



ISSN 0866 - 7446

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vietnam Academy of Social Sciences
Institute of State and Law

9(389)
2020

THÁNG RA MỘT KỲ

9(389)

2020

NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC

PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC

PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI

PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO

PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN

PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ

PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT

PGS.TS. LÊ MINH THÔNG

PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN

GS.TS. VÔ KHÁNH VINH

PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động
báo chí: số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty Cổ phần
in và thương mại
Đông Bắc

Giá: 20.000^d

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- ❖ HUỲNH THỊ SINH HIỀN: Hiệu lực trở về trước của văn bản quy phạm pháp luật ở Việt Nam – Một số vấn đề lý luận và thực tiễn 3

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ VŨ THƯ: Quản trị tốt và vấn đề quản trị nhà nước ở Việt Nam 11
- ❖ HỒ QUANG CHÁNH – VÕ TẤN ĐÀO: Thẩm quyền của cơ quan thanh tra nhà nước khi phát hiện dấu hiệu của tội phạm trong hoạt động thanh tra hành chính 24

LUẬT HÌNH SỰ

- ❖ ĐINH THẾ HÙNG: Bảo vệ thể chế kinh tế thị trường ở Việt Nam bằng pháp luật hình sự 33

LUẬT LAO ĐỘNG

- ❖ NGUYỄN QUANG THÀNH: Quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú và một số kiến nghị cho Việt Nam 41

LUẬT QUỐC TẾ, TƯ PHÁP QUỐC TẾ

- ❖ LÊ MAI THANH: Nhu cầu bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài và căn cứ bảo hộ công dân 49
- ❖ ĐINH PHẠM VĂN MINH: Thực tiễn thực hiện thủ tục kết luận tư vấn tại Tòa án Công lý quốc tế và việc vận dụng trong giải quyết tranh chấp trên biển ở nước ta hiện nay 61
- ❖ NGUYỄN ĐỨC VIỆT: Thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế - Những nỗ lực quốc tế và kinh nghiệm cho Việt Nam 71

MONTHLY ISSUE

9(389)

2020

49TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

**Office of the Editorial
Board:**

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

**Email:
tcnnpl@isl.gov.vn**

**Licence for Press
Activities No. 121/GP-
BTTTT dated 22 April 2013**

Printed by Dong Bac
Trade and Print Joint
Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

STATE AND LAW THEORY

- ❖ HUYNH THI SINH HIEN: The Retroactive Effect of Legal Documents in Vietnam – Theory and Practice 3

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ VU THU: Good Governance and State Governance Issue in Vietnam 11

- ❖ HO QUANG CHANH – VO TAN DAO: The Competences of State Inspection Agencies upon Detecting Signs of a Crime in Administrative Inspection Activities 24

CRIMINAL LAW

- ❖ DINH THE HUNG: Safeguarding Market Economy Institutions with Criminal Law in Vietnam 33

LABOR LAW

- ❖ NGUYEN QUANG THANH: The Right to Support for Social Rehabilitation of Migrant Workers and Proposals for Vietnam 41

INTERNATIONAL LAW, PRIVATE INTERNATIONAL LAW

- ❖ LE MAI THANH: The Need of Protection of Overseas Vietnamese Citizens and Grounds for Citizen Protection 49

- ❖ DINH PHAM VAN MINH: The Practice of Advisory Function of the International Court of Justice and Its Implications for the Settlement of Vietnam's Maritime Disputes 61

- ❖ NGUYEN DUC VIET: The Jurisdiction to Commence International Bankruptcy Proceedings – International Efforts and Experience for Vietnam 71

HIỆU LỰC TRỞ VỀ TRƯỚC CỦA VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM - MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

*Huỳnh Thị Sinh Hiền**

Tóm tắt: Trên cơ sở khái quát về hiệu lực trở về trước, bài viết phân tích quy định của pháp luật Việt Nam liên quan đến hiệu lực trở về trước, chỉ ra những điểm mơ hồ khó hiểu và những vấn đề phát sinh trong quá trình thực thi, từ đó đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Given an overview of retroactive effect, the article analyzes Vietnam's laws on this matter to point out ambiguities and bottlenecks arising in the implementation of the laws, thereby it makes proposals for improvement.

1. Khái quát về hiệu lực trở về trước

Về nguyên tắc, một văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) ban hành ra nhằm điều chỉnh những hành vi và áp dụng cho những vụ việc xảy ra kể từ khi văn bản có hiệu lực kể về sau. Để đảm bảo tính công khai, minh bạch của pháp luật thì một VBQPPL ban hành ra phải được mọi người biết đến để tuân theo. Vì vậy, nhà chức trách không thể cho rằng, một người có thể vi phạm một luật mà tại thời điểm thực hiện hành vi đó luật này chưa có hiệu lực hoặc thậm chí chưa được ban hành. Do đó, hiệu lực của VBQPPL về nguyên tắc phải là “hiệu lực trở về sau” (bất hồi tố).¹ Hiệu lực trở về trước (hay còn gọi là hiệu lực hồi tố) được dùng để chỉ hiện tượng của VBQPPL có khả năng tác động đến các quan hệ xã hội diễn ra trước khi VBQPPL có hiệu lực. Do các quan hệ xã hội đã xảy ra trước thời điểm VBQPPL có hiệu lực, nên các văn bản này tác động đến chúng chủ yếu thông qua hoạt động áp dụng pháp luật. Trong trường hợp các quan hệ xã hội đã phát sinh trước thời điểm VBQPPL có hiệu lực, nhưng chưa chấm dứt mà vẫn còn tiếp diễn vào thời gian

VBQPPL phát sinh hiệu lực và vẫn chịu sự điều chỉnh của VBQPPL đó. Trường hợp này, VBQPPL vẫn được xem là có hiệu lực hồi tố một phần hay còn gọi là bán hồi tố¹.

Nguyên tắc bất hồi tố xuất hiện ở Hy Lạp cổ đại từ thời dân chủ Athen được thiết lập bởi Solon và Cleisthenes². Nguyên tắc bất hồi tố trong lĩnh vực hình sự cũng được ghi nhận thông qua hai maxims³ song đôi thời Cộng hòa La Mã cổ đại: “Nulla poena sine crimine” và “Nulla crimen sine lege” nghĩa là “không có tội phạm sẽ không có hình phạt” và “không có luật sẽ không có tội phạm”. Ngày nay, các văn bản pháp lý quốc tế cũng như pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới đều ghi nhận nguyên tắc bất hồi tố, đặc biệt trong lĩnh vực hình sự⁴. Hiến pháp Argentina tại Điều 18 quy định hình phạt phải được áp dụng dựa trên luật có hiệu lực trước thời điểm phạm tội⁵. Hiến

* ThS., Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

¹ Black's Law Dictionary (8th ed. 2004), tr. 4105 – 4107.

² Charles Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2006, p. 9-10.

³ Các quy tắc áp dụng pháp luật của tòa án.

⁴ Charles Sampford, *Retrospectivity and the rule of law*, Oxford University Press, 2006, p.15-16.

⁵ Điều 18 Hiến pháp Argentina năm 1853 (sửa đổi năm 1994), <https://www.constituteproject.org/>

pháp Nhật Bản tại Điều 39 cũng tuyên bố bảo vệ con người từ việc phải chịu trách nhiệm hình sự cho các hành vi được cho là hợp pháp vào thời điểm thực hiện⁶, và Hiến pháp Nam Phi cũng ghi nhận sự bảo vệ tương tự⁷. Ở Anh, các suy luận chống lại hồi tố được xem như là quy tắc được phát triển bởi tòa án trong quá trình giải thích pháp luật⁸.

Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền (UHR) năm 1948 tại Điều 11 ghi nhận: *“Không ai có thể bị kết tội về một hành vi mà chiếu theo luật pháp quốc gia hay luật pháp quốc tế vào thời điểm thực hiện thì hành vi đó không cấu thành tội phạm. Cũng không ai phải chịu hình phạt nặng hơn hình phạt được quy định cho hành vi vào thời điểm hành vi được thực hiện”*. Tương tự, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR) năm 1966 và Công ước chung châu Âu về các quyền tự do cơ bản và quyền con người năm 1950 (ECHR) cũng cấm hình sự hóa mang tính hồi tố bất lợi cho người phạm tội trừ khi hành vi của một người tại thời điểm mà người đó thực hiện bị coi là tội phạm theo nguyên tắc chung của pháp luật được công nhận bởi cộng đồng các quốc gia⁹.

constitution/Argentina_1994.pdf?lang=en, truy cập ngày 20/4/2020.

⁶ Điều 39 Hiến pháp Nhật Bản năm 1946, https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html, truy cập ngày 20/4/2020.

⁷ Xem điểm 1 khoản 3 Điều 35 The bill of rights of the Constitution of the Republic of South Africa, <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#35>, truy cập ngày 20/4/2020.

⁸ Charles Sampford, *Retrospectivity and the rule of law*, Oxford University Press, 2006, p.12.

⁹ Khoản 1 Điều 15 ICCPR quy định: *“Không ai bị coi là phạm pháp hình sự nếu hành vi đó không cấu thành tội phạm theo luật quốc gia hoặc luật quốc tế vào thời điểm thực hiện hành vi đó. Cũng không*

Mặt khác, với tư tưởng cho rằng, hiệu lực trở về trước của VBQPPL không hoàn toàn đi ngược lại với quan điểm về nhà nước pháp quyền, nhiều quốc gia trên thế giới vẫn thừa nhận hiệu lực hồi tố trong một số trường hợp nhằm đảm bảo sự điều chỉnh liên tục của pháp luật, bảo vệ lợi ích chung của xã hội và đảm bảo công bằng.

Ở Úc, Nghị viện Liên bang và tiểu bang đều có quyền xây dựng các VBQPPL có tính hồi tố, được áp dụng để giải quyết các vụ việc đã xảy ra trước thời điểm văn bản có hiệu lực¹⁰. Điều 9 Luật Tội phạm chiến tranh sửa đổi năm 1988 của Liên bang Úc quy định rằng: *“Luật này áp dụng cho những người vi phạm từ ngày 1/9/1939 đến ngày 8/5/1945”*. Như vậy, luật này được áp dụng đối với một hành vi phạm tội xảy ra gần 50 năm trước khi luật ban hành. Tòa án tối cao Úc lần đầu tiên quan tâm đến luật hồi tố vào năm 1915 trong vụ án hình sự *R v. Kidman HCA 58 (1915)*. Trong vụ này, Kidman bị buộc tội theo Luật Hình sự năm 1915 của Liên bang về hành vi liên kết để cung cấp hàng hóa cho lực lượng vũ trang chống lại Nhà nước vào năm 1914. Thông thường, ở Úc, hiệu lực trở về trước sẽ áp dụng cho những hành vi được thực hiện từ ngày có công bố của Nhà nước rằng một

được áp dụng hình phạt nặng hơn hình phạt được ấn định tại thời điểm hành vi phạm tội. Nếu sau khi thực hiện hành vi phạm tội, pháp luật quy định một hình phạt nhẹ hơn với hành vi đó, người phạm tội được hưởng mức hình phạt nhẹ hơn. Khoản 2 Điều 15 cũng quy định: *“Không một quy định nào trong điều này cản trở việc xét xử hoặc trừng phạt bất kỳ người nào vì bất kỳ hành vi nào của họ mà tại thời điểm thực hiện được coi là tội phạm theo những nguyên tắc chung của pháp luật được cộng đồng các quốc gia công nhận”*.

¹⁰ Robert Size, *Retrospective Legislation and the rule of law*, <http://www.ruleoflaw.org.au/retrospective-legislation-and-the-rule-of-law/>, truy cập ngày 13/1/2017.

luật có quy định đó sẽ được ban hành trong tương lai. Trong vụ án trên, dù không có thông báo trước, nhưng vì bản chất sai phạm và phi đạo đức của hành vi là quá rõ nên việc kết tội hành vi đó được xem là hợp với công lý¹¹.

Ở Canada, cũng có trường hợp luật có hiệu lực trở về trước để ngăn chặn những trường hợp trốn tránh pháp luật trước ngày luật có hiệu lực nhờ biết trước thông tin lập pháp¹². Hồi tố còn được sử dụng để sửa chữa, khắc phục những sai phạm của pháp luật trong quá khứ hoặc để tránh những khoảng trống nhằm đảm bảo sự điều chỉnh liên tục của pháp luật. Ví dụ, tháng 10/1998, Tòa án tối cao của Canada cho rằng, một Nghị định của Ontario áp đặt phí quản lý bất động sản từ năm 1950 bị tuyên bố vô hiệu. Trong vòng 2 tháng sau khi tòa án ra quyết định, một luật về thuế quản lý bất động sản đã được ban hành, một số điều khoản trong luật có hiệu lực hồi tố nhằm áp đặt thuế bất động sản trở về năm 1950¹³.

Như vậy, hiệu lực trở về trước có thể hiểu là hiệu lực của VBQPPL được áp dụng để giải quyết các vụ việc đã xảy ra trước thời điểm văn bản đó phát sinh hiệu lực hoặc điều chỉnh các hành vi xảy ra trước thời điểm VBQPPL phát sinh hiệu lực, nhưng vẫn tiếp tục tồn tại trong thời gian văn bản đó phát huy hiệu lực. Hiệu lực trở về trước hay hồi tố được chia thành hai loại là hồi tố tuyệt đối và hồi tố tương đối hay

gọi là bán hồi tố (true retroactivity và quasi-retroactivity). Hồi tố tuyệt đối là việc áp dụng một quy tắc pháp luật mới cho một hành vi hoặc giao dịch được hoàn thành trước khi quy tắc đó có hiệu lực. Bán hồi tố (hồi tố tương đối) được hiểu là việc dùng quy tắc pháp luật mới để điều chỉnh các hành vi hoặc giao dịch xảy ra trước thời điểm quy định đó có hiệu lực, nhưng hành vi hoặc giao dịch đó vẫn còn tiếp diễn đến khi quy định mới phát sinh hiệu lực¹⁴.

2. Quy định của pháp luật Việt Nam về hiệu lực trở về trước

Cho đến nay, chưa có VBQPPL nào ở nước ta chính thức định nghĩa hiệu lực trở về trước hoặc hiệu lực hồi tố. Khái niệm này cũng hiếm khi được định nghĩa cụ thể, rõ ràng trong các sách và giáo trình lý luận về nhà nước và pháp luật. Hiệu lực hồi tố không được ghi nhận trong Hiến pháp mà chủ yếu được quy định trong các văn bản ở cấp độ luật. Khoản 1 Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 thừa nhận hiệu lực trở về trước, nhưng ở mức độ hạn chế: *“Chỉ trong trường hợp thật cần thiết để bảo đảm lợi ích chung của xã hội, thực hiện các quyền, lợi ích của tổ chức, cá nhân được quy định trong luật, nghị quyết của Quốc hội, VBQPPL của cơ quan trung ương mới được quy định hiệu lực trở về trước”*¹⁵. Bên cạnh đó, theo khoản 2 Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 thì chủ thể ban hành VBQPPL *“Không được quy định hiệu lực trở về trước đối với các trường hợp sau đây:*

a) *Quy định trách nhiệm pháp lý mới đối với hành vi mà vào thời điểm thực hiện*

¹¹ Robert Size, *Retrospective Legislation and the rule of law*, <http://www.ruleoflaw.org.au/retrospective-legislation-and-the-rule-of-law/>, truy cập ngày 13/1/2017.

¹² Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed, 2008, p.681.

¹³ Estate Administration Tax Act, 1998, c.34, schedule, s.7(1), <https://www.ontario.ca/laws/statute/98e34/v1>, truy cập ngày 20/4/2020.

¹⁴ *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), tr. 4105 – 4107.

¹⁵ Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

hành vi đó pháp luật không quy định trách nhiệm pháp lý;

b) Quy định trách nhiệm pháp lý nặng hơn”.

Kết hợp hai quy định của Điều 152 trên, ta thấy có sự xung đột giữa mục đích bảo vệ lợi ích chung của xã hội trong trường hợp thật sự cần thiết và mục đích không tạo trách nhiệm pháp lý mới hay nặng hơn cho người bị áp dụng. Khi thỏa mãn điều kiện là thật cần thiết nhằm để đảm bảo lợi ích chung của xã hội thì liệu VBQPPL của trung ương có được quy định hiệu lực trở về trước nếu việc quy định này gây ra một trách nhiệm pháp lý mới, hoặc trách nhiệm pháp lý nặng hơn cho người vi phạm. Lợi ích chung của xã hội hay lợi ích của người bị áp dụng pháp luật được ưu tiên? Nếu hiểu khoản 1 là nguyên tắc chung, khoản 2 chính là ngoại lệ của nguyên tắc chung đó thì dù thỏa mãn điều kiện hồi tố theo khoản 1 thì VBQPPL ở trung ương vẫn không thể hồi tố nếu việc quy định hồi tố đó đem lại trách nhiệm pháp lý mới hoặc trách nhiệm pháp lý nặng hơn. Dường như lợi ích chung của xã hội và lợi ích chính đáng, hợp pháp của cá nhân, tổ chức được bảo vệ bị hy sinh để không tăng nặng hoặc không tạo trách nhiệm pháp lý mới cho người có hành vi sai trái. Ví dụ, một người đã cố tình lan truyền virus HIV cho người khác trước khi Bộ luật Hình sự năm 1999 có hiệu lực, Nhà nước vẫn không thể quy định hồi tố để tạo trách nhiệm pháp lý mới cho người lan truyền dù lợi ích của xã hội, sức khỏe, tính mạng của con người là rất cần thiết để bảo vệ.

Mặt khác, theo câu từ được diễn đạt thì khoản 2 Điều 152 chỉ cấm quy định hiệu lực trở về trước để áp đặt một trách nhiệm pháp lý mới hoặc trách nhiệm pháp lý nặng hơn, nhưng không cấm việc áp đặt một nghĩa vụ

pháp lý mới hoặc nghĩa vụ pháp lý nặng hơn¹⁶. Trong cả hai trường hợp, việc quy định hiệu lực trở về trước đều ảnh hưởng lớn đến tính dân chủ và công khai, minh bạch của pháp luật đi ngược lại đòi hỏi của nhà nước pháp quyền. Do vậy, trên thực tế khoản 2 Điều 152 được hiểu là không được hồi tố bất lợi cho người bị áp dụng và không phân biệt giữa trách nhiệm hay nghĩa vụ pháp lý. Về nguyên tắc, các chuyên gia đều cho rằng: *“Không bao giờ được phép áp đặt hồi tố bất lợi cho đương sự, cho đối tượng phải thi hành luật mà chỉ có thể áp dụng có lợi thôi”*¹⁷. Thêm vào đó, có ý kiến cho rằng, Nhà nước cũng không thể hồi tố những nội dung bất lợi cho người lao động¹⁸. Mặc dù vậy, phía cơ quan ban hành VBQPPL vẫn ban hành các văn bản có hiệu lực trở về trước để áp đặt nghĩa vụ pháp lý bất lợi hơn cho người chịu sự điều chỉnh. Ví dụ: Nghị định số 86/2019/NĐ-CP quy định về mức vốn pháp định của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đã tăng mức vốn pháp định đối với các quỹ tín dụng nhân dân ở cơ sở được cấp phép và hoạt động trước ngày Nghị định này có hiệu lực. Theo Nghị định, các quỹ tín dụng trên phải

¹⁶ Trách nhiệm pháp lý được hiểu là sự trừng trị, xử lý của Nhà nước đối với hành vi vi phạm pháp luật, còn nghĩa vụ pháp lý do pháp luật quy định cho cá nhân hoặc tổ chức phải thực hiện không nhất thiết gắn liền với hành vi vi phạm pháp luật như nghĩa vụ nộp thuế.

¹⁷ Văn Nguyễn, *Các chuyên gia nói gì về truy thu thuế tiêu thụ đặc biệt*, https://www.vba.com.vn/index.php?option=com_content&view=article&id=27949%3Acac-chuyen-gia-noi-gi-v-truy-thu-thu-ttb&catid=144%3Atp-chi-thang-102016&Itemid=343, truy cập ngày 09/2/2020.

¹⁸ Mai Nam, Báo Công đoàn, *Không được hồi tố những nội dung bất lợi cho người lao động*, <https://nld.com.vn/cong-doan/khong-the-hoi-to-nhung-noi-dung-bat-loi-cho-nld-151426.htm>, truy cập ngày 12/2/2020.

điều chỉnh vốn điều lệ tối thiểu bằng mức vốn pháp định mới, chậm nhất đến ngày 30/6/2021¹⁹. Dự thảo Nghị định về khai thác và kinh doanh khoáng sản cũng gây sự chú ý của dư luận thông qua việc quy định hiệu lực trở về trước bất lợi cho nhà đầu tư. Khoản 3 Điều 21 của Dự thảo yêu cầu các doanh nghiệp chế biến khoáng sản phải điều chỉnh quy mô công suất, công nghệ đáp ứng tiêu chuẩn quy định tại Phụ lục 2 đính kèm trước ngày 31/12/2020. Để đáp ứng tiêu chuẩn mới các nhà đầu tư được cho là cần phải thực hiện thủ tục xin điều chỉnh Giấy chứng nhận đầu tư đã được cấp, thậm chí phải thiết kế, xây dựng lại quy mô rất tốn kém²⁰. Những quy định xác lập hiệu lực trở về trước như trên phần nào làm giảm đi tính minh bạch của môi trường pháp lý, làm hạn chế việc thu hút vốn đầu tư.

Nguyên tắc bất hồi tố của pháp luật nước ta không chỉ thể hiện qua quy định về ban hành, mà còn ở việc áp dụng VBQPPL: *“VBQPPL được áp dụng đối với hành vi xảy ra tại thời điểm mà văn bản đó đang có hiệu lực”*²¹. Ngoại lệ của nguyên tắc này được ghi nhận tại khoản 4 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015: *“Trong trường hợp VBQPPL mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra, trước ngày văn bản có hiệu lực thì áp dụng văn bản mới”*. Như vậy, pháp luật yêu cầu người áp dụng phải áp dụng VBQPPL

theo hướng hồi tố nhằm đỡ bỏ hoặc làm giảm nhẹ trách nhiệm pháp lý cho người bị áp dụng. Tuy nhiên, về mặt lý luận thì trách nhiệm pháp lý có thể phân chia thành nhiều loại bao gồm trách nhiệm pháp lý hình sự, hành chính, dân sự và trách nhiệm pháp lý kỷ luật. Nếu là trách nhiệm pháp lý hành chính, hình sự hay kỷ luật thì áp dụng hiệu lực trở về trước trên tinh thần có giảm nhẹ hoặc loại bỏ trách nhiệm pháp lý thì phần bất lợi không hẳn thuộc về Nhà nước. Lý do rằng, Nhà nước là chủ thể đặc biệt có quyền lực, tiềm lực tài chính và cũng chính là chủ thể đã giảm nhẹ hay loại bỏ trách nhiệm pháp lý mình đã thiết lập trước đó²². Tuy nhiên, đặc điểm của trách nhiệm pháp lý dân sự là bên này phải chịu trách nhiệm với bên kia. Giả sử trong trường hợp pháp luật dân sự có quy định mới theo hướng giảm nhẹ mức bồi thường, giảm mức lãi suất quá hạn tối đa, hay bỏ việc tước quyền hưởng di sản thừa kế... thì chiếu theo quy định trên liệu có buộc phải áp dụng hiệu lực trở về trước để làm giảm nhẹ trách nhiệm pháp lý dân sự hay không? Thực hiện điều này sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của một hoặc các bên còn lại trong quan hệ dân sự đó.

Quy định về hiệu lực trở về trước của pháp luật nước ta chưa làm rõ vấn đề có cho phép quy định hiệu lực trở về trước trong lĩnh vực luật tố tụng. Xem xét trường hợp một người bị xét xử về tội danh giết người, vào thời điểm phạm tội, pháp luật không đòi hỏi phải có bản án kết tội cần được thống nhất bởi hội đồng xét xử. Trước khi xét xử,

¹⁹ Khoản 1 khoản 2 Điều 3 Nghị định số 86/2019/NĐ-CP.

²⁰ “Tin hiệu rất xấu” trong dự thảo mới về khoáng sản của Bộ Công Thương, <http://thegioihoinhap.vn/thoi-su/tin-hieu-rat-xau-trong-du-thao-moi-ve-khoan-g-san-cua-bo-cong-thuong/>, truy cập ngày 10/02/2020.

²¹ Khoản 1 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

²² Nguyễn Mạnh Cường, *Nguyên tắc áp dụng và hiệu lực thi hành của hệ thống văn bản quy định chi tiết thi hành*, Hội thảo “Nguyên tắc áp dụng và hiệu lực của văn bản pháp luật được quy định trong Dự thảo Luật Ban hành văn bản pháp luật”, tr. 39-54.

pháp luật thay đổi theo hướng phải có bản án thống nhất khi tuyên một người phạm tội giết người. Vấn đề pháp lý đặt ra là áp dụng văn bản có hiệu lực vào thời điểm xét xử hay vào thời điểm thực hiện hành vi? Theo tác giả, mặc dù pháp luật tố tụng ở nước ta thường cho phép áp dụng luật tố tụng mới để giải quyết các vụ án đã được thụ lý hoặc đã được xét xử sơ thẩm trước khi luật mới có hiệu lực²³, nhưng đó không phải hồi tố. Lý do được đưa ra là các hoạt động tố tụng như xét xử, ra phán quyết, đình chỉ giải quyết vụ án, giải quyết sự có mặt của người tham gia tố tụng tại phiên tòa... đều diễn ra trong thời hạn văn bản mới phát sinh hiệu lực. Tuy nhiên, quan điểm thứ hai cho rằng, vì nguyên tắc “bất hồi tố” không áp dụng trong lĩnh vực tố tụng với lý do “*không ai được trao quyền bởi luật hình thức*”, nghĩa là các quy định tố tụng thì được phép hồi tố. Do đó, có thể áp dụng văn bản mới để hồi tố trong lĩnh vực tố tụng. Theo quan điểm thứ ba, vẫn áp dụng luật mới với lập luận quy định mới đòi hỏi sự thận trọng, nghiêm ngặt hơn của tòa án trong quá trình xét xử để tuyên một người phạm tội giết người, nhưng điều này có lợi cho bị cáo nên hội đồng xét xử phải áp dụng quy định mới theo xu hướng hồi tố có lợi cho bị cáo. Chấp nhận quan điểm thứ hai, nhưng các tòa án ở Úc cho rằng, trong các luật tố tụng, một vài quy định thiên về luật nội dung như bãi bỏ quyền kháng cáo, sửa đổi nguyên tắc phán quyết, sửa đổi phương pháp tính tổng số tiền bồi thường thì về nguyên tắc, tòa án không được hồi tố khi áp dụng pháp luật; nhưng các quy định liên quan đến chi phí,

quy tắc để chấp nhận chứng cứ được xem là thiên về hình thức thì được áp dụng theo hướng hồi tố²⁴.

3. Những bất cập phát sinh trong quá trình thực thi các quy định pháp luật về hiệu lực trở về trước ở Việt Nam

Do chưa có khái niệm chính thức về hiệu lực trở về trước, các quy định của pháp luật hiện hành về được phép và không được phép quy định, áp dụng hiệu lực trở về trước còn mơ hồ nên thực tế triển khai các quy định này vẫn còn bất cập. Ngoài vấn đề không được hồi tố làm bất lợi cho người bị áp dụng hay chỉ không được hồi tố để đem đến trách nhiệm pháp lý mới, trách nhiệm pháp lý nặng hơn như đã bàn luận thì một vấn đề khác đặt ra là việc áp dụng hiệu lực hồi tố căn cứ vào thời điểm thực hiện hay thời điểm phát hiện hành vi? Theo khoản 4 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL hiện hành thì căn cứ vào thời điểm thực hiện hành vi: “*Trong trường hợp VBQPPL mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra trước ngày văn bản có hiệu lực thì áp dụng văn bản mới*”. Tuy nhiên, Nghị quyết số 41/2017/QH14 của Quốc hội khóa 14 tại điểm e khoản 1 Điều 2 lại xác định căn cứ hồi tố chính là thời điểm phát hiện hành vi. Đối với một số hành vi đã bỏ tội danh tương ứng trong Bộ luật Hình sự năm 2015²⁵ như hoạt động phi, đăng ký kết hôn trái pháp luật, kinh doanh trái phép, cố ý làm trái quy định của Nhà nước gây hậu quả nghiêm trọng lần lượt theo các điều

²³ Xem Nghị quyết số 104/2015/QH13 về việc thi hành Luật Tố tụng hành chính; Nghị quyết số 110/2015/QH13 về việc thi hành Bộ luật Tố tụng Hình sự.

²⁴ Perry Herzfeld, Thomas Prince and Stephen Tully, *Interpretation and use of legal sources, the law of Australia*, Thomson Reuters, 2013, p. 265.

²⁵ Thực chất các hành vi này được chuyển hóa toàn bộ hoặc một phần vào các tội danh khác trong chú không phi tội phạm hóa hẳn.

83, 149, 159, và 165 của Bộ luật Hình sự năm 1999 xảy ra trước 0 giờ 00 phút ngày 01/01/2018 mà vụ án đang trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử thì tiếp tục áp dụng quy định của Bộ luật Hình sự năm 1999 để xử lý. Cùng các hành vi trên, cùng được thực hiện trước thời điểm 0 giờ 00 phút ngày 01/01/2018, nhưng sau thời điểm này mới bị phát hiện thì áp dụng Bộ luật Hình sự năm 2015 về các tội danh tương đương để khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử. Như vậy, trường hợp này Nghị quyết không đặt vấn đề người áp dụng phải so sánh luật nào đem lại trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn cho hành vi phạm tội đã được thực hiện trước thời điểm văn bản mới có hiệu lực theo quy định tại khoản 4 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL nêu trên.

Liên quan đến thời điểm phát sinh hiệu lực trở về trước, trong khi khoản 1 Nghị quyết số 109/2015/QH13 lấy mốc để xác định hiệu lực trở về trước là thời điểm Bộ luật Hình sự năm 2015 có hiệu lực thì khoản 2 của Nghị quyết này (yêu cầu áp dụng hiệu lực hồi tố cho các quy định liên quan đến hình phạt tử hình) lại căn cứ vào thời điểm Bộ luật Hình sự năm 2015 được công bố. Nghị quyết số 41/2017/QH14 cũng giữ tinh thần trên để tiếp tục không áp dụng hình phạt tử hình cho người phạm tội đủ 75 tuổi trở lên (khi phạm tội hoặc khi xét xử) kể từ ngày Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự năm 2015 được công bố. Điều 1 Nghị quyết số 01/2016/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao quy định: *“Kể từ ngày 09/12/2015 (ngày công bố Bộ luật Hình sự năm 2015), khi xét xử sơ thẩm hoặc phúc thẩm không áp dụng hình phạt tử hình theo Bộ luật Hình sự năm 1999...”*. Đối chiếu với khoản 1 Điều 156 Luật Ban

hành VBQPPL năm 2015 và khoản 1 Điều 83 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 đều quy định thống nhất rằng: *“Văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng từ thời điểm bắt đầu có hiệu lực”*. Hiệu lực hồi tố là một loại hiệu lực của VBQPPL về mặt thời gian nên hiệu lực hồi tố chỉ có thể phát sinh kể từ thời điểm VBQPPL đó phát sinh hiệu lực. Ngày công bố là ngày văn bản chưa phát sinh hiệu lực và theo nguyên tắc áp dụng pháp luật thì VBQPPL chưa có hiệu lực thì chưa thể áp dụng để giải quyết vụ việc. Như vậy, ba nghị quyết trên đã yêu cầu áp dụng hiệu lực trở về trước cho các quy định vào thời điểm mà các quy định này chưa phát sinh hiệu lực.

4. Kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật về hiệu lực trở về trước

Trước hết, pháp luật cần định nghĩa rõ thế nào là hiệu lực trở về trước; đồng thời cần làm sáng tỏ các căn cứ xác lập hiệu lực trở về trước là căn cứ vào thời điểm thực hiện hay thời điểm phát hiện hành vi; thời điểm phát sinh hiệu lực trở về trước là thời điểm văn bản có hiệu lực hay thời điểm văn bản được công bố. Theo tác giả, *hiệu lực trở về trước là hiệu lực của VBQPPL được sử dụng để điều chỉnh các hành vi hay áp dụng để giải quyết các vụ việc xảy ra trước thời điểm văn bản đó phát sinh hiệu lực*.

Thứ hai, liên quan đến vấn đề VBQPPL có được quy định hồi tố theo hướng thu hẹp quyền hoặc tăng nghĩa vụ của chủ thể, trong khi dư luận cho rằng không được hồi tố theo hướng bất lợi thì nhiều văn bản vẫn được ban hành theo hướng này. Để đảm bảo có cách hiểu thống nhất và đúng đắn, khoản 1 và 2 Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 cần được giải thích theo hướng thống nhất rằng: Nhà nước chỉ cấm ban hành văn bản hồi tố để đem đến trách nhiệm pháp lý

mới, trách nhiệm pháp lý nặng hơn, Nhà nước không cấm ban hành VBQPPL hồi tố theo hướng bất lợi cho chủ thể chịu sự điều chỉnh nếu chứng minh được hồi tố là thật sự cần thiết theo điều kiện của khoản 1 Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015. Theo đó, thiết nghĩ không được quy định hồi tố áp dụng mức thuế suất mới cao hơn vào giữa năm để áp dụng tính thuế từ đầu năm vì quy định này không thật sự thuyết phục về tính cần thiết để bảo vệ lợi ích chung của xã hội. Tuy nhiên, các quy định mang tính bán hồi tố nhằm áp đặt nghĩa vụ pháp lý mới cao hơn như tăng vốn pháp định hay thay đổi điều kiện kinh doanh nghiêm ngặt hơn suy cho cùng là cần thiết, vì pháp luật cần được cập nhật cho phù hợp với điều kiện, tình hình kinh tế, xã hội hiện hành. Hơn nữa, Nhà nước không nên tạo ra hai sân chơi pháp lý riêng biệt cho các chủ thể trong cùng lĩnh vực. Trong một số lĩnh vực, khi có văn bản mới áp đặt nghĩa vụ khắt khe hơn, sẽ không cần quy định hồi tố mà tạo ra hai cơ chế điều chỉnh khác biệt, một thời gian sau có sự chuyển tiếp tự nhiên và văn bản cũ hầu như không còn đối tượng điều chỉnh, ví dụ như lĩnh vực tuyển sinh, và đào tạo. Các lĩnh vực không có sự tự chuyển tiếp, khi áp đặt nghĩa vụ pháp lý mới theo hướng hồi tố, cơ quan ban hành phải dành thời gian hợp lý thông qua điều khoản chuyển tiếp để chủ thể chịu sự điều chỉnh có điều kiện đáp ứng đòi hỏi pháp lý mới cao hơn. Trong trường hợp văn bản hồi tố bất lợi, có nguyên nhân từ sự yếu kém, sai sót trong khâu hoạch định chính sách, thiếu tầm nhìn xa trong việc điều chỉnh thì Nhà nước cần hỗ trợ khắc phục bằng chính sách riêng, thậm chí phải chịu trách nhiệm bồi thường nếu có thiệt hại từ quy định hồi tố bất lợi do có lỗi của cơ quan ban hành.

Có như vậy, việc ban hành VBQPPL mới đảm bảo tính dân chủ.

Thứ ba, để đảm bảo nguyên tắc VBQPPL được áp dụng từ thời điểm phát sinh hiệu lực, các chủ thể ban hành VBQPPL chỉ nên cho phép áp dụng hiệu lực trở về trước đối với các quy định kể từ khi VBQPPL đó phát sinh hiệu lực, cho dù việc áp dụng hiệu lực trở về trước này luôn nhằm mang lại lợi ích cho người bị áp dụng.

Thứ tư, pháp luật cần làm rõ phạm vi của từ “trách nhiệm pháp lý” trong quy định tại khoản 4 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 theo hướng: Chỉ có trách nhiệm pháp lý hình sự, hành chính và kỷ luật thì mới phải áp dụng hiệu lực trở về trước theo hướng đem đến trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn, hoặc bãi bỏ trách nhiệm pháp lý cho người bị áp dụng, không bao gồm trách nhiệm pháp lý dân sự giữa bên này với bên kia trong quan hệ dân sự bình đẳng.

Cuối cùng, Nhà nước không nên tuyệt đối hóa việc không áp dụng hiệu lực hồi tố trong trường hợp đem đến trách nhiệm pháp lý mới. Việc đề cao lợi ích chung của xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp khác của cá nhân, tổ chức do pháp luật quy định so với việc không áp đặt trách nhiệm pháp lý mới vẫn cần thiết trong một số trường hợp hồi tố như: Người vi phạm cố tình vi phạm vì đã nắm được thông tin về một quy định như vậy sẽ được ban hành trong tương lai, hoặc họ vi phạm trong khoảng thời gian quy định đó được ban hành, công bố và chờ có hiệu lực, hoặc hành vi của họ rõ ràng là nguy hiểm, trái đạo đức dù không được ghi nhận bởi luật trong nước, nhưng pháp luật các quốc gia khác tại thời điểm đó có quy định.

QUẢN TRỊ TỐT

VÀ VẤN ĐỀ QUẢN TRỊ NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM

Vũ Thu*

Tóm tắt: *Quản trị tốt là cách thức sử dụng quyền lực để quản lý các nguồn lực kinh tế và xã hội nhằm phát triển quốc gia mang tính dân chủ, nhân bản và hiệu quả. Trong quá trình đổi mới từ năm 1986 đến nay, các thuộc tính của quản trị tốt ít nhiều đã được tiếp nhận, chuyển hoá vào lĩnh vực quản lý nhà nước ở Việt Nam qua cải cách hành chính nhà nước. Hiện nay, khi vấn đề quản trị nhà nước được đặt ra có tính thời sự, việc nhìn nhận những vấn đề căn bản của quản trị tốt, quản trị nhà nước ở Việt Nam là điều hữu ích.*

Abstract: *Good governance aims to make use of power for the management of economic and social resources with a view to develop the nation in the democratic, humane and effective manner. Since the reform era of 1986, the features of good governance have been more or less adopted and adapted into Vietnam's state governance model through administrative reforms. For the time being, since state governance issue has grabbed the headlines, conceiving the cores of good governance and state governance in Vietnam may produce helpful implications.*

1. Bản chất và đặc trưng của quản trị nhà nước tốt

1.1. Khái niệm, bản chất của quản trị nhà nước

Quản trị (governance) nói chung hay quản trị nhà nước (còn có các tên khác: Quản trị công, quản trị quốc gia...) nói riêng là khái niệm gắn liền với một tổ chức nhất định của con người¹. Quản trị là vấn đề đặc biệt quan trọng đối với mỗi tổ chức, quyết định hiệu quả, thành bại của mỗi tổ chức. Đối với lĩnh vực kinh tế, quản trị là khái niệm đã hiện diện từ hàng thế kỷ, thể hiện trong các cụm từ “quản trị doanh nghiệp”, “hội đồng quản trị”... Trong lĩnh vực nhà nước, quan niệm về quản trị được

xác lập muộn hơn nhiều, chỉ cách đây mấy thập kỷ. Nó là chủ đề cuốn hút mạnh mẽ các nhà nghiên cứu và hoạt động thực tiễn. Tuy nhiên, Nhà nước là tổ chức phức tạp nhất so với bất cứ tổ chức nào trong đời sống xã hội, điều đó làm cho nhận thức về các khía cạnh của quản trị nhà nước trở nên không đơn giản.

Bản chất của quản trị được thể hiện trong các định nghĩa, cách hiểu, diễn đạt khác nhau về quản trị, quản trị nhà nước. Một số tác giả đã thống kê hoặc nêu các quan niệm về quản trị, quản trị nhà nước², có thể chia thành các nhóm sau:

* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Theo cách hiểu chung nhất hiện nay, tổ chức là tập hợp người được tổ chức lại, hoạt động vì những quyền lợi chung, nhằm một mục đích chung (Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, 2002, tr. 1007).

² Xem: Vũ Công Giao, *Một số vấn đề lý luận về quản trị tốt*, Tạp chí Tổ chức nhà nước (điện tử), ngày 12/3/2017, tại https://tcnn.vn/news/detail/36119/Mot_so_van_de_ly_luan_ve_quan_tri_totall.html; Đỗ Minh Khôi, *Quản trị nhà nước hiện đại* trong sách “Quản trị tốt - Lý luận và thực tiễn”, Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị

a) Quan niệm quản trị liên quan đến quyền lực, cách thức sử dụng quyền lực

- Quản trị là "...cách thức mà quyền lực được thực thi thông qua các thể chế chính trị, kinh tế, xã hội của một quốc gia" (Ngân hàng thế giới - WB);

- Quản trị là "việc thực thi quyền lực chính trị, hành chính, kinh tế để quản lý các vấn đề của quốc gia ở mọi cấp độ. Nó bao gồm các cơ chế, quy trình và thiết chế mà thông qua đó, các công dân và các nhóm biểu thị sự quan tâm và thực hiện các quyền hợp pháp và nghĩa vụ của mình, cũng như cho thấy sự khác biệt của họ" (Chương trình phát triển Liên hợp quốc - UNDP);

- Quản trị nhà nước tốt là việc thực thi các loại quyền lực như kinh tế, chính trị và hành chính để quản lý tốt mọi vấn đề của đất nước ở tất cả các cấp chính quyền (UNDP);

- Quản trị là "cách thức mà nhờ đó quyền lực được thực hiện để quản lý các nguồn lực kinh tế, xã hội cho sự phát triển của một quốc gia (Ngân hàng phát triển châu Á - ADB);

- Quản trị nhà nước "là thực thi quyền lực chính trị và trong lĩnh vực chính trị. Quản trị tốt giúp thúc đẩy dân chủ và nhân quyền, thúc đẩy thịnh vượng kinh tế, ổn định và gắn kết xã hội, giảm nghèo, bảo vệ môi trường, sử dụng các nguồn tài nguyên và tăng niềm tin vào các thiết chế chính phủ và hành chính" (Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế - OECD);

quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2017, tr. 7-8; TS. Trương Quang Dũng (biên soạn), *Quản trị học*, (Trường Đại học Kinh tế tài chính), tr. 1-2, <https://www.uef.edu.vn/newsimg/pqlkh/TLOnThiThS-QUA-NTRIHOc.pdf>; Quỳnh Trang, *Nhà quản trị khác nhà quản lý như thế nào*, TheLEADER, ngày 08/8/2017; Bài giảng Quản trị nhà nước: Khái niệm Quản trị nhà nước, tại <https://tailieu.vn/doc/bai-giang-quan-tri-nha-nuoc-khai-niem-quan-tri-nha-nuoc-1877939.html>, truy cập ngày 10/4/2020.

b) Quan niệm quản trị nhà nước từ góc độ cách thức tham gia và tìm kiếm lợi ích hài hoà hay gắn quản trị với thể chế

Quản trị là: "Tập hợp của rất nhiều cách thức mà trong đó các cá nhân và thiết chế, kể cả công và tư, giải quyết các vấn đề chung của họ... Đó là một quá trình liên tục mà thông qua đó những lợi ích đa dạng và xung đột với nhau có thể được giải quyết và các hành động hợp tác có thể được thực hiện. Nó bao gồm các thiết chế và cơ chế chính thức được trao quyền để bảo đảm sự tuân thủ cũng như những thoả thuận không chính thức mà người dân và các tổ chức đã nhất trí hoặc chấp nhận để đạt được lợi ích của họ" (Commission on Global Governance).

c) Quan niệm quản trị trong mối liên hệ với thể chế, thiết chế trong thực thi quyền lực

- Quản trị là "các truyền thống và thể chế mà dựa vào đó để thực hiện quyền lực ở một quốc gia" (theo Daniel Kaufmann, Aart Kraay, Massimo Mastruzzi);

- Quản trị nhà nước là các truyền thống và thể chế thực thi quyền lực ở một quốc gia (theo Kaufmann);

- Quản trị bao gồm các quy trình và các thiết chế chính thức và phi chính thức nhằm hướng dẫn và kiểm soát hành vi tập thể của các nhóm và chính quyền, là một thành phần mà hoạt động của nó gắn với quyền hành và tạo ra nghĩa vụ chính thức (theo Gerry Stoker).

d) Quan niệm quản trị dưới góc độ là phương thức hay quá trình hoạt động

- Quản trị chính là quá trình ra quyết định và tổ chức thực hiện quyết định để quản lý, giải quyết các vấn đề chính trị, kinh tế, xã hội ở một quốc gia. Như thế, quản trị là một thuật ngữ chủ yếu gắn với tổ chức và

hoạt động của bộ máy nhà nước hay quản trị quốc gia (Vũ Công Giao);

- Thuật ngữ quản trị có nghĩa là một phương thức hoạt động hướng đến mục tiêu được hoàn thành với hiệu quả cao, bằng và thông qua những người khác;

- Quản trị là quá trình hoạch định, tổ chức, điều khiển, kiểm soát công việc và những nỗ lực của con người, đồng thời vận dụng một cách có hiệu quả mọi tài nguyên để hoàn thành các mục tiêu đề ra;

- Quản trị nhà nước là các khía cạnh thực hành quyền lực qua thể chế chính thức hoặc phi chính thức nhằm quản trị mọi nguồn tài nguyên đã giao cho Nhà nước (theo Huther và Shah)...

Những quan niệm về quản trị, quản trị nhà nước trên cho thấy, quản trị có thể được xem xét dưới những góc độ khác nhau, phản ánh tính đa dạng của hiện tượng này. Tuy nhiên, dù quan niệm thể nào thì quản trị không tách rời với quản lý, nên trong các quan niệm trên có thể thấy một yếu tố rất quan trọng của quản trị được xác định trực tiếp hay gián tiếp trong đó là quyền lực. Cụ thể hơn, có thể xem khái niệm, bản chất của quản trị hay quản trị nhà nước là *cách thức quyền lực nhà nước được sử dụng, thực hiện để quản lý các nguồn lực phục vụ phát triển quốc gia*. Quyền lực ở đây có thể hiểu là quyền lực về kinh tế, chính trị, hành chính để quản lý công việc của quốc gia ở mọi cấp độ³.

³ Xem: Đỗ Minh Khôi, *Quản trị nhà nước hiện đại*, Đặng Minh Tuấn, *Quản trị nhà nước theo nguyên tắc hiệu quả, đáp ứng kịp thời và định hướng đồng thuận*, trong sách “Quản trị tốt - Lý luận và thực tiễn”, Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2017, tr. 8, 222.

Trong sách báo liên quan đến quản trị ở nước ta, có cách hiểu nhầm na, theo đó quản trị nhà nước chính là thể chế⁴. Cách hiểu này không chỉ ra cụ thể nội hàm của khái niệm quản trị. Nhưng, thể chế không phải chỉ thuần túy là các quy định, luật lệ theo cách hiểu thể chế thông thường⁵, mà hàm ý chỉ những yếu tố nền tảng, đặc trưng cần có của quản trị liên quan đến vấn đề quyền lực, quyền lực nhà nước.

1.2. Quản trị nhà nước và quản lý nhà nước

Quản trị nhà nước và quản lý nhà nước cùng là các hoạt động có tính chất nhà nước của tổ chức nhà nước; do đó, chúng là những hoạt động công nhằm sử dụng tốt các nguồn lực để phát triển quốc gia cũng như thực hiện mục tiêu, các chức năng, nhiệm vụ của nhà nước. Tuy nhiên, quản trị nhà nước và quản lý nhà nước là khác nhau, cần được phân biệt. Sự phân biệt này có liên hệ đến cách hiểu chung về quản trị và quản lý cũng như quản trị nhà nước và quản lý nhà nước.

Một số nghiên cứu đã chỉ ra rằng, quản trị là thuật ngữ chủ yếu gắn với tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, nhưng khái niệm này còn được sử dụng trong một số bối cảnh khác như quản trị doanh nghiệp, quản trị quốc tế⁶. Hơn thế, có những nghiên cứu cho rằng, từ xưa đến nay, tất cả các tổ chức nói chung hoạt động trong các lĩnh vực kinh tế, chính trị, xã hội, văn hóa...⁷ không có tính chất nhà nước, người ta cũng

⁴ Xem: Phong Vũ, *Quản trị nhà nước đang thay đổi*, Báo Đầu tư chứng khoán (điện tử), <https://tinnhanhchungkhoan.vn/thoi-su/quan-tri-nha-nuoc-dang-thay-doi-150750.html>, truy cập ngày 10/4/2020.

⁵ Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, 2002, tr. 932.

⁶ Vũ Công Giao, *Một số vấn đề về quản trị tốt* (đã dẫn).

⁷ TS. Trương Quang Dũng (đã dẫn), tr. 1.

đã phải xem xét phân biệt quản trị với quản lý. Chẳng hạn, bàn về quản trị, quản lý trong các công ty, GS. Phan Văn Trường cho rằng, Việt Nam đang ở thời điểm bản lề, cần tạo nên một hệ thống lãnh đạo mới cần quản trị, đừng chỉ quản lý. Quản trị và quản lý khác nhau trên nhiều khía cạnh, tình huống như: Quản trị nghĩa là chọn đúng người, đúng việc, đúng thời điểm, đúng địa điểm để vận hành trơn tru; là hoạt động mang tính chiến lược; tạo ra lãnh đạo giỏi... Còn tương ứng, quản lý là làm tốt việc được giao; áp dụng quy trình; tạo ra nhân viên...⁸. Sự phân biệt quản trị với quản lý như vậy cho thấy, quản trị khác quản lý không chỉ ở tầm nhìn, cách suy nghĩ, cách làm, mà còn là đối tượng hướng tới để thực hiện hiệu quả mục tiêu của công ty. So sánh này trong một công ty ít nhiều có tính đồng dạng với sự phân biệt quản trị nhà nước với quản lý nhà nước.

Trong lĩnh vực nhà nước cũng đã có những phân biệt giữa quản trị nhà nước với quản lý nhà nước. Theo đó, quản trị nhà nước liên quan đến việc xác định, xử lý nguồn lực và tài nguyên được giao phó cho nhà nước; tổ chức quản trị các tài nguyên đó qua các thể chế chính thức, phi chính thức; đảm bảo quyền tham gia của người dân. Mỗi quan tâm chính của quản trị nhà nước là nhận biết về quyền lực, quyền lực được trao cho ai, trao như thế nào. Người điều hành quốc gia cần tổ chức các chính sách hiệu quả, cung ứng tốt các dịch vụ công, bảo đảm sự giám sát, tham gia của người dân. Trong khi đó, quản lý nhà nước chủ yếu hướng đến các hoạt động xác định thẩm

quyền của Nhà nước; phân công, phân nhiệm (giữa các cơ quan nhà nước); tổ chức thực hiện thẩm quyền; sử dụng các biện pháp khuyến khích và cưỡng chế trong quản lý. Mỗi quan tâm của quản lý nhà nước là các vấn đề tổ chức bộ máy, quy trình quản lý; thẩm quyền của từng cơ quan⁹. Trong quan niệm này, có thể thấy được quản trị nhà nước khác quản lý nhà nước ở tầm nhìn, cách suy nghĩ, cách làm cũng như đối tượng hướng tới có tính chất quyết định thành bại đối với tổ chức nhà nước ở các cấp độ. Trong đó, sự khác nhau giữa chúng có thể đặt trong sự so sánh giữa khái niệm quản lý ở tầm vĩ mô và quản lý nhà nước ở tầm vi mô được biết đến hiện nay. Chẳng hạn, cải cách hành chính đã dẫn đến việc xác định Chính phủ, các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ tập trung nhiều hơn vào công tác xây dựng chính sách, pháp luật, chiến lược, quy hoạch, kế hoạch phát triển tổng thể kinh tế – xã hội của cả nước. Đó là quản lý vĩ mô, với nội dung của quản trị nhà nước, phân biệt rất rõ với quản lý vi mô của các cơ quan hành chính, quản lý các cá nhân, tổ chức cụ thể liên quan với việc chỉ đạo, kiểm tra, các tác nghiệp quản lý có tính chuyên môn... Tuy có sự khác nhau, nhưng quản trị nhà nước có quan hệ chặt chẽ với quản lý nhà nước. Quản trị nhà nước tác động có tính quyết định đến thành công hay thất bại trong việc thực hiện mục tiêu của cơ quan, tổ chức. Nhưng, quản trị không tự mình thực hiện các hoạt động thực hiện mục tiêu của cơ quan, tổ chức mà phải thông qua, nhằm đến quản lý nhà nước. Quản trị không thể tốt trên thực tế nếu quản lý nhà nước không được thực hiện tốt. Mỗi

⁸ GS. Phan Văn Trường - chuyên gia cao cấp về đàm phán quốc tế, cố vấn cho Chính phủ Pháp (theo Đặng Hoa, *Quản trị khác quản lý như thế nào?* The Leader, truy cập ngày 23/8/2019).

⁹ *Bài giảng quản trị nhà nước: Khái niệm quản trị nhà nước*, tại <https://tailieu.vn/doc/bai-giang-quan-tri-nha-nuoc-khai-niem-quan-tri-nha-nuoc-1877939.html>, truy cập ngày 10/4/2020.

quan hệ giữa chúng thể hiện ở nhận định rằng, quản trị tốt và chủ nghĩa quản lý mới (hay quản lý công mới) được trình bày dưới dạng kết quả song sinh¹⁰.

Câu hỏi đặt ra ở đây là quản trị nhà nước, quản lý nhà nước liên quan đến hoạt động nào của Nhà nước. Trong các nghiên cứu về nhà nước hiện nay, có những cách hiểu rộng hẹp về quản lý nhà nước. Theo nghĩa rộng nhất, quản lý nhà nước được hiểu là toàn bộ hoạt động của bộ máy nhà nước gồm lập pháp, hành pháp, tư pháp nhằm thực hiện các chức năng, nhiệm vụ của Nhà nước. Còn theo nghĩa hẹp, quản lý nhà nước được hiểu là hoạt động quản lý của các cơ quan nhà nước trong lĩnh vực hành pháp (hoặc để thực hiện quyền hành pháp), chủ yếu là hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước¹¹. Nếu hiểu quản trị nhà nước liên quan đến hành pháp, lập pháp thì không có gì phải tranh luận. Tuy nhiên, cách hiểu quản trị tốt bao gồm một dịch vụ công cộng hiệu quả, một hệ thống tư pháp đáng tin cậy và một chính quyền có trách nhiệm với công chúng thì cần phải luận giải thêm¹². Ở đây, quản trị nhà nước gồm cả “một hệ thống tư pháp đáng tin cậy” thì phải chăng tư pháp cũng là một bộ phận cấu thành của quản trị nhà nước? Để làm rõ vấn đề này, cần xuất phát từ các quan niệm tương quan hiện nay của nó với quản lý nhà nước, đồng thời phải xem xét yếu tố đặc biệt quan trọng gắn với mục đích của nó: Quản lý là nhằm sử dụng các nguồn lực (tài

nguyên) kinh tế, xã hội để phát triển quốc gia. Tư pháp không thể làm được việc này. Nó chỉ là quyền lực được sử dụng để giải quyết tranh chấp hay vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, quản trị tốt không thể không có hệ thống tư pháp tốt bảo đảm pháp luật được thực thi đúng. Hai yếu tố còn lại của quản lý nhà nước theo nghĩa rộng: Lập pháp cần thiết để tạo lập thể chế và giám sát quản trị, quản lý nhà nước, còn hệ thống hành pháp hay bộ máy hành chính nhà nước đóng vai trò quan trọng nhất trong quản lý nhà nước. Trên thực tế, khi bàn về quản trị nhà nước, chúng ta thấy bộ phận quản lý nhà nước được nói đến tập trung và chủ yếu là bộ máy hành chính nhà nước, tiếp đến là hệ thống lập pháp.

Những trình bày trên đây cho thấy, quản trị nhà nước, quản lý nhà nước là những thuật ngữ có quan hệ chặt chẽ, cùng tồn tại gắn với tổ chức và hoạt động của Nhà nước và thống nhất về mục đích chung trong việc sử dụng các nguồn lực phục vụ phát triển đất nước. Cần tiếp cận quản trị nhà nước theo hướng tồn tại cùng với quản lý nhà nước hơn là việc thay thế thuật ngữ “quản lý nhà nước” bằng “quản trị nhà nước”¹³.

1.3. Sự ra đời và một số khía cạnh của quản trị nhà nước, quản trị tốt

Thuật ngữ quản trị nhà nước gắn với sự hình thành mô hình quản lý công mới, sự chuyển đổi mô hình nhà nước và yêu cầu phát triển đối với các nước thuộc thế giới thứ ba. Các nghiên cứu đã chỉ ra rằng, từ thập kỷ 80 và những năm đầu thập kỷ 90 của thế kỷ trước, các nước phương Tây đã

¹⁰ George A.Larbi, *The New Public Management Approach and Crisis States*, (UNRISD Discussion Paper No. 112, September 1999), tr. 10, <https://gsdr.c.org/document-library/the-new-public-management-approach-and-crisis-states/>, truy cập ngày 10/4/2020.

¹¹ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Giáo trình Luật hành chính Việt Nam, Nxb. Hồng Đức, 2017, tr. 17-18.

¹² Xem: George A.Larbi (đã dẫn), tr. 10.

¹³ Phạm Thị Hồng Điệp, *Vận dụng mô hình “Quản trị nhà nước tốt” ở Việt Nam*, Tạp chí Khoa học, Đại học quốc gia Hà Nội: Kinh tế và kinh doanh, Tập 33, số 3 (2017), tr. 1, <http://ueb.edu.vn/newsdetail/so%203/20172/van-dung-mo-hinh-quan-tri-nha-nuoc-tot-o-viet-nam.htm>, truy cập ngày 10/4/2020.

chuyển sang phương thức quản lý khu vực công mới, xuất phát từ chỗ hoạt động của khu vực công không hiệu quả, chi phí cao, nhưng chất lượng dịch vụ lại rất thấp¹⁴. Phương thức quản lý mới này có những tên gọi khác như: Chủ nghĩa quản lý, nền hành chính dựa vào thị trường, hành chính hiện đại... Đặc điểm của của phương thức quản lý mới là trong nội dung, ngoài những yếu tố của hành chính truyền thống, còn hấp thụ nhiều kinh nghiệm, yếu tố quản lý của khu vực tư nhân thể hiện ở việc tập trung nhiều hơn vào vấn đề hiệu quả, đề ra các mục tiêu, các ưu tiên và chương trình để đạt được mục tiêu, hệ thống nhân sự linh hoạt, giảm bớt phạm vi can thiệp của Chính phủ, nhà quản lý phải là nhà chính trị - hành chính... Cũng trong khoảng thời gian đó, thuật ngữ quản trị hình thành, thể hiện sinh động trong mối quan hệ chặt giữa quản trị tốt và vấn đề cải cách quản lý khu vực công. Quản trị tốt là sự tổng kết các kinh nghiệm rộng lớn và đa dạng trên toàn thế giới¹⁵, trước hết là từ thực tiễn các nước phương Tây. Cuộc tranh luận về quản trị tốt và các yêu cầu của nó tạo ra động lực cho cách tiếp cận mới đối với cải cách quản lý khu vực công¹⁶. Tóm lại, quản trị nhà nước, quản trị tốt gắn liền với cải cách quản lý khu vực công.

Sự xuất hiện thuật ngữ quản trị, quản trị

tốt liên quan chặt chẽ với sự chuyển đổi mô hình nhà nước. Đó là sự chuyển dịch từ chính quyền (government) sang quản trị (governance), quản trị tốt. Quản trị tạo lập các điều kiện cho những quy tắc và hoạt động tập thể không chỉ bao hàm, mà còn mở rộng ra bên ngoài các thiết chế nhà nước. Quản trị nhà nước truyền thống nhấn mạnh vai trò của Nhà nước ban hành và thực thi các quy tắc quản trị bằng bộ máy chức nghiệp trong phạm vi lãnh thổ quốc gia và thông qua các mối quan hệ trong nội bộ nhà nước, liên quan đến Nhà nước. Trước các thách thức của toàn cầu hoá, đòi hỏi của việc giải quyết các vấn đề xã hội như đói nghèo, môi trường, xung đột, tội phạm... quản trị hiện đại chuyển dịch từ mô hình một trung tâm quyền lực có tính thứ bậc sang đa trung tâm, đa tầng, đa diện và đa chủ thể theo mô hình mạng lưới. Nó nhấn mạnh vai trò, địa vị của các chủ thể trong quản trị xã hội và quản trị nhà nước và thay đổi phương thức quản trị của nhà nước. Sự kiện đáng chú ý vào cuối thế kỷ XX, đầu thế kỷ XXI là sự hình thành và phát triển của nhà nước điều tiết, là mô hình nhà nước kế tiếp mô hình nhà nước phúc lợi. Theo đó, nhà nước điều tiết là sự chuyển dịch cách thức quản trị từ mô hình trực tiếp cung ứng dịch vụ công gắn với vai trò của nhà nước phúc lợi sang mô hình nhà nước giám sát. Việc cung ứng này được tiến hành bởi các chủ thể khác, một mô hình quản trị mạng lưới đa tầng, đa chủ thể, có sự kiểm soát, hợp tác qua lại giữa các chủ thể quản trị có trách nhiệm¹⁷.

Khi đề cập quản trị nhà nước, quản trị tốt, các nghiên cứu chỉ ra rằng, quản trị tốt có liên quan chặt chẽ với vấn đề tìm kiếm mô hình phát triển cho các nước thuộc thế

¹⁴ Nguyễn Thị Hồng Hải, *Vận dụng một số nội dung của mô hình quản lý công mới vào cải cách hành chính ở Việt Nam*, VUSTA, ngày 07/12/2011, <http://vusta.vn/chitiet/tin-tuyen-sinh-dao-tao/Van-dung-mo-t-so-noi-dung-cua-mo-hinh-quan-ly-cong-moi-vao-cai-cach-hanh-chinh-o-Viet-Nam-1011>, truy cập ngày 10/4/2020.

¹⁵ UN-OHLLLS, UNDP, *Governance for the Future - Democracy and Development in the Least Developed Countries*, tr. 1, <http://unohrlls.org/UserFiles/File/Publications/Governancereport.pdf>, truy cập ngày 10/4/2020.

¹⁶ George A.Larbi, (đã dẫn), tr. 9- 10.

¹⁷ Xem: Đỗ Minh Khôi (đã dẫn), tr. 7-22.

giới thứ ba theo hướng lại gần với mô hình chính trị, kinh tế của các nước phương Tây. Chính các nhà tài trợ lớn và các cơ quan phát triển quốc tế, đặc biệt là Ngân hàng thế giới khi tài trợ cho các nước đang phát triển đã xem xét các chính sách viện trợ và đặt ra yêu cầu về tự do hoá chính trị và tái cấu trúc khung quản trị đối với các nước tiếp nhận¹⁸. Đây là bối cảnh rất quan trọng, vừa để khẳng định vai trò, giá trị của quản trị ở các nước phương Tây, cũng như vừa tổng kết, đúc rút kinh nghiệm về quản trị tốt cho các quốc gia nghèo.

Nghiên cứu tổng quát bối cảnh hình thành và xem xét các khía cạnh quản trị nhà nước có thể thấy một số nét đáng chú ý:

Một là, đến những năm 80 thế kỷ trước, vấn đề quản trị, quản trị nhà nước mới được tranh luận. Như thế trước đó, nội hàm quản trị nhà nước nằm trong chính nội hàm các khái niệm hành chính công hoặc quản lý công. Hiện nay, có xu hướng ưa dùng quản lý công hơn là hành chính công. Lý do chủ yếu có thể là hành chính chủ yếu thể hiện phương diện chấp hành, tuân theo các mệnh lệnh, trong khi quản lý lại hàm ý việc hướng đến các hiệu quả nhất định.

Hai là, quản trị nhà nước phân biệt với quản lý công, nhưng nó vẫn thuộc lĩnh vực quản lý công hay là hành pháp, hành chính công. Quản trị nhà nước hay quản trị tốt cùng với quản lý công mới, cả hai đều thuộc lĩnh vực chính trị của đời sống xã hội, đều hướng đến mục đích chung là sử dụng hiệu quả các nguồn lực hay tài nguyên của đất

nước nhằm mục đích phát triển quốc gia. Quản lý công tốt chú trọng đến trách nhiệm và đáp ứng nhu cầu của khách hàng đã được coi là một khía cạnh của quản trị tốt¹⁹.

Ba là, bản chất chính trị của quản trị nhà nước là vấn đề dân chủ. Nó xuất phát từ việc chuyển từ độc quyền của Nhà nước sang mô hình quản trị mạng lưới đa tầng, đa chủ thể có sự kiểm soát, hợp tác qua lại giữa các chủ thể quản trị, có trách nhiệm²⁰. Nhà nước vừa là chủ thể quản trị xã hội, vừa là đối tượng được quản trị bởi công dân và các thiết chế xã hội khác²¹. Đặc điểm vừa nêu của quản trị nhà nước cho thấy, quản trị có định hướng hiện thực hoá các giá trị phổ quát, thoả mãn nguyện vọng, mong muốn của số đông người dân. Do đó, chính quyền sẽ chỉ như chủ thể hoạt động điều phối những khác biệt lợi ích của các chủ thể đa dạng²².

Bốn là, liên quan đến bản chất kể trên, thuật ngữ quản trị dùng để chỉ việc tạo lập các điều kiện cho những quy tắc trật tự và hoạt động tập thể, trong đó quá trình ra quyết định không chỉ có các thiết chế nhà nước mà còn mở rộng ra bên ngoài hệ thống các thiết chế nhà nước²³. Điều này cũng thể hiện rằng, khái niệm quản trị nhà nước gắn với những thay đổi vai trò, chức năng của bộ máy nhà nước cũng như quan niệm về quản lý công.

Năm là, quản trị nhà nước gắn với tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Nhưng, tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước lại gắn với nhiều yếu tố như đơn vị hành chính - lãnh thổ. Do đó, có sự phân

¹⁸ Xem: George A.Larbi (đã dẫn), tr. 9-10; Nguyễn Văn Quân, *Nguồn gốc và sự phát triển của nguyên tắc quản trị tốt*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội: Luật học, Tập 33, số 3 (2017), tr. 31-32, <http://ueb.edu.vn/newsdetail/so%203/20172/van-dun-g-mo-hinh-quan-tri-nha-nuoc-tot-o-viet-nam.htm>, truy cập ngày 10/4/2020.

¹⁹ George A.Larbi (đã dẫn), tr. 9.

²⁰ Đỗ Minh Khôi (đã dẫn), tr. 19.

²¹ Phạm Thị Hồng Điệp (đã dẫn), tr. 1.

²² Nguyễn Văn Đáng, *Về các khái niệm “hành chính công”, “quản lý” và “quản trị”*, Tạp chí Khoa học Nội vụ, số 34, tháng 01/2020, tr. 40.

²³ Xem Đỗ Minh Khôi (đã dẫn), tr. 7.

biệt các cấp độ quản trị khác nhau ở cấp độ toàn quốc và ở cấp độ địa phương. Có nguyên tắc chung cho các cấp, nhưng mỗi cấp cũng có một số đặc trưng riêng²⁴.

1.4. Các yếu tố đặc trưng của quản trị tốt

Các nhà nghiên cứu về quản trị và các tổ chức quốc tế như WB hay UNDP đều chia sẻ nhận định rằng, hệ thống quản trị nhà nước là một trong những yếu tố chính để dẫn đến sự thành công hay thất bại của một quốc gia²⁵. Hệ thống này thường được gọi là quản trị tốt. Các đặc trưng hay yêu cầu của quản trị tốt là các yếu tố nội tại thể hiện chất lượng, bản chất của hệ thống quản trị. Chúng được đúc rút từ kinh nghiệm quản trị của các quốc gia phát triển cũng như đang phát triển.

Có những quan niệm khác nhau về các yếu tố đặc trưng của quản trị tốt. Có quan niệm cho rằng, quản trị nhà nước gồm 4 yếu tố hay trụ cột là: Minh bạch, trách nhiệm giải trình, sự tham gia của người dân vào các quyết định của chính quyền, pháp quyền (hoặc khả năng có thể đoán trước). Nhưng, cũng có quan niệm cho rằng, còn những đặc trưng khác như: Đồng thuận, công bằng và thu hút, hiệu lực và hiệu quả... Không thể tìm được sự thống nhất, trùng hợp hoàn toàn giữa các nhà nghiên cứu, các tổ chức quốc tế về số lượng các đặc trưng cũng như nội dung của nó. Có thể nêu một đặc trưng chủ yếu và nội hàm của nó như sau:

²⁴ Vũ Công Giao, *Một số vấn đề lý luận về quản trị tốt* (đã dẫn); Đào Thị Thanh Thủy, *Quản trị địa phương - phương thức nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của chính quyền địa phương*, Tạp chí Tổ chức nhà nước (điện tử), https://tcnn.vn/news/detail/32141/Quan_tri_dia_phuong_phuong_thuc_nang_cao_chat_luong_hieu_qua_hoat_dong_cua_chinh_quyen_dia_phuongall.html, truy cập ngày 10/4/2020.

²⁵ Phong Vũ (đã dẫn).

Tính minh bạch: Cho phép lưu thông tự do luồng thông tin với chi phí thấp, dễ hiểu, đáng tin và kịp thời.

Trách nhiệm giải trình: Nghĩa vụ trả lời và giải thích các vấn đề liên quan tới hành động và hoạt động của một ai đó cho người có quyền yêu cầu trả lời và giải thích.

Pháp quyền: Có khuôn khổ pháp luật, hành lang pháp lý công bằng, bảo đảm quyền con người và được thực thi không thiên vị, có nền tư pháp độc lập.

Sự tham gia của người dân: Mọi người dân đều có tiếng nói trong quá trình ra quyết định, gồm cả người nghèo và người dễ bị tổn thương.

Định hướng đồng thuận: Giữa các nhóm xã hội có các lợi ích tương đồng và lợi ích khác biệt. Quản trị hướng đến trung hoà được các lợi ích khác biệt, tìm ra các lợi ích cũng như các giá trị, chuẩn mực chung của các nhóm xã hội nhằm mục tiêu cùng phát triển ổn định.

Công bằng: Bảo đảm để các thành viên của xã hội được phục vụ công bằng, không có sự phân biệt về giai cấp, dân tộc, tôn giáo... Mặt khác, không tạo ra sự loại trừ đối với các thành viên của xã hội trong việc tham gia và giám sát hoạt động quản trị.

Hiệu quả: Tạo ra các kết quả đáp ứng yêu cầu của xã hội với sự sử dụng tối ưu các nguồn lực xã hội và kinh tế cho phát triển quốc gia. Trong đó bao gồm cả việc giám sát chất lượng cung cấp dịch vụ và phòng, chống tham nhũng.

Kịp thời: Đòi hỏi các thiết chế và tiến trình phải phục vụ tất cả các chủ thể liên quan trong một khung thời gian có thể chấp nhận.

Trên đây là những đặc trưng được các nhà nghiên cứu, các tổ chức quốc tế đề cập nhiều hoặc thường đề cập. Đó là vì trong

quan niệm về quản trị tốt, các tổ chức quốc tế, các công trình nghiên cứu, do góc nhìn, mục đích khác nhau mà các tác giả, các tổ chức nêu ý kiến riêng của mình. Cũng đã có nghiên cứu đặt vấn đề so sánh về các yếu tố của quản trị tốt giữa một số tổ chức²⁶. Trong các công trình nghiên cứu, một số tác giả nói đến đặc trưng “pháp quyền” như trên²⁷, nhưng có những ấn phẩm lại diễn đạt vấn đề tương tự thành đặc trưng là: “*Khả năng có thể dự đoán*” với nội dung quy định pháp luật và các kết quả rút ra từ các quy định pháp luật phải rõ ràng, có thể biết trước được và được thực hiện thống nhất, hiệu quả²⁸. Tức là, các tác giả đã tập trung vào vấn đề nóng nhất có liên quan đến thể hiện nguyên tắc pháp quyền trong quản trị trong đời sống pháp luật ở nhiều quốc gia. Và ở đây, các tác giả lại đồng thời đặt ra cả vấn đề hiệu quả.

Những đặc trưng trên đây phản ánh quản trị nhà nước trên khía cạnh là cách thức sử dụng quyền lực nhà nước hoặc quá trình ra quyết định để quản lý xã hội. Các đặc trưng tồn tại không tách biệt nhau trong quản trị tốt mà thống nhất phản ánh cách thức thực hiện quyền lực. Về thực chất, chúng là linh hồn, thể hiện tinh thần, bản chất của cách hiểu về “quản trị tốt”. Không ngẫu nhiên mà hàng loạt các tổ chức quốc tế

đều chỉ ra các đặc trưng đó để định nghĩa quản trị tốt²⁹. Từ đó, có thể hiểu quản trị tốt là tập hợp các tiêu chí về quản lý xã hội nhằm hướng đến mục tiêu thúc đẩy, bảo đảm sự phát triển hài hoà, bền vững một quốc gia³⁰. Nhưng, quản trị tốt cũng có thể được hiểu là các thuộc tính trong sử dụng quyền lực nhà nước để quản lý tối ưu các nguồn lực phục vụ phát triển đất nước.

Nhìn tổng quát, quản trị nhà nước, quản trị tốt là hiện tượng được xem xét từ nhiều chiều cạnh. Điều đặc biệt quan tâm là quản trị nhà nước, quản trị gắn liền với cách thức quyền lực trong quản lý nhà nước nhằm sử dụng các nguồn lực kinh tế và xã hội bảo đảm cung ứng các dịch vụ công tốt cho đời sống xã hội, phát triển quốc gia. Quản trị tốt là giá trị lớn, đồng thời là xu hướng lớn trong lĩnh vực quản lý nhà nước từ cuối thế kỷ XX đến nay. Nó phản ánh trong đó những vấn đề mang tính quy luật liên quan đến vai trò của Nhà nước và xã hội trong quản lý để phát triển quốc gia.

2. Một số vấn đề về quản trị nhà nước ở nước ta

Cho đến nửa đầu thập niên 1980, lý luận về Nhà nước, về quản lý nhà nước nói chung vẫn “yên bình”, cho dù những kết quả đưa lại trong thực tế không như mong đợi. Với nhận thức chung khi đó, theo hình mẫu Liên Xô và các nước xã hội chủ nghĩa khác, nước ta hướng đến mục tiêu xây dựng xã hội với kiểu hình thái kinh tế - xã hội cộng sản chủ nghĩa, ở giai đoạn xã hội chủ

²⁶ Xem: Đỗ Minh Khôi (đã dẫn), tr. 8-9.

²⁷ Vũ Công Giao, *Một số vấn đề lý luận về quản trị tốt*, trong sách: “Quản trị tốt - Lý luận và thực tiễn”, Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2017, tr. 41; Phạm Thị Hồng Diệp (đã dẫn), tr. 2-3.

²⁸ *Việt Nam tiến vào thế kỷ XXI – Báo cáo phát triển Việt Nam 2001- Các trụ cột của sự phát triển*, Báo cáo chung của Ngân hàng thế giới, Ngân hàng phát triển châu Á và Chương trình phát triển Liên hợp quốc tại Hội nghị các nhà tài trợ cho Việt Nam, năm 2000, tr. 125.

²⁹ Các tổ chức UNDP, WB, ADB, EC, IMF... Xem: Vũ Công Giao, *Một số vấn đề lý luận về quản trị tốt*, trong sách: “Quản trị tốt - Lý luận và thực tiễn”, Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2017, tr. 38, 39.

³⁰ Vũ Công Giao, *Một số vấn đề lý luận về quản trị tốt*, (đã dẫn).

nghĩa. Đáng chú ý trong hình thái đó, cơ sở hạ tầng là kiểu quan hệ sản xuất xã hội chủ nghĩa với hai hình thức sở hữu toàn dân và tập thể, còn kiến trúc thượng tầng trong thiết chế nhà nước xã hội chủ nghĩa thuộc về nhân dân thực hiện chức năng, nhiệm vụ chuyên chính vô sản³¹. Qua hàng chục năm cụ thể hoá nhận thức ấy, nền kinh tế được tạo lập là nền kinh tế kế hoạch hoá, Nhà nước vừa là tổ chức chính trị, vừa là tổ chức kinh tế, không chỉ quản lý nhà nước mà quản lý cả sản xuất, kinh doanh. Nhà nước quản lý nền kinh tế bằng các mệnh lệnh hành chính. Vì vậy, nền kinh tế ấy còn được gọi là nền kinh tế chỉ huy.

Cho đến nay, trong nền kinh tế ấy, người ta vẫn không quên được những tranh luận không có hồi kết về các vấn đề như cách thức kế hoạch hoá, hợp đồng kinh tế, thu mua sản phẩm trong doanh nghiệp nhà nước, các hợp tác xã, phân phối sản phẩm... Trong bối cảnh như vậy, lý luận về Nhà nước và quản lý nhà nước không có gì mới, không thể thoát ra ngoài những lý luận được xem là khuôn mẫu, giới hạn không được phép vượt qua. Nó thường chỉ quẩn quanh bàn về các vấn đề đã được xem là chân lý, không được phép thay đổi.

Tuy nhiên, những kết quả lại không tương thích, không đẹp như lý thuyết. Theo lý thuyết thì nền kinh tế kế hoạch hóa với cơ chế quản lý tập trung quan liêu, bao cấp dựa trên hai hình thức sở hữu xã hội chủ nghĩa toàn dân và tập thể sẽ là nền kinh tế ưu việt, tạo ra năng suất lao động cao, thỏa mãn các nhu cầu vật chất và tinh thần ngày càng cao của người dân. Nhưng, trên thực tế, điều đó không xảy ra. Ngược lại, mô hình nền kinh tế tập trung quan liêu, bao cấp đã dẫn tới

khủng hoảng kinh tế - xã hội, mà đỉnh điểm của nó vào giữa năm 1986, đòi hỏi phải đổi mới toàn diện kinh tế và các mặt khác của đời sống xã hội.

Trong thời kỳ đổi mới, ở lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 vào năm 2001, Điều 15 được quy định lại như sau: “*Nhà nước xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ trên cơ sở phát huy nội lực, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế; thực hiện công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước. Nhà nước thực hiện nhất quán chính sách phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất, kinh doanh đa dạng dựa trên chế độ sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, sở hữu tư nhân, trong đó sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể là nền tảng*”. Hiến pháp hiện hành năm 2013, tại các Điều 52 và 53 đã khẳng định rõ: “*Nền kinh tế Việt Nam là nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế; kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo*” và “*Nhà nước xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế, điều tiết nền kinh tế trên cơ sở tôn trọng các quy luật thị trường; thực hiện phân công, phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước; thúc đẩy liên kết kinh tế vùng, bảo đảm tính thống nhất của nền kinh tế quốc dân*”.

Như vậy, với quá trình đổi mới, xây dựng và hoàn thiện nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, vai trò của Nhà nước đã rất khác so nền kinh tế kế hoạch hóa trước đây. Nếu như trước đây, một tay Nhà nước gần như làm tất cả, vừa quản lý nhà nước, vừa quản lý cả sản xuất, kinh doanh, phân phối... thì nay chỉ làm đúng chức năng quản lý nhà nước. Điều đó cho thấy, lý thuyết về vai trò của Nhà nước,

³¹ Xem các điều 2, 5, 15-26... Hiến pháp năm 1980.

quản lý nhà nước có những thay đổi nhất định, nhưng vẫn phải tiếp tục tìm tòi, khẳng định. Ví dụ, trong lĩnh vực công nghiệp, thương mại, chuyển động trong nhận thức mới về quản lý nhà nước phải đổi diện một cách khó khăn khi xem xét, giải quyết hiện tượng “vượt rào” (hoặc “xé rào”, “phá rào”) tràn đầy trên báo chí thời gian mới bước vào Đổi mới. Thực chất, đó là việc các cơ quan nhà nước, địa phương, doanh nghiệp nhà nước giữa lúc giao thời cho rằng, cần phải thay đổi tư duy quản lý cũ để “cởi trói”, phát triển sản xuất, kinh doanh. Hay khả quan hơn, trong lĩnh vực nông nghiệp, Nghị quyết 10 của Bộ Chính trị với bước đột phá trong tư duy quản lý kinh tế, lần đầu tiên thừa nhận và khẳng định hộ gia đình là đơn vị kinh tế tự chủ, người nông dân được trao quyền sử dụng đất và mức khoán lâu dài. Năm 1990, chỉ sau hai năm áp dụng Nghị quyết, lần đầu tiên nước ta không phải nhập khẩu gạo để cứu đói và đến năm 1991, Việt Nam đã xuất khẩu gạo và cho đến ngày hôm nay, nước ta trở thành quốc gia xuất khẩu gạo đứng top đầu thế giới³².

Như vậy, quá trình đổi mới với việc từng bước hình thành và phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, đồng thời đổi mới tư duy về quản lý nhà nước, đời sống kinh tế và các quan hệ khác của đời sống xã hội đã khởi sắc và được khẳng định bằng những kết quả rõ rệt. Tuy nhiên, như đã trình bày ở trên, đây cũng là thời điểm mà bản thân các nước phát triển và các tổ chức quốc tế trong quá trình tài trợ các nước nghèo (trong đó có nước ta) cũng đang trong quá trình hình thành và khái quát

lý luận về quản trị, quản lý công mới, nhằm mục đích sử dụng có hiệu quả các nguồn lực trong quản lý để phát triển quốc gia. Đây chính là điểm gặp gỡ giữa nước ta với thế giới và là nhân tố hết sức quan trọng giúp cho việc nhận thức lý luận về quản trị, quản lý ở nước ta. Trong quá trình này, khó khăn trong việc tiếp cận quản trị, quản trị tốt nằm ở nhận thức lý luận về Nhà nước và quản lý xã hội chủ nghĩa đã ăn sâu, cố định trong tư duy của hầu hết cá nhân và xã hội. Tuy nhiên, qua nhiều kênh khác nhau, lý luận về quản trị, quản lý công mới đã từng bước thâm nhập vào nước ta, góp phần đổi mới nhận thức lý luận và được sử dụng để lý giải, dẫn hướng cho thực tiễn. Đó là ý kiến của các chuyên gia, nhà nghiên cứu nước ngoài, trong nước; nhận thức của cán bộ, công chức có được qua các chuyến khảo sát, quá trình đào tạo ở nước ngoài... trong bối cảnh đất nước ngày càng cởi mở trong xu thế toàn cầu hoá. Đặc biệt, nhờ Internet, không khó trong việc tìm kiếm thông tin nghiên cứu cũng như thực tiễn về quản lý nhà nước ở các nước. Trong điều kiện như vậy, chúng ta thấy nhiều lý luận mới mẻ mà trước đó không được biết đến hoặc cảm phổ biến đã xuất hiện ở nước ta: Nhà nước pháp quyền, nhà nước điều chỉnh, nhà nước kiến tạo, các mô hình hành chính nhà nước, trong đó có nền hành chính phát triển, lý luận về quản lý công mới... Nhiều vấn đề lý luận đã có từ lâu ở các nước, nhưng đối với chúng ta còn mới mẻ như hành chính công, hành chính tư...

Từ nước ngoài, các thuộc tính, các giá trị trong lý luận quản trị nhà nước, quản trị tốt cũng như quản lý công mới đã vào nước ta theo cách như vậy sau hàng chục năm. Nó phản ánh nhu cầu trong lĩnh vực quản lý công để phát triển xã hội ở nước ta. Quá trình đó diễn ra theo cách dần dần, từ từ.

³² Phương Chi, *Từ “khoán hộ” đến những đổi mới trong lĩnh vực nông nghiệp*, <https://vov.vn/kinh-te/tu-khoan-ho-den-nhung-doi-moi-trong-nong-nghiep-1003168.vov>, truy cập ngày 25/01/2020.

Nhưng, trong khoảng trên chục năm trở lại đây, lý thuyết về quản trị nhà nước, quản trị tốt vào nước ta bỗng thấy rõ lên³³, dù quan niệm về chúng đã xuất hiện trên thế giới từ những năm 80, 90 thế kỷ XX³⁴.

Thật ra, khái niệm “quản trị” không phải là điều hoàn toàn mới mẻ trong đời sống kinh tế và pháp lý nước ta. Nó đã xuất hiện trong Điều lệ mẫu hợp tác xã nông nghiệp bậc thấp được ban hành theo Thông tư số 449-TTg ngày 17/12/1959, nghĩa là trước khi khái niệm quản trị nhà nước được hình thành trên dưới 20 năm³⁵. Ban quản trị hợp tác xã là khái niệm để chỉ bộ phận những người quản lý trong hợp tác xã gồm chủ nhiệm, phó chủ nhiệm và các uỷ viên khác có nhiệm vụ chủ yếu là điều khiển công việc sản xuất của hợp tác xã (Điều 36). Đối với nông trường quốc doanh, trong pháp luật cũng có khái niệm gần như vậy để chỉ những người chỉ đạo của nông trường

được gọi là ban quản đốc³⁶. Tuy nhiên, hai chữ “quản trị” chưa bao giờ được xem xét về mặt lý luận. Sau một thời gian dài đổi mới (từ năm 1986) với những nhận thức và kết quả đạt được trong cải cách nền hành chính nhà nước, ngày 17/9/2001, Thủ tướng Chính phủ đã phê duyệt Chương trình Tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2001-2010 theo Quyết định số 136/2001/QĐ-TTg. Tuy ý niệm về quản trị nhà nước chưa nổi rõ, càng chưa được xem xét như một vấn đề lý luận, nhưng trên thực tế, theo các kênh đã nêu, một số yếu tố đặc trưng của quản trị nhà nước đã được phản ánh trực tiếp hay gián tiếp trong Chương trình. Điều đó thể hiện trong mục tiêu cải cách nền hành chính nhà nước như sau: “Mục tiêu chung của Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2001-2010 là: *Xây dựng một nền hành chính dân chủ, trong sạch, vững mạnh, chuyên nghiệp, hiện đại hóa, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả theo nguyên tắc của nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa dưới sự lãnh đạo của Đảng; xây dựng đội ngũ cán bộ, công chức có phẩm chất và năng lực đáp ứng yêu cầu của công cuộc xây dựng, phát triển đất nước. Đến năm 2010, hệ thống hành chính về cơ bản được cải cách phù hợp với yêu cầu quản lý nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*”. Trong mục tiêu này của cải cách hành chính nhà nước, có thể thấy ở đó thấp thoáng những yếu tố của quản trị nhà nước tốt như: Dân chủ, pháp quyền, trong sạch (có hàm ý về minh bạch), hoạt động có hiệu lực, hiệu quả. Cho đến nay, vấn đề đổi mới quản trị, quản lý nhà nước theo tinh thần của quản trị tốt có thể thấy ngày càng rõ trong pháp luật cũng

³³ Ví dụ: PGS.TS. Vũ Công Giao, PGS.TS. Nguyễn Hoàng Oanh, PGS.TS. Đặng Minh Tuấn, TS. Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), *Quản trị tốt – Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, năm 2017; Đại sứ quán Anh, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Viện Môi trường và Xã hội đồng tổ chức hội thảo: *Công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình trong quản trị nhà nước và phòng, chống tham nhũng trên thế giới và ở Việt Nam*, tại Hà Nội, ngày 03/10/2019...

³⁴ Xem: Nguyễn Văn Quân, *Nguồn gốc và sự phát triển của nguyên tắc quản trị tốt*, Tạp chí Khoa học, Đại học Quốc gia Hà Nội: Luật học, Tập 33, số 1 (2017), tr. 31-33; Vũ Công Giao, chuyên đề “*Khái niệm, sự hình thành, các yếu tố đặc trưng và các cấp độ của quản trị nhà nước*” thuộc đề tài cấp bộ “*Quản trị nhà nước trong quá trình phát triển ở Việt Nam hiện nay*” (2020-2021), cơ quan chủ quản: Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, Chủ nhiệm: Vũ Thư, tr. 2-4.

³⁵ Đây cũng là mốc rất xa thời điểm hình thành khái niệm quản trị nhà nước (hay quản trị quốc gia, quản trị công) hiện nay đang được sử dụng.

³⁶ Xem: Mục V của Chỉ thị số 366-TTg về công tác củng cố nông trường quốc doanh ngày 16/8/1957 của Thủ tướng Chính phủ.

như thực tiễn quản trị, quản lý nhà nước ở nước ta. Những đặc trưng cơ bản của quản trị tốt như minh bạch, trách nhiệm giải trình, dân chủ hóa việc ban hành các quyết định, tính pháp quyền... có thể dễ dàng thấy trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau như: Chương trình Tổng thể cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2011-2020 ban hành kèm Nghị quyết số 30c/NQ-CP năm 2011, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, Luật Tiếp cận thông tin năm 2016, Nghị định số 90/2013/NĐ-CP năm 2013 Quy định trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao...

Đặc biệt, đáng chú ý hiện nay là vấn đề xây dựng và hoàn thiện quản trị quốc gia (*hay quản trị nhà nước*) lần đầu tiên được xem xét trong văn kiện chính trị quan trọng của Đảng - Dự thảo Báo cáo chính trị tại Đại hội lần thứ XIII. Đây là dấu hiệu rất lạc quan đối với đổi mới quản trị, quản lý nhà nước cũng như xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Tuy nhiên, cần thấy rằng, để tiếp nhận, vận dụng tốt nhất lý luận về quản trị nhà nước, quản trị tốt thì điều quan trọng là phải hiểu rõ về nó. Trong khi cho đến nay, qua các sách báo, các diễn đàn chính trị, pháp lý, hành chính công, kinh tế... cho thấy, nghiên cứu về quản trị nhà nước, quản trị tốt không phải ít, nhưng cũng chưa dẫn đến có sự một sự tổng kết hay tập trung xem xét một cách hệ thống, đa diện vấn đề quản trị nhà nước. Đối với bộ phận rất đông cán bộ, công chức, viên chức trong hệ thống chính trị, nhận thức về quản trị nhà nước còn khá mơ hồ. Vì vậy, cần có các nghiên cứu cơ bản về quản trị nhà nước, tiếp đó là các nghiên cứu ứng dụng và nghiên cứu triển khai một cách bài bản.

Một trong những yêu cầu của việc nghiên cứu là góp phần nâng cao chất lượng quản trị nhà nước xuất phát từ thực tế quản trị hiện nay ở Việt Nam. Xin nêu một vài bất cập trong quản trị nhà nước: Tình trạng không minh bạch trong quản trị thể hiện ở thực tế là tham nhũng vẫn chưa bị đẩy lùi, có lúc, có nơi diễn biến phức tạp³⁷; những sai phạm trong các dự án BOT của Bộ Giao thông vận tải thời gian qua liên quan đến tính minh bạch, pháp quyền, hiệu quả³⁸; hiện tượng có những tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân ủy quyền toàn bộ cho cấp phó tiếp công dân, không tiếp công dân định kỳ trong suốt 12 tháng³⁹; hiện tượng Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp không tham gia phiên tòa hành chính hoặc không chấp hành bản án hành chính⁴⁰ có thể dẫn tới suy luận tư pháp vẫn chưa thể hiện được vai trò và uy tín trong tư cách bảo vệ tốt trật tự quản trị nhà nước... Vì vậy, quản trị nhà nước từ trung ương đến địa phương cần phải có những thay đổi lớn để có được nền quản trị nhà nước tốt.

³⁷ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016, tr. 61, 68, 74.

³⁸ Phạm Dung, *Kiểm toán BOT, BT: Sai phạm nghìn tỷ đồng bị phát hiện*, Báo Lao động (điện tử), <https://laodong.vn/doanh-nghiep-doanh-nhan/kiem-toan-bot-bt-sai-pham-nghin-ti-dong-bi-phat-hien-806869.lido>, truy cập ngày 21/5/2020.

³⁹ Nguyễn Vũ, *Chủ tịch những tỉnh nào lười tiếp dân*, Báo VnEconomic (điện tử), <http://vneconomy.vn/chu-tich-nhung-tinh-nao-luoi-tiep-dan-20181114111129456.htm>, truy cập ngày 14/2/2020.

⁴⁰ Lê Hiệp, *Nhiều Chủ tịch tỉnh chây ì thi hành án hành chính*, Báo Thanh niên (điện tử), <https://thanh-nien.vn/thoi-su/nhieu-chu-tich-tinh-chay-i-thi-hanh-an-hanh-chinh-1124457.html>, truy cập ngày 11/3/2020; Đại Hưng, *Hủy án vì Chủ tịch tỉnh không chịu ra tòa*, Báo Pháp luật (điện tử), <https://plo.vn/phap-luat/huy-an-vi-chu-tich-tinh-khong-chiu-ra-toa-799406.html>, truy cập ngày 25/2/2020.

THẨM QUYỀN CỦA CƠ QUAN THANH TRA NHÀ NƯỚC KHI PHÁT HIỆN DẤU HIỆU CỦA TỘI PHẠM TRONG HOẠT ĐỘNG THANH TRA HÀNH CHÍNH

*Hồ Quanh Chánh**
*Võ Tấn Đào***

Tóm tắt: Thẩm quyền của cơ quan thanh tra nhà nước khi phát hiện dấu hiệu của tội phạm trong hoạt động thanh tra nói chung và hoạt động thanh tra hành chính nói riêng là vấn đề đang được đặt ra để thảo luận, trao đổi nhằm hoàn thiện pháp luật trong quá trình nghiên cứu, xây dựng Dự án Luật Thanh tra (sửa đổi) sắp tới¹. Bài viết phân tích những quy định của pháp luật về vấn đề trên nhằm chỉ ra những điểm bất cập trong thực tiễn thực hiện, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The competences of State inspection agencies detecting signs of a crime in general inspection activity and in administrative inspection activity are being deliberated, discussed in order to improve and develop the Law on Inspection being amended. The article analyzes legal provisions on this issue to point out inadequacies in practical implementation, thereby it makes proposals for improvement.

1. Quy định pháp luật về thẩm quyền của cơ quan thanh tra nhà nước khi phát hiện dấu hiệu của tội phạm trong hoạt động thanh tra hành chính

Một trong những mục đích của hoạt động thanh tra ở Việt Nam hiện nay là nhằm “phòng ngừa, phát hiện và xử lý hành vi vi phạm pháp luật”². Trong đó, các hành vi vi phạm pháp luật phát hiện qua công tác

thanh tra nói chung và thanh tra hành chính nói riêng thông thường là các hành vi vi phạm kỷ luật hoặc vi phạm hành chính. Song, trong nhiều trường hợp, hành vi này có thể có dấu hiệu tội phạm (vi phạm pháp luật hình sự). Để xác định một hành vi có dấu hiệu tội phạm hay không phải dựa trên phương diện đánh giá hành vi đó có đáp ứng đầy đủ các yếu tố cấu thành của hành vi vi phạm pháp luật hình sự bao gồm 4 mặt³:

(i) Mặt khách quan của vi phạm pháp luật: Bao gồm hành vi trái pháp luật, sự thiệt hại cho xã hội và quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật và sự thiệt hại cho xã hội;

(ii) Mặt chủ quan của vi phạm pháp luật: Bao gồm lỗi, động cơ và mục đích;

* ThS., Thanh tra viên Thanh tra Quận 12, Tp. Hồ Chí Minh.

** ThS., Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Vấn đề đặt ra là có nên bổ sung quy định trao quyền cho cơ quan thanh tra nhà nước được quyền khởi tố và điều tra ban đầu khi phát hiện vi phạm pháp luật có dấu hiệu tội phạm đang được quan tâm và thảo luận. Xem thêm tài liệu tổng kết 09 năm thi hành Luật Thanh tra năm 2010 và đánh giá tác động chính sách trong Dự án Luật Thanh tra (sửa đổi) đăng tải trên Trang thông tin điện tử của Thanh tra Chính phủ: http://www.thanhtra.gov.vn/ct/news/Lists/LayYKienNhanDanVeDuThaoQPPL/View_Detail.aspx?ItemID=79, truy cập ngày 24/2/2020.

² Điều 2 Luật Thanh tra năm 2010.

³ Nguyễn Văn Đông, *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật (dành cho đào tạo đại học, sau đại học và trên đại học ngành luật)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2017, tr. 442-443.

(iii) Khách thể của vi phạm pháp luật: Là quan hệ xã hội được pháp luật bảo vệ nhưng bị xâm hại bởi hành vi vi phạm pháp luật;

(iv) Chủ thể của vi phạm pháp luật: Là cá nhân, tổ chức có năng lực trách nhiệm pháp lý.

Theo quy định của pháp luật thanh tra hiện hành, trong quá trình tiến hành hoạt động thanh tra hoặc sau khi tiến hành hoạt động thanh tra tại chỗ mà phát hiện có dấu hiệu tội phạm của đối tượng thanh tra, chủ thể tiến hành hoạt động thanh tra có nghĩa vụ chuyển hồ sơ vụ việc vi phạm pháp luật sang cơ quan điều tra để thực thi các bước tiếp theo theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự. Bản thân chủ thể thực hiện hoạt động thanh tra khi phát hiện dấu hiệu tội phạm của đối tượng thanh tra không thể thực hiện các biện pháp nghiệp vụ của điều tra như: Khám nghiệm hiện trường; khám xét, thu giữ vật chứng, tài liệu liên quan trực tiếp đến vụ án; triệu tập và hỏi cung bị can... So với trước đây, vào thời điểm năm 1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh ban hành Sắc lệnh số 64/SL ngày 23/11/1945 thành lập ban thanh tra đặc biệt. Theo Điều 2 của Sắc lệnh này, ban thanh tra đặc biệt có các quyền hạn rất lớn như: Nhận các đơn khiếu nại của nhân dân; **điều tra, hỏi chứng, xem xét** các tài liệu giấy tờ của các Ủy ban nhân dân hoặc các cơ quan của Chính phủ cần thiết cho công việc giám sát; đình chức, bắt giam bất cứ nhân viên nào trong Ủy ban nhân dân hay của Chính phủ đã phạm lỗi trước khi mang ra Hội đồng Chính phủ hay toà án đặc biệt xét xử; tịch biên hoặc niêm phong những tang vật và **dùng mọi cách điều tra để lập một hồ sơ mang một phạm nhân ra toà án đặc biệt**. Ban thanh tra có thể truy tố cả các việc đã xảy ra trước ngày ban bố sắc lệnh này... Như vậy, vào thời điểm

được thành lập theo Sắc lệnh số 64/SL cơ quan thanh tra có thẩm quyền rất lớn, bao gồm cả quyền điều tra và truy tố. Song, đến Pháp lệnh Thanh tra năm 1990, tư duy nhà làm luật đã có sự thay đổi và xác định rõ nhiệm vụ của các tổ chức thanh tra nhà nước là: “Thanh tra việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, kế hoạch nhà nước của các cơ quan, tổ chức và cá nhân, **trừ hoạt động điều tra, truy tố, xét xử** của các cơ quan điều tra, kiểm sát, toà án và việc giải quyết tranh chấp hợp đồng kinh tế, xử lý vi phạm hợp đồng kinh tế của cơ quan trọng tài kinh tế”⁴. Luật Thanh tra năm 2004 và năm 2010 cũng tiếp tục khẳng định nhiệm vụ, quyền hạn của người ra quyết định thanh tra hành chính là chuyển hồ sơ vụ việc vi phạm pháp luật sang cơ quan điều tra khi phát hiện có dấu hiệu của tội phạm; đồng thời thông báo bằng văn bản cho viện kiểm sát cùng cấp biết (điểm m khoản 1 Điều 42 Luật Thanh tra năm 2004; điểm o khoản 1 Điều 48 Luật Thanh tra năm 2010) mà không được quyền khởi tố, điều tra như trước đây.

Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ thanh tra, nếu cơ quan thanh tra nhận được tố giác, tin báo về tội phạm hoặc phát hiện vụ việc có dấu hiệu tội phạm với đầy đủ tài liệu, chứng cứ, cơ quan thanh tra chuyển ngay tố giác, tin báo về tội phạm hoặc tài liệu, chứng cứ và hồ sơ vụ việc đó kèm theo kiến nghị khởi tố cho cơ quan điều tra có thẩm quyền. Trong trường hợp vụ việc có dấu hiệu tội phạm được phát hiện và kết luận sau khi kết thúc cuộc thanh tra thì trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày ký kết luận thanh tra, cơ quan thanh tra ra quyết định chuyển hồ sơ vụ việc đó và văn bản kiến nghị khởi tố đến cơ quan điều

⁴ Điều 8 Pháp lệnh Thanh tra năm 1990.

tra có thẩm quyền để xem xét khởi tố vụ án hình sự, đồng thời thông báo bằng văn bản cho viện kiểm sát cùng cấp biết⁵.

Hồ sơ mà người ra quyết định thanh tra hành chính phải chuyển cho cơ quan điều tra có thẩm quyền bao gồm quyết định thanh tra; biên bản xác minh sự việc có vi phạm pháp luật do đoàn thanh tra, thanh tra viên lập; báo cáo, giải trình của đối tượng thanh tra; báo cáo của trưởng đoàn thanh tra về những vi phạm pháp luật của đối tượng thanh tra có dấu hiệu tội phạm; những thông tin, tài liệu khác có liên quan như hóa đơn, chứng từ, sổ sách và những đồ vật, tiền, vàng liên quan trực tiếp đến vụ việc thu thập được trong quá trình thanh tra và bản kiến nghị khởi tố đến cơ quan điều tra, đồng thời thông báo đến viện kiểm sát cùng cấp với cơ quan điều tra biết⁶. Quy định này không những tạo điều kiện cho cơ quan điều tra tiếp cận hồ sơ nhanh chóng, tránh trường hợp trì hoãn sẽ dễ dẫn đến các thông tin, tài liệu, vật chứng bị tác động, làm thay đổi hoặc giảm hiệu lực để chứng minh tội phạm, mà còn bảo đảm thống nhất với quy định pháp luật tố tụng hình sự trong việc thực hiện việc kiểm sát của cơ quan viện kiểm sát.

Bên cạnh đó, để bảo đảm việc kiến nghị khởi tố của người ra quyết định thanh tra

hành chính đạt được hiệu quả, pháp luật đặt ra quy định về trách nhiệm của cơ quan điều tra trong tiếp nhận hồ sơ vụ việc từ người ra quyết định thanh tra hành chính. Trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ, cơ quan điều tra phải ra một trong các quyết định sau: (i) Quyết định khởi tố vụ án hình sự, (ii) Quyết định không khởi tố vụ án hình sự hoặc (iii) Quyết định chuyển hồ sơ vụ việc cho cơ quan điều tra có thẩm quyền nếu nhận thấy sự việc phạm tội không thuộc thẩm quyền giải quyết của mình. Đồng thời có trách nhiệm thông báo bằng văn bản kết quả xử lý cho cơ quan thanh tra đã chuyển hồ sơ vụ việc trong thời hạn 20 ngày hoặc không quá 60 ngày (vụ việc có nội dung, tình tiết phức tạp hoặc phải kiểm tra, xác minh ở nhiều nơi) kể từ ngày nhận được hồ sơ. Quá thời hạn này, cơ quan thanh tra không nhận được thông báo bằng văn bản về kết quả xử lý của cơ quan điều tra thì có quyền kiến nghị với viện kiểm sát cùng cấp để xem xét, giải quyết. Trong trường hợp không đồng ý với kết quả giải quyết của viện kiểm sát thì cơ quan thanh tra kiến nghị với viện kiểm sát, cơ quan điều tra cấp trên trực tiếp để chỉ đạo, giải quyết⁷.

2. Thực trạng về thẩm quyền của cơ quan thanh tra nhà nước khi phát hiện có dấu hiệu của tội phạm trong hoạt động thanh tra hành chính

Thông qua việc đánh giá thực trạng thực hiện và tính hiệu lực, hiệu quả trong các quy định về thẩm quyền, vai trò của người ra quyết định thanh tra hành chính đối với việc đấu tranh phòng, chống tội phạm phát hiện qua công tác thanh tra hành chính, thiết nghĩ cần đánh giá lại nhiệm vụ, quyền hạn của chủ thể này đối với việc phát

⁵ Điều 3 Thông tư liên tịch số 02/2012/TT-VKSTC-TTCTP-BCA-BQP ngày 22/3/2012 giữa Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Thanh tra Chính phủ, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng quy định về quan hệ phối hợp giữa cơ quan thanh tra, cơ quan điều tra và viện kiểm sát trong việc phát hiện, điều tra, xử lý các vụ việc có dấu hiệu tội phạm do cơ quan thanh tra kiến nghị khởi tố (Thông tư liên tịch số 02/2012/TT-VKSTC-TTCTP-BCA-BQP).

⁶ Điều 7 Thông tư liên tịch số 02/2012/TT-VKSTC-TTCTP-BCA-BQP, Điều 45 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP ngày 22/9/2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thanh tra (Nghị định số 86/2011/NĐ-CP).

⁷ Điều 5 Thông tư liên tịch số 02/2012/TT-VKSTC-TTCTP-BCA-BQP, khoản 2 Điều 44 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP.

hiện dấu hiệu tội phạm trong quá trình tiến hành hoạt động thanh tra hoặc sau khi tiến hành hoạt động thanh tra tại chỗ trên các cơ sở sau:

Thứ nhất, nhu cầu xử lý các vụ việc có dấu hiệu tội phạm phát hiện qua thanh tra hành chính là tương đối lớn, việc chuyển hồ sơ vụ việc sang cơ quan điều tra được người ra quyết định thanh tra hành chính thực hiện ngày càng nhiều hơn trong quá trình thanh tra hành chính. Điều này được minh chứng qua kết quả thống kê của Thanh tra Chính phủ về kết quả công tác thanh tra qua các năm. Theo đó, các vụ việc có dấu hiệu tội phạm trên tổng số cuộc thanh tra hành chính được phát hiện và chuyển cơ quan điều tra đều chiếm giữ một số lượng không nhỏ, hầu hết tăng qua các năm. Chẳng hạn, trong giai đoạn từ năm 2011 đến năm 2012, số vụ việc chuyển cơ quan điều tra là 67 vụ/18.090 cuộc (chiếm 0,37% tổng cuộc thanh tra hành chính trong năm 2011 – 2012) tăng lên 72 vụ/8.921 cuộc (chiếm 0,81% tổng cuộc thanh tra hành chính) trong năm 2013⁸. Trong giai đoạn từ năm 2013 đến năm 2014, số vụ việc chuyển cơ quan điều tra là 55 vụ/7072 cuộc (chiếm 0,78% tổng cuộc thanh tra hành chính trong năm 2014⁹) tăng lên 67 vụ/6527 cuộc (chiếm 1,0 % tổng cuộc thanh tra hành chính) trong năm 2015¹⁰, sau đó tăng mạnh lên 90 vụ/6586

cuộc (chiếm 1,4% tổng cuộc thanh tra hành chính trong năm 2016¹¹). Đặc biệt, trong 06 tháng đầu năm 2017, số vụ việc chuyển cơ quan điều tra là 49 vụ, tăng 63,3% so với cùng kỳ năm 2016 là 30 vụ¹². Đến năm 2018 là 96 vụ/7166 cuộc (chiếm 1,34% tổng cuộc thanh tra hành chính trong năm 2018)¹³, năm 2019 là 94 vụ/6601 cuộc (chiếm 1,42% tổng cuộc thanh tra hành chính trong năm 2019)¹⁴.

Hơn nữa, tình hình tham nhũng vẫn diễn biến phức tạp, “công tác phát hiện, xử lý tham nhũng chưa đáp ứng yêu cầu, số vụ việc, vụ án tham nhũng được phát hiện còn ít, một số vụ việc xử lý còn kéo dài, chưa nghiêm, thu hồi tài sản tham nhũng đạt kết quả thấp, gây tâm lý bức xúc và hoài nghi trong xã hội về quyết tâm phòng, chống tham nhũng của Đảng và Nhà nước ta”¹⁵.

2016 của ngành thanh tra, Hà Nội, năm 2016, tr. 1 – tr. 2.

¹¹ Thanh tra Chính phủ, *Báo cáo số 140/BC-TTCTP ngày 19/01/2017 của Thanh tra Chính phủ tổng kết công tác năm 2016 và phương hướng nhiệm vụ năm 2017 của ngành thanh tra*, Hà Nội, năm 2017, tr. 1 – tr. 2.

¹² Thông cáo báo chí ngày 20/7/2017 của Thanh tra Chính phủ về kết quả chủ yếu công tác thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng chống tham nhũng 6 tháng đầu năm 2017 và nhiệm vụ công tác 6 tháng cuối năm 2017, Hà Nội, tr.1; *Báo cáo số 1975/BC-TTCTP ngày 27/7/2016 về sơ kết công tác thanh tra 06 tháng đầu năm 2016 và phương hướng nhiệm vụ công tác 06 tháng cuối năm 2016*, Hà Nội, năm 2016, tr. 1.

¹³ Thanh tra Chính phủ, *Tóm tắt báo cáo tổng kết công tác năm 2018 và phương hướng nhiệm vụ năm 2019 của ngành thanh tra ngày 16/01/2019 của Thanh tra Chính phủ*, Hà Nội, năm 2019, tr. 1 – tr. 2.

¹⁴ Thanh tra Chính phủ, *Báo cáo ngày 13/01/2020 của Thanh tra Chính phủ tổng kết công tác năm 2019 và phương hướng nhiệm vụ năm 2020 của ngành thanh tra*, Hà Nội, năm 2020, tr. 1 – tr. 2.

¹⁵ Nhận định trong Chỉ thị 50-CT/TW ngày 07/12/2015 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phát hiện, xử lý vụ việc, vụ án tham nhũng.

⁸ Thanh tra Chính phủ, *Báo cáo số 237/BC-TTCTP ngày 18/02/2014 của Thanh tra Chính phủ tổng kết công tác năm 2013 và phương hướng nhiệm vụ năm 2014 của ngành thanh tra*, Hà Nội, năm 2014, tr. 1 – tr. 2.

⁹ Thanh tra Chính phủ, *Báo cáo số 233/BC-TTCTP ngày 27/01/2015 của Thanh tra Chính phủ tổng kết công tác năm 2014 và phương hướng nhiệm vụ năm 2015 của ngành thanh tra*, Hà Nội, năm 2015, tr. 1 – tr. 2.

¹⁰ Thanh tra Chính phủ, *Báo cáo số 81/BC-TTCTP ngày 18/01/2016 của Thanh tra Chính phủ tổng kết công tác năm 2015 và phương hướng nhiệm vụ năm*

Trong khi đó, thanh tra được xác định là một công cụ rất hữu hiệu để phát hiện các hành vi tham nhũng diễn ra trên thực tế, vai trò của thanh tra đối với phòng, chống tham nhũng ngày càng được đề cao. Song, bản thân các cơ quan thanh tra mặc dù trực tiếp phát hiện hành vi phạm tội có liên quan đến tham nhũng của đối tượng thanh tra trong quá trình thanh tra hoặc sau khi thanh tra đều phải chuyển hồ sơ sang cho cơ quan điều tra mà không thể trực tiếp xử lý, dẫn đến chưa kịp thời trong phát hiện, xử lý hành vi tham nhũng. Thậm chí, trên thực tế xuất hiện tình trạng sau khi chuyển hồ sơ không khởi tố, không thông tin “hồi đáp”, dễ dẫn đến tâm lý “lười” chuyển hồ sơ¹⁶ của các chủ thể thanh tra. Đây là một trong những nguyên nhân làm cho hiệu lực, hiệu quả đấu tranh với tham nhũng nói riêng và các hành vi vi phạm pháp luật nói chung phát hiện qua công tác thanh tra cũng phần nào còn bị hạn chế.

Thứ hai, pháp luật thanh tra hiện nay quy định người ra quyết định thanh tra hành chính phải chuyển hồ sơ thanh tra có dấu hiệu tội phạm sang cơ quan điều tra mà

không được quyền khởi tố vụ án, điều tra ban đầu là chưa phát huy hết vai trò của cơ quan thanh tra trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm. Bởi lẽ, khi chuyển hồ sơ sang cơ quan điều tra, nhưng cơ quan điều tra không khởi tố vụ án, đồng thời, viện kiểm sát cùng cấp và viện kiểm sát cấp trên cũng thống nhất với quyết định này thì rõ ràng việc người ra quyết định thanh tra hành chính làm rõ các nội dung thanh tra cũng không còn hiệu quả. Thực tiễn cho thấy, việc chưa giao cho cơ quan thanh tra quyền khởi tố vụ án và tiến hành một số hoạt động điều tra ban đầu ít nhiều gây lãng phí về thời gian, công sức, trí tuệ của các cán bộ thanh tra để xác minh, làm rõ những căn cứ có dấu hiệu phạm tội. Bên cạnh đó, căn cứ theo quy định của pháp luật, hồ sơ do cơ quan thanh tra chuyển sang cơ quan điều tra chỉ có giá trị tương đương một tố giác, tin báo về tội phạm; sau đó các cơ quan điều tra lại tiến hành thu thập, bổ sung chứng cứ theo trình tự, thủ tục mà Bộ luật Tố tụng Hình sự quy định trước khi ra quyết định khởi tố vụ án¹⁷. Mặt khác, theo qui định của pháp luật hiện hành, viện kiểm sát chỉ có thể truy cứu một người nào đó trên cơ sở đề nghị của cơ quan điều tra và chỉ có hồ sơ của cơ quan có chức năng điều tra mới được coi là căn cứ để truy tố. Chính vì vậy, dù cơ quan thanh tra có làm kỹ đến đâu thì kết quả đó cũng rất ít ý nghĩa, hồ sơ chứng cứ đó không phải được lập theo qui định của tố tụng hình sự và nếu chuyển sang cơ quan điều tra thì cơ quan điều tra cũng phải làm lại¹⁸.

¹⁶ Phát biểu của ông Nguyễn Hồng Diễm, Quyền Chánh thanh tra Bộ Tư pháp trong Hội nghị 10 năm thực hiện Luật Phòng, chống tham nhũng - Thảo Nguyên, *Bộ Tư pháp: Cần trao thanh tra quyền khởi tố, điều tra*, https://thanhtra.com.vn/thanh-tra/hoat-dong-nganh/bo-tu-phap-can-trao-thanh-tra-quyen-khoi-to-dieu-tra_t114c1059n100699, truy cập ngày 20/02/2020. Đây cũng là quan điểm của ông Nguyễn Văn Kim, Quyền Vụ trưởng Vụ Pháp chế - Thanh tra Chính phủ: “Khi phát hiện vi phạm pháp luật có dấu hiệu tội phạm các cơ quan thanh tra nhà nước không được xem xét, làm rõ mà phải chuyển cho cơ quan điều tra. Vì lẽ đó dẫn đến tình trạng không ít kiến nghị khởi tố của thanh tra chuyển sang không được cơ quan điều tra khởi tố, mà đi vào im lặng hoặc cuối cùng được chuyển về để xử lý hành chính” - Nguyễn Văn Kim, *Bàn về việc đổi mới tổ chức và hoạt động thanh tra*, <http://mt.gov.vn/thanhtra/tin-tuc/1111/54642/ban-ve-viec-doi-moi-to-chuc-va-hoat-dong-thanh-tra.aspx>, truy cập ngày 20/02/2020.

¹⁷ Khoản 1 Điều 147 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

¹⁸ Đinh Văn Minh, *Hoạt động phát hiện tham nhũng của cơ quan thanh tra và những vấn đề đặt ra*, <http://www.issi.gov.vn/hoat-dong-phat-hien-tham-nhung-cua-co-quan-thanh-tra-va-nhung-van-de-dat>

Chẳng hạn như một trường hợp trong thực tiễn hoạt động của Đoàn thanh tra công tác quản lý trật tự xây dựng trên địa bàn phường An Phú Đông, Quận 12, Thành phố Hồ Chí Minh. Theo Kết luận thanh tra số 298/KL-UBND-TTr ngày 11/6/2014 xác định vụ việc đưa nhận tiền liên quan đến bà LTM có dấu hiệu tiêu cực trong công tác quản lý trật tự xây dựng đối với các công trình xây dựng không có giấy phép xây dựng của bà LTM. Cụ thể, qua kiểm tra xác minh, bà LTM và ông TQT (công chức Địa chính – Xây dựng – Đô thị và Môi trường của Ủy ban nhân dân phường An Phú Đông phụ trách địa bàn có công trình xây dựng của bà LTM) có khai nhận đã đưa, nhận với nhau số tiền 10.000.000 đồng để bà LTM không bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi xây dựng không có giấy phép xây dựng và không bị cưỡng chế tháo dỡ công trình vi phạm của mình là có dấu hiệu của tội đưa hối lộ và nhận hối lộ theo quy định tại Điều 279 và Điều 289 Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009). Trên cơ sở đó, người ra quyết định thanh tra hành chính đã có Công văn số 4399/UBND-TTr ngày 26/6/2014 về việc chuyển hồ sơ vụ việc có dấu hiệu tội phạm pháp luật hình sự sang cơ quan điều tra có thẩm quyền. Tuy nhiên, qua quá trình điều tra, cơ quan điều tra đã ban hành quyết định không khởi tố vụ án, đồng thời viện kiểm sát nhân có cùng cấp cũng có kết luận kiểm sát xác định quyết định không khởi tố vụ án hình sự với nội dung thống nhất với cơ quan điều tra. Như vậy, kết quả đạt được của cơ quan thanh tra dường như chưa được sử dụng một cách hiệu quả trong quá trình đấu tranh phòng, chống tội phạm.

Thứ ba, việc chuyển hồ sơ vụ việc từ cơ quan thanh tra sang cơ quan điều tra phát sinh một số hạn chế làm giảm hiệu quả công tác đấu tranh, phòng chống tội phạm. Một mặt, thời gian chuyển hồ sơ và quá trình bàn giao tài liệu, vật chứng giữa hai cơ quan này có thể ảnh hưởng đến tính kịp thời trong quá trình khởi tố, điều tra đối với các hành vi vi phạm pháp luật. Mặt khác, điều này cũng làm ảnh hưởng đến hiệu lực, hiệu quả việc chuyển hồ sơ của người ra quyết định thanh tra hành chính và trong một số trường hợp, dấu vết của tội phạm có thể bị thay đổi do quá trình bàn giao vật chứng, không đủ cơ sở để chứng minh tội phạm. Hơn nữa, xuất phát từ việc người ra quyết định thanh tra hành chính không được trao quyền khởi tố vụ án và điều tra ban đầu nên không thể tiến hành các hoạt động điều tra sơ bộ ban đầu như: Tổ chức khám nghiệm hiện trường; khám xét, thu giữ vật chứng, tài liệu liên quan trực tiếp đến vụ án; triệu tập và hỏi cung bị can; triệu tập và lấy lời khai bị hại, đương sự, người làm chứng, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp; quyết định áp dụng biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự như biện pháp giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt, tạm giữ, tạm giam, bảo lãnh, đặt tiền để bảo đảm, cấm đi khỏi nơi cư trú, tạm hoãn xuất cảnh, biện pháp áp giải, dẫn giải, kê biên tài sản...¹⁹ một cách đúng lúc, kịp thời dẫn đến làm giảm hiệu quả quá trình chứng minh hành vi phạm tội.

¹⁹ Tùy theo loại tội phạm ít nghiêm trọng trong trường hợp phạm tội quá tang, chứng cứ và lý lịch người phạm tội rõ ràng hay loại tội phạm nghiêm trọng, rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng hoặc tội phạm ít nghiêm trọng nhưng phức tạp sẽ có quyền hạn áp dụng hoạt động điều tra khác nhau theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự.

Thứ tư, thực tiễn đã chứng minh việc trao cho một số cơ quan hành chính nhà nước quyền khởi tố vụ án hình sự và điều tra sơ bộ ban đầu trước khi chuyển hồ sơ sang cơ quan điều tra các vụ việc có dấu hiệu tội phạm được phát hiện trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được giao đạt được hiệu quả trên thực tế. Theo đó, qua nghiên cứu các quy định pháp luật về tố tụng hình sự và tổ chức điều tra hình sự, ngoài các cơ quan điều tra trong lực lượng công an nhân dân, quân đội nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, bộ đội biên phòng, trại giam, cảnh sát biển, cục cảnh sát phòng cháy, chữa cháy...; pháp luật còn trao thẩm quyền khởi tố vụ án và tiến hành một số hoạt động điều tra ban đầu cho một số cơ quan thuộc cơ quan hành chính nhà nước như hải quan (Bộ Tài chính), kiểm lâm, kiểm ngư (Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn) đối với các tội phạm có liên quan trực tiếp đến tính chất đặc thù trong hoạt động nghề nghiệp như: Hải quan tại cửa khẩu, kiểm ngư thực hiện nhiệm vụ thực thi pháp luật trên biển, kiểm lâm thực hiện nhiệm vụ bảo vệ rừng. Đơn cử, riêng ngành hải quan trong năm 2015 đã khởi tố 34 vụ án hình sự (tăng 47,83% so với cùng kỳ năm 2014); trong 06 tháng cuối năm 2016 khởi tố trên 25 vụ²⁰. Trong năm 2017, cơ quan này đã khởi tố 51 vụ và chuyển cơ quan khác kiến nghị khởi tố 68 vụ²¹. Trong năm 2018,

cơ quan hải quan khởi tố 62 vụ án hình sự, chuyển cơ quan khác kiến nghị khởi tố 133 vụ²², đến năm 2019 thì ngành hải quan đã khởi tố đến 51 vụ án hình sự và chuyển cơ quan khác kiến nghị khởi tố 164 vụ²³.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Trên cơ sở đã phân tích, với mục đích tăng cường tính chủ động của các cơ quan thanh tra trong việc kịp thời phát hiện, xử lý đối với những hành vi vi phạm có dấu hiệu tội phạm phát hiện qua thanh tra hành chính, mặt khác, góp phần giảm bớt áp lực cho các cơ quan điều tra của công an nhân dân đối với các tội phạm này, chúng tôi cho rằng cần tiếp tục nghiên cứu, sửa đổi pháp luật thanh tra, pháp luật tổ chức cơ quan điều tra hình sự và Bộ luật Tố tụng Hình sự theo hướng: Bổ sung quy định về thẩm quyền của cơ quan thanh tra nhà nước (được cụ thể hóa thông qua quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của người ra quyết định thanh tra hành chính) trong việc khởi tố vụ án hình sự và điều tra sơ bộ tương tự như cơ quan kiểm lâm, hải quan, kiểm ngư và chịu trách nhiệm về các quyết định đó²⁴. Tuy nhiên,

ng-hoa-gia-tang/72087.html, truy cập ngày 20/02/2020.

²² Hoàng Châu, *Cơ quan hải quan khởi tố 62 vụ án hình sự trong năm 2018*, <https://congthuong.vn/co-quan-hai-quan-khoi-to-62-vu-an-hinh-su-trong-nam-2018-114098.html>, truy cập ngày 20/02/2020.

²³ Hải Linh, *Ngành hải quan: Một năm nỗ lực chống buôn lậu*, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/nhip-song-tai-chinh/2020-01-08/nganh-hai-quan-mo-t-nam-no-luc-chong-buon-lau-81266.aspx>, truy cập ngày 20/02/2020.

²⁴ Đây cũng là quan điểm đã được các đại biểu Quốc hội đề nghị bổ sung vào dự thảo Luật Thanh tra năm 2010: “Bổ sung thẩm quyền cho phép cơ quan thanh tra hành chính chuyển hồ sơ sang cơ quan điều tra ngay khi phát hiện có vi phạm pháp luật về hình sự” - Đoàn thư ký kỳ họp, *Báo cáo tổng hợp ý kiến đại biểu quốc hội thảo luận tại tổ về dự án Luật Thanh tra (sửa đổi)*, Hà Nội, 2010, tr. 4. Hay quan điểm của ông Nguyễn Văn Kim, Quyền Vụ trưởng Vụ Pháp chế - Thanh tra Chính phủ: “Đối với quyền điều tra

²⁰ Hà Danh, *Thực hiện đầy đủ thẩm quyền điều tra của cơ quan hải quan*, <http://www.haiquan.hochiminhcity.gov.vn/th%E1%BB%B1c-hi%E1%B%87n-%C4%91%E1%BA%A7y-%C4%91%E1%BB%A7-th%E1%BA%A9m-quy%E1%BB%81n-%C4%91%E1%BB%81u-tra-c%E1%BB%A7a-c%C6%A1-quan-h%E1%BA%A3i-quan.aspx>, truy cập ngày 20/02/2020.

²¹ Thùy Dương, *Năm 2017, số lượng buôn lậu giảm nhưng trị giá hàng hóa gia tăng*, <https://bnews.vn/nam-2017-so-luong-buon-lau-giam-nhung-tri-gia-ha>

nếu trao quyền khởi tố, điều tra ban đầu đối với vụ án hình sự cho người ra quyết định thanh tra hành chính thì phải xác định rõ hai nội dung sau:

Thứ nhất, giới hạn phạm vi nhóm các tội phạm cụ thể mà người ra quyết định thanh tra hành chính được quyền khởi tố vụ án chỉ bao gồm các tội phạm về chức vụ quy định tại Chương XIII của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Chúng tôi kiến nghị nội dung này trên cơ sở nghiên cứu giới hạn các loại tội phạm mà cơ quan hải quan, kiểm lâm, kiểm ngư được trao quyền khởi tố vụ án và điều tra ban đầu. Nghĩa là mỗi cơ quan hành chính nêu trên chỉ được trao quyền khởi tố điều tra một số tội phạm nhất định gắn với chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan đó²⁵.

ban đầu và khởi tố vụ án hình sự cũng cần phải tiếp tục nghiên cứu đầy đủ và thấu đáo hơn. So sánh với các cơ quan được giao một số hoạt động tố tụng như kiểm lâm, hải quan thì hoạt động thanh tra cũng có nhiều nét tương đồng”, ông Nguyễn Hồng Diệm, Quyền Chánh thanh tra Bộ Tư pháp trong Hội nghị 10 năm thực hiện Luật Phòng, chống tham nhũng: “Cần bổ sung quy định về thẩm quyền khởi tố và điều tra ban đầu cho thanh tra giống như kiểm lâm, hải quan đối với các vụ việc qua thanh tra phát hiện có dấu hiệu tham nhũng nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả công tác thanh tra” (Xem thêm: Nguyễn Văn Kim, *Bản về việc đổi mới tổ chức và hoạt động thanh tra*, <http://mt.gov.vn/thanhtra/tin-tuc/1111/54642/ban-ve-viec-doi-moi-to-chuc-va-hoat-dong-thanh-tra.aspx>, truy cập ngày 20/02/2020 và Thảo Nguyên, *Bộ Tư pháp: Cần trao thanh tra quyền khởi tố, điều tra*, https://thanhtra.com.vn/thanh-tra/hoat-dong-nganh/bo-tu-phap-can-trao-thanh-tra-quyen-khoi-to-dieu-tra_t114c1059n100699, truy cập ngày 20/02/2020).

²⁵ Theo quy định tại Điều 33, 34, 26 Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015, hải quan được khởi tố, điều tra đối với 03 tội danh quy định tại Điều 88, 89 và 90 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017); kiểm lâm được khởi tố, điều tra đối với 06 tội danh quy định tại Điều 232, 243, 244, 245, 313 và 345 của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017); kiểm ngư được khởi tố điều tra đối với 05 tội danh quy định tại Điều 111, 242,

Đồng thời, kiến nghị này còn dựa vào việc xác định các hành vi vi phạm pháp luật có dấu hiệu tội phạm phát hiện qua thanh tra hành chính chủ yếu là những hành vi xâm phạm hoạt động đúng đắn của cơ quan hành chính nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước do người có chức vụ thực hiện khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ²⁶.

Thứ hai, giới hạn người ra quyết định thanh tra hành chính được quyền khởi tố vụ án hình sự và điều tra ban đầu trước khi chuyển hồ sơ cho cơ quan điều tra chỉ bao gồm hai chức danh Tổng Thanh tra Chính phủ và chánh thanh tra tỉnh. Bởi các lý do sau:

Một là, không đặt ra vấn đề trao quyền khởi tố ban đầu cho các cơ quan thanh tra thuộc Công an nhân dân và Quân đội nhân dân, bởi lẽ trong cơ cấu tổ chức của các cơ quan này đều có các cơ quan chuyên trách thực hiện chức năng điều tra hình sự như Cơ quan điều tra thuộc Bộ Công an, công an cấp tỉnh, công an cấp huyện hoặc Cơ quan điều tra thuộc Bộ Quốc phòng, quân khu, khu vực. Khi các cơ quan thanh tra Công an nhân dân và Quân đội nhân dân phát hiện hành vi vi phạm có dấu hiệu tội phạm thì sẽ chuyển ngay vụ việc đến cơ quan điều tra thuộc nội bộ ngành quản lý của mình để đảm bảo thống nhất việc khởi tố điều tra hình sự.

244, 245, 246, 305 và 311 của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

²⁶ Do đối tượng thanh tra hành chính là cá nhân trực thuộc thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước (những người có chức vụ do bổ nhiệm, bầu cử, có hưởng lương, được giao thực hiện một nhiệm vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ) như cán bộ, công chức, viên chức, cán bộ lãnh đạo, quản lý trong doanh nghiệp Nhà nước hoặc là người đại diện phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp - tương ứng với khái niệm thanh tra hành chính được quy định tại khoản 2 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010.

Hai là, hai chức danh Tổng Thanh tra Chính phủ và chánh thanh tra tỉnh có vai trò quan trọng trong quá trình tiến hành thanh tra hành chính của các cơ quan thanh tra nhà nước trực thuộc quyền chỉ đạo và hướng dẫn nghiệp vụ thanh tra hành chính. Do đó, việc trao quyền khởi tố cho hai chức danh này là hoàn toàn phù hợp, một mặt đảm bảo tính thống nhất trong nguyên tắc trực thuộc về mặt chỉ đạo, hướng dẫn nghiệp vụ tranh tra hành chính; một mặt tạo nên sự kiểm soát chặt chẽ, tránh việc khởi tố tràn lan, thiếu căn cứ làm ảnh hưởng tới quyền, lợi ích chính đáng của công dân, cơ quan, tổ chức²⁷. Bên cạnh đó, việc loại trừ quyền khởi tố, điều tra ban đầu đối với cơ quan thanh tra bộ, cơ quan ngang bộ (gọi tắt là thanh tra bộ), thanh tra sở hoặc tương đương (gọi tắt là thanh tra sở) và thanh tra huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi tắt là thanh tra huyện) xuất phát từ việc nếu quy định thêm nhiệm vụ, quyền hạn này có thể ảnh hưởng việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của thanh tra bộ và cơ quan ngang bộ, thanh tra sở. Ngoài hoạt động thanh tra hành chính, các cơ quan này còn thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành hoặc có thể trở thành gánh nặng cho cơ quan thanh tra huyện vì các điều kiện về nhân lực, vật chất để thực hiện các biện pháp nghiệp vụ điều tra kỹ thuật hình sự chưa thật sự bảo đảm để thực hiện thêm nhiệm vụ, quyền hạn này. Đồng thời, việc quy định chỉ có Tổng Thanh tra Chính phủ và chánh thanh tra tỉnh

thực hiện quyền khởi tố, điều tra ban đầu trong hoạt động thanh tra hành chính còn dựa trên số liệu thống kê về số vụ việc có dấu hiệu tội phạm do cơ quan thanh tra chuyển sang cơ quan điều tra hằng năm dao động từ 50 đến 100 vụ việc là không nhiều so với số vụ việc điều tra trung bình hàng năm khoảng trên 60.000 vụ việc của cơ quan điều tra²⁸.

Ngoài ra, cần phân định thẩm quyền khởi tố và tổ chức điều tra sơ bộ của Tổng Thanh tra Chính phủ và chánh thanh tra tỉnh theo vụ việc thanh tra do cơ quan thanh tra nhà nước trực thuộc hai chức danh này để tránh chồng chéo khi triển khai thực hiện. Cụ thể: Đối với cuộc thanh tra hành chính của thanh tra huyện và thanh tra sở tiến hành sẽ do chánh thanh tra tỉnh khởi tố và trực tiếp chỉ đạo hoạt động điều tra ban đầu; đối với các cuộc thanh tra hành chính do thanh tra tỉnh, thanh tra bộ (trừ thanh tra Bộ Quốc phòng và thanh tra Bộ Công an), cơ quan thanh tra, giám sát ngân hàng thuộc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam và Thanh tra Chính phủ tiến hành sẽ do Tổng Thanh tra Chính phủ khởi tố vụ án và giao cho Tổng Cục Chống tham nhũng trực thuộc Thanh tra Chính phủ²⁹ tổ chức thực hiện hoạt động điều tra ban đầu.

²⁸ Theo số liệu thống kê sơ kết 5 năm (2010 – 2015) của Viện kiểm sát nhân dân tối cao, trong 5 năm qua, đã có 341.087 vụ án khởi tố, trung bình đạt 68.217,4 vụ/năm. Xem thêm: Bảo Thắng, *10 năm, truy tố gần 5.800 bị can tham nhũng*, <http://cafef.vn/thoi-su/10-nam-truy-to-gan-5-800-bi-can-tham-nhung-20160128091008942.chn>, truy cập ngày 20/02/2020.

²⁹ Cục Phòng, chống tham nhũng được cơ cấu trở thành Tổng cục Phòng chống tham nhũng, theo Lê Văn Đức, *Định hướng kiến toàn tổ chức, bộ máy các cơ quan thanh tra theo cấp hành chính đến năm 2020, tầm nhìn đến năm 2030*, http://www.giri.ac.vn/dinh-huong-kien-toan-to-chuc-bo-may-cac-co-quan-thanh-tra-theo-cap-hanh-chinh-den-nam-2020-tam-nhin-den-nam-2030_t164c2714n2204tn.aspx?currentpage=2, truy cập ngày 20/02/2020.

²⁷ Hệ thống cơ quan thanh tra nhà nước gồm có Thanh tra Chính phủ, 20 thanh tra bộ, ngành, 63 thanh tra tỉnh, 713 thanh tra huyện và khoảng gần 1200 thanh tra sở (Xem thêm: Thanh tra Chính phủ, *Báo cáo đánh giá tác động của chính sách Dự án Luật Thanh tra (sửa đổi)*, Hà Nội, năm 2019, tr. 4), trong trường hợp trao quyền khởi tố và điều tra ban đầu cho tất cả cơ quan thanh tra nhà nước sẽ dễ dẫn đến tình trạng lạm quyền, khởi tố tràn lan, chất lượng hoạt động điều tra, khởi tố không cao.

BẢO VỆ THỂ CHẾ KINH TẾ THỊ TRƯỜNG Ở VIỆT NAM BẰNG PHÁP LUẬT HÌNH SỰ

*Đình Thế Hưng**

Tóm tắt: Bài viết tập trung làm rõ đặc điểm pháp lý hình sự, tội phạm học của các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế trong Bộ luật Hình sự Việt nam 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Trên cơ sở đó, đưa ra dự báo xu hướng phát triển và đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật hình sự về loại hình tội phạm này nhằm khẳng định vai trò và nâng cao hiệu quả bảo vệ thể chế kinh tế thị trường của pháp luật hình sự Việt Nam.

Abstract: The article throws light on criminal characterization and criminology of the crimes on violation of economic order management in the Criminal Code of 2015 (amended, supplemented in 2017). On that basis, it makes forecasts on the tendency and proposals to perfect the criminal law on this crime with a view to affirm the role of and intensify the effectiveness of protecting market economy institutions under Vietnam's criminal law.

Thể chế kinh tế là trạng thái, trật tự, khuôn khổ được thiết lập bởi các quy tắc mà trong đó các hoạt động kinh tế diễn ra. Nhiệm vụ của Nhà nước là không chỉ thiết lập, duy trì, mà còn bảo vệ sự vận hành bình thường của thể chế đó trước các hành vi xâm phạm, gây thiệt hại cho nền kinh tế, quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể. Bảo vệ thể chế kinh tế có nhiều mức độ và cơ chế, trong đó bảo vệ bằng pháp luật hình sự là mức độ bảo vệ cao nhất thông qua việc quy định tội phạm và hình phạt đối với những hành vi có tính nguy hiểm cao xâm phạm đến thể chế kinh tế.^{*} Để Luật hình sự thể hiện được vai trò của mình trong thể chế kinh tế, cần nhận thức đúng đắn về mặt lý luận bản chất của các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế (TTQLKT), đảm bảo áp dụng đúng đắn các quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS), đồng thời tiếp tục hoàn thiện các quy định trong BLHS về các tội xâm phạm TTQLKT. Bởi lẽ, ngành Luật

hình sự vẫn phải luôn luôn có sự thay đổi kịp thời, đáp ứng yêu cầu chống và phòng ngừa tội phạm trước sự vận động song hành của tội phạm với sự phát triển kinh tế - xã hội trong tiến trình phát triển và hội nhập quốc tế¹.

1. Một số đặc điểm pháp lý hình sự và tội phạm học của các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế trong Bộ luật Hình sự Việt Nam

1.1. Đặc điểm pháp lý hình sự của các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế

Để làm rõ bản chất của các tội xâm phạm TTQLKT cần làm rõ khách thể của nhóm tội phạm này, tức là cái mà tội phạm xâm phạm đến và gây thiệt hại. Sự tồn tại như một nhóm tội phạm độc lập và được quy định trong một chương thuộc phần các tội phạm của BLHS được lý giải từ góc độ khách thể của tội phạm. Theo đó, khách thể của tội phạm có khách thể chung - các quan

^{*} TS., Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam.

¹ Nguyễn Ngọc Hòa, *Nguồn của Luật hình sự - những vấn đề đặt ra cho pháp luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 7/2011, tr. 24.

hệ xã hội được Luật hình sự bảo vệ; khách thể loại - nhóm quan hệ xã hội cùng tính chất bị một nhóm tội phạm xâm phạm và khách thể trực tiếp - quan hệ xã hội cụ thể bị hành vi phạm tội xâm phạm đến. Nếu khách thể chung của tội phạm giúp người ta phân biệt giữa tội phạm và không phải tội phạm, khách thể trực tiếp để phân biệt tội này với tội kia thì khách thể loại để xếp các tội phạm thành các nhóm quy định trong BLHS. Có thể minh họa điều này qua Tội buôn lậu [Điều 188 BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)]. Tội này có khách thể loại là TTQLKT giống như tất cả các tội nằm trong Chương XVIII. Nhưng, tội này khác với các tội khác ở chỗ, nó có khách thể trực tiếp là trật tự quản lý nhà nước trong lĩnh vực xuất, nhập khẩu hàng hóa - một trong những hoạt động kinh tế quan trọng của quốc gia. Với logic đó, cần làm rõ khách thể của các tội xâm phạm TTQLKT để làm nổi bật cái mà nó bảo vệ, đồng thời phân biệt các tội thuộc nhóm tội này với các nhóm tội có nhiều đặc điểm giống với các tội xâm phạm TTQLKT.

Khách thể của tội phạm nói chung được các luật gia xã hội chủ nghĩa định nghĩa là *“các quan hệ xã hội”*. Tính nguy hiểm của tội phạm thể hiện trước hết ở chỗ nó xâm phạm đến các quan hệ xã hội nào? Có quan trọng không? Quan hệ xã hội thường có các bộ phận cấu thành: Chủ thể; quyền, nghĩa vụ của các bên; đối tượng của quan hệ là lợi ích mà các bên tham gia trong quan hệ đó hướng tới. Như vậy, tội phạm xâm phạm đến quan hệ xã hội là xâm phạm đến quyền, lợi ích của các bên tham gia quan hệ đó. Nếu theo lập luận đó, khách thể của các tội xâm phạm TTQLKT là các quan hệ gì? Để lý giải điều này cần bắt đầu từ các hoạt động kinh tế. Trong không gian xã hội, hoạt động kinh tế diễn ra phổ biến, đa dạng và phức tạp bao gồm: Hoạt động sản xuất, kinh

doanh, phân phối hàng hóa, dịch vụ; hoạt động tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, chứng khoán; hoạt động quản lý, khai thác, sử dụng các nguồn tài nguyên như đất đai, rừng, khoáng sản... Các hoạt động kinh tế này diễn ra một cách khách quan, tự do và trong nền kinh tế thị trường nó được điều chỉnh trước hết là bằng các quy luật của thị trường. Tuy nhiên, Nhà nước không thể đứng ngoài các hoạt động kinh tế, mà luôn có sự can thiệp ở các mức độ khác nhau tùy từng thể chế kinh tế của mỗi quốc gia, trong mỗi thời kỳ. Nhà nước can thiệp vào các hoạt động kinh tế thông qua chức năng kinh tế của Nhà nước, đảm bảo cho hoạt động kinh tế thực hiện một cách có trật tự, tạo nên trạng thái trật tự cho thể chế kinh tế. Để đảm bảo trật tự đó, hàng loạt các nguyên tắc, quy tắc, quy định được thiết lập và duy trì. Tội phạm xâm phạm TTQLKT ngược lại xâm phạm đến trật tự đó bằng việc không làm, làm không đúng, làm không đầy đủ, làm ngược lại các nguyên tắc, quy định, quy tắc trên. Điều này không những làm cho TTQLKT bị xáo trộn, mà còn gây thiệt hại cho lợi ích của Nhà nước, của xã hội.

Từ phân tích như vậy, khách thể của tội phạm xâm phạm TTQLKT không phải là các quan hệ xã hội nói chung, mà là trạng thái ổn định, trật tự của các hoạt động kinh tế, các quyền, các lợi ích hợp pháp của Nhà nước, của cá nhân, tổ chức khi họ tham gia các quan hệ kinh tế. Việc xác định chính xác khách thể của tội phạm sẽ giúp cho việc định tội danh được chính xác. Ví dụ, Tội sản xuất, buôn bán hàng giả và Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. Cả hai tội này có dấu hiệu giống nhau đó là làm giả nhãn hiệu hàng hóa. Tuy nhiên, đối với Tội sản xuất, buôn bán hàng giả, hành vi làm giả nhãn hiệu hàng hóa, khách thể bị xâm phạm là quyền lợi của người tiêu dùng khi họ bị đánh lừa về nhãn hiệu mà mua phải

hàng hóa không đúng chất lượng. Ngược lại, nếu người tiêu dùng mua phải hàng hóa giả về bao bì, mẫu mã, nhưng chất lượng không giả, thậm chí tốt hơn hàng thật, thì quyền lợi của họ không bị xâm phạm, mà cái bị xâm phạm chính là quyền của chủ sở hữu đối tượng quyền sở hữu công nghiệp. Từ yếu tố khách thể đó cho thấy, Tội sản xuất, buôn bán hàng giả gồm 2 loại: Hàng giả về nội dung (chất lượng); hàng giả về nội dung và giả cả về hình thức. Nếu chỉ giả về hình thức mà không giả về nội dung thì sẽ cấu thành Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp khi thỏa mãn các dấu hiệu khác của tội này.

Bên cạnh đó, các tội xâm phạm TTQLKT còn có hiện tượng một hành vi xâm phạm nhiều khách thể trực tiếp khác nhau, thỏa mãn dấu hiệu khách thể của hai cấu thành tội phạm khác nhau. Ví dụ, hành vi buôn lậu hàng giả là thuốc chữa bệnh qua biên giới. Hành vi này vừa thỏa mãn dấu hiệu của Tội buôn lậu (xâm phạm trật tự quản lý kinh tế trong lĩnh vực xuất, nhập khẩu), vừa thỏa mãn dấu hiệu khách thể của Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh (xâm phạm đến quyền lợi người tiêu dùng). Từ đó, sẽ dẫn đến khó khăn khi định tội danh. Nếu định tội danh theo Tội buôn lậu, sẽ không bao quát được tính chất nguy hiểm của hành vi này là hành vi buôn bán hàng giả - xâm phạm quyền lợi của người tiêu dùng. Nếu định tội danh theo Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh thì sẽ không bao quát được tính chất nguy hiểm của hành vi này là ngoài xâm phạm quyền lợi của người tiêu dùng, còn xâm phạm đến TTQLKT trong lĩnh vực xuất, nhập khẩu. Để giải quyết vấn đề này, khi thiết kế cấu thành Tội buôn lậu (Điều 188) và Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh (quy

định tại Điều 194) trong BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), nhà làm luật đã dùng phương pháp thu hút tội phạm, tạo nên cặp cấu thành có quan hệ thu hút. Đó là: *Trường hợp những dấu hiệu của một cấu thành tội phạm trong sự so sánh với các dấu hiệu của cấu thành tội phạm kia có tính chất như một bộ phận*². Bằng phương pháp thu hút tội phạm, dấu hiệu “qua biên giới” của Tội buôn lậu đã được thu hút vào làm dấu hiệu tăng nặng định khung của Tội buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh quy định tại điểm e khoản 2 Điều 194 BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Như vậy, đối với hành vi buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh qua biên giới sẽ bị áp dụng điểm e khoản 2 Điều 194 mà không áp dụng thêm Điều 188 BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về Tội buôn lậu.

Do khách thể loại của các tội xâm phạm TTQLKT rất rộng, dẫn đến khách thể trực tiếp của các tội phạm cụ thể trong nhóm tội này (các quyền, lợi ích) cũng rất đa dạng. Để xâm phạm đến khách thể này, các chủ thể của tội phạm thực hiện hành vi vi phạm các quy định về quản lý kinh tế. Các quy định về quản lý kinh tế là những yếu tố tạo nên thể chế kinh tế khá đồ sộ. Điều đó, dẫn đến việc nhà làm luật thường mô tả hành vi của các tội trong nhóm này dưới dạng “vi phạm quy định về” hoặc “làm trái các quy định về”..., sau đó, dẫn chiếu đến văn bản quy phạm pháp luật về lĩnh vực đó. Ví dụ: Tội vi phạm quy định về quản lý đất đai, Tội vi phạm các quy định về tổ chức và hoạt động của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài; Tội vi phạm các quy định về đầu thầu... BLHS chỉ dừng ở việc quy định hành vi vi phạm các quy định về quản

² Nguyễn Ngọc Hòa, *Tội phạm và cấu thành tội phạm*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2015, tr. 176.

lý kinh tế. Vi phạm quy định cụ thể như thế nào về QLKT lại thuộc phạm vi của pháp luật kinh tế. Như vậy, để áp dụng pháp luật hình sự trong trường hợp này, cần phải chỉ ra các quy định của các văn bản quy phạm pháp luật như luật, nghị định, thông tư... và xác định cụ thể vi phạm các quy định là quy định nào, sau đó kết hợp với các dấu hiệu khác của cấu thành tội phạm để định tội danh. Không thể làm sáng tỏ cấu thành của các tội xâm phạm TTQLKT nếu không dẫn chiếu đến pháp luật kinh tế. Đây là đặc điểm cho thấy sự phức tạp của các tội xâm phạm TTQLKT cũng như những khó khăn khi áp dụng quy định của pháp luật hình sự về nhóm tội này trong định tội danh và quyết định hình phạt, trong bối cảnh các văn bản quy phạm pháp luật về quản lý kinh tế đồ sộ, phức tạp, thay đổi nhanh như hiện nay. Điều này đặt ra yêu cầu cần nghiên cứu để mở rộng nguồn của Luật hình sự trong thời gian tới.

1.2. Đặc điểm tội phạm học của các tội phạm xâm phạm trật tự quản lý kinh tế

Ngoài những đặc điểm chung về tội phạm học của các tội phạm trong BLHS về thực trạng, tình hình, cơ cấu, diễn biến..., các tội xâm phạm TTQLKT luôn phản ánh quy luật về sự phụ thuộc của tội phạm kinh tế vào các chính sách, công cụ và cơ chế quản lý kinh tế, phụ thuộc chặt chẽ vào các quan hệ kinh tế đang diễn ra trong đời sống xã hội được điều chỉnh bởi hệ thống pháp luật (thể chế) kinh tế trong mỗi thời kỳ. Xu hướng đó còn bị chi phối bởi sự phát triển của nhận thức về pháp luật nói chung, pháp luật hình sự nói riêng trước sự thay đổi của tình hình chính trị, kinh tế, xã hội, hội nhập quốc tế của đất nước cũng như yêu cầu phòng ngừa tội phạm bằng Luật hình sự trong tình hình mới và đặc biệt là gắn với quá trình đổi mới thể chế kinh tế thị trường

định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam. Có những tội phạm trước đây tồn tại trong BLHS năm 1985 như Tội lạm sát gia súc (Điều 184), Tội vi phạm những nguyên tắc, chính sách, chế độ về phân phối (Điều 178), Tội sản xuất hoặc buôn bán rượu, thuốc lá trái phép (Điều 183)... mang đặc trưng của thể chế kinh tế chỉ huy, thì trong bối cảnh thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa không còn cơ sở để tồn tại nữa. Do đó, chính sách hình sự đối với các tội xâm phạm TTQLKT trong bối cảnh hiện nay là: Pháp luật hình sự phải là “công cụ hữu hiệu để bảo vệ và thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế thị trường”³.

Dưới góc độ thể chế cũng có thể lý giải sự khác nhau giữa BLHS các nước về nhóm tội này thể hiện ở việc có tội phạm mà BLHS Việt Nam quy định, nhưng BLHS các nước không quy định. Điều đó cho thấy, các tội xâm phạm TTQLKT phụ thuộc chặt chẽ vào thể chế kinh tế của từng quốc gia. Ví dụ, trong thời gian qua, chúng ta xử lý nhiều người có trách nhiệm trong doanh nghiệp nhà nước (đặc trưng trong thể chế kinh tế của Việt Nam là doanh nghiệp nhà nước giữ vai trò chủ đạo) về Tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng [(Điều 165, BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009))]⁴. Tội phạm này sau đó được cụ thể hóa thành 9 tội danh khác nhau trong BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)⁵. Sự khác nhau

³ Chính phủ, *Tờ trình về Dự thảo Bộ luật Hình sự (sửa đổi)*, ngày 27/4/2015.

⁴ Theo nghiên cứu của tác giả chỉ có BLHS Việt Nam và Trung Quốc có Tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng.

⁵ Các tội được BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) cụ thể hóa từ Tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng của BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) là: Tội vi phạm các quy định về cạnh tranh

về thể chế kinh tế, quy định về tội phạm xâm phạm TTQLKT sẽ đặt ra vấn đề trong dẫn độ tội phạm giữa Việt Nam và các quốc gia hiện nay. Bởi lẽ, một trong những nguyên tắc không thể thiếu để thực hiện dẫn độ tội phạm giữa các quốc gia là nguyên tắc “tội phạm kép”. Theo đó, người phạm tội bỏ trốn sẽ không bị dẫn độ trừ khi tội danh đó được pháp luật hình sự hai bên coi là tội phạm⁶. Việc dẫn độ tội phạm xâm phạm TTQLKT sẽ khó khăn khi có sự khác nhau giữa BLHS Việt Nam và BLHS nhiều nước trên thế giới, khi có nhiều tội danh thuộc Chương Các tội phạm xâm phạm TTQLKT trong BLHS Việt Nam nhưng lại không được quy định trong BLHS của các nước.

Điều này cho phép nhấn mạnh thêm luận điểm đã nói ở trên, nếu tội phạm xâm phạm TTQLKT luôn gắn với thể chế thị pháp luật hình sự luôn là bộ phận quan trọng cấu thành nên thể chế kinh tế. Điều đó cũng sẽ có ý nghĩa khi dẫn đến nhận thức rằng: Quá trình hoàn thiện thể chế kinh tế cần phải gắn với hoàn thiện pháp luật hình sự và phòng ngừa tội phạm xâm phạm TTQLKT cần phải gắn với hoàn thiện thể chế kinh tế.

(Điều 217); Tội vi phạm quy định về hoạt động bán đấu giá tài sản (Điều 218); Tội vi phạm quy định về quản lý, sử dụng tài sản Nhà nước gây thất thoát, lãng phí (Điều 219); Tội vi phạm quy định của Nhà nước về quản lý và sử dụng vốn đầu tư công gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 220); Tội vi phạm quy định của Nhà nước về kế toán gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 221); Tội vi phạm quy định về đấu thầu gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 222); Tội thông đồng, bao che cho người nộp thuế gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 223); Tội vi phạm quy định về đầu tư công trình xây dựng gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 224); Tội vi phạm quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất (Điều 230).

⁶ Hồ Thị Ngọc Hương, Nguyễn Văn Thuyết, *Nguyên tắc tội phạm kép trong dẫn độ tội phạm - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1/2016, tr. 72.

2. Dự báo xu hướng phát triển và các giải pháp hoàn thiện pháp luật hình sự về các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế ở Việt Nam trong thời gian tới

Xu hướng phát triển của Luật hình sự trong thời gian tới bị tác động bởi các điều kiện chính trị, kinh tế, xã hội và hội nhập quốc tế:

Trước hết, Luật hình sự nói chung và các tội xâm phạm TTQLKT bị tác động bởi quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền ở nước ta. Một trong những biểu hiện của nhà nước pháp quyền đó chính là sự tôn trọng và bảo vệ quyền con người. Điều đó đặt ra cho pháp luật hình sự khi quy định về các tội xâm phạm TTQLKT phải bảo vệ các quyền kinh tế của công dân đã được hiến định và bảo đảm trên thực tế như quyền tự do kinh doanh, quyền sở hữu, quyền bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật giữa các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế khác nhau, phát triển bền vững các ngành kinh tế, góp phần xây dựng đất nước. Tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức đầu tư, sản xuất, kinh doanh được pháp luật bảo hộ và không bị quốc hữu hóa. Chỉ trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản cho tổ chức, cá nhân theo giá thị trường. Pháp luật hình sự về nhóm tội xâm phạm TTQLKT bảo vệ các quyền này ở khía cạnh mang tính đặc trưng của Luật hình sự là: Minh định các hành vi bị pháp luật hình sự cấm và các chế tài đối với hành vi đó.

Thứ hai, xu thế phát triển của Luật hình sự về các tội xâm phạm TTQLKT gắn với quá trình xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở nước ta trong thời gian tới. Thể chế

của chúng ta trong thời gian tới vẫn là tiếp tục tôn trọng các quy luật của thị trường kết hợp với sự quản lý của Nhà nước, kinh tế nhà nước vẫn là chủ đạo, kinh tế tư nhân là một động lực quan trọng của nền kinh tế; các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật. Vai trò của pháp luật hình sự phải là công cụ hữu hiệu để bảo vệ và thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế thị trường ở nước ta trong thời gian tới.

Thứ ba, pháp luật hình sự về các tội phạm xâm phạm TTQLKT gắn với quá trình hội nhập quốc tế của Việt Nam về kinh tế. Nội dung của hội nhập kinh tế quốc tế là giảm thiểu rồi hướng tới bãi bỏ các quy định hành chính phi thuế quan; giảm thiểu và xóa bỏ hàng rào thuế quan; mở cửa thị trường với mức độ và lộ trình khác nhau; hình thành sân chơi bình đẳng cho mọi loại hình doanh nghiệp; xóa bỏ bao cấp đối với hoạt động kinh doanh có liên quan tới thị trường bên ngoài; áp dụng những quy định chung về mua sắm chính phủ, hải quan, bảo vệ tài sản trí tuệ, vệ sinh an toàn thực phẩm, các tiêu chuẩn về môi trường sinh thái, lao động, các quy định về tự vệ, chống bán phá giá...

Các yếu tố tác động nói trên đã đặt ra cho pháp luật hình sự về các tội xâm phạm TTQLKT những nhiệm vụ sau:

Một là, vấn đề cơ bản của Luật hình sự vẫn tiếp tục được đặt ra và cần giải quyết đó là: Tội phạm hóa và phi tội phạm hóa đối với nhóm tội phạm xâm phạm TTQLKT. Bởi lẽ, cùng với yêu cầu bảo vệ quyền con người trong lĩnh vực kinh tế, sự cải cách thể chế kinh tế cũng như quá trình hội nhập quốc tế chắc chắn phải đánh giá lại tính chất mức độ nguy hiểm cho xã hội của một số hành vi mà hiện nay bị coi là tội phạm. So với những hành vi trái chuẩn mực xã hội khác đang tồn tại trong giai đoạn hiện nay,

những hành vi bị tội phạm hóa nhất thiết phải là những hành vi tương đối phổ biến, điển hình hơn và lặp đi lặp lại nhiều hơn. Ngược lại, nếu phi tội phạm hóa chúng thì hành vi đó phải là những hành vi ít phổ biến hơn, không điển hình và ít lặp đi lặp lại. Những loại hành vi này cần được phi hình sự hoá và nhất thiết không áp dụng những hình phạt tử hình, chung thân, hạn chế tối đa hình phạt tù có thời hạn, một mặt thể hiện tính chất nhân đạo, hướng thiện của pháp luật hình sự Việt Nam, mặt khác loại trừ khả năng oan, sai, nhất là trong điều kiện chúng ta chưa có đủ kiến thức, phương tiện, công nghệ để kiểm chứng⁷.

Do sự thay đổi của các yếu tố khách quan (về kinh tế, xã hội, chính trị, văn hoá hoặc pháp luật...), nên so với những hành vi trái chuẩn mực xã hội khác đang tồn tại trong giai đoạn hiện nay thì những hành vi bị tội phạm hóa phải là những hành vi mà mức độ bị lên án về mặt đạo đức và bị phản ứng của dư luận xã hội gay gắt hơn; còn ngược lại, nếu phi tội phạm hóa chúng thì hành vi đó phải là những hành vi mà mức độ bị lên án về mặt đạo đức không lớn và ít bị sự phản ứng của dư luận xã hội⁸. Chính vì vậy, trong nhóm tội xâm phạm TTQLKT còn 2 tội, theo tác giả, trong thời gian tới cần xem xét phi tội phạm hóa là: *Tội đầu cơ* và *Tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự*.

Về Tội đầu cơ, theo giải thích chính thức hiện nay, lợi dụng tình hình khan hiếm hoặc tạo ra sự khan hiếm giả tạo trong tình

⁷ Hồ Trọng Ngũ, *Một số vấn đề về hình sự hóa, phi hình sự hóa các hành vi vi phạm pháp luật trên lĩnh vực kinh tế trong chính sách hình sự hiện nay*, Tạp chí Công an nhân dân, số 2/2004. Nguồn: http://www.hids.hochiminhcity.gov.vn/c/document_library/get_file?uuid=bc9a9bb2-9106-4b83-a682-8d0f982df47f&groupId=13025, truy cập ngày 21/5/2020.

⁸ Đào Trí Úc, *Mô hình lý luận về Bộ luật Hình sự Việt Nam*, phần chung, Nxb. Khoa học xã hội, 1998, tr. 12.

hình thiên tai, dịch bệnh, chiến tranh hoặc tình hình khó khăn về kinh tế mua vét hàng hóa thuộc danh mục mặt hàng bình ổn giá hoặc thuộc danh mục hàng hóa được Nhà nước định giá với số lượng hàng hoá lớn hoặc thu lợi bất chính lớn. Việc mua gom hàng hoá sau đó bán ra thu lời, theo tác giả là bản năng của người kinh doanh. Hành vi này cũng xâm phạm trật tự kinh tế, song nếu Nhà nước làm tốt công tác điều tiết hàng hoá, sử dụng các quỹ dự trữ quốc gia mỗi khi có thiên tai, dịch bệnh... thì hành vi đầu cơ không có cơ sở để tồn tại. Nói cách khác, đối với hành vi này, không nhất thiết phải điều chỉnh bằng pháp luật hình sự. Bên cạnh đó, cụ thể hoá bằng cách dựa vào danh mục hàng bình ổn giá hoặc danh mục hàng hoá nhà nước định giá, theo tác giả, là không phù hợp, bởi lẽ hàng bình ổn giá, hàng Nhà nước định giá sẽ không có cơ sở để tồn tại trong tương lai khi chúng ta hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường. Nhiều quốc gia không có Tội đầu cơ trong BLHS. Luật hình sự Mỹ không có Tội đầu cơ (hedge), mà các hành vi ấn định giá, nâng giá hàng hóa được điều chỉnh bằng pháp luật chống độc quyền (*Sherman Act 1890* và *Clayton Act 1914*). Ngoài ra, thực tế áp dụng pháp luật cho thấy, rất ít trường hợp xử lý tội này. Chính vì vậy, tác giả đề xuất bỏ Tội đầu cơ ra khỏi BLHS. Từ kinh nghiệm thực tế cho thấy, hiện tượng đầu cơ khấu trang trong đại dịch Covid-19 vừa qua rất khó xử lý Tội đầu cơ và thực tế không xử lý được trường hợp nào. Bên cạnh đó, nên tiếp tục hoàn thiện Tội vi phạm quy định về cạnh tranh trong BLHS.

Về Tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự, Điều 201 BLHS hiện hành quy định: *Người nào cho vay với mức lãi suất cao hơn mức lãi suất cao nhất mà pháp luật quy định từ mười lần trở lên có tính chất chuyên bóc lột, thì phạt tiền từ một lần đến mười lần số*

tiền lãi hoặc phạt cải tạo không giam giữ đến một năm. Tác giả cho rằng, mục đích của nhà làm luật quy định Tội cho vay lãi nặng trong giao dịch dân sự nhằm trừng trị hành vi cho vay lãi nặng kiểu “*tín dụng đen*”. Tuy nhiên, cần hiểu cụ thể hơn về “*tín dụng đen*” như là một hiện tượng xã hội tồn tại trong bất cứ xã hội nào, đồng thời, ở góc độ nào đó, nó cũng đáp ứng nhu cầu cấp bách về vốn của người dân. Mặt khác, đối với hành vi cho vay lãi nặng, hoàn toàn có thể triệt tiêu bằng giải pháp phi hình sự khác, ví dụ như tạo điều kiện thông thoáng trong việc tiếp cận vốn ngân hàng về thủ tục, điều kiện cũng như thời gian, thì hành vi này không có cơ sở để tồn tại. Bên cạnh đó, chúng ta đã có cơ chế khởi kiện trong dân sự đối với giao dịch cho vay, trong đó toà án sẽ tuyên bố vô hiệu các giao dịch vi phạm về lãi suất thì không nhất thiết phải xử lý hành vi này bằng biện pháp hình sự.

Hai là, vấn đề trách nhiệm hình sự đối với các tội phạm xâm phạm TTQLKT cũng là xu hướng cần tiếp tục nghiên cứu trên cơ sở đó sửa đổi, bổ sung BLHS. Việc quy định và áp dụng trách nhiệm hình sự đối với các tội phạm xâm phạm TTQLKT luôn bám sát mục đích của Luật hình sự là giáo dục, phòng ngừa. Đồng thời, luôn dựa vào đặc điểm, trong đó có đặc điểm khách thể (TTQLKT) mà Luật hình sự bảo vệ chính là việc áp dụng trách nhiệm hình sự đối với các tội phạm xâm phạm TTQLKT phải đảm bảo cho thể chế kinh tế thị trường vận hành lành mạnh. Theo đó, cá nhân vi phạm Luật hình sự sẽ bị xử lý, nhưng doanh nghiệp vẫn tồn tại và phát triển. Thực tế cho thấy, sau khi Nga bắt tỉ phú Khodorkovsky và một bản án gây tranh cãi được tuyên thì nhiều người nghi ngại môi trường kinh doanh đầy bất an của nền kinh tế chuyển đổi này. Khi một doanh nhân đi tù, thị trường tài chính có thể rung động, sản xuất đình đốn, hàng

ngàn người có nguy cơ mất việc làm⁹... Thể chế cần thông thoáng và sự thỏa thuận luật chơi được ưa thích hơn là sự can thiệp của công quyền, nhưng hình luật mang tính quyền lực nhà nước với sự trừng trị là thuộc tính. Chính vì vậy, cần ưu tiên bảo vệ các chủ thể phi nhà nước khi chúng bị xâm hại bằng sự thỏa thuận và đền bù hơn là hình phạt. Hình luật chỉ can thiệp bảo vệ khi có hành vi xâm phạm lợi ích và trật tự công hoặc do những người có chức vụ quyền hạn trong bộ máy nhà nước gây ra.

Trong thời gian tới, xu hướng phát triển của Luật hình sự liên quan đến nhóm tội xâm phạm TTQLKT đó là cần đa dạng hơn nữa các loại hình phạt chính và hình phạt bổ sung trong hệ thống hình phạt. Tác giả cho rằng, hệ thống hình phạt của Luật hình sự Việt Nam hiện nay với 7 loại chính, 7 loại bổ sung đối với cá nhân là hẹp và cứng nhắc. Điều này gây khó khăn cho việc cá thể hóa trách nhiệm hình sự và hình phạt đối với các tội phạm khá đa dạng, phức tạp trong Luật hình sự, đặc biệt là đối với các tội phạm xâm phạm TTQLKT. Tác giả cho rằng, các tội trong BLHS với tính chất mức độ nguy hiểm không giống nhau, nên với hệ thống hình phạt cứng nhắc như vậy sẽ không đảm bảo được mục đích phòng ngừa, giáo dục trên thực tế của hình phạt.

Thứ ba, xu hướng phát triển của Luật hình sự về các tội xâm phạm TTQLKT đòi hỏi tiếp tục nghiên cứu hướng mở rộng nguồn của pháp luật hình sự. Điều này đặc biệt có ý nghĩa đối với các tội xâm phạm TTQLKT, bởi khách thể mà nó bảo vệ là TTQLKT có phạm vi rất rộng và khá phức

tạp, luôn biến đổi, trong khi đó, do tính khái quát và ổn định, BLHS không thể quy định đầy đủ và theo kịp để điều chỉnh. Tác giả đồng ý với quan điểm: *Nguồn của pháp luật hình sự có “hạt nhân” là BLHS và xung quanh “hạt nhân” này là hệ thống các luật thuộc tất cả các lĩnh vực mà ở đó có thể phát sinh các hành vi nguy hiểm cho xã hội ở mức độ có thể bị coi là tội phạm*¹⁰. Nhiều nước trên thế giới cũng đã áp dụng nguồn mở cho Luật hình sự như Thụy Điển, Trung Quốc... Ở nước ta, đã có một thời gian dài trước khi BLHS năm 1985 ra đời, nguồn của Luật hình sự nằm rải rác ở các văn bản dưới luật. Tuy nhiên, việc mở rộng nguồn Luật hình sự trong bối cảnh hiện nay ở nước ta cần chú ý đến chất lượng của luật chuyên ngành. Bất cứ sự tùy tiện nào trong việc quy định cũng như áp dụng tội phạm và hình phạt đều gây hậu quả rất nghiêm trọng. Nếu kỹ thuật lập pháp không tốt sẽ dẫn đến tình trạng các cơ quan xây dựng luật tùy tiện trong việc đặt ra quy định về tội phạm và hình phạt, làm cho pháp luật hình sự trở nên tùy tiện, gây ra những hậu quả pháp lý không dự đoán được cho người bị áp dụng, đặc biệt là pháp luật trong lĩnh vực kinh tế.

Trong thể chế kinh tế không thể thiếu pháp luật hình sự với vai trò và nhiệm vụ bảo vệ thể chế đó trước hành vi xâm phạm của tội phạm. Thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa của Việt Nam trong thời gian tới sẽ được tiếp tục hoàn thiện đặt ra yêu cầu cho việc xây dựng, hoàn thiện pháp luật hình sự và tổ chức thực hiện pháp luật hình sự về các tội xâm phạm TTQLKT phải gắn với thể chế kinh tế và đảm bảo được vai trò bảo vệ thể chế kinh tế.

⁹ Đinh Thế Hung, *Hình luật và thể chế kinh tế thị trường*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, <http://www.thesaigontimes.vn/116124/Hinh-luat-va-the-che-kinh-te-thi-truong.html>, truy cập ngày 18/5/2020.

¹⁰ Nguyễn Ngọc Hòa, *Nguồn của Luật hình sự - những vấn đề đặt ra cho pháp luật hình sự Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 7/2011, tr. 28.

QUYỀN ĐƯỢC HỖ TRỢ ĐỂ TÁI HÒA NHẬP XÃ HỘI CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG DI TRÚ VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Quang Thành*

Tóm tắt: Bài viết phân tích khái niệm và nội dung quy định về quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú trong pháp luật quốc tế và Việt Nam, qua đó đề xuất một số kiến nghị đối với nước ta trong bối cảnh sửa đổi Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

Abstract: The article analyzes the notion of and substantive provisions on the right to support for social rehabilitation of migrant workers under international and Vietnamese laws, thereby it makes recommendations for the amendment of the Law on Vietnamese Nationals Working Abroad under Contract.

1. Khái niệm tái hòa nhập xã hội và quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú theo pháp luật quốc tế

Khái niệm “hòa nhập xã hội” có nội hàm rộng và được nghiên cứu ở nhiều lĩnh vực khác nhau. Theo một nghiên cứu của Viện Nghiên cứu phát triển xã hội Liên hợp quốc, hòa nhập xã hội với một số người là mục tiêu tích cực, nghĩa là các quyền và cơ hội bình đẳng dành cho tất cả mọi người... Còn với những đối tượng khác, nó đơn giản chỉ là cách để mô tả các khuôn mẫu đã được thiết lập về mối quan hệ của con người trong một xã hội nhất định, mà ở đó có thể cung cấp một bối cảnh thịnh vượng, công bằng hoặc nhân văn hơn cho con người so với những mô hình xã hội khác¹. Có quan điểm cho rằng, hòa nhập xã hội có thể hiểu một cách chung nhất là quá trình trong đó các cá nhân hoặc nhóm xã hội được xã hội tạo những điều kiện thuận lợi về nhiều mặt khác nhau để có thể tham gia một cách tích

cực vào đời sống xã hội trong sự bình đẳng với các thành viên khác của xã hội². Như vậy, “tái hòa nhập xã hội” là quá trình các cá nhân hoặc nhóm xã hội nào đó một lần nữa quay trở lại tham gia vào đời sống xã hội ở một quốc gia hay vùng lãnh thổ mà họ từng sinh sống, làm việc thông qua những chính sách hỗ trợ cần thiết.

Đối với người lao động di trú, những người có thời gian sinh sống, làm việc ở một quốc gia, vùng lãnh thổ khác mà họ không phải là công dân, vấn đề tái hòa nhập xã hội là vô cùng cần thiết. Chính vì vậy, nhiều văn kiện quốc tế đã ghi nhận vấn đề này và đưa ra những khuyến nghị cần thiết để các quốc gia thành viên tham gia thực hiện. Chẳng hạn, Điều 67 Công ước về Bảo vệ quyền của tất cả những người lao động di trú và các thành viên trong gia đình họ (ICRMW, 1990) ghi nhận: Liên quan đến người lao động di trú và các thành viên gia đình họ ở trong tình trạng hợp pháp, các Quốc gia thành viên liên quan sẽ hợp tác, nếu thích hợp, theo những điều kiện được

* ThS., Khoa Nhà nước và Pháp luật, Trường Chính trị Đồng Tháp.

¹ UNRISD, *Social Integration: Approaches and Issues*, UNRISD Briefing Paper No.1, World Summit for Social Development, 1994.

² Phạm Văn Quyết và Trần Văn Kham, *Hòa nhập xã hội: Một số quan điểm và việc triển khai nghiên cứu, đo lường*, Tạp chí Tâm lý học, số 10 (199), 2015, tr. 71.

thỏa thuận bởi các quốc gia đó nhằm thúc đẩy các điều kiện kinh tế đầy đủ cho việc tái định cư của họ và tạo điều kiện thuận lợi cho việc tái hòa nhập xã hội và văn hóa lâu bền của họ tại quốc gia xuất xứ. Tương tự, Tuyên bố ASEAN về bảo vệ và thúc đẩy các quyền của người lao động di trú năm 2007 đề cập: Xây dựng các chính sách và thủ tục nhằm hỗ trợ các vấn đề về di trú lao động, bao gồm việc tuyển dụng, chuẩn bị cho người lao động ra nước ngoài làm việc, bảo vệ họ khi làm việc ở nước ngoài cũng như khi hồi hương và tái hòa nhập họ vào cộng đồng sau khi hồi hương.

Xét về phương diện quyền, vấn đề hỗ trợ để tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú gắn với quyền được hưởng an sinh xã hội (the right to social security) - một trong những quyền con người cơ bản được ghi nhận tại Điều 22 Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người (UDHR, 1948): Với tư cách là một thành viên của xã hội, mọi người đều có quyền được hưởng an sinh xã hội cũng như được hưởng các quyền kinh tế, xã hội, văn hóa không thể thiếu để bảo đảm nhân phẩm và tự do phát triển về nhân cách; thông qua những nỗ lực quốc gia và sự hợp tác quốc tế; phù hợp với hệ thống tổ chức và nguồn lực của mỗi quốc gia. Sau đó, vấn đề này được tái khẳng định trong Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR, 1966). An sinh xã hội được xem là một trong những hình thức nhằm phân phối lại tài sản của xã hội để hỗ trợ các nhóm dễ bị tổn thương và giúp họ hòa nhập với xã hội. Đến năm 2008, trong Bình luận chung số 19 liên quan đến quyền an sinh xã hội, Ủy ban về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (CESCR - cơ quan giám sát thực thi ICESCR) đã khái quát quyền được bảo đảm xã hội bao gồm quyền tiếp cận và duy trì các lợi ích, không phân biệt đối xử để bảo vệ con người từ các trường hợp sau: (a) Thiếu thu nhập liên quan đến

công việc do bệnh tật, khuyết tật, thai sản, việc làm thương tật, thất nghiệp, tuổi già hoặc cái chết của một thành viên trong gia đình; (b) Không có khả năng tiếp cận với các dịch vụ chăm sóc sức khỏe; (c) Không đủ khả năng hỗ trợ gia đình, đặc biệt là trẻ em và người lớn sống phụ thuộc³. Theo các quy định đã liệt kê, quyền được hưởng an sinh xã hội còn gắn liền với quyền có mức sống thích đáng được quy định tại Điều 25 UDHR và Điều 11 ICESCR. Cụ thể, biểu hiện của mức sống thích đáng thông qua các khía cạnh về lương thực, quần áo, nhà cửa, chăm sóc y tế, dịch vụ xã hội thiết yếu và an sinh xã hội trong trường hợp thất nghiệp, đau ốm, tật nguyền, góa bụa, già yếu hay thiếu phương kế sinh nhai do những hoàn cảnh ngoài ý muốn.

Từ đây cho thấy, để tái hòa nhập xã hội, người lao động di trú cần được hỗ trợ để có thể đảm bảo được mức sống thích đáng sau khi trở về nước. Bởi lẽ, sự thay đổi về môi trường sống, môi trường làm việc, rủi ro sức khỏe, thất nghiệp hay đối mặt với gánh nặng tài chính là những nhân tố tác động trực tiếp đến khả năng tận hưởng các quyền của người lao động di trú hồi hương. Nếu không được đảm bảo mức sống thích đáng thì nhiều hệ quả xã hội có thể kéo theo như ở lại nước ngoài trái phép sau khi hết hạn hợp đồng lao động, di cư quay vòng⁴... Chính vì vậy, sự hỗ trợ từ các chủ thể có liên quan để tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú nên được xem là một nội dung hàm chứa

³ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant)*, 4 February 2008, E/C.12/GC/19, <https://www.refworld.org/docid/47b17b5b39c.html>, truy cập ngày 6/2/2020.

⁴ ILO, IOM và UN Women, *Tóm tắt Thảo luận chính sách: Để người lao động di cư trở về đóng góp tích cực cho Việt Nam*, 2014, https://www.ilo.org/hanoi/Whatwedo/Publications/WCMS_316803/lang-vi/index.htm, truy cập ngày 06/02/2020.

trong quyền được hưởng an sinh xã hội và quyền có mức sống thích đáng - những quyền kinh tế, xã hội cơ bản của con người đã được pháp luật quốc tế thừa nhận từ nhiều năm qua.

Việc nghiên cứu về cách các quốc gia có người lao động di trú giúp họ tái hòa nhập xã hội, đặc biệt là trở lại thị trường lao động là vô cùng cần thiết. Các quốc gia này có thể cung cấp những lợi ích thiết yếu để tái hòa nhập cho người lao động di trú quay trở lại, chẳng hạn các chính sách thị trường lao động tích cực để giúp họ tìm việc làm hoặc bắt đầu kinh doanh khi trở về. Loại can thiệp này cần được cân nhắc để tái hòa nhập người lao động di trú bởi họ đã mất đi mạng lưới tìm việc làm⁵. Nhận thức được tầm quan trọng của quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập của người lao động di trú, một số quốc gia đã có những quy định, chính sách để hiện thực hóa quyền này.

Chẳng hạn, Philippines cung cấp dịch vụ tái hòa nhập cho những người lao động di trú đã trở về từ nước ngoài làm việc⁶. Các dịch vụ này thường được cung cấp bởi Cơ quan phúc lợi lao động nước ngoài (Overseas Workers Welfare Administration - OWWA) và Trung tâm Tái hòa nhập quốc gia cho người lao động nước ngoài (the National Reintegration Center for OFWs). Trong đó, một số chương trình đã được triển khai thực hiện như: Chương trình cho vay và phát triển doanh nghiệp (EDLP) được hợp tác với Ngân hàng đất đai và Ngân hàng phát triển Philippines, giúp hỗ trợ phát triển doanh nghiệp thông qua phát triển kinh

doanh và cho vay lãi cố định; Chương trình OFW-M3 về đào tạo kiến thức tài chính và khởi nghiệp...

Một ví dụ khác cho quyền được hỗ trợ tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú đó là chương trình lao động nước ngoài của Hàn Quốc (còn được biết đến là Employment Permit System - EPS). EPS bao gồm các cơ chế hỗ trợ trở về và tái hòa nhập thành công ở nước sở tại khi kết thúc việc làm tại Hàn Quốc, trong đó cung cấp khóa đào tạo tại quốc gia mà người lao động mang quốc tịch sau khi họ trở về. Trong năm 2014, khoảng 8,5% người lao động thuộc chương trình EPS đã tham gia quá trình đào tạo này sau khi trở về nước. Bên cạnh đó, hỗ trợ các công nhân EPS làm đại diện tại quốc gia của họ để trao đổi với cộng đồng địa phương nhằm khuyến khích các ứng cử viên chất lượng và cung cấp bằng chứng cho thấy sự trở lại là tích cực. Ngoài ra, để thúc đẩy việc tuân thủ yêu cầu rời khỏi Hàn Quốc khi hết hạn hợp đồng, chủ thể có liên quan còn liên lạc với người lao động trong những tháng sắp hết hạn làm việc, kiểm tra kế hoạch khởi hành của họ và hỗ trợ hành chính cho các thủ tục liên quan⁷.

2. Nghĩa vụ quốc gia và những khía cạnh cần thiết nhằm bảo đảm quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập của người lao động di trú

Theo nhận thức chung của Luật Nhân quyền quốc tế, nghĩa vụ của các quốc gia trong việc bảo đảm quyền con người nói chung và quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập của người lao động di trú thể hiện ở ba hình thức cụ thể sau⁸:

⁵ Mauro Testaverde, Harry Moroz, Claire H. Hollweg and Achim Schmillen, *Migrating to Opportunity: Overcoming Barriers to Labor Mobility in Southeast Asia*, World Bank Group, 2017, p. 23.

⁶ Tornea, Vivian F., *Reintegration Program for Migrant Workers*, Review of Women's Studies 13 (2), 2003, 203–220.

⁷ Asian Development Bank Institute, Organisation for Economic Co-operation and Development, and International Labour Organization, *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration: Lessons from Asian Countries*, 2019, p. 35.

⁸ ESCR Committee, *General Recommendation No.14 (2000)*, trong *Compilation of General*

Thứ nhất, nghĩa vụ tôn trọng (obligation to respect): Nghĩa vụ này đòi hỏi các Nhà nước phải kiềm chế không can thiệp tùy tiện, bất hợp lý nào, kể cả trực tiếp hoặc gián tiếp, vào việc tiếp cận với những chính sách hỗ trợ phù hợp của người lao động di trú trở về.

Thứ hai, nghĩa vụ bảo vệ (obligation to protect): Nghĩa vụ này đòi hỏi các quốc gia phải đề ra và thực hiện các biện pháp nhằm ngăn chặn, phòng ngừa và xử lý sự vi phạm quyền được hỗ trợ tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú từ các bên thứ ba.

Thứ ba, nghĩa vụ thực hiện/hỗ trợ (obligation to fulfil/facilitate): Nghĩa vụ này đòi hỏi các quốc gia phải chủ động có những biện pháp, hoạt động nhằm hỗ trợ người lao động di cư hồi hương được hưởng thụ đầy đủ các quyền con người.

ICRMW cũng đã xây dựng những nguyên tắc cơ bản đối với người lao động di trú. Đặc biệt, nhấn mạnh đến việc thực thi và bảo đảm các quyền con người trong ICRMW được diễn ra xuyên suốt toàn bộ quá trình di trú. Quá trình đó bao gồm việc chuẩn bị di trú, ra đi, quá cảnh và toàn bộ thời gian ở và làm công việc có hưởng lương tại quốc gia có việc làm cũng như việc quay trở về quốc gia xuất xứ hoặc quốc gia thường trú⁹.

Như đã đề cập ở phần trước, mặc dù được xem như một quyền hàm chứa trong quyền được hưởng mức sống thích đáng và quyền an sinh xã hội, nhưng quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập của người lao động di trú lại không được ghi nhận thành một điều khoản trong các phần liên quan đến quyền (Phần III, IV) mà được nêu tại Phần VI về thúc đẩy các điều kiện hợp lý, công bằng,

nhân đạo và hợp pháp liên quan đến việc di trú quốc tế của người lao động và thành viên gia đình họ trong ICRMW. Như vậy, nghĩa vụ của các quốc gia trong vấn đề này là ngoài việc đảm bảo các quyền con người đã được liệt kê cụ thể, người lao động di trú cũng cần có những chính sách, dịch vụ phù hợp liên quan đến việc hồi hương có trật tự và hòa nhập trở lại với quốc gia xuất xứ. Đây được xem là khâu cuối cùng, nhưng cũng vô cùng quan trọng trong chính sách quốc gia liên quan đến đưa người lao động đi làm việc có thời hạn ở nước ngoài theo hợp đồng.

Để thực hiện được quá trình tái hòa nhập này, nhiều quốc gia đã xây dựng hệ thống chính sách nhằm giúp người lao động di trú trở về. Trong đó, tính hiệu quả và tính bền vững của tái hòa nhập xã hội được xem là chìa khóa then chốt. Cụ thể, trở về và tái hòa nhập có hiệu quả đặt ra các yêu cầu như sau¹⁰:

(i) Các quốc gia xuất xứ hợp tác với các quốc gia có người lao động đến làm việc để đảm bảo sự trở lại an toàn và trang nghiêm của công dân của họ;

(ii) Tùy viên lao động và các cơ quan lãnh sự ở nước đến cung cấp lời khuyên và tạo điều kiện cho sự trở lại của lao động nhập cư;

(iii) Người sử dụng lao động tạo điều kiện cho người lao động trở về khi hết hạn lao động nhập cư theo hợp đồng ký kết, quy định pháp luật của nước sở tại;

(iv) Quốc gia xuất xứ và gia đình cung cấp dịch vụ hỗ trợ tiếp đón đầy đủ cho người lao động trở về;

(v) Người lao động di cư phải đăng ký với chính quyền trung ương và địa phương

Comments and Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies (HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004).

⁹ ICRMW, Điều 1, đoạn 2.

¹⁰ Piyasiri Wickramasekara, *Effective return and reintegration of migrant workers with special focus on ASEAN Member States*, ILO, 2019, p. 4.

khi họ trở về để tạo điều kiện tiếp cận các dịch vụ hỗ trợ cũng như đóng góp các kỹ năng và nguồn lực của họ cho cộng đồng và xã hội khi cần thiết.

Đối với yếu tố thứ hai, tính bền vững của quá trình người lao động di trú trở về cũng đã được các nhà nghiên cứu quan tâm. Trong đó, theo Tổ chức di cư quốc tế (IOM), tái hòa nhập thành công ở nước xuất xứ được thực hiện bao gồm các khía cạnh về kinh tế, xã hội, tâm lý và khả năng của cá nhân để giải quyết các vấn đề xã hội nảy sinh cả mới và cũ như người dân địa phương¹¹. Bên cạnh đó, theo quan điểm của Koser và Kuschminder, di cư trở về mang tính bền vững khi cá nhân đã tái hòa nhập vào các quá trình kinh tế, xã hội và văn hóa của nước xuất xứ và cảm thấy rằng họ đang ở trong một môi trường an toàn, an ninh khi trở về¹².

Như vậy, nhìn chung để giúp cho người lao động di trú trở về có điều kiện tái hòa nhập xã hội hiệu quả và bền vững, các quốc gia sẽ đặt ra một số chính sách hỗ trợ nhất định, trong đó nhấn mạnh đến bốn yếu tố chính, đó là: Kinh tế, xã hội, tâm lý và văn hóa.

3. Quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú theo pháp luật Việt Nam

Ngày nay, cùng với quá trình hội nhập quốc tế, lao động di trú đã trở thành vấn đề toàn cầu, có sự tác động mạnh mẽ đến sự phát triển mỗi quốc gia và Việt Nam cũng không nằm ngoài xu thế chung đó. Chính vì thế, thúc đẩy lao động di trú hợp pháp, phòng chống lao động di trú trái phép, đảm

bảo lao động di trú an toàn và bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp của họ là chính sách nhất quán của nước ta trong nhiều năm qua. Trong Báo cáo tổng quan về tình hình di cư của công dân Việt Nam ra nước ngoài vào năm 2011 cho thấy, bình quân mỗi năm nước ta đưa được khoảng 80.000 lao động đi làm việc, chiếm hơn 5% tổng số lao động được giải quyết việc làm mỗi năm¹³. Hoạt động này ngày càng diễn ra với mức độ và quy mô nâng cao, mở rộng đến nhiều quốc gia và vùng lãnh thổ; đồng thời, đây cũng được xem là cơ hội làm việc với thu nhập khá hơn cho người lao động, góp phần nâng cao đời sống của một bộ phận dân cư, xóa đói giảm nghèo và ổn định xã hội. Đặc biệt, trong năm 2019, đã có hơn 142.000 người ra nước ngoài lao động. Theo ước tính của Chính phủ, người lao động di trú gửi về nhà 2,5 - 3 tỉ USD mỗi năm¹⁴.

Tuy nhiên, cùng với sự phát triển kinh tế, Việt Nam đã, đang và sẽ tiếp tục phải đối mặt với những vấn đề nảy sinh từ lao động di trú, đó là di trú bất hợp pháp và người lao động di cư bỏ trốn. Các tỉnh như Nghệ An, Hà Tĩnh, Quảng Bình, Thanh Hóa là những địa phương có rất đông lao động di trú bất hợp pháp, đặc biệt là sang Trung Quốc làm việc “chui”¹⁵. Gần đây nhất, câu chuyện 39 người thiệt mạng trong thùng xe container ở

¹¹ International Organization for Migration (IOM), *Reintegration – Effective approaches*, 2015, Geneva, p. 19.

¹² Koser, K. and Kuschminder, K., *Comparative research on assisted voluntary return*, 2015, Geneva, p. 8.

¹³ Liên minh châu Âu, Cục Lãnh sự - Bộ Ngoại giao và Tổ chức di cư quốc tế, *Báo cáo tổng quan về tình hình di cư của công dân Việt Nam ra nước ngoài*, Hà Nội, 2011, tr. 17.

¹⁴ Không Loan, *ILO: Hơn 141.000 người ra nước ngoài lao động trong năm 2019*, <https://forbesvietnam.com.vn/tin-cap-nhat/ilo-hon-141000-nguoi-ra-nuoc-ngoai-lao-dong-trong-nam-2019-8037.html>, truy cập ngày 12/02/2020.

¹⁵ Thanh Tuấn, *Di cư bất hợp pháp: Đánh cược với số mạng*, <https://nld.com.vn/thoi-su/di-cu-bat-hop-phap-mau-va-nuoc-mat-danh-cuoc-voi-so-mang-2019110621524016.htm>, truy cập ngày 12/02/2020.

hạt Essex (Anh)¹⁶ đã khiến nhiều người bàng hoàng và gióng lên hồi chuông cảnh báo về tình trạng lao động bất hợp pháp. Bên cạnh đó, thực trạng người lao động di trú trốn ở lại cũng diễn ra phổ biến ở hầu hết các thị trường lao động, trong đó Nhật Bản, Hàn Quốc (chiếm 30 - 40%), Đài Loan (10 - 15%) là những quốc gia có tỷ lệ cao nhất¹⁷. Có nhiều nguyên nhân dẫn đến thực trạng trên, nhưng một trong những lý do cốt yếu là người lao động di cư trở về thiếu các cơ hội việc làm, còn chịu sức ép của nợ nần, xung đột gia đình và các vấn đề sức khỏe¹⁸. Việc thiếu sự hỗ trợ để họ tái hòa nhập về bảo trợ xã hội đã làm cho tình cảnh trở nên trầm trọng hơn.

Trong khi đó, mặc dù đã có nhiều cố gắng nhưng hệ thống pháp luật Việt Nam điều chỉnh về quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập xã hội của người lao động di trú vẫn chưa thực sự thỏa đáng. Trong Hiến pháp năm 2013, không có quy định cụ thể nào về quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập của người lao động hồi hương, chỉ có một số điều liên quan như khoản 1 Điều 14, Điều

19, Điều 34, Điều 35 và Điều 38. Theo Điều 34, công dân có quyền được bảo đảm an sinh xã hội. Như vậy, trên góc độ tiếp cận dựa trên quyền, quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập của người lao động di trú trở về là một bộ phận gắn liền với quyền sống, quyền có việc làm, quyền được chăm sóc, bảo vệ sức khỏe và quyền đảm bảo an sinh xã hội.

Bên cạnh các quy định của Hiến pháp năm 2013, một số văn bản pháp luật hiện hành khác đề cập đến vấn đề này như: Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006, Nghị định số 126/2007/NĐ-CP ngày 01/8/2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, Quyết định số 144/2007/QĐ-TTg ngày 31/8/2007 của Thủ tướng Chính phủ về việc thành lập, quản lý và sử dụng Quỹ hỗ trợ việc làm ngoài nước, Quyết định số 71/2009/QĐ-TTg ngày 29/4/2009 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án Hỗ trợ các huyện nghèo đẩy mạnh xuất khẩu lao động góp phần giảm nghèo bền vững giai đoạn 2009 - 2020...

Mục 4, Chương III Luật Người lao động Việt Nam làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng tập trung vào chính sách hỗ trợ việc làm và khuyến khích tạo việc làm khi người lao động di cư trở về. Theo đó, Sở Lao động - Thương binh và Xã hội có trách nhiệm thông báo cho người lao động về nước nhu cầu tuyển dụng lao động ở trong nước; hướng dẫn, giới thiệu người lao động đăng ký tìm việc làm phù hợp. Nhà nước khuyến khích các doanh nghiệp tiếp nhận và tuyển dụng người lao động về nước vào làm việc hoặc đưa đi làm việc ở nước ngoài, tạo điều kiện thuận lợi và khuyến khích người lao động về nước đầu tư sản xuất, kinh doanh, tạo việc làm cho mình và cho người khác. Ngoài ra, đối với người lao động di trú trở về

¹⁶ Ban Thời sự VTV, *Lao động chui ở nước ngoài: Thiên đường "màu hồng" hay hiện thực tàn khốc?*, <https://vtv.vn/van-de-hom-nay/lao-dong-chui-o-nuoc-ngoai-thien-duong-mau-hong-hay-hien-thuc-tan-kho-c-20191029021924117.htm>, truy cập ngày 12/02/2020.

¹⁷ Theo thống kê của Cục Quản lý lao động ngoài nước, trong khoảng thời gian từ tháng 1/2003 đến 4/2008 đã có 39.401 lao động bỏ trốn (chiếm 8,54% tổng số lao động đã đưa đi). Trong đó, Đài Loan là 28.330 lao động, Nhật Bản là 2.644 lao động, Hàn Quốc là 6.564 lao động. Trong khi đó, tỷ lệ lao động bỏ trốn của các quốc gia khác như Trung Quốc, Thái Lan, Philippines, Indonesia,... trên cùng thị trường chỉ từ 1% đến 5%. Xem thêm: Trần Văn Thiện và Nguyễn Sinh Công, *Giải pháp ngăn chặn tình trạng lao động xuất khẩu bỏ trốn*, <http://molisa.gov.vn/Pages/tintuc/chitiet.aspx?tintucID=20918>, truy cập ngày 12/02/2020.

¹⁸ See more: DOLAB, IOM, *Returning Vietnamese migrant workers: Policy and Practice*, Hà Nội, 2012.

gặp khó khăn thì được vay vốn ưu đãi theo quy định của pháp luật để tạo việc làm.

Song song đó, Nhà nước còn hỗ trợ thông qua Quỹ Hỗ trợ việc làm ngoài nước và cung cấp hỗ trợ pháp lý khác cho những người lao động phải trở về nước vì những trường hợp khẩn cấp, đối với người lao động ở các huyện nghèo từ nước ngoài trở về. Chẳng hạn, quy định việc xây dựng cơ sở dữ liệu về người lao động thuộc các huyện nghèo đi làm việc ở nước ngoài để quản lý và trợ giúp, hỗ trợ người lao động đi làm việc ở nước ngoài; tổ chức tư vấn và giới thiệu việc làm cho người lao động phù hợp với ngành nghề, kinh nghiệm đã học hỏi và tích lũy được trong thời gian làm việc ở nước ngoài; tổ chức tư vấn, hướng dẫn người lao động và gia đình họ sử dụng nguồn thu từ xuất khẩu lao động đầu tư phát triển kinh tế hộ, kinh tế trang trại; tổ chức các khóa đào tạo về khởi sự doanh nghiệp¹⁹.

Nhìn chung, các quy định hiện hành đã thể hiện được sự tiếp cận với quan điểm, chuẩn mực của các tổ chức quốc tế và nhiều quốc gia trên thế giới. Đây là một tín hiệu đáng mừng khi quyền của một nhóm người dễ bị tổn thương, người lao động di trú, được Nhà nước lưu tâm trong quy trình lập pháp. Tuy nhiên, những quy định vừa trình bày còn rời rạc, thiếu hệ thống và đặc biệt chỉ tập trung đến hai yếu tố kinh tế và việc làm của người lao động di trú trở về. Trong khi đó, như đã phân tích, để tái hòa nhập xã hội hiệu quả và bền vững, người lao động di trú cần sự hỗ trợ, giúp đỡ nhiều hơn trong vấn đề tâm lý, văn hóa, sức khỏe và kể cả xung đột gia đình.

4. Một số đề xuất, kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam

Ngày 29/11/2006, Quốc hội khóa XI đã thông qua Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/7/2007. Sự ra đời của Luật này đánh dấu bước phát triển mới trong hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài tại nước ta. Đồng thời, việc ban hành Luật và hệ thống các văn bản hướng dẫn đã góp phần tạo hành lang pháp lý phù hợp với điều kiện trong nước và quốc tế, bảo vệ có hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động di trú. Tuy nhiên, trong quá trình tổ chức thực hiện, một số quy định của Luật đã bộc lộ những hạn chế khiến việc thi hành trong thực tiễn gặp vướng mắc, khó khăn. Đặc biệt, vấn đề đảm bảo và thúc đẩy quyền được hỗ trợ để người lao động di trú được tái hòa nhập xã hội vẫn chưa mang tính cụ thể, hệ thống và rõ ràng. Do đó, cần tiếp tục nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung ở một số khía cạnh sau đây:

Thứ nhất, quá trình hoàn thiện pháp luật về lao động di trú nói chung và quyền được hỗ trợ để tái hòa nhập của người lao động di trú nói riêng cần tuân thủ các tiêu chuẩn, khuyến nghị của các tổ chức quốc tế, các công ước mà Việt Nam là thành viên. Đồng thời, có sự nghiên cứu sâu sắc về hướng tiếp cận dựa trên quyền con người (human rights - based approach²⁰).

Thứ hai, phát triển và mở rộng cơ hội việc làm cho lao động trở về. Cần có sự bổ sung cụ thể hơn các quy định về chính sách đối với người lao động sau khi về nước. Cụ thể, Điều 59 và 60 của Luật Người lao động

¹⁹ Mục 3b, Phần III, Điều 1 Quyết định số 71/2009/QĐ-TTg ngày 29/4/2009 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án Hỗ trợ các huyện nghèo đẩy mạnh xuất khẩu lao động góp phần giảm nghèo bền vững giai đoạn 2009 - 2020.

²⁰ See more: European Network of National Human Rights Institutions, *Respect My Rights - An ENNHRI Toolkit on Applying a Human Rights-Based Approach to Long-term Care for Older Persons*, October 2017, p. 14.

Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng cần tiếp tục được hoàn thiện, hướng đến phát triển một cơ sở dữ liệu về kinh nghiệm, trình độ và kỹ năng của người lao động di cư trở về. Những dữ liệu tích hợp này cần được mã hóa các thông tin liên quan đến lao động di trú như tên đầy đủ, địa chỉ cư trú, quốc gia di trú, kinh nghiệm, kỹ năng, nghề nghiệp... Hệ thống dữ liệu sẽ góp phần quản lý tốt số lượng, hành trình người di trú và có những bước chuẩn bị cần thiết về việc làm sau khi họ trở về hoặc khởi động cho một vòng di trú mới.

Thứ ba, kết nối người lao động di trú trở về với hệ sinh thái khởi nghiệp quốc gia. Trong những năm gần đây, Đảng và Nhà nước ta rất chú trọng đến khởi nghiệp. Đặc biệt, năm 2016 cũng được lựa chọn là Năm Quốc gia khởi nghiệp. Qua đó, tinh thần khởi nghiệp trên cả nước đã có bước phát triển mạnh mẽ từ các cơ quan trung ương đến từng địa phương. Do đó, kết nối những người lao động di trú trở về, những người đã qua quá trình rèn luyện, đào tạo về tay nghề và tích lũy ít nhiều về vốn, vào mạng lưới khởi nghiệp là thật sự cần thiết để phát huy được những kỹ năng mà người lao động di trú đã có được. Tuy nhiên, cần phải có một chính sách cụ thể để đảm bảo rằng họ được hỗ trợ giáo dục và đào tạo các kỹ năng cần thiết để khởi sự một doanh nghiệp.

Thứ tư, tăng cường hỗ trợ để người lao động di trú trở về tiếp cận với các nguồn lực trong nước. Như đã đề cập, sự thiếu hỗ trợ để tái hòa nhập là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng người lao động di trú bỏ trốn. Mặc dù Điều 7 Dự thảo Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (sửa đổi) đã đề xuất ba nội dung nghiêm cấm liên quan đến vấn đề này, bao gồm: (i) Sau khi nhập cảnh không đến nơi làm việc hoặc bỏ trốn khỏi

nơi đang làm việc theo hợp đồng; (ii) Ở lại nước ngoài trái phép sau khi hết hạn hợp đồng lao động; (iii) Lôi kéo, dụ dỗ, lừa gạt người lao động Việt Nam ở lại nước ngoài trái quy định của pháp luật. Tuy nhiên, điểm mấu chốt ở đây chính là sức ép về mặt tài chính sau khi trở về đã khiến cho người lao động di trú bỏ trốn, không chịu về nước khi hết hạn hợp đồng.

Để giải quyết tình trạng trên, thiết nghĩ cần phải tiếp tục cải thiện khả năng tiếp cận các nguồn hỗ trợ về mặt thông tin, hỗ trợ tài chính cho người lao động di trú trở về. Trong đó, chú trọng công tác phổ biến thông tin, thông qua các khóa đào tạo để nâng cao nhận thức về các nguồn lực sẵn có cho người lao động di trú và cách tiếp cận chúng. Ngoài ra, có thể hỗ trợ thành lập các câu lạc bộ và nhóm cộng đồng để chia sẻ thông tin và giảm thiểu những khó khăn, ổn định cuộc sống của người lao động di trú và gia đình họ, chú ý đến các vấn đề bất bình đẳng giới²¹.

Thứ năm, hỗ trợ tư vấn tâm lý và phát triển kết nối cộng đồng. Như đã phân tích, hiện nay trong các văn bản pháp luật Việt Nam chú trọng đến vấn đề tạo việc làm cho người lao động di trú trở về. Trong khi đó, những yếu tố hỗ trợ về mặt văn hóa, xã hội lại khá mờ nhạt. Tuy nhiên, để thực sự tái hòa nhập sau khoảng thời gian xa cách với gia đình, xã hội, người lao động di trú hồi hương cũng cần được tư vấn về mặt tâm lý để có thể kết nối lại với các thành viên gia đình, tham gia vào các hoạt động cộng đồng. Bởi lẽ, nhiều người lao động di trú có thể sẽ nảy sinh cảm giác bị xa lánh khi trở về sau một thời gian tiếp xúc với nền văn hóa và lối sống khác.

²¹ DOLAB, IOM, *Returning Vietnamese migrant workers: Policy and Practice*, Hà Nội, 2012, p. 24.

NHU CẦU BẢO HỘ CÔNG DÂN VIỆT NAM Ở NƯỚC NGOÀI VÀ CĂN CỨ BẢO HỘ CÔNG DÂN

Lê Mai Thanh*

Tóm tắt: Bài viết phân tích đối tượng và nhu cầu bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài cũng như cơ sở pháp lý bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài dựa trên 3 thành tố: Pháp luật quốc tế, pháp luật Việt Nam và pháp luật nước sở tại. Các thành tố pháp luật đó được luận bàn dưới góc độ lý luận về vai trò, bản chất của chúng trong quá trình điều chỉnh hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài.

Abstract: The article analyzes the subjects and need of protection of overseas Vietnamese citizens and legal grounds for citizen protection on the basis of international law, Vietnam's laws, and laws of the host countries. These laws are discussed in light of their role and nature of the protection of overseas Vietnamese citizens.

Trong bối cảnh hợp tác, hội nhập quốc tế, ngoài 4,5 triệu Việt kiều (bao gồm cả công dân Việt Nam và người gốc Việt định cư ở nước ngoài) cư trú trên nhiều quốc gia và vùng lãnh thổ¹, việc đa dạng hóa mục tiêu cư trú có thời hạn của công dân Việt Nam ở nước ngoài dẫn đến gia tăng nhu cầu bảo hộ công dân (BHCD).

Công dân Việt Nam ở bất cứ đâu cũng có nhu cầu được Nhà nước bảo hộ; nhất là khi ở nước ngoài, họ là nhóm đối tượng yếu thế so với công dân nước sở tại. Đối với những công dân Việt Nam ở nước ngoài, họ không chỉ cần sự bảo hộ khi quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm, mà còn cần sự BHCD từ phía Nhà nước khi họ gặp khó khăn không thể tự khắc phục.

Khác với công dân trong nước, việc thực hiện trách nhiệm BHCD Việt Nam ở nước ngoài không chỉ dựa vào pháp luật Việt Nam mà phải dựa vào pháp luật quốc tế cũng như bảo đảm phù hợp với pháp luật nước sở tại.

Vậy nên, để BHCD hiệu quả cần phải áp dụng các căn cứ này một cách thích hợp. Ngoài ra, cần có kênh tiếp nhận thông tin về nhu cầu và đối tượng bảo hộ kịp thời cũng như nguồn lực tài chính dành cho công tác bảo hộ. Tuy nhiên, cơ sở pháp lý là yếu tố quan trọng tạo nên hiệu quả BHCD Việt Nam ở nước ngoài.

1. Công dân Việt Nam ở nước ngoài và nhu cầu bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài

1.1. Công dân Việt Nam ở nước ngoài

Hiện nay, tồn tại nhiều định nghĩa về “công dân”, nhưng tựu trung đều hướng tới việc xác định mối quan hệ chính trị, pháp lý bền chặt như “quốc tịch” giữa cá nhân đó với một quốc gia (theo cách thức hưởng quốc tịch khác nhau). Một trong những định nghĩa đó là: “Công dân là người hưởng quốc tịch theo nơi sinh, theo quốc tịch cha mẹ hoặc được hưởng đầy đủ quyền và nghĩa vụ một cách tự nhiên với tư cách thành viên của quốc gia...”².

* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Thế Phong, *Chia sẻ kinh nghiệm bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài*, <http://baohinhphu.vn/Doi-song/Chia-se-kinh-nghiem-bao-ho-cong-dan-Viet-o-nuoc-ngoai/208530.vgp>, truy cập ngày 13/9/2019.

² Cornell Law School, Legal Information Institute [LII], US Law, Wex, Citizen, <http://www.law.cornell>wex>citizen>, truy cập ngày 02/03/2020.

Khác với người nước ngoài, công dân một quốc gia là người được hưởng tất cả các quyền pháp lý và lợi thế mà Nhà nước dành cho công dân của chính mình; ngược lại, họ cũng có nghĩa vụ tuân thủ, thực hiện pháp luật hoặc có trách nhiệm kèm theo đối với quốc gia đó³.

Tương ứng với khái niệm công dân được hiểu như trên, khoản 1 Điều 5 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008, sửa đổi năm 2014 (Luật Quốc tịch) quy định: Người có quốc tịch Việt Nam là công dân Việt Nam. Như vậy, công dân Việt Nam ở nước ngoài là những người mang quốc tịch Việt Nam ở nước ngoài.

Nhà nước Việt Nam công nhận công dân Việt Nam có một quốc tịch là quốc tịch Việt Nam - nguyên tắc một quốc tịch (Điều 4 Luật Quốc tịch). Tuy nhiên, nhiều quốc gia - nơi tập trung đông người Việt sinh sống - chấp nhận công dân của họ đồng thời mang quốc tịch nước khác (đa quốc tịch) như Canada, Hoa Kỳ, Anh và một số nước khác⁴. Trong trường hợp công dân Việt Nam có quốc tịch nước khác, ‘vấn đề phát sinh từ tình trạng công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài được giải quyết theo điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (CHXHCN) Việt Nam là thành viên, trường hợp chưa có điều ước quốc tế thì được giải quyết theo tập quán và thông lệ quốc tế’ (khoản 1 Điều 12 Luật Quốc tịch). Hay nói cách khác, việc BHCD trong trường hợp này dựa trên pháp luật quốc tế áp dụng giữa các quốc gia liên quan.

Đối với các trường hợp công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước sở tại thì vấn đề yêu cầu BHCD từ phía Nhà nước Việt Nam không đặt ra trên thực tiễn; tương tự như tại nhiều quốc gia khác trên thế giới.

Bên cạnh khái niệm công dân Việt Nam, còn tồn tại khái niệm “*Người Việt Nam định cư ở nước ngoài* là công dân Việt Nam và người gốc Việt Nam cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài”; trong đó “*Người gốc Việt Nam định cư ở nước ngoài* là người Việt Nam đã từng có quốc tịch Việt Nam mà khi sinh ra quốc tịch của họ được xác định theo nguyên tắc huyết thống và con, cháu của họ đang cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài” (khoản 3, 4 Điều 3 Luật Quốc tịch). Theo khoản 1 Điều 18 Hiến pháp năm 2013: “*Người Việt Nam định cư ở nước ngoài* là bộ phận không tách rời của cộng đồng dân tộc Việt Nam”. Đặc biệt, trong số người gốc Việt định cư ở nước ngoài, có những người không có giấy tờ minh chứng cho nhân thân, quốc tịch Việt Nam, nhưng họ cũng chưa được nhập quốc tịch nơi cư trú. Đây là nhóm người gốc Việt không quốc tịch như một bộ phận người Khmer gốc Việt tại địa bàn Campuchia⁵. Theo thống kê của Bộ Nội vụ Campuchia, có khoảng trên 160.000 người gốc Việt đang sinh sống tại nước này, tập trung đông nhất ở thủ đô Phnom Penh và 5 tỉnh giáp Biển Hồ, gồm: Kampong Chhnang, Pursat, Battambang, Kampong Thom và Siem Reap⁶.

³ Bussiness Dictionary, definition “citizen”, <http://www.businessdictionary.com/definition/citizen.html>, truy cập ngày 02/03/2020.

⁴ Elma Global, Dual and Multiple Citizenship as a Direct Consequence of Globalization, <https://www.second-citizenship.org/second-citizenship/dual-and-multiple-citizenship-as-a-direct-consequence-of-globalization>, truy cập ngày 02/03/2019.

⁵ Thanh Xuân, *Triển lãm hướng về những người Việt Nam nghèo tại Campuchia*, <https://anninhthudo.vn/giai-tri-trien-lam-huong-ve-nhung-nguoi-viet-nam-ngheo-tai-campuchia/822016.anttd>, truy cập ngày 17/8/2019.

⁶ Văn Anh (theo TTXVN), *Tổ chức lớp hỗ trợ người gốc Việt có nguyện vọng nhập quốc tịch Campuchia*, Báo Thế giới và Việt Nam, ngày 22/2/2020,

Theo khoản 3 Điều 17 Hiến pháp năm 2013: “Công dân Việt Nam ở nước ngoài được Nhà nước CHXHCN Việt Nam bảo hộ”. Hiến pháp đã cụ thể hoá đối tượng được bảo hộ là công dân Việt Nam ở nước ngoài bất luận thời gian họ sinh sống tại nước ngoài. Như vậy, công dân Việt Nam ở nước ngoài có quyền được bảo hộ từ phía Nhà nước Việt Nam; công dân không đồng nghĩa với người Việt Nam định cư ở nước ngoài/người gốc Việt. Đối với người gốc Việt không có quốc tịch Việt Nam - họ không thuộc đối tượng được BHCD kể trên. Tuy vậy, xét với tư cách họ là một phần của cộng đồng dân tộc Việt, Nhà nước Việt Nam vẫn có những chính sách thúc đẩy, hỗ trợ họ hòa nhập cộng đồng nơi họ sinh sống trên cơ sở hợp tác với quốc gia sở tại. Chẳng hạn như Việt Nam và Campuchia thống nhất chủ trương đẩy nhanh tiến độ thực hiện giải quyết giấy tờ pháp lý, hành chính cho người Campuchia gốc Việt (không quốc tịch) ở tất cả các địa phương của Campuchia, trên cơ sở pháp luật nước sở tại, phù hợp luật pháp và thông lệ quốc tế, phù hợp với quan hệ truyền thống hữu nghị giữa hai nước⁷.

Thực tế, việc BHCD ở nước ngoài không chỉ liên quan đến công dân mang quốc tịch Việt Nam, mà còn liên quan đến các trường hợp công dân Việt Nam đa quốc tịch hoặc người gốc Việt không quốc tịch như đã phân tích.

1.2. Nhu cầu bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài

Theo thời gian và tính đa dạng của mục đích người Việt ở nước ngoài, nhu cầu

BHCD gia tăng. Công dân Việt Nam ở nước ngoài được bảo đảm quyền con người tại nước sở tại theo pháp luật quốc tế và pháp luật nước sở tại. Tuy nhiên, công dân Việt Nam ở nước ngoài sẽ không được hưởng những quyền và lợi thế mà nước sở tại dành cho công dân của chính mình. Vì vậy, nhu cầu bảo hộ từ phía Nhà nước Việt Nam, đặc biệt gia tăng nếu công dân Việt Nam rơi vào tình trạng khó khăn không thể tự khắc phục, khi xảy ra thiên tai, dịch bệnh, xung đột, khủng hoảng ở nước sở tại...

Thực tế cho thấy, công dân Việt Nam ở nước ngoài cần đến sự bảo hộ khi bị hạn chế quyền và tự do cơ bản; khi bị phân biệt đối xử về màu da, quốc tịch; khi quyền và lợi ích hợp pháp của họ bị xâm hại và họ đã sử dụng các kênh hợp pháp của nước sở tại nhưng không có kết quả; khi bị rơi vào tình huống khó khăn, tai nạn, ốm đau không thể tự khắc phục; khi đứng trước nguy cơ tổn hại sức khỏe, tính mạng trong trường hợp dịch bệnh, xung đột, khủng hoảng, đe dọa sự an toàn cá nhân ở nước sở tại.

Bên cạnh đó, yêu cầu BHCD còn có thể xuất phát từ nhóm công dân Việt Nam với nghề nghiệp đặc thù như ngư dân/thủy thủ khi họ đang tiến hành hoạt động ở những khu vực vùng biển thuộc quyền tài phán của một quốc gia ven biển khác. Các ngư dân này có thể đánh bắt cá trên Biển Đông hoặc có thể là thủy thủ làm thuê cho chủ tàu nước khác. Họ cần sự BHCD từ phía Nhà nước trong những trường hợp bị quốc gia ven biển bắt giữ, xét xử không công bằng, thỏa đáng khi bị nghi ngờ đánh bắt cá bất hợp pháp tại các vùng biển thuộc quyền tài phán của quốc gia ven biển hoặc khi họ là thành viên thủy thủ đoàn bị cướp biển tấn công; bị chủ tàu nước ngoài đối xử tàn tệ, vô nhân đạo... Thực tế cho thấy, nhu cầu bảo hộ ngư dân hoạt động tại các vùng biển thuộc Biển

⁷ A.B, *Chính sách mới thuận lợi hơn cho người gốc Việt đang sinh sống hợp pháp ở Campuchia*, <https://baoquocte.vn/chinh-sach-moi-thuan-loi-hon-cho-nguoi-goc-viet-dang-sinh-song-hop-phap-o-campuchia-97120.html>, truy cập ngày 6/7/2019.

Đông không nhỏ; nhất là các trường hợp ngư dân ta khai thác hải sản trái phép, vi phạm vùng biển các nước (Indonesia, Malaysia, Campuchia, Thái Lan, Philippines, Úc...). Trong trường hợp ngư dân ta bị bắt giữ hoặc bị ngược đãi, Bộ Ngoại giao sẽ triển khai các biện pháp bảo hộ ngư dân phù hợp, tiến hành giao thiệp ngoại giao, trao công hàm, cử cán bộ ngoại giao đến nắm tình hình, đề nghị các bên đối xử nhân đạo đối với ngư dân⁸.

Có thể tóm tắt nhu cầu BHCD trong những trường hợp phổ biến sau, bao gồm những không giới hạn bởi:

- Cấp phát hộ chiếu, giấy thông hành, thực hiện thủ tục hành chính...;

- Giúp đỡ công dân gặp khó khăn trong việc kết nối thông tin, bảo quản giấy tờ, tài sản... khi họ không thể tự mình thực hiện;

- Thăm hỏi lãnh sự khi công dân bị bắt, bị giam; giao thiệp để bảo đảm cho công dân được đối xử nhân đạo và được hưởng những quyền và lợi ích hợp pháp theo pháp luật nước sở tại hoặc pháp luật quốc tế;

- Bảo hộ lãnh sự khi họ là nạn nhân bị lừa dối, dụ dỗ, lao động cưỡng bức, mại dâm; bị đe dọa tính mạng sức khỏe; bị xúc phạm nhân phẩm; bị bắt cóc... tại nước sở tại;

- Hỗ trợ khi bị rơi vào tình trạng khó khăn như ốm đau, bệnh tật, tai nạn không thể tự khắc phục hoặc tử vong cần sự hỗ trợ tài chính từ phía Nhà nước;

- Hỗ trợ và bảo vệ khi bị ảnh hưởng bởi tình trạng khủng hoảng ở nước sở tại như xung đột vũ trang (chiến dịch sơ tán cho

hơn 10.500 lao động về nước vào năm 2011 trong bối cảnh xung đột, nội chiến diễn ra phức tạp tại Libya⁹); thảm họa thiên nhiên, dịch bệnh (từ tháng 4 đến cuối tháng 6/2020, Việt Nam đã tổ chức 39 chuyến bay từ 31 quốc gia/vùng lãnh thổ đưa 8856 công dân Việt Nam về nước trong giai đoạn dịch bệnh Covid-19 trên toàn cầu¹⁰); khủng hoảng kinh tế dẫn đến mất việc làm trên diện rộng...

Thực tế cho thấy, ngoài người Việt định cư ở nước ngoài còn có các nhóm công dân Việt Nam ra nước ngoài với mục đích khác nhau. Số lượng người Việt Nam lao động ở nước ngoài khoảng trên 500.000 người; cô dâu Việt Nam lấy chồng nước ngoài khoảng trên 200.000 người; trên 100.000 du học sinh cộng với lượng người Việt Nam đi du lịch nước ngoài ngày càng tăng¹¹.

Trong năm 2019, số vụ việc đã tiến hành BHCD lên đến 13.643 công dân, 1.760 ngư dân/206 tàu cá được bảo hộ, 961 ngư dân được giải quyết thủ tục, hỗ trợ về nước sau khi bị phía nước ngoài trục xuất; 36 tàu/408 ngư dân gặp nạn trên biển được hỗ trợ tránh trú bão hoặc được cứu nạn trên biển.

Thông qua Tổng đài bảo hộ công dân +844.62.844.844, được tạo lập bởi Bộ Ngoại giao hợp tác với Tập đoàn viễn thông quân đội Viettel, trong năm 2019 đã tiếp

⁸ Thanh Nhân, *Bảo vệ và hỗ trợ ngư dân hoạt động trong vùng biển Việt Nam*, <https://sngv.quangbinh.gov.vn/3cms/bao-ve-va-ho-tro-ngu-dan-hoat-dong-trong-vung-bien-viet-nam.htm>, truy cập ngày 19/5/2020.

⁹ Bộ Ngoại giao và IOM, tin Hội thảo “*Xử lý khủng hoảng di cư và bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài*”, tổ chức ngày 12 - 13/09/2014 tại Tuy Hòa, Phú Yên.

¹⁰ VTV đặc biệt, *Trở về từ vùng dịch*, <https://vtv.vn/video/vtv-dac-biet-tro-ve-tu-vung-dich-446425.htm>, truy cập ngày 1/7/2020.

¹¹ Phái đoàn thường trực Việt Nam tại Liên hợp quốc, *Khai trương Tổng đài bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài*, <https://vnmission-newyork.mofa.gov.vn/vivn/Consular%20Services/Protection%20of%20Citizens/News/Trang/Khai-truong-Tong-dai-bao-ho-cong-dan-Viet-Nam-o-nuoc-ngoai.aspx>, truy cập ngày 19/5/2020.

nhận, giải đáp 5.400 cuộc gọi đến (tăng khoảng 31% so với năm 2018) và có 687.956 tin nhắn roaming quốc tế cung cấp đường dây nóng bảo hộ công dân cho công dân xuất cảnh ra nước ngoài¹².

2. Bảo hộ công dân và căn cứ bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài

2.1. Bảo hộ công dân ở nước ngoài

Trước khi xác định căn cứ BHCD, cần xác định nội hàm khái niệm BHCD trong mối quan hệ với các khái niệm gần gũi, giao thoa với nhau như khái niệm “*bảo hộ ngoại giao*” và “*bảo hộ lãnh sự*”.

Về mặt lý luận, khái niệm “bảo hộ ngoại giao” được hiểu theo hai nghĩa. Theo nghĩa hẹp, bảo hộ ngoại giao là việc quốc gia dùng các biện pháp can thiệp để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân nước mình ở nước ngoài chống lại sự vi phạm pháp luật quốc tế của quốc gia khác¹³. Theo Điều 1 Dự thảo các điều khoản về Bảo hộ ngoại giao (được Ủy ban Luật pháp quốc tế “ILC” đề xuất và ghi nhận tại Nghị quyết A/RES/61/35 của Liên hợp quốc năm 2006): Bảo hộ ngoại giao bao gồm việc một quốc gia thông qua hành vi ngoại giao hay các biện pháp giải quyết hoà bình khác yêu cầu quốc gia thực hiện hành vi sai phạm quốc tế phải chịu trách nhiệm đối với thiệt

hại gây ra cho thể nhân hay pháp nhân là công dân của mình đồng thời nhằm mục đích yêu cầu quốc gia vi phạm phải thực thi trách nhiệm đó¹⁴. Theo nghĩa rộng, “bảo hộ ngoại giao” có thể tiến hành cả khi không có sự vi phạm pháp luật quốc tế từ phía quốc gia khác như các hoạt động hỗ trợ, giúp đỡ về mọi mặt mà Nhà nước dành cho công dân, pháp nhân của nước mình ở nước ngoài khi họ không thể tự mình khắc phục được khó khăn.

Trong khi đó, “bảo hộ lãnh sự” thường được dùng để chỉ tất cả các công việc cụ thể mà các cơ quan đại diện tiến hành để giúp đỡ và bảo hộ công dân nước mình ở nước ngoài. Như vậy, có thể thấy, “bảo hộ ngoại giao” có nội hàm rộng hơn “bảo hộ lãnh sự”¹⁵. Ngoài ra, bảo hộ ngoại giao có thể được tiến hành bởi các cơ quan chức năng khác ngoài cơ quan đại diện. Về cơ bản, hai khái niệm “bảo hộ ngoại giao”/“bảo hộ lãnh sự” này được sử dụng linh hoạt trong thực tiễn; thiếu sự rạch ròi, thậm chí có thể sử dụng thay thế nhau trong nhiều trường hợp. Còn, khái niệm BHCD có nội hàm tương ứng với bảo hộ ngoại giao theo nghĩa rộng. Theo đó, ngoài ý nghĩa bảo hộ ngoại giao (theo nghĩa hẹp) hay bảo hộ lãnh sự, BHCD còn bao hàm cả các hoạt động giúp đỡ về mọi mặt mà Nhà nước dành cho công dân của nước mình đang ở nước ngoài¹⁶.

Tuy vậy, theo tác giả, cùng với sự giao thoa về nội hàm như trên, cần nhận diện sự khác biệt giữa khái niệm bảo hộ ngoại giao

¹² Phái đoàn thường trực Việt Nam tại Liên hợp quốc, tldd.

¹³ Cục Lãnh sự - Bộ Ngoại giao, “*Bảo hộ quyền lợi của công dân Việt Nam ở nước ngoài*”, đề tài nghiên cứu, Hà Nội, tháng 10/1998, tr. 3.

Xem thêm Madalina Bianca Moraru, *Protection of EU citizens abroad: A legal assessment of the EU citizen's right to consular and diplomatic protection*, Perspectives on Federalism, Vol. 3, issue 2, 2011; Guy I.F. Leigh, *Nationality and Diplomatic Protection*, International & Comparative Law Quarterly, Volume 20, Issue 3, 7/1971; B.Sen, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, A Diplomat's Handbook of International Law and Practice, Springer 1965.

¹⁴ A/RES/61/35, Draft Articles on Diplomatic Protection, ILC.

¹⁵ Cục Lãnh sự - Bộ Ngoại giao, “*Bảo hộ quyền lợi của công dân Việt Nam ở nước ngoài*”, đề tài nghiên cứu, Hà Nội, tháng 10/1998, tr. 4-5.

¹⁶ Tham khảo Nguyễn Thị Hương Lan, Báo cáo Hội thảo đề tài cấp Bộ “*Cơ sở pháp lý bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài*” tổ chức tại Viện Nhà nước và Pháp luật, tháng 10/2019.

(theo nghĩa rộng) và BHCD. Nếu như đối tượng BHCD chỉ là công dân thì đối tượng được bảo hộ lãnh sự, bảo hộ ngoại giao còn bao gồm cả pháp nhân/tổ chức khác của Việt Nam tại nước ngoài. Trong phạm vi bài viết, BHCD được hiểu là bảo hộ ngoại giao theo nghĩa rộng áp dụng cho đối tượng là công dân Việt Nam. Trên cơ sở Hiến pháp và pháp luật liên quan, Nhà nước Việt Nam tiến hành các biện pháp phù hợp với pháp luật quốc tế cũng như pháp luật nước sở tại nhằm BHCD Việt Nam ở nước ngoài.

Tóm lại, bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài là việc Nhà nước sử dụng các biện pháp ngoại giao, biện pháp pháp lý và các biện pháp hòa bình khác trên cơ sở pháp luật quốc tế, phù hợp với pháp luật nước sở tại nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân trước hành vi sai phạm quốc tế từ quốc gia khác hoặc nhằm thúc đẩy, trợ giúp về mọi mặt cho công dân ở nước ngoài khi họ đối mặt với khó khăn, tai nạn, rủi ro, nhưng không thể tự khắc phục hoặc khi họ rơi vào bối cảnh khủng hoảng.

Thông thường, yêu cầu BHCD ở nước ngoài cần phải dựa trên một số điều kiện nhất định:

Thứ nhất, cá nhân yêu cầu phải có quốc tịch quốc gia tiến hành bảo hộ và không đồng thời có quốc tịch nước sở tại. Quốc tịch đó phải bền chặt và duy trì trong toàn bộ thời gian tiến hành BHCD.

Thứ hai, yêu cầu BHCD phải rõ ràng, minh bạch gửi trực tiếp hoặc gián tiếp đến kênh BHCD của cơ quan đại diện của quốc gia mà họ là công dân khi họ đã sử dụng hết các kênh hợp pháp của nước sở tại, nhưng không khắc phục được hậu quả hoặc khi bản thân không thể tự khắc phục tình trạng khó khăn, rủi ro hoặc khi họ bị ảnh hưởng nghiêm trọng bởi bối cảnh khủng hoảng tại nước sở tại.

Thứ ba, việc BHCD tại nước ngoài phải được thực hiện dựa trên những cơ sở pháp luật quốc tế, không trái với pháp luật nước sở tại và được tiến hành bởi các cơ quan/và tổ chức có đủ thẩm quyền của quốc gia tiến hành bảo hộ.

BHCD có thể bao gồm các biện pháp đơn giản mang tính hành chính như cấp phát giấy thông hành, hộ chiếu, thực hiện các thủ tục lãnh sự, kết nối thông tin với các bên hữu quan, tuyên truyền pháp luật Việt Nam và pháp luật nước sở tại cho công dân Việt Nam ở nước ngoài; hay các biện pháp hỗ trợ tài chính và phi tài chính đối với công dân gặp khó khăn, rủi ro khi họ không thể tự khắc phục; hỗ trợ công dân rơi vào bối cảnh khủng hoảng, bị ảnh hưởng nặng nề; hay biện pháp ngoại giao, pháp lý và các biện pháp hòa bình khác khi công dân bị xâm hại quyền và lợi ích hợp pháp bởi các hành vi sai phạm từ phía nước sở tại, mà việc sử dụng các kênh hợp pháp của nước đó không khắc phục được hậu quả.

2.2. Căn cứ pháp lý bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài

Từ đầu thế kỷ XX, đã có nhiều học giả phân tích sâu sắc về mối quan hệ tương tác bền chặt giữa quốc gia và công dân thể hiện trong hoạt động bảo hộ ngoại giao đối với công dân ở nước ngoài. Nhà nước có trách nhiệm BHCD của mình ở nước ngoài¹⁷.

Trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế, BHCD ở nước ngoài phải căn cứ vào pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia liên quan¹⁸. Pháp luật quốc gia liên

¹⁷ Edwin Borchard, *Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The American Journal of International Law, Vol. 7, No. 3 (7/1913); *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The Banks Law Publishing Co, New York 1916.

¹⁸ Xem “Glahn, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, Gerhard

quan ở đây bao gồm pháp luật quốc gia bảo hộ (pháp luật quốc nội) và quốc gia sở tại. Một số tác giả còn chỉ rõ ảnh hưởng và sự khác biệt giữa hệ thống dân luật và thông luật trong bảo hộ công dân ở nước ngoài¹⁹.

i) *Pháp luật quốc nội*

Xét trong mối quan hệ với công dân, chủ thể chịu trách nhiệm BHCD/bảo hộ ngoại giao là Nhà nước²⁰. Pháp luật quốc nội sẽ ấn định điều kiện, phạm vi và chủ thể chịu trách nhiệm BHCD ở nước ngoài.

Trong thông luật truyền thống, việc bảo vệ quyền cơ bản của cá nhân và thực thi những quyền này thuộc về Chính phủ. Hay nói cách khác, Chính phủ có nghĩa vụ bảo vệ cá nhân khỏi sự xâm hại²¹. Quyền được Chính phủ bảo vệ là quyền của mỗi công dân²². Nhiệm vụ đầu tiên của Chính phủ là cố gắng bảo vệ công dân của mình²³.

Soi chiếu vào pháp luật Việt Nam: Nghĩa vụ BHCD cũng như trách nhiệm BHCD ở nước ngoài thuộc về Nhà nước. Hiến pháp ghi nhận quyền của công dân Việt Nam ở nước ngoài “được Nhà nước bảo hộ”²⁴. Do đó, dựa trên mối quan hệ Nhà nước và công dân, trách nhiệm tiến hành bảo hộ thuộc về Nhà nước. Chính phủ có trách nhiệm tổ chức và chỉ đạo hoạt động của các cơ quan đại diện của Nhà

nước tại nước ngoài và tại các tổ chức quốc tế bảo vệ lợi ích chính đáng của tổ chức và công dân Việt Nam, người Việt Nam định cư ở nước ngoài²⁵. Luật Quốc tịch cũng ghi nhận trách nhiệm của Nhà nước bảo hộ quyền lợi chính đáng của công dân Việt Nam ở nước ngoài; các cơ quan nhà nước ở trong nước, cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài có trách nhiệm thi hành mọi biện pháp cần thiết, phù hợp với pháp luật của nước sở tại, pháp luật và tập quán quốc tế để thực hiện sự bảo hộ đó²⁶.

Nếu như Luật Quốc tịch ấn định trách nhiệm BHCD trong phạm vi bảo hộ quyền lợi chính đáng của công dân Việt Nam ở nước ngoài thì Luật Cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam ở nước ngoài năm 2009 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) còn quy định thẩm quyền và trách nhiệm của cơ quan đại diện không chỉ trong thực hiện nhiệm vụ lãnh sự, mà còn hỗ trợ và bảo vệ cộng đồng người Việt ở nước ngoài (Điều 8, 9).

Như vậy, trách nhiệm BHCD không chỉ dừng ở việc bảo hộ quyền lợi chính đáng của công dân, mà còn bao gồm cả việc cung cấp các phương thức trợ giúp khi công dân gặp khó khăn nghiêm trọng không khắc phục được cũng như thúc đẩy công dân Việt Nam hòa nhập cộng đồng sở tại (kể cả khi không có hiện tượng xâm phạm quyền và lợi ích của công dân Việt Nam).

Bộ Ngoại giao chủ trì về mặt Nhà nước đối với công tác BHCD; trong cơ cấu Bộ Ngoại giao, Cục Lãnh sự phối hợp với các cơ quan chức năng trong và ngoài nước thực hiện nhiệm vụ BHCD ở nước ngoài. Cục Lãnh sự và các cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài, bao gồm các đại sứ

3d ed. New York, 1976” với 4 chương đánh giá bản chất pháp lý BHCD ở nước ngoài.

¹⁹ Edwin M. Borchard, *Protection of Citizens Abroad and Change of Original Nationality*, Yale Law Journal 1/1934, No 4.

²⁰ Khoản 3 Điều 17 Hiến pháp năm 2013.

²¹ Stephen J. Heyman, *The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth*, Duke Journal, Vol.41:507, p. 508 -570.

²² CONG. GLOBE, 39th Cong., 1st Sess. 1293 (1866).

²³ CONG. GLOBE, 39th Cong., 2d Sess. 101 (1867) (remarks of Rep. Farnsworth) (debating Reconstruction Act of 1867).

²⁴ Khoản 3 Điều 17 Hiến pháp năm 2013.

²⁵ Khoản 6 Điều 22 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

²⁶ Điều 6 Luật Quốc tịch.

quán, các tổng lãnh sự quán (kể cả các cơ quan lãnh sự chuyên nghiệp cũng như các cơ quan lãnh sự danh dự của Việt Nam ở nước ngoài) đều thực hiện BHCD ở nước ngoài. Các cơ quan ở nước ngoài phối hợp chặt chẽ với các cơ quan ở trong nước nhằm mục đích áp dụng các biện pháp phù hợp trong bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam ở nước ngoài như thực hiện lãnh sự, giao thiệp ngoại giao, hỗ trợ tìm kiếm các kênh trợ giúp pháp lý, hỗ trợ tài chính...

Trách nhiệm BHCD Việt Nam ở nước ngoài theo các nhóm khác nhau còn thuộc về các bộ, ngành liên quan. Chẳng hạn, Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 trao nhiệm vụ quản lý nhà nước về người lao động đi làm việc ở nước ngoài cho Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội (khoản 2 Điều 70) cùng với trách nhiệm bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp cho họ của cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự Việt Nam ở nước ngoài. Tại những địa bàn có đông lao động Việt Nam như Đài Loan, Bộ phận quản lý lao động thuộc Văn phòng Kinh tế và Văn hóa Việt Nam tại Đài Bắc có trách nhiệm bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động Việt Nam làm việc tại Đài Loan (theo nội dung III.4.a Hướng dẫn về việc đưa lao động Việt Nam sang lao động tại Đài Loan của Cục Quản lý lao động với nước ngoài ban hành ngày 24/08/2000). Theo Luật Nuôi con nuôi năm 2010, Bộ Tư pháp có trách nhiệm quản lý nhà nước về nuôi con nuôi (khoản 2 Điều 44) và Bộ Ngoại giao có trách nhiệm chỉ đạo cơ quan đại diện của Việt Nam ở nước ngoài thực hiện các biện pháp cần thiết để bảo vệ trẻ em Việt Nam được cho làm con nuôi ở nước ngoài (khoản 1 Điều 48); Bộ

Tư pháp cũng như Cơ quan đại diện của Việt Nam ở nước nơi con nuôi thường trú là nơi nhận thông báo của cha mẹ nuôi (6 tháng/1 lần trong 3 năm đầu sau khi giao nhận con nuôi) về tình trạng sức khỏe, thể chất, tinh thần, sự hòa nhập của con nuôi với cha mẹ nuôi, gia đình, cộng đồng (Điều 39). Luật Hộ tịch năm 2014 ghi nhận thẩm quyền đăng ký hộ tịch đối với công dân Việt Nam ở nước ngoài thuộc cơ quan đại diện (khoản 3 Điều 7); Nghị định số 111/2011/NĐ-CP ngày 05/12/2011 của Chính phủ về chứng nhận lãnh sự và hợp pháp hóa lãnh sự trao thẩm quyền thực hiện các thủ tục trên cho cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài (khoản 2 Điều 5). Theo Quyết định số 05/2013/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ quy định việc công dân Việt Nam ra nước ngoài học tập ban hành ngày 15/1/2013, cơ quan đại diện có trách nhiệm đăng ký công dân, BHCD đối với lưu học sinh và giải quyết kịp thời những vấn đề về quyền và trách nhiệm của lưu học sinh theo quy định (khoản 1 Điều 7); bên cạnh đó, Thông tư số 10/2014/TT-BGDĐT ngày 28/05/2014 ban hành Quy chế quản lý công dân Việt Nam học tập ở nước ngoài được sửa đổi bởi Thông tư số 34/2017/TT-BGDĐT cũng trao trách nhiệm quản lý lưu học sinh Việt Nam ở nước ngoài cho Cục Hợp tác quốc tế - Bộ Giáo dục và Đào tạo phối hợp cùng cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài (khoản 1 Điều 14).

Để tăng cường hiệu quả cho công tác BHCD ở nước ngoài, Việt Nam đang xây dựng Trung tâm xử lý khủng hoảng di cư để bảo hộ công dân ở nước ngoài²⁷. Việt Nam

²⁷ Hồng Anh, *Bảo hộ công dân ở điểm nóng*, báo Người lao động, <https://nld.com.vn/thoi-su-trong-nuoc/bao-ho-cong-dan-o-diem-nong-20140912222304815.htm>, truy cập ngày 2/3/2020.

cũng đã thành lập Quỹ Bảo hộ công dân (tên đầy đủ là Quỹ Bảo hộ công dân và pháp nhân Việt Nam ở nước ngoài). Quỹ được thành lập theo Quyết định số 119/2007/QĐ-TTg ngày 25/07/2007 của Thủ tướng Chính phủ nhằm tăng cường hiệu quả công tác BHCD. Quỹ hoạt động không vì mục đích lợi nhuận; hỗ trợ hoạt động của các cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài trong công tác bảo hộ các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân; hỗ trợ nhân đạo khẩn cấp cho công dân Việt Nam gặp khó khăn nghiêm trọng khi họ không thể tự khắc phục được. Đối tượng của Quỹ là công dân Việt Nam sinh sống ở nước ngoài, trừ các công dân Việt Nam thường trú ở nước ngoài đã đóng bảo hiểm ở nước ngoài. Nguồn vốn hoạt động của Quỹ được hình thành từ ngân sách Nhà nước cấp, các nguồn tài trợ, viện trợ và đóng góp của cộng đồng người Việt Nam ở nước ngoài và các nguồn khác (Điều 3 Quyết định số 119/2007/QĐ-TTg). Quỹ Bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài chỉ cho những nội dung sau: Các hoạt động của cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài để thực hiện việc BHCD và pháp nhân Việt Nam; trợ giúp những trường hợp công dân đặc biệt khó khăn, bị tai nạn, gặp rủi ro nghiêm trọng, khi tự họ không thể khắc phục được; tạm ứng tiền mua vé về nước, chi trả các chi phí bệnh viện, khách sạn... cho công dân Việt Nam theo hình thức có bảo lãnh hoặc có cam kết hoàn trả khác (Điều 4 Quyết định số 119/2007/QĐ-TTg).

Không phải tất cả các quốc gia đều có Quỹ Bảo hộ công dân như Việt Nam hoặc có nhưng việc chi hỗ trợ tài chính cho các đối tượng công dân ở nước ngoài cũng rất khác nhau. Quỹ Bảo hộ công dân thể hiện sự quan tâm và coi trọng của Nhà nước Việt Nam trong công tác BHCD Việt Nam ở nước ngoài.

Có thể tham khảo nội dung và phương thức BHCD dựa trên Quy chế của Văn phòng Khôi Thịnh vượng chung ở nước ngoài của Anh (quốc gia có một số công dân đã được Việt Nam cung cấp dịch vụ y tế kịp thời và hiệu quả trong thời gian dịch bệnh Covid-19) hướng dẫn hỗ trợ đối với công dân Anh ở nước ngoài nhằm đánh giá khách quan cơ sở pháp lý BHCD Việt Nam ở nước ngoài. Thứ nhất, Chính phủ Anh đề cao tính chịu trách nhiệm của công dân Anh khi ở nước ngoài; tuy nhiên, Văn phòng Khôi Thịnh vượng chung ở nước ngoài của Anh (Văn phòng) có thể hỗ trợ khi công dân Anh bị lâm vào tình trạng khó khăn. Thứ hai, đối tượng được Văn phòng hỗ trợ là công dân Anh sinh sống ở Anh hoặc nước khác không bao gồm công dân Anh có quốc tịch nước sở tại... Thứ ba, Quỹ hỗ trợ công dân Anh được tạo lập không từ nguồn thuế, mà từ nguồn thu rất nhỏ trên cơ sở các khoản lệ phí, phí chung áp dụng trong thủ tục giấy tờ, công chứng gắn với mỗi hộ chiếu. Thứ tư, tùy thuộc vào tình trạng của công dân, địa điểm cần trợ giúp và hoàn cảnh trợ giúp mà Văn phòng sẽ hỗ trợ theo nhiều cách, nhưng chủ yếu là cung cấp thông tin địa bàn, bao gồm cả luật sư bản xứ, phiên dịch, bác sỹ và nhà tang lễ, cung cấp chi tiết về các cơ quan khác có thể hỗ trợ chuyên sâu phù hợp, liên hệ với gia đình và người thân nếu họ không thể tự làm được; làm việc với cơ quan bản xứ, bên du lịch, công ty bảo hiểm và các nhà cung cấp dịch vụ khác để hỗ trợ nhanh, hiệu quả trong trường hợp xảy ra tai nạn, ảnh hưởng đến nhóm đồng công dân Anh; liên hệ với Bộ chủ quản hỗ trợ công dân trong trường hợp khủng hoảng (bên cạnh các chức năng lãnh sự tương tự như các cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài khác). Thứ năm, Văn phòng không hỗ trợ những yêu cầu từ

công dân như: Trả tiền hóa đơn, những việc mà công dân cũng phải tự thu xếp khi ở Anh (dịch vụ y tế, du lịch, nhà ở, công việc, giải quyết các tranh chấp cá nhân...); cung cấp ý kiến tư vấn pháp lý hoặc dịch giấy tờ chính thức (được thực hiện bởi các chuyên gia); điều tra hình sự, tác động đến quá trình tố tụng dân sự và hình sự (can thiệp vào công việc nội bộ của nước sở tại); bảo đảm an toàn, tìm kiếm người mất tích cho công dân (trách nhiệm nước sở tại); đòi hỏi nước sở tại đối xử tốt hơn so với công dân của họ khi đang thi hành án hoặc đang được điều trị tại cơ sở y tế của nước sở tại (trừ phi bị đối xử dưới chuẩn tối thiểu)²⁸.

Tóm lại, pháp luật Việt Nam (pháp luật quốc nội) là căn cứ xác định nghĩa vụ của Nhà nước Việt Nam BHCD của mình ở nước ngoài. Về bản chất, nghĩa vụ này được nhìn nhận trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân. Pháp luật quốc nội quy định về đối tượng, điều kiện, phạm vi BHCD Việt Nam ở nước ngoài cũng như trách nhiệm của các chủ thể như cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài, các bộ, cơ quan, ban ngành liên quan và các phương thức/biện pháp BHCD Việt Nam ở nước ngoài.

ii) *Pháp luật quốc tế*

Pháp luật quốc tế ấn định nghĩa vụ các quốc gia bảo đảm quyền cá nhân (quyền con người) trong phạm vi lãnh thổ và thẩm quyền tài phán của mình mà không phân biệt các yếu tố nhân thân trong đó bao gồm cả quốc tịch (theo khoản 1 Điều 2 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị

năm 1966 - ICCPR; khoản 1 Điều 2 Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966 - ICESCR²⁹). Chính vì vậy, những yêu cầu BHCD ở nước ngoài liên quan đến an toàn cá nhân, tìm người mất tích, bị phân biệt đối xử vì màu da, dân tộc hay quốc tịch, bị xâm phạm quyền và tự do cơ bản bởi cơ quan/cá nhân thực thi công vụ (khi quyền con người bị xâm phạm) trước hết thuộc trách nhiệm bảo đảm/bảo vệ quyền con người của quốc gia sở tại; quốc gia có công dân là nạn nhân có thể tiến hành các biện pháp bảo hộ lãnh sự, bảo hộ ngoại giao và các biện pháp khác căn cứ vào pháp luật quốc tế.

Bình luận chung số 14 Ủy ban về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa - CESCR (Ủy ban được thành lập trên cơ sở ICESCR) thể hiện rõ quan điểm của cộng đồng quốc tế về mối quan hệ bảo đảm quyền con người tại nước sở tại và vai trò của quốc gia khác đối với cá nhân, pháp nhân nước mình hoạt động tại nước sở tại. Theo đó, các quốc gia có nghĩa vụ thúc đẩy công dân và pháp nhân của mình tôn trọng nước sở tại trong hoạt động bảo đảm quyền con người chứ không chỉ nhằm ngăn ngừa sự lạm quyền của nước sở tại đối với công dân họ ở nước ngoài bằng các biện pháp pháp lý và chính trị phù hợp với Hiến chương Liên hợp quốc và Luật nhân quyền quốc tế³⁰.

Nếu như pháp luật quốc nội ấn định nghĩa vụ của Nhà nước BHCD ở nước ngoài xét từ mối quan hệ với công dân thì pháp

²⁸ Guidance: Support for British nationals abroad: Summary, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/822887/Support_for_British_Nationals_Abroad_Main_Guide.pdf, truy cập ngày 26/2/2019; <https://www.gov.uk/government/organisations/foreign-commonwealth-office>, truy cập ngày 26/2/2019.

²⁹ Việt Nam là thành viên của những Công ước này.

³⁰ UN “Protect, Respect and Remedy” Framework and Guiding Principles, <https://www.business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights/un-protect-respect-and-remedy-framework-and-guiding-principles>, truy cập ngày 14/5/2020.

luật quốc tế ấn định quyền tiến hành BHCD của mình ở nước ngoài xét từ mối quan hệ với nước sở tại. Dựa trên yếu tố chủ quyền của mỗi quốc gia, căn cứ vào các nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế, việc BHCD ở nước ngoài cần phải tuân thủ các nguyên tắc như không can thiệp vào công việc nội bộ của nước khác, không dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực, tự nguyện thực hiện các cam kết quốc tế, tuân thủ pháp luật quốc tế và tôn trọng pháp luật nước sở tại, bảo đảm đối xử bình đẳng giữa công dân của các nước tại nước sở tại... Theo tác giả B.Sen, quyền bảo hộ ngoại giao (hay quyền BHCD ở nước ngoài) được thực hiện khi công dân của một quốc gia bị tổn hại hoặc bị thương ở nước sở tại (vào thời điểm những năm 60 của thế kỷ XX, quan niệm bảo hộ ngoại giao được hiểu theo nghĩa hẹp); việc thực thi quyền này dựa trên các điều ước, tập quán quốc tế và bảo đảm công dân được đối xử theo quy chế tối huệ quốc³¹.

Trách nhiệm BHCD ở nước ngoài thuộc về các cơ quan đại diện ngoại giao và cơ quan lãnh sự được ghi nhận không chỉ trong pháp luật quốc nội mà trong Công ước Viên về quan hệ ngoại giao năm 1961 (Điều 3) và Công ước Viên về quan hệ lãnh sự năm 1963 (Điều 5)³².

Các cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự cũng như các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác tiến hành BHCD bằng các biện pháp ngoại giao, pháp lý, kinh tế (cấm vận) và các biện pháp hòa bình khác nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân công dân bị xâm phạm ở nước ngoài

khi họ đã sử dụng hết các kênh hợp pháp tại nước sở tại mà không khắc phục được hậu quả cũng như hỗ trợ công dân của mình khi gặp khó khăn không thể tự khắc phục hoặc rơi vào bối cảnh khủng hoảng.

Quyền BHCD ở nước ngoài của một quốc gia được nhìn nhận trong mối quan hệ với quốc gia sở tại - chủ thể có nghĩa vụ bảo đảm quyền cá nhân trong phạm vi lãnh thổ của mình. Trong trường hợp quốc gia sở tại không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ, không đúng nghĩa vụ bảo đảm quyền cá nhân hoặc xâm phạm quyền cá nhân, quốc gia sở tại đã vi phạm nghĩa vụ tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người theo pháp luật quốc tế (như theo ICCPR, ICESCR) và quốc gia bảo hộ có quyền BHCD của mình ở nước ngoài khi công dân đó đã sử dụng hết các biện pháp hợp pháp của nước sở tại mà không thể khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, việc thực hiện quyền BHCD này cần được thực hiện trên cơ sở tuân thủ các nguyên tắc cơ bản như đã đề cập ở trên. Bản chất quyền một quốc gia BHCD ở nước ngoài được thể hiện trong Dự thảo các điều khoản về Bảo hộ ngoại giao³³. Dự thảo đã ghi nhận quan điểm khoa học của các chuyên gia cũng như đã pháp điển hóa một số tập quán quốc tế, án lệ về quyền BHCD ở nước ngoài của một quốc gia trong mối quan hệ với quốc gia sở tại vi phạm pháp luật quốc tế. Tuy nhiên, văn kiện này hiện chưa được thông qua như một điều ước quốc tế.

iii) *Pháp luật nước sở tại*

Như trên đã dẫn, pháp luật Việt Nam cũng như điều ước quốc tế đều ghi nhận vai trò của pháp luật nước sở tại như một

³¹ B.Sen, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad, A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, Springer, 1965.

³² Việt Nam là thành viên của những Công ước này.

³³ ILC, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 28 [2].

trong những căn cứ BHCD ở nước ngoài. Pháp luật nước sở tại về bản chất là những bảo đảm pháp lý đối với việc thực thi quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của công dân Việt Nam ở nước ngoài. Nói cách khác, pháp luật nước sở tại là một trong 3 thành tố của cơ sở pháp lý BHCD Việt Nam ở nước ngoài³⁴.

Quyền BHCD Việt Nam ở nước ngoài trong mối quan hệ với quốc gia sở tại (căn cứ theo pháp luật quốc tế) hay nghĩa vụ BHCD ở nước sở tại của Nhà nước Việt Nam trong mối quan hệ với công dân (căn cứ theo pháp luật Việt Nam) đều phải được tiến hành phù hợp với pháp luật nước sở tại bởi yếu tố chủ quyền của quốc gia đó.

Ngoài ra, việc tiến hành BHCD Việt Nam ở nước ngoài trên cơ sở bảo đảm sự phù hợp, tôn trọng pháp luật nước sở tại sẽ tránh được tình trạng vi phạm nguyên tắc không can thiệp vào công việc nội bộ của nước sở tại; tránh xung đột pháp luật giữa các quốc gia liên quan; tránh mâu thuẫn nảy sinh giữa hai quốc gia trong quá trình BHCD. Hơn nữa, hiệu quả BHCD Việt Nam ở nước ngoài có thể nâng cao một khi cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài nắm bắt và cung cấp thông tin kịp thời cho công dân để họ có thể tận dụng các cơ hội được hỗ trợ từ quốc gia sở tại³⁵. Căn cứ vào

pháp luật nước sở tại, cơ quan đại diện ở nước ngoài có thể xác định điều kiện bảo hộ đối với công dân khi họ đã sử dụng hết các biện pháp hợp pháp tại nước sở tại nhưng không có kết quả. Mặt khác, trên cơ sở pháp luật nước sở tại, cơ quan đại diện Việt Nam có thể hợp tác với cơ quan chức năng của nước sở tại trong quá trình BHCD Việt Nam ở nước ngoài.

Kết luận

Việt Nam là quốc gia có lượng lớn công dân cư trú ở nhiều quốc gia/vùng lãnh thổ khác nhau với tình trạng pháp lý cũng khác nhau. Chính vì vậy, yêu cầu BHCD Việt Nam ở nước ngoài đa dạng cùng với số lượng gia tăng dẫn đến việc xác định căn cứ bảo hộ trở nên không đơn giản. Pháp luật Việt Nam đã xác định nghĩa vụ Nhà nước bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài, nhưng sự đa dạng của yêu cầu bảo hộ dẫn đến nhu cầu hoàn thiện pháp luật, tạo cơ chế bảo hộ linh hoạt; nhất là trong bối cảnh khủng hoảng với việc xây dựng thiết chế đầu mối là Trung tâm xử lý khủng hoảng. Pháp luật quốc tế đã xác định quyền BHCD ở nước ngoài trong mối quan hệ với quốc gia sở tại, nhưng để thực hiện quyền này hiệu quả thì Việt Nam cần chủ động đàm phán các điều ước song phương chuyên biệt với các quốc gia mà người Việt tập trung đông đảo theo nhóm (lao động, du học sinh, du lịch chữa bệnh, định cư...). Cuối cùng, việc BHCD Việt Nam ở nước ngoài phải phù hợp với pháp luật nước sở tại. Tuy nhiên, khi áp dụng chúng, các viên chức lãnh sự cũng như cơ quan đại diện Việt Nam có thể chủ động đề xuất với cơ quan chức năng nước sở tại cách thức xử lý phù hợp, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp cho công dân của mình.

³⁴ Điều 6 Luật Quốc tịch.

³⁵ Tham khảo quy định của Trung Quốc: Hỗ trợ kinh phí di chuyển về nước đối với người nước ngoài không có giấy thông hành (Báo cáo của Đại sứ Nguyễn Thanh Mai tại Hội thảo “*Pháp luật và các thiết chế BHCD Việt Nam ở nước ngoài*” tổ chức tại Viện Nhà nước và Pháp luật, tháng 5/2020); quy định của Nhật Bản về hỗ trợ tài chính cho công dân nước ngoài có visa trên 3 tháng cư trú ở Nhật Bản ứng phó dịch bệnh Covid-19 (News, How to apply for and receive your 100,000 yen handout, <https://www3.nhk.or.jp/nhkworld/vi/news/backstories/1057/>).

THỰC TIỄN THỰC HIỆN THỦ TỤC KẾT LUẬN TƯ VẤN TẠI TÒA ÁN CÔNG LÝ QUỐC TẾ VÀ VIỆC VẬN DỤNG TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRÊN BIỂN Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

*Đinh Phạm Văn Minh**

Tóm tắt: Bài viết tập trung nghiên cứu thực tiễn thực hiện thủ tục kết luận tư vấn tại Tòa án Công lý quốc tế, qua đó gợi mở việc vận dụng thủ tục này để giải quyết tranh chấp trên biển của nước ta hiện nay.

Abstract: The article studies the practice of advisory function of the International Court of Justice, thereby it draws implications for the application of this procedure to settle Vietnam's maritime disputes.

1. Đặt vấn đề

Kết luận tư vấn là một trong hai thẩm quyền quan trọng của Tòa án Công lý quốc tế (ICJ) bên cạnh thẩm quyền giải quyết tranh chấp quốc tế. Đây là thẩm quyền của ICJ ít thấy ở các thiết chế tài phán quốc tế khác. Đại hội đồng, Hội đồng bảo an (HĐBA) và các cơ quan chuyên môn của Liên hợp quốc (LHQ) có quyền đề nghị ICJ thực hiện thẩm quyền kết luận tư vấn, từ đó hỗ trợ cho hoạt động của LHQ khi giải quyết các vấn đề quốc tế dưới góc độ pháp lý. Việc nghiên cứu vận dụng thẩm quyền này để giải quyết tranh chấp của nước ta trên Biển Đông là một vấn đề mới được đề cập trong thời gian gần đây.

Trong quá trình thực hiện sứ mệnh duy trì hoà bình và an ninh quốc tế, LHQ phải đứng trước những vấn đề pháp lý quốc tế đặc biệt quan trọng và phức tạp mà bản thân các cơ quan cao nhất của LHQ là Đại hội đồng và HĐBA không thể quyết định được. Vì vậy, việc hỏi ý kiến pháp lý đối với cơ

quan tư pháp có chuyên môn cao như ICJ trước khi LHQ đưa ra các quyết định là rất cần thiết. Chức năng này là đặc thù của Pháp viện thường trực quốc tế nay là ICJ tạo ra sự riêng biệt giữa các cơ quan tài phán thường trực với các cơ quan trọng tài quốc tế, tồn tại độc lập và song song với chức năng giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia¹.

2. Thủ tục kết luận tư vấn

Đến nay, ICJ đã ban hành 27 kết luận tư vấn², trong đó Đại hội đồng đã yêu cầu 18 kết luận tư vấn, HĐBA, Hội đồng kinh tế và xã hội, Tổ chức Hàng hải quốc tế, Tổ chức Y tế thế giới mỗi cơ quan đã yêu cầu 01 kết luận tư vấn. Ngoài ra, ICJ được xem như Toà phúc thẩm³ khi ban hành kết luận tư

¹ Nguyễn Hồng Thao, *Toà án Công lý quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2011, tr.141.

² ICJ, *Advisory proceedings*, <https://www.icj-cij.org/en/advisory-proceedings>, truy cập ngày 02/4/2020.

³ Mohamed, Mohamed Sameh Ahmed (1997), *The role of the International Court of Justice as the principal judicial organ of the United Nations*, PhD thesis, London School of Economics and Political Science (United Kingdom), tr.314-348.

* ThS., Cục Thi hành án dân sự tỉnh Quảng Bình.

vấn xem xét lại đối với 03 phán quyết của Toà hành chính LHQ và 02 phán quyết của Toà hành chính Tổ chức Lao động quốc tế (ILOAT). Thẩm quyền đưa ra kết luận tư vấn của ICJ được quy định tại Điều 96 của Hiến chương LHQ, theo đó:

“1. Đại hội đồng hay HĐBA có thể hỏi ý kiến của Tòa án quốc tế về bất kỳ vấn đề pháp lý nào.

2. Tất cả các cơ quan khác của LHQ và các tổ chức chuyên môn, bất cứ khi nào, được Đại hội đồng cho phép cũng có quyền hỏi ý kiến Tòa án quốc tế về những vấn đề pháp lý đặt ra trong phạm vi hoạt động của mình”.

Thủ tục kết luận tư vấn của ICJ được quy định tại Điều 96 của Hiến chương LHQ, các điều từ 65 đến 68 Quy chế của Toà, các điều từ 102 đến 109 Bộ quy tắc của Toà và Nghị quyết liên quan đến thực tiễn xét xử của Toà án thông qua ngày 05/7/1968, được sửa đổi ngày 12/4/1976. Quyền đề nghị Toà đưa ra kết luận tư vấn dành cho các cơ quan của LHQ gồm Đại hội đồng, HĐBA và các cơ quan chuyên môn của LHQ nếu được Đại hội đồng cho phép. Các quốc gia, tổ chức quốc tế không trực thuộc LHQ sẽ không có quyền yêu cầu Toà đưa ra kết luận tư vấn. Phạm vi đề nghị kết luận tư vấn cũng có sự khác biệt giữa Đại hội đồng và HĐBA với các cơ quan chuyên môn của LHQ. Nếu như hai cơ quan chính của LHQ được quyền yêu cầu kết luận tư vấn về bất kỳ vấn đề pháp lý nào, các cơ quan chuyên môn của LHQ chỉ được yêu cầu kết luận tư vấn liên quan đến lĩnh vực hoạt động của mình.

Hiến chương LHQ thống nhất quy định thẩm quyền giải quyết tranh chấp và đưa ra kết luận tư vấn của ICJ phải liên quan đến

vấn đề pháp lý. Đối với thẩm quyền kết luận tư vấn, khi quyết định có thụ lý để giải quyết vụ việc hay không, Toà án phải chắc chắn rằng vấn đề được hỏi *“phải nằm trong vấn đề pháp lý”*. Toà đã khẳng định điều này tại vụ việc *Hậu quả pháp lý của việc tách quần đảo Chagos ra khỏi Mauritius năm 1965*, Kết luận tư vấn ngày 25/02/2019⁴. Mặt khác, Toà có thẩm quyền đưa ra kết luận tư vấn không đồng nghĩa Toà có nghĩa vụ phải thực hiện thẩm quyền đó, điều này được hiểu: *“Toà có quyền từ chối đưa ra kết luận tư vấn ngay cả khi các điều kiện của quyền tài phán được đáp ứng”*. Lập luận này đã được Toà đưa ra trong vụ việc *Hậu quả pháp lý của việc xây dựng một bức tường trên lãnh thổ Palestine bị chiếm đóng*, Kết luận tư vấn ngày 09/6/2004⁵, hay trong vụ việc *Sự phù hợp với Luật quốc tế về Tuyên bố độc lập của Kosovo*, Kết luận tư vấn ngày 22/7/2010⁶. Từ những thực tiễn trên, có thể thấy rằng, để ICJ chấp nhận xem xét vụ việc đưa ra kết luận tư vấn, vấn đề được yêu cầu phải thỏa mãn 02 điều kiện sau:

- Thứ nhất, vấn đề được hỏi phải là vấn đề pháp lý.

- Thứ hai, không có lý do thuyết phục để Toà từ chối trả lời yêu cầu.

⁴ ICJ, *Advisory Opinion of 25/02/2019*, đoạn 57, tr. 17, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

⁵ ICJ, *Advisory Opinion of 09/6/2004*, đoạn 44, tr. 156, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

⁶ ICJ, *Advisory Opinion of 22/7/2010*, đoạn 29, tr. 415-416, tại địa chỉ: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

Qua đó cho thấy, Toà quyết định có chấp nhận yêu cầu đưa ra kết luận tư vấn hay không được cân nhắc rất kỹ lưỡng, phức tạp. Tuy nhiên, khi Toà đã chấp nhận yêu cầu đưa ra kết luận tư vấn thì việc xem xét nội dung vấn đề được hỏi lại rất linh hoạt, như *“sự thiếu rõ ràng của câu hỏi không làm mất thẩm quyền của Toà. Thay vào đó, sự không chắc chắn như vậy sẽ đòi hỏi phải được làm rõ khi giải thích và những giải thích cần thiết như vậy thường được Toà án đưa ra”* (xem vụ việc *Hậu quả pháp lý của việc xây dựng một bức tường trên lãnh thổ Palestine bị chiếm đóng, Kết luận tư vấn ngày 09/6/2004*⁷).

Điều 68 Quy chế của Toà: *“Trong khi thực hiện các chức năng tư vấn của mình, Tòa án có thể dựa vào những quy định của quy chế này được áp dụng cho thủ tục giải quyết tranh chấp, ở mức độ mà Tòa án công nhận là chúng có thể áp dụng được”*. Vì vậy, thủ tục kết luận tư vấn có một số điểm tương đồng với thủ tục giải quyết tranh chấp gồm các thủ tục chính như tiếp nhận đề nghị kết luận tư vấn, thủ tục viết, thủ tục nói, nghị án và ban hành kết luận tư vấn. Tuy nhiên, đây là hai thủ tục khác nhau về bản chất, các quy định được xây dựng phù hợp với vụ việc giải quyết tranh chấp có sự tham gia của 02 quốc gia đối kháng về lợi ích, khó để áp dụng cho thủ tục kết luận tư vấn với thành phần tham gia gồm Cơ quan đề nghị, các quốc gia, tổ chức quốc tế cùng tham gia nhằm làm sáng tỏ vấn đề pháp lý. Điều 68 Quy chế của Toà quy định không có tính bắt buộc, tạo cho Toà sự linh hoạt

trong việc định ra thủ tục để giải quyết vụ việc kết luận tư vấn. Vì vậy, việc nghiên cứu thủ tục kết luận tư vấn không những căn cứ vào quy định Quy chế và Bộ quy tắc của Toà mà cần dựa vào thực tiễn Toà giải quyết các vụ việc.

2.1. Các thủ tục tiền tố tụng

Theo quy định tại Điều 96 Hiến chương LHQ, Đại hội đồng, HĐBA và các Cơ quan chuyên môn của LHQ là những cơ quan có thẩm quyền đề nghị Toà đưa ra kết luận tư vấn. Tại Đại hội đồng, vụ việc khởi đầu bằng việc quốc gia thành viên LHQ thông qua Tổng thư ký gửi công hàm đến Đại hội đồng, đề nghị đưa vấn đề cần kết luận tư vấn vào chương trình nghị sự tại phiên họp gần nhất của Đại hội đồng để thảo luận. Trong đề nghị của quốc gia thành viên gửi đến Đại hội đồng chỉ đưa ra vấn đề pháp lý, không đưa ra câu hỏi cụ thể cho vấn đề pháp lý cần Toà kết luận tư vấn.

Ủy ban chung của Đại hội đồng có trách nhiệm dự thảo chương trình nghị sự, trong đó vấn đề cần đệ trình đến Toà đưa ra kết luận tư vấn được đưa vào hạng mục thuộc nhóm F (thúc đẩy công lý và luật pháp quốc tế), dự thảo chương trình nghị sự cũng ấn định thời hạn để Đại hội đồng thông qua. Sau khi nhận được dự thảo chương trình nghị sự do Ủy ban chung đệ trình, Đại hội đồng sẽ phê chuẩn, quyết định thông qua hay không đối với dự thảo chương trình nghị sự tại cuộc họp gần nhất. Những nội dung của dự thảo chương trình nghị sự được Đại hội đồng thông qua sẽ được Chủ tịch Đại hội đồng gửi công hàm cho đại diện và quan sát viên thường trực của các quốc gia, tổ chức quốc tế tại LHQ thông báo ngày Đại hội đồng tổ chức phiên họp toàn thể để xem xét.

⁷ ICJ, *Advisory Opinion of 09/6/2004*, đoạn 38, tr. 153-154, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

Việc có đệ trình đến Tòa đưa ra kết luận tư vấn sẽ được thông qua tại phiên họp toàn thể Đại hội đồng. Trước đó, 01 quốc gia thành viên của LHQ (không phải là quốc gia đệ trình vấn đề cần kết luận tư vấn) sẽ được phân công soạn thảo dự thảo nghị quyết có thông qua hay không đối với vấn đề được đệ trình, để Đại hội đồng xem xét. Trong dự thảo nghị quyết tóm tắt các diễn biến chính và nội dung chính của vụ việc, kết thúc dự thảo đưa ra các câu hỏi pháp lý đề nghị Tòa đưa ra kết luận tư vấn. Trong vụ việc *Hậu quả pháp lý của việc tách quần đảo Chagos ra khỏi Mauritius năm 1965*, *Kết luận tư vấn ngày 25/02/2019*, Đại hội đồng đã phân công Congo thay mặt cho các quốc gia thành viên LHQ là thành viên của Nhóm các quốc gia châu Phi dự thảo nghị quyết vụ việc (dự thảo Nghị quyết số A/71/L.73 ngày 15/6/2017 của Congo⁸). Đại hội đồng thông qua dự thảo nghị quyết bằng cách bỏ phiếu kín, trong vụ việc nói trên, ngày 22/6/2017 Đại hội đồng đã thông qua dự thảo nghị quyết với 94 phiếu ủng hộ, 15 phiếu phản đối, với 65 phiếu trắng⁹.

Tại HĐBA, khi phát sinh các bất đồng, mâu thuẫn trên thế giới, xét thấy cần sự can thiệp của mình để giải quyết, HĐBA ra các nghị quyết giải quyết vấn đề, yêu cầu các quốc gia liên quan phải tuân thủ nhằm duy trì hoà bình và an ninh quốc tế. Chẳng hạn, trong vụ việc liên quan đến sự hiện diện của Nam Phi trên lãnh thổ của Namibia, HĐBA đã thông qua Nghị quyết số 276 ngày

30/01/1970 có nội dung cáo buộc sự hiện diện liên tục của Nam Phi ở Namibia là bất hợp pháp, yêu cầu Nam Phi chấm dứt sự hiện diện liên tục ở Namibia¹⁰. Tuy nhiên, Nam Phi đã bất chấp Nghị quyết này, vì vậy ngày 29/7/1970, HĐBA căn cứ quy định tại khoản 1 Điều 96 Hiến chương LHQ, thông qua Nghị quyết số 284 đề nghị Tòa đưa ra kết luận tư vấn với vụ việc *Hậu quả pháp lý đối với các quốc gia có sự hiện diện liên tục của Nam Phi ở Namibia (Tây Nam Phi) bất chấp Nghị quyết của HĐBA số 276 (1970)*¹¹.

Tại các cơ quan, tổ chức chuyên môn của LHQ, điều ước quốc tế thành lập một số cơ quan chuyên môn của LHQ có điều khoản quy định về quyền của cơ quan đó đề nghị ICJ đưa ra kết luận tư vấn như Điều 56 Công ước thành lập Tổ chức Tư vấn hàng hải liên chính phủ (tiền thân của Tổ chức Hàng hải quốc tế - IMO) quy định rằng, các vấn đề pháp lý liên quan đến hoạt động của Tổ chức có thể được đệ trình ICJ để Tòa đưa ra kết luận tư vấn. Các cơ quan chuyên môn của LHQ thông qua nghị quyết đề nghị có hay không đệ trình vấn đề pháp lý còn tranh cãi để Tòa đưa ra kết luận tư vấn. Trường hợp nghị quyết được thông qua, người đứng đầu tổ chức này sẽ gửi công hàm kèm theo nghị quyết và tài liệu liên quan đến Tòa đề nghị đưa ra kết luận tư vấn.

⁸ ICJ, *Draft resolution A/71/L.73*, tr. 66, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20171130-REQ-03-00-E.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

⁹ ICJ, *88th plenary meeting*, tr. 69-89, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20171130-REQ-03-00-E.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

¹⁰ UN, *Resolution 276 adopted and decisions taken by the Security Council of 30/01/1970*, [https://undocs.org/S/RES/276\(1970\)](https://undocs.org/S/RES/276(1970)), truy cập ngày 02/4/2020.

¹¹ UN, *Resolution 284 adopted and decisions taken by the Security Council of 29/7/1970*, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/9361.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

2.2. Thủ tục tiếp nhận yêu cầu kết luận tư vấn

Đề nghị ICJ ban hành kết luận tư vấn được Cơ quan đề nghị thông qua dưới hình thức nghị quyết. Nội dung nghị quyết nêu tóm tắt các cơ sở thực tế và cơ sở pháp lý làm căn cứ để xác định thẩm quyền của Toà và các câu hỏi đề nghị Toà đưa ra kết luận tư vấn. Theo quy định tại Điều 104 Bộ quy tắc của Toà, đề nghị kết luận tư vấn của Cơ quan đề nghị sẽ được thực hiện thông qua trong hai hình thức sau đây:

- Cơ quan đề nghị chuyển đến Tổng thư ký LHQ, sau đó Tổng thư ký LHQ đệ trình vụ việc đến Toà.

- Cơ quan đề nghị sẽ đệ trình trực tiếp vụ việc đến Toà.

Đề nghị kết luận tư vấn có các nội dung chính nêu tóm tắt lý do đề nghị Toà đưa ra kết luận tư vấn, các vấn đề pháp lý cần trả lời. Đề nghị kết luận tư vấn được chuyển đồng thời tài liệu, chứng cứ chứng minh hoặc chuyển sau nhưng phải trong thời gian sớm nhất có thể. Toà sẽ không mở phiên toà độc lập để xem xét liệu mình có thẩm quyền đưa ra kết luận tư vấn hay không, vấn đề này sẽ được Toà án xem xét trong quá trình giải quyết vụ việc. Như vậy, về nguyên tắc khi Toà nhận được đề nghị, Thư ký Toà sẽ vào danh sách thụ lý các vụ việc kết luận tư vấn.

2.3. Thủ tục viết (Written Proceedings)

Theo Điều 66 của Quy chế Toà, Thư ký Toà sẽ có trách nhiệm thông báo đến các quốc gia thành viên của LHQ quyền tham gia vào quá trình Toà giải quyết vụ việc ở thủ tục viết và thủ tục nói. Toà án sẽ chủ động gửi thông báo đặc biệt trực tiếp cho bất kỳ quốc gia hoặc tổ chức quốc tế mà Toà thấy cần thiết để yêu cầu cung cấp

thông tin, tài liệu về một vấn đề mà Toà cần thu thập hoặc làm rõ, đồng thời ấn định thời hạn Toà tiếp nhận. Khoản 1 Hướng dẫn thực tiễn XII của ICJ quy định: *“Trong trường hợp một tổ chức phi chính phủ quốc tế nộp một tuyên bố và/hoặc tài liệu bằng văn bản trong một vụ việc kết luận tư vấn theo sáng kiến của chính mình, thì tuyên bố và/hoặc tài liệu đó không được coi là một phần của hồ sơ vụ việc”*. Quy định này cho phép các tổ chức quốc tế phi chính phủ chủ động cung cấp đến Toà tuyên bố, tài liệu bằng văn bản đối với một vụ việc cụ thể. Các quốc gia, tổ chức quốc tế được yêu cầu thay vì trả lời bằng văn bản, có quyền đưa ra tuyên bố tại các buổi điều trần công khai khi được Toà triệu tập. Các quy định này nhằm mục đích hỗ trợ Toà làm rõ những vấn đề liên quan trước khi đưa ra kết luận tư vấn. Trường hợp những quốc gia, tổ chức quốc tế không nhận được thông báo đặc biệt nói trên của Toà thì có quyền đề nghị được đệ trình tuyên bố bằng văn bản hoặc phát biểu tại các buổi điều trần. Các quốc gia khác có quyền đưa ra ý kiến bằng văn bản để bình luận, nhận xét đối với các tuyên bố của các quốc gia khác. Toà án sẽ quyết định phạm vi nội dung của các vấn đề được bình luận, nhận xét, đồng thời ấn định thời hạn để các quốc gia thực hiện. Toà án sẽ định hướng đến những tuyên bố bằng văn bản hoặc bằng lời nói mà Toà thấy cần được làm rõ thêm thông qua ý kiến của các quốc gia khác.

Quy chế và Bộ quy tắc của Toà không quy định về thứ tự, thời hạn nộp tuyên bố bằng văn bản và bằng lời nói mà để cho Toà quyết định trên cơ sở tính chất từng vụ việc. Đối với vụ việc kết luận tư vấn thì “ranh giới” giữa thủ tục viết và thủ tục nói được

quy định và thực hiện trên thực tế rất linh hoạt. Theo đó, tại các buổi điều trần, các thẩm phán có quyền đặt câu hỏi riêng cho bất kỳ quốc gia, tổ chức quốc tế có liên quan, không kể quốc gia này trước đó có gửi tuyên bố hay ý kiến bằng văn bản đối với các câu hỏi cần kết luận tư vấn hay không, đại diện quốc gia được hỏi có thể trả lời trực tiếp tại buổi điều trần hoặc trả lời bằng văn bản sau đó. Câu trả lời, nhận xét và ý kiến bằng văn bản được thực hiện sau khi kết thúc buổi điều trần (thủ tục nói) được xem là tài liệu thuộc hồ sơ vụ việc, vì vậy đây được xem một phần tài liệu thủ tục viết của vụ việc kết luận tư vấn.

Đối với tuyên bố bằng văn bản, các quốc gia, tổ chức quốc tế có quyền đưa ra tuyên bố đối với bất kỳ vấn đề nào liên quan của vụ việc như vấn đề thẩm quyền của ICJ, quan điểm đối với câu hỏi pháp lý được đệ trình, quan điểm đồng tình hay không đồng tình với các vấn đề liên quan khác... Đối với ý kiến bằng văn bản, các quốc gia có quyền đưa ra ý kiến đối với tuyên bố bằng văn bản hoặc tuyên bố bằng lời nói của bất kỳ quốc gia nào, thể hiện quan điểm sự đồng thuận hay không đồng thuận. Tuy nhiên, phạm vi ý kiến sẽ phụ thuộc vào giới hạn do Toà định hướng đến những vấn đề mà Toà thấy cần phải làm rõ hơn hoặc còn nhiều quan điểm trái ngược nhau. Đối với văn bản trả lời, nội dung sẽ phụ thuộc vào câu hỏi được các thẩm phán hoặc quốc gia khác đưa ra tại các buổi điều trần. Khi đưa ra tuyên bố bằng văn bản, ý kiến bằng văn bản hoặc văn bản trả lời, quốc gia đệ trình phải kèm theo các tài liệu, chứng cứ chứng minh cho lập luận của mình.

2.4. Thủ tục nói (Oral Proceedings)

Sau khi kết thúc thủ tục viết, ICJ sẽ chuyển sang thủ tục nói và ấn định ngày tiến hành thủ tục nói. Điều 1 Nghị quyết liên quan đến Thực tiễn xét xử của Toà án quy định:

“(i) Sau khi chấm dứt các thủ tục viết và trước khi bắt đầu thủ tục nói, một cuộc thảo luận được đưa ra tại đó các thẩm phán trao đổi quan điểm liên quan đến vụ án, và đưa ra thông báo của Tòa án về bất kỳ điểm nào mà họ xem xét có thể cần thiết cho gọi để giải thích trong thủ tục nói.

“(ii) Trong trường hợp hai cuộc trao đổi tranh luận bằng miệng diễn ra, sau khi cuộc trao đổi đầu tiên được kết thúc, một cuộc thảo luận tiếp theo được tổ chức có cùng các đối tượng.

“(iii) Đôi khi, Tòa án cũng họp riêng trong quá trình thực hiện thủ tục nói để cho phép các thẩm phán trao đổi quan điểm liên quan đến vụ việc và thông báo cho nhau những câu hỏi họ dự định thực hiện theo khoản 3 Điều 61 Bộ quy tắc”.

Tại các buổi điều trần, có sự tham gia của đại diện nhiều quốc gia khác nhau, gần như không giới hạn về số lượng, vì quy định thủ tục kết luận tư vấn mang tính chất mở cho tất cả các quốc gia, tổ chức quốc tế được phép đưa ra tuyên bố, ý kiến bằng lời nói tại các buổi điều trần. Điều 106 Bộ quy tắc quy định, yêu cầu kết luận tư vấn liên quan đến vấn đề pháp lý chưa được giải quyết giữa hai hay nhiều quốc gia thì quan điểm của quốc gia đó sẽ được đưa ra đầu tiên. Trong vụ việc *Hậu quả pháp lý của việc tách quần đảo Chagos ra khỏi Mauritius năm 1965*, Kết luận tư vấn ngày 25/02/2019, các buổi điều trần diễn ra từ ngày 03 đến ngày 06 tháng 9/2018, có 23

phái đoàn đại diện cho 22 quốc gia và 01 tổ chức quốc tế liên chính phủ (Liên minh châu Phi) tham gia phát biểu tại buổi điều trần. Vụ việc liên quan đến tranh chấp giữa Mauritius và Anh đối với chủ quyền quần đảo Chagos nên Toà án cho phép đại diện Mauritius được phát biểu đầu tiên, Anh thứ hai, sau đó đến các quốc gia, tổ chức quốc tế khác.

Điều b khoản 2 Điều 105 Bộ quy tắc của Toà quy định, Toà án sẽ quyết định tổ chức thủ tục nói hay không để các quốc gia đưa ra các tuyên bố tại buổi điều trần. Đa số các vụ việc được Toà tổ chức các buổi điều trần để các quốc gia, tổ chức quốc tế tham gia đưa ra các tuyên bố, cũng như các thẩm phán có điều kiện đưa ra các câu hỏi đối với các quốc gia, tổ chức quốc tế liên quan đến vụ việc. Toà có quyền quyết định bỏ qua thủ tục nói nếu có lý do chính đáng. Chẳng hạn, vụ việc ICJ xem xét lại Phán quyết ngày 03/02/2010 của ILOAT giải quyết đối với yêu cầu Quỹ Phát triển nông nghiệp quốc tế phải trả cho một cựu nhân viên của Cơ chế toàn cầu theo Công ước LHQ về chống sa mạc hóa, khoản bồi thường bằng tiền tương đương với hai năm lương, cũng như thiệt hại về tinh thần vì lý do bãi bỏ chức vụ của người này và từ chối gia hạn hợp đồng; Toà đã quyết định bỏ qua thủ tục nói với lý do theo Quy chế của Toà, cá nhân không được xuất hiện trước Toà. Trong trường hợp này, sau khi kết thúc thủ tục viết, Toà tiến hành nghị án để ban hành kết luận tư vấn.

2.5. Giá trị pháp lý của kết luận tư vấn

Điều 60 Quy chế của Toà quy định, phán quyết của Toà “có giá trị chung thẩm và không kháng cáo”, Quy chế và Bộ quy tắc của Toà quy định rõ ràng giá trị pháp lý của phán quyết, nhưng không có điều khoản quy định về giá trị pháp lý của kết

luận tư vấn. Kết luận tư vấn là quan điểm chính thức của LQH đối với một sự biến (sự kiện và hành vi) pháp lý quốc tế, làm cơ sở cho quyết định của LHQ đối với các vấn đề liên quan. Có thể thấy điều này thông qua vụ việc *Hậu quả pháp lý của việc tách quần đảo Chagos ra khỏi Mauritius năm 1965*, Đại hội đồng LHQ đã đệ trình Toà đưa ra kết luận tư vấn đối với 02 câu hỏi có nội dung:

“(a) Liệu tiến trình phi thực dân hóa đối với Mauritius được hoàn thành một cách hợp pháp khi Mauritius được trao trả độc lập vào năm 1968, theo sau việc chia tách quần đảo Chagos khỏi Mauritius và có xem xét đến luật pháp quốc tế, bao gồm các nghĩa vụ được thể hiện trong các nghị quyết của Đại hội đồng 1514 (XV) ngày 14/12/1960, 2066 (XX) ngày 16/12/1965, 2232 (XXI) ngày 20/12/1966 và 2357 (XXII) ngày 19/12/1967?;

(b) Có những hệ quả pháp lý nào theo luật pháp quốc tế, bao gồm các nghĩa vụ được thể hiện trong các nghị quyết nêu trên, từ việc Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ireland tiếp tục quản lý quần đảo Chagos, bao gồm việc liên hệ với tình trạng Mauritius không có khả năng thực thi một chương trình tái định cư trên quần đảo Chagos cho các công dân của mình, đặc biệt là những người có nguồn gốc Chagos?”.

Bằng Kết luận tư vấn ngày 25/02/2019, Toà án đã đưa ra kết luận tư vấn như sau:

“Có ý kiến rằng, liên quan đến luật pháp quốc tế, quá trình trao trả độc lập về Mauritius đã không được hoàn thành một cách hợp pháp khi quốc gia đó giành độc lập vào năm 1968, sau khi tách quần đảo Chagos;

Có ý kiến rằng, Vương quốc Anh có nghĩa vụ chấm dứt việc quản lý quần đảo Chagos càng nhanh càng tốt;

Có ý kiến rằng, tất cả các quốc gia thành viên đều có nghĩa vụ hợp tác với LHQ để hoàn thành việc trao trả độc lập về Mauritius”.

Trên cơ sở Kết luận tư vấn của Toà, ngày 22/5/2019 Đại hội đồng LHQ đã tổ chức cuộc họp toàn thể lần thứ 83, đã thông qua Nghị quyết A/RES/73/295 được 116 quốc gia bỏ phiếu ủng hộ (trong đó có Việt Nam), 56 quốc gia bỏ phiếu trắng và 06 quốc gia bỏ phiếu chống (trong đó có Anh)¹² khẳng định quần đảo Chagos là một phần không thể tách rời của lãnh thổ Mauritius. Nghị quyết yêu cầu Vương quốc Anh rút chính quyền thuộc địa của mình ra khỏi quần đảo Chagos trong khoảng thời gian không quá sáu tháng. Tuy nhiên, sau đó Anh vẫn tiếp tục khẳng định chủ quyền của mình đối với quần đảo Chagos bất chấp nghị quyết của Đại hội đồng.

Đối với vụ việc *Xem xét lại Phán quyết số 2867 của ILOAT trên cơ sở khiếu nại phản đối của Quỹ Phát triển nông nghiệp quốc tế*, trong vụ việc này Quỹ Phát triển nông nghiệp quốc tế đề nghị Toà đưa ra kết luận tư vấn đối với 9 câu hỏi pháp lý liên quan đến Phán quyết số 2867 ngày 03/02/2010 của ILOAT. Bằng Kết luận tư vấn ngày 01/02/2012, để trả lời câu hỏi thứ nhất Toà án công nhận ILOAT có thẩm quyền xét xử đối với vụ việc, Toà thấy không cần thiết để trả lời các câu hỏi thứ 2 đến thứ 8, cuối cùng trả lời câu hỏi thứ 9

Toà công nhận tính hợp lệ của Phán quyết số 2867 ngày 03/02/2010 của ILOAT¹³, kết luận tư vấn được các bên liên quan tuân thủ thực hiện.

Trong trường hợp này, giá trị pháp lý và tác động của kết luận tư vấn cần được hiểu như chính tên gọi của nó, theo đó từ “advisory” có nghĩa là tư vấn và “opinions” có nghĩa là ý kiến, hay nói cách khác Toà đóng vai trò như là cố vấn, luật sư tư vấn pháp luật cho LHQ. Kết luận tư vấn được Toà đưa ra không có giá trị ràng buộc các quốc gia liên quan phải thực hiện như phán quyết giải quyết vụ việc tranh chấp. Tuy nhiên, đây là ý kiến pháp lý được đưa ra bởi ICJ - cơ quan tư pháp chính của LHQ, vì vậy nó có giá trị khẳng định đúng sai, chính nghĩa đối với một sự biến quốc tế dưới góc độ pháp lý quốc tế. Mặt khác, kết luận tư vấn là cơ sở cho LHQ đưa ra các nghị quyết khuyến nghị các quốc gia liên quan tự giác điều chỉnh lại cách “ứng xử” trên tinh thần thượng tôn pháp luật, tận tâm, thiện chí thực hiện các cam kết quốc tế.

3. Vận dụng thủ tục kết luận tư vấn trong giải quyết tranh chấp trên biển ở nước ta hiện nay

Tranh chấp trên biển của nước ta hiện nay chủ yếu xảy ra trên Biển Đông như tranh chấp chủ quyền với Trung Quốc trên quần đảo Hoàng Sa, tranh chấp chủ quyền với Trung Quốc, Philippines, Malaysia, Brunei và Đài Loan trên quần đảo Trường Sa, tranh chấp thực hiện quyền chủ quyền và quyền tài phán của Việt Nam trên Biển Đông liên quan đến đánh bắt hải sản, thăm

¹² UN, 83rd plenary meeting, <https://undocs.org/en/A/73/PV.83> và Resolution A/RES/73/295 <https://undocs.org/en/A/RES/73/295>, truy cập ngày 02/4/2020.

¹³ ICJ, Advisory Opinion of 01/02/2012, tr. 43-44, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/146/146-20120201-ADV-01-00-EN.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

dò và khai thác dầu khí, nghiên cứu khoa học trên các vùng biển chồng lấn, quyền tự do hàng hải, tự do hàng không, đặt dây cáp và ống dẫn ngầm và tranh chấp liên quan đến đường 9 đoạn (đường chữ U) và yêu sách về quyền lịch sử của Trung Quốc bên trong đường này. Ngoài ra, còn tồn tại một số vùng biển đang trong giai đoạn phân định giữa nước ta với các quốc gia hữu quan như phân định biển khu vực ngoài cửa Vịnh Bắc Bộ với Trung Quốc, trong vịnh Thái Lan với Campuchia, vùng đặc quyền kinh tế với Indonesia, khu vực biển chồng lấn với Thái Lan và Malaysia.

Tranh chấp trên Biển Đông có một số đặc thù chính như sau: Tranh chấp tồn tại ở một khu vực địa lý có vị trí địa chiến lược quan trọng bậc nhất trên thế giới; có tính lịch sử kéo dài; thuộc loại tranh chấp phức tạp, khó giải quyết bậc nhất khu vực châu Á và thế giới; tranh chấp Biển Đông mang tính chất quốc tế cao độ và cuối cùng tranh chấp bắt cân xứng bậc nhất trên thế giới với 01 bên là Trung Quốc¹⁴ (quốc gia đông dân nhất, nền kinh tế đứng thứ 2 và diện tích đứng thứ 3 của thế giới, là thành viên thường trực của HĐBA LHQ).

Những hành động đơn phương, mạnh bạo, tìm mọi cách để thay đổi nguyên trạng của Trung Quốc ở Biển Đông trong nửa thế kỷ qua rõ ràng chứng minh nước này không còn “giấu mình chờ thời” mà đã thay đổi để trở thành bá chủ khu vực và vươn lên tầm thế giới. Đặc biệt, từ năm 2002 đến nay, các lãnh đạo của Trung Quốc đã phác họa đặc

trung trong hai thập niên đầu của thế kỷ XXI như là một “thời kỳ cơ hội chiến lược” để mở rộng “sức mạnh quốc gia đại diện” nhằm đảm bảo vị thế của Trung Quốc như một cường quốc và cuối cùng khôi phục lại tính vượt trội trong khu vực. Cuối tháng 10/2014, ông Tập Cận Bình khi nhận xét về “tính chất kéo dài của cuộc đấu tranh trật tự quốc tế” đã kêu gọi Bắc Kinh nắm lấy sự lãnh đạo của khu vực và toàn cầu. Đảng Cộng sản Trung Quốc mô tả mục tiêu này, như ông Tập đã tuyên bố là “giấc mơ Trung Hoa” về sự phục hưng dân tộc. Khái niệm “giấc mơ” này thể hiện khát vọng xây dựng lại một Trung Quốc hùng mạnh và thịnh vượng, đồng thời quyết tâm phát triển sức mạnh quân sự tương xứng với sự trỗi dậy của Trung Quốc. Từ Tôn Dật Tiên cho đến Hồ Cẩm Đào, mục tiêu quốc gia này là điều duy nhất không thay đổi. Nhằm hiện thực “giấc mơ” bá quyền này, Trung Quốc đã và đang ngày càng tìm cách tận dụng sức mạnh quân sự, ngoại giao và kinh tế để thiết lập tính vượt trội trong khu vực và mở rộng tầm ảnh hưởng quốc tế¹⁵.

Trong phần này xin đưa ra kiến nghị, giải pháp nhằm giải quyết tranh chấp trên biển của nước ta bằng thẩm quyền kết luận tư vấn của ICJ. Quốc gia chỉ có thể sử dụng thẩm quyền này thông qua Đại hội đồng đề nghị ICJ đưa ra kết luận tư vấn về tính pháp lý đối với tranh chấp quốc tế, không thể thực hiện thông qua cơ chế HĐBA và các cơ quan, tổ chức khác của LHQ. Khác với toà án quốc gia khi giải quyết tranh chấp

¹⁴ Nguyễn Bá Diên (chủ biên), Đồng Thị Kim Thoa, Nguyễn Hùng Cường (2016), *Các án lệ quốc tế về giải quyết tranh chấp biển đảo và kinh nghiệm vận dụng đối với khu vực Biển Đông*, Nxb. Hồng Đức, tr. 464-466.

¹⁵ U.S. Department of Defense, *Annual report to Congress: Military and Security Developments Involving the People's Republic of China 2016*, <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/2016%20China20Military%20Power%20Report.pdf>, truy cập ngày 02/4/2020.

thường bị giới hạn bởi quy định về thời hiệu, đối với các thiết chế tài phán quốc tế, vấn đề thời hiệu thường không đặt ra, mà ICJ không phải là ngoại lệ. Đối với 02 quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa, quan điểm nhất quán của nước ta khẳng định rằng, Việt Nam có đầy đủ cơ sở pháp lý và lịch sử chứng minh chủ quyền đối với 02 quần đảo này. Tuy nhiên, với sự kiện Hải chiến tháng 01/1974, Trung Quốc đã chiếm quần đảo Hoàng Sa đang do Việt Nam Cộng hoà quản lý. Sau sự kiện 30/4/1975, nước Việt Nam thống nhất có quyền kế thừa chủ quyền đối với quần đảo này (tư cách thành viên LHQ là một ví dụ). Sự kiện tháng 3/1988, Trung Quốc đã cho tàu hải quân đánh chiếm một số thực thể tại quần đảo Trường Sa của nước ta. Để vạch rõ hành vi dùng vũ lực đánh chiếm 02 quần đảo này đã vi phạm nghiêm trọng pháp luật quốc tế, đồng thời ngăn chặn Trung Quốc không tiếp tục cải tạo 02 quần đảo này làm thay đổi hiện trạng tự nhiên, nước ta cần gửi công hàm đến Đại hội đồng để đưa ra chương trình nghị sự, đề nghị ICJ đưa ra kết luận tư vấn về: “Hành vi chiếm đóng của Trung Quốc tại 02 quần đảo Hoàng Sa tháng 01/1974, Trường Sa tháng 3/1988 và hoạt động cải tạo các thực thể tự nhiên đang tranh chấp thành các thực thể nhân tạo tại 02 quần đảo này là vi phạm pháp luật quốc tế”.

Đối với các tranh chấp liên quan đến thực thi quyền chủ quyền, quyền tài phán trên Biển Đông, khi Trung Quốc thực hiện các hành vi vi phạm, kể cả những hành vi của Trung Quốc tại quần đảo Trường Sa đã được giải quyết tại vụ việc *Trọng tài Biển Đông (Philippines v. Trung Quốc)*, *Phán quyết ngày 12/7/2016...*, bên cạnh việc tiếp tục đưa ra tuyên bố phản đối ngoại giao, nước ta cần nhanh chóng thu thập các chứng

cứ, tài liệu liên quan, gửi công hàm đến Đại hội đồng đề nghị đưa vào chương trình nghị sự tại phiên họp phù hợp để thảo luận, quyết định đệ trình ICJ đưa ra kết luận tư vấn: “Xác định tính chất vi phạm luật pháp quốc tế đối với hành vi của Trung Quốc thực hiện trong đường 9 đoạn và trên 02 quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa xâm phạm đến quyền chủ quyền và quyền tài phán của nước ta”.

Đối với khu vực biển nước ta đang đàm phán phân định, thẩm quyền kết luận tư vấn không áp dụng được vì đàm phán phân định được xem là một trong những biện pháp hoà bình giải quyết các tranh chấp quốc tế, phù hợp với quy định luật pháp quốc tế.

4. Kết luận

Các bất đồng, mâu thuẫn giữa các quốc gia muốn giải quyết thông qua thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ICJ trong nhiều trường hợp sẽ không khả thi do thẩm quyền của ICJ được xác lập dựa trên nguyên tắc đồng thuận. Với thẩm quyền kết luận tư vấn, các quốc gia có thể gián tiếp đệ trình ICJ thông qua cơ chế ở Đại hội đồng hoặc HĐBA sẽ khả quan hơn. Mặc dù kết luận tư vấn không có giá trị bắt buộc, tuy nhiên bản thân kết luận tư vấn là sản phẩm pháp lý kết tinh các giá trị tiên bộ của thời đại do các chuyên gia có năng lực và uy tín hàng đầu về pháp luật quốc tế (Hội đồng thẩm phán ICJ) xây dựng nên. Vì vậy, kết luận tư vấn mang trong mình tính chính nghĩa, chính danh, là chuẩn mực ứng xử mà quốc gia, tổ chức quốc tế cần tuân thủ trên cơ sở tinh thần thượng tôn pháp luật. Trong hoạt động của LHQ, kết luận tư vấn là cơ sở quan trọng để LHQ thông qua các nghị quyết quyết định nội dung, cách thức giải quyết những vấn đề liên quan với kết luận tư vấn.

THẨM QUYỀN MỞ THỦ TỤC PHÁ SẢN QUỐC TẾ - NHỮNG NỖ LỰC QUỐC TẾ VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Đức Việt*

Tóm tắt: Sự không thống nhất trong xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế khiến loại vụ việc này trở nên vô cùng phức tạp. Ngay từ cuối thế kỷ XIX, một số quốc gia, khu vực đã có những nỗ lực nhằm thống nhất dấu hiệu thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế. Trong những nỗ lực đó, Quy tắc về thủ tục phá sản của Liên minh châu Âu và Luật mẫu về phá sản xuyên biên giới của Ủy ban Luật Thương mại quốc tế của Liên hợp quốc đã đưa ra dấu hiệu trung tâm lợi ích chính (COMI) làm cơ sở xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản chính. Đây không phải dấu hiệu hoàn hảo, nhưng là gợi ý thiết thực để Việt Nam tham khảo nhằm giải quyết một cách hiệu quả các vụ việc phá sản quốc tế phát sinh trong tương lai.

Abstract: Differences in identifying jurisdiction to commence international bankruptcy proceedings complicate these cases. Since late 19th century, a number of countries and regions have made efforts in coalescing factors for the jurisdiction to commence international bankruptcy proceedings. Among others, the European Union's Regulation on Insolvency Procedure and the Model Law on Cross-Border Insolvency of United Nations Commission on International Trade Law have brought up the centre of main interests (COMI) as the ground for determining the jurisdiction to open international bankruptcy proceedings. This is not the perfect factor, yet a practical implication for Vietnam to study with a view to handle effectively international bankruptcy cases that may arise in the future.

1. Đặt vấn đề

Hiện nay, trên thế giới vẫn chưa có một quy tắc thống nhất về thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế. Mỗi quốc gia lại có những tiêu chí mở thủ tục phá sản riêng, không chỉ dựa vào dấu hiệu nơi thành lập của doanh nghiệp, mà còn mở rộng ra cả những dấu hiệu như nơi doanh nghiệp có chi nhánh, hoạt động sản xuất kinh doanh, và có khi chỉ đơn thuần là sự hiện diện về tài sản của một công ty nước ngoài cũng có thể là căn cứ mở thủ tục phá sản với công ty nước ngoài đó¹. Điều này chính là nguyên

nhân làm cho các thủ tục phá sản liên quan đến một con nợ có tài sản ở nhiều quốc gia phát sinh một cách không có kiểm soát và gây rắc rối cho việc giải quyết thủ tục phá sản. Mặc dù đã có những nỗ lực của Ủy ban Luật Thương mại quốc tế của Liên hợp

định của pháp luật Việt Nam. Bởi lẽ, thủ tục phá sản (insolvency proceedings, hay bankruptcy proceedings) ở nhiều nước trên thế giới không chỉ giới hạn ở việc thanh lý tài sản, mà ở cấp độ rộng nhất là thủ tục nhằm xử lý nợ của chủ thể mắc nợ. Nó có thể bao gồm thanh lý tài sản, tái cơ cấu doanh nghiệp, hoà giải nợ, điều chỉnh nợ... Có thể tham khảo thêm về khái niệm “thủ tục phá sản nước ngoài” mà tác giả đã trình bày trong bài viết: “Một số mô hình xử lý thủ tục phá sản nước ngoài trên thế giới – Sự lựa chọn nào cho Việt Nam?” đăng trên Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 376 (tháng 8/2019), tr.30-43.

* ThS., Khoa Pháp luật quốc tế - Đại học Luật Hà Nội.

¹ Trong bài viết này, thuật ngữ “Phá sản” cần được hiểu rộng hơn nội hàm khái niệm “Phá sản” theo quy

quốc (UNCITRAL) hay Liên minh châu Âu (EU) trong việc định ra dấu hiệu hướng dẫn xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế, nhưng dấu hiệu đó rất trừu tượng và phụ thuộc nhiều vào sự đánh giá chủ quan của thẩm phán trong từng vụ án. Dù vậy, nếu đạt được sự thống nhất giữa các quốc gia trong xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế, đây sẽ là chìa khoá thành công cho việc giải quyết loại vụ việc phức tạp này. Do đó, nỗ lực hướng tới xây dựng và áp dụng một tiêu chuẩn thống nhất về mở thủ tục phá sản quốc tế là việc làm cần thiết mà các quốc gia cần thực hiện để ứng phó với những biến đổi khó lường của nền kinh tế toàn cầu mà hệ quả là các vụ phá sản quốc tế phức tạp và kéo dài hàng thập kỷ².

2. Thẩm quyền mở thủ tục phá sản theo luật quốc gia và những rắc rối phát sinh

Hiện nay, không có một điều ước quốc tế hay quy phạm pháp luật chung nào trên thế giới về thẩm quyền mở thủ tục phá sản. Do đó, việc mở thủ tục phá sản ở mỗi quốc

gia phụ thuộc vào luật của chính quốc gia đó (và số ít một số điều ước quốc tế khu vực, hoặc song phương mà quốc gia đó ký kết). Ví dụ như ở Việt Nam, Luật Phá sản năm 2014 quy định: “*Luật Phá sản được áp dụng khi giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã được thành lập trên lãnh thổ Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*” (khoản 1 Điều 3), và “*Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có thẩm quyền giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp đăng ký kinh doanh hoặc đăng ký kinh doanh hoặc đăng ký hợp tác xã tại tỉnh đó và thuộc một trong các trường hợp sau: a) Vụ việc phá sản có tài sản ở nước ngoài hoặc người tham gia thủ tục phá sản ở nước ngoài; b) Doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán có chi nhánh, văn phòng đại diện ở nhiều huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh khác nhau; c) Doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán có bất động sản ở nhiều huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh khác nhau; d) Vụ việc phá sản thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh mà Tòa án nhân dân cấp tỉnh lấy lên để giải quyết do tính chất phức tạp của vụ việc. 2. Tòa án nhân dân cấp huyện có thẩm quyền giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã có trụ sở chính tại huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh đó và không thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này*” (Điều 8). Như vậy, có thể thấy pháp luật Việt Nam quy định về thẩm quyền mở thủ tục phá sản rất hẹp, chỉ giới hạn ở những doanh nghiệp, hợp tác xã được thành lập tại Việt Nam (trừ một số doanh nghiệp không có tư cách pháp nhân thì chủ yếu đây sẽ là các pháp nhân Việt Nam³).

² Ví dụ trong vụ phá sản của Ngân hàng BCCI (Bank of Credit and Commerce Int'l SA. Ngân hàng đăng ký thành lập tại Luxembourg, nhưng có trụ sở hoạt động chính tại Anh và có hàng trăm chi nhánh trải rộng trên khắp thế giới – Xem chi tiết tại: Re BCCI SA (No 10), [1996] 4 All ER, p.801). Vụ việc phá sản bắt đầu từ năm 1991 nhưng đến 1994 mới cơ bản xác định được cách giải quyết và đến tận 2012 mới hoàn thành xong việc thanh toán cho các chủ nợ (Xem tại: Sandeep Gopalan, Michael Guihot, *Cross-Border Insolvency Law and Multinational Enterprise Groups: Judicial Innovation as an International Solution*, 48 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 549 (2016), p.598). Hay gần đây trong vụ việc phá sản của Tập đoàn Nortel (Tập đoàn có công ty mẹ đặt tại Canada nhưng có mạng lưới hoạt động rộng khắp châu Âu, châu Mỹ và Trung Đông) bắt đầu từ năm 2009 nhưng đến 2015 mới cơ bản đạt được phương án giải quyết nợ với chi phí tốn kém hàng tỷ đô la (Xem tại: Nortel Networks Corp. (Re), [2015] O.J. No. 2440).

³ Dù có sự không thống nhất trong sử dụng thuật ngữ pháp lý về tư cách pháp nhân hay quốc tịch của

Nhưng, rất nhiều cường quốc kinh tế, nơi mà các doanh nghiệp của họ có hoạt động sản xuất kinh doanh ở hầu khắp các nơi trên thế giới, và ngược lại cũng tiếp nhận hoạt động sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp từ hầu khắp các nơi trên thế giới đều có những quy định rất rộng về thẩm quyền mở thủ tục phá sản. Ví dụ, Điều 4 (về thẩm quyền giải quyết vụ việc phá sản) Luật Phá sản năm 2004 của Nhật Bản quy định: *“Yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của Luật này chỉ có thể được thực hiện nếu: Trong trường hợp con nợ là cá nhân thì phải có cơ sở kinh doanh, địa chỉ thường trú, nơi cư trú hoặc có tài sản tại Nhật Bản; trong trường hợp con nợ là pháp nhân hoặc tổ chức khác thì phải có cơ sở*

doanh nghiệp (Luật Phá sản dùng cụm từ “*thành lập trên lãnh thổ Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*”, Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại định nghĩa: “*Doanh nghiệp Việt Nam là doanh nghiệp được thành lập hoặc đăng ký thành lập theo pháp luật Việt Nam và có trụ sở chính tại Việt Nam*” (khoản 9 Điều 4), còn theo Điều 80 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì “*Pháp nhân được thành lập theo pháp luật Việt Nam là pháp nhân Việt Nam*”) nhưng do khi thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã tại Việt Nam (hiểu theo nghĩa là gửi đơn đăng ký thành lập đến cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam) thì việc tuân theo pháp luật Việt Nam và đặt trụ sở chính tại Việt Nam (Điều 43 Luật Doanh nghiệp năm 2014) là yêu cầu bắt buộc để được cấp đăng ký thành lập nên có thể hiểu Luật Phá sản cũng chỉ hướng tới các doanh nghiệp, hợp tác xã có quốc tịch Việt Nam (pháp nhân Việt Nam). Tuy nhiên, để tránh những rối loạn có thể xảy ra khi các nhà đầu tư nước ngoài (từ nơi cho phép đăng ký thành lập theo pháp luật một nơi và đặt trụ sở chính ở một nơi khác, nơi mà việc “*thành lập tại...*” một cách vật lý không quyết định tư cách pháp lý của doanh nghiệp) tiếp cận các văn bản pháp lý này thì Việt Nam cũng cần có sự thống nhất trong cách sử dụng các thuật ngữ pháp lý. Ví dụ: Luật Phá sản có thể chỉ quy định đơn giản là áp dụng với các doanh nghiệp, hợp tác xã Việt Nam, hoặc áp dụng với các pháp nhân Việt Nam. Còn nội hàm của khái niệm doanh nghiệp Việt Nam là gì hay pháp nhân Việt Nam là gì thì cần xem quy định tại Bộ luật Dân sự hoặc Luật Doanh nghiệp.

kinh doanh, văn phòng hoặc tài sản tại Nhật Bản”. Điều 4 Luật Phục hồi dân sự năm 1999 và Điều 4 Luật Phục hồi doanh nghiệp năm 2002 của Nhật Bản cũng có những quy định tương tự⁴. Điều 109 (a) Bộ luật Phá sản Hoa Kỳ cũng quy định về nguyên tắc nếu con nợ (gồm cả thể nhân và pháp nhân) có địa chỉ thường trú, nơi cư trú, cơ sở kinh doanh hoặc tài sản tại Hoa Kỳ thì có thể trở thành đối tượng của thủ tục phá sản tại Hoa Kỳ⁵. Tại Anh, thực tiễn xét xử (án lệ) bên cạnh khẳng định nguyên tắc thẩm quyền mở thủ tục phá sản với những doanh nghiệp đã đăng ký tại Anh thì còn khẳng định cả dấu hiệu bổ sung, tức là doanh nghiệp không đăng ký tại Anh, nhưng có mối liên hệ đầy đủ (sufficient connection) với Anh cũng trở thành đối tượng mở thủ tục phá sản tại Anh. Nội hàm khái niệm mối liên hệ đầy đủ không thực sự luôn rõ ràng, nhưng trong đó việc có tài sản trong lãnh thổ Anh được coi là dấu hiệu để đánh giá mối liên hệ đó⁶. Còn tại Pháp, Điều 1 Nghị định số 2005-1677 ngày 28/12/2005 về việc áp dụng Luật Bảo vệ doanh nghiệp⁷ quy định dấu hiệu đầu tiên

⁴ Luật Phá sản năm 2004, xem tại: https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=416AC0000000075; Luật Phục hồi dân sự năm 1999, xem tại: https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=411AC00000000225; Luật Phục hồi doanh nghiệp năm 2002, xem tại: https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=414AC00000000154 (Tiếng Nhật).

⁵ Xem Bộ luật Phá sản Hoa Kỳ (Federal Bankruptcy Code) tại: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title11&edition=prelim> (Tiếng Anh).

⁶ Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Law* (15th ed), Vol 2, Sweet & Maxwell, 2012, Rule 176, p.1548.

⁷ Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000688577&categorieLien=cid> (Tiếng Pháp).

để xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản tại Pháp là trụ sở chính (le siège) của con nợ và dấu hiệu thứ hai là trung tâm lợi ích chính của con nợ (le centre principal de ses intérêts) đặt tại Pháp. Nhưng trong thực tiễn xét xử, Toà án Pháp còn công nhận cả thẩm quyền mở thủ tục phá sản dựa trên dấu hiệu một trong các bên đương sự (có thể là chủ nợ) có quốc tịch Pháp theo Điều 14 và Điều 15 Bộ luật Dân sự Pháp⁸.

Như vậy, có thể thấy, nhiều nước quy định thẩm quyền mở thủ tục phá sản rất rộng. Thẩm quyền đó không chỉ dừng lại ở việc thành lập (có tư cách pháp nhân của nước sở tại), mà còn mở rộng đến sự hiện diện về mặt thương mại, cư trú và có khi chỉ đơn giản là có tài sản. Điều này khiến cho việc giải quyết phá sản với một con nợ có hoạt động sản xuất kinh doanh hoặc phân bố tài sản ở nhiều nơi trên thế giới trở nên vô cùng rắc rối và phức tạp. Ví dụ, doanh nghiệp A thành lập tại Việt Nam nhưng có văn phòng chi nhánh tại Nhật Bản, có tài khoản USD tại ngân hàng Hoa Kỳ và có cổ phiếu niêm yết trên sàn chứng khoán London thì cả Việt Nam, Nhật Bản, Hoa Kỳ, Anh đều có thẩm quyền mở thủ tục phá sản với doanh nghiệp A này. Như vậy, các chủ nợ Việt Nam làm thế nào để thu hồi tài sản của A ở các nơi trên thế giới?⁹ Một khi

các nước khác cũng mở thủ tục phá sản với A theo pháp luật nước họ thì các chủ nợ của doanh nghiệp A trên thế giới sẽ lao vào cuộc tranh giành tài sản của A và chủ nợ nào nắm lợi thế ở nơi A còn nhiều tài sản nhất sẽ nắm lợi thế về phần thanh toán. Ví dụ, trong tổng số tài sản còn lại của A thì tài khoản USD tại Hoa Kỳ chiếm tới 60% giá trị tài sản hiện còn thì những chủ nợ tại Hoa Kỳ sẽ nắm lợi thế trong việc giành phần thanh toán số tiền này, gây ra sự bất bình đẳng giữa các chủ nợ của doanh nghiệp A. Và, giả sử chủ nợ Hoa Kỳ đó tuy đã nhận được phần thanh toán do Toà án tại (một bang nào đó) Hoa Kỳ, nhưng vẫn tiếp tục gửi đơn yêu cầu thanh toán nợ đến thủ tục đang được mở tại Toà án Việt Nam thì Toà án Việt Nam phải xử lý ra sao?¹⁰ Đây chỉ là một vài trong những rắc rối mà thực tiễn giải quyết phá sản quốc tế đang phải đương đầu.

Nguyên nhân của những rắc rối này không gì khác chính bởi sự phân tán và mở rộng quá mức trong quy định về thẩm quyền mở thủ tục phá sản của các quốc gia. Mà pháp luật phá sản và chính sách phá sản liên quan mật thiết tới lợi ích và trật tự kinh tế của mỗi nước nên không dễ gì đưa ra một giải pháp mà có thể làm hài lòng tất cả các quốc gia vốn có trình độ phát triển

⁸ François Mélin, *La Faillite Internationale*, L.G.D.J, 2004, pp.24-50.

⁹ Đây là vấn đề về hiệu lực của thủ tục phá sản ở nước ngoài. Luật Phá sản không có quy định rõ ràng, nhưng hiện nay hầu hết các nước đều áp dụng nguyên lý phá sản phổ quát, tức hiệu lực của quyết định mở thủ tục phá sản sẽ có tác động đến tài sản của con nợ ở tất cả các nơi trên thế giới (Về nguyên lý phá sản phổ quát và ngược lại là nguyên lý lãnh thổ xem: Nguyễn Đức Việt, “Phá sản quốc tế - Một số vấn đề lý luận và nhu cầu hoàn thiện pháp luật Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 371 (tháng 3/2019), tr.64). Như vậy, quản tài viên trong

thủ tục phá sản của Việt Nam có thể thu hồi tài sản ở nước ngoài. Nhưng việc thu hồi lại phụ thuộc vào sự công nhận của toà án nước ngoài với thủ tục phá sản ở Việt Nam nên nếu toà án nước ngoài cũng mở thủ tục phá sản với cùng một con nợ ở Việt Nam thì vấn đề trở nên vô cùng rắc rối (Về việc công nhận thủ tục phá sản nước ngoài, xem: Nguyễn Đức Việt, “*Một số mô hình xử lý thủ tục phá sản nước ngoài trên thế giới – Sự lựa chọn nào cho Việt Nam?*”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 376 (tháng 8/2019), tr.30) .

¹⁰ Đây là vấn đề liên quan đến xử lý thủ tục phá sản song song và xin trình bày chi tiết trong một bài viết khác.

kinh tế rất khác nhau. Tuy vậy, trong thời gian qua đã có những nỗ lực đáng ghi nhận một số quốc gia, tổ chức quốc tế nhằm thống nhất hoá thẩm quyền mở thủ tục phá sản, tiến tới hạn chế và giải quyết những rắc rối nêu trên.

3. Một số nỗ lực quốc tế nhằm thống nhất hoá thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế

Trong tình hình như trên, ngay từ thế kỷ XIX, một số quốc gia, khu vực trên thế giới đã có những nỗ lực xây dựng, ký kết các điều ước quốc tế đa phương, song phương nhằm thống nhất dấu hiệu xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế, hạn chế những rắc rối của sự chòng chéo thẩm quyền gây ra.

3.1. Công ước Montevideo năm 1889 và 1940

Những nỗ lực đầu tiên đã được nhìn thấy ở khu vực châu Mỹ La tinh với sự ra đời của Công ước Montevideo năm 1889 (sửa đổi năm 1940) và Bộ luật Bustamante năm 1928. Các nước này, sau khi giành được độc lập từ Tây Ban Nha và Bồ Đào Nha trong thế kỷ XIX đã xây dựng nên các luật của riêng mình. Tuy nhiên, họ cũng nhận thức được rằng, các chế độ pháp luật riêng của mỗi nước sẽ gây cản trở tới các giao dịch thương mại trong khu vực, mà việc thống nhất hoá các luật nội dung là không thể, nên từ thập niên 50 của thế kỷ XIX các nước này đã bắt đầu các cuộc đàm phán nhằm xây dựng một điều ước quốc tế về tư pháp quốc tế cho khu vực. Thành quả đầu tiên của họ chính là Công ước Lima năm 1856 về công nhận và cho thi hành bản án của nước ngoài giữa Peru, Chile và Ecuador. Vấn đề phá sản quốc tế lần đầu được đưa vào chương trình nghị sự của Hội nghị Montevideo (South American

Congress of Private International Law) năm 1888 và năm 1889. Kết quả của Hội nghị Montevideo chính là Công ước liên quan đến Luật Thương mại quốc tế (Treaty on International Commercial Law – hay còn gọi là Công ước Montevideo 1889) được ký kết ngày 12/3/1889.

Trong chương X (từ Điều 35 đến Điều 48) của Công ước này đã đưa ra các quy định đầu tiên về phá sản quốc tế¹¹. Điều 35 Công ước này quy định dấu hiệu để xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản là trụ sở thương mại (commercial domicile) của con nợ, dù con nợ đó có chi nhánh hay hoạt động kinh doanh ở các nước thành viên khác nhau¹². Điều này đã cho thấy nỗ lực không hề nhỏ nhằm hướng tới thực hiện nguyên tắc đơn nhất trong giải quyết các vụ việc phá sản quốc tế tại một toà án tập trung, với hiệu lực được công nhận tại các nước thành viên khác¹³. Theo đó, tài sản nằm ở các nước thành viên khác cũng sẽ được đặt dưới quyền tài phán của toà án nơi con nợ có trụ sở kinh doanh¹⁴, và quản tài viên được bổ nhiệm có thể thực hiện các quyền của mình theo pháp luật nước nơi mở thủ tục phá sản tại các nước thành viên khác (Điều 45). Nhưng, Công ước Montevideo đã không quy định thế nào là trụ sở thương mại (commercial domicile) và vẫn thừa nhận khả năng con nợ có thể có nhiều trụ sở

¹¹ Ian F. Fletcher, “*Insolvency in private international law*” (Second Edition), Oxford University Press Inc, 2005, p.276.

¹² Nội dung các Điều luật có liên quan của Công ước Montevideo năm 1889, Công ước sửa đổi năm 1940 xem tại: Ian F. Fletcher, *sđd* 11, pp.601-606.

¹³ Về nguyên tắc đơn nhất trong giải quyết phá sản quốc tế, xem: Nguyễn Đức Việt, “*Phá sản quốc tế - Một số vấn đề lý luận và nhu cầu hoàn thiện pháp luật Việt Nam*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 371 (tháng 3/2019), tr.64.

¹⁴ Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.277.

thương mại độc lập ở các nước khác nhau. Nếu con nợ có nhiều trụ sở thương mại độc lập ở các nước khác nhau thì tòa án của mỗi nước đều có thẩm quyền mở thủ tục phá sản với hoạt động của mỗi trụ sở thương mại đó (Điều 36). Thêm nữa, ngay cả khi con nợ chỉ có một trụ sở thương mại thì trong một số trường hợp, các chủ nợ địa phương (the local creditors) vẫn có thể yêu cầu mở một thủ tục phá sản tại nước thành viên khác (Điều 39) với hiệu lực riêng biệt với thủ tục phá sản tại nước nơi con nợ có trụ sở thương mại¹⁵. Như vậy, các rắc rối do sự chồng chéo thẩm quyền mở thủ tục phá sản gây ra vẫn chưa được giải quyết triệt để. Lý do có thể hiểu là xuất phát từ việc chưa có sự thống nhất về một dấu hiệu rõ ràng xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản và chính sách ưu tiên trong bảo hộ các chủ nợ trong nước, chủ nợ địa phương của các nước còn mạnh mẽ.

Tồn tại đó tiếp tục được lặp lại trong Công ước Montevideo sửa đổi năm 1940¹⁶ bởi Công ước sửa đổi năm 1940 không có thay đổi cơ bản nào về dấu hiệu xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế. Tuy nhiên, Điều 3 của Công ước này đã bổ sung định nghĩa “trụ sở thương mại – commercial domicile” tức là địa điểm nơi thương nhân hoặc doanh nghiệp đặt hoạt động kinh doanh chính (the principal seat of business)¹⁷, và còn định hướng trong trường

hợp thương nhân, doanh nghiệp có văn phòng giao dịch, chi nhánh, văn phòng đại diện tại nước thành viên thì con nợ được coi là có trụ sở tại nước mà nó tiến hành các hoạt động và chịu thẩm quyền tài phán với các giao dịch được thực hiện trong lãnh thổ của nước đó¹⁸.

3.2. Bộ luật Bustamante năm 1928

Bên cạnh Công ước Montevideo, khu vực châu Mỹ La tinh còn một điều ước khu vực quan trọng khác về tư pháp quốc tế (trong đó bao gồm cả vấn đề phá sản quốc tế) với nhiều thành viên tham gia hơn là Công ước Havana (hay còn gọi là Bộ luật Bustamante) năm 1928¹⁹. Bộ luật Bustamante là điều ước quốc tế được ký kết tại Hội nghị liên châu Mỹ (Pan-American Conference) gồm đại diện của 21 nước châu Mỹ tổ chức tại Havana của Cuba ngày 20/2/1928. Mặc dù Bộ luật không nhận được sự phê chuẩn của Hoa Kỳ, Mexico, Argentina, Colombia, Paraguay và Uruguay, nhưng đã được phê chuẩn bởi 15 nước khác tham dự Hội nghị²⁰.

Chương IX của Bộ luật Bustamante (từ Điều 414 đến Điều 422) quy định về phá sản quốc tế, trong đó có đặc trưng là ủng hộ nguyên lý phổ quát và nguyên lý đơn nhất

commercial partnerships is located” (Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.280).

¹⁸ “If merchants or partnerships set up establishments, branches, or agencies in other states, they shall be considered as domiciled in the place where they operate, and as subject to the jurisdiction of the local authorities, in respect of their transactions in that place” (Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.280).

¹⁹ Nội dung các Điều luật có liên quan của Bộ luật Bustamante xem tại: Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.606-608.

²⁰ 15 nước đó là Bolivia, Brazil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru, Dominica và Venezuela (Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.286).

¹⁵ Trong trường hợp này, sự hợp tác, thấu hiểu lẫn nhau (mutual understanding) giữa các tòa án là cần thiết và Công ước kêu gọi sự hợp tác giữa các thủ tục (Điều 41). Xem thêm: Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr. 278.

¹⁶ Công ước sửa đổi được thông qua ngày 19/3/1940 nhưng chỉ có 3 nước là Argentina, Paraguay và Uruguay phê chuẩn (Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.276-277).

¹⁷ “The commercial domicile to be the place where the principal seat of business of the merchant or

trong phá sản quốc tế²¹. Để thực hiện được hai nguyên lý đó, tiền đề là phải xác định được dấu hiệu thẩm quyền mở thủ tục phá sản một cách đơn nhất. Và theo Điều 1 và Điều 414 của Bộ luật này, dấu hiệu được đưa ra là quốc tịch và nơi cư trú dân sự hoặc trụ sở thương mại của con nợ (civil or commercial domicile). Tức là, toà án của nước thành viên mà con nợ có quốc tịch và nơi cư trú dân sự hoặc trụ sở thương mại sẽ có thẩm quyền mở thủ tục phá sản với con nợ đó²². Song, Bộ luật cũng không loại trừ trường hợp con nợ có nhiều cơ sở kinh doanh độc lập tại nhiều nước thành viên thì có thể mở nhiều thủ tục phá sản tương ứng với mỗi cơ sở kinh doanh đó (Điều 415). Và lưu ý rằng, chỉ sự hiện diện của tài sản sẽ không được coi là dấu hiệu xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản với con nợ. Trên cơ sở thẩm quyền mở thủ tục phá sản đã được xác định, Bộ luật Bustamante yêu cầu các nước thành viên công nhận và cho thi hành các bản án, quyết định do toà án có thẩm quyền đưa ra trong giải quyết phá sản của con nợ (Điều 417). Mặc dù còn nhiều vấn đề còn bỏ ngỏ, nhưng Bộ luật cũng đã chứng minh khả năng xây dựng một cơ chế giải quyết phá sản vượt qua khuôn khổ một quốc gia để đạt được sự đồng thuận giữa các nước có truyền thống pháp luật tương tự nhau²³.

²¹ Nội dung của nguyên lý phổ quát, nguyên lý lãnh thổ, nguyên lý đơn nhất, nguyên lý đa dạng trong phá sản quốc tế xem tại: Nguyễn Đức Việt, *tlđd* 13, tr.64.

²² Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.286. Tuy nhiên, Điều 1 Công ước chỉ đề cập phạm vi áp dụng với những chủ thể có quốc tịch tại một trong các nước thành viên, nên vấn đề đặt ra là nếu con nợ có quốc tịch ở nước thành viên này, nhưng lại có nơi cư trú dân sự hoặc trụ sở thương mại tại nước thành viên khác thì sẽ còn nhiều điều phải tranh luận.

²³ Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.289.

3.3. Hiệp ước về phá sản Bắc Âu năm 1933

Ngoài khu vực châu Mỹ La tinh, các nước Bắc Âu (Đan Mạch, Phần Lan, Thụy Điển, Na Uy, Iceland) cũng đã chứng tỏ khả năng thống nhất dấu hiệu xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản giữa các nước có đặc điểm kinh tế, xã hội và pháp lý tương tự nhau. Các nước này đã đồng ý ký kết Hiệp ước về phá sản Bắc Âu (Nordic Bankruptcy Convention) ngày 7/11/1933 tại Copenhagen. Hiệp ước này có 17 điều và cũng có đặc trưng là áp dụng nguyên lý phổ quát, nguyên lý đơn nhất trong giải quyết phá sản quốc tế²⁴. Tuy nhiên, yếu tố nòng cốt để thực hiện hoá nguyên lý phổ quát, nguyên lý đơn nhất là xác định được một dấu hiệu thẩm quyền mở thủ tục phá sản duy nhất thì lại không hề được quy định trong Hiệp ước mà vẫn dành quyền tự quyết cho các quốc gia thành viên. Mặc dù vậy, cả 5 quốc gia thành viên đều ủng hộ nguyên tắc nơi con nợ có mối liên kết kinh tế mật thiết nhất sẽ là nơi có thẩm quyền phù hợp nhất²⁵. Và về nguyên tắc, toà án nơi con nợ có nơi cư trú (domicile) được coi là có thẩm quyền. Để xác định nơi cư trú, toà án sẽ xem xét: Với thể nhân không có hoạt động kinh doanh thì đó là nơi người đó thường xuyên sinh sống, còn với các công ty hoặc thể nhân có hoạt động kinh doanh thì đó là nơi quản lý hoặc nơi diễn ra các hoạt động kinh doanh chủ yếu²⁶. Nhưng, Điều 13 Hiệp

²⁴ Nội dung các Điều luật có liên quan của Hiệp ước về phá sản Bắc Âu xem tại: Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.609-613.

²⁵ "The optimum forum for bankruptcy purposes is that with which the debtor has the closest economic connection" (Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.291).

²⁶ Bogdan, M. (1985), "International Bankruptcy Law in Scandinavia", International and Comparative Law Quarterly, 34(1), pp.52-54.

ước cũng quy định thêm rằng: “Trong khi giải quyết một vụ việc phá sản, nếu toà án đã mở thủ tục dựa trên một dấu hiệu không có mối liên kết với địa chỉ cư trú của con nợ là cá nhân hoặc với văn phòng đăng ký của công ty, tổ chức, đoàn thể mà đã bị tuyên bố phá sản thì dấu hiệu đó phải được ghi trong quyết định mở thủ tục phá sản. Trong trường hợp này, Hiệp ước sẽ không áp dụng cho thủ tục phá sản đó”. Như vậy có thể hiểu Hiệp ước không cấm các quốc gia thành viên mở thủ tục phá sản dựa trên dấu hiệu địa chỉ cư trú của cá nhân hoặc văn phòng đăng ký của công ty, và coi đó là những dấu hiệu quan trọng để xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế trong phạm vi các nước thành viên.

3.4. Một số Hiệp định song phương về phá sản

Qua một số khảo sát trên, có thể thấy, ngay từ cuối thế kỷ XIX, phá sản quốc tế mà cụ thể là vấn đề thống nhất thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế đã được rất nhiều nước trên thế giới quan tâm. Với sự tương đồng về kinh tế, xã hội, văn hoá, truyền thống pháp lý, các nước Mỹ La tinh và các nước Bắc Âu đã xây dựng được một số điều ước quốc tế hướng tới thống nhất xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản với một con nợ có hoạt động và tài sản ở nhiều quốc gia. Những nơi có sự giao thoa kinh tế mạnh mẽ, nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng một điều ước quốc tế đa phương thì các nước đã chọn giải pháp ký kết các điều ước quốc tế song phương. Ví dụ như Hiệp định về thẩm quyền, công nhận và cho thi hành quyết định liên quan đến phá sản giữa Pháp và Áo ký năm 1979²⁷, Hiệp định về

phá sản và hoà giải nợ giữa Đức và Áo năm 1980²⁸. Trong Hiệp định giữa Pháp và Áo, thẩm quyền riêng biệt về mở thủ tục phá sản được trao cho nước nơi con nợ có trung tâm hoạt động (centre des affaires; Mittelpunkt der wirtschaftlichen Betätigung) hoặc nơi có trụ sở chính (siège social; Gesellschaftssitz). Nếu trung tâm hoạt động và trụ sở chính mỗi nơi nằm ở một nước thì toà án nước nơi có trung tâm hoạt động của con nợ sẽ có thẩm quyền riêng biệt về mở thủ tục phá sản (Điều 3 khoản 1)²⁹. Nếu cả trung tâm hoạt động chính và trụ sở chính của con nợ đều không nằm ở nước thành viên nào mà chỉ có cơ sở kinh doanh (établissement; Niederlassung) thì trừ trường hợp có Hiệp định với bên thứ ba khác, thủ tục phá sản mở tại một nước thành viên với cơ sở kinh doanh đó cũng được công nhận ở nước ký kết kia (Điều 3 khoản 2).

Còn theo Hiệp định giữa Đức và Áo, thẩm quyền mở thủ tục phá sản được xác định dựa trên trung tâm hoạt động kinh tế của con nợ (Mittelpunkt seiner wirtschaftlichen Betätigung). Nếu không xác định được trung tâm hoạt động kinh tế của con nợ thì trụ sở chính hoặc nơi cư trú (seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt) sẽ trở thành các dấu hiệu để xác định thẩm quyền (Điều 2).

Như vậy, có thể thấy, có rất nhiều dấu hiệu được các nước đưa ra để xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản. Các dấu hiệu đó tuy còn có những điểm chưa thực sự rõ ràng, nhưng đều hướng tới trao thẩm quyền

²⁷ Có thể xem nội dung Hiệp ước tại: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1980_236_0/1980_236_0.pdf.

²⁸ Có thể xem nội dung Hiệp ước tại: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1985_233_0/1985_233_0.pdf.

²⁹ Khái niệm trung tâm hoạt động chính cũng được giải thích là trụ sở chính thực sự (siège réel) của con nợ (Xem thêm: Lemontey, 69 Rev. crit. D.I.P (Revue critique de droit international privé), 1980, p.858).

mở thủ tục phá sản cho nước có mối liên hệ kinh tế, pháp lý thực chất với con nợ chứ không chỉ dừng ở dấu hiệu đăng ký thành lập hay có sự hiện diện về tài sản của con nợ. Và đây cũng chính là tiền đề cho những khởi động của UNCITRAL và EU trong xây dựng dấu hiệu xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế mà hiện nay được nhiều nước thừa nhận áp dụng.

4. “Trung tâm lợi ích chính – COMI” và “Cơ sở kinh doanh – Establishment” – Định hướng nào cho Việt Nam?

4.1. “Trung tâm lợi ích chính – COMI” và “Cơ sở kinh doanh – Establishment”

Tại châu Âu, xuất phát từ Điều 220 của Hiệp ước Rome năm 1957 thành lập Cộng đồng kinh tế châu Âu (quy định về việc công nhận lẫn nhau và đơn giản hoá việc thi hành các bản án, quyết định của toà án và phán quyết trọng tài trong khu vực), các cuộc thảo luận về việc xây dựng một Hiệp ước liên quan đến công nhận và cho thi hành các bản án, quyết định về dân sự và thương mại đã được khởi động từ đầu thập niên 60 của thế kỷ XX, và theo đó Ban nghiên cứu về vấn đề phá sản cũng được thành lập³⁰. Kết quả của các cuộc thảo luận tại Ban nghiên cứu về vấn đề phá sản là sự ra đời của Hiệp ước về thủ tục phá sản châu Âu ngày 23/11/1995³¹. Tuy nhiên, do Anh đã từ chối ký kết nên Hiệp ước này đã không thể phát sinh hiệu lực³². Bất kể sự

thất bại trong ký kết Hiệp ước về thủ tục phá sản, trước sự cần thiết của một bộ quy tắc về giải quyết phá sản quốc tế trong hoạt động thương mại nội khối, Hội đồng châu Âu đã lấy toàn bộ nội dung của Hiệp ước năm 1995, với một vài sửa đổi phù hợp, để ban hành Quy tắc số 1346/2000 về thủ tục phá sản³³. Quy tắc này được sửa đổi vào năm 2015 và hiện nay là Quy tắc số 2015/484³⁴ của Nghị viện và Hội đồng châu Âu về thủ tục phá sản.

Mặc dù trải qua một số lần thay đổi về tư cách pháp lý của văn bản và sửa đổi nội dung, nhưng Quy tắc về phá sản của EU vẫn cơ bản giữ nguyên dấu hiệu xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản từ Hiệp ước năm 1995. Cấu trúc cơ bản của Hiệp ước năm 1995 và các Quy tắc sau này đều dựa trên sự thừa nhận về khả năng mở nhiều thủ tục phá sản với một con nợ, nhưng trong đó chỉ có một thủ tục phá sản chính (main insolvency proceeding) được mở dựa trên dấu hiệu “Trung tâm lợi ích chính của con nợ - the centre of the debtor's main interests – COMI”, và một số thủ tục phá sản thứ cấp (secondary insolvency proceedings) được mở dựa trên dấu hiệu “cơ sở kinh doanh – establishment” của con nợ. Theo Điều 3 của Quy tắc 2015/484: “*Toà án của nước thành viên nơi có trung tâm lợi ích chính của con nợ sẽ có thẩm quyền mở thủ tục phá sản chính. Trung tâm lợi ích chính là nơi con nợ thực hiện việc quản lý các lợi ích của nó*

³⁰ Michel Menjucq, “*Droit international et Européen des Sociétés*”, LGDJ Lextenso, 2016, p.473.

³¹ European Council, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings 6500/96*, by Miguel Virgos & Etienne Schmit, 3 May 1996, paras 1-5.

³² Nguyên nhân không phải do các vấn đề nội tại của Hiệp ước mà là do mâu thuẫn giữa Anh và các nước châu Âu lục địa liên quan đến dịch bỏ biên xảy ra năm 1996 (Ian F. Fletcher, *sđd* 11, tr.434-346).

³³ Council Regulation (EC) No.1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency Proceedings (xem tại: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=en>).

³⁴ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (xem tại: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848&from=en>).

một cách thường xuyên và có thể nhận biết được bởi bên thứ ba”. Như vậy, theo quy định này, hai câu hỏi cần được đặt ra để xác định COMI của con nợ là đó có phải là “nơi con nợ thực hiện việc quản lý các lợi ích của nó một cách thường xuyên” hay không, và nơi đó “có thể nhận biết được bởi bên thứ ba” hay không? Bên thứ ba ở đây được giải thích gồm các chủ nợ và các con nợ của chủ thể phá sản³⁵. Không dừng lại ở đó, Quy tắc 2015/484 còn đưa ra quy định suy đoán như sau: “Trong trường hợp của công ty hoặc pháp nhân nơi có văn phòng đăng ký thành lập sẽ được coi là nơi có trung tâm lợi ích chính nếu không có chứng cứ chứng minh khác”; “Trong trường hợp của cá nhân có tiến hành hoạt động kinh doanh độc lập hoặc hoạt động sự nghiệp thì trung tâm lợi ích chính sẽ được coi là nằm ở nơi kinh doanh chính của cá nhân đó nếu không có chứng cứ chứng minh khác”; “Trong trường hợp các cá nhân khác, trung tâm lợi ích chính sẽ được coi là nằm ở nơi cá nhân đó thường trú nếu không có chứng cứ chứng minh khác” (khoản 1 Điều 3). Như vậy, các chỉ dẫn đã khá rõ ràng nhưng lưu ý rằng, đây chỉ là các quy định mang tính chất gợi ý suy đoán và các nước thành viên được khuyến nghị cần thận trọng trong việc xác định COMI của con nợ thực sự nằm ở đâu³⁶. Trong vụ việc phá sản của Công ty Eurofood IFSC Ltd, Tòa án công lý châu Âu cũng đã giải thích rõ, trong trường hợp của các công ty hòm thư (letter box companies, tức công ty chỉ để địa chỉ hòm thư tại nơi thành lập, còn mọi hoạt động sản xuất kinh doanh tiến hành ở nơi khác) thì không nên

coi nơi có văn phòng đăng ký thành lập là nơi có COMI của con nợ³⁷.

Còn thẩm quyền mở thủ tục phá sản thứ cấp là dấu hiệu sự tồn tại của “cơ sở kinh doanh – establishment” của con nợ³⁸. Theo khoản 2 Điều 3 Quy tắc 2015/484 thì: “Khi trung tâm lợi ích chính của con nợ được đặt tại lãnh thổ của một nước thành viên, toà án của các nước thành viên khác sẽ có thẩm quyền mở thủ tục phá sản chống lại con nợ đó chỉ khi con nợ có một cơ sở kinh doanh trong lãnh thổ của quốc gia thành viên khác đó”. Cơ sở kinh doanh – establishment của con nợ được định nghĩa là: “Bất kỳ nơi hoạt động nào mà con nợ tiến hành hoặc đã tiến hành các hoạt động kinh tế với nhân lực và tài sản một cách không gián đoạn trong vòng 3 tháng trước khi yêu cầu mở thủ tục phá sản chính” (khoản 10 Điều 2). Các chi nhánh hoạt động của con nợ là các cơ sở kinh doanh điển hình có thể dẫn đến việc mở thủ tục phá sản thứ cấp. Nhưng, các công ty con mà có hoạt động sản xuất kinh doanh thực sự tại nước thành viên, dù phụ thuộc vào sự quản lý chỉ đạo của công ty mẹ cũng sẽ không được coi là cơ sở kinh doanh của công ty mẹ ở nước ngoài³⁹.

Cùng áp dụng dấu hiệu COMI và cơ sở kinh doanh của con nợ còn Luật mẫu về phá sản xuyên biên giới của UNCITRAL. Trước những cuộc thảo luận sôi nổi về giải quyết

³⁵ Regulation 2015/848, Recital, para 28.

³⁶ Regulation 2015/848, Recital, para 30.

³⁷ Eurofood IFSC Ltd, (C-341/04), [2006] E.C.R. I-3813, para.35.

³⁸ Về sự khác biệt giữa thủ tục phá sản chính và thủ tục phá sản thứ cấp xem thêm: Nguyễn Đức Việt, “Một số mô hình xử lý thủ tục phá sản nước ngoài trên thế giới – Sự lựa chọn nào cho Việt Nam?”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 376 (tháng 8/2019), tr.37.

³⁹ Eurofood IFSC Ltd, (C-341/04), [2006] E.C.R. I-3813, paras.36-37.

phá sản quốc tế tại châu Âu và một số tổ chức khác như Hiệp hội luật gia thế giới (IBA), Hiệp hội quốc tế các chuyên gia về phá sản (INSOL)⁴⁰, UNCITRAL đã thành lập Ban nghiên cứu Luật Phá sản vào năm 1995 và kết quả các cuộc thảo luận tại Ban nghiên cứu là dự thảo Luật mẫu về phá sản xuyên biên giới. Dự thảo này đã được UNCITRAL thông qua tại Hội nghị thứ 30 diễn ra vào tháng 5/1997 trở thành Luật mẫu về phá sản xuyên biên giới⁴¹. Cấu trúc trong việc giải quyết phá sản quốc tế mà Luật mẫu nêu ra tương tự như cấu trúc của các Quy tắc về phá sản của EU⁴², nghĩa là thừa nhận khả năng tồn tại của thủ tục phá sản chính - foreign main proceeding (được mở dựa trên dấu hiệu COMI của con nợ) và thủ tục phá sản phụ - foreign non-main

proceeding (được mở dựa trên dấu hiệu cơ sở kinh doanh - establishment của con nợ). Luật mẫu cũng có quy định suy đoán về COMI của con nợ⁴³, và có định nghĩa về cơ sở kinh doanh giống với định nghĩa trong Quy tắc của EU⁴⁴. Để xác định COMI, Bản hướng dẫn thi hành và giải thích Luật mẫu do UNCITRAL phát hành cũng đưa ra hai tiêu chí là nơi quản lý trung tâm (the central administration) và khả năng nhận biết bởi bên thứ ba (which is readily ascertainable by creditors)⁴⁵. Bên cạnh đó, Bản hướng dẫn cũng không quên đưa ra các tiêu chí bổ sung khác để xác định được thực chất COMI của con nợ như nơi lưu giữ hồ sơ, giấy tờ tài liệu của con nợ, nơi diễn ra các hoạt động tài chính, nơi làm việc của các nhân viên, nơi mở tài khoản ngân hàng của con nợ, nơi tiến hành đưa ra các quyết định về mua bán, về nhân sự, về thanh toán, về vận hành hệ thống thông tin, nơi có tài sản, nơi được chọn luật áp dụng cho các hợp đồng quan trọng của con nợ...⁴⁶. Trong thực tiễn toà án tại các nước đã chấp nhận và nội luật hoá luật mẫu, việc xác định COMI hay cơ sở kinh doanh của con nợ vẫn luôn là chủ đề các bên có xung đột và quyết định

⁴⁰ IBA đã ban hành Luật mẫu về hợp tác trong phá sản quốc tế (Model International Insolvency Cooperation Act – MIICA) năm 1989 và Giao ước về hợp tác giữa các quản tài viên (Cross-Border Insolvency Concordat – CBIC) năm 1995. INSOL cũng phối hợp với UNCITRAL tổ chức nhiều Hội thảo quốc tế bàn về phá sản quốc tế (山本和彦、『国際倒産法制』、商事法務、2002 – Yamamoto Kazuhiko, “*Luật Phá sản quốc tế*”, Nxb. Shojihomu, 2002, pp.192-193).

⁴¹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (xem tại: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>).

⁴² Tuy vậy, cần lưu ý về tính chất của hai văn bản này khác nhau (một là điều ước quốc tế khu vực buộc các nước phải thực thi, còn một là Luật mẫu hướng tới khuyến nghị các nước tham khảo để ban hành luật trong nước của mình) nên trọng tâm của UNCITRAL là việc xử lý thủ tục phá sản nước ngoài khi nhìn từ quốc gia ban hành luật chứ không phải thống nhất dấu hiệu xác định thẩm quyền như Quy tắc của EU. Tuy nhiên, nếu các quốc gia đều chấp nhận dấu hiệu do UNCITRAL đề xuất và áp dụng một cách hữu hiệu thì cuối cùng cũng sẽ đạt được sự thống nhất trên bình diện quốc tế do có sự tương đồng trong quy định thẩm quyền mở thủ tục phá sản trong pháp luật quốc gia.

⁴³ “The absence of proof to the contrary, the debtor’s registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor’s main interests” (khoản 3 Điều 16).

⁴⁴ “Establishment” means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services.” (điểm f Điều 2).

⁴⁵ UNCITRAL, “*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency Law with Guide to Enactment and Interpretation*”, New York, 2014 (<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>), para.145.

⁴⁶ UNCITRAL, *tlđđ* 45, para.147.

cuối cùng phụ thuộc khá nhiều vào quyền tự định đoạt (discretion) của thẩm phán⁴⁷.

4.2. Định hướng cho Việt Nam

Qua một số khảo sát trên, có thể thấy, dấu hiệu trung tâm lợi ích của con nợ - COMI và cơ sở kinh doanh – establishment đang được công nhận rộng rãi là những tiêu chí xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế⁴⁸. Tuy nhiên, do các tiêu chí để xác định COMI hay cơ sở kinh doanh của con nợ vẫn còn những điểm trừu tượng, nên đây không phải là dấu hiệu dễ áp dụng. Thêm nữa, con nợ có thể dễ dàng chuyển COMI của mình từ nước này sang nước khác bằng cách thay đổi địa điểm thực hiện việc quản lý hoạt động kinh doanh dẫn tới sự lẩn tránh thẩm quyền (forum shopping) nhằm đạt

được lợi ích trong giải quyết phá sản⁴⁹. Ngoài ra, nếu hai hoặc nhiều quốc gia (trừ thành viên Liên minh châu Âu) cùng cho rằng, con nợ có COMI ở nước mình thì cũng không có cơ quan nào có thể giải quyết sự xung đột thẩm quyền này như Toà án Công lý châu Âu đang làm với quốc gia thành viên. Do đó, dấu hiệu COMI và cơ sở kinh doanh cũng không phải là dấu hiệu hoàn hảo cho việc xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế.

Bên cạnh đó, thực tiễn áp dụng Luật mẫu cho thấy, hầu hết trong số những quốc gia chấp nhận Luật mẫu của UNCITRAL là các quốc gia theo truyền thống Common law, tức những nước công nhận quyền tự định đoạt của toà án rất rộng theo quan điểm về lẽ công bằng (equity). Còn Quy tắc EU thì được áp dụng ở một khu vực có trình độ pháp lý phát triển cao, cũng như đã có Toà án Công lý châu Âu giải quyết tranh chấp nếu các quốc gia có bất đồng trong cách giải thích, áp dụng Quy tắc về thủ tục phá sản. Với Việt Nam, toà án “xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật” (khoản 3 Điều 102 Hiến pháp năm 2013), nhưng có lẽ với hệ thống tư pháp có nhiều đặc điểm của các nước theo hệ thống Civil law thì quyền tự định đoạt của toà án về những vấn đề không có hướng dẫn chi tiết trong luật thành văn không thể rộng như toà án ở các nước Common law. Thực tiễn hoạt động của các doanh nghiệp đa quốc gia hiện nay vô cùng phong phú. Họ có thể đăng ký thành lập ở một nơi, nhưng trung tâm điều hành lại ở nơi khác và phần lớn

⁴⁷ Quốc gia tiên phong trong việc hỗ trợ sự ra đời của Luật mẫu năm 1997 và đã nội luật hoá trong luật nước mình là Hoa Kỳ (Chương 15 Bộ luật Phá sản Liên bang). Trong thực tiễn xét xử tại Hoa Kỳ, có rất nhiều vụ án liên quan đến các công ty được thành lập ở các nước “thiên đường thuế” mà không thực sự có hoạt động ở đó. Như trong vụ việc phá sản của Công ty SPhin X, một công ty được thành lập tại quần đảo Cayman, Toà án liên bang khu vực phía Nam bang New York, sau khi xem xét nơi có văn phòng kinh doanh chính của con nợ, nơi thực hiện quản lý hoạt động thực tế, nơi con nợ có tài sản chủ yếu, nơi con nợ có chủ nợ, luật áp dụng với các tranh chấp mà con nợ có liên quan thì đã quyết định rằng, ngoài hồ sơ tài liệu của công ty phá sản được lưu trữ tại Cayman, thì con nợ không có tài sản, không có người quản lý hay nhân viên làm việc tại Cayman, đại bộ phận chủ nợ và nhà đầu tư của con nợ đều ở ngoài quần đảo Cayman nên con nợ không có COMI, cũng như không có cơ sở kinh doanh tại Cayman (*In re SPhinX, LTD.*, 351 B.R. 103, 2006 Bankr. LEXIS 2078, 56 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 1176, 47 Bankr. Ct. Dec. 17).

⁴⁸ Ngoài các quốc gia thành viên của EU sẽ chịu sự điều chỉnh của Quy tắc về thủ tục phá sản của EU thì hiện nay (tháng 2/2020) có 48 quốc gia và vùng lãnh thổ đã chấp nhận và nội luật hoá quy định của Luật mẫu năm 1997 (xem tại: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status).

⁴⁹ Lynn M. LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach*, 84 CORNELL L. REV. 696, 762 (1998-1999), pp.713-718.

giao dịch, tài sản lại ở một nơi khác nữa. Như vậy, liệu các toà án Việt Nam có đủ sự linh hoạt để giải quyết được mọi hình thái tổ chức của các doanh nghiệp đa quốc gia đó hay không? Đây có lẽ là những rào cản Việt Nam cần chú ý nếu có ý định luật hoá COMI và cơ sở kinh doanh như trong Luật mẫu hay Quy tắc EU thành dấu hiệu xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế.

Tuy nhiên, các doanh nghiệp đa quốc gia có thể tổ chức hoạt động dưới rất nhiều hình thái và từ nhiều nước khác nhau, nhưng xét cho cùng, hoạt động của mọi doanh nghiệp đều là tìm kiếm lợi ích nên trung tâm lợi ích chính của doanh nghiệp đó (COMI) là dấu hiệu phù hợp để xác định được một cách thực chất doanh nghiệp đó có mối liên hệ lợi ích với quốc gia nào nhất, từ đó trao quyền mở thủ tục phá sản chính cho quốc gia đó⁵⁰. Và việc phân chia thủ tục phá sản thành thủ tục phá sản chính và thủ tục phá sản thứ cấp (thủ tục phá sản phụ) cũng là điều hợp lý trong bối cảnh các quốc gia vẫn còn rất xem trọng lợi ích của các chủ nợ địa phương trong giải quyết phá sản và chưa có một cơ chế quốc tế nào dung hoà được các xung đột lợi ích đó. Tuy nhiên, mỗi quốc gia lại có quy định riêng về thẩm quyền mở thủ tục phá sản, nên những thủ tục phá sản mở ở nước ngoài không dựa trên dấu hiệu

COMI đều cần có thể xem xét như thủ tục phá sản thứ cấp chứ không nhất thiết buộc phải dựa trên dấu hiệu cơ sở kinh doanh⁵¹.

Mặc dù COMI là một thuật ngữ pháp lý mới và còn khá trừu tượng như nêu trên, nhưng những dấu hiệu truyền thống và cứng nhắc như nơi đăng ký thành lập, nơi có trụ sở chính... có lẽ đã bộc lộ những hạn chế trong việc giúp xác định mối liên hệ lợi ích thực chất giữa doanh nghiệp và một quốc gia. Sự tồn tại của những quốc gia “thiên đường thuế”, hay “những thiên đường cho các công ty hòm thư” buộc chúng ta phải có cân nhắc kỹ lưỡng để tìm ra nơi doanh nghiệp có trung tâm lợi ích thực sự của mình. Trong hoàn cảnh này, sự trừu tượng trong các tiêu chí đánh giá có thể trở thành lợi thế để đối phó một cách linh hoạt với sự tổ chức hoạt động đa dạng của các doanh nghiệp đa quốc gia. Vấn đề còn lại chính là nếu áp dụng dấu hiệu này chúng ta cần có cách quy định như thế nào để toà án Việt Nam có thể quyết định phù hợp, tương ứng với mỗi vụ việc phát sinh. Luật mẫu hay Quy tắc EU đều coi COMI là dấu hiệu đầu tiên và đặt ra quy định suy đoán nơi có văn phòng đăng ký là nơi có COMI, nhưng từ truyền thống pháp lý trong các quy định của Việt Nam thiết nghĩ ta nên coi dấu hiệu nơi đăng ký thành lập là dấu hiệu đầu tiên để xác định thẩm quyền mở thủ tục phá sản chính để tạo sự rõ ràng và tiện lợi cho toà án trong trình tự tiếp cận vụ việc.

⁵⁰ Như đã đề cập ít nhiều trong các phần trên, nhiều nước công nhận việc mở thủ tục phá sản với cá nhân không kinh doanh. Nhưng trong phần này, do pháp luật Việt Nam chưa quy định điều đó nên tác giả chỉ tập trung vào khía cạnh của các doanh nghiệp. Việc Việt Nam có nên công nhận thủ tục phá sản với cá nhân hay không, hoặc Việt Nam sẽ xử lý thế nào yêu cầu công nhận thủ tục phá sản với cá nhân do toà án nước ngoài ban hành cần được bàn kỹ trong nghiên cứu riêng.

⁵¹ Nhật Bản đã nội luật hoá Luật mẫu UNCITRAL, nhưng tiếp cận về thủ tục phá sản phụ theo hướng này chứ không dựa vào dấu hiệu cơ sở kinh doanh – establishment. Tuy nhiên, nếu chúng ta có thể ký kết các điều ước quốc tế song phương hoặc đa phương thì nên cùng các nước đó thống nhất tiêu chí COMI và cơ sở kinh doanh để hạn chế tối đa các thủ tục phá sản có mối liên quan mờ nhạt (ví dụ chỉ dựa vào sự hiện diện của tài sản) với nước đã mở thủ tục.

Song song với đó, để đối phó với các “công ty hòm thư”, chúng ta cũng cần quyết định việc COMI là dấu hiệu thứ hai, nhưng có thể dùng để loại trừ dấu hiệu nơi đăng ký thành lập nếu COMI của doanh nghiệp nằm ở nước khác - nơi nó đã đăng ký thành lập. Tức là nếu có phân đôi của một bên đương sự về dấu hiệu nơi đăng ký thành lập và cho rằng COMI của doanh nghiệp phá sản nằm ở nước khác thì thẩm phán cần xem xét một cách tổng hợp các yếu tố liên quan đến doanh nghiệp đó, không chỉ có nơi tiến hành quản lý hoạt động, mà như UNCITRAL đã hướng dẫn, cả các đặc điểm khác của con nợ như nơi lưu giữ hồ sơ, giấy tờ tài liệu của con nợ, nơi diễn ra các hoạt động tài chính, nơi làm việc của các nhân viên, nơi mở tài khoản ngân hàng của con nợ, nơi tiến hành đưa ra các quyết định về mua bán, về nhân sự, về thanh toán, về vận hành hệ thống thông tin, nơi có tài sản, nơi được chọn làm luật áp dụng cho các hợp đồng quan trọng của con nợ...

Tóm lại, quy định về thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế có thể được thiết kế dưới dạng: “*Toà án tại nước nơi con nợ đã đăng ký thành lập sẽ có thẩm quyền mở thủ tục phá sản chính với con nợ đó. Tuy nhiên, nếu trung tâm lợi ích chính của con nợ nằm ở nước khác với nước con nợ đã đăng ký thành lập thì toà án nước đó có thẩm quyền mở thủ tục phá sản chính. Khi xác định trung tâm lợi ích chính của con nợ, toà án cần xem xét vụ án một cách tổng hợp, đặc biệt là khả năng đạt được mục đích của thủ tục phá sản để có quyết định phù hợp. Những thủ tục phá sản nước ngoài được mở không dựa trên dấu hiệu trung tâm lợi ích chính của con nợ sẽ được coi là thủ tục phá*

sản thứ cấp”. Mặc dù quy định như vậy sẽ có những vùng khó phân định một cách rõ ràng, nhưng đây là điều không thể tránh khỏi khi khung pháp lý điều chỉnh hoạt động các doanh nghiệp đa quốc gia vẫn còn nhiều lỏng lẻo và không thống nhất giữa các nước. Nâng cao trình độ, năng lực chuyên môn của thẩm phán, mở rộng quyền tự định đoạt cho toà án, hay nâng cao giá trị của các án lệ là giải pháp thiết thực không chỉ có ý nghĩa trong trường hợp này, mà có ý nghĩa quan trọng trong giải quyết mọi tranh chấp quốc tế phát sinh trong bối cảnh hiện nay.

5. Kết luận

Do không có sự thống nhất trong quy định về thẩm quyền mở thủ tục phá sản quốc tế giữa các quốc gia, nên phá sản quốc tế trở thành vấn đề vô cùng phức tạp. Tuy nhiên, những nỗ lực quốc tế trong thời gian qua đã cho chúng ta một số gợi ý để giải quyết vấn đề này. Trung tâm lợi ích chính – COMI có thể chưa phải dấu hiệu hoàn hảo và phụ thuộc nhiều vào sự phán đoán của thẩm phán trong từng vụ việc, nhưng vận dụng được nó sẽ giúp tìm ra nơi có mối liên hệ lợi ích đích thực với con nợ, và từ đó tìm ra chìa khoá thành công cho giải quyết phá sản quốc tế. Sự sáng suốt của các thẩm phán trong quyết định trung tâm lợi ích chính của con nợ là yếu tố then chốt để đạt được sự thành công đó, nên buộc các thẩm phán phải có năng lực thích ứng với mỗi vụ việc. Trong bối cảnh trí thông minh nhân tạo có thể thuộc nhiều quy định, nhiều án lệ, nhiều tiêu chí hướng dẫn hơn những thẩm phán, luật sư uyên bác nhất, thì năng lực thích ứng với các vụ việc phức tạp chính là điều chứng minh giá trị tồn tại của các luật gia trong tương lai.

THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: i) *Tên bài viết*; ii) *Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết*; iii) *Nội dung bài viết*. Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: tcnnpl@isl.gov.vn hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phiên dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.