

BÀN VỀ QUAN NIỆM BẢO HỘ CÔNG DÂN⁽¹⁾

NGUYỄN TIẾN ĐỨC *

Tóm tắt: Tại Việt Nam, bảo hộ công dân là thuật ngữ phổ biến trong nghiên cứu, giảng dạy, thực tiễn quan hệ quốc tế và cả trên truyền thông đại chúng. Tuy nhiên, nhiều câu hỏi lý luận về nội hàm của thuật ngữ này vẫn chưa được lý giải, đặc biệt trong mối quan hệ với các thuật ngữ khác như bảo hộ ngoại giao, trợ giúp lãnh sự. Qua phân tích một số quan điểm bảo hộ công dân, đối chiếu, so sánh với nội dung thuật ngữ pháp lý này theo pháp luật quốc tế, bài viết cho rằng thuật ngữ bảo hộ công dân sử dụng tại Việt Nam chưa có nội dung pháp lý rõ ràng.

Từ khoá: Bảo hộ công dân; bảo hộ ngoại giao; trợ giúp lãnh sự

Nhận bài: 07/02/2020

Hoàn thành biên tập: 29/4/2020

Duyệt đăng: 15/6/2020

ON THE CONCEPT OF CITIZEN PROTECTION

Abstract: In Viet Nam, protection of citizens is a common legal term used in research, teaching, practice of international relations and on mass media. However, many theoretical questions regarding the connotation of the term have remained unanswered, particularly the relation between protection of citizens and other legal concepts such as diplomatic protection or consular assistance. Through analysing some viewpoints on protection of citizens and comparing and contrasting them with relevant legal concepts under international law, it is argued in the paper that the term “protection of citizen” used in the Vietnamese context is coined as verbal expression, rather than a well-defined legal concept.

Keywords: Protection of citizen; diplomatic protection; consular assistance

Received: Feb 7th, 2020; Editing completed: Apr 29th, 2020; Accepted for publication: June 15th, 2020

Bảo hộ công dân (BHCD) là thuật ngữ không mới và thường xuyên được sử dụng bởi các nhà nghiên cứu pháp luật và quan hệ quốc tế ở Việt Nam. Tuy nhiên, về phương diện lý luận, nội hàm pháp lý của BHCD dường như vẫn còn nhiều điểm khúc mắc, chưa được giải đáp cặn kẽ. Điều này có thể dẫn tới hiểu nhầm về mặt lý luận cũng như thực tiễn khi vận dụng các quy định pháp luật để bảo vệ công dân lâm vào hoàn cảnh khó khăn ở nước ngoài.

Bài viết bắt đầu với giả định rằng sự thiếu thống nhất trong cách hiểu về BHCD ở Việt Nam làm cho khái niệm này bị rối, thậm chí hiểu nhầm. Tiếp theo, bài viết sẽ phân tích cụ thể hơn hai khái niệm liên quan là bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự cũng như làm rõ mối quan hệ giữa các thuật ngữ này.

Về phạm vi nghiên cứu, bài viết tập trung góc độ pháp luật quốc tế. Theo đó, các nguồn của luật quốc tế sẽ được nghiên cứu nhằm trả lời câu hỏi: Quy định của pháp luật quốc tế về vấn đề này như thế nào? Phạm vi không gian của bài viết được xác định là hoạt động BHCD được thực hiện ở nước ngoài, không phải phạm vi lãnh thổ quốc gia

* **Thạc sĩ, Viện Nhà nước và Pháp luật**

E-mail: ducnt.isl@vass.gov.vn

(1). Nghiên cứu này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài khoa học cấp Bộ: “Bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài”, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, 2019.

mà người đó mang quốc tịch. Điều này không hàm ý phủ nhận hiệu lực của pháp luật quốc tế đối với mối quan hệ quốc gia - công dân trong phạm vi lãnh thổ của mình. Về ngữ nghĩa, “bảo hộ” là từ ghép giữa “bảo” (giữ gìn) và “hộ” (giúp đỡ). Thuật ngữ “bảo hộ công dân” dưới góc độ pháp luật quốc tế hàm ý rằng chủ thể mang quốc tịch của quốc gia bảo hộ có thể được hưởng sự trợ giúp của quốc gia đó trong những hoàn cảnh đặc biệt khi ở nước ngoài. Cần nhấn mạnh rằng, địa vị pháp lý là người nước ngoài cư trú trên lãnh thổ quốc gia khác thường trở thành rào cản tiếp cận công lý, vì vậy vai trò “hộ” của quốc gia người đó mang quốc tịch được bổ sung để khắc phục hạn chế đó.

1. Một số quan điểm về bảo hộ công dân ở Việt Nam

Về lí luận, quan điểm thứ nhất cho rằng BHCD là hình thức bảo hộ ngoại giao, theo đó “*cơ quan nhà nước có thẩm quyền tiến hành các hoạt động nhằm bảo vệ quyền và lợi ích của công dân nước mình ở nước ngoài, khi các quyền và lợi ích này bị xâm hại ở nước ngoài đó*”.⁽¹⁾ Cách tiếp cận trên cho thấy có sự đồng nhất giữa BHCD và bảo hộ ngoại giao. Điều này cũng có nghĩa là BHCD chỉ diễn ra bên ngoài phạm vi lãnh thổ của quốc gia bảo hộ. Theo đó, các yếu tố của BHCD bao gồm: 1) chủ thể tiến hành BHCD là quốc gia; 2) mục tiêu là bảo vệ công dân nước mình khi bị xâm hại hoặc có nguy cơ bị xâm hại. Định nghĩa này không đặt ra vấn đề ai là thủ phạm và mặc định

quyền của công dân bị xâm hại là căn cứ làm phát sinh quyền can thiệp và bảo hộ của quốc gia mà người đó mang quốc tịch.

Bổ sung cho quan điểm thứ nhất, có ý kiến khác chi tiết hóa một số điều kiện pháp lý cần thiết để thực hiện BHCD. Theo đó, BHCD được hiểu là hành vi của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện, phù hợp với pháp luật quốc tế và pháp luật nước sở tại nhằm bảo vệ công dân mình ở nước ngoài khi các quyền và lợi ích hợp pháp của họ bị xâm phạm.⁽²⁾ Theo cách hiểu này, quốc gia mà công dân mang quốc tịch có thể tiến hành bảo hộ khi 1) có hành vi vi phạm pháp luật của 2) cá nhân, tổ chức hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền của nước sở tại 3) gây phương hại đến các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân⁽³⁾ và 4) BHCD chỉ có thể diễn ra khi công dân đã sử dụng các biện pháp hợp pháp mà vẫn không được quốc gia sở tại khôi phục các quyền và lợi ích bị xâm hại.⁽⁴⁾

Bên cạnh đó, quan điểm thứ hai cho rằng BHCD còn có thể hiểu là bảo hộ ngoại giao theo nghĩa rộng, theo đó, cơ quan nhà nước giúp đỡ công dân về mọi mặt khi họ đang ở nước ngoài kể cả khi không có hành vi xâm hại.⁽⁵⁾ Quan điểm này cũng được chia sẻ bởi một số học giả khác.⁽⁶⁾ BHCD lúc này được hiểu rộng hơn bảo hộ ngoại giao, đó là không nhất thiết phải phát sinh vi phạm về quyền và lợi ích. Kể cả không có vi phạm

(1). Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2012, tr. 127 - 128.

(2). Ngô Hữu Phước, *Luật quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 273.

(3). Ngô Hữu Phước, sđd, tr. 273.

(4). Ngô Hữu Phước, sđd, tr. 274.

(5). Trường Đại học Luật Hà Nội, sđd, tr. 128.

(6). Nguyễn Thị Kim Ngân, Chu Mạnh Hùng (đồng chủ biên), *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Giáo dục Việt Nam, Hà Nội, 2010, tr. 147.

nhưng công dân bị lâm vào hoàn cảnh khó khăn (ví dụ thiên tai, nhân tai) thì quốc gia cũng có thể tiến hành BHCD của mình.

Dù cả hai quan điểm trên cho thấy có mối liên hệ giữa BHCD và bảo hộ ngoại giao song lại chưa làm rõ mối quan hệ này là như thế nào và chính xác nội hàm của BHCD. Tác giả cho rằng BHCD không phải là một thuật ngữ pháp lí dưới góc độ pháp luật quốc tế. Không có văn kiện pháp lí quốc tế nào có quy định về BHCD, mà chỉ có chế định bảo hộ ngoại giao. Vì vậy, trong phần tiếp theo của bài viết, tác giả sẽ trình bày cụ thể hơn về khái niệm và điều kiện áp dụng của bảo hộ ngoại giao. Đây là cơ sở so sánh và đối chiếu với các quan điểm khoa học trên, từ đó chỉ ra những khúc mắc về lí luận nếu đồng nhất hai thuật ngữ BHCD và bảo hộ ngoại giao.

2. Khái quát về bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự

2.1. Bảo hộ ngoại giao

Bảo hộ ngoại giao (Diplomatic Protection) là chế định pháp lí có lịch sử lâu đời trong luật quốc tế. Thuật ngữ bảo hộ ngoại giao thực sự phổ biến sau khi Hoà ước Westphalia được kí kết vào năm 1648, thiết lập nên hệ thống chủ quyền quốc gia tồn tại cho tới ngày nay.⁽⁷⁾ Vào thế kỉ XVIII, Emmerich de Vattel, luật gia nổi tiếng người Thụy Sĩ đã lập luận rằng, sự xâm hại tới công dân gián tiếp xâm hại tới quốc gia mà người đó mang quốc tịch và vì thế, quốc gia có quyền bảo vệ công dân của mình khỏi hành vi xâm hại.⁽⁸⁾

(7). Edwin Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York Banklaws Publishing, 1919, tr. 3; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003, tr. 500.

(8). Emmerich de Vattel, *The Law of Nations*, 1758,

Sự bảo hộ thể hiện mối liên kết giữa quốc gia và công dân của mình.

Năm 2006, Dự thảo Điều khoản về bảo hộ ngoại giao của Ủy ban Pháp luật quốc tế (ILC) đã được hoàn thiện.⁽⁹⁾ Mặc dù đến nay Dự thảo này chưa phát sinh hiệu lực pháp lí do chưa có đủ số lượng phê chuẩn của các quốc gia song những quy phạm trong Dự thảo vẫn có giá trị nhất định bởi chúng được pháp điển hoá dựa trên cơ sở tập quán pháp quốc tế và án lệ của cơ quan tài phán quốc tế.

Theo Điều 1 Dự thảo, “*quốc gia tiến hành bảo hộ ngoại giao (quốc gia bảo hộ) thực hiện hoạt động ngoại giao hoặc bất kì phương thức giải quyết tranh chấp hoà bình khác đối với một quốc gia khác có hành vi vi phạm pháp luật quốc tế (quốc gia vi phạm) gây thiệt hại cho một thể nhân hoặc pháp nhân mang quốc tịch của quốc gia bảo hộ nhằm bảo đảm quốc gia vi phạm tuân thủ nghĩa vụ quốc tế của mình*”.⁽¹⁰⁾

Cũng dựa trên Dự thảo này, có thể rút ra được năm điều kiện thực hiện bảo hộ ngoại giao, đó là: chủ thể bảo hộ; phương thức bảo hộ; hành vi trái pháp luật quốc tế của quốc gia sở tại; khách thể bị xâm hại; nạn nhân đã vận dụng hết các biện pháp pháp lí tại quốc gia sở tại nhưng không thể khắc phục thiệt hại.

Thứ nhất, về chủ thể có thẩm quyền tiến hành các hoạt động bảo hộ, mối liên kết giữa quốc gia và người dân của mình cho phép

New Jersey, tái bản 2005, tr. 17 - 60.

(9). Anna Vermeer-Kunzli, *The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, PrintPartners Ipskamp, 2007, tr. 52 - 60.

(10). Draft Articles on Diplomatic Protection, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf, truy cập 16/4/2020.

quốc gia tiến hành hoạt động bảo hộ ngoại giao khi người mang quốc tịch của quốc gia bị xâm hại tại nước ngoài.

Điều 2 Dự thảo ghi nhận: “*Quốc gia có quyền bảo hộ ngoại giao phù hợp với quy định trong dự thảo điều khoản này*”. Quy định này được pháp điển hoá dựa trên thực tiễn xét xử của các cơ quan tài phán quốc tế. Trong vụ “Mavrommatis”, Pháp viện thường trực công lí quốc tế (PCIJ) đã khẳng định rằng bảo hộ ngoại giao là nguyên tắc thiết yếu trong luật quốc tế và quốc gia có quyền bảo hộ người dân của mình khi bị xâm hại bởi hành vi trái với pháp luật quốc tế được thực hiện bởi quốc gia khác.⁽¹¹⁾

Trong vụ “Barcelona Traction”, Toà án công lí quốc tế (ICJ) đã lập luận: “... *Việc tiến hành bảo hộ ngoại giao dưới hình thức và ở mức độ nào là do quốc gia quyết định bởi đây là quyền của quốc gia. Dù cho rằng quyền của mình đang bị xâm hại, thể nhân hay pháp nhân cũng không còn cách nào khác ngoài việc viện dẫn pháp luật nội địa của quốc gia họ đang cư trú để đòi lại công bằng. Nhà làm luật có thể đặt ra nghĩa vụ đối với quốc gia bảo vệ công dân đang cư trú ở nước ngoài và trao quyền yêu cầu được bảo vệ cho người dân để buộc quốc gia thực thi nghĩa vụ của mình. Tuy nhiên, đó là vấn đề của luật quốc gia, không phải luật quốc tế*”.⁽¹²⁾

Như vậy, ICJ làm rõ rằng quốc gia có thể

ban hành pháp luật yêu cầu cơ quan nhà nước phải BHCD của mình ở nước ngoài, tuy nhiên, đó là vấn đề nội bộ của quốc gia. Ít nhất trên phương diện luật thực định, pháp luật quốc tế vẫn dừng lại ở quy định coi bảo hộ ngoại giao là quyền, chứ chưa phải là nghĩa vụ của quốc gia.

Cách tiếp cận truyền thống coi bảo hộ ngoại giao là quyền của quốc gia tuy còn phổ biến trong luật quốc tế hiện đại nhưng tới nay cũng đã gặp nhiều chỉ trích.⁽¹³⁾ Trong quá trình soạn thảo Dự thảo, một số nỗ lực nhằm định hình lại quan điểm cho rằng bảo hộ ngoại giao phải là nghĩa vụ của quốc gia đối với công dân của mình thay vì là quyền. Đáng tiếc rằng, những nỗ lực này sau đó đã không nhận được sự ủng hộ của các quốc gia và vì vậy Điều 2 Dự thảo vẫn được giữ nguyên.⁽¹⁴⁾ Tuy nhiên, John Dugard, báo cáo viên đặc biệt về bảo hộ ngoại giao của ILC, cho rằng cần có cách tiếp cận linh hoạt hơn để ghi nhận cá nhân với tư cách là người hưởng lợi cuối cùng từ hoạt động bảo hộ ngoại giao của quốc gia.⁽¹⁵⁾ Cách tiếp cận linh hoạt này đã được ILC pháp điển hoá tại Điều 19 Dự thảo, đưa ra những thực tiễn tốt (good practices) mang tính khuyến nghị cho quốc gia khi thực hiện bảo hộ ngoại giao. Theo

(11). Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain), Judgment No. 2 (1924) PCIJ, Ser A, No. 2, tr. 12, <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-a>, truy cập 16/4/2020.

(12). Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), Judgment ICJ Reports (1970), đoạn 78, <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>, truy cập 16/4/2020.

(13). Phoebe Okowa, “The Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility”, trong: Malcolm Evans, *International Law*, Oxford University Press, 2012, tr. 482; Edwin Borchard, tldd, tr. 29; John Dugard, First Report on Diplomatic Protection, UN Doc A/CN.4/506, 2000, tr. 213, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf, truy cập 16/6/2020; James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2013, tr. 571.

(14). John Dugard, tldd, đoạn 87, tr. 225.

(15). John Dugard, tldd, đoạn 169, tr. 237.

đó, quốc gia cần cân nhắc thực hiện bảo hộ ngoại giao khi có thiệt hại đáng kể xảy ra đối với công dân của mình, đồng thời bảo đảm việc bồi thường tổn thất cho người bị hại.

Thứ hai, về phương thức bảo hộ ngoại giao, như định nghĩa tại Điều 1 Dự thảo, quốc gia có thể thực hiện bất kì phương thức nào cho là cần thiết để tiến hành bảo hộ cá nhân hay pháp nhân của mình. Các phương thức này không chỉ dừng ở hành động ngoại giao, mà còn có thể viện dẫn tới các cơ quan tài phán quốc tế, trừng phạt kinh tế, cấm vận. Bên cạnh đó, việc tiến hành bảo hộ ngoại giao phải tuân thủ quy định pháp luật quốc tế, đặc biệt là nguyên tắc cấm sử dụng hoặc đe dọa sử dụng vũ lực.⁽¹⁶⁾

Thứ ba, để thấy bảo hộ ngoại giao có mối liên hệ với chế định trách nhiệm quốc gia (State Responsibility) trong luật quốc tế bởi nó phát sinh do hành vi vi phạm pháp luật quốc tế của quốc gia.⁽¹⁷⁾ Hành vi trái pháp luật quốc tế thể hiện dưới dạng hành động hoặc không hành động do một quốc gia thực hiện và vi phạm nghĩa vụ quốc tế của quốc gia đó theo pháp luật quốc tế.⁽¹⁸⁾ Đây là một trong những căn cứ quan trọng làm phát sinh quyền bảo hộ của quốc gia mà thể nhân hay pháp nhân bị thiệt hại mang quốc tịch.

Thứ tư, về khách thể, đó là quyền của cá nhân hoặc pháp nhân bị xâm hại do hành vi trái pháp luật quốc tế của quốc gia sở tại gây ra. Như vậy, chủ thể quyền ở đây không chỉ có cá nhân, mà còn có cả pháp nhân mang quốc tịch quốc gia bảo hộ. Lẽ ra đây là mối quan hệ giữa cá nhân hay pháp nhân bị thiệt hại và quốc gia vi phạm. Tuy nhiên, nhờ có quốc tịch, là sợi dây liên kết hữu hiệu giữa nhà nước và người dân, nên hành vi trực tiếp xâm hại một người thì cũng gián tiếp xâm hại lợi ích của quốc gia mà người đó mang quốc tịch. Từ đó, mối quan hệ này được nâng lên thành giữa hai quốc gia với nhau, giữa quốc gia bảo hộ và quốc gia vi phạm. Trong vụ “Nottebohm”, ICJ chỉ ra bản chất của mối quan hệ công dân và quốc gia khi coi quốc tịch là: “*Mối liên hệ pháp lý có nền tảng là sự gắn bó xã hội thực tế, một mối liên kết thực sự của đời sống và tình cảm, cùng với đó là các quyền và nghĩa vụ qua lại. Nó [quốc tịch] thể hiện công nhận pháp lý thực tế rằng cá nhân có được quốc tịch, trực tiếp thông qua pháp luật hoặc hành vi của các cơ quan công quyền, thể hiện sự gắn kết chặt chẽ hơn giữa quốc gia và công dân của mình so với dân cư của quốc gia khác*”.⁽¹⁹⁾

Tuy nhiên, quốc tịch về danh nghĩa chỉ là điều kiện cần, tính liên tục và hữu hiệu của quốc tịch mới là điều kiện đủ. Quốc gia chỉ có thể tiến hành bảo hộ nếu như người bị hại mang quốc tịch của quốc gia đó liên tục kể từ thời điểm bị xâm hại tới lúc quyết định cuối cùng liên quan tới vụ việc được đưa

(16). Xem thêm: Nguyễn Toàn Thắng, Phạm Bắc Hà, “Tính hợp pháp của việc sử dụng biện pháp vũ lực để bảo hộ công dân”, Kỷ yếu hội thảo: Bảo hộ công dân, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2015, tr. 20 - 33.

(17). Anna Vermeer-Kunzli, tldđ, tr. 44.

(18). Xem thêm: Dự thảo Điều khoản về trách nhiệm quốc gia của ILC năm 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, truy cập 16/6/2020; James Crawford, Simon Olleson, “The Character and Forms of International Responsibility”, trong: Malcolm Evans, sđđ, tr. 452.

(19). Nottebohm case, Judgment ICJ Reports (1955), tr. 4, <https://www.icj-cij.org/en/case/18>, truy cập 16/6/2020.

ra.⁽²⁰⁾ Tính hữu hiệu của quốc tịch thể hiện ở mối liên kết bền chặt giữa người mang quốc tịch và quốc gia đó.

Cuối cùng, Dự thảo đặt ra điều kiện về thủ tục khi quốc gia tiến hành bảo hộ ngoại giao, đó là bảo hộ ngoại giao chỉ được thực hiện khi công dân của mình đã sử dụng tất cả các biện pháp pháp lý mà vẫn không được quốc gia sở tại khắc phục những thiệt hại họ phải gánh chịu. Nguyên tắc này đã tồn tại trong tập quán pháp quốc tế từ lâu và được pháp điển hoá tại Điều 14 Dự thảo.⁽²¹⁾ Lưu ý rằng, trong trường hợp tất cả các phương thức pháp lý tại quốc gia sở tại chưa được vận dụng hết mà quốc gia đã vận dụng bảo hộ ngoại giao thì có thể dẫn tới nguy cơ vi phạm nguyên tắc cấm can thiệp vào công việc nội bộ của quốc gia khác.

Tóm lại, bảo hộ ngoại giao là quyền của quốc gia nhằm bảo hộ quyền của cá nhân hoặc pháp nhân có mang quốc tịch của mình bị xâm hại do hành vi trái pháp luật quốc tế của quốc gia khác. Tuy nhiên, quốc gia chỉ được tiến hành bảo hộ khi các phương thức pháp lý tại quốc gia vi phạm đã được cá nhân hoặc pháp nhân bị hại vận dụng hết nhưng không đem lại kết quả.

2.2. Phân biệt bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự

Khái niệm bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự (Consular Assistance) thường được hiểu tương đồng bởi ranh giới xác định trên thực tế là không rõ ràng.⁽²²⁾ Bảo hộ ngoại

giao và trợ giúp lãnh sự đều có thể được thực hiện bởi nhân viên ngoại giao hoặc lãnh sự. Tuy nhiên, nếu không phân biệt rõ hai khái niệm pháp lý này sẽ dẫn tới khả năng viện dẫn không đúng cơ chế để hỗ trợ người dân khi gặp nạn, từ đó phát sinh rủi ro pháp lý ảnh hưởng tới quốc gia bảo hộ.

Điều 5 Công ước Viên về quan hệ lãnh sự năm 1963 quy định, nhân viên lãnh sự bảo vệ tại nước tiếp nhận quyền và lợi ích hợp pháp của nhà nước, giúp đỡ pháp nhân và công dân nước cử trong phạm vi pháp luật quốc tế cho phép. Điều 5(i) chi tiết việc trợ giúp pháp lý có thể được cơ quan lãnh sự cung cấp tới cá nhân trong hoàn cảnh khó khăn, ví dụ như tìm luật sư, thẩm tù, liên lạc với cơ quan chức trách. Nhân viên lãnh sự có thể đứng ra đại diện trong quá trình xét xử nếu cá nhân vắng mặt nhưng không được phép can thiệp vào quá trình tư pháp hoặc các vấn đề nội bộ của quốc gia tiếp nhận.⁽²³⁾ Điều này cho thấy hai đặc điểm khác biệt của trợ giúp lãnh sự so với bảo hộ ngoại giao:

Thứ nhất, khi tiến hành trợ giúp lãnh sự, tư cách của nhân viên ngoại giao, lãnh sự là đại diện chứ không thay thế cho cá nhân. Cá nhân vẫn là chủ thể chính trong vụ việc. Trong khi đó, khi thực hiện bảo hộ ngoại giao, nhân viên ngoại giao, lãnh sự còn đại

cận dưới góc độ chính trị - pháp lý”, Ki yếu hội thảo: *Bảo hộ công dân*, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2015, tr. 4. Sở dĩ ranh giới khác biệt không rõ ràng một phần là do chức năng ngoại giao và lãnh sự cũng rất khó tách bạch độc lập. Xem thêm: E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, 1998, tr. 33.

(23). Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2014, tr. 561.

(20). Anna Vermeer-Kunzli, tldd, tr. 60.

(21). Edwin Borchard, tldd, tr. 332; Chittharanjan Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* Cambridge University Press, 2004, tr. 3.

(22). Nguyễn Quốc Lộc, “Bảo hộ công dân: Cách tiếp

diện cho quốc gia của mình bởi quan hệ này đã được nâng lên thành quan hệ giữa hai quốc gia do lợi ích của quốc gia bảo hộ gián tiếp bị xâm hại.⁽²⁴⁾

Thứ hai, trợ giúp lãnh sự nếu đi quá sâu có thể dẫn tới vi phạm nguyên tắc can thiệp vào công việc nội bộ của quốc gia khác. Nói khác đi, khi bảo hộ ngoại giao chưa được viện dẫn, quốc gia bảo hộ có nguy cơ vi phạm pháp luật quốc tế vẫn tiếp tục thực hiện hành vi “trợ giúp” cá nhân nhưng vô hình trung lại là “cản trở” quốc gia sở tại thực hiện quyền tài phán của mình. Rất khó để khẳng định hành vi như thế nào được coi là “can thiệp”, điều này đòi hỏi sự đánh giá dựa trên từng vụ việc cụ thể. Ngược lại, bảo hộ ngoại giao nếu thực hiện phù hợp theo pháp luật quốc tế (như các điều kiện chỉ ra ở trên) thì dù có sự can thiệp nhưng lại không trái với nguyên tắc này.⁽²⁵⁾

Ngoài ra, trợ giúp lãnh sự thường có tính ngăn ngừa và diễn ra trước khi các biện pháp pháp lý tại quốc gia sở tại được vận dụng hết hoặc trước thời điểm hành vi xâm phạm luật quốc tế diễn ra⁽²⁶⁾ và có sự yêu cầu của

người bị hại.⁽²⁷⁾ Trong khi đó, bảo hộ ngoại giao là quyền của quốc gia thông qua nhiều phương thức, trong đó có khả năng đưa vụ việc ra trước cơ quan tài phán quốc tế, yêu cầu quốc gia vi phạm khắc phục thiệt hại.

Tóm lại, có ba điểm khác nhau giữa bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự đã được các học giả chỉ ra, đó là: 1) mức độ đại diện của trợ giúp lãnh sự và bảo hộ ngoại giao; 2) giới hạn pháp lý áp dụng với trợ giúp lãnh sự và bảo hộ ngoại giao; 3) trợ giúp lãnh sự có tính chất ngăn ngừa, trong khi đó bảo hộ ngoại giao có tính chất khắc phục.

Có thể thấy rõ qua trường hợp thực tế sau đây. Năm 2017, Đoàn Thị Hương, công dân Việt Nam, bị bắt và xét xử tại Malaysia vì nghi vấn giết người. Đây là vụ án hình sự thuộc thẩm quyền chuyên biệt của Malaysia và giữa hai nước không có điều khoản tương trợ tư pháp có khả năng áp dụng. Trong quá trình điều tra và xét xử, đại diện cơ quan ngoại giao Việt Nam tại Malaysia đã tích cực liên hệ Đoàn Thị Hương và cơ quan chức năng địa phương để làm rõ thông tin, tham dự phiên tòa để “bảo vệ quyền và lợi ích công dân Đoàn Thị Hương”.⁽²⁸⁾

Các hoạt động của cơ quan đại diện Việt Nam ở Malaysia được hiểu là trợ giúp lãnh sự đối với công dân Việt Nam trong hoàn

(24). Anna Vermeer-Kunzli, *tlđđ*, tr. 84; David Leys, “Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach”, *Harvard International Law Journal*, 57, 2016, tr. 6.

(25). John Dugard, *Seventh Report on Diplomatic Protection*, ILC Document A/CN.4/567, 2006, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_567.pdf, truy cập 16/4/2020.

(26). John Dugard, *tlđđ*, đoạn 12; F. Przetacznik, “The Protection of Individual Persons in Traditional International Law (Diplomatic and Consular Protection)”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 21, 1971, tr. 112; Xem thêm: vụ *Lagrang (Germany v. United States of America) Judgment*, ICJ Reports 2001, tr. 466, <https://www.icj-cij.org/>

[en/case/104](https://www.icj-cij.org/en/case/104), truy cập 16/4/2020; vụ *Avena (Mexico v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2004, tr. 12, <https://www.icj-cij.org/en/case/128>, truy cập 16/4/2020.

(27). Điều 36(1)(b) Công ước Viên về quan hệ lãnh sự năm 1963.

(28). T. Chung, *Tiếp tục bảo hộ công dân Đoàn Thị Hương*, <https://tuoitre.vn/bao-ho-cong-dan-o-muc-cao-nhat-doi-voi-doan-thi-huong-20190328134849866.htm>, truy cập 16/4/2020.

cảnh khó khăn. Quá trình xét xử vẫn đang diễn ra, bản thân Đoàn Thị Hương vẫn chưa vận dụng hết các biện pháp tại quốc gia sở tại để tự bảo vệ quyền của mình, vì vậy bảo hộ ngoại giao chưa thể được vận dụng tại thời điểm này.

Giả sử các điều kiện bảo hộ ngoại giao (như phân tích ở trên) chưa thoả mãn nhưng Việt Nam kiên quyết yêu cầu Malaysia trao trả công dân thì đây sẽ bị coi là hành vi can thiệp vào công việc nội bộ của Malaysia, vi phạm pháp luật quốc tế. Tuy nhiên, khi toà án Malaysia đã đưa ra phán quyết cuối cùng mà phía Việt Nam cho rằng quyết định này bất công, xâm phạm quyền của cả công dân và Nhà nước Việt Nam thì lúc này phía Việt Nam mới có thể đặt vấn đề bảo hộ ngoại giao.⁽²⁹⁾

Một ví dụ gần đây liên quan tới tình trạng khẩn cấp tạm thời do virus corona chủng mới (Covid-19) gây ra tại các quốc gia trên thế giới. Vì lí do sức khỏe cộng đồng, nhiều quốc gia buộc phải hạn chế tự do di chuyển, đóng cửa biên giới, dẫn tới nhiều người nước ngoài bị mắc kẹt tại những nước này. Việc quốc gia ban bố tình trạng khẩn cấp, hạn chế tự do cá nhân là phù hợp với pháp luật quốc tế.⁽³⁰⁾ Dù vậy, trong những hoàn cảnh khó

khăn, lợi ích chính đáng của người nước ngoài, cụ thể là công dân Việt Nam, tại các quốc gia này có thể bị ảnh hưởng. Lúc này, Nhà nước Việt Nam đã có những hành động can thiệp kịp thời, tổ chức các chuyến bay hồi hương, xin phép bay tại các quốc gia sở tại, liên lạc với những công dân bị mắc kẹt... để đưa công dân về nước an toàn.⁽³¹⁾ Dưới góc độ pháp luật quốc tế như phân tích ở trên, hoạt động này phản ánh tính chất của “trợ giúp,” chưa phải là “bảo hộ ngoại giao,” bởi căn cứ pháp lí làm phát sinh quyền bảo hộ ngoại giao chưa đáp ứng (chưa có vi phạm pháp luật của quốc gia sở tại).

3. Kiến nghị

Trên cơ sở phân tích khái niệm bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự, đồng thời đối chiếu và so sánh với các quan điểm trình bày trong Mục 1, tác giả rút ra một số nhận định sau liên quan tới lí luận về BHCD.

Quan điểm đầu tiên đồng nhất hai khái niệm BHCD và bảo hộ ngoại giao nhưng lại chưa phản ánh đầy đủ yêu cầu pháp lí của bảo hộ ngoại giao. Theo pháp luật quốc tế phân tích ở mục 2, cá nhân không phải là đối tượng duy nhất được quốc gia tiến hành bảo hộ ngoại giao mà còn có cả pháp nhân (dựa trên nguyên tắc quốc tịch), thậm chí cả người không quốc tịch.⁽³²⁾ Cùng với đó là những điều kiện về thủ tục hết sức khắt khe.

(29). Vi phạm quy trình xét xử công bằng cũng có thể bị coi là hành vi vi phạm pháp luật quốc tế căn cứ vào Điều 14 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 mà Việt Nam và Malaysia đều là quốc gia thành viên.

(30). Điều 4 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966. Lưu ý, để xác định rõ tính hợp pháp của các biện pháp hạn chế mà quốc gia áp dụng cần phải đánh giá dựa trên hoàn cảnh cụ thể, căn cứ theo nguyên tắc “cần thiết” và “tương xứng” trong pháp luật nhân quyền. Ví dụ, xem: Mark Tushnet, Vicki Jackson, *Proportionality New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2018; Aharon

Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press 2012.

(31). Ví dụ, xem: <https://vnexpress.net/chuyen-bay-dua-340-nguoi-viet-ve-tu-my-4096622.html>; <https://vnexpress.net/them-chuyen-bay-dua-cong-dan-chau-au-hoi-huong-4094612.html>, truy cập 16/4/2020.

(32). Điều 8 Dự thảo Điều khoản bảo hộ ngoại giao năm 2006.

Chẳng hạn như quốc gia chỉ có thể tiến hành bảo hộ ngoại giao khi tất cả các biện pháp tại quốc gia sở tại vẫn được vận dụng hết nhưng không có kết quả. Nếu không bảo hộ ngoại giao lúc đó có thể bị coi là hành vi can thiệp vào công việc nội bộ của quốc gia khác. Bên cạnh đó, quyền và lợi ích của công dân ở nước ngoài bị xâm hại không đương nhiên làm phát sinh quyền bảo hộ ngoại giao của quốc gia mà công dân mang quốc tịch. Sự thiệt hại này phải xuất phát từ hành vi vi phạm pháp luật quốc tế của quốc gia mà người đó đang cư trú. Chủ thể vi phạm phải là nhà nước, chứ không phải chủ thể phi nhà nước, trừ trường hợp đặc biệt có thể quy kết hành vi của những chủ thể này là hành vi của nhà nước.⁽³³⁾ Đây là sự khác biệt với quan điểm thứ nhất khi cho rằng quyền BHCD phát sinh khi có “vi phạm pháp luật” nói chung thực hiện bởi “cá nhân, tổ chức” phi nhà nước. Tuy nhiên, trường hợp không có hành vi vi phạm nào thì quốc gia có thể tiến hành BHCD hay không? Ví dụ trong trường hợp thiên tai, nhân tai... Quan điểm thứ nhất chưa làm rõ được vấn đề này.

Quan điểm thứ hai cho rằng BHCD có thể tiến hành kể khi không có hành vi vi phạm đối với công dân có vẻ phản ánh đúng bản chất vấn đề, đó là sự trợ giúp, hỗ trợ đối với công dân khi gặp nạn ở nước ngoài. Tuy nhiên, quan điểm thứ hai cũng mắc phải hạn chế như quan điểm đầu tiên, đó là đồng nhất hai khái niệm BHCD và bảo hộ ngoại giao. Việc đồng nhất hai thuật ngữ này chỉ làm

rồi thêm vấn đề nghiên cứu và thiếu cơ sở pháp lý khi pháp luật quốc tế không có quy định về BHCD.

Bài viết cho rằng cách đặt vấn đề BHCD như hai quan điểm nghiên cứu trên dường như vẫn không làm rõ được nội hàm của BHCD. Những nghiên cứu coi BHCD là chế định pháp lý độc lập rất dễ bị lạc đề và lan man bởi các biện pháp để bảo hộ một hoặc một nhóm công dân ở nước ngoài chính là sử dụng các biện pháp trợ giúp lãnh sự và bảo hộ ngoại giao. Hơn thế nữa, đi tìm khái niệm BHCD dựa trên khái niệm bảo hộ ngoại giao rất dễ bị nhầm lẫn. Nói khác đi, BHCD có vẻ như là sự giao thoa giữa bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự nhưng không có nội dung rõ ràng, chẳng hạn như lúc nào thì được công dân được nhà nước bảo hộ, trường hợp nào thì không được.

Đặc biệt, việc sử dụng thuật ngữ “BHCD” thường xuyên trên phương tiện đại chúng có khả năng đem đến cảm nhận rằng đây là nghĩa vụ bắt buộc của quốc gia trong quan hệ với công dân của mình ở nước ngoài. Ngược lại, nội dung pháp lý của bảo hộ ngoại giao và trợ giúp lãnh sự trong pháp luật quốc tế không quy định nhà nước bắt buộc phải BHCD của mình khi ở nước ngoài.⁽³⁴⁾ Cần nhấn mạnh thêm, ngay cả pháp luật quyền con người quốc tế hiện đại cũng giới hạn nghĩa vụ của quốc gia trong phạm vi lãnh thổ hoặc quyền kiểm soát hữu hiệu của

(33). James Crawford, Simon Olleson, tldd, tr. 453-460; Malcolm Shaw, tldd, tr. 571 - 576.

(34). Lưu ý rằng pháp luật quốc gia có thể quy định khác, coi đây là nghĩa vụ của nhà nước. Tuy nhiên, do phạm vi nghiên cứu của bài viết giới hạn ở quy định pháp luật quốc tế, với mục tiêu làm rõ khía cạnh lý luận của vấn đề này, do đó, bài viết không đi vào phân tích quy định pháp luật quốc gia.

quốc gia,⁽³⁵⁾ chứ không mở rộng ra lãnh thổ của quốc gia khác bởi điều đó có nguy cơ vi phạm nguyên tắc chủ quyền, tôn trọng chủ quyền và không can thiệp vào công việc nội bộ của quốc gia khác với tính chất quy phạm bắt buộc.

Đồng thời, hoạt động BHCD ở nước ngoài cũng cần được xem xét trong hoàn cảnh đầy đủ hơn, đó là việc nhánh hành pháp đang thực hiện quyền đối ngoại của mình với quốc gia khác. Ở góc độ này, có thể thấy cá nhân không đương nhiên được bảo hộ khi ở nước ngoài, kể cả khi khiếu nại thì tòa án quốc gia mà người đó là công dân vẫn có khả năng từ chối thụ lý vụ việc do có nguy cơ vi phạm nguyên tắc phân chia quyền lực trong thực thi quyền lực nhà nước.⁽³⁶⁾

(35). Ví dụ như Điều 2(1) Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị năm 1966; Xem thêm: Human Rights Committee (2004), General Comment No. 31 Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, đoạn 10; Concluding Observations: USA (2014), đoạn 4; Xem thêm: M. Nowak, "Obligations of States to Prevent and Prohibit Torture in an Extraterritorial Perspective", in: M. Gibney and S. Skogly (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, 2010, tr. 21; A. Cassese, "The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", (2007), 18, *The European Journal of International Law* 4; vụ Loizidou v. Turkey (1993) ECHR 40/1993/435/514, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58201>, truy cập 16/4/2020; vụ Ocalan v. Turkey (2005) ECHR 282, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1340973-1399281>, truy cập 16/4/2020.

(36). Chẳng hạn như trong vụ Kaunda, Tòa án hiến pháp Nam Phi thừa nhận yêu cầu bảo hộ ngoại giao là quyền hiến định của cá nhân nhưng cũng cần lưu ý rằng "quyền yêu cầu bảo hộ" không có nghĩa là "đương nhiên được bảo hộ" bởi nhà nước còn cần phải xem xét tới các yếu tố khác trước khi quyết định.

Qua những phân tích trên cho thấy, một số cách tiếp cận BHCD hiện nay chưa làm rõ được khái niệm pháp lý của thuật ngữ này theo pháp luật quốc tế.

Dù thừa nhận quốc gia có quyền bảo hộ theo pháp luật quốc tế song bài viết không cho rằng quốc gia có quyền bỏ mặc công dân của mình khi họ gặp nạn ở nước ngoài. Theo khuyến nghị tại Điều 19 Dự thảo Điều khoản về bảo hộ ngoại giao, quốc gia nên cân nhắc thực hiện bảo hộ ngoại giao khi có thiệt hại đáng kể xảy ra đối với công dân của mình, đồng thời bảo đảm việc bồi thường tổn thất cho người bị hại. Thực tế cho thấy nhìn chung các quốc gia vẫn nỗ lực để giúp đỡ, hỗ trợ cho công dân của mình khi ở nước ngoài. Điều này thể hiện trách nhiệm chính trị - đạo đức của nhà nước trong quan hệ với công dân của mình. Trường hợp trong khả năng cho phép nhưng quốc gia "phớt lờ" việc bảo hộ thì điều này có thể ảnh hưởng tới uy tín, tín nhiệm của hệ thống chính trị, từ đó đe dọa sự nghiệp chính trị của chủ thể liên quan. Ở góc độ đó, trách nhiệm này có giá trị nhất định, buộc chủ thể liên quan thực hiện nghĩa vụ giải trình nếu như không tiến hành các biện pháp BHCD ở nước ngoài.

Xem: Kaunda and Others v. President of the South Africa and Others, Case CCT 23/04 (2005) (4) SA 235 (CC), <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/02/Kaunda-and-Ors..pdf>, truy cập 16/4/2020; Xem thêm: Regina (Abbasi) v Secretary of State for Foreign Affairs(2002) EWCA Civ 1598, (2003) UKHR 76 All ER (D) 70, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1598.html>, truy cập 16/4/2020; Xem thêm bình luận: Annemarieke Künzli (2006), Exercising Diplomatic Protection The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance, *ZaöRV* 66, https://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_321_350.pdf, truy cập 16/4/2020.

Đồng thời, bài viết vẫn để mở câu hỏi liệu thực tiễn trợ giúp, BHCD của quốc gia có thể phát triển trở thành tập quán pháp quốc tế hay không? Điều này cũng là một khả năng để hoạt động này phát triển thành quy phạm pháp lí có giá trị ràng buộc quốc gia. Tuy nhiên, vấn đề này sẽ đòi hỏi thêm thời gian và đánh giá sâu hơn về thực tiễn BHCD của các quốc gia sau này./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. A. Cassese, “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *The European Journal of International Law* 4, (2007)18.
2. Anna Vermeer-Kunzli, *The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, PrintPartners Ipskamp, 2007.
3. Chittharanjan Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* Cambridge University Press, 2004.
4. David Leys, “Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach”, *Harvard International Law Journal*, 57, 2016.
5. Edwin Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York Banklaws Publishing, 1919.
6. Emmerich de Vattel, *The Law of Nations*, 1758, New Jersey, tái bản 2005.
7. E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, 1998.
8. James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2013.
9. F. Przetacznik, “The Protection of Individual Persons in Traditional International Law (Diplomatic and Consular Protection”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 21, 1971.
10. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003.
11. Nguyễn Quốc Lộc, “Bảo hộ công dân: Cách tiếp cận dưới góc độ chính trị - pháp lí”, *Kỷ yếu hội thảo: Bảo hộ công dân*, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2015.
12. Nguyễn Thị Kim Ngân, Chu Mạnh Hùng (đồng chủ biên), *Giáo trình luật quốc tế*, Nxb. Giáo dục Việt Nam, Hà Nội, 2010.
13. Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2014.
14. M. Nowak, “Obligations of States to Prevent and Prohibit Torture in an Extraterritorial Perspective”, in: M. Gibney and S. Skogly (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, 2010.
15. Malcolm Evans, *International Law*, Oxford University Press, 2012.
16. Ngô Hữu Phước, *Luật quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010.
17. Nguyễn Toàn Thắng, Phạm Bắc Hà, “Tính hợp pháp của việc sử dụng biện pháp vũ lực để bảo hộ công dân”, *Kỷ yếu hội thảo: Bảo hộ công dân*, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2015.
18. Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2012.