

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

สิทธิชุมชนนั้นมีพัฒนาการมาจากจารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์อันมีจุดกำเนิดขึ้นจากศีลธรรมที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกสำนึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ รวมทั้งความรู้สึกชื่นชมสรรเสริญในสิ่งที่ดีงาม และการตำหนิสิ่งที่ชั่วร้ายของคนในสังคม ซึ่งศีลธรรมนั้นเกิดขึ้นจากความสามารถของมนุษย์ 2 ประการคือ ความสามารถในการจำได้หมายรู้ และความสามารถในการเทียบเคียง โดยศีลธรรมนั้น เมื่อเรื่องใดได้รับการปฏิบัติซ้ำๆกันหลายครั้ง เป็นระยะเวลาไม่นานก็จะเกิดความเคยชินขึ้นในสังคมว่าจะต้องประพฤติเช่นนั้น มิฉะนั้นจะรู้สึกผิดอยู่ในใจ ความจำเป็นในการประพฤติปฏิบัติดังกล่าวจะกลายเป็นกฎเกณฑ์ทางสังคมที่เรียกว่า ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีที่มีการบังคับเป็นกิจจะลักษณะในระดับหนึ่ง และยังสามารถนับได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของสมาชิกในสังคมนั้นด้วย จากที่กล่าวมา ศีลธรรมกับกฎหมายจึงมีความสัมพันธ์กันในฐานะที่เป็นวิวัฒนาการของความสัมพันธ์ในวิถีชีวิตของชุมชน จารีตประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นจึงเป็นที่มาของกฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดวิถีชีวิตของชุมชนในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายนั่นเอง

ในหลายกรณี จารีตประเพณีซึ่งถือได้ว่าเป็นป่อเกิดกฎหมายขั้นต้นในชุมชนนั้นยังจูงใจให้สมาชิกในชุมชนยึดถือปฏิบัติตามจารีตประเพณีมากกว่าการที่จะเคารพบทกฎหมายบ้านเมืองเองเสียด้วยซ้ำ เพราะเหตุว่าชุมชนบางถิ่นเกรงกลัวจารีตประเพณีมากกว่ากฎหมายของรัฐ เนื่องจากจารีตประเพณีนั้นมีสภาพบังคับใช้ในรูปวัฒนธรรม อีกนัยหนึ่ง จารีตประเพณีของชุมชนมีการบริหารจัดการที่เห็นเด่นชัดและสอดคล้องกับวิถีชีวิตและความเชื่ออันเกี่ยวกับวัฒนธรรมในท้องถิ่น กล่าวคือ มีผลใกล้ตัวสมาชิกในชุมชนยิ่งกว่าบทกฎหมายที่ออกโดยอำนาจนิติบัญญัติตามความเป็นจริงเสียอีก ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองสิทธิชุมชนไว้เกี่ยวกับสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของชุมชน จึงเป็นการรับรองและคุ้มครองโดยตรงแก่สิทธิในการใช้วัฒนธรรม จารีตประเพณีและภูมิปัญญาที่ชุมชนดั้งเดิมได้ถือปฏิบัติกันสืบต่อกันมา และดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า สิทธิชุมชนนั้นไม่ว่าชน

ชาติใดหรือวัฒนธรรมใดในโลกก็ตาม ย่อมอุบัติและพัฒนาขึ้นจากรูปแบบของกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีอันเกิดจากข้อเท็จจริงและการยอมรับกันในชุมชนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องทั้งสิ้น ลักษณะที่ว่าเป็นจึงเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิชุมชน

ดังนั้น การศึกษาถึงความสัมพันธ์ตามแนวทางที่พิจารณามาข้างต้นสามารถอธิบายได้ว่า สิทธิชุมชนที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น โดยเราสามารถวิเคราะห์ศึกษาผ่านหลักกฎหมายในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการพิจารณาความหมายของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตามตัวบทประกอบกับลักษณะสำคัญของจารีตประเพณีตามแนวคิดทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาโดยทั่วไปได้ว่า จารีตประเพณีมีลักษณะหรือองค์ประกอบที่สำคัญอย่างไรบ้าง แท้จริงแล้ว แนวคิดทางนิติศาสตร์ว่าด้วยจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 นั้นก็มีวิธีการสืบค้นข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในแต่ละชุมชนเป็นสำคัญ ซึ่งแน่นอนว่าเมื่อพิจารณาองค์ประกอบในทางนิติศาสตร์ก็จะพบแนวคิดที่ว่าด้วยจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นซึ่งเกี่ยวเนื่องและสัมพันธ์โดยตรงกับแนวคิดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสิทธิชุมชน จากการอธิบายด้วยวิธีการนี้ การศึกษาสิทธิชุมชนจะสามารถพบจุดเกาะเกี่ยวที่สามารถอธิบายและให้เหตุผลในเรื่องการปรากฏตัวอย่างชัดเจนของสิทธิชุมชนในทางกฎหมายได้อย่างชัดเจน ทั้งในบทบัญญัติทางแพ่งซึ่งถือเป็นแนวคิดพื้นฐานรองรับระบบกฎหมายทั้งหมด (จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น) และในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งรับรองสิทธิชุมชนไว้เป็นการพิเศษเฉพาะด้วย

ในงานศึกษาค้นคว้านี้ได้ทำการศึกษาถึงจารีตประเพณีและวัฒนธรรมดั้งเดิมอันเป็นรากเหง้าที่กำหนดกฎเกณฑ์และข้อปฏิบัติในวิถีชีวิตของชุมชน อันอาจถือเป็นบ่อเกิดในทางกฎหมายของสิทธิชุมชนในปัจจุบันได้ด้วย ซึ่งตามเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์ที่มีบันทึกไว้ในกฎหมายมั่งรายศาสตร์ “ระบบจัดการเหมืองฝายของชาวล้านนา” เกิดขึ้นตามความจำเป็นในการจัดสรรทรัพยากรน้ำ เนื่องด้วยภูมิประเทศของล้านนาไม่ใช่ที่ราบเหมือนทางภาคกลาง แต่พื้นที่ส่วนใหญ่ล้วนประกอบไปด้วยภูเขา เนินและที่ราบสูงต่ำไม่เสมอกัน อีกนัยหนึ่ง มีสภาพภูมิประเทศที่เป็นพื้นที่ราบลุ่มพื้นที่สูง ที่เป็นเป็นป่าเขาและมีสายน้ำหลายสายที่หลั่งไหลไปตามสภาพพื้นที่ดังกล่าว จึงเป็นพื้นที่เหมาะสมแก่การก่อสร้างเมืองและเป็นแหล่งเพาะปลูกที่สำคัญในด้านเกษตรกรรม และจากภูมิประเทศดังกล่าว การนำน้ำจากแหล่งน้ำธรรมชาติไปสู่พื้นที่ที่ห่างไกล เพื่อการบริโภคและเกษตรกรรมนั้นจึงจำเป็นต้องอาศัยการชลประทานที่ดี โดยชาวล้านนาได้รู้จักการจัดการระบบชลประทานมาตั้งแต่สมัยราชวงศ์มังรายหรือก่อนหน้านั้น

จากวิถีชีวิตของชาวล้านนาข้างต้น เราพบว่า ระบบจัดการเหมืองฝายนั้นนอกจากจะเป็นเรื่องการชลประทานเพื่อการเกษตรแล้ว ยังเป็นที่มาของความสัมพันธ์ในสังคมด้วยเช่นกัน อาทิเช่น อำนาจหน้าที่ในระบบจัดการเหมืองฝาย แต่ละตำแหน่งในการบริหารจัดการจะมีอำนาจหน้าที่เฉพาะลดหลั่นกันลงไป โดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ในระดับชุมชนที่มีอยู่และการมีส่วนร่วมในกิจกรรมจัดการทรัพยากรน้ำในชุมชน นับแต่ชุมชนระดับต้นน้ำตลอดลุ่มน้ำทั้งหมด ซึ่งแสดงให้เห็นชัดว่า การบริหารจัดการน้ำด้วยระบบเหมืองฝายเป็นระบบการจัดการที่สมาชิกเหมืองฝายให้การยอมรับร่วมกันว่ามีความยุติธรรม ส่งเสริมความร่วมมือสามัคคีและการแบ่งปันน้ำอย่างเป็นธรรมระหว่างกัน

ทั้งนี้ ยังกล่าวได้ว่า ระบบจัดการเหมืองฝายนั้นเป็นทั้งวัฒนธรรมประเพณี วิถีชีวิต และจิตวิญญาณของชาวล้านนาอีกด้วย ซึ่งนอกจากพิธีกรรมอันเกี่ยวกับความเชื่อในระบบเหมืองฝายที่ปรากฏให้เห็นแล้ว ในปัจจุบัน เราจะพบว่า ยังมีการทำ “สัญญาเหมืองฝาย” ที่มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายมังรายศาสตร์ซึ่งเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์สำคัญชิ้นหนึ่งที่รับรองความมีอยู่จริงในอดีตของระบบเหมืองฝายด้วย ในตัวสัญญาเหมืองฝายนี้จะกำหนดกฎเกณฑ์และข้อบังคับโดยความสมัครใจของชุมชนผู้ใช้น้ำในเหมืองฝาย ข้อที่น่าสังเกตเป็นอย่างยิ่งก็คือ เนื้อหาสาระที่ระบุในสัญญานั้นมีผลบังคับอย่างจริงจังและทุกฝายใช้ยึดถือเป็นแนวปฏิบัติร่วมกันอย่างเคร่งครัดในชุมชนด้วย

การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟู จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ โดยให้การรับรองคุ้มครองอันถือได้ว่าเป็นหลักประกันในทางกฎหมายอย่างชัดเจนเป็นพิเศษเช่นนี้ จึงเป็นเหตุให้รัฐมีหน้าที่ในอันที่จะการให้การรับรองแก่ประชาชนที่รวมตัวกันเป็นชุมชนและมีการใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อที่จะอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติตามที่กฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้ ตามหลักการแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้นี้จึงสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างถึงได้โดยประชาชนหรือชุมชนเอง

ระบบจัดการเหมืองฝายนั้นก็ต้องนับว่ามีลักษณะเป็นการใช้สิทธิชุมชนอันเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ โดยมีกฎหมายรัฐธรรมนูญมุ่งให้การรับรองคุณค่าที่สำคัญสองประการ กล่าวคือ

1. คุณค่าในความหลากหลายทางวัฒนธรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น และ
2. คุณค่าในการรักษาความสมดุลและยั่งยืนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและ

สิ่งแวดล้อม

ด้วยเหตุนี้ ความชอบธรรมของชุมชนล้านนาในอันที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองวิถีชีวิตให้มีความสมดุลและยั่งยืนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เนื่องจากการดำเนินชีวิตอันมีลักษณะเฉพาะที่เกิดขึ้นตามความจำเป็นในด้านการจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ทรัพยากรน้ำนั้น จึงเป็นความหลากหลายทางวัฒนธรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างไม่อาจปฏิเสธได้เช่นกัน อีกนัยหนึ่ง ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของชุมชนหรือเป็นสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญที่ได้ให้การรับรองไว้นั่นเอง

อนึ่ง ระบบจัดการเหมืองฝายซึ่งถือเป็นสิทธิชุมชนนั้นย่อมไม่เป็นอุปสรรคต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายของรัฐเกี่ยวกับการป่าไม้และกฎหมายเกี่ยวกับน้ำด้วย กล่าวคือ การจัดการทรัพยากรธรรมชาติป่าไม้และทรัพยากรน้ำที่ถือเป็นต้นทุนของประชาชาติโดยส่วนรวมที่รัฐมีหน้าที่สำคัญต้องเข้าไปบริหารจัดการนั้น โดยหลักการแล้ว ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐก็จริงอยู่ แต่ข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่พึงตระหนักคือ กฎหมายป่าไม้และกฎหมายเกี่ยวกับน้ำที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐและจัดตั้งองค์กรขึ้นมาดูแลรับผิดชอบนั้นอาจมีลักษณะ “กดทับ” ต่อระบบการจัดการเหมืองฝายที่เคยมีมาแต่เดิมได้

ในกรณีนี้มีข้อที่พึงพิจารณาเป็นลำดับคือ

แม้กฎหมายฉบับต่าง ๆ ข้างต้นจะมีเนื้อหาที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม ในขณะที่เดียวกัน ก็ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักในเชิงความเหมาะสมด้วยว่า ในเรื่องระบบเหมืองฝายของชุมชนล้านนาก็จำเป็นต้องใช้อำนาจรัฐในขอบเขตเพียงใด เพื่อมิให้รัฐสามารถก้าวล่วงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยข้ออ้างการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเสียเอง ซึ่งกรณีจะเห็นได้จากสภาพการณ์ในปัจจุบันว่า แม้กฎหมายพิเศษเหล่านี้จะได้บัญญัติลักษณะการกระทำอันเป็นความผิดทางอาญาในกรณีต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบโดยตรงต่อระบบจัดการน้ำในเหมืองฝาย แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ผ่อนผันและมิได้ดำเนินการใดๆ ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในระบบเหมืองฝาย ซึ่งต้องถือว่าเป็นแนวปฏิบัติในอันที่จะรับรองสิทธิในการทำเหมืองฝายในฐานะที่เป็นสิทธิชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้นั่นเอง

ยิ่งไปกว่านั้น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัดโดยมิได้พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือบริบทแวดล้อมอื่นใด ก็อาจจะละเมิดต่อสิทธิชุมชนที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

ว่าโดยหลักนิติรัฐแล้ว รัฐ องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกประเภทจะต้องเคารพต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดภายในรัฐ ดังนั้น ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การที่รัฐยอมรับรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิชุมชนไว้ในกฎหมายสูงสุดของรัฐเองนี้ รัฐจะดำเนินการใด ๆ อันก่อผลกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิชุมชนมิได้ อีกทั้งเจตนารมณ์กฎหมายที่ได้

ศึกษาผ่านมานั้น ระบบจัดการเหมืองฝายเองก็มีได้ติดต่อวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม ระบบจัดการเหมืองฝายเป็นระบบที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของชุมชนและเป็นระบบจัดการทรัพยากรน้ำที่สอดคล้องกับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารจัดการทรัพยากรของชาติด้วยอีกทางหนึ่ง

ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐผ่านกฎหมายที่ว่าด้วยการป่าไม้และการจัดการน้ำจึงควรคำนึงถึงขอบเขตการบังคับใช้บทกฎหมาย อีกนัยหนึ่ง รัฐควรตระหนักถึงเส้นแบ่งที่เหมาะสมระหว่างอำนาจรัฐกับสิทธิของประชาชนในการจัดการทรัพยากรน้ำในระบบเหมืองฝาย ทั้งนี้ บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐและหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในกิจการของรัฐด้วยนั่นเอง

ในแง่นี้ สิทธิชุมชนต้องนับว่าเป็นแนวคิดใหม่ในการจัดสรรและพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐโดยประชาชน กล่าวคือ สิทธิชุมชนที่ศึกษามานี้เป็นพื้นฐานการเข้าถึงและการให้ความสำคัญกับจารีตประเพณี วัฒนธรรมและภูมิปัญญาชาวบ้าน ซึ่งนโยบายหรือแนวทางการพัฒนาในโลกที่สามในปัจจุบันล้วนแต่ให้ความสำคัญกับหลักการพึ่งพาตนเองของประชาชน กล่าวคือ การกำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศนั้นจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบพื้นฐานที่สุดซึ่งได้แก่ ประชาชนที่รวมกลุ่มกันเป็นชุมชน และหากชุมชนสามารถพึ่งตนเองได้หรือสามารถใช้จารีตประเพณี วัฒนธรรมและภูมิปัญญาที่มีอยู่ให้เกิดการพัฒนาขึ้นได้อย่างแท้จริง สังคมก็จะมีความเข้มแข็งนับจากรากฐานขึ้นมาทีเดียว ทั้งในด้านเศรษฐกิจ วัฒนธรรมและสังคม กล่าวคือ ค่านิยม ความคิด จริยธรรมและศีลธรรม ดังนั้น การให้การรับรองสิทธิชุมชนจึงเป็นการเกื้อกูลและส่งเสริมชุมชนให้รู้จักใช้และจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเชิงสร้างสรรค์ได้ด้วยวิถีชีวิตของตนเอง นับเป็นต้นทุนที่หาได้ง่ายและเหมาะสมกับวิถีชีวิตในชุมชน

ในด้านกฎหมายนั้น สิทธิชุมชนนั้นเป็นแนวคิดที่มองในด้านการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ชุมชน และให้ชุมชนเป็นประธานแห่งสิทธิ นอกจากนี้ ยังเป็นการให้ความสำคัญกับสิทธิในการจัดการทรัพยากรเชิงซ้อนกับอำนาจรัฐ ที่โดยประสบการณ์ที่ผ่านมาในอดีตได้ชี้ให้เห็นแล้วว่า การบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติไม่ควรผูกขาดไว้กับหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง ซึ่งเป็นการสนับสนุนหลักการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากร และเปิดโอกาสให้สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญสามารถปรากฏผลในทางกฎหมายจริงได้หลายระดับ

ในกรณีระบบจัดการเหมืองฝาย ทรัพยากรป่าไม้และน้ำยังคงเป็นการบริหารจัดการโดยรัฐ ในขณะที่ชุมชนมีสิทธิในการจัดการแบ่งสันปันส่วนน้ำตามวิถีชีวิตและควบคุมดำเนินการให้เป็นไปตามระบบเหมืองฝาย ซึ่งชุมชนก็ได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำ หรือในกรณีป่าชุมชน ป่ายังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ แต่ชุมชนก็สามารถจัดการพื้นที่และควบคุมดำเนินการ

ต่างๆ ภายในชุมชน และสามารถใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนได้ตามที่ตกลงไว้ การจัดการทรัพยากรตามแนวคิดสิทธิชุมชนจึงสะท้อนระบบสิทธิเชิงซ้อนในการจัดการทรัพยากรของรัฐที่สามารถดำรงอยู่ควบคู่กับอำนาจบริหารจัดการโดยรัฐได้เป็นอย่างดี

5.2 ข้อเสนอแนะ

การศึกษารัฐประเพณีของชุมชนชาวล้านนาเรื่องระบบการจัดการเหมืองฝายเป็นการศึกษารัฐประเพณีของชุมชนที่ได้รับการรับรองไว้ในฐานะเป็นสิทธิชุมชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ให้แนวทางในการค้นหาและเชื่อมโยงประเด็นในทางกฎหมายไว้บ้างแล้วในฐานะ “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” แต่เท่าที่ผ่านมาแนวทางดังกล่าวแทบไม่เคยมีการหยิบยกมาอธิบายให้เหตุผลหรือปรับใช้กับข้อเท็จจริงแต่อย่างใด¹ ซึ่งในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญก็ได้มีการรับรองเป็นพิเศษไว้อีกชั้นหนึ่ง และเริ่มมีความพยายามที่จะทำความเข้าใจวิถีชีวิตชุมชนผ่านตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นแนวทางในการพิสูจน์ว่ากฎหมายชาวบ้านที่นักนิติศาสตร์เข้าใจนั้น ยังมีตัวตนอยู่ในระบบกฎหมายและสังคมปัจจุบัน ดังที่อาจารย์ สุภาพันท์ นิพิฏฐกุล² ได้เคยแสดงความเห็นไว้

จากที่กล่าวมา จะเห็นว่ากฎหมายที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชนเป็นกลไกทางกฎหมายที่ยังมีเงื่อนไขและหลักการที่ค่อนข้างสลับซับซ้อนในการพิจารณาและตีความบังคับใช้เป็นอันมาก

จากปัญหาในการศึกษาที่ผ่านมาดังกล่าว ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่า ควรให้มีการออกกฎหมายพิเศษที่มีสาระเป็นการกำหนดหรือรับรองเจตจำนงของชุมชนเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “การรับรองการทำข้อตกลงในรูปแบบสัญญาเหมืองฝายของชุมชน” เพราะสัญญาเหมืองฝายนั้นมีบ่อเกิดจากจารีตประเพณีในการใช้น้ำอันมีมาแต่กฎหมายมังรายศาสตร์ที่สอดคล้องกับความต้องการและประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น อีกนัยหนึ่ง สอดคล้องกับวิถีชีวิตของชุมชนอันมีมาแต่เดิมในทางประวัติศาสตร์อย่างแท้จริง

การออกกฎหมายพิเศษในเรื่องนี้ควรมีสาระสำคัญในการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงหลักการพื้นฐานที่สำคัญในกระบวนการสร้างเหมืองฝาย วิธีแบ่งปันน้ำ ค่าใช้จ่ายในระบบจัดการเหมืองฝาย รวมทั้งอำนาจหน้าที่ในการบริหาร โดยอิงอาศัยแนวปฏิบัติของชุมชนโดยถือหลักการตก

¹ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, การเป็นสมัยใหม่กับแนวคิดชุมชน, (กรุงเทพฯ : สร้างสรรค์ 2553), หน้า161.

² สุภาพันท์ นิพิฏฐกุล, “สิทธิชุมชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญกับการปรากฏตัวของกฎหมายจารีตประเพณี”, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ธันวาคม 2548), หน้า 16.

ลงร่วมกันในการจัดสรรทรัพยากรน้ำเป็นสำคัญ ในที่นี้มีข้อพึงตระหนักเป็นพิเศษคือ ความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อระบบจัดการเมืองฝายแสดงให้เห็นจากความตกลงร่วมกันที่ทุกฝ่ายยอมรับว่าเป็นธรรม อีกนัยหนึ่ง เป็นข้อตกลงที่สร้างขึ้นบนพื้นฐานการยอมรับร่วมกันเป็นข้อตกลงตามแนวทางปฏิบัติในแนวคิดประชาธิปไตย กล่าวคือ เป็นข้อตกลงโดยประชาชน ของประชาชนและเพื่อประชาชน อันถือเป็นรากฐานสิทธิชุมชนในระบบจัดการเมืองฝายด้วยนั่นเอง

กฎหมายที่รับรองเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญาเมืองฝายนั้นจำเป็นต้องกำหนดให้กิจกรรมของระบบจัดการเมืองฝายนั้นมีแนวทางสอดคล้องกับหลักการมีส่วนร่วมกับรัฐ อันเป็นการเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความสมดุลในการดำเนินกิจกรรมที่จะไม่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและไม่ขัดขวางอำนาจรัฐในการกิจการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นรัฐ โดยให้องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ เพื่อให้เกิดการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนตามเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญนั่นเอง