

**EQUITABLE AND REASONABLE UTILIZATION AND THE
OBLIGATION AGAINST CAUSING SIGNIFICANT HARM –
ARE THEY RECONCILABLE?**

By

Salman M.A. Salman

2021

An Essay in six languages

**The original English version of the essay has been published by the
American Journal of International Law (AJIL) Unbound
Volume 115 (May 24, 2021)**

Contents

Original English version of Essay as published

French Translation of the Essay

Spanish Translation of the Essay

Russian Translation of the Essay

Chinese Translation of the Essay

Arabic Translation of the Essay

Preface

Volume 115 of the American Journal of International Law (AJIL) Unbound, published on May 24, 2021, included a number of essays under the banner “Symposium on Interstate Disputes over Water Rights.” Professor Gabriel Eckstein and Professor James Salzman are the co-editors of the Symposium. These essays are open access articles, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution, and are available at:

<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/ajil-unbound-by-symposium/interstate-disputes-over-water-rights>.

One of the essays, written by me, is titled “Equitable and Reasonable Utilization and the Obligation Against Causing Significant Harm – Are they Reconcilable?”

<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/equitable-and-reasonable-utilization-and-the-obligation-against-causing-significant-harm-are-they-reconcilable/62C01AA29C09D397AF23562EE7EDB5F4>.

At the suggestion of some colleagues, the essay is being republished in this booklet in the original English format of the AJIL, and is also being published in French, Spanish, Russian, Chinese and Arabic languages.

I am grateful to a number of colleagues for these translations:

To Ms. Camille Letoublon for the French translation, and to Professor Laurence Boisson de Chazournes and Dr. Mara Tignino for assistance with the translation.

To Mr. Alexander William Gwynn for the Spanish translation, and to Dr. Maria A. Gwynn for assistance with the translation.

To Mr. Daniil Sechin for the Russian translation, and to Professor Ksenia Shestakova for assistance with the translation.

To Professor Desheng Hu for the Chinese translation.

I have done the Arabic translation.

My thanks are also extended to Professor Melissa Durkee, Supervising Editor, AJIL Unbound, and to Professor Gabriel Eckstein and Professor James Salzman for supporting the publication of the translations of the essay. My thanks are due to the colleagues who suggested the idea of the translation.

Salman M.A. Salman

SYMPOSIUM ON INTERSTATE DISPUTES OVER WATER RIGHTS

EQUITABLE AND REASONABLE UTILIZATION AND THE OBLIGATION AGAINST CAUSING SIGNIFICANT HARM – ARE THEY RECONCILABLE?

*Salman M.A. Salman**

The relationship between the principle of equitable and reasonable utilization and the obligation against causing significant harm has been the most challenging issue in the long history of the evolution of international water law. The purpose of this essay is to discuss the genesis of the debate on the relationship between the two concepts, present the opposing positions of the different riparians thereon, and clarify how the UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses has resolved this matter and rendered the two concepts reconcilable.

It should be noted, at the outset, that lower and upper riparians of most shared watercourses generally take opposing views on the relationship between the two concepts. Lower riparians favor the no harm rule because they believe it protects existing uses against impacts resulting from activities undertaken by upstream states. Conversely, upper riparians prefer the equitable and reasonable utilization principle precisely because it provides more scope for states to utilize their fair share of the watercourse for activities that may impact downstream states.¹ Moreover, the relationship between the two concepts is complicated further by differences over the qualitative and quantitative assessment of the obligation not to cause significant harm, and the misunderstandings and misinterpretations of some basic principles of international water law. The less-understood concept of foreclosure of future uses, as discussed later, is one example of such misunderstandings.

As a matter of fact, the different positions of the riparians on the relationship between the two concepts have been the underlying cause of most current disputes on shared watercourses around the globe. The Nile Basin, and the Grand Ethiopian Renaissance Dam (Dam) that Ethiopia is currently constructing on the Blue Nile, are such sharp examples, and the result of the opposing views on the two concepts.² Ethiopia contends that it has the right to construct the Dam because it will enable Ethiopia to utilize its equitable and reasonable share of the Nile waters. Egypt, on the other hand, argues that the Dam will cause Egypt significant harm, and that Ethiopia is obliged under international water law not to do so. Although Sudan acknowledged the benefits it will reap from the Dam, it has also identified certain risks of the Dam, and has recently joined Egypt in demanding that Ethiopia should address these risks.

Similarly, the disputes over the uses of the Tigris/Euphrates Basins between Turkey, and Syria and Iraq, as well as those over the Mekong River between China, and Vietnam, Lao Republic, Thailand, and Cambodia, are other

* *Fellow, International Water Resources Association (IWRA), Montpellier, France; Editor, Brill Research Perspectives in International Water Law.*

¹ Salman M.A. Salman, [Freshwater Resources](#), in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, (Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel eds., 2021).

² Salman M.A. Salman, [The Nile Basin Cooperative Framework Agreement: Disentangling the Gordian Knot](#), in THE GRAND ETHIOPIAN RENAISSANCE DAM AND THE NILE BASIN, IMPLICATIONS FOR TRANSBOUNDARY COOPERATION (Zeray Yihdego et al. eds., 2018).

examples of such sharp disputes attributable to the contrasting understandings of the two concepts by upstream and downstream riparians.

Genesis of the Debate on the Relationship Between the Two Concepts

Although the debate on the relationship between the two concepts preceded the work of the Institute of International Law (Institute) and the International Law Association (Association), the two scholarly organizations were the first to articulate this relationship. Indeed, their work on international water law evolved largely around the two concepts.

Starting with the Madrid Declaration in 1911, the Institute tilted towards the obligation against causing harm, but gradually began recognizing equitable utilization. On the other hand, the Association established equitable and reasonable utilization as the guiding principle for its work, and included existing uses as one of the factors for determining such equitable utilization in its Helsinki Rules adopted in 1966.

Building on the work of the two organizations, the UN International Law Commission (Commission) started working on the UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses in 1971, pursuant to the UN General Assembly Resolution 2669 (XXV) (1970). It took the Commission 23 years to complete its work on the draft convention in 1994. During these years, five rapporteurs submitted a total of fifteen reports on the topic. Much of the debate within the Commission on the draft convention involved the relationship between equitable and reasonable utilization and the obligation against causing significant harm, and which one subordinates the other.

While most reports subordinated the obligation not to cause significant harm to the principle of equitable utilization, others equated the two concepts, while a third approach suggested situations where the principle of equitable utilization can subordinate the obligation not to cause harm. The element of due diligence not to cause harm was introduced in this last approach.

Consequently, the issues continued to be debated within the Commission without a clear agreement until the Commission submitted its final draft convention and report to the General Assembly in 1994. On the relationship between the two concepts, the Commission's 1994 report stated that:

In certain circumstances, "equitable and reasonable utilization" of an international watercourse may still involve significant harm to another watercourse State. Generally, in such instances, the principle of equitable and reasonable utilization remains the guiding criterion in balancing the interests at stake.³

The General Assembly referred the draft convention and report with these views to the Sixth Committee convened as the Working Group of the Whole. After lengthy, intense, and heated discussions during the two meetings held in 1996 and 1997, a new compromise language on the relationship between the two concepts was adopted, as reflected in Article 7 of the draft convention.

The new Article 7 did not include a reference to due diligence not to cause significant harm. This was replaced with the requirement that states should take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm. The new article dropped the explicit reference to equitable utilization and replaced this with a reference to the provisions of Articles 5 and 6 (which actually deal with equitable utilization and participation) to which due regard would be given. It also added the requirement to eliminate or mitigate harm and, where appropriate, to discuss the question of compensation. The agreed text of Article 7 read as follows:

³ Int'l Law Comm'n, [Report on the Work of Its Forty-Sixth Session](#), 2 May – 22 July 1994, II(2) Y.B. INT'L L. COMM'N at 103 (1994).

1. Watercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States.
2. Where significant harm nevertheless is caused to another watercourse State, the States whose use causes such harm shall, in the absence of agreement to such use, take all appropriate measures, having due regard for the provisions of Articles 5 and 6, in consultation with the affected State, to eliminate or mitigate such harm and, where appropriate, to discuss the question of compensation.

The phrase “having due regard for the provisions of Articles 5 and 6” was accepted by both groups of lower and upper riparians, and thus facilitated approval of the draft Convention by the Working Group. As Lucius Caflisch noted:

The new formula was considered by a number of lower riparians to be sufficiently neutral not to suggest a subordination of the no-harm rule to the principle of equitable and reasonable utilization. A number of upper riparians thought just the contrary, namely that, that formula was strong enough to support the idea of such subordination.⁴

This compromise agreement on the relationship between equitable and reasonable utilization and the obligation against causing significant harm brought the Convention in line with the Association’s Helsinki Rules of 1966. By that time, the Rules had been widely accepted as representing customary international water law.⁵ Indeed, the Convention itself, which is a framework convention to be complemented by agreements by the watercourse states, is primarily a codification of the basic principles of customary international water law.⁶

On May 21, 1997, following lengthy discussion of the Commission’s draft, as amended by the Working Group, the General Assembly passed Resolution 51/229 adopting the Convention. The Convention was opened for signature on May 21, 1997, and entered into force on August 17, 2014. Thus, it took almost forty-five years since the General Assembly referred the matter to the Commission in 1970 for the process to come to completion.

The Relationship Between the Two Concepts Under the Provisions of the Convention

A number of factors have contributed to the reluctance of many states that voted for the Convention in 1997 to become parties to the instrument.⁷ One main factor for this reluctance has been the contrasting interpretations and understandings of the relationship between equitable utilization and the obligation against causing significant harm.

The compromise language regarding the relationship between the two concepts reached by the Working Group facilitated approval of the Convention by the General Assembly in 1997. Nonetheless, some upper riparians continued to consider the Convention to be biased in favor of lower riparians because of its specific mention in a separate article of the obligation not to cause significant harm. On the other hand, a number of downstream states still believe that the Convention favors upstream riparians because it subordinates the no harm rule to the principle of equitable utilization by including a reference in Article 7 to equitable utilization.

⁴ Lucius Caflisch, *Regulation of the Uses of International Watercourses*, in INTERNATIONAL WATERCOURSES—ENHANCING COOPERATION AND MANAGING CONFLICT 15 (Salman M.A. Salman & Laurence Boisson de Chazournes eds., 1998).

⁵ Charles Bourne, *The International Law Association’s Contribution to International Water Resources Law*, 36 NAT. RESOUR. J. 155 (1996).

⁶ Salman M.A. Salman, *The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law*, 23 INT’L J. WATER RESOUR. DEVEL. 619 (2007).

⁷ Salman M.A. Salman, *The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later – Why Has Its Entry into Force Proven Difficult?*, 32 WATER INT’L 1 (2007).

However, the prevailing view among international water law experts is that the Convention has indeed subordinated the obligation not to cause significant harm to the principle of equitable and reasonable utilization. This conclusion is based on a close reading of Articles 5, 6 and 7 of the Convention. Article 6 enumerates seven factors for determining equitable utilization. These factors include (i) “the effects of the use or uses of the watercourse in one watercourse State on other watercourse States,” and (ii) “existing and potential uses of the watercourse.” Those same factors are also needed, with other factors, to determine whether significant harm is caused to another riparian because harm can be caused by decreasing considerably the water flow to other riparians, thereby affecting their existing uses.

Thus, the two factors for measuring harm have been included as part of the seven factors for determining equitable and reasonable utilization, which confirms the subordination of the obligation not to cause significant harm to the principle of equitable utilization.

Moreover, Article 7(1) of the Convention obliges watercourse states, when utilizing an international watercourse in their territory, to take all appropriate measures to prevent causing significant harm to other watercourse states. When significant harm nevertheless is caused to another watercourse state, then Article 7(2) of the Convention requires the state causing the harm to “take all appropriate measures, having due regard to Articles 5 and 6, in consultation with the affected State, to eliminate or mitigate such harm, and where appropriate, to discuss the question of compensation.” As stated before, Articles 5 and 6 of the Convention deal with equitable and reasonable utilization. As such, Article 7(2) requires giving due regard to the principle of equitable and reasonable utilization when significant harm has nevertheless been caused to another watercourse state. This is exactly what the Commission concluded and recorded in its last report in 1994, as discussed above. Article 7(1) also indicates that the causing of significant harm may be tolerated in certain cases, such as when the possibility of compensation may be considered.

Accordingly, a careful and integrated reading of Articles 5, 6 and 7 indicates that the obligation not to cause significant harm has indeed been subordinated to the principle of equitable utilization. Hence, it can be concluded that, similar to the Helsinki Rules, the principle of equitable and reasonable utilization is the fundamental and guiding principle of the Watercourses Convention.⁸

This view has been endorsed by the ICJ in the Danube case between Hungary and Slovakia (*Gabčíkovo* case).⁹ The case was decided in September 1997, only four months after the Convention was adopted by the General Assembly. In that case the Court emphasized the concept of equitable utilization when it directed that “the multi-purpose programme, in the form of a co-ordinated single unit, for the use, development and protection of the watercourse is implemented in an equitable and reasonable manner.” The Court did not make any reference to the obligation not to cause harm. The Court emphasized the principle of equitable utilization further by linking it to the concept of equality of all riparian states. It quoted from the 1929 judgment by its predecessor, the Permanent Court of International Justice (Permanent Court), where the Permanent Court stated:

[The] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others.¹⁰

⁸ Salman M.A. Salman, *Entry into Force of the UN Watercourses Convention – Why Should It Matter?*, 31 INT’L J. WATER RESOUR. DEVEL. 31 (2015).

⁹ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hung. v. Slov.), 1997 ICJ REP 7 (Sept. 25).

¹⁰ *Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* (U.K., Czechoslovakia, Den., Fr., Ger. & Swed. v. Pol.), 1929 PCIJ (ser. A) No. 23 (Sept. 10).

However, these interpretations of the subordination of the obligation not to cause significant harm to the principle of equitable utilization do not seem to have convinced some lower riparians to accede to the Convention.

Harm and Notification as Two-Way Matters

The contrasting views and interpretations of the two concepts seem to be compounded further by other misunderstandings regarding which riparian states may actually cause harm to the others, and consequently, from whom notification for planned measures is required.

There is a widely-believed, but inaccurate, notion that only upstream riparians can cause harm to downstream riparians by affecting the quantity and quality of water flows to such downstream riparians. This belief is actually one of the basic misunderstandings about international water law in general, and the Convention in particular. It is based on the notion that harm can only “travel” downstream, with the waters of the shared river.

It is obvious that downstream riparians can be harmed by the physical impacts of water quality and quantity changes caused through use by upstream riparians. However, it is less understood, and not comprehended, that upstream riparians can be harmed by the potential foreclosure of their future uses of water, caused by the prior use and the claims of rights by downstream riparians. This is an important principle of international water law that establishes a clear linkage between the principle of equitable and reasonable utilization and the obligation not to cause harm.¹¹ The lack of understanding of the concept of foreclosure of future uses has no doubt contributed to the challenges surrounding the relationship between the two concepts, as the current debate over the Nile and the Mekong Basins indicates.

Indeed, this misunderstanding about harm being only a one-way matter has led some lower riparians and experts to argue that notification for planned measures is required solely from upper riparians to lower riparians, and not from both groups of riparians. However, it should be clarified that under international water law, notification for planned measures which may have significant adverse effects is required from all riparians to all other riparians of the shared watercourse, based on the principle that harm is actually a two-way matter.¹²

It is worth emphasizing that, for this reason, the Convention requires notification before “*a watercourse state*” and not before the “*upstream state*,” implements the planned measures. Similarly, the Court in the *Gabčíkovo* case used the phrase “depriving *other riparians*” and not “depriving *downstream riparians*.”

Concluding Remarks: Cooperation—The Basis of International Water Law

International water law is generally referred to as the law of cooperation. The Watercourses Convention mentions the word “cooperate” and its derivatives fifteen times, and affirms in its preamble the importance of international cooperation and good-neighborliness in this field. It further confirms that cooperation will ensure the utilization, development, conservation, management and protection of international watercourses, and promotion of their optimal and sustainable utilization for present and future generations.

The Convention goes on to require participation in the uses, development, and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner, and emphasizes that such participation includes both the right to utilize the shared watercourse, and the *duty to cooperate* in its protection and development.

¹¹ Salman M.A. Salman, *The Obligation Not to Cause Significant Harm*, in THE UN CONVENTION ON THE LAW OF THE NON-NAVIGATIONAL USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES: A COMMENTARY (Laurence Boisson de Chazournes et al. eds., 2018). See also Salman M.A. Salman, *Downstream Riparians Can Also Harm Upstream Riparians – The Concept of Foreclosure of Future Uses*, 35 WATER INT’L 350 (2010).

¹² Salman M.A. Salman, *Notification Concerning Planned Measures on Shared Watercourses – Synergies Between the Watercourses Convention and the World Bank Policies and Practice*, 4.2 BRILL RESEARCH PERSPECTIVES IN INT’L WATER L. (2019). See also SALMAN M.A. SALMAN, *THE WORLD BANK POLICY FOR PROJECTS ON INTERNATIONAL WATERWAYS – AN HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS* (2009).

Cooperation in good faith between riparian states on the uses, management, and protection of their shared watercourses needs to be translated into a treaty, inclusive of all the riparians of the shared watercourse. Such an instrument should require establishing a basin management organization as a legal entity, endowed with a broad and meaningful mandate. This will need to be followed by joint development projects and programs, such as the Itaipu and Manantali dams, instead of the unilateral schemes that currently dot many of the shared watercourses around the globe.

Consequently, such cooperation would render unnecessary the on-going heated debate and arguments over the rights and obligations of upper and lower riparians, who can cause harm to the other, foreclose their rightful future uses, or who is required to notify whom.

L'UTILISATION ÉQUITABLE ET RAISONNABLE ET L'OBLIGATION DE NE PAS CAUSER DES DOMMAGES SIGNIFICATIFS – SONT-ILS RÉCONCILIABLES ?

*Salman M.A. Salman**

La relation entre le principe de l'utilisation équitable et raisonnable et l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs a été le plus grand défi au cours de la longue histoire de l'évolution du droit international de l'eau. L'objet de cette étude est d'aborder la genèse du débat sur la relation entre ces deux concepts, de présenter les positions opposées des différents riverains concernés et de préciser comment la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation a résolu cette question et rendu conciliables les deux concepts.

Il convient d'abord de noter que les riverains situés en amont et en aval de la plupart des cours d'eau partagés ont généralement des points de vue opposés sur la relation entre les deux concepts. Les riverains en amont favorisent la règle de l'interdiction de causer des dommages parce qu'ils estiment qu'elle protège les usages existants des impacts résultants des activités menées par les États en aval. À l'inverse, les États en aval préfèrent le principe de l'utilisation équitable et raisonnable précisément parce qu'il offre une large possibilité aux États d'utiliser une part équitable du cours d'eau partagé pour leurs activités, lesquelles sont susceptibles d'impacter les États en amont.¹ En outre, la relation entre les deux concepts est encore plus complexe au regard des différentes interprétations qualitatives et quantitatives de l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs, ainsi que l'incompréhension et la mauvaise interprétation de certains principes fondamentaux de droit international de l'eau. Comme nous le verrons plus loin, le concept des utilisations futures de l'eau est un exemple de ces incompréhensions.

De fait, les différentes positions des États riverains sur la relation entre les deux concepts ont été la cause sous-jacente de la plupart des différends actuels relatifs aux cours d'eau partagés à travers le monde. Résultant de points de vue opposés sur les deux concepts, le bassin du Nil et le barrage de la Renaissance, que l'Éthiopie est actuellement en train de construire sur le Nil Bleu, en sont des exemples frappants.² L'Éthiopie soutient qu'elle est en droit de construire le barrage, car cela lui permettra de recourir à une utilisation équitable et raisonnable des eaux partagées du Nil. En revanche, l'Égypte soutient que le barrage causera des dommages significatifs et, par conséquent, qu'en vertu du droit international, l'Éthiopie est dans l'obligation de se restreindre. Bien que le Soudan ait reconnu les avantages qu'il tirerait du barrage, il a également identifié certains risques et a récemment rejoint l'Égypte et sa demande adressée à l'Éthiopie l'invitant à tenir compte de ces risques.

De la même manière, les différends relatifs à l'utilisation des bassins du Tigre/Euphrate entre la Turquie, la Syrie et l'Irak, ainsi que ceux du Mékong entre la Chine et le Vietnam, la

* *Fellow, International Water Resources Association (IWRA), Montpellier, France; Editor, Brill Research Perspectives in International Water Law.*

¹ Salman M.A. Salman, *Freshwater Resources*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, (Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel eds., 2021).

² Salman M.A. Salman, *The Nile Basin Cooperative Framework Agreement: Disentangling the Gordian Knot*, in THE GRAND ETHIOPIAN RENAISSANCE DAM AND THE NILE BASIN, IMPLICATIONS FOR TRANSBOUNDARY COOPERATION (Zeray Yihdego et al. eds., 2018).

République du Laos, la Thaïlande et le Cambodge, sont d'autres exemples de vifs désaccords imputables aux compréhensions contrastées de ces deux concepts par les riverains d'amont et d'aval.

Genèse du débat sur la relation entre les deux concepts

Bien que le débat sur la relation entre les deux concepts ait précédé les travaux de l'Institut de droit international (Institut) et de l'Association de droit international (Association), les deux institutions savantes ont été les premières à articuler cette relation. En effet, leurs travaux en droit international de l'eau ont largement évolué autour de ces deux concepts.

À partir de la Déclaration de Madrid de 1911, l'Institut se pencha sur l'obligation de ne pas causer des dommages tout en commençant à progressivement reconnaître l'utilisation équitable. D'autre part, dans ses Règles d'Helsinki adoptées en 1966, l'Association établit l'utilisation équitable et raisonnable comme principe directeur de ses travaux et inclut les usages existants comme l'un des facteurs permettant de déterminer cette utilisation équitable.

En s'appuyant sur les travaux des deux institutions, la Commission du droit international (Commission) commença en 1971 à travailler sur la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, conformément à la Résolution 2669 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1970. Il aura fallu vingt-trois ans à la Commission pour achever ses travaux sur le projet en 1994. Au cours de ces années, cinq rapporteurs ont présenté un total de quinze rapports sur le sujet. Une grande partie du débat au sein de la Commission relative au projet de Convention portait sur le rapport entre l'utilisation équitable et raisonnable et l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs, notamment sur la subordination de l'un à l'autre.

Alors que la plupart des rapports subordonnaient l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs au principe de l'utilisation équitable, d'autres assimilaient les deux concepts, tandis qu'une troisième approche suggérait des cas où le principe de l'utilisation équitable devait prendre en compte l'obligation de ne pas causer des dommages. Dans cette dernière approche, la dimension de *due diligence* pour ne pas causer des dommages fut introduite.

C'est ainsi que les questions ont continué à être débattues au sein de la Commission sans accord clair jusqu'à ce que la Commission soumette son projet final de Convention et son rapport à l'Assemblée générale en 1994. Sur la relation entre les deux concepts, le rapport de la Commission de 1994 indiquait que :

Dans certaines circonstances, l'« utilisation équitable et raisonnable » d'un cours d'eau international peut encore causer des dommages significatifs à un autre État du cours d'eau. En règle générale, dans ces cas-là, le principe de l'utilisation équitable et raisonnable demeure le critère déterminant s'agissant de réaliser un équilibre entre les intérêts en jeu.³

³ Annuaire de la Commission du droit international, [*Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-sixième session*](#) (2 mai – 22 juillet 1994), vol. II (2), Document A/49/10, 1994.

L'Assemblée générale se référa au projet de convention et exprima ses opinions lors de la Sixième Commission réunie en tant que Groupe de travail plénier. Après de longues et intenses discussions au cours des deux réunions tenues en 1996 et 1997, un nouveau texte de compromis sur la relation entre les deux concepts fut adopté, comme le reflète l'article 7 du projet de convention.

Le nouvel article 7 ne fait pas référence au principe de *due diligence* quant à l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs. Cela fut remplacé par l'obligation pour les États de prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir l'avènement de dommages significatifs. Le nouvel article a supprimé la référence explicite à l'utilisation équitable et l'a remplacé par une référence aux dispositions des articles 5 et 6 (qui portent en réalité sur l'utilisation et la participation équitable) qu'il convient de prendre en compte. L'exigence d'éliminer ou d'atténuer les dommages et, le cas échéant, de discuter de la question de l'indemnisation a également été ajoutée. Le texte approuvé de l'article 7 se lit comme il suit :

1. Lorsqu'ils utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les États du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau.
2. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État du cours d'eau, les États dont l'utilisation a causé ce dommage prennent, en l'absence d'accord concernant cette utilisation, toutes les mesures appropriées, en prenant en compte comme il se doit les dispositions des articles 5 et 6 et en consultation avec l'État affecté, pour éliminer ou atténuer ce dommage et, le cas échéant, discuter de la question de l'indemnisation.

L'expression « en prenant en compte comme il se doit les dispositions des articles 5 et 6 » a été acceptée par les deux groupes de riverains, d'aval et d'amont, ce qui a facilité l'approbation du projet de Convention par le Groupe de travail. Comme l'a souligné Lucius Caflisch :

The new formula was considered by a number of lower riparians to be sufficiently neutral not to suggest a subordination of the no-harm rule to the principle of equitable and reasonable utilization. A number of upper riparians thought just the contrary, namely that, that formula was strong enough to support the idea of such subordination.⁴

Cet accord de compromis sur la relation entre l'utilisation équitable et raisonnable et l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs a placé la Convention en conformité avec les Règles d'Helsinki de 1966 de l'Association. À cette époque, les Règles avaient été largement acceptées comme partie intégrante du droit international coutumier de l'eau.⁵ En

⁴ Lucius Caflisch, *Regulation of the Uses of International Watercourses*, in INTERNATIONAL WATERCOURSES—ENHANCING COOPERATION AND MANAGING CONFLICT 15 (Salman M.A. Salman & Laurence Boisson de Chazournes eds., 1998).

⁵ Charles Bourne, *The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law*, 36 NAT. RESOUR. J. 155 (1996).

effet, la Convention elle-même, qui est une convention-cadre devant être complétée par des accords d'États du cours d'eau, est avant tout une codification des principes fondamentaux du droit international coutumier de l'eau.⁶

Le 21 mai 1997, après de longues discussions relatives au projet de la Commission, l'Assemblée générale adopta la Résolution 51/229 approuvant la Convention telle qu'amendée par le Groupe de travail. Ouverte à la signature le 21 mai 1997, la Convention est entrée en vigueur le 17 août 2014. Il aura ainsi fallu près de quarante-cinq ans depuis que l'Assemblée générale eut renvoyé la question à la Commission en 1970 pour que le processus soit achevé.

La relation des deux concepts selon les dispositions de la Convention

Un certain nombre de facteurs ont contribué à la réticence des États ayant voté en faveur de la Convention de 1997 à en devenir partie.⁷ L'un des principaux facteurs a été l'interprétation et la compréhension contrastée de la relation entre l'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs.

Le compromis relatif à la relation entre les deux concepts atteint par le Groupe de travail a facilité l'approbation de la Convention par l'Assemblée générale en 1997. Néanmoins, certains riverains en amont ont continué de considérer la Convention comme biaisée en faveur des riverains en aval, en raison de sa mention spécifique dans un article distinct de l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs. D'autre part, un certain nombre d'États en aval estiment toujours que la Convention favorise les riverains en amont parce qu'elle inclut une référence à l'utilisation équitable en son article 7 et donc subordonne ce principe à celui de ne pas causer des dommages significatifs.

Toutefois, l'opinion dominante chez les experts du droit international de l'eau est que la Convention subordonne l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs au principe de l'utilisation équitable et raisonnable. Cette conclusion se fonde sur une lecture attentive des articles 5, 6 et 7 de la Convention. L'article 6 énumère sept facteurs permettant de déterminer l'utilisation équitable. Ces facteurs incluent : (i) « Les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un État du cours d'eau sur d'autres États du cours d'eau », et (ii) « Les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau ». Ces mêmes facteurs sont également nécessaires, avec d'autres facteurs, pour déterminer si des dommages significatifs sont causés à un autre riverain, puisque des dommages peuvent survenir à la suite d'une diminution considérable du débit des eaux affectant ses usages existants.

C'est ainsi que deux facteurs de mesure du préjudice ont été inclus dans les sept facteurs de détermination de l'utilisation équitable et raisonnable, ce qui confirme la subordination de l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs au principe de l'utilisation équitable.

Plus encore, l'article 7(1) de la Convention oblige les États, lorsqu'ils utilisent les eaux d'un cours international sur leur territoire, à prendre toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs à d'autres États. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé, l'article 7(2) de la Convention exige que l'État qui cause le dommage

⁶ Salman M.A. Salman, *The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law*, 23 INT'L J. WATER RESOUR. DEVEL. 619 (2007).

⁷ Salman M.A. Salman, *The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later Why Has Its Entry into Force Proven Difficult?*, 32 WATER INT'L 1 (2007).

prenne « toutes les mesures appropriées, en prenant en compte comme il se doit les dispositions des articles 5 et 6 et en consultation avec l'État affecté, pour éliminer ou atténuer ce dommage et, le cas échéant, discuter de la question de l'indemnisation. » Comme mentionné précédemment, les articles 5 et 6 de la Convention traitent de l'utilisation équitable et raisonnable. Par conséquent, le paragraphe 7(2) exige de dûment considérer le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, même lorsque des dommages significatifs ont été causés à un autre État du cours d'eau. C'est exactement ce que la Commission a conclu et enregistré dans son dernier rapport en 1994, comme indiqué ci-dessus. L'article 7(1) indique également que le fait de causer un préjudice important peut être toléré dans certains cas, par exemple lorsque la possibilité d'une indemnisation est envisageable.

Par conséquent, une lecture attentive et intégrée des articles 5, 6 et 7 indique que l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs a été subordonnée au principe de l'utilisation équitable. De ce fait, nous pouvons conclure que, à l'instar des Règles d'Helsinki, le principe de l'utilisation équitable et raisonnable est le principe fondamental et directeur de la Convention sur le droit des cours d'eau.⁸

Ce point de vue a été suivi par la CIJ dans l'affaire relative au projet de barrage sur le Danube entre la Hongrie et la Slovaquie (affaire Gabčíkovo).⁹ Le différend a été tranché en septembre 1997, quatre mois seulement après l'adoption de la Convention par l'Assemblée générale. Dans cette affaire, la Cour a souligné la notion d'utilisation équitable lorsqu'elle a ordonné que : « le programme pluridimensionnel d'utilisation, de mise en valeur et de protection du cours d'eau, en tant qu'unité unique coordonnée, est réalisé de manière équitable et raisonnable ». La Cour n'a fait aucune référence à l'obligation de ne pas causer de préjudice. Elle a davantage insisté sur le principe de l'utilisation équitable en le liant au concept d'égalité de tous les États riverains. Elle cite l'arrêt de 1929 de sa prédécesseure, la Cour permanente de Justice internationale (Cour permanente), dans lequel cette dernière déclare :

Cette communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres.¹⁰

Toutefois, ces interprétations en faveur de la subordination de l'obligation de ne pas causer des dommages significatifs au principe de l'utilisation équitable ne semblent pas avoir convaincu certains riverains d'aval à adhérer à la Convention.

Dommages et notification en tant que sujets à deux sens

Les oppositions relatives à la place et à l'interprétation des deux concepts semblent également être aggravées par d'autres désaccords concernant l'identification des États

⁸ Salman M.A. Salman, *Entry into Force of the UN Watercourses Convention – Why Should It Matter?*, 31 INT'L J. WATER RESOUR. DEVEL. 31 (2015).

⁹ Cour internationale de Justice, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, Nations Unies, C.I.J Recueil 1997.

¹⁰ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire relative à la juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder*, arrêt du 10 septembre 1929, Nations Unies, C.P.I.J. Recueil, Série A, n°23.

riverains réellement susceptibles de causer des dommages aux autres, et pour lesquels la notification des mesures projetées est requise.

Il existe une pensée largement répandue, mais inexacte, selon laquelle seuls les riverains en amont peuvent nuire aux riverains en aval, en affectant la quantité et la qualité des eaux s'écoulant vers ces derniers. Cette croyance demeure l'un des malentendus les plus répandus en droit international de l'eau en général et dans la Convention en particulier. Elle repose sur l'idée que les dommages ne peuvent « voyager » que sur les eaux partagées en aval.

Il est évident que des impacts physiques causés par des riverains en amont, à la suite d'altérations quantitatives ou qualitatives de l'eau, peuvent léser les riverains en aval. Cependant, il est moins bien compris que des riverains en amont, à la suite d'usages antérieurs et de revendication des droits des riverains en aval, puissent être lésés par leur potentielle utilisation future de l'eau. Il s'agit d'un principe important du droit international de l'eau qui établit un lien clair entre le principe d'utilisation équitable et raisonnable et l'obligation de ne pas causer des dommages.¹¹ Le manque de compréhension du concept de l'utilisation future a sans aucun doute contribué aux défis qui entourent la relation entre les deux concepts, comme l'indique l'actuel débat relatif aux bassins du Nil et du Mékong.

En effet, ce malentendu, fondé sur le fait que les dommages ne sont qu'une question à sens unique, a conduit certains experts et riverains d'aval à soutenir que la notification des mesures projetées est requise uniquement des riverains d'amont à l'égard des riverains d'aval, et non des deux groupes de riverains. Toutefois, il convient de préciser qu'en vertu du droit international de l'eau, la notification des mesures projetées susceptibles d'engendrer d'importants effets négatifs est requise de la part de tous les riverains à tous les autres riverains du cours d'eau partagé, sur la base du principe selon lequel le préjudice est une question qui peut s'apprécier dans les deux sens.¹²

Pour cette raison, il convient de souligner que la Convention exige que l'« État du cours d'eau » et non l'« État d'amont » donne notification avant de mettre en œuvre des mesures projetées. De même, dans l'affaire Gabčíkovo, la Cour a utilisé l'expression « priver les autres riverains » et non « priver les riverains en aval ».

Observations finales : La coopération— Le fondement du droit international de l'eau

Le droit international de l'eau est communément compris comme droit de la coopération. La Convention sur le droit des cours d'eau mentionne à quinze reprises le mot « coopérer » et ses applications, et elle affirme dans son préambule l'importance de la coopération internationale et du bon voisinage dans ce domaine. Elle atteste au surplus que la coopération permettra d'utiliser, de mettre en valeur, de conserver, de gérer et de protéger les cours d'eau

¹¹ Salman M.A. Salman, [The Obligation Not to Cause Significant Harm](#), in THE UN CONVENTION ON THE LAW OF THE NON-NAVIGATIONAL USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES: A COMMENTARY (Laurence Boisson de Chazournes et al. eds., 2018). See also Salman M.A. Salman, [Downstream Riparians Can Also Harm Upstream Riparians – The Concept of Foreclosure of Future Uses](#), 35 WATER INT'L 350 (2010).

¹² Salman M.A. Salman, [Notification Concerning Planned Measures on Shared Watercourses – Synergies Between the Watercourses Convention and the World Bank Policies and Practice](#), 4.2 BRILL RESEARCH PERSPECTIVES IN INT'L WATER L. (2019). See also SALMAN M.A. SALMAN, [THE WORLD BANK POLICY FOR PROJECTS ON INTERNATIONAL WATERWAYS – AN HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS](#) (2009).

internationaux, ainsi que d'en promouvoir l'utilisation optimale et durable au bénéfice des générations actuelles et futures.

La Convention exige ensuite la participation à l'utilisation, la mise en valeur et la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable, et souligne que cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le *devoir de coopérer* à sa protection et à sa mise en valeur.

La coopération de bonne foi entre les États riverains sur l'utilisation, la gestion et la protection de leurs cours d'eau partagés doit être traduite par un traité qui inclut tous les riverains du cours d'eau partagé. Un tel instrument devrait exiger l'établissement d'un organe de gestion de bassin en tant qu'entité juridique dotée d'un mandat étendu. Cela devra se réaliser par des projets et programmes de développement conjoints, tels que les barrages d'Itaipu et de Manantali, en lieu et place de projets unilatéraux qui parsèment actuellement de nombreux cours d'eau partagés dans le monde.

De ce fait, une telle coopération rendrait inutiles les débats houleux et actuels sur les droits et obligations des riverains d'amont et d'aval, ayant trait à l'identification de l'État riverain qui cause un dommage à l'autre, qui doit notifier un projet ou encore, qui empêche les utilisations futures par d'autres riverains.

SIMPOSIO SOBRE LAS CONTROVERSIAS INTER-ESTATALES SOBRE LOS DERECHOS DEL AGUA

UTILIZACION EQUITATIVA Y RAZONABLE Y LA OBLIGACION DE NO CAUSAR DAÑOS SENSIBLES - ¿SON CONCILIABLES?

Salman M.A. Salman *

La relación entre el principio del uso equitativo y razonable y la obligación de no causar daños sensibles ha sido uno de los problemas más desafiantes en la larga historia de la evolución del derecho internacional del agua. El objetivo de este ensayo es discutir el génesis del debate sobre la relación entre los dos conceptos, presentando las posiciones debatidas de los diferentes países ribereños desde entonces, y aclarar como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación ha resuelto este tema y ha puesto los dos conceptos como conciliables.

Cabe señalar, que, al principio, los estados ribereños río abajo y río arriba de la mayoría de los cursos de agua compartidos generalmente toman puntos de vista opuestos en la relación entre los dos conceptos. Los estados ribereños de aguas abajo favorecen la regla del no daño porque creen que esto protege usos existentes contra los impactos que resulten de las actividades realizadas por los estados aguas arriba. Por otra parte, los estados de río arriba prefieren el uso equitativo y razonable del agua precisamente porque les brinda espacio a los estados para utilizar su justa parte del curso de agua para las actividades que puedan impactar a los estados de río abajo.¹ Además, la relación entre los dos conceptos se complica aún más por las diferencias en la evaluación cualitativa y cuantitativa de la obligación no causar daño sensible, y el mal entendimiento y la mala interpretación de algunos de los principios básicos sobre el derecho internacional del agua. El menos entendido concepto de exclusión de futuros usos, como es discutido más adelante, es uno de los ejemplos de tales mal entendimientos.

Es un hecho que, las diferentes posiciones de los estados ribereños sobre la relación entre los dos conceptos han sido la base causal de la mayoría de las disputas actuales sobre el uso compartido de los cursos de agua alrededor del globo. La Cuenca del Nilo y la Gran Represa del Renacimiento Etíope (Represa) que actualmente Etiopía está construyendo sobre el río Nilo Azul, son ejemplos claros, y el resultado de los distintos puntos de vista en los dos conceptos.² Etiopía sostiene que tiene el derecho de construir la represa porque habilitará a Etiopía a utilizar equitativa y razonablemente su parte de las aguas del Río Nilo. Egipto, por su parte, argumenta que la represa causará un daño sensible a Egipto y que Etiopía está obligada ante el derecho internacional del agua a no realizarlo. Aunque Sudan reconoce los beneficios que cosecharía de la represa, también identificó ciertos riesgos de la represa y recientemente se unió a Egipto demandando que Etiopía aborde estos riesgos.

Similarmente, las disputas sobre los usos de las cuencas Tigris/Euphrates entre Turquía, Siria e Iraq, así como aquellas disputas sobre el río entre China, Vietnam, Republica de Laos, Tailandia y Cambodia son otros

* Fellow, International Water Resources Association (IWRA), Montpellier, France; Editor, Brill Research Perspectives in International Water Law.

¹ Salman M.A. Salman, *Freshwater Resources*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, (Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel eds., 2021).

² Salman M.A. Salman, *The Nile Basin Cooperative Framework Agreement: Disentangling the Gordian Knot*, in THE GRAND ETHIOPIAN RENAISSANCE DAM AND THE NILE BASIN, IMPLICATIONS FOR TRANSBOUNDARY COOPERATION (Zeray Yihdego et al. eds., 2018).

claros ejemplos de disputas atribuibles al contraste de entendimientos entre los dos conceptos de los estados ribereños de aguas arriba y los de aguas abajo.

Génesis del Debate sobre la Relación entre los Dos Conceptos.

Aunque el debate sobre la relación entre los dos conceptos precede el trabajo del Instituto de Derecho Internacional (Instituto) y la Asociación Internacional de Derecho (Asociación), las dos organizaciones académicas fueron las primeras en articular esta relación. En efecto, sus trabajos en el derecho internacional del agua se desarrollaron en su mayor parte alrededor de ambos conceptos.

Empezando con la Declaración de Madrid en 1911, el Instituto se inclinó hacia la obligación de no causar daño, pero gradualmente empezó a reconocer la utilización equitativa. Por otra parte, la Asociación estableció la utilización equitativa y razonable como el principio guía para su trabajo e incluyó usos existentes como un factor determinante para la utilización equitativa en sus Reglas de Helsinki adoptadas en 1966.

Construyendo sobre el trabajo de ambas organizaciones, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (Comisión) empezó a trabajar en la Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación en 1971, conforme a la Resolución 2669 (XXV) (1970) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Le llevó 23 años a la Comisión terminar su trabajo en un borrador de la convención en 1994. Durante estos años cinco relatores habían presentado un total de quince reportes sobre el tema. Gran parte del debate dentro de la Comisión en torno al borrador de la convención implicaba la relación entre la utilización equitativa y razonable y la obligación de no causar daños sensibles, y cual queda subordinada a la otra.

Mientras la mayoría de los reportes señalaban como subordinada la obligación de no causar daños sensibles a la del principio de utilización equitativa, otros comparaban los dos conceptos, mientras que un tercer enfoque sugería situaciones en las que el principio de utilización equitativa puede subordinar la obligación de no causar daños. El elemento de debida diligencia para no causar daños sensibles fue introducido con este último enfoque.

En consecuencia, los problemas continuaron debatiéndose dentro de la Comisión sin poder llegar a un acuerdo hasta que la Comisión presentó su borrador final y reporte a la Asamblea General en 1994. En la relación entre los dos conceptos, el informe de la Comisión de 1994 declaró que:

En ciertas circunstancias, la “utilización equitativa y razonable” de un curso de agua internacional puede aún involucrar un daño sensible a otro estado dentro del curso de agua. Generalmente en tales circunstancias el principio de utilización equitativa y razonable se mantiene como el criterio guía en el balance de los intereses en juego.³

La Asamblea General refirió el borrador de convención e informe con estos puntos de vista al Sexto Comité convenido en carácter de grupo de trabajo plenario. Luego de, intensas y acaloradas discusiones durante las dos reuniones llevadas a cabo en 1996 y 1997, un nuevo texto de compromiso sobre la relación entre los dos conceptos fue adoptado, tal y como lo refleja el Artículo 7 del borrador de la convención.

El Nuevo Artículo 7 no incluía una referencia a la debida diligencia de no causar daños sensibles. Este fue reemplazado con el requerimiento que establece que los estados deberían tomar todas las medidas apropiadas para prevenir causar daños sensibles. El artículo dejó fuera la explícita referencia a la utilización equitativa y reemplazó ésta con una referencia a las disposiciones de los artículos 5 y 6 (que en realidad se ocupan de la utilización equitativa y participativa) a los que se le deben tener debidamente en cuenta. También agregaba el requisito de eliminar o mitigar el daño y, donde sea necesario, discutir la cuestión de compensación. El texto acordado del Artículo 7 dispone lo siguiente:

³ Int'l Law Comm'n, [Report on the Work of Its Forty-Sixth Session](#), 2 May – 22 July 1994, II(2) Y.B. INT'L L. COMM'N at 103 (1994).

1. Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.
2. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause, deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización.

La frase “Teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6” fue aceptada por ambos grupos, los Estados ribereños de aguas abajo y los Estados de aguas arriba, facilitando así la aprobación del borrador de la Convención por el Grupo de Trabajo Plenario. Tal y como lo denota Lucius Cafilisch:

La nueva fórmula fue considerada por un número de Estados de aguas abajo como suficientemente neutral para no sugerir la subordinación de la regla de no causar daño al principio de utilización equitativa y razonable. Un número de Estados aguas arriba pensó justo lo contrario, mencionando, que esa fórmula era lo suficientemente fuerte como para apoyar la idea de tal subordinación.⁴

Este acuerdo de compromiso en la relación entre utilización equitativa y razonable y la obligación de no causar daños sensibles trajo a la Convención en consonancia con las reglas Helsinki de la Asociación en 1966. Para aquel momento las Reglas ya habían sido ampliamente aceptadas como representativas del derecho internacional consuetudinario del agua.⁵ En efecto, la Convención en sí, la cual es una Convención marco a ser complementada por los acuerdos entre los Estados que tienen cursos de agua compartidos, es principalmente una codificación de los principios básicos del derecho internacional consuetudinario del agua.⁶

El 21 de mayo de 1997, luego de una larga discusión sobre el borrador de la Comisión, según lo modificado por el Grupo de Trabajo Plenario, la Asamblea General aprobó la Resolución 51/229 que adoptaba la Convención. La Convención se abrió a las firmas el 21 de mayo de 1997 entrando en fuerza de rigor el 17 de agosto del 2014. Así, les tomó casi cuarenta y cinco años desde que la Asamblea General refirió el tema a la Comisión en 1970 para que el proceso quede realizado por completo.

La Relación Entre los dos Conceptos Bajo las Disposiciones de la Convención.

Numerosos factores han contribuido a la reticencia de muchos estados que votaron a favor de la Convención de 1997 para convertirse en partes del instrumento.⁷ Uno de los factores principales para esta renuencia fue el contraste de interpretaciones y entendimientos de la relación entre la utilización equitativa y la obligación de no causar daños sensibles.

El texto de compromiso sobre la relación entre los dos conceptos alcanzada por el Grupo de Trabajo Plenario facilitó la aprobación de la Convención por la Asamblea General en 1997. No obstante, algunos Estados ribereños de aguas arriba siguieron considerando que la Convención estaba siendo parcial a favor de los Estados río abajo por su mención específica a un artículo separado, sobre la obligación de no causar daños sensibles. Por otro lado, algunos Estados aguas abajo continuaron creyendo que la Convención favorecía los Estados de aguas arriba porque ella subordinaba la obligación de no causar daños sensibles a la del principio de utilización equitativa al incluir una referencia de utilización equitativa en el Artículo 7.

⁴ Lucius Cafilisch, *Regulation of the Uses of International Watercourses*, in INTERNATIONAL WATERCOURSES—ENHANCING COOPERATION AND MANAGING CONFLICT 15 (Salman M.A. Salman & Laurence Boisson de Chazournes eds., 1998).

⁵ Charles Bourne, *The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law*, 36 NAT. RESOUR. J. 155 (1996).

⁶ Salman M.A. Salman, *The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law*, 23 INT'L J. WATER RESOUR. DEVEL. 619 (2007).

⁷ Salman M.A. Salman, *The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later—Why Has Its Entry into Force Proven Difficult?*, 32 WATER INT'L 1 (2007).

Sin embargo, el punto de vista prevalente entre los expertos internacionales del Derecho del Agua es que, en efecto, la convención ha subordinado la obligación de no causar daño sensible a la del principio de la utilización equitativa y razonable. Esta conclusión está basada en la atenta lectura de los artículos 5, 6 y 7 de la Convención. El Artículo 6 enumera siete factores para determinar la utilización equitativa. Estos factores incluyen (i) “Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua.” y (ii) “Los usos actuales y potenciales del curso de agua.” Esos mismos factores, en conjunto con otros factores, también serán necesarios para determinar si se causó un daño sensible a los otros Estados del curso de agua porque se puede causar daño al disminuir considerablemente el flujo de agua, afectando así los usos existentes.

Así, los dos factores para la medición de daños fueron incluidos junto con los siete factores para determinar la utilización equitativa y razonable lo que confirma la subordinación de la obligación de no causar daños sensibles al principio de utilización equitativa.

Además, el artículo 7(1) de la Convención obliga a los Estados del curso de agua, a que, cuando utilicen un curso de agua internacional en su territorio, deben tomar todas las medidas apropiadas para prevenir el daño sensible a otros Estados del mismo curso de agua. Cuando, a pesar de esto un daño sensible es causado a otro Estado dentro del curso de agua entonces el Artículo 7 (2) de la Convención requiere que el Estado que causó el daño “adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de indemnización.” Como se indicó anteriormente, los Artículos 5 y 6 de la Convención tratan de la utilización equitativa y razonable. Como tal, el Artículo 7(2) requiere dar la debida diligencia al principio de utilización equitativa y razonable cuando no obstante el daño sensible fue causado a otro Estado dentro del curso de agua. Esto fue exactamente lo que la Comisión concluyó y grabó en su último reporte en 1924, tal y como fue discutido más arriba. El Artículo 7(1) también indica que la causa de daño sensible puede ser tolerada en ciertos casos, como cuando la posibilidad de compensación pueda ser considerada.

Por consiguiente, una cuidadosa e integrada lectura de los Artículos 5, 6 y 7 indican que la obligación de no causar daños sensibles fue en efecto subordinada por el principio de utilización equitativa. Por lo tanto, se puede concluir que, al igual que en las reglas de Helsinki, el principio de utilización equitativa y razonable es la guía principal y fundamental de la Convención de los Cursos de Agua.⁸

Este punto de vista fue abordado por la Corte Internacional de Justicia en el caso del Danubio entre Hungría y Eslovaquia (caso Gabčíkovo).⁹ El caso fue decidido en septiembre de 1997, solo cuatro meses después que la Convención fuera adoptada por la Asamblea General. En ese caso la Corte enfatizó el concepto de utilización equitativa cuando ordenó que “el programa multipropósito, en la forma de una sola unidad coordinada, para el uso, desarrollo y protección del curso de agua es implementada de una manera equitativa y razonable.” La Corte no hizo ninguna referencia a la obligación de no causar daño. La Corte enfatizó aún más el principio de utilización equitativa al unirlo con al concepto de la igualdad de todos los Estados ribereños. Citó una decisión tomada por su predecesor, la Corte Permanente de Justicia Internacional (Corte Permanente), en donde la Corte Permanente sostuvo:

[La] comunidad de intereses en la navegabilidad de los ríos se convierte en la base de un derecho legal común, en donde la característica esencial es la equidad perfecta en la que todos los estados ribereños puedan ser usuarios de la totalidad del curso del río y la exclusión de cualquier privilegio preferencial de cualquier otro Estado ribereño en relación a los demás.¹⁰

⁸ Salman M.A. Salman, [Entry into Force of the UN Watercourses Convention – Why Should It Matter?](#), 31 INT’L J. WATER RESOUR. DEVEL. 31 (2015).

⁹ [Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project](#) (Hung. v. Slov.), 1997 ICJ REP. 7 (Sept. 25).

¹⁰ [Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder](#) (U.K., Czechoslovakia, Den., Fr., Ger. & Swed. v. Pol.), 1929 PCIJ (ser. A) No. 23 (Sept. 10).

Sin embargo, estas interpretaciones de la subordinación de la obligación de no causar daños sensibles al principio de utilización equitativa no parecen haber convencido a los Estados ribereños de aguas abajo para acceder a la Convención.

El Daño y la Notificación como Asuntos Bidireccionales

El contraste entre los puntos de vista e interpretaciones de los dos conceptos parecen estar comprometidos aún más por otro mal entendido con respecto a cuál Estado ribereño puede en verdad causar daño a los otros, y, en consecuencia, de quien deberá venir la notificación requerida para las medidas planeadas.

Hay una noción ampliamente reconocida, pero inexacta, en la que sólo los Estados ribereños de aguas arriba pueden dañar a los Estados ribereños de aguas abajo al afectar la cantidad y calidad del curso de agua de tales estados ribereños de aguas abajo. Esta creencia es en realidad uno de los mal entendidos básicos sobre el Derecho internacional del Agua en general y la Convención en particular. Está basada en la noción que el daño solo puede “viajar” aguas abajo dentro del río compartido.

Es obvio que los Estados ribereños de aguas abajo pueden dañarse por el impacto físico en la calidad y cantidad de agua causadas por el uso de los Estados ribereños aguas arriba. Sin embargo, es menos entendido y comprendido, que los estados ribereños de aguas arriba pueden sufrir daños por el bloqueo de usos futuros del curso de agua, causada por el uso anterior de reclamos de derechos por los Estados ribereños de aguas abajo. Este es un principio importante del Derecho Internacional del Agua que establece una clara unión entre el principio de utilización equitativa y razonable y la obligación de no causar daños sensibles.¹¹ La falta de entendimiento del concepto de bloqueo de futuros usos ha contribuido, sin lugar a dudas, a los desafíos actuales en torno a la relación entre los dos conceptos, así como indica el presente debate sobre las cuencas del Nilo y de Mekong.

En efecto, este mal entendido sobre que el daño es sólo un asunto unidireccional ha llevado a algunos Estados ribereños de aguas abajo y expertos a argumentar que, la notificación de medidas plenarias es requerida solo de los Estados de aguas arriba a los Estados de agua abajo, y no por parte de ambos grupos ribereños. Sin embargo, debe aclararse que, ante el Derecho Internacional del Agua, la notificación para medidas planeadas que pudieren tener efectos adversos significativos, es requerida por todos los Estados ribereños para su presentación a todos los otros Estados ribereños del curso de agua compartido, basándose en el principio de que el daño es en realidad un tema bidireccional.¹²

Vale la pena enfatizar que, por esta razón, la Convención requiere la notificación antes que, “un Estado del curso de agua” y no antes que, los “Estados de aguas arriba”, implementen las medidas planeadas. Similarmente, la Corte en el caso Gabčíkovo usó la frase “privando a otros Estados ribereños” y no “privando a los Estados ribereños de aguas abajo.”

Observaciones Finales: Cooperación— La Base del Derecho Internacional del Agua

El Derecho Internacional del Agua es generalmente referido como la ley de cooperación. La Convención de los Cursos de Agua mencionó la palabra “cooperar” y sus derivadas, quince veces y afirma en su preámbulo la importancia de la cooperación internacional y el buen comportamiento entre vecinos en este campo. Esto confirma aún más que la cooperación asegurará la utilización, el desarrollo, la conservación, el manejo y la protección de los cursos internacionales de agua, así como la promoción del uso óptimo y sustentable para generaciones presentes y futuras.

La Convención continúa requiriendo participación en los usos, desarrollos y protección de un curso de agua internacional en una manera equitativa y razonable y enfatiza que tal participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua compartido como el deber de cooperar en su protección y desarrollo.

¹¹ Salman M.A. Salman, *The Obligation Not to Cause Significant Harm*, in *THE UN CONVENTION ON THE LAW OF THE NON-NAVIGATIONAL USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES: A COMMENTARY* (Laurence Boisson de Chazournes et al. eds., 2018). See also Salman M.A. Salman, *Downstream Riparians Can Also Harm Upstream Riparians – The Concept of Foreclosure of Future Uses*, 35 *WATER INT'L* 350 (2010).

¹² Salman M.A. Salman, *Notification Concerning Planned Measures on Shared Watercourses – Synergies Between the Watercourses Convention and the World Bank Policies and Practice*, 4.2 *BRILL RESEARCH PERSPECTIVES IN INT'L WATER L.* (2019). See also SALMAN M.A. SALMAN, *THE WORLD BANK POLICY FOR PROJECTS ON INTERNATIONAL WATERWAYS – AN HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS* (2009).

Cooperación en buena fe entre los estados ribereños sobre los usos, manejo y protección de sus cursos de agua compartidos deberán ser traducidas en un tratado inclusivo para todos los estados ribereños del curso de agua compartido. Tal instrumento deberá requerir el establecimiento de una Entidad Organizacional legal para el manejo de las cuencas, dotada de un mandato amplio y significativo. Esto deberá tener seguimiento por un desarrollo en conjunto de proyectos y programas, tales como, las represas de Itaipú y Manantali, en vez de esquemas unilaterales que actualmente salpican muchos cursos de aguas compartidos alrededor del mundo.

En consecuencia, tal cooperación hace innecesario el continuo y acalorado debate y argumentos sobre los derechos y obligaciones de los estados ribereños de aguas arriba y abajo, quien puede causar daño al otro, exclusión de los legítimos futuros usos, o quien está obligado a notificar a quien.

Возможно ли примирить принцип справедливого и разумного использования с обязательством не наносить значительный ущерб?

Салман М. А. Салман*
(Salman M.A. Salman)

На протяжении всей истории развития международного водного права вопрос о соотношении принципа справедливого и разумного использования и обязательства не наносить значительный ущерб оставался одним из самых сложных. Цель данной работы – рассмотреть процесс возникновения дебатов о соотношении этих двух концепций, проанализировать противоположные позиции различных прибрежных государств и показать, как авторы Конвенции ООН о праве несудоходных видов использования международных водотоков смогли примирить спорящие стороны.

Прежде всего, следует отметить, что прибрежные государства, располагающиеся вниз и вверх по течению большинства совместно используемых водотоков придерживаются противоположных взглядов на соотношение рассматриваемых концепций. Так, государства, стоящие вниз по течению, отдают предпочтение норме о не нанесении значительного ущерба: по их мнению, она защищает существующие виды использования водотока от воздействия со стороны государств, располагающихся вверх по течению. В свою очередь, стоящие вверх по течению государства отдают предпочтение принципу справедливого и разумного использования, так как именно он предоставляет больше возможностей по справедливому использованию их доли водостока для деятельности, которая может негативно сказаться на располагающихся вниз по течению государствах¹. В дополнение к этому нахождение баланса между рассматриваемыми концепциями осложняется различиями в качественной и количественной оценке обязательства не наносить значительный ущерб, а также непониманием и неправильным толкованием основных концепций международного водного права. Одной из таких концепций, которая часто встречает недостаточное понимание является, как я покажу ниже, ограничение будущих видов использования (concept of foreclosure of future uses).

Именно различные позиции прибрежных государств по вопросу соотношения рассматриваемых концепций были основной причиной большинства споров по совместно используемым водотокам в мире. Ситуация вокруг бассейна Нила и строительством «Плотины великого возрождения Эфиопии», которую Эфиопия достраивает на Голубом Ниле, является ярким примером и прямым следствием противоположных взглядов прибрежных государств на рассматриваемые концепции². Эфиопия утверждает, что она имеет право на строительство плотины, которая позволит использовать ее справедливую долю вод Нила. Египет же возражает против строительства, поскольку плотина нанесёт ему значительный ущерб, и что в соответствии с международным водным правом Эфиопия связана обязательством не причинять ему вред. Судан признал, что в целом строительство плотины выгодно для него, однако, он выявил определённые риски, связанные со строительством плотины, и недавно присоединился к позиции Египта, требуя, чтобы Эфиопия их устранила.

Примерами схожих споров, вызванных противоположным пониманием рассматриваемых концепций государствами, находящимися выше и ниже по течению, являются разногласия о видах использования бассейна рек Тигра и Евфрата между

* *Fellow, International Water Resources Association (IWRA), Montpellier, France; Editor, Brill Research Perspectives in International Water Law.*

¹ Salman M.A. Salman, [Freshwater Resources](#), in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, (Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel eds., 2021).

² Salman M.A. Salman, [The Nile Basin Cooperative Framework Agreement: Disentangling the Gordian Knot](#), in *The Grand Ethiopian Renaissance Dam and The Nile Basin, Implications for Transboundary Cooperation* (Zeray Yihdego et al. eds., 2018).

Турцией, Сирией и Ираком, споры о реке Меконг между Китаем, Вьетнамом, Лаосом, Таиландом и некоторые другие.

Становление дебатов о соотношении рассматриваемых концепций.

Хотя дебаты о соотношении рассматриваемых концепций возникли ещё до включения их в повестку Института международного права (Институт) и Ассоциации международного права (Ассоциации), именно эти научные организации первыми поставили вопрос о соотношении рассматриваемых концепций. Их работа по международному водному праву строилась в основном вокруг этих двух концепций. Начиная с Мадридской декларации 1911 г. Институт склонялся к обязательству не наносить ущерб, но постепенно начал признавать и принцип справедливого использования. Ассоциация, напротив, определил руководящим принципом для своей работы справедливое и разумное использование; она включила существующие виды использования в качестве одного из факторов, определяющих справедливость и разумность использования в Хельсинских правилах в 1966 году.

Основываясь на работе этих двух организаций, Комиссия международного права ООН (Комиссия) начала работать над Конвенцией ООН о праве несудоходных видов использования международных водотоков в 1971 в соответствии с Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 2669 (XXV) (1970). Комиссии потребовалось 23 года, чтобы в 1994 году завершить работу над проектом конвенции. На протяжении этих лет 5 докладчиков представили в совокупности 15 докладов по теме. Большинство споров в Комиссии по проекту Конвенции включало вопрос соотношения между справедливым и разумным использованием и обязательством не наносить значительный ущерб, а также вопрос иерархии между ними.

В большинстве докладов обязательство не наносить значительный ущерб было полностью поставлено в зависимость от принципа справедливого использования. Часть докладов указывала на равноценность концепций. Третий подход предлагал лишь определённые обстоятельства, в которых принцип справедливого использования подчинит бы обязательство не наносить значительного ущерба. Последний подход вводил должную осмотрительность (*due diligence*) по не причинению ущерба.

Комиссия продолжала обсуждать этот вопрос без наличия единой позиции вплоть до представления окончательного проекта конвенции и доклада Генеральной Ассамблеи в 1994. О соотношении рассматриваемых концепций в докладе Комиссии за 1994 говорится следующее:

В определённых обстоятельствах «справедливое и разумное использование» международного водотока может повлечь за собой значительный ущерб для другого государства водотока. Как правило, в таких случаях принцип справедливого и разумного использования остаётся руководящим критерием при балансировании интересов³.

Генеральная Ассамблея передала проект Конвенции и доклад, отражающие эту позицию в Шестой комитет, созданный как Рабочая группа полного состава. После длительных, напряжённых и жарких споров в ходе двух сессий, состоявшихся в 1996 и 1997 годах, была принята новая компромиссная формулировка статьи о соотношении рассматриваемых конвенций (ст. 7 проекта Конвенции):

- 1. Государства водотока при использовании международного водотока на своей территории принимают все надлежащие меры для предотвращения нанесения значительного ущерба другим государствам водотока.*
- 2. В том случае, когда другому государству водотока все же наносится значительный ущерб, государство, которое своим использованием наносит такой*

³ Int'l Law Comm'n, [Report on the Work of Its Forty-Sixth Session](#), 2 May – 22 July 1994, II(2) Y.B. Int'l L. Comm'N at 103 (1994).

ущерб, в отсутствие соглашения о таком использовании, принимает все надлежащие меры, с должным учетом положений статей 5 и 6, в консультации с потерпевшим государством, для ликвидации или уменьшения такого ущерба и, при необходимости, для обсуждения вопроса о компенсации.

Фраза «с должным учётом положений статей 5 и 6» была принята всеми государствами, стоящими как вниз, так и вверх по течению, что способствовало одобрению проекта Конвенции Рабочей группой. По замечанию Люшиуса Калфиша:

«Новая формула была сочтена рядом стран, расположенных ниже по течению, достаточно нейтральной, чтобы не предполагать подчинения правила о не нанесении ущерба принципу справедливого и разумного использования. Часть государств, стоящих вверх по течению, считали как раз наоборот, что эта формула достаточно сильна, чтобы поддержать идею такого подчинения⁴».

Этот компромисс о соотношении справедливого и разумного использования и обязательства не наносить значительный ущерб привел Конвенцию в соответствие с Хельсинскими правилами 1966. К этому времени уже считалось, что Правила во многом отражают обычное международное водное право⁵. Действительно, сама Конвенция, являясь рамочной, требует конкретизации ее положений в соглашениях между прибрежными государствами конкретного водотока и кодифицирует основные принципы международного обычного права⁶.

После длительного обсуждения проекта Комиссии с поправками Рабочей группы, Генеральная Ассамблея резолюцией 51/229 от 21 мая 1997, приняла Конвенцию. Она была открыта для подписания 21 мая 1997 года и вступила в силу 17 августа 2014 года. Таким образом, с момента передачи этого вопроса Генеральной Ассамблеей в Комиссию в 1970 году до завершения процесса прошло почти 45 лет.

Соотношение рассматриваемых концепций по Конвенции.

Определённые факторы способствовали нежеланию многих государств, проголосовавших за конвенцию в 1997 году, присоединиться к ней⁷. Одним из основных факторов как раз оказалось противоречивое толкование и понимание соотношения справедливого и разумного использования и обязательства не наносить значительный ущерб.

Действительно, выработанные Рабочей группой компромиссные формулировки о соотношении рассматриваемых концепций, способствовали принятию Конвенции Генеральной Ассамблеей в 1997 году. Однако, стоящие выше по течению государства, посчитали Конвенцию предвзятой к стоящим ниже по течению, из-за упоминания в отдельной статье обязательства не наносить значительный ущерб. В свою очередь, ряд расположенных ниже по течению государств оценили Конвенцию как благоприятствующую стоящим выше по течению из-за включения в ст. 7 ссылки на принцип справедливого использования, что подчиняет этому принципу норму о не нанесении вреда.

Эксперты по международному водному праву разделяют позицию о подчинении в Конвенции обязательства не наносить значительный ущерб принципу справедливого и разумного использования. Такая позиция основывается на анализе ст. 5, 6 и 7 Конвенции. Так, ст. 6 закрепляет 7 факторов, составляющих справедливое использование, среди них

⁴ Lucius Cafilisch, [Regulation of the Use of international Watercourses](#), in *International Watercourses – Enhancing Cooperation and Managing Conflict* 15 (Salman M.A. Salman & Laurence Boisson de Chazournes eds., 1998).

⁵ Charles Bourne, [The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law](#), 36 *Nat. Resour. J.* 155 (1996).

⁶ Salman M.A. Salman, [The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law](#), 23 *Int'l J. Water Resour. Devel.* 619 (2007).

⁷ Salman M.A. Salman, [The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later—Why Has Its Entry into Force Proven Difficult?](#), 32 *Water Int'l* 1 (2007).

(i) «воздействие одного или нескольких видов использования водотока в одном государстве водотока на другие государства водотока» и (ii) «существующие и потенциальные виды использования водотока». Эти же факторы учитываются при определении значительного ущерба, так как ущерб может быть причинён значительным уменьшением водного потока у других прибрежных государств, что повлияет на его использование.

Таким образом, 2 фактора, определяющих нанесение значительного ущерба, являются частью 7 факторов, составляющих справедливое и разумное использование, что подтверждает подчинённость обязательства не наносить значительный ущерб принципу справедливого использования.

Кроме того, ст. 7 (1) Конвенции обязывает государства при использовании международного водотока на его территории принимать все необходимые меры для предотвращения нанесения ущерба другим государствам. В случае, если государство всё же причинило ущерб, тогда оно по ст. 7 (2) Конвенции обязано «принять все надлежащие меры, с должным учетом положений статей 5 и 6, в консультации с потерпевшим государством, для ликвидации или уменьшения такого ущерба и, при необходимости, для обсуждения вопроса о компенсации». Ст. 5 и 6 Конвенции, как указывалось выше, закрепляют принцип справедливого и равного использования. Соответственно, статья 7 (2) требует должного учёта принципа справедливого и равного использования при причинении значительного ущерба другому государству водотока.

Именно такой вывод сформулировала Комиссия в своём последнем докладе в 1994 году, о чём говорилось ранее. Из ст. 7 (1) также следует, что нанесение значительного ущерба может быть допустимым в некоторых случаях, в частности при установлении возможности компенсации.

Таким образом, комплексный анализ ст. 5, 6 и 7 показывает подчинённость обязательства не наносить значительный ущерб принципу справедливого использования. То есть, подобно Хельсинским правилам, данный принцип является основополагающим и руководящим также и в Конвенции⁸.

Международный Суд ООН поддержал такую позицию в деле Габчиково-Надьморш⁹. Суд принял решение по делу в сентябре 1997, всего через 4 месяца после принятия Конвенции. При этом Суд не сослался на обязательство не причинять значительный ущерб. В своём решении он акцентировал внимание на концепции справедливого использования, указав, что «многоцелевая программа в форме скоординированного единого блока по использованию, развитию и защите водотока осуществляется справедливым и разумным образом». Применяя принцип справедливого использования, Суд связал его с концепцией равенства всех прибрежных государств. Кроме того, он процитировал решение своего предшественника Постоянной палаты международного правосудия (Постоянной Палаты), вынесенное в 1929 году, где Постоянная Палата установила, что:

Общность интересов в судоходной реке становится основой для общего права, существенными признаками которого являются полное равенство всех прибрежных государств в пользовании всем руслом реки и исключение любых преференциальных привилегий какого-либо одного прибрежного государства по отношению к другим¹⁰.

⁸ Salman M.A. Salman, [Entry into Force of the UN Watercourses Convention—Why Should It Matter?](#), 31 Int'l J. Water Resour. Devel. 31 (2015).

⁹ [Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project](#) (Hung. v. Slov.), 1997 ICJ REP. 7 (Sept. 25).

¹⁰ [Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder](#) (U.K., Czechoslovakia, Den., Fr., Ger.& Swed. v. Pol.), 1929 PCIJ (ser. A) No. 23 (Sept. 10).

Однако такое толкование, в котором обязательство не наносить значительный ущерб подчинялось принципу справедливого использования не убедили ряд стоящих ниже по течению государств присоединиться к Конвенции.

Вред и уведомление, как двусторонние вопросы.

Противоположность взглядов на рассматриваемые концепции обостряется ещё и неверными представлениями о том, какие прибрежные государства могут наносить ущерб и, соответственно, какое государство обязано уведомлять о планируемых мерах.

Существует широко распространённое, но соответствующее действительности мнение о том, что только стоящие вверх по течению государства могут наносить ущерб государствам, расположенным ниже по течению, влияя на количество и качество поступающих к ним водотоков. Данное мнение, на самом деле, является одним из основных заблуждений относительного международного водного права и Конвенции, в частности. Оно основано на представлении, что ущерб «перемещается» только вниз по течению, вместе с водами общей реки.

Очевидно, что стоящие ниже по течению государства могут пострадать от изменения качества или количества воды, из-за её использования государствами, стоящими выше по течению. Однако не всегда принимается во внимание, что стоящим выше по течению государствам может быть нанесён ущерб потенциальным ограничением будущих видов использования, из-за предыдущего использования общих вод и возможных правовых претензий от стоящих ниже по течению государств. Этот важный постулат международного водного права, который связывает принцип справедливого и разумного использования и обязательство не наносить ущерб¹¹. Недостаточное понимание концепции ограничения будущих видов использования несомненно способствовало возникновению проблем, связанных с соотношением рассматриваемых концепций, как показывают текущие споры вокруг бассейнов Нила и Меконга.

Из-за заблуждения с односторонностью ущерба некоторые стоящие ниже по течению государства и эксперты делают вывод, что исключительно расположенные вверх по течению государства должны уведомлять о планируемых действиях государства, стоящие ниже по течению, а не обе группы прибрежных государств должны уведомлять друг друга. Однако по международному водному праву такое уведомление о планируемых действиях с возможными значительными неблагоприятными последствиями требуется от всякого прибрежного государства всем другим государствам, вне зависимости от их расположения относительно течения, так как ущерб может быть двусторонним¹².

Именно поэтому Конвенция требует уведомления до того, как «государство водотока», а не «государство, стоящее вверх по течению» осуществит запланированные меры. Схожим образом Суд в деле Габчиково-Надьморош использовал формулировку «лишение других прибрежных государств», а не «лишение прибрежных государств, расположенных вниз по течению».

Заключение. Сотрудничество – основа международного водного права.

Международное водное право обычно описывается как право сотрудничества. Конвенция использует слово «сотрудничество» и его вариации 15 раз, и в преамбуле подтверждает важность международного сотрудничества и добрососедских отношений в

¹¹ Salman M.A. Salman, [The Obligation Not to Cause Significant Harm](#), In UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: a Commentary (Laurence Boisson de Chazournes et al. eds., 2018). See also Salman M.A. Salman, [Downstream Riparians Can Also Harm Upstream Riparians—The Concept of Foreclosure of Future Uses](#), 35 Water Int’L 350 (2010).

¹² Salman M.A. Salman, [Notification Concerning Planned Measures on Shared Watercourses—Synergies Between the Watercourses Convention and the World Bank Policies and Practice](#), 4.2 Brill Research Perspectives in Int’l Water L. (2019). See also Salman M. A. Salman, [The World Bank Policy for Projects on International Waterways—An Historical and Legal Analysis](#) (2009).

этой области. Она также подтверждает, что сотрудничество обеспечит использование, развитие, сохранение, управление и защиту международных водотоков, а также содействие их оптимальному и устойчивому использованию для нынешнего и будущих поколений.

Также Конвенция требует участия в использовании, развитии и охране международного водотока на справедливой и разумной основе и подчеркивает, что такое участие включает как право на использование совместно используемого водотока, так и обязательство сотрудничать для его охраны и использования.

Добросовестное сотрудничество между прибрежными государствами по вопросам использования, управления и защиты общих водотоков должны основываться на договоре, заключённом между всеми прибрежными государствами совместно используемого водотока. Такой договор должен предусматривать создание организации с широкими полномочиями по управлению бассейнами. И только после его заключения должны появляться совместные проекты и программы использования водотоков, такие как плотины Итайпу и Манатали, а не односторонние проекты, которые сейчас испещрили многие совместно используемые водотоки по всему миру.

Таким образом, именно сотрудничество сделает ненужными продолжающиеся жаркие споры и дебаты между государствами, стоящими вверх и вниз по течению, об их правах и обязанностях, о том, кто может причинить ущерб, об ограничении будущих видов использования или о том, кто кого должен уведомлять.

公平合理利用原则和不造成重大损害义务——它们之间是否可以调和？

[苏丹] 萨曼·M.A.萨曼*

在国际水法发展演变的漫长历史中，公平合理利用原则与不造成重大损害义务之间的关系一直是最具挑战性的问题。本文讨论关于这两个概念之间关系的争论的起源，介绍不同沿岸国在这一问题上的对立立场，进而阐释 1997 年《国际水道非航行使用法公约》是如何处理这一问题并使这两个概念得以调和的。

首先应该指出的是，对于公平合理利用原则与不造成重大损害义务这两个概念之间的关系，大多数共享水道的下游和上游沿岸国通常持相反的观点。下游沿岸国赞成不造成重大损害规则，因为它们认为该规则可以保护已有使用不受上游沿岸国活动的影响。相反，上游沿岸国倾向于公平合理利用原则，因为它为上游沿岸国利用其水道的公平份额但却可能影响下游沿岸国的活动提供了更大的空间。¹ 此外，由于对不造成重大损害义务的定性和定量评估存在分歧，以及对国际水法的一些基本原理存在误解和曲解，导致这两个概念之间的关系更加复杂。下文讨论的妨碍未来利用（foreclosure of future uses）这一不太容易理解的概念，就是这种误解的一个事例。

事实上，沿岸国对这两个概念之间关系的不同立场，是导致目前全球大多数共享水道争端的根本原因。² 尼罗河流域以及埃塞俄比亚目前正在青尼罗河上建造的埃塞俄比亚复兴大坝就是这样一个鲜明的事例，也是对这两个概念持相反观点的结果。埃塞俄比亚辩称：它有权修建该大坝，因为这将使自己能够利用其公平合理的尼罗河水份额。埃及则认为该大坝将对埃及造成重大损害，埃塞俄比亚根据国际水法有义务不这样做。苏丹虽然承认自己将从该大坝中获益，但也识别了大坝的某些风险，并在最近与埃及一起要求埃塞俄比亚处理这些风险。

同样，上游国土耳其与下游国叙利亚和伊拉克之间关于底格里斯河/幼发拉底河流域使用的争端，以及上游国中国与下游国越南、老挝、泰国和柬埔寨之间关于湄公河的争端，是这种尖锐争端的其他事例；其原因是上游和下游沿岸国对这两个概念之间关系的迥异理解。

一、关于这两个概念之间关系的争论的起因

尽管关于这两个概念之间关系的争论在国际法学会和国际法协会开展有关

* 国际水资源学会（International Water Resources Association）会士，《博睿国际水法研究展望》主编。Email: salmanmasalman@gmail.com

¹ Salman M.A. Salman, *Freshwater Resources*, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, (Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel eds., 2021).

² Salman M.A. Salman, *The Nile Basin Cooperative Framework Agreement: Disentangling the Gordian Knot*, in *The Grand Ethiopian Renaissance Dam and the Nile Basin, Implications for Transboundary Cooperation* (Zeray Yihdego et al. eds., 2018).

工作之前就已经开始，但是这两个学术组织是最早阐释这一关系的。事实上，它们在国际水法方面的工作主要是围绕这两个概念而展开的。

从 1911 年《马德里宣言》（《国际水道非航行利用的国际规则》）开始，国际法学会倾向于不造成重大损害义务，但是逐渐开始承认公平合理利用。国际法协会将公平合理利用确立为其工作的指导原则，并在 1966 年《赫尔辛基规则》（《国际河流利用规则》）中将已有使用作为确定公平合理利用的因素之一。

在这两个学术组织工作的基础上，联合国国际法委员会（以下简称“国际法委员会”）根据联合国大会第 2669（XXV）号决议（1970 年），于 1971 年开始就《国际水道非航行使用法公约》（以下简称“《公约》”或者“公约”）开展工作。国际法委员会耗时 23 年，在 1994 年完成了公约草案。期间，先后有 5 位特别报告员，他们共提交了 15 份关于该专题的报告。国际法委员会内部关于公约草案的辩论大多数都涉及这样两个问题：公平合理利用原则与不造成重大损害义务之间的关系，以及哪一个从属于另一个。

虽然大多数报告采用了第一种路径（将不造成重大损害义务从属于公平合理利用原则），但是其他报告或者采用第二种路径（将这两个概念同等对待），或者采用第三种路径（规定公平合理利用原则可以从属于不造成重大损害义务的情形）。在最后一种路径中，引入了尽力（*due diligence*）不造成重大损害义务的这一要素。

结果是，这些问题持续在国际法委员会内部进行辩论，直至它在 1994 年向联合国大会提交最后的公约草案和报告，都没有形成明确的共同意见。关于这两个概念之间的关系，国际法委员会在 1994 年报告中指出：

在某些情况下，国际水道的“公平合理利用”仍然可能涉及对另一个水道国的重大损害。一般来说，在这种情况下，公平合理利用原则仍然是平衡相关利益的指导标准。³

联合国大会将体现这些观点的公约草案和报告提交给作为全体工作组召开的第六委员会进行审议。在 1996 年和 1997 年举行的两次会议上，经过漫长、集中和激烈的讨论，采取了关于这两个概念之间关系的新的折衷性表述。这反映在公约草案第 7 条之中。

新的第 7 条没有包括关于尽力不造成重大损害的规定；取而代之的是，规定水道国应当采取一切适当措施，从而防止造成重大损害。它还取消了对公平合理利用的明确提及；取而代之的是提及第 5 条和第 6 条的规定（这两条实际上是关于公平合理利用和参与的规定），要求对它们适当顾及。它还增加了关于消除或

³ Int'l Law Comm'n, Report on the Work of Its Forty-Sixth Session, 2 May – 22 July 1994, II(2) Y.B. Int'l L. Comm'n at 103 (1994).

者减轻损害以及在适当时讨论赔偿问题的要求。商定的第 7 条案文如下：

1. 水道国在其领土内利用国际水道时，应当采取一切适当措施，防止对其他水道国造成重大损害。

2. 在对另一水道国已经造成重大损害的情形下，其使用造成损害的国家如果没有关于该（种）使用的协定，应当适当顾及第 5 条和第 6 条的规定，同受到影响的国家进行协商，采取一切适当措施，消除或减轻该（种）损害，并酌情讨论补偿问题。

“适当顾及第 5 条和第 6 条的规定”这一表述得到了下游和上游沿岸国的共同接受，从而促进了工作组对公约草案的批准。正如卢修斯·卡弗利施（Lucius Caflisch）所指出的：

一些下游沿岸国认为，新的表述方式的中立性足以不会暗示不造成重大损害规则从属于公平合理利用原则。然而，一些上游沿岸国的想法恰恰相反，即该表述方式足以有力地支持这种从属关系的观点。⁴

这一关于公平合理利用原则和不造成重大损害义务之间关系的折衷性规定，使《公约》与国际法协会 1966 年《赫尔辛基规则》相一致。当时，该《规则》已经作为习惯国际水法的代表而被广泛接受。⁵事实上，《公约》本身仅是一项将来需要由水道国之间的协定予以补充的框架性公约，主要是对习惯国际水法基本原则的编纂。⁶

1997 年 5 月 21 日，在对工作组修改后的国际法委员会草案进行长时间的讨论后，联合国大会通过了关于《公约》的第 51/229 号决议。《公约》于 1997 年 5 月 21 日开放签署，后于 2014 年 8 月 17 日生效。这样，自 1970 年大会将该事项提交给国际法委员会开始，这一进程耗时近 45 年才得以完成。

二、《公约》项下这两个概念之间的关系

在 1997 年投票支持公约草案的国家中，许多都不愿意成为《公约》的缔约国；促成这种不愿意的因素有许多。⁷其中一个主要因素是对公平合理利用和不造成重大损害义务之间关系有着相反的解释和理解。

全体工作组就这两个概念之间关系达成的折衷性措辞促进了联合国大会在 1997 年通过《公约》。尽管如此，一方面，一些上游沿岸国仍然认为《公约》偏

⁴ Lucius Caflisch, *Regulation of the Uses of International Watercourses*, in *International Watercourses—Enhancing Cooperation and Managing Conflict* 15 (Salman M.A. Salman & Laurence Boisson de Chazournes eds., 1998).

⁵ Charles Bourne, *The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law*, 36 *Nat. Resour. J.* 155 (1996).

⁶ Salman M.A. Salman, *The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law*, 23 *Int'l J. Water Resour. Devel.* 629 (2007).

⁷ Salman M.A. Salman, *The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later – Why Has Its Entry into Force Proven Difficult?*, 32 *Water Int'l* 1 (2007).

向下游沿岸国，因为它在单独条款中具体提到了不造成重大损害义务。另一方面，一些下游沿岸国仍然认为《公约》偏向上游沿岸国，因为它在第7条中提到了公平合理利用，从而使不造成重大损害规则从属于公平合理利用原则。

然而，国际水法专家的主流看法是，《公约》确实将不造成重大损害义务从属于公平合理利用原则。这一结论是基于对《公约》第5、6和7条的仔细阅读。第6条列举了确定公平合理利用的7类因素。这些因素包括：（1）“一个水道国对水道的一项或多项使用对其他水道国的影响”，以及（2）“对水道的已有和潜在使用”。在确定是否对另一沿岸国造成重大损害时，还需要这些相同的因素以及其他因素，因为损害可以通过大幅度减少流向其他沿岸国的水流而造成，从而影响后者的已有使用。

这样，衡量损害的上述两类因素已经被列为确定公平合理利用的7类因素的一部分。而这证实了不造成重大损害义务从属于公平合理利用原则。

此外，《公约》第7条第1款规定，水道国在利用其领土内的国际水道时，应当采取一切适当措施，防止对其他水道国造成重大损害。在对另一个水道国造成重大损害时，该条第2款要求造成损害的国家“应当适当顾及第5条和第6条的规定，同受到影响的国家进行协商，采取一切适当措施，消除或减轻该（种）损害，并酌情讨论补偿问题”。如前所述，鉴于第5条和第6条规定了公平合理利用，因此第7条第2款要求在对另一水道国造成重大损害时适当考虑公平合理利用原则。正如上文所述，这正是国际法委员会在1994年最后一份报告中得出的结论和记录。该条第1款还表明，在某些情况下可以容忍造成重大损害；例如可以考虑赔偿的可能性。

因此，对第5、6和7条的仔细和综合解读表明，不造成重大损害义务确实从属于公平合理利用原则。这样，可以得出与《赫尔辛基规则》类似的结论，即公平合理利用原则是《公约》的基本原则和指导原则。⁸

国际法院在匈牙利和斯洛伐克之间多瑙河（盖巴斯科夫—拉基玛洛项目）一案判决中认可了上述观点。⁹ 该案判决于1997年9月作出，仅在联合国大会通过《公约》之后4个月。在该案判决中，国际法院在指示“以协调的单一单元的形式，以一种公平合理的方式，实施使用、开发和保护水道的多用途项目”时，强调了公平合理利用这一概念。它并没有提及不造成重大损害义务。国际法院将公平合理利用原则与所有沿岸国平等这一概念联系起来，予以进一步强调。它援引了其前身国际常设法院1929年的一份判决。国际常设法院在该判决中指出：

⁸ Salman M.A. Salman, *Entry into Force of the UN Watercourses Convention – Why Should It Matter?*, 31 Int'l J. Water Resour. Devel. 31 (2015).

⁹ Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.), 1997 ICJ Rep. 7 (Sept. 25).

一条可航行河流的利益共同体已经成为一项共同法律权利的基础；其基本特征是所有沿岸国在使用整个河道方面完全平等，并排除任何一个沿岸国享有相对于其他沿岸国的任何优先特权。¹⁰

然而，关于不造成重大损害义务从属于公平合理利用原则的这些解释，似乎并没有说服一些下游沿岸国缔结《公约》。

三、作为双向事宜的损害和通知

关于这两个概念截然不同的看法和解释，似乎又因为其他一些误解而变得更加复杂。这些误解涉及哪些沿岸国可能实际上对其他国家造成重大损害，以及因此需要向谁通知计划采取的措施。

存在这样一种普遍认为但却并不准确的观点，即只有上游沿岸国可以通过影响流向下游沿岸国的水量和水质而对下游沿岸国造成损害。这种观点实际上是对国际水法，特别是《公约》的根本性误解之一。这一观点所依据的观念是，损害只能随着共享河流的水向下游“流动”。

很明显的是，下游沿岸国可能由于上游沿岸国的使用而造成的水质和水量变化的物理影响而受到损害。然而，人们不太了解、也不理解的是，上游沿岸国可能会因下游沿岸国的在先使用和权利主张从而导致对前者未来用水的潜在妨碍而受到损害。这是国际水法的一项重要原理，它在公平合理利用原则和不造成重大损害义务之间建立了明确联系。¹¹ 对妨碍未来利用这一概念的缺乏了解，无疑加剧了围绕公平合理利用原则和不造成重大损害义务这两个概念之间关系的挑战；目前关于尼罗河和湄公河流域的争论表明了这一点。

事实上，对损害仅是单向的这种误解导致一些下游沿岸国和专家认为，计划采取的措施只需要上游沿岸国向下游沿岸国发出通知，并不需要上游和下游沿岸国之间的双向通知。但是，应该澄清的是：基于损害实际上是一个双向问题的原理，根据国际水法，可能产生重大不利影响的计划措施必须由所有沿岸国向共享水道的所有其他沿岸国发出通知。¹²

值得强调的是，正是由于这一原因，《公约》要求在一个“水道国”而不是“上游国”实施计划采取的措施之前发出通知。同样，国际法院在多瑙河一案判

¹⁰ Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder (U.K., Czechoslovakia, Den., Fr., Ger. & Swed. v. Pol.), 1929 PCIJ (ser. A) No. 23 (Sept. 10).

¹¹ Salman M.A. Salman, *The Obligation Not to Cause Significant Harm*, in *The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: A Commentary* (Laurence Boisson de Chazournes et al. eds., 2018). See also Salman M.A. Salman, *Downstream Riparians Can Also Harm Upstream Riparians – The Concept of Foreclosure of Future Uses*, 35 *Water Int'l* 350 (2010).

¹² Salman M.A. Salman, *Notification Concerning Planned Measures on Shared Watercourses – Synergies Between the Watercourses Convention and the World Bank Policies and Practice*, 4.2 *Brill Research Perspectives in Int'l Water L.* (2019). See also Salman M.A. Salman, *The World Bank Policy for Projects on International Waterways – An Historical and Legal Analysis* (2009).

决中使用了“剥夺其他沿岸国”而不是“剥夺下游沿岸国”的措辞。

四、结论性评述：合作——国际水法的根基

国际水法常常被称为合作法。《公约》15次提及“合作”一词或其派生词，并在序言中确认国际合作和睦邻关系在这一领域的重要性。它进一步确认，合作将确保国际水道的利用、开发、养护、管理和保护，并为今世和后代促进其最佳和可持续的利用。

《公约》接着要求以一种公平合理的方式参与国际水道的使用、开发和保护，并强调这种参与既包括利用共享水道的权利，也包括合作保护和开发共享水道的义务。

沿岸国之间在使用、管理和保护其共享水道方面一秉善意的合作需要转化为一项条约，条约缔约方需要包括共享水道的所有沿岸国。这种法律文件应该要求建立流域管理机构，规定其作为一个法律实体、赋予其广泛而有意义的任务。随后，需要开展联合开发项目和计划（例如伊泰普和马南塔利大坝），而不是目前遍布全球的许多共享水道的单边计划。

相应地，这种合作将使目前下列方面的激烈辩论和争论变得没有必要，即，上游和下游沿岸国的权利和义务，谁能够对另一方造成损害，阻止它们未来的合法使用，或者谁需要向谁发出通知。

ندوة عن الخلافات بين الدول حول الحقوق المائية الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعدم التسبب في ضررٍ ذي شأن:

هل يمكن التوفيق بينهما؟

سلمان محمد أحمد سلمان*

ظلت العلاقة بين الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعدم التسبب في ضررٍ ذي شأن من أكثر المسائل تعقيداً في التاريخ الطويل لتطور القانون الدولي للمياه. الغرض من هذا المقال هو مناقشة جذور الجدل في العلاقة بين المبدئين، وعرض وجهة النظر المختلفة لكل من الدول المشاطئة، ثم توضيح كيف حسمت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية هذا الجدل، ووفقت بين المبدئين.

لا بد من الملاحظة بدايةً أن لكل من دول أسافل المجرى ودول أعالي المجري رأياً يعارض الآخر تماماً في هذه المسألة. فدول أسافل المجرى تفضل مبدأ عدم التسبب في ضررٍ ذي شأن لأن هذه الدول تعتقد ان هذا المبدأ يحميها من التأثيرات المحتملة من الأعمال التي تقوم بها دول أعالي المجري. من الجانب الآخر فإن دول أعالي المجري تفضل مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول لأنه، في اعتقادها، يترك مجالاً لكلٍ من الدول المشاطئة لكي تستخدم نصيبها العادل في الأعمال التي قد تؤثر على دول أسافل المجري.¹ كما لا بد من إضافة أن العلاقة بين المبدئين قد ازدادت تعقيداً بسبب الخلافات حول النوعية والكمية المرتبطة بالالتزام بعدم التسبب في ضررٍ ذي شأن، وأيضاً بسبب عدم الفهم الصحيح، والتفسير غير السليم، لبعض المبادئ الأساسية للقانون الدولي للمياه. ويمكن الإشارة إلى مبدأ "الحجز على الاستخدامات المستقبلية"، على أنه أحد مبادئ القانون الدولي للمياه التي لم يتم فهمها على نطاقٍ واسع بعد، كما سنناقش لاحقاً في هذا المقال.

في حقيقة الأمر فإن مواقف الدول المشاطئة المتعارضة حول العلاقة بين المبدئين هي السبب الرئيسي للنزاعات الحالية حول المجاري المائية المشتركة. فالنزاعات حول نهر النيل وسد النهضة الذي تقوم إثيوبيا بنائه حالياً على النيل الأزرق مردّها الآراء المتعارضة حول المبدئين. تجادل إثيوبيا أنه من حقها بناء سد النهضة لأن السد سوف يساعد إثيوبيا في استخدام نصيبها المنصف والمعقول من مياه النيل. من الجانب الآخر فإن مصر تجادل أن سد النهضة سوف تنتج عنه أضراراً كبيرة على مصر، وأن إثيوبيا ملزمة بموجب القانون الدولي للمياه بعدم التسبب في هذه الأضرار. وعلى الرغم من أن السودان قد اعترف أن لسد النهضة أثراً مفيداً عليه، إلا أنه قد أثار مؤخراً ما

*Fellow, International Water Resources Association (IWRA): and Editor, Brill Research Perspectives in International Water Law.

¹ Salman M.A. Salman, *Freshwater Resources*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, (Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel eds., 2021).

©Salman M.A. Salman 2021. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), which permits unrestricted re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

اعتبره بعض المخاطر الناتجة من السد على السودان، ووقف في الآونة الأخيرة إلى جانب مصر مطالباً إثيوبيا بالعمل على درء هذه المخاطر.²

كما أن النزاعات حول حوض دجلة والفرات بين تركيا من جانب وسوريا والعراق من الجانب الآخر، وكذلك النزاعات حول نهر الميكونغ بين الصين من جهة وفيتنام ولاوس وكمبوديا من الجهة الأخرى، هي أمثلة أخرى للنزاعات الحادة الناتجة عن الفهم المتعارض للمبدأين بين دول أعالي المجرى ودول أسافل المجرى.

جدور الجدل في العلاقة بين المبدأين

على الرغم من أن الجدل حول المبدأين (الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعد التسبب في ضرر ذي شأن) قد سبق نشأة معهد القانون الدولي (المعهد) وجمعية القانون الدولي (الجمعية)، إلا أن هاتين المنظمتين العلميتين هما أول من قام بتوضيح العلاقة بين المبدأين. بدأ المعهد عمله في هذا المجال بإصدار إعلان مدريد في عام ١٩١١ منجراً نحو الالتزام بعدم التسبب في ضرر، لكنه بدأ تدريجياً في الاعتراف بالانتفاع المنصف والمعقول. من الجانب الآخر فإن الجمعية وضعت الانتفاع المنصف والمعقول كمبدأ أساسي لعملها في مجال المياه المشتركة منذ خمسينيات القرن الماضي، وشملت قواعد هيلسينكي لعام ١٩٦٦ الاستخدامات القائمة كأحد العوامل لتحديد الانتفاع المنصف والمعقول.

وقد بنت مفوضية القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة (المفوضية) عملها على إصدارات هاتين المنظمتين عندما بدأت في عام ١٩٧١ في صياغة اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية (اتفاقية المجاري المائية الدولية - أو الاتفاقية) بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٦٦٩ (1970). وقد عملت المفوضية على مدى ٢٣ عاماً في صياغة الاتفاقية، لتكملها في عام ١٩٩٤. خلال هذه السنوات قام خمسة مقررون من المفوضية بإصدار ١٥ تقريراً خاصاً بالاتفاقية. وقد دار جدلٌ طويلٌ داخل المفوضية في عدة مسائل، أهمها العلاقة بين الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعدم التسبب في ضرر ذي شأن، وحول أي المبدأين له السيادة على المبدأ الآخر.

وعلى الرغم من أن معظم تقارير المفوضية أعطت السيادة لمبدأ الانتفاع المنصف والمعقول على الالتزام بعدم التسبب في ضرر ذي شأن، إلا أن بعضها ساوى بين المبدأين، بينما أعطى اتجاهٌ ثالث، تحت ظروف معينة، السيادة لمبدأ الالتزام بعدم التسبب في ضرر. وقد شمل هذا الاتجاه ضرورة توخي العناية اللازمة لتجنب إحداث الضرر.

عليه فقد تواصل الجدل داخل المفوضية في هذه المسألة ولم يتم التوصل إلى رأيٍ متفقٍ عليه إلا في عام ١٩٩٤ حين أكملت المفوضية تقريرها الأخير ورفعتَه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة. وحول العلاقة بين المبدأين فقد أشار تقرير عام ١٩٩٤ إلى الآتي:

في حالاتٍ معينة فإن الانتفاع المنصف والمعقول للمجرى المائي الدولي قد ينتج عنه ضررٌ ذو شأن لدولة مجرى أخرى. عموماً في مثل هذه

² Salman M.A. Salman, *The Nile Basin Cooperative Framework Agreement: Disentangling the Gordian Knot*, in THE GRAND ETHIOPIAN RENAISSANCE DAM AND THE NILE BASIN, IMPLICATIONS FOR TRANSBOUNDARY COOPERATION (Zeray Yihdego et al. eds., 2018).

الحالات فإن مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول يبقى المعيار التوجيهي في موازنة المصالح التي على المحك.^٣

أرسلت الجمعية العامة مسودة اتفاقية المجاري المائية الدولية وتقرير عام ١٩٩٤ الذي تضمن الرأي اعلاه إلى اللجنة السادسة (اللجنة القانونية) والتي اجتمعت كمجموعة عملٍ شاملة. وبعد نقاشٍ محتدمٍ ومطوّلٍ خلال اجتماعين عُقدا في عامي ١٩٩٦ و١٩٩٧ اعتمدت اللجنة حلاً وسطاً حول العلاقة بين الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعدم التسبب في ضررٍ ذي شأنٍ تم تضمينه في المادة ٧ من مسودة الاتفاقية.

لم تشمل المادة ٧ المقترحة إشارة إلى ضرورة توخّي العناية اللازمة في عدم التسبب في ضرر. وقد تم استبدالها بالعبارة التي تطالب الدول باتخاذ كل التدابير المناسبة من أجل إزالة هذا الضرر. كذلك لم تتضمن المادة الجديدة الإشارة صراحةً إلى الانتفاع المنصف والمعقول وإنما استبدلت هذا بالإشارة إلى المادتين ٥ و ٦ (واللتين تتعلقان في حقيقة الأمر بالانتفاع المنصف والمعقول)، وألزمت بمراعاتهما. كما أضافت المادة الجديدة متطلبات إزالة أو تخفيف الضرر، والقيام، حسب الملائم، بمناقشة مسألة التعويض. ويقرأ النص الجديد للمادة ٧ كما يلي:

1- تتخذ دول المجرى المائي، عند الانتفاع بمجرى مائي دولي داخل أراضيها، كل التدابير المناسبة للحيلولة دون التسبب في ضررٍ ذي شأنٍ لدول المجرى المائي الأخرى.

2- ومع ذلك، فإنه متى وقع ضررٌ ذو شأنٍ لدولة أخرى من دول المجرى المائي، تتخذ الدول التي سبب استخدامها هذا الضرر، في حالة عدم وجود اتفاق على هذا الاستخدام، كل التدابير المناسبة، مع المراعاة الواجبة لأحكام المادتين ٥ و ٦ وبالتشاور مع الدولة المتضررة، من أجل إزالة أو تخفيف هذا الضرر والقيام، حسب الملائم، بمناقشة مسألة التعويض.

وقد قبلت دول أعالي المجرى وكذلك دول أسافل المجرى العبارة "مع المراعاة الواجبة لأحكام المادتين ٥ و ٦"، وعليه فقد ساهمت هذه العبارة في إجازة اتفاقية المجاري المائية الدولية بواسطة مجموعة العمل الشاملة. وقد أوضح البروفيسور لوسيس كافليش كيف ساهم هذا الحل الوسط في إجازة الاتفاقية حين كتب:

اعتبرت عدة دول مشاطئة لأسفل مجرى المياه هذه الصيغة محايدة إلى درجة كافية لعدم الإيحاء بخضوع قاعدة عدم الإضرار لمبدأ الانتفاع المنصف والمعقول. ولكن عدة دول مشاطئة لأعالي مجرى المياه اعتقدت عكس ذلك تماماً، أي أن الصيغة كانت قوية بما يكفي لمساندة فكرة هذا الخضوع.^٤

وقد جعل هذا الاتفاق الوسط بين الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعدم التسبب في ضررٍ ذي شأنٍ اتفاقية المجاري المائية الدولية متطابقةً مع قواعد هيلسينكي لعام ١٩٦٦. وكانت القواعد

³ Int'l Law Comm'n, [Report on the Work of Its Forty-Sixth Session](#), 2 May – 22 July 1994, II(2) Y.B. INT'L L. COMM'N at 103 (1994).

⁴ Lucius Caffisch, [Regulation of the Uses of International Watercourses](#), in INTERNATIONAL WATERCOURSES—ENHANCING COOPERATION AND MANAGING CONFLICT 15 (Salman M.A. Salman & Laurence Boisson de Chazournes eds., 1998).

قد أصبحت بذلك الوقت مقبولةً في معظم أنحاء العالم باعتبارها عاكسةً لقواعد القانون الدولي العرفي للمياه.^٥ وفي حقيقة الأمر فإن اتفاقية المجاري المائية الدولية نفسها، والتي هي اتفاقية إطارية يتطلب تكملتها باتفاقيات تعقدها دول الحوض المشترك، هي في الغالب تدوينٌ للمبادئ الأساسية للقانون الدولي العرفي للمياه.^٦

في ٢١ من شهر مايو لعام ١٩٩٧، وبعد نقاشٍ مستفيضٍ لمسودة الاتفاقية كما عدلتها مجموعة العمل، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم ٥١-٢٢٩ بإجازة الاتفاقية. وقد فُتح باب التوقيع على الاتفاقية في ذلك اليوم، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في ١٤ أغسطس عام ٢٠١٤. وهكذا فقد أخذت اتفاقية المجاري المائية الدولية حوالي ٤٥ عاماً للاكمال منذ أن أحالت الجمعية العامة المسألة إلى مفوضية القانون الدولي عام ١٩٧٠.

العلاقة بين المبدأين بموجب مواد اتفاقية المجاري المائية الدولية

هناك مجموعةٌ من الأسباب جعلت الدول التي صوتت لصالح اتفاقية المجاري المائية الدولية في عام ١٩٩٧ مترددةً في الانضمام للاتفاقية.^٧ أحد أسباب هذا التردد هو الفهم والتفسيرات المتعارضة لمسألة العلاقة بين الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعد التسبب في ضررٍ ذي شأن.

كما ذكرنا أعلاه فقد ساهمت لغة الحل الوسط للعلاقة بين المبدأين التي تبنتها مجموعة العمل الشاملة في إجازة الاتفاقية بواسطة الجمعية العامة عام ١٩٩٧. لكن على الرغم من إجازة الاتفاقية فقد ظلت مجموعة من دول أعالي المجرى تعتقد أن الاتفاقية منحازةً لدول أسافل المجرى بسبب تضمينها للالتزام بعدم التسبب في ضررٍ في مادة منفصلة. من الجانب الآخر يعتقد عددٌ من دول أسافل المجرى أن الاتفاقية منحازةً إلى دول أعالي المجرى لأنها أخضعت الالتزام بعدم التسبب في ضررٍ إلى مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول بتضمين الإشارة إلى هذا المبدأ في المادة ٧.

غير أن الرأي الغالب بين معظم خبراء القانون الدولي للمياه أن اتفاقية المجاري المائية الدولية، في حقيقة الأمر، قد أخضعت الالتزام بعدم التسبب في ضررٍ إلى مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول. وينبغي هذا الرأي على قراءة متأنية للمواد ٥ و٦ و٧ من الاتفاقية. فالمادة ٦ تتضمن سبعة عوامل ذات صلة بالانتفاع المنصف والمعقول. وتشمل هذه العوامل (١) آثار استخدام أو استخدامات المجرى المائي في إحدى دول المجرى المائي على غيرها من دول المجرى المائي؛ و (٢) الاستخدامات القائمة والمحتملة للمجرى المائي. وهذان العاملان يتم استخدامهما، مع عوامل أخرى، لتحديد إن كان قد حدث ضررٌ ذو شأن لدولة مجرى أخرى لأن الضرر يمكن أن يحدث بالتقليل لكميات المياه المناسبة لدول المجرى الأخرى، وهذا التقليل يمكن أن ينتج عنه ضررٌ ذو شأن بسبب التأثير على الاستخدامات القائمة.

عليه فقد تم تضمين هذين العاملين ضمن العوامل السبعة ذات الصلة بالانتفاع المنصف والمعقول، وهو ما يؤكد أن الاتفاقية أخضعت الالتزام بعدم التسبب في ضررٍ لمبدأ الانتفاع المنصف والمعقول.

⁵ Charles Bourne, *The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law*, 36 NAT. RESOUR. J. 155 (1996).

⁶ Salman M.A. Salman, *The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law*, 23 INT'L J. WATER RESOUR. DEVEL. 619 (2007).

⁷ Salman M.A. Salman, *The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later – Why Has Its Entry into Force Proven Difficult?*, 32 WATER INT'L 1 (2007).

بالإضافة إلى هذا فإن المادة ٧ (١) من الاتفاقية تلزم دول المجرى المائي، عند الانتفاع بمجرى مائي دولي داخل أراضيها، باتخاذ كل التدابير المناسبة للحيلولة دون التسبب في ضررٍ ذي شأن لدول المجرى المائي الأخرى. فإذا وقع رغم ذلك ضررٌ ذو شأن لدولة أخرى من دول المجرى المائي، فإن المادة ٧ (٢) تلزم الدول التي سبب استخدامها هذا الضرر "باتخاذ كل التدابير المناسبة، مع المراعاة الواجبة لأحكام المادتين ٥ و ٦ وبالتشاور مع الدولة المتضررة، من أجل إزالة أو تخفيف هذا الضرر والقيام، حسب الملائم، بمناقشة مسألة التعويض." وكما ذكرنا من قبل، فإن المادتين ٥ و ٦ من الاتفاقية تتعلقان بالانتفاع المنصف والمعقول. عليه فإن المادة ٧ (٢) تلزم المراعاة لمبدأ الانتفاع المنصف إذا كان ضررٌ ذو شأن قد حدث فعلاً لدولة مجرى أخرى. وهذا هو بالتحديد ما قرره مفوضية القانون الدولي في تقريرها عام ١٩٩٤ كما ناقشنا أعلاه. ويجب أيضاً إضافة أن الاتفاقية قد أوضحت أن الضرر يمكن قبوله في بعض الحالات خصوصاً عندما تكون مسألة مناقشة مسألة التعويض واردةً.

عليه فإن القراءة المتأنية للمواد ٥ و ٦ و ٧ من الاتفاقية توضح أن الالتزام بعدم التسبب في ضررٍ ذي شأن قد تم إخضاعه لمبدأ الانتفاع المنصف والمعقول. وهذا يعني أن اتفاقية المجاري المائية الدولية، مثل قواعد هيلسينكي، قد أقرت أن الانتفاع المنصف والمعقول هو القاعدة الأساسية للقانون الدولي للمياه.^٨

وقد صادقت على هذا الرأي محكمة العدل الدولية في قضية نهر الدانوب بين دولتي المجر وسلوفاكيا (قضية غابشيفيكو).^٩ وقد أصدرت المحكمة قرارها في تلك القضية في شهر سبتمبر عام ١٩٩٧، أي بعد أربعة أشهر فقط من مصادقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على اتفاقية المجاري المائية الدولية. وقد أكدت المحكمة في تلك القضية مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول عندما وجهت بأن يتم تنفيذ "البرنامج متعدد الأهداف في شكل وحدة واحدة متناسقة من أجل استخدام وتنمية وحماية المجرى المشترك، بطريقةٍ منصفةٍ ومعقولة." ولم تشر المحكمة على الإطلاق إلى الالتزام بعدم التسبب في ضرر. وقد أكدت المحكمة مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول مرة ثانية في تلك القضية بربطه بمبدأ المساواة بين دول الحوض المشترك. وقد اقتبست من حكمٍ صدر عام ١٩٢٩ من المحكمة الدائمة للعدالة الدولية، التي سبقت محكمة العدل الدولية، ذكرت فيها تلك المحكمة الآتي:

إن الاهتمام المشترك في النهر القابل للملاحة يصبح الأساس للحق القانوني المشترك، والذي تركز مبادئه الأساسية على المساواة المطلقة بين كل الدول المشاطئة في استخدام كل النهر واستبعاد أي امتياز خاص لأية دولة مشاطئة على حساب الدول الأخرى.^{١٠}

لكن يبدو أن كل هذه التفسيرات لسيادة الانتفاع المنصف والمعقول على الالتزام بعدم التسبب في ضررٍ ذي شأن لم تساهم في إقناع عددٍ من دول أعالي المجرى في الانضمام لاتفاقية المجاري المائية الدولية.

⁸ Salman M.A. Salman, *Entry into Force of the UN Watercourses Convention – Why Should It Matter?*, 31 INT'L J. WATER RESOUR. DEVEL. 31 (2015).

⁹ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hung. v. Slov.), 1997 ICJ REP. 7 (Sept. 25).

¹⁰ *Cas Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission on the River Oder* (U.K., Czechoslovakia, Den., Fr., Ger. & Swed. v. Pol.), 1929 PCIJ (ser. A) No. 23 (Sept. 10).

الضرر والإخطار طريقاً لاتجاهين

يزيد الآراء والتفسيرات المتعارضة للمبدأين تعقيداً الفهم غير الصحيح المتعلق بأي من الدول المشاطئة يمكن أن تسبب ضرراً للدول الأخرى، وكنتيجة لذلك، من أي من الدول يتطلب الإخطار المسبق للدول الأخرى.

هناك اعتقاداً شائع، لكنه غير صحيح، أن دول أعالي المجرى هي الوحيدة التي يمكن أن تسبب ضرراً لدول أسافل المجرى وذلك عن طريق التأثيرات على كمية ونوعية المياه التي ستنسب إلى دول أسافل المجرى. غير أن هذا الاعتقاد هو فهم غير صحيح للقانون الدولي المياه عموماً، ولاتفاقية المجاري المائية الدولية على وجه الخصوص. وينبني هذا الاعتقاد غير السليم على فكرة أن الضرر ينسب في اتجاه أسافل المجرى، مثله مثل مياه المجرى المشترك نفسها.

من الواضح أن دول أسافل المجرى يمكن أن تتضرر بالتأثيرات المادية للتغيرات في نوعية وكمية المياه الناتجة من استخدامات دول أعالي المجرى. غير أنه ليس معروفاً أو مفهوماً أن دول أعالي المجرى يمكن أن تتضرر من الإمكانية على الحجز على استخداماتها المستقبلية، من خلال الاستخدامات السابقة بواسطة دول أسافل المجرى والمطالبة بهذه الاستخدامات كحقوق قائمة. وهذه نظرية هامة في القانون الدولي للمياه تؤكد الارتباط الكبير بين الانتفاع المنصف والمعقول والالتزام بعدم التسبب في ضرر.¹¹ إن عدم الفهم الصحيح لنظرية "الحجز على الاستخدامات المستقبلية" قد ساهم دون شك في التعقيدات الخاصة في العلاقة بين المبدأين، كما يوضح الجدول الدائر حالياً في حوض نهر النيل وحوض نهر الميكونغ.

وفي حقيقة الأمر فإن الفهم غير الصحيح القائم على أن الضرر طريقاً لاتجاه واحد قد قاد عدداً من دول أسافل المجرى إلى الادعاء بأن الإخطار المسبق عن التدابير المزمع اتخاذها على الحوض المشترك مطلوب فقط من دول أعالي المجرى لدول أسافل المجرى، وليس من طرف المجموعتين من دول الحوض المشترك. غير أنه لا بد من التوضيح أنه بمقتضى القانون الدولي للمياه فإن الإخطار المسبق عن التدابير المزمع اتخاذها على الحوض المشترك والتي سوف ينتج عنها أثر ضار ذو شأن مطلوب من كل الدول المشاطئة للحوض المشترك، بناءً على مبدأ أن الضرر طريقاً لاتجاهين كما ناقشنا أعلاه.¹²

ولا بد من توضيح أن اتفاقية المجاري المائية الدولية تتطلب، لهذه الأسباب، الإخطار المسبق قبل أن تقوم "دولة من دول المجرى المائي"، وليس قبل أن تقوم "دولة من دول أعالي المجرى المائي" بالبدء في تنفيذ التدابير المزمع اتخاذها على الحوض المشترك والتي سوف ينتج عنها أثر ضار ذو شأن. كما أن محكمة العدل الدولية قد استخدمت في قضية نهر الدانوب عبارة "حرمان الدول المشاطئة الأخرى" ولم تستخدم عبارة "حرمان دول أسافل المجرى".

¹¹ Salman M.A. Salman, *The Obligation Not to Cause Significant Harm*, in THE UN CONVENTION ON THE LAW OF THE NON-NAVIGATIONAL USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES: A COMMENTARY (Laurence Boisson de Chazournes et al. eds., 2018). See also Salman M.A. Salman, *Downstream Riparians Can Also Harm Upstream Riparians – The Concept of Foreclosure of Future Uses*, 35 WATER INT'L 350 (2010).

¹² Salman M.A. Salman, *Notification Concerning Planned Measures on Shared Watercourses – Synergies Between the Watercourses Convention and the World Bank Policies and Practice*, 4.2 BRILL RESEARCH PERSPECTIVES IN INT'L WATER L. (2019). See also SALMAN M.A. SALMAN, *THE WORLD BANK POLICY FOR PROJECTS ON INTERNATIONAL WATERWAYS – AN HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS* (2009).

ملاحظات ختامية: التعاون هو الأساس للقانون الدولي للمياه

تتم الإشارة للقانون الدولي للمياه على أنه قانون التعاون. وقد ذكرت اتفاقية المجاري المائية الدولية كلمة "التعاون" ومشتقاتها ١٥ مرة، وأكدت الاتفاقية في ديباجتها أهمية التعاون الدولي وحسن الجوار في هذا المجال. كما أكدت أيضاً أن التعاون سوف يضمن سلامة الاستخدام والتنمية والمحافظة والإدارة والحماية للمجرى المشترك، وترقية الترشيح والاستدامة للأجيال الحاضرة وأجيال المستقبل.

وتواصل الاتفاقية السير في هذا المجال، وتلزم المشاركة لكل دول الحوض في الاستخدام والتنمية والحماية للحوض المشترك بطريقة عادلة ومنصفة، وتؤكد أن هذه المشاركة تشمل الحق في استخدام المجرى المشترك، وكذلك واجب التعاون في تنمية وحماية الحوض المشترك.

إن التعاون بحسن نية بين الدول المشاطئة في استخدامات وإدارة وحماية الأحواض المشتركة يحتاج إلى ترجمته وتضمينه في اتفاقية شاملة لكل دول الحوض المشترك. ويجب أن تلزم هذه الوثيقة الأطراف بإنشاء منظمة لإدارة الحوض المشترك لها كيانها القانوني الكامل المستقل وتتمتع بصلاحيات عريضة وذات معنى. وسوف يتعين أن يتبع قيام هذه المنظمة مشاريع وبرامج تنمية مشتركة بين دول الحوض، كما حدث في مشروع سد إيتايو ومشروع سد ماننتالي، بدلاً من المشاريع الأحادية التي تعم معظم الأحواض المشتركة حول العالم اليوم.

وكنتيجة لهذا فإن هذا التعاون سيجعل من غير الضروري الجدل المحتدم والقائم الآن حول حقوق وواجبات دول أعالي وأسافل المجرى، ومن منهما يمكن أن يتسبب في الضرر للآخر، أو يحجز على استخداماته المستقبلية، ومن منهما ملزمٌ بإخطار الآخر بالتدابير المزمع اتخاذها على الحوض المشترك.

