

XÁC ĐỊNH TẬP QUÁN QUỐC TẾ TRONG LUẬT QUỐC TẾ HIỆN ĐẠI

NGUYỄN THỊ KHÁNH*

Tóm tắt: Tập quán quốc tế (TQQT) là một trong những nguồn quan trọng của Luật quốc tế (LQT), tồn tại dưới hình thức bất thành văn. Điều 38.1(b) Quy chế Tòa án công lý quốc tế (ICJ) quy định về TQQT nhưng không có hướng dẫn cụ thể về cách thức xác định, dẫn đến hệ quả là các quy tắc tập quán khó xác định và có thể tạo ra những mâu thuẫn trong quá trình áp dụng. Liên Hợp Quốc (LHQ), mà cụ thể là Ủy ban Luật quốc tế (ILC) đã có những nỗ lực đáng kể để làm rõ cách thức xác định TQQT. Bài viết phân tích các yếu tố xác định TQQT theo hướng dẫn của LHQ và thực tiễn giải quyết tranh chấp của ICJ.

Từ khóa: Tập quán quốc tế, nguồn của Luật quốc tế, xác định tập quán quốc tế, Luật quốc tế

Ngày nhận bài: 28/6/2023; Biên tập xong: 18/7/2023; Duyệt đăng: 24/7/2023

DETERMINING INTERNATIONAL CUSTOM IN MODERN INTERNATIONAL LAW

Abstract: Existing in unwritten form, international custom is one of important sources of international law. That Article 38.1 (b) of Statute of the International Court of Justice (ICJ) prescribes international custom without specific guidance on how to define it leads to difficulties in defining international custom and inconsistencies in application. The International Law Commission of the United Nations has made considerable efforts to clarify how to define international custom and the article aims to analyze the determining factors of international custom according to the United Nations' guidelines and dispute settlement practices of ICJ.

Keywords: International custom, source of international law, determining international custom, international law

Received: Jun 28th, 2023; Editing completed: Jul 18th, 2023; Accepted for publication: Jul 24th, 2023

1. Đặt vấn đề

TQQT là nguồn của LQT, có giá trị ràng buộc các chủ thể của LQT nhưng lại tồn tại dưới hình thức bất thành văn nên rất khó để tìm kiếm và xác định đâu là một TQQT với tư cách là một loại nguồn của LQT. Điều 38 Quy chế ICJ và nhiều những công trình nghiên cứu khác đều chỉ ra rằng, một quy phạm TQQT cần thỏa mãn hai yếu tố: (i) Thực tiễn chung (practice general); và (ii) Được chấp nhận như luật (accepted as law). Mặc dù vậy, thế nào là thực tiễn chung, như thế nào được coi là chấp nhận như luật lại chưa có cách hiểu rõ ràng và thống nhất.

Giá trị pháp lý của TQQT là không thể bác bỏ, nhưng việc xác định TQQT lại chưa thống nhất đã đặt ra đòi hỏi phải nghiên cứu và thống nhất cách xác định

TQQT. Do đó, tại Phiên họp thứ 64 (2012), ILC đã quyết định đưa chuyên đề “Sự hình thành và bằng chứng của luật tập quán quốc tế” vào chương trình nghị sự của mình. Sau đó, tại Phiên họp thứ 65 (2015), ILC đã quyết định thay đổi tên chuyên đề thành “Xác định luật tập quán quốc tế”¹.

* Email: Nt.khanh89@gmail.com

Thạc sĩ, Giảng viên Khoa Pháp luật quốc tế, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội

¹ ILC đã xem xét bốn báo cáo của Báo cáo viên đặc biệt và hai bản ghi nhớ của Ban thư ký trong Phiên họp thứ 65 (2015) đến 68 (2016). Tại Phiên họp thứ 68 (2016), ILC đã thông qua một bộ dự thảo gồm 16 kết luận về xác định luật TQQT với các bình luận đi kèm. Sau đó, thông qua Tổng thư ký, bản Dự thảo đã được gửi tới các quốc gia để quan sát và nhận xét. Sau đó, tại Phiên họp thứ 70 (2018), ILC cũng đã đưa ra bản báo cáo thứ năm về vấn đề này.

Ngày 20/12/2018, Đại hội đồng LHQ đã thông qua Nghị quyết A/RES/73/203 về Xác định Luật TQQT với 16 kết luận². Bài viết này trình bày và làm rõ cách xác định Luật TQQT trong LQT hiện đại theo Nghị quyết năm 2018 của Đại hội đồng LHQ.

2. Nhận thức chung về tập quán quốc tế trong Luật quốc tế

Điều 38.1 Quy chế ICJ quy định, ICJ sẽ giải quyết các tranh chấp được đệ trình trước Tòa thông qua: (a) Điều ước quốc tế, chung và riêng, (b) TQQT như là bằng chứng về thực tiễn chung được chấp nhận như luật, (c) Các nguyên tắc pháp luật chung được các quốc gia văn minh thừa nhận, và (d) Các nguồn bổ trợ để xác định các quy định pháp luật bao gồm án lệ và ý kiến của các học giả có uy tín cao.

Căn cứ vào Điều 38.1(b) Quy chế ICJ, có thể hiểu TQQT là hình thức pháp lý chứa đựng quy tắc xử sự chung, hình thành trong thực tiễn quan hệ quốc tế và được các chủ thể LQT thừa nhận như là luật³.

TQQT có hiệu lực ràng buộc với tất cả các quốc gia bởi lẽ TQQT hình thành trên cơ sở sự đồng ý của tất cả hoặc ít nhất đa số các quốc gia, ngay cả khi đó là sự ngầm định mà không phải là một tuyên bố rõ ràng⁴. Như vậy, sự đồng ý của các quốc gia bảo đảm cho một TQQT đạt đến mức độ phổ quát và yếu tố phổ quát là một trong những điều kiện cần thiết để một thực tiễn chung của một quốc gia có thể trở thành TQQT⁵.

Một TQQT không có hiệu lực đối với một hoặc một số quốc gia chỉ khi quốc gia đó thể hiện sự phản đối liên tục (*persistent objection*)⁶. Sự phản đối này phải là một tuyên bố rõ ràng, liên tục và lâu dài ngay khi một thực tiễn chung mạnh mẽ xuất hiện như một quy định tập quán.

Để xác định hiệu lực của TQQT và các ngoại lệ của nó, trước hết phải xác định được sự tồn tại của một TQQT cụ thể. Vậy làm thế nào để xác định được sự tồn tại của một TQQT?

3. Các yếu tố xác định tập quán quốc tế

Điều 38 Quy chế ICJ tại khoản 1 điểm b thừa nhận TQQT là một loại nguồn của LQT, được cấu thành bởi hai yếu tố: (i) Thực tiễn chung – “general practice” (được gọi là “yếu tố vật chất”) và (ii) Được thừa nhận là luật – “accepted as law” (được gọi là “opinion juris”, tức là “yếu tố tinh thần”). Khi hội tụ đủ hai yếu tố này, một TQQT sẽ được hình thành, từ đó có giá trị ràng buộc tất cả các quốc gia, ngoại trừ những quốc gia liên tục phản đối⁷.

Đồng thời, cách tiếp cận với hai yếu tố vật chất và tinh thần áp dụng cho việc xác định các quy phạm TQQT trong tất cả các lĩnh vực của LQT. Điều này đã được xác nhận trong thực tiễn của các quốc gia và trong án lệ của ICJ, phù hợp với sự thống nhất và mạch lạc của LQT với tư cách là một hệ thống pháp luật đơn nhất và không được chia thành các nhánh riêng biệt với các nguồn luật riêng. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, mỗi yếu tố cấu thành này phải được xác định một cách riêng biệt⁸,

² Đại hội đồng LHQ (73rd sess.: 2018-2019), Xác định Luật Tập quán quốc tế: Nghị quyết A/RES/73/203, thông qua ngày 20/12/2018, ban hành ngày 11/01/2019, <https://digitallibrary.un.org/record/1660343>.

³ Trường Đại học Luật Hà Nội (2013), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr. 28.

⁴ Trần H. D. Minh, Nguồn của Luật quốc tế, *International law & Diplomacy*, <https://iuscogens-vie.org/2018/01/21/58/> truy cập ngày 24/06/2023.

⁵ Nội dung này sẽ được phân tích ở mục 2.

⁶ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., Routledge, 1997, tr. 48.

⁷ TS. Lê Thị Anh Đào (2018), Sự hình thành luật tập quán quốc tế trước bối cảnh thay đổi cơ bản, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 15/2018, tr. 10-20.

⁸ Điều này cũng được khẳng định tại Kết luận 3 - Nghị quyết A/RES/73/203 được Đại hội đồng LHQ thông qua ngày 20/12/2018. Xem trên trang <https://digitallibrary.un.org/record/1660343?ln=en> truy cập

trong từng trường hợp cụ thể⁹.

3.1. Yếu tố vật chất (yếu tố khách quan) của tập quán quốc tế

Yếu tố vật chất còn được hiểu là yếu tố khách quan, chính là thực tiễn chung (general practice). Một thực tiễn chung cần phải đảm bảo được 03 yếu tố: (i) Chủ thể; (ii) Hình thức biểu hiện; và (iii) Tính phổ quát. Cụ thể như sau:

(i) Chủ thể của thực tiễn chung

Các TQQT được hình thành từ thực tiễn chung giữa các chủ thể của luật quốc tế, trong đó chủ yếu là các quốc gia. Trong một số trường hợp, Tổ chức quốc tế liên quốc gia (liên chính phủ) cũng góp phần hình thành các TQQT.

Chủ thể của LQT là các thực thể tham gia vào quan hệ quốc tế, có khả năng thực hiện các quyền và gánh vác các nghĩa vụ pháp lý quốc tế trên cơ sở LQT¹⁰. Chủ thể của LQT được thừa nhận chung, bao gồm bốn loại: Quốc gia, Tổ chức quốc tế liên quốc gia (liên chính phủ), dân tộc đang đấu tranh giành quyền dân tộc tự quyết, và chủ thể “đặc biệt”. Trong số đó, quốc gia là chủ thể cơ bản, chủ yếu và truyền thống của LQT. Có thể nói, sự tham gia của các chủ thể khác vào quan hệ pháp luật quốc tế đều bị chi phối, ảnh hưởng bởi vai trò trung tâm của quốc gia, trong đó có các tổ chức quốc tế liên quốc gia¹¹. Tổ chức quốc tế liên quốc gia là chủ thể phái sinh của LQT, được hình thành dựa trên cơ sở thỏa thuận giữa các quốc gia, thường được ghi nhận trong Điều lệ hoặc Quy chế hoạt động của tổ chức. Đoạn 2 Kết

luận 4 Nghị quyết A/RES/73/203¹² chỉ ra rằng, trong một số trường hợp nhất định, thực tiễn của các tổ chức quốc tế cũng góp phần hình thành các quy tắc TQQT. Ngược lại với quốc gia và Tổ chức quốc tế liên quốc gia, hai loại chủ thể là dân tộc đang đấu tranh giành quyền dân tộc tự quyết và các chủ thể đặc biệt khác của LQT chiếm số lượng ít và có những hạn chế nhất định trong việc thực hiện quyền năng chủ thể. Do đó, việc TQQT được hình thành chủ yếu từ thực tiễn chung giữa các quốc gia cũng là điều dễ hiểu.

Mặc dù vậy, định danh một thực thể là “quốc gia” vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau. Bởi lẽ, Điều 1. Tuyên bố Montevideo về Quyền và nghĩa vụ của các quốc gia được thông qua tại Hội nghị quốc tế các nước châu Mỹ ngày 27/12/1933 quy định một thực thể là quốc gia khi thỏa mãn bốn yếu tố: (i) Lãnh thổ, (ii) Dân cư, (iii) Chính phủ, và (iv) Khả năng độc lập tham gia các quan hệ pháp luật quốc tế. Trong các yếu tố này, yếu tố “khả năng độc lập tham gia các quan hệ pháp luật quốc tế” gây nhiều tranh luận nhất. Vậy làm thế nào để có thể đánh giá được thực tiễn nào đó là của một quốc gia với tư cách là chủ thể của LQT mà không phải là của bất kỳ chủ thể nào đó khác?

Quốc gia được vận hành và đại diện bởi Nhà nước. Khi nói đến một quốc gia là nói đến một cộng đồng dân cư ổn định, một lãnh thổ xác định nằm dưới một quyền lực chính trị. Quyền lực này đại diện và thể hiện ý chí của quốc gia, và chính phủ có quyền lực thực sự để duy trì quyền lực này trên toàn bộ lãnh thổ và đối với tất cả thành phần dân cư¹³. Tuy nhiên, chính phủ chỉ là một trong số các cơ quan trong bộ máy nhà nước do quốc gia thiết lập để quản lý và duy trì trật tự xã hội.

ngày 23/06/2023.

⁹ Liên Hợp Quốc, Identification of customary international law, <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/chp5.pdf> truy cập ngày 24/06/2023.

¹⁰ Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội (2018), *Giáo trình Công pháp quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, tr. 75.

¹¹ Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội (2018), *tlđđ*, tr. 77.

¹² Đại hội đồng LHQ (73rd sess.: 2018-2019), *tlđđ*.

¹³ Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội (2018), *tlđđ*, tr. 83.

Các cơ quan công quyền của nhà nước đều là những cơ quan đại diện cho quốc gia trong các mối quan hệ với các tổ chức và cá nhân khác. Như vậy, có thể nói, thực tiễn (general practice) này là hành vi của cơ quan nhà nước trong hoạt động đối ngoại hoặc khi thực hiện các quyền lập pháp, pháp, tư pháp cũng như các chức năng khác¹⁴.

(ii) *Hình thức biểu hiện của thực tiễn (form of practice)*

Yếu tố vật chất có thể được biểu hiện dưới các hình thức khác nhau, bao gồm dạng hành động hoặc không hành động. Dạng hành động có thể bao gồm cả hành vi và lời nói.

Các hành vi được coi là thực tiễn của quốc gia bao gồm, nhưng không giới hạn ở: hành vi ngoại giao và thư tín; hành vi liên quan đến các nghị quyết được thông qua bởi một Tổ chức quốc tế liên quốc gia hoặc tại một Hội nghị liên chính phủ; hành vi liên quan đến các điều ước quốc tế; hành vi điều hành, bao gồm cả hành vi điều hành “tại chỗ”; hành vi lập pháp và hành pháp; và quyết định của tòa án quốc gia. Các hành vi đó không phân thứ bậc ưu tiên¹⁵.

Trên thực tế, hình thức biểu hiện của thực tiễn có thể tồn tại dưới dạng không hành động (bị động) hoặc im lặng. Tuy nhiên, sự im lặng của một quốc gia trong quá trình hình thành TQQT cần phải được làm rõ và giải thích trong từng trường hợp cụ thể.

Dù tồn tại dưới hình thức hành động hay không hành động, để các hành vi nêu trên trở thành yếu tố vật chất cấu thành nên một TQQT, các hành vi đó của các cơ quan nhà nước phải nhất quán. Nếu có sự khác nhau giữa các cơ quan của một quốc gia, điều đó được hiểu là sự không nhất

quán, chưa thể hiện niềm tin pháp lý¹⁶.

(iii) *Thực tiễn giữa các quốc gia phải mang tính phổ quát (general practice)*

Các thực tiễn liên quan phải là thực tiễn chung (general), mang tính phổ quát, nghĩa là thực tiễn giữa các quốc gia phải có tính đại diện rộng rãi. Điều này có thể hiểu là một thực tiễn nào đó phải được thể hiện ở các quốc gia đại diện cho tất cả các trường phái ở tất cả các châu lục. Một quy tắc tập quán quốc tế mang tính phổ quát phải là một quy tắc “được áp dụng trong những điều kiện như nhau đối với tất cả các thành viên của cộng đồng quốc tế và do đó không thể phụ thuộc vào quyền loại bỏ được thực hiện một cách đơn phương và tùy ý bởi bất kỳ một thành viên nào của cộng đồng có lợi cho họ”¹⁷.

Liệu rằng tính phổ quát này có yêu cầu một thực tiễn phải được áp dụng ở tất cả các quốc gia trên thế giới? Câu trả lời là không. Tính phổ quát không yêu cầu một thực tiễn phải được áp dụng ở tất cả các quốc gia. Tuy nhiên, để một thực tiễn có thể trở thành một TQQT, nó cần phải phải được đa số các quốc gia liên quan ủng hộ (vụ Nicaragua v. Mỹ). Trong vụ *Fisheries Jurisdiction* (vụ Ngư trường Na Uy), ICJ cho rằng: “Một số ít sự không chắc chắn hoặc mâu thuẫn trong thực tiễn quốc gia thì không quá quan trọng”¹⁸. Hay như trong vụ *Continental Shelf* (Tunisia/Libya; Libya/Malta), Tòa án xác định rằng mặc dù các tuyên bố yêu sách vùng đặc quyền kinh tế là không đồng nhất nhưng chúng đã đủ tương tự để trở thành một phần của luật tập quán quốc tế¹⁹. Trong vụ tranh

¹⁴ Kết luận 4 - Nghị quyết A/RES/73/203.

¹⁵ Kết luận 6 - Nghị quyết A/RES/73/203.

¹⁶ Kết luận 7 - Nghị quyết A/RES/73/203.

¹⁷ Tuyển tập các phán quyết của Tòa án quốc tế, ICJ 1969, tr. 38-63.

¹⁸ Fisheries (U.K. v. Nor., 1951 I.C.J. Rep. 116 (18 Dec.) tr. 138.

¹⁹ Continental Shelf (Tunis/Libya), 1982 I.C.J. 18, at 74, tr. 100 (Feb. 24); Continental Shelf (Libya/Malta), 1985 I.C.J. 13, at 33, tr. 34 (June 3).

chấp thêm lục địa Biển Bắc (North Sea Continental Shelf Case), Tòa án quốc tế đã xác định: “Một quy tắc có thể được công nhận là tập quán ngay khi có sự thừa nhận của những đại diện, miễn sao bao gồm cả những quốc gia bị ảnh hưởng trực tiếp từ việc áp dụng quy tắc đó”; “nếu có một quốc gia không thừa nhận áp dụng không có nghĩa là quy tắc này sẽ không có giá trị ràng buộc đối với quốc gia đó”. Do đó, có thể hiểu là các quốc gia không cần thiết phải chính thức, mà đương nhiên bị ràng buộc vào quy tắc tập quán, vì sự hình thành tập quán luôn phải xuất phát từ những cách thức thừa nhận ở bất kỳ lúc nào²⁰.

Đối với các TQQT khu vực, tính phổ quát không được đáp ứng, bởi các TQQT khu vực chỉ đòi hỏi mức độ áp dụng ở các quốc gia có liên quan²¹. Cũng trong vụ *Fisheries Jurisdiction*, ICJ từ chối áp dụng quy phạm tập quán cho quy tắc 10 hải lý đối với đường cửa vịnh và cho rằng đó chỉ là quy tắc tập quán khu vực, chỉ có giá trị ràng buộc một nhóm quốc gia công nhận giá trị đó mà không mang tính phổ cập²².

3.2. Yếu tố tinh thần (yếu tố chủ quan) của tập quán quốc tế

Nếu như yếu tố vật chất là điều kiện cần để xác định một TQQT thì yếu tố tinh thần (còn được gọi là yếu tố chủ quan) là điều kiện đủ. Yếu tố tinh thần chính là niềm tin pháp lý (*opinion juris*) của các chủ thể của LQT, thể hiện bằng sự thừa nhận một thực tiễn được coi là luật. Một thực tiễn không thể trở thành một TQQT nếu không có sự thừa nhận của các chủ thể của LQT rằng: Các thực tiễn đó được chấp nhận là luật (*acceptance as law*)²³. Sự

thừa nhận này thể hiện rõ nét quá trình thỏa thuận trên cơ sở bình đẳng giữa các quốc gia trong quá trình xây dựng LQT, phản ánh bản chất tự do ý chí, tự nguyện của LQT. Khi đã thừa nhận, các thực tiễn đó ràng buộc các chủ thể của LQT với các quyền hoặc nghĩa vụ pháp lý. Điều này giúp phân biệt một TQQT với một thói quen đơn thuần nào đó của các chủ thể. Hay nói cách khác, nó giúp phân biệt các hành vi mà có thể dẫn đến nảy sinh các quy tắc của Luật TQQT với các hành vi mà không có khả năng như vậy²⁴.

Niềm tin pháp lý có thể được biểu hiện dưới nhiều hình thức khác nhau, bao gồm nhưng không giới hạn ở: Các tuyên bố công khai; các ấn phẩm chính thức; ý kiến pháp lý của chính phủ; thư tín ngoại giao; quyết định của tòa án quốc gia; điều khoản của điều ước quốc tế; hành vi liên quan đến các nghị quyết được thông qua bởi một tổ chức quốc tế liên quốc gia hoặc tại một hội nghị liên chính phủ²⁵. Qua thời gian, việc không phản ứng đối với một thông lệ có thể là bằng chứng của niềm tin pháp lý, cấu thành yếu tố tinh thần của TQQT, ngay cả khi quốc gia đó có những biểu thị phản đối sau này. Tuy nhiên, sự im lặng của một quốc gia được xem xét một cách thận trọng và trong từng trường hợp cụ thể. Sự im lặng chỉ cấu thành yếu tố tinh thần trong trường hợp thông lệ đó cần phải được phản ứng bởi quốc gia và tại hoàn cảnh quốc gia đó có thể phản ứng²⁶.

Một số trường hợp, trong quá trình hình thành TQQT, một thực tiễn có thể vấp phải sự phản đối liên tục của một quốc gia nào đó. Nếu một quốc gia phản đối một cách rõ ràng, liên tục và lâu dài, đồng thời công bố cho các quốc gia khác được biết, thì TQQT đang trong quá trình

²⁰ TS. Lê Thị Anh Đào (2018), tldd.

²¹ Kết luận 16 - Nghị quyết A/RES/73/203.

²² PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao, TS. Nguyễn Thị Như Mai (2013), *Luật Biển quốc tế và Luật Biển Việt Nam*, Dự án Đại sự ký biển đông, (<https://daisukybiendong.wordpress.com>), tr. 13.

²³ Đoạn 1 Kết luận 10 - Nghị quyết A/RES/73/203.

²⁴ TS. Lê Thị Anh Đào (2018), tldd.

²⁵ Đoạn 2 Kết luận 10 - Nghị quyết A/RES/73/203.

²⁶ Đoạn 3 Kết luận 10 - Nghị quyết A/RES/73/203.

hình thành không ràng buộc Nhà nước đó²⁷. Điều này có nghĩa là quốc gia phản đối không chịu sự ràng buộc với quy tắc mới hình thành. Trong vụ *Asylum*, Tòa ICJ đã công nhận quy tắc liên tục phản đối này khi tuyên bố rằng: “*Thậm chí, ngay cả khi có thể giả định rằng một tập quán như vậy đã tồn tại chỉ giữa các quốc gia Mỹ La tinh thì cũng không thể được viện dẫn nó để chống lại Peru - quốc gia đã không bày tỏ thái độ chấp nhận quy tắc mà ngược lại, Peru đã bác bỏ nó*”²⁸. Tương tự như vậy, trong vụ *Fisheries Jurisdiction (Ngư trường Na Uy)*, ICJ bác bỏ lập luận của Vương quốc Anh về một Luật TQQT giới hạn chiều dài đường đóng ở các cửa vịnh là 10 hải lý có hiệu lực với Na Uy²⁹. Bởi lẽ, Na Uy luôn phản đối bất kỳ nỗ lực nào áp dụng quy tắc đó với bờ biển Na Uy (hiệu lực của sự phản đối bền bỉ - *persistent objection*)³⁰.

Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, quy tắc phản đối liên tục này không được áp dụng cho các quy phạm mệnh lệnh bắt buộc chung (*jus cogens*)³¹. Điều này cho thấy, quy tắc phản đối liên tục vừa có thể phản ánh bản chất tự do thỏa thuận của luật quốc tế, vừa đảm bảo tính thống nhất của luật quốc tế chung (*jus cogens*).

4. Một vài vấn đề khác liên quan tới xác định Luật tập quán quốc tế

4.1. Yếu tố thời gian

Quan điểm truyền thống cho rằng TQQT là thực tiễn chung, được chấp nhận là luật. Đồng thời, thực tiễn này được áp dụng một cách ổn định và lâu dài mà không phải chỉ được áp dụng trong một

quãng thời gian nhất định³². Thực tiễn cũng cho thấy, quá trình hình thành một quy tắc TQQT thường kéo dài hàng chục năm đến hàng trăm năm.

Tuy nhiên, không phải khi nào thời gian cũng là yếu tố ảnh hưởng đến việc xác định TQQT. Thậm chí, một số TQQT được hình thành trong thời gian ngắn nếu các quốc gia đạt được sự đồng thuận nhanh chóng. Điển hình như sự hình thành TQQT về vùng đặc quyền kinh tế rộng 200 hải lý sau khi được Kenya khởi xướng năm 1972³³. Sáng kiến của Kenya nhanh chóng được các quốc gia ủng hộ và trở thành thực tiễn thống nhất và phổ cập chung. Chỉ vài năm sau đó, khái niệm này trở thành một quy phạm tập quán trước khi Công ước của LHQ về Luật biển năm 1982 được thông qua. Trong vụ thềm lục địa Tuynidi-Libi năm 1982, ICJ cho rằng khái niệm vùng đặc quyền kinh tế “*có thể được coi là một phần của luật quốc tế hiện đại*”³⁴. Quan điểm này cũng được đưa ra trước khi Công ước về luật biển 1982 được thông qua. TQQT về thềm lục địa cũng được ra đời theo cách tương tự sau tuyên bố của Tổng thống Truman năm 1945 rằng các nguồn tài nguyên ở thềm lục địa ngoài khơi bờ biển nước Mỹ là thuộc về Mỹ. Quan điểm này sau đó nhanh chóng được ủng hộ bởi các quốc gia có biển. Đến năm 1969, ICJ xác nhận rằng, Tuyên bố Truman

³² Kết luận 8 - Nghị quyết A/RES/73/203.

³³ Năm 1970 Kenya đưa ra đề nghị trước Ủy ban tư vấn pháp lý Á-Phi, họp tại Colombo, về sáng kiến thành lập vùng đặc quyền kinh tế rộng 200 hải lý. Sau đó đề nghị này được chính thức đưa ra vào tháng 6 năm 1972, tại Hội nghị khu vực các quốc gia châu Phi tổ chức tại Yaoundé. Năm 1973, sáng kiến này được sửa đổi dưới dạng “Dự thảo các điều khoản về vùng đặc quyền về kinh tế do các nước Á-Phi trình bày cho Ủy ban đáy biển” được thông qua ngày 24 tháng 5 năm 1973 tại Addis-Abeba. Xem thêm PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao, TS. Nguyễn Thị Như Mai (2013), *tlđđ*, tr. 14.

³⁴ PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao, TS. Nguyễn Thị Như Mai (2013), *tlđđ*, tr. 14-15.

²⁷ Kết luận 15 - Nghị quyết A/RES/73/203.

²⁸ TS. Lê Thị Anh Đào (2018), *ltdđ*; Xem thêm *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, 1950 I.C.J. 266, at 276 (Nov. 20).

²⁹ *Fisheries (U.K. v. Nor.)*, 1951 I.C.J. Rep. 116 (18 Dec.) at 116, at 131.

³⁰ Xem thêm PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao (2011), *Tòa án Công lý quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, tr. 212-222.

³¹ Đoạn 3 Kết luận 15 - Nghị quyết A/RES/73/203.

đã nhanh chóng tạo ra Luật TQQT ràng buộc với các quốc gia chưa phê chuẩn Công ước năm 1958 về thêm lục địa³⁵.

4.2. Nghị quyết của Đại hội đồng Liên Hợp Quốc

Một số luật gia đặt ra vấn đề rằng: Liệu một Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ có thể lập tức hình thành Luật TQQT không? Vấn đề này được đặt ra bởi dường như một Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ có thể đáp ứng đủ cả hai yếu tố vật chất và tinh thần nêu trên. Thứ nhất, Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ cũng được coi là một trong số những hình thức biểu hiện của thực tiễn giữa các quốc gia được quy định tại Kết luận 6 của Nghị quyết A/RES/73/203. Thứ hai, khi đã là một Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ, Nghị quyết đó đã được sự chấp thuận rộng rãi của các quốc gia, thể hiện niềm tin pháp lý của các chủ thể đó.

Mặc dù vậy, Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ không thể hội tụ đủ cả yếu tố vật chất và tinh thần để có thể hình thành quy tắc của luật TQQT ngay lập tức. Bởi lẽ, Nghị quyết của Đại hội đồng thường không phân biệt rõ giữa quy tắc xử sự là luật với quy tắc xử sự là khuyến nghị các bên nên thực hiện theo. Ví dụ, Tuyên bố Manila về hòa bình giải quyết tranh chấp quốc tế yêu cầu *“các bên phải kiềm chế không tiến hành các hành động làm cho tình hình trở nên xấu đi”* nhưng đó chỉ là xử sự mong muốn đạt được³⁶. Hơn nữa, các nghị quyết của Đại hội đồng chỉ mang tính khuyến nghị (recommend) mà không mang tính ràng buộc các quốc gia thành viên. Điều này được thể hiện tại Điều 10 và 11 Hiến chương LHQ khi quy định về chức năng, quyền hạn của Đại hội đồng. Điều đó có nghĩa rằng, các nghị quyết của Đại hội đồng: (i) Không có giá trị ràng buộc các

quốc gia thành viên, không tạo ra quyền và nghĩa vụ pháp lý cho các quốc gia; (ii) và vì thế, chưa hẳn đã được thực hiện, áp dụng một cách rộng rãi để tạo thành một thực tiễn chung. Như vậy, yếu tố vật chất có thể không được đáp ứng do khuyết thiếu tính phổ quát.

Đồng thời, trong trường hợp này, yếu tố tinh thần của một TQQT cũng chưa chắc được thỏa mãn. Bởi lẽ, Nghị quyết của Đại hội đồng không phải lúc nào cũng thể hiện đúng ý định thực sự của các quốc gia. Các quốc gia có thể bỏ phiếu thông qua nghị quyết của Đại hội đồng để làm đẹp hình ảnh của mình mà không mong đợi rằng nghị quyết đó sẽ trở thành quy tắc xử sự mới³⁷. Các nghị quyết của Đại hội đồng LHQ chỉ mang tính khuyến nghị nên ngay cả khi các quốc gia bỏ phiếu thông qua Nghị quyết của Đại hội đồng, điều đó không có nghĩa rằng các quốc gia chấp nhận nó như là luật – thứ tạo ra giá trị ràng buộc đối với các quốc gia. Nói một cách khác, điều này không thể hiện niềm tin pháp lý rằng nghị quyết được coi là luật. Như vậy, yếu tố tinh thần cũng chưa được đáp ứng do khuyết thiếu sự chấp nhận như là luật (acceptance as law).

Không thể phủ nhận vai trò của các Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ trong việc làm sáng tỏ các quy tắc xử sự hiện tại, và thậm chí định hình sự phát triển của luật TQQT trong tương lai. Tuy nhiên, Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ không thể là một thực tiễn chung để lập tức trở thành luật TQQT. Sẽ là phi logic nếu một hành động của một quốc gia thể hiện cả yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần³⁸.

5. Kết luận

Như vậy, căn cứ vào Điều 38.1(b) Quy chế ICJ, một quy tắc TQQT được xác định dựa trên hai yếu tố cần và đủ: (i) Yếu tố vật chất; và (ii) Yếu tố tinh thần.

³⁵ TS. Lê Thị Anh Đào (2018), tldđ.

³⁶ Nghị quyết 37/10 của Đại hội đồng Liên Hợp Quốc, Doc. A/RES/37/10, thông qua ngày 14/11/1982.

³⁷ TS. Lê Thị Anh Đào (2018), tldđ.

³⁸ TS. Lê Thị Anh Đào (2018), tldđ.

Hai yếu tố này đã được giải thích rõ hơn qua nỗ lực làm việc của LHQ thông qua các báo cáo đặc biệt của ILC tại các Phiên họp, và đặc biệt là Nghị quyết A/RES/73/203 của Đại hội đồng LHQ về Xác định Luật TQQT.

Yếu tố vật chất chính là thực tiễn chung (general practice) như đã được đề cập trong Điều 38.1(b) Quy chế ICJ. Thực tiễn chung được nhận diện dưới ba đặc điểm: (i) Biểu hiện dưới dạng hành động hoặc không hành động; (ii) Chủ thể áp dụng là các chủ thể của LQT, trong đó chủ yếu là các quốc gia (thể hiện qua hành vi của các cơ quan nhà nước và đặc biệt là chính phủ); và (ii) Mang tính phổ quát (được áp dụng bởi đa số quốc gia trên thế giới).

Yếu tố tinh thần là sự thừa nhận như là luật (acceptance as law), được hiểu là niềm tin pháp lý của các quốc gia. Các quốc gia cần tỏ rõ sự chấp thuận của mình và các quốc gia khác đều được biết về điều đó. Trường hợp quốc gia im lặng cũng có thể được coi là chấp thuận tùy trường hợp cụ thể. Quốc gia phản đối liên tục khi một quy tắc TQQT đang được hình thành, thì TQQT đó không ràng buộc đối với quốc gia đó. Dù các quốc gia chấp thuận, im lặng hay phản đối một thực tiễn nào đó thì yếu tố này cũng đều thể hiện bản chất tự nguyện của LQT, cho thấy sự thỏa thuận giữa các quốc gia trong việc hình thành LQT.

Một thực tiễn thường cần nhiều thời gian mới có thể trở thành Luật TQQT nhưng điều đó không có nghĩa rằng mọi TQQT đều mất nhiều thời gian để xuất hiện. Đã có nhiều minh chứng thực tiễn cho thấy các thực tiễn nhanh chóng được thừa nhận áp dụng với các quốc gia giúp đẩy nhanh quá trình hình thành Luật TQQT. Cũng cần lưu ý rằng, một Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ có thể mang những đặc điểm tương tự như một TQQT

nhưng không có nghĩa rằng nó lập tức trở thành TQQT./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quy chế tòa án Công lý quốc tế 1945.
2. Nghị quyết của Đại hội đồng Liên Hợp Quốc A/RES/73/203 thông qua ngày 20/12/2018 về Xác định Luật tập quán quốc tế.
3. Tuyên bố Montevideo về Quyền và nghĩa vụ của các quốc gia được thông qua tại Hội nghị quốc tế các nước châu Mỹ ngày 27/12/1933.
4. Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội (2018), *Giáo trình Công pháp quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội.
5. Trường Đại học Luật Hà Nội (2013), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.
6. TS. Lê Thị Anh Đào (2018), Sự hình thành luật tập quán quốc tế trước bối cảnh thay đổi cơ bản, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 15/2018.
7. PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao, TS. Nguyễn Thị Như Mai (2013), *Luật biển quốc tế và Luật biển Việt Nam*, Dự án Đại sự ký biển đông, (<https://daisukybiendong.wordpress.com>).
8. PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao (2011), *Tòa án Công lý quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội.
9. Trần H. D. Minh, Nguồn của Luật quốc tế, *International law & Diplomacy*, <https://iuscogens-vie.org/2018/01/21/58/> truy cập ngày 24/06/2023.
10. Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., Routledge, 1997.
11. Liên Hợp Quốc, Identification of customary international law, <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/chp5.pdf>.
12. Tuyển tập các phán quyết của Tòa án quốc tế, ICJ 1969.
13. Fisheries (U.K. v. Nor., 1951 I.C.J. Rep. 116 (18 Dec.).
14. Continental Shelf (Tunis/Libya), 1982 I.C.J. 18, (Feb. 24).
15. Continental Shelf (Libya/Malta), 1985 I.C.J. 13, (June 3).
16. Asylum Case (Colombia v. Peru), 1950 I.C.J. 266, (Nov. 20).