้ชัด

3) ทฤษฎีการแบ่งอย่างเป็นธรรมนั้นพูดถึงส่วนแบ่งที่ยุติธรรมและเป็นธรรมในหมู่คู่พิพาททั่วไป ในขณะที่ทฤษฎีการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม พูดถึงสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของแต่ละรัฐในการใช้ประโยชน์จากน้ำในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศในรูปแบบของกฎหมาย

4) ทฤษฎีการแบ่งน้ำอย่างเป็นธรรมนั้นให้สามัญสำนึกในการแบ่งน้ำเพื่อหาว่าอะไรคือส่วนแบ่งที่เป็นธรรมและยุติธรรมระหว่างคู่กรณี ในขณะที่การปรับใช้ทฤษฎีการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้น การพิจารณาว่าการใช้น้ำนั้นจะเป็นธรรมหรือไม่จะต้องพิจารณาจากปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องดังที่ได้มีการยกตัวอย่างไว้ใน Helsinki Rules ข้อ 5.2

5) การพิจารณาว่าการใช้น้ำของรัฐนั้นเป็นธรรมหรือไม่นั้นพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่ได้ถูกยกตัวอย่างไว้ใน Helsinki Rules ข้อ 5.2 และปัจจัยที่จะต้องนำมาพิจารณานั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะปัจจัยที่ถูกยกตัวอย่างนี้เท่านั้น เหตุนี้ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการพิจารณาเนื่องจากคู่พิพาทสามารถเสนอปัจจัยอื่นๆ เข้าสู่กระบวนการพิจารณาได้ และเกิดความรวดเร็วเนื่องจากศาลอาจพิจารณาจากปัจจัยที่ถูกกำหนดไว้แล้ว ในขณะที่การแบ่งอย่างเป็นธรรมนั้น การพิจารณาจะพิจารณาจากปัจจัยที่คู่ความอ้างขึ้นมาใหม่บนพื้นฐานของสามัญสำนึกและประโยชน์ของปัจจัยต่างๆที่ถูกอ้างในแต่ละคดี

6) ทฤษฎีการแบ่งอย่างเป็นธรรมนั้นมุ่งเพียงการแบ่งน้ำเท่านั้นโดยไม่ก้าวล่วงเข้าไปกำหนดถึงลักษณะการใช้น้ำ ในขณะที่ทฤษฎีการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้นมุ่งถึงการพัฒนาและใช้ประโยชน์ ส่วนแบ่งที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรมของแต่ละรัฐในลุ่มน้ำระหว่างประเทศ

7) การปรับใช้ทฤษฎีการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้นนอกจากจะเป็นการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรน้ำแล้วยังนำมาซึ่งการใช้น้ำอย่างที่ดีก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดอีกด้วย

(Rao Srinivasa, Dodda. Inter-state water disputes in India constitutional and statutory provisions and settlement machinery. (New Delhi :Deep &Deep Publications PVT. LTD.1998) pp.80-82

นอกจากนี้ในคดีเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างมลรัฐ New Jersey V. New York ศาลได้มีคำพิพากษาที่สำคัญที่ชี้ให้เห็นสาระสำคัญของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการเป็นธรรมดังนี้

“ลักษณะทางกายภาพของมลรัฐ New York ทำให้มลรัฐ New York สามารถจำกัด (cut off) น้ำไว้ภายในเขตอำนาจของรัฐตนแต่เพียงรัฐเดียวได้ แต่เป็นที่ชัดเจนว่าการใช้อำนาจเช่นว่านั้นเป็นการทำลายผลประโยชน์ของรัฐปลายน้ำเกินกว่าจะสามารถทนทานได้ และในอีกทางหนึ่งมลรัฐ New Jersey ก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้มลรัฐ New York หยุดการกระทำเช่นว่านั้น เพื่อให้ปริมาณน้ำที่ไหลมาถึงมลรัฐ New Jersey ไม่ลดลง รัฐทั้งสองต่างมีประโยชน์อย่างแท้จริงและสำคัญในแม่น้ำเช่นว่านั้น ซึ่งจะต้องถูกประสานประโยชน์อย่างดีที่สุดเท่าที่เป็นไปได้。(Both states have real and substantial interests in the river that must be reconciled as best they may be)⁵⁷

ซึ่งการที่ศาลตัดสินเช่นนี้เท่ากับชี้ให้เห็นว่าหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการนั้นมีผลเป็นการปฏิเสธทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ และทฤษฎีบูรณาภาพเหนือดินแดนอันสมบูรณ์ และยิ่งกว่านั้นหลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการมีแนวโน้มที่จะประสานผลประโยชน์ของรัฐพิพาททุกฝ่ายมากกว่าจะเป็นการชี้ขาดว่ารัฐใดควรมีสิทธิในการใช้น้ำมากกว่ากัน⁵⁸

ตลอดจนคำตัดสินของศาลของประเทศที่มีลักษณะเป็นรัฐรวมอื่นๆ เช่น สมาพันธรัฐเยอรมันในคดี Wuthenburg v. Barden ในปี ค.ศ. 1927 ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า

“การใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐทุกรัฐในแม่น้ำระหว่างประเทศที่ตัดผ่านดินแดนของรัฐนั้นๆ ถูกจำกัดโดยหน้าที่ที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของรัฐสมาชิกอื่นๆ ในประชาคมระหว่างประเทศ...ไม่มีรัฐใดจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่การไหลตามธรรมชาติของแม่น้ำโดยคนในรัฐได้”⁵⁹

⁵⁷ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1981. (A/CN.4/348) Vol.2 part 1. (New York: United Nations, 1981) p.76 para. 47

⁵⁸ McCaffrey, Stephen C, The law of international watercourse non-navigational uses. (New York Oxford University Press Inc., 2001) p.326

⁵⁹ J.Lipper, "Equitable Utilization" The Law of International Drainage Basins, A.H.Garreston, R.D. Hayton, and C.J. Olmstead, eds. (New York :Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1967) p.19

นอกจากนี้ศาลยังได้อ้างถึงการปรับใช้หลักการที่ศาลกล่าวข้างต้นนี้ว่า

“การปรับใช้หลักการนี้จะถูกกำกับโดยพฤติการณ์ในแต่ละคดี ผลประโยชน์ต่างๆ ของรัฐต่างๆ ที่เป็นปัญหานั้นจะต้องถูกชั่งน้ำหนักอย่างเป็นธรรมเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ของรัฐอื่นๆ สิ่งหนึ่งที่จะต้องพิจารณาไม่ใช่เพียงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐอื่นๆ เท่านั้น แต่ยังคงพิจารณาถึงประโยชน์ที่รัฐหนึ่งได้รับเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรัฐอื่นๆ ด้วย”⁶⁰

และท้ายสุดรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Indus / Rau Commission) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำสินธุระหว่างรัฐ Sind ของ Punjab ของอินเดียได้ให้ความเห็นว่า

“ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลง... สิทธิของจังหวัดหรือรัฐทั้งหลายต่างต้องถูกพิจารณาตามหลักการแบ่งอย่างเป็นธรรม (equitable apportionment) รัฐและจังหวัดทั้งหลายจะต้องได้รับส่วนแบ่ง (fair share) ที่เป็นธรรมจากแม่น้ำที่เป็นของส่วนรวม”⁶¹

จากคำตัดสินของศาลภายในประเทศของรัฐต่างๆ อันเป็นที่มาของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้น อาจสรุปได้ว่าศาลหรือองค์กรระดับข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำภายในประเทศนั้นส่วนใหญ่ก็ได้ยึดถือหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาทในการใช้น้ำในแม่น้ำภายในประเทศทั้งสิ้น อันเป็นเครื่องชี้ให้เห็นหลักกฎหมายที่ยอมรับโดยรัฐต่างๆ ได้เป็นอย่างดี

และจากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่ามีแนวปฏิบัติของรัฐ ในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศในแต่ละภูมิภาคทั่วโลกที่ต่างก็รับรองหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม รวมทั้งผลงานของนักนิติศาสตร์ซึ่งต่างก็ยอมรับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมทั้งสิ้น รวมทั้งคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำ และแม้แต่คำพิพากษาของศาลภายในประเทศที่เกี่ยวกับข้อพิพาทเรื่องน้ำ ต่างก็ยึดถือหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมมาใช้เป็นหลักควบคุมการใช้น้ำในแต่ละประเทศทั้งสิ้น เหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้มีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างน้อยที่สุดในฐานะของหลักกฎหมาย

⁶⁰ Ibid. p.19

⁶¹ International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1981, (A/CN.4/348) Vol.2 part 1, (New York: United Nations, 1981) p.76 para. 47

ทั่วไปที่อารยประเทศรับรอง (General principle of law)⁶² แต่นักกฎหมายบางท่าน เช่น Caponera⁶³ และ Lammer⁶⁴ ซึ่งเห็นว่าทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาของรัฐทั้งหลายและงานประมวลกฎหมายของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่ามีจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการใช้แม่น้ำระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแล้ว

3.2 ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม

เมื่อรัฐริมน้ำ (Riparian State) ทุกรัฐต่างมีสิทธิในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม โดยการใช้สิทธินั้นต้องไม่เป็นการรบกวนสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐอื่น ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือว่าการใช้น้ำอย่างไร และแค่ไหนจึงจะถือว่าเป็นการใช้น้ำที่เป็นธรรม และเนื่องจากความเป็นธรรมเป็นสิ่งที่เป็นามธรรมไม่อาจชี้ชัดลงไปได้ เหตุนี้กฎหมายจึงทำได้เพียงการกำหนดเกณฑ์หรือปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมไว้เท่านั้น ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือปัจจัยใดบ้างที่ควรจะถูกนำมาพิจารณาประกอบ ซึ่งในประเด็นนี้งานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศทั้งของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศและของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติต่างกำหนดไว้ตรงกัน คือการแบ่งปันน้ำหรือการใช้น้ำของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐจะเป็นธรรมหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากปัจจัยและพฤติการณ์ต่างๆที่เกี่ยวข้อง⁶⁵ โดยปัจจัยที่จะนำมาใช้

⁶² International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1986. (A/CN.4/399) Vol.2 part1. (New York: United Nations, 1986) p.130

⁶³ Caponera, Dante A. Principles of Water Law and Administration: National and International. (Rotterdam: A.A. Balkema, 1992). P. 191

⁶⁴ J.G. Lammer. "International and European Community Law aspects of pollution of international watercourse" Environmental protection and international law. (London: Graham & Trotman, 1993) pp. 135 -146 cited in สกุลยช หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล." วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 34

⁶⁵ Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966, Article 5.1 และดู United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourse 1997, ข้อ 6.1

ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีไป มิได้จำกัดว่าต้องมีปัจจัยใดบ้างเป็นการตายตัว⁶⁶

จากการศึกษาจากปฏิกิริยาต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ (source of international law)⁶⁷ เพื่อค้นหาปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมในกลุ่มแม่น้ำต่างๆ พบว่า แม้สนธิสัญญาระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะรับรองหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแต่ก็ไม่ได้ระบุถึงปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาแบ่งน้ำไว้อย่างชัดเจน มีเพียงตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ 2-3 ฉบับเท่านั้นที่กำหนดปัจจัยสำหรับพิจารณาถึงการใช้น้ำไว้ อันได้แก่ 2000 SADC Shared Watercourse Systems Revised Protocol⁶⁸ Joint Declaration of Principles for Utilization of the Water of the Lower Mekong Basin 1975⁶⁹

⁶⁶ Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966, Article 5 (2) และดู (A/49/10) ICL. Report 1994 Vol. 2 part 1 p (ใน United Nations Convention on the non-navigational Uses of International Watercourse 1997 ไม่ได้เขียนหลักการนี้ไว้ในอนุสัญญา โดยตรง แต่ในบันทึกความเห็นร่างอนุสัญญา (Draft Article) ฉบับดังกล่าวซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1994 ก็ได้ยืนยันหลักการนี้ไว้เช่นกัน .

⁶⁷ ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศถือกันว่าเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นถึงปฏิกิริยาของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ได้กำหนดให้ศาลซึ่งมีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เสนอต่อศาลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องใช้

- อนุสัญญาระหว่างประเทศ...
- จารีตประเพณีระหว่างประเทศ...
- หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งอารยประเทศรับรอง
- ภายใต้งบบังคับแห่งข้อ 59, คำพิพากษาของศาลและคำสอนของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงของประเทศต่างๆ ในฐานะเป็นเครื่องช่วยพิจารณาในการกำหนดหลักกฎหมาย

⁶⁸ Protocol on shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community (SADC) Region ,Article 2.7

"Utilisation of a shared watercourse system in an equitable manner with in the meaning of paragraphs 4 and 6 requires taking into account all relevant factors and circumstances including :

-
- (a) geographical, hydrographical, hydrological, climatical and other factors of a natural character ;
 - (b) the social and economic needs of the member States concerned ;
 - (c) the effects of the use of a shared watercourse system in one watercourse state on another watercourse state ;
 - (d) existing and potential uses of the shared watercourse system ;
 - (e) guidelines and agreed standards to be adopted"

⁶⁹Joint Declaration of Principles for Utilization of the Water of the Lower Mekong Basin 1975, Article 6

"For the purpose of determining what is a reasonable and equitable share within the meaning of article 5 all the relevant factors shall be considered, including , without limitation, the following:

- 1.the geography of the basin, including in particular the extent of the drainage area in the territory of each basin State;
- 2.the hydrology of the basin, including in particular the contribution of water by each basin State;
- 3.the climate affecting the basin;
- 4.the past utilization of the waters of the basin, including in particular existing utilization;
- 5.the economic and social needs of each basin State;
- 6.the population dependent on the waters of the basin in each basin State;
- 7.the comparative costs of alternative means of satisfying the economic and social needs of each basin State;
8. the availability of other resources;
- 9.the avoidance of unnecessary waste in the utilization of waters of the basin;
- 10.the practicability of compensation to one or more of the co-basin States as a means of adjusting conflicts among uses; and
- 11.the degree to which the needs of a basin State may be satisfied, without causing substantial injury to a co-basin State.

ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมส่วนใหญ่จะปรากฏในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำที่ถูกจัดทำโดยองค์กรต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว⁷⁰

ส่วนในคดีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น จากการศึกษาพบว่า มีคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหลายคดี แต่คำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นนั้นมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมคือ เป็นเพียงการรับรองสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐริมน้ำเท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับปัจจัยที่ใช้พิจารณาถึงสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแต่อย่างใด

แต่ในคดีพิพาทของศาลภายในประเทศ (Municipal Court) ระหว่างมลรัฐหรือจังหวัดต่างๆ เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำที่ไหลผ่านมลรัฐหรือจังหวัดหลายจังหวัด ในประเทศที่มีลักษณะเป็นรัฐรวมนั้น พบว่าศาลภายในประเทศหลายแห่งได้มีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทเรื่องการใช้น้ำโดยยึดถือหลักการแบ่งปันอย่างเป็นธรรม (Equitable apportion) หรือบางครั้งก็นำเอาหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้กับข้อพิพาทโดยถือเสมือนว่ามลรัฐหรือจังหวัดนั้นมีฐานะเช่นเดียวกับรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย แม้คำพิพากษาของศาลภายในประเทศจะยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่อย่างกว้างขวางในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศใน

12.the benefit-cost ratio of each project, taking into account social, economic and financial costs and benefits, including those downstream and upstream from the project"

⁷⁰ สำหรับปัจจัยที่ถูกกำหนดไว้ใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses นั้น ในขั้นการร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้เคยมีการเสนอให้มีการตัดปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำออกจากอนุสัญญาดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ว่า ปัจจัยที่ถูกกำหนดไว้นั้นไม่ได้เป็นการรวบรวมกฎหมายและปัจจัยดังกล่าวก็ไม่ได้จำกัดไว้ตายตัว ("All factors listed in draft article 8 as determining whether the use of the waters of an international watercourse was reasonable and equitable should be deleted, for they did not embody any legal principles.... and the list was far from exhaustive.")และควรปล่อยให้รัฐริมน้ำตัดสินใจเองว่าปัจจัยใดควรจะถูกนำมาพิจารณา. International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1986. 1986, Vol. 1.(New York: United Nations,1986) p.222 ,minute of 1977th meeting Para. 5

ประเด็นที่ว่าคำพิพากษาศาลภายในประเทศเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่? ก็ตาม หากแต่เราอาจถือว่าคำพิพากษาศาลภายในนั้นเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐ(State Practice) อย่างหนึ่ง⁷¹ เนื่องจากคำตัดสินของศาลภายในประเทศเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอรัฐ ประกอบหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้ก็มิวิวัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของศาลภายในประเทศ โดยเฉพาะในประเทศที่มีลักษณะเป็นรัฐรวมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะได้นำแนวคำพิพากษาของศาลภายในประเทศมาประกอบการพิจารณาด้วย

ปัจจัยต่างๆ ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำเท่าที่ปรากฏในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นสามารถจำแนกเป็นกลุ่มๆ ได้ 6 กลุ่มดังนี้

1. ปัจจัยทางภูมิศาสตร์, อุทกศาสตร์ และลักษณะทางธรรมชาติ
2. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ
3. การใช้น้ำที่ใช้อยู่ในแต่ละประเทศ
4. ประสิทธิภาพของการใช้น้ำ
5. ผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมต่อรัฐริมน้ำอื่นๆ
6. ปัจจัยอื่นๆ เช่น การใช้น้ำตามธรรมเนียมปฏิบัติของคนในพื้นที่ และการใช้น้ำอย่างยั่งยืน

ปัญหาที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับปัจจัยที่นำมาใช้ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำ ได้แก่ 1. ปัจจัยที่ควรจะนำมาใช้นั้นมีปัจจัยใดบ้างและปัจจัยแต่ละตัวนั้นหมายถึงอะไร?

2. ปัจจัยที่นำมาใช้นั้นควรจะมีการให้น้ำหนักแก่ปัจจัยแต่ละปัจจัยอย่างไร?

3.2.1. ปัจจัยทางภูมิศาสตร์, อุทกศาสตร์ และลักษณะทางธรรมชาติ

ปัจจัยทางภูมิศาสตร์, อุทกศาสตร์ และลักษณะทางธรรมชาติเป็นปัจจัยหนึ่งที่ถูกนำมาใช้พิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ ปัจจัยนี้ได้ถูกกำหนดไว้ทั้งใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers และ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ดังนี้

⁷¹ สกุลยช หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 44

ใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ได้กำหนดปัจจัยทางธรรมชาติของกลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ(International drainage basin) ที่จะต้องพิจารณาไว้ในข้อ 5 (2) (a)(b)(c)ดังนี้

- (a) ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มแม่น้ำ, โดยเฉพาะพื้นที่ลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของรัฐลุ่มน้ำ (basin State) แต่ละรัฐ
- (b) ลักษณะทางอุทกวิทยาของกลุ่มแม่น้ำ, โดยเฉพาะปริมาณน้ำที่ไหลลงสู่ลุ่มน้ำของแต่ละรัฐลุ่มน้ำ
- (c) สภาพอากาศที่มีผลต่อลุ่มน้ำ⁷²

ส่วนใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ได้กำหนดปัจจัยนี้ไว้ในข้อ 6(1)(a) ซึ่งบัญญัติถึงปัจจัยและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาติที่จะต้องพิจารณาว่า ได้แก่

“ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อุทกศาสตร์ (hydrographic, hydrological) สภาพอากาศ ระบบนิเวศน์ และปัจจัยทางธรรมชาติอื่นๆ”⁷³

โดยในบันทึกความเห็นเกี่ยวกับร่างอนุสัญญา(Commentary) ฉบับดังกล่าวซึ่งปรากฏในหนังสือประจำปี (Yearbook) ของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาตินั้นได้ให้ความกระจ่างเกี่ยวกับลักษณะทางภูมิศาสตร์และอุทกวิทยาที่จะต้องพิจารณาไว้ ดังนี้

“ย่อหน้า 1 (a) ได้กล่าวถึงปัจจัยทางธรรมชาติหรือลักษณะทางกายภาพ ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ดูเหมือนจะเป็นลักษณะของลุ่มน้ำระหว่างประเทศที่สำคัญ และมีอิทธิพลในตัวมันเอง เช่น ปริมาณน้ำ คุณภาพน้ำ อัตราการไหล และ ความสูงต่ำของกระแสน้ำในแต่ละช่วงเวลา (Periodical fluctuation in flow) และต้องมีการพิจารณา

⁷² Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966, Article 5.2

“(a) The geography of the basin, including in particular the extent of the drainage area in the territory of each basin State;

(b) The hydrology of the basin, including in particular the contribution of water by each basin State;

(c) The climate affecting the basin;”

⁷³ UN Convention on the non-navigational Uses of International Watercourse 1997 Article, 6(1)(a) geographic, hydrographic, hydrological, climatic, ecological and natural character,

ความสัมพันธ์ทางกายภาพของลำน้ำกับรัฐลำน้ำ(Watercourse State) แต่ละรัฐด้วย ปัจจัยทาง"ภูมิศาสตร์" รวมถึงขอบเขต (the extent of international watercourse) ของลำน้ำระหว่างประเทศในรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ

ปัจจัยทาง "อุทกศาสตร์"(hydrographic) โดยทั่วไปเกี่ยวข้องกับ การวัด (measurement) บันทึกความเห็น (description) และแผนที่น้ำของลำน้ำ(map of the water of the watercourse)

ปัจจัยทาง"อุทกวิทยา" (hydrological) ในบรรดาสิ่งทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับสมบัติของน้ำ (the properties of the water) ซึ่งรวมถึงการไหลของน้ำ ปริมาณน้ำในแต่ละประเทศ (distribution) และปริมาณน้ำ(contribution)ของแต่ละประเทศที่ไหลลงสู่ลำน้ำโดยรัฐลำน้ำแต่ละรัฐ⁷⁴

จากการศึกษาพบว่าปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาติที่ได้ถูกใช้ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำของคู่พิพาทมี 3 อย่าง ได้แก่ ขนาดของพื้นที่ลุ่มน้ำที่อยู่ในดินแดนของรัฐลุ่มน้ำแต่ละรัฐ ปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำ และ ความยาวของลำน้ำระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ แต่นักของปัจจัยดังกล่าวที่มีผลต่อการแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ นั้นมีค่อนข้างน้อย เห็นได้ชัดจากตัวอย่างดังต่อไปนี้

ก. ขนาดของพื้นที่ลุ่มน้ำ(drainage basin)ที่อยู่ในดินแดนของรัฐลุ่มน้ำแต่ละรัฐ

ขนาดของพื้นที่ลุ่มน้ำ(drainage basin)นั้นเป็นปัจจัยหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำ โดยถูกกำหนดไว้ใน Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966 ข้อ 5.2(a)⁷⁵

คำว่า"พื้นที่ลุ่มแม่น้ำ" (drainage basin) นั้นเป็นคำที่ปรากฏใน Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966 ข้อ 2 โดยได้ให้คำนิยามไว้ว่า

⁷⁴International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10)Vol.2 part1.(New York: United Nations,1994) p.232

⁷⁵ Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966, Article 5.2 (a)

"The geography of the basin, including in particular the extent of the drainage area in the territory of each basin State"

“พื้นที่ลุ่มแม่น้ำ” หมายถึง พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ทั้งหมดที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไป ที่ถูกกำหนดโดยสันปันน้ำ ซึ่งครอบคลุมถึงน้ำผิวดินและน้ำใต้ดินที่ระบายลงสู่แหล่งน้ำเดียวกัน⁷⁶

ซึ่งคำว่า “พื้นที่ลุ่มแม่น้ำ” (drainage basin) ในเอกสารหลายฉบับมีการใช้สับสนกับคำว่า “พื้นที่รับน้ำ” (catchment area)⁷⁷ ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายต่างออกไป แต่คำว่าพื้นที่รับน้ำที่ปรากฏในคำกฎหมายส่วนใหญ่ต่างก็มุ่งที่จะสื่อถึงพื้นที่ลุ่มแม่น้ำ (drainage basin) ด้วยกันทั้งสิ้น

ปัจจัยเรื่องขนาดของพื้นที่ลุ่มน้ำนี้เคยถูกอ้างในคดีพิพาทเรื่องการแบ่งน้ำจำนวน 27.25 ล้านเอเคอร์ฟิต ในแม่น้ำ Narmada⁷⁸ ระหว่างรัฐ Madhaya Pradesh และ Gujarat ของอินเดีย ใน

⁷⁶ Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966, Article 2

“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.”

⁷⁷ คำว่า “พื้นที่รับน้ำ” (catchment area) นั้นที่จริงแล้วมีความหมายต่างออกไปจากคำว่าพื้นที่ลุ่มแม่น้ำ (drainage basin) ในแง่ที่ว่า คำว่า “พื้นที่รับน้ำ” นั้นหมายถึงเฉพาะพื้นที่รับน้ำจากผิวดินเพื่อจ่ายให้กับแม่น้ำ ส่วน “พื้นที่ลุ่มแม่น้ำ” นั้นหมายถึงพื้นที่รับน้ำซึ่งมาจากทั้งน้ำผิวดินและน้ำใต้ดิน

⁷⁸ คดีพิพาทเรื่องแม่น้ำ Narmada นี้เป็นเรื่องพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำ Narmada ระหว่างรัฐต่างๆ ของอินเดียอันได้แก่รัฐ Madhaya Pradesh, Gujarat, Rajasthan และ Maharashtra ซึ่งตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของอินเดียแล้วข้อพิพาทระหว่างรัฐนี้ถูกกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ (Tribunal) กรณีนี้ถูกตัดสินโดย Narmada Water Dispute Tribunal ในปี ค.ศ. 1978 โดย Narmada Water Dispute Tribunal ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องการแบ่งอย่างเป็นธรรม (Equitable apportion) ซึ่งถือว่ารัฐทุกรัฐมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างรัฐอย่างยุติธรรมและสมเหตุสมผล (Just and reasonable) มาปรับใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐทั้งสิ้น โดย Narmada Water Dispute Tribunal ได้ใช้ปัจจัยต่างๆ อันได้แก่ The Volume of the stream, the water uses already being by the states concerned, the respective areas of land yet to be watered, the physical and climatic characteristics of the States, the relative productivities of land in states, the state drainage area, the population depend on the water supply and the degree of their dependence, alternative means of satisfying the needs, the amount of the water which each state contributes to the Inter-State stream, extent of evaporation in each state และ

ประเด็นเรื่องการแบ่งน้ำนี้ รัฐ Madhya Pradesh ได้อ้างข้อเท็จจริงที่ว่าพื้นที่ลุ่มแม่น้ำ Narmada ในดินแดนของตนที่มีเนื้อที่ลุ่มน้ำคิดเป็น 97.59 %ของพื้นที่ลุ่มน้ำของแม่น้ำ Narmada ทั้งหมด ในขณะที่รัฐ Gujarat มีพื้นที่ลุ่มน้ำ Narmada เพียง 0.53%ของพื้นที่ลุ่มน้ำของแม่น้ำ Narmada ทั้งหมด เท่านั้นที่ตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐ Gujarat เพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตน

อย่างไรก็ตาม Narmada Tribunal⁷⁹ เห็นว่าปัจจัยสำคัญที่สุดสำหรับการพิจารณา คือ ปัจจัยเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐคู่พิพาท⁸⁰ และผลการตัดสินใจเบื้องต้นบนพื้นฐานของปัจจัยเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม Narmada Tribunal เห็นว่าควรแบ่งน้ำร้อยละ 37.59 ของน้ำในแม่น้ำ Narmada ให้แก่ Gujarat และแบ่งน้ำร้อยละ 62.4 ให้แก่รัฐ Madhya Pradesh และเป็นที่น่าสังเกตว่าการแบ่งน้ำอย่างเป็นทางการเป็นธรรมในเบื้องต้นนี้ Narmada Tribunal มิได้นำปัจจัยเรื่องพื้นที่ลุ่มน้ำมาใช้พิจารณาด้วย แต่ในท้ายที่สุด Narmada Tribunal ก็ได้นำปัจจัยเรื่องขนาดของพื้นที่ลุ่มน้ำมาใช้ในการตัดสินแบ่งน้ำให้แก่ทั้งสองฝ่าย โดย Narmada Tribunal ให้ความเห็นในการนำปัจจัยดังกล่าวมาใช้ดังนี้

“เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องนำข้อเท็จจริงที่ว่าพื้นที่ลุ่มน้ำของ Gujarat จำนวน 180 ตารางไมล์(0.53%)และพื้นที่ลุ่มน้ำของ Madhya Pradesh จำนวน 33,150 ตารางไมล์ (97.59%) และข้อเท็จจริงที่ว่าน้ำจำนวน 2.68 ล้านเอเคอร์พืตจากรัฐ Gujarat และน้ำจำนวน 26.20 ล้านเอเคอร์พืตจากรัฐ Madhya Pradesh ไหลลงสู่แม่น้ำ Narmada มาพิจารณาประกอบด้วย แม้คณะกรรมการจะได้ปฏิเสธข้ออ้างของ Madhya Pradesh ที่เสนอให้มีการให้น้ำหนักแก่ปัจจัยเรื่องพื้นที่ลุ่มน้ำและปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำมีน้ำหนักเท่าปัจจัยอื่น ดังที่ได้กำหนดไว้ใน Helsinki Rule แต่

the avoidance of unnecessary waste in the utilization of the water by the concerned States ในการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว :Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal.(New Dehi:1978),Vol. 1,p.113 and115 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers,"The British Yearbook of International Law 1996. (1996):345

⁷⁹ The Narmada Water Disputes Tribunal ซึ่งในที่นี้และต่อไปจะขอเรียกทับศัพท์ว่า Narmada Tribunal

⁸⁰Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978),Vol. 1,p.127 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):405

Narmada Tribunal ก็เห็นว่าควรให้น้ำหนักบางส่วนแก่ปัจจัยในเรื่องพื้นที่ลุ่มน้ำและปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำ⁸¹

ท้ายสุด Narmada Tribunal ก็ตัดสินให้แบ่งน้ำในแม่น้ำ Narmada ให้แก่รัฐ Gujarat เป็นจำนวน 33% และให้น้ำแก่รัฐ Madhya Pradesh เป็นจำนวน 67%⁸²

จากคำตัดสินดังกล่าว จะเห็นได้ว่าปัจจัยเรื่องพื้นที่ลุ่มน้ำไม่อาจใช้เป็นปัจจัยชี้ขาดเบื้องต้นในการแบ่งน้ำอย่างเป็นธรรมได้ และบทบาทของปัจจัยดังกล่าวในการแบ่งน้ำนั้นมีฐานะเป็นเพียงปัจจัยที่ใช้ปรับปรุงส่วนแบ่งน้ำภายหลังจากที่ได้มีการแบ่งน้ำตามปัจจัยอื่นแล้วเท่านั้น

ข. ปริมาณน้ำจากแต่ละประเทศที่ไหลลงสู่แม่น้ำ

ปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละประเทศที่ไหลลงสู่แม่น้ำระหว่างประเทศนี้เป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมอย่างหนึ่งซึ่งได้ถูกกำหนดไว้ใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers⁸³ และใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses⁸⁴

⁸¹ Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978), Vol. 1, p.127-128 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996) :405

⁸² Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996) :405

⁸³ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, Article 5 (b) The hydrology of the basin, including in particular the contribution of water by each basin State;

⁸⁴ ในอนุสัญญาสหประชาชาติ ปัจจัยนี้มีได้ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญาโดยตรง แต่ในบันทึกความเห็นของร่างอนุสัญญามับดังกล่าวซึ่งปรากฏในหนังสือรายปีของคณะกรรมการภูมิภาคกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้กล่าวถึงปัจจัยนี้ไว้ ดู International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10) Vol.2 part1. (New York: United Nations, 1994) p.232

ปัจจัยนี้ส่วนมากมักเป็นข้ออ้างที่ถูกยกขึ้นอ้างโดยรัฐต้นน้ำ เช่น ในกรณีของแม่น้ำยูเฟรติส (Euphrates) และแม่น้ำไนล์ (Nile)

ในกรณีของแม่น้ำยูเฟรติส (Euphrates) ตุรกีซึ่งเป็นรัฐต้นน้ำและปล่อยน้ำ 30 พันล้าน ลูกบาศก์เมตร (Billion cubic meter) สู่มแม่น้ำยูเฟรติส จากกระแสน้ำตามธรรมชาติที่มีอยู่ทั้งหมด 32 พันล้านลูกบาศก์เมตรในแม่น้ำยูเฟรติส หรือคิดเป็นร้อยละ 94 ของน้ำทั้งหมดในแม่น้ำยูเฟรติส⁸⁵ ด้วยเหตุนี้ตุรกีจึงอ้างว่า

“น้ำเป็นทรัพยากรของรัฐต้นน้ำและผู้ใช้น้ำที่อยู่ปลายน้ำไม่มีสิทธิที่จะบอกว่า [ตุรกี] ควรจะใช้น้ำอย่างไร⁸⁶”

ส่วนในกรณีของแม่น้ำไนล์ (Nile) เอธิโอเปีย ซึ่งได้ปล่อยน้ำลงสู่มแม่น้ำไนล์ประมาณร้อยละ 60 ของปริมาณน้ำในลำน้ำไนล์สายประธาน ในปี ค.ศ. 1956 เอธิโอเปียก็ได้อ้างสิทธิการใช้น้ำในแม่น้ำไนล์โดยอาศัยข้ออ้างเรื่องปริมาณน้ำที่เอธิโอเปียปล่อยลงสู่มแม่น้ำไนล์ โดยรัฐบาลเอธิโอเปีย แถลงว่า

“รัฐบาลแห่งจักรวรรดิเอธิโอเปียถือข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับประเด็นการแบ่งน้ำในแม่น้ำไนล์ที่ว่า เฉพาะเอธิโอเปียเพียงประเทศเดียวก็ให้น้ำถึง 84% ของน้ำทั้งหมด เช่นเดียวกับที่ดินตะกอนอันอุดมสมบูรณ์จำนวนมากได้ถูกพัดพาไปกับสายน้ำไปยังตอนล่างของแม่น้ำไนล์ ด้วยข้อเท็จจริงที่สำคัญอย่างล้นเหลือเกี่ยวกับทรัพยากรของเอธิโอเปีย รัฐบาลแห่งจักรวรรดิเอธิโอเปียจึงเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญมากที่จะต้องทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะและสิทธิของเอธิโอเปียในกรณีเช่นว่านี้ดังที่ได้มีการออกแถลงการณ์โดยกระทรวงต่างประเทศลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1956 ในประเด็นดังกล่าว⁸⁷

⁸⁵ Kirmani and Rangeley. "International inland waters" Worldbank technical paper No.239. (1994)p.8 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):406

⁸⁶ Turkey's official Statement (words of Suleiman Demirel) cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):406

⁸⁷ Aide me'moire of the Ethiopia Government circulated to diplomatic missions at Cairo, dated 23 September 1957 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable

อย่างไรก็ตามนับจากที่ได้มีแถลงการณ์ของรัฐบาลเอธิโอเปียมาจนกระทั่งปัจจุบันเอธิโอเปียเองก็ยังไม่สามารถใช้น้ำจากแม่น้ำไนล์ได้เลย ในขณะที่เดียวกันอียิปต์ซึ่งเป็นรัฐที่ไม่ได้ปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำไนล์เลยกลับกลายเป็นรัฐที่ได้ใช้น้ำจำนวน สามในสี่ของน้ำทั้งหมดในแม่น้ำไนล์

แม้จะปรากฏว่ารัฐทั้งหลายโดยเฉพาะรัฐต้นน้ำมักจะอ้างปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำก็ตาม แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศในหลายคดี จะเห็นว่าปัจจัยนี้ไม่ได้ถูกนำมาใช้หรือไม่มีน้ำหนักต่อการแบ่งน้ำเลย เห็นได้จากข้อพิพาทเรื่องแม่น้ำไนล์ที่ได้กล่าวมาแล้ว

นอกจากนี้ในการเจรจาเพื่อแบ่งน้ำในแม่น้ำ Colorado ที่ไหลจากประเทศสหรัฐอเมริกา ไปสู่ประเทศเม็กซิโกนั้น แม้จะมีข้อเท็จจริงว่าน้ำในแม่น้ำ Colorado ทั้งหมดนั้นถูกปล่อยมาจากสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่ผลการเจรจาแบ่งเพื่อแบ่งน้ำในแม่น้ำ Colorado นั้นปรากฏว่าเม็กซิโกได้นำไปเป็นจำนวนถึง 1,500,000 เอเคอร์ฟิต โดยระหว่างการเจรจานั้นสหรัฐไม่ได้อ้างถึงข้อเท็จจริงที่ว่าน้ำในแม่น้ำ Colorado ทั้งหมดนั้นถูกปล่อยมาจากสหรัฐอเมริกา เพื่อคัดค้านข้ออ้างของเม็กซิโกเลย

จากตัวอย่างทั้งสองจะเห็นได้ว่าปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำไม่มีผลต่อการแบ่งน้ำหรือไม่ได้ถูกใช้ในการเจรจาเพื่อแบ่งน้ำเลย แต่อย่างไรก็ตามไม่อาจใช้แนวปฏิบัติของรัฐในตัวอย่างทั้งสองเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธไม่นำปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำมาพิจารณาได้ จะเห็นได้ว่าตัวอย่างทั้งสองนี้ได้ชี้ให้เห็นแนวทางปฏิบัติของรัฐในประเด็นที่ว่าปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำนั้นไม่ได้มีน้ำหนักที่เพียงพอที่จะทำให้ทั้งอียิปต์และเม็กซิโกยอมรับส่วนแบ่งน้ำจากแม่น้ำในปริมาณที่น้อยกว่าเอธิโอเปียและสหรัฐอเมริกาได้ ดังนั้นคงกล่าวได้เพียงว่าปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำมีน้ำหนักค่อนข้างน้อยในการนำมาพิจารณาเพื่อแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ

แม้ว่าปัจจัยดังกล่าวจะไม่ได้ถูกยกขึ้นพิจารณาในการเจรจาเพื่อแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศดังตัวอย่างที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำภายในประเทศแล้ว ปัจจัยดังกล่าวได้ถูกนำมาพิจารณาด้วย เห็นได้จากกรณีพิพาทเรื่องการแบ่งน้ำในแม่น้ำ Namada ซึ่งคณะกรรมการได้นำปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำ Namada มาพิจารณาประกอบเพื่อปรับส่วนแบ่งน้ำที่แต่ละฝ่ายควรจะได้รับภายหลังจากการแบ่งน้ำเบื้องต้นโดยอาศัย

พื้นฐานจากปัจจัยทางด้านความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐแล้ว และท้ายสุด คณะกรรมการตัดสินให้แบ่งน้ำในแม่น้ำ Narmada 33% ให้แก่รัฐ Gujarat และให้น้ำ 67% แก่ Madhya Pradesh⁸⁸

จากตัวอย่างที่ยกมานี้ทำให้สรุปได้ว่า ปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำจากแต่ละรัฐที่ไหลลงสู่แม่น้ำนี้ ไม่ได้ถูกใช้ในการตัดสินเบื้องต้นสำหรับการแบ่งน้ำอย่างเป็นธรรม ปัจจัยดังกล่าวถูกใช้เพียงเพื่อปรับส่วนแบ่งซึ่งเป็นผลจากการแบ่งตามพื้นฐานของปัจจัยอื่นมาแล้ว

ค. ความยาวของลำน้ำระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ

ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำนั้น ปัจจัยเรื่องความยาวของลำน้ำระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ ก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณา ปัจจัยนี้ปรากฏอยู่ใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses โดยในบันทึกความเห็นร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้ลักษณะทางธรรมชาติอย่างหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาได้แก่ "ขอบเขตของลำน้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของรัฐลำน้ำแต่ละรัฐ" (the extent of the international watercourse in the territory of each watercourse state)⁸⁹ ซึ่งคำว่า "ขอบเขตของลำน้ำระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ" จะมีแค่นั้นเพียงใดนั้นก็สามารรถพิจารณาได้จากความยาวของแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านแต่ละประเทศนั่นเอง

ส่วนใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers มิได้กล่าวถึงปัจจัยนี้ไว้แต่อย่างใด

จากการศึกษาพบว่า ปัจจัยเรื่องความยาวของลำน้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของรัฐลำน้ำแต่ละรัฐนั้นไม่ค่อยจะได้ถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างในการเจรจาเพื่อการแบ่งน้ำในแม่น้ำ

⁸⁸Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," *The British Yearbook of International Law* 1996. (1996):407

⁸⁹ ในอนุสัญญาสหประชาชาติ ปัจจัยนี้มิได้ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญาโดยตรง แต่ในบันทึกความเห็นของร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวซึ่งปรากฏในหนังสือรายปีของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้กล่าวถึงปัจจัยนี้ไว้ ดู *International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10)Vol.2 part1.(New York: United Nations, 1994) p.232*

ระหว่างประเทศเท่าใดนัก เห็นได้จากกรณีของแม่น้ำColorado และแม่น้ำไนล์ (Nile) ซึ่งปัจจัยเรื่องความยาวของลำน้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของรัฐลำน้ำแต่ละรัฐนั้นมิได้ถูกนำมากล่าวอ้างเลย

ในกรณีการเจรจาเรื่องการแบ่งน้ำในแม่น้ำColorado ระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก อันนำไปสู่การลงนามในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำColorado, Tijuana และ Rio Grande (Rio Bravo) (Treaty relating to the Utilization of the Waters of the Colorado and Tijuana Rivers, and of the Rio Grande (Rio Bravo)) ในปี ค.ศ. 1944 นั้น มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัจจัยเรื่องความยาวของแม่น้ำColoradoปรากฏอยู่ว่า แม่น้ำColorado ซึ่งมีต้นกำเนิดอยู่ในสหรัฐอเมริกาและไหลเข้าไปยังเม็กซิโกนั้น มีความยาวประมาณ 1,300 ไมล์ ซึ่งส่วนใหญ่ไหลอยู่ในดินแดนของสหรัฐอเมริกา มีแม่น้ำColoradoเพียง 20 ไมล์เท่านั้น ที่ทำหน้าที่เป็นเส้นแบ่งเขตแดนระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกถัดจากนั้นแม่น้ำColoradoก็จะไหลเป็นระยะทาง 100 ไมล์ผ่านเข้าไปในดินแดนของเม็กซิโกจนกระทั่งไหลลงสู่ทะเลไป

ในการเจรจานั้นเป็นที่น่าสังเกตว่าเม็กซิโกอ้างว่าเม็กซิโกต้องการน้ำจากแม่น้ำColorado สำหรับใช้ในเม็กซิโกเป็นจำนวนมากกว่า 2,000,000 ลูกบาศก์ฟุต โดยเม็กซิโกก็ไม่ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าแม่น้ำColoradoเพียงไม่ถึง 10% เท่านั้นที่ไหลผ่านดินแดนของเม็กซิโก แต่สิ่งที่น่าสนใจยิ่งกว่านั้นคือข้อเท็จจริงที่ว่าสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐที่แม่น้ำColoradoส่วนใหญ่ไหลผ่านนั้น กลับไม่เคยประเด็นเรื่องความยาวของแม่น้ำColoradoที่ไหลผ่านอเมริกาขึ้นอ้างในการเจรจาดรบกัสน้ำสหรัฐอเมริกากลับใช้ปัจจัยเกี่ยวกับการใช้น้ำในปัจจุบัน(Existing Use)มาใช้แบ่งน้ำในแม่น้ำColorado ซึ่งเห็นได้จากบันทึกความเข้าใจ(Memorandum)จาก The under Secretary of State แห่งสหรัฐอเมริกาที่มีไปถึงเอกอัครราชทูตเม็กซิโกในวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1939 ดังนี้

“...เชื่อว่าจะเป็นการเหมาะสมที่ความตกลงที่จะมีผลบังคับใช้ระหว่างรัฐทั้งสองนั้น ยืนยันการใช้น้ำในปัจจุบันของเม็กซิโกในพื้นที่แถบแม่น้ำColoradoตอนล่าง และยืนยันถึงการใช้น้ำในปัจจุบันของสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเท็กซัส(Texas)ในแม่น้ำRio Grande ตอนล่างเช่นเดียวกัน”⁹⁰

⁹⁰ “...it is believed that it would be advisable that an agreement be entered into between the two Governments confirming the present uses of the Lower Colorado River waters on Mexican lands and similar uses of Lower Rio Grande waters on America lands in the state of Texas” :Foreign relations of the United States, 5

และจากผลของสนธิสัญญาปี ค.ศ. 1944 ข้อ 10 ทำให้มีการแบ่งน้ำให้แก่เม็กซิโกเป็นจำนวนถึง 1,500,000 ลูกบาศก์ฟุต(Acres feet) เป็นที่วิเคราะห์กันว่าที่สหรัฐอเมริกายอมตามความตกลงดังกล่าวนี้เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้รับประโยชน์จากส่วนแบ่งเป็นน้ำจำนวนมหาศาลจากน้ำในแม่น้ำRio Grande เช่นเดียวกัน ข้อสังเกตที่สำคัญในกรณีที่ว่านี้ก็คือความยาวของแม่น้ำColorado ที่ไหลผ่านดินแดนของสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกนั้นไม่เคยเป็นประเด็นถกเถียงในเรื่องการแบ่งน้ำเลย

กรณีตัวอย่างอีกกรณีหนึ่งที่ชี้ให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องระหว่างความยาวของแม่น้ำในรัฐริมน้ำแต่ละฝ่ายกับส่วนแบ่งที่ได้รับได้แก่กรณีของแม่น้ำไนล์ซึ่งเป็นหนึ่งในแม่น้ำที่ยาวที่สุดในโลก พื้นที่ลุ่มน้ำของแม่น้ำไนล์นั้นประกอบไปด้วยรัฐริมน้ำ 9 รัฐ อย่างไรก็ตามนับจากอดีตจนกระทั่งปัจจุบันรัฐที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำไนล์มีเพียงอียิปต์และซูดานเท่านั้น ฉะนั้นในตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจึงมีเพียงประเทศอียิปต์และซูดาน

แม่น้ำไนล์ไหลเป็นระยะทาง 6,695 กิโลเมตร จากต้นกำเนิดในประเทศบรุนดี(Burundi)ลงสู่ทะเลเมดิเตอร์เรเนียนที่สามเหลี่ยมปากแม่น้ำไนล์ และเมื่อพิจารณาถึงสัดส่วนความยาวของแม่น้ำไนล์ที่ไหลผ่านดินแดนของซูดานและอียิปต์แล้ว 70%ของแม่น้ำไนล์ไหลผ่านซูดาน แต่กระนั้นก็ตามความตกลงเกี่ยวกับการแบ่งน้ำในแม่น้ำไนล์ระหว่างซูดานและอียิปต์นับแต่อดีตมาไม่เคยแบ่งน้ำให้กับซูดานตามสัดส่วนนี้เลย

อียิปต์พยายามตลอดมาที่จะรักษา "สิทธิที่ได้รับมาตามกฎหมาย"(Acquire rights) ในการใช้น้ำในแม่น้ำไนล์และอียิปต์เองก็ประสบความสำเร็จในการรักษาสิทธิเช่นว่านั้นดังเห็นได้จากบันทึกความตกลงแลกเปลี่ยน(Exchange of Notes)ระหว่างสหราชอาณาจักรกับอียิปต์เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำไนล์เพื่อการชลประทาน ค.ศ. 1929 (Exchange of Notes between United Kingdom and the Egyptian Government in regard to the use of the waters of the river Nile for Irrigation purposes 1929)ซึ่งสิทธิที่ได้รับมาตามกฎหมายของอียิปต์นั้นถูกรวมเอาไว้ในการใช้น้ำในปัจจุบันของอียิปต์ซึ่งได้รับการรับรองและรักษาไว้ในบันทึกความตกลงแลกเปลี่ยนฉบับดังกล่าว โดยผลของบันทึกความตกลงแลกเปลี่ยนฉบับนี้ซูดานได้นำไปในปริมาณ 4 พันล้านลูกบาศก์เมตร(billion cubic meter) และอียิปต์ได้นำ 48 พันล้านลูกบาศก์เมตร (billion cubic meter)⁹¹

(1940),p.1029. cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):399.

⁹¹Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):400

ภายหลังจากที่ซูดานได้รับเอกราชแล้วซูดานก็ได้พยายามตกลงแบ่งน้ำในแม่น้ำไนล์อีกครั้งหนึ่งและในวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1959 อียิปต์และซูดานได้ลงนามในความตกลงการใช้น้ำในแม่น้ำไนล์ฉบับใหม่(Agreement for the full utilization of the Nile water)และผลของความตกลงฉบับนี้อียิปต์ได้รับน้ำเป็นส่วนแบ่งทั้งหมด 55.5 พันล้านลูกบาศก์เมตร(billion cubic meter)และซูดานได้รับน้ำเป็นส่วนแบ่งทั้งหมด 18.5 พันล้านลูกบาศก์เมตร สัดส่วนการแบ่งน้ำระหว่างซูดานกับอียิปต์คิดเป็น 1:3 โดยอียิปต์ได้น้ำมากกว่าซูดานเช่นเดิม และการแบ่งน้ำตามความตกลงครั้งใหม่นี้ก็ไม่ได้เป็นการทำลาย"สิทธิที่ได้รับมาตามกฎหมาย"ของอียิปต์ที่ได้รับการรับรองและรักษาไว้ในบันทึกความตกลงแลกเปลี่ยนระหว่างสหราชอาณาจักรกับอียิปต์เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำไนล์เพื่อการชลประทาน ค.ศ. 1929 แต่อย่างไร

การเจรจาครั้งนี้ก็เช่นเดียวกับการเจรจาดังกล่าวก่อนที่ความยาวของแม่น้ำไนล์ที่ไหลผ่านประเทศซูดานไม่ได้ถูกยกขึ้นกล่าวอ้างในฐานะปัจจัยที่ใช้ในการแบ่งน้ำ ในทางกลับกันระหว่างการเจรจาในปี ค.ศ. 1959 นั้น ซูดานเองกลับเป็นฝ่ายเรียกร้องให้การแบ่งน้ำในแม่น้ำไนล์ตั้งอยู่บนพื้นฐานของจำนวนประชากรในซูดานและอียิปต์ และปริมาณพื้นที่เพาะปลูกในรัฐทั้งสอง⁹² เป็นที่น่าสังเกตว่าซูดานไม่ได้มุ่งที่จะเปรียบเทียบความยาวของแม่น้ำไนล์ในดินแดนของรัฐทั้งสองแต่อย่างใด

จากกรณีตัวอย่างที่ได้ยกมาทั้งสองกรณีจะเห็นได้ว่าทั้งซูดานและสหรัฐอเมริกาไม่ได้ยกข้ออ้างเกี่ยวกับความยาวของแม่น้ำที่ไหลผ่านดินแดนของตนขึ้นมาเป็นประเด็นพิจารณาในกระบวนการแบ่งน้ำในแม่น้ำไนล์ และแม่น้ำColorado จะเห็นได้ว่าตัวอย่างทั้งสองนี้ได้ชี้ให้เห็นแนวทางปฏิบัติของรัฐในประเด็นที่ว่าปัจจัยเรื่องความยาวของแม่น้ำที่ไหลผ่านแต่ละรัฐนั้นไม่ได้มีน้ำหนักที่เพียงพอที่จะทำให้ทั้งเม็กซิโกและอียิปต์ยอมรับส่วนแบ่งน้ำจากแม่น้ำในปริมาณที่น้อยกว่าสหรัฐอเมริกาและ ซูดาน

ปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประการเกี่ยวกับปัจจัยดังกล่าวนี้ได้แก่ปัญหาที่ว่า ปัจจัยเรื่องความยาวของแม่น้ำระหว่างประเทศในดินแดนของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐนี้จะมีน้ำหนักมากน้อยแค่ไหนในกระบวนการพิจารณาเพื่อถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำ

ในประเด็นนี้ Ximena Feuntes ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาปัจจัยนี้ไว้ว่า

⁹² Lowi, Water and power. (Cambridge:1993)p.71 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):400

“เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดเรื่องการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมแล้วจะเห็นได้ว่า แนวคิดนี้มีรากฐานมาจากหลักการที่สำคัญสองประการได้แก่ 1. หลักการที่ว่ารัฐริมน้ำไม่ได้มีกรรมสิทธิ์เหนือน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ และ 2. หลักการที่ว่าด้วยความเท่าเทียมของรัฐริมน้ำทุกรัฐ ซึ่งผลของการรวมแนวคิดทั้งสองเข้าด้วยกันจะก่อให้เกิดเป็นหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่ว่า รัฐริมน้ำต่างมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านดินแดนของตนอย่างเท่าเทียมโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยาวของแม่น้ำที่ไหลผ่าน ความเท่าเทียมกันของสิทธินี้ไม่ได้หมายความว่าน้ำจะถูกแบ่งในปริมาณที่เท่ากัน แต่มันหมายความว่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยาวของรัฐริมน้ำบนแม่น้ำนั้นไม่ควรถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานในการพิจารณาโดยตรงในการแบ่งน้ำ ในอีกทางหนึ่งการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมไม่ใช่หลักการที่สนับสนุนการแบ่งน้ำซึ่งเป็นผลโดยตรงจากลักษณะทางธรรมชาติและด้วยเหตุผลเช่นว่านี้ความยาวของรัฐริมน้ำบนแม่น้ำอาจถูกใช้เพียงเพื่อปรับเปลี่ยน(Adjust)การแบ่งซึ่งเป็นผลมาจากการพิจารณานบนพื้นฐานของปัจจัยอื่นๆ และเมื่อพิจารณาถึงบทบาทที่ควรจะเป็นของปัจจัยเกี่ยวกับความยาวของรัฐริมน้ำบนแม่น้ำในกระบวนการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมจึงจะต้องยกตัวอย่างสถานการณ์ซึ่งแม่น้ำระหว่างประเทศไหลผ่านดินแดนของรัฐ 3 รัฐ ได้แก่ รัฐ A,B และC

1. กรณีนี้รูปร่างของรัฐทั้งสามบนแม่น้ำมีความยาวเท่ากัน เมื่อพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ ได้แก่ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม การใช้น้ำในปัจจุบันและประเพณีท้องถิ่นแล้ว ปริมาณน้ำที่แต่ละรัฐควรจะได้รับคิดเป็นสัดส่วนดังนี้ รัฐA ร้อยละ 10 รัฐB ร้อยละ30 และรัฐC ร้อยละ 60 ในสถานการณ์นี้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศมีเพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการใช้น้ำของรัฐทั้งสามได้ ดังนั้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความยาวของรัฐที่เหมือนกัน ควรจะมีผลต่อการปรับปรุงส่วนแบ่งหรือไม่ ?

2. กรณีนี้รูปร่างของรัฐทั้งสามบนแม่น้ำมีความยาวต่างกัน แม่น้ำไหลผ่านรัฐ A เป็นความยาว 10%ของความยาวทั้งหมดของแม่น้ำ แม่น้ำยาว30% ไหลผ่านรัฐ B และแม่น้ำอีก 60% อยู่ในรัฐ C และเมื่อพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆดังที่กล่าวมาแล้ว ปรากฏว่ารัฐทั้งสามรัฐควรจะได้น้ำในปริมาณเท่ากัน และในสถานการณ์นี้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศมีเพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการใช้น้ำของรัฐทั้งสามได้ ดังนั้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความยาวของรัฐที่แตกต่างกัน ควรจะมีผลต่อการปรับปรุงส่วนแบ่งหรือไม่ ?

จากตัวอย่างที่ 1 และตัวอย่างที่ 2 จะเห็นได้ว่าหากมีการปรับส่วนแบ่งบนพื้นฐานของความยาวของรัฐบนแม่น้ำจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ในกรณีแรก หากส่วนแบ่งของรัฐ A และBเพิ่มขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่าความยาวของแม่น้ำในรัฐทั้งสามเท่ากันแล้ว มันจะกลายเป็นว่ารัฐทั้งสองไม่มีศักยภาพในการใช้น้ำที่ได้รับเพิ่ม และหากเป็นเช่นนั้นข้อเสนอ

ของรัฐเกี่ยวกับน้ำที่เกินความต้องการนั้นก็ไม่อาจนับเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นถึงความต้องการใช้น้ำที่แท้จริงได้ และด้วยเหตุผลเดียวกันนี้ ในกรณีที่ 2 หากรัฐ C ได้รับส่วนแบ่งเพิ่มด้วยเหตุผลเรื่องความยาวของรัฐบนแม่น้ำแล้วก็ย่อมถือเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรมเหมือนกัน

3. กรณีนี้รูปร่างของรัฐทั้งสามบนแม่น้ำมีความยาวเท่ากัน เมื่อพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ ได้แก่ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม การใช้น้ำในปัจจุบันและประเพณีท้องถิ่นแล้ว ปริมาณน้ำที่แต่ละรัฐควรจะได้รับคิดเป็นสัดส่วนดังนี้ รัฐ A ร้อยละ 10 รัฐ B ร้อยละ 30 และรัฐ C ร้อยละ 60 ในสถานการณ์นี้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศมีไม่เพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการใช้น้ำของรัฐทั้งสามได้ คาดว่าปริมาณน้ำที่สามารถตอบสนองความต้องการใช้น้ำที่แท้จริงของรัฐทั้งสามคือ รัฐ A ต้องการน้ำร้อยละ 20 ของน้ำในแม่น้ำทั้งหมด รัฐ B ต้องการน้ำร้อยละ 60 และรัฐ C ต้องการน้ำร้อยละ 120 และเมื่อเป็นดังนั้นข้อเท็จจริงที่ว่าความยาวของรัฐบนแม่น้ำที่เท่ากันควรจะเป็นเหตุให้มีกระบวนการปรับส่วนแบ่งน้ำตามข้อเท็จจริงนี้หรือไม่ และจะเป็นธรรมหรือไม่หากได้เพิ่มส่วนแบ่งให้แก่รัฐ A เป็นร้อยละ 20 และลดส่วนแบ่งของรัฐ C ลงมาเป็นร้อยละ 50

4. กรณีนี้รูปร่างของรัฐทั้งสามบนแม่น้ำมีความยาวต่างกัน แม่น้ำไหลผ่านรัฐ A เป็นความยาว 10% ของความยาวทั้งหมดของแม่น้ำ แม่น้ำยาว 30% ไหลผ่านรัฐ B และแม่น้ำอีก 60% อยู่ในรัฐ C และเมื่อพิจารณาจากปัจจัยด้านความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม ปรากฏว่ารัฐทั้งสามรัฐควรจะได้น้ำในปริมาณเท่ากัน แต่ก็มีปัญหาอีกเช่นกันในสถานการณ์นี้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศมีไม่เพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการใช้น้ำของรัฐทั้งสาม แต่ละรัฐต่างต้องการใช้น้ำคิดเป็นร้อยละ 50 ของน้ำในแม่น้ำทั้งหมด ไม่ใช่เพียงร้อยละ 33.3 ดังนั้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความยาวของรัฐที่แตกต่างกันควรจะมีผลต่อการปรับปรุงส่วนแบ่งหรือไม่และจะสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมหรือไม่ที่จะแบ่งน้ำให้กับรัฐ A ในสัดส่วนที่น้อยกว่าร้อยละ 33.3 ของน้ำทั้งหมด เพื่อที่จะเพิ่มส่วนแบ่งให้กับรัฐ B ด้วยเหตุผลที่ว่าแม่น้ำที่ไหลผ่านรัฐ B ยาวกว่า

ในสถานการณ์ตอนท้ายของทั้งสองกรณีมันเป็นไปได้ที่จะกล่าวว่าการปรับการใช้น้ำจะเปลี่ยนแปลงส่วนแบ่งโดยอัตโนมัติและทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม ในความจริงหากส่วนแบ่งของรัฐใดรัฐหนึ่งได้เพิ่มขึ้นจนกระทั่งเต็มขอบเขตความต้องการใช้น้ำของรัฐนั้น น้ำในแม่น้ำทั้งหมดก็ยังถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการผลิต ไม่มีความต้องการใช้น้ำที่แท้จริงใดถูกแบ่งให้กับความต้องการใช้น้ำที่เกินขนาด ยิ่งกว่านั้นในสถานการณ์ที่ 3 และ 4 ความยาวของรัฐบนแม่น้ำสามารถก่อให้เกิดน้ำหนักระหว่างประเทศ กระบวนการก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้ทรัพยากรน้ำระหว่างประเทศ

โดยสรุปแล้วรูปร่างของแม่น้ำอาจรวมอยู่ในกระบวนการก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้น้ำระหว่างประเทศได้ แต่มันอาจเป็นเพียงปัจจัยที่ใช้ในการปรับเปลี่ยนส่วนแบ่งน้ำซึ่งเป็นผลมาจากการพิจารณาบนพื้นฐานของปัจจัยอื่นๆ และการพิจารณาปัจจัยทางภูมิศาสตร์ร่วมด้วยนี้ต้องไม่เป็นการแบ่งน้ำให้แก่รัฐที่ไม่มีความต้องการที่จะใช้น้ำอย่างแท้จริง"⁹³

3.2.2 ปัจจัยเกี่ยวกับความจำเป็นทางสังคมเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ

ปัจจัยที่เกี่ยวกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐปรากฏอยู่ใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ข้อ 6.1(b)⁹⁴ และ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers 1966 ข้อ 5.2(e)⁹⁵ โดยในบันทึกความเห็นร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้น้ำในลำน้ำระหว่างประเทศ ข้อ 6.1(b) นี้ไม่ได้ให้ความกระจ่างใดๆ เกี่ยวกับปัจจัยนี้ไว้ คงกล่าวเพียงว่า

"(ย่อหน้า 1b.) เกี่ยวกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐลำน้ำ (Watercourse State) ที่เกี่ยวกับน้ำ"⁹⁶

ส่วนใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ซึ่งได้กำหนดให้ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมเช่นเดียวกัน โดยในบันทึกความเห็น (Commentary) ซึ่งปรากฏอยู่ใน

⁹³Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):401-403

⁹⁴ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997, Article 6.1(b): "The social economic needs of the watercourse States concerned"

⁹⁵Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, Article 5.2(e): The economic and social needs of each basin State

⁹⁶ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10) Vol.2 part1. (New York: United Nations, 1994) p.232

รายงานการประชุมสมัชชาคณกฏหมายระหว่างประเทศสมัยที่ 52 นั้นก็ได้ให้ความกระจ่างเกี่ยวกับการพิจารณาปัจจัยด้านความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมไว้เช่นกัน ดังนั้นปัญหาที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับปัจจัยนี้จึงได้แก่ ปัญหาที่ว่าปัจจัยความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจและสังคมนี้เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างไร และจะสามารถวัดความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมในการใช้น้ำของแต่ละประเทศนี้ได้อย่างไร

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลภายในประเทศและคำตัดสินของคณะกรรมการระบับข้อพิพาทเรื่องน้ำภายในประเทศพบว่า ศาล/คณะกรรมการระบับข้อพิพาทเรื่องน้ำได้ใช้ปัจจัยเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศมาเป็นเครื่องชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการใช้น้ำของแต่ละรัฐ และใช้ความจำเป็นในการใช้น้ำของรัฐนี้เองเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการตัดสินว่ามลรัฐหรือจังหวัดนั้นๆ ควรได้ใช้น้ำหรือไม่ และควรมีสติธิใช้ในปริมาณเท่าใด โดยการวัดความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละมลรัฐหรือจังหวัดนั้น ศาล/คณะกรรมการระบับข้อพิพาทเรื่องน้ำได้ใช้ปัจจัยอื่นอีกหลายปัจจัยมาประกอบการวัดความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมเกี่ยวกับการใช้น้ำของรัฐแม่น้ำแต่ละรัฐ ปัจจัยที่ศาล/คณะกรรมการระบับข้อพิพาทเรื่องน้ำใช้ในการวัดความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐได้แก่

- ขอบเขตของพื้นที่ที่จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม
- จำนวนประชากรที่พึ่งพาน้ำจากแม่น้ำ
- พื้นที่ที่มีการชลประทาน และพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้
- ขนาดของเศรษฐกิจของรัฐที่ขึ้นอยู่กับแม่น้ำ
- ทางเลือกในการใช้ทรัพยากรน้ำอย่างอื่นที่มีอยู่
- ทางเลือกอื่นๆ ที่รัฐสามารถใช้เพื่อทดแทนการใช้น้ำจากแม่น้ำ

ปัจจัยทั้งหลายที่ศาลใช้นี้บางส่วนได้ถูกระบุไว้ใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers และ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses เช่น ปัจจัยจำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาลำน้ำในรัฐลำนน้ำแต่ละรัฐ⁹⁷ และปัจจัยทางเลือกอื่นที่สามารถใช้ได้ และมีคุณค่าทัดเทียมกับโครงการหรือการใช้น้ำที่เป็นอยู่, ต้นทุนเปรียบเทียบในกรณีใช้วิธีการอื่นเพื่อตอบสนองความต้องการทาง

⁹⁷ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997, Article 6 (c) "The population dependent on the watercourse in each watercourse"

เศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ, ความสามารถในการจัดหาทรัพยากรอย่างอื่น⁹⁸ ซึ่งการใช้ปัจจัยแต่ละตัวในการชี้วัดความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมนั้นเห็นได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้

ก. การพิจารณาถึงพื้นที่ของความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม (The territorial extent of the needs) ในแต่ละประเทศ

ปัจจัยแรกที่จะช่วยชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐริมน้ำที่จะต้องพิจารณา คือ ปัจจัยเรื่องพื้นที่ของความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม ปัจจัยนี้ไม่ได้ปรากฏในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ปรากฏในข้อพิพาทเกี่ยวกับการแบ่งน้ำในแม่น้ำ Krishna⁹⁹ ของอินเดีย ซึ่งรัฐ Maharashtra และ Mysor ฝ่ายหนึ่งได้ร่วมกับฟ้องรัฐ Andra Pradesh

⁹⁸ดูUnited Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997, ข้อ 6 (g) และHelsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, ข้อ 5.2(g)(h)

⁹⁹ข้อพิพาทเรื่องน้ำในแม่น้ำ Krishna นี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำ Krishna ของอินเดียระหว่างรัฐ Mysor, รัฐ Maharashtra และรัฐ Andhra Pradesh ซึ่ง Krishna Water Dispute Tribunal ที่ถูกตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1969 ได้พิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในปี ค.ศ. 1973 โดยการตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำ Krishna นี้ Krishna Water Dispute Tribunal ได้ให้หลักการแบ่งอย่างเป็นธรรม (equitable apportion) ในการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว โดยตามหลักการนี้กำหนดให้พิจารณาข้อเท็จจริงและปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดีประกอบ และปัจจัยที่ศาลใช้ในการพิจารณา ได้แก่ hydrological, Climatic, physical characteristics of the river basin, the volume of available supply, diversions and return of flow, the statewide drainage area and contribute to the supply, the respective needs of the states, the population depend on the water supply and the degree of their dependence, alternative means of satisfying the needs, the extent of lawfully establish uses in each state, the relative value of different uses and the avoidance of unnecessary waste of water นอกจากนี้แล้ว Krishna Water Dispute Tribunal ยังตั้งข้อสังเกตอีกว่า ในการใช้หลักการแบ่งอย่างเป็นธรรมนี้ คำพิพากษาของศาลหรือ คณะกรรมการเฉพาะกิจ ความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศต้องถูกนำมาพิจารณาด้วย Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi: 1973), Vol. 1, p.94-95 cited in Ximena

นั้น ปัญหาเกี่ยวกับปัจจัยเรื่องนี้เป็นความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของพื้นที่ใดบ้างที่จะต้องถูกนำมาพิจารณา รัฐ Maharashtra และ Mysor ได้เคยเสนอให้มีการพิจารณาถึงความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมเฉพาะพื้นที่ที่อยู่ในลุ่มแม่น้ำ (Drainage basin) เท่านั้น¹⁰⁰ ซึ่งความเห็นนี้ไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการเฉพาะกิจเกี่ยวกับข้อพิพาทเรื่องน้ำของแม่น้ำ Krishna¹⁰¹ โดย Krishna tribunal ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“ความจำเป็นของการผันน้ำไปยังลุ่มแม่น้ำอื่นๆ ควรจะถือเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการแบ่งอย่างเป็นธรรม (equitable apportionment) ดังนั้นข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องคือผลประโยชน์ของรัฐโดยรวมและผู้ที่อยู่อาศัยในรัฐนั้นทั้งหมด ไม่ใช่เพียงแค่ผลประโยชน์ของพื้นที่ของรัฐที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ลุ่มแม่น้ำ (basin areas) เพียงอย่างเดียว”¹⁰²

และปัจจัยนี้ได้ถูกยกขึ้นอ้างอีกครั้งในข้อพิพาทเกี่ยวกับแม่น้ำ Namarda โดยรัฐ Madhya Pradesh และรัฐ Maharashtra ได้แถลงว่า

“ปัญหาของการแบ่งอย่างเป็นธรรมนั้นควรที่จะเกี่ยวข้องกับพื้นที่และประชากรที่อยู่ในลุ่มแม่น้ำ ...”¹⁰³

Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):345

¹⁰⁰ Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):345

¹⁰¹ The Krishna Water Dispute Tribunal 1973 ซึ่งในที่นี้และต่อไปจะขอทับศัพท์เรียกว่า Krishna tribunal

¹⁰² Government of India. The Report of the Krishna Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1973),Vol. 1,p.126-129 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):345

¹⁰³ Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978),Vol. 1,p.122 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996): 346

แต่คณะกรรมการเฉพาะกิจความขัดแย้งเรื่องน้ำในแม่น้ำ Narmada ของอินเดีย (The Narmada Water Disputes Tribunal) ก็ได้ปฏิเสธข้อเสนอนี้เช่นกัน โดยแถลงว่า

“...ความจำเป็นในการผันน้ำไปยังลุ่มแม่น้ำอื่นสามารถถือเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้อง
ในคำถามเกี่ยวกับการแบ่งอย่างเป็นธรรมได้”¹⁰⁴

และหากพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า ข้ออ้างที่ว่าไม่ควรนำความจำเป็นของพื้นที่ที่ตั้งอยู่นอกลุ่มแม่น้ำมาพิจารณาด้วยนั้นไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ เห็นได้จากการที่ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 และใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers นั้นได้กำหนดให้มีการพิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมโดยมิได้มีการกำหนดพื้นที่สำหรับการพิจารณาไว้ และต่างก็ยืนยันถึงหลักการที่ว่า “รัฐแต่ละรัฐมีสิทธิใช้ประโยชน์ลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศที่อยู่ในดินแดนของตนอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม”¹⁰⁵ ไว้ โดยต่างก็มิได้มีการจำกัดขอบเขตการใช้ น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศไว้สำหรับพื้นที่ที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำแต่อย่างไร

ข. จำนวนประชากรที่พึ่งพาน้ำจากแม่น้ำ

ปัจจัยเรื่องจำนวนประชากรที่พึ่งพาน้ำจากแม่น้ำนี้ได้ถูกกำหนดไว้ทั้งใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ข้อ 5.2 (f)¹⁰⁶ และใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ในข้อ 6.1(c)¹⁰⁷ โดยในฉบับที่บทความเห็นของร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าว ซึ่งปรากฏในหนังสือรายปีของคณะกรรมการกฏหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้อธิบายความหมายของปัจจัยนี้ไว้

¹⁰⁴ Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978), Vol. 1, p.123 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996): 346

¹⁰⁵ ดู Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, Article 4

¹⁰⁶ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, Article 5.2 (f): "The population dependent on the waters of the basin in each basin State"

¹⁰⁷ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ในข้อ 6.1(c): "The population dependent on the watercourse in each watercourse States"

ว่า การพิจารณาปัจจัยนี้ต้องพิจารณาทั้งปริมาณประชากรที่พึ่งพาลำน้ำ (Size of population dependent on the watercourse) และขอบเขตของการพึ่งพา (degree on extent of their dependence)¹⁰⁸

ปัจจัยเรื่องจำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาน้ำนี้ถูกนำมาพิจารณาในข้อพิพาทเกี่ยวกับการแบ่งน้ำของแม่น้ำภายในประเทศที่ไหลผ่านรัฐต่างๆ เช่น ข้อพิพาทเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำ Narmada ในประเทศอินเดีย

ในข้อพิพาทเรื่องนี้ Narmada tribunal ได้แถลงว่า "จำนวนประชากรของรัฐต่างๆ ที่ต้องพึ่งพาน้ำและความมากน้อยของการพึ่งพา (the degree of their dependence) คือปัจจัยที่เกี่ยวข้องที่ต้องนำมาพิจารณาถึงการแบ่งน้ำอย่างเป็นธรรมในแม่น้ำ Narmada"¹⁰⁹ และนอกจากนี้ในข้อพิพาทเรื่องน้ำในแม่น้ำ Krishna ของอินเดีย Krishna tribunal ก็ได้ใช้ปัจจัยนี้ในการพิจารณาเพื่อแบ่งน้ำในแม่น้ำ Krishna อย่างเป็นธรรมเช่นเดียวกัน¹¹⁰

และปัจจัยเดียวกันนี้ ยังได้ถูกนำมาพิจารณาโดยศาลสูงสุดแห่งอาร์เจนตินา ในปี ค.ศ. 1987 ในข้อพิพาทระหว่างจังหวัด La Pampa และ Mendoza เกี่ยวกับเรื่องน้ำในแม่น้ำ Atuel¹¹¹

¹⁰⁸ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10) Vol.2 part1. (New York: United Nations, 1994) p.233

¹⁰⁹ Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi: 1978), Vol. 1, pp.119-121 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):346

¹¹⁰ Government of India. The Report of the Krishna Disputes Tribunal. (New Dehi: 1973), Vol. 1, p.94 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):346

¹¹¹ ในคดีนี้ศาลสูงสุดแห่งอาร์เจนตินาได้ใช้หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม และแถลงว่า "ในการระงับข้อพิพาทนี้จำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ. Republica Argentina, Fallus de la Corte Suprema de la corte Suprema de justicia de la. Nacion, 1987, tono 310, vol.3 p 2577 cited in Ximena Fuentes. "The criteria

ซึ่งศาลสูงสุดแห่งอาร์เจนตินา ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าคน 100,000 คนที่อาศัยใน Mendoza เกือบทั้งหมดพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำ Atuel เพื่อการเกษตรกรรม ในขณะที่คนเพียง 3,024 คน ในจังหวัด Lapampa เท่านั้นที่ได้ใช้ประโยชน์จากน้ำเหล่านี้¹¹² และในที่สุดศาลได้ตัดสินให้แบ่งน้ำจากแม่น้ำ Atuel ทั้งหมดให้แก่ Mendoza. จากตัวอย่างที่ยกมานี้จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงนี้มีอิทธิพลต่อการตัดสินของศาลสูงสุดในการแบ่งน้ำในแม่น้ำ Atuel เป็นอย่างมาก

ค. พื้นที่ชลประทานและพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้

ปัจจัยเรื่องพื้นที่ชลประทาน (irrigated land) และพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้ (irrigable land) นี้ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใดเลย แต่ปัจจัยดังกล่าวได้ถูกคณะกรรมการระดับข้อพิพาทยกขึ้นพิจารณาในคดีพิพาทเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำ Narmada และแม่น้ำ Krishna ในอินเดียเพื่อชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมในการใช้น้ำของรัฐแต่ละรัฐ ซึ่งในข้อพิพาทดังกล่าวมีการอ้างถึงปริมาณน้ำที่จำเป็นสำหรับโครงการชลประทาน ดังนั้น พื้นที่ชลประทาน (irrigated land) และพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้ (Irrigable land) จึงกลายเป็นปัจจัยที่สำคัญปัจจัยหนึ่งในการพิจารณา

คำว่า "พื้นที่ชลประทาน" (irrigated land) ในที่นี้หมายถึง พื้นที่ที่ได้มีการทำการชลประทานอยู่แล้ว และมีการเพาะปลูก ดังนั้นพื้นที่เหล่านี้จึงถือเป็นพื้นที่ที่มีการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันของรัฐนั้นๆ ด้วย ส่วนคำว่า "พื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้" (irrigable land)

for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):347

¹¹² Republica Argentina, Fallus de la Corte Suprema de la corte Suprema de justica de la. Nacion, 1987,tono 310, vol.3 p.2490 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):347

นั้น จะมีความหมายทั้งพื้นที่ที่มีการชลประทานอยู่แล้ว และพื้นที่ที่มีแผนที่จะทำการชลประทานในพื้นที่นั้นด้วย

อย่างไรก็ตามการใช้ปัจจัยทั้งสองข้อหรือจะใช้ปัจจัยเพียงข้อใดข้อหนึ่งในการพิจารณานั้น ขึ้นอยู่กับสภาพข้อเท็จจริงในแต่ละคดีว่ามีการอ้างปัจจัยอะไรบ้าง ซึ่งเห็นได้จากตัวอย่างในคดีพิพาทเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำ Narmada ของอินเดีย ในคดีพิพาทนี้ Narmada Tribunal ได้เคยพิจารณาถึงปัจจัยเรื่องพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้ และตั้งข้อสังเกตไว้ว่า "พื้นที่ที่ทำการชลประทานได้นี้เป็นหนึ่งในปัจจัยที่สำคัญที่สุดที่จะต้องพิจารณา"¹¹³

และในคดีพิพาทเรื่องน้ำในแม่น้ำ Atuel ระหว่างจังหวัด La Pampa และ Mendoza ของอาร์เจนตินา ศาลสูงสุดแห่งอาร์เจนตินาก็ได้ใช้ปัจจัยนี้ในการพิจารณาเช่นเดียวกัน ซึ่งท้ายสุดศาลได้ตัดสินให้จังหวัด Mendoza มีสิทธิใช้น้ำทั้งหมดจากแม่น้ำ Atuel และการตัดสินเช่นนี้ศาลได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าพื้นที่ชลประทานจำนวน 75,761 เฮกตาร์ ตั้งอยู่ในจังหวัด Mendoza ในขณะที่มีพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้จำนวน 15,000 เฮกตาร์เท่านั้นที่ตั้งอยู่ในจังหวัด La Pampa

นอกจากนี้ในข้อพิพาทเรื่องน้ำในแม่น้ำ Krishna ของอินเดียนั้น Krishna Tribunal ก็ให้น้ำหนักแก่ปัจจัยพื้นที่ชลประทานมากกว่าปัจจัยเรื่องพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้โดยชี้ให้เห็นว่า

"ปัจจัยหลายอย่างถูกยกขึ้นอ้างในคำฟ้องของรัฐ Maharashtra และ Mysore ได้ชี้ให้เห็นว่า แม้ว่ารัฐทั้งสองจะมีความต้องการในการใช้น้ำ แต่รัฐทั้งสองก็ไม่สามารถใช้น้ำได้และไม่เคยใช้น้ำในแม่น้ำ Krishna มากถึงขนาดที่รัฐทั้งสองจะถือว่ามีสิทธิทำเช่นนั้น แต่เนื่องจากเรากำลังแบ่งน้ำในแม่น้ำ Krishna บนพื้นฐานของสภาพและพฤติกรรม ซึ่งเป็นอยู่ในปัจจุบัน และด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เองเราจึงถือได้ว่า การใช้น้ำโดยรัฐทั้งสาม(สำหรับพื้นที่ชลประทาน)ซึ่งมีปริมาณถึง 1693.4 พันล้านลูกบาศก์ฟุต (thousand million cubic feet of water) จึงควรมีความสำคัญ

¹¹³Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978),Vol. 1,p.191and 121 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):347

เหนือกว่าการใช้น้ำที่รัฐมุ่งประสงค์จะใช้ (สำหรับพื้นที่ที่สามารถทำชลประทานได้ (irrigable land))¹¹⁴

ง. ขอบเขตของเศรษฐกิจของรัฐที่ขึ้นอยู่กับแม่น้ำ (The extent of the economy of the state that is depend in the river)

การพิจารณาถึงขอบเขตของการพึ่งพาของรัฐที่มีต่อน้ำในแม่น้ำนั้นๆ ไม่เพียงแต่เป็นคำถามที่ต้องพิจารณาจากจำนวนประชากร หรือปริมาณพื้นที่ชลประทานเท่านั้น แต่ที่สำคัญต้องพิจารณาถึงขอบเขตของเศรษฐกิจของรัฐที่เกี่ยวข้องที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำด้วย แม้ว่าใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers และ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses จะไม่พูดไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับปัจจัยนี้ก็ตาม แต่ในงานประมวลกฎหมายของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้มีการยอมรับในการประชุมที่เมือง Dubrovnik ในปี 1956 ได้กล่าวถึงปัจจัยเรื่องขอบเขตของเศรษฐกิจของรัฐที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำไว้¹¹⁵

ปัจจัยเรื่องขอบเขตของเศรษฐกิจของรัฐที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำได้ถูกนำขึ้นมาพิจารณาในกรณีการใช้น้ำในแม่น้ำ Columbia ซึ่งตั้งอยู่ระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกาตั้งนี้ แคนาดาตั้งใจที่จะผันน้ำจากแม่น้ำ Kootenay ไปยังแม่น้ำ Columbia และผันน้ำจากแม่น้ำ Columbia ลงไปยังแม่น้ำ Fraser ในกรณีนี้ US Department of State ของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้มีหนังสือบันทึกความเข้าใจ (Memorandum) ไปถึงแคนาดาในปี ค.ศ.1958 ว่า

¹¹⁴ Government of India. The Report of the Krishna Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1973),Vol.2 ,p.174-175 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):348

¹¹⁵ Statement of principles Resolution of Dubrovnik,1956 ,ข้อ 5 (b)
"The extent of the dependence of each state upon the waters of the river"

“รัฐริมน้ำมีสิทธิแบ่งน้ำอย่างยุติธรรม (*Just*) และสมเหตุสมผล เพื่อการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศ และการพิจารณาว่าการแบ่งอย่างไรจึงจะสมเหตุสมผล และเป็นธรรมนั้นต้องพิจารณาจากสิทธิซึ่งเกิดจากขอบเขตการพึ่งพาน้ำของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐในปริมาณน้ำที่กำลังถูกพิจารณา”¹¹⁶

และจากการศึกษาพบว่าภายใต้ข้อพิพาทนี้ รัฐที่มีประชากรน้อยและมีพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้ (*irrigable land*) น้อยกว่ารัฐอื่น อาจได้รับการแบ่งน้ำมากกว่ารัฐอื่นได้ ซึ่งเป็นผลมาจากขอบเขตของสภาพเศรษฐกิจที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำมีมากกว่ารัฐอื่นๆ เห็นได้จากข้อพิพาทเรื่องแม่น้ำ Krishna ของอินเดียซึ่ง Krishna Tribunal ได้ยกปัจจัยขอบเขตของเศรษฐกิจของรัฐที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำขึ้นพิจารณาเช่นกัน

“แม้รัฐ *Andra Pradesh* จะมีประชากรและพื้นที่ที่สามารถทำการชลประทานได้ น้อยกว่ารัฐ *Maharashtra* และ *Mysore* โดยรัฐ *Mysore* มีประชากรคิดเป็นจำนวน 31.1% ของจำนวนประชากรของรัฐทั้งสาม แต่ประชากรจำนวน 33.9% ของประชากรทั้งหมดที่ต้องพึ่งพาน้ำจากลุ่มแม่น้ำ *Krishna* นั้นอาศัยอยู่ในรัฐ *Andhra Pradesh* และเมื่อพิจารณาถึงพื้นที่เพาะปลูกก็ปรากฏว่ามีพื้นที่เพาะปลูกเพียง 26.6% ของพื้นที่เพาะปลูกทั้งหมดอยู่ในดินแดนของรัฐ *Andhra Pradesh* แต่เนื่องจากรัฐ *Andhra Pradesh* สามารถพิสูจน์ได้ว่า เศรษฐกิจของ *Andhra Pradesh* มีการพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำ *Krishna* อย่างมาก”¹¹⁷

¹¹⁶ “The riparian states were entitled to a just and reasonable share in the use and benefits of international waters and that in determining what was a reasonable and just apportionment account was to be taken of the rights arising out of the extent of the dependence of each riparian upon the waters in question.” Ximena Fuentes. “The criteria for the equitable utilization of international rivers,” *The British Yearbook of International Law* 1996. (1996):349

¹¹⁷ Government of India. *The Report of the Krishna Water Disputes Tribunal*. (New Dehi:1973), Vol.2 ,p.174-175 cited in Ximena Fuentes. “The criteria for the equitable

และในตอนท้ายสุด Andhra Pradesh ได้รับส่วนแบ่งน้ำจำนวน 39% จากปริมาณน้ำที่พิพาท

และในข้อพิพาทระหว่างจังหวัด La Pampa และ Mendoza ของอาร์เจนตินา ขอบเขตของเศรษฐกิจที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำ Atuel ของ Mendoza เป็นปัจจัยสำคัญในการพิพาทที่ขาดของศาลสูงสุดแห่งอาร์เจนตินา ซึ่งศาลได้พิพากษาให้แบ่งน้ำในแม่น้ำ Atuel ทั้งหมดให้แก่ Mendoza โดยศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่า มีเขตพัฒนาเศรษฐกิจที่สำคัญ 2 เขตตั้งอยู่ในจังหวัด Mendoza ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการชลประทานโดยใช้น้ำจากแม่น้ำ Atuel และการดำรงชีวิตของประชากรจำนวน 100,000 คน ในเขตนี้ขึ้นอยู่กับเกษตรกรรมซึ่งต้องอาศัยน้ำจากแม่น้ำ ในขณะที่ในจังหวัด La Pampa นั้น มีประชากรจำนวน 3,028 คนเพียงเท่านั้นที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำ¹¹⁸

จ. ทางเลือกในการใช้ทรัพยากรน้ำอย่างอื่นที่มีอยู่

ตาม Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ข้อ 5.2 (h) กำหนดให้ต้องมีการพิจารณาถึง "ทรัพยากรอื่นที่หาได้" (availability of other resources) และตาม United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 ข้อ 6.1 (g) ได้กำหนดให้มีการพิจารณาถึง ทางเลือกอื่นๆ โดยเปรียบเทียบ

utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):349

¹¹⁸Republica Argentina, Fallus de la Corte Suprema de la corte Suprema de justicia de la. Nacion, 1987,tono 310, vol.3 p 2577 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):349

มูลค่าระหว่างการใช้ทรัพยากรอย่างอื่นที่มีอยู่กับโครงการที่กำลังจะดำเนินการและการใช้น้ำในปัจจุบัน (ที่เป็นปัญหา)¹¹⁹

ซึ่งตามบันทึกความเห็นของร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้อธิบายปัจจัยเรื่องทางเลือกในการใช้ทรัพยากรน้ำอย่างอื่นที่มีอยู่ไว้ว่า

"ย่อหน้า 1 g. เกี่ยวกับว่ามีทางเลือกอื่นแทน โครงการหรือการใช้น้ำที่มีอยู่หรือไม่" และทางเลือกนั้นมีมูลค่านั้นทัดเทียมกับโครงการหรือการใช้น้ำในปัจจุบัน (ที่เป็นปัญหา) หรือไม่ ย่อหน้านี้มุ่งให้มีการได้สวนว่า มีทางเลือกอื่นที่ตอบสนองของความจำเป็นซึ่งทดแทนโครงการหรือการใช้น้ำที่มีอยู่ได้หรือไม่ ทางเลือกอื่นนี้มีได้พิจารณาเพียงจากแหล่งน้ำอื่นๆ ที่มีอยู่เพียงเท่านั้น แต่พิจารณาถึงทางเลือกอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำที่ตอบสนองของความจำเป็นได้ด้วย เช่น แหล่งพลังงานอื่นๆ หรือวิธีการคมนาคมแบบอื่นๆ คำว่า "corresponding" ถูกใช้ในความหมายที่มุ่งสื่อถึงมูลค่าที่เท่าเทียมกัน และคำว่า "corresponding value" นั้นมุ่งที่จะแสดงให้เห็นแนวความคิดที่ว่า การเปรียบเทียบถึงความเป็นไปได้ต่างๆ ไป ทางปฏิบัติและประสิทธิภาพด้านราคา (cost effectiveness)"¹²⁰

ปัจจัยเรื่องทางเลือกอื่นในการใช้ทรัพยากรน้ำอย่างอื่นที่มีอยู่นี้มีความสำคัญในกระบวนการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมในฐานะที่เป็นปัจจัยที่ชี้ให้เห็นว่า ความจำเป็นในการใช้น้ำของรัฐที่พิจารณาอยู่นั้นไม่ใช่ความจำเป็นที่จะต้องใช้น้ำจากแม่น้ำที่กำลังมีข้อพิพาทอย่างแท้จริง ดังนั้นความจำเป็นในการใช้น้ำของรัฐอื่นที่ไม่อาจตอบสนองได้โดยแหล่งน้ำอื่นๆ จึงควรถูกถือว่าเป็นการใช้น้ำที่มีความสำคัญมากกว่า ปัจจัยนี้เคยถูกยกขึ้นพิจารณาในข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในหลายกรณี เช่น

¹¹⁹United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1977,Article 6.(g). "the availability of alternative, of corresponding value, to a particular plan or existing"

¹²⁰International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10)Vol.2 part1.(New York: United Nations,1994) p..232 : "paragraph 1 (g) relates to whether there are available alternatives to a particular planned or existing use, and whether...."

ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำ Narmada ของอินเดียนั้น Narmada Tribunal ได้พิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับทางเลือกในการใช้น้ำที่มีอยู่ด้วย Narmada Tribunal ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องของรัฐ Gujarat ที่ต้องการน้ำเพื่อการชลประทานสำหรับพื้นที่ที่เจรจา โดยให้เหตุผลว่าพื้นที่ดังกล่าวได้มีการชลประทาน หรือมุ่งจะดำเนินโครงการชลประทานโดยแม่น้ำ Mahi อยู่แล้ว¹²¹

และในข้อพิพาทเกี่ยวกับแม่น้ำ Krishna ซึ่งรัฐ Maharashtra และ Mysore ได้อ้างว่ารัฐ Andra Pradesh สามารถผันน้ำจากแม่น้ำ Godavari เพื่อตอบสนองความต้องการของตนได้ ภายหลังจากตรวจสอบข้ออ้างนี้ Krishna Tribunal ได้สรุปว่า ขณะนั้นการผันน้ำจากแม่น้ำ Godavari มายังแม่น้ำ Krishna ยังถือว่าเป็นเพียงความเป็นไปได้ที่ห่างไกล เหตุนี้จึงไม่สามารถตัดสินแบ่งน้ำจากแม่น้ำ Krishna ของรัฐ Andhra Pradesh ได้¹²²

อย่างไรก็ตามในตอนท้าย Krishna Tribunal ได้มีข้อสรุปเกี่ยวกับการใช้น้ำที่ต่างออกไป เนื่องจากมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นมาว่าการผันน้ำจากแม่น้ำ Godavari ได้กำลังจะมาถึงในเวลาอันใกล้

นอกจากนี้แล้ว Krishna Tribunal ยังได้ใช้ปัจจัยนี้ประกอบการพิจารณาสำหรับประเด็นที่ว่า มีความจำเป็นของรัฐต่างๆ อะไรบ้างที่ควรจะได้รับ การตอบสนองบนพื้นฐานความเป็นธรรม ซึ่งเมื่อพิจารณาประเด็นนี้ Krishna Tribunal ถือว่าการใช้น้ำที่มีอยู่จนถึงเดือนกันยายน ค.ศ. 1960 ควรจะถูกรักษาไว้ และเมื่อพิจารณาถึงแนวทางการใช้น้ำและโครงการใช้น้ำต่างๆ ที่ดำเนินการหลังเดือนกันยายน 1960 Krishna Tribunal เห็นว่า ปริมาณน้ำที่รัฐต่างๆ ต้องการสำหรับใช้ในโครงการชลประทานต่างๆ นั้น สามารถถูกตอบสนองโดยปริมาณน้ำฝนที่ตกในดินแดนของรัฐแต่ละรัฐ

¹²¹ Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978),Vol. 1,p.75 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):350

¹²² Government of India. The Report of the Krishna Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1973),Vol. 1,p.66-69 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):350

อยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้โครงการที่จะได้ดำเนินการต่อไปแต่ละโครงการนั้น จึงไม่สามารถถือเป็นความต้องการใช้น้ำที่แท้จริงของแต่ละรัฐได้¹²³

จ. ทางเลือกอื่นที่ตอบสนองความต้องการของรัฐได้นอกจากการใช้น้ำ

นอกจากจะกล่าวถึงทางเลือกในการใช้ทรัพยากรน้ำอย่างอื่นที่มีอยู่แล้ว ตามข้อ 6.1(g) ของ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ยังได้กล่าวถึงปัจจัยเรื่องทางเลือกอื่นๆ ที่มีมูลค่าทัดเทียมกับแผนการหรือการใช้น้ำที่มีอยู่¹²⁴ ซึ่งในบันทึกความเห็นร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวก็ได้อธิบายถึงส่วนนี้ไว้ว่า

"ทางเลือกอื่นๆ นี้มิได้พิจารณาจากแหล่งน้ำอื่นๆ ที่มีอยู่เพียงเท่านั้น แต่จะพิจารณาถึงวิธีการอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำ และสามารถตอบสนองความต้องการซึ่งเป็นปัญหาอยู่เช่น แหล่งพลังงานอื่นๆ หรือวิธีการเดินทางแบบอื่น"¹²⁵

ส่วนใน ข้อ 5.2(g) ของ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers 1966 ก็ได้กำหนดให้มีการพิจารณาถึง "ต้นทุนเปรียบเทียบของวิธีการอื่นๆ ที่สามารถตอบสนองความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละรัฐ"¹²⁶

¹²³Government of India. The Report of the Krishna Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1973),Vol. 2,p.192-200 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):350

¹²⁴United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997,ข้อ.6.1 (g) "the availability of alternatives, of corresponding value, to particular planned or existing use"

¹²⁵International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10)Vol.2 part1.(New York: United Nations,1994) p.233

¹²⁶Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, ข้อ5.2 (g) "comparative costs of alternative means of satisfying the economic and social needs of each basin State".

ความต้องการใช้น้ำของรัฐที่สามารถทดแทนได้ด้วยทางเลือกอื่นนี้ เช่น ความต้องการพลังงานไฟฟ้าซึ่งสามารถทดแทนได้ด้วยการผลิตกระแสไฟฟ้าโดยวิธีการอื่นๆ หรือความต้องการใช้แม่น้ำเพื่อการคมนาคม ซึ่งความต้องการแบบนี้สามารถทดแทนได้ด้วยทางเลือกอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการใช้น้ำได้

ปัจจัยนี้มีความสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมเช่นเดียวกับปัจจัยเรื่องทางเลือกในการใช้ทรัพยากรน้ำอย่างอื่นที่มีอยู่ คือเป็นปัจจัยที่ชี้ให้เห็นว่ารัฐนั้นไม่มีความต้องการใช้น้ำที่แท้จริง เห็นได้จากตัวอย่างที่สมมุติขึ้นดังนี้

รัฐ A มีความต้องการพลังงานสำหรับพัฒนาประเทศ โดยมุ่งพัฒนาการผลิตกระแสไฟฟ้าจากแม่น้ำระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า รัฐ A นั้นยังมีบ่อน้ำมันที่ยังไม่ได้รับการขุดเจาะภายในประเทศอยู่ด้วย ซึ่งหากเทียบต้นทุนการผลิตแล้ว ใช้ต้นทุนน้อยกว่าการพัฒนาการผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า แม้รัฐ A จะมีความต้องการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศก็ตาม แต่รัฐ A ก็ยังมีทรัพยากรอย่างอื่นอันได้แก่น้ำมันที่สามารถทดแทนความต้องการใช้น้ำได้ และหากมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นเช่นว่านี้ก็อาจจะถือได้ว่าการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐ A ในขณะที่มีปริมาณน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศไม่เพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการของรัฐอื่นๆ ด้วยนั้น เป็นการใช้น้ำโดยไม่มีความจำเป็นในการใช้น้ำที่แท้จริง

อย่างไรก็ตามหากมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นเช่นนี้ ก็มีปัญหามาพิจารณาต่อไปอีกว่า รัฐ A จะมีสิทธิใช้น้ำหรือไม่ หรือจะต้องหยุดการใช้น้ำและไปพัฒนาทางด้านอื่นๆ ทดแทนการใช้น้ำนั้น

สำหรับประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐ A มีน้ำมันอยู่และการนำน้ำมันมาใช้เพื่อผลิตพลังงานนี้มีต้นทุนต่ำกว่าการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศผลิตกระแสไฟฟ้านั้นไม่น่าหนักเพียงพอที่จะชี้ขาดว่ารัฐ A ใช้น้ำโดยไม่เป็นธรรมและหากพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐในฐานะผู้ทรงอำนาจอธิปไตยย่อมมีสิทธิกระทำการใดๆ ก็ได้ภายในประเทศ และมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติภายในประเทศของตน ซึ่งสิทธิของรัฐเช่นว่านี้ปรากฏชัดเจนในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและหน้าที่ของรัฐ (Charter

of Economic Rights and Duties of State)¹²⁷ ดังนั้นรัฐจึงมีสิทธิที่จะเลือกใช้หรือไม่ใช้ทรัพยากรใดที่อยู่ภายในเขตอำนาจของรัฐนั้นก็ได้ โดยไม่มีข้อจำกัด แต่รัฐ A จะมีสิทธิใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศได้แค่ไหนเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆประกอบอีกครั้งหนึ่ง

จากตัวอย่างที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะเห็นได้ว่าปัจจัยเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมนี้เป็นปัจจัยที่มีน้ำหนักมากที่สุดสำหรับกระบวนการแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ

เมื่อเปรียบเทียบกับ การแบ่งอาณาเขตทางทะเลซึ่งอาศัยหลักการแบ่งอย่างเป็นธรรม (equitable delimitation) เช่นเดียวกันแล้วจะเห็นว่า ในเรื่องการแบ่งอาณาเขตทางทะเลนั้นยังมีปัญหาโต้แย้งที่ว่าควรนำปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมมาใช้พิจารณาเพื่อกำหนดอาณาเขตทางทะเลหรือไม่? เนื่องจากมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมไม่ควรนำมาใช้ เพราะประเด็นเรื่องเศรษฐกิจและสังคมนั้นเกี่ยวข้องกับปัญหานโยบายทรัพยากรระดับโลกและการเมืองระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อาจแก้ไขได้โดยศาล เพราะปัญหาดังกล่าวนั้นเกินความเป็นธรรมตามกฎหมายไปสู่ขอบเขตของสถาบันทางสังคม¹²⁸

แม้จะมีข้อโต้แย้งดังกล่าวก็ตามแต่จากการศึกษาพบว่า ศาล/อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้นำปัจจัยดังกล่าวมาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อกำหนดเขตทางทะเลเช่นกัน ในคดี Gulf of Maine ศาลได้นำปัจจัยเรื่องการพึ่งพาทางเศรษฐกิจของประชาคมริมฝั่งต่อทรัพยากรในพื้นที่พิพาท (Economic dependence of the coastal communities upon the resources of the area) มาใช้พิจารณาประกอบ อย่างไรก็ตามศาลไม่ได้ใช้ปัจจัยดังกล่าวเพื่อกำหนดเส้นแบ่งเขตแดน แต่ศาลใช้ปัจจัยดังกล่าวในฐานะปัจจัยเพื่อทดสอบผลการกำหนดอาณาเขตทางทะเลว่าจะไม่เกิดผลเสียหายตามมาแก่การประกอบอาชีพและเพื่อฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีของประชากรที่อยู่

¹²⁷ Charter of Economic Rights and Duties of State, Article 2 :

"Every state has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities"

¹²⁸ Dissenting opinion by Judge Oda, ICJ Reports 1982, para.157, p.255 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):341

ริมฝั่ง¹²⁹ และในคดี Tunisia/ Libya ศาลได้นำปัจจัยเรื่องปริมาณน้ำมันที่มีอยู่(the presence of Oil- well)มาพิจารณาประกอบการเพื่อให้เกิดผลที่เป็นธรรม¹³⁰ และในคดีMalta /Libya ศาลได้ชี้ให้เห็นว่าทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่บริเวณไหล่ทวีปที่จะต้องถูกกำหนดเขตนั้นเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาด้วย¹³¹ อย่างไรก็ตามในบางคดีนั้นศาลก็ได้ปฏิเสธข้ออ้างที่เสนอให้มีการหยิบยกปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมอันได้แก่ปัจจัยเรื่องThe equitable access to the Capelin fishery resources present in the areaมาพิจารณาประกอบการกำหนดเขตทางทะเล เช่นในคดี Jan Mayen Case¹³²

แม้ว่าปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจและสังคมในกระบวนการกำหนดเขตทางทะเลยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าจะต้องนำมาใช้ในทุกกรณีหรือไม่ก็ตาม แต่การศึกษาเรื่องการแบ่งอาณาเขตทางทะเลอย่างเป็นทางการก็ก่อให้เกิดประโยชน์และสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมในแม่น้ำระหว่างประเทศได้ กล่าวคือ การที่ศาลได้ชี้ให้เห็นความแตกต่างของข้ออ้างเกี่ยวกับปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาท (Pertinent) และปัจจัยที่ไม่เกี่ยวข้อง (non-pertinent) เห็นได้จาก ในคดี Tunisia/ Libya ซึ่งศาลได้ยก(dismiss)ข้ออ้างของ Tunisia ที่เสนอให้มีน้ำ" its relative poverty vis –a-vis Libya"มาพิจารณาซึ่งก็คือการเปรียบเทียบระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของรัฐที่เกี่ยวข้องนั่นเอง ศาลได้ยกข้ออ้างดังกล่าวโดยให้ความเห็นว่า

¹²⁹ ICJ Reports 1984, para.237, p.342 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):342

¹³⁰ ICJ Reports 1982, para107 p.77-78 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):342

¹³¹ ICJ Reports 1985, para.52 p.42 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):342

¹³² ICJ Reports 1993, para.75,76 and 80 p.17,72 and 76 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):342

เรื่องเศรษฐกิจนั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจคาดหมายถึงการประสบผลสำเร็จ หรือหายหน้าได้ รัฐอาจจะจนในวันหนึ่งและกลับกลายเป็นรวยขึ้นในวันพรุ่งนี้เนื่องจากการค้นพบทรัพยากรธรรมชาติที่มีค่าทางเศรษฐกิจก็ได้¹³³

และในคดี Guinea-Guinea- Bissau ศาลอนุญาโตตุลาการได้ยก (dismiss) ข้ออ้างที่เสนอให้มีการนำปัจจัยทางเศรษฐกิจมาพิจารณาเนื่องจากความไม่แน่นอนของสภาพทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ¹³⁴

และท้ายสุดในคดี Malta /Libya ศาลก็ปฏิเสธข้ออ้างของ Malta ที่ว่า Malta ไม่มีทรัพยากรที่ให้พลังงาน (Energy resource) และ Malta ต้องการทรัพยากรเช่นว่านั้นในฐานะประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นเกาะ ซึ่งศาลก็ได้ปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าวเช่นเดียวกัน¹³⁵

จะเห็นได้ว่าที่ศาลปฏิเสธที่จะนำระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของรัฐคู่พิพาทแต่ละรัฐมาพิจารณานั้นก็เนื่องจากเหตุผลดังที่ ผู้พิพากษา Oda ได้แสดงไว้ดังนี้ "จากปัจจัยดังกล่าวไม่สามารถให้คำตอบที่น่าพอใจได้ว่าจะระหว่างรัฐทั้งสองนั้นรัฐใดควรจะได้ไหลทวีป หรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะเป็นเนื้อที่มากกว่ากัน"¹³⁶

และเมื่อย้อนกลับมาพิจารณาเรื่องการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมจะเห็นได้ว่าปัจจัยเรื่องระดับการพัฒนาของแต่ละรัฐนั้นเคยถูกกำหนดให้เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็น

¹³³ ICJ Reports 1982, para107 p.77 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):343

¹³⁴ Guinea-Guinea- Bissau, 77 ILR 689, papr.122 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):343

¹³⁵ ICJ Reports 1985, para50 p.41 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):343

¹³⁶ Dissenting opinion by Judge Oda ,ICJ Reports 1982, para157 p.225 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):343

ธรรม โดยปรากฏในร่าง United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ฉบับที่จัดทำโดย Schwebel และฉบับที่จัดทำโดย Evenson อย่างไรก็ตาม บัจฉัยดังกล่าวได้ถูกตัดทิ้งในภายหลังเนื่องจากสมาชิกท่านหนึ่งในคณะกรรมการกฎหมายแห่งสหประชาชาติได้ให้ความเห็นว่า บัจฉัยดังกล่าวไม่อาจชี้ให้เห็นได้ชัดว่าควรให้ความสำคัญกับรัฐที่ยังไม่พัฒนาหรือรัฐที่พัฒนาแล้วมากกว่ากัน¹³⁷ นอกจากนี้หากพิจารณา บัจฉัยเรื่องระดับการพัฒนาของแต่ละรัฐแล้วจะเห็นว่า บัจฉัยดังกล่าวไม่ได้ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นที่แท้จริงในการใช้น้ำของแต่ละรัฐ ซึ่งช่วยให้เกิดผลการใช้น้ำที่เป็นธรรมเลย

3.2.3 การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันในแต่ละรัฐ (Existing Use)

ในบางครั้งความขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศก็เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐที่มีการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอยู่ในปัจจุบันฝ่ายหนึ่ง และรัฐที่มีความประสงค์จะใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเช่นเดียวกันอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ปริมาณน้ำในแม่น้ำนั้นไม่สามารถตอบสนองความต้องการใช้น้ำของรัฐริมน้ำทุกฝ่ายได้ ดังนั้นการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศในปัจจุบัน (Existing Use) ของรัฐต่างๆ จึงกลายเป็น บัจฉัยในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นทางการของแต่ละรัฐอย่างเลี่ยงไม่ได้ บัจฉัยนี้ปรากฏในสนธิสัญญาและงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำหลายฉบับ ได้แก่ Protocol on shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community (SADC) Region, of Principles for Utilization of the Water of the Lower Mekong Basin 1975, Helsinki Rules on the use of the water of the

¹³⁷ ข้อสังเกตนี้ถูกตั้งขึ้นโดย Mr. Flitan ซึ่งท่านเห็นว่า บัจฉัยเรื่องระดับการพัฒนาของแต่ละรัฐนั้นไม่เกี่ยวข้องกับ การแบ่งทรัพยากรธรรมชาติ และไม่อาจชี้ให้เห็นได้ว่าควรให้ความสำคัญแก่ประเทศพัฒนาแล้วหรือประเทศกำลังพัฒนามากกว่ากัน "...did not refer to shared natural resources and did not make it clear whether preference should be given to developing or developed countries" : International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1983, Vol.1 (New York: United Nations, 1983) p.213

international rivers และ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses

ใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers 1966 ซึ่งได้กล่าวถึงปัจจัยดังกล่าวไว้ใน ข้อ 5.1(d) ว่า

"d. การใช้น้ำในลุ่มแม่น้ำในอดีตรวมทั้งการใช้น้ำที่เป็นอยู่ในปัจจุบันด้วย"¹³⁸

ส่วนใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 ได้กล่าวถึงปัจจัยดังกล่าวไว้ในข้อ 6.1(e)ว่า

"e. การใช้น้ำในปัจจุบัน(ของแต่ละรัฐ)และศักยภาพของลำน้ำในการใช้น้ำ"¹³⁹

ก. ความหมายของการใช้น้ำในปัจจุบัน.

ปัญหาประการแรกที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับปัจจัยนี้ได้แก่ ประเด็นที่ว่า การใช้น้ำในปัจจุบันนั้นหมายถึงอะไร เริ่มต้นเมื่อใดและสิ้นสุดเมื่อใด ซึ่งในข้อ 8.2 ของ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ได้ให้ความหมายถึงคำว่า "การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน (Existing Use)" ไว้ว่า

"(a) การใช้น้ำที่ได้มีการดำเนินการจริงจะถือว่าเป็นการใช้น้ำในปัจจุบันนับจากเวลาที่เริ่มต้นการก่อสร้างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้น้ำหรือเมื่อในสถานที่ก่อสร้างนั้นไม่จำเป็นต้องมีการก่อสร้างใดๆอีก หรือมีการดำเนินการซึ่งเปรียบได้กับการใช้น้ำอย่างแท้จริง"

¹³⁸ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, ข้อ 5.1(d)

"The past utilization of the waters of the basin, including in particular existing utilization"

¹³⁹ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997, ข้อ 6.1 (e)

"Existing and potential uses of the watercourse "

- (b) การใช้น้ำเช่นนั้นยังคงถือว่าเป็นการใช้น้ำในปัจจุบันตราบจนกระทั่งเวลาที่มีการหยุดการใช้น้ำนั้นพร้อมความประสงค์ที่จะยกเลิกการใช้น้ำนั้น¹⁴⁰

ส่วนใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 และบันทึกความเห็นร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวก็มีได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "การใช้น้ำในปัจจุบัน" ไว้แต่อย่างไร

ข. ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาถึงการใช้น้ำในปัจจุบัน.

ปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับปัจจัยนี้ได้แก่ปัญหาที่ว่า การใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐริมน้ำรัฐหนึ่ง ควรจะมีความสำคัญเหนือโครงการใช้น้ำของรัฐริมน้ำอื่นหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ได้มีความเห็นของนักกฎหมายแยกเป็นสองฝ่าย ดังนี้

นักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่า สำหรับกรณีการใช้น้ำที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น ผู้ที่ใช้น้ำมาก่อนย่อมมีสิทธิอย่างเด็ดขาด (Vest right) ในการใช้น้ำ สิทธิเช่นว่านี้ไม่มีทางเสียไปยกเว้นในบางกรณี (rare case) ซึ่งจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนด้วย¹⁴¹

นักกฎหมายฝ่ายที่สองเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ว่า การใช้น้ำที่ถือว่าเป็นการใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐริมน้ำนั้น ไม่ควรมีน้ำหนักในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม

142

¹⁴⁰ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, ข้อ 8.2.

"(a) A use that is in fact operational is deemed to have been an existing use from the time of the initiation of construction directly related to the use or, where such construction is not required, the undertaking of comparable acts of actual implementation.

(b) Such a use continues to be an existing use until such time as it is discontinued with the intention that it be abandoned."

¹⁴¹ International law Association. *ILA Report 52 nd Conference 1966* p.493

¹⁴² *Ibid.* p. 493

ส่วนใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ข้อ 8.1 ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ว่า

"การใช้ที่สมเหตุสมผลและดำเนินการอยู่ในปัจจุบันอาจดำเนินการต่อไปได้ จนกระทั่งมีปัจจัยที่สามารถชี้ให้เห็นได้ว่าปัจจัยนั้นมีน้ำหนักเหนือกว่าการดำเนินการใช้น้ำนั้น อันนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าการใช้ที่เป็นอยู่นั้นจะต้องถูกปรับเปลี่ยนหรือยุติลง เพื่อให้เหมาะสมกับการใช้น้ำอื่นซึ่งไม่อาจจะปรับให้มีการใช้ร่วมกันได้"¹⁴³

ส่วนในบันทึกความเห็นร่าง United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 ได้กล่าวถึงปัจจัยนี้ในลักษณะที่แตกต่างออกไป โดยกล่าวว่า

"ย่อหน้า 1 (e) อ้างถึงทั้งการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศในปัจจุบันและศักยภาพของลำน้ำระหว่างประเทศในการใช้เพื่อเน้นว่า ปัจจัยทั้งคู่ล้วนมีความสำคัญเหนือกว่าปัจจัยอื่นๆ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการรับรองว่าปัจจัยทั้งสองอาจเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทได้"¹⁴⁴

สำหรับในปัญหานี้ Ximena Feuntes ได้แสดงความเห็นในเรื่องนี้ไว้ดังนี้
"ปัญหาในที่นี้คือว่าหลักเกณฑ์การใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการสามารถแปลความหมายโดยให้ความสำคัญแก่การใช้น้ำในปัจจุบันเหนือกว่าปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการแบ่งน้ำหรือไม่ คำตอบที่สนับสนุนแนวคิดนี้พบได้มากโดยอ้างอิงถึงเหตุผลที่ต่างกัน ดังนี้ นักกฎหมายหลายท่านได้อ้างแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งให้ความสำคัญกับการใช้น้ำในปัจจุบันเหนือกว่าการใช้

¹⁴³ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, ข้อ 8.1

"An existing reasonable use may continue in operation unless the factors justifying its continuance are outweighed by other factors leading to the conclusion that it be modified or terminated so as to accommodate a competing incompatible use"

¹⁴⁴ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10) Vol.2 part1. (New York: United Nations, 1994) p.233

น้ำอย่างอื่น บางส่วนอ้างแนวปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐซึ่งกำหนดให้มีการ
 คุ่มครองการใช้น้ำที่มีมาก่อน (Prior utilization) บางความเห็นก็มีรากฐานมาจาก
 หลักการ Sic utere tuo ut alienum non laedes (หลักกฎหมายที่ว่ารัฐจะต้องใช้น้ำใน
 แม่น้ำระหว่างประเทศโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น) นอกจากนี้ข้ออ้าง
 บางส่วนก็อ้างถึงหน้าที่ในการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการยุติใช้น้ำหรือปรับเปลี่ยนการ
 ใช้น้ำของรัฐที่มีมาก่อนเพื่อสนับสนุนฐานะที่เหนือกว่าของปัจจัยเรื่องการใช้น้ำใน
 ปัจจุบัน และบางข้ออ้างได้มีความพยายามปรับแนวคิดเรื่องสิทธิที่ได้รับมาตามกฎ
 หมายถึง (Acquire rights, Vested rights) มาเป็นเรื่องเดียวกับสิทธิของผู้ใช้น้ำในปัจจุบัน

145

Ximena Feuntes ได้ปฏิเสธข้ออ้างต่างๆ ของฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดที่กำหนดให้การใช้น้ำที่
 ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำและปัจจัยอื่นๆ โดยให้เหตุผลไว้ดังนี้

"ในส่วนของความเห็นของนักกฎหมายที่อ้างแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่ง
 สหรัฐอเมริกาที่ตัดสินให้การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันมีความสำคัญเหนือการใ้
 น้ำอื่นๆ โดยยึดถือตามหลัก Prior appropriation นั้นไม่สามารถนำมาอ้างได้ เนื่องจาก
 หลัก Prior appropriation ซึ่งมีสาระสำคัญคือการเคารพในการใช้น้ำที่มีอยู่ก่อนนั้น ถือ
 กำเนิดขึ้นจากรัฐทางตะวันตกของสหรัฐอเมริกาซึ่งกฎหมายเกิดขึ้นภายใต้สภาพ
 ข้อเท็จจริงที่ว่าพื้นที่ในแถบนั้นมีลักษณะทางภูมิศาสตร์และสภาพอากาศที่แห้งแล้ง
 รวมทั้งมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างมากอันเนื่องมาจากกิจกรรมเหมืองแร่ในช่วง
 ศตวรรษที่ 19 และด้วยความแห้งแล้งของพื้นที่ทางตะวันตก ทำให้ปริมาณน้ำที่มีนั้นไม่
 เพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการใช้น้ำของคนทั้งหมดได้ และด้วยการขยายตัวของ
 อุตสาหกรรมเหมืองแร่ทำให้มีการนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับเหมืองแร่มาปรับใช้กับ
 เรื่องน้ำจนกลายเป็นหลัก Prior appropriation ดังกล่าวขึ้น และเมื่อพิจารณาแล้วจะ
 เห็นว่าหลักการดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้ได้เนื่องจากศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะใช้
 หลักการนี้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐคู่พิพาททั้งสองรัฐนั้น ต่างยึดถือและใช้บังคับ

¹⁴⁵Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers,"

หลักการนี้ในฐานะกฎหมายของมลรัฐด้วยเท่านั้น เห็นได้จากคดี Wyoming v. Colorado 1922, Nebraska v. Wyoming 1945, Colorado 1982.

ในส่วนของแนวปฏิบัติของรัฐที่มักมีการทำสนธิสัญญาโดยระบุว่ารัฐจะไม่แทรกแซงการใช้น้ำที่เป็นอยู่ในอีกรัฐนั้น ก็ไม่อาจนำมาอ้างในฐานะแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อชี้ให้เห็นว่าหลักการที่ว่า "การใช้น้ำในปัจจุบันของแต่ละรัฐนั้นจะต้องได้รับการปกป้องรักษาไว้" มีปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศได้ เพราะเหตุว่าการที่รัฐต้องกำหนดไว้ในสนธิสัญญาเช่นนั้นไม่ใช่เป็นความประสงค์ของรัฐที่จะคุ้มครองการใช้น้ำที่มีอยู่ในแต่ละรัฐ แต่เนื่องมาจากมีสาเหตุอื่นที่ทำให้รัฐต้องกำหนดให้มีการคุ้มครองการใช้น้ำที่มีอยู่ไว้ สาเหตุอื่น ๆ ที่ทำให้รัฐต้องกำหนดไว้เช่นนั้นแบ่งได้ 3 กลุ่ม คือ

- ความประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความสงบและกำหนดเขตแดนที่แน่ชัดระหว่างรัฐ เห็นได้จากสนธิสัญญาต่างๆ เช่น the 1928 Convention relating to the Settlement of Questions arising out of the Delimitation of the Frontier between the Kingdom of Hungary and the Czechoslovak Republic (Frontier Statute), ข้อ 17¹⁴⁶ และ the Treaty between the German Reich and the Czechoslovak Republic regulating the Frontier, ข้อ 14 (described in ข้อ 83 of the Treaty of Peace of Versailles), signed at Berlin on 3 February 1927¹⁴⁷ ¹⁴⁸ ซึ่งจากสนธิสัญญาต่างๆ

¹⁴⁶The Contracting Parties shall acknowledge legal-acquired rights over watercourses and [water-power] plant belonging thereto and established on frontier watercourses or on watercourses interested by the frontier - in so far as the frontier effects the rights and plant in question - as also rights over frontier watercourses in general, provided that such rights can be proved by the production of official authority or evidence of long-standing rights.

¹⁴⁷ Existing rights in respect of frontier watercourses intersected by the frontier - as regards the latter, in so far as these rights are affected by the tracing of the frontier - as also rights in respect of frontier waters in general, shall continue to be legally recognized by both States. The same applies to the joint use of frontier watercourses.

เหล่านี้จะเห็นได้ว่า แม้ในสนธิสัญญาที่กล่าวมานี้จะได้กล่าวถึงสิทธิการใช้น้ำที่ตกทอดมากก็ตาม แต่สิ่งสำคัญที่สนธิสัญญามุ่งให้เกิดคือ ความสงบและการกำหนดเขตแดนที่แน่ชัด ดังนั้นข้ออ้างดังกล่าวจึงไม่อาจยกขึ้นเพื่อชี้ให้เห็นถึงความมีอยู่ของ

¹⁴⁶ นอกจากสนธิสัญญาต่างๆที่ได้กล่าวมาแล้ว โปรดดู Treaty between the Republic of Australia and the Czechoslovak Republic regarding the Settlement of Legal Questions connected with the Frontier, signed at Prague, 12 December 1928, League of Nations Treaty Series, vol., 108, p. 57; General Convention concerning the Hydraulic System concluded between the Kingdom of Romania and the Kingdom of Yugoslavia, signed at Belgrade, 14 December 1931, *ibid.*, vol. 135, p. 31; Convention between Romania and Yugoslavia concerning the Navigation and the Hydro technical System of the Bega (Beget-Begheu) Canal and River, signed at Belgrade, 14 December 1931, *ibid.*, vol. 135, p. 73; Agreement concerning the Frontier between German and Belgium, signed at Aix-La Chapelle, 7 November 1929, *ibid.*, vol. 121, p. 327; Convention relating to the Settlement of Questions arising out of the Delimitation of the Frontier between the Kingdom of Hungary and the Czechoslovak Republic, signed at Prague, 14 November 1928, *ibid.*, vol. 110, p. 425; Treaty between the German Reich and the Czechoslovak Republic regulating the Frontier described in Article 83 of the Treaty of Peace of Vesailles of 28 June 1919, signed at Berlin on 3 February 1927, *ibid.*, vol. 109, p. 219; Protocol regulating the Usufruct on the German-Saar Frontier, signed at Saar Bruck, 13 November 1926, *ibid.*, vol. 77, p. 249; Treaty between German and Poland for the Settlement of Frontier Questions, signed at Poznan, 27 January 1926, *ibid.*, vol. 64, p. 419; Agreement between Germany and Poland regarding the Administration of the Section of the Water forming the Frontier and Traffic on that Section, signed at Poznan, 16 February 1927, *ibid.*, vol. 71, p. 369.

หลักการที่ว่าด้วย "การธำรงรักษาการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน" ในกฎหมายระหว่างประเทศได้

- การเคารพในธรรมเนียมปฏิบัติของคนในพื้นที่ แม้ธรรมเนียมปฏิบัติถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะต้องพิจารณาเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้น้ำ และได้มีการรับรองสิทธิของคนในพื้นที่ในสนธิสัญญาฉบับต่างๆ เช่น the 1926 Agreement of Good Neighborly Relations concluded between the British and French Government on behalf of the Territories of Palestine, on the one part, and on behalf of Syria and Great Lebanon, on the other part,¹⁴⁹ และ the 1926 Exchange of Notes between the Belgian and British Governments regarding the Frontier of Tanganyika-Ruanda-Urundi, แต่จะเห็นได้ว่าการที่รัฐต่างๆ ทำสนธิสัญญาโดยกำหนดให้คนในพื้นที่ยังมีสิทธิใช้น้ำได้เช่นเดิม(ก่อนการแบ่งเขตแดน)นั้นก็เพื่อเป็นการป้องกันข้อพิพาทเกี่ยวกับเขตแดนที่อาจจะเกิดขึ้นหากไม่มีการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้เท่านั้น ไม่ได้มุ่งแสดงว่าการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันนั้นมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำอื่นๆ ดังนั้นจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าการใช้น้ำที่เป็นอยู่ในปัจจุบันของแต่ละรัฐนั้นมีความสำคัญเหนือปัจจัยอื่นๆ
- การปฏิบัติของคู่พิพาท ในบางครั้งการที่มีคำตัดสินให้มีการรักษาการใช้น้ำในปัจจุบันไว้นั้นเป็นผลมาจากการปฏิบัติของคู่พิพาทเอง ตัวอย่างนี้เห็นได้จากข้อพิพาทเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำKrishna ของอินเดียในปี ค.ศ. 1973 ซึ่งชี้ให้เห็นว่าการที่Krishna Tribunal ตัดสินให้การใช้น้ำในปัจจุบันของAndra Pradesh ยังคงดำเนินต่อไปได้นั้น

¹⁴⁹ All the inhabitants, whether settled or semi-nomadic, of both territories who, at the date of the signature of this Agreement enjoy grazing , watering or cultivation rights, or own land on the one or the other side of the frontier shall continue to exercise their rights as in the past... All rights derived from local laws or customs concerning the use of the waters, streams, canals and lakes for the purposes of irrigation or supply of water to the inhabitants shall remain as at present.

เป็นผลสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติของคู่อพิพาทเอง มิใช่เป็นเรื่องที่ว่า การใช้น้ำในปัจจุบันของแต่ละรัฐนั้นได้รับการพิจารณาในฐานะที่เหนือกว่าปัจจัยอื่น ๆ

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีคือ ข้อพิพาทเรื่องนี้ มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับการแบ่งน้ำในแม่น้ำ Krishna ระหว่างรัฐ 3 รัฐ ได้แก่ Maharashtra Mysor และ Andra Pradesh โดย Andra Pradesh ร้องขอให้ Krishna Tribunal รับรองสิทธิและสงวนสิทธิของ Andra Pradesh ในการใช้น้ำจากแม่น้ำ Krishna นับแต่อดีตจนกระทั่งถึงเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1960 ท้ายสุด Krishna Tribunal ได้ตัดสินให้โครงการใช้น้ำจากแม่น้ำ Krishna ที่ดำเนินการหรือก่อสร้างโดย Andra Pradesh นับแต่อดีตมาจนกระทั่งถึงเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1960 เป็นโครงการที่มีความสำคัญและต้องมีการแบ่งน้ำให้แก่โครงการเหล่านี้ อย่างที่เคยเป็นมา แม้ Krishna Tribunal จะได้ตัดสินให้มีการธำรงรักษาการใช้น้ำของ Andra Pradesh นับแต่อดีตจนกระทั่งปี ค.ศ. 1960 ก็ตามแต่ก็มีได้เป็นเพราะ Krishna Tribunal ถือว่ามีหลักการที่ว่า "การใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐจะต้องได้รับการธำรงรักษาไว้" แต่เป็นเพราะว่า รัฐคู่อพิพาทอีก 2 รัฐ อันได้แก่ Maharashtra และ Mysor ไม่ได้คัดค้านข้อเรียกร้องดังกล่าวของ Andra Pradesh นั้นเอง

ในส่วนของความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สนับสนุนหลักการดังกล่าวโดยอ้างพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า "รัฐจะต้องใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น" (Sic utere tuo ut alienum non laedas) Ximena Feuntes เห็นว่าไม่อาจอ้างหลักการดังกล่าวมาสนับสนุนความเห็นดังกล่าวได้ เนื่องจากทั้งใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers และใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses นั้นต่างก็ยอมรับกันว่าการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบแก่รัฐอื่น ๆ ได้ และเป็นที่ยอมรับว่าความเสียหายจากการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนี้มีใช่ความเสียหายตามกฎหมาย (Legal injury) ส่วนข้ออ้างที่อ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า "รัฐจะต้องใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น" นั้นก็ไม่อาจกล่าวอ้างได้ เพราะหลักการนี้หมายความว่า รัฐมี

หน้าที่ที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นโดยการใช้น้ำอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งก็ย่อมหมายความว่าหากว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ภายในขอบเขตของการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม การใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่รัฐอื่น ๆ นั้นก็ย่อมไม่เป็นการละเมิดสิทธิของรัฐที่ได้รับความเสียหาย

ในส่วนข้ออ้างที่ยกพันกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้การชดเชยค่าเสียหายสำหรับการยุติหรือปรับเปลี่ยนการใช้น้ำที่เป็นอยู่ในรัฐหนึ่งเพื่อสนับสนุนความสำคัญของการใช้น้ำที่เป็นอยู่ในปัจจุบันของแต่ละรัฐนั้น Ximena Feuntes เห็นว่าก็ไม่อาจอ้างเป็นข้อสนับสนุนแนวคิดดังกล่าวได้เช่นกัน เพราะหากพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีพันกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการยุติหรือปรับเปลี่ยนการใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐ การที่มีการอ้างพันกรณีในการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการยุติหรือปรับเปลี่ยนการใช้น้ำที่เป็นอยู่ในรัฐหนึ่งนั้นเกิดขึ้นมาจากการตีความ Helsinki Rule on the use of international river 1966 อย่างผิดๆ และแท้จริงแล้วตาม Helsinki Rule ก็ไม่ได้ถือว่าการจ่ายเงินค่าเสียหายเป็นวิธีการที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการขจัดปัญหาเรื่องการใช้น้ำระหว่างคู่พิพาทในกรณีที่มีการยุติหรือเปลี่ยนแปลงการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน เห็นได้จากการที่ Helsinki Rule สรุปไว้ว่า "การปรับปรุงหรือยุติ(การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน)จะต้องสอดคล้องกับความเป็นธรรมในแต่ละคดีและอาจจะจำเป็นต้องมีการจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้ใช้น้ำ"¹⁵⁰ และในข้อ 5.2 (j) ของ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ก็ไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐในการจ่ายค่าเสียหายสำหรับการยุติการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน เพียงแต่กล่าวถึง"ค่าเสียหายในทางปฏิบัติที่จะต้องจ่ายให้กับ

¹⁵⁰ ILA Report of the Fifty-second Conference (Helsinki Rule , 1966) p.494

"..a modification or termination, to be consistent with equitable utilization, *may* in particular case, require compensation to the user.."

รัฐร่วมลุ่มน้ำอื่นๆในฐานะวิธีการในการปรับปรุงข้อพิพาทระหว่างรัฐต่างๆ"¹⁵¹ นอกจากนี้ จากตัวอย่างที่ปรากฏในแนวปฏิบัติของรัฐจะเห็นได้ว่าการจ่ายเงินที่รัฐหนึ่งจ่ายให้กับรัฐริมน้ำอีกรัฐหนึ่งนั้นไม่ได้เป็นการจ่ายเงินสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการยุติหรือการปรับปรุงการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน แต่เป็นการจ่ายเงินเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการใช้มาตรการต่างๆเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เห็นได้จากสนธิสัญญา Indus Water Treaty 1960 ระหว่างอินเดียและปากีสถานซึ่งตามข้อ 5 ของสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นกำหนดให้อินเดียต้องจ่ายเงินให้กับปากีสถาน แต่เงินที่อินเดียต้องจ่ายให้กับปากีสถานนั้น เป็นการจ่ายเงินเพื่อสนับสนุนงานก่อสร้างที่สร้างขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเพิ่มปริมาณน้ำ อันเป็นการเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับปากีสถาน นอกจากนี้จะเห็นได้จากข้อพิพาทเรื่องแม่น้ำสินธุระหว่างจังหวัด Punjab และ Sind ในสมัยที่อินเดียยังเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ซึ่งคณะกรรมการแม่น้ำสินธุ (Indus [Rau] Commission) ได้มีคำแนะนำในการแก้ไขข้อพิพาทใน ปี ค.ศ. 1942 โดยกำหนดให้จังหวัด Punjab จ่ายเงินให้แก่จังหวัด Sind เพื่อสนับสนุนการเปลี่ยนระบบชลประทานในจังหวัด Sind ซึ่งเก่าและก่อให้เกิดการสูญเสียน้ำเป็นจำนวนมาก แม้ว่าคณะกรรมการจะเรียกเงินที่ Punjab จะต้องจ่ายให้กับจังหวัด Sind ว่าเป็นค่าเสียหาย (a contribution from the Punjab by the way of compensation for damage) ก็ตาม แต่ลักษณะที่แท้จริงของเงินที่ต้องจ่ายนี้ก็คือเป็นการจ่ายเพื่อมาตรการป้องกันความเสียหายนั่นเอง เหตุนี้จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามีหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินค่าเสียหายในกรณีที่มีการยุติหรือปรับปรุงการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันในอีกรัฐหนึ่ง (termination or modification for the existing utilization)¹⁵²

¹⁵¹ ILA Report of the Fifty-second Conference (Helsinki Rule ,1966) Article 5.2(j) "the practicability of compensation to one or more of the co-basin State as a means of adjusting conflicts among uses"

¹⁵² Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," *The British Yearbook of International Law* 1996. (1996):357-3369

โดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า การใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐริมน้ำหนึ่งๆ นั้นควรมีความสำคัญในฐานะที่เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาเพื่อสร้างความเป็นธรรมในการใช้น้ำในหมู่รัฐริมน้ำทุกฝ่ายเท่านั้น ปัจจัยการใช้น้ำในปัจจุบันไม่ควรมีความสำคัญเหนือโครงการใช้น้ำของรัฐริมน้ำอื่นๆ ที่กำลังจะเกิดขึ้น เนื่องจากหากกำหนดให้การใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐริมน้ำหนึ่งๆ นั้นมีความสำคัญเหนือโครงการใช้น้ำของรัฐริมน้ำอื่นแล้ว ก็เท่ากับเป็นการตัดโอกาสการใช้น้ำของรัฐริมน้ำอื่นๆ ที่กำลังจะเกิดขึ้น และการกำหนดเช่นนั้นก็ไม่สอดคล้องกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่ถือว่ารัฐริมน้ำทุกรัฐต่างมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในการใช้น้ำ ผู้เขียนเห็นว่า หากมีโครงการใช้น้ำของรัฐอื่นเกิดขึ้นการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันของรัฐริมน้ำรัฐหนึ่งก็ควรที่จะถูกนำมาพิจารณาและปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับผลประโยชน์ของทุกฝ่ายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่รัฐริมน้ำทุกฝ่าย

จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้วทำให้สรุปได้ว่า การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันในรัฐต่างๆ นั้น ไม่ได้มีความสำคัญเหนือการใช้น้ำอย่างอื่น ปัญหาต่อไปที่นำมาพิจารณาก็คือปัจจัยเกี่ยวกับการใช้น้ำในปัจจุบันของรัฐริมน้ำนั้นควรจะมีความสัมพันธ์เพียงใดกับกระบวนการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำ หากเปรียบเทียบกับกรณีแบ่งอาณาเขตทางทะเลจะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรม/อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้นำปัจจัยด้านองค์ประกอบทางประวัติศาสตร์และการทำการประมงโดยประชากรริมฝั่งมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน (Historical element ; the long fishing practice of the coastal population) มาพิจารณาเพื่อทำให้เกิดผลที่เป็นธรรมในการแบ่งอาณาเขตทางทะเลเช่นกัน ซึ่งปัจจัยนี้อาจเทียบได้กับปัจจัยเรื่องการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ ข้ออ้างเกี่ยวกับองค์ประกอบทางประวัติศาสตร์และการทำการประมงโดยประชากรริมฝั่งมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานนี้ถูกยกขึ้นอ้างโดยนอร์เวย์เพื่อสนับสนุนข้ออ้างเรื่องเส้นฐานตรง (Straight base line) ในคดี Fisheries case 1960 อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่านอร์เวย์ไม่ได้ใช้ข้ออ้างนี้แต่เพียงปัจจัยเดียวเพื่อสนับสนุนข้ออ้างเรื่องเส้นฐานตรงของตน นอร์เวย์ได้อ้างปัจจัยนี้ควบคู่กับกับความจำเป็นต้องพึ่งพาทางเศรษฐกิจ (Economic dependence) และแนวคิดเรื่องประโยชน์ที่สำคัญ (Vital interest) ประกอบกัน ซึ่งในคดีนี้ O'Connell ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ในคดี Fisheries case การใช้เป็นระยะเวลาอันยาวนานได้ถูกประเมินตามปัจจัยทางด้านภูมิศาสตร์ นิเวศวิทยา ตลอดจนเศรษฐกิจและสังคม

และในคดี Gulf of Mine Case ข้ออ้างเกี่ยวกับการใช้เป็นระยะเวลายาวนานได้ถูกอ้างโดยสหรัฐอเมริกาเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนที่สนับสนุนให้มีการยกพื้นที่ทำการประมง(The fisheries banks) ให้แก่รัฐใดรัฐหนึ่งโดยไม่ต้องมีการแบ่ง ดังที่สหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า

"พื้นที่ทำการประมงซึ่งถูกใช้ประโยชน์โดยรัฐทั้งสอง ไม่ควรจะถูกแบ่งแต่ควรยกให้แก่รัฐที่ชาวประมงได้ทำการประมงในพื้นที่นั้นเป็นระยะเวลายาวนานกว่า และใช้พื้นที่มากกว่าและมีชาวประมงจำนวนมากกว่า"¹⁵³

ข้ออ้างที่ยกเอาปัจจัยทางประวัติศาสตร์มาอ้างแต่เพียงอย่างเดียวของสหรัฐอเมริกานี้ได้ถูกคัดค้านโดยข้ออ้างของฝ่ายแคนาดาที่เสนอให้มีการแบ่งพื้นที่โดยแบ่งตามแนวปฏิบัติของชาวประมงในการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ที่ขัดแย้งกัน(The established patterns of exploitation of the fisheries of the disputed area) และแคนาดาเสนอเพิ่มเติมให้มีการแบ่งตามองค์ประกอบทางเศรษฐกิจและการพึ่งพา(Vital dependence) ท้ายสุดคณะผู้พิพากษาได้แบ่ง George banks ให้แก่รัฐทั้ง 2 ฝ่าย โดยให้เหตุผลว่า "เพื่อเป็นการเลี่ยงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นตามมาแก่การประกอบอาชีพและเพื่อฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีของประชากรที่อยู่ริมฝั่ง"¹⁵⁴

จากคำตัดสินในทั้งสองคดีจะเห็นได้ว่าปัจจัยเรื่องการใช้เป็นระยะเวลาอันยาวนานนั้นเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการแบ่งพื้นที่ทางทะเลด้วย แต่จะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับปัจจัยอื่นๆ เช่นความจำเป็นต้องพึ่งพาทางเศรษฐกิจ และความสำคัญต่อคนในพื้นที่ และจากตัวอย่างเช่นว่านี้ เราจะเห็นได้ว่าเราสามารถนำปัจจัยเรื่องการใช้ในปัจุบันของแต่ละรัฐมาใช้ในกระบวนการพิจารณาเรื่องการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของแต่ละประเทศได้ โดยใช้ในฐานะปัจจัยที่ช่วยชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมที่ต้องพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐต่างๆ แต่ไม่ได้

¹⁵³ ICJ Pleadings, 1984, Vol 6 p.381. cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):370

¹⁵⁴ ICJ Reports, 1984, paras.237 and 238 p.342-343. cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):370

หมายความว่า การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันของรัฐมีน้ำรัฐหนึ่งจะมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำของรัฐอื่นๆ

3.2.4. ประสิทธิภาพของการใช้น้ำ

หลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมได้กำหนดให้รัฐมีน้ำมีหน้าที่ต้องใช้น้ำที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์สูงสุดและลดความสูญเปล่าของการใช้น้ำให้มากที่สุดโดยสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจของแต่ละรัฐ ดังนั้นปัจจัยด้านประสิทธิภาพในการใช้น้ำจึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำด้วย ตาม Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ข้อ 5.2 (i) ได้กล่าวถึงการเลี่ยงความสูญเปล่าที่ไม่จำเป็นในการใช้น้ำ¹⁵⁵ ในฐานะเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงส่วนแบ่งการใช้น้ำที่เป็นธรรม โดยในบันทึกความเห็นงานประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำไว้ว่า

“การใช้ประโยชน์ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นการใช้น้ำให้เกิดประโยชน์สูงสุดเท่าที่น้ำจะให้ ได้ หรือไม่จำเป็นว่าจะต้องใช้วิธีที่มีประสิทธิภาพที่สุดเท่าที่ทราบกันเพื่อเลี่ยงความสูญเปล่าและเพื่อทำให้แน่ใจถึงการใช้น้ำสูงสุด ... ในการใช้หลักการนี้ กฎการใช้น้ำฉบับนี้ไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อสนับสนุนการใช้น้ำอย่างสูญเปล่าแต่ถือว่ารัฐมีหน้าที่ใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนกับทรัพยากรทางการเงินที่มีอยู่ แน่หนอนว่า ความสามารถของรัฐที่จะได้รับเงินระหว่างประเทศจะต้องถูกพิจารณาจากสิ่งต่างๆนี้ ดังนั้นหากรัฐ A ซึ่งเป็นรัฐที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดี และเป็นรัฐที่มั่งคั่ง แต่กลับใช้การชลประทานแบบที่วิธีน้ำล้น (inundation method of irrigation) รัฐ A จำเป็นต้องมีการพัฒนาประสิทธิภาพให้มากขึ้นและใช้ระบบการใช้น้ำที่มีความสูญเปล่าน้อยกว่าเดิม ขณะที่รัฐ B ซึ่งเป็นประเทศที่ยังไม่พัฒนาใช้น้ำในวิธีการเดียวกันก็ควรจะให้เวลาแก่รัฐ B เพื่อปรับการใช้น้ำที่จำเป็นเพื่อให้มีการใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพ¹⁵⁶”

¹⁵⁵ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, ข้อ 5.2(i)

“The avoidance of unnecessary waste in the utilization of waters of the basin”

¹⁵⁶ International law Association. *ILA Report 52nd Conference 1966* p.487

ส่วน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ได้กำหนดให้ การอนุรักษ์ การป้องกัน การพัฒนา และความประหยัด (Economy) ของการใช้ทรัพยากรในลำน้ำและต้นทุนของมาตรการที่ใช้เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพ¹⁵⁷ เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำ

กล่าวได้ว่างานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับกล่าวถึงปัจจัยเกี่ยวกับ ประสิทธิภาพในการใช้น้ำนั่นเอง โดยการวัดประสิทธิภาพในการใช้น้ำนั้นสามารถวัดได้จาก การหลีกเลี่ยงการสูญเสียน้ำโดยเปล่าประโยชน์ และระดับของเทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อที่จะทำให้การ ใช้น้ำนั้นเกิดประสิทธิภาพและประโยชน์สูงสุดนั่นเอง โดยเทคโนโลยีที่นำมาใช้นี้จะถือว่า มี ประสิทธิภาพหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับฐานะทางการเงินและสภาพเศรษฐกิจของ แต่ละประเทศ

ปัญหาที่น่าพิจารณาคือ ประสิทธิภาพในการใช้น้ำมีความสัมพันธ์อย่างไรกับการพิจารณา ถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม ?

Lipper ได้ชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างประสิทธิภาพในการใช้น้ำและการใช้น้ำอย่างเป็น ธรรมดังนี้

“ในขณะที่การใช้น้ำต้องก่อให้เกิดประโยชน์ตามที่ถูกใช้น้ำประสงค์ แต่ประโยชน์ที่ได้รับ ไม่จำเป็นต้องได้สัดส่วนกับการใช้น้ำที่ได้ผลดีที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ (the benefit need not be commensurate with the optimum possible utilization of waters) อย่างไรก็ตามก็

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁵⁷ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997, ข้อ 6.1 (f) "Conservation, protection, development and economy of use of the water resources of the watercourse and the costs of measures taken to that effect"

ตามผู้ใช้น้ำก็ไม่อาจจงใจใช้น้ำอย่างเปล่าประโยชน์หรือใช้อย่างไม่มีประสิทธิภาพ ในขณะที่มีวิธีการใช้น้ำที่ลดความไร้ประสิทธิภาพในการใช้น้ำได้¹⁵⁸

ดังนั้นหากรัฐมีน้ำจืดใช้น้ำอย่างเปล่าประโยชน์หรือจงใจใช้น้ำอย่างไม่มีประสิทธิภาพก็เท่ากับว่ารัฐที่ใช้น้ำนั้นไม่มีความต้องการใช้น้ำที่แท้จริง (Real Needs) นั่นเอง

จากการศึกษาพบว่าเกณฑ์ (Criteria) ที่ว่าด้วยประสิทธิภาพในการใช้น้ำเกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำในสองลักษณะ คือ 1. การแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ และ 2. การปรับการใช้น้ำให้เกิดความเป็นธรรม ซึ่งเห็นได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้

ก. การนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำมาพิจารณาในการแบ่งน้ำ

จากการศึกษาพบว่าปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำถูกนำมาใช้พิจารณาในกระบวนการแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศในฐานะแนวทางแก้ไขปัญหามากกว่าเป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงส่วนแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่รัฐแต่ละรัฐควรได้รับ เห็นได้จากกรณีพิพาทเรื่องแม่น้ำสินธุ (Indus) ระหว่างอินเดียและปากีสถาน ดังนี้

จุดเริ่มต้นของข้อพิพาทนี้เกิดมาก่อนการแบ่งแยกอินเดียซึ่งเป็นอาณานิคมของ สหราชอาณาจักรในปี ค.ศ. 1947 ออกเป็นประเทศอินเดียและประเทศปากีสถาน ในปี ค.ศ. 1938 จังหวัด Punjab ของอินเดีย (ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ) มีโครงการที่จะสร้างอ่างเก็บน้ำ (Storage Reservoir) บนแม่น้ำ Sutlej ซึ่งเป็นลำน้ำสาขาของแม่น้ำสินธุ อ่างเก็บน้ำนี้ตั้งอยู่ทางต้นน้ำและการก่อสร้างอ่างเก็บน้ำนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบกับระบบชลประทานเก่าของจังหวัด Sind ซึ่งเป็นระบบที่อาศัยคลองน้ำล้น (Inundation canals) ซึ่งระบบชลประทานแบบนี้จะประกอบไปด้วยทางน้ำไหลตื้นๆ (Shallow cuts) ตลอดริมฝั่งของแม่น้ำ และเมื่อปริมาณน้ำสูงขึ้นจากการที่มีน้ำท่วมในฤดูฝน น้ำที่เพิ่มขึ้นก็จะไหลตามแนวนี้ออกไปยังพื้นที่เพาะปลูก

¹⁵⁸ J.Lipper, "Equitable utilization" in *The law of international Drainage Basins*, (New York : Oceana Publications, 1967) p.47

คณะกรรมการการแม่น้ำสินธุ หรือเรียกกันอีกชื่อว่คณะกรรมการราว (Rau Commission) ได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำรายงานเสนอแนวทางแก้ไขข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถปฏิบัติได้ ในปี ค.ศ. 1942 คณะกรรมการได้จัดทำรายงานขึ้นโดยตั้งข้อสังเกตว่า "ในกรณีที่ไม่มีความตกลงระหว่าง คู่พิพาท(เกี่ยวกับการใช้น้ำ) หลักเกณฑ์ที่จะนำมาบังคับใช้แก่กรณีพิพาทได้แก่หลักการแบ่งอย่างเป็นธรรม (Equitable apportionment)"¹⁵⁹ นอกจากนี้คณะกรรมการยังได้ตั้งข้อสังเกตอีกว่าแม่น้ำ เป็นจำนวนมากถูกปล่อยให้ไหลลงสู่ทะเลโดยเปล่าประโยชน์ และระบบการชลประทานที่อาศัย คลองน้ำล้นนั้นเป็นระบบที่ก่อให้เกิดความสูญเสียเปล่าในการใช้น้ำ แต่คณะกรรมการก็ยังได้ตั้ง ข้อสังเกตต่อไปอีกว่า แม้ว่าระบบชลประทานดังกล่าวจะก่อให้เกิดการสูญเสียโดยไม่จำเป็นก็ ตาม แต่ประชากรเป็นจำนวนมากต่างก็พึ่งพาและดำรงชีพอยู่ด้วยระบบเช่นว่านี้ และเหตุผลที่ทำให้จังหวัด Sind ยังจำเป็นต้องใช้ระบบชลประทานแบบที่ว่านี้ก็เนื่องจาก Sind ไม่มีเงินเพียงพอที่จะ ติดตั้งระบบฝายทดน้ำเพื่อการชลประทาน (Weir-control) และเนื่องจากความสำคัญอย่างยิ่งของ ระบบชลประทานต่อการดำเนินชีวิตของประชากรในจังหวัด Sind คณะกรรมการจึงได้เสนอ แนวทางแก้ไขปัญหาลักษณะที่คุ้มครองประชากรในจังหวัด Sind โดยเสนอว่า "...มันเป็นการ สมเหตุสมผลที่จะให้จังหวัด Punjab สนับสนุนเงินบางส่วนในการเปลี่ยนแปลงระบบชลประทาน แบบคลองน้ำล้นนี้"¹⁶⁰

ภายหลังการแบ่งแยกประเทศออกเป็นอินเดียและปากีสถานในปี ค.ศ. 1947 แม่น้ำสินธุและลำ น้ำสาขาที่ยังคงเป็นที่มาของความขัดแย้งระหว่างรัฐทั้งสอง เส้นแบ่งเขตแดนที่ถูกกำหนดขึ้น ระหว่างอินเดียและปากีสถานนั้นยังผลให้ระบบชลประทานที่มีอยู่นั้นถูกแบ่งเป็นสองส่วน โดย คลองชลประทานหลักอยู่ในประเทศอินเดีย และเมื่ออินเดียมีโครงการผันน้ำจากแม่น้ำสินธุการใช้น้ำของอินเดียจึงมีกระทบต่อการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันของปากีสถาน ท้ายสุดข้อพิพาท ดังกล่าวถูกระงับลงในปี ค.ศ. 1960 เมื่อรัฐทั้งสองลงนามใน Indus Water Treaty 1960 โดย

¹⁵⁹ Report of the Indus (Rau) Commission, Vol.1, papr.14, p.10 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):379

¹⁶⁰ Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):380

ธนาคารเพื่อการบูรณะและพัฒนา(ธนาคารโลก:World Bank ในปัจจุบัน)ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการจัดการเจรจา(Good offices)

ตาม Indus Water Treaty 1960 นั้นกำหนดให้การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันของปากีสถานดำเนินต่อไปได้ ประเด็นนี้เป็นประเด็นสำคัญที่ถกเถียงกันระหว่างการจัดการเจรจา แต่เหตุที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ประเด็นนี้เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่จะสามารถเพิ่มปริมาณน้ำในแม่น้ำได้นอกจากนี้แล้วความสามารถในการกักเก็บน้ำของปากีสถานก็เพิ่มขึ้นด้วย แม่น้ำน้ำในแม่น้ำสินธุมีไม่พอที่จะตอบสนองความต้องการใช้น้ำปัจจุบันทั้งของปากีสถานและความต้องการของประชากรอินเดียก็ตาม และตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำสินธุปี ค.ศ. 1960 เองก็ไม่ได้ตอบคำถามที่ว่า จะแบ่งน้ำแก่ประเทศทั้งสองฝ่ายๆละเท่าใด แต่ผลของสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวทำให้มีการเพิ่มปริมาณน้ำในแม่น้ำสินธุ และแบ่งน้ำที่เพิ่มขึ้นนี้(ก่อนหน้านี้ส่วนนี้เป็นน้ำที่ไหลทิ้งลงสู่ทะเล)ให้แก่แต่ละฝ่าย การใช้น้ำแบบใหม่ที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นนี้ทำให้การเพิ่มน้ำในกลุ่มแม่น้ำสินธุเป็นไปได้ โดยการสร้างเขื่อนและคลองชลประทานในดินแดนปากีสถาน ส่วนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นนั้นออกโดยอินเดียและปากีสถานโดยความช่วยเหลือทางการเงินจากหลายประเทศ นอกจากนี้ปากีสถานยังได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจากสหรัฐอเมริกาและธนาคารโลกด้วย

จะเห็นได้ว่าการจัดการน้ำอย่างมีประสิทธิภาพมีส่วนอย่างมากในกระบวนการสร้างความเป็นธรรมในการใช้น้ำในแม่น้ำสินธุ เนื่องจากการจัดการน้ำอย่างมีประสิทธิภาพช่วยเพิ่มปริมาณน้ำที่จะแบ่งระหว่างอินเดียและปากีสถานได้ อย่างไรก็ตามปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนี้ไม่ได้ถูกพิจารณาในฐานะปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งน้ำที่เพิ่มขึ้นในกลุ่มแม่น้ำสินธุ เห็นได้จากทั้งคณะกรรมการแม่น้ำสินธุซึ่งจัดทำรายงานในปี ค.ศ. 1942 และ ท่าทีระหว่างอินเดียและปากีสถานซึ่งลงนามในสนธิสัญญาเกี่ยวกับน้ำในแม่น้ำสินธุในปี ค.ศ. 1960 นั้น ต่างใช้การจัดการน้ำอย่างมีประสิทธิภาพเป็นเพียงแนวทางในการแก้ปัญหาเท่านั้นมิได้ใช้เป็นปัจจัยในการพิจารณาถึงส่วนแบ่งน้ำที่แต่ละฝ่ายควรจะได้รับ¹⁶¹

¹⁶¹Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," *The British Yearbook of International Law* 1996. (1996):380

แม้ปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะไม่ได้ถูกนำมาใช้ในปีปัจจุบันในการแบ่งน้ำให้แก่รัฐริมน้ำแต่ละฝ่าย แต่ปัจจัยดังกล่าวก็ยังถูกนำมาพิจารณาในกระบวนการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเมื่อมีรัฐริมน้ำรัฐใดรัฐหนึ่งจงใจหรือละเลยโดยการใช้น้ำอย่างเปล่าประโยชน์ ในกรณีเช่นนี้เท่านั้นที่ประเด็นเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม เห็นได้จากกรณีพิพาทเรื่องแม่น้ำ Narmada ดังนี้

ในคดีพิพาทเรื่องแม่น้ำ Narmada ซึ่งมีประเด็นพิพาทเรื่องการแบ่งน้ำในแม่น้ำให้แก่รัฐ Gujarat และ Madhya Pradesh ของอินเดีย นั้น รัฐทั้งสองได้อ้างถึงปัจจัยหลายอย่างที่ใช้สนับสนุนสิทธิการใช้น้ำของตน แต่ข้ออ้างที่เป็นหลักคือความจำเป็นในการใช้น้ำเพื่อการชลประทาน รัฐ Gujarat เรียกร้องน้ำเพื่อการชลประทานสำหรับพื้นที่จำนวน 7,138,000 เอเคอร์ โดยพื้นที่จำนวน 1,100,000 เอเคอร์จากพื้นที่ทั้งหมดนั้นตั้งอยู่ในพื้นที่ที่รู้จักกันในชื่อว่า "Little and Great Rann of Kutch และ Banni and the Mahi Command area" ซึ่งต้องใช้น้ำเป็นปริมาณ 6.36 ล้านเอเคอร์ฟุต (acres feet)

ข้อเรียกร้องของรัฐ Gujarat นี้ได้รับการปฏิเสธจาก Narmada Tribunal ด้วยเหตุผลที่ว่า ในพื้นที่ส่วนที่เรียกว่า "the Mahi Command area" นั้นเป็นพื้นที่ซึ่งได้รับน้ำเพื่อการชลประทานจากแม่น้ำ Mahi ในปริมาณที่เพียงพออยู่แล้ว และเมื่อพิจารณาในส่วนพื้นที่ที่เรียกว่า "Little and Great Rann of Kutch และ Banni" นั้น Narmada Tribunal ไม่เห็นเหตุผลใดสมเหตุสมผลพอที่จะทำการชลประทานในพื้นที่เหล่านี้ เนื่องจากพื้นที่เหล่านี้เป็นที่ที่ยอมรับกันว่าแห้งแล้งและมีประชากรอาศัยอยู่เบาบาง ตลอดจนดินในบริเวณนี้มีความเค็มสูง น้ำซึมผ่านได้น้อย มีการระเหยตัวของน้ำอย่างรวดเร็ว ประกอบกับมีปริมาณฝนตกน้อย ในระยะสั้นการผันน้ำจากแม่น้ำ Narmada ไปเพื่อการชลประทานในพื้นที่เหล่านี้เท่ากับเป็นการใช้น้ำโดยเปล่าประโยชน์และ Narmada Tribunal ยังได้ประเมินอีกว่า "แม้ว่าจะเป็นที่แน่ใจได้ว่าพื้นที่นั้นสามารถถูกแก้ไขปรับปรุงได้ด้วยน้ำในปริมาณที่รัฐ Gujarat เสนอกก็ตาม แต่การใช้น้ำตามโครงการใช้น้ำนั้นก็เป็นการใช้เปลืองอย่างมาก การที่ Narmada Tribunal ปฏิเสธข้ออ้างของ Gujarat ที่จะใช้น้ำทำการชลประทานในพื้นที่แห้งแล้งนั้นเป็นการชี้ให้เห็นว่า เมื่อรัฐรู้ว่าการใช้น้ำนั้นเป็นการใช้น้ำโดยเปล่าประโยชน์หรือรัฐเจตนาทำให้

ทรัพยากรน้ำสูญเสียไป(A state willfully wastes or intend to waster its water resource) เท่ากับว่าควรจะมีการตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับความต้องการใช้น้ำที่แท้จริงของรัฐนั้น¹⁶²

เห็นกรณีข้อพิพาทระหว่างรัฐ Gujarat และรัฐ Madhya Pradesh เรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำ Narmada นี้ต่างจากกรณีพิพาทเรื่องแม่น้ำสินธุที่ได้กล่าวมาแล้ว จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในข้อพิพาทเรื่องแม่น้ำสินธุนั้นจะเห็นได้ว่าทั้งจังหวัด Sind และปากีสถานต่างไม่ได้ตั้งใจที่จะใช้น้ำโดยเปล่าประโยชน์ เหตุนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำจึงไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับการแบ่งน้ำในแม่น้ำสินธุ

แม้ปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะมีบทบาทในการพิจารณาถึงความจำเป็นที่แท้จริงในข้อพิพาทเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำ Narmadaก็ตามแต่เมื่อ Narmada Tribunal พิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อที่จะแบ่งน้ำให้กับรัฐ Gujarat และ รัฐ Madhya Pradesh นั้น Narmada Tribunal ก็ไม่ได้ยกปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำขึ้นพิจารณา แต่กลับพิจารณาปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องแทน ปัจจัย 4 ประการนั้นได้แก่ (ก) พื้นที่เพาะปลูกของแต่ละรัฐ (ข) จำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาน้ำจากลุ่มแม่น้ำในแต่ละรัฐ (ค) พื้นที่ที่แห้งแล้งในแต่ละรัฐ (ง) ความจำเป็นทางเศรษฐกิจซึ่งพิจารณาจากความต้องการน้ำสำหรับการชลประทานในแต่ละรัฐ¹⁶³

จากตัวอย่างทั้งสองจะเห็นได้ว่าแม้ปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะเกี่ยวข้องกับการกระบวนการพิจารณาแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็เกี่ยวข้องเฉพาะในกรณีที่รัฐใดรัฐหนึ่งตั้งใจใช้น้ำอย่างเปล่าประโยชน์หรือใช้น้ำอย่างไม่มีประสิทธิภาพเท่านั้น โดยไม่มีผลต่อการแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศแต่อย่างใด

¹⁶²Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978),Vol. 1,p.126 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996): 384 -385

¹⁶³Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978),Vol. 1,para.9.6.1,p.121 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):385

ในส่วนการพิจารณาว่าระดับประสิทธิภาพในการใช้น้ำแค่ไหนจึงจะถือว่าเป็นการใช้น้ำที่มีประสิทธิภาพนั้นต้องพิจารณาจากฐานะทางการเงินและเศรษฐกิจของแต่ละรัฐประกอบ Namada Tribunal ได้แถลงว่า

"8.6.1 หลักการใช้น้ำอย่างเป็นทางการเป็นธรรมนั้นไม่ปกป้องสิทธิที่เป็นนามธรรมหรือสิทธิที่ปราศจากเหตุผล (Abstract or hypothetical rights) ของรัฐริมน้ำ การใช้น้ำที่จะได้รับการปกป้องต้องเป็นการใช้น้ำที่เป็นประโยชน์ตามธรรมชาติ... นี้ไม่ได้หมายความว่า การใช้น้ำนั้นจะต้องใช้โดยวิธีที่เกิดประสิทธิภาพสูงสุด หรือจะต้องทำให้น้ำที่ถูกใช้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด แต่หลักการนี้หมายความว่ารัฐทั้งหลายจะต้องไม่อนุญาตให้มีการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นโดยเปล่าประโยชน์ หลักการนี้มุ่งกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพได้สัดส่วนกับฐานะทางการเงินของตน แทบจะไม่มีข้อสงสัยเลยว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจระหว่างรัฐจะไม่สนับสนุนการจงใจหรือปล่อยปะละเลย (ให้มีการใช้น้ำโดยเปล่าประโยชน์) โดยรัฐริมน้ำ ในขณะที่น้ำในแม่น้ำมีไม่เพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการของทุกรัฐ ...

8.6.3 ในกรณีที่การใช้น้ำอย่างไม่เป็นธรรมนั้นไม่ได้เกิดจากการกระทำที่ไม่สมควร แต่เกิดจากข้อจำกัดด้านเทคนิคและการเงิน ผลที่ได้รับจะต้องต่างออกไป มันจะเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะต้องให้รัฐที่ยังไม่พัฒนาทำตามมาตรฐานด้านประสิทธิภาพของการใช้น้ำเพื่อการชลประทานที่ใช้กันทั่วไปในรัฐที่มีการพัฒนาสูง"¹⁶⁴

การพิจารณาฐานะทางการเงินและเศรษฐกิจของแต่ละรัฐเพื่อชี้ให้เห็นถึงความเหมาะสมของประสิทธิภาพในการใช้น้ำนี้เห็นได้ชัดในคดีพิพาทเรื่องการใช้งานน้ำในแม่น้ำ Atuel ระหว่างจังหวัด La Pampa และ Mendoza ของอาร์เจนตินา¹⁶⁵

¹⁶⁴ Government of India. The Report of the Namada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978), Vol. 1, p.112 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):381-382

¹⁶⁵ จังหวัด La Pampa และ Mendozanันมีลักษณะคล้ายรัฐในประเทศอินเดียและคล้ายกับมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ จังหวัดมีเขตอำนาจเต็มที่เหนือทรัพยากรน้ำที่เกิดใน

ในคดีพิพาทระหว่างจังหวัด La Pampa และ Mendoza นั้น จังหวัด La Pampa พ้อง Mendoza ขอให้ศาลวินิจฉัยถึงส่วนแบ่งที่เป็นธรรมของน้ำในแม่น้ำ Atuel ของจังหวัด La Pampa โดยจังหวัด La Pampa อ้างว่า Mendoza ใช้น้ำทั้งหมดในแม่น้ำ Atuel อย่างไม่มีประสิทธิภาพและไม่ปล่อยน้ำมาให้ La Pampa ใช้

ศาลสูงแห่งอาร์เจนตินาได้ไต่สวนประสิทธิภาพในการใช้น้ำและความสามารถในการปรับปรุงระบบชลประทานของ Mendoza ศาลได้วิเคราะห์ประเด็นในเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำโดยมุ่งเน้นเรื่องการใช้น้ำอย่างไร้ประสิทธิภาพอย่างมากและการใช้น้ำอย่างสูญเปล่าเป็นจำนวนมากในพื้นที่ของ Mendoza ประสิทธิภาพของระบบชลประทานของ Mendoza โดยทั่วไป คาดว่ามีประมาณ 0.30 ซึ่งหมายความว่าน้ำ 70% ของจำนวนน้ำทั้งหมดที่ผันจากแม่น้ำ Atuel เข้ามาสู่จังหวัด Mendoza นั้นจะสูญหายไปจนถึงพื้นที่เพาะปลูก จะเห็นได้ว่าประสิทธิภาพเพียงแค่นี้ 0.30 เป็นระดับที่ต่ำมาก แต่ความเห็นของศาลสูงสุดในประเด็นนี้แล้วกลับไม่เป็นเช่นนั้น ศาลเห็นว่าประสิทธิภาพในระดับเช่นนี้เป็นระดับที่พบได้ทั่วไปในอาร์เจนตินา เช่นเดียวกับในประเทศอื่นๆ แม้ว่าผู้เชี่ยวชาญซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากศาลเพื่อศึกษาและรายงานประเด็นด้านเทคนิคจะได้อธิบายถึงระบบชลประทานในจังหวัด Mendoza ว่าอยู่ในสภาพที่อันตราย เก่ามาก ทำงานได้แย่มากและขาดการบำรุงรักษา แต่ศาลก็ยังถือว่าระดับของประสิทธิภาพในการใช้น้ำของจังหวัด Mendoza นั้นเป็นระดับปกติ ศาลเชื่ออย่างแน่วแน่ ว่าจังหวัด Mendoza ไม่ได้เจตนาใช้น้ำอย่างไม่มีประสิทธิภาพยิ่งกว่านั้นยังเป็นการสมเหตุสมผลที่จะสรุปว่าไม่มีการใช้น้ำอย่างไม่สมควรโดยจังหวัด Mendoza เหตุนี้ข้ออ้างของจังหวัด La Pampa จึงถูกยก นอกจากนี้ศาลยังได้สมมุติต่อไปอีกว่า แม้ประสิทธิภาพของการใช้น้ำใน Mendoza จะได้รับการพัฒนาจนทำให้ระดับของประสิทธิภาพของระบบชลประทานอยู่ที่ 0.50 ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สถานการณ์เปลี่ยนไป พื้นที่ที่มีความสำคัญลำดับแรกที่จะมีสิทธิได้รับน้ำ คือพื้นที่เพาะปลูกในจังหวัด Mendoza ซึ่งขาดแคลนน้ำเนื่องจากการชลประทานไม่

ดินแดนของจังหวัดนั้นๆ และเมื่อมีความขัดแย้งเรื่องการใช้น้ำระหว่างจังหวัด แต่ละจังหวัดแต่ละจังหวัดต่างมีอิสระที่จะแก้ไขข้อพิพาทโดยการทำข้อตกลงระหว่างกัน แต่หากการแก้ปัญหาโดยการทำข้อตกลงไม่อาจทำได้การแก้ปัญหา ก็จะทำได้โดยการส่งเรื่องพิพาทไปยังศาลสูงสุดของอาร์เจนตินาซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาเรื่องเหล่านี้

เพียงพอ ในความเห็นของศาล ศาลเห็นว่าหนทางเดียวที่จะทำให้มีน้ำเหลือพอที่จะแบ่งให้กับ จังหวัด La Pampa ได้แก่การสร้างสิ่งก่อสร้างขนาดใหญ่เพื่อหลีกเลี่ยงการสูญเสียน้ำจากระบบชลประทานแบบเก่าที่มีอยู่ในจังหวัด Mendoza ซึ่งการก่อสร้างนี้จะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนเงินสูงถึง 676,000,000 เหรียญสหรัฐ ซึ่งศาลเห็นว่าการใช้เงินจำนวนนี้เพื่อจะทำให้มีน้ำเหลือพอที่จะแบ่งให้กับพื้นที่จำนวน 15,000 เฮคตาร์ ทางตะวันตกเฉียงเหนือของจังหวัด La Pampa นั้นถือว่าไม่คุ้มกับสถานภาพทางการเงินและเศรษฐกิจเมื่อเปรียบเทียบกับผลที่จะได้รับ¹⁶⁶

จากตัวอย่างที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า แม้จะมีข้อเท็จจริงว่าระดับประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะต่ำและมีการสูญเสียน้ำโดยเปล่าประโยชน์จำนวนมาก แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐนั้นจะจงใจใช้น้ำอย่างไม่มีประสิทธิภาพหรือเปล่าประโยชน์เสมอไป การที่รัฐจงใจใช้น้ำโดยเปล่าประโยชน์หรือไร้ประสิทธิภาพนั้นจะต้องเป็นกรณีที่รัฐมีฐานะทางเศรษฐกิจดีเพียงพอที่จะสามารถใช้น้ำโดยใช้เทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพได้แต่กลับมีการใช้น้ำโดยไม่ใช้เทคโนโลยีในระดับเช่นว่านั้น

ข. การนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำมาใช้ในกระบวนการปรับการใช้น้ำให้เกิดความเป็นธรรม

แม้ปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะไม่มีบทบาทมากนักในการแบ่งน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ แต่ในเรื่องการแก้ไขความขัดแย้งอันเนื่องมาจากความต้องการใช้น้ำที่ต่างกันแล้วปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำมีบทบาทอย่างมากในการปรับเปลี่ยนการใช้น้ำของคู่พิพาทให้มีประสิทธิภาพสูงสุดและเกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เห็นได้จากกรณีตัวอย่างในข้อพิพาทเรื่องแม่น้ำ Narmada ดังนี้

ในคดีพิพาทเรื่องแม่น้ำ Narmada นั้น นอกจากจะมีประเด็นหลักคือเรื่องการแข่งขันแย่งน้ำในแม่น้ำ Narmada ให้แก่รัฐ Gujarat และรัฐ Madhya Pradesh แล้ว ยังมีประเด็นพิพาทอื่นที่

¹⁶⁶Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," *The British Yearbook of International Law* 1996. (1996):383

Narmada Tribunal จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับความต้องการใช้น้ำที่ขัดแย้งกันระหว่างรัฐทั้ง 4 อัน ได้แก่ Gujarat, Madhya Pradesh, Rajsthan และ Maharashtra อีกด้วย

รัฐ Madhya Pradesh และรัฐ Maharashtra ได้ตกลงร่วมกันที่จะก่อสร้างเขื่อน Jalsindhi บนแม่น้ำ Narmada รัฐ Gujarat ฟ้องว่าโครงการใช้น้ำของรัฐ Madhya Pradesh และ Maharashtra จะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการใช้งานน้ำของรัฐ Gujarat ในแม่น้ำ Narmada โดยรัฐ Gujarat คัดค้านโครงการดังกล่าวด้วยเหตุว่า การสร้างเขื่อนจะเกิดผลกระทบต่อรัฐ Gujarat โดยจะมีผลเป็นการจำกัดโครงการสร้างเขื่อนที่รัฐ Gujarat จะสร้างบนแม่น้ำ Narmada และจะเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างถาวรต่อการชลประทานและการใช้ประโยชน์พลังงานน้ำในดินแดนของรัฐ Rajsthan ระหว่างการพิจารณาของ Narmada Tribunal รัฐทั้ง 4 ต่างเห็นพ้องกันว่า รัฐ Gujarat มีสิทธิที่จะสร้างเขื่อนและคลองชลประทาน สิ่งนี้ก่อให้เกิดประเด็นเพิ่มเติมมาสู่ Narmada Tribunal อีกว่า ความสูงของเขื่อนและระดับน้ำในคลองชลประทานที่ Gujarat จะสร้างควรเป็นเช่นไร

ในประเด็นนี้ Narmada Tribunal ได้นำหลักเกณฑ์การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่ใช้ในกระบวนการแบ่งน้ำในแม่น้ำ Narmada มาใช้พิจารณาอีกเช่นกัน ประเด็นที่ Narmada Tribunal จะต้องพิจารณาคือ Narmada Tribunal จะต้องปรับเปลี่ยนการใช้น้ำของรัฐ Gujarat, Madhya Pradesh, Rajsthan และ Maharashtra ซึ่งการปรับเปลี่ยนผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องนี้ทำได้โดยการปรับระดับความสูงของเขื่อน Sardor Sarovar และปริมาณการจ่ายน้ำของคลองชลประทาน Navagam ที่จะถูกสร้างขึ้นโดย Gujarat บนแม่น้ำ Narmada คลอง Navagam นั้นถูกสร้างขึ้นเพื่อที่จะจ่ายน้ำเพื่อการชลประทานแก่พื้นที่ของรัฐ Gujarat และ Rajsthan ระดับน้ำในคลองที่ Gujarat อ้างว่าเพียงพอสำหรับการชลประทานคือต้องมีระดับจ่ายน้ำสูงสุด (Full supply level) 320 ฟุตเป็นอย่างน้อย ในขณะที่ Madhya Pradesh และ Maharashtra คัดค้านระดับน้ำในคลองส่งน้ำที่ Gujarat เสนอขึ้น และเสนอว่าระดับจ่ายน้ำสูงสุด ไม่ควรมากกว่า 190 ฟุต เนื่องจากระดับน้ำที่สูงเกินกว่า 190 ฟุตนั้นจะทำให้ต้องมีการก่อสร้างเขื่อนที่สูงขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ ซึ่งทำให้ดินแดนในรัฐ Madhya Pradesh และ Maharashtra จะต้องถูกน้ำท่วมและจะส่งผลให้ Madhya Pradesh และ Maharashtra สูญเสียศักยภาพทางด้านพลังงานด้วย

รัฐ Gujarat และ Rajsthan อ้างว่าหากมีการกำหนดระดับจ่ายน้ำสูงสุดในคลองชลประทานไว้เพียง 190 ฟิต ก็เท่ากับไม่ได้ใช้ประโยชน์จากคลองชลประทานในพื้นที่ที่ตั้งใจจะให้มีการชลประทาน เพราะการกำหนดระดับจ่ายน้ำสูงสุดไว้เพียงแค่ 190 ฟิต จะทำให้พื้นที่เหล่านี้ต้องทำการชลประทานโดยการสูบน้ำ (lift irrigation) แทนการจ่ายน้ำจากคลองชลประทานโดยตรง

Narmada Tribunal เห็นว่าหากจะต้องมีการทำการชลประทานโดยการสูบน้ำแล้ว ต้นทุนที่ใช้ทำการชลประทานแบบนี้ก็เป็นปัญหาอย่างหนึ่งที่ต้องพิจารณา และในกรณีนี้ Narmada Tribunal เห็นว่าการทำการชลประทานโดยการสูบน้ำมาหล่อเลี้ยงพื้นที่ชลประทานนี้เป็นการใช้น้ำอย่างไร้ประสิทธิภาพ ท้ายสุด Narmada Tribunal ปฏิเสธข้อเสนอมขอของ Madhya Pradesh และ Maharashtra ที่เสนอให้กำหนดระดับจ่ายน้ำสูงสุดของคลอง Navagam ไว้ที่ 190 ฟิต เหตุผลที่ Narmada Tribunal ใช้ปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวนี้ได้แก่ เหตุผลที่ว่า ความจำเป็นในการใช้น้ำเพื่อการชลประทานควรมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าเพราะเมื่อ Narmada Tribunal ได้พิจารณาลักษณะพิเศษเฉพาะคดีและสภาพการณ์โดยรวมของอินเดียแล้ว Narmada Tribunal เห็นว่าอินเดียมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องผลิตอาหารเพื่อตอบสนองการเพิ่มขึ้นของประชากร นอกเหนือจากประเด็นนี้แล้ว Narmada Tribunal ยังได้พิจารณาถึงระดับของประสิทธิภาพที่จะได้จากระดับจ่ายน้ำสูงสุดตามข้อเสนอมขอของทั้งสองฝ่ายด้วย

ในกรณีที่ระดับจ่ายน้ำสูงสุดของคลอง Navagam ไม่เกิน 190 ฟิตตามข้อเสนอมขอของ Madhya Pradesh และ Maharashtra จะสามารถจ่ายน้ำเพื่อการชลประทานให้กับพื้นที่ 4,297,000 เอเคอร์ โดยมีพื้นที่จำนวน 1,070,000 เอเคอร์จะต้องทำการชลประทานโดยการสูบน้ำ ซึ่งในกรณีนี้ Narmada Tribunal ตั้งข้อสังเกตว่า

"พลังงานที่ต้องใช้ในการสูบน้ำให้มีระดับสูงตามที่ต้องการเพื่อการชลประทานนั้น จำเป็นต้องใช้พลังงานมากกว่าที่จะได้รับจากการผลิตกระแสไฟฟ้าโดยอาศัยน้ำในปริมาณความสูงเดียวกันนั้น... ในขณะที่เดียวกันพลังงานที่ต้องใช้สำหรับสูบน้ำให้สูงถึงระดับตามที่ต้องการนั้นจะต้องใช้พลังงานมากกว่าที่ได้จากน้ำในปริมาณและความสูงเดียวกันนั้น ถึง 40%"¹⁶⁷

¹⁶⁷ Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978), Vol.2, para.10.10.7, p.10 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the

และเมื่อพิจารณาถึงเขื่อนที่จะถูกสร้างโดยรัฐ Gujarat ซึ่ง Gujarat อ้างว่าควรจะมีระดับน้ำเก็บกักสูงสุดที่ 455 ฟุต ส่วน Madhya Pradesh และ Maharashtra อ้างว่าระดับน้ำเก็บกักสูงสุดของเขื่อนไม่ควรเกิน 210 ฟุต Narmada Tribunal ได้ประเมินประสิทธิภาพที่จะได้รับการสร้างเขื่อนตามข้อเสนอของแต่ละฝ่าย ปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำนี้เป็นปัจจัยที่มีความสำคัญที่สุดในการพิจารณาซึ่ง Narmada Tribunal ตัดสินโดยใช้ปัจจัยเหล่านี้

- 1) ขนาดของพื้นที่ที่จะถูกน้ำท่วม
- 2) ความสามารถในการกักเก็บน้ำ
- 3) ความสะดวกในการควบคุมคลอง Navagam
- 4) ผลประโยชน์ด้านการชลประทาน
- 5) ผลประโยชน์ด้านพลังงาน

ท้ายสุด Narmada Tribunal เห็นด้วยกับข้อเสนอของรัฐ Gujarat โดยกำหนดให้มีการสร้างเขื่อนที่มีระดับน้ำเก็บกักสูงสุดที่ 455 ฟุต ด้วยเหตุที่ว่า Narmada Tribunal ต้องการให้มีการใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด ซึ่ง Narmada Tribunal ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับประเด็นนี้ไว้ว่า

“ทรัพยากรน้ำของแม่น้ำ Narmada ต้องใช้ในลักษณะที่แน่ใจได้ว่ามีน้ำไหลลงสู่ทะเลอย่างสูญเปล่าน้อยที่สุด และการทำการชลประทานควรทำโดยการปล่อยให้น้ำไหลในปริมาณมากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ ในเรื่องการชลประทานโดยการสูบน้ำนั้นเป็นวิธีการชลประทานที่มีค่าใช้จ่ายมากและก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ทำการชลประทานตลอดไป”¹⁶⁸

equitable utilization of international rivers,” The British Yearbook of International Law 1996. (1996):387

¹⁶⁸Government of India. The Report of the Narmada Water Disputes Tribunal. (New Dehi:1978),Vol. 2,para.13.5.2,p.55 cited in Ximena Fuentes.“The criteria for the equitable utilization of international rivers,” The British Yearbook of International Law 1996. (1996):378

นอกจากนี้ Narmada Tribunal ได้ปฏิเสธข้อเสนอลของ Madhya Pradesh และ Maharashtra ที่ให้มีการสร้างเขื่อน Jalsindi ขึ้นในดินแดนของทั้งสองรัฐ และให้มีการจำกัดความสูงของเขื่อน Sardor Sarovar ที่จะสร้างขึ้นในรัฐ Gujarat ให้มีระดับเก็บกักน้ำสูงสุดไม่เกิน 210 ฟิต โดย Narmada Tribunal เห็นว่า ข้อเสนอลของ Madhya Pradesh และ Maharashtra นั้น ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ Madhya Pradesh และ Maharashtra ในการผลิตกระแสไฟฟ้า แต่ส่งผลให้ต้องมีการลดผลประโยชน์จากการชลประทานของรัฐ Gujarat และทำให้ต้องมีการปล่อยน้ำไหลลงสู่ทะเลโดยเปล่าประโยชน์ และเมื่อพิจารณาถึงศักยภาพในการเก็บกักน้ำของเขื่อน Narmada Tribunal เห็นว่า... และในประเด็นเรื่องขนาดของพื้นที่ที่จะต้องถูกน้ำท่วม ในกรณีที่ความสูงของเขื่อนไม่เกิน 210 ฟุตตามข้อเสนอลของ Madhya Pradesh และ Maharashtra จะทำให้มีพื้นที่ที่จะต้องถูกน้ำท่วมเป็นจำนวน 7,550 เอเคอร์ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นพื้นที่ที่ไม่ได้ถูกใช้เพื่อการเพาะปลูก ในขณะที่หากมีการสร้างเขื่อนที่ระดับความสูงไม่เกิน 455 ฟิตตามข้อเสนอลของรัฐ Gujarat จะทำให้พื้นที่จำนวน 91,500 เอเคอร์ถูกน้ำท่วม โดยพื้นที่ที่จะถูกน้ำท่วมนั้น 30,000 เอเคอร์นั้นจะเป็นพื้นที่เพาะปลูก ซึ่งเมื่อ Narmada Tribunal ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าพื้นที่น้ำท่วมที่จะเกิดขึ้นหากมีการสร้างเขื่อนที่มีระดับเก็บกักน้ำสูงสุดไม่เกิน 455 ฟิตนั้น ไม่เกินกว่าศักยภาพของเขื่อนเมื่อเปรียบเทียบกับพื้นที่ที่จะถูกน้ำท่วมของโครงการอื่นๆ

และในด้านผลประโยชน์ด้านการชลประทานที่ได้จากการสร้างเขื่อนนั้นเห็นได้ชัดว่าจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการสร้างเขื่อนตามแบบที่ Gujarat เสนอเท่านั้น หากสร้างเขื่อน Sardor Sarovar โดยมีระดับกักเก็บน้ำสูงสุดที่ 210 ฟิต จะสามารถบ่อน้ำให้กับคลอง Navagam ที่มีอัตราจ่ายน้ำสูงสุดไม่เกิน 190 ฟิต ซึ่งหมายความว่า จะสามารถส่งน้ำเพื่อไปเลี้ยงพื้นที่ชลประทานได้ 4,297,000 เอเคอร์ ส่วนการชลประทานในรัฐ Rajasthan นั้นจะมีได้ก็โดยการสูบน้ำแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ในทางกลับกันหากสร้างเขื่อน Sardor Sarovar โดยมีระดับกักเก็บน้ำสูงสุดที่ 455 ฟิต จะสามารถบ่อน้ำให้กับคลอง Navagam ซึ่งสามารถส่งน้ำเพื่อไปเลี้ยงพื้นที่ชลประทานทั้งในรัฐ Gujarat และ Rajasthan ได้โดยการส่งน้ำตามคลองส่งน้ำแต่เพียงอย่างเดียว ไม่ต้องมีการสูบน้ำแต่อย่างใด และท้ายสุดในประเด็นเรื่องผลประโยชน์ในการผลิตกระแสไฟฟ้า การสร้างเขื่อน Sardor Sarovar โดยมีระดับกักเก็บน้ำสูงสุดที่ 455 ฟิตนั้นจะทำให้สามารถผลิตกระแสไฟฟ้าได้มากกว่าที่ได้จากการสร้างเขื่อน Jalsindi และ Lower Sardor Sarovar รวมกัน ซึ่งในประเด็นนี้ Narmada Tribunal

เห็นว่าพลังงานไฟฟ้าซึ่งเป็นที่ต้องการในรัฐ Madhya Pradesh และ Maharashtra นั้นสามารถตอบสนองได้โดยการสร้างเขื่อน Sardor Sarovar ในรัฐ Gujarat อยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้ Narmada Tribunal จึงได้ตัดสินให้มีการสร้างเขื่อน Sardor Sarovar ในรัฐ Gujarat ที่ระดับเก็บกักน้ำสูงสุด 455 ฟิต ซึ่งจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ในด้านการชลประทานทั้งในรัฐ Gujarat และ Rajsthan และสามารถผลิตกระแสไฟฟ้าตอบสนองความต้องการใช้ไฟฟ้าภายในรัฐทั้ง 4 อันได้แก่ Madhya Pradesh , Maharashtra, Gujarat และ Rajsthan อีกด้วย

จากตัวอย่างข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่าปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำนี้มีบทบาทอย่างมากในการแก้ไข ปรับเปลี่ยนการใช้น้ำที่ขัดแย้งกันของแต่ละรัฐให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และเป็นการใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดเท่าที่เป็นไปได้ สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและการเงินของแต่ละรัฐตลอดจนเกิดความสูญเปล่าในการใช้น้ำน้อยที่สุด

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกับการแบ่งอาณาเขตทางทะเลแล้วจะเห็นได้ว่าคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในหลายคดีได้มีการกล่าวถึงปัจจัยที่ใช้ในการแบ่งอาณาเขตทางทะเล ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้กับประสิทธิภาพในการใช้น้ำ ดังนี้

ในคดี Gulf of Maine Case ซึ่งเกี่ยวกับการแบ่งพื้นที่เขตไหล่ทวีปและเขตประมงระหว่างสหรัฐอเมริกา และแคนาดา สหรัฐอเมริกาได้อ้างข้ออ้างว่า การแบ่งอาณาเขตทางทะเลควรเป็นการสนับสนุนการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่พิพาทนั้นด้วย และสหรัฐอเมริกาเสนอให้มีการกำหนดเขตอำนาจรัฐเหนือ George Bank ให้แก่รัฐใดรัฐหนึ่งแต่เพียงรัฐเดียวซึ่งจะเป็นการส่งเสริมการอนุรักษ์และจัดการประมงในพื้นที่นั้น เนื่องจากการให้อำนาจแก่รัฐใดรัฐหนึ่งแต่เพียงรัฐเดียวในการจัดการพื้นที่นั้นจะเป็นการป้องกันทรัพยากรธรรมชาติจากความไม่แน่นอนในการอนุรักษ์ทรัพยากรซึ่งเป็นผลมาจากความตกลงของคู่กรณีและเพื่อหลีกเลี่ยงการไม่ร่วมมือกันในการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติซึ่งจะมีผลเป็นการทำลายทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นการใช้

ทรัพยากรธรรมชาติโดยสูญเปล่า¹⁶⁹ ข้ออ้างของสหรัฐอเมริกา¹⁷⁰ ได้อ้างคำตัดสินของศาลในคดี The North Sea Continental Shelf ซึ่งศาลได้กำหนดให้ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของตะกอนใต้น้ำ (The unity of any deposit) เป็นหนึ่งในปัจจัยที่จะต้องนำมาพิจารณา¹⁷⁰ แต่แคนาดาได้ปฏิเสธข้ออ้างของสหรัฐอเมริกาที่ให้มีการยกเขตพื้นที่ George Bank ให้แก่รัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียว ด้วยเหตุที่ว่าข้ออ้างของสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่บังคับใช้กับการเขตประมงที่มุ่งบรรลุถึงผลที่การแบ่งที่เป็นธรรม แคนาดาได้แสดงความเห็นไว้ดังนี้

“วิธีแก้ปัญหาก็เสนอโดยสหรัฐอเมริกาจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในคดี และปัญหาที่ว่าการจัดการพื้นที่พิพาทโดยรัฐใดรัฐหนึ่งเพียงรัฐเดียวนั้นเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพกว่า หรือเป็นวิธีที่สะดวกกว่า การจัดการพื้นที่ร่วมกันระหว่างประเทศทั้งสองหรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่ไม่เกี่ยวกับคดีพิพาท”¹⁷¹

นอกจากนี้แคนาดาเห็นว่าข้ออ้างของสหรัฐอเมริกานั้นไม่สามารถอ้างในฐานะหลักกฎหมายที่ใช้ในการแบ่งเขตทางทะเลได้ เนื่องจากข้ออ้างนั้นขัดกับหลักการแบ่งอย่างเป็นธรรม (Equitable delimitation) และท้ายสุดคณะกรรมการได้ตัดสินยก (Dismiss) ข้ออ้างของสหรัฐอเมริกาที่เสนอให้ยกพื้นที่พิพาทให้แก่รัฐใดรัฐหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว

จากคำตัดสินของศาลในคดี Gulf of Maine Case นี้ศาลได้ชี้ให้เห็นว่าประเด็นในเรื่องประสิทธิภาพในการจัดการทรัพยากรนั้นเป็นประเด็นที่คู่พิพาทต้องตัดสินมากกว่าเป็นประเด็นที่

¹⁶⁹ ICJ Pleading, 1984, Gulf of Maine case US memorial, p.63, 74, 95 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996): 389

¹⁷⁰ ICJ Reports, 1969, paras.97 p.51. cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996): 389

¹⁷¹ ICJ Pleading, 1984, Canadian counter memorial, para.230 ,p.84 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996): 390

ศาลจะต้องตัดสิน และคำตัดสินนี้ยังชี้ให้เห็นด้วยว่าเกณฑ์ในเรื่องประสิทธิภาพนี้ไม่สามารถใช้ใน
ฐานะที่เป็นพื้นฐานการอ้างเอกลิทธิของรัฐ(monopolistic)เหนือพื้นที่ทางทะเลได้ และที่สำคัญที่สุด
คำตัดสินนี้ยังชี้ให้เห็นว่าข้ออ้างเรื่องประสิทธิภาพนี้ไม่อาจถูกอ้างเพื่ออ้างสิทธิใน
ทรัพยากรธรรมชาติได้ และเมื่อพิจารณาในเรื่องการแบ่งอาณาเขตแล้วสามารถทำให้สรุปได้อย่าง
แน่ชัดว่า แม้ว่าประสิทธิภาพจะเป็นเป้าหมายในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศก็ตาม แต่รัฐ
ริมน้ำทั้งหลายก็ไม่อาจอ้างปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำเพื่ออ้างสิทธิในการใช้น้ำในแม่น้ำ
ระหว่างประเทศได้

3.2.5 ผลกระทบต่อรัฐริมน้ำอื่น

ตาม United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of
international watercourses นั้นได้กำหนดให้ผลกระทบจากการใช้ลำน้ำ(Watercourse) ในรัฐหนึ่ง
ที่มีผลต่อรัฐลำน้ำอื่นๆ เป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องใช้ประกอบการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม
ของรัฐฯหนึ่ง โดยในบันทึกความเห็นร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้กล่าวถึงปัจจัยนี้ไว้ว่า

“ย่อหน้า 1 d. เกี่ยวกับว่าการใช้ลำน้ำระหว่างประเทศในรัฐลำน้ำหนึ่งจะมีผลกระทบ
ต่อรัฐลำน้ำอื่นๆหรือไม่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้น้ำเช่นนั้นจะรบกวนการใช้น้ำ
ของรัฐอื่นหรือไม่”¹⁷²

ส่วนใน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers นั้นไม่ได้
กำหนดให้ประเด็นนี้เป็นปัจจัยในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมดังเช่นปรากฏใน United
Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses
1997

¹⁷² International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission
1994. (A/49/10) Vol.2 part1. (New York: United Nations, 1994) p.233

ปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้คือ การใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่รัฐริมน้ำอื่น ๆ นั้นจะถือว่าเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ? สำหรับประเด็นนี้นักกฎหมายได้เห็นต่างกันแยกได้ 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรกเห็นว่าการใช้น้ำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐริมน้ำอื่น ๆ นั้นถือเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรมโดยอัตโนมัติ¹⁷³

ฝ่ายที่สองเห็นว่าการใช้น้ำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นนั้นไม่ทำให้การใช้น้ำนั้นถือเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรมโดยอัตโนมัติแต่ต้องพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย¹⁷⁴ ซึ่งความเห็นฝ่ายที่สองนี้เป็นความเห็นดังที่ปรากฏในบันทึกความเห็นของ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ซึ่งกล่าวว่า

“เป้าหมายสูงสุดของการพัฒนาลุ่มน้ำระหว่างประเทศคือการปรับเปลี่ยนการใช้น้ำที่หลากหลายของริมน้ำทั้งหลาย สาระสำคัญของการใช้ในลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการนั้นมิวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างสิ่งเหล่านี้ ดังนั้นการใช้น้ำโดยรัฐลุ่มน้ำซึ่งอาจเกิดมลภาวะอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐลุ่มน้ำอื่นจะต้องพิจารณาจากแนวทางทั้งหมดของสิ่งที่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม

การใช้น้ำโดยรัฐลุ่มน้ำไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยรัฐต้นน้ำหรือรัฐปลายน้ำที่ปฏิเสธส่วนแบ่งการใช้น้ำอย่างเป็นทางการจึงขัดแย้งกับประโยชน์โดยรวมของรัฐริมน้ำทั้งหมดที่มุ่งบรรลุถึงการให้ประโยชน์ให้มากที่สุดจากทรัพยากรร่วมกัน แน่แน่นอนว่าการผันน้ำโดยปฏิเสธส่วนแบ่งที่เป็นธรรมของรัฐลุ่มน้ำอื่นๆจึงเป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศ การใช้น้ำซึ่งก่อให้เกิดมลภาวะจนกระทั่งทำให้ส่วนแบ่งอย่างเป็นทางการของรัฐลุ่มน้ำอื่นๆ เสียไปก็ยืนอยู่บนหลักการนี้เหมือนกัน และด้วยเหตุผลเดียวกันนี้รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายก็ไม่จำเป็นต้องดำเนินมาตรการใดๆหากว่ามาตรการนั้นจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่การใช้น้ำของตน”¹⁷⁵

¹⁷³ Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," *The British Yearbook of International Law* 1996. (1996):409

¹⁷⁴ Ibid.p.409

¹⁷⁵ International law association. *ILA Report 52 nd Conference 1966* p.499

"The optimum goal of international drainage basin development is to accommodate the multiple and diverse uses of the co-basin states. The concept of

ส่วนในUnited Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses นั้นก็ถือตามหลักการนี้เช่นเดียวกันเห็นได้จากบันทึกความเห็นร่างUnited Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ซึ่งกล่าวไว้ว่า

“แม้จะมีข้อเท็จจริงที่ว่ากิจกรรมซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงก็ไม่ทำให้ข้อเท็จจริงที่ว่านี่กลายเป็นพื้นฐานในการห้ามดำเนินโครงการดังกล่าว และแน่นอนว่าการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมนั้นอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่รัฐอื่นได้ และในกรณีเช่นนั้นหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมยังคงเป็นองค์ประกอบหลักในการสร้างสมดุลแก่ผลประโยชน์ของรัฐ”¹⁷⁶

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้การใช้น้ำของรัฐหนึ่งนั้นจะเกิดเสียหายต่อรัฐอีกรัฐหนึ่งก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่าทำให้การใช้น้ำของรัฐที่ประสงค์จะใช้น้ำนั้นกลายเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรมโดยอัตโนมัติ แต่การใช้น้ำที่ก่อให้เกิดความเสียหายของรัฐนั้นจะกลายเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรม

equitable utilization of the waters of international drainage basin has the purpose of promoting such an accommodation. Thus, uses of the water by a basin state that cause pollution resulting in injury in a co-basin State must be considered from the over all perspective of what constitutes an equitable utilization.

Any use of water by basin state, whether upper or lower , that denies an equitable sharing of use by a co-basin State conflicts with the community of interests of all basin States in obtaining maximum benefit from the common resources . Certainly, a diversion of water that denies a co-basin State an equitable share is in violation of international law. A use that causes pollution to the extent of depriving a co-basin State of an equitable share stands on the same basis. By parallel reasoning, a State that engages in a use or uses causing pollution is not required to take measures with respect to such pollution that would deprive it of equitable utilization."

¹⁷⁶ International Law Commission.Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10)Vol.2 part1.(New York: United Nations,1994) p.236

ต่อเมื่อการใช้น้ำนั้นเกินสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นทางการเป็นธรรมของตน ปัญหาที่น่าพิจารณาที่ตามมาจากปัญหาดังกล่าวได้แก่ปัญหาที่ว่า การใช้น้ำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเพียงใดจึงจะถือว่าเกินขอบเขตของการใช้น้ำอย่างเป็นทางการจนทำให้การใช้น้ำนั้นกลายเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรมไป และจะใช้หลักเกณฑ์อันใดมาวัดถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งในประเด็นนี้ในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหลายนั้นไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการวัดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐริมน้ำอื่นๆ ไว้

อย่างไรก็ตามข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำดานูบ(Danube)ในคดี Württemberg and Prussia v. Baden 1927 หรือที่รู้จักกันในนาม The Donauversinkung Case ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ Württemberg และ Prussia ฝ่ายหนึ่งร่วมกันฟ้องรัฐ Baden ต่อศาลแห่งรัฐเยอรมัน (The German Staatsgerichtshof) นั้น ศาลแห่งรัฐเยอรมันได้เคยตัดสินในประเด็นเรื่องผลกระทบจากการใช้น้ำที่เกิดขึ้นแก่รัฐอื่นไว้ดังนี้

“การใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐทุกรัฐในแม่น้ำระหว่างประเทศที่ตัดผ่านดินแดนของรัฐนั้นๆ ถูกจำกัดโดยหน้าที่ที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของรัฐสมาชิกอื่นๆ ในประชาคมระหว่างประเทศ”... “ไม่มีรัฐใดจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่การไหลตามธรรมชาติของแม่น้ำโดยคนในรัฐได้”... “การปรับใช้หลักการนี้จะถูกกำกับโดยพฤติการณ์ในแต่ละคดี ผลประโยชน์ต่างๆ ของรัฐต่างๆ ที่เป็นปัญหานั้นจะต้องถูกชั่งน้ำหนักอย่างเป็นทางการเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ของรัฐอื่นๆ สิ่งหนึ่งที่จะต้องพิจารณาไม่ใช่เพียงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐอื่นๆ เท่านั้น แต่ยังต้องพิจารณาถึงประโยชน์ที่รัฐหนึ่งได้รับเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรัฐอื่นๆ ด้วย (One must consider not only the absolute injury caused to the neighboring State, but also the relation of the advantage gained by one to the injury caused to the other) ¹⁷⁷

¹⁷⁷ Württemberg and Prussia v. Baden 1927 (The Donauversinkung Case) German Staatsgerichtshof 18 June 1927 Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Vol.116, pp.18-45 cited in McCaffrey, Stephen C, *The law of international watercourse non-navigational uses*. (New York Oxford University Press Inc., 2001) p.217-221

จากข้อพิพาทที่ยกมานี้จะเห็นว่าศาลได้พิจารณาถึงประเด็นในเรื่องผลกระทบที่เกิดขึ้นกับรัฐอื่น โดยอาศัยหลักเกณฑ์คือการเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์ที่รัฐผู้ใช้น้ำจะได้รับ และความเสียหายจากการใช้น้ำที่จะเกิดขึ้นในรัฐอื่น

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางในการพิจารณาปัจจัยเรื่องผลกระทบที่เกิดขึ้นกับรัฐริมน้ำอื่นนั้น ควรนำหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้พิจารณาในคดี The Donauversinkung Case มาใช้พิจารณาประกอบโดยพิจารณาว่าผลประโยชน์จากการใช้น้ำที่รัฐหนึ่งได้รับนั้นได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นในรัฐริมน้ำอื่นหรือไม่ เพื่อความเข้าใจผู้เขียนขอยกตัวอย่างประกอบดังนี้

แม่น้ำ A ซึ่งเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศไหลผ่านดินแดนของรัฐ B ซึ่งเป็นรัฐต้นน้ำ (Upstream country) และไหลต่อมายังรัฐ C ก่อนที่แม่น้ำจะไหลออกจากรัฐ B เข้ามาสู่รัฐ C นั้น มีแม่น้ำ D ซึ่งมีต้นกำเนิดภายในรัฐ B ไหลมาสมทบ รัฐ B มีความจำเป็นที่จะต้องใช้น้ำภายในแม่น้ำ D เพื่อการเกษตรในพื้นที่ของรัฐ B จึงได้สร้างเขื่อน กั้นบริเวณปากแม่น้ำ D ที่จะไหลลงสู่ แม่น้ำ A ผลจากการสร้างเขื่อนนั้นพิสูจน์ได้ว่าเป็นเหตุให้ปลาบางชนิดอันเป็นสัตว์เศรษฐกิจของรัฐ C ซึ่งมีพื้นที่เพาะพันธุ์อยู่ที่ต้นแม่น้ำ D ในเขตรัฐ B แต่จะว่ายมาเจริญเติบโตในรัฐ C ลดจำนวนลงอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มว่าจะสูญพันธุ์ เนื่องจากเขื่อนที่สร้างขึ้นในรัฐ B นั้นขวางเส้นทางอพยพของปลาทำให้ปลาไม่สามารถว่ายไปวางไข่ได้ตามปกติ

ปัญหาที่น่าพิจารณาในกรณีนี้ก็คือน้ำของรัฐ B โดยการสร้างเขื่อนนั้นจะถือได้ว่าเป็นการใช้น้ำที่ก่อให้เกิดผลกระทบแก่รัฐริมน้ำอื่นจนถึงระดับที่เป็นการใช้น้ำอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากผลการพิจารณาปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมเบื้องต้นพบว่ารัฐ B มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างเขื่อนสำหรับเก็บน้ำเพื่อการชลประทานสำหรับการเพาะปลูกในรัฐ B เพื่อเลี้ยงประชากรที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ลุ่มแม่น้ำ D จำนวน 90,000 คน ที่ดำรงชีพด้วยการเพาะปลูก และรัฐ B ก็ไม่มีแหล่งน้ำอื่นนอกจากแม่น้ำ D ที่จะใช้เพื่อการเพาะปลูก ในขณะที่ รัฐ C นั้น มีประชากรที่ดำรงชีพด้วยการทำประมงปลาชนิดดังกล่าวเป็นจำนวน 5,000 คน และข้อเท็จจริงยังปรากฏต่อไปอีกว่า รัฐ B ได้พยายามทำบันไดปลาโจนที่ตัวเขื่อนแล้ว แต่ปลาชนิดดังกล่าวเป็นชนิดที่ไม่สามารถขึ้นบันไดปลาโจนได้

จากตัวอย่างที่ผู้เขียนสมมุติขึ้นจะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาถึงความจำเป็นในการใช้น้ำแล้ว จะเห็นว่ารัฐ B มีความจำเป็นอย่างแท้จริงที่จะต้องใช้น้ำจากแม่น้ำ D ซึ่งถือว่าเป็นลำน้ำสาขาของแม่น้ำ A อันเป็นแม่น้ำระหว่างประเทศ และรัฐ B ก็ไม่มีแหล่งน้ำอื่นที่จะมาทดแทนการใช้น้ำจากแม่น้ำ D ได้ และเมื่อพิจารณาถึงประเด็นที่ว่า การใช้น้ำของรัฐ B โดยการสร้างเขื่อนปิดปากแม่น้ำ D จนเป็นเหตุให้จำนวนปลาซึ่งเป็นสัตว์น้ำเศรษฐกิจของรัฐ C ลดลงอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มว่าจะสูญพันธุ์ เนื่องจากเขื่อนที่สร้างขึ้นในรัฐ B นั้นขวางเส้นทางอพยพของปลาทำให้ปลาไม่สามารถว่ายไปวางไข่ได้ตามปกติ นั้น จะถือเป็นการใช้น้ำที่ก่อให้เกิดผลกระทบแก่รัฐริมน้ำอื่นๆจนถึงระดับที่เป็น การใช้น้ำอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่ จะเห็นได้ว่าการใช้น้ำของรัฐ B นั้นเป็นไปเพื่อตอบสนององค์การ ตำรวจซีพีของเกษตรกรในรัฐ B จำนวน 90,000 คน ในขณะที่มีประชากรเพียง 5,000 คนในรัฐ C เท่านั้นที่ต้องตำรวจซีพีโดยการทำประมงในแม่น้ำ A ซึ่งจะได้รับผลกระทบจากการสร้างเขื่อนดังกล่าว และนอกจากนี้จะเห็นได้ว่ารัฐ B ได้พยายามอย่างที่สุดแล้วในการที่จะลดผลกระทบจากการสร้างเขื่อนที่เกิดขึ้นกับสัตว์น้ำต่างๆ โดยการทำบันไดปลาโจน แต่เป็นเพราะว่าปลาพันธุ์ที่เป็น สัตว์เศรษฐกิจของรัฐ C นั้นมีลักษณะการดำรงชีวิตที่ไม่สามารถใช้บันไดปลาโจนได้ เหตุนี้หากเป็น กรณีตามที่คุณเขียนยกตัวอย่าง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรัฐ C เนื่องจากการ ใช้น้ำของรัฐ B นั้นน้อยกว่าประโยชน์ที่รัฐ B ได้รับจากการใช้น้ำ ดังนั้นย่อมถือได้ว่าความเสียหายที่ เกิดขึ้นนั้นได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่ได้รับ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่เกินกว่า ประโยชน์ที่ได้รับนั่นเอง และหากพิจารณาในมุมของการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้น ผู้เขียน เห็นว่าในกรณีตัวอย่างดังกล่าวนี้อาจแก้ไขความขัดแย้งได้โดยการร่วมกันจัดคณะทำงานศึกษาวิจัย เพาะเลี้ยงปลาซึ่งเป็นสัตว์น้ำเศรษฐกิจของรัฐ C ขึ้น ทดแทนปริมาณปลาที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้

3.2.6 ปัจจัยอื่นๆที่ใช้ในการพิจารณา

นอกจากปัจจัย 5 ประการที่ได้กล่าวมาแล้ว จากการศึกษาตราสารระหว่างประเทศที่ เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศต่างๆ พบว่ายังมีปัจจัยอื่นที่ถูกใช้ในการพิจารณาถึง ความเป็นธรรมในการใช้น้ำของรัฐต่างๆ อีกด้วย ได้แก่

ก.ธรรมเนียมปฏิบัติการใช้้ำของคนในพื้นที่

ในตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยเฉพาะในตราสารที่ทำหน้าที่กำหนดเขตแดนของรัฐต่างๆด้วยนั้น มีการกล่าวถึงสิทธิการใช้้ำของคนในพื้นที่อยู่เสมอ ดังเช่นใน Memorandum to Exchange notes between the British and French Governments defining the boundary between Gold coast and French Soudan of 1904, ข้อ 3¹⁷⁸, The Protocol accompanying the Final Report of the Commissioners Appointed to Delimit the Boundary between the British and French Mandated Territories of Togoland, of 21 October 1929,(General clause (k))¹⁷⁹ The Protocol the 1924 Note Exchanged between the United Kingdom and French Agreeing to the Ratification of the Protocol defining the boundary between French Equatorial Africa and the Anglo Egyptian Soudan (General Clause, A)¹⁸⁰ Agreement between Belgian Government and

¹⁷⁸ Memorandum to Exchange notes between the British and French Governments defining the boundary between Gold coast and French Soudan of 1904, Article 3

"The villages situated in proximity to the Frontier shall retain the right to use the arable and pasture lands, springs, and watering places which they have heretofore used, even incases in which such arable and pasture lands springs and watering places are situated within the territory of the one power and the village within the territory of the other"

¹⁷⁹ The Protocol accompanying the Final Report of the Commissioners Appointed to Delimit the Boundary between the British and French Mandated Territories of Togoland, of 21 October 1929,(General clause (k))

" It is understand that wherever the boundary follows a stream or river all existing watering and fishing rights on either side thereof, and all rights of passage up and down and across the stream or river ,shall be preserved"

¹⁸⁰ "Where the frontier follows a wadi,cuts a lake or rahad or changes its direction at either of such, the watering rights existing therein will be preserved by the inhabitants on either side"

British Government regarding Water on the Boundary between Tan Ganyika and Ruanda – Urundi 1934, ข้อ 9¹⁸¹ นอกจากนี้ในส่วนทวีปเอเชียก็มีการทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีผลเป็นการแบ่งเขตแดน ก็มีการรับรองสิทธิการใช้น้ำตามธรรมเนียมปฏิบัติของคนในพื้นที่เช่นเดียวกัน เห็นได้จากThe Exchange note between the Government of Afghanistan and His Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of India regard to boundary between Afghanistan and India in the Neighborhood of Arnawai and Dokialim¹⁸²

และหากพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนก็ได้มีการรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยในประเทศต่างๆ ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอีกด้วย ดังปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับ 107 ข้อ 7 เรื่องการคุ้มครองและการรวบรวมชนกลุ่มน้อยและชาวเขา กึ่งชาวเขาในประเทศอิสระ¹⁸³ และอนุสัญญาว่าด้วยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 169 เกี่ยวกับชาวเขาและชนกลุ่มน้อยในประเทศอิสระข้อ 14.1

¹⁸¹"Any of the inhabitants of Tanganyika Territory or of Ruanda-Urundi shall be permitted to navigate any river or stream forming the common boundary and take therefrom fish and aquatic plants and water for domestic purposes and for any purposes conforming with their customary rights."

¹⁸²"(a) That the people of Dokalim shall be allowed to take water required for irrigation of their lands in Dokalim from the Arnawai Khwar above the boundary fixed.

(b) That the people of Arnawai Khwar may be allowed to float wood required for local use down that portion of the Arnawai Khwar which forms the international boundary."

¹⁸³ ILO Convention 107, Article 7:

"1. In defining the rights and duties of the population concerned regard shall be had to their customary laws.

2. These population shall be allowed to retain their own customs and institutions where these are not incompatible with the national legal system or the objectives of integration programmes.

และ 15.1¹⁸⁴ ยิ่งกว่านั้นในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 1.2 ยังกำหนดอีกว่า "ประชาชนทุกคนมีอิสระที่จะได้รับส่วนแบ่งในความมั่งคั่งตาม ธรรมชาติและทรัพยากรธรรมชาติ และประชาชนก็ไม่อาจถูกกีดกันจากการหาเลี้ยงชีพตามวิถีของ ตนไม่ว่าในกรณีใดๆ"¹⁸⁵

นอกจากธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้น้ำของคนในพื้นที่ที่ได้รับการบรรจุลงใน สนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำที่ทำหน้าที่แบ่งเขตแดน ตลอดจนมีการรับรองสิทธิของคนกลุ่มน้อย ไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแล้ว ธรรมเนียมปฏิบัติของคนที่อยู่ในพื้นที่ ยังได้ถูกนำมาพิจารณาในการกำหนดเขตแดนด้านตะวันตกเฉียงเหนือระหว่างอัฟกานิสถานและ รัสเซียในปี ค.ศ. 1887 ด้วย และผลการพิจารณาทำให้มีการอนุญาตให้คนในพื้นที่ชายแดน สามารถใช้น้ำจากคลองชลประทานที่เกิดจากรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ในกรณีที่มีธรรมเนียมปฏิบัติ เกี่ยวกับการใช้น้ำเช่นว่านั้น¹⁸⁶

และในเรื่องการแบ่งพื้นที่ทางทะเลก็เคยก็ได้มีการกล่าวถึงปัจจัยที่คล้ายคลึงกันนี้ไว้ ได้แก่ ธรรมเนียมปฏิบัติของชาวนอร์เว (Norwegian traditional practices) ซึ่งนอร์เวได้ยกขึ้นมากล่าว อ้างในคดี Fishery Case เพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนในการลากเส้นฐานตรงปิดปากอ่าวในฐานะ

¹⁸⁴ ILO Convention 169, Article 14.1

, Article 15.1 "...measures shall be taken in appropriation cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect"

¹⁸⁵ International Covenant on Civil and Political Rights 1966, Article 1.2

"All peoples may freely dispose of their natural wealth and resources and that in no case may a people be deprived of its own means of subsistence".

¹⁸⁶ Protocol No.4 for the Demarcation of the North-West Frontier of Afghanistan of 1887 : Ait chison. A Collection of treaties, Engagements and Sanads Relating to India and Neighbouring Countries. (Calcutta: 1909) vol 2 , pp351-354 cited in Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):375

ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อคนในภูมิภาคและสิทธิในประวัติศาสตร์(The Economic interest peculiar to the region and the historic title)ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ยอมรับข้ออ้างของนอร์เวมาพิจารณาในฐานะปัจจัยหนึ่งเพื่อสร้างความเป็นธรรมในการแบ่งพื้นที่ทางทะเลอีกด้วย¹⁸⁷

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้น้ำของคนในพื้นที่(โดยเฉพาะบริเวณชายแดน)ก็ถือเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำด้วยเช่นกัน

3.3 แนวทางในการพิจารณาปัจจัยและพฤติการณ์ต่างๆ

เมื่อเราได้ทราบว่าปัจจัยใดบ้างที่จะต้องนำมาพิจารณาและและน้ำหนักของปัจจัยต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาแล้ว ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณาคือปัญหาที่ว่า การพิจารณาควรจะมีแนวทางในการพิจารณาอย่างไร

ตาม Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers และ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses นั้นได้วางหลักในการพิจารณาปัจจัยต่างๆไว้ตรงกันคือ การให้น้ำหนักแก่ปัจจัยแต่ละตัวนั้นจะถูกพิจารณาจากความสำคัญของปัจจัยนั้นๆโดยเทียบกับปัจจัยอื่นๆ ส่วนการพิจารณาว่าการใช้น้ำนั้น สมเหตุสมผลและเป็นธรรมหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆเข้าด้วยกัน และตัดสินจากปัจจัยทั้งหมด¹⁸⁸ ตาม United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 ไม่ได้กล่าวถึงแนวทางในการพิจารณาและการชั่งน้ำหนักไว้แต่อย่างใด คงปล่อยให้เป็นที่ของคู่พิพาท หรือองค์กรผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเป็นผู้กำหนดแนวทางในการพิจารณาและชั่งน้ำหนักปัจจัยต่างๆเอง ส่วน Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาและตัวอย่างการพิจารณาไว้

¹⁸⁷ ICJ Reports, 1951 ,p.133 cited in Ximena Fuentes."The criteria for the equitable utilization of international rivers," The British Yearbook of International Law 1996. (1996):376

¹⁸⁸ ดู Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966 , Article 5 (3) และดู United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses, Article 6(3)

ในรายงานการประชุมของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศสมัยที่ 52 ในปี ค.ศ. 1966 ได้ให้บันทึกความเห็นและตัวอย่างเกี่ยวกับการพิจารณาปัจจัยต่างๆ ไว้ดังนี้

“แนวทางการวิเคราะห์ปัจจัยต่างๆ จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า

- (1) การใช้น้ำต่างๆ นั้นขัดแย้งกันหรือไม่
- (2) การใช้น้ำต่างๆ นั้นจำเป็นต่อชีวิตมนุษย์หรือไม่
- (3) การใช้น้ำนั้นมีประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมหรือไม่
- (4) มีทรัพยากรอย่างอื่น(ที่สามารถทดแทนการใช้น้ำ)หรือไม่
- (5) มีการใช้น้ำที่ถือว่าเป็นการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันตามความหมายของข้อ 8 หรือไม่¹⁸⁹
- (6) มีความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงการใช้น้ำที่ขัดแย้งกันเพื่อทำให้เกิดความเหมาะสมแก่ทุกฝ่ายหรือไม่
- (7) มีการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐที่ได้ประโยชน์จากก่อสร้างโครงการที่มุ่งปรับเปลี่ยนการใช้น้ำที่ขัดแย้งกันอยู่หรือไม่
- (8) การใช้น้ำที่ขัดแย้งกันนั้นสามารถถูกปรับปรุงโดยการจ่ายค่าชดเชยแก่รัฐริมน้ำที่เกี่ยวข้องหรือไม่
- (9) มีการใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพอย่างอื่นที่สามารถนำมาใช้เพื่อเพิ่มปริมาณน้ำในแม่น้ำได้หรือไม่”¹⁹⁰

แต่ในส่วนเรื่องการชั่งน้ำหนักปัจจัยต่างๆ นั้นคงปล่อยให้เป็นเรื่องของคู่พิพาท หรือองค์กรผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเป็นผู้กำหนดแนวทางในการชั่งน้ำหนักปัจจัยต่างๆ เอง

จากแนวทางในการพิจารณาเพื่อกำหนดขอบเขตของสิทธิในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการซึ่งกำหนดไว้ในบันทึกความเห็น Helsinki Rules on the uses of the international river 1966 และจากตัวอย่างที่ผู้เขียนได้ยกมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่ากระบวนการในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นทางการนั้นอาจจำแนกได้ 3 ขั้นตอนคือ

1. การพิจารณาความจำเป็นในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐต่างๆ ซึ่งในขั้นตอนนี้จะเป็นการพิจารณาว่าความจำเป็นในการใช้น้ำของรัฐต่างๆ นั้นเป็นความจำเป็นในการใช้น้ำที่แท้จริง (Real needs) หรือไม่? ซึ่งในขั้นตอนนี้ปัจจัยเรื่องทางเลือกในการใช้ทรัพยากรน้ำอื่น หรือทรัพยากรอย่างอื่นที่มีอยู่ซึ่งสามารถทดแทนความต้องการใช้น้ำได้

¹⁸⁹ ดูวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ในส่วนที่ว่าด้วยการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน(Existing use)

¹⁹⁰ International law association. ILA Report 52 nd Conference 1966 p.488-491

รวมทั้งปัจจัยในเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการพิจารณาว่าความจำเป็นของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐนั้นเป็นความจำเป็นในการใช้น้ำที่แท้จริงหรือไม่ และ

2. พิจารณาว่าความจำเป็นในการใช้น้ำของแต่ละฝ่ายนั้นขัดแย้งกันหรือไม่และความจำเป็นในการใช้น้ำของรัฐใดควรมีความสำคัญมากกว่ากัน(ในกรณีที่ว่าความจำเป็นในการใช้น้ำลักษณะใดควรมีความสำคัญมากกว่ากันนั้นจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป) หรือจะมีทางปรับเปลี่ยนความจำเป็นในการใช้น้ำของรัฐคู่พิพาทที่ขัดแย้งกันให้ประสานกันได้หรือไม่ และ
3. พิจารณาว่าสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐภาคีแต่ละฝ่ายนั้นควรจะมีขอบเขตเพียงแค่นั้น ซึ่งในขั้นตอนนี้อาจจำแนกได้ 2 กรณี คือ
 - 3.1 กรณีที่เป็นสามารถปรับเปลี่ยนการใช้น้ำที่ขัดแย้งกันเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่ทุกฝ่ายได้ การพิจารณาว่าสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่ายควรมีแค่นั้นนั้น ศาลจะมุ่งพิจารณาเพื่อให้เกิดผลที่เป็นธรรมโดยเกิดประสิทธิภาพในการใช้น้ำแก่รัฐคู่พิพาททุกฝ่ายมากที่สุด ดังนั้นหากเป็นในกรณีนี้ปัจจัยที่เกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำจะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณามาก และ
 - 3.2 กรณีที่เป็นการพิจารณาเพื่อแบ่งน้ำหรือกำหนดขอบเขตสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่าย การพิจารณานั้นจะต้องพิจารณาจากปัจจัยต่างๆโดยเฉพาะปัจจัยในเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งวัดได้จากจำนวนประชากรที่พึ่งพาน้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศในรัฐคู่พิพาทแต่ละฝ่าย ขอบเขตการพึ่งพาน้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศของรัฐริมน้ำแต่ละฝ่าย พื้นที่ชลประทาน,พื้นที่เพาะปลูกและพิจารณาปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น การใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ รวมถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐอื่นๆ อันเนื่องมาจากการใช้น้ำนั้นรวมถึงปัจจัยที่เกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาติประกอบกันด้วย

3.3.1 การพิจารณาถึงความจำเป็นที่แตกต่างกันของรัฐทั้งหลาย

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศมักปรากฏขึ้นมาจากมีความขัดแย้งในด้านลักษณะการใช้น้ำระหว่างรัฐคู่พิพาททั้งหลาย เช่น รัฐ ก. ซึ่งเป็นรัฐปลายน้ำต้องการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อทำการประมงและเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ ในขณะที่รัฐ ข. ซึ่งเป็นรัฐต้นน้ำต้องการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าจึงมีการสร้างเขื่อนขวาง

แม่น้ำอันส่งผลกระทบต่อการใช้น้ำเพื่อการทำการประมงในรัฐ ก. ซึ่งเป็นรัฐปลายน้ำ ดังนั้นปัญหาที่สำคัญที่สุดอีกปัญหาหนึ่งที่จะต้องถูกพิจารณาและไม่อาจเลี่ยงได้ก็คือ ปัญหาที่ว่าหากความจำเป็นในการใช้น้ำของแต่ละรัฐนั้นแตกต่างกันแล้ว ความจำเป็นในการใช้น้ำใดที่ควรจะมี ความสำคัญมากกว่ากัน แม้ตาม Helsinki Rule และ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses จะกล่าวถึงเรื่องนี้ไว้คล้ายๆ กัน คือ ตาม Helsinki Rule ข้อ 6. ได้วางหลักไว้ว่า

“ไม่มีการใช้น้ำ(use)ใดที่จะมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำอื่น”¹⁹¹

ส่วนใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 ก็กล่าวถึงกรณีนี้ไว้เช่นกันว่า

“ในกรณีที่ไม่มีความตกลงหรือจารีตประเพณี ซึ่งกำหนดไว้ในทางตรงกันข้าม จะไม่มีการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศใดที่มีความสำคัญเหนือการใช้น้ำอื่น”¹⁹²

แต่อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำของแต่ละประเทศ ปัญหาที่ว่าความจำเป็นในการใช้น้ำของรัฐใดจะมีความสำคัญมากกว่ากัน ก็เป็นอีกปัญหาที่ไม่อาจเลี่ยงได้ ซึ่ง ตาม United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 นี้ก็ได้ตระหนักถึงความเป็นจริงข้อนี้ดี และใน ข้อ 10.2 ก็ได้กำหนดว่า

“ ในกรณีที่มีความขัดแย้งของการใช้ลำนํ้าระหว่างประเทศแต่ละอย่างนั้น ปัญหา นี้จะต้องถูกแก้โดยพิจารณาถึงหลักการและปัจจัยต่างๆ ที่ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 5 ถึง 7 โดยให้ความสำคัญในการพิจารณาเป็นพิเศษถึงความต้องการของคนเป็นสำคัญ”¹⁹³

¹⁹¹ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966, Article.6
“A use or category of uses is not constitute to any inherent priority over other uses”

¹⁹²United Nations Convention on thelaw of the non-navigational uses of international watercourses1997 , Article 10.1 “In the absence of agreement or custom to the contrary, no use of an international watercourse enjoys inherent priority over other use”

ซึ่งในบันทึกความเห็นร่างอนุสัญญาฯ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความกระจ่างเกี่ยวกับ Requirement of vital human needs ว่าเป็นการใช้น้ำเพื่อการยังชีพของคนซึ่งรวมทั้งน้ำเพื่อการอุปโภคหรือ และการใช้น้ำเพื่อผลิตอาหารเพื่อป้องกันความอดอยากของคน¹⁹⁴

ในประเด็นความสำคัญของการใช้น้ำแต่ละประเภทนี้ Ximena Fuentes ได้ให้ความเห็นว่าการใช้น้ำที่ควรจะมีค่าสำคัญเหนือกว่าการใช้น้ำอื่นๆ นั้นได้แก่

1. การใช้ภายในครัวเรือน
2. การชลประทาน
3. การใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ

ซึ่ง Fuentes ก็ได้ให้เหตุผลสำหรับการจัดลำดับความสำคัญของการใช้น้ำแต่ละอย่างไว้ดังนี้

“การใช้น้ำภายในครัวเรือน

ในประเด็นนี้ Lipper ได้เคยตั้งข้อสังเกตว่า มีแนวปฏิบัติในหมู่อรัฐทั้งหลายที่ต่างก็ให้ความสำคัญแก่การใช้น้ำเพื่ออุปโภคและการใช้น้ำภายในครัวเรือน มีความสำคัญเหนือการใช้น้ำในลักษณะอื่นๆ นอกจากนี้ศาลสูงแห่งสหรัฐได้เคยแถลงว่า

“การใช้น้ำเพื่อกิน และการใช้น้ำภายในครัวเรือนเป็นการใช้น้ำที่มีความสำคัญสูงสุด”

นอกจากนี้ในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับแม่น้ำที่เป็นเส้นพรมแดนในปี ค.ศ.1909 ได้กำหนดแนวทางการใช้แม่น้ำที่เป็นเส้นแบ่งเขตแดนในลักษณะต่างๆ กันคือ

1. การใช้น้ำสำหรับครัวเรือน และสาธารณสุข

¹⁹³ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 , Article 10.2 "In the event of a conflict between uses of an international watercourse, it shall be resolved with reference to articles 5 to 7, with special regard being given to the requirements of vital human needs."

¹⁹⁴ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10) Vol.2 part1. (New York: United Nations, 1994) p.257-259

2. การใช้สำหรับเดินเรือ
3. การใช้สำหรับพลังงานและการชลประทาน (power and irrigation)

และในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกเกี่ยวกับการใช้น้ำ ในแม่น้ำโคโรลาโด และ Tijuana ของแม่น้ำ Rio Grande ได้กำหนดลำดับความสำคัญของการใช้น้ำในลักษณะต่างๆ ไว้สำหรับเป็นแนวทางให้คณะกรรมการน้ำและเขตแดนนานาชาติ (International Boundary and Water Commission) ใช้สำหรับการระงับข้อพิพาท ดังนี้

1. การใช้น้ำในครัวเรือนและในท้องถิ่น (Domestic and municipal use)
2. การใช้น้ำเพื่อเกษตรกรรมและปศุสัตว์ และการผลิตกระแสไฟฟ้า

และคณะกรรมการแม่น้ำสินธุ (Rau/Indus Commission) ซึ่งเป็นคณะกรรมการของอินเดียที่ถูกจัดตั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ Sind และ Punjab เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำสินธุ ได้แนะนำแนวทางเกี่ยวกับการใช้น้ำในโครงการในลักษณะต่างๆ ว่าควรมีความสำคัญตามลำดับดังนี้

1. การใช้น้ำภายในครัวเรือนและสาธารณสุข
2. การใช้น้ำเพื่อการเดินเรือ
3. การใช้น้ำเพื่อพลังงานและการชลประทาน

นอกจากนี้ Krishna Tribunal ได้แถลงว่า "การใช้น้ำสำหรับดื่มกิน, การใช้ในบ้านเรือน (house hold) และน้ำสำหรับฝูงปศุสัตว์ ถูกพิจารณาในฐานะการใช้น้ำที่มีความสำคัญเป็นหลัก ส่วนการใช้น้ำในลักษณะอื่นๆ นั้นมีความสำคัญเป็นรอง"

จากตัวอย่างที่ได้กล่าวมานี้เป็นตัวอย่างแนวทางปฏิบัติในระดับระหว่างประเทศและภายในประเทศซึ่งจะเห็นได้ว่าการใช้น้ำภายในครัวเรือนซึ่งมีความสำคัญสำหรับประชากรนั้นได้รับการยอมรับทั่วไปว่ามีความสำคัญเหนือการใช้น้ำอย่างอื่น ดังนั้นภายหลังจากการพิจารณาว่าความจำเป็นในการใช้น้ำของแต่ละรัฐคืออะไรแล้ว ประเด็นการใช้น้ำในครัวเรือนจึงควรมีความสำคัญเหนือกว่าการใช้น้ำในลักษณะอื่น โดยอัตโนมัติ อย่างไรก็ตามสมมติว่าอย่างไรก็ตามสมมติกฎหมาย

ระหว่างประเทศที่จัดทำ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers นั้นได้ปฏิเสธแนวความคิดที่ว่าควรกำหนดให้การใช้น้ำในครัวเรือนมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำในลักษณะอื่นโดยอัตโนมัติโดยยกตัวอย่างว่า

“รัฐ B ซึ่งใช้น้ำในกลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศสำหรับครัวเรือน ส่วนรัฐ A ซึ่งเป็นรัฐต้นน้ำ ใช้น้ำสำหรับการประกอบอุตสาหกรรม ซึ่งน้ำมีความสำคัญในอุตสาหกรรมของรัฐ A มาก แต่ผลจากการประกอบอุตสาหกรรมของรัฐ A ทำให้น้ำในกลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศมีอุณหภูมิสูงไม่เหมาะสำหรับการดื่มกิน แต่การสำรวจเปิดเผยว่าประชากรในรัฐ B เพียงเล็กน้อยเท่านั้นที่ใช้น้ำสำหรับการใช้ในครัวเรือน ขณะเดียวกันในรัฐ B ก็มีแหล่งน้ำซึ่งเหมาะสำหรับดื่มกิน และมีปริมาณเพียงพอที่จะตอบสนองของผู้คนได้ อยู่ห่างจากแม่น้ำระหว่างประเทศออกไปอีก 2-3 ไมล์ และรัฐ A นั้นได้เตรียมที่จะจ่ายค่าให้จ่ายที่เกิดขึ้นในการใช้น้ำนั้น ปัญหาคือว่า รัฐ A จะถูกปิดกั้นจากการต้องการใช้น้ำอย่างแท้จริง เพราะความขัดแย้งกับรัฐ B เนื่องจากรัฐ B ใช้น้ำสำหรับดื่มกินเท่านั้นหรือ กฎเกี่ยวกับลำดับความสำคัญของการใช้น้ำที่ถูกกำหนดขึ้นอาจจะนำไปสู่ผลเช่นนั้น แม้ว่าผลเช่นนั้นจะไม่ใช่เป็นธรรม”

แต่จากตัวอย่างที่ได้กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าความจำเป็นใช้น้ำภายในครัวเรือนนั้นไม่อาจพิจารณาว่าเป็นความจำเป็นที่แท้จริงของรัฐได้ (เนื่องจากรัฐนั้นมีทางเลือกอื่นทดแทนการใช้น้ำอยู่) เหตุนี้การใช้น้ำภายในครัวเรือนจึงควรมีความสำคัญสูงสุด¹⁹⁵

การใช้น้ำเพื่อการชลประทาน

เมื่อพิจารณาความเป็นไปได้ของการกำหนดให้การชลประทานมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำลักษณะอื่นเช่นการใช้ผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำ แล้ว Krishna Tribunal ซึ่งได้พิจารณาในประเด็นนี้

¹⁹⁵ Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers,"

ได้สรุปว่า การใช้น้ำเพื่อการชลประทานในกลุ่มน้ำ Krishna ควรมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำผลิตกระแสไฟฟ้า และ Krishna Tribunal ยังได้ให้ความเห็นอีกว่า ไม่มีการใช้น้ำใดที่มีความสำคัญเหนือกว่าการใช้น้ำลักษณะอื่นๆ (priori superiority) แต่ Krishna Tribunal ก็ได้อ้างว่า เมื่อได้พิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมของคดีแล้วสามารถนำไปสู่การกำหนดความสำคัญของการใช้น้ำชนิดต่างๆ ได้ และด้วยพฤติการณ์พิเศษของอินเดีย ทำให้ถือได้ว่าการใช้น้ำเพื่อการชลประทานมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำลักษณะอื่น

ในปี ค.ศ.1978 คณะกรรมาธิการชลประทานของอินเดีย(The irrigation commission of India)ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า

5.19 เพื่อตอบสนองความต้องการระยะยาวอย่างเป็นแบบแผน ดังนั้นควรมีการกำหนดลำดับความสำคัญของการใช้น้ำ ความสำคัญนั้นควรพิจารณาตามผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ความต้องการใช้น้ำในครัวเรือนควรต้องถูกกำหนดให้มีความสำคัญสูงสุด ...

5.21 โครงการใช้น้ำหลากหลายวัตถุประสงค์ (Multi purpose river valley project) นั้นเป็นการใช้ทรัพยากรน้ำที่ดีที่สุด แต่จากลักษณะโครงการที่หลากหลายนี้ ทั้งการผลิตกระแสไฟฟ้าและการชลประทานต่างก็เป็นไปได้ แต่ในกรณีอื่นๆ ซึ่งบางครั้งต้องเลือกระหว่างการใช้น้ำเพื่อการผลิตกระแสไฟฟ้าและการชลประทาน ในกรณีเช่นนั้นซึ่งมีประเด็นเกี่ยวข้องเกี่ยวกับลำดับความสำคัญของการใช้น้ำ ลำดับความสำคัญของการใช้น้ำมิได้จะถูกพิจารณาเฉพาะข้อพิจารณาทางด้านเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าชลประทานนั้นสามารถทำได้โดยอาศัยน้ำเท่านั้น ในขณะที่การผลิตกระแสไฟฟ้าสามารถผลิตได้จากทางเลือกอื่นๆ อีกหลากหลายเช่น ถ่าน แก๊ส น้ำมัน และเชื้อเพลิงนิวเคลียร์

ในขณะเดียวกัน Krishna Tribunal ได้ยื่นความเห็นของคณะกรรมาธิการชลประทานของอินเดีย โดยแถลงว่า

"สำหรับการใช้น้ำเพื่อการชลประทานแล้วไม่มีวัตถุใดมาทดแทนน้ำได้ แต่กระแสไฟฟ้านั้นสามารถผลิตได้จากถ่านหิน น้ำมัน และพลังงานนิวเคลียร์และแหล่งพลังงานอื่นๆ โดยทั่วไปแล้วเมื่อการใช้น้ำสองอย่างรบกวนซึ่งกันและกันและไม่สามารถ

ประนีประนอมกันได้ การใช้น้ำที่มีความสำคัญกว่าควรจะเป็นการใช้น้ำเพื่อการชลประทาน การเพิ่มจำนวนประชากรอย่างรวดเร็วทำให้มีความต้องการอาหารที่มากขึ้น ซึ่งนำมาสู่ความต้องการระบบชลประทานนั่นเอง"

และ Krishna Tribunal ก็ได้พิจารณาข้อพิพาทโดยพิจารณาว่า

"ร้อยละ 75.8 ของประชาชนในกลุ่มแม่น้ำ Krishna อาศัยอยู่ในชนบทและร้อยละ 68 ของการทำงานล้วนเกี่ยวข้องกับในฐานะเกษตรกร หรือแรงงานในภาคเกษตรกรรม ประชากรทั้งหมดที่เป็นเกษตรกรล้วนพึ่งพาแม่น้ำจากแม่น้ำ Krishna สำหรับการชลประทาน และเมื่อพิจารณาความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมของประชากร พึ่งพาแม่น้ำ Krishna สำหรับการชลประทาน อุทกวิทยา ฤดูกาลและลักษณะทางกายภาพของกลุ่มแม่น้ำแล้ว การใช้น้ำเพื่อการชลประทานถือว่ามีมีความสำคัญในอันดับแรกสุดและมีคุณค่ามากที่สุดต่อประชาคมทั้งหมดในกลุ่มน้ำ Krishna ในภาพรวมปัญหาความขาดแคลนน้ำในกลุ่มแม่น้ำ Krishna แล้วจึงควรให้ความสำคัญแก่การใช้น้ำเพื่อการชลประทาน เหนือการผลิตกระแสไฟฟ้าโดยการผันน้ำไปทางทิศตะวันตก"

และ ในข้อพิพาทแม่น้ำ Narmada นั้น Narmada Tribunal ก็ให้ความสำคัญแก่การชลประทานเหนือการผลิตกระแสไฟฟ้าเช่นกัน หนึ่งในประเด็นปัญหาที่คณะกรรมการต้องพิจารณาได้แก่ปัญหาเรื่องระดับจ่ายน้ำสูงสุด(Maximum supply level)ของคลอง Navagam และความสูงของเขื่อน Sardar Sarovar ซึ่งจะถูกสร้างโดยรัฐ Gujarat สำหรับปัญหานี้รัฐ Madhya Pradesh และ Maharashta ซึ่งเป็นรัฐคู่พิพาท ได้เรียกร้องให้ลดระดับความสูงของเขื่อน และลดระดับปริมาณน้ำในคลอง Navagam ลง ซึ่ง Narmada Tribunal เห็นว่า การยอมรับข้อเรียกร้องของรัฐ Madhya Pradesh และ Maharashta นี้ก็เท่ากับเป็นการจำกัดความเป็นไปได้ในการสร้างระบบชลประทานในพื้นที่ของรัฐ Gujarat และ Rajasthan โดยให้ความเห็นไว้ว่า

10.1 ในตอนเริ่มแรกปัญหาที่สำคัญที่สุดสำหรับการพิจารณาได้แก่ความขัดแย้งระหว่าง การกำหนดปริมาณน้ำสำหรับใช้ในการชลประทานอย่างสมเหตุสมผลสำหรับพื้นที่ของ

รัฐ Gujarat และ Rajasthan กับการผลิตกระแสไฟฟ้า ซึ่งจะต้องตัดทอนปริมาณน้ำ สำหรับการชลประทานลง

ตามเนื้อหาของกฎหมายมิได้มีการกำหนดลำดับความสำคัญของการใช้น้ำ ใต้ตายตัวหรือกำหนดให้การใช้น้ำอย่างหนึ่งมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำอีกอย่างหนึ่ง โดยอัตโนมัติ แต่การใช้น้ำอย่างหนึ่งอาจจะสำคัญกว่าการใช้น้ำลักษณะอื่นๆ ตาม พฤติการณ์แวดล้อมเฉพาะคดี เนื่องจากคุณค่าของการใช้น้ำนั้นและความสำคัญของการ ใช้น้ำแบบนั้นต่อประชาคมโดยรวม

10.10.3 สำหรับการใช้น้ำเพื่อการชลประทาน นั้น ปรากฏชัดว่าไม่มีวัตถุใดสามารถ ทดแทนน้ำในการใช้สำหรับการชลประทานได้ แต่พลังงานไฟฟ้านั้นอาจจะถูกผลิตจาก ถ่าน น้ำมัน พลังงานนิวเคลียร์และแหล่งอื่นๆ โดยทั่วไปเมื่อการผลิตกระแสไฟฟ้าพลัง น้ำขัดแย้งกับการชลประทาน และการใช้น้ำทั้ง 2 อย่างไม่สามารถประนีประนอมกันได้ การให้ลำดับความสำคัญจะถูกให้แก่การชลประทาน การเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของ จำนวนประชากรทำให้ต้องมีการผลิตอาหารเพิ่ม ขณะเดียวกันก็ต้องมีการเพิ่มการ ชลประทาน

10.10.4 ในประเทศซึ่งมีอากาศร้อนและแห้งแล้ง น้ำเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้เลย สำหรับการ เพาะปลูกบนผืนดินและการใช้น้ำสำหรับการชลประทาน ถูกพิจารณาในฐานะการใช้ พื้นฐานเพื่อตอบสนองความต้องการตามธรรมชาติ ในพื้นที่แห้งแล้งและกึ่งแห้งแล้ง หลายส่วนในประเทศ การชลประทานก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างพื้นที่ไร่ค่าและ พื้นที่เพาะปลูกที่ได้ผลิตผลสูง

10.10.5 เศรษฐกิจของอินเดียขึ้นอยู่กับภาคเกษตร 75% ของประชากรทั้งประเทศทำ การเกษตรเพื่อยังชีพ การใช้ทรัพยากรน้ำสำหรับการชลประทานอย่างเต็มที่เท่าที่เป็นไป ได้จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการเพาะปลูกที่หลากหลายและการเพิ่มผลผลิต เพาะปลูก ดังนั้นการชลประทานจึงเป็นกุญแจสำคัญในการวางแผนเพื่อพัฒนาประเทศ หากปราศจากการชลประทานพื้นที่แห้งแล้งที่กว้างใหญ่ของประเทศจะกลายเป็นสูญค่า อย่างถาวร ในพื้นที่อื่นๆ ซึ่งมีปริมาณฝนน้อยและไม่แน่นอนนั้น จะสามารถเพาะปลูกได้ เพียงในช่วงที่มีฝนเท่านั้น

10.10.6 คณะกรรมการ (Narmada Tribunal) ต่างเห็นคล้อยตามความเห็นที่ว่า ใช้น้ำเพื่อการชลประทานของแม่น้ำ Narmada ควรมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำเพื่อการผลิตกระแสไฟฟ้า ในกรณีที่มีความขัดแย้งของการใช้น้ำทั้ง 2 แบบ ภายในพฤติการณ์ของคดีนี้¹⁹⁶

ความจำเป็นของพื้นที่ที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำ

ในท้ายสุด, ปัญหาที่ว่าความจำเป็น (needs) ของพื้นที่ที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำควรจะมีมากกว่าความจำเป็นของพื้นที่ที่ตั้งอยู่นอกพื้นที่ลุ่มน้ำหรือไม่นั้น ควรจะนำมาพิจารณาด้วย แม้จะเป็นความจริงที่ว่าไม่มีกฎหมายจำกัดการใช้น้ำของพื้นที่ที่ตั้งอยู่นอกลุ่มแม่น้ำไว้ก็ตาม แต่อย่างน้อยที่สุดก็ได้เคยมีการกล่าวอ้างว่าความจำเป็นของพื้นที่ที่ตั้งอยู่นอกลุ่มแม่น้ำควรเป็นไปตามลำดับความสำคัญ ซึ่งผลการกำหนดลำดับความสำคัญนี้ทำให้การผันน้ำเพื่อตอบสนองความต้องการของพื้นที่นอกลุ่มน้ำนั้นจะสามารถใช้ได้เฉพาะน้ำส่วนที่เหลือ (Surplus) ภายหลังจากที่ได้ถูกใช้เพื่อตอบสนองความต้องการของพื้นที่ที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำแล้วเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าโดยทั่วไปแล้วพื้นที่ที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำ (Drainage basin) จำต้องพึ่งพาน้ำในลุ่มแม่น้ำมากกว่าน้ำจากนอกลุ่มน้ำนั่นเอง และบนพื้นฐานของการพึ่งพาน้ำในแม่น้ำนี้เอง Krishna Tribunal ได้เคยมีคำวินิจฉัยว่า

"ในการแบ่งอย่างเป็นธรรมนั้น การใช้น้ำในอนาคต (future use) ที่ต้องการผันน้ำออกนอกลุ่มแม่น้ำก็ถือเป็นปัจจัยเกี่ยวข้องเช่นกัน แต่ Krishna Tribunal ให้น้ำหนักแก่ความต้องการผันน้ำภายในลุ่มน้ำมากกว่า"

การให้ความสำคัญนี้วางอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่า การพึ่งพาน้ำของพื้นที่ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ลุ่มน้ำย่อมมีมากกว่าพื้นที่ที่ตั้งอยู่นอกพื้นที่ลุ่มน้ำ อย่างไรก็ตามหากจะมีการพิจารณากำหนดให้การใช้น้ำภายในพื้นที่ลุ่มน้ำมีความสำคัญมากกว่า การใช้น้ำของพื้นที่ที่อยู่นอกลุ่มแม่น้ำแล้วควร

¹⁹⁶ Ibid.353-355

พิจารณาจากลักษณะการใช้น้ำมากกว่าที่จะพิจารณาว่าเป็นการใช้น้ำภายในลุ่มน้ำ หรือการใช้น้ำนอกลุ่มแม่น้ำ¹⁹⁷

ในส่วนตัวผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของ Feuntes ที่กำหนดให้การใช้น้ำในครัวเรือนมีความสำคัญสูงสุด เนื่องจากการพัฒนาและการใช้น้ำทุกอย่างนั้นเป็นไปเพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตของมนุษย์ ดังนั้นเราจึงควรเอามนุษย์เป็นที่ตั้ง การพัฒนาจะมีไปเพื่ออะไรหากมนุษย์ไม่สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ เหตุนี้การใช้น้ำที่สำคัญที่สุดจึงควรเป็นการใช้น้ำเพื่อตอบสนองของความจำเป็นพื้นฐานในชีวิตมนุษย์ก่อน แล้วจึงค่อยให้ความสำคัญกับการใช้น้ำในลักษณะอื่นๆ เป็นอันดับต่อไป ดังนั้นการที่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้น้ำทางอื่นที่มีใช้การเดินเรือในลำน้ำระหว่างประเทศได้มีการกำหนดให้พิจารณาเป็นพิเศษถึงความจำเป็นที่สำคัญของมนุษย์ก่อนสำหรับกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างการใช้ในลักษณะที่ต่างกัมนั้นจึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว ส่วนลำดับความสำคัญของการใช้น้ำในรูปแบบอื่นๆ นั้นไม่ควรกำหนดเพราะเป็นเรื่องลักษณะการใช้น้ำในพื้นที่นั้นๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละพื้นที่ไป

และในส่วนความเห็นที่ว่า การใช้น้ำเพื่อการชลประทานควรมีความสำคัญกว่าการใช้น้ำในลักษณะอื่นๆ เช่นการผลิตกระแสไฟฟ้าโดยอัตโนมัติ เนื่องจากการใช้น้ำเพื่อการชลประทานไม่มีสิ่งใดสามารถทดแทนน้ำได้นั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว เนื่องจากความจำเป็นในการใช้น้ำของแต่ละรัฐนั้นต่างกัน และการที่รัฐต้องการใช้น้ำเพื่อการชลประทานนั้นก็มิได้หมายความว่า รัฐต้องการใช้น้ำเพื่อผลิตอาหารเลี้ยงคนในประเทศทุกกรณีไป ดังนั้นการกำหนดให้การใช้น้ำเพื่อการชลประทานมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำในลักษณะอื่นโดยอัตโนมัตินั้นจึงเป็นสิ่งที่ไม่สมควร เห็นได้ในตัวอย่างซึ่งผู้เขียนสมมุติขึ้นดังนี้

รัฐ A เป็นรัฐต้นน้ำสภาพภูมิประเทศส่วนใหญ่เป็นภูเขาและยากจน รัฐ A ต้องการพัฒนาอุตสาหกรรมภายในประเทศแทนการพัฒนาเกษตรกรรมเนื่องจากสภาพภูมิประเทศเป็นภูเขามีสพื้นที่เพาะปลูกได้เพียงเล็กน้อย แต่ไม่มีแหล่งพลังงานอื่นนอกจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านรัฐ A และรัฐ A ก็ยากจนเกินกว่าที่จะซื้อน้ำมันมาผลิตไฟฟ้าได้ตลอด รัฐ A จึงมีความต้องการในการสร้างเขื่อนบนแม่น้ำเพื่อการผลิตไฟฟ้าสำหรับการพัฒนาอุตสาหกรรมและการท่องเที่ยว

¹⁹⁷ Ximena Fuentes. "The criteria for the equitable utilization of international rivers," *The British Yearbook of International Law* 1996. (1996):355-356

ภายในประเทศ ส่วนรัฐ B ซึ่งเป็นรัฐปลายน้ำนั้นเป็นประเทศที่พึ่งพาการเกษตรเป็นหลักเพราะภูมิประเทศเป็นที่ราบลุ่มและตั้งอยู่บนพื้นที่สามเหลี่ยมปากแม่น้ำ แต่มีข้อเท็จจริงว่ารัฐ B นั้นใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านรัฐ B เพื่อการชลประทานสำหรับการเกษตร และรัฐ B สามารถเพาะปลูกได้มากถึง 3 ครั้งต่อปี ซึ่งผลผลิตทางการเกษตรที่ได้ส่วนใหญ่เป็นการผลิตเพื่อส่งออกจำหน่ายยังต่างประเทศ ในขณะที่รัฐ A ซึ่งเป็นรัฐต้นน้ำนั้นสามารถเพาะปลูกเพียงปีละ 1 ครั้งเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้น่าหากมีความขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้น้ำเกิดขึ้น และมีการกำหนดให้การใช้น้ำเพื่อการชลประทานมีความสำคัญเหนือการใช้น้ำลักษณะอื่นๆ โดยอัตโนมัติแล้วก็จะเกิดผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้น เนื่องจากรัฐ A ย่อมไม่สามารถสร้างเขื่อนบนแม่น้ำเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมและเพิ่มพื้นที่เพาะปลูกภายในประเทศได้ เพราะจะกระทบต่อการใช้น้ำเพื่อการชลประทานในพื้นที่เพาะปลูกในรัฐ B ในขณะที่รัฐ B ยังได้ประโยชน์จากการชลประทานเพื่อเพิ่มผลผลิตสำหรับส่งออก มิใช่เป็นการใช้น้ำเพื่อตอบสนองความต้องการน้ำและเพื่อผลิตอาหารเลี้ยงประชาชนภายในประเทศ

เหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้ การใช้น้ำเพื่อการชลประทานซึ่งมีความสำคัญรองมาจากการใช้น้ำเพื่อการอุปโภคบริโภค มีความสำคัญเหนือกว่าการใช้น้ำอย่างอื่นโดยอัตโนมัตินั้นเป็นสิ่งที่ไม่ควรกำหนดไว้ แต่ควรจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป

และในประเด็นที่ว่าความจำเป็นในการใช้น้ำของพื้นที่ที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำควรมีความสำคัญเหนือกว่าความจำเป็นในการใช้น้ำของพื้นที่ที่ตั้งอยู่นอกลุ่มน้ำนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อเสนอของ Ximena ที่เห็นว่าความจำเป็นในการใช้น้ำของพื้นที่ใดจะมีความสำคัญมากกว่ากันนั้นควรพิจารณาจากลักษณะการพึ่งพาน้ำ และลักษณะการใช้น้ำมากกว่าที่จะพิจารณาว่าเป็นการใช้น้ำของพื้นที่ที่ตั้งอยู่ภายในหรือภายนอกลุ่มน้ำ

3.4 กระบวนการในการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและการระงับข้อพิพาท

เนื่องจากความเป็นธรรมในการใช้น้ำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีความชัดเจนในตัวเอง ดังนั้นการที่จะนำหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมซึ่งเป็นหลักกฎหมายในสนธิสัญญาญติมาก่อนให้เกิดผลที่เป็นรูปธรรม จึงจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายในส่วนที่เป็นวิธีบัญญัติมารองรับเพื่อกำหนดให้มีกระบวนการในการปรึกษาหารือ หรือเจรจาระหว่างประเทศที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำเดียวกันอันนำไปสู่การกำหนดขอบเขตของสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมขึ้น เหตุนี้การพิจารณหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมจึงต้องพิจารณาควบคู่ไปกับหน้าที่ในการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศซึ่งเป็นส่วนที่ร่วมด้วย

หน้าที่ของรัฐในส่วนที่เป็นกระบวนการ(Procedure)ในการใช้น้ำ จากการศึกษาพบว่า หน้าที่ของรัฐในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศจำแนกได้ 4 ประการดังนี้

1. หน้าที่ในการให้ความร่วมมือ
2. หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร
3. หน้าที่ในการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการดำเนินโครงการ
4. หน้าที่ในการปรึกษาหารือ

3.4.1. หน้าที่ในการให้ความร่วมมือ

หน้าที่ในการให้ความร่วมมือ เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐทั้งหลายที่มีสิทธิใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศต้องร่วมมือกันในการใช้ทรัพยากรธรรมชาตินั้น เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในขณะเดียวกันก็เกิดผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมน้อยที่สุด

หน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับการก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้น้ำซึ่งต้องอาศัยข้อมูลอย่างมากในการพิจารณาเพื่อกำหนดขอบเขตสิทธิการใช้น้ำของรัฐมีน้ำแต่ละฝ่าย เหตุนี้ผลของหน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศนี้ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารต่างๆ อีกด้วยดังจะได้กล่าวต่อไป พร้อมๆไปกับการใช้น้ำ นอกจากนี้การที่จะใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศให้เกิดประโยชน์สูงสุด และสูญเสียน้ำโดยเปล่าประโยชน์น้อยที่สุดนั้นก็แทบจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยหากไม่มีความร่วมมือในการใช้น้ำระหว่างรัฐต่างๆ

หน้าที่ในการให้ความร่วมมือจึงได้ถูกกำหนดไว้ในสนธิสัญญาหลายฉบับ เช่น

- the Agreement of 17 July 1964 between Poland and the USSR concerning the use of water resources in frontier waters
- the Agreement on the Cooperation for the sustainable development of the Mekong River basin 1995

นอกจากนี้หน้าที่ร่วมมือกันในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้ยังได้รับการบรรจุเข้าไว้ในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและหน้าที่ของรัฐ มาตรา 3 (the Charter of Economic Rights and Duties of States)¹⁹⁸ รวมทั้งได้มีข้อมติของสหประชาชาติที่ 3129 ลงวันที่

¹⁹⁸The Charter of Economic Rights and Duties of States, Article 3: "In the exploitation of natural resources shared by two or more countries, each state must co-

13 ธันวาคม ค.ศ. 1973(Resolution 3219 of 13 December 1973 on cooperation in the field of the environment concerning natural resources shares by two or more states)¹⁹⁹ อีกด้วย นอกจากนี้หน้าที่ร่วมมือกันนี้ได้ถูกนำมาประมวลไว้ใน United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses มาตรา 8 ด้วย ดังนี้

"รัฐลุ่มน้ำต้องร่วมมือกันบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคในอธิปไตย บูรณภาพเหนือดินแดน ผลประโยชน์ร่วมกัน และความสุจริต เพื่อให้การใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศบรรลุประโยชน์ที่ดีที่สุด และมีมาตรการป้องกันอย่างเพียงพอ"²⁰⁰

หน้าที่ในการให้ความร่วมมือนี้เป็นหน้าที่ที่เป็นผลจากการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ที่ยังมีปัญหาอยู่ เนื่องจากตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วรัฐเองก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับรัฐอื่นๆหากรัฐไม่มีเจตจำนงที่จะให้ความร่วมมือ²⁰¹ ดังนั้นหลักกฎหมายเรื่องการให้ความร่วมมือนี้จึงน่าจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงกฎหมายที่ควรจะเป็น Lex Ferenda เท่านั้น ไม่ได้มีผลบังคับในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามนักกฎหมาย

operate on the basis of a system of information and prior consultations in order to achieve the optimum use of such resources with out causing damage to the legitimate interest of others"

¹⁹⁹International Law Commission.Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10)Vol.2 part1.(New York: United Nations,1994) p.247

²⁰⁰United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997 : Article 8 (General obligation to cooperate):

"Watercourse States shall cooperate on the basis of sovereign equality, territorial integrity, mutual benefit and good faith in order to attain optimal utilization and adequate protection of an international watercourse."

²⁰¹ วิชัย ศรีรัตน์ . "หลักกฎหมายและวิธีการในการควบคุมและป้องกันปัญหามลพิษในแม่น้ำระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีแม่น้ำโขงตอนล่าง." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537 หน้า59

บางท่านเห็นว่าหน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศนี้ ได้รับการรับรองโดยทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว²⁰²

3.4.2. หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร

เพื่อที่จะก่อให้เกิดการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมและการใช้น้ำในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐริมน้ำอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้นั้น รัฐริมน้ำทั้งหลายจำเป็นต้องอาศัยข้อมูลจากรัฐริมน้ำทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณา และเพื่อที่จะให้บรรลุวัตถุประสงค์ของหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่มุ่งให้เกิดประโยชน์สูงสุดจากการใช้น้ำในแม่น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการวางแผนในการใช้น้ำอย่างเป็นระบบและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน หรือมีการจัดการแม่น้ำทั้งสายในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยไม่มีการแบ่งแยกตามพรมแดนของรัฐ และเพื่อที่จะสามารถวางแผนดังกล่าวนี้ได้ รัฐทั้งหลายจึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยข้อมูลจากรัฐริมน้ำต่างๆ อีกเช่นกัน

หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารนี้เป็นผลมาจากพันธกรณีที่รัฐจะต้องให้ความร่วมมือกับรัฐอื่นๆ ในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศนั่นเอง หน้าที่นี้ถูกกำหนดขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะมีข้อมูลเพียงพอที่จะใช้ในการพิจารณาเพื่อก่อให้เกิดความ เป็นธรรมในการใช้น้ำ และเพื่อการใช้น้ำโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่น²⁰³

หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารนี้ได้ถูกรับรองไว้ในสนธิสัญญาฉบับต่างหลายฉบับ เช่น the Agreement on the cooperation for the sustainable development of the Mekong River basin 1995 ,the 1960 Indus water Treaty, The 1995 Revised SADC Protocol และในงานประมวลกฎหมายของนักนิติศาสตร์อันได้แก่ Helsinki Rules on the use of international river 1966²⁰⁴,United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses²⁰⁵ ก็ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเช่นกัน

²⁰² สกฤษฏ์ หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 52

²⁰³ International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1994. (A/49/10)Vol.2 part1.(New York: United Nations,1994) p.250

²⁰⁴ Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966,Article 29: "With a view to preventing disputes from arising between basin States as to their legal

ในส่วนเนื้อหาของข้อมูลที่รัฐจะต้องทำการแลกเปลี่ยนระหว่างกันนั้นตาม United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ได้กำหนดถึงข้อมูลที่จะต้องแลกเปลี่ยนอันได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพของลำน้ำระหว่างประเทศ ข้อมูลทางด้านอุทกวิทยา ข้อมูลทางด้านอุตุนิยมวิทยา ข้อมูลทางด้านระบบนิเวศน์ นอกจากนี้ยังรวมถึงการเตือนล่วงหน้าในเรื่องต่างๆ เช่น อันตรายต่างๆที่เกิดจากการของระดับน้ำอีกด้วย อย่างไรก็ตามข้อมูลที่รัฐมีหน้าที่จะต้องแลกเปลี่ยนกันนั้นจำกัดไว้เพียงข้อมูลที่ไม่เกี่ยวกับความมั่นคงของ

rights or other interest, it is recommended that each basin State furnish relevant and reasonably available information to the other basin States concerning the waters of a drainage basin within its territory and its use of, and activities with respect to, such waters."

²⁰⁵ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997, Article 9: (Regular exchange of data and information)

"1. Pursuant to article 8, watercourse States shall on a regular basis exchange readily available data and information on the condition of the watercourse, in particular that of a hydrological, meteorological, hydrogeological and ecological nature and related to the water quality as well as related forecasts.

2. If a watercourse State is requested by another watercourse State to provide data or information that is not readily available, it shall employ its best efforts to comply with the request but may condition its compliance upon payment by the requesting State of the reasonable costs of collecting and, where appropriate, processing such data or information.

3. Watercourse States shall employ their best efforts to collect and, where appropriate, to process data and information in a manner which facilitates its utilization by the other watercourse States to which it is communicated."

รัฐเท่านั้น หากเป็นกรณีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติ รัฐก็ไม่จำเป็นต้องทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลเช่นนั้น²⁰⁶

และในบางกรณีเพื่อที่จะให้เกิดประสิทธิภาพในการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันนำมาซึ่งความสำเร็จในการวางแผนพัฒนาพื้นที่ลุ่มน้ำทั้งหมดรัฐริมแม่น้ำทั้งหลายก็อาจจะก่อตั้งองค์การร่วมกันเพื่อทำหน้าที่ในการรวบรวมและแลกเปลี่ยนข้อมูลเช่นว่านี้ด้วย เช่นตาม The 1996 Farakka Treaty, the Agreement on the cooperation for the sustainable development of the Mekong River basin 1995²⁰⁷

3.4.3. หน้าที่ในการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการดำเนินโครงการ

หน้าที่บอกกล่าว(Notify)เป็นพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐริมน้ำที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบร้ายแรงต่อรัฐชายฝั่งอื่น มีหน้าที่ต้องแจ้งให้รัฐชายฝั่งอื่นทราบล่วงหน้าถึงโครงการที่ตนจะทำพร้อมทั้งให้ข้อมูลที่จำเป็น ทั้งนี้เพื่อให้รัฐที่อาจได้รับผลร้ายจากการดำเนินโครงการมีโอกาสประเมินผลกระทบจากการดำเนินโครงการและคัดค้านโครงการได้ก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง

หน้าที่ในการบอกกล่าวก่อนการดำเนินโครงการต่างๆนี้ ก่อให้เกิดผลดีอย่างหนึ่งคือเป็นการช่วยป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้น เพราะการปล่อยให้เกิดความเสียหายขึ้นก่อนแล้วจึงมาทำการแก้ไขนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงยิ่งขึ้น เนื่องจากความเสียหายบางอย่าง เช่น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมนั้นไม่อาจแก้ไขให้กลับคืนดังที่เคยเป็นมาได้ภายในระยะเวลาอันสั้น เหตุนี้ในทางปฏิบัติของรัฐทั้งหลายจึงกำหนดให้รัฐที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใดๆ ที่อาจจะเกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อรัฐอื่นมีหน้าที่บอกกล่าวไปยังรัฐริมน้ำอื่นๆที่อาจจะได้รับ

²⁰⁶United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997,Article 31: (Data and information vital to national defence or security)

"Nothing in the present Convention obliges a watercourse State to provide data or information vital to its national defence or security. Nevertheless, that State shall cooperate in good faith with the other watercourse States with a view to providing as much information as possible under the circumstances."

²⁰⁷McCaffrey , Stephen C, The law of international watercourse non-navigational uses . (New York Oxford University Press Inc., 2001) p.412

ผลกระทบจากการดำเนินโครงการดังกล่าวก่อนการดำเนินโครงการนั้นๆ ดังที่ปรากฏในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญาระหว่างออสเตรเลีย เยอรมัน และสวิสเซอร์แลนด์ เกี่ยวกับการผันน้ำจากทะเลสาบ Constance ค.ศ. 1966 (Agreement relating the withdrawal of water from Lake Constance 1966) สนธิสัญญาระหว่างอินเดีย ปากีสถานเกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำสินธุ ค.ศ. 1960 (Indus water Treaty 1960) สนธิสัญญาลุ่มแม่น้ำไนเจอร์ (Agreement concerning the Niger River Commission and the navigation and transport on the River Niger 1964)²⁰⁸

นอกจากจะปรากฏในสนธิสัญญาฉบับต่างๆ แล้วหน้าที่ในการบอกกล่าวยังถูกกำหนดไว้ข้อมติขององค์การสหประชาชาติอันได้แก่ Recommendation ที่ 51 ของ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environmental (Stockholm) 1972 ซึ่งกำหนดว่า

“รัฐทั้งหลายตกลงกันว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำถูกพิจารณาว่าอาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมในดินแดนของรัฐอื่น รัฐอื่นนั้นจะต้องได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนที่กิจกรรมนั้นจะได้ดำเนินการ”²⁰⁹

ในส่วนของงานของนักนิติศาสตร์ก็ได้ให้การสนับสนุนหน้าที่ในการบอกกล่าวนี้เช่นกัน ดังเห็นได้จาก งานของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) อันได้แก่ Resolution on the Use of International Non- Maritime Water (Salzbourg) 1961 ข้อ 5²¹⁰ งานประมวลกฎหมายของสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ Helsinki Rules on the use of the water of the international rivers 1966 และท้ายที่สุดงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติ อันได้แก่ United Nations Convention on the law of the non-navigational

²⁰⁸ สกลยุช หอพิบูลสุข. “ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 53-54

²⁰⁹ Recommendation 51(b)(i): “nations 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 activities envisaged”

²¹⁰ Resolution on the Use of International Non- Maritime Water (Salzbourg) 1961 :Article 5: “The works or uses referred to in the above-mentioned article may only be initiated after due advance notice has been given to the states concerned”

uses of international watercourses ก็ได้ นำพันธกรณีดังกล่าวมากำหนดไว้เช่นกัน²¹¹ เหตุนี้ทำให้อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ในการบอกกล่าวก่อนการดำเนินโครงการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้น ได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว

²¹¹United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997: Article 12: (Notification concerning planned measures with possible adverse effects)

"Before a watercourse State implements or permits the implementation of planned measures which may have a significant adverse effect upon other watercourse States, it shall provide those States with timely notification thereof. Such notification shall be accompanied by available technical data and information, including the results of any environmental impact assessment, in order to enable the notified States to evaluate the possible effects of the planned measures." ;

Article 13 (Period for reply to notification)

"Unless otherwise agreed:

(a) A watercourse State providing a notification under article 12 shall allow the notified States a period of six months within which to study and evaluate the possible effects of the planned measures and to communicate the findings to it;

(b) This period shall, at the request of a notified State for which the evaluation of the planned measures poses special difficulty, be extended for a period of six months.;

Article 14: (Obligations of the notifying State during the period for reply)

"During the period referred to in article 13, the notifying State:

(a) Shall cooperate with the notified States by providing them, on request, with any additional data and information that is available and necessary for an accurate evaluation; and

(b) Shall not implement or permit the implementation of the planned measures without the consent of the notified States.";

3.4.4. หน้าที่ในการปรึกษาหารือ (Prior Consultation and Negotiation)

หน้าที่ในการปรึกษาหารือและเจรจានี้เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้รัฐหันหน้าเข้ามาปรึกษาหารือและเจรจากันเพื่อให้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับการใช้น้ำ โดยหากรัฐที่ได้รับการบอกกล่าวถึงโครงการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่จะเกิดขึ้นแล้วเห็นว่าการใช้น้ำที่จะมีขึ้นจะก่อให้เกิดผลกระทบหรือการใช้น้ำดำเนินการอยู่นั้นได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐตนแล้ว ทั้งรัฐที่ได้รับการบอกกล่าวและรัฐที่เป็นผู้บอกกล่าวนั้นมีหน้าที่ต้องหารือและหากจำเป็นก็ต้องมีการเจรจาเพื่อหาข้อสรุปที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

หน้าที่ปรึกษาหารือและเจรจานี้ได้รับการรับรองไว้ในสนธิสัญญาทั้งหลายที่เกี่ยวกับการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศ ดังเห็นได้จากสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำหลายฉบับ อันได้แก่ Convention relating to development of hydraulic power affecting more than one state 1923 (Article 4),

Article 15: (Reply to notification)

"The notified States shall communicate their findings to the notifying State as early as possible within the period applicable pursuant to article 13. If a notified State finds that implementation of the planned measures would be inconsistent with the provisions of articles 5 or 7, it shall attach to its finding a documented explanation setting forth the reasons for the finding.";

Article 16 :(Absence of reply to notification)

"1. If, within the period applicable pursuant to article 13, the notifying State receives no communication under article 15, it may, subject to its obligations under articles 5 and 7, proceed with the implementation of the planned measures, in accordance with the notification and any other data and information provided to the notified States.

2. Any claim to compensation by a notified State which has failed to reply within the period applicable pursuant to article 13 may be offset by the costs incurred by the notifying State for action undertaken after the expiration of the time for a reply which would not have been undertaken if the notified State had objected within that period."

Agreement regulate the withdrawal of water from lake Constance,

Convention between the Government of the Federal People's Republic of Yugoslavia and the Federal Government of the Austrian Republic concerning water economy questions relating to Drava 1954 (Article 4)

ในส่วนของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นเกี่ยวกับการแบ่งทรัพยากรธรรมชาตินั้น ได้ตัดสินโดยวางหลักการให้รัฐคู่พิพาทมีหน้าที่ต้องเจรจาและปรึกษารือกันเพื่อแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เห็นได้จากคดี Lake Lanoux 1957²¹², North Sea Continental Shelf 1969²¹³, Fisheries Jurisdiction 1974²¹⁴

นอกจากนี้แล้วหน้าที่ปรึกษารือและเจรจาก่อนการดำเนินโครงการยังได้รับการสนับสนุนจากนักนิติศาสตร์ทั้งหลายด้วย ดังปรากฏในงานของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ²¹⁵ และสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ²¹⁶ และงานประมวลกฎหมายของคณะกรรมการกฎหมาย

²¹²J.G. Lammer. "International and European Community Law aspects of pollution of international watercourse" Environmental protection and international law. (London:Graham & Trotman,1993)pp. 132 cited in สกฤษฏ์ หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 57

²¹³ICJ Report 1969 pp.46-47 cited in International Law Commission. Yearbook of the International Law Commission 1980. Vol.2 part1.(New York: United Nations,1980) p.170

²¹⁴Irene H. Van Lier, Acid rain and international law., p.122 cited in สกฤษฏ์ หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 57

²¹⁵Resolution on the Use of International Non-Maritime Waters 1961: ข้อ 7:

"If objections are raised, the States shall enter in negotiations in view of reaching an agreement within a reasonable time. To this end, it is desirable that the States involved make use of technical expertises and if need be of appropriate commissions and organizations to reach solutions ensuring maximum benefits for all concerned."

²¹⁶Helsinki Rules on the use of the water of the international river 1966 : Article 30:
"In case of a dispute between States as to their legal rights or other interests, as defined in article XXVI, they should seek a solution by negotiation.."

ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติอันได้แก่ United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ด้วย²¹⁷

จากหลักฐานที่ปรากฏในข้อแตกต่างๆของกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้นักกฎหมายหลายๆ ท่านได้มีความเห็นว่าหน้าที่ในการปรึกษาหารือและหน้าที่ในการเจรจาได้รับการรับรองทั่วไปว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ซึ่งความเห็นนี้ได้รับการสนับสนุนจาก Caponera, Lammers และ van Lier

ปัญหาที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับหน้าที่ในการปรึกษาหารือก่อนการใช้น้ำอีกประการ ได้แก่ ปัญหาที่ว่าเมื่อรัฐมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจากับรัฐอื่นแล้ว รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องได้รับความยินยอมหรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนการดำเนินโครงการใช้น้ำ หรือไม่? ในปัญหานี้ได้มีความเห็นทางกฎหมายแยกเป็นสองฝ่าย ได้แก่

ฝ่ายแรกเห็นว่า รัฐที่จะดำเนินโครงการนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น หรือต้องมีการทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนการดำเนินโครงการใช้น้ำ ไม่เช่นนั้นรัฐก็ไม่อาจดำเนินโครงการต่างๆได้ ความเห็นฝ่ายนี้ได้รับการสนับสนุนจากองค์การระหว่างประเทศแห่งหนึ่งในทวีปอเมริกาที่

²¹⁷United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997: Article 17: (Consultations and negotiations concerning planned measures)

"1. If a communication is made under article 15 that implementation of the planned measures would be inconsistent with the provisions of articles 5 or 7, 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.

2. The consultations and negotiations shall be conducted on the basis that each State must in good faith pay reasonable regard to the rights and legitimate interests of the other State.

3. During the course of the consultations and negotiations, the notifying State shall, if so requested by the notified State at the time it makes the communication, refrain from implementing or permitting the implementation of the planned measures for a period of six months unless otherwise agreed."

มีชื่อว่า Pan – America Union ใน Declaration concerning the Industrial and Agricultural Use of International River (Montevideo, 24 December 1933), ข้อ 2²¹⁸

ฝ่ายที่สองเห็นว่า แม้รัฐที่ประสงค์จะดำเนินโครงการใช้น้ำจะมีหน้าที่ต้องปรึกษาหารือและเจรจาก่อนการดำเนินโครงการก็ตาม แต่รัฐไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอม หรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนการดำเนินโครงการ แนวคิดนี้เป็นไปตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดี Lake Lanoux ซึ่งเป็นคดีที่พิพาทระหว่าง สเปนและฝรั่งเศสเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่มีไซการเดินเร็ว ซึ่งได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ว่า "วิธีการที่จะประสานผลประโยชน์ของรัฐทั้งสองคือการทำข้อตกลงระหว่างกัน... แต่กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้รัฐสามารถใช้ประโยชน์จากแม่น้ำระหว่างประเทศได้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องมีการทำความตกลงก่อนนั้น ไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป"²¹⁹ นอกจากนี้แนวคิดนี้ยังได้รับการสนับสนุนจาก Caponera ซึ่งได้กล่าวว่า "หน้าที่ในการปรึกษาหารือ ไม่ก่อให้เกิดสิทธิคัดค้าน ดังนั้นรัฐจึงไม่มีหน้าที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่นหรือต้องทำความตกลงกับรัฐอื่นก่อนการดำเนินการ เพราะหน้าที่ดังกล่าวขัดกับหลักอธิปไตยและความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิในการใช้น้ำตามทฤษฎีผลประโยชน์ร่วมกัน"²²⁰

²¹⁸ Declaration concerning the Industrial and Agricultural Use of International River (Montevideo, 24 December 1933): 2:

"...no State may, without the consent of the other riparian State, introduce into water course of an international character, for the industrial or agricultural exploitation of their waters, any alteration which may prove injurious to the margin of the other interested State.

²¹⁹ William L. Griffin, "The use of waters of international drainage basins under the customary international law" *The American journal of international law*. Vol.53 (1959) p.63 cited in สกฤษฏ์ หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล." วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 59

²²⁰ Dante A. Caponera. *Principles of Water Law and Administration: National and International*. (Rotterdam: A.A. Balkema, 1992) p.216 cited in สกฤษฏ์ หอพิบูลสุข. "ปัญหาทางกฎหมายของการผันน้ำจากแม่น้ำโขง ศึกษากรณีโครงการโขง ชี มูล." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539 หน้า 59

3.4.5 การระงับข้อพิพาท

เมื่อพิจารณาจากหน้าที่ของรัฐในการใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศตามกฎหมายในส่วนกระบวนการในการใช้น้ำ ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญากำหนดสิทธิหน้าที่กันไว้ล่วงหน้าแล้ว จะเห็นว่าการกระบวนการการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศจะเริ่มจาก เมื่อรัฐรัฐหนึ่งต้องการที่จะใช้น้ำจากแม่น้ำระหว่างประเทศรัฐนั้นจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆว่ารัฐมีสิทธิใช้น้ำได้แค่ไหนเพียงใดจึงจะเป็นการใช้น้ำที่สมเหตุสมผลและเป็นธรรมไม่เกินสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐอื่น และหากรัฐนั้นเห็นว่าการใช้น้ำของตนอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นได้ รัฐที่ประสงค์จะใช้น้ำนั้นก็จะมีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าว(Notify)ไปยังรัฐทั้งหลายที่อาจได้รับผลกระทบให้ทราบ หากรัฐที่ได้รับแจ้งเห็นว่าการใช้น้ำที่จะได้ถูกดำเนินการขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและหลักการห้ามก่อความเสียหายแก่รัฐอื่นแล้ว รัฐที่ได้รับแจ้งก็จะตอบความเห็นของฝ่ายตนกลับไปยังรัฐที่ประสงค์จะใช้น้ำพร้อมกับเหตุผลต่างๆ หลังจากนั้นรัฐทั้งสองฝ่ายก็จะมีหน้าที่ที่จะต้องปรึกษารือกัน (Consultation) และหากมีความจำเป็นก็อาจจะมีการจัดให้มีการเจรจาขึ้นเพื่อหาข้อยุติ ซึ่งผลของการเจรจาอาจจะนำไปสู่การจัดทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ

หรืออาจเป็นกรณีที่ไม่มีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการดำเนินโครงการใช้น้ำจากรัฐที่มีความประสงค์จะใช้น้ำ แต่รัฐที่อยู่รวมภายในลำน้ำระหว่างประเทศเดียวกันพิจารณาเห็นว่าการใช้น้ำของรัฐริมน้ำ ที่ประสงค์จะใช้น้ำนั้นเกินความเป็นธรรมและสมเหตุสมผลไป รัฐที่คิดว่ารัฐอื่นใช้น้ำเกินความเป็นธรรมไปนั้นต้องบอกกล่าว (Notify) ให้รัฐนั้นทราบ หากรัฐที่ได้รับบอกกล่าวนั้นไม่เห็นด้วยกับสิ่งที่ได้รับบอกกล่าวมารัฐทั้งสองนั้น(หรือหลายรัฐ) ต้องพยายามแก้ไขปัญหานั้นด้วยการปรึกษารือกัน หรืออาจจัดให้มีการเจรจากัน ซึ่งอาจนำไปสู่การจัดทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน แต่หากการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาไม่ประสบความสำเร็จ รัฐคู่พิพาทอาจนำเรื่องไปสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทต่อไป

ตามUnited Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses ได้กำหนดถึงเรื่องการระงับข้อพิพาทไว้ในข้อ 33²²¹ โดยหากคู่พิพาท

²²¹United Nations Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses 1997,Article 33 (Settlement of disputes)

1. In the event of a dispute between two or more Parties concerning the interpretation or application of the present Convention, the Parties concerned shall, in

the absence of an applicable agreement between them, seek a settlement of the dispute by peaceful means in accordance with the following provisions.

2. If the Parties concerned cannot reach agreement by negotiation requested by one of them, they may jointly seek the good offices of, or request mediation or conciliation by, a third party, or make use, as appropriate, of any joint watercourse institutions that may have been established by them or agree to submit the dispute to arbitration or to the International Court of Justice.

3. Subject to the operation of paragraph 10, if after six months from the time of the request for negotiations referred to in paragraph 2, the Parties concerned have not been able to settle their dispute through negotiation or any other means referred to in paragraph 2, the dispute shall be submitted, at the request of any of the parties to the dispute, to impartial fact-finding in accordance with paragraphs 4 to 9, unless the Parties otherwise agree.

4. A Fact-finding Commission shall be established, composed of one member nominated by each Party concerned and in addition a member not having the nationality of any of the Parties concerned chosen by the nominated members who shall serve as Chairman.

5. If the members nominated by the Parties are unable to agree on a Chairman within three months of the request for the establishment of the Commission, any Party concerned may request the Secretary-General of the United Nations to appoint the Chairman who shall not have the nationality of any of the parties to the dispute or of any riparian State of the watercourse concerned. If one of the Parties fails to nominate a member within three months of the initial request pursuant to paragraph 3, any other Party concerned may request the Secretary-General of the United Nations to appoint a person who shall not have the nationality of any of the parties to the dispute or of any riparian State of the watercourse concerned. The person so appointed shall constitute a single-member Commission.

6. The Commission shall determine its own procedure.

ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ด้วยการเจรจา คู่พิพาทอาจจะร่วมกันหาทางระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยให้มีการจัดการเจรจาขึ้นโดยรัฐฝ่ายที่สาม(Good office) หรืออาจขอให้รัฐฝ่ายที่สามเข้ามาเป็นตัวกลางในการไกล่เกลี่ย(Mediation) หรือประนอมข้อพิพาท(Conciliation)หรือใช้วิธีการอื่นที่รัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเห็นว่าเหมาะสม เช่นการใช้การระงับข้อพิพาทโดยอาศัยกลไกทางสถาบันของ

7. The Parties concerned have the obligation to provide the Commission with such information as it may require and, on request, to permit the Commission to have access to their respective territory and to inspect any facilities, plant, equipment, construction or natural feature relevant for the purpose of its inquiry.

8. The Commission shall adopt its report by a majority vote, unless it is a single-member Commission, and shall submit that report to the Parties concerned setting forth its findings and the reasons there for and such recommendations as it deems appropriate for an equitable solution of the dispute, which the Parties concerned shall consider in good faith.

9. The expenses of the Commission shall be borne equally by the Parties concerned.

10. When ratifying, accepting, approving or acceding to the present Convention, or at any time thereafter, a Party which is not a regional economic integration organization may declare in a written instrument submitted to the Depository that, in respect of any dispute not resolved in accordance with paragraph 2, it recognizes as compulsory ipso facto and without special agreement in relation to any Party accepting the same obligation:

(a) Submission of the dispute to the International Court of Justice; and/or

(b) Arbitration by an arbitral tribunal established and operating, unless the parties to the dispute otherwise agreed, in accordance with the procedure laid down in the annex to the present Convention.

A Party which is a regional economic integration organization may make a declaration with like effect in relation to arbitration in accordance with subparagraph (b).

องค์กรจัดการน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายร่วมกันจัดตั้งขึ้น หรืออาจมีการตกลงร่วมกันที่จะส่งข้อพิพาทให้กับอนุญาโตตุลาการหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด แต่หากครบกำหนดเวลา 6 เดือนนับจากเวลาที่ได้มีการขอให้มีการเจรจาขึ้น และคู่พิพาทยังไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยวิธีการใดๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คู่พิพาทมีหน้าที่ต้องส่งข้อพิพาทไปยังคณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริง (Fact-finding) ที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายร่วมกันตั้งขึ้น เว้นแต่รัฐคู่พิพาทจะเห็นเป็นอย่างอื่น นอกจากนี้เมื่อคู่พิพาทให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฉบับนี้ คู่พิพาทอาจจะประกาศในสัตยาบันสาส์นก็ได้ว่า หากข้อพิพาทไม่อาจแก้ไขได้ด้วยวิธีการต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และหากไม่มีข้อตกลงไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทที่ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาฉบับนี้ ย่อมรับพันธกรณีที่จะส่งข้อพิพาทไปให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้ตัดสินหรือส่งข้อพิพาทไปสู่การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกระบวนการตั้งอนุญาโตตุลาการและการดำเนินงานนี้จะเป็นไปตามภาคผนวกของความตกลงฉบับนี้ เว้นแต่คู่พิพาทจะได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น

3.5. การจัดการน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศในปัจจุบัน

จากการศึกษาสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ พบว่าแม่สนธิสัญญาส่วนใหญ่จะรับรองหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมก็ตาม แต่ก็ยังมีลักษณะการแบ่งน้ำ (Allocation) หรือการจัดการน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่แตกต่างกันซึ่งอาจจำแนกได้ 3 ลักษณะ²²² ได้แก่

3.5.1. Global Allocation

การแบ่งน้ำแบบนี้จะเป็นการแบ่งน้ำโดยการแบ่งปริมาณน้ำที่มีอยู่ในแม่น้ำระหว่างประเทศนั้นๆ ให้แก่ประเทศต่างๆ โดยอาศัยปัจจัยที่ยอมรับโดยประเทศทั้งหลายเป็นเครื่องพิจารณา การแบ่งน้ำแบบนี้ประเทศทั้งหลายที่เกี่ยวข้องจะทำสนธิสัญญากำหนดปริมาณน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่แต่ละประเทศควรได้รับ เช่นกรณีของแม่น้ำ Colorado และ Rio Grande ระหว่าง

²²² Legal Study Team Policy and Planning division, Mekong Secretariat. "a study on allocation of water resources of international river basins" Study on Principles and criteria for allocation, use, conservation and development of international water resource. (Bangkok : Mekong Secretariat, 1993.) p.4-8

ประเทศสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก (Treaty) แม่น้ำคงคา (Gange) ระหว่างประเทศอินเดียกับบังคลาเทศ (Treaty) หรืออาจเป็นการแบ่งจำนวนแม่น้ำให้แต่ละประเทศ เช่น กรณีของอินเดียและปากีสถาน (Treaty) โดยการตกลงทั้ง 2 แบบนี้ ขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นๆ จะเห็นว่าการแบ่งแบบใดเป็นธรรมแก่ตน การตกลงแบบนี้ทำให้ประเทศแต่ละประเทศสามารถใช้น้ำได้ตามที่ต้องการ (ภายใต้ส่วนแบ่งที่ได้รับตามความตกลง) แต่จะไม่ได้เป็นการพิจารณาผลประโยชน์โดยรวมของพื้นที่ลุ่มน้ำ ส่วนใหญ่การแบ่งน้ำแบบนี้จะเกิดขึ้นในกรณีระหว่างประเทศสองประเทศ ที่มีอำนาจต่อรองต่างกัน คือ ประเทศที่มีอำนาจมากฝ่ายหนึ่ง และประเทศที่มีอำนาจน้อยอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อดีของการแบ่งน้ำแบบนี้คือ รัฐริมน้ำจะทราบปริมาณน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศที่ตนเองมีสิทธิจะใช้อย่างชัดเจน แต่มีข้อเสียคือการแบ่งน้ำแบบนี้ไม่สัมพันธ์กับลักษณะทางธรรมชาติของแม่น้ำ และในระยะยาวการแบ่งน้ำแบบนี้จะเกิดความไม่สมดุลระหว่างความจำเป็นของแต่ละรัฐที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคม และปริมาณน้ำที่แต่ละรัฐสามารถใช้ได้ซึ่งถูกกำหนดอย่างตายตัวตามความตกลงระหว่างประเทศ การแบ่งน้ำแบบนี้ อาจจะทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศตามมาในภายหลังหากมีการเรียกร้องให้มีการเจรจาเพื่อปรับปรุงความตกลงโดยรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ไม่ได้รับการตอบสนองจากรัฐอีกฝ่าย การพัฒนาและรักษาระบบนิเวศน์ในลุ่มแม่น้ำโดยรวมไม่สามารถทำได้เนื่องจากการแบ่งน้ำแบบนี้ไม่ส่งเสริมความร่วมมือประสานงานระหว่างประเทศ

3.5.2. Project Allocation

การแบ่งน้ำแบบนี้เป็นตามความสำคัญของแต่ละโครงการที่ทำอยู่ในแต่ละประเทศ เพื่อตอบสนองความต้องการของแต่ละประเทศโดยไม่มีการวางแผนรวม การแบ่งน้ำแบบนี้รัฐริมน้ำทั้งหลายจะตกลงกันถึงปริมาณน้ำที่จะแบ่งให้แก่โครงการ (Project) แต่ละโครงการ เมื่อประเทศทั้งหลายเห็นชอบก็จะดำเนินการตามนั้น ปริมาณที่จะแบ่งให้กับแต่ละโครงการนั้นขึ้นอยู่กับลักษณะทางธรรมชาติและลักษณะของโครงการนั้นๆ เช่น กรณีเขื่อนไฟฟ้า Itapu ในแม่น้ำ La Plate ที่ตั้งอยู่ระหว่างบราซิล และปารากวัย

ข้อดีของการแบ่งน้ำตามโครงการแบบ Project Allocation คือ การพัฒนาและใช้น้ำนั้นเป็นไปตามความต้องการของแต่ละประเทศ และการแบ่งน้ำแบบนี้ช่วยสนับสนุนการพัฒนาาร่วมกันของประเทศที่ตั้งอยู่ในลุ่มน้ำเดียวกัน อย่างไรก็ตามข้อเสียของการแบ่งน้ำแบบนี้คือ กระบวนการพัฒนาทรัพยากรน้ำเป็นไปอย่างช้าๆ เพราะมีเพียงการร่วมกันพิจารณาโครงการต่างๆ ของแต่ละประเทศแต่เพียงอย่างเดียว ไม่มีการวางแผนพัฒนาร่วมกันทั้งลุ่มน้ำ นอกจากนี้การแบ่งน้ำแบบ Project allocation นี้ยังก่อให้เกิดพันธกรณีสำหรับประเทศต่างๆ ในลุ่มน้ำเดียวกันในการ

รักษาระดับน้ำเพื่อไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐพลายน้ำ รัฐริมน้ำอาจต้องเจรจาและแก้ไขตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำเป็นครั้งๆไปตามการพัฒนาโครงการต่างๆ ที่เพิ่มขึ้น

3.5.3. *Integrated Basin Plan Allocation*

การแบ่งน้ำแบบนี้คือการแบ่งน้ำตามความต้องการของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของแผนงานพัฒนาลุ่มน้ำหรือแผนปฏิบัติการเกี่ยวกับลุ่มน้ำ(Integrate basin plan) ที่ได้มีการตกลงร่วมกันไว้

ข้อดีของการแบ่งน้ำแบบ Integrate Basin Plan Allocation คือ การแบ่งน้ำแบบนี้จะช่วยส่งเสริมความร่วมมือและการช่วยเหลืออย่างใกล้ชิดในหมู่อริมน้ำที่เป็นเพื่อนบ้านกัน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดแผนพัฒนาร่วมกัน ข้อยุ่งยากของการแบ่งน้ำแบบนี้คือ การแบ่งน้ำแบบนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่แต่ละประเทศได้สูงสุดได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของพื้นที่ ความสามารถทางเทคโนโลยีของประเทศในลุ่มแม่น้ำ และความไวเนื้อเชื่อใจระหว่างรัฐต่างๆ ดังนั้นหากมีปัญหาด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในหมู่อริมน้ำทั้งหลายก็อาจจะทำให้การพัฒนาชะงักลงได้ นอกจากนี้แล้วกระบวนการอนุมัติแผนพัฒนาลุ่มแม่น้ำร่วมกันนั้นยังใช้เวลานานและจำเป็นต้องมีการปรับปรุงเป็นระยะเพื่อให้เหมาะกับสภาพที่แท้จริงของลุ่มแม่น้ำและยังจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือด้านข้อมูลจากประเทศต่างๆในลุ่มแม่น้ำ และเนื่องจากต้องมีการบังคับใช้แผนพัฒนาลุ่มน้ำกับลุ่มแม่น้ำทั้งหมดทำให้ต้องได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายและกลไกทางสถาบันระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐริมน้ำทุกรัฐได้ประโยชน์สูงสุดจากการร่วมกันบริหารจัดการลุ่มน้ำแบบนี้

3.6 ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้หลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม

จากการศึกษาหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในแม่น้ำระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะเห็นว่าแม้รัฐริมน้ำส่วนใหญ่จะยอมรับหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมก็ตามแต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐริมน้ำทุกรัฐจะต้องแก้ปัญหาความขัดแย้งเรื่องสิทธิการใช้น้ำโดยการพิจารณาจากปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง ตามหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมที่ถูกกำหนดไว้ในงานประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น รัฐในฐานะผู้ทรงสิทธิอธิปไตย (Subject in law) ก็ย่อมมีสิทธิตกลงแก้ไขปัญหาความขัดแย้งเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศตามแนวทางที่ตนเห็นว่าเป็นธรรมได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้แม้ รัฐต่างๆจะยอมรับหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมแล้วก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่า การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำนั้นจะประสบผลสำเร็จและเกิดผลที่เป็นธรรมเสมอไป อาจกล่าวได้ว่าการที่จะแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งเรื่องสิทธิการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศให้ประสบผลสำเร็จนั้น นอกจากจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบทางด้านกฎหมายแล้ว สภาพการเมืองระหว่างประเทศ หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยังเข้ามามีบทบาทในการตัดสินว่าการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งเรื่องการใช้น้ำนั้นจะประสบความสำเร็จหรือไม่อีกด้วย เห็นได้จากกรณีพิพาทเรื่องการใช้น้ำในแม่น้ำ Euphrates และ Tigris ระหว่างตุรกี ซีเรีย และอิรักดังนี้

แม่น้ำ Euphrates มีความยาวทั้งสิ้น 2,700 กิโลเมตร โดยมีต้นกำเนิดในตุรกีจากที่สูง (High land) ทางตะวันออกของตุรกีและไหลไปทางตะวันตกผ่านซีเรียและอิรักและไหลลงสู่ทะเลที่อ่าวเปอร์เซีย มีปริมาณน้ำเฉลี่ยต่อปีเท่ากับ 35.9 พันล้านลูกบาศก์เมตร โดยตุรกีเป็นประเทศที่ปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำ Euphrates เป็นจำนวนมากถึง 88 % ของปริมาณน้ำทั้งหมด และซีเรีย ปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำ Euphrates อีก 12% (ที่จริงแล้วซีเรียปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำ Euphrates เพียงแค่ร้อยละ 2 ของปริมาณน้ำทั้งหมดเท่านั้น เนื่องจาก น้ำอีกร้อยละ 10 ที่ซีเรียปล่อยลงสู่แม่น้ำ Euphrates นั้นมาจากลำน้ำสาขาของแม่น้ำ Euphrates ที่มีชื่อว่า Khabur และ Balikh ซึ่งหากว่ากันตามความเป็นจริงแล้ว ลำน้ำทั้งสองนี้ก็เกิดกำเนิดอยู่ในตุรกีเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าตุรกีเพียงประเทศเดียวที่ปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำ Euphrates เป็นจำนวนถึง ร้อยละ 98 ของปริมาณน้ำทั้งหมด) ส่วนในประเทศอิรักนั้นไม่มีลำน้ำสาขาที่ไหลลงสู่แม่น้ำ Euphrates มีเพียงคลองผันน้ำซึ่งรัฐบาลอิรักจัดสร้างขึ้นเพื่อผันน้ำจากแม่น้ำ Tigris เข้าสู่แม่น้ำ Euphrates เท่านั้น

ส่วนแม่น้ำ Tigris ซึ่งมีความยาวทั้งสิ้น 1840 กิโลเมตร นั้นก็ถือกำเนิดในประเทศตุรกีและไหลผ่านซีเรียและอิรักเช่นเดียวกัน แต่สำหรับกรณีแม่น้ำ Tigris นั้น ตุรกีปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำ Tigris คิดเป็นร้อยละ 51.8 ในขณะที่อิรักปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำ Tigris คิดเป็นร้อยละ 49.2 ส่วนซีเรียนั้นไม่ได้ปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำ Tigris เลย และแม่น้ำ Tigris นี้เองที่ได้มีการผันน้ำจากแม่น้ำ Tigris ไปยังแม่น้ำ Euphrates และด้วยลักษณะการไหลที่ไม่ปกติของกระแสน้ำจากลำน้ำสาขาที่ไหลมาสู่แม่น้ำ Tigris ทำให้น้ำในแม่น้ำ Tigris มีปริมาณที่ไม่แน่นอนนักและก่อให้เกิดปัญหาน้ำท่วมตามมา

ปัญหาข้อพิพาท เกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำ Euphrates และ Tigris ระหว่างตุรกี ซีเรีย และอิรักนั้นเริ่มต้นมาจากทศวรรษที่ 1980 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ตุรกีได้เริ่มดำเนินโครงการพัฒนาพื้นที่ทางตะวันออกเฉียงใต้บริเวณที่ราบสูงอนาโตเลียของตุรกี (หรือที่เรียกว่า GAP) โดยตุรกีได้วางแผนก่อสร้างเขื่อน 22 แห่ง รวมทั้งสถานีไฟฟ้าพลังน้ำ (Hydro power plant) 19 แห่ง บนแม่น้ำ

Euphrates และ Tigris และลำน้ำสาขาของแม่น้ำทั้งสอง รวมทั้งวางแผนผันน้ำจากแม่น้ำ Euphrates ไปหล่อเลี้ยงพื้นที่ชลประทานจำนวน 1.7 ล้านเฮคตาร์ในทุ่ง Harran ปัจจุบันการก่อสร้างเขื่อนและสถานีไฟฟ้าพลังน้ำตามโครงการพัฒนาพื้นที่ทางตะวันออกเฉียงใต้บริเวณที่ราบสูงอนาโตเลียของตุรกีนั้นยังไม่เสร็จสมบูรณ์ โดยคาดว่าจะการใช้น้ำตามโครงการจะดำเนินการได้อย่างเต็มศักยภาพในปี ค.ศ. 2020 การดำเนินโครงการดังกล่าวของตุรกีนั้นก่อให้เกิดความวิตกกังวลแก่รัฐบาลน้ำอันได้แก่ซีเรียและอิรักซึ่งเป็นรัฐที่มีการใช้น้ำในแม่น้ำ Euphrates และ Tigris มาก่อนตุรกี และเป็นสาเหตุของความขัดแย้งระหว่างรัฐทั้งสาม

อย่างไรก็ตามก่อนหน้านี้ที่ตุรกีจะเริ่มต้นโครงการพัฒนาพื้นที่ทางตะวันออกเฉียงใต้บริเวณที่ราบสูงอนาโตเลีย ซีเรียกับอิรักก็ความขัดแย้งเรื่องการใช้งานน้ำในแม่น้ำ Euphrates อยู่ก่อนหน้านี้แล้ว เนื่องจากซีเรียได้มีความพยายามที่จะพัฒนาโครงการชลประทานบนแม่น้ำ Euphrates ในดินแดนของตนอันส่งผลให้ปริมาณน้ำในแม่น้ำ Euphrates ในประเทศอิรักลดลงลง ความขัดแย้งเรื่องการใช้งานน้ำระหว่างซีเรียและอิรักนั้นรุกรามจนกระทั่งประเทศทั้งสองได้มีการส่งปิดพรมแดนที่ติดต่อกัน อย่างไรก็ตาม ซาอูดิอาระเบียได้เข้ามาไกล่เกลี่ยความขัดแย้งดังกล่าวจนสงบลง

หลังจากความขัดแย้งเรื่องการใช้งานน้ำระหว่างซีเรียและอิรักผ่อนคลายความตึงเครียดลง ตุรกีก็เริ่มโครงการพัฒนาพื้นที่ทางตะวันออกเฉียงใต้บริเวณที่ราบสูงอนาโตเลีย และซีเรียซึ่งกังวลว่าตุรกีจะกลายเป็นรัฐที่ควบคุมปริมาณน้ำในแม่น้ำ Euphrates และ Tigris แต่เพียงฝ่ายเดียวก็ได้เริ่มให้การสนับสนุนกลุ่มแบ่งแยกดินแดนชาวเคิร์ดในตุรกีซึ่งนำโดยพรรค Kurdish Workers Party (PKK) เพื่อดำเนินกิจกรรมต่างๆที่บั่นทอนเสถียรภาพของรัฐบาลตุรกี และก่อให้เกิดความไม่สงบในพื้นที่ และในระหว่างที่ซีเรียให้การสนับสนุนกลุ่มแบ่งแยกดินแดนชาวเคิร์ดนั่นเอง ตุรกีก็ได้ยื่นข้อเสนอว่าจะปล่อยน้ำจำนวน 500 ลูกบาศก์เมตรต่อวินาทีให้กับซีเรียเพื่อแลกกับการที่ซีเรียจะต้องหยุดการสนับสนุนกลุ่มแบ่งแยกดินแดนชาวเคิร์ด อย่างไรก็ตามซีเรียไม่ได้ปฏิบัติพันธกรณีดังกล่าวทำให้ตุรกียกเลิกข้อเสนอเช่นนั้นเช่นเดียวกัน โดยนาย Suleyman Demirel ประธานาธิบดีของตุรกีได้กล่าวว่า

“ไม่ว่าซีเรียหรืออิรักต่างก็ไม่อาจเรียกร้องแม่น้ำของตุรกีได้ มากไปกว่าการที่อังการา (Ankara) ไม่อาจเรียกร้องน้ำมันซึ่งเป็นสมบัติของรัฐทั้งสอง เราไม่เคยกล่าวถึงเรื่องการแบ่งทรัพยากรน้ำมันของพวกเขาและพวกเขาก็ไม่สามารถพูดถึงเรื่องการแบ่งทรัพยากรน้ำของเราได้”²²³

²²³ available from <http://www.american.edu/ted/ice/tigris.htm> 14 เมษายน 2546

แม้ว่าประเทศทั้งสามจะยังมีความขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้น้ำก็ตาม แต่ทั้งสามประเทศก็ยังมี การตั้งคณะกรรมการทางเทคนิคร่วม(Joint Technical Committee) ซึ่งริเริ่มมาโดยตุรกีและอิรักมา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 และต่อมาใน ปี ค.ศ. 1983 ซึ่งเรียได้ขอเข้าร่วมในคณะกรรมการชุดดังกล่าว โดย คณะกรรมการชุดดังกล่าว นั้นทำหน้าที่เป็นเวทีในการอภิปรายปัญหาเกี่ยวกับน้ำที่เกิดขึ้นในภูมิภาค และเป็นเวทีสำหรับแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการใช้น้ำต่างๆ อย่างไรก็ตามความขัดแย้งเรื่อง การใช้น้ำในแม่น้ำ Euphrates และ Tigris นั้นยังดำเนินต่อมาจนกระทั่งปัจจุบันและยังหาข้อยุติไม่ได้ เนื่องจากทั้งสามรัฐต่างมีความเห็นเกี่ยวกับแนวทางในการแก้ไขปัญหาเพื่อให้เกิดความ สมเหตุสมผลและเป็นธรรมที่ต่างกัน ดังนี้

ฝ่ายตุรกี เชื่อว่า ความเป็นธรรม ความเป็นเหตุเป็นผล และการใช้น้ำเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด นั้นจะสามารถบรรลุผลได้โดยการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งจะช่วยลดสิ้นความต้องการใช้น้ำที่ แท้จริงของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐได้ โดยการที่จะก่อให้เกิดผลดังกล่าวได้นั้นตุรกีได้เสนอ"แผนการสาม ขั้นตอนสำหรับการใช้ลุ่มน้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมและเกิดประโยชน์สูงสุด" (Three- Staged Plan for Optimum, Equitable, and Reasonable Utilization of the Basin)

-การศึกษาทรัพยากรน้ำ (Stage 1 - Inventory Studies For Water Resources)

- การศึกษาพื้นดิน (Stage 2 - Inventory Studies for Land Resources)

- การศึกษาทรัพยากรน้ำและพื้นดิน

(Stage 3 - Evaluation of Water and Land Resources)²²⁴

²²⁴ Stage 1 - Inventory Studies For Water Resources

These will cover the following activities:

1. To exchange the whole available data (levels and discharges) of the selected gauging stations below:

Countries	Gauging Stations	
	on Euphrates	on Tigris
Turkey	Belkizköy	Cizre
Syria	Kadahiya	-
	Abu Kemal	-
Iraq	Husabia	Fishkhabour

1. Experts of the three countries shall agree upon the nomination of the representative meteorological stations in Euphrates - Tigris Basin and exchange data on them as well as the whole available data concerning evaporation, temperature, rainfall, snowfall (if available) on monthly basis for the representative stations.
2. To check the above mentioned data.
3. To measure jointly the discharges at the above mentioned stations in different seasons, if necessary.
4. To evaluate and correct the measurements.
5. To exchange and check data about the quality of water (if such data is not available, to exchange it after it is obtained).
6. To calculate the natural flows at various stations after the estimation of water uses and water losses at various sites.

Stage 2 - Inventory Studies for Land Resources

These will cover the following activities:

1. To exchange information concerning soil classification methods and drainage criteria used and practiced in each country.
2. To check the soil conditions for projects, planned, under construction and in operation.
3. If the studies indicated under item (ii) could not be carried for reasons acceptable to all sides, soil categories shall then be determined to the extent possible.
4. To study and discuss the crop-pattern determined according to soil classification and drainage conditions for projects, planned, under construction and in operation.

-
5. To calculate irrigation and leaching water requirements based on the studies carried out in the above mentioned items for the projects planned, under construction and in operation.

Stage 3 - Evaluation of Water and Land Resources

These will cover the following activities:

1. To discuss and determine irrigation type and system for the planned projects aiming at minimizing water losses and to investigate the possibility of the modernization and rehabilitation of the projects in operation.
2. Based on the project-wise studies under item (2 v.) to determine the total water consumption of the whole projects in each country including municipal and industrial water supply, evaporation losses from reservoirs and the conveyance losses in irrigation schemes.
3. To set up a simulation model which present a river system schematically to analyze the water demand and supply balance, considering the possibility of transferring water from Tigris to Euphrates.
4. To discuss the methods and criteria for determining the economic viability of the planned projects.

The Plan based on above mentioned basic principles has two essential features:

1. The Euphrates and the Tigris have to be considered as forming one single transboundary watercourse system. They are linked not only by their natural course when merging at the Shatt-al-Arab, but also because of a man-made Tharthar Canal connection between the two rivers in Iraq (see Map III). Consequently, all existing and future agricultural water uses need not necessarily be derived from Euphrates. Irrigation water for areas fed by Euphrates, may also be supplied from the Tigris River.

ฝ่ายซีเรีย เห็นว่าการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมนั้นสามารถก่อให้เกิดได้โดย สูตรทางคณิตศาสตร์ โดยมีขั้นตอนดังนี้

1. รัฐริมน้ำแต่ละรัฐแถลงความต้องการใช้น้ำของตนในแม่น้ำแต่ละสาย
2. คำนวณศักยภาพของแม่น้ำ Euphrates และ Tigris ในรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ
3. หากเป็นกรณีที่ต้องการใช้น้ำของรัฐริมน้ำนั้นไม่เกินกว่าปริมาณน้ำที่มีอยู่ก็ให้มีการแบ่งน้ำตามความต้องการของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ
4. ในกรณีที่ความต้องการใช้น้ำแต่ละประเทศเกินกว่าปริมาณน้ำในแม่น้ำจะตอบสนองได้ ปริมาณความต้องการใช้น้ำที่แต่ละรัฐที่เกินศักยภาพของแม่น้ำนั้น จะต้องพิจารณาปรับลดให้ได้สัดส่วนกับความต้องการของแต่ละรัฐ

ฝ่ายอิรัก เห็นว่าการแบ่งน้ำให้เกิดความเป็นธรรมแก่รัฐทั้งสามฝ่ายทำได้โดย "สูตรทางคณิตศาสตร์สำหรับแบ่งน้ำในแม่น้ำทั้งสองสาย" โดยมีขั้นตอนดังนี้

-
2. The inventory of water and land resources should be drawn up and evaluated jointly since the methods used in each country for data collection, interpretation and evaluation show disparities from country to country and are not readily applicable to transboundary watercourses.

Finally, necessary means and measures should be determined to attain the most reasonable and optimum utilization of resources on the basis of the above mentioned studies. Turkey believes that an equitable, rational and optimum utilization of water resources can be achieved through a scientific study which will determine the true water needs of each riparian country.

The steps taken in this direction will create a positive atmosphere which will be conducive to use in cooperation and mutual benefit not only water but also other natural resources. Thus, these steps will also promote confidence between the states of the region.

(available from <http://www.mfa.gov.tr/grupa/ad/adg/adge/default.htm> 14 เมษายน 2546)

1. รัฐริมน้ำแต่ละรัฐจะต้องแจ้งความต้องการใช้น้ำสำหรับโครงการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน , โครงการใช้น้ำที่กำลังดำเนินการก่อสร้าง และโครงการใช้น้ำที่ได้ถูกวางแผนไว้ไปยังคณะกรรมการทางเทคนิคร่วม(Joint Technical Committee)
2. แลกเปลี่ยนข้อมูลทางอุทกวิทยาของแม่น้ำEuphrates และ Tigris
3. หลังจากเก็บรวบรวมข้อมูลได้ทั้งหมดแล้วคณะกรรมการทางเทคนิคร่วม(Joint Technical) จะคำนวณความต้องการใช้น้ำสำหรับโครงการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน , โครงการใช้น้ำที่กำลังดำเนินการก่อสร้าง และโครงการใช้น้ำที่ได้ถูกวางแผนไว้. การพิจารณาความต้องการใช้น้ำนี้จะทำโดยแยกกัน

พร้อมกับข้อเสนออื่นที่เรียกร้องการให้ตุรกีปล่อยน้ำมากกว่า 500 ลูกบาศก์เมตรต่อวินาที และจะดีมากหากตุรกีจะปล่อยน้ำ 700 ลูกบาศก์เมตรต่อวินาที, ซึ่งจะช่วยเพิ่มปริมาณน้ำในแม่น้ำEuphrates จนถึงระดับ 2/3 ของปริมาณน้ำที่เคยไหลในแม่น้ำ Euphrates²²⁵

จากตัวอย่างที่ผู้เขียนยกมานี้จะเห็นได้ว่าแม้รัฐทุกฝ่ายต่างยอมรับหลักการใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การแก้ไขปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้น้ำจะประสบความสำเร็จและเกิดความเป็นธรรมในการใช้น้ำเสมอไป ทั้งนี้ยังมีปัจจัยอื่นๆที่เข้ามามีผลกระทบต่อ การก่อให้เกิดความสมเหตุสมผลและเป็นธรรมในการใช้น้ำอีก เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐคู่พิพาทและ ความเห็นเกี่ยวกับแนวทางในการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น

สรุป

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้น้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศในปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจนในตัวเอง โดยเฉพาะในประเด็นเรื่อง การใช้น้ำอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม ซึ่งกฎหมายไม่อาจกำหนดได้ว่าการใช้น้ำของรัฐริมน้ำแคไหนและใช้ลักษณะใดจึงจะเป็นธรรม เหตุนี้ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศจึงทำได้เพียงการกำหนดเกณฑ์หรือปัจจัยเพื่อชี้หรือวัดถึงความเป็นธรรมในการใช้น้ำ ปัจจัยที่ใช้ในพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือปัจจัยที่ใช้ในการแบ่งน้ำให้กับรัฐต่างๆนั้นสามารถแสดงในรูปตารางได้ดังนี้

²²⁵ available from <http://www.american.edu/ted/ice/tigris.htm> 14 เมษายน 2546

ตารางที่ 11 ปัจจัยที่ถูกใช้ในการพิจารณาในคดีต่างๆ

ข้อพิพาท ปัจจัย	Krishna water dispute	Narmada water dispute	Lapampa v. Mendoza	Württemberg & Prussia v. Baden
ขนาดของพื้นที่ลุ่มน้ำ	-	/	-	-
ปริมาณน้ำที่ไหลลงสู่ แม่น้ำ	-	/	-	-
ความยาวของแม่น้ำ ระหว่างประเทศที่ไหล ผ่านแต่ละรัฐ	-	-	-	-
พื้นที่ของ ความจำเป็น ทางเศรษฐกิจและ สังคม	/	/	-	-
จำนวนประชากรที่ พึ่งพาน้ำ	/	/	/	-
พื้นที่ชลประทาน/พื้นที่ ที่สามารถทำการ ชลประทานได้	/	/	/	-
ขอบเขตของเศรษฐกิจ ของรัฐที่ขึ้นอยู่ กับ แม่น้ำ	/	-	/	-
ทางเลือกในการใช้ ทรัพยากร/ทรัพยากร น้ำอย่างอื่นที่มีอยู่	/	/	-	-
การใช้น้ำที่ดำเนินการ อยู่ในปัจจุบัน	/	-	-	-
ประสิทธิ ภาพในการใช้ น้ำ	-	/	/	-
ผลกระทบกับรัฐริมน้ำ อื่น	-	-	-	/

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏจะเห็นได้ว่าปัจจัยที่มีน้ำหนักมากในการชี้ขาดว่าฝ่ายใดควรจะมียุติได้ใช้น้ำนั้นคือ ปัจจัยเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งช่วยชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการใช้น้ำที่แท้จริงของรัฐริมน้ำแต่ละรัฐ (Real Needs) ได้ การให้น้ำหนักแก่ปัจจัยในด้านความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้นสอดคล้องกับหลักการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมที่มุ่งก่อให้เกิดการใช้น้ำที่มีประโยชน์สูงสุดและสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของรัฐริมน้ำแต่รัฐโดยมีการสูญเสียประโยชน์ให้น้อยที่สุด โดยปัจจัยที่ถูกนำมาพิจารณาเพื่อชี้ให้เห็นถึงความ

ต้องการใช้น้ำที่แท้จริงมากที่สุดได้แก่ปัจจัยเรื่องจำนวนประชากรที่ต้องพึ่งพาน้ำในแต่ละรัฐ และปัจจัยเรื่องพื้นที่ชลประทานในแต่ละรัฐ

ส่วนปัจจัยอันเกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาตินั้น มีน้ำหนักค่อนข้างน้อยในการพิจารณาถึง การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมในแม่น้ำระหว่างประเทศ และไม่สามารถที่จะนำปัจจัยอันเกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาตินี้มาใช้เป็นปัจจัยสำหรับพิจารณาเพื่อชี้ขาดในเบื้องต้นได้ เพราะปัจจัยนี้ไม่อาจชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการใช้น้ำที่แท้จริงของรัฐริมแม่น้ำแต่ละรัฐได้ และหากนำปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาติมาใช้เป็นปัจจัยสำหรับพิจารณาเพื่อชี้ขาดในเบื้องต้น ก็จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการใช้น้ำรวมทั้งทำให้มีการใช้น้ำโดยเปล่าประโยชน์ได้ แต่ปัจจัยดังกล่าวก็ยังมี ความสำคัญในฐานะเป็นปัจจัยที่ช่วยในการปรับส่วนแบ่งน้ำภายหลังจากที่ได้มีการพิจารณาถึง ความจำเป็นของรัฐริมแม่น้ำแต่ละฝ่ายแล้ว

สำหรับปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพในการใช้น้ำและทางเลือกในการใช้ทรัพยากร/ทรัพยากรน้ำ อย่างอื่นที่มีอยู่นั้นเป็นปัจจัยที่ช่วยชี้ให้เห็นได้ว่ารัฐมีความต้องการใช้น้ำที่แท้จริงหรือไม่

และในส่วนปัจจัยที่ว่าด้วยการใช้น้ำที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบันในแต่ละรัฐนั้นเป็นที่แน่ชัดว่า ปัจจัยนี้ไม่มีความสำคัญเหนือกว่าปัจจัยอื่น

ท้ายสุดสำหรับปัจจัยที่ว่าด้วยผลกระทบจากการใช้น้ำที่เกิดขึ้นกับรัฐริมน้ำอื่นๆ นั้นจากการศึกษาพบว่ายังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าการใช้น้ำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐริมน้ำอื่นๆ มากเพียงใดจึงจะถือเป็นการใช้น้ำที่ไม่เป็นธรรม

จะเห็นได้ว่าการพิจารณาถึงสิทธิการใช้น้ำอย่างเป็นธรรมของรัฐริมน้ำแต่ละฝายนั้นจำเป็นจะต้องพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ไม่อาจพิจารณาชี้ขาดจากปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งเพียง ปัจจัยเดียวได้ แต่การที่กฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีการกำหนดปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึง การใช้น้ำอย่างเป็นธรรมจำพวกหนึ่งจำพวกใดไว้เป็นการเฉพาะจึงอาจจะนำมาซึ่งความไม่ชัดเจน เกี่ยวกับเกณฑ์หรือปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงการใช้น้ำอย่างเป็นธรรม ในสองลักษณะ คือ

1. เกณฑ์หรือปัจจัยที่ใช้ในการวัดถึงความเป็นธรรมนั้นไม่ได้ถูกจำกัดไว้อย่างตายตัวว่า จะต้องใช้เกณฑ์ใดบ้างในการพิจารณา ซึ่งทำให้เกิดข้อดีคือ เกณฑ์ที่ใช่วัดจะมีความหลากหลาย และมีความยืดหยุ่นสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีข้อขัดแย้งต่างได้ดี แต่อาจจะนำไปสู่ปัญหาที่ว่า คู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ว่าจะใช้ปัจจัยหรือเกณฑ์ใดในการพิจารณาเพื่อกำหนดขอบเขตของสิทธิ การใช้น้ำอย่างเป็นธรรม, และ

2. การที่ไม่ได้มีการกำหนดน้ำหนักของปัจจัยแต่ละปัจจัยไว้ อาจจะไปสู่ปัญหาที่ว่า คู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ว่าจะให้น้ำหนักแก่ปัจจัยหรือเกณฑ์แต่ละตัวอย่างไร

และเนื่องจากความเป็นธรรมในการใช้น้ำหนักนี้เป็นสิ่งที่กฎหมายไม่สามารถที่จะกำหนดให้ชัดเจนได้ ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงได้มีการกำหนดกระบวนการใช้น้ำหนักระหว่างประเทศโดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการแจ้งและปรึกษาหารือกันก่อนการใช้น้ำหนัก ทั้งนี้เปิดโอกาสให้รัฐที่ประสงค์จะใช้น้ำหนักและรัฐที่อาจจะได้รับผลกระทบมีโอกาสเข้าสู่การปรึกษาหารือและเจรจากันเพื่อนำไปสู่การจัดทำข้อตกลงเพื่อกำหนดขอบเขตของสิทธิการใช้น้ำหนักในแม่น้ำระหว่างประเทศต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย