

Luật quốc tế: “*Đem đại nghĩa thắng hung tàn*”, bảo vệ biển đảo Việt Nam



Vào thời đại xa xưa, mà Đại Việt còn là tiểu quốc đơn độc tại Đông Nam Á trước đại cường phía Bắc, sức mạnh quân sự thiên hẳn về cường quốc phương Bắc, nhưng tinh thần dân tộc kiên cường đã chiến thắng bọn xâm lược: vua quan và nhân dân Nhà Trần đã đại thắng, đẩy lui nhiều cuộc tấn công của quân Nguyên, Lê Thái Tổ và các sĩ phu giỏi như Nguyễn Trãi cùng quân sĩ đã trường kỳ kháng chiến chống quân Minh, kết thúc bằng Tuyên ngôn Độc lập vang dậy Bình Ngô đại cáo, “Đem đại nghĩa để thắng hung tàn / Lấy chí nhân mà thay cường bạo”.

Việt Nam cần sử dụng tối đa chính nghĩa Luật Quốc tế để bảo vệ quyền về biển đảo tại Biển Đông, y như Tuyên ngôn Bình Ngô đại cáo: Áp dụng gương sáng và bài học lịch sử đó cho sự bảo vệ chủ quyền biển đảo hiện nay chống tham vọng Đại Hán của Trung cộng – tức là nếu vận dụng sức mạnh chính nghĩa của luật pháp quốc tế và do đó, sẽ có thêm sự ủng hộ ngoại giao của thế giới, thì Việt Nam ngày nay, đang có nhiều cường quốc bạn trong nền ngoại giao đa phương và Việt Nam cũng từng là nước hội viên và Chủ tịch Hội đồng Bảo an Liên Hiệp Quốc, lại được tuyệt đại đa số nhân dân trong nước và hải ngoại ủng hộ việc cương nghị với Đại Hán để bảo vệ chủ quyền biển đảo – thì chắc Việt Nam không thể bị thua thiệt, bị Trung cộng lấn át được, cho dù Trung cộng những năm gần đây cứ thỉnh thoảng lại có hành vi hung hãn như đâm vỡ ngư thuyền của dân chài Việt Nam, bắt giam họ mà đòi tiền chuộc, đem hạm đội tàu cá và hải giám của họ ào ạt vào Biển Đông, đem giàn khoan vào Thềm lục địa Việt Nam.

Lãnh đạo cao cấp có thể dùng ngôn ngữ ngoại giao, lịch sự để cố duy trì hòa bình hữu nghị, nhưng phải để cho các nhân viên ngoại giao cấp dưới và cố vấn luật pháp dùng những lý luận cương nghị nhất trong cuộc đấu tranh pháp luật, mà trên diễn đàn quốc tế bây giờ thường gọi là lawfare, như là khí giới quan trọng ngang hàng với chuẩn bị warfare/chiến tranh, nếu cần. Vì nếu có căn bản pháp luật vững chắc cho lập trường của mình, thì một quốc gia mới có thể tìm được các sự ủng hộ về mặt chính trị – ngoại giao của các nước bạn, tức là có nhiều sức mạnh mềm (soft power) để củng cố vị thế của mình, trước khi phải bắt buộc dĩ dùng đến sức mạnh quân sự trong việc tự vệ đơn phương

hay tập thể (defensive warfare, collective defense), theo đúng Hiến chương Liên Hiệp Quốc, đúng theo nguyên tắc exhaustion of peaceful remedies (Tận dụng các biện pháp hòa bình).

Xin đề nghị một chương trình hành động để Việt Nam bảo vệ chủ quyền đất đai (sovereignty on territories) của Việt Nam tại Hoàng Sa và Trường Sa, sau khi có biến cố quan trọng là Phán quyết năm 2016 của Tòa án Trọng tài Luật Biển trong vụ Phi Luật Tân kiện Trung cộng, tuy Bản án phần lớn là đưa ra các kết luận về vùng biển (maritime areas), hơn là về điểm nước nào làm chủ vùng đất đai nào (sovereignty over territories, tức đảo, đá).

Trong những năm trước khi có Bản án 2016 của Tòa án Trọng tài Luật Biển trong vụ Phi kiện Trung cộng, thì chúng tôi đã có những nỗ lực giúp cho quyền và lợi ích của Việt Nam trong những bài viết và phát biểu cho các Hội thảo Quốc tế về Biển Đông tại Việt Nam, ở Quảng Ngãi 2013, ở Đà Nẵng 2014 (dịp Trung cộng đem giàn khoan vô vùng biển Việt Nam), ở Nha Trang 2016, ở Harvard University nhiều lần, ở University of California, Berkeley 2014 và ở Yale University (phải nói, riêng Hội thảo chỗ này diễn ra năm 2017), và chúng tôi cũng có các dịp trả lời cho phỏng vấn tại Truyền hình Việt Nam VTV4 hay báo Quân đội Nhân dân hay Thời báo Kinh tế Sài Gòn trong các dịp các Hội thảo trên, hay trả lời phỏng vấn trên Radio Free Asia, Radio France Internationale, Voice of America. Ngoài ra, có hai lần Hội thảo Quốc tế về phân định biên giới vùng biển và kỹ thuật khoan dầu biển khơi tại Houston, năm 2010 và 2012, trong đó chúng tôi không đóng góp bài tham luận, nhưng có đứng lên chất vấn đại diện Sở Đại dương Trung cộng và Công ty China National Offshore Oil Corporation về những phát biểu sai pháp luật quốc tế của họ.

Trong các dịp dự các Hội thảo Quốc tế hay trả lời phỏng vấn trên, chúng tôi đã cố gắng trình bày chi tiết, ít hay nhiều tùy dịp, là chủ quyền lãnh thổ của Việt Nam tại phần lớn hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa (không phải là trên tất cả các đá, bãi ngầm) và các quyền chủ quyền (sovereign rights, về tài nguyên) đi liền với các vùng biển chung quanh chúng, mà luật quốc tế dành cho Việt Nam, thì được xây trên các căn bản chắc chắn của các chứng cứ sự kiện lịch sử và các nguyên tắc của quốc tế công pháp truyền thống và của luật quốc tế mới trong Công ước Liên Hiệp Quốc về Luật Biển (United Nations Convention on the Law of the Sea, UNCLOS).

Ngoài các lời biện hộ cho Việt Nam dựa trên căn bản các sự kiện lịch sử và các luận cứ pháp luật, chúng tôi có nhắc đến một sự kiện được một luật sư lãnh đạo đoàn luật sư của Phi Luật Tân tại Tòa Luật Biển là ông Francis Jardeleza, trong hai lần ông đến Harvard thuyết trình, có nói lại với tôi là Chính phủ Phi Luật Tân, năm 2014, có rủ Việt Nam, và Malaysia nữa, cùng nộp đơn kiện Trung cộng, sau khi Phi đã nghĩ kỹ về giải pháp thương nghị để giảm thiểu sự lấn lướt trong 17 năm của Trung cộng, mà Phi cố gắng mãi không

xong, nhưng Việt Nam rút cục chỉ nạp một vài ý kiến dự sự đề yêu cầu Tòa để ý đến quyền lợi của Việt Nam. Rút cục thì Phi Luật Tân đã thắng vẻ vang tại Tòa Luật Biển năm 2016 mà Việt Nam thì hụt mất một cơ hội để có một Bản án về quyền lợi của mình, trong đó mình đã tham gia với tư cách nguyên đơn. Còn nếu chỉ có một văn thư xin Tòa để ý cho mình, thì Việt Nam không có một Bản án thắng Trung cộng mà từ đó trở đi có thể dán lên ngực đại diện Trung cộng mỗi khi phải đương đầu với họ, với luật pháp quốc tế do tòa phán quyết, như một khí giới đại nghĩa thắng được sự hung tàn. Luận cứ luật pháp là sức mạnh của kẻ yếu về quân sự, cần vận dụng tối đa, ngoài sự vận dụng ngoại giao và ủng hộ của các cường quốc mạnh về quân sự. Chính cái thành ngữ tiếng Việt “đinh đóng cột” mà tôi đã nói trên radio trong câu “quyền lợi trong Vùng Đặc quyền Kinh tế và Thềm lục địa của các nước cận duyên như Việt Nam đã được luật quốc tế minh định chắc chắn như ‘đinh đóng cột’”, đã được một ông Tàu cộng trong đài Á Châu Tự Do nhắc lại và nói là nghe tôi nói trong đài Á Châu Tự Do và muốn hỏi lại tôi điều này, điều kia về quan điểm về quyền lợi Việt Nam.

Vì những kinh nghiệm trên, chúng tôi càng có xác tín là cần phải xây dựng trên cái đà chiến thắng của luật pháp quốc tế, tượng trưng bởi Bản án 2016 của Tòa Trọng tài trong vụ Phi kiện Trung cộng, mà suy ra Việt Nam có thể dựa trên Bản án đó mà củng cố thêm quyền lợi và thể đứng chính nghĩa của mình ra sao.

Không thể có chỗ ở đây để nhắc lại tất cả các chi tiết về các luận cứ pháp lý, về chủ quyền đất đai (sovereignty over land features) và quyền chủ quyền trong các vùng biển (sovereign rights in the maritime zones, EEZ và Continental Shelf), mà chúng tôi đã đưa ra trong các bài tham luận đóng góp cho các Hội thảo Quốc tế suốt từ 2010 cho đến 2017. Vì thế ở thời điểm 2018 này, chỉ xin đề nghị là chỉ xây đắp luận cứ pháp lý cho Việt Nam dựa trên biến cố trọng đại gần đây mà thôi, tức là Bản án Tòa Trọng tài 2016 trong vụ kiện Phi chống Trung cộng.

Xin suy ra các hệ luận từ Bản án đó trong vụ Phi kiện Trung cộng cho vấn đề chủ quyền đất đai của Việt Nam.

Đây là làm một việc mà đạo đức nghề nghiệp luật sư (code of professional ethics) khuyến khích như một sứ mạng: cố kéo dài luật pháp (extension of the law) để nhân đến mức tối đa lợi ích của của người hay quốc gia mình biện hộ. Ngay cả nước ưa dọa dùng võ lực và cũng đã dùng võ lực là Trung cộng cũng phải đồng ý, dù là đồng ý miễn cưỡng, với các nước Đông Nam Á là nên biên các quy tắc ứng xử nhiệm ý ở Biển Đông (Declaration of Conduct) thành một Bộ luật Ứng xử (Code of Conduct), với giá trị cưỡng hành để có chính nghĩa của luật pháp có hiệu lực bó buộc.

Bản án Trọng tài về việc Phi kiện Trung cộng ngày 12 tháng 7, 2016 của Tòa án Trọng tài Thường trực (Permanent Court of Arbitration) là một Bản án tuyên phán về ý nghĩa

luật pháp và không có hiệu lực cưỡng hành về mặt buộc một quốc gia phải hành động gì đó, nhưng Bản án không kháng cáo được mà là chung quyết và bó buộc các phe đương tụng về mặt thẩm quyền xét xử (compulsory jurisdiction) – dù Trung cộng lờ Tòa án đi, mà chỉ làm một bài viết bên ngoài Tòa án, không xuất hiện mà nạp Tòa. Nó là một chiến thắng vẻ vang của Phi, mà các quốc gia có tình trạng tương tự như Phi được hưởng lợi về sự giải thích luật của Bản án, và là một sự thất bại ê chề của Trung cộng trong tham vọng quá đáng xác nhận bừa chủ quyền trên một khoảng đại dương quá lớn trong Biển Nam Hải (South China Sea), gọi là vùng Đường 9 đoạn hay Đường lưỡi bò. Khi Tòa bàn về các vấn đề dưới ánh sáng của Công ước Luật biển (United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS) năm 1982, Bản án của Tòa không xét đến các lời yêu sách, xác nhận chủ quyền về đất đai (territorial sovereignty) về đá (rocks) và đảo (islands) có trong Hoàng Sa và Trường Sa, vì chuyện chủ quyền đất đai thuộc lãnh vực của Luật Quốc tế Truyền thống hay Tập tục (Traditional or Customary International Law) đã có từ 4 thế kỷ. Nhưng Bản án có ảnh hưởng gián tiếp tới việc định nghĩa đặc tính của các môm đất (land features) đó.

Vì thế, sau đây sẽ xin trình bày ảnh hưởng của Bản án đối với quyền lợi của Việt Nam trong Biển Nam Hải, về các môm đất trong Hoàng Sa và Trường Sa:

I. Tóm lược nội dung Bản án Trọng tài mà phần lớn nói về vùng biển

Bản án ban cho Phi một chiến thắng pháp lý rõ rệt, dựa trên các quy tắc luật về vùng biển (maritime zones) trong UNCLOS: Trung cộng không thể dùng Đường chữ U (Lưỡi bò) mà đòi chủ quyền lịch sử trên 80% diện tích Nam Hải, phải từ bỏ sự quấy phá như đã làm, mà phải tôn trọng quyền chủ quyền (sovereign rights) chuyên độc của Phi Luật Tân về tài nguyên cá, dầu khí, khoáng sản trong Vùng Đặc quyền Kinh tế (Exclusive Economic Zone) và Thềm lục địa (Continental Shelf) của Phi, và không được làm hại tới mức vô phương cứu chữa, như đã làm, gây ra cho sự toàn vẹn của môi sinh đại dương. Các điểm thắng lợi pháp lý này của Phi cũng có lợi cho các quốc gia cận duyên khác, như Việt Nam, mà họ không phải nạp đơn trong một vụ kiện mới nào, vì giải thích của Tòa là áp dụng cho mọi quốc gia trong UNCLOS.

Chúng tôi đã viết bài nhận định về Bản án Tòa Trọng tài cho Hội thảo tại Nha Trang vào ngày 17 tháng 8, 2016, Hội thảo năm 2016 này là nỗ lực của Việt Nam tiếp tục đẩy tiến thêm các kết quả của các Hội thảo tại Quảng Ngãi năm 2013 và Đà Nẵng năm 2014.

Vì thế trước hết, xin ghi lại vài đoạn của các tham luận cho hai Hội thảo trước 2013 và 2014, để cùng thấy rõ là may thay, các kết luận hay quan điểm đưa ra trong các bài tham luận 2013 và 2014 đó, đã được tuyên nhận trong Bản án Trọng tài năm 2016 về vụ Phi kiện Trung cộng:

‘China cannot show any international law basis for this ridiculous claim [on maritimes zones in the U-Line] and has been self-contradictory at international conferences when providing various vague rationales for this claim: “historical circumference” or “adjacent waters”. But such sweeping and unfounded claims are clearly in violation of the other Southeast Asian coastal states’ claims on their own territorial seas of 12 miles, their exclusive economic zones and their continental shelves of 200 miles width measuring from the base line. In these maritime zones, the coastal states are protected in the exercise of their exclusive sovereign rights under the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), articles 56, 57, 76, and 77. These sovereign rights over natural resources are exclusive to the coastal states, which they can enjoy without being required to proclaim a claim to them, and they may construct artificial structures on rocks, whether submerged or not, into artificial islands, and carry out sea research, regulate protection of environment, provided that they respect the rights of other states to freedom of navigation or to laying of oil pipelines or cables. Other states than the coastal states cannot exploit natural resources in the EEZ and Continental Shelf of the coastal states without their explicit consent. UNCLOS has reserved these exclusive rights to coastal states as firmly as ‘nail hit into a wooden pole’ (as we say in the Vietnamese proverb: “chắc như đinh đóng cột”). The U-shaped line, which claims vast ocean areas for China, is unsupported by UNCLOS (article 89 says “No State may validly purport to subject any part of the high sea to its sovereignty”)

“Trung cộng không đưa ra được căn bản luật quốc tế nào cho sự nhận vơ này [về Đường 9 đoạn chữ U]”, mà còn mơ hồ hay mâu thuẫn trong lúc biện giải tại các hội nghị quốc tế, khi thì nói đến “vòng cung lịch sử” (historical circumference), khi thì nói đến các “vùng biển lân cận” (adjacent waters) tính từ các đảo/đá của Hoàng Sa và Trường Sa. Nhưng các yêu sách quá đáng và vô căn cứ này trái với quyền của các quốc gia cận duyên Đông Nam Á (quanh Biển Đông) trong vùng lãnh hải (territorial sea) 12 hải lý và trong Vùng Đặc quyền Kinh tế (Exclusive Economic Zone, EEZ) cũng như ở Thềm lục địa (Continental Shelf, CS) tính từ Đường cơ sở ra 200 hải lý. Các quyền chủ quyền về tài nguyên, tài nguyên sinh vật như cá sống trong vùng nước 200 hải lý đó, cũng như tài nguyên vô sinh như dầu khí và khoáng chất dưới đáy biển, là các quyền chuyên độc hay dành riêng (exclusive rights) của các quốc gia cận duyên, mà họ được hưởng mà không cần ra tuyên bố xác lập (UNCLOS, các điều 56, 57, 76, 77). Các quốc gia cận duyên có quyền xây các kiến trúc nhân tạo trên các đá, dù nhô trên mặt nước biển hay ngầm, thành các đảo nhân tạo, thi hành nghiên cứu biển, qui định việc bảo vệ môi sinh, miễn là họ tôn trọng các quốc gia khác khi họ sử dụng quyền tự do lưu thông hải hành (freedom of navigation) hay đặt các ống dẫn dầu và cáp ngầm. Các quốc gia khác đó không có quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên trong Vùng Đặc quyền Kinh tế và thềm lục địa của các quốc gia cận duyên, nếu không có sự ưng thuận minh thị của các nước cận duyên. Thực là UNCLOS dành các quyền chuyên độc cho các nước cận duyên một cách chắc chắn như “đinh đóng cột”. “Đường 9 đoạn” yêu sách vùng biển rộng lớn cho Trung cộng, là

hoàn toàn trái với UNCLOS (Điều 89 của UNCLOS nói “yêu sách chủ quyền trên biển cả là vô giá trị”).

Sau sự phản đối của Trung cộng về thẩm quyền bó buộc của Tòa Trọng tài khi vụ kiện được đệ nạp vào năm 2013 và về sự không công nhận phán quyết chung kết về các vấn đề nội dung vào tháng 7-8/2016, được nêu ra bởi nhiều cấp bậc Chính quyền Trung cộng, từ Chủ tịch Tập, đến Ngoại trưởng, và Người phát ngôn, thì chính ra nước Tàu đã có thái độ trầm lặng đối với Bản án (vài học giả còn nói nên công nhận một vài khía cạnh của Bản án) và hình như Trung cộng không sẵn sàng thực thi các đe dọa như xây cất thêm ở Vùng Bãi cạn Scarborough hay các đá ngầm khác, hay lập Vùng Nhận dạng Phòng không (Air Defense Identification Zone-ADIZ) tại Biển Đông. Hình như Trung cộng thiên về thương nghị, như chính Đại sứ Trung cộng ở Mỹ nói, và thiên về đấu tranh pháp lý: không còn nói tới rút lui khỏi UNCLOS, Tòa án Tối cao Trung cộng đưa ra một quyết nghị chống lại Tòa ở Hague, tức là Trung cộng thấy cuộc chiến tốt hơn là cuộc đấu pháp lý (lawfare).

Do đó, ta nên chú trọng đến các luận cứ pháp lý trong chương trình sau đây cho Việt Nam, dù ta thấy có thể phải có chiến lược khác nữa là các cường quốc có hải quân mạnh, như Mỹ, có thể giúp củng cố cho cuộc đấu pháp luật với vài sự đe dọa võ lực khả tín nào đó, như đưa hàng không mẫu hạm tới Biển Đông, gần các mẫu đất có tranh chấp.

II. Ảnh hưởng của Bản án 2016 đối với việc định nghĩa tình trạng pháp lý của các mẫu đất ở Trường Sa và có thể cả ở Hoàng Sa

Bản án ngày 12 tháng 7, 2016 giải thích như sau về đặc tính của các mẫu đất tại Trường Sa: tất cả các mẫu đất đó thì (a) hoặc là đá (rocks) (tức là thực thể nổi trên mặt nước lúc thủy triều lên cao, nhưng không phải là đảo theo định nghĩa của UNCLOS, tức là khi ở trong trạng thái thiên nhiên nguyên thủy, nó có nước ngọt và động, thực vật cho con người có thể sống trong một nền kinh tế tự chủ), (b) hoặc là các thực thể chỉ thấy nhô lên khi thủy triều xuống hoặc là chìm khi nước lên. Đá thì có lãnh hải 12 hải lý bao quanh, nhưng các thực thể chìm hay chỉ thấy lúc nước xuống thì không có lãnh hải đó. Đó là nguyên tắc luật pháp: “đất ngự trị biển”. Chắc hẳn định nghĩa pháp lý này của Tòa án cũng áp dụng cho các đá và đá chìm ở Hoàng Sa. Do đó chúng tôi đề nghị là Việt Nam nên khởi động một vụ kiện tại Tòa Trọng tài, y như vụ Phi Luật Tân, để xác lập tình trạng pháp lý của các thực thể ở Hoàng Sa – mà Việt Nam vẫn tuyên nhận chủ quyền, chống sự xâm lược của Trung cộng đã từ nhiều năm, trong đa số các thực thể đó – đều là đá, chứ không phải là đảo.

Khi Tòa tuyên bố là không thực thể nào ở Trường Sa là có thể cho con người cư ngụ được trong trạng thái thiên nhiên, thì hệ luận là không thực thể nào là đảo theo định nghĩa

trong UNCLOS, mà có thể hưởng được Vùng Kinh tế Đặc quyền (Exclusive Economic Zone, EEZ) có bề rộng 200 hải lý.

Lời giải thích, tuyên nhận này của Tòa có hậu quả là bác bỏ giá trị pháp lý, thực ra không có, của luận cứ Trung cộng vẫn đưa ra để gây tranh chấp: đòi hỏi vô căn cứ pháp lý là có một vùng Thềm lục địa hay Vùng Kinh tế Đặc quyền rộng 200 hải lý tính từ Đường cơ sở của các mỏm đá, mà Trung cộng tự định nghĩa là đảo.

Trong hai Hội thảo Quốc tế ở Quảng Ngãi, 2013 và Đà Nẵng, 2014, chúng tôi đã đưa ra trong các bài tham luận cái đề nghị giống như tuyên phán năm 2016 của Tòa Trọng tài, để tiến tới một giải pháp trong đó giảm được tranh chấp do yêu sách đòi quá đáng một vùng biển rộng hơn là 12 hải lý của lãnh hải (territorial sea):

For Paracels: We can ask the Arbitral Tribunal of the Law of the Sea to use the compulsory procedure to interpret and apply UNCLOS, (articles 186, 288) and to issue a declaratory judgment to the effect that all land features in Paracels, such as Tri Ton, or even Woody, do not satisfy the conditions for qualification as islands in accordance with article 121 of UNCLOS. Islands must, in their original state of nature, have adequate conditions for human habitation and self-sustaining economy (such as soft water, food raised or planted locally – if only coca-cola is available for drinking, as a Malaysian scholar joked, then it is not island). If not island, then a land feature can only be a reef or rock (article 121, section 3). If only a rock, it has no exclusive economic zone or continental shelf, but only the 12-mile territorial sea (article 121, section 3). If island, the land feature would then have territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone, and continental shelf. In front of the Arbitral Tribunal of the Law of the Sea, Vietnam can sue under the compulsory procedure to drag China into the tribunal which would interpret and apply UNCLOS (articles 286, 288) and hear Vietnam's presentation of historical evidence of many centuries on the necessity of Hoang Sa flottilla to bring soft water and food on its expeditions to Hoang Sa, and then to withdraw back to the mainland for not being able to live there all year round, in a self-sustaining economy. Therefore, at the present moment, China cannot ask for the status of island for any land feature in Paracels, despite its construction of artificial structures thereon, or for any recognition of exclusive economic zone and continental shelf emanating from any land feature in Paracels.

Về Hoàng Sa: Việt Nam có thể xin Tòa án Trọng tài Quốc tế về Luật Biển, theo thẩm quyền bắt buộc về giải thích và áp dụng UNCLOS (điều 186, 288), ra một Bản án tuyên nhận (declaratory judgment) rằng tất cả các hòn như Tri Tôn hay ngay cả Phú Lâm tại Hoàng Sa, đều không hội đủ điều kiện để là đảo theo định nghĩa của Điều 121 của UNCLOS. Đảo phải là nơi mà trong trạng thái thiên nhiên nguyên thủy, có đủ điều kiện hỗ trợ cho đời sống con người và một nền kinh tế tự túc (như có nước ngọt, thực phẩm nuôi và trồng tại chỗ – nếu “chỉ có cocacola thay nước” như một học giả Malaysia nói

đua, thì không phải là đảo); không đủ điều kiện là đảo thì chỉ có thể là đá (reef, rock) theo khoản 3 của Điều 121. Và nếu là đá thì không có Vùng Đặc quyền Kinh tế và thềm lục địa ở chung quanh, mà chỉ có lãnh hải 12 hải lý (theo khoản 3, Điều 121). Còn nếu là đảo thì có các vùng nước chung quanh như lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải (Contiguous Zone), Vùng Đặc quyền Kinh tế và Thềm lục địa giống như lục địa vậy. Trước Tòa án Trọng tài Quốc tế về Luật Biển, Việt Nam có thể theo thủ tục bắt buộc (compulsory procedure) để kéo Trung cộng ra tòa, mà yêu cầu tòa dùng thẩm quyền giải thích và áp dụng UNCLOS (Điều 286 và Điều 288), để Việt Nam trình bày được chứng cứ lịch sử của nhiều thế kỷ về hoạt động của đội Hoàng Sa trước đây hàng năm đi ra quần đảo đều phải mang nước ngọt và thực phẩm đi theo, rồi không sống quanh năm trong một nền kinh tế tự túc được, và do đó, ngay bây giờ, Trung cộng cũng không đòi quy chế đảo cho Hoàng Sa được, và cũng không đòi Vùng Đặc quyền Kinh tế và Thềm lục địa 200 hải lý cho Hoàng Sa được. Và do đó, vào năm 2014, Giàn khoan HD-981 đã xâm phạm vào Vùng Đặc quyền Kinh tế và Thềm lục địa của Việt Nam.

Chính những người Tàu cộng làm việc tại Hoàng Sa trong những năm gần đây cũng phải công nhận là Hoàng Sa không đủ nước ngọt do mưa cung cấp để con người có thể sống (nước giếng thì bị cứt chim làm độc và do đó không uống được), mà cũng không có đủ rau trái mà ăn, do đó phải ăn đồ hộp mang từ đất liền ra, và sau hết không có đất trồng trọt. Do đó, mỗi tháng, phải tiếp tế đồ ăn và nước uống từ lục địa (<http://www.shtong.gov.cn/.../node839.../userobject1ai121797.html>). (<http://baike.baidu.com/view/28617.htm>).

Mở rộng chiến thuật phản biện này sang các đá ở Trường Sa, mà mình chứng tất cả các hòn ở đó đều là đá trong trạng thái thiên nhiên trước khi xây các kiến trúc nhân tạo, thì có thể giảm thiểu nhiều sự tranh giành chủ quyền của Trung cộng trong vùng biển Trường Sa, vì dù Trung cộng có chiếm vài đá và đá ngầm, họ cũng không thể đòi gì rộng hơn 12 hải lý lãnh hải quanh các đá đó (đá ngầm cũng không tạo ra lãnh hải, có xây trên đó cũng không tạo thành đảo, và chỉ quốc gia cận duyên mới có quyền xây trên đá ngầm – Điều 60 UNCLOS), không thể đòi Vùng Đặc quyền Kinh tế và Thềm lục địa xuất phát từ các hòn đá; và “Đường 9 đoạn” càng mất cơ sở là có hòn đất nào đó để bám vào.

III. Hệ luận của Bản án đối với chủ quyền lãnh thổ của Việt Nam ở hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa

Một khi đã mô tả các đặc tính vật lý của các đá, đá ngầm, hay đá nổi lên lúc thủy triều xuống và định nghĩa tình trạng pháp lý của các thực thể đất đai ở Hoàng Sa và Trường Sa, ta còn phải giải quyết vấn đề này, là quốc gia nào có chủ quyền lãnh thổ trên các thực thể đó. Vấn đề chủ quyền lãnh thổ của Việt Nam trên các thực thể đất đai trong hai quần đảo thì do Luật Quốc tế Cổ truyền hay Tục lệ quy định.

Trong hai Hội thảo Quốc tế trước đây, năm 2013 và 2014, chúng tôi đã bàn về vấn đề này như sau:

“Claims of sovereignty over each land feature in the Paracels and Spratleys must be based on the customary/traditional/ classical rule of international law of the last 4 centuries on acquisition of territorial sovereignty over land: a government wishing to establish a sovereignty claim over a land area has to assert, after discovery or occupation, its intention to make such claim, and to continue administering such area in peace, and if such land area is taken over by another government through the use of force, it has to protest in order to prevent the new authority to acquire sovereignty by prescription, i.e. continuous and undisputed exercise of sovereignty.

The historical facts about Vietnam’s discovery and occupation of Paracels, and also an unspecified number of land features in Spratleys, dated back to centuries-old Vietnamese historical records, such as Phu Bien Tap Luc (Frontiers Chronicles) of Lê Quý Đôn, while Chinese historical records did not mention Paracels or Spratleys but stopped at Hainan as the southernmost boundary of China; among these Chinese records is the detailed Kiangsi emperor map of 1717 compiled by the French Jesuits, a copy of which, drawn by J.B.Bourguignon, was recently donated by German Chancellor Merkel to Chinese President Xi Jin-ping. The Vietnamese historical records under the emperors and under the French colonial rule show Vietnam’s repeated assertions of sovereignty over and administration of both Paracels and Spratleys (which were named Hoang Sa and Truong Sa). Western travelers’ and Christian missionaries’ writings also confirmed them.

During the existence of the two Vietnams from 1954 to 1975, the role of asserting sovereignty over Paracels and Spratleys fell on the Republic of Vietnam – RVN – which was entrusted with the administration of Paracels and Spratleys, situated south of the partition line of 17th parallel, by the 1954 Geneva Accords, which was signed by a number of big powers, including by China, and by the Democratic Republic of Vietnam represented by Prime Minister Pham Van Dong himself.

But the most resounding assertion of Vietnam’s sovereignty over the Paracels was the valiant sea battle the RVN navy fought on January 19, 1974 with China’s navy which was sent to occupy Hoang Sa – for a long time occupied and administered by Vietnam – after China’s announcing sovereignty over Hoang Sa and Truong Sa on January 12 and the RVN protested on January 16 with a request for the United Nations Security Council to take action, which request was repeated on January 20, for UN Security Council to hold an emergency meeting. At the June 28, 1974 UN Conference on the Law of the Sea in Caracas, the RVN repeated its claim of sovereignty over the archipelagos and its protest against illegal occupation by China. On September 24, 1975, at talks with a Vietnamese delegation on visit to China, Vice-Premier Deng Xiao-ping admitted there

was dispute between China and Vietnam on the archipelagos and suggested discussion to settle the problem.

Ever since the unification of the two Vietnams into one, many times the successor state of Socialist Republic of Vietnam has protested whenever there was an encroachment by China, by presenting historical evidence on the sovereignty of Vietnam over Paracels and many territories in Spratleys, in declarations or white papers, in the years of 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1984, 1988 (protesting China's declared incorporation of the archipelagos into Hainan), 1990, 1991, 1994 (protesting – not China's territorial claim – rather China's signing agreement with Crestone permitting the latter to survey in Vietnam's continental shelf and exclusive economic zone), 2012 (protesting China's overall plan for management of islands). There was also action in defense of Vietnam's sovereignty in 1988 when in supplying the Vietnamese navymen standing in defense Vietnam-occupied Giac Ma in the Spratleys, Vietnam suffered 64 casualties. All these words and acts claiming and defending sovereignty make it impossible for China to erode Vietnam's sovereignty by prescription.

During the crisis of the oil rig HD-981, from May to July 2014, Vietnam brought to the area surrounding the rig many fishery inspection vessels, the maritime police or coast guard, to demand withdrawal of the oil rig, so as to preserve sovereignty and sovereign rights. Vietnamese fishermen continued to fish in the proximity, despite the harassment of the Chinese vessels, keeping a safe distance to avoid armed clash, with the purposes of earning their livelihood and asserting national sovereignty in a self-controlled manner.

This maneuver to preserve Vietnamese sovereignty by words and deeds has kept intact the claim of Vietnam over Paracels and Spratleys and avoided its erosion”.

Sự xác lập chủ quyền đối với từng thực thể lãnh thổ trong Vùng Hoàng Sa và Trường Sa này phải dựa vào quy tắc thủ đắc chủ quyền lãnh thổ của Luật Quốc tế Truyền thống hay Thông lệ của 4 thế kỷ qua: một chính quyền của một quốc gia muốn xác lập chủ quyền trên một vùng đất đai thì phải tuyên bố ý định đó, sau khi khám phá hay chiếm hữu đất đai đó, và liên tục quản lý trong hòa bình, và nếu bị một chính quyền khác dùng võ lực chiếm mất, thì phải phản đối để không cho quyền lực mới đó thủ đắc chủ quyền bằng thời hạn tiêu diệt, nghĩa là có một thời gian mà chủ thể quyền lực mới thi hành chủ quyền liên tục mà không ai phản đối.

Các bằng chứng về các sự kiện lịch sử trong câu chuyện Việt Nam khám phá và chiếm ngụ Hoàng Sa, và một số thực thể đất đai ở Trường Sa, thì đã được ghi trong các tài liệu lịch sử Việt Nam có từ nhiều thế kỷ, như cuốn Phủ biên tạp lục của Lê Quý Đôn. Trong khi đó thì tài liệu lịch sử Trung cộng không nói tới Hoàng Sa và Trường Sa mà dừng lại ở Đảo Hải Nam là vùng đất Cực Nam của Trung cộng; trong số tài liệu đó, phải kể Bản đồ

Chi tiết năm 1717 đời Vua Khang Hy của Nhà Thanh, do các linh mục Dòng Tên Pháp sưu tập, mà một bản do J.B. Bourguignon vẽ đã được Thủ tướng Đức Merkel gần đây tặng Chủ tịch Trung cộng Tập Cận Bình. Tài liệu lịch sử của Việt Nam thời các vua chúa và thời Pháp thuộc cho thấy Việt Nam liên tục xác lập chủ quyền và quản lý Hoàng Sa và Trường Sa. Các sách viết bởi các du khách Phương Tây và các nhà truyền đạo Thiên Chúa Giáo cũng xác nhận như thế.

Trong thời kỳ có hai nước Việt Nam, từ 1954 đến 1975, thì vai trò khẳng định chủ quyền đối với Hoàng Sa và Trường Sa rơi vào tay Việt Nam Cộng Hòa, được trao nhiệm vụ quản lý Hoàng Sa và Trường Sa, chúng ở phía nam vĩ tuyến 17, bởi Hiệp định Geneva 1954, Hiệp định này do các cường quốc trong đó có Trung cộng và Việt Nam Dân chủ Cộng hòa (do Thủ tướng P. V. Đông đại diện) ký.

Nhưng sự khẳng định mạnh mẽ nhất về chủ quyền Việt Nam đối với Hoàng Sa là trận hải chiến can đảm mà các chiến sĩ hải quân Việt Nam Cộng Hòa đã tiến hành ngày 19 tháng 1, năm 1974 chống lại hải quân Trung cộng được gửi tới chiếm Hoàng Sa – từ lâu do Việt Nam chiếm đóng và quản trị – trận này xảy ra sau khi Trung cộng tuyên bố chủ quyền trên Hoàng Sa và Trường Sa vào ngày 12 tháng 1 và Việt Nam Cộng Hòa phản đối ngày 16 tháng 1 với lời yêu cầu Hội đồng Bảo an Liên Hiệp Quốc can thiệp, lời yêu cầu được nhắc lại ngày 20 tháng 1, mong Hội đồng họp khẩn. Đến khi Hội nghị Luật Biển của Liên Hiệp Quốc họp ở Caracas ngày 28 tháng 6, 1974, Việt Nam Cộng Hòa nhắc lại lời xác lập chủ quyền đối với hai quần đảo và lời phản đối Trung cộng xâm chiếm bất hợp pháp. Ngày 24 tháng 9, 1975, khi một phái đoàn Việt Nam qua Trung cộng, Phó Thủ tướng Đặng Tiểu Bình công nhận là có tranh chấp giữa Trung cộng và Việt Nam về hai quần đảo và khuyên hai bên thương thảo để giải quyết vấn đề.

Sau khi thống nhất đất nước, CHXHCN Việt Nam, kế quyền Việt Nam Cộng Hòa về các quần đảo, đã nhiều lần phản đối sự xâm chiếm của Trung cộng. Liên tục nhiều năm, Việt Nam đã phản đối và đưa ra các chứng cứ lịch sử về chủ quyền, trong lời tuyên bố hay các Bạch thư (Sách trắng) vào các năm: 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1984, 1988 (phản đối Trung cộng tuyên bố sát nhập hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa vào đảo Hải Nam), 1990, 1991, 1994 (phản đối Trung cộng ký hợp đồng với hãng Crestone cho phép thăm dò trong Thềm lục địa và Vùng Kinh tế Đặc quyền của Việt Nam), 2012 (phản đối Trung cộng đưa ra chương trình quản lý các đảo, trong đó có hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa). Việt Nam cũng phải đổ máu bảo vệ chủ quyền ở Gạc Ma năm 1988 khi đem đồ tiếp tế đến cho các chiến sĩ bảo vệ hòn đá đó, mà Trung cộng tàn sát 64 chiến sĩ hải quân khi họ đang lội nước ngang lưng. Trong vụ Giàn khoan HD-981 từ tháng 5/2014 đến tháng 7, Việt Nam đã đưa tàu kiểm ngư và tàu cảnh sát biển tới vùng biển nơi HD-981 đang hoạt động trái phép để bảo vệ chủ quyền và yêu cầu Trung cộng rút giàn khoan. Ngư dân Việt Nam vẫn tiếp tục đánh cá ở gần đó, mặc dù bị các tàu Trung cộng bao vây nhưng họ vẫn giữ một khoảng cách an toàn, hầu tránh xung đột vũ trang, vừa để mưu sinh, vừa để bảo

vệ chủ quyền với sự tự kiềm chế, mặc dù Trung cộng rất hung hãn, dùng võ lực, đâm tàu Việt Nam và dùng súng nước tấn công tàu Việt Nam. Các lời phản đối và hành động bảo vệ chủ quyền của Việt Nam đối với vùng biển Hoàng Sa trong vụ Giàn khoan HD-981 càng cho thấy chủ quyền Việt Nam đối với hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa và vùng biển chung quanh luôn được duy trì, không hề bị xói mòn.

Về các mỏm đá nổi trên mặt nước khi thủy triều ở mức cao, mà Việt Nam đã quản lý trong thời gian lâu từ các năm 1975-76 theo Luật Quốc tế Truyền thống, trước khi có Công ước Luật biển 1982, dù rằng một số ở trong Thềm lục địa hay Vùng Đặc quyền Kinh tế của Phi Luật Tân, thì Việt Nam có thể xây trên các mỏm đá, vốn là vùng đất nổi trên mặt nước trong trạng thái thiên nhiên (chứ không chìm dưới mặt nước), và tình trạng pháp lý của chúng không có gì thay đổi, và do đó, Việt Nam tiếp tục có chủ quyền lãnh thổ đối với các đá này theo Luật Quốc tế Truyền thống – vì Phi Luật Tân, nước cận duyên gần nhất, theo UNCLOS, chỉ có quyền chủ quyền về tài nguyên (sovereign rights) trong Thềm lục địa và Vùng Kinh tế Đặc quyền, chứ không có chủ quyền lãnh thổ (sovereignty over land territories) ở các vùng biển đó.

Nhưng các thực thể chìm, hay chỉ nổi lên khi mức thủy triều xuống thấp, thì có tình trạng pháp lý khác: Việt Nam, và cả Trung cộng, không thể xây cất các cấu trúc trên các thực thể đó ở trong Thềm lục địa 200 hải lý của Phi Luật Tân, vì các thực thể đó là một phần của đáy biển trong Thềm lục địa của Phi trong đó Phi có quyền chủ quyền về tài nguyên (nhưng Phi cũng không có chủ quyền lãnh thổ).

Nhưng liệu có cái biệt lệ nào cho nguyên tắc không có chủ quyền lãnh thổ của các quốc gia đối với các đá chìm, mà một vài quốc gia có thể viện ra với lý do biệt lệ chủ quyền đó là quyền thủ đắc (acquired rights) trong quá khứ? Thí dụ: liệu Việt Nam có thể lý luận hay không như sau: Các thực thể ngầm mà Việt Nam đã chiếm ngụ từ các năm trước khi có UNCLOS, 1982, và quản lý liên tục và xây cất thêm cho chúng nổi trên mặt nước, mà không chìm nữa, từ các năm xa xưa đó cho đến năm có UNCLOS 1982, thì các thực thể đó có thể coi là lãnh thổ thuộc chủ quyền của Việt Nam, chiếu theo Luật Quốc tế Cổ truyền, hay không? vì UNCLOS không thể áp dụng hồi tố cho các quyền và tình trạng đã thủ đắc của Việt Nam? Các lãnh thổ nổi trên mặt nước đó của Việt Nam, có trước 1982, phải chăng phải có lãnh hải 12 hải lý?

Vấn đề sau chót là Vùng Nhận dạng Phòng không ADIZ. Quốc gia nào không có chủ quyền lãnh thổ trong một vùng đất nào đó, dù là đá, thì không có quyền pháp lý lập vùng ADIZ (Air Defense Identification Zone) ở trên cái vùng đất đó, theo Luật Liên Hiệp Quốc. Đó là lập luận mà các nước Đông Nam Á hay các quốc gia khác có thể đưa ra chống lại lời yêu sách của Trung cộng đòi quyền lập ADIZ trong vùng Trường Sa.

IV. Kết luận

Hậu quả thực tế của Bản án Trọng tài có thể là Trung cộng và các nước khác không có làm gì để thay đổi nguyên trạng, như rút lui khỏi các mỏ đất đá họ đã chiếm ngụ hay chiếm thêm các thực thể khác, và cùng lắm là củng cố những gì họ đã chiếm bằng cách củng cố các cấu trúc trên đó. Trung cộng không còn nhắc đến chủ quyền dựa trên Đường chữ U, và đang cần một thời gian để lấy lại thể diện, và hình như chỉ đặt hy vọng vào kế hoạch khác, là khi củng cố các thực thể đá họ đã chiếm, thì sẽ biến chúng thành đảo có 12 hải lý lãnh hải và có thể có 200 hải lý Vùng Đặc quyền Kinh tế. Hy vọng này cũng không có căn bản theo UNCLOS, vì phải là đảo trong trạng thái thiên nhiên nguyên thủy mới có vùng Thềm lục địa và Đặc quyền Kinh tế 200 hải lý. Vì thế các nước khác cũng chẳng cần làm gì quá, mà làm mất mặt dân chúng Tàu cộng mà họ đang bị lãnh đạo khích động với chủ nghĩa quốc gia quá khích. Việc khuyến cáo chuẩn bị một vụ kiện của Việt Nam để xác lập tính cách đá, không phải là đảo, của các thực thể ở Hoàng Sa và Trường Sa, là cốt giảm căng thẳng, căng thẳng bắt nguồn từ khuynh hướng tham lam quá mức, trái luật quốc tế, về Thềm lục địa và Vùng Đặc quyền Kinh tế, và về các hệ luận về quyền khai thác tài nguyên cá, dầu khí, và khoáng sản cho mọi dân tộc quanh Biển Đông; và do đó Việt Nam có thể cắt nghĩa cho cộng đồng quốc tế là Việt Nam muốn đóng góp vào hòa bình trong khu vực Biển Đông.

Phải công nhận đã từ rất lâu, có lẽ từ 1988 khi chiếm Gạc Ma, Trung cộng không chiếm thêm thực thể đá đất nào mới. Về phía các quốc gia khác có quyền lợi chống bá quyền Trung cộng, thì trong hơn một năm nay, 2017-2018, Hoa Kỳ đã thực hiện, cùng với một số nước đồng minh như Anh, Úc, các vụ hải hành xác nhận tự do hàng hải (Freedom of navigation operations – FONOPS) đi sát vào các mỏm đá ở Trường Sa và Hoàng Sa. Ngay cả Pháp và Nhật cũng biểu lộ quyết tâm bảo vệ an ninh và quyền tự do hàng hải tại Biển Đông và sẵn sàng can thiệp chung khi tình thế đòi hỏi (Theo tin Nikkei trước khi lên đường sang Tokyo ngày 26/01/2018, Bộ trưởng Florence Parly của Pháp cho rằng Pháp-Nhật cần biểu lộ quyết tâm bảo vệ an ninh và quyền tự do hàng hải tại Biển Đông và sẵn sàng can thiệp chung khi tình thế đòi hỏi. Lên án chiến lược của Trung cộng đặt quốc tế trước “chuyện đã rồi”, nữ Bộ trưởng Pháp cảnh cáo: Không phải cứ cắm cờ ở nơi nào đó, thì nơi đó đòi chủ).

Nhưng ta vẫn thấy có vài vụ Trung cộng tiếp tục củng cố các cấu trúc trên vài thực thể đá đã chiếm, mà không gặp sự phản ứng thực tế nào như Bộ trưởng Ngoại giao Tillerson và Bộ trưởng Quốc phòng Mỹ Mathis đã dọa, và Trung cộng dùng đòn chiến tranh tâm lý chống Việt Nam như yêu cầu hãng dầu REPSOL của Tây Ban Nha ngưng dùng giàn khoan để khai thác lô dầu 136/03 (ngưng vào giữa năm 2017) và lô 07/03 (ngưng vào tháng 3/2018) trong Thềm lục địa của Việt Nam. Muốn Trung cộng nể vì, cần tránh dùng các hãng của nước nhỏ như Tây Ban Nha, mà cần bám chặt các hãng dầu của Mỹ, Ấn, Nhật, Úc. Vì đằng sau các hãng dầu khí đó là có các cường quốc ngáo ộp đó, để gián chi

– deter – Trung cộng (Làm sao Tàu dám vượt mặt hải quân Mỹ mà phá giàn khoan có Mỹ đầu tư?).

Về việc bảo vệ dân chài Việt Nam, Hội Nghề Cá cũng phản đối và yêu cầu hải giám giúp đỡ hành nghề cá. Bộ Ngoại giao Việt Nam hôm 22/03/2018 đã tuyên bố bác bỏ lệnh cấm đánh cá trên Biển Đông mà Trung cộng lại đơn phương ban hành, cho rằng quyết định đó vi phạm luật pháp quốc tế.

T.V.T.



Nguồn: Internet eMail by ddcb chuyển

*Đăng ngày Thứ Tư, November 21, 2018
Ban Kỹ Thuật Khóa 10A-72/SQTB/ĐĐ, ĐĐ11/TĐ1ND, QLVNCH*