

LUẬT MỀM TRONG ĐIỀU CHỈNH CÁC QUAN HỆ QUỐC TẾ VỀ MÔI TRƯỜNG HIỆN NAY¹

LÊ THỊ ANH ĐÀO *

VŨ HẢI ĐĂNG **

NGUYỄN THỊ XUÂN SON ***

PHẠM THỊ GẮM ****

Tóm tắt: Bài viết đặt vấn đề xem xét lại quan niệm truyền thống về nguồn của luật quốc tế qua đánh giá vai trò và xu thế phát triển của luật mềm điều chỉnh quan hệ quốc tế về môi trường. Để đạt được mục tiêu này, bài viết: 1) Phân tích tổng quan về sự phát triển của luật mềm để tìm ra nghĩa chính xác, đặc trưng và những hàm ý pháp lý thực sự của luật mềm, từ đó, bài viết nhận diện các hạn chế trong cách hiểu truyền thống rằng nguồn của luật quốc tế là hình thức chứa đựng các quy phạm pháp luật; 2) Đề xuất cần có những thay đổi trong khái niệm nguồn của luật quốc tế để phù hợp với sự thay đổi trong thực tiễn xây dựng và thực hiện luật quốc tế; 3) Khẳng định rằng việc thừa nhận các quy phạm luật quốc tế mềm, đặc biệt là trong lĩnh vực luật môi trường quốc tế, như là một cách thức cách tân của việc xây dựng luật trong thế kỉ XXI, đòi hỏi phải hiểu khái niệm nguồn của luật quốc tế theo nghĩa là tất cả các yếu tố chứa đựng căn cứ để xây dựng và thực hiện pháp luật quốc tế.

Từ khóa: Điều ước; luật mềm; luật môi trường quốc tế; nguồn của luật; luật tập quán quốc tế

Nhận bài: 23/7/2025

Hoàn thành biên tập: 25/02/2026 Duyệt đăng: 25/02/2026

SOFT LAW IN REGULATING CONTEMPORARY INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL RELATIONS

Abstract: This article explores the reconsideration of the traditional concept of the source of international law by examining the role and development trend of soft law regulating international environmental relations. To achieve this objective, the article first analyses the overall development of soft law to clarify its meaning, characteristics, and practical legal implications. Through this analysis, the article finds limitations in the traditional understanding of international law sources as the form in which legal norms are contained. The article argues that the concept of source of international law should be redefined to reflect the changing practice in the making and implementing of international law. It concludes that the acknowledgment of international soft law norms, particularly in the realm of international environmental law, is a new law-making method in the 21st century, one that requires defining the sources of international law as all elements that contain the basis for the formulation and implementation of international law.

Keywords: Customary international law; international environmental law; source of law; soft law; treaties

Received: 23 July 2025; Editing completed: 25 February 2026; Accepted for publication: 25 February 2026

* Phó Giáo sư, Tiến sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội. E-mail: leanhdao@hlu.edu.vn

** Tiến sĩ, Học viện Ngoại giao Việt Nam. E-mail: haidangvu@gmail.com

*** Phó Giáo sư, Tiến sĩ, Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội. E-mail: sonnx@vnu.edu.vn

**** Cục Biển và Hải đảo Việt Nam, Bộ Nông nghiệp và Môi trường. E-mail: ptgam2010@gmail.com

¹ Nghiên cứu này được tài trợ bởi Quỹ Phát triển Khoa học và Công nghệ quốc gia (NAFOSTED) trong đề tài tiềm năng “Luật mềm điều chỉnh ô nhiễm môi trường biển: Luật quốc tế, Luật ASEAN và Luật Việt Nam”, mã số 505.99-2021.04

1. Đặt vấn đề

Nguồn của luật quốc tế thường được định nghĩa là hình thức chứa đựng quy phạm pháp luật². Định nghĩa này đồng nhất nguồn của luật quốc tế với hình thức của luật quốc tế. Trong khi đó, khi xây dựng và thực hiện luật quốc tế, các chủ thể thường viện dẫn không chỉ các quy định ràng buộc về pháp lí quốc tế mà còn viện dẫn các quy tắc xử sự được chứa đựng trong các văn kiện không có hiệu lực ràng buộc về pháp lí nhưng có hiệu lực thực tế. Điều này đặt ra vấn đề xem xét lại quan niệm truyền thống về nguồn của luật quốc tế và vai trò của các văn kiện không có hiệu lực ràng buộc về pháp lí.

Luật mềm là sự phát triển học thuyết được đưa ra nhằm giải thích hiện tượng mới liên quan đến sự hình thành luật quốc tế. Hệ quả là, hiện nay không có định nghĩa duy nhất đã được chấp nhận chung về “luật mềm” nên các học giả đưa ra nhiều cách hiểu khác nhau về khái niệm này³. Nhìn chung, thuật ngữ

“luật mềm” là sự mô tả thuận tiện đối với các văn kiện không có tính ràng buộc về pháp lí, được các chủ thể luật quốc tế sử dụng trong các mối quan hệ quốc tế đương đại. “Luật mềm” theo nghĩa này có thể đối lập với “luật cứng”, tức là luật luôn có giá trị ràng buộc.

2. Sự cần thiết phải xem xét lại các nguồn của luật quốc tế

2.1. Hạn chế của luận điểm nguồn về hình thức của luật quốc tế theo Điều 38 Quy chế Tòa án công lí quốc tế

Một trong những đặc trưng của luật quốc tế là không có một cơ quan lập pháp mang tính phổ quát⁴. Điều này làm cho việc xác định quy tắc xử sự nào là luật quốc tế trở nên hết sức quan trọng và là một trong những vấn đề chủ đạo trong phán quyết của các cơ quan tài phán quốc tế cũng như trong công tác nghiên cứu và giảng dạy luật quốc tế⁵. Việc xác định sự tồn tại của quy tắc xử sự là

² Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 25; Nguyễn Bá Diên (2013), *Giáo trình Công pháp quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 40; Học viện Ngoại giao (2022), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Thế giới, tr. 100.

³ Shaw, Malcolm (2008), *International law*, 6th. ed., Cambridge, Cambridge University Press, tr. 126 - 128; Chinkin, C. M. (1989), “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, tr. 850 - 851; Alan Boyle (2014), “Soft law in international law-making”, *International law*, Malcolm D Evans, 4th edition, Oxford University Press, tr. 126 - 128; Klabbers, Jan (2006), “Reflections on soft law in a privatized world”, *Lakimies*, vol. 104, iss. 7-8, tr. 387 - 398; Senden, Linda (2004), *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart, vol. 1, tr. 89.

⁴ “Trong bối cảnh quan hệ quốc tế, việc sử dụng thuật ngữ “nguồn chính thức” là rắc rối và dễ gây nhầm lẫn bởi vì người đọc sẽ có thể nghĩ về sự tồn tại của một bộ máy hiến định để xây dựng luật giữa các quốc gia. Không có bộ máy như vậy để tạo ra các quy phạm của luật quốc tế... Theo nghĩa đó thì không có nguồn chính thức trong luật quốc tế”, Brownlie, Ian (1979), *Principles of public international law*, 3a. ed., Oxford University Press, tr. 3.

⁵ Một số vụ việc tại ICJ liên quan đến việc xác định nguồn của luật quốc tế và thứ bậc của các loại nguồn của luật quốc tế: Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ Report 1986, tr. 14; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Rulings, I.C.J. Report, 1996, tr. 595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (*Belgium v. Spain*), I.C.J. Reports, 1970, tr. 3. Corfu Channel Case, (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*), I.C.J. Reports, 1985, tr. 20.

luật quốc tế trở thành “*một khảo sát về quá trình mà từ đó các quy phạm của luật quốc tế hình thành*”⁶.

Do đó, các thảo luận về nguồn của luật quốc tế cũng thường xem xét khái niệm nguồn từ góc độ xác định sự tồn tại của quy tắc xử sự là luật quốc tế và trích dẫn Điều 38 Quy chế của Tòa án công lí quốc tế (ICJ) như là căn cứ xác định các nguồn của luật quốc tế. Quan điểm chủ đạo cho rằng Điều 38 Quy chế ICJ là luật tập quán quốc tế điều chỉnh vấn đề nguồn và do đó nó là căn cứ để xác định luật quốc tế⁷. Dẫn chiếu trực tiếp tới Điều 38 Quy chế ICJ là sự cụ thể hoá luận điểm nguồn về hình thức trong xác định luật quốc tế. Theo đó, các quy phạm pháp luật quốc tế được xác định thông qua hình thức chứa đựng chúng⁸. Theo luận điểm này, nguồn của luật quốc tế chỉ bao gồm điều ước, luật tập quán quốc tế và nguyên tắc chung của luật bởi vì chúng chứa đựng các quy phạm luật quốc tế. Vì vậy, theo Điều 38 (1)(d), học thuyết của các học giả và phán quyết của cơ quan tài phán chỉ là “phương tiện hỗ trợ” để xác định các quy phạm luật quốc tế. Cũng theo luận điểm nguồn về hình thức, luật quốc tế được hình thành trên cơ sở

thoả thuận đồng ý, trong đó ý định bị ràng buộc bởi một quy phạm luôn luôn thể hiện hoặc công khai hoặc ngầm định⁹. Điều này xuất phát từ sự bình đẳng về chủ quyền giữa các quốc gia. Vì vậy, luật quốc tế được xem như là chuẩn mực để điều chỉnh mối quan hệ giữa các quốc gia bình đẳng về chủ quyền.

Luận điểm nguồn về hình thức vẫn là quan điểm chủ đạo trong khoa học pháp lí quốc tế hiện nay. Sự dẫn chiếu đến Điều 38 Quy chế ICJ vẫn mang dáng dấp của chủ nghĩa hình thức, tức là phải có một tiêu chuẩn chính xác, nghiêm ngặt, khách quan, rõ ràng và được định trước để xác định luật quốc tế. Dường như đó là cách thức đơn giản nhất để phân biệt giữa quy tắc xử sự là luật với quy tắc xử sự không phải là luật. Dù vậy, luận điểm nguồn về hình thức cũng có một số hạn chế. Thứ nhất, luận điểm này đồng nhất “nguồn của luật” với “hình thức của luật”, trong khi đây là hai khái niệm khác nhau theo khoa học pháp lí tổng quát¹⁰. Trên thực tế, khi xây dựng và thực hiện luật quốc tế, chủ thể luật quốc tế không chỉ viện dẫn các quy phạm pháp luật (do đó phải tìm đến hình thức chứa đựng chúng) mà còn viện dẫn các căn cứ khác, ví dụ như những quy phạm chứa đựng trong luật mềm hoặc các hành vi pháp lí đơn phương. Thứ hai, mặc dù Điều 38 Quy chế ICJ được các quốc gia và giới học giả coi là quy phạm luật tập quán phản ánh sự đồng thuận rộng rãi về căn cứ xác

⁶ Shaw, Malcolm (2008), sđd, tr. 66.

⁷ Lí do chính cho tuyên bố trên là việc giải thích cụm từ “chức năng của ICJ giải quyết phù hợp với luật quốc tế các tranh chấp được đệ trình trước Tòa” và điều khoản này rất giống với quy định tại quy chế của Pháp viện thường trực quốc tế (PCIJ) - tiền thân của ICJ.

⁸ Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 25; Nguyễn Bá Diên (2013), *Giáo trình Công pháp quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 40; Học viện Ngoại giao (2022), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Thế giới, tr. 100.

⁹ Brownlie, Ian (1979), tldđ, tr. 66.

¹⁰ Trường Đại học Luật Hà Nội (2024), *Giáo trình Lí luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, chương 13, tr. 283 - 286; Hoàng Kim Quê (2023), *Giáo trình Lí luận nhà nước và pháp luật*, chương XVI, tr. 317 - 337.

định nguồn của luật quốc tế nhưng Điều 38 Quy chế ICJ chỉ quy định về luật có thể áp dụng để giải quyết các tranh chấp được đưa ra trước ICJ mà không trực tiếp nêu rằng đó là các “nguồn” của luật quốc tế. Hơn nữa, phán quyết của Tòa chỉ có hiệu lực giữa các quốc gia tham gia tranh chấp. Ngoài ra, ICJ chỉ là cơ quan giải quyết tranh chấp của Liên hợp quốc nên Quy chế của Tòa chỉ có hiệu lực trong phạm vi Liên hợp quốc¹¹. Do đó, việc xác định các nguồn của luật quốc tế không nên chỉ dựa vào Điều 38 Quy chế ICJ¹². Bên cạnh đó, Điều 38 Quy chế ICJ thường được trích dẫn trong các giáo trình luật quốc tế như là quy định về danh sách các nguồn của luật quốc tế¹³. Tuy nhiên, các giáo trình đó không cho rằng Điều 38 Quy chế ICJ là quy tắc điều chỉnh vấn đề nguồn của luật quốc tế mà chỉ khẳng định rằng “không có tranh luận thực sự” về điều này¹⁴. Hơn nữa, các giáo trình này thừa nhận bản chất luật tập quán của Điều 38 Quy chế ICJ trên cơ sở biện minh rằng nhiều quốc gia đã phê chuẩn Quy chế, mặc dù các điều kiện tiên quyết hình thành luật tập quán đã được liệt kê trong chính điều khoản này.

Do những hạn chế này trong luận điểm nguồn về hình thức, khái niệm nguồn của luật quốc tế nên được tiếp cận rộng hơn, theo nghĩa là những yếu tố chứa đựng căn cứ để chủ thể luật quốc tế thực hiện hành vi thực tế. Khái niệm này được đưa ra xuất phát từ quan điểm cho rằng luận điểm nguồn về hình thức không phù hợp với thực tiễn việc dẫn các căn cứ để xây dựng và thực hiện luật quốc tế cũng như những thay đổi trong cách thức biểu đạt sự đồng ý khi xây dựng luật quốc tế. Ví dụ, luật môi trường quốc tế là lĩnh vực mà hầu hết các thay đổi trong chủ nghĩa hình thức về nguồn của luật đang diễn ra. Trong lĩnh vực đó, biểu đạt về sự thoả thuận đồng ý đã thay đổi. Ngày nay, để thông qua các điều ước về môi trường, các bên có xu hướng đạt được các quyết định trên cơ sở đồng thuận. Để đạt được sự đồng thuận, các quốc gia phải tiến hành thảo luận, thương lượng, đồng thời sử dụng hàng loạt những kỹ thuật nhằm đạt được sự dung hoà giữa các bên trong quá trình soạn thảo văn kiện. Phương thức đồng thuận cho phép các quốc gia đạt được thoả thuận mà không cần biểu quyết nếu không có thành viên nào phản đối (một quốc gia không đưa ra ý kiến sẽ không được coi là phản đối). Phương thức để đi đến các quyết định như vậy có những hệ quả quan trọng. Một mặt, phương thức này khéo léo ràng buộc các bên ban đầu đã phản đối quyết định. Mặt khác, mặc dù sự đồng thuận không luôn luôn phản ánh đúng về “sự nhất trí chung” của các quốc gia tham gia hội nghị quốc tế nhưng đã trở thành một phương cách hữu dụng mà các chủ thể sử dụng nhằm tránh những quyết định đạt được bởi đa số. Như vậy, Điều 38 Quy chế ICJ

¹¹ Theo Điều 93(2) Hiến chương Liên hợp quốc: “Những quốc gia không phải là thành viên Liên hợp quốc có thể tham gia quy chế Tòa án quốc tế với những điều kiện do Đại hội đồng quy định, theo kiến nghị của Hội đồng bảo an trong từng trường hợp”.

¹² D’Aspremont, Jean (2011), “The Configuration of Formal Ascertainment of International Law: The Source Thesis”, *Formalism and the sources of International law*, New York, Oxford University Press Inc.

¹³ Shaw, Malcolm (2008), tldđ, tr. 65; Brownlie, Ian (1979), tldđ, tr. 67.

¹⁴ Shaw, Malcolm, tldđ, tr. 67.

không nên là thước đo duy nhất để xác định các yếu tố chứa đựng căn cứ để chủ thể luật quốc tế thực hiện hành vi thực tế. Những tiêu chí khác phải được tính đến khi các chủ thể này xây dựng và thực hiện luật quốc tế.

2.2. Những quan ngại về môi trường và sự phát triển của luật quốc tế

Môi trường là vấn đề quan ngại toàn cầu và liên quan đến lợi ích của nhiều quốc gia. Vì vậy, quá trình xây dựng các quy phạm pháp luật quốc tế về môi trường thường khó khăn và tốn nhiều thời gian hơn so với các lĩnh vực khác. Trong nhiều trường hợp, điều ước, luật tập quán và các nguyên tắc chung của luật không có khả năng phản ứng kịp thời trước sự phá hủy nhanh chóng về rất nhiều các khía cạnh của môi trường Trái đất. Fitzmaurice đã khẳng định, “luật môi trường bao gồm các trường hợp mà được đặc trưng bởi sự thay đổi rất nhanh chóng và sự cần thiết phải đáp lại một cách kịp thời trước các khủng hoảng môi trường”¹⁵. Vì lí do này, sự xuất hiện những nguồn chính thức mới của luật quốc tế trở thành một nhu cầu thực tế để đáp lại sự phát triển của thực tiễn quốc tế. Như bất kì lĩnh vực pháp lí nào khác, luật quốc tế phải xuất phát từ thực tiễn chứ không phải phụ thuộc vào các học thuyết truyền thống.

Những phân tích ở trên giải thích tại sao các học giả đưa vào trong danh sách các nguồn của luật môi trường quốc tế các văn kiện luật mềm bên cạnh các văn kiện “luật cứng” hay các nguồn truyền thống khác theo Điều 38

Quy chế ICJ¹⁶. Trong quá trình phát triển của luật môi trường quốc tế, các văn kiện luật mềm chứa đựng các nguyên tắc quan trọng nhất của ngành luật này. Nguyên tắc 21 của Tuyên bố Stockholm¹⁷ về cấm gây thiệt hại môi trường xuyên biên giới là một minh họa.

Trong khuôn khổ của Hội nghị Liên hợp quốc về môi trường nhân loại được tổ chức năm 1972 - Hội nghị thượng đỉnh đầu tiên về môi trường, một Tuyên bố chính trị đã được thông qua với tên gọi Tuyên bố Stockholm, trong đó khẳng định: “Các quốc gia, phù hợp với Hiến chương Liên hợp quốc và các nguyên tắc của luật quốc tế, có chủ quyền khai thác các tài nguyên của mình phù hợp với các chính sách môi trường của mình, và có trách nhiệm đảm bảo rằng các hành vi trong phạm vi tài phán và kiểm soát của mình không gây thiệt hại đến môi trường của các quốc gia khác hoặc những vùng nằm ngoài giới hạn quyền tài phán quốc gia”¹⁸.

Vào thời điểm xuất hiện, nguyên tắc trên không có tính ràng buộc về pháp lí bởi vì nó được chứa đựng trong một tuyên bố không phải là điều ước¹⁹. Nói cách khác, ban đầu, nguyên tắc này chỉ đơn giản thể hiện một ước vọng chính trị. Ngày nay, qua thực tiễn thực thi và sự thừa nhận của các quốc gia,

¹⁵ Fitzmaurice, Malgosia (2001), “International Protection of the Environment”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff, vol. 293, tr. 96.

¹⁶ Louka, Elli (2006), *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and World Order*, New York, Cambridge University Press, tr. 25.

¹⁷ Tuyên bố Stockholm của Hội nghị Liên hợp quốc về Môi trường con người, Nguyên tắc 21 (UN Doc. A/CONF.48/14/Rev. 1).

¹⁸ Tuyên bố Stockholm của Hội nghị Liên hợp quốc về Môi trường con người, Nguyên tắc 21.

¹⁹ Nghị quyết số 1803 (XVII) của Đại hội đồng Liên hợp quốc ngày 14/12/1962 (General Assembly resolution 1803 (XVII)).

nguyên tắc này đã được thừa nhận là một tập quán trong luật quốc tế²⁰. Quá trình phát triển của “nguyên tắc cấm gây thiệt hại môi trường xuyên biên giới” chỉ ra của một “vùng xám” của luật quốc tế cần được phân tích kỹ hơn, đó chính là luật mềm.

3. Bối cảnh hình thành luật mềm

Arnol McNair, Chủ tịch đầu tiên của Tòa án châu Âu về quyền con người đã sử dụng thuật ngữ “luật mềm” để đề cập những tuyên bố có tính quy phạm được xác định như là các nguyên tắc đúc rút từ thực tế thông qua quá trình giải thích tư pháp²¹. Theo McNair, một số nguyên tắc pháp lý rất khái quát được coi là “mềm” vì rất khó áp dụng trực tiếp các nguyên tắc để giải quyết tình huống đặt ra²². Trong khi đó, Schermers & Blokker cho rằng sự phát triển của các văn kiện với hiệu lực pháp lý không được xác định (hay còn gọi là luật mềm) là do bản chất của luật quốc tế. Ở chừng mực nhất định, việc không có cơ quan lập pháp xây dựng luật quốc tế được bù đắp bởi các tổ chức quốc tế. Các tổ chức này thể hiện quan điểm của các quốc gia thành viên thông qua các văn kiện không có hiệu lực pháp lý ràng buộc như điều ước và luật tập quán nhưng rõ ràng là chúng có sự liên quan về mặt pháp lý²³. Như vậy, các học giả

đều có quan điểm chung rằng luật mềm là hệ quả tất yếu của sự phát triển các mối quan hệ quốc tế. Các văn kiện luật mềm được hình thành để đáp ứng nhu cầu về pháp lý của cộng đồng quốc tế phải phản ứng kịp thời trước những vấn đề quan ngại toàn cầu²⁴, sự gia tăng và đa dạng hoá các chủ thể của luật quốc tế, sự toàn cầu hoá và phụ thuộc lẫn nhau... Các văn kiện này là kết quả của thực tiễn định hình luật quốc tế và thực tiễn quốc tế định hình các nguồn của luật quốc tế.

Mặc dù luật mềm đã xuất hiện trong tất cả lĩnh vực của luật quốc tế nhưng phổ biến và hiệu quả nhất là trong luật môi trường quốc tế²⁵. Những văn kiện với bản chất pháp lý không rõ ràng đã xuất hiện trong rất nhiều các hội nghị quốc tế lớn về môi trường như Hội nghị Stockholm về môi trường con người năm 1972, Hội nghị thượng đỉnh Trái đất I tại Rio de Janeiro về môi trường và phát triển năm 1992, Hội nghị thượng đỉnh Trái đất II tại Johannesburg về phát triển bền vững năm 2002 hay Hội nghị thượng đỉnh Liên hợp quốc về phát triển bền vững (Rio+20) năm 2012. Tùy thuộc mục đích và chức năng chính của hội nghị, những văn kiện được thông qua tại các hội nghị trên thường được gọi là tuyên bố về nguyên tắc và kế hoạch hành động. Ngoài ra, luật mềm còn bao gồm các văn kiện của Đại hội đồng Liên hợp quốc như Tuyên ngôn về Quyền con

²⁰ Uribe, Diego y Cárdenas, Fabían (2010), *Derecho Internacional Ambiental*, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, tr. 134.

²¹ Dupuy, René-Jean (1975), “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage a la “soft law”, en *L'élaboration du droit international public. Société française pour le Droit International public*, Colloque de Toulouse, Leiden, Sijthof, tr. 132 - 148.

²² Dupuy, René-Jean (1975), tldd, tr. 148.

²³ Schermers, Henricus & Blokker, Nicolaas (2011),

International institutional law: unity within diversity, 5th rev. ed., Leiden, Martinus Nijhoff, tr. 720.

²⁴ Sands, Philippe (2003), *Principles of international environmental law*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press.

²⁵ Dupuy, Pierre-Marie (1991), “Soft law and the international law of the environment”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, iss. 2, tr. 431.

người năm 1948, Tuyên bố về Các nguyên tắc điều chỉnh quan hệ hữu nghị giữa các quốc gia năm 1970 hay Tuyên bố về Quyền của người bản địa năm 2007 hoặc những nghị quyết khác điều chỉnh vấn đề khoáng không vũ trụ, đáy đại dương, phi thực dân hoá...). Luật mềm cũng bao gồm các bộ quy tắc ứng xử, hướng dẫn và khuyến nghị của các tổ chức quốc tế như Hướng dẫn của Chương trình Môi trường Liên hợp quốc (UNEP) về đánh giá tác động môi trường năm 1987, Bộ quy tắc ứng xử của Tổ chức Nông lương quốc tế (FAO) về trách nhiệm nghề cá hoặc rất nhiều văn bản khác được thông qua bởi FAO và Tổ chức Hàng hải quốc tế (IMO).

Có nhiều lí do để luật môi trường quốc tế đã và sẽ tiếp tục là “mảnh đất màu mỡ” để phát triển các văn kiện luật mềm. Môi trường xuống cấp là vấn đề quan ngại toàn cầu, nghĩa là chúng không chỉ liên quan đến những xung đột và lợi ích xuyên biên giới giữa hai quốc gia. Để giải quyết vấn đề này, quá trình xây dựng các quy phạm pháp luật quốc tế về môi trường dường như sẽ khó khăn hơn, tốn nhiều thời gian hơn quá trình xây dựng các quy phạm trong những lĩnh vực khác. Việc khó đạt được sự đồng thuận để thông qua những văn kiện pháp lí điều chỉnh tổng thể vấn đề môi trường là một trong những lí do làm cho các văn kiện luật mềm có vai trò quan trọng trong điều chỉnh các vấn đề quốc tế đương đại. Hơn nữa, luật mềm còn là “một kĩ thuật hữu dụng trong trường hợp các quốc gia muốn hành động theo cách chung nhưng đồng thời lại không muốn trói buộc sự tự do hành động của mình”²⁶. Luật mềm là một

giải pháp thực tế để phát triển luật môi trường quốc tế nhằm đảm bảo đạt được thỏa thuận trong những lĩnh vực mà các quốc gia còn nhiều bất đồng.

Sự hình thành luật mềm cũng là hệ quả tự nhiên của việc thành lập các tổ chức quốc tế, đặc biệt Liên hợp quốc, để từ đó thiết lập khung khổ hợp tác, đàm phán thường xuyên và phát triển các quy phạm. Sự tiến triển nhanh như vậy không thể giải quyết trên cơ sở các nguồn thường hình thành chậm như là điều ước hoặc luật tập quán. Vì vậy, thực tế này đòi hỏi một cách thức hiệu quả, có khả năng đáp ứng sự sôi động và những vấn đề cấp bách của quan hệ quốc tế đương đại.

4. Đặc trưng của luật mềm

Các học giả có quan điểm khác nhau về đặc trưng và hiệu lực pháp lí của luật mềm. Fitzmaurice & Malgosia cho rằng: “*Luật mềm là một trong những hiện tượng của luật quốc tế, làm bối rối các luật gia quốc tế và dẫn đến sự bất đồng về đặc trưng và hiệu lực pháp lí của chúng*”²⁷. Dupuy cho rằng luật mềm “*là thứ tạo ra sự phức tạp bởi vì nó không phải là luật mà cũng không chỉ là luật*”²⁸. Kiss & Shelton khẳng định rằng các văn kiện chính trị không có tính ràng buộc nhưng chúng có thể “*giải quyết những vấn đề áp lực toàn cầu trước sự phản đối của một hoặc một vài quốc gia, trong khi tránh được những rào cản của học thuyết về việc thiếu sự đồng ý của các quốc gia đó đối với*

of the Environment”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff, vol. 293, tr. 124.

²⁷ Fitzmaurice, Malgosia (2001), tldđ, tr. 100.

²⁸ Dupuy, Pierre-Marie (1991), tldđ, tr. 420.

²⁶ Fitzmaurice, Malgosia (2001), “International Protection

sự ràng buộc của quy phạm”²⁹. Louca lại thừa nhận luật mềm là một trong các nguồn “khác” của luật môi trường quốc tế, nó “có khả năng tạo ra triển vọng để định hướng tương lai của luật quốc tế”³⁰. Đồng quan điểm với Louca, Birnie và Boyle cho rằng, luật mềm là một nguồn của luật mặc dù “những văn kiện này rõ ràng không phải là luật theo nghĩa được sử dụng trong Điều 38 Quy chế ICJ, nhưng mặt khác chúng lại không thiếu tất cả các thẩm quyền”³¹. Điều này được thể hiện qua hiệu lực thực tế của luật mềm và vai trò của chúng trong hình thành điều ước và luật tập quán quốc tế.

Thứ nhất, luật mềm chứng minh sự tồn tại của opinio juris - một yếu tố cấu thành luật tập quán quốc tế (luật cứng). Nói cách khác, một quy tắc xử sự trở thành luật tập quán quốc tế phải có cả yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần, tức là thực tiễn quốc gia và sự thừa nhận là luật (opinio juris). Khi có cả hai yếu tố này thì “luật tập quán mềm” sẽ không còn là “mềm” nữa mà nó sẽ là “luật tập quán” (luật cứng). Do đó, thay vì nói đến “luật tập quán mềm”, các học giả thường sử dụng thuật ngữ “luật tập quán đang hình thành”³² để mô

tả các quy tắc xử sự tuy chưa đạt được sự chấp nhận đầy đủ của các quốc gia với tính chất là luật tập quán nhưng chúng đang từng bước trở nên được chấp nhận rộng rãi hơn. Một ví dụ điển hình cho trường hợp này là nguyên tắc phòng ngừa trong luật môi trường quốc tế³³, theo đó các chủ thể của luật quốc tế phải tránh thực hiện các hành vi mà về mặt khoa học có thể thấy hành vi đó có khả năng hưởng xấu đến môi trường.

Mặc dù nguyên tắc phòng ngừa có thể áp dụng với tất cả các khía cạnh của luật môi trường quốc tế nhưng ban đầu nó chỉ được ghi nhận trong nguyên tắc 15 Tuyên bố Rio năm 1992³⁴ - một văn bản luật mềm. Tuy nhiên, nhiều học giả khẳng định rằng nguyên tắc này được áp dụng ở Đức và Thụy Điển từ đầu những năm 1970³⁵. Ở tầm quốc tế, nguyên tắc này đã được dẫn chiếu đến trong các thoả thuận quốc tế chuyên biệt từ giữa

²⁹ Kiss Alexandre - Charles & Shelton Dinah (2007), *Guide to international environmental law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, tr. 9.

³⁰ Louka, Elli (2006), *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and World Order*, New York, Cambridge University Press, tr. 25.

³¹ Birnie, Patricia & Boyle Alan (2002), *International law & the environment*, 2nd ed., Oxford University Press, tr. 25.

³² Ví dụ, McDougal, Myres (1963), “The Emerging Customary Law of Space”, *Nw. U.L.Rev.*, tr. 618; Wolfrum, R. (1987), “The Emerging Customary Law of Marine Zones: State Practice and the Convention of the Law of the Sea”, *Netherlands*

Yearbook of International Law, vol. 18, tr. 121 - 144; Laylin, J. G. (1976), “Emerging Customary Law of the Sea”, *International Lawyer*, vol. 10, tr. 669; Nadasdy, Kristin (1998), “Discriminating Among Rights?: a Nation’s Legislating a Hierarchy of Human Rights in the Context of International Human Rights Customary Law”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 33, tr. 369.

³³ Atapattu, Sumudu A. (2006), *Emerging Principles of International Environmental law*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, tr. 203.

³⁴ “Để bảo vệ môi trường, các quốc gia cần áp dụng rộng rãi phương pháp tiếp cận ngăn ngừa tùy theo khả năng từng quốc gia, ở chỗ nào có nguy cơ tác hại nghiêm trọng hay không thể sửa được, thì không thể nêu lí do là thiếu sự chắc chắn khoa học hoàn toàn để trì hoãn áp dụng các biện pháp hữu hiệu để ngăn chặn sự thoái hoá môi trường”. Xem: <https://www.gdrc.org/u-gov/precaution-7.html>, truy cập 20/7/2025.

³⁵ Atapattu, Sumudu A, sdd, tr. 45.

những năm 1970 như trong Công ước về Buôn bán các loài động, thực vật hoang dã có nguy cơ bị tuyệt chủng năm 1973 (CITES) hay Công ước về Đánh cá ở Biển cả tại khu vực Bắc Thái Bình Dương năm 1978. Sau đó, nguyên tắc này được thảo luận tại Hội nghị Biển Bắc năm 1984 và được đưa vào Nghị định thư Cartagena về an toàn sinh học năm 2000 và Công ước Stockholm về các chất ô nhiễm hữu cơ khó phân hủy năm 2001³⁶, Thỏa thuận Paris năm 2015 về biến đổi khí hậu... Mặc dù được đề cập trong các hoàn cảnh riêng biệt và các công ước chuyên biệt nhưng nguyên tắc phòng ngừa không được chính thức ghi nhận trong một văn kiện pháp lí toàn thể nên nó vẫn là “luật mềm” thành văn. Tuy nhiên, việc nguyên tắc này được viện dẫn rộng rãi³⁷ cả ở cấp độ quốc tế và quốc gia³⁸, trong các điều ước về một vấn đề cụ thể hoặc trong những văn kiện không có tính ràng buộc và trong công trình nghiên cứu của các học giả... đã làm hình thành quan điểm cho rằng nguyên tắc phòng ngừa là luật tập quán quốc tế đang hình thành³⁹.

³⁶ Nghị định thư Cartagena về an toàn sinh học bổ sung cho Công ước Montreal về đa dạng sinh học (2000); Công ước Stockholm về các chất ô nhiễm hữu cơ khó phân hủy (2001).

³⁷ Ví dụ, các yêu sách của New Zealand và ý kiến riêng rẽ của thẩm phán Weeramantry và Palmer trong vụ Nuclear Test; các tranh luận trong vụ Gabcikovo Nagymaros Project; ý kiến riêng của thẩm phán Cancado Trindade trong vụ Pulp Mills và Điều 174 (2) của Chính sách EU về môi trường...

³⁸ Ví dụ, Colombia Wilches, Rafael, Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en Colombia planteamiento del Problema, en *Revista Javeriana*, Bogotá, 2011, num 782, tr. 283 - 314.

³⁹ Sands, Philippe, sđd, tr. 266; Uribe, Diego y Cárdenas, Fabían, *Derecho Internacional Ambiental*,

Trong thực tiễn, sẽ phải đợi cho đến khi một cơ quan tài phán ra phán quyết về sự hình thành hay tồn tại một quy tắc của luật tập quán quốc tế để khẳng định một cách chắc chắn nguyên tắc phòng ngừa có thể đã là luật tập quán quốc tế. Trong Ý kiến tư vấn năm 2025 về biến đổi khí hậu, Tòa án Công lí quốc tế của Liên hợp quốc (ICJ) đã giải thích nội dung của nguyên tắc phòng ngừa nhưng chưa khẳng định rõ ràng nguyên tắc này là luật tập quán quốc tế⁴⁰. Đây là một ví dụ thực tiễn để minh chứng rằng không thích hợp nếu như nói nguyên tắc phòng ngừa là “luật tập quán mềm”, bởi vì điều đó sẽ không tồn tại. Thay vào đó, chúng ta phải nói về luật tập quán đang hình thành. Điều này cũng làm rõ tại sao một trong các đặc trưng chính của “luật mềm” là nó được ghi nhận trong một văn kiện thành văn.

Đặc trưng thứ hai là hàm ý pháp lí thực sự của luật mềm. Mặc dù “luật mềm” là các văn kiện không có tính ràng buộc về pháp lí nhưng lại có rất nhiều lí do để tin vào bản chất pháp lí của chúng. Trước hết, các văn kiện thường được đàm phán và soạn thảo cẩn thận và trong rất nhiều trường hợp nó được dự định là quy tắc xử sự giữa các bên, mặc dù không dưới hình thức ràng buộc như điều ước. Hơn nữa, các văn kiện này được cam kết thông qua thiện chí của nhiều quốc gia⁴¹ và họ trông đợi rằng các văn kiện đó sẽ

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.

⁴⁰ ICJ’s advisory opinion on *Obligations of states in respect of climate change*, 23 July 2025, par. 134 - 136, at <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icj/2025/en/150318>, truy cập 20/7/2025.

⁴¹ Voting procedure on Questions relating to Reports

được thực hiện. Bên cạnh đó, trong rất nhiều trường hợp, các quốc gia thông qua các văn kiện luật mềm để thể hiện mong muốn thúc đẩy sự phát triển của thực tiễn quốc tế. Nói cách khác, thông qua các văn kiện luật mềm, các quốc gia có ý định tiến tới xây dựng các quy tắc pháp lí và tác động tới sự phát triển của luật quốc tế. Theo nghĩa này, trong một số trường hợp, các văn kiện luật mềm vừa là phương cách, vừa là một phần của quá trình xây dựng điều ước đa phương. Bên cạnh đó, việc kí kết các văn kiện luật mềm còn được coi là một cơ chế để giải quyết các vấn đề quốc tế còn nhiều bất đồng. Như vậy, nguồn thành văn của luật quốc tế mà ngày nay được các học giả gọi là “luật mềm” không có giá trị ràng buộc về pháp lí nhưng trong mọi trường hợp nó vẫn là yếu tố chứa đựng căn cứ để xây dựng và thực hiện luật quốc tế.

5. Quan hệ giữa luật mềm với các nguồn khác của luật quốc tế

Luật mềm có một số tác động pháp lí đối với hai nguồn cơ bản của luật quốc tế là điều ước và tập quán quốc tế.

Thứ nhất, ảnh hưởng đối với điều ước:

- Luật mềm có thể bước đầu tiên trong quá trình mà cuối cùng là dẫn đến việc kí kết một điều ước. Đặc biệt, khi các bên chưa sẵn sàng kí hoặc thông qua điều ước về một vấn

đề nhất định, văn kiện luật mềm có thể yêu cầu các bên phát triển nội dung của nó thành luật. Ví dụ, các nghị quyết của Đại hội đồng Liên hợp quốc về khoảng không vũ trụ, đáy đại dương và biến đổi khí hậu⁴², các hướng dẫn của Cơ quan Năng lượng nguyên tử quốc tế (IAEA)⁴³ là cơ sở để các quốc gia nhanh chóng thông qua Công ước về Cảnh báo sớm các tai nạn hạt nhân sau thảm họa Chernobyl. Các hướng dẫn của Chương trình môi trường Liên hợp quốc (UNEP) về đánh giá tác động môi trường⁴⁴ sau này đã được chuyển tải vào trong Công ước về Đánh giá tác động môi trường xuyên biên giới năm 1991...

- Văn kiện luật mềm có vai trò hỗ trợ quan trọng trong việc giải thích điều ước⁴⁵. Đặc biệt, khi một số nghị quyết của Đại hội đồng Liên hợp quốc được nhất trí thông qua và có nội dung đề cập các điều ước hiện hành hoặc nhắc lại các nguyên tắc đã được chấp nhận chung của luật quốc tế thì các nghị quyết này có thể trở nên có giá trị pháp lí do bản chất ràng buộc của các văn kiện quốc tế mà chúng đề cập.

ICJ đã thừa nhận vai trò của các văn kiện luật mềm để giải thích điều ước trong án lệ Kasikili/Sedudu Island⁴⁶. Đại hội đồng Liên

and Petitions concerning the Territory of South West Africa, Advisory Opinion, ICJ Reports 1955, tr. 4. Ý kiến riêng của thẩm phán Lauterpatch, tr. 118: “trong khi các quốc gia liên quan không bị ràng buộc chấp nhận các khuyến nghị, họ bị ràng buộc có sự cân nhắc cẩn trọng các khuyến nghị trên cơ sở thiện chí”; “một tuyên bố luật mềm có thể dẫn đến nghĩa vụ ràng buộc toàn thể” OSPAR Arbitration (*Ireland v. United Kingdom*) (2003) PCA, 42 ILM 330, đoạn 90.

⁴² UNGA Res 1962 (XVIII) ngày 13/12/1963; UNGA Res 2749 (XXV) ngày 12/12/1970; UNGA Res 43/53 ngày 06/12/1988.

⁴³ IAEA/INFCIRC/321 (1985).

⁴⁴ UNEP/WG.120/3 (1985).

⁴⁵ Văn kiện luật mềm có thể cấu thành một “thỏa thuận sau này giữa các bên liên quan đến giải thích hoặc áp dụng các quy định của điều ước” (Điều 31(3) Công ước Viên về luật điều ước năm 1969).

⁴⁶ Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, ICJ Reports 1999, tr. 1045, đoạn 1075 - 1076; Kết luận sơ bộ của Chủ tịch nhóm nghiên cứu về chủ đề

hợp quốc cũng đã đưa ra nhiều nghị quyết nhằm giải thích và áp dụng Hiến chương Liên hợp quốc, ví dụ như Tuyên ngôn về Quyền con người, Tuyên bố về Trao trả độc lập cho các quốc gia và dân tộc thuộc địa năm 1960; Tuyên bố về Các nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế liên quan đến quan hệ hữu nghị và hợp tác giữa các quốc gia phù hợp với Hiến chương Liên hợp quốc năm 1970...

- Các văn kiện luật mềm cũng thường được sử dụng để hướng dẫn hoặc định hướng áp dụng các điều khoản của một điều ước, bởi vì chúng đưa ra những yêu cầu chi tiết và các tiêu chuẩn kỹ thuật mà việc thực thi điều ước cần phải đạt được. Ví dụ, các thành viên của Nghị định thư Montreal về các chất làm suy giảm tầng ozone đã thông qua một nghị quyết nhằm xây dựng các điều khoản về việc không tuân thủ các thủ tục được quy định trong Nghị định thư⁴⁷. Hướng dẫn Cairo của UNEP về vận chuyển rác thải nguy hại⁴⁸ có thể được xem như là một sự định hướng đối với nghĩa vụ “quản lý môi trường” đã được quy định tại Điều 4 của Công ước Basel về kiểm soát vận chuyển rác thải nguy hại. Những hướng dẫn này nhằm đảm bảo các quốc gia có nhận thức chung về yêu cầu của điều ước.

Về khía cạnh này, luật mềm có vai trò đặc biệt quan trọng trong lĩnh vực môi trường, bởi vì các văn kiện luật mềm đề xuất các chuẩn mực và hướng dẫn mà các quốc gia cần làm theo để thực hiện nghĩa vụ của

mình. Ví dụ, Các tiêu chuẩn của Tổ chức Y tế thế giới và Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp Liên hợp quốc có thể trở thành “các tiêu chuẩn, hướng dẫn hoặc các khuyến nghị quốc tế” khi đánh giá sự tuân thủ Hiệp định WTO về các biện pháp vệ sinh và kiểm dịch động thực vật (Điều 3). Các tiêu chuẩn này không ràng buộc đối với các quốc gia nhưng trong chừng mực nhất định, được các quốc gia tính đến. Vì vậy, các quy tắc, chuẩn mực và biện pháp mà quốc gia thông qua sẽ phù hợp với những hướng dẫn và khuyến nghị đó. Những tiêu chuẩn này có vai trò quan trọng trong việc xác định chính xác nội dung cốt lõi của các điều khoản còn chung chung trong các điều ước về môi trường. Cách thức điều chỉnh này có ưu điểm là các quy định chi tiết về các chuẩn mực như vậy có thể dễ dàng được thay đổi hoặc củng cố khi hiểu biết về khoa học được nâng lên hoặc khi có những thay đổi về ưu tiên chính trị.

- Trong nhiều trường hợp, hiệu lực ràng buộc được công nhận cho các văn kiện luật mềm bằng cách dẫn chiếu hàm ý đến nó trong các điều khoản của một điều ước. Ví dụ, Công ước Liên hợp quốc về Luật biển năm 1982 (UNCLOS 1982) yêu cầu hoặc cho phép các quốc gia áp dụng “*các quy tắc đã được chấp nhận chung và các tiêu chuẩn đã được thiết lập thông qua tổ chức quốc tế có thẩm quyền hoặc hội nghị ngoại giao toàn thế*”⁴⁹. Quy định áp dụng cho những khuyến nghị và nghị quyết của IMO. Như vậy, mặc dù theo quy chế của IMO, các nghị quyết của tổ chức này không có tính ràng buộc nhưng

điều ước, ILC Report on Work of its Sixty-third Session (2011), General Assembly, Official Records, Sup No 10 (A/66/10), tr. 281 - 284.

⁴⁷ Decision II/5, UNEP/OzL.Pro/WG.3/2/2, Annex III (1990).

⁴⁸ UNEP/WG.122/3.

⁴⁹ Điều 207 đến Điều 212, UNCLOS 1982. Xem thêm: Phần IV Hiệp ước về An toàn hạt nhân năm 1994.

theo UNCLOS 1982 thì các quốc gia có nghĩa vụ áp dụng các nghị quyết này.

- Các văn kiện luật mềm có thể vận hành trong mối quan hệ với một điều ước để tạo ra thực tiễn quốc gia nhất quán và rộng rãi và/hoặc cung cấp bằng chứng về opinio juris- tức là khả năng xuất hiện một quy tắc của luật tập quán quốc tế. Các phán quyết của ICJ đã cho thấy sự tác động qua lại giữa Hiến chương Liên hợp quốc và các nghị quyết của Đại hội đồng Liên hợp quốc có thể minh chứng về sự hình thành của luật tập quán quốc tế⁵⁰. Như vậy, mặc dù các văn kiện luật mềm có thể không ràng buộc về pháp lí nhưng thông qua tương tác với các điều ước liên quan thì có thể tạo ra các quy định mang tính ràng buộc.

Thứ hai, tác động đối với tập quán:

Hầu hết các học giả đều cho rằng luật mềm có thể hợp pháp hoá thực tiễn quốc tế và chứng minh sự tồn tại của opinio juris của các quốc gia. Các văn kiện luật mềm ghi nhận sự đồng thuận về quan điểm pháp luật nên phát triển thế nào và qua đó tạo điều kiện cho sự phát triển tiến bộ của luật tập quán quốc tế⁵¹. Như vậy, luật mềm có thể là một bước trong quá trình hình thành luật tập quán quốc tế. Các văn kiện luật mềm tự thân không phải là luật nhưng có thể là bằng chứng về luật hiện hành hoặc để hình thành opinio juris hay thực tiễn quốc gia - những yếu tố hình thành một quy định tập quán quốc tế mới.

6. Ý nghĩa của luật mềm và sự cần thiết phải công nhận luật mềm là một nguồn chính thức của luật quốc tế

Luật mềm có thể được sử dụng để phát hiện và cải thiện những khó khăn nảy sinh trong quá trình viện dẫn và áp dụng các nguồn ràng buộc về pháp lí quốc tế. Wolfrum⁵² đã nhận diện bốn điểm hạn chế chung nếu thực hiện các hành vi thực tế chỉ dựa trên cơ sở điều ước quốc tế. *Thứ nhất*, về tốc độ: trước các thách thức mới nảy sinh trong quan hệ quốc tế, các quốc gia khó có thể đạt được ngay thoả thuận là điều ước để đưa ra các quy phạm pháp lí quốc tế chuẩn mực. *Thứ hai*, về sự rõ ràng và tính nhất quán: trước một vấn đề cụ thể và cần được chuyên biệt hoá, các quốc gia thường khó đạt được thoả thuận bởi vì họ không muốn gánh vác các nghĩa vụ mà không được xác định một cách rõ ràng. *Thứ ba*, về sự tham gia toàn thể: trong nhiều trường hợp rất cần có sự đồng ý ngầm định (chấp thuận mặc nhiên) của các bên chưa có khả năng kí điều ước. *Thứ tư*, về sự linh hoạt và khả năng thích ứng: việc thông qua hoặc sửa một điều ước có thể phải mất hàng thập kỉ⁵³.

⁵² Wolfrum, Rüdiger, Commented by H. Neuhold (2005), "The Inadequacy of Law-Making by International Treaties: "Soft Law" as an Alternative?", *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer Berlin, tr. 40.

⁵³ Ví dụ, Công ước Viên về Luật điều ước quốc tế được thông qua năm 1969 và có hiệu lực năm 1980 sau khi 35 quốc gia đã đồng ý ràng buộc với Công ước theo quy định tại Điều 84. UNCLOS 1982 được bắt đầu đàm phán từ năm 1973 đến năm 1982 văn bản mới được thông qua và 12 năm sau nữa mới có hiệu lực (sau khi có đủ 60 quốc gia phê chuẩn theo Điều 308). Theo Điều 108 và Điều 109 Hiến chương Liên hợp quốc, việc sửa đổi Hiến

⁵⁰ Nicaragua v. United States of America, ICJ Report 1986, tr. 14; Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, tr. 12.

⁵¹ ILC, 2018, tldd.

Vì vậy, kí kết các văn kiện luật mềm có thể là một sự lựa chọn tốt hơn so với các nguồn ràng buộc về pháp lí quốc tế. *Trước hết*, các bên có thể dễ đạt được thoả thuận dưới hình thức văn bản không ràng buộc về pháp lí quốc tế. Do tính chất của cam kết và không có hệ quả pháp lí nghiêm trọng nếu không tuân thủ các văn kiện luật mềm, các quốc gia thường sẵn sàng đạt được thoả thuận về các quy định chi tiết, cụ thể và chính xác hơn. Đó là lí do tại sao có rất nhiều ví dụ về luật mềm trong các lĩnh vực chuyên biệt như luật môi trường, ngân hàng quốc tế, năng lượng nguyên tử, quản lí chất thải phóng xạ và các vấn đề chính trị nhạy cảm khác. *Thứ hai*, so với điều ước, các văn kiện luật mềm cũng linh hoạt và dễ sửa đổi hoặc thay thế hơn, đặc biệt là với vai trò tích cực của các tổ chức quốc tế. Ví dụ, các tiêu chuẩn an toàn hạt nhân được Cơ quan năng lượng nguyên tử quốc tế (IAEA) thông qua đã mở rộng và giải thích các nghĩa vụ cơ bản được ghi nhận trong Công ước về An toàn hạt nhân. Các “Chương trình hành động” không có tính ràng buộc được thông qua tại Hội nghị của Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp Liên hợp quốc đã phát triển thêm Bộ quy tắc ứng xử của Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp Liên hợp quốc về trách nhiệm nghề cá. *Thứ ba*, luật mềm có thể minh chứng về sự ủng hộ và đồng thuận quốc tế, trong khi đó hiệu lực của điều ước chịu sự tác động của bảo lưu và thường phải đợi thủ tục phê chuẩn/phê duyệt. *Thứ tư*, với các văn

chương không chỉ cần sự phê chuẩn của 2/3 các thành viên mà tỉ lệ này còn bao gồm sự đồng ý của 5 ủy viên thường trực Hội đồng Bảo an.

kiện luật mềm, các quốc gia có thể đạt được thoả thuận trong khi không phải tiến hành thủ tục phê chuẩn điều ước (giống như là một sự kiểm soát pháp lí và hiến pháp) theo quy định của luật quốc gia. Vì vậy, quốc gia không phải thực hiện trách nhiệm giải trình về chính sách mà họ đã đồng ý ràng buộc trên cơ sở văn kiện luật mềm. *Thứ năm*, mặc dù trong quá trình pháp điển hoá luật quốc tế, ILC thường hướng đến xây dựng các điều ước đa phương nhưng khi đàm phán điều ước, các quốc gia có thể thay đổi những dự thảo đó của ILC⁵⁴. Trong khi đó, các bên không nhất thiết phải đàm phán nếu như văn bản mà Đại hội đồng Liên hợp quốc thông qua chỉ đơn giản là lưu ý hoặc tuyên bố về các nguyên tắc đã được ILC soạn thảo. Trong một số trường hợp, một nghị quyết của Đại hội đồng Liên hợp quốc có thể sẽ hiệu quả hơn trong điều chỉnh quan hệ quốc tế so với một điều ước chỉ được một số lượng nhỏ các thành viên thông qua và mất nhiều năm mới có hiệu lực. Công ước Viên về Luật điều ước quốc tế năm 1969 là một trong những kết quả pháp điển hóa thành công nhất của ILC nhưng không thể khẳng định rằng sự thành công này phần lớn là nhờ vào vị thế điều ước quốc tế của văn kiện này hoặc nhờ số lượng quốc gia thành viên của Công ước⁵⁵.

⁵⁴ Ví dụ, Công ước Viên về Luật điều ước quốc tế năm 1969; Công ước về Sử dụng vào mục đích phi hàng hải các nguồn nước quốc tế năm 1997.

⁵⁵ Cuối năm 2004, tức là 35 năm sau khi được thông qua, Công ước chỉ có 81 thành viên nhưng vào lần kỉ niệm 40 năm (tháng 10/2009) Công ước được thông qua thì số thành viên là 110 quốc gia và đến nay là 116 quốc gia, <https://treaties.un.org>, truy cập 20/7/2025.

Các điều ước không tạo ra hoặc pháp điển hóa luật tập quán quốc tế do hình thức ràng buộc của mình mà bởi vì các điều ước hoặc là ảnh hưởng tới thực tiễn quốc gia và cung cấp bằng chứng về opinio juris của các quy tắc mới/đang hình thành hoặc bởi vì điều ước là bằng chứng về luật tập quán có giá trị hiện hành⁵⁶. Trong nhiều trường hợp, điều này không khác so với ảnh hưởng của các văn kiện luật mềm đối với sự hình thành luật tập quán. Điều ước và các văn kiện luật mềm đều có thể là các phương tiện để hội tụ sự đồng thuận về các quy tắc và các nguyên tắc cũng như để huy động một sự phản ứng chung và nhất quán về phía các quốc gia. Để đạt được mục đích này, các điều ước có thể hiệu quả hơn so với các văn kiện luật mềm bởi vì điều ước là cam kết mạnh mẽ hơn đối với các nguyên tắc được nêu. Tuy nhiên, điều ước không tất yếu có thẩm quyền hơn so với các văn kiện luật mềm. Ví dụ, Tuyên bố Rio về Môi trường và phát triển năm 1992 vừa pháp điển hóa luật quốc tế hiện hành vừa nhằm phát triển luật mới⁵⁷. Không hiển nhiên một điều ước sẽ có sức nặng hơn hoặc đạt được các mục tiêu tốt hơn so với các văn kiện khác. Ngược lại, một điều ước có thể sẽ phải mất nhiều năm sau mới có hiệu lực. Trong khi đó, Tuyên bố Rio năm 1992 đã nhận được sự đồng thuận ngay lập tức. Như vậy, việc không có tính ràng buộc về pháp lí có thể

không là điểm yếu của các văn kiện luật mềm so với các điều ước đa phương.

Như đã trình bày ở trên, luật mềm xuất hiện một cách tự phát như là hệ quả tự nhiên của các nhu cầu đương đại về xây dựng luật nhằm kịp thời điều chỉnh những vấn đề toàn cầu, ví dụ như môi trường. Sự chấp nhận các quy tắc luật mềm chuyên ngành như là một cách thức cách tân của việc xây dựng luật trong thế kỉ XXI phải dẫn tới sự chính thức hoá các nguồn mới của luật quốc tế. Những phát triển hiện nay trong lĩnh vực luật môi trường quốc tế và nhiều lĩnh vực khác đang đặt nền móng cho sự thừa nhận như vậy.

Mặc dù hiện tại các văn kiện luật mềm về mặt nguyên tắc là không có giá trị ràng buộc về mặt pháp lí như các điều ước quốc tế nhưng các cơ quan tài phán quốc tế và các quốc gia đôi khi vẫn viện dẫn nội dung của các văn kiện luật mềm nhằm yêu cầu sự ràng buộc đối với các quốc gia khác. Trong trường hợp này, ranh giới giữa một cam kết về mặt chính trị và sự ràng buộc pháp lí đã không thực sự còn được rõ ràng. Như vậy, bên cạnh việc đóng góp vào việc hình thành opinio juris, rõ ràng các văn kiện luật cũng có giá trị ràng buộc độc lập riêng. Việc “luật mềm” ngày càng được viện dẫn thường xuyên là một thực tế trong đời sống quốc tế. Việc không công nhận cho “luật mềm” một vị trí mà định chế này đáng được hưởng vô hình trung sẽ làm mất đi một phần quan trọng trong các nguồn hình thành luật quốc tế hoặc nguồn chứa đựng cơ sở để thực hiện hành vi thực tế.

Kết luận

Tất cả những điều đã xem xét cho thấy không thể phủ nhận rằng luật quốc tế đang thay đổi. Quan niệm truyền thống về nguồn của

⁵⁶ ILC, Identification of Customary International Law, August 2018 (A/CN.4/L.908), conclusion 10.

⁵⁷ Legality of Threat or use of nuclear weapons, Advisory opinion, ICJ Reports 1996, tr.226, đoạn 29-30; Sands, tldd, 1993 Chương 1 và 3.

luật quốc tế đang được dẫn dắt bởi thực tiễn quốc tế. Bên cạnh đó, phân tích ở trên cũng cho thấy sự lỗi thời và không hiệu quả nếu chỉ viện dẫn Điều 38 Quy chế ICJ để xác định các nguồn của luật quốc tế. Vì vậy, Điều 38 Quy chế ICJ không nên tiếp tục được viện dẫn như là quy phạm thứ cấp chung điều chỉnh danh sách cứng các nguồn của luật quốc tế.

Mặc dù không chắc chắn về vị trí chính thức của luật mềm trong luật quốc tế nhưng luật mềm đã trở nên có giá trị pháp lí ràng buộc khi nó được gắn với điều ước và luật tập quán quốc tế. Bên cạnh đó, nếu nghiên cứu về nguồn của luật quốc tế mà bỏ qua luật mềm sẽ là một thiếu sót. Có thể thấy rằng chủ đề luật mềm là một hiện tượng phức tạp và chưa được giải quyết, mặc dù chắc chắn nó có sự liên quan đặc biệt trong phạm vi của bối cảnh nghiên cứu về nguồn của luật quốc tế. Bất kể thực tế luật mềm không được điều chỉnh bởi các nguồn có thể xác định được theo Điều 38 Quy chế ICJ thì vẫn có một số đặc điểm chung nảy sinh từ công trình của các học giả - những người mà về cơ bản là nghiên cứu thực tiễn quốc tế.

Luật mềm luôn luôn được chứa đựng trong các văn kiện và vì thế không có “luật tập quán mềm” hoặc bất cứ nguồn không thành văn nào khác. Mặc dù có thể có điểm hạn chế khi sử dụng luật mềm để điều chỉnh các vấn đề cụ thể do bản chất của các văn kiện này là không ràng buộc và rõ ràng là ngoài phạm vi áp dụng nguyên tắc Pacta Sunt Servanda. Tuy nhiên, những ưu điểm của luật mềm dường như nổi bật hơn: các văn kiện luật mềm có thể phản ứng nhanh hơn trước các thách thức hiện thời của cộng đồng quốc tế, trong khi cách hiểu truyền

thống về nguồn của luật quốc tế không thể giải quyết được. Sự tồn tại và vận hành cũng như sự hữu dụng của luật mềm trong thực tiễn quốc tế hiện nay là không thể phủ nhận. Một phần của luật mềm ngày nay chính là luật cứng trong tương lai. Do đó, luật mềm cần phải được công nhận là một nguồn chính thức của luật quốc tế theo nghĩa là yếu tố chứa đựng căn cứ để xây dựng và thực hiện pháp luật quốc tế./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Alan Boyle (2014), “Soft law in international law-making”, trong Malcolm D Evans, *International law*, 4th edition, Oxford University Press.
2. Atapattu, Sumudu A. (2006), *Emerging Principles of International Environmental law*, Ardsley, NY, Transnational Publishers.
3. Birnie, Patricia & Boyle Alan (2002), *International law & the environment*, 2nd ed., Oxford University Press.
4. Brownlie, Ian (1979), *Principles of public international law*, 3a. ed., Oxford University Press.
5. Chinkin, C. M. (1989), “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38.
6. D’Aspremont, Jean (2011), “The Configuration of Formal Ascertainment of International Law: The Source Thesis”, *Formalism and the sources of international law*, New York, Oxford University Press Inc.
7. Dupuy, Pierre-Marie (1991), “Soft law and the international law of the environment”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, iss. 2.

8. Dupuy, René-Jean (1975), “Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage a la “soft law”, en *L’élaboration du droit international public. Société française pour le Droit Inter-national public*, Colloque de Toulouse, Leiden, Sijthof.
9. Fitzmaurice, Malgosia (2001), “International Protection of the Environment”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff, vol. 293.
10. Học viện Ngoại giao (2022), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Thế giới.
11. Kiss Alexandre- Charles & Shelton Dinah (2007), *Guide to International Environmental Law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff.
12. Klabbers, Jan (2006), “Reflections on soft law in a privatized world”, *Lakimies*, vol. 104, iss. 7-8.
13. Laylin, J. G. (1976), “Emerging Customary Law of the Sea”, in *International Lawyer*, vol. 10.
14. Lê Thị Anh Đào và Phạm Thị Bắc Hà (2019), “Phương pháp Toà án công lí quốc tế của Liên hợp quốc xác định luật tập quán quốc tế”, *Tạp chí Khoa học Pháp lí Việt Nam*, số 4(125).
15. 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(367).
16. Louka, Elli (2006), *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and World Order*, New York, Cambridge University Press.
17. McDougal, Myres (1963), “The Emerging Customary Law of Space”, *Nw. U.L.Rev.*
18. Nadasdy, Kristin (1998), “Discriminating Among Rights?: a Nation’s Legislating a Hierarchy of Human Rights, in the Context of International Human Rights Customary Law”, *Valparaiso University Law Review*.
19. Nguyễn Bá Diên (2013), *Giáo trình Công pháp quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.
20. Sands, Philippe (2003), *Principles of international environmental law*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press.
21. Schermers, Henricus & Blokker, Nicolaas (2011), *International institutional law: unity within diversity*, 5th rev. ed., Leiden, Martinus Nijhoff.
22. Senden, Linda (2004), *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart.
23. Shaw, Malcolm (2008), *International law*, 6th. ed., Cambridge, Cambridge University Press.
24. Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.
25. Uribe, Diego y Cárdenas, Fabían (2010), *Derecho Internacional Ambiental*, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
26. Wolfrum, R. (1987), “The Emerging Customary Law of Marine Zones: State Practice and the Convention of the Law of the Sea”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Cambridge University Press.
27. Wolfrum, Rüdiger, Commented by H. Neuhold (2005), “The Inadequacy of Law-Making by International Treaties: “Soft Law” as an Alternative?”, *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer Berlin.