

MONTHLY ISSUE

1(333)

2016

45TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

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: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

HUMAN RIGHTS

- ❖ VU CONG GIAO – NGUYEN MINH TAM: National Human Rights Institutions in Some Countries in South East Asia 3

LAND LAW

- ❖ NGUYEN QUANG TUYEN: Some Thoughts on People's Ownership on Land 13
- ❖ DINH THANH PHUONG: Land Ownership in Vietnam's Constitutions and Some Proposals 19

CIVIL PROCEDURE LAW, FAMILY AND MARRIAGE LAW

- ❖ TRAN VAN BIEN: Fundamental New Issues of the Civil Procedure Code of 2015 26
- ❖ HUYNH THI TRUC GIANG: Fake Marriage and Its Solution in the Transitional Period between the Law on Family and Marriage of 2000 and of 2014 36

ECONOMIC LAW, BANKING LAW

- ❖ TRAN NGOC DUNG: Improving the Provisions of the Law on Cooperatives of 2012 42
- ❖ DO MINH TUAN: Due Diligence of the Director of a Joint Stock Company 46
- ❖ DUONG KIM THE NGUYEN: Improving Laws and Regulations on Bankruptcy Procedure for Credit Institution in Vietnam 51

INTERNATIONAL LAW

- ❖ HOANG PHUOC HIEP: Legal Framework for the ASEAN Investment Area and Its Impact on ASEAN Members 60
- ❖ HO THI NGOC HUONG – NGUYEN VAN THUYET: Principle of Dual Criminality in Extradition – Theoretical and Practical Issues 71

LEGAL SCIENCE INFORMATION

- ❖ DAU CONG HIEP: Principal Issues in the Study of Animal Rights 78

CƠ QUAN NHÂN QUYỀN QUỐC GIA Ở MỘT SỐ NƯỚC ĐÔNG NAM Á VÀ NHỮNG KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Vũ Công Giao*
Nguyễn Minh Tâm**

Tóm tắt: Bài viết phân tích và so sánh một số nội dung về quá trình hình thành, cơ sở pháp lý và thực tiễn hoạt động của cơ quan nhân quyền quốc gia ở một số nước Đông Nam Á, qua đó luận giải sự cần thiết và đưa ra những kiến nghị mang tính gợi mở cho việc thành lập cơ quan nhân quyền quốc gia của Việt Nam.

Abstract: This article examines the establishment, legal ground and practical activities of National Human Rights Institutions in some South East Asian countries. On that basis, it proves the necessity of and provides recommendations for establishment of such an institution in Vietnam.

1. Khái quát về cơ quan nhân quyền quốc gia

Theo tài liệu chuyên đề số 19 (*Fact Sheet No.19*) của Liên hợp quốc (LHQ), “cơ quan nhân quyền quốc gia” (*National Human Rights Institutions – NHRIs*, hoặc *National Institutions for the Protection and Promotion of Human Rights*) được hiểu là một cơ quan (*body*) được giao những chức năng cụ thể trong việc thúc đẩy và bảo vệ các quyền con người¹. Một định nghĩa cụ thể hơn được đưa ra bởi Văn phòng Cao ủy Nhân quyền LHQ (OHCHR) đó là: “Cơ quan nhân quyền quốc gia là những cơ quan nhà nước có thẩm quyền hiến định và/hoặc luật định trong việc bảo vệ và thúc đẩy các quyền con người. Các cơ quan này là một

phần của bộ máy nhà nước và được nhà nước cung cấp kinh phí hoạt động”².

Như vậy, NHRIs không phải là một tổ chức phi chính phủ (NGOs), mặc dù hoạt động của cơ quan này thường rất gắn bó với các NGOs và trong thành phần tổ chức thường có đại diện của các NGOs. Tuy nhiên, trong thực tế, NHRIs thường không giống với các cơ quan nhà nước thông thường khác. Mặc dù là cơ quan quốc gia nhưng việc thành lập và hoạt động của NHRIs phải tuân thủ “Các nguyên tắc Paris”, mà một trong những nguyên tắc quan trọng nhất là phải có tính độc lập với các cơ quan nhà nước khác trên cơ sở sự tham gia của đại diện từ nhiều thành phần và nhóm xã hội khác nhau³. Chính vì vậy, NHRIs còn được

* PGS.TS., Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

** ThS., Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

¹ Xem: United Nations (1993), *Fact Sheet No.19, National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, đăng trên: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet19en.pdf>, [truy cập: 17/4/2015].

² Xem: OHCHR (2010), *National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities*, tr.13, đăng trên: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PTS-4Rev1-NHRI_en.pdf, [truy cập: 17/4/2015].

³ Xem: Các nguyên tắc Paris (*Principles relating to the Status of National Institutions – The Paris Principles*), đăng trên: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>, [truy cập: 17/4/2015].

xem là một “*quasi-governmental agency*” – tức là một cơ quan gần như chứ không hoàn toàn là cơ quan nhà nước.

Thực tiễn trên thế giới cho thấy, có nhiều nước thành lập NHRIs và cơ quan này đóng vai trò ngày càng quan trọng trong việc thúc đẩy và bảo vệ quyền con người ở phạm vi quốc gia. Với vị thế đặc biệt của mình, NHRIs có thể đưa ra những tư vấn có tính độc lập tương đối để góp ý và trợ giúp cho các Chính phủ, giúp cân bằng giữa hai thái cực – “sự quá hữu” của các cơ quan nhà nước và “sự quá tả” của các NGOs trong lĩnh vực nhân quyền.

2. Cơ quan nhân quyền quốc gia ở một số nước Đông Nam Á

Hiện nay, trong khu vực Đông Nam Á có 6/11 quốc gia đã thành lập NHRIs (trong đó, có 5 quốc gia thuộc ASEAN), đó là: Indonesia, Malaysia, Philippines, Thái Lan, Myanmar và Đông Ti-mo. Hầu hết các NHRIs ở khu vực này (của 5/6 quốc gia) được thành lập dưới dạng “Ủy ban nhân quyền” (Indonesia, Malaysia, Philippines, Thái Lan và Myanmar). Nhìn chung, các NHRIs đều được thành lập dựa trên cơ sở các quy định của Hiến pháp và/hoặc các đạo luật riêng, và đều có chức năng bán tự pháp (tức là có thẩm quyền tài phán và giải quyết khiếu kiện). 5/6 NHRIs (Indonesia, Malaysia, Philippines, Thái Lan, Đông Ti-mo) được xếp hạng A theo ICC⁴ (hạng cao nhất trong thang bậc đánh giá về tính độc lập và hiệu quả của NHRIs), có thể khái quát như sau:

a. Cơ quan nhân quyền Indonesia

⁴ ICC là tên viết tắt của “Ủy ban điều phối quốc tế về các NHRIs”. Xem xếp hạng của ICC về NHRIs ở khu vực châu Á-Thái Bình Dương tại: <http://nhri.ohchr.org/EN/Contact/NHRIs/Pages/Asia-Pacific.aspx>, [truy cập: 18/4/2015].

Ủy ban nhân quyền quốc gia Indonesia (*Komnas HAM*) được thành lập ngày 7/6/1993 theo Sắc lệnh số 50 của Tổng thống về Ủy ban nhân quyền quốc gia Indonesia, và được thay thế bằng Luật số 39/1999 về nhân quyền. *Komnas HAM* ra đời là kết quả của sức ép chính trị ở cả trong và ngoài nước về tình hình nhân quyền ở Indonesia, đặc biệt là sau khi Ủy ban nhân quyền LHQ (nay là Hội đồng nhân quyền LHQ) ra Nghị quyết số 1993/97 bày tỏ quan ngại sâu sắc về các cáo buộc vi phạm nhân quyền nghiêm trọng ở Indonesia⁵.

Komnas HAM là một cơ quan độc lập, có địa vị ngang bằng với các cơ quan nhà nước khác⁶, có nghĩa vụ trình báo cáo hàng năm về việc thực hiện các chức năng, nhiệm vụ và thẩm quyền của mình, về tình hình nhân quyền và các vụ việc liên quan đã được giải quyết lên Hạ nghị viện, Tổng thống và gửi bản sao các báo cáo này cho Tòa án tối cao (Điều 97 Luật số 39/1999).

Theo Luật số 39/1999, *Komnas HAM* có hai mục tiêu chính là: (i) Phát triển các điều kiện thực thi quyền con người phù hợp với pháp luật quốc gia và quốc tế về nhân quyền; (ii) Tăng cường bảo vệ và phát huy các quyền của người dân Indonesia và năng lực tham gia của họ vào các lĩnh vực của đời sống xã hội (Điều 75). Để thực hiện hai mục tiêu này, *Komnas HAM* được giao các thẩm quyền tổ chức học tập, nghiên cứu, phổ biến, giám sát và tham gia giải quyết các vấn đề về nhân quyền (Điều 76(1), Điều

⁵ Xem: *Commission on Human Rights resolution 1993/97: Situation in East Timor*, đăng trên: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/81427c9bacaf9847c1256c6800603ff2?Opendocument>, [truy cập: 18/4/2015].

⁶ Xem: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/IDN/INT_CCPR_IFN_IDN_14340_E.pdf, [truy cập: 18/4/2015].

89). Luật số 40/2008 về xóa bỏ phân biệt về chủng tộc và sắc tộc đã bổ sung thêm thẩm quyền của Komnas HAM trong việc ngăn ngừa sự phân biệt về chủng tộc và sắc tộc⁷.

Để thực hiện chức năng giám sát và tham gia giải quyết các vấn đề nhân quyền (chức năng bán tư pháp), Luật số 39/1999 giao cho Komnas HAM thẩm quyền rất rộng như: quyền điều tra và đánh giá các vụ việc có dấu hiệu vi phạm nhân quyền, quyền triệu tập đương sự (*sub-poena*) để giải quyết vụ việc, khảo sát địa điểm, làm trọng tài giữa các bên, gửi kiến nghị liên quan đến các vi phạm nhân quyền tới Chính phủ và Hạ nghị viện... Luật số 26/2000 về Tòa án nhân quyền đã tăng thêm quyền lực cho Komnas HAM bằng cách chỉ định đây là cơ quan duy nhất có quyền điều tra các vụ vi phạm nhân quyền hàng loạt, bao gồm cả tội diệt chủng và tội ác chống nhân loại⁸.

Về cơ cấu tổ chức, Komnas HAM gồm có Hội đồng toàn thể và các tiểu ban với tổng số là 35 thành viên. Hội đồng toàn thể bao gồm tất cả thành viên và có thẩm quyền cao nhất. Các hoạt động của Komnas HAM đều được triển khai thực hiện thông qua các tiểu ban và có một Tổng Thư ký (là công chức và không là thành viên) phụ trách triển khai các hoạt động này. Các thành viên được Hạ nghị viện lựa chọn dựa trên kiến nghị của Komnas HAM và được Tổng thống chính thức thông qua. Nhiệm kỳ là 5 năm và có thể được tái bổ nhiệm một lần, tuy nhiên cũng có thể bị miễn nhiệm.

Theo Báo cáo (tại APF năm 2009), Komnas HAM có 11 thành viên đại diện và chịu trách nhiệm cho 4 tiểu ban. Báo cáo cho thấy, Komnas HAM hoạt động khá tích cực và nhận được nhiều kỳ vọng của công chúng trong việc giải quyết những khiếu nại về vi phạm nhân quyền. Tuy nhiên, thực tế cũng cho thấy Komnas HAM thường phải đối diện với những trở ngại và thách thức rất lớn cả bên trong lẫn bên ngoài (thể chế) của nó.

b. Cơ quan nhân quyền Malaysia⁹

Ủy ban nhân quyền Malaysia (SUHAKAM) được thành lập theo Đạo luật về Ủy ban nhân quyền Malaysia 1999 (Đạo luật 597, sửa đổi năm 2009 bởi Đạo luật A1353), chính thức ra mắt và hoạt động vào tháng 4/2000. Có 3 động lực dẫn đến thành lập SUHAKAM đó là:¹⁰ (i) Tham gia tích cực với tư cách thành viên Hội đồng nhân quyền LHQ (3 nhiệm kỳ) trong giai đoạn 1993-2003; (ii) Nhận thức về nhân quyền trong xã hội được nâng cao, đồng thời Chính phủ nhận thức được vai trò quan trọng của NHRIs; (iii) Ảnh hưởng từ các quốc gia láng giềng (Indonesia và Philippines, Thái Lan) đã và đang trong tiến trình thành lập NHRIs (tại thời điểm đó).

Theo Đạo luật 597, SUHAKAM sẽ chịu trách nhiệm trước Quốc hội thông qua việc nộp báo cáo hàng năm hoặc bất kỳ báo cáo đặc biệt nào khác lên Quốc hội (Mục 21). SUHAKAM có vị thế tương đối độc lập đối

⁷ Báo cáo của Komnas HAM tại Diễn đàn châu Á – Thái Bình Dương (Asia Pacific Forum – APF) năm 2009, đăng trên: <http://www.asiapacificforum.net/members/full-members/indonesia/downloads/apf-annual-meeting/Indonesia.doc>, [truy cập: 18/4/2015].

⁸ Báo cáo của Komnas HAM tại APF năm 2009, tài liệu đã dẫn.

⁹ Xem: UNDP (2011), *Cơ quan nhân quyền quốc gia – Mô hình, chương trình, thách thức và giải pháp*, tr. 9-14, đăng trên: http://www.vn.undp.org/content/dam/vietnam/docs/Publications/25599_NHRI_study_final_vn.pdf, [truy cập: 18/4/2015].

¹⁰ Xem: Khoa Luật – Đại học quốc gia Hà Nội (2012), *Bảo vệ và thúc đẩy quyền con người trong khu vực ASEAN*, Nxb. Lao động-xã hội, Hà Nội, tr.101-102.

với Chính phủ; không phải nhận bất cứ chỉ thị nào của Chính phủ mà tự hoạt động theo cơ chế riêng (Mục 3, Mục 23).

Về cơ cấu tổ chức, SUHAKAM có không quá 20 ủy viên do Quốc vương bổ nhiệm trên cơ sở kiến nghị của Thủ tướng và chỉ định một ủy viên làm Chủ tịch. Các ủy viên được lựa chọn để bảo đảm sự cân bằng về giới và sự đa dạng về nền tảng tôn giáo, chính trị, sắc tộc và phải có kiến thức, kinh nghiệm thực tiễn về các vấn đề nhân quyền. Nhiệm kỳ của ủy viên là 3 năm, có thể tái bổ nhiệm một lần; có thể bị Quốc vương miễn nhiệm hoặc từ nhiệm.

Về chức năng và thẩm quyền của SUHAKAM bao gồm: (i) Nâng cao nhận thức và tổ chức giáo dục về nhân quyền; (ii) Tham mưu và hỗ trợ Chính phủ trong việc xây dựng văn bản pháp luật, các chỉ thị và thủ tục hành chính; kiến nghị áp dụng các biện pháp cần thiết; (iii) Kiến nghị Chính phủ tham gia các văn kiện quốc tế về nhân quyền; (iv) Điều tra các đơn thư khiếu nại, tố cáo về mọi hành vi vi phạm nhân quyền¹¹; (v) Đi thăm các cơ sở giam giữ và có các kiến nghị cần thiết; (vi) Ra các tuyên bố công khai về nhân quyền khi cần thiết; (vii) Thực hiện các hoạt động khác nếu cần thiết.

Nhìn chung, qua các Báo cáo thường niên của SUHAKAM cho thấy, cơ quan này hoạt động khá tích cực và có những thành công. Tuy nhiên, thách thức (về bản chất) do không thuộc ưu tiên cao trong chương trình nghị sự chính trị nên vai trò của SUHAKAM trong việc cải thiện tình hình nhân quyền ở Malaysia chưa cao và chưa

được các cơ quan nhà nước coi trọng (trong việc thực hiện các khuyến nghị của SUHAKAM)¹².

c. Cơ quan nhân quyền Philippines

Ủy ban nhân quyền Philippines (CHRP) được thành lập theo quy định tại Điều XIII Hiến pháp 1987 và hoạt động theo Sắc lệnh số 163 ngày 5/5/1987 của Tổng thống. Sự ra đời của CHRP là kết quả sau cuộc trưng cầu ý dân cho bản Hiến pháp mới năm 1987, đánh dấu sự sụp đổ của chính quyền độc tài quân sự của Tổng thống Marcos.

Theo Hiến pháp 1987 và Sắc lệnh số 163, CHRP là một cơ quan độc lập có các chức năng và quyền hạn cơ bản như sau: (i) Điều tra (chủ động hoặc qua khiếu nại, tố cáo) các hành vi vi phạm các quyền dân sự và chính trị; (ii) Cung cấp, đề xuất các biện pháp pháp lý thích hợp nhằm bảo vệ, phòng ngừa, trợ giúp các cá nhân khi quyền con người của họ bị vi phạm, bao gồm cả việc đề xuất bồi thường cho nạn nhân hoặc gia đình của họ; (iii) Đến thăm, giám sát các cơ sở giam giữ, nhà tù; (iv) Tổ chức các chương trình nghiên cứu, giáo dục và thông tin thường xuyên nhằm thúc đẩy việc tôn trọng nhân quyền; (v) Theo dõi và giám sát sự chấp hành (của Chính phủ) các nghĩa vụ trong các điều ước nhân quyền quốc tế...

Về cơ cấu tổ chức, CHRP gồm 1 Chủ tịch, 4 ủy viên là “công dân sinh ra tại Philippines” và đa số phải là thành viên của đoàn luật sư, do Tổng thống bổ nhiệm với nhiệm kỳ 7 năm và không được tái nhiệm.

¹¹ Tuy nhiên, SUHAKAM sẽ không tiến hành điều tra các cáo buộc về vi phạm nhân quyền là vấn đề đang chờ tòa án tiến hành tố tụng, bao gồm cả các trường hợp kháng nghị và trường hợp đã được tòa án ra phán quyết cuối cùng.

¹² Xem: UNDP (2011), tài liệu đã dẫn, tr.12. Báo cáo thường niên năm 2014 nêu rõ, qua hơn 13 năm hoạt động, SUHAKAM luôn nộp báo cáo thường niên lên Quốc hội, tuy nhiên, Quốc hội chưa một lần nào tổ chức thảo luận về các báo cáo này. Xem: <http://www.suhakam.org.my/pusat-media/sumber/laporan-tahunan/>, [truy cập: 18/4/2015].

Sắc lệnh số 163 quy định, các thành viên CHRP trong thời gian tại nhiệm sẽ không được phép đảm nhiệm bất kỳ cương vị, công việc hoặc tham gia thực hành bất cứ nghiệp vụ nào khác; lương sẽ không bị cắt giảm trong suốt thời gian tại nhiệm... những quy định này nhằm đảm bảo họ sẽ không thể bị “ảnh hưởng” khi thực hiện chức năng và nhiệm vụ của mình, qua đó giúp nâng cao vị thế và tính độc lập của CHRP với các cơ quan nhà nước khác.

Qua các báo cáo thường niên cho thấy, khối lượng công việc của CHRP là rất nhiều và cơ quan này cũng hoạt động rất tích cực thông qua các kế hoạch, chương trình hành động nhằm thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền ở Philippines. Tuy nhiên, do có nhiều yếu tố tác động như nguồn lực tài chính hạn hẹp, chưa có tiến trình đưa các đối tượng xâm phạm nhân quyền nghiêm trọng ra công lý, tình trạng miễn trừ/không bị trừng phạt (*impunity*) khỏi những hành vi lạm dụng hoặc vi phạm nhân quyền nghiêm trọng¹³... đã gây ảnh hưởng rất lớn tới hoạt động của CHRP, làm giảm tính hiệu quả của cơ quan này cũng như mức độ thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền ở Philippines.

d. Cơ quan nhân quyền Thái Lan

Ủy ban nhân quyền quốc gia Thái Lan (NHRCT) được thành lập theo Hiến pháp năm 1997 và Đạo luật về Ủy ban nhân quyền quốc gia năm 1999. NHRCT bắt đầu hoạt động từ tháng 7/2001, là một tổ chức độc lập với chức năng thúc đẩy và bảo vệ quyền của tất cả mọi người được ghi nhận

trong Hiến pháp và phù hợp với các cam kết quốc tế của quốc gia¹⁴.

Để thực hiện được chức năng trên, NHRCT có các nhiệm vụ¹⁵: (i) Thúc đẩy sự tôn trọng nhân quyền ở cả trong nước và quốc tế; (ii) Đánh giá các hành động vi phạm nhân quyền hoặc không phù hợp với cam kết quốc tế của quốc gia và đề xuất các biện pháp xử lý; (iii) Nộp báo cáo thường niên về tình hình nhân quyền quốc gia lên Quốc hội và Chính phủ; (iv) Đề xuất với Quốc hội và Chính phủ sửa đổi luật, các quy tắc hoặc quy định, và khuyến nghị chính sách nhằm thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền; (v) Phổ biến thông tin và thúc đẩy giáo dục, nghiên cứu về nhân quyền; (vi) Hợp tác và phối hợp với các cơ quan của Chính phủ, NGOs và các tổ chức nhân quyền khác.

Hiến pháp năm 2007 đã trao thêm nhiệm vụ cho NHRCT đưa các vụ việc và quan điểm của mình lên Tòa án Hiến pháp hoặc Tòa án Hành chính trong các trường hợp có các quy định pháp luật hoặc hành vi hành chính gây ảnh hưởng đến quyền con người, cũng như chất vấn về tính hợp hiến và hợp pháp của các quy định và hành vi đó nhằm mục tiêu thúc đẩy sự tôn trọng nhân quyền. NHRCT cũng có thể khởi kiện (tại tòa án) thay mặt cho người khiếu nại với mục đích đòi bồi thường, khắc phục cho những người bị xâm phạm nhân quyền nói chung.

Về cơ cấu tổ chức, Đạo luật năm 1999 quy định NHRCT có một Chủ tịch và 10 ủy viên do Nhà vua bổ nhiệm trên cơ sở ý kiến của Thượng viện. Tuy nhiên, Hiến pháp năm 2007 đã sửa đổi lại, theo đó, quy định NHRCT sẽ gồm một Chủ tịch và 6 thành viên

¹³ Xem: Báo cáo thường niên của CHRP năm 2013, đăng trên: <http://www.chr.gov.ph/MAIN%20PAGES/about%20us/PDF/2014/2013%20CHR%20Annual%20Performance%20Report.pdf>, [truy cập: 18/4/2015].

¹⁴ Xem: <http://www.nhrc.or.th/en/History.php>, [truy cập: 18/4/2015].

¹⁵ Xem: <http://www.nhrc.or.th/en/Mandates.php>, [truy cập: 18/4/2015].

với nhiệm kỳ là 6 năm và chỉ làm việc một nhiệm kỳ (Mục 256).

Trong những năm qua, NHRCT đã làm việc với các Chính phủ khác nhau và thực hiện những công việc quan trọng nhằm thúc đẩy và bảo vệ các quyền con người của công dân Thái Lan. Báo cáo trong nhiệm kỳ đầu (từ 2001-2007) của NHRCT cho thấy, cơ quan này đã có nhiều đóng góp quan trọng cho hoạt động bảo vệ nhân quyền ở Thái Lan¹⁶. Tuy nhiên, kể từ thời điểm cuối tháng 9/2006 cho đến nay, tình hình chính trị ở Thái Lan có nhiều bất ổn đã làm ảnh

hưởng không nhỏ tới hoạt động của NHRCT. Bản Hiến pháp lâm thời năm 2014 đã bỏ các quy định về NHRCT và Ủy ban soạn thảo Hiến pháp hiện nay dự định sẽ sáp nhập NHRCT với Văn phòng Thanh tra Quốc hội Thái Lan (*Ombudsman*) để thành một cơ quan gọi tên là Văn phòng Thanh tra Quốc hội và Bảo vệ nhân quyền. Điều này gây nên những lo ngại bởi NHRCT và Ombudsman phục vụ những mục tiêu rất khác nhau¹⁷; cùng với đó là lo ngại về khả năng bảo đảm tính độc lập và không thiên vị của cơ quan này¹⁸.

So sánh cơ quan nhân quyền quốc gia của 4 nước ASEAN¹⁹

	Indonesia	Malaysia	Philippines	Thái Lan
Năm thành lập	1993	2000	1987	2001
Cơ sở pháp lý	Luật số 39/1999 Luật số 26/2000 Luật số 40/2008	Đạo luật 597 Đạo luật A1353	Hiến pháp 1987 Sắc lệnh số 163	Hiến pháp 1997 Hiến pháp 2007 Đạo luật NHRC 1999
Chức năng theo luật định				
Quyền được tiếp nhận và điều tra đơn thư khiếu nại	Có	Có	Có	Có
Quyền tiến hành điều tra theo sáng kiến riêng	Có	Có	Có (chỉ những vi phạm liên quan đến quyền dân sự và chính trị)	Có

¹⁶ Xem: Báo cáo của NHRCT tại APF năm 2007, đăng trên: <http://www.asiapacificforum.net/about/annual-meetings/12th-australia-2007/downloads/reports-from-apf-members/APF%20Report%20-%20Thailand.pdf>, [truy cập: 18/4/2015].

¹⁷ Theo Mục 244 Hiến pháp năm 2007 và Mục 13 Đạo luật tổ chức về Ombudsman năm 2009 thì nhiệm vụ chính của Ombudsman là điều tra các khiếu nại liên quan đến việc thực hiện hoặc không thực hiện các nghĩa vụ theo pháp luật của các quan chức và cơ quan của Chính phủ. Xem: http://www.ombudsman.go.th/10/eng/4_1.asp, [truy cập: 18/4/2015].

¹⁸ Xem: <http://www.hrw.org/news/2015/02/03/thailand-keep-independent-rights-commission>, [truy cập: 18/4/2015].

¹⁹ Tham khảo từ cuốn: “Cơ quan nhân quyền quốc gia khu vực châu Á – Thái Bình Dương”, của tác giả Brian Burdekin (xuất bản năm 2007 tại Hà Lan, do Nguyễn Hồng Hải dịch, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2013). Lập bảng bởi các tác giả.

Quyền yêu cầu cung cấp thông tin và thẩm tra nhân chứng	Có	Có	Không	Có
Quyền được ra vào và thanh tra các cơ sở: (i) chỉ với các cơ sở giam giữ; (ii) phải được thông báo hoặc theo yêu cầu	Có (ii)	Có (i)	Có (i)	Có (ii)
Quyền được giải quyết khiếu nại thông qua hoạt động hòa giải và/hoặc trung gian điều phối hòa giải	Có	Không	Có	Có
Chức năng giáo dục và nghiên cứu về quyền con người	Có	Có	Có	Có
Quyền được tham mưu/kiến nghị với Chính phủ và/hoặc Quốc hội về luật, quy định, chính sách hay chương trình/các điều ước quốc tế	Có	Có	Có	Có
Quyền kiến nghị bồi thường	Không	Không	Có	Có (thuộc đề xuất những biện pháp giải quyết)
Quyền được can thiệp hoặc hỗ trợ trong quá trình tranh tụng tại tòa liên quan đến quyền con người (với sự cho phép của tòa án)	Có	Không	Không	Không
Những đặc trưng cơ bản khác				
Số lượng thành viên Ủy ban	35	(Không quá) 20	5	7
Phương thức bổ nhiệm	Hạ nghị viện lựa chọn trên cơ sở kiến nghị của Ủy ban nhân quyền, sau đó sẽ được Tổng thống phê chuẩn	Quốc vương bổ nhiệm trên cơ sở kiến nghị của Thủ tướng, đồng thời chỉ định một thành viên làm Chủ tịch	Tổng thống bổ nhiệm Chủ tịch và các Ủy viên khác	Nhà vua bổ nhiệm với sự cố vấn của Thượng viện

Tiêu chí và điều kiện bổ nhiệm	Là công dân, có kiến thức/kinh nghiệm về pháp luật và nhân quyền	Yêu cầu đa dạng về thành phần	Là công dân, được sinh ra tại Phillippines, từ 35 tuổi trở lên, có kiến thức/kinh nghiệm về pháp luật	Là công dân, từ 35 tuổi trở lên, có kiến thức/kinh nghiệm về nhân quyền, đa dạng về thành phần
Nhiệm kỳ và năng lực làm việc	5 năm, có thể tái bổ nhiệm 1 lần	3 năm, có thể tái bổ nhiệm 1 lần, bán chuyên trách	7 năm, không tái bổ nhiệm, chuyên trách	6 năm, không tái bổ nhiệm, chuyên trách
Miễn nhiệm tư cách thành viên Ủy ban	Hội đồng toàn thể ra nghị quyết miễn nhiệm, sau đó trình lên Hạ nghị viện và Tổng thống phê chuẩn	Quốc vương có thể miễn nhiệm	Không có quy định	Thượng viện ra nghị quyết miễn nhiệm trên cơ sở đơn kiến nghị từ (1/4 tổng số) Thượng nghị sĩ hoặc Hạ nghị sĩ

Ngoài 4 quốc gia tiêu biểu nêu trên, hiện nay ở Đông Nam Á còn có Ủy ban nhân quyền quốc gia Myanmar (MNHRC) thành lập vào tháng 9/2011. Mặc dù được trao những nhiệm vụ giống như một NHRIs và được xác định là hoạt động theo Các nguyên tắc Paris²⁰, nhưng chiếu theo Các nguyên tắc Paris thì MNHRC chưa đáp ứng được²¹. Đông Ti-mo (Timor-Leste) cũng đã

thành lập cơ quan có tên gọi Văn phòng Thanh tra cho Nhân quyền và Công lý (*The Office of the Provedor for Human Rights and Justice – PDHJ*) theo Hiến pháp năm 2002 và Luật số 7/2004. Cơ quan này có phạm vi hoạt động rất rộng, bao trùm các vấn đề về nhân quyền, quản trị tốt/không làm đúng chức vụ và phòng chống tham nhũng²². Cả MNHRC và PDHJ hiện đều là thành viên của APF²³, tuy nhiên, so với ủy ban nhân quyền 4 quốc gia ASEAN đã nêu ở trên, MNHRC và PDHJ đều có những hạn chế lớn cả về tổ chức và hoạt động.

²⁰ Xem: <http://www.mnhrc.org.mm/en/about/mandate/>, [truy cập: 18/4/2015].

²¹ Ví dụ, về cơ sở pháp lý, MNHRC chỉ được thành lập theo Pháp lệnh của Tổng thống (Presidential Ordinance No.34/2011); về tài chính, MNHRC được Chính phủ cung cấp (theo đề nghị) hoặc các nguồn tài trợ khác; về thành viên, MNHRC chỉ gồm các quan chức về hưu hoặc giới học giả. Chính những điều này đặt ra nghi ngờ về tính độc lập của MNHRC với Chính phủ. Xem: <http://www.asiapacificforum.net/members/associate-members/Myanmar/downloads/legal-framework/presidential-ordinance-and-complaints-procedures-2011>, [truy cập: 18/4/2015].

²² Xem: <http://www.asiapacificforum.net/members/full-members/timor-leste>, [truy cập: 18/4/2015].

²³ APF gồm các “thành viên đầy đủ” (full members) và “thành viên liên kết” (associate members). Để là thành viên đầy đủ, một NHRIs phải đáp ứng các tiêu chuẩn tối thiểu của Các nguyên tắc Paris. Trong các quốc gia kể trên, Komnas HAM, SUHAKAM, CHRП, NHRCT, PDHJ là các thành viên đầy đủ và MNHRC là thành viên liên kết của APF.

3. Một số kinh nghiệm cho Việt Nam

Nếu xét đúng theo Các nguyên tắc Paris, có thể khẳng định rằng Việt Nam hiện nay chưa có NHRIs. Một số cơ quan như Ủy ban vì sự tiến bộ của phụ nữ, Ủy ban dân tộc (của Chính phủ), Hội đồng dân tộc và Ban Dân nguyện (của Quốc hội)..., mặc dù có chức năng thực hiện một số hoạt động giống NHRIs, nhưng không thể được coi là NHRIs bởi không phù hợp với Các nguyên tắc Paris ở nhiều điểm cốt lõi (về tính độc lập và chức năng, nhiệm vụ). Ngoài ra, Việt Nam hiện nay còn có Ban chỉ đạo về nhân quyền của Chính phủ (có chi nhánh ở tất cả các tỉnh). Tuy nhiên, các cơ quan này chủ yếu gồm những cán bộ không chuyên trách và thường chú trọng đến khía cạnh an ninh hoặc đối ngoại, do đó, không thể được coi là NHRIs.

Trong những năm gần đây, Nhà nước Việt Nam đã đưa ra những cam kết chính trị mạnh mẽ về tăng cường bảo vệ và thúc đẩy nhân quyền, trong đó bao gồm việc ủng hộ thành lập một NHRIs. Điều này thể hiện cụ thể qua các cam kết khi Việt Nam ứng cử làm thành viên Hội đồng nhân quyền LHQ và việc chấp thuận khuyến nghị của một số quốc gia về việc thành lập NHRIs trong tiến trình kiểm điểm định kỳ phổ quát (UPR) chu kỳ 2 năm 2014. Tuy nhiên, cho đến nay vẫn chưa có kế hoạch cuối cùng về việc thành lập NHRIs ở Việt Nam. Nguyên nhân chính có lẽ do Việt Nam chưa có nhận thức toàn diện, chính xác về cơ chế này nên chưa rõ sẽ thành lập và vận hành nó như thế nào.

Một câu hỏi được đặt ra là, Việt Nam có nên thành lập NHRIs không? Qua những phân tích về các quốc gia Đông Nam Á kể trên, có thể thấy nhu cầu thành lập NHRIs ở các quốc gia này xuất phát từ hai lý do chính, đó là: *Thứ nhất*, sức ép từ phía cộng đồng quốc tế (qua quá trình hội nhập thế

giới) với việc cải thiện tình hình nhân quyền ở các quốc gia này; *Thứ hai*, người dân, qua quá trình dân chủ hóa trong nước, tạo áp lực lên chính quyền phải quan tâm và giải quyết các vấn đề nhân quyền. Việt Nam hiện nay cơ bản cũng nằm trong những điều kiện tương tự, vì thế việc thành lập NHRIs là cần thiết. Ngoài ra, nhu cầu thành lập NHRIs ở Việt Nam còn cần thiết bởi các lý do khác như sau:

Thứ nhất, thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền là một nghĩa vụ quốc tế và được coi là cần thiết để đảm bảo sự tồn tại của các nhà nước trên thế giới. Thực tế cho thấy, thời gian qua Việt Nam luôn nỗ lực trong việc tăng cường các cam kết quốc tế về thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền trong nước bằng việc tham gia các điều ước nhân quyền quốc tế, tích cực tham gia các cơ chế nhân quyền khu vực ASEAN và LHQ, tham gia các diễn đàn đối thoại, hợp tác về nhân quyền... Để thực hiện được những nghĩa vụ và các cam kết này, cần phải có cơ chế và bộ máy phù hợp mà thực tiễn trên thế giới cho thấy, NHRIs là một cấu phần không thể thiếu trong cơ chế, bộ máy đó.

Thứ hai, cũng giống như các quốc gia trong khu vực và trên thế giới, Việt Nam đã, đang và sẽ tiếp tục đối mặt và phải giải quyết ngày càng nhiều hơn các vấn đề về nhân quyền ở tất cả các cấp độ (quốc gia, khu vực và quốc tế). Ví dụ, ngay trong báo cáo UPR chu kỳ 2, Việt Nam đã chỉ ra một số thách thức đang gặp phải như:²⁴ khuôn khổ pháp luật chưa đồng bộ, chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tế; năng lực xây dựng thể chế, quản lý, điều hành, tổ chức thực thi pháp luật và tuyên truyền pháp luật

²⁴ Xem: http://www.mofa.gov.vn/vi/ctc_quocte/ptklk/nr040819162124/ns131204084101/view, [truy cập: 19/4/2015].

triển khai còn nhiều khó khăn, bất cập; người dân chưa nhận thức đầy đủ về các quy định pháp luật về quyền của mình để thực hiện một cách đầy đủ và hiệu quả; cơ chế kiểm tra, đôn đốc thực hiện các quy định của pháp luật còn lỏng lẻo, dẫn đến tình trạng vi phạm chưa được phát hiện và xử lý kịp thời;... Thực tiễn này đòi hỏi Việt Nam phải sớm hoàn thiện cơ chế, bộ máy hiện có về thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền mà hiện đang thiếu một cấu phần cơ bản là NHRIs.

Thứ ba, trong quá trình ứng cử làm thành viên Hội đồng nhân quyền LHQ vào năm 2013, Việt Nam đã nêu ra 14 cam kết, trong đó có cam kết: “*Tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật và tư pháp, xây dựng Nhà nước pháp quyền, củng cố các tổ chức quốc gia bảo vệ nhân quyền, trong đó có việc thành lập một cơ quan nhân quyền quốc gia*” (cam kết số 3)²⁵. Cho đến nay, Việt Nam đã trở thành thành viên của Hội đồng nhân quyền và đã thực hiện được một số cam kết, bao gồm việc tham gia hai Công ước về chống tra tấn (cam kết số 13) và Công ước về quyền của người khuyết tật (cam kết số 14), nhưng vẫn cần tiếp tục thực hiện một số cam kết khác với cộng đồng quốc tế, trong đó có việc thành lập NHRIs.

Nếu Việt Nam thành lập NHRIs, với vị thế đặc biệt của nó, đây sẽ là cơ quan hữu ích giúp cho nhà nước giải quyết được các yêu cầu khách quan và chủ quan kể trên, bởi cơ quan này có thể: (i) Cung cấp tư vấn và trợ giúp độc lập, khách quan, có tính xây dựng cho nhà nước trong việc thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền; (ii) Đáp ứng nhu cầu hội nhập quốc tế, làm tăng uy tín của nhà nước trên trường quốc tế; (iii) Là đầu mối

cung cấp thông tin khách quan, tin cậy cho cộng đồng quốc tế về tình hình nhân quyền ở Việt Nam; (iv) Làm trung gian giúp giảm thiểu và hóa giải những bất đồng giữa Chính phủ - xã hội dân sự và giữa Chính phủ - cộng đồng quốc tế trong vấn đề nhân quyền.

Về dạng thức, việc thành lập NHRIs ở Việt Nam đòi hỏi phải có thêm những nghiên cứu chuyên sâu, tuy nhiên, kinh nghiệm từ các nước Đông Nam Á đã có cơ quan này cho thấy, thành lập dưới dạng một Ủy ban nhân quyền quốc gia là phù hợp hơn cả. Tuy nhiên, gợi ý này không đồng nghĩa với sự giới hạn về số lượng. Việt Nam có thể thành lập nhiều hơn một NHRIs nếu có các điều kiện khách quan và chủ quan phù hợp (như trường hợp Thái Lan có cả NHRCT và Ombudsman).

Về mối quan hệ với các cơ quan khác trong bộ máy nhà nước, Ủy ban nhân quyền quốc gia có thể đặt dưới sự quản lý của Quốc hội hoặc Chính phủ, trong đó, chúng tôi nghiêng về hướng đặt dưới sự quản lý của Quốc hội²⁶. Thực tiễn NHRIs ở các quốc gia Đông Nam Á kể trên cho thấy, trong giai đoạn đầu thành lập, các cơ quan này chưa thể có sự độc lập tương đối đối với các Chính phủ (nhánh hành pháp), mà phải sau một khoảng thời gian hoạt động từ 5-10 năm, sự độc lập tương đối mới dần được hình thành.

(Xem tiếp trang 41)

²⁵ Xem: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/312, [truy cập: 19/4/2015].

²⁶ Ở Việt Nam, các dự án luật đa phần (đến 95%) là do Chính phủ xây dựng, và đây cũng chính là cơ quan triển khai thực hiện các chính sách, pháp luật của nhà nước. Do đó, chúng tôi nghiêng về hướng đặt Ủy ban nhân quyền quốc gia dưới sự quản lý của Quốc hội (đứng ngoài hệ thống hành pháp) để việc thực hiện chức năng (của Ủy ban) là một cơ quan tham vấn về nhân quyền (ở gợi ý tiếp theo) được khách quan và hiệu quả hơn.

VÀI SUY NGHĨ VỀ SỞ HỮU TOÀN DÂN ĐỐI VỚI ĐẤT ĐAI

Nguyễn Quang Tuyên*

Tóm tắt: Bài viết phân tích khái niệm sở hữu toàn dân về đất đai; giải mã nội dung quy định sở hữu toàn dân về đất đai trong Luật Đất đai năm 2013 và bình luận về việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai trong đạo luật này. Trên cơ sở đó, bài viết kiến nghị một vài khuyến nghị góp phần nâng cao hiệu quả thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai ở nước ta.

Abstract: This article analyses the concept of people's ownership on land, explains the contents of provisions relating to that ownership in the Law on Land of 2013 and makes comment on the implementation of that ownership representation under that Law. Basing on that, it provides some proposals to improve the effectiveness of such implementation in our country.

1. Sở hữu toàn dân về đất đai - một khái niệm chính trị hay khái niệm pháp lý?

Xem xét lịch sử quan hệ đất đai trước đây, ở nước ta tồn tại các hình thức sở hữu đất đai: sở hữu nhà nước (chế độ quốc gia công thổ)¹; sở hữu đất đai của cộng đồng làng, xã (“đất của Vua, chùa của làng”); sở hữu tư nhân; sở hữu tập thể; sở hữu của tổ chức; sở hữu chung...

Sở hữu nhà nước về đất đai có nghĩa, Nhà nước với tư cách là một tổ chức quyền lực chính trị công sở hữu đất đai vì lợi ích chung của xã hội.

Sở hữu đất đai của cộng đồng làng, xã có nghĩa, bên cạnh hình thức đất đai thuộc

sở hữu nhà nước, mỗi làng, xã lại sở hữu một số ruộng đất. Số ruộng đất này được làng, xã cho hộ gia đình nông dân thuê canh tác (cấy rẫy). Hoa lợi thu được được trả lại một phần cho làng, xã để chi dùng vào các công việc chung của cộng đồng như tổ chức hội làng, việc làng...

Sở hữu tư nhân về đất đai có nghĩa, cá nhân sở hữu những ruộng đất riêng (ruộng tư điền).

Sở hữu tập thể về đất đai có nghĩa, đất đai thuộc sở hữu chung của tập thể hợp tác xã, tập đoàn sản xuất. Hình thức sở hữu đất đai này xuất hiện vào những năm 60, 70 của thế kỷ trước ở miền Bắc thông qua phong trào hợp tác hóa, vận động người nông dân tự nguyện góp ruộng đất, trâu, bò và các tư liệu sản xuất khác vào làm ăn tập thể trong các hợp tác xã, tập đoàn sản xuất. Hình thức sở hữu đất đai này xuất hiện ở miền Nam vào những năm 80 của thế kỷ XX thông qua cuộc vận động cải tạo quan hệ sản xuất trong nông nghiệp.

Sở hữu đất đai của cơ sở tôn giáo (nhà chùa, nhà thờ, thánh thất tôn giáo ...), theo đó, tổ chức tôn giáo sở hữu đất đai phục vụ

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Trong chế độ phong kiến, nói chung có 02 hình thức sở hữu đất đai chính: Sở hữu của Nhà nước với chế độ công điền, công thổ và sở hữu tư nhân. Trong đó, chế độ sở hữu của Nhà nước luôn chiếm ưu thế. Nhà nước phong kiến mà đại diện là nhà Vua với tư cách là chủ sở hữu tối cao về ruộng đất, đã chi phối hầu hết các bộ phận ruộng đất khác nhau. Tuy nhiên, quyền chi phối đó tùy thuộc vào từng thời kỳ lịch sử mà mức độ chi phối không giống nhau (Phan Huy Lê: Chế độ ruộng đất và kinh tế nông nghiệp thời Lê sơ, Nxb. Văn Sử Địa, Hà Nội, 1959, tr. 10).

cho mục đích tôn giáo, tín ngưỡng.

Sở hữu chung về đất đai, theo đó, nhiều người đồng sở hữu một mảnh đất không thể phân chia².

Như vậy, trong lịch sử quan hệ đất đai ở nước ta trước đây dường như không có hình thức sở hữu toàn dân về đất đai. Khái niệm sở hữu toàn dân về đất đai xuất hiện kể từ khi Hiến pháp năm 1980 được ban hành. Nó là sự tiếp thu mô hình sở hữu toàn dân về đất đai của Liên bang Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Xô viết (gọi tắt là Liên Xô cũ) vào Việt Nam. Sở hữu toàn dân về đất đai là một khái niệm chính trị chứ không phải một khái niệm pháp lý; bởi lẽ: “*Chủ thể của quan hệ pháp luật là các cá nhân, tổ chức có những điều kiện do pháp luật quy định và tham gia quan hệ pháp luật*”³. Điều này có nghĩa, chỉ tổ chức, cá nhân mới là chủ thể của một quan hệ pháp luật. Chính sự ghi nhận một khái niệm chính trị - sở hữu toàn dân về đất đai - vào trong nội dung sở hữu của pháp luật đất đai đã dẫn đến việc không xác định được người chủ sở hữu đất đai cụ thể; bởi toàn dân được hiểu là tất cả mọi người, một tập hợp đông đảo người chứ không phải là một cá nhân hoặc một nhóm người cụ thể là chủ sở hữu đất đai. Xét dưới góc độ pháp lý, khái niệm này rất “mơ hồ”, không chỉ ra được một chủ thể sở hữu đất đai cụ thể. Điều này đưa đến hệ quả là, trong một thời gian dài đất đai bị buông lỏng quản lý, sử dụng bừa bãi, kém hiệu quả hoặc bỏ hoang, hóa... gây lãng phí tài nguyên đất đai. Khắc phục hạn chế này, Luật Đất đai năm 2013 quy định đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện

chủ sở hữu nhằm xác định một chủ sở hữu đại diện cụ thể hơn, đó là Nhà nước.

2. Nội dung quy định sở hữu toàn dân về đất đai trong Luật Đất đai năm 2013

Tìm hiểu nội dung Điều 4, Điều 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 59 và 66 Luật Đất đai năm 2013 cho thấy:

Thứ nhất, xét về bản chất, Nhà nước ta là “nhà nước của dân, do dân và vì dân”, nên về cơ bản lợi ích của Nhà nước đồng nhất với lợi ích của người dân. Chúng tôi cho rằng, quy định đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu là một giải pháp khắc phục sự bất hợp lý của việc “gượng ép” hay áp đặt một khái niệm chính trị vào trong nội dung sở hữu của Luật Đất đai. Do toàn dân không phải là chủ thể của quan hệ pháp luật mà chỉ có Nhà nước mới là chủ thể của quan hệ pháp luật.

Thứ hai, mặc dù Nhà nước là đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai, song các cơ quan nhà nước có thẩm quyền mới là người thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai. Các cơ quan này bao gồm: Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, Chính phủ và Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp⁴. Pháp luật đất đai hiện hành trao quyền thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai trong việc phân phối đất đai thông qua giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất và thu hồi đất... cho UBND cấp tỉnh và UBND cấp huyện. Người thay mặt các cơ quan này ký các quyết định giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất và thu hồi đất là Chủ tịch hoặc Phó Chủ tịch UBND cấp tỉnh và UBND cấp huyện. Như vậy, chúng ta có thể rút ra hai nhận xét sau đây:

² Xem thêm: Trương Hữu Quỳnh, Chế độ ruộng đất ở Việt Nam, Nxb. Khoa học kỹ thuật, Hà Nội, 1983.

³ Trường Đại học Luật Hà Nội: Giáo trình Lý luận Nhà nước và Pháp luật, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2014, tr.149.

⁴ Điều 21 Luật Đất đai năm 2013.

Một là, sở hữu toàn dân về đất đai được thực hiện qua nhiều cấp độ. Trên thực tế, Nhà nước không sử dụng đất mà giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất ổn định lâu dài của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân (người sử dụng đất) và họ được chuyển quyền sử dụng đất trong thời hạn sử dụng đất. Như vậy, quyền sử dụng đất được “phái sinh” trên cơ sở quyền sở hữu toàn dân về đất đai. Mặc dù phái sinh trên cơ sở quyền sở hữu toàn dân về đất đai, song quyền sử dụng đất từng bước tách khỏi quyền sở hữu toàn dân về đất đai và trở thành một quyền năng tương đối độc lập (Người sử dụng đất tuy không phải là chủ sở hữu đất đai, nhưng cũng có một số quyền năng nhất định đối với đất đai như quyền sử dụng đất, quyền chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất; quyền thế chấp và góp vốn bằng quyền sử dụng đất). Xét trên phương diện thực tế, người sử dụng đất là chủ sở hữu quyền sử dụng đất. Vấn đề đặt ra là, pháp luật đất đai phải chế định như thế nào để đảm bảo Nhà nước không can thiệp quá sâu vào các giao dịch về quyền sử dụng đất, phải tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất song cũng không để cho quyền sử dụng đất “thoát ly” hoàn toàn khỏi quyền sở hữu toàn dân về đất đai.

Hai là, về mặt lý thuyết, đất đai thuộc về cộng đồng toàn dân nhưng trên thực tế việc thực thi quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai lại tập trung trong tay một vài người cụ thể (Chủ tịch hoặc Phó Chủ tịch UBND cấp tỉnh, UBND cấp huyện). Họ có quyền lực rất lớn trong việc quyết định phân phối đất đai cho các nhu cầu khác nhau của xã hội. Điều này tiềm ẩn nguy cơ tham nhũng, tiêu cực và lợi ích nhóm trong việc phân phối đất đai thông

qua hoạt động giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất và thu hồi đất; nếu không có cơ chế kiểm soát, giám sát việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai của các cơ quan nhà nước, công chức nhà nước có thẩm quyền một cách hữu hiệu. Một khi quyền lực nhà nước được giao vào tay một cá nhân mà thiếu sự kiểm soát, giám sát hoặc việc kiểm soát, giám sát kém hiệu quả rất dễ nảy sinh tình trạng lạm quyền, “tha hóa quyền lực nhà nước” vì lợi ích tư lợi.

3. Quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai trong Luật Đất đai năm 2013

Nhận thức được sự tiềm ẩn nguy cơ tham nhũng, tiêu cực và lợi ích nhóm trong cấu trúc đa tầng, đa cấp độ trong việc thực thi quyền của chủ sở hữu toàn dân đối với đất đai, Luật Đất đai năm 2013 đã bổ sung các quy định về giám sát, về điều kiện thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân đối với đất đai thông qua một số phương thức cơ bản sau đây:

Thứ nhất, bổ sung quy định lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Cụ thể:

Một là, Chính phủ có trách nhiệm lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia; Bộ Tài nguyên và Môi trường giúp Chính phủ lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia; UBND cấp tỉnh, UBND cấp huyện có trách nhiệm lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh, cấp huyện.

Hai là, việc lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia, cấp tỉnh được thực hiện thông qua hình thức công khai thông tin về nội dung của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trên trang thông tin điện tử của Bộ Tài nguyên và Môi trường, UBND cấp tỉnh.

Việc lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện được thực hiện thông qua hình thức tổ chức hội nghị, lấy ý kiến trực tiếp và công khai thông tin về nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trên trang thông tin điện tử của UBND cấp tỉnh và UBND cấp huyện.

Ba là, nội dung lấy ý kiến nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất gồm các chỉ tiêu quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, các dự án công trình thực hiện trong kỳ quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Thời gian lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là 30 ngày kể từ ngày cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định tổ chức lấy ý kiến.

Bốn là, cơ quan có trách nhiệm lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất có trách nhiệm xây dựng báo cáo tổng hợp, tiếp thu, giải trình ý kiến của nhân dân và hoàn thiện phương án quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trước khi trình Hội đồng thẩm định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất⁵.

Về vấn đề này, có một số điểm sau đây các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Đất đai năm 2013 chưa giải mã. Nếu không giải mã được những “điểm mờ” này thì quy định trên của Luật Đất đai năm 2013 chỉ là hình thức mà không đi vào cuộc sống, cụ thể:

- Việc đóng góp ý kiến về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất không đơn giản; bởi lẽ, chỉ có những người có chuyên môn, kiến thức chuyên sâu về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất mới có thể đưa ra ý kiến đóng góp. Người không có sự hiểu biết, kiến thức chuyên sâu về vấn đề này thì dù có đưa dự thảo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất họ cũng không thể đóng góp được. Vậy việc lấy ý kiến đóng góp của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được hiểu như

thế nào? Lấy ý kiến đại diện của từng hộ gia đình, ý kiến của đại diện nhóm cộng đồng dân cư ở địa phương (xóm, tổ dân phố) hay chỉ lấy ý kiến của đại diện người dân ở địa phương là những người có am hiểu, có kiến thức chuyên môn về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Cách thức, trình tự, thủ tục lấy ý kiến đóng góp của nhân dân vào quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được thực hiện như thế nào... Điều này không được đề cập rõ trong Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành.

- Trong trường hợp người dân góp ý về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thì cơ quan có trách nhiệm lấy ý kiến sẽ tiếp thu như thế nào (tiếp thu toàn bộ hay tiếp thu một phần hoặc không tiếp thu); trong trường hợp nào và với tỷ lệ bao nhiêu % ý kiến người dân không đồng thuận thì sẽ điều chỉnh, sửa chữa quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; việc giải trình ý kiến góp ý của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được thực hiện bằng phương thức nào, thời gian cụ thể bao lâu; trách nhiệm pháp lý đối với cơ quan lấy ý kiến góp ý trong việc không giải trình ý kiến góp ý của nhân dân... Điều này không được đề cập rõ trong Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Thứ hai, theo khoản 2 Điều 69 Luật Đất đai năm 2013, việc tham vấn người dân trong lập, thẩm định phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư được thực hiện như sau:

Một là, tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng có trách nhiệm lập phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và phối hợp với UBND cấp xã nơi có đất thu hồi tổ chức lấy ý kiến về phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư theo hình thức tổ chức họp trực tiếp với người dân trong khu vực có đất thu hồi, đồng thời niêm yết công

⁵ Điều 43 Luật Đất đai năm 2013.

khai phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư tại trụ sở UBND cấp xã, địa điểm sinh hoạt chung của khu dân cư nơi có đất thu hồi.

Việc tổ chức lấy ý kiến phải được lập thành biên bản có xác nhận của đại diện UBND cấp xã, đại diện Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã, đại diện những người có đất thu hồi.

Tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng có trách nhiệm tổng hợp ý kiến đóng góp bằng văn bản, ghi rõ số lượng ý kiến đồng ý, số lượng ý kiến không đồng ý, số lượng ý kiến khác đối với phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; phối hợp với UBND cấp xã nơi có đất thu hồi tổ chức đối thoại đối với trường hợp còn có ý kiến không đồng ý về phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; hoàn chỉnh phương án trình cơ quan có thẩm quyền.

Hai là, cơ quan có thẩm quyền thẩm định phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trước khi trình UBND cấp có thẩm quyền quyết định thu hồi đất.

Với quy định trên, chúng tôi cho rằng có một số vấn đề quan trọng mà Luật Đất đai năm 2013 chưa đề cập rõ ràng, cụ thể trong việc tham vấn người dân về phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, đó là:

- Về nguyên tắc đồng thuận đối với phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Luật Đất đai năm 2013 không thể hiện rõ quan điểm lựa chọn nguyên tắc đồng thuận nào trong tham vấn người dân về phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư: “Phương án đồng thuận tuyệt đối”⁶ hay “Phương án đồng thuận tương đối”⁷.

Đạo luật này không quy định rõ tỷ lệ bao nhiêu % ý kiến người bị thu hồi đất đồng ý với phương án bồi thường thì được coi là đồng tình (75% hay 100%), bao nhiêu % ý kiến người bị thu hồi đất không đồng ý với phương án bồi thường thì được coi là không đồng tình và trong trường hợp đa số ý kiến người bị thu hồi đất không đồng tình với phương án bồi thường thì phương án này có được điều chỉnh không? Trường hợp nào thì điều chỉnh toàn bộ, trường hợp nào điều chỉnh một phần phương án bồi thường.

- Luật Đất đai năm 2013 không quy định rõ trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong trường hợp không thay đổi phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi đại đa số ý kiến người bị thu hồi đất không đồng tình với phương án này.

Chính sự không rõ ràng và thiếu cụ thể trong tham vấn người dân về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất dễ làm cho chúng ta có cảm nhận việc làm này mang nặng tính hình thức và không thực chất.

Thứ ba, Luật Đất đai năm 2013 bổ sung quy định về công dân có quyền tự mình giám sát hoặc thông qua các tổ chức đại diện thực hiện quyền giám sát và phản ánh các sai phạm trong quản lý và sử dụng đất đai. Tuy nhiên, hiệu quả việc giám sát này như thế nào lại là vấn đề đáng phải bàn luận. Theo chúng tôi, chỉ với quy định này của Luật Đất đai năm 2013 thì việc giám sát của người dân sẽ không mang lại hiệu quả mong muốn, bởi lẽ:

Một là, muốn giám sát thì người dân phải được tiếp cận và được cung cấp đầy đủ thông tin về đất đai. Tuy nhiên, Luật Tiếp cận thông tin chưa được ban hành nên chưa có một hành lang pháp lý để người dân thực hiện quyền tiếp cận thông tin. Nhiều cơ quan nhà nước, công chức nhà nước lấy cơ

⁶ Đồng thuận tuyệt đối khi có 100% ý kiến người dân được hỏi đồng tình với phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

⁷ Đồng thuận tương đối khi có ít nhất từ 75% trở lên ý kiến người dân được hỏi đồng tình với phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

thông tin mà người dân muốn tiếp cận là thông tin mật hoặc tuyệt mật không được phép cung cấp để từ chối⁸.

Hai là, Luật Giám sát xã hội chưa ra đời nên không tạo lập cơ sở pháp lý để người dân có thể giám sát việc quản lý nhà nước về đất đai. Trên thực tế, người dân gặp rất nhiều khó khăn trong việc giám sát về đất đai. Mặt khác, có không ít người dân có tâm lý e ngại việc mình giám sát về đất đai thì khi có công việc đề nghị chính quyền giải quyết sẽ bị gây khó dễ. Hơn nữa, tác dụng của việc giám sát trong lĩnh vực đất đai của người dân hiệu quả thấp. Pháp luật chưa quy định chế tài xử lý đủ mạnh đối với trường hợp cơ quan nhà nước, công chức nhà nước không tiếp thu, thực hiện những khuyến nghị của người dân thông qua hoạt động giám sát.

4. Một vài khuyến nghị góp phần nâng cao hiệu quả thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai

- Khẩn trương nghiên cứu, xây dựng và ban hành Luật Tiếp cận thông tin, trong đó quy định rõ những loại thông tin nào thuộc về bí mật quốc gia không công khai; những loại thông tin nào về đất đai được cung cấp miễn phí và cung cấp có thu phí khi người dân có nhu cầu tìm hiểu.

- Nghiên cứu, xây dựng Luật Giám sát xã hội nhằm tạo hành lang pháp lý để người dân trực tiếp giám sát hoạt động quản lý nhà nước về đất đai.

- Bổ sung quy định xử lý với chế tài cụ thể trong trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền tổ chức lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất không thực hiện việc lấy ý kiến đóng góp của nhân dân vào quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất hoặc việc tổ

chức lấy ý kiến đóng góp của nhân dân vào quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thực hiện không đúng quy định về thời gian lấy ý kiến là 30 ngày kể từ ngày cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định tổ chức lấy ý kiến.

- Bổ sung quy định về tỷ lệ % tối thiểu ý kiến đồng ý của nhân dân đối với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; quy định cụ thể tỷ lệ % ý kiến của nhân dân phản đối thì quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được sửa đổi toàn bộ, tỷ lệ % ý kiến phản đối của nhân dân thì quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được điều chỉnh một phần.

- Bổ sung quy định về việc giải trình của cơ quan lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đối với ý kiến chưa đồng tình của nhân dân về hình thức và trình tự, thủ tục giải trình cụ thể.

- Bổ sung quy định về hình thức và trình tự, thủ tục cụ thể của việc lấy ý kiến UBND cấp tỉnh đối với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất quốc phòng, an ninh.

- Ban hành quy định cụ thể hóa về việc lấy ý kiến người bị thu hồi đất đối với phương án bồi thường; trong đó đề cập rõ tỷ lệ % ý kiến người bị thu hồi đất đồng ý với phương án bồi thường thì được coi là đồng tình, tỷ lệ % ý kiến người bị thu hồi đất không đồng ý với phương án bồi thường thì được coi là không đồng tình; tỷ lệ % ý kiến không đồng tình thì phương án bồi thường được điều chỉnh toàn bộ, tỷ lệ % ý kiến không đồng tình thì phương án bồi thường được điều chỉnh một phần.

- Ban hành quy định trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong trường hợp không điều chỉnh phương án bồi thường khi đại đa số người bị thu hồi đất không đồng ý với phương án bồi thường và chế tài xử lý khi không thực hiện trách nhiệm này...

⁸ Thiếu minh bạch ở khắp nơi. Nguồn <http://www.vnlawfind.com.vn>, ngày 19/09/2009, 23:06

SỞ HỮU ĐẤT ĐAI TRONG HIẾN PHÁP VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

*Đình Thanh Phương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các quy định về hình thức sở hữu đất đai của các bản Hiến pháp Việt Nam, trên cơ sở đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện chế độ sở hữu đất đai hiện hành.

Abstract: This article analyses laws and regulations on the forms of land ownership under Vietnam's Constitutions. Basing on that, it makes some proposals to improve the current regime of land ownership.

Đặt vấn đề

Với một đất nước có nền kinh tế gần như phụ thuộc hoàn toàn vào nông nghiệp như Việt Nam, việc xác định đất đai - với tư cách là một tư liệu sản xuất quan trọng - thuộc về ai sẽ tác động đến quá trình tổ chức sản xuất và phân phối sản phẩm. Sự tác động này sẽ định hướng cho xu thế phát triển của đất nước¹; và xu thế đó phải được thể hiện trong Hiến pháp.

Tuy nhiên, hình thức sở hữu đất đai được thay đổi như thế nào qua từng bản Hiến pháp và sau những thay đổi đó thì pháp luật của nước ta đã hoàn thiện đến mức độ nào về vấn đề này? Trong tương lai, Nhà nước nên làm gì để đảm bảo hơn nữa tính hợp hiến và hợp lý trong quá trình thực thi quyền sở hữu đất đai? là những câu hỏi cần giải đáp.

1. Hình thức sở hữu đất đai trong các bản Hiến pháp

1.1. Hình thức sở hữu đất đai trong Hiến pháp 1946

* ThS., Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

¹ Nguyễn Minh Đoan, *Chế độ sở hữu ở Việt Nam*, 2011, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp* điện tử, http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/pha_p-luat/che-1110-so-huu-o-viet-nam, [truy cập ngày 24/7/2015].

Các quy định về đất đai là một nội dung rất quan trọng nằm trong tổng thể các quy định của Hiến pháp về chế độ kinh tế. Tuy nhiên, Hiến pháp 1946 không có phần riêng dành cho các vấn đề về kinh tế. Do đó, các nội dung về hình thức sở hữu nói chung và các quy định về đất đai cũng không được thể hiện trong Hiến pháp này. Thời điểm đó nước ta tồn tại bao nhiêu hình thức sở hữu và đất đai thuộc hình thức sở hữu nào không được quy định một cách rành mạch và chỉ có thể suy đoán từ quy định duy nhất có liên quan về quyền lợi của công dân² Việt Nam tại Điều 12: “*Quyền tư hữu tài sản của công dân Việt Nam được bảo đảm*”.

Như vậy, quy định trên không trả lời cho câu hỏi Hiến pháp 1946 xác định bao nhiêu hình thức sở hữu và đất đai thuộc hình thức sở hữu nào? Quyền sở hữu tư nhân (tư hữu) đối với tài sản có bao gồm đất đai hay không?

Tuy nhiên, qua Điều 12 của Hiến pháp 1946 có thể khẳng định hai nội dung rất quan trọng:

² Cách sử dụng từ trong Hiến pháp 1946 là “quyền lợi” của công dân chứ không phải là quyền công dân như các bản Hiến pháp sau này.

- Thứ nhất, Nhà nước không giới hạn các hình thức sở hữu. Do đó, trên thực tế Nhà nước thừa nhận tất cả các hình thức sở hữu.

- Thứ hai, Nhà nước không quy định riêng về đất đai, đồng nghĩa đất đai cũng là một loại tài sản được xác định trong Điều 12. Do đó, đất đai cũng thuộc hình thức sở hữu tư nhân. Điều này là hoàn toàn phù hợp với bối cảnh xã hội thời bấy giờ. Bởi vì, trước đó, “*dưới chế độ phong kiến thực dân, ruộng đất tập trung trong tay địa chủ phong kiến, nông dân phải cày thuê cuốc mướn, cuộc sống vô cùng khó khăn nên sau khi Cách mạng tháng Tám năm 1945 ở Việt Nam thành công, Nhà nước Việt Nam đã ban hành Hiến pháp 1946 để quy định, bảo hộ các quyền công dân của nước Việt Nam Dân chủ cộng hoà mà quan trọng hơn cả là quyền sở hữu tài sản và các quyền tài sản khác để thực hiện khẩu hiệu “Người cày có ruộng”*”³.

Trên cơ sở đó, có thể kết luận Hiến pháp 1946 thừa nhận tất cả các hình thức sở hữu về đất đai, từ sở hữu tư nhân đến sở hữu nhà nước. Theo đó, “*Nhà nước cho phép tự do mua bán, chuyển nhượng đất đai, tạo điều kiện cho các chủ thể khai thác, sử dụng đất đai có hiệu quả*”⁴. Quyền sở hữu đối với đất đai của người dân vào thời điểm này là vô cùng quan trọng, bởi vì, Việt Nam là nước nông nghiệp với tỷ lệ khá lớn

dân cư sống nhờ vào ruộng đất. Việc “*đảm bảo quyền tư hữu của công dân Việt Nam*” đối với đất đai (một loại tài sản) nhằm thực hiện nhiệm vụ và mục tiêu của Nhà nước ta “*trong giai đoạn này là bảo toàn lãnh thổ, giành độc lập hoàn toàn và kiến thiết quốc gia trên nền tảng dân chủ*”⁵.

1.2. Hình thức sở hữu đất đai trong Hiến pháp 1959

So với Hiến pháp 1946, bản Hiến pháp được xây dựng trên cơ sở vận dụng sáng tạo các mô hình hiến pháp trên thế giới từ Hiến pháp của Mỹ, Pháp đến Hiến pháp của Liên Xô 1936,⁶ Hiến pháp 1959 mang nhiều màu sắc xã hội chủ nghĩa. Sau 1954, “*cách mạng Việt Nam chuyển sang một hình thức mới, “miền Bắc được hoàn toàn giải phóng ... tiến lên chủ nghĩa xã hội”*”. Hiến pháp 1959 ra đời nhằm cụ thể hóa nhiệm vụ xây dựng xã hội chủ nghĩa. Hiến pháp 1959 đã dành Chương II quy định về Chế độ kinh tế và xã hội, trong đó, các hình thức sở hữu và một số quy định về đất đai đã được đề cập.

Trên tinh thần xây dựng xã hội chủ nghĩa, Nhà nước ta đã đặt ra những quy định cụ thể trong Hiến pháp nhằm thực hiện cải tạo nền kinh tế quốc dân. Theo đó, Hiến pháp 1959 đã giới hạn còn bốn hình thức sở hữu. Cụ thể, “*ở nước Việt Nam Dân chủ cộng hoà trong thời kỳ quá độ, các hình thức sở hữu chủ yếu về tư liệu sản xuất hiện nay là: hình thức sở hữu của Nhà nước tức là của toàn dân, hình thức sở hữu của hợp tác xã tức là hình thức sở hữu tập thể của nhân dân lao động, hình thức sở hữu của*

³ Nguyễn Minh Đoan, *Chế độ sở hữu ở Việt Nam*, 2011, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp* điện tử, http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/pha-p-luat/che-111o-so-huu-o-viet-nam, [truy cập ngày 24/7/2015].

⁴ Nguyễn Minh Đoan, *Chế độ sở hữu ở Việt Nam*, 2011, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp* điện tử, http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/pha-p-luat/che-111o-so-huu-o-viet-nam, [truy cập ngày 24/7/2015].

⁵ Lời nói đầu Hiến pháp 1946.

⁶ Phan Đăng Thanh, *Tư tưởng lập hiến Việt Nam nửa đầu thế kỷ XX*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2006, tr. 521-522.

người lao động riêng lẻ, và hình thức sở hữu của nhà tư sản dân tộc”⁷.

Về đất đai, ngoài những giới hạn chung về hình thức sở hữu, Hiến pháp 1959 không giới hạn hình thức sở hữu cụ thể đối với tư liệu sản xuất đặc biệt này. Tuy nhiên, có hai quy định đề cập đến đất đai có thể định hình được về vấn đề sở hữu:

- Tại Điều 12, đoạn 2 quy định “*Các hầm mỏ, sông ngòi, và những rừng cây, đất hoang, tài nguyên khác mà pháp luật quy định là của Nhà nước, đều thuộc sở hữu của toàn dân*”. Như vậy, theo quy định này có đất đai thuộc hình thức sở hữu nhà nước.

- Điều 14 khẳng định: “*Nhà nước chiểu theo pháp luật bảo hộ quyền sở hữu về ruộng đất và các tư liệu sản xuất khác của nông dân*”.

Trên cơ sở sự hạn chế các hình thức sở hữu và hai điều khoản nêu trên có thể thấy, Hiến pháp 1959 đã xác định bốn hình thức sở hữu đối với đất đai:

- Sở hữu nhà nước, tức là sở hữu toàn dân về đất đai. Ở đây, hai hình thức sở hữu này là một, và chủ thể toàn dân và Nhà nước là đồng nhất.

- Sở hữu tập thể về đất đai: chủ sở hữu của hình thức này là các hợp tác xã.

- Sở hữu của người lao động riêng lẻ, tức là đất đai thuộc sở hữu của cá nhân người lao động: chủ yếu là nông dân.

- Sở hữu của nhà tư sản dân tộc: đất đai thuộc quyền sở hữu của những nhà tư sản thuộc thành phần kinh tế tư bản.

1.3. Hình thức sở hữu đất đai trong Hiến pháp 1980

Hiến pháp 1980 ra đời trong bối cảnh đất nước đã hoàn toàn thống nhất và nhiệm

vụ xây dựng xã hội chủ nghĩa được triển khai trên phạm vi toàn quốc. Nhiệm vụ chính trị do Đại hội IV của Đảng Cộng sản Việt Nam đề ra đều được thể chế hóa trong Hiến pháp. Hiến pháp với những quy định nhằm “*xây dựng nền sản xuất lớn xã hội chủ nghĩa*”⁸. Với quan điểm chỉ đạo đó, những gì phi xã hội chủ nghĩa, những gì thuộc về cá nhân, riêng lẻ đều bị thủ tiêu trong Hiến pháp 1980⁹. Về sở hữu, trong Chương II quy định về chế độ kinh tế, Hiến pháp đã thiết lập và củng cố chế độ sở hữu xã hội chủ nghĩa về tư liệu sản xuất với hai hình thức sở hữu toàn dân và tập thể.

Đối với đất đai, do là tư liệu sản xuất quan trọng, nên Nhà nước đã tiến hành quốc hữu hóa toàn bộ dưới hình thức sở hữu của toàn dân. Cụ thể, Điều 19 quy định:

“*Đất đai, rừng núi, sông hồ, hầm mỏ, tài nguyên thiên nhiên trong lòng đất, ở vùng biển và thềm lục địa, các xí nghiệp công nghiệp, nông nghiệp, lâm nghiệp, ngư nghiệp, thương nghiệp quốc doanh; ngân hàng và tổ chức bảo hiểm; công trình phục vụ lợi ích công cộng; hệ thống đường sắt, đường bộ, đường sông, đường biển, đường không; đê điều và công trình thủy lợi quan trọng; cơ sở phục vụ quốc phòng; hệ thống thông tin liên lạc, phát thanh, truyền hình, điện ảnh; cơ sở nghiên cứu khoa học, kỹ thuật, cơ sở văn hoá và xã hội cùng các tài sản khác mà pháp luật quy định là của Nhà nước - đều thuộc sở hữu toàn dân*”.

Kế thừa Hiến pháp 1959, với quy định “*các tài sản ... của Nhà nước – đều thuộc sở*

⁸ Lời nói đầu Hiến pháp 1980.

⁹ Nguyễn Minh Đoan, *Chế độ sở hữu ở Việt Nam*, 2011, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp* điện tử, http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/pha_p_luat/che-1110-so-huu-o-viet-nam, [truy cập ngày 24/7/2015].

⁷ Điều 11 Hiến pháp 1959.

hữu toàn dân”, Hiến pháp 1980 cũng đã xác định hình thức sở hữu toàn dân và nhà nước là một (được gọi thống nhất là sở hữu toàn dân) và cũng không có sự tách biệt giữa chủ thể nhân dân và Nhà nước.

Cụ thể hóa Hiến pháp 1980, Luật Đất đai 1987 tại Điều 1 đã khẳng định: “*Đất đai thuộc sở hữu toàn dân, do Nhà nước thống nhất quản lý*”. Như vậy, có thể thấy, vai trò của chủ sở hữu không có sự phân biệt giữa nhân dân và Nhà nước, nhưng vai trò của chủ thể quản lý đối với đất đai thì chỉ của riêng Nhà nước. Do đó, có thể khẳng định các hoạt động quản lý như: “*giao đất cho các nông trường, lâm trường, hợp tác xã, tập đoàn sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, xí nghiệp, đơn vị vũ trang nhân dân, cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội và cá nhân... để sử dụng ổn định, lâu dài, ... giao đất để sử dụng có thời hạn hoặc tạm thời*” được Nhà nước thực hiện với tư cách chủ sở hữu.

1.4. Hình thức sở hữu đất đai trong Hiến pháp 1992¹⁰

Hiến pháp 1992 ra đời nhằm đáp ứng yêu cầu của “*công cuộc đổi mới toàn diện đất nước do Đại hội lần thứ VI của Đảng Cộng sản Việt Nam đề xướng*”¹¹. Các quy định về chế độ kinh tế có sự thay đổi rõ nét nhất, đặc biệt về sở hữu khi 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”¹².

Với quy định trên thì Nhà nước đã thừa nhận lại hình thức sở hữu tư nhân đối với các loại tài sản. Nhưng riêng đối với đất đai thì Điều 17 Hiến pháp 1992 đã lấy lại cơ bản nội dung trong Điều 19 của Hiến pháp 1980 khi khẳng định: “*Đất đai, rừng núi, sông hồ, nguồn nước, tài nguyên trong lòng đất, nguồn lợi ở vùng biển, thềm lục địa và vùng trời, phần vốn và tài sản do Nhà nước đầu tư vào các xí nghiệp, công trình thuộc các ngành và lĩnh vực kinh tế, văn hoá, xã hội, khoa học, kỹ thuật, ngoại giao, quốc phòng, an ninh cùng các tài sản khác mà pháp luật quy định là của Nhà nước, đều thuộc sở hữu toàn dân*”.

Như vậy hình thức và chủ sở hữu đối với đất đai trong Hiến pháp 1992 đã được kế thừa một cách trọn vẹn từ Hiến pháp 1980.

Các nội dung về đất đai trong Hiến pháp 1992 được cụ thể hóa bằng Luật Đất đai 1993, 2003 và Bộ luật Dân sự 1995, 2005. Theo đó Luật Đất đai 1993 và Bộ luật Dân sự 1995 có những quy định tương tự như Luật Đất đai 1987 là “*Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước thống nhất quản lý*”¹³. Tuy nhiên, sau lần sửa đổi Hiến pháp năm 2001, mặc dù về góc độ lập hiến, các quy định về sở hữu đất đai không có gì thay đổi nhưng tư duy lập pháp đã có những nhận thức lại về hình thức sở hữu và chủ thể của quyền sở hữu đối với đất đai. Trên cơ sở Hiến pháp 1992 được sửa đổi, bổ sung năm 2001, Luật Đất đai 2003 và Bộ luật Dân sự 2005 đã được ban hành và có những quy định khác biệt về chủ sở hữu đất đai.

¹⁰ Hiến pháp 1992 được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị quyết số 51/2001/QH10 của Quốc hội khóa X. Các nội dung của Hiến pháp 1992 về sở hữu và đất đai được đề cập trong bài viết không được sửa đổi bởi Nghị quyết số 51/2001/QH10.

¹¹ Lời nói đầu, Hiến pháp 1992.

¹² Điều 15 Hiến pháp 1992.

¹³ Điều 1 Luật Đất đai 1993; Điều 690, khoản 1 Bộ luật Dân sự 1995.

- Luật Đất đai 2003, tại Điều 5 quy định về sở hữu đất đai đã xác định: “*Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu*”. Với quy định này, hai chủ thể Nhà nước và nhân dân có sự tách biệt chứ không đồng nhất như trong các quy định trước đây. Chủ thể của quyền sở hữu đất đai là toàn thể nhân dân và Nhà nước là một chủ thể khác đại diện cho nhân dân để thực hiện quyền sở hữu đó. Nhà nước thực hiện các quyền của chủ sở hữu với tư cách đại diện, theo cơ chế ủy quyền chứ không phải với tư cách của chủ sở hữu.

- Bộ luật Dân sự 2005 khác với Luật Đất đai 2003, đã khẳng định đất đai thuộc hình thức sở hữu nhà nước và không đề cập đến chủ thể nhân dân¹⁴. Quan điểm này của những nhà làm luật khi soạn thảo Bộ luật Dân sự 2005 có thể được hiểu như sau: *Thứ nhất*, nhân dân không thể là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự¹⁵; *thứ hai*, nhân dân là một chủ thể vô định khi bao gồm tất cả mọi người nhưng lại không phải là bất kỳ một cá nhân cụ thể. Chính vì lý do đó, việc sở hữu và thực hiện quyền sở hữu phải do một chủ thể cụ thể là Nhà nước đảm nhận. Bộ luật Dân sự đã dựa trên chế độ sở hữu toàn dân để định ra hình thức sở hữu nhà nước¹⁶. Như đã phân tích, chế độ sở hữu là một tổng thể của nhiều thành phần, trong đó có hình thức sở hữu. Hình thức sở hữu sẽ xác định cụ thể tài sản thuộc về ai. Vì vậy, Bộ luật Dân sự 2005 quy định đất đai thuộc hình thức sở hữu nhà nước tức khẳng định đất đai thuộc về chủ thể cụ thể là Nhà nước chứ không phải là toàn thể nhân dân. Điều

này chứng tỏ tư duy lập pháp của những nhà làm luật ở nước ta đã có sự thay đổi qua từng giai đoạn khác nhau. Đó là, cùng đề cụ thể hóa một quy định của Hiến pháp nhưng trước đó Bộ luật Dân sự 1995 lại xác định, trên cơ sở chế độ sở hữu toàn dân là hình thức sở hữu toàn dân, tức là tài sản thuộc về chủ thể là nhân dân chứ không phải là Nhà nước.

1.5. Hình thức sở hữu đất đai trong Hiến pháp 2013

Sau hai lần lập hiến năm 1980 và 1992 với tư duy mở rộng và chi tiết hóa các quy định của Hiến pháp thì ngược lại, Hiến pháp năm 2013 đã được xây dựng tinh gọn hơn để đúng với bản chất là đạo luật cơ bản của Nhà nước. Với tinh thần đó, các nội dung về kinh tế được gộp chung với các vấn đề về văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường¹⁷. Hình thức sở hữu trong Hiến pháp 2013 được quy định rất cơ bản chứ không chi tiết hóa như các bản Hiến pháp trước. Theo khoản 1 Điều 51, thì “*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*”. Rõ ràng, việc không liệt kê cụ thể từng hình thức sở hữu và thành phần kinh tế mang ý nghĩa tích cực trong việc tạo sự ổn định cho Hiến pháp - đạo luật gốc, trước những thay đổi của xã hội. Những nội dung cần chi tiết hóa sẽ do các luật liên quan quy định.

Về sở hữu đất đai, Hiến pháp 2013 đã hiến định tinh thần của Luật Đất đai 2003 tại Điều 53 như sau: “*Đất đai, tài nguyên nước, tài nguyên khoáng sản, nguồn lợi ở vùng biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên khác và các tài sản do Nhà nước đầu tư,*

¹⁴ Điều 688 Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁵ Trong quan hệ pháp luật dân sự không có chủ thể nhân dân. Trong khi đó, Nhà nước lại là một chủ thể đặc biệt trong quan hệ pháp luật dân sự.

¹⁶ Điều 172 Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁷ Chương 3 Hiến pháp 2013.

quản lý là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý”. Như vậy, Hiến pháp đã khẳng định chủ thể toàn dân và Nhà nước là riêng biệt chứ không phải đồng nhất. Chủ sở hữu đất đai là toàn thể nhân dân¹⁸, còn Nhà nước chỉ là chủ thể đại diện cho chủ sở hữu và thực hiện quyền năng của chủ sở hữu với tư cách ủy quyền.

Luật Đất đai 2013 được ban hành gần như cùng lúc với Hiến pháp 2013¹⁹ nên các nội dung có liên quan thống nhất với nhau. Cụ thể, Luật Đất đai 2013 cũng quy định: “Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý”²⁰.

2. Một số kiến nghị

2.1. Hoàn thiện chế độ sở hữu toàn dân về đất đai

Chế độ sở hữu bao gồm tổng thể các yếu tố từ chủ thể sở hữu, đối tượng sở hữu, nội dung sở hữu, hình thức sở hữu,... Trong các quy định của Hiến pháp và các văn bản pháp luật khác từ trước đến nay khái niệm chế độ sở hữu toàn dân đối với đất đai được đề cập rất nhiều nhưng thực chất chỉ đề cập đến hai khía cạnh là chủ thể Nhân dân và đối tượng là đất đai, còn những khía cạnh khác không có quy định, như quyền của chủ sở hữu, cơ chế chuyển giao quyền cho Nhà nước, cơ chế kiểm soát quyền đối với chủ thể đại diện... Các quy định của Hiến pháp và văn bản pháp luật chỉ khẳng định hình thức sở hữu toàn dân đối với đất đai, chưa xây dựng được một chế độ sở hữu toàn dân về đất đai. Các thành phần khác của chế độ

sở hữu đối với đất đai chỉ được xác định thông qua Nhà nước. Với quan điểm trước đây, sở hữu toàn dân là sở hữu nhà nước và chủ thể Nhân dân và Nhà nước là đồng nhất thì các quy định hiện nay không có vấn đề gì bàn cãi. Tuy nhiên, do Hiến pháp và Luật Đất đai hiện hành đã tách biệt hai chủ thể này nên việc xác định toàn bộ các nội dung của chế độ sở hữu toàn dân về đất đai thông qua chủ thể Nhà nước là không phù hợp. Chính vì vậy, để đáp ứng yêu cầu của một Nhà nước pháp quyền phải có hệ thống pháp luật đầy đủ, rõ ràng và đồng bộ, bên cạnh hình thức và đối tượng sở hữu, Nhà nước cần phải hoàn thiện các nội dung còn lại của chế độ sở hữu toàn dân về đất đai.

2.2. Giới hạn quyền của chủ thể đại diện

Cùng với việc hoàn thiện các nội dung của chế độ sở hữu toàn dân về đất đai, cần thiết phải có các quy định giới hạn quyền của Nhà nước trong việc đại diện cho Nhân dân để chiếm hữu, sử dụng và định đoạt đất đai. Nhà nước chỉ là chủ thể đại diện cho Nhân dân, được Nhân dân trao cho một số quyền chứ không phải tất cả các quyền. Do đó, trong việc thực hiện quyền của chủ sở hữu, dưới cơ chế ủy quyền thì Nhà nước cũng chỉ có thể thực hiện một số quyền. Theo quy định của pháp luật hiện hành, quyền của Nhà nước đối với đất đai là không có giới hạn, bởi vì theo chiều hướng ngược lại, Hiến pháp và Luật Đất đai không ghi nhận bất kỳ thẩm quyền nào của Nhân dân đối với đất đai. Điều này là không hợp lý, bởi vì cho dù sự đại diện của Nhà nước đối với Nhân dân trong thực thi quyền sở hữu có rộng đến đâu thì cũng không thể lấy hết quyền của chủ sở hữu. Nhưng với hệ thống pháp luật thực định thì Nhân dân không có bất kỳ quyền năng nào

¹⁸ Trong Hiến pháp 2013, chữ “Nhân dân” được viết hoa.

¹⁹ Hiến pháp được ban hành ngày 28/11/2013, Luật Đất đai ngày 29/11/2013.

²⁰ Điều 4 Luật Đất đai 2013.

đối với tài sản của mình. Do đó, quyền hạn của Nhà nước đối với đất đai cần phải được giới hạn để đảm bảo một số quyền cụ thể cho Nhân dân.

2.3. Xây dựng cơ chế Nhân dân kiểm soát Nhà nước trong việc thực hiện quyền sở hữu

Trong một nhà nước dân chủ thì quyền lực của Nhà nước có được xuất phát từ Nhân dân, do Nhân dân trao cho với mục đích là Nhà nước sẽ sử dụng quyền lực đó để phục vụ cho Nhân dân²¹. Trong việc thực hiện quyền lực nhà nước nguyên tắc đặt ra là quyền lực của Nhà nước, là có giới hạn còn quyền lực của Nhân dân là vô hạn. Nhưng thực tế lịch sử đã chứng minh rằng nhà nước luôn có xu hướng lạm quyền và xa rời mục đích phục vụ Nhân dân²². Do đó, Nhân dân cần phải có cơ chế phù hợp và hữu hiệu để có thể kiểm soát quyền lực nhà nước. Tương tự như vậy, đối với việc thực hiện các quyền năng của chủ sở hữu đối với đất đai, bên cạnh việc hạn chế quyền của Nhà nước thì nhất thiết phải xây dựng cơ chế để Nhân dân có thể kiểm soát việc thực hiện quyền đại diện của Nhà nước. Điều này là cần thiết nhằm tránh sự lạm dụng quyền đại diện và xa rời mục tiêu phục vụ Nhân dân trong các quyết sách về đất đai của Nhà nước.

2.4. Xây dựng cơ chế để Nhân dân trực tiếp thực hiện quyền của chủ sở hữu

Theo quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam được khẳng định trong Cương lĩnh xây dựng đất nước thời kì quá độ lên

chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011), thì một trong những yêu cầu của việc xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa là Nhà nước phải đảm bảo *thực hiện đầy đủ quyền dân chủ của nhân dân*²³. Theo đó, quyền dân chủ bao gồm dân chủ trực tiếp và dân chủ đại diện, và để đảm bảo được yêu cầu thực hiện đầy đủ quyền dân chủ của nhân dân thì phải thực hiện cả hai hình thức này²⁴. Đối với việc thực hiện quyền làm chủ của Nhân dân đối với đất đai cũng phải đảm bảo cả quyền trực tiếp và quyền gián tiếp. Nhưng từ khi đất đai được hiến định thuộc sở hữu toàn dân thì Nhân dân chỉ thực hiện được quyền sở hữu gián tiếp qua Nhà nước mà không có các quyền năng trực tiếp đối với đất đai. Trên tinh thần Cương lĩnh, Hiến pháp và Luật Đất đai hiện hành thì cơ chế để Nhân dân thực hiện quyền của sở hữu một cách trực tiếp đối với đất đai cần phải được xây dựng. Quyền này của Nhân dân nên được thực hiện thông qua trưng cầu ý dân.

²¹ Cụ thể ở đây là quyền sở hữu đất đai.

²² Đinh Thanh Phương, *Hoàn thiện hệ thống pháp luật đảm bảo quyền dân chủ trực tiếp của nhân dân*, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, số 6/2015.

²³ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr.85-86.

²⁴ Đinh Thanh Phương, *Hoàn thiện hệ thống pháp luật đảm bảo quyền dân chủ trực tiếp của nhân dân*, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, số 6/2015.

NHỮNG ĐIỂM MỚI CƠ BẢN CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ NĂM 2015

*Trần Văn Biên**

Tóm tắt: Ngày 25/11/2015, Quốc hội đã thông qua Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 (có hiệu lực thi hành từ ngày 1/7/2016) thay thế Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011). Đây là một trong những bộ luật quan trọng về hoạt động tố tụng được ban hành nhằm triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013 và thể chế hóa các chủ chương, định hướng cải cách tư pháp. Bài viết này phân tích và giới thiệu những nội dung mới cơ bản của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

Abstract: The National Assembly adopted the Civil Procedure Code of 2015 on 25 November 2015, which comes into effect on 01 July 2016. This is one of the most important Codes on procedure being enacted to implement the Constitution of 2013 and transferring the policy and strategy of judicial reform into laws and regulations. This article introduces and analyses fundamental new issues of the Civil Procedure Code of 2015.

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 có tổng số 517 điều, được bố cục thành 10 phần, 12 chương. So với Bộ luật Tố tụng Dân sự hiện hành, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 giữ nguyên 63 điều; sửa đổi, bổ sung mới 350 điều; bổ sung mới 104 điều; bãi bỏ 7 điều. Trong đó, loại bỏ chương về tương trợ tư pháp trong tố tụng dân sự và bổ sung các chương về thủ tục rút gọn; yêu cầu công nhận thuận tình ly hôn; yêu cầu tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu; yêu cầu tuyên bố hợp đồng lao động vô hiệu, thỏa ước lao động tập thể vô hiệu; yêu cầu tòa án xem xét tính hợp pháp của cuộc đình công; yêu cầu công nhận kết quả hòa giải thành ngoài tòa án; yêu cầu tòa án bắt giữ tàu bay, tàu biển.

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung đáng chú ý về thủ tục tố tụng dân sự so với quy định hiện hành như sau:

1. Cụ thể hóa quy định Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014 về vị trí, vai trò của tòa án

Ngày 28/11/2013, tại kỳ họp thứ 6, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Hiến pháp năm 2013, trong đó quy định Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp; có nhiệm vụ bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích của tổ chức, cá nhân. Nhiều nội dung quan trọng về vị trí, vai trò, chức năng, nhiệm vụ, tổ chức và hoạt động của Tòa án nhân dân theo tinh thần Hiến pháp năm 2013 đã được cụ thể hóa trong Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014. Đối với lĩnh vực tố tụng dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 tiếp tục quy định chi tiết về vị trí, vai trò của tòa án là *cơ quan xét xử, thực hiện quyền tư pháp*, thể hiện ở các điểm sau:

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Một là, tòa án không được từ chối yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự vì lý do không có điều luật để áp dụng (Điều 4). Khi chưa có điều luật cụ thể để áp dụng, tòa án áp dụng tinh thần của hiến pháp, tập quán, tương tự pháp luật, những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ hoặc lẽ công bằng để giải quyết¹.

Hai là, trong quá trình giải quyết vụ việc dân sự, nếu phát hiện văn bản quy phạm pháp luật liên quan có dấu hiệu trái với hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên thì Chánh án tòa án có văn bản đề nghị Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ văn bản đó. Quy định này nhằm đảm bảo cho tòa án giải quyết vụ án đúng hiến pháp và pháp luật, thực hiện tốt nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân.

Ba là, Hội đồng giám đốc thẩm có quyền sửa bản án, quyết định của tòa án cấp dưới để khắc phục tình trạng xét xử bị kéo dài như đã xảy ra trong thực tiễn xét xử một số vụ án thời gian qua (khoản 5 Điều 343), bởi “Công lý bị chậm trễ là công lý bất công”. Trong trường hợp này, Hội đồng giám đốc thẩm ra quyết định sửa đổi một phần hoặc toàn bộ bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật khi có đủ các điều kiện:

- Tài liệu, chứng cứ trong hồ sơ vụ án đã đầy đủ, rõ ràng; có đủ căn cứ để làm rõ các tình tiết trong vụ án;

- Việc sửa bản án, quyết định bị kháng nghị không làm ảnh hưởng đến quyền, nghĩa vụ của cơ quan, tổ chức, cá nhân khác².

Bốn là, khi xét xử, tòa án phải nghiên cứu, áp dụng án lệ nhằm thống nhất đường lối xét xử, bảo đảm công bằng, công lý theo nguyên tắc các vụ việc có tính chất tương tự nhau thì phải được phán quyết như nhau.

2. Đổi mới mô hình tố tụng dân sự theo hướng kết hợp giữa thủ tục tố tụng thẩm vấn và thủ tục tố tụng tranh tụng

Bảo đảm tranh tụng trong xét xử là chủ trương lớn được xác định trong Hiến pháp năm 2013 và ghi nhận như là một nguyên tắc trong tổ chức, hoạt động của Tòa án nhân dân. Tuy nhiên, trong Bộ luật Tố tụng Dân sự hiện hành, nguyên tắc này chưa được cụ thể hóa, mà mới chỉ dừng lại ở quy định về bảo đảm quyền tranh luận trong tố tụng dân sự (Điều 23a). Theo đó, trong quá trình giải quyết vụ án dân sự, tòa án bảo đảm để các bên đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thực hiện quyền tranh luận. Như vậy, trên thực tế, khái niệm “tranh tụng” mới chỉ được hiểu là việc tranh luận tại phiên tòa và chỉ thực sự hiện diện trong những vụ án có luật sư tham gia hoặc trong những vụ án mà đương sự có trình độ hiểu biết pháp luật nhất định. Do đó, việc tranh tụng được vận dụng trong xét xử chưa mang lại hiệu quả, chưa đáp ứng được yêu cầu cải cách tư pháp đã đề ra.

¹ Khoản 2 Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng có quy định tương tự.

² Khoản 1 Điều 347 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã có những quy định mới theo hướng phát huy ưu điểm của tố tụng thẩm vấn và tiếp thu những yếu tố hợp lý, tiến bộ của mô hình tố tụng tranh tụng, nhằm nâng cao tính dân chủ, bình đẳng, công khai, minh bạch. Trong tố tụng dân sự, nguyên tắc tranh tụng phải được thể hiện ngay từ khi thụ lý vụ việc cho đến khi kết thúc việc xét xử. Cụ thể:

- Bổ sung nguyên tắc bảo đảm quyền tranh tụng trong xét xử (Điều 24). Theo đó, tòa án có trách nhiệm bảo đảm cho đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thực hiện quyền tranh tụng trong xét xử, giải quyết sơ thẩm, phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm các vụ việc dân sự.

- Xác định rõ trách nhiệm chứng minh thuộc về các bên tham gia tố tụng, Tòa án chỉ có nghĩa vụ thu thập chứng cứ và xét hỏi khi cần thiết. Trong quá trình tố tụng, các chứng cứ phải được công khai.

- Bổ sung quy định về nội dung và phương thức tranh tụng tại phiên tòa. Theo đó, tranh tụng tại phiên tòa bao gồm việc trình bày chứng cứ, hỏi, đối đáp, trả lời và phát biểu quan điểm, lập luận về đánh giá chứng cứ, tình tiết của vụ án dân sự, quan hệ pháp luật tranh chấp và pháp luật áp dụng để giải quyết yêu cầu của các đương sự trong vụ án. Việc tranh tụng tại phiên tòa được tiến hành theo sự điều khiển của chủ tọa phiên tòa. Chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian tranh tụng, tạo điều kiện cho những người tham gia tranh tụng trình bày hết ý kiến, nhưng có quyền yêu cầu họ dừng trình bày những ý kiến không liên quan đến vụ án dân sự (Điều 247).

- Phán quyết của tòa án phải căn cứ vào kết quả tranh tụng tại phiên tòa. Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định cụ thể trách

nhiệm của thẩm phán, Hội đồng xét xử trước khi ra bản án, quyết định phải căn cứ vào tài liệu, chứng cứ đã được xem xét tại phiên tòa và kết quả tranh tụng tại phiên tòa.

3. Đổi mới thủ tục tố tụng dân sự theo định hướng cải cách tư pháp

Nhằm đổi mới, cải cách thủ tục tố tụng dân sự theo hướng công khai, minh bạch, dân chủ, bảo đảm, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, cơ quan, tổ chức theo tinh thần cải cách tư pháp, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, nghiêm minh, bảo vệ công lý, từng bước hiện đại, dễ tiếp cận đối với người dân, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung như sau:

i) Về thủ tục đăng ký làm người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các đương sự

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 bên cạnh việc mở rộng các đối tượng được làm người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, đã đổi mới căn bản từ thủ tục cấp giấy chứng nhận sang thủ tục đăng ký người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự. Theo đó, ngay sau khi nhận được đề nghị đăng ký người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự, tòa án phải vào sổ đăng ký và xác nhận vào giấy yêu cầu người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự trong thời hạn 3 ngày làm việc kể từ ngày nhận được yêu cầu (Điều 75).

ii) Về bổ sung các phương thức tổng đạt mới

Nhằm tạo thuận lợi hơn nữa cho người khởi kiện, đương sự trong tố tụng dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã bổ sung thêm các phương thức tổng đạt mới thông qua việc cấp, tổng đạt, thông báo bằng phương tiện điện tử theo yêu cầu của

đương sự hoặc người tham gia tố tụng khác phù hợp với quy định của pháp luật về giao dịch điện tử; hoặc bằng phương thức khác áp dụng đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài³.

iii) Về thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 thay đổi quy định về thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự cho phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 nhằm bảo vệ tốt hơn quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật dân sự theo hướng thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự được thực hiện theo quy định của Bộ luật Dân sự. Trường hợp Bộ luật Dân sự và pháp luật khác không có quy định về thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự thì tòa án không áp dụng thời hiệu đối với quan hệ pháp luật đó. Tòa án chỉ áp dụng quy định về thời hiệu theo yêu cầu áp dụng thời hiệu của một bên hoặc các bên với điều kiện yêu cầu này phải được đưa ra trước khi tòa án cấp sơ thẩm ra bản án, quyết định giải quyết vụ việc. Người được hưởng lợi từ việc áp dụng thời hiệu có quyền từ chối áp dụng thời hiệu, trừ trường hợp việc từ chối đó nhằm mục đích trốn tránh thực hiện nghĩa vụ (Điều 184).

iv) Về án phí, lệ phí và chi phí tố tụng khác

Để phù hợp với thực tiễn giải quyết, xét xử các loại vụ việc dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 bổ sung thêm một số loại chi phí tố tụng như: chi phí ủy thác tư pháp ra nước ngoài, chi phí xem xét, thẩm định tại chỗ, chi phí giám định, chi phí định giá

tài sản, chi phí cho người làm chứng, người phiên dịch, chi phí tố tụng khác và việc miễn, giảm chi phí tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án... Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định cụ thể về chi phí tố tụng và việc miễn, giảm chi phí tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án⁴.

v) Về đổi mới thủ tục tố tụng tại phiên tòa sơ thẩm, phúc thẩm

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đổi mới thủ tục gửi và nhận đơn khởi kiện; thủ tục xử lý đơn khởi kiện, thủ tục giải quyết khiếu nại, kiến nghị và giải quyết khiếu nại, kiến nghị về việc trả lại đơn khởi kiện. Đổi mới phương thức Chánh án tòa án phân công thẩm phán giải quyết vụ án nhằm đảm bảo nguyên tắc vô tư, khách quan, ngẫu nhiên. Bổ sung quy định về phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải.

Quy định mới về hình thức bố trí phòng xử án; về nội quy phiên tòa; về thủ tục xét xử vắng mặt tất cả những người tham gia tố tụng; về thứ tự và nguyên tắc hỏi tại phiên tòa; về trình tự phát biểu khi tranh luận tại phiên tòa nhằm đảm bảo thực hiện đúng nguyên tắc tranh tụng.

Bổ sung mới quy định về tạm ngưng phiên tòa theo hướng, quy định cụ thể các trường hợp được phép tạm ngưng phiên tòa. Trong quá trình xét xử, Hội đồng xét xử có quyền quyết định tạm ngưng phiên tòa khi thuộc một trong các trường hợp quy định tại Điều 259 và Điều 304 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

Quy định bổ sung trường hợp kiểm sát viên được phân công tham gia phiên tòa sơ thẩm, phúc thẩm vắng mặt thì Hội đồng xét xử vẫn tiến hành xét xử, không hoãn phiên

³ Điều 173 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

⁴ Chương IX Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

tòa, trừ trường hợp viện kiểm sát có kháng nghị phúc thẩm.

Quy định rõ trách nhiệm của thẩm phán, Hội đồng xét xử cấp trích lục bản án; giao, gửi bản án của tòa án cho các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến bản án của tòa án.

vi) Về đổi mới thủ tục tố tụng giám đốc thẩm

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung các căn cứ, điều kiện để kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm. Theo đó, bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm khi có một trong những căn cứ sau đây (Điều 326):

- Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự;

- Có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng làm cho đương sự không thực hiện được quyền, nghĩa vụ tố tụng của mình, dẫn đến quyền, lợi ích hợp pháp của họ không được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật;

- Có sai lầm trong việc áp dụng pháp luật dẫn đến việc ra bản án, quyết định không đúng, gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự, xâm phạm đến lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba.

Đổi mới quy trình, thủ tục nhận đơn đề nghị xem xét bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật theo thủ tục giám đốc thẩm theo hướng công khai, minh bạch hoạt động nhận và thụ lý đơn đề nghị giám đốc thẩm⁵.

⁵ Tòa án, viện kiểm sát nhận đơn đề nghị giám đốc thẩm phải ghi vào sổ nhận đơn, cấp giấy xác nhận đã

Đổi mới thủ tục xét xử tại phiên tòa giám đốc theo hướng bảo đảm và tăng cường tranh tụng tại phiên tòa. Tăng cường trách nhiệm của người kháng nghị bản án, quyết định. Đương sự, người đại diện hợp pháp, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự hoặc người tham gia tố tụng khác được tòa án triệu tập đến phiên tòa giám đốc thẩm trình bày ý kiến về những vấn đề mà Hội đồng giám đốc thẩm yêu cầu. Trường hợp họ vắng mặt nhưng có văn bản trình bày ý kiến thì Hội đồng xét xử giám đốc thẩm công bố ý kiến của họ (Điều 341).

vii) Về thủ tục giải quyết việc dân sự

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã đổi mới thủ tục nhận, thụ lý, giải quyết đơn yêu cầu giải quyết việc dân sự theo hướng cụ thể nhằm công khai, minh bạch hơn nữa thủ tục tố tụng tại tòa án. Cụ thể là: quy định cụ thể hơn về trình tự, thủ tục phúc thẩm giải quyết việc dân sự; sửa đổi, bổ sung quy định về trình tự, thủ tục giải quyết đơn yêu cầu tuyên bố một người mất năng lực hành vi dân sự, bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi; yêu cầu thông báo tìm kiếm người vắng mặt tại nơi cư trú; đơn yêu cầu tuyên bố một người mất tích; yêu cầu tuyên bố một người là đã chết. Bổ sung quy định mới về trình tự, thủ tục giải quyết đơn yêu cầu công nhận thuận tình ly hôn,

nhận đơn cho đương sự. Trường hợp đơn đề nghị không đủ điều kiện thì tòa án, viện kiểm sát yêu cầu người gửi đơn sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 1 tháng; hết thời hạn này mà người gửi đơn không sửa đổi, bổ sung thì tòa án, viện kiểm sát trả lại đơn đề nghị, nêu rõ lý do cho đương sự và ghi chú vào sổ nhận đơn. Trường hợp không kháng nghị, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao thông báo bằng văn bản, nêu rõ lý do cho đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân có văn bản thông báo, kiến nghị biết (Điều 329).

thỏa thuận nuôi con, chia tài sản khi ly hôn; yêu cầu tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu; yêu cầu tuyên bố hợp đồng lao động vô hiệu, thỏa ước lao động tập thể vô hiệu; yêu cầu tòa án xem xét tính hợp pháp của cuộc đình công; yêu cầu công nhận kết quả hòa giải thành ngoài tòa án; yêu cầu tòa án bắt giữ tàu bay, tàu biển⁶.

4. Về thẩm quyền xét xử vụ việc dân sự của tòa án

Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014 xác định nguyên tắc các tòa án được tổ chức theo thẩm quyền của từng cấp tòa án. Theo đó, tòa án nhân dân được tổ chức thành 4 cấp: i) Tòa án nhân dân tối cao; ii) Tòa án nhân dân cấp cao; iii) Tòa án nhân dân cấp tỉnh; iv) Tòa án nhân dân cấp huyện. Phù hợp với quy định của Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã có một số sửa đổi, bổ sung về thẩm quyền xét xử vụ việc dân sự của tòa án như sau:

Thứ nhất, về thẩm quyền của tòa án theo cấp xét xử

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã quy định tòa án nhân dân cấp huyện giải quyết sơ thẩm hầu hết vụ việc dân sự theo đúng tinh thần Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020. Tòa án nhân dân cấp tỉnh giải quyết theo thủ tục sơ thẩm vụ việc dân sự mà có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hay cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan đại diện nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài, cho tòa án, cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài hoặc những tranh chấp mà tòa án nhân dân cấp tỉnh tự mình lấy lên để giải quyết hoặc theo đề nghị của tòa án nhân dân cấp huyện;

phức thẩm vụ việc mà bản án, quyết định sơ thẩm của tòa án nhân dân cấp huyện bị kháng cáo, kháng nghị. Tòa án nhân dân cấp tỉnh không còn thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật như trước đây mà chỉ có thẩm quyền kiểm tra bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án nhân dân cấp huyện. Khi phát hiện có vi phạm pháp luật hoặc có tình tiết mới theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự thì kiến nghị với Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao xem xét kháng nghị.

Tòa án nhân dân cấp cao giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện trong phạm vi thẩm quyền theo lãnh thổ bằng Hội đồng xét xử gồm 3 thẩm phán hoặc toàn thể thành viên Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao.

Tòa án nhân dân tối cao giám đốc thẩm những bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án khác bằng Hội đồng xét xử gồm 5 thẩm phán hoặc toàn thể thành viên Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

Thứ hai, về thẩm quyền của tòa án theo vụ việc

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 sửa đổi quy định xác định thẩm quyền của tòa án theo hướng bổ sung thêm nhiều loại vụ việc mới thuộc thẩm quyền của tòa án đã được quy định trong các luật nội dung, bảo đảm tính thống nhất, phù hợp với Hiến pháp năm 2013 và các luật khác như: Bộ luật Dân sự năm 2015, Bộ luật Lao động năm 2012, Bộ luật Hàng hải năm 2015, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, Luật Thi hành án dân sự năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014), Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Đấu thầu năm 2013, Luật Công đoàn năm 2012...

⁶ Phần thứ sáu Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

Theo quy định của Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014, về mặt nguyên tắc, trong cơ cấu của tòa án nhân dân cấp cao, tòa án nhân dân cấp tỉnh, tòa án nhân dân cấp huyện có Tòa gia đình và người chưa thành niên. Tuy nhiên, việc lập Tòa này ở tòa án nhân dân cấp nào phải tùy thuộc quy mô công việc, đội ngũ thẩm phán, công chức của từng tòa án và do Chánh án Tòa án nhân dân tối cao xem xét, quyết định. Để tiếp tục hoàn thiện cơ cấu tổ chức của các tòa án, đặc biệt là tòa án nhân dân cấp huyện, cấp tỉnh, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã bổ sung quy định mới về thẩm quyền của các Tòa chuyên trách thuộc tòa án nhân dân cấp huyện, cấp tỉnh. Theo đó, tòa án nhân dân cấp huyện có thể có Tòa dân sự (có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những vụ việc về dân sự, kinh doanh, thương mại, lao động), Tòa gia đình và người chưa thành niên (có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những vụ việc về hôn nhân và gia đình). Tại tòa án nhân dân cấp tỉnh có Tòa dân sự, Tòa gia đình và người chưa thành niên, Tòa kinh tế, Tòa lao động giải quyết các loại tranh chấp, yêu cầu tương ứng với loại việc của từng tòa⁷.

Thứ ba, về thẩm quyền của tòa án theo lãnh thổ

Khắc phục những khiếm khuyết của Bộ luật Tố tụng Dân sự hiện hành về thẩm quyền của tòa án theo lãnh thổ đối với các yêu cầu giải quyết việc dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã bổ sung quy định tại khoản 2 Điều 39 theo hướng xác định cụ thể, hợp lý hơn các tòa án có thẩm quyền giải quyết nhằm đảm bảo thuận lợi cho việc nộp đơn yêu cầu tại tòa án.

⁷ Điều 36, 38 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

5. Quy định thủ tục rút gọn trong tố tụng dân sự

Thực tiễn xét xử các tranh chấp tại tòa án các cấp thời gian qua cho thấy, có nhiều loại tranh chấp đơn giản, giá trị tranh chấp nhỏ, các bên đều thống nhất về nội dung tranh chấp và chứng cứ, nhưng tòa án vẫn phải tiến hành đầy đủ các thủ tục theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự hiện hành để giải quyết. Điều này dẫn đến thời gian giải quyết bị kéo dài, không bảo vệ kịp thời quyền, lợi ích hợp pháp của các bên, gây tổn kém tiền bạc của Nhà nước và đương sự, làm giảm lòng tin của người dân vào hệ thống tư pháp. Kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới cho thấy, bên cạnh thủ tục tố tụng để áp dụng chung, còn có thủ tục rút gọn được áp dụng khi đáp ứng một số điều kiện nhất định. Theo quy định tại khoản 4 Điều 103 Hiến pháp năm 2013, bên cạnh thủ tục thông thường, việc xét xử còn có thể được tiến hành theo thủ tục rút gọn. Do đó, để cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013, đảm bảo giải quyết nhanh gọn, kịp thời những vụ án đơn giản, chứng cứ rõ ràng, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 bổ sung quy định về thủ tục rút gọn trong tố tụng dân sự như sau:

- Điều kiện đưa vụ án dân sự ra xét xử theo thủ tục rút gọn bao gồm: i) Có tình tiết đơn giản, quan hệ pháp luật rõ ràng, đương sự đã thừa nhận nghĩa vụ; ii) Tài liệu, chứng cứ đầy đủ, bảo đảm đủ căn cứ để giải quyết vụ án và tòa án không phải thu thập tài liệu, chứng cứ; iii) Các đương sự đều có địa chỉ nơi cư trú, trụ sở rõ ràng; iv) Không có đương sự cư trú ở nước ngoài, tài sản tranh chấp ở nước ngoài; trừ trường hợp đương sự ở nước ngoài và ở Việt Nam có thỏa thuận đề nghị tòa án giải quyết theo thủ tục rút gọn hoặc các đương sự đã xuất trình được

chứng cứ về quyền sở hữu hợp pháp tài sản và có thỏa thuận thống nhất về việc xử lý tài sản (khoản 1 Điều 317).

- Thành phần xét xử sơ thẩm, phúc thẩm vụ án theo thủ tục rút gọn là 1 thẩm phán (Điều 65).

- Trong giai đoạn chuẩn bị xét xử vụ án theo thủ tục rút gọn, nếu xuất hiện tình tiết mới làm cho vụ án không còn đủ điều kiện để giải quyết theo thủ tục rút gọn thì tòa án phải ra quyết định chuyển vụ án sang giải quyết theo thủ tục thông thường⁸.

- Việc giải quyết vụ án dân sự theo thủ tục rút gọn sẽ không tổ chức phiên hòa giải và phiên họp tiếp cận, công khai chứng cứ mà thẩm phán tiến hành hòa giải, công khai ngay sau khi khai mạc phiên tòa.

- Phù hợp với chế độ xét xử sơ thẩm, phúc thẩm theo quy định tại khoản 6 Điều 103 Hiến pháp năm 2013, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định bản án, quyết định sơ thẩm theo thủ tục rút gọn có thể bị kháng cáo, kháng nghị để xét xử lại theo thủ tục xét xử phúc thẩm rút gọn. Trình tự xét xử phúc thẩm rút gọn thực hiện theo thủ tục quy định tại Điều 324.

6. Về bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người chưa thành niên trong tố tụng dân sự

Để bảo đảm lợi ích tốt nhất, phù hợp với đặc điểm tâm lý và sự phát triển bình thường của người chưa thành niên khi phải tham gia tố tụng dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định nguyên tắc cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng có trách nhiệm bảo vệ người chưa thành niên trong tố tụng dân sự. Đối với các vụ việc dân sự mà có đương sự là người

chưa thành niên thì viện kiểm sát phải tham gia các phiên tòa, phiên họp.

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã quy định bổ sung nhiều thủ tục tố tụng đặc thù so với trước đây như:

- Tòa án nhân dân sẽ xét xử kín trong trường hợp đặc biệt cần bảo vệ người chưa thành niên;

- Đối với vụ án có đương sự là người chưa thành niên thì phải có hội thẩm nhân dân là người đã hoặc đang công tác tại Đoàn thanh niên Cộng sản Hồ Chí Minh, Hội liên hiệp phụ nữ Việt Nam, cơ quan quản lý nhà nước về gia đình, cơ quan quản lý nhà nước về trẻ em;

- Trường hợp người chưa thành niên không có người đại diện thì tòa án phải chỉ định người đại diện để tham gia tố tụng;

- Hội đồng xét xử không công bố tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án nếu cần giữ bí mật hoặc bảo vệ người chưa thành niên trong trường hợp đặc biệt;

- Đối với các vụ việc dân sự liên quan đến người chưa thành niên thì phải xem xét nguyện vọng của người đó nếu họ từ đủ 7 tuổi trở lên;

- Bảo vệ tối đa quyền của người làm chứng là người chưa thành niên. Theo đó, người làm chứng là người chưa thành niên thì không bị dẫn giải đến phiên tòa, phiên họp, không phải cam kết khai báo đúng sự thật, không phải cam đoan trước tòa án về việc thực hiện quyền, nghĩa vụ của mình.

7. Tăng cường bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động trong tố tụng dân sự

Xuất phát từ yêu cầu tăng cường bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động – bên yếu thế trong quan hệ lao động, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã xây dựng

⁸ Cụ thể hơn xem khoản 3 Điều 317 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

những quy định đặc thù đối với việc giải quyết tranh chấp, yêu cầu về lao động:

- Về trách nhiệm cung cấp, giao nộp tài liệu, chứng cứ và nghĩa vụ chứng minh trong vụ án lao động

Điều 91 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định đương sự là người lao động trong vụ án lao động không cung cấp, giao nộp được cho tòa án tài liệu, chứng cứ vì lý do tài liệu, chứng cứ đó đang do người sử dụng lao động quản lý, lưu giữ thì người sử dụng lao động có trách nhiệm cung cấp, giao nộp tài liệu, chứng cứ đó cho tòa án. Người lao động khởi kiện vụ án bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động thuộc trường hợp không được đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động hoặc không được xử lý kỷ luật đối với người lao động theo quy định của pháp luật về lao động thì nghĩa vụ chứng minh thuộc về người sử dụng lao động.

- Về Hội đồng xét xử vụ án lao động

Quy định đặc thù áp dụng đối với vụ án lao động là Hội đồng xét xử phải có hội thẩm nhân dân là người đã hoặc đang công tác trong tổ chức đại diện tập thể lao động hoặc người có kiến thức về pháp luật lao động (Điều 63).

- Về đại diện cho người lao động, tập thể người lao động

Về nguyên tắc, tổ chức đại diện tập thể lao động là người đại diện theo pháp luật cho tập thể người lao động khởi kiện vụ án lao động, tham gia tố tụng tại tòa án khi quyền, lợi ích của tập thể người lao động bị xâm phạm.

Trường hợp nhiều người lao động có cùng yêu cầu đối với người sử dụng lao động, trong cùng một doanh nghiệp, đơn vị thì họ được ủy quyền cho một đại diện của

tổ chức đại diện tập thể lao động thay mặt họ khởi kiện vụ án lao động, tham gia tố tụng tại tòa án (Điều 85). Đối với những tranh chấp mà đương sự là người lao động không có người đại diện và tòa án cũng không chỉ định được người đại diện thì tòa án chỉ định tổ chức đại diện tập thể lao động đại diện cho người lao động đó (Điều 88).

- Về áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo vệ kịp thời quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã sửa đổi, bổ sung quy định về biện pháp khẩn cấp tạm thời buộc người sử dụng lao động tạm ứng tiền lương, tiền bảo hiểm y tế, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp, chi phí cứu chữa tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp, tiền bồi thường, trợ cấp tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp cho người lao động; tạm đình chỉ thi hành quyết định đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, quyết định sa thải người lao động⁹.

8. Quy định cơ chế, phương thức để yêu cầu công nhận kết quả hòa giải thành ngoài tòa án

Thể chế hóa tinh thần cải cách tư pháp về việc khuyến khích giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định mới cơ chế, phương thức để yêu cầu công nhận kết quả hòa giải thành ngoài tòa án¹⁰ nhằm giảm số lượng vụ việc phải giải quyết tại tòa án và nhanh chóng giải quyết mâu thuẫn, tranh chấp trong nhân dân, cụ thể như sau:

a) Kết quả hòa giải thành vụ việc ngoài tòa án được tòa án xem xét ra quyết định

⁹ Điều 118, 119 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

¹⁰ Tại Chương XXXIII Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

công nhận là kết quả hòa giải thành do cơ quan, tổ chức, người có thẩm quyền thực hiện theo quy định của pháp luật như kết quả hòa giải theo quy định của Luật Hòa giải ở cơ sở, Luật Thương mại, Luật Đất đai, Bộ luật Lao động, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng...

b) Việc xem xét công nhận kết quả hòa giải ngoài tòa án do 1 thẩm phán giải quyết.

c) Quyết định công nhận hoặc không công nhận kết quả hòa giải thành ngoài tòa án có hiệu lực thi hành ngay, không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm, nhưng có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Kết quả hòa giải được tòa án ra quyết định công nhận sẽ được cơ quan thi hành án dân sự thi hành theo pháp luật về thi hành án dân sự.

9. Hoàn thiện thủ tục giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài đáp ứng yêu cầu hội nhập và thực hiện cam kết quốc tế

Thực tiễn thi hành Bộ luật Tố tụng Dân sự hiện hành cho thấy, phát sinh nhiều vướng mắc khi áp dụng các quy định về thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài, phán quyết của trọng tài nước ngoài và thủ tục giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài¹¹. Một trong những nguyên nhân chính của vướng mắc này là do Bộ luật Tố tụng Dân sự hiện hành chưa có những quy định cụ thể đáp ứng đặc thù của các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài.

¹¹ Tòa án nhân dân tối cao, Mục II 2.2.1, 2.2.2, 2.2.6, 2.2.9 Báo cáo tổng kết thực tiễn 10 năm thi hành Bộ luật Tố tụng Dân sự số 43/BC-TANDTC, ngày 26/2/2015.

Trong điều kiện hội nhập quốc tế, đòi hỏi hệ thống tư pháp nói chung và thủ tục tố tụng dân sự nói riêng phải đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn và phù hợp với thông lệ quốc tế. Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã sửa đổi cơ bản những quy định liên quan đến tố tụng dân sự có yếu tố nước ngoài: về trình tự, thủ tục, về thẩm quyền của tòa án, về thủ tục công nhận và cho thi hành bản án, quyết định của tòa án nước ngoài, phán quyết của trọng tài nước ngoài. Chẳng hạn như: bổ sung quy định mới về thời hạn gửi đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành, xác định địa chỉ của đương sự ở nước ngoài, các phương thức tổng đạt, thông báo văn bản tố tụng của tòa án cho đương sự ở nước ngoài, thông báo về việc thụ lý, ngày mở phiên hòa giải, ngày mở lại phiên hòa giải, ngày mở phiên tòa và ngày mở lại phiên tòa, xử lý kết quả tổng đạt văn bản tố tụng của tòa án cho đương sự ở nước ngoài, xác định và cung cấp nội dung pháp luật của nước ngoài để tòa án áp dụng trong việc giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài...

*

* *

Trên đây là những nội dung mới cơ bản của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 vừa được Quốc hội thông qua. Với rất nhiều thay đổi về thủ tục tố tụng, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 sẽ là cơ sở pháp lý quan trọng cho sự phát triển và nâng cao chất lượng hoạt động tố tụng dân sự, góp phần bảo vệ công lý, quyền con người, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân trong thời gian tới.

KẾT HÔN GIẢ TẠO VÀ HƯỚNG XỬ LÝ TRONG GIAI ĐOẠN CHUYỂN TIẾP GIỮA LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH NĂM 2000 VỚI LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH NĂM 2014

*Huỳnh Thị Trúc Giang**

Tóm tắt: Bài viết phân tích quy định về kết hôn giả tạo trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Thông qua đó, chỉ ra các vấn đề pháp lý phát sinh trong việc giải quyết kết hôn giả tạo trong giai đoạn chuyển tiếp giữa Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 với Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Đồng thời, đề xuất các giải pháp khắc phục.

Abstract: This article analyses the provisions of the Law on Family and Marriage of 2014 relating to fake marriage. Basing on that, it points out legal issues arising from the settlement of such marriage in the transitional period between the Law on Family and Marriage of 2000 and of 2014. On that basis, it proposes solutions to deal with such issues.

1. Đặt vấn đề

Kết hôn giả tạo không phải là một vấn đề mới mẻ, thậm chí ngày càng có xu hướng gia tăng ở một số quốc gia trên thế giới¹. Ở Việt Nam, việc kết hôn giả tạo chỉ mới bắt đầu được ghi nhận tại khoản 2 Điều 4 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000. Theo đó, kết hôn giả tạo là hành vi bị cấm; đồng thời tại khoản 3 của cùng điều luật cũng xác định rõ: “Mọi hành vi vi phạm pháp luật về hôn nhân và gia đình phải được xử lý kịp thời, nghiêm minh, đúng pháp luật”. Tuy nhiên, khi Nghị định 110/2013/NĐ-CP²

thay thế cho Nghị định 87/2001/NĐ-CP³ thì mới có chế tài xử lý cho hai hành vi: (i) Lợi dụng việc kết hôn nhằm mục đích xuất cảnh, nhập cảnh; nhập quốc tịch Việt Nam, quốc tịch nước ngoài; (ii) Lợi dụng việc kết hôn để hưởng chế độ ưu đãi của nhà nước hoặc để thực hiện các mục đích trục lợi khác” với hình thức phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng⁴.

Đến Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, những quy định về kết hôn giả tạo vẫn được kế thừa và phát triển; khái niệm kết hôn giả tạo đã bắt đầu được ghi nhận. Bên cạnh đó, kết hôn giả tạo đã trở thành một trong những trường hợp cấm kết hôn được quy định tại điều kiện kết hôn. Điều đó

* ThS., Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

¹ Mạnh Tường, Anh: *Mỗi giờ có một vụ kết hôn giả*, <http://laodong.com.vn/lao-dong-doi-song/anh-moi-gio-co-mot-vu-ket-hon-gia-206977.bld>, truy cập ngày 13/9/2105.

² Nghị định 110/2013/NĐ-CP ngày 24 tháng 9 năm 2013 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo trợ tư pháp, hôn nhân và gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

³ Nghị định 87/2001/NĐ-CP ngày 21 tháng 11 năm 2001 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình.

⁴ Xem khoản 4 Điều 28 Nghị định 110/2013/NĐ-CP ngày 24 tháng 9 năm 2013 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo trợ tư pháp, hôn nhân và gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

có nghĩa, nếu hai bên nam, nữ kết hôn giả tạo tức là đã vi phạm điều kiện kết hôn và vì vậy, việc kết hôn đó trái pháp luật⁵. Do đó, sẽ bị “hủy việc kết hôn trái pháp luật”⁶. Tuy nhiên, trong giai đoạn chuyển tiếp giữa Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 với Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, việc xử lý kết hôn giả tạo cần phải thống nhất trong việc áp dụng pháp luật.

2. Một số vấn đề pháp lý phát sinh

2.1. Khái niệm kết hôn giả tạo

Khoản 11 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định: “*Kết hôn giả tạo là việc lợi dụng kết hôn để xuất cảnh, nhập cảnh, cư trú, nhập quốc tịch Việt Nam, quốc tịch nước ngoài; hưởng chế độ ưu đãi của Nhà nước hoặc để đạt được mục đích khác mà không nhằm xây dựng gia đình*”.

Tiêu chí để phân biệt giữa kết hôn và kết hôn giả tạo chính là mục đích của việc thực hiện hành vi. Nếu như mục đích của kết hôn là việc *xác lập quan hệ vợ chồng với nhau*⁷, thì kết hôn giả tạo lại nhằm các mục đích khác. Tuy nhiên, quy định trên chưa làm rõ được về ý chí của hai bên kết hôn giả tạo. Nếu không có sự thống nhất ý chí của hai bên, tức là mục đích kết hôn giả tạo chỉ xuất phát từ một phía, người còn lại hoàn toàn thành thật và cũng không hề biết được ý định của bên kia thì việc kết hôn đó có phải là kết hôn giả tạo hay không? Thực tế đã xảy ra trường hợp: sau một thời gian kết hôn, người vợ yêu cầu Tòa án hủy việc

kết hôn trái pháp luật do cho rằng người chồng kết hôn với mình chỉ vì muốn nhập hộ khẩu thành phố⁸. Trong trường hợp này, việc kết hôn giả tạo chỉ xuất phát từ ý chí người chồng, người vợ hoàn toàn không hề hay biết cho đến khi yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật. Như vậy, căn cứ vào quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, Tòa án khó có thể coi đây là trường hợp kết hôn giả tạo.

2.2. Xử lý việc kết hôn giả tạo

2.2.1. *Lựa chọn hình thức xử lý trong giai đoạn chuyển tiếp giữa Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 với Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014*

Khoản 1 Điều 131 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định: “*Quan hệ hôn nhân và gia đình được xác lập trước ngày Luật này có hiệu lực thì áp dụng pháp luật về hôn nhân và gia đình tại thời điểm xác lập để giải quyết*”. Căn cứ quy định này, nếu việc kết hôn giả tạo xác lập vào thời điểm của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 nhưng bị phát hiện hoặc có yêu cầu Tòa án giải quyết sau này thì vẫn áp dụng Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 để giải quyết. Tuy nhiên, do hướng xử lý việc kết hôn giả tạo trong giai đoạn này có sự khác nhau rất lớn nên cần chia ra hai trường hợp:

+ Thứ nhất, việc kết hôn giả tạo đã xác lập từ ngày Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 có hiệu lực (ngày 01/01/2001) đến trước ngày Nghị định 110/2013/NĐ-CP có hiệu lực (ngày 11 tháng 11 năm 2013).

+ Thứ hai, việc kết hôn giả tạo đã xác lập từ ngày Nghị định 110/2013/NĐ-CP có hiệu lực đến trước ngày Luật Hôn nhân và

⁵ Khoản 6 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định: “*Kết hôn trái pháp luật là việc nam, nữ đã đăng ký kết hôn tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhưng một bên hoặc cả hai bên vi phạm điều kiện kết hôn theo quy định tại Điều 8 của Luật này*”.

⁶ Xem các quy định từ Điều 10 đến Điều 12 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

⁷ Quy định tại khoản 5 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

⁸ Kim Phụng, *Kết hôn trái pháp luật?*, <http://netluat.phapluattp.vn/luat-net/toi-muon-oi/ket-hon-trai-phap-luat-575741.html>, truy cập ngày 2/9/2015.

Gia đình năm 2014 có hiệu lực (ngày 01/01/2015).

Do Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 chưa có quy định chi tiết dẫn đến việc bất nhất trong cách giải quyết. Cụ thể, sẽ có Tòa án áp dụng Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 để hủy việc kết hôn trái pháp luật của hai bên kết hôn giả tạo; hoặc Tòa án sẽ chuyển cho cơ quan có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính theo Nghị định 110/2013/NĐ-CP. Cũng có thể Tòa án sẽ không hủy việc kết hôn trái pháp luật và cũng không chuyển cho cơ quan có thẩm quyền để xử phạt vi phạm hành chính, vì căn cứ vào quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 cũng như pháp luật hôn nhân và gia đình có hiệu lực trước đó, hành vi này không bị áp dụng bất kỳ chế tài nào. Do đó, cần phải có hướng dẫn thống nhất về cách xử lý kết hôn giả tạo trong từng trường hợp nêu trên để tạo sự thống nhất trong việc áp dụng pháp luật.

2.2.2. Một số điểm chưa hoàn thiện khi áp dụng chế tài hủy việc kết hôn trái pháp luật đối với kết hôn giả tạo theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014

Thứ nhất, về quyền yêu cầu hủy việc kết hôn giả tạo. Như đã trình bày ở trên, nếu việc kết hôn giả tạo xác lập vào thời điểm Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 có hiệu lực thì việc xử lý loại quan hệ hôn nhân này được thực hiện theo quy định về việc kết hôn trái pháp luật. Theo đó, chế tài mà pháp luật hôn nhân và gia đình quy định chính là hủy việc kết hôn trái pháp luật của hai bên kết hôn giả tạo. Việc hủy kết hôn trái pháp luật được quy định từ Điều 10 đến Điều 12 của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Theo đó, việc kết hôn trái pháp luật nói chung và kết hôn giả tạo nói riêng chỉ bị hủy khi có người yêu cầu. Điều 10

Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định người có quyền yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật bao gồm: “1. Người bị cưỡng ép kết hôn, bị lừa dối kết hôn, theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự, có quyền tự mình yêu cầu hoặc đề nghị cá nhân, tổ chức quy định tại khoản 2 Điều này yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật do việc kết hôn vi phạm quy định tại điểm b khoản 1 Điều 8 của Luật này. 2. Cá nhân, cơ quan, tổ chức sau đây, theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự, có quyền yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật do việc kết hôn vi phạm quy định tại các điểm a, c và d khoản 1 Điều 8 của Luật này: a) Vợ, chồng của người đang có vợ, có chồng mà kết hôn với người khác; cha, mẹ, con, người giám hộ hoặc người đại diện theo pháp luật khác của người kết hôn trái pháp luật; b) Cơ quan quản lý nhà nước về gia đình; c) Cơ quan quản lý nhà nước về trẻ em; d) Hội liên hiệp phụ nữ. 3. Cá nhân, cơ quan, tổ chức khác khi phát hiện việc kết hôn trái pháp luật thì có quyền đề nghị cơ quan, tổ chức quy định tại các điểm b, c và d khoản 2 Điều này yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật”. Như vậy, một trong hai bên hoặc cả hai bên kết hôn giả tạo không có quyền yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật của họ. Tuy nhiên, cha, mẹ, con, người giám hộ hoặc người đại diện theo pháp luật của hai bên kết hôn giả tạo lại có quyền yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn. Đây là quy định chưa hợp lý, bởi lẽ, việc kết hôn giả tạo thường được xác lập sau khi đã có sự bàn bạc, lên kế hoạch và thống nhất ý chí của hai bên kết hôn. Thế nên, hơn ai hết, những người trong cuộc phải là người hiểu rõ việc kết hôn của họ có phải là kết hôn giả tạo hay không. Do vậy, sau khi xác lập quan hệ hôn nhân một

cách giả tạo, tự bản thân hai bên kết hôn đã nhận thấy việc làm của họ là trái pháp luật nên có nguyện vọng được Tòa án giải quyết cho hủy việc kết hôn giả tạo. Nếu không ghi nhận quyền được tự mình yêu cầu hủy việc kết hôn giả tạo thì đa phần hai bên kết hôn sẽ lựa chọn giải pháp kế tiếp là nộp đơn xin ly hôn. Trong trường hợp này, nếu đủ căn cứ thì Tòa án sẽ thụ lý và giải quyết cho họ. Tuy nhiên, bản chất của việc ly hôn là nhằm chấm dứt một mối quan hệ hôn nhân hợp pháp. Trong khi đó, hủy việc kết hôn trái pháp luật cũng làm cho quan hệ hôn nhân phải chấm dứt, nhưng lại mang ý nghĩa là một chế tài buộc họ phải chấm dứt hành vi vi phạm. Bởi lẽ, ngay từ khi xác lập, quan hệ hôn nhân của họ không được Nhà nước công nhận và bảo hộ.

Thứ hai, về quy định xử lý đối với kết hôn trái pháp luật do giả tạo. Sau khi có đơn yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật, Tòa án sẽ giải quyết theo quy định tại khoản 2 Điều 11 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014: “*Trong trường hợp tại thời điểm Tòa án giải quyết yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật mà cả hai bên kết hôn đã đủ điều kiện kết hôn theo quy định tại Điều 8 của Luật này và hai bên yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân thì Tòa án sẽ công nhận quan hệ hôn nhân đó*”. Theo quy định này, thì việc kết hôn trái pháp luật - không phụ thuộc điều kiện vi phạm, đều được xử lý theo một trong hai cách sau đây:

- Một là, công nhận quan hệ hôn nhân của hai bên kết hôn trái pháp luật, nếu tại thời điểm Tòa án giải quyết yêu cầu hủy việc kết hôn trái pháp luật hai bên đã đủ điều kiện kết hôn và có yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân đó.

- Hai là, hủy việc kết hôn trái pháp luật nếu tại thời điểm Tòa án giải quyết yêu cầu

hủy việc kết hôn trái pháp luật hai bên không đủ điều kiện kết hôn, hoặc đủ điều kiện kết hôn nhưng không có yêu cầu công nhận quan hệ hôn nhân đó.

Như vậy, có khả năng việc kết hôn giả tạo cũng sẽ được hợp pháp hóa, nếu tại thời điểm Tòa án giải quyết yêu cầu hủy việc kết hôn giả tạo, các bên chứng minh được mình đã đủ điều kiện kết hôn - tức là không còn giả tạo nữa thì Tòa án sẽ công nhận quan hệ hôn nhân của họ. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là việc xác định mục đích hai bên kết hôn không phải là điều đơn giản. Vì vậy, cần phải có quy định hợp lý hơn để khắc phục tình trạng này.

3. Một số giải pháp

3.1. Giải pháp nhằm hoàn thiện quy định pháp luật

3.1.1. Về khái niệm kết hôn giả tạo

Theo quan điểm của người viết, nếu việc kết hôn không nhằm mục đích xây dựng gia đình mà nhằm mục đích nhập quốc tịch nước ngoài, nhập quốc tịch Việt Nam, hưởng chế độ ưu đãi của Nhà nước hoặc nhằm mục đích trục lợi khác nhưng không xuất phát từ sự thống nhất ý chí của hai bên thì không thể xem đây là kết hôn giả tạo mà phải được coi là kết hôn do lừa dối. Tuy nhiên, giải pháp này cũng vướng phải rào cản về mặt cơ sở pháp lý. Bởi lẽ, hiện nay trong quy định của pháp luật hôn nhân và gia đình, hoàn toàn không có giải thích thế nào là kết hôn do lừa dối.

Khi Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 có hiệu lực, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có ban hành Nghị quyết 02/2000/NQ-HĐTP ngày 23/12/2000 về việc hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000. Tại điểm B2 khoản 1 của văn bản này quy định: “*Một bên lừa dối (ví dụ: lừa dối nếu*

kết hôn sẽ bảo lãnh ra nước ngoài; không có khả năng sinh lý nhưng cố tình giấu; biết mình bị nhiễm HIV nhưng cố tình giấu...) nên bên bị lừa dối đã đồng ý kết hôn”. Như vậy, Nghị quyết 02/2000/NQ-HĐTP chỉ mới nêu ra ví dụ của việc kết hôn do lừa dối chứ chưa đưa ra được các tiêu chí khái quát để từ đó có thể xác định thế nào là lừa dối kết hôn.

Vì vậy, thiết nghĩ, để việc giải quyết hành vi kết hôn giả tạo được hợp lý và có cơ sở pháp lý rõ ràng, cần có hướng dẫn về việc xác định ý chí của hai bên kết hôn giả tạo theo hướng phải có sự thống nhất ý chí của hai bên kết hôn, nếu không, thì việc kết hôn đó là kết hôn do lừa dối. Đồng thời, cũng cần có quy định giải thích khái niệm kết hôn do lừa dối theo hướng: “*khi một bên kết hôn có bất kỳ hành vi nào không đúng với sự thật nhằm làm cho bên còn lại đồng ý kết hôn với mình là kết hôn do lừa dối*”.

3.1.2. Về hình thức xử lý việc kết hôn giả tạo trong giai đoạn chuyển tiếp

Tòa án nhân dân tối cao cần có văn bản hướng dẫn về xử lý việc kết hôn giả tạo trong giai đoạn chuyển tiếp theo quy định tại khoản 1 Điều 131 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 nhằm tạo sự thống nhất. Theo đó, có ba trường hợp xử lý như sau:

- *Thứ nhất, nếu việc kết hôn giả tạo đã thực hiện trước ngày 11/11/2013 – ngày Nghị định 110/2013/NĐ-CP có hiệu lực* thì không thể áp dụng chế tài hành chính hay hủy việc kết hôn trái pháp luật để xử lý việc kết hôn giả tạo. Bởi lẽ, trước khi Nghị định 10/2013/NĐ-CP được ban hành thì pháp luật hôn nhân và gia đình hoàn toàn không có chế tài nào đối với hành vi kết hôn giả tạo.

- *Thứ hai, nếu việc kết hôn giả tạo đã thực hiện từ ngày 11/11/2013 đến trước ngày 01/01/2015 - ngày Luật Hôn nhân và*

Gia đình năm 2014 có hiệu lực, thì việc kết hôn giả tạo sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính theo quy định tại khoản 4 Điều 18 Nghị định 110/2013/NĐ-CP.

- *Thứ ba, nếu việc kết hôn giả tạo đã thực hiện từ ngày 01/01/2015 thì áp dụng Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 để hủy việc kết hôn trái pháp luật của hai bên kết hôn giả tạo.*

Đồng thời, để có căn cứ pháp lý xác định thời điểm xác lập việc kết hôn giả tạo từ đó quyết định cách xử lý cho phù hợp, Tòa án nhân dân tối cao cũng cần quy định: “*thời điểm xác lập việc kết hôn giả tạo là thời điểm đăng ký kết hôn của hai bên và được ghi nhận trong Giấy chứng nhận đăng ký kết hôn*”.

3.1.3. Về việc hủy kết hôn trái pháp luật của hai bên kết hôn giả tạo theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014

Thứ nhất, về quyền yêu cầu hủy việc kết hôn giả tạo, nên có quy định bổ sung theo hướng cho phép hai bên kết hôn giả tạo được quyền tự mình yêu cầu Tòa án hủy việc kết hôn trái pháp luật.

Thứ hai, về việc xử lý đối với kết hôn trái pháp luật do giả tạo. Theo quan điểm của tác giả, nếu có yêu cầu hủy việc kết hôn giả tạo thì Tòa án phải giải quyết theo hướng hủy quan hệ hôn nhân đó. Như vậy mới đảm bảo sự nghiêm minh cần thiết cho pháp luật, đồng thời nâng cao được ý thức tôn trọng pháp luật của người dân. Nếu họ muốn xây dựng gia đình thật sự với nhau thì việc kết hôn lại không phải là điều khó khăn. Tuy nhiên, đối với những trường hợp này, khi thực hiện việc kết hôn lần hai đối với cùng một chủ thể, cần phải có sự kiểm tra sát sao hơn về điều kiện kết hôn của họ.

3.2. Giải pháp nhằm hạn chế tình trạng kết hôn giả tạo

Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 đưa thêm chế tài hủy việc kết hôn trái pháp luật bên cạnh chế tài về hành chính phạt tiền đối với kết hôn giả tạo là hợp lý và cần thiết để việc kết hôn không bị lợi dụng vì các mục đích trục lợi khác. Tuy nhiên, trong thực tế, việc kết hôn giả tạo thường rất khó bị phát hiện để xử lý kịp thời và đúng pháp luật. Bởi vì, khi đã có ý định xây dựng quan hệ hôn nhân giả tạo, hai bên kết hôn thường tìm mọi cách để làm cho đại diện cơ quan đăng ký kết hôn tin rằng họ thật sự mong muốn trở thành vợ chồng của nhau, cùng nhau chung sống.

Vì vậy, nhằm góp phần giảm thiểu loại quan hệ hôn nhân này trên thực tế, bên cạnh những giải pháp về mặt lập pháp còn cần phải thực hiện các giải pháp về mặt thực thi pháp luật. Cụ thể, phải tăng cường các biện pháp kiểm tra điều kiện kết hôn chặt chẽ hơn tại thời điểm các bên nam, nữ thực hiện việc đăng ký kết hôn. Mặt khác, phải thường xuyên tuyên truyền, phổ biến cho người dân hiểu việc cấm kết hôn giả tạo trước hết là nhằm đảm bảo lợi ích của chính bản thân họ, sau đó mới đến xây dựng xã hội văn minh, tiến bộ. Không nhận thức được như vậy, người dân sẽ không tự nguyện tuân thủ pháp luật.

(Tiếp theo trang 12 – Cơ quan nhân quyền ...)

Về chức năng và thẩm quyền, Ủy ban nhân quyền quốc gia sẽ là một cơ quan đầu mối về nhân quyền và có chức năng giám sát, tham vấn cho các cơ quan nhà nước khác trong việc xây dựng, triển khai các chính sách, pháp luật có liên quan đến nhân quyền; và theo thời gian, chức năng và thẩm quyền của cơ quan này sẽ dần được điều chỉnh mở rộng (bao gồm chức năng bán tư pháp).

Về cơ sở pháp lý, theo kinh nghiệm các nước Đông Nam Á kể trên, Ủy ban nhân quyền quốc gia nên được thành lập theo một đạo luật của Quốc hội. Điều này sẽ giúp khẳng định được vị trí, vai trò của cơ quan này trong đời sống chính trị, xã hội của đất

nước cũng như để tạo được uy tín, sự tin tưởng từ phía dư luận trong nước và cộng đồng quốc tế.

Trên đây là một số kiến nghị mang tính gợi mở. Việc thành lập NHRIs ở Việt Nam cần thêm những nghiên cứu chuyên sâu khác. Mặc dù cùng nằm trong khu vực ASEAN và có nhiều nét tương đồng về văn hóa, song Việt Nam lại có sự khác biệt rất lớn về hệ thống chính trị. Do đó, tuy chia sẻ tính cấp thiết và những vấn đề cơ bản, NHRIs được thành lập ở Việt Nam có thể có những đặc thù so với ở các nước ASEAN khác.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA LUẬT HỢP TÁC XÃ NĂM 2012

*Trần Ngọc Dũng**

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập trong các quy định của Luật Hợp tác xã năm 2012 và đề xuất các kiến nghị hoàn thiện nhằm phát huy tác dụng tích cực của đạo luật này, tạo những điều kiện cần thiết cho các hợp tác xã phát triển mạnh mẽ và bền vững trong thời gian tới.

Abstract: This article analyses some shortcomings of provisions of the Law on Cooperatives of 2012. After that, it makes proposals to improve such provisions to make the Law more effective in practice and provide necessary environment for the sustainable development of cooperatives in the years to come.

1. Một số bất cập của Luật Hợp tác xã năm 2012

1.1. Về nhận thức bản chất của hợp tác xã

Luật Hợp tác xã năm 2012 đã quy định hợp tác xã như một loại hình doanh nghiệp (giống như công ty cổ phần) khi đổi tên gọi “xã viên” thành “thành viên”, “chủ nhiệm hợp tác xã” thành “giám đốc”, “tổng giám đốc”, “Ban quản trị” thành “Hội đồng quản trị”, “đại hội xã viên” thành “đại hội thành viên”. Các đạo luật về hợp tác xã hoặc các điều lệ mẫu của các hợp tác xã ở nhiều nước trên thế giới¹ không gọi tên các chức danh và cơ quan quản lý, điều hành trong hợp tác xã như Luật Hợp tác xã năm 2012 của Việt Nam.

1.2. Về quy định tại khoản 3 Điều 3

Khoản 3 Điều 3 của Luật Hợp tác xã năm 2012 quy định: “*Khi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã phát triển đến trình độ cao hơn thì sẽ hình thành các doanh nghiệp của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; doanh*

nghiệp của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã hoạt động theo Luật Doanh nghiệp”. Quy định này có hai điểm mâu thuẫn, đó là: 1) Cho rằng hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được tổ chức và hoạt động theo Luật Hợp tác xã là ở trình độ thấp; các doanh nghiệp được tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp thì mới ở trình độ cao. Điều 4 của Luật Hợp tác xã năm 2012 cũng không giải thích thế nào là “trình độ cao” trong sự phát triển của hợp tác xã. Quy định của pháp luật phải rõ ràng, minh bạch, đơn nghĩa, chứ không thể “hiểu ngầm” hoặc hiểu cách nào cũng được. 2) Hợp tác xã là một tổ chức kinh tế đặc biệt, được tổ chức và hoạt động theo Luật Hợp tác xã (chứ không theo Luật Doanh nghiệp); do vậy, đương nhiên các đơn vị, bộ phận của hợp tác xã cũng phải được tổ chức và hoạt động theo Luật Hợp tác xã. Nhưng khoản 3 Điều 3 của Luật Hợp tác xã lại quy định: “*doanh nghiệp của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã hoạt động theo Luật Doanh nghiệp*”. Điều có có nghĩa các bộ phận, đơn vị của hợp tác xã lại được tổ chức và hoạt động theo các căn cứ pháp lý khác nhau. Đây rõ ràng là một điều vô lý.

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương, *khuôn khổ pháp lý và kinh nghiệm phát triển hợp tác xã của một số nước*, Hà Nội, năm 1996.

1.3. Về tổ chức, hoạt động của liên hiệp hợp tác xã

Hợp tác xã và liên hiệp hợp tác xã đều là các tổ chức kinh tế tập thể, đều được tổ chức và hoạt động theo 7 nguyên tắc tổ chức và hoạt động được quy định tại Điều 7 của Luật Hợp tác xã. Tuy vậy, trong thực tế, việc tổ chức và hoạt động của liên hiệp hợp tác xã không thể hoàn toàn giống việc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã. Lý do là các xã viên hợp tác xã chủ yếu là các cá nhân, hộ gia đình và pháp nhân, còn thành viên của liên hiệp hợp tác xã là các hợp tác xã (có tư cách pháp nhân). Cơ cấu tổ chức, địa vị pháp lý (các quyền và nghĩa vụ) của pháp nhân không thể giống địa vị pháp lý (các quyền và nghĩa vụ) của các cá nhân, hộ gia đình. Trong khi đó, Luật Hợp tác xã không có điều khoản nào quy định sự khác biệt trong tổ chức và hoạt động của liên hiệp hợp tác xã so với tổ chức và hoạt động của hợp tác xã. Cụ thể là, Luật Hợp tác xã năm 2012 đã không có những quy định đầy đủ, rõ ràng về một số vấn đề về/liên quan đến liên hiệp hợp tác xã như:

- Khoản 1 Điều 13 quy định: “*cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân*” có thể trở thành thành viên của hợp tác xã. Khoản 2 Điều 3, quy định: “*Liên hiệp hợp tác xã... do ít nhất 04 hợp tác xã tự nguyện thành lập*”. Vậy khi các cá nhân, một số hộ gia đình và từ 04 hợp tác xã (các hợp tác xã cũng có tư cách pháp nhân) trở lên thành lập ra một tổ chức kinh tế tập thể theo các nguyên tắc của hợp tác xã, thì đó là hợp tác xã hay liên hiệp hợp tác xã? Phải chăng Luật Hợp tác xã năm 2012 quy định thành viên của liên hiệp hợp tác xã chỉ gồm các hợp tác xã, không bao gồm các thành viên là cá nhân, hộ gia đình và các pháp nhân (không phải là hợp tác xã) khác?

- “*Hội đồng quản trị*” của liên hiệp hợp tác xã được thành lập trên cơ sở nào? Có phải tất cả các thành viên của “*Hội đồng quản trị*” của các hợp tác xã thành viên đều tham gia “*Hội đồng quản trị*” của liên hiệp hợp tác xã? Hoặc “*thành viên Hội đồng quản trị*” của liên hiệp hợp tác xã không được đồng thời là “*thành viên Hội đồng quản trị*” của các hợp tác xã thành viên?

- Vì thành viên của liên hiệp hợp tác xã là các tổ chức (hợp tác xã thành viên), nên đại hội thành viên của liên hiệp hợp tác xã chỉ cần bao gồm các cán bộ có chức danh quản lý, điều hành, kiểm soát của các hợp tác xã thành viên hay cần phải bao gồm toàn thể các thành viên của các hợp tác xã thành viên?

- *Giám đốc (Tổng Giám đốc)* của liên hiệp hợp tác xã được bầu trong số *Giám đốc (Tổng Giám đốc)* của các hợp tác xã thành viên (làm việc theo chế độ kiêm nhiệm), hay phải là một thành viên độc lập nào đó của các hợp tác xã thành viên?

- Việc góp vốn, tổ chức sản xuất, kinh doanh, lập các loại quỹ, phân phối thu nhập... của liên hiệp hợp tác xã được thực hiện cụ thể như thế nào?

- Liên hiệp hợp tác xã chỉ thực hiện các công việc giúp đỡ, tương trợ, hỗ trợ đối với các hợp tác xã thành viên, hay đối với cả các thành viên cụ thể của tất cả các hợp tác xã thành viên?

Nghị định số 193/2013/NĐ-CP ngày 21/11/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Hợp tác xã năm 2012 cũng không có quy định nào giải đáp được các câu hỏi trên về tổ chức và hoạt động của liên hiệp hợp tác xã.

1.4. Về quy định số lượng thành viên có quyền thành lập hợp tác xã

Luật Hợp tác xã năm 2012 quy định: “Hợp tác xã do ít nhất 07 thành viên tự nguyện thành lập”. Nếu 7 thành viên sáng lập này là cá nhân, thì hợp tác xã có quy mô nhỏ. Nhưng Luật Hợp tác xã năm 2012 quy định các thành viên hợp tác xã có thể bao gồm cả các hộ gia đình, các pháp nhân (khoản 1 Điều 3), nên khi đó không cần đến 7 thành viên, mà chỉ cần 2-3 thành viên là các pháp nhân, thì hợp tác xã đã có quy mô rất lớn, đủ điều kiện để hoạt động sản xuất, kinh doanh có hiệu quả. Cần phân biệt “thành viên của hợp tác xã” khác “người lao động trong hợp tác xã”. Hợp tác xã có thể có vài thành viên, nhưng có thể thuê hàng trăm người lao động (như các công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần khác). Như vậy, quy định trên là thiếu căn cứ thuyết phục.

1.5. Về sự giúp đỡ, hỗ trợ của Nhà nước đối với hợp tác xã

Hiện nay, cả nước có 1.655/5.542 (bằng 30%) trưởng ban quản trị hợp tác xã chưa qua đào tạo; 1.428/5.542 (bằng 25,77%) trưởng ban quản trị có trình độ sơ cấp, công nhân kỹ thuật; 1.726/5.542 (bằng 31,14%) trưởng ban quản trị có trình độ trung cấp; chỉ có 730/5.542 (bằng 13%) trưởng ban quản trị có trình độ cao đẳng, đại học. Trình độ chuyên môn của chủ nhiệm hợp tác xã cũng có tỷ lệ tương tự². Thực tế cho thấy, “Sự hỗ trợ của Nhà nước đối với công tác giáo dục, đào tạo về hợp tác xã và kinh tế tập thể là rất quan trọng, nhưng được triển khai chưa tích cực và chưa đạt hiệu quả

² Nguyễn Minh Tú (chủ biên), *Mô hình tổ chức hợp tác xã kiểu mới góp phần xây dựng xã hội hợp tác, đoàn kết, cùng chia sẻ sự thịnh vượng và quản lý một cách dân chủ*, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội, năm 2011, tr. 9, 83, 85.

cao”³. Luật Hợp tác xã năm 2012 chỉ có Điều 6 quy định về chính sách hỗ trợ, ưu đãi của Nhà nước đối với hợp tác xã một cách chung chung, đại khái.. Các điều 59, 60 cũng quy định chung chung, hình thức và sơ sài về cơ chế quản lý nhà nước đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

1.6. Về mặt kỹ thuật lập pháp

Như trên đã phân tích, tính chất, cơ cấu tổ chức và hoạt động của liên hiệp hợp tác xã không giống tính chất, cơ cấu tổ chức và hoạt động của hợp tác xã. Nhưng Luật Hợp tác xã năm 2012 đã áp dụng một cách máy móc, cứng nhắc tất cả các quy định về tổ chức và hoạt động của hợp tác xã vào mô hình liên hiệp hợp tác xã trong tất cả các điều khoản của đạo luật này. Điều đó được thể hiện ở chỗ, cứ chỗ nào có từ “hợp tác xã” thì lại gắn luôn cái đuôi “liên hiệp hợp tác xã” làm cho các quy định trở nên dài dòng. Trong toàn bộ nội dung của Luật Hợp tác xã năm 2012 có hàng trăm lần nhắc tới cụm từ “liên hiệp hợp tác xã” như vậy. Trong đó có chỗ quy định rất vô lý, như tại khoản 4 Điều 30: “Số lượng đại biểu tham dự đại hội đại biểu thành viên do điều lệ quy định nhưng phải bảo đảm:

a) Không được ít hơn 30% tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có từ trên 100 đến 300 thành viên, hợp tác xã thành viên;

b) Không được ít hơn 20% tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có từ trên 300 đến 1.000 thành viên, hợp tác xã thành viên;

³ Như chú thích 2, tr.128.

c) Không được ít hơn 200 đại biểu đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có trên 1.000 thành viên, hợp tác xã thành viên”.

Quy định này có hai điểm không hợp lý, đó là: a) Đồng nhất “thành viên hợp tác xã” với “hợp tác xã thành viên” và b) Trong thực tiễn không thể có liên hiệp hợp tác xã có đến 100, 300 hay 1.000 hợp tác xã thành viên.

Ngoài ra, các nguyên tắc tổ chức, hoạt động của hợp tác xã là những phương châm, quy tắc cho việc tổ chức, hoạt động của hợp tác xã cần được trình bày một cách súc tích, ngắn gọn. Năm 1995, Liên minh hợp tác xã quốc tế (ICA) phối hợp với Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) đã nêu ra 7 nguyên tắc của hợp tác xã rất ngắn gọn như sau: 1) Tham gia tự nguyện và mở; 2) Kiểm soát một cách dân chủ bởi các thành viên; 3) Tham gia kinh tế của thành viên hợp tác xã; 4) Tự chủ và độc lập; 5) Giáo dục, huấn luyện và thông tin; 6) Hợp tác giữa các hợp tác xã; 7) Chăm lo cho cộng đồng⁴. Nhưng Luật Hợp tác xã năm 2012 đã trình bày và diễn giải dài dòng, khó nhớ nhiều nguyên tắc trong số 7 nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã.

2. Một số kiến nghị

Từ những phân tích ở trên, tác giả có một số kiến nghị sau:

2.1. Cần nhận thức đúng về bản chất của hợp tác xã

Bản chất của hợp tác xã cần được nhận thức đúng là một tổ chức kinh tế tập thể đặc biệt. Hợp tác xã không phải là một doanh nghiệp có mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận càng nhiều càng tốt như các loại hình doanh nghiệp khác mà chủ yếu là giúp đỡ, tương

trợ, hỗ trợ cho các thành viên trong việc tổ chức kinh tế hộ của các thành viên. Do đó, cần trả lại các tên gọi về chức danh, cơ quan quản trị trong hợp tác xã cho phù hợp với bản chất đặc biệt của hợp tác xã. Cụ thể là Luật Hợp tác xã nên gọi “xã viên” thay vì “thành viên”, “Chủ nhiệm” thay vì “Giám đốc”, “Tổng Giám đốc”, “Ban quản trị” thay vì “Hội đồng quản trị”, “đại hội xã viên” thay vì “đại hội thành viên”...

2.2. Cần quy định số lượng thành viên có quyền thành lập hợp tác xã hợp lý hơn

Như đã đề cập, cần phân biệt “xã viên hợp tác xã” với “người lao động trong hợp tác xã”. Số lượng xã viên hợp tác xã có thể ít (từ 3 người trở lên) nhưng có thể thuê nhiều người lao động (hàng chục, hàng trăm người) làm việc trong hợp tác xã. Luật Hợp tác xã nên quy định một hợp tác xã có thể được thành lập bởi ít nhất 3 xã viên. Các xã viên có thể là cá nhân, hộ gia đình hoặc các pháp nhân khác.

2.3. Cần bổ sung, cụ thể hóa các quy định về liên hiệp hợp tác xã

Các điều khoản trong Luật Hợp tác xã cần bỏ tất cả các đuôi “liên hiệp hợp tác xã” sau từ “hợp tác xã”, vì cơ chế tổ chức và hoạt động của liên hiệp hợp tác xã khác cơ chế tổ chức và hoạt động của hợp tác xã. Các quy định về liên hiệp hợp tác xã nên được để ở một chương riêng trong Luật Hợp tác xã (giống như quy định trong Luật Hợp tác xã 2003). Trong đó, cần quy định rõ cơ chế tổ chức và hoạt động của liên hiệp hợp tác xã, như: cơ chế đóng góp vốn và tài sản của liên hiệp hợp tác xã; việc tổ chức và hoạt động của các cơ quan quyền lực, quản lý, điều hành, kiểm soát trong liên hiệp hợp tác xã; việc tiến hành các hoạt động giúp đỡ, tương trợ, hỗ trợ của liên hiệp hợp tác

(Xem tiếp trang 50)

⁴ Như chú thích 2, tr. 184-190.

NGHĨA VỤ CẦN TRỌNG CỦA GIÁM ĐỐC CÔNG TY CỔ PHẦN

Đỗ Minh Tuấn*

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số khía cạnh pháp lý về nghĩa vụ cần trọng của Giám đốc công ty cổ phần, qua đó đưa ra kiến nghị nhằm hoàn thiện qui định của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ cần trọng của Giám đốc công ty cổ phần.

Abstract: This article analyses some legal aspects of due diligence of the director of a joint stock company. Basing on that, it makes proposals to improve Vietnam's laws and regulations on such due diligence.

Cùng với thành viên Hội đồng quản trị (HĐQT), Giám đốc (Tổng giám đốc)¹ công ty cổ phần² được pháp luật các nước thừa nhận là người quản lý công ty cổ phần. Với vị trí là người quản lý công ty cổ phần, Giám đốc có một số nghĩa vụ cơ bản đối với công ty, trong đó có nghĩa vụ cần trọng.

1. Cơ sở pháp lý về nghĩa vụ cần trọng của Giám đốc công ty cổ phần

Theo một số tác giả, Giám đốc (CEO) là người điều hành cao nhất của công ty³. Đây cũng là quan điểm chung của nhiều nhà khoa học khi đề cập đến vị trí pháp lý của giám đốc. Chúng tôi ủng hộ quan điểm này. Khoản 2 Điều 116 Luật Doanh nghiệp (LDN) 2005 qui định: “Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc là người điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty; chịu sự giám sát của HĐQT và chịu trách nhiệm trước HĐQT và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được

giao”. Điều 157 LDN 2014 vẫn giữ nguyên qui định trên. Trong quá trình điều hành, Giám đốc ra các quyết định hoặc thực hiện các hành vi có tác động lớn đến hoạt động kinh doanh hoặc tình trạng tài chính của công ty.

Giám đốc do HĐQT bổ nhiệm hoặc thuê. Do vậy, quan hệ giữa Giám đốc với công ty trước hết là quan hệ lao động. Trong đó, công ty là người sử dụng lao động còn Giám đốc là người lao động với công việc đặc thù là quản lý công ty. Theo pháp luật Việt Nam, Giám đốc có thể là người đại diện theo pháp luật hoặc không phải là người đại diện theo pháp luật. Vậy trong trường hợp không phải là người đại diện theo pháp luật thì trong quan hệ với công ty, Giám đốc có tư cách gì? Khoản 3 Điều 157 LDN 2014 liệt kê thẩm quyền của Giám đốc như sau: “a) Quyết định các vấn đề liên quan đến công việc kinh doanh hàng ngày của công ty mà không cần phải có quyết định của HĐQT;... đ) Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của HĐQT; e) Quyết định tiền lương và quyền lợi khác đối với người lao động trong công ty kể cả người quản lý

* ThS, NCS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Sau đây gọi chung là Giám đốc.

² Trong bài viết này chúng tôi sử dụng từ “công ty” để chỉ “công ty cổ phần”.

³ Phạm Trí Hùng, Nguyễn Trung Thắng (2012), *CEO và Hội đồng quản trị*, Nxb. Lao động – xã hội, tr. 25.

thuộc thẩm quyền bổ nhiệm của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc;... g) Tuyển dụng lao động”, Điều 30.3(b) Điều lệ mẫu áp dụng cho công ty đại chúng ban hành theo Thông tư số 121/2012/TT-BTC ngày 26/7/2012 của Bộ Tài chính qui định về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng (sau đây gọi tắt là Điều lệ mẫu) trao cho Giám đốc quyền sau: “Quyết định tất cả các vấn đề không cần phải có nghị quyết của HĐQT, bao gồm việc thay mặt công ty ký kết các hợp đồng tài chính và thương mại, tổ chức và điều hành hoạt động sản xuất kinh doanh thường nhật của công ty theo những thông lệ quản lý tốt nhất”. Như vậy, cả LDN và Điều lệ mẫu đều có ngụ ý rằng, Giám đốc có tư cách đại diện cho công ty khi quyết định các vấn đề liên quan đến công việc kinh doanh hằng ngày của công ty mà không cần phải có quyết định của HĐQT. Trong quan hệ đại diện, công ty là người được đại diện còn Giám đốc là người đại diện.

Với tư cách là người điều hành và người đại diện của công ty, Giám đốc thực hiện các công việc vì lợi ích của công ty. Vì vậy, đòi hỏi Giám đốc phải thực hiện công việc vì lợi ích tốt nhất⁴ của công ty. Nghĩa vụ cẩn trọng là một trong những nghĩa vụ bắt buộc của Giám đốc.

2. Nội dung nghĩa vụ cẩn trọng của Giám đốc công ty cổ phần

2.1. Một số nội dung cơ bản

Điều 34 Điều lệ mẫu qui định: “Thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành và cán bộ quản lý khác có trách nhiệm thực hiện các nhiệm vụ của mình, kể cả những nhiệm vụ với tư cách thành viên các tiểu

ban của HĐQT, một cách trung thực vì lợi ích cao nhất của công ty và với mức độ cẩn trọng mà một người thận trọng phải có khi đảm nhiệm vị trí tương đương và trong hoàn cảnh tương tự”. Tham khảo pháp luật Mỹ cho thấy, quan hệ giữa công ty với Giám đốc là quan hệ đại diện. Vì vậy, nghĩa vụ của Giám đốc được phát triển từ lý thuyết nghĩa vụ của người đại diện. Trong mục 8.08 của Bình luận (lần 3) về đại diện của Viện luật Hoa Kỳ mô tả về nghĩa vụ cẩn trọng của người đại diện như sau: “Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, người đại diện có nghĩa vụ thực hiện công việc với sự cẩn trọng, có trách nhiệm và miễn cán như những người đại diện khác vẫn thực hiện trong hoàn cảnh tương tự”⁵. Điều 8.42 Luật mẫu về công ty cổ phần của Mỹ cũng có cách tiếp cận tương tự về nghĩa vụ cẩn trọng: “(a) Người điều hành khi thực hiện nhiệm vụ được giao với:...(2) sự cẩn trọng mà một người ở vị trí tương tự trong hoàn cảnh tương tự sẽ thực hiện như vậy”. Về nguyên tắc chung, pháp luật đòi hỏi Giám đốc thực hiện quyền và nhiệm vụ được giao với sự cẩn trọng hợp lý mà một người có vị trí tương đương ở trong hoàn cảnh tương đương cũng sẽ thực hiện như vậy.

Từ điển tiếng Việt định nghĩa: cẩn trọng là “do coi trọng mà có ý thức cẩn thận đối với việc gì”⁶. Trong khi đó, cẩn thận là “có ý thức tránh sơ suất, đề phòng những điều không hay có thể xảy ra”⁷. Nếu hiểu một cách thông thường, thì nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi Giám đốc phải coi trọng nhiệm vụ

⁵ Trích dẫn lại từ Lyman P.Q. Johnson & David Millon (2005), *Recalling why corporate officers are fiduciaries*, William and Mary Law Review, Volume 46, No. 5, chú thích 168, tr. 1630.

⁶ Viện Ngôn ngữ học (2003), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng và Trung tâm từ điển học, tr. 123.

⁷ Viện Ngôn ngữ học (2003), sđd, tr. 123.

⁴ Lợi ích hợp pháp tối đa.

được giao và có ý thức tránh sơ suất, đề phòng những điều không hay xảy ra trong quá trình thực hiện nhiệm vụ điều hành công ty. Hay nói cách khác, Giám đốc với trách nhiệm của mình tránh những sơ suất, những thiệt hại, những rủi ro xảy ra đối với công ty. Để làm được điều đó, Giám đốc phải tận tâm với công việc điều hành được giao, thực hiện đầy đủ trách nhiệm của một người điều hành cao nhất, cẩn thận trong từng quyết định, hành vi vì lợi ích tốt nhất của công ty. Ngoài ra, nghĩa vụ cẩn trọng còn đòi hỏi Giám đốc phải ra các quyết định có đầy đủ cơ sở pháp lý, căn cứ thực tế, phải tuân theo sự chỉ đạo của Hội đồng quản trị và phải thực hiện các biện pháp hợp lý, đúng đắn và có trách nhiệm để bảo đảm lợi ích tốt nhất cho công ty.

Nghĩa vụ cẩn trọng còn đòi hỏi Giám đốc khi ra các quyết định, dù bằng hành vi hay bằng văn bản, đều phải dựa trên những thông tin đầy đủ, chính xác và có độ tin cậy nhằm tránh những quyết định sai lầm.

2.2. Về trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng

Cho đến nay, pháp luật Việt Nam chưa làm rõ ranh giới của hợp đồng lao động giữa công ty với giám đốc và quan hệ đại diện giữa công ty và giám đốc. Vì vậy, trong nhiều trường hợp khó có thể xác định được Luật lao động hay LDN được ưu tiên áp dụng để điều chỉnh quan hệ giữa công ty và giám đốc. Tuy nhiên, về mặt lý luận, nghĩa vụ cẩn trọng của Giám đốc là nghĩa vụ được quy định trong pháp luật doanh nghiệp và có thể được cụ thể hóa trong Điều lệ công ty. Vì vậy, hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng gây ra hậu quả pháp lý là người vi phạm sẽ phải chịu trách nhiệm dân sự chứ không phải là kỷ luật lao động và trách nhiệm vật chất theo pháp luật lao

động. Do đó, trong trường hợp Giám đốc vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng gây thiệt hại sẽ phải bồi thường theo qui định của pháp luật dân sự.

Một vướng mắc khác nảy sinh khi hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng dẫn đến việc áp dụng biện pháp cách chức, miễn nhiệm, chấm dứt hợp đồng. Việc cách chức, miễn nhiệm sẽ dẫn đến chấm dứt quan hệ đại diện, nhưng có đồng nghĩa với việc chấm dứt hợp đồng lao động không? Nếu căn cứ vào Bộ luật Lao động (BLLĐ), khi không đủ cơ sở để sa thải hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với Giám đốc thì có nghĩa công ty vẫn phải giữ Giám đốc lại để trả lương. Ngoài ra, pháp luật doanh nghiệp không trả lời rõ hợp đồng bị HĐQT chấm dứt ở đây là hợp đồng lao động hay hợp đồng đại diện? Chúng tôi cho rằng, hợp đồng ở đây là hợp đồng lao động và cơ sở pháp lý để chấm dứt hợp đồng lao động được quy định trong BLLĐ chứ không phải là LDN. Liên hệ với hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng, HĐQT chỉ có thể dựa vào điểm a, khoản 1 Điều 38 BLLĐ⁸ để đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với Giám đốc hoặc khoản 2⁹, khoản 3¹⁰ Điều 126 BLLĐ để áp dụng hình thức kỷ luật sa thải đối với Giám đốc. Tuy nhiên, với tinh thần bảo vệ quyền lợi của người lao động, thực tiễn pháp luật lao động không nhiều trường hợp vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng đủ yếu tố cấu thành hành vi vi phạm pháp luật lao động để áp dụng hình thức đơn phương

⁸ Người lao động thường xuyên không hoàn thành công việc theo hợp đồng lao động.

⁹ Người lao động bị xử lý kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương mà tái phạm trong thời gian chưa xoá kỷ luật hoặc bị xử lý kỷ luật cách chức mà tái phạm.

¹⁰ Người lao động tự ý bỏ việc 05 ngày cộng dồn trong 01 tháng hoặc 20 ngày cộng dồn trong 01 năm mà không có lý do chính đáng.

chấm dứt hợp đồng lao động hoặc sa thải. Do đó, hiệu quả áp dụng pháp luật về nghĩa vụ cản trọng của Giám đốc công ty không cao bởi chính các qui định của pháp luật lao động.

Công ty và Giám đốc có thể thỏa thuận về các trường hợp chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại, mức tối đa phải bồi thường, các trường hợp miễn trừ trách nhiệm bồi thường. Các nội dung này có thể nằm trong hợp đồng hoặc được qui định trong Điều lệ hay Quy chế quản lý của công ty. Đối với những Giám đốc có khả năng ảnh hưởng đến hoạt động của HĐQT, họ sẽ dễ dàng đàm phán để đưa vào hợp đồng những điều khoản miễn hoặc giảm trách nhiệm cho mình. Tuy nhiên, không phải trong mọi trường hợp, các bên tự qui định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại, mà ngoài ra, còn phải dựa vào qui định của Bộ luật Dân sự và LDN để xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại của Giám đốc. Kinh doanh là hoạt động mạo hiểm, dù Giám đốc có tận tâm, nỗ lực thế nào thì cũng không thể lường trước được hết những rủi ro tiềm ẩn. Vì vậy, trong nhiều trường hợp Giám đốc thật tâm mong muốn một quyết định kinh doanh mang lại lợi ích tối đa cho công ty, tuy nhiên, do nguyên nhân khách quan, công ty lại bị thiệt hại khi thực hiện quyết định. Trong trường hợp này, Giám đốc có phải chịu trách nhiệm pháp lý vì vi phạm nghĩa vụ cản trọng hay được miễn trừ?, pháp luật Việt Nam chưa đề cập đến. Rõ ràng, nếu pháp luật không xác định trách nhiệm của Giám đốc khi đưa ra một quyết định sai lầm vì vi phạm nghĩa vụ cản trọng sẽ dẫn đến hiện tượng Giám đốc sẵn sàng làm ẩu gây hậu quả khôn lường. Tuy nhiên, nếu thiếu cơ chế miễn trừ trách nhiệm dân sự cho Giám đốc trong trường

hợp một quyết định kinh doanh được ra một cách cản trọng, ngay tình và vì lợi ích tốt nhất của công ty, nhưng vì lý do khách quan, quyết định đó vẫn gây thiệt hại cho công ty, thì sẽ dẫn đến tình trạng các Giám đốc sẽ không dám mạo hiểm vì sợ trách nhiệm cá nhân. Vì vậy, miễn trừ trách nhiệm dân sự cho Giám đốc trong một số trường hợp nhất định là cần thiết.

3. Một số vấn đề đặt ra đối với việc hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ cản trọng của Giám đốc

Từ những phân tích trên cho thấy, pháp luật và thực tiễn về nghĩa vụ cản trọng của Giám đốc công ty ở Việt Nam vẫn còn trong quá trình tiếp tục hoàn thiện. Vì vậy, chúng tôi đề xuất một số phương hướng sau:

Thứ nhất, pháp luật cần làm rõ nội dung và tiêu chuẩn nghĩa vụ cản trọng của người quản lý công ty cổ phần nói chung, trong đó có Giám đốc công ty cổ phần.

Thứ hai, cần giải quyết sự không đồng bộ giữa pháp luật doanh nghiệp và pháp luật lao động theo nguyên tắc, pháp luật lao động chỉ điều chỉnh những vấn đề chung trong quan hệ lao động giữa công ty với Giám đốc như tiền lương, bảo hiểm xã hội, quyền và lợi ích cơ bản của người lao động. Có thể pháp luật lao động cũng trực tiếp hoặc gián tiếp qui định về nghĩa vụ cản trọng của người lao động. Nhưng quan hệ về nghĩa vụ của Giám đốc công ty với tư cách là người quản lý và người đại diện thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật doanh nghiệp. Các biện pháp chế tài (không phải là chế tài hình sự) được áp dụng đối với hành vi vi phạm các nghĩa vụ này là các biện pháp chế tài dân sự được qui định trong Bộ luật Dân sự và LDN. Trong trường hợp có sự không thống nhất giữa Luật lao động và LDN thì LDN được ưu tiên áp

dụng. Ngoài ra, cần bổ sung qui định hợp đồng lao động giữa công ty với Giám đốc đương nhiên chấm dứt khi HĐQT ra quyết định miễn nhiệm, cách chức hoặc chấm dứt hợp đồng với Giám đốc vì vi phạm nghĩa vụ, trong đó có nghĩa vụ cẩn trọng trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Thứ ba, để ngăn ngừa hiện tượng Giám đốc có khả năng chi phối HĐQT sẽ đưa vào hợp đồng hoặc qui chế điều khoản miễn trừ trách nhiệm gây bất lợi cho công ty, cần qui định rõ nghĩa vụ cẩn trọng và trách nhiệm

do vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng của Giám đốc là bắt buộc, các bên không có quyền thỏa thuận hoặc ghi nhận trong Điều lệ hoặc Qui chế công ty về việc miễn trừ nghĩa vụ và trách nhiệm của Giám đốc.

Thứ tư, cần nghiên cứu quy định về các trường hợp miễn trừ trách nhiệm cho Giám đốc khi Giám đốc ra quyết định kinh doanh với sự cẩn trọng, mẫn cán và kỹ năng hợp lý trên cơ sở thiện chí, ngay tình và vì lợi ích tốt nhất của công ty.

(Tiếp theo trang 45 – Hoàn thiện các quy định ...)

xã đối với các hợp tác xã thành viên, các thành viên của các hợp tác xã. Nếu các nhà làm luật quan niệm liên hiệp hợp tác xã chỉ bao gồm các hợp tác xã thì cũng phải quy định rõ điều đó trong Luật Hợp tác xã.

2.4. Cần cụ thể hóa sự giúp đỡ, hỗ trợ của Nhà nước đối với các hợp tác xã

Trong Luật Hợp tác xã, sự giúp đỡ, hỗ trợ của Nhà nước đối với các hợp tác xã cần phải được thể chế hóa bằng các quy định rõ ràng và cụ thể:

- Bổ sung một chương quy định về sự giúp đỡ, hỗ trợ của Nhà nước đối với các hợp tác xã, chẳng hạn như: Nhà nước tổ chức các khóa đào tạo, tập huấn miễn phí đối với đội ngũ cán bộ quản lý, điều hành, kiểm soát của các hợp tác xã. Các trường đại học, cao đẳng, trung học nhận đào tạo cán bộ quản lý, kỹ thuật, nghiệp vụ là các xã

viên hợp tác xã với những ưu đãi cụ thể và đa dạng (đào tạo theo địa chỉ, học phí thấp, hỗ trợ về học liệu, điều kiện ăn ở...).

- Quy định các ngân hàng, quỹ đầu tư đẩy mạnh và mở rộng việc cho các hợp tác xã vay vốn với các điều kiện dễ dàng, lãi suất thấp...

- Khẩn trương xây dựng và ban hành các nghị định, thông tư cụ thể hóa và hướng dẫn thi hành các quy định của Luật Hợp tác xã, nhất là những quy định chưa rõ, còn chung chung hoặc có nhiều cách hiểu khác nhau.

- Khẩn trương xây dựng và ban hành các điều lệ mẫu, nội quy mẫu cho các loại hình hợp tác xã để các hợp tác xã căn cứ vào đó xây dựng các điều lệ, nội quy riêng, lấy đó làm cơ sở, nền tảng cho tổ chức và hoạt động của các hợp tác xã.

KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THỦ TỤC PHÁ SẢN TỔ CHỨC TÍN DỤNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Dương Kim Thế Nguyễn**

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích các nội dung cần hoàn thiện của pháp luật về phá sản các tổ chức tín dụng trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài và thực tiễn thực hiện pháp luật về phá sản tổ chức tín dụng tại Việt Nam hiện nay.

Abstract: This article analyses issues for improving Vietnam's laws and regulations on bankruptcy procedure for credit institutions on the grounds of experience of relevant foreign law and practice in Vietnam.

Do tính chất chuyên biệt của hoạt động kinh doanh đã tạo cho các tổ chức tín dụng (TCTD) mang vị thế là những doanh nghiệp đặc biệt như: tính đại chúng, khả năng tác động dây chuyền, mức độ ảnh hưởng đến công chúng... Vì lẽ đó, không chỉ việc thành lập các TCTD đòi hỏi tuân thủ những điều kiện và các thủ tục chặt chẽ mà việc giải quyết phá sản các TCTD cũng phải được thực hiện thận trọng, hạn chế tới mức thấp nhất khả năng tác động xấu đến người gửi tiền, hệ thống TCTD và nền kinh tế.

Đến nay, Việt Nam đã xây dựng hệ thống pháp luật về giải quyết phá sản các TCTD theo hướng tiếp cận giải quyết tình trạng mất khả năng thanh toán của các TCTD. Trong bối cảnh thay đổi nhanh chóng của các quan hệ kinh tế tài chính, việc tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật về thủ tục phá sản các TCTD là một nhu cầu khách quan.

1. Hoàn thiện mô hình và cấu trúc của pháp luật về thủ tục phá sản tổ chức tín dụng

Do sự khác biệt về điều kiện kinh tế, chính trị, văn hóa và xã hội, luật pháp về phá sản các TCTD ở các nước có sự khác biệt, song phổ biến với hai mô hình¹: Mô hình châu Âu với các đại diện là Anh, Pháp, Đức, Italia, Nga, luật phá sản doanh nghiệp thông thường cùng với một số quy định có tính đặc thù được áp dụng cho các TCTD. Quy định đặc thù có thể được ghi nhận tại đạo luật về luật ngân hàng (ở Anh) hoặc văn bản riêng (Luật Phá sản các TCTD của Nga); mô hình Mỹ và Canada, luật phá sản không áp dụng cho các TCTD là ngân hàng thương mại mà là Luật về công ty bảo hiểm tiền gửi (FDIC Act).

Luật về phá sản các TCTD ở Việt Nam đang đi theo mô hình thứ nhất, theo đó, các quy định về phá sản các TCTD được quy định trong luật chuyên ngành là Luật Các TCTD 2010 (với các quy định riêng xử lý tiền phá sản nhằm hạn chế phá sản, phục hồi TCTD mất khả năng thanh toán thông qua

* ThS., Khoa Luật kinh tế - Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.

¹ Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (2007), Tờ trình Chính phủ về Nghị định quy định việc áp dụng Luật Phá sản.

thủ tục kiểm soát đặc biệt và các biện pháp can thiệp đặc biệt khác) và Luật Phá sản 2014 (về thủ tục tuyên bố phá sản và thanh lý tài sản TCTD). Việc lựa chọn mô hình này phù hợp với bối cảnh xây dựng hệ thống pháp luật Việt Nam hiện tại vì: 1) Cho đến nay, về lý luận cũng như thực tiễn việc áp dụng các quy tắc của luật chung và luật chuyên ngành đã trở nên phổ biến tại Việt Nam; và 2) Đây là mô hình của nhiều nước đã và đang áp dụng. UNCITRAL cũng đưa ra trong khuyến nghị lập pháp về phá sản là: *“Pháp luật về phá sản cần điều chỉnh thủ tục phá sản đối với tất cả các bên mắc nợ có tham gia vào hoạt động kinh tế, cho dù là pháp nhân hay thể nhân, bao gồm cả doanh nghiệp nhà nước, và bất kể các hoạt động kinh tế đó có được thực hiện vì mục đích lợi nhuận hay không. Các trường hợp loại trừ không áp dụng luật phá sản phải có giới hạn và phải được quy định rõ ràng trong pháp luật phá sản”*². Trong hướng dẫn của UNCITRAL về xây dựng luật phá sản giải thích Điều 2 Luật Mẫu về phá sản đối với các trường hợp loại trừ ngân hàng và các công ty bảo hiểm trong phạm vi áp dụng của Luật Mẫu: *“sự phá sản của các tổ chức này làm phát sinh các nhu cầu bảo vệ lợi ích sống còn của một số lượng lớn các cá nhân hoặc sự phá sản cần được thực hiện nhanh chóng và thận trọng một cách đặc biệt (ví dụ để tránh rút tiền gửi ở ạt). Vì các lý do này, việc phá sản các tổ chức như vậy được quản lý theo chế độ quy định đặc biệt tại nhiều quốc gia”*.

Như vậy, việc lựa chọn mô hình này để hoàn thiện pháp luật về phá sản các TCTD

tại Việt Nam sẽ ít gây ra những xáo trộn và thay đổi lớn trong pháp luật hiện hành.

Tuy nhiên, pháp luật về thủ tục phá sản các TCTD tại Việt Nam được cơ cấu chủ yếu trong hai văn bản là Luật Các TCTD 2010 (quy định về thủ tục kiểm soát đặc biệt và các biện pháp hạn chế phá sản) và Luật Phá sản 2014 (với chương riêng về thụ lý, thanh lý tài sản và tuyên bố phá sản). Cấu trúc này chỉ có thể xem là một giải pháp có tính chất tạm thời. Về lâu dài, chúng tôi cho rằng, *cần tích hợp và thiết kế một văn bản pháp luật chuyên ngành về phá sản TCTD* với đầy đủ các nội dung: 1) Sự can thiệp của Nhà nước đối với TCTD có nguy cơ mất khả năng thanh toán, mất khả năng chi trả bằng thủ tục kiểm soát đặc biệt; 2) Các quy định về thủ tục thanh lý và thanh toán phá sản đối với các TCTD đã qua kiểm soát đặc biệt, nhưng không thành công hoặc không thể kiểm soát đặc biệt. Đây là mô hình lập pháp đã được áp dụng tại Cộng hòa Liên bang Nga và Vương quốc Anh. Việc tập hợp hóa để ban hành một văn bản pháp luật chung có những lợi ích sau đây:

Một là, tạo điều kiện thuận lợi trong việc tra cứu và áp dụng các quy định liên quan đến thủ tục phá sản các TCTD. Việc xây dựng thành văn bản chung thông qua hệ thống hóa, pháp điển hóa pháp luật về thủ tục phá sản TCTD không chỉ thuận lợi trong việc tra cứu mà còn tạo điều kiện để có thể kiểm soát những điểm bất hợp lý, chồng chéo, mâu thuẫn giữa các quy định.

Hai là, cho đến trước khi có Nghị định 05/2010/NĐ-CP, nhận thức pháp luật về thủ tục phá sản các TCTD tại Việt Nam chưa đầy đủ dù thực chất các quy định về kiểm soát đặc biệt (với tính chất là một cấu thành quan trọng của thủ tục phá sản các TCTD) đã được hình thành từ rất lâu trong pháp

² UNCITRAL (2004), Legislative guide on insolvency law, United Nations Publication ISBN 92-1-133736-4.

luật ngân hàng. Thủ tục kiểm soát đặc biệt cùng với các biện pháp xử lý đa dạng được áp dụng đã giúp cho nhiều TCTD mất khả năng thanh toán, mất khả năng chi trả thoát khỏi việc phải đi đến tuyên bố phá sản³. Việc xây dựng một văn bản chung có tác dụng tích cực trong việc nâng cao nhận thức của người dân về Luật Phá sản các TCTD.

2. Hoàn thiện các quy định về thủ tục xử lý phá sản tại tòa án

2.1. Về đối tượng tổ chức tín dụng được áp dụng thủ tục xử lý phá sản theo thủ tục tư pháp rút gọn

Mặc dù các TCTD đều thực hiện hoạt động ngân hàng, nhưng tùy vào phạm vi hoạt động, mục tiêu thành lập mà TCTD có nhiều loại khác nhau. Với hàng ngàn TCTD lớn, nhỏ khác nhau như ngân hàng thương mại, công ty tài chính, công ty cho thuê tài chính, tổ chức tài chính vi mô, và quỹ tín dụng nhân dân, thì rất nhiều TCTD trong số đó không thỏa mãn điều kiện được áp dụng các quy định đặc thù về phá sản. Chế độ giải quyết đặc biệt đối với TCTD mất khả năng thanh toán, mất khả năng chi trả được chứng minh là chỉ cần thiết nhằm hạn chế gây ra hoảng loạn ngân hàng, ảnh hưởng đến hệ thống các TCTD và đến nền kinh tế. Thủ tục đặc thù chỉ nên áp dụng đối với những TCTD có tính đại chúng cao và sự sụp đổ của nó có thể ảnh hưởng đến niềm tin của công chúng. Do vậy, pháp luật cần có sự phân loại TCTD theo tiêu chí là đối tượng cần áp dụng chế độ đặc thù về phá sản. Không thể áp dụng thống nhất một loại thủ tục cho những loại TCTD khác biệt nhau này.

³ Trần Ngọc Tú (2006), Phá sản ngân hàng và biện pháp kiểm soát đặc biệt của Ngân hàng Nhà nước, Tạp chí Ngân hàng số 24.

Pháp luật của một số nước thường có sự xác định rõ TCTD được áp dụng các quy định đặc thù về giải quyết phá sản. Ví dụ, theo Luật Ngân hàng Anh (Banking Act) 2009⁴, các quy định về áp dụng chế độ giải quyết đặc biệt đối với ngân hàng (SRR) và phá sản ngân hàng được quy định tại Điều 2 và Điều 91, theo đó “ngân hàng” được định nghĩa là một tổ chức được phép thành lập theo quy định của pháp luật⁵, thực hiện những hoạt động luật định⁶ liên quan đến nhận tiền gửi. Luật Ngân hàng Anh 2009 cũng loại trừ những tổ chức sau đây: Công ty tài chính theo quy định của Luật TCTD 1986, Điều 119; Liên hiệp tín dụng⁷ theo Luật các Liên hiệp tín dụng năm 1979 Điều 32; hoặc các tổ chức mà Bộ Tài chính đã loại trừ. Như vậy, những ngân hàng được áp dụng chế độ đặc biệt về giải quyết tình trạng mất khả năng thanh toán và phá sản theo Luật Ngân hàng 2009 chỉ giới hạn là các ngân hàng thương mại. Tương tự, Luật Bảo hiểm tiền gửi Liên bang (Hoa Kỳ) cũng quy định các ngân hàng được áp dụng biện pháp

⁴ Có thể xem trực tuyến nguyên bản tiếng Anh của văn bản luật này tại http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/pdfs/ukpga_20090001_en.pdf (truy cập ngày 12/1/2015).

⁵ Những tổ chức được cấp phép này được liệt kê trong Phần IV của Luật Thị trường dịch vụ tài chính 2000 (Financial and services markets act 2000, có thể xem trực tuyến tại http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/pdfs/ukpga_20000008_en.pdf (truy cập ngày 1/12/2015).

⁶ Những hoạt động này được định nghĩa trong Điều 22 của Luật Thị trường dịch vụ tài chính năm 2000 (Financial and services markets act 2000, có thể xem trực tuyến tại http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/pdfs/ukpga_20000008_en.pdf (truy cập ngày 1/12/2015).

⁷ Credit Union, là các tổ chức mà ở đó thành viên tham gia vay vốn chính là chủ sở hữu, tương tự như các Quỹ Tín dụng nhân dân tại Việt Nam. Xem văn bản Luật này tại <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/34> (truy cập ngày 1/12/2015).

xử lý vỡ nợ theo luật này là các tổ chức tham gia bảo hiểm tiền gửi (BHTG)⁸.

Trên cơ sở đó, chúng tôi kiến nghị cần xác định rõ các đối tượng TCTD được áp dụng các quy định đặc thù về giải quyết phá sản theo hướng loại trừ những đối tượng không áp dụng các quy định này bao gồm: Ngân hàng Chính sách Xã hội, Ngân hàng Phát triển Việt Nam, quỹ tín dụng nhân dân cơ sở và các tổ chức tài chính quy mô nhỏ.

2.2. Về xác định tình trạng mất khả năng thanh toán của tổ chức tín dụng

Mặc dù Luật Phá sản 2014 đã có sự bổ sung về thời gian để xác định “tình trạng mất khả năng thanh toán”. Tuy nhiên, việc xác định theo tiêu chí nêu tại khoản 1 Điều 4 vẫn chưa đầy đủ, với việc xác định TCTD mất khả năng thanh toán chỉ mới căn cứ vào tiêu chí dòng tiền (không thể thanh toán được nợ đến hạn) là thời hạn ngừng trả nợ 30 ngày.

Tham khảo pháp luật nước ngoài về xác định tình trạng mất khả năng thanh toán cho thấy, ngoài việc dựa vào tiêu chí dòng tiền, các nước còn sử dụng tiêu chí cân đối kế toán. Theo Luật Ngân hàng Anh 2009, tình trạng ngân hàng không có khả năng thanh toán nợ được qui định tại Điều 93 khoản 4. Theo đó, ngân hàng bị coi là mất khả năng thanh toán nếu rơi vào một trong các trường hợp sau đây:

Trường hợp 1: Ngân hàng không có khả năng trả một khoản nợ đến hạn mà ngân hàng có nghĩa vụ phải trả theo thỏa thuận⁹.

⁸ FDIC (2014), resolutions handbook (revised Dec 23, 2014), có thể tải về từ https://www.fdic.gov/about/freedom/drr_handbook.pdf#nameddest=Ch1 (truy cập ngày 1/12/2015).

⁹ Một thỏa thuận nghĩa là một cam kết hành động hoặc thực hiện một công việc gì đó bao gồm toàn bộ

Trường hợp 2: Theo quy định tại Điều 123 Luật Phá sản năm 1986¹⁰ (về không có khả năng thanh toán nợ).

Đối với trường hợp 1, Luật Ngân hàng Anh 2009 đã nhấn mạnh đến đặc trưng của hoạt động ngân hàng, hoạt động huy động vốn, và thực hiện nghĩa vụ hoàn trả vốn huy động ngay lập tức và bất kỳ lúc nào theo yêu cầu của người gửi tiền.

Điều 2 Luật Phá sản TCTD Nga 1999 (đã được sửa đổi, bổ sung¹¹) quy định: “Phá sản TCTD là việc một TCTD được coi là không có khả năng thanh toán được công nhận bởi một Tòa án Trọng tài khi không thể đáp ứng tất cả các yêu cầu của chủ nợ về nghĩa vụ trả tiền, thực hiện nghĩa vụ thanh toán các khoản thanh toán bắt buộc.

Một TCTD được coi là không thể đáp ứng yêu cầu của chủ nợ về nghĩa vụ trả tiền, thực hiện nghĩa vụ thanh toán các khoản thanh toán bắt buộc nếu TCTD không thể

hoặc là một phần của các hoạt động do ngân hàng thực hiện.

¹⁰ Điều 123 Luật phá sản Anh năm 1986 quy định rằng:

“1. Một công ty không có khả năng thanh toán nợ khi:

(a) Nợ của chủ nợ số tiền vượt quá 750 bảng, đến hạn thanh toán và chủ nợ đã gửi văn bản đòi nợ đến công ty yêu cầu công ty thanh toán số nợ đến hạn, nhưng công ty không thanh toán được hoặc không thỏa thuận được với chủ nợ trong thời hạn 3 tuần, hoặc

...

2. Một công ty cũng được xem như không có khả năng thanh toán nợ nếu chứng minh được với tòa án rằng giá trị tài sản của công ty ít hơn tổng số nợ của công ty có tính đến các khoản nợ tương lai”.

¹¹ Đạo luật này đã trải qua 22 lần sửa đổi bổ sung. Lần sửa đổi bổ sung gần nhất là ngày 21/7/2014. Tác giả tham khảo bản tiếng Anh của đạo luật này được tải về từ website của Công ty BHTG Liên bang Nga tại <http://www.asv.org.ru/en/legislation/law> và bản tiếng Nga đăng tại website của Ngân hàng trung ương Nga http://www.cbr.ru/credit/likvidbase/Lav/FZ_40.pdf (truy cập lần cuối ngày 1/12/2015).

đáp ứng các nghĩa vụ tương ứng trong vòng mười bốn ngày kể từ ngày đến hạn”¹².

Như vậy, pháp luật các nước đã có sự phối hợp nhiều tiêu chí khác nhau để xác định căn cứ áp dụng các biện pháp xử lý phù hợp, không nhất thiết phải xây dựng khái niệm TCTD lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán. Các căn cứ áp dụng không chỉ dựa vào nguyên tắc cân đối kế toán, nguyên tắc định tính đơn thuần (mất khả năng thanh toán nợ theo dòng tiền) mà còn dựa trên các nguyên tắc cần tuân thủ theo quy định của cơ quan quản lý ngân hàng (ví dụ, vi phạm các quy định về tỷ lệ bảo đảm an toàn trong hoạt động của các TCTD).

Trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm pháp luật của các nước, chúng tôi cho rằng việc Luật Phá sản 2014 chưa sử dụng tiêu chí cân đối kế toán là sự thiếu sót. Vì thế cần bổ sung quy định tại khoản 1 Điều 4 Luật Phá sản 2014 như sau:

“1. Doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán là:

a. Doanh nghiệp, hợp tác xã không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ trong thời hạn 03 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán.

b. Doanh nghiệp, hợp tác xã có giá trị tài sản nhỏ hơn tổng số nợ đến hạn”.

2.3. Về quy định đảm bảo thực hiện quyền nộp đơn của chủ nợ và người lao động

Theo quy định tại Điều 98 Luật Phá sản 2014, các đối tượng chỉ có quyền nộp đơn “sau khi Ngân hàng Nhà nước (NHNN) Việt Nam đã có văn bản không áp dụng hoặc chấm dứt áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán hoặc chấm dứt áp

dụng kiểm soát đặc biệt”. Các thông tin trong giai đoạn kiểm soát đặc biệt thường là không công khai. Theo Điều 7 Thông tư 07/2013/TT-NHNN các thông tin về kiểm soát đặc biệt đối với TCTD được NHNN công bố và “Thông đốc NHNN quyết định thời điểm, nội dung và hình thức công bố thông tin”. Như vậy, quy định về việc công bố thông tin về kiểm soát đặc biệt theo cách này đã hạn chế quyền tiếp cận thông tin của người có liên quan trong thủ tục phá sản TCTD.

Luật Phá sản TCTD Liên bang Nga năm 1999 (đã sửa đổi, bổ sung) có cách giải quyết khá hợp lý cho vấn đề này. Theo đó, các chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu phá sản các TCTD sau khi TCTD đó đã bị Ngân hàng Trung ương (NHTU) Nga rút giấy phép (khoản 2 Điều 50.4). Tuy nhiên, nếu các chủ thể nhận thấy TCTD lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán (phá sản) mà NHTU Nga cũng không có quyết định thu hồi giấy phép hoạt động ngân hàng, các chủ thể có quyền làm đơn yêu cầu NHTU Nga thu hồi giấy phép (khoản 5 Điều 50.4). Nếu sau hai tháng kể từ ngày yêu cầu mà NHTU Nga không trả lời, người yêu cầu có thể trực tiếp nộp đơn đến Tòa án trọng tài để yêu cầu phá sản TCTD đó (khoản 6 Điều 50.4). Trước khi bắt đầu thủ tục tố tụng về các trường hợp phá sản, Tòa án trọng tài đề nghị NHTU Nga đưa ra ý kiến về việc thu hồi giấy phép TCTD cùng với một bản sao đơn yêu cầu thu hồi giấy phép nói trên của NHTU Nga. NHTU Nga có nghĩa vụ chuyển các tài liệu trên lên Tòa án trọng tài trong vòng một tháng sau khi nhận được yêu cầu của Tòa án trọng tài.

Vi vậy, chúng tôi cho rằng, cần quy định rõ nghĩa vụ công bố đối với thông tin

¹² Thời hạn này trước đây là một tháng, Luật sửa đổi ngày 28/4/2009 đã giảm xuống còn 14 ngày.

“NHNN Việt Nam đã có văn bản không áp dụng hoặc chấm dứt áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán hoặc chấm dứt áp dụng kiểm soát đặc biệt”. NHNN phải có trách nhiệm công bố thông tin này ngay sau khi NHNN ban hành văn bản. Như vậy mới đảm bảo được cho chủ nợ và người lao động thực hiện được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản TCTD tại tòa án.

Ngoài ra, cần phải bổ sung quy định cho phép chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với các TCTD cũng có quyền nộp đơn yêu cầu NHNN ra quyết định ngừng kiểm soát đặc biệt hoặc không áp dụng biện pháp kiểm soát đặc biệt đối với TCTD để làm cơ sở cho quyền nộp đơn yêu cầu tòa án mở thủ tục phá sản TCTD. NHNN có quyền từ chối ban hành quyết định này và trả lời cho người yêu cầu bằng văn bản, có nêu rõ lý do. Sự từ chối của NHNN được xem như là một hành vi hành chính và người yêu cầu có quyền yêu cầu giải quyết khiếu nại hoặc khiếu kiện hành chính đối với quyết định này của NHNN. Có như vậy mới bảo đảm tính minh bạch và bảo vệ được quyền lợi hợp pháp của chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản TCTD.

2.4. Về việc bổ sung các chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục giải quyết phá sản các tổ chức tín dụng

Do đặc thù của các hoạt động kinh doanh mà TCTD được phép tiến hành, TCTD chịu sự kiểm tra, giám sát rất chặt chẽ của cơ quan quản lý ngân hàng, vì vậy, pháp luật của các nước thường bổ sung thêm một số chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là các cơ quan có chức năng quản lý đối với ngân hàng như

NHTƯ hoặc tổ chức BHTG¹³. Điều 50.4 Luật Phá sản TCTD của Liên bang Nga quy định, ngoài chính TCTD và các chủ nợ của TCTD nộp đơn thì NHTƯ Nga (kể cả trong trường hợp không phải là chủ nợ) và các cơ quan có thẩm quyền theo Luật Phá sản Nga cũng có quyền nộp đơn đến Tòa án trọng tài để công nhận TCTD phá sản.

Trong điều kiện của Việt Nam hiện tại, chúng tôi cho rằng, việc bổ sung thêm đối tượng có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản TCTD là NHNN và Tổ chức BHTG là thật sự cần thiết vì những lý giải như sau¹⁴:

- Đối với NHNN, với tư cách là cơ quan giám sát ngân hàng, NHNN có đầy đủ điều kiện để tiếp cận thường xuyên và nắm rõ tình hình hoạt động của TCTD và tình trạng phá sản của TCTD. NHNN cũng là cơ quan ra “văn bản không áp dụng hoặc chấm dứt áp dụng các biện pháp phục hồi khả năng thanh toán hoặc chấm dứt áp dụng kiểm soát đặc biệt”, một trong những nội dung cấu thành điều kiện phát sinh quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản nên NHNN phải là chủ thể đầu tiên có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản TCTD để bảo vệ người gửi tiền. Một trong những nhiệm vụ, quyền hạn của NHNN Việt Nam

¹³ Cao Đăng Vinh (2009), Giải quyết phá sản TCTD kinh nghiệm quốc tế và bài học cho Việt Nam, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 12 (213), tr. 16-27.

¹⁴ Những kiến nghị liên quan đến quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản các TCTD của NHNN và BHTG Việt Nam trên đây là hoàn toàn độc lập với quyền của chủ nợ. Thực tế, NHNN và BHTG Việt Nam vẫn có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản các TCTD nếu nó là các chủ nợ của các TCTD này. Ví dụ: NHNN có thể là chủ nợ khi tái cấp vốn, cho vay đối với các TCTD (nếu khoản vay này là không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần).

được quy định tại Luật NHNN 2010 là “thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình theo quy định của pháp luật về phá sản đối với TCTD” (khoản 12 Điều 4), vì thế, Luật Phá sản áp dụng cho các TCTD bổ sung thêm nghĩa vụ nộp đơn của NHNN là phù hợp.

- Đối với BHTG Việt Nam, với mục đích bảo vệ người gửi tiền, BHTG được pháp luật hiện hành trao một số quyền và nghĩa vụ nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc tiếp cận thông tin và giám sát hoạt động của các TCTD tham gia BHTG như: tổng hợp, phân tích và xử lý thông tin về tổ chức tham gia BHTG, tham gia vào quá trình kiểm soát đặc biệt đối với tổ chức tham gia BHTG; tham gia quản lý, thanh lý tài sản của tổ chức tham gia BHTG (khoản 10 và khoản 13 Điều 13 Luật BHTG Việt Nam năm 2012). Chính vì vậy, cũng như NHNN, BHTG Việt Nam hoàn toàn có đủ điều kiện thực hiện quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản một cách trực tiếp để bảo vệ quyền lợi cho người gửi tiền.

Luật Phá sản 2014 đã có quy định: “Trong trường hợp TCTD không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì NHNN Việt Nam nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với TCTD đó” (khoản 2 Điều 98). Tuy nhiên, việc chưa quy định về quyền nộp đơn của BHTG Việt Nam là điều khiếm khuyết.

2.5. Về xác định tài sản của các tổ chức tín dụng bị phá sản

Luật Phá sản 2004 xác định tài sản của TCTD lâm vào tình trạng phá sản tại Điều 49 (cụ thể hóa khoản 1 Điều 30 Nghị định 05/2010/NĐ-CP). Một số loại tài sản đã không được Điều 49 Luật Phá sản 2004 liệt kê như: các tài sản, quyền về tài sản mà TCTD thu được từ việc tuyên bố các giao dịch vô hiệu theo quy định tại Điều 27 Nghị định 05/2010/NĐ-CP và Điều 44 Luật Phá

sản 2004; một số thu nhập, lợi nhuận thu được sau khi tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản. Ngoài ra, các lợi ích thu được do TCTD thực hiện các hoạt động trong quá trình thanh lý tài sản làm tăng thêm khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã (theo quy định tại Điều 82 Luật Phá sản 2004) cũng phải được tính đến khi xác định tài sản phá sản. Việc tính đến các loại tài sản này nhằm đạt mục đích tối đa hóa giá trị tài sản của TCTD bị lâm vào tình trạng phá sản. Chính vì vậy, Luật Phá sản 2014 đã bổ sung những loại tài sản sau đây:

- Tài sản, quyền về tài sản có được do thu hồi từ giao dịch vô hiệu;

- Tài sản và quyền tài sản có được sau ngày Tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản;

- Tài sản thu hồi từ hành vi cất giấu, tẩu tán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

2.6. Về xử lý tài sản của các tổ chức tín dụng bị phá sản

Mặc dù việc phá sản các TCTD chưa xảy ra ở Việt Nam, nhưng qua nhiều vụ phá sản các doanh nghiệp thông thường, việc bảo toàn tài sản trong giai đoạn cận phá sản là rất khó khăn. Một số hành vi có tính chất tẩu tán tài sản như giấu giếm tài sản, dịch chuyển tài sản bằng thủ tục gian lận, khai khống các khoản nợ giả tạo... làm thất thoát tài sản. Ngoài ra, đối với một số công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn lâm vào tình trạng phá sản do yếu kém trong quản lý điều hành, do mâu thuẫn nội bộ, nhưng chưa được tòa án thụ lý giải quyết phá sản cũng xảy ra tình trạng bán lẻ tài sản của doanh nghiệp để thanh toán các khoản nợ nhỏ, tiền lương của người lao động. Việc bán lẻ tài sản trong điều kiện doanh nghiệp bị lâm vào tình trạng phá sản thường được định giá rất thấp và gây ra thất thoát tài sản

cho doanh nghiệp. Chính vì vậy, chúng tôi cho rằng để điều hòa lợi ích chung của xã hội và lợi ích riêng của các chủ nợ, việc quy định về ưu tiên lựa chọn phương thức thanh lý tài sản là cần thiết. Cụ thể, nên quy định: “Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản khi thực hiện thanh lý tài sản phá sản của TCTD phải lựa chọn phương thức thanh lý tài sản theo thứ tự ưu tiên như sau:

1) Chuyển giao toàn bộ TCTD dưới hình thức bán đấu giá cho một TCTD khác;

2) Chuyển giao toàn bộ TCTD dưới hình thức bán đấu giá cho một chủ thể kinh doanh khác có khả năng chuyển sang thực hiện các hoạt động ngân hàng;

3) Chuyển giao toàn bộ TCTD dưới hình thức bán đấu giá cho chủ thể kinh doanh khác không hoạt động ngân hàng;

4) Chuyển giao toàn bộ TCTD dưới hình thức bán trực tiếp cho chủ thể kinh doanh khác không hoạt động ngân hàng;

5) Bán đấu giá từng tài sản riêng lẻ của TCTD;

6) Bán trực tiếp từng tài sản riêng lẻ của TCTD”.

2.7. Về thứ tự ưu tiên thanh toán tài sản của các tổ chức tín dụng bị phá sản

Thứ tự ưu tiên thanh toán đối với doanh nghiệp bị phá sản theo Luật Phá sản 2014 nhìn chung vẫn được thực hiện tương tự như Luật Phá sản 2004, ngoại trừ bổ sung thêm quyền ưu tiên thanh toán cho các chủ nợ mới (khoản nợ phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản nhằm mục đích phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã) so với chủ nợ thông thường¹⁵.

Đối với việc phá sản TCTD, thứ tự ưu tiên thanh toán được quy định tại Điều 100, 101 và 102 của Luật Phá sản 2014. Theo các quy định này thì khoản vay đặc biệt được hoàn trả trước tiên trước khi thực hiện phân chia theo thứ tự ưu tiên thanh toán. Các tài sản ủy thác cho TCTD, gửi TCTD giữ hộ, giao cho TCTD quản lý thông qua hợp đồng ủy thác, giữ hộ, quản lý tài sản cũng được hoàn trả lại cho chủ sở hữu và các tài sản này không được tính vào giá trị tài sản còn lại của TCTD dùng để phân chia. Đối với việc phân chia tài sản TCTD bị phá sản, một điểm mới của Luật Phá sản 2014 là việc ưu tiên thanh toán cho các khoản tiền gửi trước đối với các khoản nợ thông thường (điểm c khoản 1 Điều 101). Tuy nhiên, việc bổ sung này vẫn chưa hoàn toàn hợp lý vì những lý do sau đây:

Một là, trong số các chủ nợ của các khoản nợ BHTG, chỉ nên ưu tiên cho chủ sở hữu các khoản tiền gửi là cá nhân vì:

- Đây là chủ nợ với số lượng đông đảo nhất. Nếu Luật Phá sản ưu tiên cho các đối tượng này thì cùng với các quy định về BHTG, thứ tự ưu tiên sẽ tạo ra sự ổn định tâm lý và niềm tin của người gửi tiền vào hệ thống ngân hàng.

- Phần lớn những người gửi tiền cá nhân là người lao động nghèo, các khoản tiền tiết kiệm có ý nghĩa và tác động lớn đến đời sống cá nhân và gia đình họ nên sự ưu tiên là cần thiết.

Việc quy định chỉ ưu tiên cho các khoản nợ tiền gửi của cá nhân cũng phù hợp với các quy định về BHTG hiện hành.

Hai là, việc bổ sung thêm quyền ưu tiên thanh toán của tổ chức BHTG đối với khoản tiền đã trả cho người gửi tiền theo quy định của Luật BHTG và hướng dẫn của NHNN

¹⁵ Xem Điều 37 Luật Phá sản 2004 và Điều 54 Luật Phá sản 2014.

cũng không thật sự phù hợp. “Bồi lễ DIV¹⁶ là cơ quan thu phí bảo hiểm và chi trả bảo hiểm theo nguyên tắc lấy số đông bù số ít (nguyên lý bảo hiểm)¹⁷. Vậy trong trường hợp TCTD tham gia BHTG bị phá sản, việc chi trả bảo hiểm cho người gửi tiền được thực hiện từ Quỹ BHTG (trong đó có phí do TCTD đã đóng góp). Nếu pháp luật lại cho phép DIV đòi tiền từ con nợ (TCTD đóng phí bảo hiểm) thì sẽ trái với nguyên lý bảo hiểm và làm thiệt hại đến khối tài sản của con nợ, ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ nợ khác”. Chúng tôi cho rằng để điều hòa giữa mục tiêu bảo toàn và phát triển quỹ bảo hiểm và việc bảo vệ quyền lợi chính đáng của các chủ nợ, thì giải pháp hợp lý nên chỉ cho phép BHTG được đòi nợ sau khi TCTD phá sản đã thanh toán cho các chủ nợ khác.

Ba là, đối với các khoản yêu cầu bồi thường thiệt hại về tính mạng hay sức khỏe, đến nay chưa được quy định là khoản nợ cần ưu tiên thanh toán. Tham khảo pháp luật các nước cho thấy, thường ưu tiên thanh toán tài sản phá sản cho các khoản nợ này. Do đó, cần bổ sung quy định ưu tiên thanh toán cho các khoản yêu cầu bồi thường thiệt hại về tính mạng hay sức khỏe.

Từ những phân tích trên đây, chúng tôi cho rằng cần quy định lại thứ tự ưu tiên thanh toán khi TCTD bị tuyên bố phá sản như sau:

1. Các chi phí phá sản;
2. Các khoản nợ lương và bảo hiểm xã hội cho người lao động;

3. Các khoản nợ cho các chủ nợ ưu tiên (bao gồm tiền bồi thường thiệt hại về tính mạng, sức khỏe do TCTD gây ra hoặc phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật dân sự, tiền gửi của cá nhân, pháp nhân, tổ chức khác);

4. Các khoản nợ cho các chủ nợ thông thường (nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước; khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho chủ nợ trong danh sách chủ nợ¹⁸, khoản nợ có bảo đảm chưa được thanh toán do giá trị tài sản bảo đảm không đủ thanh toán nợ);

5. Các khoản nợ cho các chủ nợ không được ưu tiên (khoản tiền tổ chức BHTG phải trả cho người gửi tiền tại TCTD theo quy định của pháp luật về BHTG và hướng dẫn của NHNN Việt Nam).

6. Sau khi đã thanh toán xong cho các khoản nợ trên thì phần tài sản còn lại thuộc về chủ sở hữu của TCTD.

Tóm lại, phá sản TCTD luôn là vấn đề phức tạp. Việc giải quyết phá sản các TCTD cần được tiến hành thận trọng; các giải pháp phục hồi, tái cơ cấu, chuyển giao TCTD mất khả năng thanh toán luôn được ưu tiên thực hiện nhằm hạn chế tới mức thấp nhất khả năng chấm dứt hoạt động của TCTD. Vì vậy, việc hoàn thiện pháp luật về phá sản các TCTD ở Việt Nam hiện nay cần được thực hiện trên cơ sở đảm bảo các nguyên lý này.

¹⁶ Bảo hiểm tiền gửi Việt Nam.

¹⁷ Lê Thị Thu Thủy, Hoàn thiện pháp luật về giải quyết phá sản ngân hàng thương mại và công ty chứng khoán, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 2+3/2014, tr. 79-89.

¹⁸ Không bao gồm tiền gửi của cá nhân, pháp nhân, tổ chức khác.

KHUNG PHÁP LUẬT DÀNH CHO KHU VỰC ĐẦU TƯ ASEAN VÀ NHỮNG TÁC ĐỘNG ĐỐI VỚI CÁC NƯỚC THÀNH VIÊN

*Hoàng Phước Hiệp**

Tóm tắt: Ngày 31/12/2015, Cộng đồng kinh tế ASEAN chính thức thành lập. Bài viết giới thiệu những nội dung cơ bản của khung pháp luật dành cho Khu vực đầu tư ASEAN, những tác động của nó lên tăng trưởng kinh tế, thay đổi chính sách, pháp luật đầu tư các nước ASEAN và từ đó xác định nhiệm vụ của Việt Nam trong thời gian tới.

Abstract: The ASEAN Economic Community was established on 31 December 2015. This article introduces the main contents of the legal framework for the ASEAN Investment Area, its impact on economic growth and investment policy and law in ASEAN members. It then determines relevant duties of Vietnam in the coming time.

1. Tổng quan về khung pháp luật dành cho Khu vực đầu tư ASEAN

Ý tưởng xây dựng Khu vực đầu tư ASEAN (*Khu vực AIA*) và khung pháp luật dành cho Khu vực đầu tư ASEAN đã được thể hiện trong Tuyên bố của Hội nghị cấp cao ASEAN lần thứ V (12/1995) tại Bangkok dưới tiêu đề thành lập Khu vực đầu tư ASEAN. Trong ba năm chuẩn bị, Hiệp định khung về Khu vực đầu tư ASEAN (*Hiệp định khung AIA*) - trụ cột của Khu vực AIA, đã được kí kết vào ngày 08/10/1998 tại Makati, Philippines. Ngày 14/9/2001, tại Hà Nội, Nghị định thư bổ sung Hiệp định khung AIA (NĐT 2001) đã được ký kết để làm rõ hơn một số vấn đề mà các nước thành viên quan tâm.

1.1. Mục tiêu của Hiệp định khung AIA được xác định tại Điều 3 của Hiệp định. Có thể nêu vắn tắt đó là: Xây dựng một Khu vực AIA có môi trường đầu tư thông thoáng và minh bạch, công khai hơn

nhằm đẩy mạnh đầu tư trực tiếp (FDI) giữa các nước ASEAN cũng như từ các nguồn ngoài ASEAN vào các nước ASEAN, từ đó củng cố và tăng cường tính cạnh tranh của các lĩnh vực kinh tế trong ASEAN, góp phần hướng tới tự do lưu chuyển đầu tư vào năm 2020.

1.2. Các đặc điểm của khung pháp luật dành cho Khu vực AIA

- Thứ nhất, giữa các quốc gia thành viên có một cơ chế pháp lý dành cho *chương trình hợp tác đầu tư công*; dành cho lưu chuyển tự do hơn về vốn, lao động lành nghề, chuyên gia và công nghệ với khu vực kinh doanh giữ vai trò lớn hơn trong các nỗ lực hợp tác đầu tư và các hoạt động có liên quan.

- Thứ hai, các quốc gia thành viên sẽ dành ngay lập tức và vô điều kiện cho các nhà đầu tư ASEAN chế độ đối xử tối huệ quốc (Most Favoured Nation Treatment - MFN), đồng thời vẫn thừa nhận các quốc gia có quyền dành đối xử đặc biệt ưu đãi cho các nước láng giềng theo các tam giác phát triển hay theo các thỏa thuận tiểu khu vực khác (Điều 8).

* PGS.TS., Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh doanh và Công nghệ Hà Nội.

Nhà đầu tư ASEAN, theo Điều 1 của Hiệp định khung AIA được hiểu là: 1/ Công dân của một quốc gia thành viên thực hiện đầu tư vào một quốc gia thành viên khác; hoặc 2/ Pháp nhân của một quốc gia thành viên thực hiện đầu tư vào một quốc gia thành viên khác, với điều kiện chung là phần vốn ASEAN thực tế (ASEAN effective equity) của pháp nhân đó cộng với tất cả các phần vốn ASEAN khác ít nhất phải bằng tỷ lệ tối thiểu cần có để thỏa mãn yêu cầu về vốn quốc gia theo pháp luật hiện hành được công bố của nước chủ nhà/nước tiếp nhận đầu tư liên quan đến phần đầu tư đó.

- Thứ ba, các quốc gia thành viên sẽ thực hiện ngay chế độ đối xử quốc gia (National Treatment - NT) và mở cửa các ngành nghề cho các nhà đầu tư ASEAN, trừ các biện pháp và lĩnh vực liệt kê trong Danh mục loại trừ tạm thời (Temporary Exclusion List) và Danh mục nhạy cảm (Sensitive List) của từng nước thành viên.

Các lĩnh vực và biện pháp trong Danh mục tạm thời sẽ được mở cửa hoặc dành NT theo Lộ trình tương ứng trong khung thời hạn thực hiện Hiệp định khung AIA theo nguyên tắc AFTA + 7 năm.

Tuy nhiên, để tránh tình trạng các nước đưa ra quá nhiều biện pháp và lĩnh vực loại trừ, Hiệp định khung AIA áp dụng nguyên tắc có đi có lại (Điều 9), theo đó, nếu một nước thành viên chưa sẵn sàng dành NT đối với một số biện pháp nào đó cho nước thành viên khác thì có thể không được hưởng các ưu đãi liên quan trên lãnh thổ của nước kia.

1.3. Các chương trình và kế hoạch hành động

a) *Chương trình hợp tác và tạo thuận lợi*, bao gồm các sáng kiến riêng của từng quốc gia thành viên và sáng kiến tập thể của các quốc gia. Sáng kiến riêng nhằm: tăng

cường tính rõ ràng, minh bạch của các quy định, chính sách, thủ tục đầu tư của các quốc gia thành viên; đơn giản hóa và làm nhanh chóng các thủ tục xin và phê duyệt các dự án đầu tư; mở rộng áp dụng các hiệp định song phương về tránh đánh thuế hai lần giữa các thành viên của ASEAN. Sáng kiến tập thể nhằm thiết lập các cơ sở dữ liệu ASEAN để tăng cường trao đổi thông tin, dữ liệu về các ngành công nghiệp và các nhà cung cấp công nghiệp ASEAN, về đầu tư và các cơ hội đầu tư ASEAN; tăng cường đối thoại về cộng đồng doanh nghiệp ASEAN và các tổ chức quốc tế khác để kiến nghị các giải pháp cải thiện môi trường đầu tư ASEAN; cùng xác định các lĩnh vực trọng tâm để hợp tác kỹ thuật và phối hợp các nỗ lực trong và ngoài ASEAN; xem xét bổ sung Hiệp định ASEAN về khuyến khích và bảo hộ đầu tư và khả năng kí kết Hiệp định ASEAN về tránh đánh thuế hai lần.

b) *Chương trình xúc tiến và tăng cường hiểu biết*, theo đó, các nước thành viên tổ chức các hoạt động xúc tiến đầu tư chung và xúc tiến xây dựng các dự án cụ thể cho các nhà đầu tư; tham vấn và tổ chức các chương trình đào tạo liên quan đến hoạt động đầu tư cho các quan chức của cơ quan đầu tư ASEAN; trao đổi các danh mục ngành/lĩnh vực đầu tư mà các nước thành viên khuyến khích đầu tư cùng những giải pháp mà các cơ quan có thẩm quyền đầu tư của một quốc gia có thể hỗ trợ cho hoạt động xúc tiến đầu tư của quốc gia khác.

c) *Chương trình tự do hóa*, theo đó, các quốc gia thành viên sẽ chủ động đơn phương, thường xuyên rà soát lại chế độ pháp lý về đầu tư của nước mình theo hướng tự do hóa, giảm bớt và loại bỏ các biện pháp hạn chế đầu tư; đưa ra các kế hoạch hành động để đảm bảo thực hiện lộ

trình mở cửa các ngành nghề và dành chế độ NT theo các cam kết đã nói ở trên.

Các chương trình, kế hoạch hành động nêu trên đều phải được trình các cơ quan hữu quan của ASEAN (Hội đồng đầu tư Khu vực ASEAN - Hội đồng AIA hoặc Ủy ban điều phối đầu tư CCI xem xét, chấp thuận trước khi thực hiện và trở thành bộ phận cấu thành khung pháp luật dành cho khu vực đầu tư ASEAN, sẽ được xem xét, đánh giá hai năm một lần theo quy định của ASEAN.

1.4. Một số nguyên tắc của khung pháp luật dành cho Khu vực AIA

a) *Nguyên tắc bảo đảm tính minh bạch, công khai.* Các quốc gia thành viên có nghĩa vụ cung cấp thông tin đảm bảo tính minh bạch, công khai của pháp luật và chính sách đầu tư nước mình, trừ các thông tin mật mà việc cung cấp có thể làm ảnh hưởng đến việc thực thi pháp luật, trái với lợi ích công cộng hoặc làm thiệt hại quyền lợi hợp pháp của quốc gia thành viên. Mỗi thành viên phải nhanh chóng và ít nhất mỗi năm một lần thông báo cho Hội đồng AIA các thay đổi về luật pháp, chính sách có thể làm ảnh hưởng xấu đến đầu tư hoặc đến việc thực hiện các cam kết theo Hiệp định khung này.

b) *Nguyên tắc không cấm các nước thành viên thực hiện các biện pháp được coi là các ngoại lệ chung.* Các biện pháp được coi là ngoại lệ chung đó là các biện pháp cần thiết để bảo vệ đạo đức xã hội, giữ gìn trật tự công cộng, bảo vệ con người, động vật, thực vật; bảo đảm sự tuân thủ pháp luật và thu thuế trực thu. Điều kiện thực hiện các biện pháp này là không được áp dụng chúng theo cách nhằm tạo ra sự phân biệt đối xử tùy tiện hoặc bất hợp lý giữa các nước có điều kiện tương tự nhau hoặc tạo ra sự hạn

chế trá hình đối với việc lưu chuyển dòng vốn đầu tư.

c) *Nguyên tắc cho phép các quốc gia thành viên được thực hiện các biện pháp khẩn cấp.* Các biện pháp khẩn cấp này được thực hiện trong chừng mực và thời gian cần thiết để ngăn chặn hoặc khắc phục hậu quả do bị tổn hại nghiêm trọng hoặc đe dọa bị tổn hại nghiêm trọng trong quá trình thực hiện Chương trình tự do hóa theo Hiệp định khung AIA. Các biện pháp này có tính chất tạm thời, không phân biệt đối xử và phải được thông báo cho Hội đồng AIA trong vòng 14 ngày kể từ ngày áp dụng.

d) *Nguyên tắc cho phép các quốc gia thành viên được thực hiện các biện pháp bảo vệ cán cân thanh toán.* Các biện pháp bảo vệ cán cân thanh toán này được hiểu là các biện pháp hạn chế đối với đầu tư mà nước đó đã cam kết cụ thể (kể cả việc chuyển tiền ra nước ngoài) trong trường hợp có các khó khăn về tài chính đối ngoại, cán cân thanh toán quốc tế lâm vào tình trạng mất cân đối nghiêm trọng. Điều kiện cơ bản ở đây là phải được tiến hành trên cơ sở không phân biệt đối xử, có tính tạm thời, không vượt quá mức cần thiết, tránh gây thiệt hại không cần thiết cho lợi ích của các quốc gia thành viên khác, phù hợp với các quy định của Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF). Các quốc gia phải tham vấn trước với Hội đồng AIA ít nhất là 90 ngày, kể từ ngày áp dụng biện pháp đó để Hội đồng AIA xem xét, rà soát cần thiết.

1.5. Cơ chế thực hiện khung pháp luật dành cho Khu vực AIA

Hội đồng AIA được thành lập ngay sau khi Hiệp định khung AIA được ký kết, có nhiệm vụ giám sát, điều phối và triển khai việc thực hiện khung pháp luật dành cho

Khu vực AIA. Trong quá trình thực hiện các nhiệm vụ của mình, Hội đồng AIA thành lập Ủy ban điều phối (CCI), gồm các quan chức cấp cao về đầu tư và các quan chức khác thích hợp.

Điều đáng chú ý trong cơ chế thực hiện khung pháp luật dành cho Khu vực AIA là *mối quan hệ tương tác giữa việc thực hiện Hiệp định khung AIA và các hiệp định khác của ASEAN*. Theo đó:

a. Đối với các hiệp định đã kí kết hoặc tham gia: Hiệp định khung AIA không ảnh hưởng đến các quyền và nghĩa vụ của các quốc gia thành viên theo các hiệp định này. Riêng đối với Hiệp định ASEAN năm 1987 (Hiệp định 1987) về khuyến khích và bảo hộ đầu tư (cùng với Nghị định thư 1996 bổ sung Hiệp định nói trên), trong trường hợp Hiệp định khung AIA có quy định các điều khoản ưu đãi hơn, thì áp dụng các quy định của Hiệp định khung AIA.

b. Đối với các hiệp định sẽ kí kết hoặc tham gia: không có quy định nào trong Hiệp định khung AIA làm ảnh hưởng đến quyền của quốc gia thành viên tham gia vào các hiệp định khác sẽ kí kết hoặc tham gia có mục tiêu, quy tắc, nội dung không trái với quy tắc, mục tiêu và nội dung các điều khoản của Hiệp định khung AIA.

c. Cơ chế giải quyết tranh chấp: mọi tranh chấp, bất đồng phát sinh giữa quốc gia thành viên liên quan đến việc giải thích, áp dụng Hiệp định khung AIA hoặc bất cứ thỏa thuận nào sẽ có trong tương lai phù hợp với Hiệp định khung này đều được giải quyết theo Nghị định thư SDM của ASEAN.

d. Về việc tham gia Hiệp định khung AIA của các thành viên mới: các thành viên mới của ASEAN không bị cản trở trong việc tham gia Hiệp định khung AIA theo

các quy định và điều kiện của Hiệp định khung này.

2. Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN - sự phát triển tiếp theo của khung pháp luật dành cho Khu vực AIA

2.1. Tổng quan về Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN

Năm 2003, các nhà lãnh đạo ASEAN đã quyết định thành lập Cộng đồng ASEAN (ASEAN Community- AC). Do vậy, đòi hỏi khung pháp luật đầu tư dành cho Khu vực AIA phải có những thay đổi nhất định để tạo ra một nền tảng pháp lý tự do hơn, cởi mở hơn, thông thoáng hơn nhằm đạt được mục đích cuối cùng của quá trình hội nhập kinh tế trong khuôn khổ Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC)¹, để phù hợp hơn với tầm nhìn của một AEC thống nhất, năng động.

Hội nghị Bộ trưởng kinh tế ASEAN lần thứ 39 tại Manila, Philippines tháng 8/2007 đã giao cho CCI chủ trì soạn thảo Hiệp định điều chỉnh toàn bộ hoạt động đầu tư thuộc Khu vực AIA trên cơ sở các nguyên tắc: (i) Kế thừa và cải thiện các quy định của các hiệp định của ASEAN mà trước tiên là Hiệp định khung AIA và Hiệp định bảo đảm đầu tư ASEAN (ASEAN Investment Guarantee Agreement-Hiệp định AIGA); (ii) Áp dụng nguyên tắc không hồi tố đối với các cam kết, trừ trường hợp bồi thường do trưng thu tài sản, vốn đầu tư; (iii) Cân bằng/hài hòa hóa trong xử lý các nội dung chính: tự do hóa, xúc tiến/khuyến khích, thuận lợi hóa và bảo hộ đầu tư; (iv) Tự do hóa đầu tư theo chiều hướng tiến bộ hơn nhằm tạo một môi

¹ Xem: www.aseansec.org/Overview. Cộng đồng ASEAN bao gồm ba trụ cột là Cộng đồng An ninh-Chính trị ASEAN (ASEAN Political-Security Community), Cộng đồng Kinh tế ASEAN (ASEAN Economic Community) và Cộng đồng Văn hóa-Xã hội ASEAN (ASEAN Socio-Cultural Community).

trường đầu tư ASEAN tự do hơn, mở cửa hơn, phù hợp với mục tiêu thành lập AEC; (v) Đem lại lợi ích cho cả nhà đầu tư ASEAN và nhà đầu tư các nước ngoài khu vực AIA đang đầu tư tại ASEAN; (vi) Xem xét việc dành đối xử đặc biệt và khác biệt cho các nước thành viên mới (Campuchia, Lào, Myanmar, Việt Nam); (vii) Dành sự linh hoạt cho các nước thành viên trong các vấn đề nhạy cảm; (viii) Có sự đối xử nhân nhượng lẫn nhau giữa các nước thành viên; (ix) Tiếp tục duy trì quy chế MFN và dành sự đối xử đặc biệt cho các nước trong khu vực AIA; (x) Cho phép Hiệp định ACIA có được cơ hội mở rộng để có thể tự do hóa các lĩnh vực khác trong tương lai.

Ngày 26/02/2009, tại Cha-am, Thái Lan, Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ASEAN Comprehensive Investment Agreement – Hiệp định ACIA) đã được ký kết, phù hợp với *Kế hoạch hành động tổng thể* (AEC Blueprint) của AEC².

Hiệp định ACIA gồm 49 điều (có hiệu lực từ ngày 29/03/2012), quy định về đối tượng; nguyên tắc; phạm vi áp dụng; các chế độ pháp lý cơ bản (NT, MFN, trung thu tài sản và bồi thường, thế quyền, cán cân thanh toán, các ngoại lệ, vấn đề xuất nhập cảnh, khuyến khích và tăng cường đầu tư...); vấn đề giải quyết tranh chấp đầu tư,

đặc biệt là tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư thuộc khu vực AIA với nước thành viên ASEAN; các vấn đề về thiết chế, tổ chức thực hiện Hiệp định; các quy định khác, hai Phụ lục và một Danh mục các bảo lưu đính kèm Hiệp định.

2.2. Phạm vi điều chỉnh của Hiệp định ACIA

Hiệp định ACIA có phạm vi điều chỉnh toàn diện, trước tiên bao gồm năm nhóm vấn đề lớn: (i) Vấn đề tự do hóa đầu tư, (ii) Vấn đề bảo hộ/bảo đảm đầu tư, (iii) Vấn đề thuận lợi hóa cho hoạt động đầu tư, (iv) Vấn đề xúc tiến/khuyến khích đầu tư nội khu vực AIA và từ ngoài khu vực AIA đầu tư vào khu vực AIA, (v) Vấn đề minh bạch, công khai pháp luật và chính sách đầu tư của các nước thành viên.

Theo Điều 3, Hiệp định ACIA về cơ bản, kế tục và phát triển phạm vi điều chỉnh của Hiệp định AIA và Hiệp định AIGA; có mở rộng đối với “nhà đầu tư” của nước ngoài khu vực AIA có nơi thường trú và có hoạt động kinh doanh chủ yếu trên lãnh thổ của nước thành viên ASEAN. Điều 4 Hiệp định ACIA định nghĩa “khoản đầu tư” khá rộng, bao gồm không chỉ giới hạn ở tất cả các loại tài sản hữu hình, vô hình mà nhà đầu tư sở hữu hoặc kiểm soát. Các “biện pháp được một nước thành viên áp dụng có liên quan đến nhà đầu tư và khoản đầu tư” được nhắc đến trong Điều 4 Hiệp định ACIA bao gồm các luật, văn bản dưới luật, thủ tục, quyết định và các hoạt động quản lý hành chính nhà nước hoặc những thông lệ được chính quyền trung ương, khu vực, địa phương, và các tổ chức phi chính phủ được chính quyền trung ương, khu vực, địa phương ủy quyền thực hiện, áp dụng.

² Xem văn bản hiệp định: <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/category/agreements-declarations-7>. Xem thêm: <http://www.asean.org/archive/5187-10.pdf>. Chú ý: the ASEAN Political-Security Community Blueprint, the ASEAN Economic Community Blueprint, the ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint and the IAI Work Plan 2 (2009-2015), as annexed, shall constitute the Roadmap for an ASEAN Community (2009-2015), and each ASEAN Member State shall ensure its timely implementation.

2.3. Các nguyên tắc chỉ đạo của Hiệp định ACIA

Điều 2 Hiệp định ACIA quy định tám nguyên tắc chỉ đạo nhằm đảm bảo tạo lập được một môi trường đầu tư tự do, thuận lợi, minh bạch, công khai và cạnh tranh trong khu vực AIA.

Một là, nguyên tắc tự do hóa đầu tư, bảo hộ, xúc tiến/khuyến khích đầu tư và thuận lợi hóa. Về cơ bản, nguyên tắc này đã được quy định trong Hiệp định khung AIA và Hiệp định AIGA. Tuy nhiên, do định nghĩa về nhà đầu tư và khoản đầu tư theo Điều 4 Hiệp định ACIA được mở rộng, bao gồm cả thể nhân nước ngoài có quyền thường trú tại các nước ASEAN, nên nguyên tắc này cũng được áp dụng cho cả các đối tượng đó. Việc bảo hộ đầu tư được đặc biệt quan tâm và nhấn mạnh trong nội dung Điều 5 Hiệp định ACIA (chế độ NT), Điều 6 (chế độ MFN), Điều 11 (chế độ bảo hộ đầu tư đầy đủ)...Việc xúc tiến/khuyến khích đầu tư, theo Điều 24 Hiệp định ACIA, được tiến hành thông qua các hình thức như xúc tiến/khuyến khích phát triển doanh nghiệp vừa và nhỏ, các công ty đa quốc gia; xúc tiến/tăng cường mạng lưới sản xuất công nghiệp và hoạt động hỗ trợ giữa các công ty đa quốc gia tại ASEAN; tổ chức các đoàn khảo sát đầu tư tập trung phát triển tổ hợp khu vực và mạng lưới sản xuất; tổ chức và hỗ trợ tổ chức hội thảo giới thiệu cơ hội đầu tư, quy định, chính sách, pháp luật đầu tư và trao đổi những vấn đề mà các bên quan tâm có liên quan đến đầu tư...

Hai là, nguyên tắc tự do hóa đầu tư theo chiều hướng tiến bộ hơn nhằm đạt được môi trường đầu tư tự do và mở cửa hơn trong khu vực AIA. Theo nguyên tắc này, Hiệp định ACIA cho phép tự do hóa

hơn trong tương lai đối với một số ngành, dịch vụ trên cơ sở nhất trí của các nước thành viên. Điều 9 Hiệp định ACIA cho phép các nước thành viên bảo lưu đối với một số quy định của Hiệp định ACIA, nhưng phải có biện pháp, lộ trình cụ thể để mở cửa phù hợp với mức độ phát triển của mỗi nước thành viên và trong toàn khu vực nhằm hướng tới mục tiêu về tự do hóa của AEC.

Ba là, nguyên tắc bảo đảm lợi ích của nhà đầu tư và khoản đầu tư của họ. Bảo đảm lợi ích được hiểu là việc đối xử công bằng, bảo đảm an ninh cũng như vô tư trong các vụ kiện pháp lý, thủ tục hành chính hay bất cứ chính sách nào liên quan đến việc thực hiện quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư. Điều 12 và Điều 14 Hiệp định ACIA quy định về việc bồi thường trong trường hợp mất tài sản do xung đột vũ trang nội địa, tình trạng khẩn cấp, trung thu...

Bốn là, nguyên tắc duy trì chế độ đối xử ưu đãi (preferential treatment) giữa các nước thành viên. Điều 21 Hiệp định ACIA quy định, ít nhất hàng năm, các nước thành viên phải thông báo cho Hội đồng AIA về các hiệp định liên quan đến đầu tư, các thỏa thuận khác mà nước thành viên có thể cho nhà đầu tư nước ngoài hưởng chế độ đối xử ưu đãi.

Năm là, nguyên tắc không áp dụng hồi tố đối với các cam kết trước đây để không thể quay lại với các chế độ pháp lý kém tự do hơn được xác định trong Hiệp định khung AIA và Hiệp định AIGA. Theo quy định tại Điều 47 Hiệp định ACIA, khi Hiệp định ACIA có hiệu lực thi hành thì Hiệp định khung AIA và Hiệp định AIGA phải chấm dứt hiệu lực pháp lý đối với tất cả các nước thành viên. Những cam kết liên quan

đến các điều khoản bảo lưu theo Hiệp định khung AIA và Hiệp định AIGA phải được áp dụng theo lộ trình tự do hóa phù hợp với Điều 9 Hiệp định ACIA. Tuy nhiên, các nước thành viên có thể có thời gian quá độ không quá 03 năm để thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ của mình.

Sáu là, nguyên tắc đối xử đặc biệt, khác biệt và mềm dẻo (special and differential treatment and other flexibilities) đối với các nước thành viên trong khu vực AIA, tùy thuộc vào mức độ phát triển của nước đó và lĩnh vực kinh tế nhạy cảm. Điều 23 Hiệp định ACIA đưa ra chế độ đối xử đặc biệt, khác biệt và mềm dẻo đối với các nước thành viên mới gia nhập, tùy thuộc vào mức độ phát triển của nước đó và lĩnh vực kinh tế nhạy cảm.

Bảy là, nguyên tắc bảo đảm chế độ có đi có lại (Reciprocal treatment) giữa các nước thành viên trong khu vực AIA trong việc cùng nhau tham gia vào quyền khai thác dự án khi điều đó là có thể thực hiện được.

Tám là, mở rộng phạm vi điều chỉnh của Hiệp định ACIA sang các lĩnh vực và ngành nghề khác trong tương lai. Hiệp định sẽ điều chỉnh đối với những lĩnh vực, ngành nghề đó trên cơ sở sự nhất trí của các nước thành viên.

2.4. Sự phát triển tiếp tục của khung pháp luật dành cho Khu vực AIA theo Hiệp định ACIA

Ngày 26/8/2014, tại Nay Pyi Taw, Myanmar, Nghị định thư bổ sung Hiệp định ACIA đã được ký kết làm rõ hơn một số quy định của Hiệp định ACIA liên quan đến vấn đề bảo lưu (Điều 9), vấn đề sửa đổi cam kết của thành viên theo Hiệp định ACIA (Điều 10) và cơ chế thực thi liên quan. Hội

đồng AIA được thành lập, có trách nhiệm giám sát việc thực hiện Hiệp định ACIA. Ủy ban CCI là cơ quan giúp việc cho Hội đồng AIA.

Sự phát triển tiếp tục của khung pháp luật dành cho Khu vực AIA theo Hiệp định ACIA được cảm nhận có những tiến bộ đáng kể:

a. ASEAN đã thông qua Danh mục các bảo lưu của quốc gia thành viên khu vực AIA về Lộ trình thực hiện Hiệp định ACIA (The ACIA Schedule/The Member States Reservation Lists). Danh sách ghi nhận các biện pháp mà các quốc gia thành viên khu vực AIA bảo lưu “không phù hợp” với quy chế NT và quy chế di chuyển của thể nhân (Provisions on senior manager and board of directors - SMBD) của nước mình và lộ trình mà quốc gia thành viên sẽ mở cửa dần hoặc loại bỏ trong quá trình thực hiện Hiệp định ACIA.

b. Hội đồng AIA đã đưa ra được một bản Quy định về Phương thức cải thiện và loại bỏ các cản trở đối với đầu tư (The Modality to Improve and Eliminate the Impediments to Investment) mà quốc gia thành viên cần tuân thủ trong quá trình thực hiện lộ trình mở cửa dần hoặc loại bỏ các cản trở đối với đầu tư.

c. Hội đồng AIA đã thông qua Quy định về Rà soát định kỳ (The ASEAN Investment Peer Review Process) đối với việc thực hiện quy định về minh bạch, công khai chính sách, pháp luật về đầu tư của quốc gia thành viên.

d. Xây dựng các quy định cụ thể hóa Hiệp định ACIA, phát triển các cơ chế cải thiện tình hình đầu tư theo hướng tự do hơn, thông thoáng hơn, soạn thảo và công bố các tài liệu hướng dẫn về Hiệp định ACIA dạng

“The ACIA Guidebook for Businessmen and Investors”³.

đ. Đã có những bước tiến đáng kể trong xây dựng cơ chế đầu tư một cửa, xây dựng được trang web đầu tư ASEAN với tính cách là “Cổng ASEAN” để chia sẻ thông tin về đầu tư trong khu vực AIA và là “Cửa sổ” cho nhà đầu tư các nước khác nhau tìm hiểu nhiều hơn về khu vực AIA, nắm bắt được cơ hội và tiềm năng thương mại, đầu tư của các nước ASEAN.

e. Khởi động bước đầu quá trình thảo luận có tính chiến lược giữa các nhà lãnh đạo các cơ quan đầu tư các nước thành viên khu vực AIA về việc tăng cường và khuyến khích đầu tư nội khối ASEAN thông qua “Diễn đàn đầu tư ASEAN” (“The ASEAN Investment Forum”) hàng năm.

3. Tác động của khung pháp luật dành cho khu vực AIA lên các nước thành viên ASEAN

3.1. Tác động về mặt kinh tế

Về mặt kinh tế, xu hướng tăng trưởng trong 20 năm (1993-2013) cho thấy, giai đoạn 1999-2009 có những khởi sắc đáng kể; những giai đoạn sau đó tăng trưởng vượt bậc. Theo Báo cáo đầu tư năm 2013-2014 của Ban thư ký ASEAN, mặc dù bị tác động lớn từ hai cuộc khủng hoảng tài chính (1997-1998 và 2007-2008), dòng đầu tư trực tiếp từ nước ngoài vào khu vực AIA vẫn tiếp tục duy trì xu hướng tăng trưởng. Năm 2013, dòng FDI vào khu vực AIA tiếp tục tăng, vượt ngưỡng 122 tỷ USD⁴. Theo Báo cáo Đầu tư toàn cầu năm 2015 mới đây

của UNCTAD, thì con số này đã đạt mức 133 tỷ USD⁵.

Hoạt động đầu tư của Việt Nam trong khu vực AIA cũng tăng. Đầu tư của Việt Nam vào các nước láng giềng trong khu vực AIA tăng từ 1,2 tỷ USD năm 2012 lên 02 tỷ USD năm 2013. Đến hết Quý 1 năm 2014, 47% số dự án đầu tư của Việt Nam tập trung vào Lào và Campuchia, chủ yếu là các dự án thủy điện, nông nghiệp và xây dựng. Theo Báo cáo nhanh của Bộ kế hoạch và Đầu tư về tình hình đầu tư trực tiếp nước ngoài 09 tháng năm 2015⁶, xuất khẩu của khu vực FDI (kể cả dầu thô) trong 09 tháng năm 2015 đạt 85,2 tỷ USD, tăng 15,8% so với cùng kỳ năm 2014 và chiếm 70,6% tổng kim ngạch xuất khẩu. Tính chung trong 09 tháng năm 2015, khu vực FDI xuất siêu 11,9 tỷ USD.

Bên cạnh đó, nhiều nhà đầu tư nước ngoài cũng đã có được cơ hội đầu tư vào Việt Nam. Theo số liệu của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, đến ngày 20/9/2015, nhập khẩu của khu vực FDI 09 tháng năm 2015 đạt 73,29 tỷ USD, chiếm 58,8% tổng kim ngạch nhập khẩu. Đã có 58 quốc gia và vùng lãnh thổ có dự án đầu tư tại Việt Nam⁷.

3.2. Tác động về mặt chính sách, pháp luật đầu tư quốc gia

Hiệp định ACIA cùng các khung pháp lý theo các hiệp định khác của ASEAN đã có tác động đáng kể lên các quyết định thương mại, đầu tư của các nước thành viên ASEAN trong tiến trình đi đến đích của AEC.

³ Xem: <http://www.asean.org/resources/item/asean-comprehensive-investment-agreement-a-guidebook-for-business-and-investors>.

⁴ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p.4.

⁵ Xem: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, p.41

⁶ Xem: <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=29238&idcm=208>.

⁷ Xem: <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=29238&idcm=208>.

Một số hoạt động sau đây đáng chú ý:

Thứ nhất, tiến hành cải cách pháp luật, cải cách hành chính mạnh mẽ trong tất cả các nước thành viên ASEAN

Brunei Darussalam, đã thành lập hệ thống cấp phép kinh doanh một cửa qua mạng - “OneBIZ”; cải cách hệ thống quản lý quyền sở hữu trí tuệ bằng cách lập Cục Sở hữu trí tuệ (The Brunei Intellectual Property Office - BruIPO) bên cạnh Cơ quan phát triển kinh tế Brunei (The Brunei Economic Development Board -BEDB)...⁸.

Malaysia, ban hành Luật dịch vụ tài chính năm 2013 (The Financial Services Act 2013), Luật dịch vụ tài chính Islam năm 2013 (The Islamic Financial Services Act 2013) để khuyến khích sự ổn định của thị trường tài chính nói chung, thị trường chứng khoán và thị trường tiền tệ Islam nói riêng. Nhiều biện pháp liên quan đến tự do hóa thị trường tài chính đã được thông qua, đáng chú ý là: i) Các yêu cầu về định mức tín dụng sẽ được loại bỏ trước ngày 01/01/2017; ii) Từ ngày 01/01/2015, có sự mềm dẻo hơn đối với định mức tín dụng và tính khả thương của các hối phiếu và *sukuk*; iii) Các yêu cầu về nắm giữ cổ phần chi phối đối với các tổ chức tín dụng sẽ được bãi bỏ từ ngày 01/01/2017; iv) Các công ty nước ngoài sẽ được sở hữu 100% vốn trong các doanh nghiệp quản lý tín thác tại Malaysia...⁹.

Singapore, ban hành Luật Patent năm 2014 (The Singapore Patents Law), thay chế độ “selfassessment” (tự đánh giá) bằng hệ thống “positive grant” system (cho

hưởng thụ động); Luật bảo hiểm năm 2013 cho phép MAS (The Monetary Authority of Singapore) giám sát các đối tượng tốt hơn; rà soát toàn bộ Luật công ty, đưa ra khái niệm mới về “doanh nghiệp nhỏ”, cho phép công ty phát hành các cổ phần không có quyền biểu quyết và cổ phần có quyền biểu quyết theo quy định của văn bản thành lập công ty; cho công ty báo cáo, chuyển thông tin và chuyển tài liệu đến cơ quan nhà nước theo quy tắc tự do hóa qua mạng chuyển tin điện tử...¹⁰.

Thái Lan, Cơ quan đầu tư Thái Lan (Board of Investment-BOI) ban hành văn bản số 4/2556, ngày 28/02/2013 mở rộng khả năng cho phép pháp nhân nước ngoài đầu tư tại Thái Lan có quyền sở hữu đất tại Thái Lan để thành lập văn phòng, trụ sở và nhà ở. Trung tâm đầu tư hải ngoại Thái Lan được thành lập để hỗ trợ công dân Thái Lan đầu tư ra nước ngoài. Trung tâm đầu tư một cửa (The One Start One Stop Investment Centre - OSOS) khai trương website để tạo thuận lợi cho đầu tư tại Thái Lan. Thành lập các hệ thống điện tử khác nhau, chẳng hạn, the Electronic Machine Tracking System (eMT Online), the E-Expert System để xúc tiến/khuyến khích đầu tư và tạo điều kiện cho các công nhân lành nghề nước ngoài đăng ký làm việc tại Thái Lan...¹¹.

Indonesia, Cơ quan điều phối đầu tư Indonesia (The Indonesia Investment Coordinating Board - BKPM) đã ra văn bản số 5/2013 hướng dẫn trình tự, thủ tục cấp phép đầu tư và các loại đầu tư không cần cấp phép theo hướng đơn giản hóa và giảm

⁸ Xem: [www.asean.org/aseanstats/ASEAN Investment Report 2013-2014](http://www.asean.org/aseanstats/ASEAN%20Investment%20Report%202013-2014), p. 47.

⁹ Xem: [www.asean.org/aseanstats/ASEAN Investment Report 2013-2014](http://www.asean.org/aseanstats/ASEAN%20Investment%20Report%202013-2014), p. 52-53.

¹⁰ Xem: [www.asean.org/aseanstats/ASEAN Investment Report 2013-2014](http://www.asean.org/aseanstats/ASEAN%20Investment%20Report%202013-2014), p. 57-58.

¹¹ Xem: [www.asean.org/aseanstats/ASEAN Investment Report 2013-2014](http://www.asean.org/aseanstats/ASEAN%20Investment%20Report%202013-2014), p. 59-60.

vốn tối thiểu đối với dự án đầu tư. Bộ Thương mại Indonesia đã ban hành văn bản số 07 ngày 11/02/2013 với mục đích tăng cường nhượng quyền trong các hoạt động kinh doanh thực phẩm và rau quả với các doanh nghiệp vừa và nhỏ. Tiến hành hàng loạt biện pháp nhằm thuận lợi hóa đầu tư, chẳng hạn, đăng ký đầu tư qua mạng và nâng cấp hệ thống đăng ký qua mạng để từ năm 2016, nhà đầu tư có thể đăng ký qua mạng không chỉ về đầu tư mà cả các loại hình kinh doanh khác thuộc diện quản lý của BKPM; giải quyết thủ tục thành lập đơn vị kinh doanh từ 16 ngày xuống chỉ còn 1 ngày; giải quyết thủ tục cấp Quyền thương mại kinh doanh thường xuyên (Permanent Business Trading License -SIUP) và Giấy chứng nhận đăng ký công ty (Company Registration Certificate - TDP) từ 15 ngày xuống còn 03 ngày; thủ tục đăng ký công nhân lành nghề tại Bộ Nhân lực (The Ministry of Manpower) từ 14 ngày xuống còn 1 ngày...¹².

Đối với Việt Nam Quốc hội đã thông qua Luật Đất đai 2013, Luật Đấu thầu 2013, Luật Đầu tư 2014, Luật Đầu tư công 2014, Luật Doanh nghiệp 2014 và nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác phù hợp với Kế hoạch hành động tổng thể (AEC Blueprint) của AEC.

Thứ hai, đưa ra các biện pháp thuế mềm dẻo, thấp hơn để tự do hóa cho nhà đầu tư

Brunei Darussalam, bỏ thuế đối với bất động sản từ ngày 01/01/2013; thuế nhập khẩu đối với máy móc công nghiệp chạy

bằng điện, sản phẩm đồ gỗ... chỉ còn 05%...¹³.

Malaysia, ban hành Luật Tài chính năm 2013 (The Finance Act 2013); sửa đổi, bổ sung Luật thuế thu nhập (The Income Tax Act 1967), Luật Tem phiếu (The Stamp Act 1949), Luật Dầu khí (The Petroleum (Income Tax) Act 1967)... Từ ngày 01/4/2015, thuế hàng hóa và dịch vụ (GST) thay thế cho thuế mua bán và dịch vụ. Thuế GST là thuế VAT được xác định một mức chung 06 %¹⁴.

Thái Lan, BOI ban hành văn bản Por. 3/2556 năm 2013 về Thủ tục cho hưởng quyền và lợi ích từ việc giảm thuế nhập khẩu đối với nguyên vật liệu dùng để sản xuất hàng xuất khẩu. Thuế thu nhập doanh nghiệp trong năm 2013 đã hạ xuống còn 20 %; thuế VAT hạ xuống còn từ 07 đến 10 %...¹⁵.

Thứ ba, chuyển hướng đầu tư theo lợi thế cạnh tranh

Brunei Darussalam, hiện đại hóa sân bay quốc tế Brunei; chuyển hướng đầu tư chuyên sâu và nâng cấp một số khu công nghiệp, chẳng hạn, Salambigar Industrial Park chuyển hướng chuyên về sản phẩm hóa dược, cosmetics; Pulau Muara Besar chuyển hướng chuyên về các hoạt động hỗ trợ dầu khí; Sungai Liang Industrial Park – các sản phẩm hóa dầu, khí; Rimba Digital Junction – các sản phẩm công nghệ cao...¹⁶.

¹² Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 50-51.

¹³ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 48.

¹⁴ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 52,54.

¹⁵ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 59-60.

¹⁶ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 48.

Indonesia, trong năm 2014 đã thành lập năm đặc khu kinh tế: The Palu SEZ ở Central Sulawesi; The Bitung SEZ ở North Sulawesi; The Morotai SEZ ở North Maluku; The Tanjung Api-api SEZ ở South Sumatera và The Mandalika SEZ ở West Nusa Tenggara...¹⁷.

Thái Lan, BOI xác định hướng đầu tư mới tập trung vào cơ sở hạ tầng và logistics; công nghiệp sơ chế; thiết bị khoa học và y tế; năng lượng tái sinh và dịch vụ môi trường; dịch vụ hỗ trợ kinh doanh; công nghệ nguồn tân tiến; chế biến nông sản và thực phẩm; thiết bị vận chuyển và thiết bị ô tô; các thiết bị điện và linh kiện...¹⁸.

Thứ tư, tích cực tham gia vào các cơ hội đầu tư mới thông qua đàm phán, ký kết các hiệp định đầu tư thế hệ mới

Bốn nước ASEAN là Brunei Darussalam, Malaysia, Singapore và Việt Nam tham gia đàm phán thành công Hiệp định TPP đầu tháng 10/2015. Năm 2013, Singapore ký hiệp định bảo đảm đầu tư với Colombia; năm 2014 ký BIT với Burkina Faso; đang đàm phán với EU Hiệp định FTA¹⁹. Thái Lan đang đàm phán với Canada, EU và Ấn Độ các hiệp định FTA²⁰.

Indonesia đến đầu năm 2015 đã ký gần 70 hiệp định BIT²¹. Việt Nam cũng đã ký nhiều hiệp định BIT kết thúc đàm phán Hiệp định TPP, FTA với EU, Hàn Quốc, Liên minh Hải quan Nga, Belarus và Kazakhstan, đang đàm phán với Liên minh thương mại tự do châu Âu (Switzerland, Ireland and Liechtenstein)...

Tóm lại, hội nhập kinh tế quốc tế trong khuôn khổ AEC đang tiến triển mạnh mẽ. Các quốc gia thành viên ASEAN đã có những kết quả đáng ghi nhận. Việt Nam cũng đã tích cực tham gia vào quá trình đó. Tuy vậy, cơ hội và thách thức đối với chúng ta là khá lớn. Đó là sức ép của các cam kết với WTO, với các đối tác FTA song phương, từ cam kết theo khung pháp luật dành cho khu vực AIA đối với Việt Nam. Cùng với đó, Hiệp định TPP đang đặt ra cho chúng ta nhiều vấn đề cần nghiên cứu xử lý để biến các cơ hội thành hiện thực và vượt qua các thách thức trong quá trình hội nhập.

¹⁷ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 51.

¹⁸ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 60.

¹⁹ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 59.

²⁰ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 60.

²¹ Xem: www.asean.org/aseanstats/ ASEAN Investment Report 2013-2014, p. 51.

NGUYÊN TẮC TỘI PHẠM KÉP TRONG DẪN ĐỘ TỘI PHẠM - MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

*Hồ Thị Ngọc Hương**
*Nguyễn Văn Thuyết***

Tóm tắt: Bài viết tập trung làm rõ khái niệm, nguyên tắc tội phạm kép, quá trình phát triển nguyên tắc tội phạm kép và quan điểm của một số quốc gia về vấn đề này; thực trạng áp dụng nguyên tắc tội phạm kép. Trên cơ sở đó, bài viết đưa ra một vài khuyến nghị nhằm hoàn thiện những vấn đề liên quan đến nguyên tắc này trong dẫn độ tội phạm.

Abstract: The article focuses on understanding the concept and principle of dual criminality, the development of this principle and the views of some countries on this issue as well as the enforcement of this principle in practice. Basing on that, it makes some recommendations to improve issues relating to this principle in extradition.

Đặt vấn đề:

Có nhiều nguyên tắc được đặt ra đối với hoạt động dẫn độ tội phạm, đáng chú ý là nguyên tắc tội phạm kép. Đây là một trong năm nguyên tắc cơ bản của dẫn độ, bao gồm nguyên tắc chủ quyền quốc gia, nguyên tắc có đi có lại, nguyên tắc tội phạm kép, nguyên tắc không dẫn độ công dân nước mình và nguyên tắc đặc biệt¹.

1. Khái niệm nguyên tắc tội phạm kép

Nguyên tắc tội phạm kép được chấp nhận một cách rộng rãi trên toàn thế giới và được quy định trong Luật dẫn độ của các quốc gia, các hiệp định song phương về dẫn độ cũng như các hiệp định tương trợ tư pháp. Ví dụ, nguyên tắc này được quy định tại khoản 4 Điều 2 Luật dẫn độ của Nhật Bản như sau: có thể từ chối yêu cầu dẫn độ “khi hành vi cấu thành tội phạm bị yêu cầu dẫn độ, theo luật, điều lệ hoặc pháp lệnh

của Nhật Bản, sẽ không bị trừng phạt bằng án tử hình hoặc tù chung thân hoặc án tù với khung hình phạt cao nhất từ ba năm hoặc trên ba năm nếu hành vi này đã được thực hiện tại Nhật Bản”. Trong Hiệp định dẫn độ Hoa Kỳ - Hàn Quốc quy định: “một tội phạm sẽ là tội phạm bị dẫn độ nếu trong thời gian yêu cầu dẫn độ, tội phạm này theo luật pháp của hai quốc gia tham gia ký kết phải chịu hình phạt bị tước đi tự do trong thời gian từ một năm trở lên, hoặc chịu các hình phạt nặng hơn”.

Ở Việt Nam, nguyên tắc tội phạm kép được ghi nhận tại khoản 2 Điều 35 Luật Tương trợ tư pháp năm 2007, theo đó, cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền của Việt Nam có thể từ chối dẫn độ nếu “hành vi mà người bị yêu cầu dẫn độ không phải là tội phạm theo quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam”². Ngoài ra, trong 11 hiệp định tương trợ tư pháp mà Việt Nam đã ký có

^{**} Khoa Luật, Học viện Cảnh sát nhân dân.

¹ Vụ Pháp chế, Bộ Công an, *Sổ tay công tác dẫn độ*, Nxb. Lao động, 2014.

² Khoản 2 Điều 35 Luật Tương trợ tư pháp năm 2007.

quy định về dẫn độ và 05 hiệp định dẫn độ Việt Nam đã ký với Ô-xtrây-li-a, Ấn Độ, An-giê-ri, In-đô-nê-xi-a và Hàn Quốc đều đề cập đến nguyên tắc tội phạm kép.

Nội dung của nguyên tắc này thể hiện ở chỗ, người phạm tội bỏ trốn sẽ không bị dẫn độ trừ khi tội danh đó được pháp luật hai bên coi là tội phạm³. Hay nói cách khác, hoạt động dẫn độ chỉ được tiến hành khi hành vi do cá nhân bị yêu cầu dẫn độ thực hiện được xác định là hành vi phạm tội theo quy định hiện hành của pháp luật cả hai quốc gia (quốc gia yêu cầu và quốc gia được yêu cầu dẫn độ), đồng thời hành vi phạm tội phải được quy định ở mức án trừng phạt cụ thể theo ý chí của các quốc gia hữu quan và được ghi nhận trong pháp luật, hoặc được các nước này thỏa thuận nhất trí và được quy định trong các điều ước quốc tế giữa các quốc gia hữu quan⁴.

Nguyên tắc tội phạm kép được coi là nguyên tắc không thể thiếu khi xem xét các yêu cầu dẫn độ, ngay cả khi giữa hai nước không có thỏa thuận về dẫn độ.

2. Sự phát triển của nguyên tắc tội phạm kép và quan điểm của một số quốc gia

Hoạt động dẫn độ đã tồn tại cách đây hàng ngàn năm dưới nhiều hình thức khác nhau. Những điều khoản về dẫn độ sớm nhất trong lịch sử được tìm thấy trong Hiệp ước hòa bình giữa nhà vua Ai Cập cổ đại Rameses II và Hoàng tử Hattulisi III của Vương quốc Hittite vào năm 1280 trước Công nguyên⁵. Ngay từ buổi ban đầu, dẫn

độ đã được xem là một công cụ quan hệ ngoại giao nhằm nuôi dưỡng mối quan hệ hữu hảo giữa các nước láng giềng. Có thể thấy rất rõ mối liên hệ chặt chẽ giữa lợi ích mà hai quốc gia (quốc gia yêu cầu và quốc gia được yêu cầu) đại diện với việc chấp nhận hoặc từ chối yêu cầu dẫn độ; thực tế lịch sử hoạt động dẫn độ thời kỳ này dường như không có phản ánh nào đáng chú ý hơn mối quan hệ chính trị giữa các quốc gia. Lợi ích chính trị là động cơ chủ yếu ẩn sau hoạt động dẫn độ.

Tuy nhiên, so với thời cổ đại, dẫn độ thời hiện đại đã có nhiều điểm khác biệt. Khi nhận thức của con người được nâng cao cộng thêm sự phát triển mạnh mẽ của truyền thông quốc tế, ngoài lợi ích chính trị, nhiều quốc gia còn quan tâm đến cách đối xử với những cá nhân bị dẫn độ. Việc bảo vệ các quyền con người cơ bản của người phạm tội bỏ trốn trở thành một yếu tố quan trọng đối với nhiều quốc gia khi cân nhắc yêu cầu dẫn độ. Mỗi quốc gia có những tiêu chuẩn khác nhau về cách thức đối xử với người bị dẫn độ, do đó một mạng lưới các yêu cầu mang tính thủ tục được tạo ra xung quanh hoạt động dẫn độ để đảm bảo rằng người phạm tội bỏ trốn không bị xét xử vì một hành vi không được coi là tội phạm ở cả hai quốc gia, hoặc vì một hành vi nằm ngoài phạm vi hiệp định dẫn độ. Những yêu cầu nhằm bảo vệ quyền lợi cho người bị dẫn độ bắt đầu bùng nổ vào thế kỷ XVIII và tiếp tục phát triển trong suốt thế kỷ XIX để dần di vào các văn bản luật quốc tế.

Yêu cầu tội phạm kép trong Luật dẫn độ của Hoa Kỳ bắt nguồn từ bản Hiệp định Jay năm 1794 giữa Hoa Kỳ và Vương quốc

³ Vụ Pháp chế, Bộ Công an, *Sổ tay công tác dẫn độ*, Nxb. Lao động, 2014.

⁴ Hà Thanh Hòa, Luận văn Thạc sỹ “*Dẫn độ tội phạm trong Luật Quốc tế và liên hệ thực tiễn Việt Nam*”, 2012, tr. 45.

⁵ Jonathan O. Hafen, *International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality*

Requirement, BYW Law Review – Volume 1992, Issue 1.

Anh⁶. Việc tiêu chuẩn hóa nguyên tắc tội phạm kép một cách chính thức bắt đầu bằng Đạo luật dẫn độ của Anh năm 1870⁷. Nhiều quốc gia khác sau đó cũng thông qua pháp luật dẫn độ theo hướng của pháp luật Anh. Hiện nay, yêu cầu tội phạm kép được tìm thấy trong hầu hết các hiệp ước dẫn độ song phương và đa phương.

Tội phạm kép có thể xem là yêu cầu tiên quyết nổi bật nhất được hình thành trong suốt thế kỷ XIX và còn tồn tại đến tận ngày nay, với mục đích ban đầu là buộc quốc gia được yêu cầu phải cân nhắc đến việc từ chối dẫn độ để bảo vệ cá nhân bị dẫn độ khỏi sự truy tố, xét xử bất công. Nguyên tắc tội phạm kép đảm bảo rằng một người sẽ không phải gánh chịu hậu quả bị hạn chế tự do bởi những hành vi không được coi là tội phạm ở nước được yêu cầu. Nhờ vậy, quốc gia được yêu cầu cũng sẽ không phải khó xử trước nghĩa vụ phải dẫn độ một người không phạm tội theo luật pháp của đất nước mình. Hơn thế, trường hợp này cũng sẽ liên quan đến nguyên tắc có đi có lại. Với nguyên tắc tội phạm kép, một quốc gia không phải thực hiện dẫn độ những loại tội phạm mà họ không bao giờ có dịp yêu cầu dẫn độ.

Khả năng thỏa mãn các mục đích trên phụ thuộc vào việc nguyên tắc tội phạm kép được đưa vào các bản hiệp ước dẫn độ như thế nào. Một số luật và hiệp ước bổ sung những nội dung cố định cho yêu cầu tội phạm kép để giới hạn hoặc mở rộng phạm vi nguyên tắc này. Ví dụ, một bản hiệp ước có thể yêu cầu hành vi của cá nhân bị dẫn độ không chỉ là tội phạm mà còn phải là tội phạm nghiêm trọng; hoặc những hiệp ước khác lại yêu cầu hành vi của người bị yêu

cầu dẫn độ phải là tội phạm được liệt kê trong hiệp ước.⁷

Nhìn chung, nguyên tắc tội phạm kép đã có sự thay đổi lớn trong vòng 100 năm qua và thay vì đạt được mục đích nhân đạo như ở thế kỷ XIX là bảo vệ quyền của người bị dẫn độ thì hiện nay, nguyên tắc tội phạm kép ít nhiều trở thành rào cản không mong muốn đối với hoạt động dẫn độ của cả quốc gia yêu cầu và được yêu cầu. Trong bối cảnh tội phạm quốc tế như khủng bố, buôn bán vận chuyển ma túy ngày càng gia tăng, cần thiết phải thực hiện dẫn độ bất cứ khi nào có thể. Điều này là do giữa các quốc gia có sự khác biệt về văn hóa, kinh nghiệm lập pháp, tình trạng dân trí và khác biệt trong cách nhìn nhận một số tội danh⁸. Ví dụ, ở Việt Nam, sử dụng ma túy không bị coi là tội phạm được quy định trong bộ Luật Hình sự; ở Hà Lan, việc sử dụng chất ma túy nhẹ hay cần sa không bị coi là vi phạm pháp luật; ở Cộng hòa Liên bang Đức các hành vi liên quan đến khiêu dâm không được coi là vi phạm pháp luật. Đây mới chỉ là một vài ví dụ cho thấy sự khác biệt về luật pháp giữa các nước, thực tế còn vô số điểm không tương đồng trong hệ thống pháp luật của các quốc gia khiến cho việc dẫn độ vấp phải nhiều trở ngại ngay cả khi có sự ủng hộ từ cả hai phía.

Ngoài ra, ngay cả việc giải nghĩa về nguyên tắc này cũng có nhiều cách tiếp cận khác nhau khiến tòa án các nước rất khó khăn để xác định phạm vi của nguyên tắc tội phạm kép. Nguyên tắc tội phạm kép có thể được diễn giải theo hai hướng, một là theo phương pháp *cụ thể* (concreto method),

^{6,7} Jonathan O. Hafen, *International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement*, BYW Law Review – Volume 1992, Issue 1.

⁸ Vụ Pháp chế, Bộ Công an, *Sổ tay công tác dẫn độ*, Nxb. Lao động, 2014.

và hai là phương pháp *trừu tượng* (abstracto method)⁹.

Theo phương pháp cụ thể, tòa án nước được yêu cầu dẫn độ sẽ căn cứ vào tội danh trong nước và phân tích một cách chặt chẽ các yếu tố của tội phạm, từ đó đối chiếu với luật của quốc gia yêu cầu. Tội phạm kép trong trường hợp này phải thỏa mãn một số vấn đề như tội phạm mà người bị yêu cầu dẫn độ đã thực hiện phải phù hợp với định nghĩa của một tội phạm cụ thể theo luật của nước nhận yêu cầu, không có sự bào chữa, không nằm trong số các trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự (ví dụ bị tâm thần) và không có bất kỳ lý do nào khác để miễn hình phạt¹⁰. Nếu có sự tương thích giữa luật pháp hai quốc gia, yêu cầu dẫn độ có thể sẽ được chấp nhận. Mặt khác, nếu tội phạm mà nước yêu cầu đưa ra không có sự tương thích một cách chính xác với luật pháp nước được yêu cầu thì hoạt động dẫn độ sẽ bị bãi bỏ. Trái lại, theo phương pháp trừu tượng, tòa án sẽ xem xét hành vi cùng những yếu tố cấu thành của tội phạm được đề nghị và chỉ cần hành vi đó được coi là tội phạm ở cả hai hệ thống pháp luật mà không đòi hỏi phải cùng một tội danh. Khoản 1 Điều 2 Công ước châu Âu về dẫn độ quy định: “*Việc dẫn độ sẽ được chấp nhận với điều kiện tội phạm bị trừng phạt theo pháp luật của cả quốc gia yêu cầu và quốc gia được yêu cầu bằng hình phạt bị tước đoạt tự do hoặc lệnh giam giữ tối đa một năm trở*

lên hoặc bởi các hình phạt nặng hơn”¹¹. Một số quốc gia tham gia Công ước này như Đức và Liên bang Nga giải thích nguyên tắc tội phạm kép theo phương pháp cụ thể trong khi các thành viên khác như Bỉ, Đan Mạch, Ý, Thụy Điển lại áp dụng nguyên tắc này dựa trên cách hiểu theo phương pháp trừu tượng và bảo vệ quan điểm của mình bằng lý luận của thuyết mục đích. Các nước này cho rằng, yêu cầu dẫn độ không phải là yêu cầu chuyển giao pháp luật hay yêu cầu một phiên xét xử mà chỉ là một yêu cầu hỗ trợ pháp lý thích hợp (của nước yêu cầu) khi vượt ra ngoài quyền tư pháp của nước mình¹². Trước những quan điểm khác nhau như vậy, đại diện của Liên bang Nga cho rằng cần thiết phải đưa sự giải thích về nguyên tắc tội phạm kép một cách chính thức bằng văn bản, có sự ghi nhận của các quốc gia khác. Đối với vấn đề này, Ủy ban châu Âu về các vấn đề tội phạm đã từng tổ chức thảo luận, phân tích nhiều khía cạnh, trong đó đặc biệt lưu ý đến *Trát bắt giữ toàn châu Âu* (The European Arrest Warrant) – không đòi hỏi yếu tố tội phạm kép với một loạt các tội phạm trong phạm vi các nước thành viên của Liên minh châu Âu. Tuy nhiên, đối với các nước không phải là thành viên của EU sẽ có rất nhiều sự khác biệt xung quanh yêu cầu dẫn độ cũng như các hình thức yêu cầu tương trợ tư pháp khác. Có thể trong một số trường hợp tương trợ tư pháp, nguyên tắc tội phạm kép ít được áp dụng hoặc ít được cân nhắc như một điều kiện để chấp nhận tương trợ; nhưng riêng đối với hoạt động dẫn độ, phần lớn các quốc gia đều nhất trí tội phạm kép là một nguyên tắc có thể thảo

⁹ Jonathan O. Hafen, *International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement*, BYW Law Review – Volume 1992, Issue 1.

¹⁰ Otto Lagodny, *Possible Ways to Reduce the Double Criminality Requirement: From double criminality to double prohibition*, European Committee on Crime Problems, 2005.

¹¹ *European Convention on Extradition*, 1957.

¹² European Committee on Crime Problems, *Note on Dual Criminality, in Concreto or in Abstracto*, 2012

luận điều chỉnh nhưng không thể loại bỏ trong tương lai gần.

Xu hướng hiện nay của các nước trên thế giới hiểu tội phạm kép theo phương pháp trừu tượng. Khi tòa án xem xét đề nghị dẫn độ thì tội danh không nhất thiết phải giống nhau; tòa án các nước thường phải xác minh những tài liệu kèm theo trong văn bản yêu cầu dẫn độ có phù hợp với yêu cầu của pháp luật để tiến hành quá trình tố tụng đối với người phạm tội. Khoản 2 Điều 33 Luật Tương trợ tư pháp Việt Nam năm 2007 cũng quy định hành vi phạm tội của người bị yêu cầu dẫn độ không nhất thiết phải giống nhau theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật của nước yêu cầu.

Các nước thống nhất với nhau về việc nói lòng nguyên tắc tội phạm kép đối với những hành vi phạm tội liên quan đến tài chính. Ví dụ như Hiệp định dẫn độ Hoa Kỳ và Ấn Độ năm 1997, Hoa Kỳ và Hàn Quốc năm 1998 quy định không từ chối dẫn độ đối với những trường hợp pháp luật hai bên có quy định khác nhau liên quan đến chế độ thuế, hải quan, ngoại hối (khoản 4 Điều 2)¹³. Điều 6 Công ước về dẫn độ giữa các thành viên liên minh châu Âu năm 1996 cũng quy định nói lòng nguyên tắc tội phạm kép với các tội phạm liên quan đến tài chính. Trong các hiệp định song phương về dẫn độ mà Việt Nam ký với các nước Hàn Quốc, In-đô-nê-xi-a, Ấn Độ... cũng có quy định nói lòng này. Cụ thể, trong Hiệp định về dẫn độ giữa Việt Nam và Hàn Quốc có quy định như sau:

“Không yêu cầu pháp luật của cả hai bên quy định hành vi phạm tội đó phải thuộc cùng một nhóm tội hoặc cùng một tội danh” (khoản 3 Điều 2).

¹³ Vụ Pháp chế, Bộ Công an, *Sổ tay công tác dẫn độ*, Nxb. Lao động, 2014.

“Trong trường hợp yêu cầu dẫn độ một người có liên quan đến một tội về thuế, thuế hải quan, kiểm soát ngoại hối hoặc các vấn đề về thu nhập khác, thì bên được yêu cầu không được từ chối dẫn độ với lý do là pháp luật của bên đó không quy định hoặc áp dụng cùng loại thuế, thuế hải quan đó hoặc không có quy chế ngoại hối tương tự như pháp luật của bên yêu cầu” (khoản 4 Điều 2)¹⁴.

3. Áp dụng nguyên tắc tội phạm kép trong thực tiễn

Năm 2013, cả thế giới biết đến những thông tin về nhiều chương trình theo dõi bí mật của Chính phủ Mỹ được Edward Snowden, cựu nhân viên kỹ thuật hợp đồng của Cơ quan An ninh quốc gia Hoa Kỳ (NSA) và cựu nhân viên chính thức của Cơ quan Tình báo Trung ương Hoa Kỳ (CIA) tiết lộ. Edward Snowden, ngay sau đó đã bị chính quyền Mỹ buộc tội trộm cắp tài sản quốc gia, hoạt động tình báo (cố ý tiết lộ thông tin tình báo mật cho người không có quyền hạn) và phải bay đến Hồng Kông để tránh sự truy tố của Chính phủ. Hoa Kỳ yêu cầu Hồng Kông dẫn độ Snowden về Mỹ để chịu xét xử về hai tội danh nêu trên.

Tuy nhiên, tại sân bay, Hồng Kông đã không bắt giữ Snowden với lý do có sự nhầm lẫn về tên đệm của cựu nhân viên CIA trong các giấy tờ mà phía Mỹ gửi sang đồng thời cũng từ chối dẫn độ và để Edward Snowden đến Nga. Có nhiều lý do để Hồng Kông từ chối yêu cầu dẫn độ của Mỹ, nhưng trong đó 2 lý do quan trọng nhất liên quan đến nguyên tắc tội phạm kép và loại trừ tội phạm về chính trị¹⁵.

¹⁴ Hiệp định về dẫn độ giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Đại Hàn dân quốc năm 2003.

¹⁵ Mark D. Kielsgard & Ken Gee-Kin Ip, *Hong Kong's Failure to Extradite Edward Snowden: More*

Giữa Hồng Kông và Hoa Kỳ tồn tại một bản Hiệp định giữa Chính phủ Hợp chủng quốc Hoa Kỳ và chính phủ Hồng Kông về giao nộp người phạm tội bỏ trốn, còn được biết đến là “Hiệp định 1996”. Trong Hiệp định này, nguyên tắc tội phạm kép được xác định tại Điều 2: “...*bất cứ tội phạm nào phải chịu hình phạt theo luật pháp của cả hai nước thành viên bằng hình phạt tù hoặc giam giữ trên một năm hoặc bởi một hình phạt nặng hơn, trừ khi việc giao nộp tội phạm này bị cấm theo pháp luật của nước được yêu cầu*”¹⁶.

Trong số hai tội mà Snowden phải đối mặt, tội trộm cắp tài sản không phải là trở ngại lớn để thực hiện dẫn độ, bởi ngay trong khoản 1(x) Điều 2 của Hiệp định 1996 quy định việc giao trả người phạm tội bỏ trốn sẽ được chấp nhận để thu hồi tài sản trộm cắp hoặc những tội khác tương tự. Bên cạnh đó, tội trộm cắp được pháp luật Hồng Kông quy định tại Mục 2 điểm 1 Chương Tội phạm trộm cắp (Chương 210): “*một người phạm tội trộm cắp nếu người đó chiếm đoạt một cách bất chính tài sản thuộc về người khác với chủ ý tước đoạt vĩnh viễn tài sản đó khỏi người khác*”¹⁷. Như vậy, với tội này, nguyên tắc tội phạm kép có thể xem là được thỏa mãn.

Tuy nhiên, tội thứ hai về hoạt động tình báo lại gây ra rất nhiều tranh cãi, bởi Hồng Kông không có thẩm quyền với các chính sách ngoại giao mà chỉ duy trì chính sách “một nhà nước hai chế độ” với tư cách là một Đặc khu Hành chính. Hơn nữa, mặc dù các điều khoản về an ninh quốc gia được trích dẫn trong Luật cơ bản, nhưng hành

lang pháp lý thực thi lại không được thông qua. Nên có thể cho rằng, Hồng Kông không có quy định pháp luật tương ứng với Đạo luật tình báo của Mỹ. Trong lịch sử, Hồng Kông có Sắc lệnh Bí mật nhà nước thời kỳ thuộc địa và phía Mỹ coi đây là văn bản luật tương đương với Đạo luật tình báo của Mỹ; nhưng thực chất, sắc lệnh này không còn được áp dụng sau khi Hồng Kông được trao trả về cho Trung Quốc. Đây chính là điểm mấu chốt để nguyên tắc tội phạm kép rất khó được đáp ứng ở tội danh thứ hai.

Cùng với việc không đảm bảo được nguyên tắc tội phạm kép, trường hợp của Edward Snowden rõ ràng có liên quan nhiều tới yếu tố chính trị và tội phạm chính trị luôn là trường hợp được các quốc gia loại trừ ra khỏi hoạt động dẫn độ.

Vụ việc của Edward Snowden là một ví dụ cho thấy vai trò của nguyên tắc tội phạm kép trong quyết định giải quyết yêu cầu dẫn độ. Nhưng cũng cần nhận thức rằng, đối với hoạt động hợp tác quốc tế trong đấu tranh phòng, chống tội phạm nói chung, dẫn độ nói riêng, mỗi quyết định được các quốc gia đưa ra đều khó tránh khỏi gắn liền với yếu tố chính trị. Mục đích và động cơ chính trị có sự chi phối rất lớn đến tương trợ tư pháp trong đó có dẫn độ. Vậy nên, đây là một vấn đề rất phức tạp và khá nhạy cảm. Chỉ phân tích từ góc độ lý thuyết, nguyên tắc tội phạm kép đã làm nảy sinh tranh luận với nhiều cách giải nghĩa khác nhau, nhưng trong thực tiễn, việc áp dụng nguyên tắc này rất phức tạp. Nguyên tắc tội phạm kép sẽ được diễn giải theo chiều hướng nào, được thu hẹp hay mở rộng phạm vi, có thể vận dụng một cách linh hoạt hay không đôi khi còn phụ thuộc vào mối quan hệ cũng như chiến lược ngoại giao giữa các quốc gia.

than just a technical Defect, Richmon Journal of Global Law and Business, 2014.

¹⁶ Theft Ordinance, Cap.210 § 1 (H.K), 1997.

¹⁷ Theft Ordinance, Cap.210 § 1 (H.K), 1997.

Thực tiễn áp dụng nguyên tắc này còn cho thấy một số thách thức khác đối với các nước, đó là sự lợi dụng của các đối tượng phạm tội để tránh khỏi bị trừng phạt và những bất cập mà nguyên tắc này có thể đem đến khi trở thành rào cản của các quốc gia trong hợp tác đấu tranh phòng, chống tội phạm.

Pháp luật là sự phản ánh ý chí của giai cấp cầm quyền, do vậy, hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau luôn tồn tại những sự khác biệt. Nhìn chung, pháp luật của các nước trên thế giới hiện nay vẫn còn nhiều điểm không tương thích và đây là kẽ hở để cho đối tượng phạm tội khai thác. Một số đối tượng tính toán, nghiên cứu rất kỹ sự không tương thích giữa pháp luật của các quốc gia để thực hiện hành vi phạm tội và sau đó trốn sang một quốc gia khác mà tại đây, nguyên tắc tội phạm kép không được thỏa mãn và yêu cầu dẫn độ không thể thực hiện. Ngoài ra, các hành vi phạm tội luôn có sự biến đổi, đa dạng, phức tạp; thường xuyên xuất hiện những hành vi mới mà pháp luật chưa kịp quy định và điều chỉnh, điển hình như tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia. Các tội liên quan đến khủng bố hay vận chuyển, buôn bán ma túy giờ đây có phạm vi toàn cầu, nên dẫn độ tội phạm quốc tế đóng vai trò quan trọng trong cuộc chiến chống khủng bố cũng như ma túy của thế giới. Nếu trong những trường hợp này, nguyên tắc tội phạm kép được vận dụng một cách quá chặt chẽ và cứng nhắc sẽ gây nhiều khó khăn không đáng có và giảm đi hiệu quả của công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm.

4. Một số gợi mở về nguyên tắc tội phạm kép trong dẫn độ tội phạm

Qua nghiên cứu lịch sử dẫn độ cùng quá trình hình thành, phát triển nguyên tắc tội

phạm kép, có thể thấy đây là một trong những nguyên tắc căn bản của dẫn độ, bằng chứng là nó được đưa vào tất cả các luật về tương trợ tư pháp và dẫn độ hay các hiệp định song phương, đa phương về dẫn độ. Điều này là cần thiết để đảm bảo sự thống nhất tương đối trong hợp tác đấu tranh chống tội phạm giữa các quốc gia. Bên cạnh đó, đây cũng là cơ sở để các nước có thể từ chối dẫn độ trong những trường hợp xét thấy bất hợp lý nhằm bảo vệ quyền con người của cá nhân bị yêu cầu dẫn độ. Tuy vậy, với bối cảnh thế giới có nhiều thay đổi như hiện nay, tình hình tội phạm diễn biến phức tạp, nguyên tắc tội phạm kép cũng cần có sự điều chỉnh cho phù hợp với bối cảnh mới để thực sự phát huy được vai trò tích cực của mình.

Thứ nhất, trong quá trình ký kết điều ước quốc tế, các quốc gia nên có xu hướng “mềm hóa” yêu cầu tội phạm kép, đặt vấn đề một cách tổng quát, theo hướng mở để thực tiễn có thể áp dụng yêu cầu này một cách linh hoạt hơn thông qua thỏa thuận trong từng trường hợp cụ thể giữa các quốc gia. Sự mở rộng yêu cầu tội phạm kép cũng được một số nước, trong đó có Hoa Kỳ tính đến để có thể thuận lợi hơn khi giải quyết các vướng mắc phát sinh do sự khác nhau giữa pháp luật hai nước.

Thứ hai, quá trình toàn cầu hóa hướng đến một thế giới mà biên giới đặt ra chỉ là biên giới địa lí, các quy định về pháp luật sẽ phải có sự tương đồng nhất định, thế giới giống như “một ngôi làng”, mỗi quốc gia sẽ phải chủ động hơn trong việc xóa bỏ lỗ hổng trong pháp luật để tránh bị các đối tượng phạm tội lợi dụng; hoàn thiện hệ thống pháp luật đất nước mình dựa trên sự đúc rút kinh nghiệm từ thực tiễn đấu tranh phòng chống

(Xem tiếp trang 84)

MỘT SỐ VẤN ĐỀ CƠ BẢN TRONG NGHIÊN CỨU VỀ QUYỀN ĐỘNG VẬT

*Đâu Công Hiệp**

Tóm tắt: Bài viết đề cập một số vấn đề lý luận cơ bản liên quan đến quyền động vật như: sự cần thiết nghiên cứu quyền động vật, khái niệm, hệ thống các quy định pháp luật.

Abstract: This article discusses some theoretical issues relating to animal rights, such as the necessity of animal right study, the concept of animal rights and relevant laws and regulations.

Quyền động vật là một vấn đề nghiên cứu tương đối mới và có rất nhiều triển vọng. Trên thực tế, "quyền của động vật (animal rights) ngày càng được nhiều cá nhân, tổ chức trên thế giới ủng hộ và vận động để pháp điển hóa"¹. Tham khảo quy định pháp luật của các nước trên thế giới, chúng ta dễ dàng thấy được vấn đề quyền động vật đang ngày càng trở nên được coi trọng.

1. Sự cần thiết phải nghiên cứu quyền động vật

Sự gia tăng những quan niệm bảo vệ quyền động vật, chống lại sự bất công, tàn ác mà những loài vật phải gánh chịu bởi con người chính là biểu hiện của sự thay đổi tư duy về quyền động vật của nhân loại. Sự thay đổi đó đã đặt ra bối cảnh mới, khiến cho vấn đề quyền động vật được đặt ra ở nhiều cấp độ khác nhau, từ hành động đấu tranh cho đến pháp luật. Trong bối cảnh như vậy, vấn đề nghiên cứu quyền

động vật là hết sức cần thiết bởi những lý do cụ thể sau đây:

- Xã hội loài người càng văn minh, con người càng lương thiện thì sự quan tâm đến những đối tượng dễ bị tổn thương, trong đó có động vật ngày càng cao. Sự đối xử mang tính dã man một cách tùy tiện của con người đối với động vật phản ánh xu hướng thoái hóa về đạo đức và do đó phải bị ngăn cấm. Việc nghiên cứu quyền động vật sẽ làm sáng tỏ những giới hạn về hành vi của con người trong đối xử với động vật, qua đó đặt ra được những mục tiêu cụ thể nhằm giúp loài người có những hành xử nhân văn hơn trong quan hệ với các loài khác.

- Sự khác biệt trong quan niệm lẫn pháp luật giữa các quốc gia về quyền động vật có thể ảnh hưởng tới nhiều lĩnh vực khác như văn hóa, xã hội, kinh tế. Đặc biệt, trong lĩnh vực kinh tế, thương mại, vấn đề quyền động vật có thể trở thành một thứ rào cản thương mại giữa các nước. Chẳng hạn, sau khi Liên minh châu Âu (EU) ra quyết định cấm nhập khẩu các sản phẩm từ hải cẩu do sức ép của các nhà bảo vệ động vật phản đối cách thức đánh bắt loài này, Canada đã kiện quyết định trên của EU ra cơ quan giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới

* Khoa Hành chính-nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lã Khánh Tùng (Đồng chủ biên), *Giáo trình lý luận và pháp luật về quyền con người*, Nxb. Đại học Quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 102.

(WTO). Ban hội thẩm của WTO ngày 25/11/2013 đã ra phán quyết, theo đó, WTO thừa nhận, quyết định của EU cấm nhập khẩu các sản phẩm chế biến từ hải cẩu ở một chừng mực nhất định là đáp ứng được những lo ngại về mặt đạo đức của công luận EU liên quan tới các sản phẩm từ hải cẩu. Án lệ này đã cho phép một quốc gia bất kỳ trong WTO có quyền từ chối nhập khẩu sản phẩm từ động vật của một quốc gia khác nếu quốc gia đó không đảm bảo những quyền động vật cơ bản trong khai thác động vật. Như vậy, có thể thấy tầm ảnh hưởng của quyền động vật đối với các lĩnh vực trong xã hội là rất lớn. Việc nghiên cứu các nội dung về quyền động vật sẽ giúp quốc gia thích ứng hơn với những tiêu chuẩn quốc tế nhằm bảo vệ động vật và tránh được những tranh chấp trong thương mại, hay những sự lên án về văn hóa khác.

- Cuối cùng, khi xác định quyền động vật là một khía cạnh nghiên cứu mới vẫn còn nhiều vấn đề đặt ra xung quanh nó đang gây tranh cãi và rất cần được giải quyết. Giáo sư Michael Haas - người được đề cử giải Nobel Hòa bình 2009, đưa ra một số thảo luận cơ bản về quyền động vật như: *"Ngoài những mong muốn bảo tồn động vật vì lý do thương mại và sinh thái, liệu động vật có những quyền của riêng mình? Tại sao không để cho một số loài trở nên tuyệt chủng? Liệu những khái niệm về quyền động vật có nên được coi là một bộ phận của quyền môi trường hay quyền con người? Ý nghĩa đạo đức của nhân bản vô tính động vật là gì?"*².

² Michael Haas, *International Human Rights: A Comprehensive Introduction*, Routledge, Second edition, 2013, tr.513. Nguyên văn: *"Apart from the desire to preserve animals for commercial and ecological reasons, do animals have rights of their own? Why not let some species become extinct? Should the concept of animal rights be considered a*

Trong bối cảnh có rất nhiều vấn đề mang tính lý luận và thực tiễn liên quan đến quyền động vật còn đang được tranh cãi và thảo luận, việc nghiên cứu quyền động vật sẽ giúp làm sáng tỏ những vấn đề đó. Với tư cách là một khía cạnh nghiên cứu mới của quyền con người, quyền động vật sẽ là mảng lý thuyết lớn đang cần khai phá và lấp đầy. Với xu hướng tiến bộ của xã hội hiện đại, việc quan tâm nghiên cứu quyền động vật chắc chắn sẽ gây dựng nên những ích lợi cả về mặt tri thức lẫn hành động cho toàn thể xã hội loài người.

2. Khái niệm quyền động vật

Ngày nay, có rất nhiều quan điểm cho rằng không chỉ con người mà động vật cũng có *"quyền"*. Khái niệm quyền động vật xuất phát từ quan niệm *"động vật có tầm quan trọng bình đẳng và ngang bằng với con người, và do đó, động vật phải nhận được sự đối xử bình đẳng và ngang bằng từ con người"*³. Khi hiểu quyền con người phản ánh những nhu cầu, lợi ích tự nhiên vốn có của con người, được bảo vệ và ghi nhận trong luật pháp, thì chúng ta cũng có thể hiểu khái niệm quyền động vật phản ánh những nhu cầu, lợi ích tự nhiên của các loài động vật, và những nhu cầu, lợi ích đó cũng cần được bảo vệ khỏi sự xâm phạm của con người. Còn khi xem xét quyền con người là những chuẩn mực mà nhờ có nó, phẩm giá

subset of environmental or even human rights? What are the ethical implications of the cloning of animals?".

³ Theo John M.Kistler, *People Promoting and People Opposing Animal Rights: In Their Own Words*, Greenwood Publishing Group, USA, 2002, tr.2. Nguyên văn: *"Along with the deep ecology movement, animal rights is the only cause that seeks to advance the interests of nonhuman species, even when these interests are in conflict with the significant interests of humans"*.

con người mới được bảo vệ, năng lực con người mới được phát triển; thì quyền động vật cũng có vai trò quan trọng trong việc bảo vệ những giá trị sống của các loài động vật. Vì vậy, các khái niệm được đưa ra về quyền động vật hầu hết hướng tới việc xác định nó dưới góc độ tiếp cận từ tầm quan trọng của quyền động vật. Chẳng hạn, Robert Garner - giáo sư Đại học Leicester, cho rằng "*quyền động vật là lý lẽ tốt nhất nhằm tìm cách thúc đẩy những quyền lợi của các loài không phải người, ngay cả khi những quyền lợi đó mâu thuẫn với những quyền lợi đáng kể của con người*"⁴; cũng như quan điểm quyền động vật là "*một số quyền đạo đức bất khả xâm phạm nhất định mà con người không nên vi phạm*"⁵.

Như vậy, giống như những dấu hiệu cơ bản về quyền con người, những quan niệm xoay quanh quyền động vật đều cho đó là những quyền lợi mang tính bất khả xâm phạm, được đặt ra nhằm ngăn chặn hành vi vi phạm của loài người. Từ đó, có thể đưa ra khái niệm: *Quyền động vật là những lợi ích, khả năng cơ bản, cần được tôn trọng của các loài động vật ngoại trừ loài người.*

Phân tích khái niệm trên, có một số vấn đề cần chú ý như sau:

- Đối tượng của quyền động vật là các loài động vật, loại trừ con người. Trên thực

tế, đối tượng quan tâm chủ yếu của quyền động vật dường như chỉ tập trung vào một số loài nhất định, mang tính chất nguy cấp hay gần gũi đối với con người như các loài động vật trong sách đỏ, động vật trong vườn thú, các loài linh trưởng, vật nuôi trong nhà. Chẳng hạn, theo điểm g, §2132, chương 54, quyền 7, trong Bộ pháp điển Hoa Kỳ⁶, khái niệm "*động vật*" được sử dụng trong quy định về quyền động vật chỉ bao gồm một số loài như: chó, mèo, chuột lang, khỉ, chim, lợn cảnh, động vật ở nông trại... Ở Anh, Đạo luật An sinh động vật 2006 (Animal welfare act) lại chỉ áp dụng với các loài động vật có xương sống, hay những loài không có xương sống nhưng được khoa học chứng minh là có khả năng cảm nhận được sự đau đớn⁷. Đây là quy định theo hướng khái quát, ngược với cách liệt kê của Mỹ.

⁶ Thực chất đây là nội dung Đạo luật An sinh động vật ban hành năm 1966 và được pháp điển hóa vào trong Bộ tổng tập pháp luật hay còn gọi là Bộ pháp điển Hoa Kỳ US. Code. Nội dung quy định này nguyên văn như sau: "(g) The term "animal" means any live or dead dog, cat, monkey (nonhuman primate mammal), guinea pig, hamster, rabbit, or such other warm-blooded animal, as the Secretary may determine is being used, or is intended for use, for research, testing, experimentation, or exhibition purposes, or as a pet; but such term excludes (1) birds, rats of the genus *Rattus*, and mice of the genus *Mus*, bred for use in research, (2) horses not used for research purposes, and (3) other farm animals, such as, but not limited to livestock or poultry, used or intended for use as food or fiber, or livestock or poultry used or intended for use for improving animal nutrition, breeding, management, or production efficiency, or for improving the quality of food or fiber. With respect to a dog, the term means all dogs including those used for hunting, security, or breeding purposes".

⁷ Theo khoản 1 và 4 Điều 1 Đạo luật An sinh động vật 2006 của Anh. Nguyên văn: "1. Animals to which the Act applies (1) In this Act, except subsections (4) and (5), "animal" means a vertebrate other than man. ...(4) The power under subsection (3)(a) or (c) may only be exercised if the appropriate national

⁴ Theo Robert Garner, *The Political Theory of Animal Rights*, Manchester University Press, 22-07-2005, tr. 41. Nguyên văn: "*animal rights is the only cause that seeks to advance the interests of nonhuman species, even when these interests are in conflict with the significant interests of humans*".

⁵ Đây là quan điểm của nhà bảo vệ động vật Kim Bartlett, được dẫn theo: Ward M. Clark, *Misplaced Compassion: The Animal Rights Movement Exposed*, iUniverse, 2001, tr.7. Nguyên văn: "*the animal 'rights' advocate would argue that animals have certain inalienable moral rights which human should not violate*".

- Nội dung của quyền động vật chính là những lợi ích, nhu cầu, khả năng cơ bản của động vật. Những điều này gắn liền với quá trình tồn tại về mặt sinh học của động vật và được biểu thị trực tiếp qua vấn đề *an sinh động vật*. Trong đó, an sinh động vật (animal welfare) được hiểu là *"trạng thái về thể chất và tâm lý của một động vật mà liên quan đến những cố gắng của nó để đối phó với môi trường"*⁸. Như vậy, quyền của động vật hướng tới sự thiết lập những điều kiện cơ bản nhằm đảm bảo động vật có được một trạng thái tốt nhất về cả thể chất lẫn tâm lý. Ngay cả đối với những loài động vật là nguyên liệu cho ngành sản xuất, quyền động vật cũng đặt ra những chuẩn mực nhằm nâng cao những tiêu chuẩn an sinh của chúng trước khi bị khai thác và đảm bảo việc khai thác đó (giết, mổ) diễn ra một cách nhân đạo nhất có thể.

- Mục tiêu của quyền động vật chính là ngăn ngừa những sự xâm phạm tới lợi ích của động vật và tạo điều kiện để động vật phát triển trên một nền tảng an sinh tốt hơn. Xét theo hướng này, quyền động vật được đặt ra với mục đích tạo nên một chuẩn mực về hành vi con người, trong đó con người không được có hành vi xâm hại động vật, đồng thời cần có những hành vi hỗ trợ và thúc đẩy đời sống động vật. Nếu như quyền con người đặt ra những nghĩa vụ mà con người phải tuân thủ để tránh xâm hại quyền cơ bản của người khác thì quyền động vật cũng hướng tới việc điều chỉnh những hành

vi của con người nhằm bảo vệ lợi ích cơ bản của động vật, với những đối tượng cụ thể bao gồm cá nhân, tổ chức, nhà nước... Theo hướng tiếp cận này, có thể khẳng định, *"quyền động vật là nghĩa vụ của con người đối với các loài động vật"*⁹.

3. Pháp luật về quyền động vật

Thể chế hóa quan niệm về quyền động vật, ở cả tầm quốc gia lẫn quốc tế đều có những văn bản pháp luật ghi nhận những quyền cơ bản của động vật. Trong đó có thể kể tới như:

Ở tầm quốc gia, rất nhiều nước trên thế giới đã ban hành những văn bản luật nhằm bảo vệ quyền động vật. Điển hình như ở Mỹ, Đạo luật An sinh động vật (Animal Welfare Act) được thông qua năm 1966. Nội dung của đạo luật này điều chỉnh những vấn đề chủ yếu liên quan tới *"vận chuyển, mua bán, đối xử với động vật"*¹⁰. Trong đó, theo §2131, mục tiêu chủ yếu của đạo luật bao gồm: (1) Đảm bảo rằng động vật dành cho việc sử dụng tại các cơ sở nghiên cứu, cho mục đích trưng bày hoặc sử dụng như là vật nuôi được đối xử và chăm sóc một cách nhân đạo; (2) Đảm bảo đối xử nhân đạo với động vật trong quá trình vận chuyển thương mại; và (3) Bảo vệ người chủ của động vật khỏi các hành vi bắt trộm động vật của họ bằng cách ngăn chặn việc mua bán, sử dụng động vật bị đánh cắp¹¹. Ở Anh, Đạo luật An

authority is satisfied, on the basis of scientific evidence, that animals of the kind concerned are capable of experiencing pain or suffering".

⁸ Theo quan điểm của GS. Donal Broom, dẫn theo bài viết: Kate Blaszk, *Concepts in Animal Welfare*, Hội thảo chuyên đề tại Việt Nam của WSPA và Đại học Nông nghiệp tổ chức.

⁹ Theo Michael Haas, sđd, tr.461. Nguyên văn: *"animal rights, that is, the obligations of human toward animals"*.

¹⁰ Toàn văn đạo luật tham khảo tại: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2013-title7/html/USCODE-2013-title7-chap54.htm>.

¹¹ Nguyên văn: *(1) to insure that animals intended for use in research facilities or for exhibition purposes or for use as pets are provided humane care and treatment;*

sinh động vật 2006 cũng đặt ra trách nhiệm đối với người sở hữu động vật trong việc nuôi dưỡng, chăm sóc và bảo vệ con vật của mình. Hay như ở Tây Ban Nha, từ ngày 25/6/2008, quốc gia này đã công nhận quyền của loài linh trưởng giống người (*ape*) bằng việc xác lập một khuôn khổ pháp luật toàn diện để bảo vệ loài vật này, trong đó quy định mọi hành động giết hại (trừ trường hợp để tự vệ), tra tấn, giam giữ loài linh trưởng này đều bị coi là bất hợp pháp¹².

Ở cấp độ quốc tế, hệ thống các điều ước quốc tế bảo vệ động vật, đa dạng sinh học ngày càng phong phú.

Ngay từ năm 1978, bản Tuyên ngôn về quyền động vật (Universal declaration of animal rights - UDAR) đã được Tổ chức giáo dục, khoa học và văn hóa Liên hiệp quốc (UNESCO) đưa ra, và được coi như là "một tiếng vang của bản Tuyên ngôn nhân quyền Liên hiệp quốc"¹³. Phần lời nói đầu của bản Tuyên ngôn này đã khẳng định một cách long trọng về quyền động vật, cụ thể:

"Xét rằng:

Cuộc đời chỉ có một lần, tất cả sinh linh đều có chung một nguồn gốc và có sự đa dạng trong quá trình tiến hóa của các loài;

Rằng tất cả sinh linh đều có quyền tự nhiên, và bất kỳ động vật nào với một hệ thống thần kinh đều có các quyền cụ thể;

...

Rằng sự cùng tồn tại của các loài bao hàm sự công nhận của loài người về quyền được sống của các loài khác;

Rằng sự tôn trọng của loài người đối với động vật là không thể tách rời khỏi sự tôn trọng của người này với người khác"¹⁴.

Tuy mới chỉ có 18 nước tham gia ký kết văn kiện này, nhưng sự ra đời của UDAR đã khẳng định tầm quan trọng của vấn đề quyền động vật trong nhận thức của con người.

Bên cạnh đó, ở những khu vực tiến bộ như châu Âu, các công ước nhằm bảo vệ quyền động vật và thiết lập nền an sinh động vật bền vững đã được ban hành và triển khai. Bảng sau đây cho chúng ta thấy một cách cơ bản về số lượng và nội dung các điều ước quốc tế giữa các nước châu Âu về động vật trong giai đoạn 1968-1998¹⁵:

(2) to assure the humane treatment of animals during transportation in commerce; and

(3) to protect the owners of animals from the theft of their animals by preventing the sale or use of animals which have been stolen.

¹² Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng, *sđđ*, tr.103.

¹³ Theo: Dominique Schnapper, *Providential Democracy: An Essay on Contemporary Equality*, Transaction Publishers, 2006, tr. 84. Nguyên văn: "In fact, in 1978, a Universal Declaration of Animal Rights was proclaimed, echoing the various Declarations of Human Rights".

¹⁴ Toàn văn chúng tôi tham khảo tại: http://jose.kersten.free.fr/aap/pages/uk/UDAR_uk.html.

¹⁵ Bảng này được dịch từ bảng 14.10 trong sách: Michael Haas, *sđđ*, tr. 510.

Bảng: Công ước châu Âu về động vật nội địa

Thông qua	Tên công ước	Sự bảo vệ	Có hiệu lực
1968	Công ước châu Âu về Bảo vệ Động vật trong vận chuyển quốc tế	Chống lại sự bạc đãi	1971
1979	Nghị định thư Bổ sung Công ước châu Âu về Bảo vệ động vật trong vận chuyển quốc tế	Như trên	1989
1976	Công ước châu Âu về Bảo vệ động vật dùng trong nông trại	Ngăn ngừa sự bạc đãi trong quản lý động vật	1982
1979	Công ước châu Âu về Bảo vệ động vật giết mổ	Giết mổ nhân đạo	1982
1986	Công ước châu Âu về Bảo vệ động vật có xương sống dùng cho mục đích thí nghiệm và khoa học	Biện pháp thí nghiệm nhân đạo	1991
1987	Công ước châu Âu về Bảo vệ thú nuôi trong nhà	Ngăn cấm triệt sản thú nuôi	1992
1992	Nghị định thư Bổ sung Công ước 1976	Cập nhật về kỹ thuật sinh học	1992
1997	Hiệp ước Amsterdam	Đối xử nhân đạo trong nông nghiệp, thí nghiệm và vận chuyển	1999
1997	Nghị định thư về An sinh động vật		1999
1998	Công ước của Hội đồng châu Âu về bảo vệ môi trường thông qua luật hình sự	Hình sự hóa hành vi xâm hại động vật	1998

Bên cạnh đó, vào năm 2003, các đại biểu đến từ 19 quốc gia tại Hội nghị Manila về An sinh động vật đã đồng ý rằng, động vật cần được đảm bảo một cách cơ bản *Năm tự do và ba R's* (Five Freedoms and Three R's, R là ký tự đầu của ba từ: Reduction, Refinement, Replacement tức là giảm thiểu, cải tiến và thay thế)¹⁶. Trong đó các tiêu chuẩn đặt ra bao gồm:

Tự do khỏi đói khát;
 Tự do khỏi sự sợ hãi, căng thẳng;
 Tự do khỏi sự bức bách;
 Tự do khỏi đau đớn, bệnh tật;
 Tự do biểu đạt bằng các hành vi thông thường;
 Giảm thiểu số lượng động vật (nhằm giảm áp lực an sinh đối với động vật, đặc biệt là vật nuôi đô thị);
 Cải tiến các phương pháp thí nghiệm (trên động vật);

¹⁶ Xem: Michael Haas, sđd, tr. 512.

Thay thế động vật bằng những công nghệ phi động vật (đặc biệt là trong nông nghiệp, công nghiệp thực phẩm).

Nhìn chung, pháp luật quốc gia và quốc tế về quyền động vật đều có những quy định theo hướng đảm bảo những lợi ích, khả năng cơ bản của động vật. Đối tượng quan tâm của pháp luật rất rộng lớn, trong đó đặc biệt chú trọng đến các loài gần gũi với con người, có nguy cơ cao bị ngược đãi và hành hạ. Trong khi pháp luật một số nước (trong đó có Việt Nam) mới chỉ chứa đựng những chính sách liên quan đến các loài động vật quý hiếm, có tên trong sách Đỏ, thì pháp luật quyền động vật, như đã trình bày, hướng tới những đối tượng vừa nêu. Điều đó xuất phát từ triết lý xây dựng pháp luật. Các luật bảo vệ động vật thuộc diện nguy cấp và quý hiếm nhằm mục đích bảo vệ môi trường sống, cân bằng sinh học và chú trọng đảm bảo quyền sống của chúng. Còn các luật bảo vệ quyền động vật, đặc biệt với những giống vật gần gũi con người được xây dựng trên nền tảng triết lý công nhận một số quyền bình đẳng của loài vật. Vì vậy, pháp luật về quyền động vật hiểu theo nghĩa hẹp, chỉ bao gồm những văn bản pháp

luật xác lập và bảo đảm quyền tự do cơ bản của động vật trên cơ sở quy định trách nhiệm của con người, với tư cách là người chủ, người bạn của động vật.

Kết luận

Tuy vẫn còn là một vấn đề mới cả về mặt nghiên cứu khoa học lẫn thực tiễn pháp lý, nhưng quyền động vật chắc chắn sẽ còn được đưa ra bàn luận cũng như sẽ được thể chế hóa, vì nó phản ánh xu hướng phát triển của tư tưởng nhân loại. Con người càng văn minh thì càng trở nên nhân đạo hơn, ngay cả trong cách đối xử với động vật. Chúng ta vẫn còn bị lên án vì thói quen ăn thịt chó hay các lễ hội mà trong đó có sự đối xử tàn bạo với động vật. Tuy còn nhiều tranh cãi, nhưng khi quyền động vật trở thành vấn đề pháp lý phổ biến, hệ thống pháp luật của chúng ta sẽ phải thay đổi để phù hợp với pháp luật quốc tế. Vì vậy, trước hết, chúng ta cần phải đổi mới tư duy, nhận thức pháp lý về động vật và quyền động vật, để từ đó bổ sung, thay thế các quy định pháp luật về bảo vệ động vật ở Việt Nam bằng cách thừa nhận động vật có quyền tự nhiên và xác lập cơ chế pháp lý bảo vệ quyền của chúng.

(Tiếp theo trang 77 – Nguyên tắc tội phạm kép...)

tội phạm, từ nghiên cứu, học hỏi kinh nghiệm lập pháp của nhau để dần dần tạo ra tiếng nói chung ở mức độ cao nhất có thể về các vấn đề liên quan đến pháp luật, từ phạm vi khu vực đến toàn thế giới.

Tóm lại, nguyên tắc tội phạm kép là một trong những nguyên tắc quan trọng được đề cập xuyên suốt các nội dung của hợp tác quốc tế trong đấu tranh phòng, chống tội phạm, không chỉ với dẫn độ tội phạm mà cả tương trợ tư pháp và chuyển giao người đang thi hành án phạt tù. Để đạt

được mục đích rất tiến bộ của nguyên tắc này liên quan đến bảo vệ quyền con người mà không biến nó thành rào cản giữa các nước cần có sự nhận thức toàn diện, sâu sắc bản chất vấn đề, từ đó có biện pháp xử lý các yêu cầu dẫn độ vừa khéo léo vừa hiệu quả. Mặt khác, không thể tách rời nguyên tắc tội phạm kép ra khỏi những vấn đề còn lại của dẫn độ mà phải luôn đặt nó trong mối tương quan với những nguyên tắc khác, với mục đích của việc dẫn độ hay với vấn đề ngoại giao giữa các quốc gia.