TH□NG RA M□T K□
1(345)
2017
N□M TH□ 46

TỔNG BIÊN TẬP
L□ MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP
TR□N V□N BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
GS.TSKH. □ÀO TR□□C
PGS.TS. B□I XUÂN □□C
PGS.TS. PH□M H□NG H□I
PGS.TS. TR□N □□NH H□O
PGS.TS. HÀ TH□MAI HI□N
PGS.TS. PH□M H□U NGH□
PGS.TS. NGUYÙN NH□ PH□T
PGS.TS. L□ MINH THÂNG
PGS.TS. NGUYÙN TRUNG T□N
GS.TS. V□ KH□NH VINH
PGS.TS. □INH NG□C V□□NG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 04.39713333
Fax: 04.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Gi□y ph□p ho□t □□ng b□o ch□ s□ 121/GP-BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy lợi

Gi□: 20.000□

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH, QUYỀN CON NGƯỜI

❖ NGUYỄN TIẾN ĐỨC: Quyền sống theo Hiến pháp năm 2013 3

❖ CAO VŨ MINH: Tòa án với việc xem xét, xử lý văn bản quy phạm pháp luật có liên quan trong vụ án hành chính 9

❖ NGUYỄN THỊ KIM NGÂN: Bảo hộ công dân – tiếp cận dưới góc độ quyền con người 14

❖ NGUYỄN THU HƯƠNG – PHẠM HỒNG NHẬT: Việt Nam với cơ chế toàn cầu và khu vực về quyền con người 23

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ PHAN THỊ PHƯƠNG HIỀN: Hoàn thiện các quy định về xóa án tích đối với người bị kết án trong Bộ luật Hình sự năm 2015 33

❖ LÊ HUỲNH TẤN DUY: Bảo đảm hoạt động của người bào chữa ở giai đoạn điều tra vụ án hình sự trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 39

❖ VŨ THỊ QUYÊN – NGUYỄN THỊ KIỀU ANH: Thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 45

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ

❖ BÙI THỊ THANH HẰNG – NGUYỄN ANH THƯ: Ảnh hưởng của một số học thuyết pháp lý đến chế định vật quyền trong Bộ luật Dân sự năm 2015 50

❖ NGÔ THU TRANG – NGUYỄN THẾ ĐỨC TÂM: Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản 60

❖ NGUYỄN THỊ LÂM NGHI: Việc áp dụng nguyên tắc "chỉ bảo hộ hình thức, không bảo hộ nội dung" của Luật bản quyền trong thực tiễn xét xử ở Anh, Mỹ, Úc và kinh nghiệm cho Việt Nam 68

LUẬT QUỐC TẾ

❖ LÊ MAI THANH: An ninh hàng hải Biển Đông và hợp tác quốc tế trong bảo đảm an ninh hàng hải 77

MONTHLY ISSUE
1(345)
2017
46TH YEAR

EDITOR IN CHIEF
LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF
TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD
DAO TRI UC
BUI XUAN DUC
PHAM HONG HAI
TRAN DINH HAO
HA THI MAI HIEN
PHAM HUU NGHI
NGUYEN NHU PHAT
LE MINH THONG
NGUYEN TRUNG TIN
VO KHANH VINH
DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:
27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 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

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW, HUMAN RIGHTS

❖ NGUYEN TIEN DUC: Right to Live under the Constitution of 2013 3

❖ CAO VU MINH: Courts and Their Considering and Handling Legal Normative Documents Relating to Administrative Cases 9

❖ NGUYEN THI KIM NGAN: Citizen Protection from the Perspective of Human Rights 14

❖ NGUYEN THU HUONG – PHAM HONG NHAT: Vietnam and Global and Regional Mechanisms of Human Rights 23

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ PHAN THI PHUONG HIEN: Improving Provisions on Removing Criminal Records of the Convicted under the Penal Code of 2015 33

❖ LE HUYNH TAN DUY: Securing the Operation of Defence Counsels in the Investigating Stage under the Criminal Procedure Code of 2015 39

❖ VU THI QUYEN – NGUYEN THI KIEU ANH: Procedures for Victims under 18 Years Old under the Criminal Procedure Code of 2015 45

CIVIL LAW, INTELLECTUAL PROPERTY LAW

❖ BUI THI THANH HANG – NGUYEN ANH THU: Impact of Some Legal Doctrines on Real Right Provisions under the Civil Code of 2015 50

❖ NGO THU TRANG – NGUYEN THE DUC TAM: Implementing Contracts in Hardship 60

❖ NGUYEN THI LAM NGHI: On the Application of the Principle of Expression Protection (No Idea Protection) in Copy Right Laws from Practical Perspectives in the UK, US and Australia and Implications for Vietnam 68

INTERNATIONAL LAW

❖ LE MAI THANH: Maritime Security in the South China Sea (East Sea) and International Cooperation in Protecting Maritime Security 77

QUYỀN SỐNG THEO HIẾN PHÁP NĂM 2013

Nguyễn Tiến Đức*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích chế định quyền sống của cá nhân được ghi nhận tại Điều 19 Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam; đồng thời làm rõ nội dung của quyền hiến định này dựa trên pháp luật quốc tế về quyền con người. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất một số kiến nghị nhằm bảo đảm quyền sống của cá nhân phù hợp với pháp luật quốc tế.*

Abstract: *This article analyses provisions on right to live under Article 19 of the Constitution of 2013 of Vietnam. It also clarifies the contents of this constitutional right from the perspective of international law on human rights. On that basis, it makes relevant proposals compatible with international law to protect the right to live.*

Giới thiệu

Ngay từ năm 1945, bản Tuyên ngôn Độc lập của Chủ tịch Hồ Chí Minh đã ghi nhận quyền sống của mỗi người là quyền được tạo hoá ban cho và không thể bị xâm phạm. Tuy nhiên, phải tới năm 2013, lần đầu tiên quyền sống mới trở thành một quyền hiến định. Điều 19 Hiến pháp Việt Nam năm 2013 khẳng định: "*Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật*".

Không có gì phải tranh cãi khi cho rằng, quyền sống là quyền thiêng liêng và cơ bản nhất của mỗi người. Việc ghi nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm một trong những quyền cơ bản và nền tảng này của con người đã thể hiện một bước tiến lớn trong lịch sử lập hiến của Việt Nam. Điều này cho thấy, Việt Nam đang nỗ lực và nghiêm túc thực hiện những cam kết của mình, không chỉ đối với cộng đồng quốc tế, mà còn với cả các cá nhân đang sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam.

1. Chủ thể của quyền sống

"Mọi người đều có quyền sống...". "Mọi người" ở đây phải được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm mà không giới hạn: Người trưởng thành, trẻ em, người già, người khuyết tật, và cả người nước ngoài sinh sống và làm việc trên lãnh thổ Việt Nam hoặc chịu sự kiểm soát hữu hiệu (*effective control*)[1] của Việt Nam.

Một câu hỏi được đặt ra là, liệu nội hàm của từ "mọi người" có bao gồm thai nhi. Nói cách khác, quyền sống của một người bắt đầu khi nào? Và việc phá thai có được coi là hợp pháp? Trên thế giới hiện nay vẫn tồn tại nhiều luồng quan điểm trái chiều về vấn đề này. Quan điểm ủng hộ cho rằng, thai nhi là hình hài sơ khai của con người, vì vậy nó có quyền sống, và do đó việc phá thai là bất hợp pháp vì vi phạm tới quyền thiêng liêng này. Ngược lại, quan điểm phản đối cho rằng, một

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

[1] Điều 2.1 ICCPR quy định nghĩa vụ của quốc gia không chỉ giới hạn theo lãnh thổ, mà còn theo thẩm quyền tài phán; HRC, General Comment No. 31 (2004), đoạn 10; Concluding Observations: USA (2014), đoạn 4; *Xem thêm* M. Nowak, *Obligations of States to Prevent and Prohibit Torture in an Extra-territorial Perspective*, in M. Gibney and S. Skogly (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (University of Pennsylvania Press, 2010), tr. 21; A. Cassese, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia* (2007) 18 The European Journal of International Law 4; vụ *Loizidou v. Turkey* (1993) ECHR 40/1993/435/514, vụ *Ocalan v. Turkey* (2005) ECHR 282.

bào thai vẫn chưa có đủ yếu tố của một con người, vì vậy người phụ nữ vẫn được quyền quyết định việc phá thai hay không.

Công ước Liên hợp quốc về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR) không ghi nhận cụ thể quyền của thai nhi. Trên thực tế, khi soạn thảo ICCPR, đề xuất liên quan tới các quyền của thai nhi, trong đó có quyền sống đã bị loại bỏ sau khi được cân nhắc kĩ lưỡng[2]. Bên cạnh đó, Điều 1 Tuyên ngôn Nhân quyền quốc tế nói rằng: "*Tất cả mọi người sinh ra tự do và bình đẳng về phẩm giá và quyền lợi*"[3]. Như vậy, có thể hiểu thời điểm "sinh ra" được tính là mốc thời gian một chủ thể được coi là con người và bắt đầu thụ hưởng các quyền con người.

Trong vụ *Boso v. Italy (1999)*, Toà án Nhân quyền châu Âu đã tuyên rằng, việc phá thai theo pháp luật Italy không vi phạm Điều 2 về bảo vệ quyền sống của Công ước châu Âu về quyền con người. Toà cho rằng, cần thiết phải cân bằng lợi ích của bà mẹ và bào thai[4]. Năm 2005, trong vụ *Vo v. France*, Toà án Nhân quyền châu Âu cũng lặp lại quan điểm của mình khi cho rằng, "thai nhi" không được coi là "con người" được bảo vệ theo Điều 2 của Công ước, và nếu thai nhi có quyền sống thì nó sẽ bị giới hạn bởi quyền và lợi ích của người mẹ mang thai[5]. Lập luận này được khẳng định bởi các cơ quan nhân quyền quốc tế khác liên quan tới vấn đề hình sự hoá việc phá thai. Theo đó, các cơ quan này khuyến nghị các quốc gia nên bãi bỏ toàn bộ những hình phạt hình sự đối với phụ nữ tiến hành việc phá thai, đồng thời cho phép hoạt động này được diễn ra trong một số trường hợp nhất định[6].

Như vậy, pháp luật quốc tế không có quy định cụ thể về vấn đề phá thai. Vì vậy, các quốc gia được quyền tự định đoạt vấn đề này. Tuy nhiên, trường hợp một quốc gia cấm hành vi phá thai, thì phải bảo đảm việc này không vi phạm các quyền khác được ghi nhận trong ICCPR, bao gồm quyền sống của người mẹ mang thai và ngăn ngừa đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo và mất nhân phẩm.

Dự thảo Luật Dân số Việt Nam tại Điều 21 quy định: phụ nữ có quyền phá thai theo mong muốn nếu thai nhi dưới 12 tuần tuổi; hoặc được phá thai do mang thai gây nguy hại tới tính mạng hoặc sức khoẻ của thai phụ, thai nhi; do loạn luân; do bị hiếp dâm; có những bằng chứng về nguy cơ đứa trẻ sinh ra có dị tật hoặc có nguy cơ phát triển không bình thường nếu tuổi thai từ 12 tuần tuổi trở lên. Nhìn chung, quy định này tương đối phù hợp với quy định của pháp luật quốc tế, bảo đảm cân bằng quyền sống và lợi ích của bà mẹ mang thai với thai nhi. Có thể thấy, Việt Nam đã chọn cách tiếp cận dung hoà về vấn đề này, theo đó, chủ thể có quyền sống theo Điều 19 Hiến pháp năm 2013 không bao hàm thai nhi dưới 12 tuần tuổi, có cân nhắc thêm quyền và lợi ích của bà mẹ mang thai.

Bên cạnh đó, mối quan hệ giữa quyền sống và quyền được chết cũng là một câu hỏi. Liệu quy định được bảo vệ quyền sống có đi kèm với việc được tự do lựa chọn thời điểm chết? Cho đến nay, quyền được chết cũng không được quy định trong pháp luật

[2] UN Doc. E/CN.4/21, UN Doc. E/CN.4/SR.35, tr.16.
[3] Nguyên văn: "*All human beings are born free and equal in dignity and rights*".
[4] *Boso v. Italy* ECHR Application No. 50490/99.
[5] *Vo v. France* (2005) 40 EHRR 12. Xem Zampas và Gher, *Abortion as a Human Right – International and Regional Standards* (2008) 8 HRLR 249; Plomer, *A Foetal Right to Life?The Case ofVo v. France* (2005) 5 HRLR 311.
[6] Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Observations: Peru, CEDAW/C/PER/CO/7-8 (2014), đoạn 36.

quốc tế về quyền con người. Vì vậy, các quốc gia, trong đó có Việt Nam, được toàn quyền quyết định mức độ cần thiết luật hoá hoạt động này. Trường hợp cho phép, Việt Nam có nghĩa vụ phải bảo đảm quyền sống của những chủ thể này bằng việc quy định trình tự, thủ tục khắt khe trước khi đáp ứng yêu cầu xin trợ tử của họ.

Trong lịch sử loài người, đã có rất nhiều cá nhân bị tước đoạt quyền sống do tín ngưỡng, tôn giáo, văn hoá hay màu da của mình. Những hành vi huỷ diệt các nhóm người, hay còn gọi là diệt chủng, đã bị cộng đồng quốc tế lên án và coi là *hostis humani generis*, kẻ thù của cả nhân loại. Việt Nam không chỉ là thành viên của ICCPR mà đã gia nhập Công ước Liên hợp quốc về Ngăn ngừa và trừng phạt tội ác diệt chủng năm 1950[7]. Vì vậy, Điều 19 Hiến pháp Việt Nam cũng có thể hiểu là mở rộng phạm vi bảo vệ ra cả các nhóm người thiểu số trên lãnh thổ Việt Nam hoặc thuộc kiểm soát hữu hiệu của Nhà nước Việt Nam. Điều 422 Bộ luật Hình sự năm 2015 về Tội chống loài người cũng đã hình sự hoá hành vi diệt chủng nhằm bảo vệ hữu hiệu hơn quyền sống của nhóm người yếu thế này.

2. Tính chất của quyền sống

Điều 19 Hiến pháp năm 2013 quy định không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật. Như vậy, theo quy định này, quyền sống không phải là quyền tuyệt đối. Việc tước đoạt mạng sống là được phép nếu nó phù hợp với các quy định của luật do Quốc hội ban hành, chẳng hạn như việc áp dụng án tử hình được quy định trong Bộ luật Hình sự.

Tuy nhiên, sự phù hợp với luật quốc gia chưa hẳn đã phù hợp với quy định của pháp luật quốc tế về quyền con người. Theo đó, Điều 6 ICCPR quy định: "*Không ai bị tước đoạt tính mạng một cách tuỳ tiện*"; nhưng tội ác thảm sát của Đức Quốc xã đối với người Do Thái, người tàn tật, vốn là nạn nhân của sự phân biệt chủng tộc đã được được thực hiện dựa trên pháp luật do Đức Quốc xã ban hành[8]. Như vậy, việc tước đoạt tính mạng phù hợp với pháp luật quốc gia nhưng lại có thể mang tính "tuỳ tiện", và vi phạm quyền sống của con người. Cần phân biệt hai khái niệm "trái luật" và "tuỳ tiện".

Hay trong vụ *Guerrero v. Columbia*, cảnh sát Columbia đã đột nhập vào một căn nhà mà họ tin rằng đang giữ người bị bắt cóc. Tuy nhiên, họ không tìm thấy gì trong nhà. Cảnh sát đã phục kích trong nhà để chờ nghi can. Sau đó, bảy người bị bắn mà không có lời cảnh báo nào từ phía cảnh sát khi họ bước vào căn nhà này. Hành động của cảnh sát được cho là căn cứ vào Nghị định số 0070, theo đó, cảnh sát được miễn truy tố hình sự "trong thời gian tiến hành chiến dịch với mục tiêu ngăn ngừa và phòng chống nạn bắt cóc"[9]. Tuy nhiên, Uỷ ban Nhân quyền theo ICCPR (Human Rights Committee, sau đây gọi tắt là HRC) tuyên rằng, cảnh sát Columbia không thể bào chữa hành vi này bằng một đạo luật của mình. HRC nhận định, không có bằng chứng nào cho thấy hành động của cảnh sát là tự vệ cần thiết hay để ngăn chặn tội phạm bỏ trốn[10]. HRC kết luận, hành động này đã tước đoạt tính mạng con người một cách tuỳ tiện, và vì thế vi phạm Điều 6 ICCPR.

Như vậy, có thể thấy, khái niệm "tuỳ tiện" theo quy định của ICCPR rộng hơn rất

[7]Xem https://treaties.un.org/Pages/ViewDe tails.aspx ?src=IND&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en.

[8] Johannes Morsink, *Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent* (University of Pennsylvania Press, 1999), tr. 39.

[9] Legislative Decree No. 0070, Doc. A/37/40, đoạn 1.4, 7.1-7.2.

[10] HRC, *Guerrero v. Columbia*, Communication No. R.11/45 (05/02/1979), UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) 137 (1982), đoạn 13.2.

nhiều khái niệm "trái luật" tại Điều 19 Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam. Việc đánh giá khi nào việc tước đoạt tính mạng con người là tuỳ tiện không chỉ dựa trên "luật", mà còn cần phải xem xét các yếu tố bao gồm: Tính công bằng (*justice*), khả năng tiên định, các nguyên tắc xét xử công bằng (*due process of law*)[11], tính hợp lý, cần thiết, và tương xứng[12].

Với vụ *Guerrero v. Columbia*, bình luận của HRC cho thấy, để không bị coi là tuỳ tiện, biện pháp tự vệ phải hợp lý và cần thiết, tương đương với sự đe đoạ; là biện pháp cuối cùng sau khi đã vận dụng hết tất cả các biện pháp phi vũ lực (như cảnh báo). Mức độ vũ lực sử dụng không được vượt quá mức cần thiết và chỉ nhắm tới kẻ đe doạ[13]. Việc tước đoạt tính mạng của ai đó chỉ xảy ra khi mối đe doạ là rất lớn và có khả năng gây ra tử vong hoặc thương vong nghiêm trọng đối với người khác[14]. Trường hợp mối đe doạ không lớn hoặc không nghiêm trọng, ví dụ như việc bảo vệ tài sản cá nhân[15], thì việc tước đoạt mạng sống sẽ vi phạm nguyên tắc tương xứng.

Tương tự như vậy, pháp luật quốc tế không bắt buộc các quốc gia phải bãi bỏ hoàn toàn hình phạt tử hình. Tuy nhiên, hình phạt tử hình chỉ được áp dụng khi đảm bảo được tính công bằng, và áp dụng đối với những tội nghiêm trọng nhất[16]. Đồng thời, quốc gia phải đảm bảo các nguyên tắc xét xử công bằng được quy định tại Điều 14 ICCPR đối với người phạm tội, để bảo đảm không trừng phạt người vô tội. Trong tất cả các trường hợp, toà án phải cân nhắc yếu tố nhân thân của người phạm tội, các tình tiết tăng nặng hay giảm nhẹ[17] trước khi áp dụng hình phạt tử hình. Tuy nhiên, hình phạt tử hình bắt buộc (*mandatory death penalty*) được quy định trong pháp luật quốc gia lại dẫn đến việc toà án không cần phải đánh giá tội phạm trong vụ án có nghiêm trọng nhất hay không, vì đương nhiên phải tuyên án tử hình. Do đó, hình phạt tử hình như vậy về bản chất lại là tuỳ tiện[18].

Điều này cho thấy, có thể một số trường hợp tước đoạt tính mạng ở Việt Nam là hợp hiến, tuy nhiên lại vi phạm pháp luật quốc tế. Quy định của pháp luật quốc tế nhằm kiểm soát sự tuỳ tiện trong các hoạt động của nhà nước, bao gồm cả hoạt động lập pháp có thể dẫn tới xâm phạm quyền con người, mà một trong những quyền cơ bản nhất là quyền sống. Những quan ngại như vậy xuất phát từ thực tế cá nhân luôn là bên yếu thế hơn trong mối quan hệ với nhà nước. Do đó, cần phải giới hạn quyền lực nhà nước nhằm đảm bảo nhà nước không lợi dụng quyền lực của mình để đưa ra những chính sách và pháp luật bất công và

[11] HRC, *Gorji-Dinka v. Cameron* (No. 1134/2002), đoạn 5.1; *Van Alphen v. The Netherlands* (No. 305/1988), đoạn 5.8.

[12] Joseph, Schultz, Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (Oxford University Press, 2004), tr.156; *Cf Kazingachire v. Zimbabwe*, Report of the American Court of Human Rights (2013), đoạn 120.

[13] *Guerrero v. Columbia*, như chú thích 9, đoạn 13.2-3.

[14] Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions (2011), đoạn 60.

[15] Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions (2014), đoạn 72.

[16] HRC, General Comment 6 (1982) đoạn 6; HRC, *Chisanga v. Zambia* (No. 1132/2002), đoạn 7.4; ECOSOC, Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty, ESC Res. 1984/50 (1984), đoạn 1; HRC, *Kindler v. Canada* (No. 470/1991), đoạn 14.3.

[17] HRC, *Luboto v. Zambia* (No. 390/1990), đoạn 7.2.

[18] HRC, *Brown v. Jamaica* (No. 775/1997), đoạn 6.14; *Capro v. Philippines* (No. 1077/2002), đoạn 8.3; *Larranaga v. Philippines* (No. 1421/2005), đoạn 7.2; Report of Special Rapporteur on Extrajudical, Summary or Arbitrary Executions E/CN.4/1999/39 (1999), đoạn 63.

tuỳ tiện đối với người dân. Từ đó, tác giả kiến nghị sửa đổi Điều 19 Hiến pháp năm 2013 theo hướng: "*Không ai bị tước đoạt tính mạng tuỳ tiện*".

Như đã trình bày ở trên, quyền sống tại Điều 19 Hiến pháp năm 2013 không phải là quyền tuyệt đối. Trong một số trường hợp, việc tước đoạt mạng sống vẫn được luật cho phép. Tuy nhiên, liệu quyền sống có thể bị hạn chế trong một số trường hợp nhất định, chẳng hạn như liên quan tới an ninh của quốc gia?

Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp quy định:

"*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khoẻ của cộng đồng*".

Quy định này tưởng chừng là chặt chẽ, nhưng thực chất lại quá rộng, và đi ngược lại với tinh thần của pháp luật quốc tế về quyền con người. Điều 4.1 ICCPR cho phép hạn chế một số quyền con người trong trường hợp liên quan tới an nguy quốc gia. Tuy nhiên, Điều 4.2 ICCPR loại trừ khả năng hạn chế một số quyền, trong đó quyền sống (quy định tại Điều 6 ICCPR) không thể bị hạn chế trong bất kì trường hợp nào, kể cả vì lý do an ninh quốc gia. Điều 6 ICCPR buộc các quốc gia thành viên phải tuân thủ kể cả trong trường hợp có xung đột vũ trang xảy ra[19].

Với quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, có thể suy luận rằng, quyền sống tại Điều 19 có thể bị hạn chế vì lý do "quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khoẻ của cộng đồng". Quy định quá rộng và thiếu rõ ràng như vậy, dễ dẫn tới sự tuỳ tiện xâm phạm quyền sống của cá nhân. Trong đó, những lý do như "đạo đức xã hội" hay "sức khoẻ của cộng đồng" cũng có thể trở thành căn cứ hạn chế quyền sống của người dân.

Qua phân tích ở trên có thể thấy, quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 hiện nay đang gây ra nhiều quan điểm trái chiều. Do đó, tác giả kiến nghị sửa đổi khoản 2 Điều 14 theo hướng loại trừ quyền sống ra khỏi nhóm quyền bị hạn chế trong trường hợp nguy cấp.

3. Nghĩa vụ của quốc gia

Như đã trình bày, mối quan hệ giữa nhà nước và cá nhân là không cân bằng. Quy định "*Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật*" tại Điều 19 đặt ra nghĩa vụ trước tiên và chủ yếu là với Nhà nước. HRC đã khẳng định nghĩa vụ này đặt lên tất cả các cơ quan thuộc nhánh lập pháp, hành pháp và tư pháp ở tất cả các cấp độ quốc gia hay địa phương[20]. Theo đó, Nhà nước Việt Nam trước tiên có nghĩa vụ tôn trọng quyền sống của cá nhân. Đây là nghĩa vụ bị động, tức là Nhà nước không được tuỳ tiện tước đoạt mạng sống của cá nhân. Trong pháp luật quốc tế, nghĩa vụ tôn trọng còn được thể hiện bằng việc yêu cầu quốc gia không được trục xuất hay dẫn độ cá nhân tới một quốc gia khác (non-refoulement) nếu có đủ cơ sở để tin rằng mạng sống của họ có thể

[19] HRC, General Comment No. 6 (1982); General Comment No. 14 (1984); General Comment No. 29 (2001), đoạn 3-7; General Comment No. 31 (2004), đoạn 11; Concluding Observations: Israel (2010), đoạn 9-10; Concluding Observations: USA (2014), đoạn 9.

[20] HRC, General Comment No. 31: The Nature of the General Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13(2004) đoạn 4. HRC cũng làm rõ rằng, cách tiếp cận này xuất phát từ Điều 27 Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế, theo đó một quốc gia thành viên "không được viện dẫn các quy định pháp luật quốc gia của mình để biện minh cho việc không thực hiện một điều ước".

bị đe doạ, trừ khi có cam kết bảo đảm từ phía quốc gia yêu cầu dẫn độ[21].

Cùng với đó, quy định "*Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ*" lại đòi hỏi Nhà nước có nghĩa vụ chủ động áp dụng các biện pháp để bảo vệ tính mạng của người dân. Các biện pháp này bao gồm việc xây dựng và bảo đảm thực thi pháp luật hình sự nhằm ngăn ngừa hữu hiệu các hành vi tước đoạt mạng sống tuỳ tiện; các hình phạt tương xứng với mức độ nghiêm trọng của hành vi. Trường hợp nhận thấy có sự đe dọa tới mạng sống của một cá nhân từ phía chủ thể khác, Nhà nước phải có biện pháp kịp thời ngăn chặn sự đe doạ đó để đảm bảo tính mạng của họ, chẳng hạn trong trường hợp cướp có vũ trang hoặc khủng bố. Nghĩa vụ bảo vệ tính mạng một cá nhân còn đòi hỏi Nhà nước cần thực hiện các biện pháp bảo vệ các đối tượng yếu thế, như phụ nữ, trẻ em, người thuộc dân tộc thiểu số, nhóm người LGBT[22]... vốn là nạn nhân của sự kì thị và phân biệt đối xử. Nếu việc tước đoạt tính mạng của một cá nhân xảy ra, Nhà nước phải có nghĩa vụ điều tra, trừng phạt và buộc thủ phạm bồi thường tổn thất.

Trong các trường hợp khẩn cấp như thiên tai, lũ lụt…, Nhà nước phải có hành động kịp thời để bảo vệ tính mạng của mọi cá nhân. Theo báo cáo viên đặc biệt của Liên hợp quốc, các nhóm yếu thế, đặc biệt là người nghèo, là những nhóm người thường phải hứng chịu tác động tiêu cực của biến đổi khí hậu. Do đó, nhiều quyền con người của họ bị xâm phạm, trong đó có quyền sống[23]. Vì vậy, các quốc gia có nghĩa vụ phải bảo đảm quyền sống của những nhóm người này bằng các biện pháp và chính sách nhằm giảm thiểu và thích ứng với biến đổi khí hậu, ví dụ như bảo đảm an ninh lương thực và quyền có lương thực, nước uống của người dân[24]; ngăn ngừa tỉ lệ tử vong ở trẻ sơ sinh; phòng chống HIV/AIDS hay sốt rét[25]; tăng cường hệ thống y tế để đảm bảo quyền tiếp cận y tế và sức khoẻ của người dân[26]. Điều này cho thấy, mối quan hệ phụ thuộc và chặt chẽ giữa quyền sống và các quyền con người khác. Việc thực thi một cách hiệu quả và toàn diện các nghĩa vụ này đòi hỏi nguồn lực lớn từ phía quốc gia cũng như sự hỗ trợ, hợp tác quốc tế. Đây vốn là một trong những khó khăn mà các quốc gia đang và kém phát triển, trong đó có Việt Nam gặp phải[27].

Một câu hỏi cũng được đặt ra là, liệu quốc gia có phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động diễn ra hoàn toàn hoặc một phần trên lãnh thổ của mình có nguy cơ ảnh hưởng đến tính mạng của người dân đang sinh sống tại quốc gia khác? Chẳng hạn, hoạt động xả thải gây ô nhiễm môi trường của tập đoàn đa quốc gia như Formosa thời gian qua ở Việt Nam có thể gây nguy hại tới tính mạng của

(Xem tiếp trang 13)

[21] HRC, *Kindler v. Canada* (No. 470/1991), đoạn 13.1-13.2; *Dauphin v. Canada* (No. 1792/2008), đoạn 7.4; *Warsame v. Canada* (No. 1959/2010), đoạn 8.3.

[22] Nhóm người đồng tính, song tính, chuyển giới (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender).

[23] Xem thêm Report of Special Rapportuer on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, A/HRC/31/52 (2016).

[24] HRC, General Comment No. 6 (1982), đoạn 5; HRC, Concluding Observations: Canada (1999), đoạn 12; Concluding Observations: Democratic People's Republic of Korea (2001), đoạn 12.

[25] HRC, Concluding Observations: Kenya (2012), đoạn 9.

[26] HRC, Concluding Observations: Jamaica (2011), đoạn 9.

[27] Văn phòng Cao uỷ Liên hợp quốc về Quyền con người (UN Office of High Commissioner for Human Rights), *Understanding Human Rights and Climate Change*, Link: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf, tr. 13-14.

TÒA ÁN VỚI VIỆC XEM XÉT, XỬ LÝ VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CÓ LIÊN QUAN TRONG VỤ ÁN HÀNH CHÍNH

Cao Vũ Minh*

Tóm tắt: *Theo Luật Tố tụng hành chính năm 2015, Tòa án có quyền kiến nghị các cơ quan nhà nước khác xem xét, sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ các văn bản quy phạm pháp luật nếu phát hiện các văn bản này có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên. Bài viết phân tích những điểm tiến bộ và hạn chế của pháp luật xoay quanh quy định này, đồng thời đề xuất một số giải pháp hoàn thiện.*

Abstract: *According to the Administrative Procedure Law of 2015, a court has right to ask other competent state agencies to consider, amend, supplement or repeal legal normative documents if the former detects that such documents are contrary to the Constitution, laws or legal normative documents enacted by superior state agencies. This article analyses the advantages and limitations of laws and regulations on this issue and proposes relevant solutions.*

1. Việc xem xét, xử lý văn bản quy phạm pháp luật trong vụ án hành chính của Tòa án

Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 02/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đã khẳng định: *"cơ quan tư pháp phải thật sự là chỗ dựa của nhân dân trong việc bảo vệ công lý, quyền con người"*. Bên cạnh đó, theo Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, cần: *"Xây dựng, hoàn thiện cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và quyết định của các cơ quan công quyền"* và *"xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp, tư pháp"*[1]. Nhằm thể chế hóa các chủ trương, chính sách này, Điều 6 Luật Tố tụng hành chính năm 2015 đã quy định:

"1. Trong quá trình giải quyết vụ án hành chính, Tòa án có quyền xem xét về tính hợp pháp của văn bản hành chính, hành vi hành chính có liên quan đến quyết định hành chính, hành vi hành chính bị kiện và kiến nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại văn bản hành chính, hành vi hành chính đó và trả lời kết quả cho Tòa án theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan.

2. Tòa án có quyền kiến nghị cơ quan, cá nhân có thẩm quyền xem xét, sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật nếu phát hiện văn bản đó có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan để bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Cơ quan, cá nhân có thẩm quyền có trách nhiệm trả lời Tòa án kết quả xử lý văn bản quy phạm pháp luật bị kiến nghị theo quy định của pháp luật làm cơ sở để Tòa án giải quyết vụ án".

Theo quy định tại Điều 111 đến Điều 114 Luật Tố tụng hành chính năm 2015, trong quá trình giải quyết vụ án hành chính, nếu phát hiện văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến vụ án hành chính có dấu hiệu

* TS., Tạp chí Khoa học pháp lý, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

[1] Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 127.

trái với Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên thì Tòa án có quyền kiến nghị cơ quan, cá nhân có thẩm quyền xem xét, sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được văn bản kiến nghị của Chánh án Tòa án, cơ quan đã ban hành văn bản đó phải xem xét và trả lời bằng văn bản cho Tòa án đã kiến nghị. Nếu quá thời hạn này mà không nhận được văn bản trả lời thì Tòa án sẽ áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn để giải quyết vụ án.

Với quy định này, có thể nhận thấy, Tòa án có quyền từ chối áp dụng một văn bản quy phạm pháp luật, nếu xét thấy văn bản đó trái với Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên. Việc từ chối áp dụng một văn bản quy phạm pháp luật có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên sẽ do Hội đồng xét xử tự xem xét và quyết định mà không cần thỉnh thị án hay xin ý kiến của bất kỳ chủ thể nào. Bên cạnh đó, Tòa án còn có quyền kiến nghị với cơ quan đã ban hành văn bản đó tự bãi bỏ văn bản của mình.

Đây là những điểm tiến bộ của Luật Tố tụng hành chính năm 2015 so với Luật Tố tụng hành chính năm 2010. Tuy nhiên, có thể thấy nội dung quy định này đã từng được ghi nhận trong Công văn số 39/KHXX ngày 06/7/1996 của Tòa án nhân dân tối cao. Theo đó: *"Khi giải quyết vụ án hành chính, căn cứ để xem xét quyết định hành chính, hành vi hành chính đúng hay sai là văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý cao nhất quy định về lĩnh vực đó đang có hiệu lực thi hành tại thời điểm ra quyết định hành chính hay có hành vi hành chính mà bị khiếu kiện.*

Cần lưu ý là trong các trường hợp văn bản quy phạm pháp luật của cấp dưới trái với văn bản quy phạm pháp luật của cấp trên thì đồng thời việc ra quyết định hủy bỏ quyết định hành chính hay kết luận hành vi hành chính là trái pháp luật, Tòa án cần kiến nghị với cơ quan đã ra văn bản quy phạm pháp luật trái với văn bản quy phạm pháp luật của cấp trên để cơ quan đó tự hủy bỏ…".

Bằng Công văn số 39/KHXX, Tòa án nhân dân tối cao đã trao quyền cho Hội đồng xét xử trong việc lựa chọn quy phạm áp dụng liên quan đến vụ án đang phải thụ lý giải quyết. Nói cách khác, Công văn số 39/KHXX đã ghi nhận nguyên tắc áp dụng pháp luật trên cơ sở ưu tiên áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn nếu vụ án đang xem xét cùng được điều chỉnh bởi nhiều văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau. Sự ra đời của Công văn số 39/KHXX với việc thừa nhận nguyên tắc ưu tiên áp dụng *"văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất"* được xem là bước phát triển vượt bậc, thể hiện vai trò quan trọng của Tòa án trong việc bảo vệ công lý. Tuy nhiên, cho đến nay, ngoài Công văn số 39/KHXX thì không có bất kỳ một văn bản quy phạm pháp luật nào "mạnh dạn" thừa nhận nguyên tắc *"khi giải quyết vụ án hành chính, căn cứ để xem xét quyết định hành chính, hành vi hành chính đúng hay sai là văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý cao nhất"* trong hoạt động xét xử vụ án hành chính của Tòa án.

Do đó, việc Luật Tố tụng hành chính năm 2015 quy định nguyên tắc áp dụng pháp luật này là một sự tiến bộ đáng ghi nhận, bởi:

Thứ nhất, đây là lần đầu tiên trong lịch sử lập pháp của Quốc hội, một đạo luật điều chỉnh việc giải quyết vụ án hành chính quy định về nguyên tắc *"Tòa án áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn để giải quyết vụ án hành chính"*. Nguyên tắc này được ghi nhận trong một văn bản có giá trị pháp lý cao đã tạo thuận lợi cho Tòa án "mạnh dạn" áp dụng pháp luật trong hoạt động xét xử.

Thứ hai, việc ghi nhận một nguyên tắc áp dụng pháp luật đã thể hiện tính công khai, minh bạch của hệ thống pháp luật.

Thứ ba, thông qua quyền kiến nghị sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật, Tòa án đã đảm bảo thực hiện nguyên tắc *"phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp"*[2]. Theo đó, Tòa án - cơ quan thực hiện quyền tư pháp[3] không tự ý bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của những cơ quan nhà nước khác, nhưng có quyền kiến nghị để các chủ thể tự bãi bỏ văn bản do mình ban hành. Sâu xa hơn, quy định này còn là cơ sở pháp lý quan trọng đảm bảo cho hoạt động xét xử của Tòa án, giúp Tòa án phát huy hiệu quả vai trò của mình trong việc bảo vệ tính thống nhất và tính thứ bậc của hệ thống pháp luật.

Thứ tư, mọi hoạt động của Tòa án, nếu xét theo nghĩa rộng, đều phục vụ mục tiêu đảm bảo tính thống nhất của pháp luật, giúp giữ gìn trật tự và các lợi ích chung của xã hội[4]. Việc xem xét, xử lý các văn bản quy phạm pháp luật của Tòa án cho phép đưa ra khuôn mẫu về cách hành xử của công quyền. Nhờ sự xem xét, xử lý của Tòa án mà một văn bản trái với Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên sẽ không thể tồn tại trong hệ thống pháp luật, đặc biệt trong bối cảnh hiện nay, khi cơ chế tự kiểm tra văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà nước được thực hiện không hiệu quả, bộc lộ quá nhiều bất cập[5].

Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tiến bộ nêu trên, vẫn còn một số vấn đề cần bàn luận:

Một là, Luật Tố tụng hành chính năm 2015 chưa dự liệu hết các trường hợp cần phải xem xét, xử lý văn bản quy phạm pháp luật có liên quan trong vụ án hành chính. Thực tiễn ban hành văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta trong thời gian qua đã cho thấy, không chỉ các văn bản trái với Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên mới cần được xem xét, xử lý, mà ngay cả những văn bản do một cơ quan ban hành nhưng có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì vẫn cần cơ quan có thẩm quyền phân định thứ tự áp dụng. Theo Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, các trường hợp xung đột pháp luật không chỉ khi một văn bản *"trái với Hiến pháp, luật, văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên"*, mà còn trong trường hợp *"mâu thuẫn với văn bản do chính cơ quan đó ban hành"*. Tuy nhiên, Luật Tố tụng hành chính năm 2015 chỉ mới dự liệu trường hợp Tòa án xem xét, xử lý văn bản quy phạm pháp luật có liên quan đến việc giải quyết vụ án khi *"văn bản đó có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên"*, mà không đề cập đến trường hợp *"các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề mà lại liên quan đến vụ án hành chính thì Tòa án sẽ giải quyết như thế nào"*.

Ví dụ: cùng một hành vi *"say rượu, bia ở công sở, nơi làm việc, khách sạn, nhà hàng, quán ăn, trên các phương tiện giao thông và nơi công cộng khác"* nhưng Nghị định số 73/2010/NĐ-CP ngày 12/07/2010 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh và trật tự, an toàn xã hội thì mức phạt là từ 60.000 đồng đến 100.000 đồng (khoản 1 Điều 24), còn Nghị định số

[2] Điều 2 Hiến pháp năm 2013.
[3] Điều 102 Hiến pháp năm 2013.
[4] Nguyễn Hoàng Anh, *Vai trò và giới hạn của Tòa Hiến pháp, Tòa Hành chính trong việc đảm bảo tính thống nhất của pháp luật*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10, năm 2012.
[5] Cao Vũ Minh, *Bàn về những nghịch lý trong việc ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành luật*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2012, tr.31-39.

75/2010/NĐ-CP ngày 12/07/2010 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực văn hóa lại quy định mức phạt từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng (khoản 1 Điều 18). Giả sử, ông A có hành vi *"say rượu, bia ở công sở, nơi làm việc"* và bị phạt tiền theo chế tài của Nghị định số 75/2010/NĐ-CP. Ông A khởi kiện tại Tòa án và yêu cầu áp dụng theo Nghị định số 73/2010/NĐ-CP với chế tài nhẹ hơn. Trong trường hợp này, Tòa án sẽ giải quyết thế nào khi Tòa án không thể áp dụng nguyên tắc văn bản có giá trị pháp lý cao hơn để xử lý[6].

Hai là, Điều 112 Luật Tố tụng hành chính năm 2015 quy định Chánh án Tòa án cấp huyện có quyền đề nghị Chánh án Tòa án cấp tỉnh kiến nghị sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp tỉnh; có quyền báo cáo Chánh án Tòa án cấp tỉnh đề nghị Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kiến nghị sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước ở trung ương. Chánh án Tòa án cấp tỉnh, Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao có quyền đề nghị Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kiến nghị sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước ở trung ương. Tuy nhiên, trường hợp người có thẩm quyền đề nghị hoặc kiến nghị nói trên và người trực tiếp giải quyết vụ án (Thẩm phán hoặc Hội đồng xét xử) mâu thuẫn trong đánh giá văn bản áp dụng thì giải quyết như thế nào? Trong trường hợp này, cấp dưới phải phục tùng cấp trên hay vẫn có cơ chế giải quyết đặc thù khác? Các quy định trong Luật Tố tụng hành chính năm 2015 chưa giải đáp câu hỏi này.

Ba là, Luật Tố tụng hành chính năm 2015 không quy định rõ ràng trách nhiệm của các cơ quan nhà nước khác trong việc xem xét và trả lời bằng văn bản đối với kiến nghị của Chánh án Tòa án nhân dân. Điều 114 Luật Tố tụng hành chính năm 2015 chỉ quy định: *"Nếu quá thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được văn bản kiến nghị của Chánh án Tòa án mà Tòa án* ***không nhận được văn bản trả lời*** *thì Tòa án áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn để giải quyết vụ án"*. Và trong trường hợp, *Tòa án đã nhận được văn bản trả lời, nhưng văn bản khẳng định rằng văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà nước khác không sai trái* thì Tòa án sẽ giải quyết như thế nào? Trường hợp này, Tòa án vẫn sẽ áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn để giải quyết vụ án hay phải áp dụng chính văn bản quy phạm pháp luật mà Tòa án cho rằng có dấu hiệu trái pháp luật?

2. Một số kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, điểm b, khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 quy định: *"Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành nghị quyết hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất pháp luật"*. Do đó, theo tác giả, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành nghị quyết hướng dẫn rõ ràng về nguyên tắc áp dụng pháp luật. Theo đó, hoạt động xét xử của Tòa án cần tuyệt đối tôn trọng nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật được quy định tại Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015. Hội đồng xét xử hoặc Thẩm phán khi áp dụng pháp luật để xét xử vụ án hành chính phải nêu rõ lý do và lập luận cho quyết định của mình. Trong trường hợp các cơ quan nhà nước khác không đồng ý thì có quyền đề nghị người có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục tố tụng và tham gia trình bày ý kiến của mình với tư cách là người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan.

Thứ hai, cần quy định rõ ràng về cơ chế pháp lý nhằm giải quyết mâu thuẫn trong

[6] Nghị định số 73/2010/NĐ-CP và Nghị định số 75/2010/NĐ-CP đều do Chính phủ ban hành nên có giá trị pháp lý ngang nhau.

trường hợp: i) Người trực tiếp giải quyết vụ án (Thẩm phán hoặc Hội đồng xét xử) không đồng ý với nhận định của Chánh án Tòa án đang giải quyết vụ án và ii) Chánh án Tòa án cấp dưới không đồng ý với cách xử lý của Chánh án Tòa án nhân dân cấp trên về việc đánh giá tính hợp pháp của văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà nước khác bị kiến nghị.

Thứ ba, cần quy định rõ trách nhiệm của các cơ quan nhà nước khác trong việc xem xét và trả lời bằng văn bản đối với kiến nghị của Chánh án Tòa án nhân dân liên quan đến tính hợp pháp của văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan đó ban hành. Có như vậy thì cơ chế *"phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp"* mới thực sự được bảo đảm.

Cuối cùng, Điều 102 Hiến pháp năm 2013 quy định: *"Tòa án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ công lý"*. Để bảo vệ công lý, Tòa án cần được trao quyền giải thích pháp luật. Việc giải thích pháp luật phải đặt trong một vụ việc cụ thể, gắn với các sự kiện pháp lý nhất định. Chỉ có Tòa án với hoạt động xét xử của thẩm phán mới có điều kiện cũng như nghĩa vụ giải thích các điều luật[7]. Thực tế đã cho thấy, Tòa án có vai trò lớn trong việc giải thích pháp luật, bởi các Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao luôn "làm sáng tỏ về mặt tư tưởng và nội dung" một quy phạm pháp luật nào đó (giải thích pháp luật)[8].

[7] Nguyễn Đăng Dung - Vũ Công Giao, *Tư pháp độc lập: một số vấn đề lý luận và thực tiễn (kỳ 2)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 21, năm 2012.

[8] Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học Tổng hợp, 1993, tr. 283.

(Tiếp theo trang 8 – Quyền sống theo Hiến pháp…)

người dân ven biển của quốc gia khác. Đây là câu hỏi liên quan tới nghĩa vụ của quốc gia trong việc bảo vệ tính mạng con người không chỉ đang sinh sống trên lãnh thổ của mình[28]. Về vấn đề này, Điều 19 Hiến pháp năm 2013 và các văn bản luật khác không có quy định cụ thể, vì vậy, khó có thể kết luận Việt Nam có nghĩa vụ bảo đảm quyền sống của những cá nhân sinh sống ngoài lãnh thổ Việt Nam. Tuy nhiên, tác giả ủng hộ quan điểm mỗi quốc gia phải có nghĩa vụ vượt ra khỏi biên giới, đặc biệt như trong bối cảnh biến đổi khí hậu đang có những tác động tiêu cực đối với Việt Nam hiện nay.

Kết luận

Quyền sống là quyền thiêng liêng và cơ bản nhất của con người. Việc ghi nhận trong Hiến pháp đã cho thấy tầm quan trọng của quyền này. Tuy nhiên, có thể thấy đang có độ vênh giữa Hiến pháp Việt Nam với quy định của pháp luật quốc tế. Vì vậy, Điều 19 và khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 cần được sửa đổi nhằm đảm bảo Nhà nước Việt Nam thực hiện đầy đủ nghĩa vụ của mình, không chỉ với tư cách thành viên của ICCPR, mà còn đối với người dân; đảm bảo Nhà nước Việt Nam thực sự là nhà nước của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân.

[28] Về nghĩa vụ của quốc gia, đây vẫn là vấn đề gây nhiều tranh cãi giữa các quốc gia và cả học giả. Các án lệ cho tới nay cho thấy rằng quốc gia có nghĩa vụ đối với: (i) Hành vi của mình thực hiện trên lãnh thổ quốc gia khác; (ii) Đảm bảo quyền con người trên lãnh thổ mà quốc gia kiểm soát hữu hiệu; (iii) Một số vi phạm thực hiện ở nước ngoài bởi chủ thể tư nằm trong quyền tài phán của quốc gia. Ví dụ như HRC, Lopez Burgos v. Uruguay. R12/52 (1979); ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004; IACHR, Coard et al. v. United States, Case No. 10.951, Reports No. 109/99 (29 September 1999); Banković v. Belgium (App. No. 52207/99, Decision of 12 December 2001).

BẢO HỘ CÔNG DÂN – TIẾP CẬN DƯỚI GÓC ĐỘ QUYỀN CON NGƯỜI

Nguyễn Thị Kim Ngân*

Tóm tắt: *Bảo hộ công dân là hoạt động mà quốc gia tiến hành để bảo vệ quyền của công dân nước mình khi ở nước ngoài. Bài viết tiếp cận vấn đề dưới góc độ quyền con người, theo đó, quyền được bảo hộ của công dân luôn gắn với nghĩa vụ của các quốc gia và được đảm bảo bởi các cơ chế hình thành trên cơ sở pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế.*

Abstract: *Citizen protection is activity conducted by a government to protect its citizen rights in a foreign country. This article analyses such protection from the perspective of human rights. It points out that citizen protection is government obligation and secured by mechanisms established by national and international laws.*

Bảo hộ công dân, theo cách hiểu chung nhất, là tất cả các hoạt động mà quốc gia tiến hành để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân công dân mang quốc tịch quốc gia đó khi ở nước ngoài. Cơ sở pháp lý để quốc gia tiến hành hoạt động bảo hộ công dân dựa trên các quy định của pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia. Bảo hộ công dân được đặt ra trong hai trường hợp: (i) Khi quyền và lợi ích của cá nhân công dân bị quốc gia nơi họ đang hiện diện vi phạm; và (ii) Khi cá nhân công dân cần sự trợ giúp dù không có hành vi vi phạm từ phía quốc gia nơi họ đang hiện diện.

Trong cả hai trường hợp nêu trên, quyền được bảo hộ của cá nhân công dân luôn gắn với nghĩa vụ của quốc gia mà họ mang quốc tịch; quốc gia đó phải áp dụng mọi biện pháp cần thiết để bảo vệ các quyền công dân, quyền cơ bản của họ. Nghĩa vụ này đã được quy định trong nhiều điều ước quốc tế cũng như pháp luật quốc gia.

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

1. Bảo hộ công dân dưới góc độ chủ thể quyền con người

1.1. Quyền con người, quyền công dân khi cá nhân ở nước ngoài

So với quyền con người, quyền công dân vừa có điểm tương đồng, vừa có sự khác biệt. Quyền con người và quyền công dân đều là các quyền của một cá nhân và được ghi nhận, bảo đảm thực hiện bằng các quy định của pháp luật. Song, không thể đồng nhất hai quyền này. Quyền công dân là những giá trị gắn với một Nhà nước nhất định, được xác định thông qua một chế định pháp luật, đặc biệt là chế định quốc tịch. Quyền của công dân được Hiến pháp và luật của một quốc gia ghi nhận và bảo đảm thực hiện, nhưng chỉ dành cho những cá nhân có quốc tịch của quốc gia đó. Quyền con người không bị bó hẹp trong mối quan hệ giữa cá nhân với Nhà nước mà thể hiện mối quan hệ giữa cá nhân với toàn thể cộng đồng. Nó không bị giới hạn bởi chế định quốc tịch. Chủ thể của quyền con người ngoài những cá nhân được xác định là công dân của quốc gia, còn bao gồm cả những cá nhân không phải là công dân (người nước ngoài, người

không quốc tịch). Những cá nhân này tuy không được hưởng các quyền công dân nhưng vẫn có các quyền con người với tư cách là một thực thể tự nhiên – xã hội.

Trong vấn đề bảo hộ cá nhân công dân khi ở nước ngoài, về mặt pháp lý và thực tiễn hình thành hai mối quan hệ:

(i) Quan hệ giữa cá nhân với quốc gia họ đang cư trú nhưng không mang quốc tịch: Đây là mối quan hệ giữa quốc gia với người nước ngoài. Quốc gia nơi cá nhân đó đang cư trú có nghĩa vụ bảo đảm các quyền con người cơ bản của cá nhân trên cơ sở các điều ước quốc tế về quyền con người mà quốc gia tham gia. Trong những trường hợp nhất định, quốc gia, trên cơ sở điều ước quốc tế hoặc pháp luật quốc gia, còn có thể áp dụng chế độ đãi ngộ như công dân (chế độ đãi ngộ quốc gia) hay chế độ tối huệ quốc, dành cho người nước ngoài một số quyền ngang bằng với công dân của nước mình hoặc ngang bằng với các quyền mà họ dành cho người nước ngoài khác. Hành vi vi phạm của quốc gia đối với các quyền này được xác định là hành vi vi phạm pháp luật quốc tế[1]. Đây sẽ là căn cứ để xác lập trách nhiệm pháp lý quốc tế của quốc gia và đồng thời là căn cứ để quốc gia mà cá nhân mang quốc tịch tiến hành các biện pháp bảo hộ công dân.

(ii) Quan hệ giữa cá nhân với quốc gia mà họ mang quốc tịch: Đây là mối quan hệ giữa quốc gia và cá nhân công dân. Khi công dân ra nước ngoài, quốc gia có nghĩa vụ tiến hành các biện pháp bảo hộ công dân nếu họ bị quốc gia nơi cư trú xâm phạm các quyền cơ bản của con người, hoặc ngay cả khi không có sự xâm phạm nhưng họ cần sự trợ giúp của quốc gia trong việc thụ hưởng các quyền công dân.

Như vậy, trong vấn đề bảo hộ công dân, cá nhân được bảo hộ sẽ đồng thời là chủ thể của hai loại quyền: quyền công dân trong mối quan hệ với quốc gia họ mang quốc tịch và quyền con người trong mối quan hệ với quốc gia nơi họ đang cư trú. Việc bảo đảm các quyền này là nghĩa vụ mang tính bắt buộc của tất cả các quốc gia, không phân biệt quốc gia mà người đó có mang quốc tịch hay không.

1.2. Nghĩa vụ quốc gia bảo vệ quyền của cá nhân công dân khi ở nước ngoài

Nghĩa vụ bảo vệ quyền con người nói chung, bảo vệ quyền của cá nhân công dân khi ở nước ngoài nói riêng được xác định mang tính nguyên tắc trong các điều ước quốc tế về quyền con người. Khoản 2 Điều 2 Công ước về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 quy định: *"…mỗi quốc gia thành viên Công ước cam kết sẽ tiến hành các biện pháp cần thiết phù hợp với quy trình nêu trong Hiến pháp của mình và những quy định của Công ước để ban hành pháp luật và những biện pháp khác, nhằm mục đích thực hiện có hiệu quả các quyền được công nhận trong Công ước"*. Các quy định tương tự cũng được đề cập tại khoản 1 Điều 2 Công ước về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966; Điều 2 Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ năm 1979; khoản 2 Điều 2 Công ước về quyền trẻ em năm 1989…

Ngoài các quy định mang tính nguyên tắc, một số điều ước quốc tế về quyền con người còn quy định cụ thể quyền của cá nhân công dân được hưởng sự bảo hộ của quốc gia họ mang quốc tịch khi ở nước

[1] Trong thực tiễn, các quyền của người nước ngoài thường bị quốc gia sở tại vi phạm là quyền bình đẳng và không bị phân biệt đối xử; quyền tự do và an ninh cá nhân; quyền được bảo vệ không bị tra tấn, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo hay hạ nhục; quyền được xét xử công bằng…

ngoài. Tương ứng với quyền này là nghĩa vụ của các quốc gia liên quan, đặc biệt là quốc gia mà người đó mang quốc tịch trong việc tiến hành các hoạt động bảo hộ công dân. Điều 23 Công ước về bảo vệ quyền của người lao động di trú và thành viên trong gia đình họ quy định: *"Người lao động di trú và các thành viên gia đình họ có quyền yêu cầu sự hỗ trợ và bảo vệ của một cơ quan ngoại giao hoặc lãnh sự của quốc gia xuất xứ, hoặc của quốc gia đại diện cho lợi ích của quốc gia xuất xứ khi các quyền được thừa nhận trong Công ước bị vi phạm"*. "Quốc gia xuất xứ", theo Công ước, là quốc gia mà một người được coi là công dân (Điều 6 Công ước). Khoản 3 Điều 10 Công ước về bảo vệ tất cả mọi người khỏi bị cưỡng bức mất tích cũng quy định: *"Bất cứ người nào bị giam giữ trên lãnh thổ của một quốc gia đều có quyền liên lạc ngay lập tức với đại diện thích hợp gần nhất của quốc gia mà người đó mang quốc tịch..."*.

Nghĩa vụ bảo vệ quyền con người, quyền của cá nhân công dân khi ở nước ngoài còn được quy định trong pháp luật quốc gia. Ví dụ, khoản 1 Điều XIII Hiến pháp năm 1987 của Philippines quy định: *"Quốc hội phải dành ưu tiên cao nhất cho việc ban hành các biện pháp bảo vệ và tăng cường quyền của tất cả mọi người về nhân phẩm, giảm bất bình đẳng về xã hội, kinh tế và chính trị, và loại bỏ sự bất công về văn hóa thông qua san sẻ tài sản và quyền lực chính trị một cách công bằng vì lợi ích chung"*[2].

Ở Việt Nam, khoản 3 Điều 17 Hiến pháp năm 2013 quy định: *"Công dân Việt Nam ở nước ngoài được Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam bảo hộ"*. Điều 6 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 cũng quy định: *"Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam bảo hộ quyền lợi chính đáng của công dân Việt Nam ở nước ngoài…"*.

Nghĩa vụ bảo vệ quyền của cá nhân công dân khi ở nước ngoài được quốc gia thực hiện thông qua việc triển khai đồng bộ các hoạt động như lập pháp, hành pháp và tư pháp nhằm xây dựng, hoàn thiện cơ sở pháp lý của hoạt động bảo hộ công dân; triển khai trên thực tế các hoạt động bảo hộ thông qua các cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự cũng như các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác; đồng thời có các biện pháp tư pháp, ngoại giao hiệu quả để bảo vệ quyền lợi của cá nhân công dân khi bị xâm phạm ở nước ngoài. Việc không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ này của quốc gia không chỉ ảnh hưởng đến quyền lợi của cá nhân công dân mà còn làm giảm sút uy tín, hình ảnh của quốc gia trong quan hệ quốc tế. Thậm chí, quốc gia còn có thể phải gánh chịu trách nhiệm pháp lý quốc tế nếu việc không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đó được xem như là hành vi vi phạm các điều ước quốc tế về quyền con người mà quốc gia đã tham gia.

2. Một số cơ chế bảo đảm quyền của cá nhân công dân khi ở nước ngoài

Dưới góc độ quyền con người, cơ chế bảo hộ quyền của cá nhân công dân cũng tương tự như cơ chế bảo đảm quyền con người nói chung, bao gồm: (i) Cơ chế quốc gia; (ii) Cơ chế quốc tế, gồm: Cơ chế mang tính toàn cầu (dựa trên Hiến chương Liên hợp quốc hoặc các công ước quốc tế phổ cập về quyền con người) và Cơ chế khu vực (dựa trên các công ước quốc tế về quyền con người khu vực).

[2] The Constitution of the Republic of the Philippines, http://www.gov.ph/constitutions/1987-constitution/, truy cập ngày 5/10/2016.

2.1. Cơ chế quốc gia

Điều 6 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 quy định: *"...Các cơ quan nhà nước ở trong nước, cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài có trách nhiệm thi hành mọi biện pháp cần thiết, phù hợp với pháp luật của nước sở tại, pháp luật và tập quán quốc tế để thực hiện sự bảo hộ đó"*. Điều 9 Luật Cơ quan đại diện nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài năm 2009 cũng ghi nhận thẩm quyền và trách nhiệm của cơ quan đại diện trong vấn đề hỗ trợ và bảo vệ người Việt Nam ở nước ngoài.

Nếu như các cơ quan đại diện của Việt Nam ở nước ngoài (bao gồm: cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự và phái đoàn đại diện thường trực tại tổ chức quốc tế) đóng vai trò quan trọng trong hoạt động bảo hộ công dân của Việt Nam ở nước ngoài, thì ở trong nước, Bộ Ngoại giao là cơ quan chịu trách nhiệm chính thực hiện hoạt động bảo hộ công dân. Nghị định số 15/2008/NĐ-CP ngày 4/2/2008 của Chính phủ qui định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Ngoại giao đề cập đến nhiệm vụ bảo hộ công dân và pháp nhân Việt Nam của Bộ như sau: Chủ trì, phối hợp với các bộ, ngành hữu quan bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước, các quyền và lợi ích hợp pháp của các tổ chức và công dân Việt Nam ở nước ngoài theo pháp luật Việt Nam và luật pháp quốc tế (khoản 7 Điều 2). Ngoài ra, thực hiện chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước trong lĩnh vực xuất khẩu lao động, ngày 29/11/2006, Quốc hội cũng đã ban hành Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, trong đó có quy định trách nhiệm của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Bộ Ngoại giao và các bộ, ngành liên quan trong việc hỗ trợ, giúp đỡ và bảo hộ quyền lợi của người lao động Việt Nam ở nước ngoài khi cần thiết.

Để bảo hộ công dân, các quốc gia, trong đó có Việt Nam, có thể tiến hành rất nhiều các biện pháp đa dạng khác nhau, đó có thể là những hoạt động đơn giản, mang tính chất hành chính hộ tịch; hay các hoạt động phức tạp hơn như bảo hộ quyền lợi chính đáng trong lĩnh vực kinh doanh hoặc trong các lĩnh vực khác của công dân trước các cơ quan có thẩm quyền của quốc gia sở tại; tiếp xúc với các cơ quan hữu quan của quốc gia sở tại để tìm hiểu và đề ra biện pháp giúp đỡ công dân trong những trường hợp công dân bị áp dụng các hình thức bắt, giam giữ, xử phạt, trục xuất hay có tài sản bị phía nước ngoài cầm giữ…[3]; thậm chí, có thể có những biện pháp cứng rắn hơn như đưa vụ việc ra cơ quan tài phán quốc tế hoặc sử dụng các biện pháp có tính chất "răn đe" để bảo hộ công dân. Tùy vào từng trường hợp cụ thể, các quốc gia sẽ quyết định áp dụng biện pháp và mức độ bảo hộ công dân. Quốc gia tiến hành bảo hộ có thể lựa chọn áp dụng một biện pháp hoặc áp dụng đồng thời nhiều biện pháp để bảo hộ công dân, tuy nhiên những biện pháp này không được trái với pháp luật quốc tế[4].

Để tăng tính hiệu quả của cơ chế bảo hộ công dân Việt Nam, ngày 25/7/2007, Thủ tướng Chính phủ đã ký Quyết định số 119/QĐ-TTg thành lập Quỹ Bảo hộ công dân và pháp nhân Việt Nam ở nước ngoài. Quỹ này do Bộ Ngoại giao quản lý, có nhiệm vụ cấp kinh phí hàng năm cho các cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài thực

[3] Điều 8 Luật Cơ quan đại diện của Việt Nam ở nước ngoài.

[4] Luật quốc tế không cho phép các quốc gia sử dụng vũ lực trong quan hệ quốc tế nói chung cũng như khi tiến hành bảo hộ công dân nói riêng.

hiện hoạt động bảo hộ công dân. Ngoài ra, Cổng thông tin điện tử về công tác lãnh sự do Cục Lãnh sự Bộ Ngoại giao quản lý (http://lanhsuvietnam.gov.vn) cũng đã đi vào hoạt động. Cổng thông tin điện tử đăng tải các thông tin về công tác bảo hộ công dân; đồng thời đưa ra các cảnh báo cần thiết cho công dân để phòng ngừa, tránh các rủi ro, thảm họa có thể gây nguy hiểm đến tính mạng khi họ xuất cảnh và cư trú ở nước ngoài. Điện thoại, đường dây nóng bảo hộ công dân trực 24/24. Tất cả các biện pháp nêu trên giúp mọi công dân tiếp cận và có thông tin cần thiết khi đi nước ngoài.

2.2. Cơ chế quốc tế

Bên cạnh cơ chế quốc gia, sự tồn tại của một số cơ chế quốc tế cũng góp phần quan trọng trong việc bảo đảm quyền của cá nhân công dân khi ở nước ngoài. Có thể kể đến một số cơ chế mang tính tiêu biểu sau đây:

a) Cơ chế khiếu nại của cá nhân trước các thiết chế nhân quyền quốc tế

Theo quy định của các điều ước quốc tế về quyền con người, các thiết chế nhân quyền quốc tế được thành lập nhằm thực hiện các chức năng khác nhau, trong đó có chức năng giám sát các quốc gia trong việc tuân thủ nghĩa vụ thành viên và tiếp nhận, giải quyết các khiếu nại của cá nhân. Có thể kể đến các thiết chế tiêu biểu như Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc; các uỷ ban công ước như Uỷ ban Công ước chống phân biệt chủng tộc, Uỷ ban Công ước chống tra tấn, Uỷ ban Công ước chống cưỡng bức mất tích, Uỷ ban Công ước về bảo vệ quyền của người lao động di trú và thành viên trong gia đình họ…

Trong khuôn khổ Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc, Thủ tục xem xét khiếu nại (Complaint Procedure) đã được hình thành trên cơ sở Nghị quyết 5/1 ngày 18/6/2007 của Hội đồng nhân quyền. Thủ tục này thay thế cho Thủ tục 1503 được duy trì trong Ủy ban nhân quyền trước đây (Thủ tục 1503 được thành lập trên cơ sở Nghị quyết 1503 (XLVIII) ngày 27/5/1970 của Hội đồng kinh tế - xã hội Liên hợp quốc). Theo Thủ tục xem xét khiếu nại, Hội đồng nhân quyền thành lập các Nhóm công tác để xem xét các khiếu nại về những vi phạm quyền con người nghiêm trọng, mang tính hệ thống do các cá nhân, nhóm cá nhân gửi lên Hội đồng nhân quyền. Việc giải quyết các khiếu nại theo nguyên tắc lấy nạn nhân làm trung tâm và được tiến hành bí mật, nhanh chóng. Nhóm công tác sẽ báo cáo và đề xuất hướng xử lý với Hội đồng nhân quyền. Điều kiện để một khiếu nại được xem xét cũng được Hội đồng nhân quyền quy định để hạn chế việc lạm dụng Thủ tục, bao gồm: nội dung khiếu nại không mang động cơ chính trị và phải phù hợp với Hiến chương Liên hợp quốc, Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền; có dữ kiện mô tả hành vi vi phạm quyền con người; ngôn ngữ không được lạm dụng; không chỉ dựa vào thông tin trên các phương tiện truyền thông; đã sử dụng hết các thủ tục giải quyết ở trong nước nhưng không đạt kết quả, hoặc việc giải quyết theo các thủ tục đó bị trì hoãn, kéo dài một cách vô lý…[5] Từ khi hình thành cơ chế khiếu nại, Hội đồng nhân quyền đã tiếp nhận và giải quyết nhiều vụ việc liên quan đến vi phạm quyền con người ở một số quốc gia như Cameroon, Eritrea, Iraq, Cộng hoà dân chủ Congo, Turkmenistan…[6]

[5] Human Rights Council Complaint Procedure, http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx, truy cập ngày 1/10/2016.

[6] List of situations referred to the Human Rights Council under the Complaint Procedure since 2006, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/Compl

Các cơ chế tiếp nhận và giải quyết khiếu nại cá nhân tương tự như cơ chế của Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc cũng được quy định trong một số công ước quốc tế phổ cập về quyền con người. Tuy nhiên, thẩm quyền của các thiết chế nhân quyền quốc tế phải được đặt trong mối quan hệ với chủ quyền của các quốc gia thành viên. Do đó, các công ước quốc tế phổ cập cho phép các quốc gia thành viên cân nhắc việc chấp nhận thẩm quyền của các thiết chế nhân quyền quốc tế. Trong trường hợp quốc gia thành viên không chấp nhận, các thiết chế nhân quyền quốc tế không được tiếp nhận khiếu nại của các cá nhân thuộc thẩm quyền tài phán quốc gia (bao gồm cả công dân và người nước ngoài cư trú trên lãnh thổ quốc gia).

Ở cấp độ khu vực, các thiết chế nhân quyền quốc tế (chủ yếu dưới hai hình thức Uỷ ban nhân quyền và Toà án nhân quyền) cũng được hình thành để tiếp nhận các khiếu nại cá nhân. Trên cơ sở Công ước nhân quyền châu Âu, Toà án nhân quyền châu Âu được thành lập và có chức năng tiếp nhận các khiếu nại về quyền con người chống lại các quốc gia thành viên. Trong gần 20 năm hoạt động (1998 – 2016), Toà án nhân quyền châu Âu đã thụ lý và ra phán quyết về rất nhiều vụ việc. Trong tám tháng đầu năm 2016, Toà đã tiếp nhận 32.700 đơn khiếu nại so với cùng kỳ năm 2015, tăng 20%[7], trong đó có những khiếu nại của người nước ngoài bị trục xuất như vụ Khlaifia - Italia năm 2015, vụ Doumbe Nnabuchi – Tây Ban Nha năm 2015, vụ Conka – Bỉ năm 2002…[8]; hay khi quốc gia áp dụng các biện pháp hạn chế quyền tự do thân thể, tự do đi lại của người nhập cư, người tị nạn như vụ Shamsa – Ba Lan năm 2003, vụ Nola – Nga năm 2009…[9]

Với những thiết chế hình thành sau Toà án nhân quyền châu Âu, các toà án nhân quyền khu vực khác như Toà án nhân quyền châu Phi, Toà án liên Mỹ về quyền con người cũng hoạt động tương đối hiệu quả trong việc tiếp nhận và giải quyết các khiếu nại cá nhân khi có hành vi vi phạm quyền con người.

Ở khu vực châu Á nói chung và Đông Nam Á nói riêng, chưa có một điều ước quốc tế khu vực về quyền con người. Các văn kiện về quyền con người của khu vực chủ yếu là các văn kiện mang tính chính trị, thiếu ràng buộc về pháp lý, như Tuyên bố ASEAN về xoá bỏ bạo lực với phụ nữ năm 2004, Tuyên bố ASEAN về bảo vệ và thúc đẩy quyền của người lao động di trú năm 2007, Tuyên bố ASEAN về quyền con người năm 2012… Hiến chương ASEAN năm 2007 là văn kiện pháp lý duy nhất có quy định về việc thành lập Uỷ ban liên chính phủ ASEAN về quyền con người. Ngoài ra, ASEAN cũng thành lập Uỷ ban về quyền của người lao động di trú, Uỷ ban về quyền của phụ nữ và trẻ em. Tuy nhiên, khác với các thiết chế nhân quyền của khu vực châu Âu, châu Mỹ và châu Phi, các uỷ ban nhân quyền của ASEAN không được các quốc gia thành viên trao

aintProcedure/SituationsConsideredUnderComplaintProcedures.pdf, truy cập ngày 1/10/2016.

[7] European Court of Human Rights statistics 1/1-31/8/2016 (compared to the same period 2015), http://echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2016_ENG.pdf, truy cập ngày 5/10/2016

[8] Collective expulsions of aliens, http://echr.coe.int/Documents/FS_Collective_expulsions_ENG.pdf, truy cập ngày 5/10/2016.

[9] Migrants in detention, http://echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf, truy cập ngày 5/10/2016.

thẩm quyền tiếp nhận và giải quyết các khiếu nại cá nhân.

Đối với Việt Nam, một vấn đề đặt ra hiện nay là bên cạnh sự bảo hộ của các cơ quan nhà nước, công dân Việt Nam khi ở nước ngoài có thể sử dụng các cơ chế khiếu nại lên các thiết chế nhân quyền quốc tế hay không? Ở cấp độ khu vực, có thể thấy công dân Việt Nam không thể sử dụng cơ chế khiếu nại tới các thiết chế nhân quyền khu vực ASEAN nói riêng và châu Á nói chung, bởi các thiết chế này hoặc chưa được hình thành (của khu vực châu Á) hoặc đã hình thành nhưng không được trao thẩm quyền tiếp nhận và giải quyết các khiếu nại cá nhân (của ASEAN). Tuy nhiên, công dân Việt Nam ở nước ngoài hoàn toàn có thể sử dụng cơ chế khiếu nại của các thiết chế nhân quyền khu vực châu Âu, châu Mỹ, châu Phi; và ở cấp độ toàn cầu là cơ chế khiếu nại của Hội đồng nhân quyền và của các uỷ ban công ước. Đương nhiên, việc khiếu nại này phải tuân theo các quy định của các điều ước quốc tế về quyền con người có liên quan và quốc gia chấp nhận thẩm quyền của các thiết chế nhân quyền quốc tế.

Trên thực tế, đến nay chưa có vụ việc khiếu nại nào của công dân Việt Nam được gửi tới các thiết chế nhân quyền quốc tế. Tuy nhiên, trong tương lai, khả năng công dân Việt Nam gửi khiếu nại lên các thiết chế nhân quyền quốc tế khi quyền và lợi ích hợp pháp của họ bị quốc gia nơi họ cư trú vi phạm hoàn toàn có thể xảy ra. Khi đó, sự trợ giúp của Nhà nước Việt Nam đối với công dân của mình trong quá trình khiếu nại là thật sự cần thiết, và đó cũng chính là một trong các biện pháp mà Việt Nam có thể tính đến khi bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài.

b) Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia phát sinh trong hoạt động bảo hộ công dân

Khi tiến hành các hoạt động bảo hộ công dân, khả năng phát sinh các tranh chấp giữa quốc gia mà cá nhân công dân mang quốc tịch với quốc gia nơi cá nhân đó đang cư trú là rất hiện hữu. Để giải quyết các tranh chấp này, các quốc gia sẽ áp dụng các cơ chế hợp pháp dựa trên nguyên tắc hoà bình giải quyết tranh chấp quốc tế. Cơ chế giải quyết tranh chấp trong những trường hợp như vậy trước hết nhằm bảo vệ quyền lợi của cá nhân công dân khi ở nước ngoài, sau đó là góp phần củng cố quan hệ giữa các quốc gia.

Ngoài cơ chế tiếp nhận và giải quyết khiếu nại cá nhân, các thiết chế nhân quyền quốc tế như Hội đồng nhân quyền, các uỷ ban công ước, các thiết chế nhân quyền khu vực… cũng tiếp nhận các yêu cầu giải quyết tranh chấp giữa quốc gia với quốc gia. Chẳng hạn, từ khi Công ước nhân quyền châu Âu được ký kết đến nay, hai thiết chế được hình thành trên cơ sở Công ước là Uỷ ban nhân quyền và Toà án nhân quyền châu Âu đã tiếp nhận khoảng 20 yêu cầu của quốc gia chống lại quốc gia thành viên khác, như vụ Đan Mạch – Thổ Nhĩ Kỳ năm 2000, vụ Cyprus – Thổ Nhĩ Kỳ năm 2001, vụ Georgia – Nga năm 2014…[10] Trong vụ tranh chấp Georgia – Nga, do những căng thẳng chính trị giữa hai quốc gia trong giai đoạn 2006 - 2007, các công dân Georgia đã bị các cơ quan chức năng của Nga bắt, giam giữ và trục xuất ra khỏi lãnh thổ Liên bang Nga, bất kể họ cư trú hợp pháp hay bất hợp pháp. Để bảo vệ công dân của mình,

[10] Inter - States applications, http://echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf, truy cập ngày 10/10/2016.

Georgia yêu cầu Toà án nhân quyền châu Âu, trên cơ sở Công ước nhân quyền châu Âu và pháp luật Liên bang Nga, xem xét tính hợp pháp của các hành vi nêu trên. Toà án nhân quyền châu Âu đã ra phán quyết rằng, hành vi của Nga vi phạm Điều 4 Nghị định thư bổ sung Công ước nhân quyền châu Âu, trong đó nêu rõ việc nghiêm cấm các quốc gia thành viên tiến hành các biện pháp trục xuất tập thể những người nước ngoài ra khỏi lãnh thổ quốc gia[11].

Ngoài các thiết chế nhân quyền được hình thành trên cơ sở các điều ước quốc tế về quyền con người, các quốc gia cũng có thể đưa tranh chấp phát sinh trong hoạt động bảo hộ công dân ra trước các cơ quan tài phán quốc tế như Toà Trọng tài thường trực Lahay PCA (vụ Canevaro Claim năm 1912 giữa Italia – Peru[12]), hay Toà án Công lý quốc tế (vụ Barcelona Traction năm 1962 giữa Bỉ - Tây Ban Nha[13], vụ Anglo - Iranian Oil Co. năm 1951 giữa Anh – Iran[14], vụ Nottebohm năm 1951 giữa Liechtenstein – Guatemala[15], vụ Consular Staff in Tehran năm 1979 giữa Mỹ - Iran[16], vụ La Grant năm 1999 giữa Đức – Mỹ, vụ Avena năm 2003 giữa Mexico và Mỹ[17])… Trong vụ La Grant năm 1999, Toà án Công lý quốc tế kết luận: Mỹ đã vi phạm pháp luật quốc tế, cụ thể là Công ước Viên về quan hệ lãnh sự năm 1963, Công ước về các quyền dân sự, chính trị năm 1966 khi: (i) Không thông báo cho các công dân Đức quyền được bảo hộ từ cơ quan lãnh sự Đức khi họ bị xét xử và kết án tử hình bởi Toà án Mỹ; (ii) Bác bỏ yêu cầu bảo hộ công dân hợp pháp từ cơ quan lãnh sự Đức[18].

Như vậy, thông qua cơ chế giải quyết tranh chấp quốc tế, quốc gia hoàn toàn có thể bảo vệ quyền lợi cho công dân mình khi ở nước ngoài. Tuy nhiên, cũng giống như cơ chế khiếu nại cá nhân, các cơ quan tài phán quốc tế chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp nếu các bên chấp nhận thẩm quyền của các cơ quan đó. Quy định này của Luật quốc tế bảo đảm chủ quyền của quốc gia khi tham gia quan hệ quốc tế nhưng lại làm hạn chế khả năng giải quyết tranh chấp quốc tế nói chung, giải quyết tranh chấp về bảo hộ công dân nói riêng trong thực tiễn quan hệ quốc tế.

Đối với Việt Nam, việc chấp nhận thẩm quyền của các cơ quan tài phán quốc tế trong việc giải quyết tranh chấp quốc tế mà Việt Nam là một bên tranh chấp vẫn đang được cân nhắc. Mặc dù vậy, chúng ta vẫn có

[11] Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006b65c, truy cập ngày 10/10/2016.

[12]Canevaro Claim (Italy v. Peru), https://pcacases.com/web/sendAttach/516, truy cập ngày 30/10/2016.

[13] Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium *v.* Spain), http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bt2&case=50&k=1a&p3=0, truy cập ngày 30/10/2016.

[14] Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom *v.* Iran), http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2, truy cập ngày 30/10/2016.

[15] Nottebohm (Liechtenstein *v.* Guatemala), http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lg&case=18&k=26&p3=0, truy cập ngày 30/10/2016.

[16] United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America *v.* Iran), http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=usir&case=64&k=c9&p3=0, truy cập ngày 30/10/2016.

[17] Avena and Other Mexican Nationals (Mexico *v.* United States of America), http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=mus&case=128&k=18&p3=0, truy cập ngày 30/10/2016.

[18] LaGrand (Germany *v.* United States of America), http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=348&p1=3&p2=3&p3=6&case=104, truy cập ngày 10/10/2016.

thể sử dụng các biện pháp hoà bình khác để giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài, như đàm phán trực tiếp; hoà giải, thông qua bên thứ ba hoặc nhờ sự trợ giúp từ các tổ chức quốc tế như Cao uỷ Liên hợp quốc về người tị nạn (UNHCR), Tổ chức Di cư quốc tế (IOM), Tổ chức Lao động quốc tế (ILO)…

c) Sự trợ giúp của các tổ chức quốc tế

Trong quá trình hợp tác giữa các quốc gia, một số tổ chức quốc tế đã ra đời nhằm bảo vệ các đối tượng đặc biệt mà các quyền của họ rất dễ bị xâm hại tại quốc gia họ không phải là công dân. Những đối tượng này bao gồm chủ yếu là người lao động di trú, người tị nạn, hay người di cư. Với chức năng và thẩm quyền của mình, các tổ chức quốc tế thực hiện nhiều hoạt động hỗ trợ hay tạo điều kiện, cũng như trực tiếp bảo vệ quyền và lợi ích của những đối tượng này tại quốc gia nơi họ đang sinh sống, cư trú.

Cao ủy Liên hợp quốc về người tị nạn (UNHCR) là cơ quan trực thuộc Liên hợp quốc, có chức năng cơ bản mở rộng sự bảo vệ quốc tế đối với những người tị nạn – đối tượng luôn bị đe doạ ngược đãi bởi những lý do sắc tộc, tôn giáo, dân tộc… Ngoài việc bảo vệ, UNHCR còn tiến hành hỗ trợ đối với người tị nạn như cứu trợ khẩn cấp; hỗ trợ tự nguyện hồi hương; hỗ trợ định cư tại quê nhà…

Là tổ chức quốc tế hàng đầu trong vấn đề người di cư, Tổ chức Di cư quốc tế (IOM) đi tiên phong trong việc kết nối hoạt động với các tổ chức quốc tế chuyên môn khác như Tổ chức lao động quốc tế (ILO), UNHCR…, cũng như quốc gia sở tại với quốc gia mà người nước ngoài là công dân trong những tình huống khẩn cấp. Những hoạt động chủ yếu mà IOM tiến hành bao gồm: quản lý các khu ở tạm và theo dõi dấu vết của các đoàn người khi di chuyển khỏi quốc gia đang trong tình trạng khẩn cấp; hỗ trợ phương tiện vận chuyển/sơ tán các cá nhân hoặc nhóm người bị ảnh hưởng bởi tình trạng khẩn cấp trở về quốc gia mà họ là công dân, quá cảnh hoặc đến một quốc gia khác; hỗ trợ y tế thông qua các hoạt động chăm sóc toàn diện; hỗ trợ hòa nhập (tái hòa nhập) nhằm ổn định cuộc sống của người di cư sau khủng hoảng; chống buôn bán người và bảo vệ những đối tượng người di cư dễ bị tổn thương trong tình trạng khủng hoảng như phụ nữ, trẻ em…

Trong những năm qua, hoạt động bảo hộ công dân Việt Nam ở nước ngoài của Nhà nước Việt Nam cũng đã nhận được sự hỗ trợ tích cực từ các tổ chức quốc tế. Năm 2006, khi cuộc khủng hoảng chính trị xảy ra tại Li Băng, IOM đã thu xếp sơ tán và vận chuyển an toàn 77 người Việt Nam có nguyện vọng trở về quê hương[19]. Năm 2011, hoạt động trợ giúp của IOM được triển khai khi Việt Nam tiến hành những đợt sơ tán công dân Việt Nam từ Li Bi về nước[20]. Thời gian tới, khi số lượng công dân Việt Nam ra nước ngoài học tập, lao động, du lịch… ngày càng tăng, trong khi tình hình chính trị trên thế giới còn tiềm ẩn những nguy cơ bất ổn, việc tiếp tục hợp tác với UNHCR, IOM, ILO… vẫn thực sự cần thiết và có ý nghĩa quan trọng đối với hoạt động bảo hộ công dân ở nước ngoài của Việt Nam.

[19] http://vietnam.iom.int/vi/sơ-tán-người-lao-động-việt-nam-khỏi-li-băng, truy cập ngày 30/10/2016.

[20] http://vietbao.vn/Xa-hoi/IOM-san-sang-ho-tro-dua-nguoi-lao-dong-Viet-Nam-ve-nuoc/181168460/157/, truy cập ngày 30/10/2016.

VIỆT NAM VỚI CƠ CHẾ TOÀN CẦU VÀ KHU VỰC VỀ QUYỀN CON NGƯỜI

Nguyễn Thu Hương*
Phạm Hồng Nhật**

Tóm tắt: *Bài viết đánh giá vai trò tích cực, chủ động trách nhiệm của Việt Nam trong cơ chế hợp tác toàn cầu và khu vực về quyền con người; từ đó nhận diện bước đầu tác động qua lại với việc thực thi quyền con người tại Việt Nam.*

Abstract: *This article analyses the proactive and responsible role of Vietnam in global and regional cooperation mechanisms of human rights. Basing on that, it briefly points out the impacts on human right enforcement in Vietnam.*

Trách nhiệm bảo đảm quyền con người không chỉ thuộc về mỗi quốc gia mà còn gắn với cơ chế hợp tác toàn cầu, khu vực về quyền con người. Hiệu quả quá trình hợp tác đó được thể hiện qua việc nâng cao năng lực bảo đảm quyền con người của mỗi quốc gia. Sự thay đổi thể hiện qua nhận thức cũng như khả năng thực thi quyền con người; cụ thể hóa trong từng chính sách thúc đẩy, ghi nhận, tôn trọng và bảo vệ quyền con người. Để có thể tận dụng vai trò của cơ chế hợp tác này, các quốc gia, trong đó có Việt Nam theo đuổi chính sách tích cực, chủ động và trách nhiệm trong kiến tạo, thừa nhận và thực thi nghĩa vụ của một thành viên trách nhiệm trong cộng đồng quốc tế vì quyền con người.

1. Hợp tác trong cơ chế toàn cầu

Việt Nam tham gia tích cực, chủ động trong hợp tác bảo đảm quyền con người thông qua Liên hợp quốc (LHQ) và hệ thống các cơ quan chính, cơ quan giúp việc, quỹ, chương trình cũng như các tổ chức chuyên môn của LHQ.

Chính sách tích cực được hiểu theo hai hàm ý. Thứ nhất là tích cực, năng động trong chính sách đối ngoại vì quyền con người; thứ hai là ủng hộ những vấn đề mang tính xây dựng mà các chủ thể khác khởi xướng. Nguyên tắc của quan hệ quốc tế là tôn trọng độc lập chủ quyền, toàn vẹn lãnh thổ của tất cả các quốc gia, hợp tác, bình đẳng cùng có lợi; vậy đối ngoại tích cực là lên tiếng tích cực với những vấn đề phù hợp với lợi ích quốc gia[1].

Mục tiêu của LHQ là trở thành trung tâm phối hợp hành động, duy trì hòa bình, an ninh toàn cầu, thúc đẩy sự hợp tác hữu nghị giữa các quốc gia trong mọi lĩnh vực đời sống quốc tế và hợp tác khuyến khích sự tôn trọng các quyền và tự do cơ bản cho tất cả mọi người, không phân biệt chủng tộc, nam nữ, ngôn ngữ hoặc tôn giáo[2]. Để thực hiện mục tiêu đó, LHQ hoạt động trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của luật pháp quốc tế với 6 cơ quan chính và các cơ quan giúp việc cũng như kết nối với các tổ chức

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.
** ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

[1] Đối thoại trực tuyến về dấu ấn đối ngoại Việt Nam 2014 và kỳ vọng 2015 với nguyên Phó Thủ tướng Vũ Khoan vào ngày 30/12/2014 tại Báo Thế giới & Việt Nam và Báo điện tử VietNamNet.
[2] Điều 1 Hiến chương LHQ.

chuyên môn khác. Có thể phân tích, đánh giá tính tích cực, chủ động của Việt Nam trong hợp tác bảo đảm quyền con người thông qua vai trò của Việt Nam hiện nay tại các cơ quan chính của LHQ như Đại hội đồng, Hội đồng Bảo an, Hội đồng Kinh tế - Xã hội và tổ chức chuyên môn của LHQ.

Tại cơ quan có thẩm quyền cao nhất của LHQ, Phái đoàn đại diện thường trực Việt Nam đóng vai trò tích cực trong các hoạt động, các kỳ họp Đại hội đồng cũng như các kỳ họp Ủy ban giúp việc của LHQ. Chẳng hạn, tại phiên họp toàn thể Đại hội đồng LHQ thảo luận báo cáo đầu tiên của Tổng Thư ký LHQ về vấn đề an ninh con người vào tháng 5/2010, Việt Nam đã có bài phát biểu thể hiện quan điểm về vấn đề này[3]. Gần đây nhất, ngày 14/6/2016, tại trụ sở LHQ đã diễn ra Hội nghị lần thứ chín các bên tham gia Công ước Quyền của người khuyết tật (CRPD – hiện có 164 quốc gia thành viên tham gia) với chủ đề "*Thực hiện Chương trình Nghị sự 2030 cho người khuyết tật: Không để lại ai phía sau*". Chủ tịch Đại hội đồng LHQ đã phát biểu khai mạc hội nghị. Trưởng đoàn Việt Nam tham dự Hội nghị[4] đã phát biểu nhấn mạnh Chương trình Nghị sự 2030 và các Mục tiêu phát triển bền vững không thể thành công nếu không giải quyết được những thách thức, khó khăn mà người khuyết tật phải đối mặt, đặc biệt là đói nghèo và bất bình đẳng; việc thực hiện Chương trình và các Mục tiêu này cần xây dựng các chỉ số, dữ liệu thống kê về khuyết tật để hỗ trợ việc xây dựng các chính sách phát triển liên quan cũng như hỗ trợ việc thực hiện và theo dõi, đánh giá với sự tham gia, đóng góp của người khuyết tật. Chính vì vậy, Việt Nam đề cao tầm quan trọng của việc tăng cường hợp tác quốc tế, thực hiện các cam kết phát triển và chia sẻ kiến thức, công nghệ thân thiện với người khuyết tật[5].

Đối với hoạt động của Hội đồng Bảo an - cơ quan thường trực của LHQ, Việt Nam đã đạt được sự tín nhiệm cao (183/190 số phiếu tại Đại hội đồng) để có thể trở thành thành viên không thường trực khóa 2008 - 2009[6]. Trong nhiệm kỳ đó, với hai lần làm Chủ tịch Hội đồng Bảo an, Việt Nam đã triệu tập các cuộc thảo luận mở về trẻ em và xung đột vũ trang, phụ nữ, hòa bình, an ninh; chủ trì soạn thảo và Hội đồng Bảo an nhất trí thông qua Nghị quyết 1889 về vai trò của phụ nữ trong tái thiết hậu xung đột, Tuyên bố của Chủ tịch về trẻ em và xung đột vũ trang[7].

Mong muốn đóng góp hơn nữa với tư cách đại diện châu Á trong hoạt động duy trì hòa bình an ninh, trong đó luôn gắn kết với an ninh con người, Việt Nam tham gia

[3] Việt Nam cho rằng, an ninh con người gắn với an ninh phi truyền thống cùng những thách thức phức tạp. An ninh con người cần được giải quyết trên cơ sở nguyên nhân gốc rễ từ đói nghèo, các nguyên nhân khác mà các quốc gia cần hợp tác giải quyết trên cơ sở tôn trọng chủ quyền và tính đến điều kiện cụ thể của các quốc gia, tuân thủ các nguyên tắc của luật pháp quốc tế và Hiến chương LHQ. Ngày 22/5/2010, tin Phái đoàn thường trực Việt Nam tại LHQ "Đại hội đồng LHQ họp toàn thể về an ninh con người".

[4] Đại sứ Nguyễn Phương Nga, Trưởng Phái đoàn đại diện thường trực của Việt Nam tại LHQ.

[5] Tin ngày 15/6/2016 của Phái đoàn thường trực Việt Nam tại LHQ "Việt Nam tham dự Hội nghị Công ước Quyền của người khuyết tật".

[6] Trả lời phỏng vấn của Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng với Thông tấn xã Việt Nam ngay sau khi Việt Nam trở thành Ủy viên không thường trực Hội đồng Bảo an LHQ nhiệm kỳ 2008-2009 (ngày 17/10/2007).

[7] Thứ trưởng Bộ Ngoại giao Hà Kim Ngọc, "Hợp tác quốc tế về quyền con người - chủ trương nhất quán của Đảng và Nhà nước ta", ngày 1/3/2015, tại trang: http://www.tuyengiao.vn/.

tích cực vào các hoạt động của Hội đồng Bảo an và phấn đấu tái đắc cử vào năm 2020 - 2021. Ngoài ra, Việt Nam cũng đã cử các sỹ quan tham gia lực lượng gìn giữ hòa bình của LHQ. Với vị thế thành viên không thường trực, Việt Nam có thể chủ động tham gia kiến tạo, đóng góp cho mục đích duy trì hòa bình, an ninh toàn cầu và bảo vệ quyền con người.

Trong hoạt động của Hội đồng Kinh tế - Xã hội (ECOSOC), Việt Nam cũng thể hiện vai trò tích cực khi trúng cử với 182/187 số phiếu vào ngày 21/10/2015 và lần thứ hai trở thành thành viên Hội đồng nhiệm kỳ 2016-2018[8]. Việc được bầu làm thành viên của ECOSOC thể hiện thành tích của đường lối đối ngoại độc lập, tự chủ, tích cực, chủ động hội nhập cũng như thể hiện sự tín nhiệm, sự ghi nhận của cộng đồng quốc tế đối với những thành tựu mà Việt Nam đạt được, sự đánh giá những đóng góp của chúng ta đối với các mục tiêu của LHQ. ECOSOC theo đuổi các mục đích hợp tác sau: 1) Tăng cường nâng cao mức sống, công ăn việc làm và các tiến bộ kinh tế - xã hội; 2) Tìm kiếm các giải pháp cho các vấn đề kinh tế, xã hội và sức khỏe quốc tế; 3) Thúc đẩy sự hợp tác trong lĩnh vực văn hóa và giáo dục quốc tế; 4) Khuyến khích, tôn trọng và thực hiện các quyền và tự do cơ bản của con người mà không có sự phân biệt về chủng tộc, giới tính, ngôn ngữ, tín ngưỡng[9].

ECOSOC là cơ quan giữ trọng trách trong Chương trình nghị sự 2030 về phát triển bền vững được lãnh đạo cấp cao các nước thông qua tại Hội nghị thượng đỉnh tháng 9/2015. Với tư cách thành viên, Việt Nam sẽ tích cực tham gia các hoạt động ECOSOC; huy động sự tham gia của các lực lượng, các nguồn lực trong xã hội, đổi mới hoạt động của LHQ, phát huy hiệu quả hợp tác phát triển để thực hiện thành công Chương trình Nghị sự và các Mục tiêu phát triển bền vững (SDG), đặc biệt là xoá đói nghèo, thúc đẩy tăng trưởng kinh tế bền vững và toàn diện, bảo vệ môi trường[10].

Một số cơ quan trực thuộc ECOSOC mang tính chức năng như Ủy ban về địa vị của phụ nữ hay ủy ban bao gồm các chuyên gia trong lĩnh vực tương ứng như Ủy ban về các quyền kinh tế, xã hội, văn hóa[11] đóng vai trò hạt nhân trong lĩnh vực quyền con người.

Việt Nam có quan hệ hợp tác chặt chẽ với những ủy ban này của ECOSOC, ví dụ Ủy ban LHQ về địa vị phụ nữ (CSW) chuyên trách vấn đề giới và bình đẳng giới cũng như sự phát triển của phụ nữ; đây cũng là cơ quan hoạch định chính sách cơ bản trong lĩnh vực này của LHQ. Đại diện các quốc gia thành viên nhóm họp thường niên tại trụ sở New York nhằm đánh giá các tiến bộ đạt được trong xúc tiến bình đẳng giới, nắm bắt các cơ hội cũng như xác lập các tiêu chí toàn cầu và hoạch định chính sách cụ thể thúc đẩy công cuộc bình đẳng giới vì sự phát triển của phụ nữ. Thẩm quyền của Ủy ban được mở rộng theo Nghị quyết 1987/22 của ECOSOC, như thúc đẩy các mục tiêu bình đẳng, phát triển và hòa bình; xem xét và đánh giá các tiến bộ đạt được tại các quốc gia, các vùng và tiểu vùng cũng như trên toàn cầu. Ủy ban cũng đã tham gia

[8] Nhiệm kỳ đầu tiên của Việt Nam trong ECOSOC là từ năm 1998 đến năm 2000.

[9] Điều 55, Hiến chương LHQ.

[10] Trả lời phỏng vấn phóng viên Thông tấn xã Việt Nam ngày 21/10/2015 của Đại sứ Nguyễn Phương Nga, Trưởng Phái đoàn thường trực Việt Nam tại LHQ sau khi kết quả bỏ phiếu được công bố.

[11] http://www.un.org/en/ecosoc/about/, truy cập ngày 28/6/2016.

soạn thảo dự thảo một số điều ước quốc tế cơ bản liên quan đến vấn đề giới[12].

Tại khóa họp lần thứ 59 của Ủy ban (bắt đầu vào ngày 9/3/2015), các thành viên đã trao đổi về thành công và thách thức trong thực hiện Cương lĩnh hành động Bắc Kinh[13] trên các lĩnh vực của đời sống xã hội, nhằm thúc đẩy bình đẳng giới và trao quyền năng cho phụ nữ và trẻ em gái. Tham dự phiên họp toàn thể cấp cao, Bộ trưởng Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội Việt Nam đã nêu bật những thành tựu đạt được trong 20 năm qua và khẳng định: Để đạt được các mục tiêu chiến lược của Cương lĩnh hành động Bắc Kinh, Việt Nam cam kết tiếp tục thực hiện chính sách về bình đẳng giới và trao quyền cho phụ nữ; phát triển kinh tế đi liền với tiến bộ xã hội, xóa đói, giảm nghèo; và bảo đảm tốt hơn nữa các quyền của phụ nữ và trẻ em gái thông qua việc thực hiện đồng bộ các giải pháp chiến lược và tăng cường hợp tác quốc tế cùng phấn đấu vì sự nghiệp chung. Tại diễn đàn toàn cầu này, Việt Nam còn tích cực tham gia các cuộc họp cấp cao, các sự kiện bên lề cũng như gặp gỡ song phương khác[14].

Tại tổ chức chuyên môn - Hội đồng Nhân quyền LHQ - Việt Nam có cơ hội tham gia chủ động, tích cực và trách nhiệm trong hợp tác về quyền con người. Hội đồng là tổ chức liên chính phủ trực thuộc Đại hội đồng LHQ, được thành lập ngày 15/3/2006 trên cơ sở Hiến chương LHQ và Nghị quyết A/RES/60/251 của Đại hội đồng LHQ thay thế cho Ủy ban Nhân quyền LHQ đã chấm dứt hoạt động năm 2006. Hội đồng là tổ chức của LHQ có trách nhiệm duy trì sự lãnh đạo chung đối với cộng đồng quốc tế nhằm thúc đẩy và bảo vệ quyền con người trên toàn cầu; giải quyết tình trạng xâm phạm quyền con người; đưa ra các khuyến nghị về các vấn đề đó. Hội đồng nhân quyền luôn phối hợp chặt chẽ với Văn phòng Cao ủy LHQ về quyền con người (OHCHR) và thiết chế khác của LHQ[15].

Việt Nam đã được bầu chọn là thành viên Hội đồng thông qua cuộc bỏ phiếu ngày 12/11/2013 tại Đại hội đồng LHQ khóa 68 (bỏ phiếu bầu 14 nước thành viên mới của Hội đồng Nhân quyền nhiệm kỳ 2014-2016)[16]. Ngay khi trở thành thành viên của Hội đồng Nhân quyền, Việt Nam đã tích cực đóng góp cũng như phối hợp với các nước thành viên khác thúc đẩy chương trình nghị sự của Hội đồng trong các vấn đề thiết thân đối với các nước đang phát triển.

Việt Nam đã tích cực tham gia các khóa họp và phiên họp tại các ủy ban khác nhau, đóng góp tích cực vào hoạt động của Hội đồng. Việt Nam đã tham gia hàng trăm cuộc họp chính thức và các cuộc tham vấn; thương lượng, bỏ phiếu gần 200 nghị quyết, quyết định liên quan đến các khía cạnh khác nhau của quyền con người[17], đặc biệt là các dự thảo nghị quyết liên quan đến quyền trẻ

[12] http://www.unwomen.org/en/csw, "Commission on the Status of Women", truy cập ngày 2/6/2016.

[13] 3 văn kiện đóng vai trò chủ yếu tiến tới bình đẳng giới bao gồm Công ước CEDAW 1979 (Việt Nam là thành viên), Cương lĩnh hành động Bắc Kinh năm 1995 với 12 lĩnh vực và Các Mục tiêu phát triển thiên niên kỷ 2000 MDGs với 3/8 mục tiêu về bình đẳng giới. Tham khảo: "Pathway to Gender Equality" UNIFEM 2005, p.3.

[14] Anh Chi, "Việt Nam dự Phiên họp lần thứ 59 Ủy ban Địa vị phụ nữ Liên hợp quốc", Báo Nhân dân ngày 10/03/2015.

[15] http://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/pages/hrcindex.aspx, truy cập ngày 2/6/2016.

[16] Báo Đời sống pháp luật ngày 13/11/2013, "Việt Nam trúng cử Hội đồng nhân quyền với số phiếu cao nhất".

[17] Thu Hoa, VOV5, "Việt Nam khẳng định vị thế tại Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc", ngày 23/1/2015.

em, quyền phụ nữ. Việt Nam là một trong ba nước đang phát triển đưa nội dung về "Hợp tác quốc tế" trở thành một điều khoản chính trong Công ước quốc tế về quyền của người khuyết tật[18].

Bên cạnh đó, ngay từ tháng 2/2014, Việt Nam với tư cách thành viên LHQ đã hoàn tất nghĩa vụ báo cáo theo Cơ chế Rà soát định kỳ phổ quát (UPR) chu kỳ II trước Hội đồng Nhân quyền; chấp nhận 182/227 khuyến nghị từ các bên quan tâm.

Việt Nam và Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) cũng có những quan hệ hợp tác chặt chẽ. ILO là tổ chức chuyên môn của LHQ được thành lập từ năm 1919 trên cơ sở ba mục tiêu cơ bản là: Mục tiêu nhân đạo (cải thiện điều kiện làm việc của người lao động); mục tiêu chính trị (đảm bảo công bằng xã hội và bảo vệ các quyền lao động và quyền con người tạo bình ổn xã hội); và mục tiêu kinh tế. Để thực hiện các mục tiêu trên, ILO xây dựng các tiêu chuẩn lao động quốc tế thông qua hình thức các công ước và nghị quyết trong đó qui định các tiêu chuẩn tối thiểu về quyền của người lao động. Đến nay, ILO đã thông qua tổng cộng 189 công ước và các khuyến nghị. Trong số 189 công ước, có 8 công ước cơ bản tập trung vào 4 lĩnh vực: Tự do lập hội và tổ chức; chống lao động cưỡng bức; xóa bỏ lao động trẻ em; chống phân biệt đối xử. Các công ước và khuyến nghị của ILO được coi là cơ sở của Bộ luật Lao động quốc tế[19].

Cho đến nay, Việt Nam đã phê chuẩn 21/189 công ước của ILO (1 công ước đã hết hiệu lực), trong đó có 5/8 công ước cơ bản (Công ước số 100 và Công ước số 111 về quyền bình đẳng nam nữ trong công việc và trả công lao động; Công ước số 182 và Công ước 138 về lao động trẻ em; Công ước số 29 về chống lao động cưỡng bức), 3 công ước về quản lý lao động, 13 công ước mang tính kỹ thuật[20]. Việt Nam đang xem xét việc phê chuẩn Công ước số 105 về chống lao động cưỡng bức và Công ước số 184 về an toàn sức khỏe lao động nông nghiệp.

Bên cạnh hợp tác với ILO, Việt Nam còn thực hiện các dự án hợp tác song phương với các thành viên khác trong khuôn khổ ILO.

Việt Nam hợp tác tích cực với Tổ chức Nông Lương thế giới (FAO) - tổ chức chuyên môn của LHQ được thành lập ngày 16/10/1945, có trụ sở đặt tại Rôm, Ý. FAO hoạt động nhằm mục đích hỗ trợ các quốc gia thành viên nâng cao dinh dưỡng và mức sống của người dân, thông qua việc tăng cường sản xuất, chế biến, cải tiến thị trường và phân phối tất cả sản phẩm nông nghiệp và thực phẩm; khuyến khích phát triển nông thôn và nâng cao điều kiện sống của người nông dân nông thôn, qua đó thực hiện thắng lợi mục tiêu xóa đói, giảm nghèo.

Thiết lập quan hệ hợp tác với Việt Nam từ năm 1975, FAO đã góp phần thúc đẩy sản xuất nông nghiệp và lương thực ở Việt Nam một cách có hiệu quả và thu được những thành tựu to lớn. Việt Nam cũng đã tham gia hợp tác 3 bên (Việt Nam, FAO, nước đối tác) nhằm hỗ trợ kỹ thuật về nông

[18] Thứ trưởng Bộ Ngoại giao Hà Kim Ngọc, "Hợp tác quốc tế về quyền con người - chủ trương nhất quán của Đảng và Nhà nước ta", ngày 1/3/2015, tại trang: http://www.tuyengiao.vn/.

[19] "Tổ chức Lao động quốc tế và quan hệ với Việt Nam", Trang web Bộ Ngoại giao Việt Nam, truy cập ngày 2/6/2016.

[20] Tham khảo số liệu trong mục "Ratification for Vietnam" tại trang http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:103004, truy cập ngày 3/6/2016.

nghiệp cho một số nước. Các chuyên gia và kỹ thuật viên Việt Nam đã xây dựng được nhiều mô hình phù hợp, thiết thực, góp phần giải quyết một số khó khăn trong việc thực hiện chương trình an ninh lương thực; trong đó có dự án hợp tác Việt Nam, Nhật Bản và châu Phi về lương thực[21].

Phương hướng hợp tác của Việt Nam với FAO là tiếp tục tranh thủ các dự án hợp tác kỹ thuật, tập trung vào một số hoạt động sau: Thúc đẩy Chương trình An ninh lương thực; xây dựng hệ thống cảnh báo các loại bệnh dịch; đảm bảo an toàn thực phẩm; thúc đẩy thương mại lành mạnh; và hỗ trợ gìn giữ, cải thiện và sử dụng bền vững tài nguyên thiên nhiên đối với lương thực và nông nghiệp[22].

Ngoài những hoạt động hợp tác trên, đánh giá hợp tác của Việt Nam trong hệ thống LHQ cần nhìn nhận thông qua sự hiện diện và hoạt động của các văn phòng đại diện LHQ tại Việt Nam với các hoạt động hợp tác ở cấp trung ương/địa phương trong mọi lĩnh vực bảo đảm quyền con người. Nhóm đại diện của LHQ tại Việt Nam (UNCT) bao gồm đại diện các tổ chức, quỹ, chương trình trong khuôn khổ LHQ hỗ trợ Việt Nam thực hiện Mục tiêu Phát triển Thiên niên kỷ MDGs: FAO, ILO, IOM (Tổ chức Di dân thế giới), UNAIDs (Chương trình Phối hợp của LHQ về HIV/AIDS), UNDP (Chương trình Phát triển LHQ), UNESCO (Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa LHQ), UNFPA (Quỹ Dân số LHQ), UNHCR (Cao ủy LHQ về người Tỵ nạn), UNICEF (Quỹ Nhi đồng LHQ), UNIDO (Tổ chức Phát triển công nghiệp LHQ), UNWOMAN (Ủy ban về Địa vị của phụ nữ LHQ), UNODC (Cơ quan Phòng chống ma túy và tội phạm LHQ), UNV (Chương trình tình nguyện), WHO (Tổ chức Y tế thế giới), IFAD (Quỹ Phát triển nông nghiệp), UN-HABITAT (Chương trình giải quyết nhà ở đô thị), IMF (Quỹ tiền tệ quốc tế), WB (Ngân hàng Thế giới)[23].

Cùng với cơ chế đa phương, cơ chế đối thoại song phương giữa các nước thành viên LHQ về quyền con người được Việt Nam tiếp tục triển khai hiệu quả trong những năm qua. Cho dù vẫn có những khác biệt, song các cuộc đối thoại đều diễn ra với tinh thần cởi mở, thẳng thắn, xây dựng, giúp tăng cường hiểu biết và hỗ trợ quá trình xây dựng niềm tin giữa các bên có cùng mối quan tâm[24].

Có thể nói, vai trò của Việt Nam trong cơ chế hợp tác toàn cầu được đánh giá qua nhiều thành tựu, trong đó bao gồm việc được bầu chọn là thành viên của các cơ quan, tổ chức quốc tế hoạt động trong lĩnh vực bảo đảm quyền con người. Trong tiến trình hoạt động đó, Việt Nam đã chuyển hướng từ chính sách thúc đẩy, tôn trọng quyền con người sang ghi nhận, tôn trọng và bảo vệ quyền con người. Hơn nữa, để có được lá phiếu của các quốc gia thành viên khác, thực tế bảo đảm, thực thi quyền con người tại Việt Nam phải được ghi nhận ở mức độ tương thích. Vậy nên, phù hợp với sự tích cực, chủ động trong hợp tác quốc tế, Việt Nam cần đề cao mục tiêu thực thi quyền con người trong thực tế. Đặc biệt,

[21] Bài phát biểu của Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc tại Hội nghị thượng đỉnh G7 mở rộng, tổ chức tại tỉnh Mie, Nhật Bản từ ngày 26-28/5/2016.

[22] "FAO và quan hệ với Việt Nam", Trang web của Bộ Ngoại giao Việt Nam, truy cập ngày 2/6/2016.

[23] http://www.un.org.vn/, "the UN in Vietnam", truy cập ngày 2/6/2016.

[24] Thứ trưởng Ngoại giao Hà Kim Ngọc, "Công tác đối ngoại về quyền con người đóng góp tích cực cải thiện quyền của người dân", ngày 12/1/2015, đăng tại trang web Bộ Ngoại giao.

thông qua cơ chế báo cáo kiểm điểm định kỳ, báo cáo thực hiện các điều ước quốc tế về quyền con người, Việt Nam cũng đồng thời đánh giá về cơ chế thực thi nhằm bảo đảm quyền con người trong thực tiễn, cơ chế bảo vệ quyền con người thông qua các thiết chế nhà nước cũng như sự tham gia của các diễn đàn, tổ chức phi nhà nước khác. Bên cạnh đó, vai trò trung tâm của cơ quan nhân quyền quốc gia trong cơ chế bảo đảm quyền con người trong nước cũng như kết nối quốc tế cần được ghi nhận và hiện thực hóa. Có như vậy, sự tích cực chủ động trong cơ chế quốc tế mới thực sự đem lại hiệu quả đáng ghi nhận đối với từng chủ thể quyền con người tại Việt Nam.

2. Hợp tác trong cơ chế khu vực

Thúc đẩy và đảm bảo quyền con người là mục tiêu hợp tác giữa các quốc gia ở bình diện toàn cầu cũng như trong phạm vi khu vực. Với những đặc điểm tương đồng về địa lý, gần gũi về lịch sử, văn hóa, xã hội... sự hợp tác khu vực mang lại những lợi thế nhất định.

Trong khuôn khổ hợp tác khu vực, Việt Nam được các nước thành viên ASEAN và các nước đối tác của ASEAN đánh giá cao vì sự tham gia tích cực và những đóng góp hiệu quả trong củng cố và phát triển liên kết nội khối, cũng như quan hệ đối ngoại của ASEAN.

Việt Nam xác định phương châm tham gia hợp tác ASEAN - *"tích cực, chủ động và có trách nhiệm*"[25].

Là thành viên ASEAN, Việt Nam đã góp phần tích cực trong việc kết nạp thành viên mới: Lào, Mi-an-ma và Cam-pu-chia, tạo thành khối ASEAN 10 quốc gia thống nhất cũng như xác định phương hướng hợp tác và các quyết sách lớn của ASEAN; xây dựng Tầm nhìn 2020, Tuyên bố Hà Nội về thu hẹp khoảng cách phát triển, Tuyên bố Bali–II về xây dựng Cộng đồng ASEAN, Chương trình hành động Viên-chăn (VAP) và các Kế hoạch hành động về từng trụ cột của Cộng đồng ASEAN.

Việt Nam cũng tham gia hợp tác giữa các nước ASEAN đối phó với những thách thức mới như biến đổi khí hậu, phòng chống thiên tai, khủng bố và tội phạm xuyên quốc gia. Trong năm Chủ tịch ASEAN 2010, Việt Nam đã không ngừng mở rộng tăng cường và làm sâu sắc hơn quan hệ của ASEAN với các đối tác. Hiện tại, Tổng thư ký ASEAN là ông Lê Lương Minh.

Việt Nam tích cực đóng góp, tăng cường phối hợp tại các diễn đàn khu vực và quốc tế, nâng cao vai trò của ASEAN trên trường quốc tế, cùng các nước ASEAN ra "Tuyên bố Bali về Cộng đồng ASEAN trong cộng đồng các quốc gia toàn cầu". Việt Nam cũng cùng các nước ASEAN tiếp tục thúc đẩy thực hiện Kế hoạch tổng thể về kết nối ASEAN (MPAC) và xây dựng "Khuôn khổ ASEAN về phát triển kinh tế đồng đều", hướng tới xây dựng khu vực Đông Nam Á ngày càng gắn kết về hạ tầng, thể chế, con người và phát triển bền vững[26].

Trên cơ sở tuân thủ phương châm hợp tác, Việt Nam hợp tác với các quốc gia trong khu vực về bảo đảm quyền con người

[25] Định hướng tham gia hợp tác ASEAN của Việt Nam trong giai đoạn tới, http://asean.mofa.gov.vn/thong-tin/6/dinh-huong-tham-gia-hop-tac-asean-cua-viet-nam-trong-giai-doan-toi.html, truy cập ngày 4/6/2016.

[26] Việt Nam - thành viên tích cực, chủ động và có trách nhiệm của ASEAN, http://asean.mofa.gov.vn/thong-tin/8/viet-nam-thanh-vien-tich-cuc-chu-dong-va-co-trach-nhiem-cua-asean.html, ngày đăng: 10/12/2015.

thông qua Ủy ban Liên Chính phủ về quyền con người ASEAN.

Ủy ban Liên Chính phủ về quyền con người ASEAN (AICHR) chính thức được thành lập ngày 23/10/2009 theo Tuyên bố ChaAm-HuaHin, trên cơ sở Điều 14 của Hiến chương ASEAN[27]. Trong quá trình soạn thảo, thông qua Quy chế hoạt động của AICHR (TOR), Việt Nam đã đóng vai trò tích cực và chủ động.

AICHR có trách nhiệm hợp tác thúc đẩy và bảo đảm các quyền cơ bản của người dân trong khu vực ASEAN. Theo điều khoản tham chiếu của Quy chế AICHR (Điều 1), mục tiêu chính của Ủy ban bao gồm: thúc đẩy và bảo đảm nhân quyền, các quyền tự do cơ bản của người dân ASEAN; bảo đảm quyền được sống trong hòa bình, phẩm giá, và thịnh vượng của người dân ASEAN; góp phần hiện thực hóa các mục tiêu của ASEAN được trình bày trong bản Hiến chương ASEAN, thúc đẩy sự ổn định và hài hòa trong khu vực, tình hữu nghị và hợp tác giữa các quốc gia thành viên của ASEAN, cũng như sự phồn vinh, đời sống, thịnh vượng và sự tham dự của người dân ASEAN trong tiến trình xây dựng Cộng đồng ASEAN; thúc đẩy quyền con người trong bối cảnh khu vực, chú trọng đến đặc thù quốc gia và khu vực, tôn trọng lẫn nhau đối với những nền tảng lịch sử, văn hóa, tôn giáo, có tính đến sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ; đề cao hợp tác khu vực với mục tiêu hỗ trợ nỗ lực của các quốc gia và quốc tế nhằm thúc đẩy và bảo đảm quyền con người; tuân thủ các chuẩn mực quốc tế về quyền con người theo Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người, Tuyên bố và chương trình hành động Viên và các văn kiện quốc tế khác về quyền con người mà quốc gia thành viên ASEAN tham gia.

AICHR là cơ chế tham vấn và hỗ trợ kỹ thuật cho các tổ chức trong nước cũng như quốc tế thúc đẩy, tôn trọng quyền con người mà không có chức năng theo dõi, giám sát hoặc lên án tình hình nhân quyền tại các quốc gia thành viên.

AICHR phối hợp chặt chẽ với các cơ quan nhân quyền khác của ASEAN như Ủy ban về phụ nữ và trẻ em (ACWC), Ủy ban Phụ nữ ASEAN (ACW) và Ủy ban về thúc đẩy và bảo vệ quyền của lao động di cư (ACMW) nhằm thúc đẩy hợp tác về nhân quyền khu vực; triển khai hiệu quả các kế hoạch hành động.

AICHR cũng đã tập trung soạn thảo Kế hoạch làm việc 5 năm 2016-2020 (căn cứ vào 14 nhiệm vụ của Ủy ban theo Quy chế làm việc TOR; trong đó tập trung vào 3 nhóm yếu thế là phụ nữ, trẻ em và người khuyết tật) và Chương trình ưu tiên 2016 kèm dự toán ngân sách, cũng như đưa nội dung hợp tác nhân quyền vào Tầm nhìn sau 2015 của ASEAN và Kế hoạch tổng thể mới của Trụ cột Chính trị - An ninh (1/3 trụ cột của Cộng đồng ASEAN).

Cho đến nay, AICHR đã từng bước hoàn thiện cơ sở, cơ chế tổ chức và hoạt động, trong đó xây dựng các tài liệu về Hướng dẫn hoạt động cụ thể hóa TOR, về Nhóm biên tập website AICHR, Hướng dẫn quan hệ của Ủy ban với các tổ chức xã hội dân sự (CSOs)…đặc biệt là xây dựng Tuyên ngôn nhân quyền ASEAN được các nước ASEAN thông qua vào năm 2012[28].

[27] http://aichr.org/about/, truy cập 1/2/2016.

[28] Tuyên ngôn xây dựng phù hợp với mục đích và nguyên tắc của ASEAN, căn cứ theo Hiến chương ASEAN cũng như Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người, Hiến chương LHQ, Tuyên bố và Chương trình hành động Vienna, các công ước quốc

Việt Nam thể hiện vai trò tích cực trong các hoạt động của AICHR trong đó bao gồm chủ trì tổ chức hội thảo của AICHR tại Hà Nội cũng như các hoạt động thúc đẩy, tôn trọng và bảo đảm quyền con người trong khu vực. Vai trò của Việt Nam trong hợp tác về quyền con người trong ASEAN không chỉ thể hiện trong khuôn khổ AICHR mà trong các cơ chế khác của ASEAN[29].

Trong khuôn khổ các cơ quan nhân quyền ASEAN khác, Việt Nam đã tích cực và chủ động đưa ra nhiều sáng kiến để thúc đẩy quyền con người nói chung và địa vị của phụ nữ nói riêng; ví dụ thiết lập và phát triển mạng lưới doanh nhân nữ ASEAN. Trên cơ sở hiệu quả của hoạt động hợp tác, Việt Nam đã đạt được các chỉ số xếp hạng đứng thứ ba trong khu vực ASEAN và thứ 47 trong 187 quốc gia trên thế giới trong thực hiện bình đẳng giới của LHQ.

Điểm lại những năm qua, Việt Nam đã từng đăng cai thành công Khóa họp thường niên lần thứ 7 của ACW (2008) và nhận chức Chủ tịch ACW giai đoạn 2008 – 2009. Trước đó, Việt Nam tổ chức Hội thảo khu vực ASEAN về pháp luật phòng chống bạo lực gia đình với nhiều nội dung phong phú, thiết thực, thể hiện cam kết và quyết tâm mạnh mẽ thúc đẩy thực hiện Tuyên bố về xóa bỏ bạo lực với phụ nữ được các nhà lãnh đạo ASEAN thông qua vào năm 2004…

Việt Nam cũng đã tham gia tích cực trong các hoạt động cấp khu vực của Ủy ban ACWC và kết nối với ACW cũng như kết nối ngoài khu vực. Cụ thể, Việt Nam đã phối hợp với UNWOMEN của LHQ, Cao uỷ LHQ về người tị nạn tổ chức các cuộc tham vấn trong nước; tập trung chia sẻ các thông tin của hoạt động ACWC ở cấp khu vực, các kinh nghiệm trong việc thực hiện và thúc đẩy các quyền con người; tham gia đóng góp vào việc xây dựng kế hoạch của ACWC trong ASEAN cũng như thiết lập mạng lưới, xây dựng kết nối giữa các cơ quan, tổ chức, cá nhân và các nhà tài trợ trong lĩnh vực bảo vệ quyền của phụ nữ và trẻ em thông qua hội thảo về "Thúc đẩy quyền có quốc tịch cho phụ nữ và trẻ em trong việc thực hiện Công ước CRC và CEDAW trong ASEAN: Quan hệ đối tác tiềm năng ACWC – UNHCR", hội thảo về "Thúc đẩy quyền của phụ nữ và trẻ em ASEAN thông qua việc thực hiện hiệu quả các vấn đề chung trong các Kết luận khuyến nghị của Ủy ban CRC và CEDAW tập trung vào các vấn đề của trẻ em gái", hội thảo tham vấn nâng cao năng lực cho mạng lưới ACWC Việt Nam khu vực phía Bắc và hội thảo tham vấn và mở rộng mạng lưới ACWC khu vực phía Nam[30].

Bên cạnh đó, tại các hội nghị thường niên như Hội nghị Bộ trưởng ASEAN phụ trách Phúc lợi xã hội và phát triển (AMMSWD) lần thứ 8 (tháng 9/2013), Việt Nam tích cực chủ động trong việc xây dựng Tuyên bố ASEAN về tăng cường an sinh xã hội và Tuyên bố về phòng chống bạo lực

tế khác về quyền con người mà các nước ASEAN là thành viên. Tuyên ngôn ghi nhận các nhóm quyền dân sự - chính trị, kinh tế - xã hội - văn hóa, quyền phát triển, quyền hòa bình, hợp tác trong thúc đẩy và bảo vệ quyền con người nội khối. Tuyên ngôn là kết quả khiêm tốn của quá trình "pháp điển hóa trong khu vực ASEAN" các quyền và tự do cơ bản của con người dưới góc độ hiệu lực cũng như nội dung.

[29] Tài liệu về AICHR của Bộ Ngoại giao, Hà Nội, 2016.

[30] "Sự tham gia của Việt Nam trên các lĩnh vực hợp tác trong khuôn khổ ASEAN", http://asean.mofa.gov.vn/thong-tin/7/su-tham-gia-cua-viet-nam-tren-cac-linh-vuc-hop-tac-trong-khuon-kho-asean.html, truy cập ngày 1/1/2016.

đối với phụ nữ và bạo lực đối với trẻ em trong ASEAN trình lên các nhà lãnh đạo cấp cao ASEAN tại Hội nghị Cấp cao ASEAN lần thứ 23.

Việt Nam cũng rất tích cực trong hoạt động nâng cao nhận thức về quyền con người trong khu vực mà AICHR triển khai theo lĩnh vực: trách nhiệm xã hội, quyền của phụ nữ và trẻ em, môi trường, vai trò của thanh niên, hoạt động tư pháp, báo chí. Hoàn tất nghiên cứu chuyên đề về trách nhiệm xã hội doanh nghiệp, hiện AICHR đang triển khai đề tài di cư, quyền sống trong hòa bình, vai trò phụ nữ trong kinh tế… cũng như tổ chức cuộc thi hùng biện thường niên về nhân quyền cho sinh viên ASEAN[31].

Việt Nam cũng tích cực, chủ động trong hoạt động kết nối AICHR với các đối tác ngoài khu vực khác như Nhật Bản (thông qua Quỹ liên kết ASEAN – Nhật Bản), Mỹ (thông qua chương trình US-PROGRESS), EU (thông qua Chương trình EU READI), UNHCR, UNFPA, OHCHR, UNICEF, UNWOMEN. Trong khuôn khổ Diễn đàn hợp tác Á-Âu (ASEM), lần đầu tiên, Việt Nam đã đăng cai hội thảo không chính thức về quyền con người, với chủ đề "Doanh nghiệp và quyền con người" nhằm nâng cao ý thức và trách nhiệm của các công ty đối với việc bảo đảm quyền của người lao động và tiếp tục vai trò chủ động tích cực trong các hoạt động khác.

Xuất phát từ mục đích và nguyên tắc hoạt động của ASEAN, Hiến chương ASEAN, Quy chế hoạt động của AICHR cũng như căn cứ vào Tuyên ngôn nhân quyền ASEAN, sự hợp tác khu vực về quyền con người đạt kết quả ở mức độ khiêm tốn bởi sự "khác biệt bối cảnh chính trị, kinh tế..." của các nước thành viên có thể tạo ra những phương thức bảo đảm khác biệt. Hơn nữa, nguyên tắc ra quyết định trên cơ sở tham vấn và đồng thuận tạo ra diễn đàn hơn là những văn kiện về quyền con người có hiệu lực ràng buộc trong ASEAN ảnh hưởng đến hiệu quả hợp tác khu vực. Những khẳng định trong Tuyên ngôn nhân quyền ASEAN như "việc chậm phát triển không thể được lấy làm lý do để biện bạch cho những vi phạm các quyền con người đã được quốc tế thừa nhận"[32] được coi là những tuyên bố mạnh mẽ mang tính nội khối. Vậy nên, vai trò tích cực, chủ động, trách nhiệm của Việt Nam trong khối cũng có khả năng lan tỏa nhất định tác động đến quyết tâm chính trị, pháp lý trong tiến trình thành lập Cộng đồng ASEAN (ngày 31/12/2015) và phát triển sau này.

Kết luận

Chính sách hợp tác của Việt Nam trong lĩnh vực quyền con người đã thực hiện theo phương châm chủ động, tích cực, trách nhiệm. Hay nói cách khác, ngoài việc công nhận, tôn trọng các giá trị quyền con người được quốc tế thừa nhận, Việt Nam đã chủ động trong các hợp tác bảo đảm quyền con người ở cấp độ khu vực và toàn cầu; từ đó sẽ đặt ra mục tiêu, nhiệm vụ song hành trong quá trình thực thi quyền con người tại Việt Nam. Và với tác động, hiệu quả hai chiều của cơ chế hợp tác quốc tế và cơ chế bảo đảm quyền con người trong nước đó, có thể sẽ đem lại những tiến bộ nhất định trong mọi lĩnh vực của quyền con người.

[31] AICHR tổ chức hoạt động này từ năm 2012.

[32] Đoạn 35 Quyền Phát triển, Tuyên ngôn Nhân quyền ASEAN 2012.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ XÓA ÁN TÍCH ĐỐI VỚI NGƯỜI BỊ KẾT ÁN TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

Phan Thị Phương Hiền*

Tóm tắt: *Bài viết tập trung phân tích những điểm mới của Bộ luật Hình sự 2015 về xóa án tích đối với người bị kết án, nêu ra những điểm hạn chế, từ đó đề xuất một số ý kiến nhằm hoàn thiện các quy định về vấn đề này.*

Abstract: *This article focuses on the analysis of new points in the Penal Code of 2015 relating to the removal of criminal records of the convicted. It points out shortcomings and makes relevant proposals to improving provisions on such removal.*

1. Đặt vấn đề

Xóa án tích cho người bị kết án là một nội dung quan trọng trong Luật hình sự Việt Nam và được quy định tại Điều 69 đến Điều 73 Chương X và Điều 107 Mục 5 Chương XII Bộ luật Hình sự (BLHS) 2015. Đây là một trong những quy định ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của người bị kết án.

Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, quy định về xóa án tích đối với người bị kết án trong BLHS 2015 vẫn còn những hạn chế nhất định, cần tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện để đảm bảo quyền lợi của người bị kết án cũng như áp dụng thống nhất trên thực tế.

2. Những điểm mới về xóa án tích đối với người bị kết án trong Bộ luật Hình sự năm 2015

Ngoài các quy định kế thừa từ BLHS 1999 như xóa án tích trong trường hợp đặc biệt (Điều 72), thời hạn xóa án tích căn cứ vào hình phạt chính đã tuyên hay điều kiện để được xóa án tích là không được phạm tội mới trong thời hạn xóa án tích (khoản 1, 2 Điều 73), BLHS 2015 đã sửa đổi, bổ sung một số quy định khác về xóa án tích.

Thứ nhất, BLHS 2015 quy định thêm các trường hợp không có án tích, đó là:

- Người bị kết án về tội ít nghiêm trọng, nghiêm trọng với lỗi vô ý và người được miễn hình phạt (khoản 2 Điều 69);

- Người bị kết án là người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi đối với mọi trường hợp phạm tội (điểm a khoản 1 Điều 107);

- Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội ít nghiêm trọng, nghiêm trọng với lỗi cố ý hay vô ý và tội rất nghiêm trọng với lỗi vô ý (điểm b khoản 1 Điều 107);

- Người dưới 18 tuổi bị áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng tại Mục 3 Chương XII.

Thứ hai, BLHS 2015 sửa đổi điều kiện được xóa án tích theo hướng có lợi hơn cho người bị kết án, cụ thể:

- BLHS 2015 đã quy định về thời hạn xóa án tích trong trường hợp đương nhiên xóa án tích tại Điều 70 và xóa án tích theo

* ThS., Khoa Luật hình sự, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

quyết định của tòa án tại Điều 71 theo hướng rút ngắn thời hạn được xóa án tích[1]:

- BLHS 2015 quy định thời hạn xóa án tích căn cứ vào hình phạt chính đã tuyên và thời điểm xóa án tích được tính từ khi chấp hành xong hình phạt chính, thời gian thử thách của án treo hoặc hết thời hiệu thi hành bản án; tuy nhiên, trong thời gian này cần phải chấp hành xong các quyết định còn lại trong bản án bao gồm cả hình phạt bổ sung. Việc quy định như vậy có lợi hơn cho người bị kết án, vì trong BLHS 1999 thời điểm xóa án tích được tính khi chấp hành xong bản án.

Ví dụ: A phạm tội cố ý gây thương tích theo khoản 1 Điều 134 BLHS 2015, bị kết án 2 năm tù và bồi thường chi phí điều trị cho nạn nhân 30 triệu đồng. Ngày 20/01/2017, A chấp hành xong hình phạt tù, nhưng ngày 20/3/2017, A mới bồi thường cho nạn nhân. Vậy theo quy định của BLHS 2015, thời hạn xóa án tích của A là 2 năm tính từ ngày 20/01/2017 (ngày A chấp hành xong hình phạt chính). Còn theo BLHS 1999, thời điểm bắt đầu tính để xóa án tích là ngày 20/3/2017, ngày chấp hành xong bản án.

Tuy nhiên, trong trường hợp người bị kết án đang chấp hành hình phạt bổ sung là quản chế, cấm cư trú, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định, tước một số quyền công dân mà thời gian phải chấp hành án dài hơn thời hạn được xóa án tích quy định tại điểm a, b, c, khoản 2 Điều 70 hoặc điểm a khoản 2 Điều 71 thì thời điểm xóa án tích là khi người phạm tội chấp hành xong hình phạt bổ sung.

Ví dụ: A bị kết án về Tội nhận hối lộ theo khoản 1 Điều 354 BLHS 2015, bị tuyên phạt 5 năm tù và cấm đảm nhiệm chức vụ 3 năm theo khoản 5 Điều 354. Ngày 30/01/2017, A chấp hành xong hình phạt tù. Vậy thời hạn xóa án tích sẽ là 2

[1] **BLHS 2015 quy định về thời hạn đương nhiên được xóa án tích tại khoản 2 Điều 70**: 01 năm trong trường hợp phạt cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ hoặc phạt tù nhưng cho hưởng án treo; 02 năm trong trường hợp hình phạt tù đến 05 năm; 03 năm trong trường hợp hình phạt tù từ trên 05 năm đến 15 năm; 05 năm trong trường hợp hình phạt tù từ trên 15 năm, tù chung thân hoặc tử hình nhưng được giảm án. **BLHS 1999 quy định về thời hạn đương nhiên được xóa án tích tại khoản 2 Điều 64**: 01 năm trong trường hợp bị phạt cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ hoặc phạt tù nhưng được hưởng án treo; 03 năm trong trường hợp hình phạt là tù đến 03 năm; 05 năm trong trường hợp hình phạt là tù từ trên 03 năm đến 15 năm; 07 năm trong trường hợp hình phạt là tù từ trên 15 năm.
Khoản 2 Điều 71 BLHS 2015 quy định về xóa án tích theo quyết định của tòa án: Người bị kết án được Tòa án quyết định xóa án tích, nếu từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc thời gian thử thách án treo, người đó đã chấp hành xong hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án và không thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời hạn sau đây: 03 năm trong trường hợp bị phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ hoặc phạt tù đến 05 năm; 05 năm trong trường hợp bị phạt tù từ trên 05 năm đến 15 năm; 07 năm trong trường hợp bị phạt tù từ trên 15 năm, tù chung thân hoặc tử hình nhưng đã được giảm án. **Khoản 1 Điều 65 BLHS 1999 quy định về xoá án tích theo quyết định của Toà án**: Toà án quyết định việc xoá án tích đối với những người đã bị kết án về các tội quy định tại Chương XI và Chương XIV của Bộ luật này, căn cứ vào tính chất của tội phạm đã được thực hiện, nhân thân, thái độ chấp hành pháp luật và thái độ lao động của người bị kết án trong các trường hợp sau đây: Đã bị phạt tù đến 03 năm mà không phạm tội mới trong thời hạn 03 năm, kể từ khi chấp hành xong bản án hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án; đã bị phạt tù từ trên 03 năm đến 15 năm mà không phạm tội mới trong thời hạn 07 năm, kể từ khi chấp hành xong bản án hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án; đã bị phạt tù trên 15 năm mà không phạm tội mới trong thời hạn 10 năm, kể từ khi chấp hành xong bản án hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án.

năm kể từ ngày 30/01/2017. Tuy nhiên, A bị áp dụng hình phạt bổ sung 3 năm nên thời điểm được xóa án tích là khi chấp hành xong hình phạt bổ sung vào ngày 30/01/2020.

- BLHS 2015 quy định trong trường hợp người bị kết án chưa được xóa án tích lại phạm tội mới và bị Tòa án kết án bằng bản án có hiệu lực pháp luật thì thời hạn để xóa án tích cũ được tính lại kể từ ngày chấp hành xong hình phạt chính hoặc thời gian thử thách án treo của bản án mới hoặc từ ngày bản án mới hết thời hiệu thi hành (khoản 2 Điều 73).

- BLHS 2015 quy định người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội đặc biệt nghiêm trọng thì đương nhiên được xóa án tích trong thời hạn 3 năm (không dựa vào hình phạt chính) và cũng tính từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc hết thời hiệu thi hành bản án mà người đó không phạm tội mới[2] (khoản 2 Điều 107).

Thứ ba, BLHS 2015 quy định về xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội, trong đó có tội thuộc trường hợp đương nhiên xóa án tích, có tội thuộc trường hợp xóa án tích theo quyết định của tòa án thì phải căn cứ vào thời hạn quy định tại Điều 71 (trường hợp xóa án tích theo quyết định của tòa án). BLHS 1999 không có quy định cụ thể về trường hợp này.

Thứ tư, BLHS 2015 đã đổi mới căn bản thủ tục xóa án tích theo hướng thuận lợi hơn cho người bị kết án, theo đó, không quy định Tòa án cấp giấy chứng nhận xóa án tích cho người được đương nhiên xóa án tích, mà giao trách nhiệm cho Cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp phải cập nhật thông tin về tình hình án tích của người bị kết án. Trường hợp xác định người bị kết án có đủ điều kiện xoá án tích theo quy định thì Cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp phải ghi "đã được xóa án tích" vào Lý lịch tư pháp của người đó và cấp Phiếu lý lịch tư pháp có ghi "không có án tích" khi được yêu cầu (khoản 4 Điều 70).

3. Một số hạn chế trong quy định về xóa án tích đối với người bị kết án của Bộ luật Hình sự năm 2015 và kiến nghị hoàn thiện

- BLHS 2015 chưa có quy định về cách tính thời hạn xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội và các tội này đều thuộc trường hợp đương nhiên xóa án tích. Trường hợp một người phạm nhiều tội thì phải quyết định hình phạt chung sau khi quyết định hình phạt của từng tội. Việc không quy định cụ thể trường hợp này dẫn đến các cách hiểu không thống nhất.

Ví dụ: A phạm nhiều tội, trong đó Tội giết người (khoản 2 Điều 123) bị xử phạt 7 năm tù và Tội trộm cắp tài sản (khoản 2 Điều 173) bị xử phạt 5 năm tù; hình phạt chung sẽ là 12 năm tù. Như vậy, thời hạn xóa án tích cho trường hợp này sẽ có hai cách hiểu sau:

Thứ nhất, sau khi chấp hành xong hình phạt chung là 12 năm tù thì thời hạn xóa án tích sẽ tính theo từng tội, căn cứ vào hình phạt chính: Tội giết người sẽ có thời hạn xóa án tích là 3 năm, Tội trộm cắp tài sản là 2 năm.

[2] Khoản 1 Điều 77 BLHS 1999 quy định thời hạn xoá án tích đối với người chưa thành niên là một phần hai thời hạn quy định tại Điều 64 của Bộ luật này.

Thứ hai, thời hạn xóa án tích sẽ được tính dựa vào hình phạt chung là 12 năm tù, tức là thời hạn xóa án tích sẽ là 3 năm.

Như đã phân tích ở trên, BLHS 2015 đã quy định thêm về xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội, trong đó có tội thuộc trường hợp xóa án tích theo quyết định của tòa án, có tội thuộc trường hợp đương nhiên xóa án tích thì căn cứ vào thời hạn xóa án tích theo quyết định của tòa án (khoản 3 Điều 73). Như vậy, có thể hiểu BLHS 2015 đang quy định theo hướng thời hạn xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội phải căn cứ vào hình phạt chung chứ không xác định theo từng tội. Do đó, trường hợp phạm nhiều tội và đều thuộc trường hợp đương nhiên xóa án tích thì việc xác định thời hạn xóa án tích nên căn cứ theo hình phạt chung sau khi đã tổng hợp. Trong ví dụ trên, cách hiểu thứ 2 sẽ là hợp lý hơn.

Và để có thể áp dụng thống nhất các quy định về xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội, tác giả kiến nghị bổ sung vào khoản 1 Điều 73 BLHS 2015 như sau: *"...Trong trường hợp phạm nhiều tội và các tội đều thuộc trường hợp có án tích thì thời hạn xóa án tích quy định tại Điều 70, Điều 71 của bộ luật này phải căn cứ vào hình phạt chung sau khi đã tổng hợp"*.

- BLHS 2015 chưa quy định cụ thể về xóa án tích trong trường hợp có nhiều bản án.

Khoản 2 Điều 73 BLHS quy định: *"Người bị kết án chưa được xóa án tích mà thực hiện hành vi phạm tội mới và bị Tòa án kết án bằng bản án có hiệu lực pháp luật thì thời hạn để xóa án tích cũ được tính lại kể từ ngày chấp hành xong hình phạt chính hoặc thời gian thử thách án treo của bản án mới hoặc từ ngày bản án mới hết thời hiệu thi hành"*. Quy định này có thể hiểu: một người đã bị kết án và đã chấp hành xong hình phạt chính nhưng chưa được xóa án tích lại phạm tội mới, thì thời hạn xóa án tích cũ sẽ được tính lại từ khi chấp hành xong hình phạt chính của bản án mới. Thời hạn xóa án tích đối với trường hợp mới bị kết án (nếu thuộc trường hợp có án tích) sẽ được tính từ khi chấp hành xong hình phạt chính của bản án mới này. Như vậy, thời điểm để tính thời hạn xóa án tích cho người bị kết án sẽ trùng nhau và tính theo hình phạt chính của từng tội trong từng bản án.

Ví dụ: A bị kết án 3 năm tù về Tội cố ý gây thương tích (khoản 1 Điều 134), thời hạn xóa án tích là 2 năm. A chấp hành xong hình phạt chính nhưng chưa được xóa án tích thì lại phạm Tội trộm cắp tài sản (khoản 1 Điều 173) và bị tuyên phạt 2 năm tù. Vậy thì thời hạn xóa án tích cũ là 2 năm của Tội cố ý gây thương tích sẽ được tính lại kể từ khi chấp hành xong hình phạt chính 2 năm tù của Tội trộm cắp tài sản. Thời hạn xóa án tích đối với Tội trộm cắp tài sản vẫn là 2 năm từ khi chấp hành xong hình phạt chính là 2 năm tù.

Tuy nhiên, nếu một người đã bị kết án (thuộc trường hợp có án tích) đang chấp hành hình phạt chính lại phạm tội mới thì theo quy định tại khoản 2 Điều 73, thời hạn xóa án tích được tính lại từ khi chấp hành xong hình phạt chính của bản án mới. Bản án mới trong trường hợp này phải là bản án được tổng hợp từ nhiều bản án theo quy đinh tại khoản 1, khoản 2 Điều 56. Vậy thời hạn xóa án tích phải tính dựa vào hình phạt chính sau khi đã tổng hợp hay là dựa vào hình phạt chính của từng bản án, BLHS

2015 chưa quy định cụ thể trường hợp này nên dẫn đến những cách hiểu khác nhau.

Ví dụ: A bị kết án 12 năm tù về Tội giết người (khoản 2 Điều 123), mới chấp hành được 1 năm lại phạm Tội cố ý gây thương tích theo khoản 2 Điều 134 và bị xử phạt 5 năm tù. Do đó, trường hợp này tổng hợp hình phạt theo khoản 2 Điều 56 là 5 năm tù + (12 năm tù – 1 năm) = 16 năm. Như vậy, khi chấp hành xong hình phạt chính 16 năm tù, thời hạn xóa án tích có thể được hiểu theo hai cách sau:

+ *Cách hiểu thứ nhất:* Thời hạn xóa án tích được tính theo từng bản án, trong đó, bản án về Tội giết người có hình phạt chính là 12 năm tù thì thời hạn xóa án tích là 3 năm, bản án về Tội cố ý gây thương tích có hình phạt chính là 5 năm tù thì thời hạn xóa án tích sẽ là 2 năm,

+ *Cách hiểu thứ hai:* Thời hạn xóa án tích sẽ dựa vào hình phạt chung sau khi tổng hợp là 16 năm tù thì thời hạn xóa án tích sẽ là 5 năm.

Trong ví dụ này, rõ ràng cách hiểu thứ nhất sẽ có lợi hơn cho người bị kết án. Nhưng theo quan điểm của tác giả, đây là cách hiểu không phù hợp. Bởi, trong trường hợp phạm nhiều tội, việc xác định thời hạn xóa án tích sẽ dựa vào hình phạt chung sau khi tổng hợp, còn khi có nhiều bản án lại dựa vào hình phạt chính được tuyên trong từng bản án để tính thời hạn xóa án tích. Đây là quy định không công bằng, vì nếu xét về tính chất, mức độ nguy hiểm thì trường hợp phạm nhiều tội sẽ có tính nguy hiểm thấp hơn trường hợp một người đang chấp hành một bản án lại phạm tội mới. Do đó, tác giả cho rằng để có cách hiểu thống nhất, việc xác định thời hạn xóa án tích trong trường hợp có nhiều bản án cũng nên dựa vào mức hình phạt chung sau khi đã tổng hợp và bổ sung vào khoản 1 Điều 73 BLHS 2015 như sau: *"…Trong trường hợp có nhiều bản án thì thời hạn xóa án tích quy định tại Điều 70, Điều 71 của Bộ luật này phải căn cứ vào hình phạt chung sau khi đã tổng hợp".*

Đồng thời, sửa đổi khoản 3 Điều 73 theo hướng bổ sung thêm trường hợp có nhiều bản án như sau: *"Người bị kết án trong trường hợp phạm nhiều tội* ***hoặc trường hợp có nhiều bản án*** *mà có tội thuộc trường hợp đương nhiên được xóa án tích, có tội thuộc trường hợp xóa án tích theo quyết định của Tòa án thì căn cứ vào thời hạn quy định tại Điều 71 của Bộ luật này, Tòa án quyết định việc xóa án tích đối với người đó".*

- BLHS 2015 chưa quy định về thời hạn xóa án tích trong trường hợp xóa án tích theo quyết định của tòa án đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

Căn cứ để tính thời hạn xóa án tích đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên là dựa vào hình phạt chính mà tòa án đã tuyên. Trong khi căn cứ để xác định thời hạn xóa án tích đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội lại không dựa vào hình phạt chính tòa án đã tuyên, mà ấn định 3 năm nếu là tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hay đặc biệt nghiêm trọng (khoản 2 Điều 107). Vậy, phải chăng theo quy định tại khoản 2 Điều 107 BLHS 2015 thì căn cứ để xác định thời hạn xóa án tích đối với người từ đủ 16 tuổi đến

dưới 18 tuổi là dựa vào loại tội phạm và yếu tố lỗi[3], nếu căn cứ vào các yếu tố này liệu có hợp lý không khi hành vi phạm tội xảy ra trên thực tế có thể thuộc cùng một loại tội phạm nhưng mức độ nguy hiểm cho xã hội lại khác nhau, và vì vậy hình phạt áp dụng sẽ khác nhau. Quan điểm của tác giả cho rằng, căn cứ để xác định thời hạn xóa án tích đối với người trên 18 tuổi hay dưới 18 tuổi phạm tội nên được quy định thống nhất là đều dựa vào hình phạt chính đã tuyên.

Đồng thời, BLHS 2015 không quy định về thời hạn xóa án tích đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội rất nghiêm trọng do cố ý hoặc đặc biệt nghiêm trọng, nhưng thuộc vào các tội phạm tại Chương XIII và XXVI. Điều này có nghĩa, chúng ta sẽ vẫn xác định thời hạn xóa án tích là 3 năm đối với các tội phạm trong hai chương này theo quy định tại khoản 2 Điều 107. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, nên có quy định riêng về thời hạn xóa án tích trong trường hợp này và cũng phải xem đây là trường hợp xóa án tích theo quyết định của tòa án giống như người trên 18 tuổi.

Vì vậy, tác giả kiến nghị nên sửa đổi quy định về thời hạn xóa án tích đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội theo hướng như quy định tại BLHS 1999. Cụ thể, cần sửa đổi khoản 2 Điều 107 BLHS 2015 như sau: *"người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội rất nghiêm trọng do cố ý hoặc đặc biệt nghiêm trọng* ***thì thời hạn được xóa án tích bằng một phần hai thời hạn được quy định tại khoản 2 Điều 70, khoản 2 Điều 71 của bộ luật này*** *và được tính từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án mà người đó không thực hiện hành vi phạm tội mới".*

- BLHS 2015 chưa có quy định về xóa án tích trong trường hợp đặc biệt đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội.

Xóa án tích trong trường hợp đặc biệt là xóa án tích do Tòa án quyết định nhưng ở thời điểm sớm hơn khi thỏa mãn các điều kiện nhất định, quy định này nhằm khuyến khích người bị kết án cải tạo tốt, lập công để sớm được xóa án tích. Điều 72 BLHS 2015 quy định điều kiện người bị kết án phải đảm bảo thực hiện ít nhất một phần ba thời hạn quy định tại khoản 2 Điều 70 và khoản 2 Điều 71 thì mới có thể được xóa án tích trong trường hợp đặc biệt. Tuy nhiên, hiện nay BLHS chưa quy định trường hợp này cho người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội. Vì vậy, tác giả kiến nghị bổ sung vào Điều 107 BLHS cụ thể như sau:

Điều 107. Xóa án tích

"…

3. Trong trường hợp người bị kết án là người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi có những biểu hiện tiến bộ rõ rệt và đã lập công, được cơ quan, tổ chức nơi người đó công tác hoặc chính quyền địa phương nơi người đó cư trú đề nghị, thì Tòa án quyết định việc xóa án tích nếu người đó đã bảo đảm được ít nhất ***một phần ba*** *thời hạn quy định tại khoản 2 điều này".*

[3] Xem bản thuyết minh chi tiết về Dự thảo BLHS (sửa đổi) tháng 4/2015 của Ban soạn thảo BLHS liên quan đến thời hạn xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, trong đó không đề cập đến lý do căn cứ xác định thời hạn xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi khác với người đủ 18 tuổi trở lên.

BẢO ĐẢM HOẠT ĐỘNG CỦA NGƯỜI BÀO CHỮA Ở GIAI ĐOẠN ĐIỀU TRA VỤ ÁN HÌNH SỰ TRONG BỘ LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

Lê Huỳnh Tấn Duy*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích, đánh giá các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về bảo đảm hoạt động của người bào chữa trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự; đồng thời đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện.*

Abstract: *This article focuses on analysing provisions of the Criminal Procedure Code of 2015 on securing the operation of defence counsels in the investigating stage. It then makes relevant proposals to improve those provisions.*

1. Đánh giá các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về bảo đảm hoạt động của người bào chữa trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự

a. Về khái niệm người bào chữa

Người bào chữa là một trong những người tham gia tố tụng có vai trò rất quan trọng, nhưng khái niệm này đã không được quy định trong Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 1988 và BLTTHS năm 2003. Khoản 1 Điều 72 BLTTHS năm 2015 đã khắc phục bằng quy định: người bào chữa "là người được người bị buộc tội nhờ bào chữa hoặc cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng (THTT) chỉ định và được cơ quan, người có thẩm quyền THTT tiếp nhận việc đăng ký bào chữa". Như vậy, muốn trở thành người bào chữa phải đáp ứng đủ hai điều kiện:

- Được người bị buộc tội[1] nhờ bào chữa hoặc cơ quan có thẩm quyền THTT chỉ định (bào chữa bắt buộc).

- Được cơ quan, người có thẩm quyền THTT chấp nhận việc đăng ký bào chữa.

Những đối tượng có thể tham gia tố tụng với tư cách người bào chữa theo quy định tại khoản 2 Điều 72 BLTTHS năm 2015 đã được mở rộng hơn so với BLTTHS năm 2003. Theo đó, bên cạnh luật sư, bào chữa viên nhân dân, người đại diện, thì trợ giúp viên pháp lý[2] cũng có thể trở thành người bào chữa. Việc mở rộng diện người bào chữa góp phần đáp ứng nhu cầu bào chữa trong thực tiễn giải quyết các vụ án hình sự (do số lượng luật sư còn thiếu, trong khi đối tượng được hưởng quyền bào chữa chỉ định lại được mở rộng).

b. Về thủ tục đăng ký bào chữa

Như đã trình bày, việc đăng ký bào chữa là điều kiện về mặt hình thức để có thể trở thành người bào chữa. Thủ tục này thay thế cho thủ tục cấp giấy chứng nhận người bào chữa trong BLTTHS năm 2003[3]. Khoản

* TS., Khoa Luật hình sự, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

[1] Bao gồm người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo (điểm đ khoản 1 Điều 4 BLTTHS năm 2015).

[2] Trợ giúp viên pháp lý là viên chức nhà nước, làm việc tại Trung tâm trợ giúp pháp lý nhà nước, được Chủ tịch Uỷ ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương cấp thẻ Trợ giúp viên pháp lý theo đề nghị của Giám đốc Sở Tư pháp (khoản 2 Điều 21 Luật Trợ giúp pháp lý năm 2012).

[3] Khoản 4 Điều 56.

2 Điều 78 BLTTHS năm 2015 quy định cụ thể các loại giấy tờ cần phải xuất trình tương ứng với từng diện người bào chữa trong trường hợp bào chữa thông thường và bào chữa chỉ định. Quy định này khắc phục sự không rõ ràng của BLTTHS năm 2003 khi sử dụng cụm từ "giấy tờ liên quan đến việc bào chữa". Ngoài ra, thời hạn chấp nhận đăng ký bào chữa được rút ngắn xuống còn 24 giờ kể từ khi nhận đủ các giấy tờ luật định[4]. BLTTHS năm 2015 cũng bổ sung quy định về những trường hợp cơ quan có thẩm quyền THTT từ chối, hủy bỏ việc đăng ký bào chữa; quy định rõ văn bản thông báo người bào chữa có giá trị sử dụng trong suốt quá trình tham gia tố tụng, trừ trường hợp luật định[5]. Các quy định trên tạo sự minh bạch, rõ ràng và thuận lợi hơn cho những đối tượng muốn trở thành người bào chữa, đảm bảo tính kịp thời, hiệu quả, và phù hợp với khoản 2 Điều 9 Luật Luật sư về nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân có hành vi cản trở hoạt động hành nghề luật sư[6].

c. Về quyền của người bào chữa trong giai đoạn điều tra

Ghi nhận đầy đủ các quyền tố tụng cho người bào chữa là bước quan trọng đầu tiên trong việc bảo đảm hoạt động của họ trong quá trình tố tụng hình sự (TTHS) nói chung và giai đoạn điều tra nói riêng. Liên quan đến vấn đề này, BLTTHS năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung rất quan trọng.

Trước hết, thời điểm tham gia tố tụng của người bào chữa theo quy định của BLTTHS năm 2015 sớm hơn so với BLTTHS năm 2003. Người bào chữa có quyền tham gia tố tụng kể từ khi người bị bắt có mặt tại trụ sở của cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, chứ không phải từ khi có quyết định tạm giữ[7]. Sự thay đổi này xuất phát từ việc BLTTHS năm 2015 xem người bị bắt là người bị buộc tội, mà người bị buộc tội có quyền tự bào chữa, nhờ người bào chữa. Chức năng buộc tội và chức năng bào chữa là hai chức năng cơ bản trong TTHS, tồn tại song song và đối trọng với nhau. Quy định này góp phần bảo vệ kịp thời quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội ngay từ những hoạt động đầu tiên của quá trình tố tụng.

Thứ hai, BLTTHS năm 2015 sửa đổi một số quyền của người bào chữa, đồng thời bổ sung nhiều quyền mới nhằm tạo khả năng và điều kiện để người bào chữa có thể tranh tụng bình đẳng, dân chủ với bên buộc tội, bao gồm:

- *Gặp, hỏi người bị buộc tội*[8]. Người bị buộc tội là người hiểu rõ về sự thật của vụ án. Do đó, việc tiếp xúc trực tiếp và trao đổi với họ sẽ giúp người bào chữa biết được đầy đủ thông tin về hành vi có dấu hiệu tội phạm của họ; từ đó có thể đưa ra những phương án, luận cứ bào chữa hiệu quả nhất. Quy định này của BLTTHS năm 2015 bao gồm cả trường hợp người bị buộc tội đang tại ngoại và/hoặc đang bị tạm giữ, tạm giam.

- *Sau mỗi lần lấy lời khai, hỏi cung của người có thẩm quyền kết thúc người bào chữa có thể hỏi người bị bắt, người bị tạm*

[4] Thời hạn này trong BLTTHS năm 2003 là 03 ngày đối với trường hợp thông thường; 24 giờ đối với trường hợp tạm giữ người.

[5] Khoản 5, 6, 7 Điều 78 BLTTHS năm 2015.

[6] Lê Minh Đức, *"Phát huy vai trò của luật sư trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự",* Tạp chí Luật sư Việt Nam, http://liendoanluatsu.org.vn/web/phat-huy-vai-tro-cua-luat-su-trong-giai-doan-dieu-tra-vu-an-hinh-su-773.html, truy cập ngày 17/09/2016.

[7] Khoản 1 Điều 58 BLTTHS năm 2003, Điều 74 BLTTHS năm 2015.

[8] Điểm a khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015.

giữ, bị can[9]. Nếu như trong quá trình lấy lời khai, hỏi cung, người bào chữa chỉ được quyền hỏi khi được sự đồng ý của người có thẩm quyền, thì sau mỗi lần kết thúc các hoạt động điều tra này, họ được quyền tự quyết định việc gặp và hỏi người bị buộc tội. Điều này giúp người bào chữa kịp thời nắm bắt được diễn biến của quá trình lấy lời khai, hỏi cung; xác định đúng đắn sự thật của vụ án; trên cơ sở đó nhanh chóng tư vấn phương án trả lời, bào chữa cho người bị buộc tội trong những lần hỏi cung sau.

- *Được cơ quan có thẩm quyền THTT báo trước về thời gian, địa điểm lấy lời khai, hỏi cung và thời gian, địa điểm tiến hành hoạt động điều tra khác theo quy định của BLTTHS*[10]. Đây là quyền của người bào chữa nhưng lại là trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền THTT (hiện nay, người bào chữa chỉ được đề nghị, còn việc có chấp nhận hay không lại thuộc quyền của cơ quan có thẩm quyền THTT). Điều này giúp khắc phục việc người bào chữa không được thông báo trước về thời gian, địa điểm tiến hành hỏi cung và các hoạt động điều tra khác trong thực tiễn, dẫn đến không kịp thời bảo vệ lợi ích của người bị buộc tội trước những xâm phạm từ phía người có thẩm quyền THTT, không phát hiện được những chứng cứ gỡ tội và những tình tiết khác có lợi cho họ. Nếu cơ quan có thẩm quyền THTT không báo trước cho người bào chữa thì có thể được xem là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng[11].

- *Đề nghị tiến hành hoạt động tố tụng theo quy định của BLTTHS, như đề nghị triệu tập người làm chứng, người tham gia tố tụng khác, người có thẩm quyền THTT*[12]. Người bào chữa có thể sử dụng những quyền này trong suốt quá trình tố tụng chứ không chỉ trong giai đoạn điều tra. Khi nhận thấy quá trình điều tra chưa đầy đủ, còn nhiều mâu thuẫn, người bào chữa có quyền đề nghị cơ quan có thẩm quyền điều tra vụ án hình sự tiến hành các hoạt động như đối chất, nhận dạng, nhận biết giọng nói, thực nghiệm điều tra...; triệu tập và lấy lời khai người làm chứng, bị hại, đương sự. Quy định này không chỉ giúp người bào chữa bảo vệ tốt hơn lợi ích của người bị buộc tội mà còn giúp cơ quan có thẩm quyền điều tra xác định sự thật vụ án một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ.

- *Thu thập, đưa ra chứng cứ* [13]. BLTTHS năm 2003 cũng đã ghi nhận quyền đưa ra tài liệu, đồ vật, yêu cầu của người bào chữa. Tuy nhiên, việc khẳng định người bào chữa có quyền thu thập và cung cấp chứng cứ như BLTTHS năm 2015 là cần thiết. Bởi để tăng cường và đảm bảo việc tranh tụng đạt hiệu quả, người bào chữa phải được trao một số quyền năng tố tụng như bên buộc tội, mà quan trọng nhất là quyền thu thập chứng cứ. BLTTHS năm 2015 còn bổ sung quy định về các hoạt động thu thập chứng cứ mà người bào chữa có thể tiến hành bao gồm: *"quyền gặp người mà mình bào chữa, bị hại, người làm chứng và những người khác biết về vụ án để hỏi, nghe họ trình bày về những vấn đề liên quan đến vụ án; đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, đồ vật, dữ liệu*

[9] Điểm b khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015.
[10] Điểm d khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015.
[11] Ý kiến của Thẩm phán Vũ Phi Long, ghi nhận bởi Phương Loan, *"Theo luật mới, quyền bào chữa được bảo vệ tốt hơn",* Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, http://plo.vn/phap-luat/theo-luat-moi-quyen-bao-chua-duoc-bao-ve-tot-hon-637448.html, truy cập ngày 29/06/2016.
[12] Điểm g khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015.
[13] Điểm h khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015.

điện tử liên quan đến việc bào chữa"[14]. Khi người bào chữa không thu thập được chứng cứ nhưng có nguồn chứng cứ để chứng minh việc gỡ tội thì có thể nêu lên tại phiên tòa và yêu cầu làm rõ sự thật qua các tài liệu, chứng cứ mà người bào chữa đã chỉ ra; trong trường hợp các cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan không hợp tác thì Hội đồng xét xử phải đánh giá nguồn chứng cứ mà người bào chữa đã nêu[15].

- *Kiểm tra, đánh giá và trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền THTT kiểm tra, đánh giá*[16]. Quy định này cùng với quy định tại khoản 2 Điều 88 BLTTHS năm 2015 cho thấy, người bào chữa cũng được quyền thu thập, kiểm tra và đánh giá chứng cứ. Tuy nhiên, khác với người có thẩm quyền THTT, người bào chữa kiểm tra, đánh giá nhằm mục đích đảm bảo chứng cứ có giá trị chứng minh cho những tình tiết có lợi cho người bị buộc tội trước khi cung cấp cho cơ quan có thẩm quyền THTT; trong khi người có thẩm quyền THTT kiểm tra, đánh giá chứng cứ là để đảm bảo thông tin có đầy đủ thuộc tính của chứng cứ, từ đó đưa ra kết luận về từng vấn đề thuộc đối tượng chứng minh của vụ án. Ngoài ra, người bào chữa có quyền yêu cầu người có thẩm quyền THTT thực hiện việc kiểm tra, đánh giá chứng cứ, tài liệu, đồ vật khi hoạt động này có thể đem lại những tình tiết gỡ tội hoặc làm giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho người bị buộc tội.

- *Đề nghị cơ quan có thẩm quyền THTT thu thập chứng cứ, giám định bổ sung, giám định lại, định giá lại tài sản*[17]. Quyền này của người bào chữa khác với quyền được phân tích ở trên đó là, người bào chữa có thể phát hiện được chứng cứ có lợi cho người bị buộc tội, nhưng không thể tự mình thu thập nên phải đề nghị cơ quan có thẩm quyền THTT thu thập. Người bào chữa cũng có quyền đề nghị các cơ quan này giám định bổ sung, giám định lại, định giá lại tài sản khi cho rằng việc giám định, định giá tài sản lần đầu chưa rõ, chưa đầy đủ hoặc không chính xác.

d. Về bào chữa chỉ định

Trong BLTTHS năm 2015, những đối tượng được sự trợ giúp từ người bào chữa do cơ quan có thẩm quyền THTT chỉ định được mở rộng hơn. Nếu như hiện nay, bị can, bị cáo về tội theo khung hình phạt có mức cao nhất là tử hình quy định tại Bộ luật Hình sự được quyền có người bào chữa chỉ định, thì trong BLTTHS năm 2015 cả bị can, bị cáo về tội mà Bộ luật Hình sự quy định mức cao nhất của khung hình phạt là 20 năm tù, tù chung thân cũng có quyền này.

Bên cạnh đó, BLTTHS năm 2015 còn quy định, không phải tất cả người bị buộc tội có nhược điểm về thể chất đều thuộc trường hợp được bào chữa chỉ định[18], mà chỉ người nào vì nhược điểm về thể chất không thể tự bào chữa mới có quyền này. Điều này xuất phát từ thực tiễn có trường hợp, người bị buộc tội tuy có nhược điểm về thể chất nhưng vẫn nhận thức được và không gặp trở ngại trong việc tự bào chữa, vì vậy không cần phải chỉ định người bào chữa.

[14] Khoản 2 Điều 88 BLTTHS năm 2015.
[15] Ý kiến của Thẩm phán Vũ Phi Long, ghi nhận bởi Phương Loan, *"Theo luật mới, quyền bào chữa được bảo vệ tốt hơn",* Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, http://plo.vn/phap-luat/theo-luat-moi-quyen-bao-chua-duoc-bao-ve-tot-hon-637448.html, truy cập ngày 29/06/2016.
[16] Điểm i khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015.
[17] Điểm k khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015.
[18] Như quy định hiện nay tại điểm b khoản 2 Điều 57 BLTTHS năm 2003.

Việc cử người bào chữa cho đối tượng có nhược điểm về thể chất hoặc tâm thần theo BLTTHS hiện hành chỉ áp dụng cho bị can, bị cáo, nhưng trong BLTTHS năm 2015 đã mở rộng với cả người bị bắt. Thời điểm bắt người là thời điểm xuất hiện người bị buộc tội, nên họ cần nhận được sự trợ giúp từ người có kiến thức pháp lý để thực hiện việc bào chữa.

2. Một số kiến nghị

BLTTHS năm 2015 đã có nhiều sửa đổi, bổ sung trong các quy định liên quan đến người bào chữa, tuy nhiên vẫn còn một số tồn tại. Cụ thể:

- Về thủ tục cấp giấy chứng nhận người bào chữa, có ý kiến cho rằng, do BLTTHS còn quy định những trường hợp không được bào chữa nên vẫn cần phải có thủ tục xem xét để công nhận tư cách bào chữa. Mặt khác, cũng do trình độ, hiểu biết pháp luật của người dân, và thực trạng đội ngũ luật sư hiện nay, việc giữ thủ tục cấp giấy chứng nhận người bào chữa là cần thiết[19]; việc gây khó dễ khi làm thủ tục cấp giấy chứng nhận người bào chữa là do thực thi của một số cán bộ tố tụng chứ không phải do bản thân quy định[20]. Ngược lại, đa số ý kiến cho rằng, nếu giữ thủ tục cấp giấy chứng nhận sẽ gây cản trở cho hoạt động của người bào chữa và không nên giữ lại[21]. Quy định về thủ tục đăng ký bào chữa trong BLTTHS năm 2015 là phù hợp. Theo ý kiến tác giả, thủ tục này mặc dù chỉ mang tính hình thức nhưng khi áp dụng vào thực tiễn có thể vẫn sẽ là rào cản đầu tiên cho những người muốn tham gia tố tụng với tư cách người bào chữa. Vì trong vòng 24 giờ kể từ khi nhận đủ giấy tờ theo luật định, cơ quan có thẩm quyền THTT liệu có thể xác minh một người thuộc trường hợp không được làm người bào chữa hay không?

- Về quy định việc từ chối người bào chữa chỉ định của người dưới 18 tuổi bị buộc tội: Theo hướng dẫn tại Nghị quyết số 03/2004/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao[22], khi có ý kiến mâu thuẫn giữa bị cáo là người chưa thành niên và người đại diện hợp pháp của họ trong việc từ chối người bào chữa chỉ định thì Tòa án vẫn tiến hành xét xử vụ án theo thủ tục chung có sự tham gia của người bào chữa đã được cử. Điều này có nghĩa, chỉ khi cả bị cáo và người đại diện hợp pháp thống nhất ý kiến từ chối người bào chữa chỉ định thì người này mới không tham gia phiên tòa. Hướng dẫn trên của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao là hợp lý, đảm bảo việc hỗ trợ pháp lý của người bào chữa chỉ định được thực hiện, qua đó bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị cáo là người chưa thành niên. Tuy nhiên, BLTTHS năm 2015 lại quy định, chỉ cần người dưới 18 tuổi bị buộc tội hoặc người đại diện, người thân thích của họ từ chối người bào chữa chỉ định thì cơ quan có thẩm quyền THTT lập biên bản và chấm dứt việc chỉ định người bào chữa[23]. Tại điểm b khoản 5 Điều 78 Bộ luật cũng quy định, cơ quan có thẩm quyền THTT sẽ từ chối việc đăng ký bào chữa khi người bị buộc tội

[19] Trần Văn Độ, Ghi nhận bởi Hồng Tú, *"Nên bỏ thủ tục cấp giấy chứng nhận người bào chữa",* Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh (ngày 26/07/2012).

[20] Nguyễn Thị Thủy, Ghi nhận bởi Hồng Tú, *"Nên bỏ thủ tục cấp giấy chứng nhận người bào chữa",* Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh (ngày 26/07/2012).

[21] Luật sư Kensi Gounden (*Đoàn Luật sư British Columbia Canada),* Ghi nhận bởi Hồng Tú, *"Nên bỏ thủ tục cấp giấy chứng nhận người bào chữa",* Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh (ngày 26/07/2012).

[22] Mục 3(d) (d.2) Phần II Nghị quyết số 03/2004/NQ-HĐTP ngày 02/10/2004 Hướng dẫn thi hành một số quy định trong Phần thứ nhất "Những quy định chung" của BLTTHS 2003.

[23] Đoạn cuối khoản 3 Điều 77 BLTTHS 2015.

thuộc trường hợp được bào chữa chỉ định từ chối người bào chữa, mà không đề cập đến trường hợp người đại diện hoặc người thân thích từ chối. Những quy định này có thể tạo thuận lợi cho các cơ quan có thẩm quyền THTT trong quá trình giải quyết vụ án không phải tìm người bào chữa chỉ định, nhưng lại không bảo vệ được người dưới 18 tuổi bị buộc tội – mục đích chính của việc bào chữa chỉ định. Vì vậy, hướng dẫn tại Nghị quyết số 03/2004/NQ-HĐTP cần được kế thừa và ghi nhận trong BLTTHS năm 2015[24].

- Bổ sung quy định về quyền gặp riêng bị can của người bào chữa. Theo đó, cuộc trao đổi, tư vấn giữa người bào chữa và bị can có thể bị quan sát nhưng không thể nghe được nội dung bởi người có thẩm quyền THTT[25]. Luật Luật sư cũng cần được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp, nhằm bảo đảm nâng cao trách nhiệm và quyền của luật sư khi tham gia tố tụng nói chung, giai đoạn điều tra nói riêng[26].

- Bên cạnh việc hoàn thiện khung pháp lý thì một vấn đề rất quan trọng cần được thay đổi, đó là nhận thức của cơ quan điều tra, điều tra viên về vai trò của người bào chữa. Họ phải ý thức rằng, sự hiện diện của người bào chữa ngay từ giai đoạn điều tra chính là điều kiện giúp các hoạt động điều tra đảm bảo tính khách quan, toàn diện và đầy đủ trong việc xác lập chứng cứ của vụ án.

Về phía người bào chữa, cần chủ động, tích cực phối hợp với cơ quan điều tra cũng như điều tra viên nắm bắt kế hoạch làm việc của điều tra viên để có mặt kịp thời khi hỏi cung người bị buộc tội; phải dự liệu sẵn những câu hỏi, vấn đề cần làm rõ để cùng điều tra viên giải quyết vụ án[27]. Người bào chữa cần phải nắm vững pháp luật, tâm lý người bị buộc tội, có kỹ năng hành nghề phù hợp khi tiến hành các hoạt động thu thập chứng cứ phục vụ việc gỡ tội cho họ.

Kết luận

Trong giai đoạn điều tra, người bào chữa góp phần quan trọng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội, đồng thời giúp các hoạt động của cơ quan có thẩm quyền điều tra vụ án hình sự được tiến hành một cách khách quan, toàn diện. Tuy nhiên, thực tiễn tố tụng ở Việt Nam cho thấy, người bào chữa gặp rất nhiều rào cản khi tham gia tố tụng trong giai đoạn điều tra, dẫn đến không thể phát huy hết vai trò của mình. Vì vậy, các quy định của BLTTHS năm 2015 cần được hoàn thiện nhằm đảm bảo hoạt động của người bào chữa "thật sự góp phần làm minh bạch quá trình tố tụng, phòng ngừa oan sai, xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp của Việt Nam hiện nay"[28].

---

[24] Lê Huỳnh Tấn Duy, *"Đánh giá quy định của Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam về quyền bào chữa của người chưa thành niên trên cơ sở các tiêu chuẩn của Liên hợp quốc",* Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4/2013.

[25] Điều này đã được ghi nhận tại nguyên tắc thứ 8 trong *Những nguyên tắc cơ bản về vai trò của Luật sư (Basic Principles on the Role of Lawyers)*, ban hành bởi Hội nghị lần thứ 8 của Liên hợp quốc về Phòng ngừa tội phạm và Đối xử với người phạm tội, Havana, CuBa, từ ngày 27/08 đến 07/09/1990. Pháp lệnh Tổ chức Luật sư năm 1987 (khoản 2 Điều 14) đã ghi nhận về quyền gặp riêng bị can của luật sư, nhưng BLTTHS hiện hành và BLTTHS năm 2015 đã không quy định về quyền này.

[26] Lê Minh Đức, *"Phát huy vai trò của luật sư trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự",* Tạp chí Luật sư Việt Nam, http://liendoanluatsu.org.vn/web/phat-huy-vai-tro-cua-luat-su-trong-giai-doan-dieu-tra-vu-an-hinh-su-773.html, truy cập ngày 17/09/2016.

[27] Lê Minh Đức, *"Phát huy vai trò của luật sư trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự",* Tạp chí Luật sư Việt Nam, http://liendoanluatsu.org.vn/web/phat-huy-vai-tro-cua-luat-su-trong-giai-doan-dieu-tra-vu-an-hinh-su-773.html, truy cập ngày 17/09/2016.

[28] Như trên.

THỦ TỤC TỐ TỤNG ĐỐI VỚI BỊ HẠI LÀ NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

Vũ Thị Quyên*
Nguyễn Thị Kiều Anh**

Tóm tắt: *Trên cơ sở so sánh với quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự 2003, bài viết chỉ ra một số điểm tiến bộ cũng như hạn chế của Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 về thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi, từ đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định về vấn đề này.*

Abstract: *This article compares the Criminal Procedure Code of 2015 with the Criminal Procedure Code of 2003 regarding procedures for victims under 18 years old. Basing on that, it makes relevant recommendations.*

Việt Nam là một trong những quốc gia đầu tiên phê chuẩn Công ước về Quyền trẻ em của Liên hợp quốc (ngày 20/2/1990); đồng thời, cũng chú trọng xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về bảo vệ, chăm sóc và giáo dục người chưa thành niên, hay còn gọi là người dưới 18 tuổi. Thực tế cho thấy, người chưa thành niên phải đối mặt với nguy cơ ngày càng cao của việc trở thành nạn nhân của tội phạm. Bên cạnh những tội phạm có đối tượng bị xâm hại ở mọi lứa tuổi, có những tội phạm mà đối tượng bị xâm hại chỉ có thể là người dưới 18 tuổi[1].

Pháp luật quy định, người dưới 18 tuổi bị xâm hại có thể tham gia vào quá trình tố tụng hình sự với tư cách là bị hại. Đây là một quá trình kéo dài, căng thẳng đối với người dưới 18 tuổi. Do đó, để hạn chế những ảnh hưởng tiêu cực của quá trình tố tụng cũng như bảo vệ quyền lợi của những người bị hại dưới 18 tuổi, Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) 2015 đã có một số sửa đổi, bổ sung trong các quy định đối với nhóm đối tượng này.

Thứ nhất, về cách sử dụng thuật ngữ

Có thể thấy sự khác biệt trong cách sử dụng thuật ngữ giữa BLTTHS 2003 và BLTTHS 2015. Trong khi BLTTHS 2003 sử dụng thuật ngữ "người chưa thành niên", thì BLTTHS 2015 sử dụng thuật ngữ "người dưới 18 tuổi", đều chỉ một nhóm đối tượng là những người chưa đủ 18 tuổi. Sự thay đổi trong cách sử dụng thuật ngữ của BLTTHS 2015 còn nhằm bảo đảm sự tương thích với Công ước quốc tế về Quyền trẻ em và đồng bộ với Luật Trẻ em năm 2016[2].

Thứ hai, về việc xác định người bị hại dưới 18 tuổi

Để xác định người bị hại dưới 18 tuổi, cần xác định thế nào là người bị hại và thế nào là người dưới 18 tuổi.

* Khoa Luật Hình sự, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.
** Khoa Luật Hình sự, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

[1] Chẳng hạn Bộ luật Hình sự 2015 quy định về Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi (Điều 142); Tội dâm ô đối với người dưới 16 tuổi (Điều 146); Tội mua bán người dưới 16 tuổi (Điều 151)…

[2] Tại thời điểm thông qua BLTTHS 2015, Luật Trẻ em vẫn đang trong quá trình dự thảo.

Về khái niệm người bị hại, Điều 51 BLTTHS 2003 quy định: *"Người bị hại là người bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản do tội phạm gây ra"*. Theo Điều 62 BLTTHS 2015, thì người bị hại là cá nhân trực tiếp bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản do tội phạm gây ra hoặc đe dọa gây ra. Như vậy, người bị hại theo BLTTHS 2015 đã có sự khác biệt so với BLTTHS 2003. *Trước hết*, người bị hại phải là cá nhân "*trực tiếp bị thiệt hại*". Theo đó, trong một vụ án hình sự, có thể có nhiều cá nhân phải chịu thiệt hại[3] nhưng chỉ có những cá nhân *trực tiếp* bị thiệt hại mới được xác định tư cách là người bị hại. *Ngoài ra*, BLTTHS 2015 không yêu cầu thiệt hại phải xảy ra trên thực tế, mà cho phép xác định tư cách người bị hại ngay cả khi thiệt hại chưa xảy ra trên thực tế mà do tội phạm "*đe dọa gây ra*".

Về xác định tuổi, BLTTHS 2003 sử dụng thuật ngữ "người chưa thành niên" trong khi BLTTHS 2015 sử dụng thuật ngữ "người dưới 18 tuổi", nhằm thể hiện rõ phạm vi về tuổi của đối tượng được điều chỉnh.

Có thể thấy rằng, để xác định người bị hại dưới 18 tuổi thì việc xác định tuổi của người bị hại có vai trò rất quan trọng. Việc xác định chính xác ngày, tháng, năm sinh của người bị hại không chỉ ảnh hưởng đến việc xác định người bị hại có là người dưới 18 tuổi hay không để từ đó xác định quyền của chủ thể này, mà còn ảnh hưởng đến việc xác định tội danh và quyết định hình phạt đối với người bị buộc tội trong một số trường hợp. Tuy nhiên, trên thực tế việc xác định tuổi của người bị hại trong nhiều trường hợp là không dễ dàng, đặc biệt đối với những người bị hại là người không có gia đình hay trẻ em lang thang, cơ nhỡ…

BLTTHS 2003 không có quy định riêng về người bị hại là người chưa thành niên, do đó cũng không có quy định về vấn đề xác định tuổi của người bị hại là người chưa thành niên. Theo Điều 12 Thông tư 01/2011/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH (Thông tư 01) hướng dẫn thi hành một số quy định của BLTTHS 2003 đối với người tham gia tố tụng là người chưa thành niên (bao gồm cả người bị buộc tội, người bị hại và những người tham gia tố tụng khác), khi không xác định được chính xác ngày, tháng, năm sinh của người bị hại là người chưa thành niên thì tuổi của họ được xác định với ngày sinh là ngày đầu tiên của tháng sinh (trường hợp xác định tháng sinh cụ thể, nhưng không xác định được ngày sinh trong tháng); hoặc ngày đầu tiên của quý (trường hợp xác định được quý cụ thể của năm, nhưng không xác định được ngày tháng nào trong quý); hoặc ngày đầu tiên của nửa đầu năm/nửa cuối năm (trường hợp xác định được cụ thể nửa đầu năm hay nửa cuối năm, nhưng không xác định được cụ thể ngày, tháng nào); hoặc ngày đầu tiên của năm sinh (trường hợp xác định được năm sinh cụ thể, nhưng không xác định được ngày, tháng sinh).

Như vậy, Thông tư 01 xác định ngày sinh của người bị hại là *ngày đầu tiên* của tháng/quý/nửa đầu năm hay nửa cuối năm/năm sinh thiên về bảo đảm quyền lợi cho người bị buộc tội[4].

[3] Chẳng hạn, theo khoản 1 Điều 63 BLTTHS 2015, "Nguyên đơn dân sự là cá nhân, cơ quan, tổ chức bị thiệt hại do tội phạm gây ra và có đơn yêu cầu bồi thường thiệt hại".

[4] Cũng theo Thông tư 01, cách thức xác định tuổi của bị can, bị cáo là người chưa thành niên và người bị hại là người chưa thành niên là khác nhau. Cụ thể, xem Điều 6 (cách xác định tuổi của bị can, bị cáo) và Điều 12 (xác định tuổi của người bị hại là người chưa thành niên) của Thông tư này.

Để xác định tuổi của người bị hại dưới 18 tuổi, Điều 417 BLTTHS 2015 quy định, trong trường hợp đã áp dụng các biện pháp hợp pháp mà vẫn không xác định được chính xác thì ngày, tháng, năm sinh của họ là *ngày cuối cùng* của tháng/quý/nửa đầu năm hay nửa cuối năm/năm sinh thay vì lấy ngày đầu tiên của các khoảng thời gian này làm ngày sinh của người bị hại. Sự thay đổi này nhằm bảo vệ tốt hơn quyền lợi của những người bị hại dưới 18 tuổi, phù hợp với nguyên tắc "bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi" theo quy định tại khoản 1 Điều 414 BLTTHS 2015. Tuy nhiên, quy định này cũng đặt ra vấn đề bảo đảm quyền lợi của người bị buộc tội. Bởi cách xác định tuổi của người bị hại dưới 18 tuổi theo Điều 417 BLTTHS 2015 có thể ảnh hưởng đến việc xác định tội danh hay quyết định hình phạt đối với người bị buộc tội. Ví dụ, A là nạn nhân của hành vi hiếp dâm. Tội phạm xảy ra vào ngày 10/5/2016. Sau quá trình điều tra, cơ quan điều tra xác định A sinh vào tháng 5/2000, nhưng không xác định được ngày sinh cụ thể. Trong trường hợp này, nếu xác định ngày sinh là ngày đầu tiên của tháng (theo Thông tư 01) thì đến thời điểm thực hiện tội phạm, A đã đủ 16 tuổi, tội phạm được xác định là Tội hiếp dâm (theo Điều 141 BLHS 2015). Ngược lại, nếu xác định ngày sinh là ngày cuối cùng của tháng (theo BLTTHS 2015) thì đến thời điểm thực hiện tội phạm, A chưa đủ 16 tuổi, do đó tội phạm được xác định là Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi (Điều 142 BLHS 2015). Có thể thấy, việc xác định ngày sinh của người bị hại theo BLTTHS 2015 đã làm xấu hơn tình trạng của người bị buộc tội trong trường hợp này.

Vì vậy, theo quan điểm của chúng tôi, cách xác định tuổi của người bị hại dưới 18 tuổi theo quy định tại Thông tư 01 là hợp lý. Bởi việc bảo vệ quyền lợi của người bị hại cũng phải đồng thời bảo đảm quyền lợi cho những người bị buộc tội.

Thứ ba, về quyền có luật sư hay người trợ giúp pháp lý

Theo Điều 76 BLTTHS 2015 (về các trường hợp bào chữa bắt buộc), trong trường hợp người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi mà họ hoặc người đại diện, người thân thích của họ không mời người bào chữa, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải chỉ định người bào chữa cho họ. Tuy nhiên, đối với người bị hại là người dưới 18 tuổi thì luật lại không quy định bắt buộc phải có luật sư bảo vệ quyền lợi hay có người trợ giúp pháp lý. Điều này là thiếu công bằng đối với người dưới 18 tuổi bị xâm hại trong các vụ án hình sự.

Trong BLTTHS 2015, chỉ có một quy định (khoản 5 Điều 414) mang tính nguyên tắc đối với quyền được trợ giúp về mặt pháp lý đối với người dưới 18 tuổi, trong đó bao gồm cả người bị hại dưới 18 tuổi: "Bảo đảm quyền bào chữa, quyền được trợ giúp pháp lý của người dưới 18 tuổi". Tuy nhiên, trong khi quyền bào chữa của người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi được cụ thể hóa thông qua chế định bào chữa bắt buộc, thì BLTTHS 2015 chưa quy định cách thức đảm bảo quyền được trợ giúp pháp lý của người bị hại dưới 18 tuổi. Như vậy, trong các vụ án hình sự mà người bị hại là người dưới 18 tuổi, sự tham gia của những người trợ giúp pháp lý cho họ chỉ mang tính tùy nghi và sự vắng mặt của các chủ thể này không làm cho quá trình tố tụng bị coi là vi phạm thủ tục. Điều này cũng đồng nghĩa với việc quyền lợi của người bị hại dưới 18 tuổi không được đảm bảo một cách đầy đủ.

Do đó, theo chúng tôi, cần bổ sung quy định các cơ quan tiến hành tố tụng có trách

nhiệm bảo đảm quyền có luật sư bảo vệ quyền lợi hoặc người trợ giúp về mặt pháp lý đối với người bị hại dưới 18 tuổi. Cơ quan tiến hành tố tụng phải thông báo cho người bị hại là người dưới 18 tuổi hoặc cha mẹ, người đỡ đầu, người đại diện hợp pháp của họ về quyền được nhờ luật sư, người trợ giúp pháp lý. Trong trường hợp người bị hại là người dưới 18 tuổi hoặc cha mẹ, người đỡ đầu, người đại diện hợp pháp của họ không mời luật sư, người trợ giúp pháp lý thì cơ quan tiến hành tố tụng phải chỉ định cho họ.

Thứ tư, về quyền được trợ giúp về mặt y tế, sức khỏe, tâm lý

Người dưới 18 tuổi là những đối tượng chưa phát triển đầy đủ cả về mặt thể chất lẫn tinh thần, trong khi quá trình tố tụng hình sự thường tác động lớn đến tâm lý người dưới 18 tuổi. Vì vậy, người dưới 18 tuổi cần thiết phải được sự hỗ trợ chuyên môn về mặt y tế, sức khỏe, tâm lý.

Điều 13 Thông tư 01 cũng xác định: Đảm bảo người bị hại là người chưa thành niên, nhất là trẻ em nhận được sự trợ giúp chuyên môn về mặt y tế, sức khỏe, tâm lý phù hợp khi họ cần. Tuy nhiên, BLTTHS 2015 lại không đề cập đến quyền này của người bị hại dưới 18 tuổi.

Theo chúng tôi, BLTTHS 2015 cần bổ sung thêm quy định nhằm tạo điều kiện để người bị hại dưới 18 tuổi có thể tiếp cận với sự trợ giúp chuyên môn về mặt y tế, sức khỏe, tâm lý trong quá trình tham gia tố tụng.

Thứ năm, về việc lấy lời khai đối với người bị hại dưới 18 tuổi

Về tần suất và thời lượng lấy lời khai: Do người dưới 18 tuổi là đối tượng dễ bị tổn thương cũng như thường có cảm giác e dè, sợ sệt và căng thẳng về mặt tâm lý khi phải đối mặt với các buổi lấy lời khai nên để đảm bảo quyền lợi của những đối tượng này, Thông tư 01 đã quy định: "*Giảm đến mức thấp nhất số lần phải lấy lời khai cũng như xác định thời lượng các lần lấy lời khai đối với họ. Việc lấy lời khai người bị hại, người làm chứng là người chưa thành niên phải tạm dừng ngay khi họ có biểu hiện mệt mỏi ảnh hưởng đến khả năng khai báo chính xác, đầy đủ*". BLTTHS 2015 quy định cụ thể: "*Thời gian lấy lời khai người chưa thành niên không quá 02 lần trong một ngày và mỗi lần không quá 02 giờ, trừ trường hợp vụ án có nhiều tình tiết phức tạp*" (khoản 4 Điều 421). Việc quy định cụ thể như vậy là phù hợp và đảm bảo việc thực thi của cơ quan có thẩm quyền trên thực tế. Tuy nhiên, BLTTHS 2015 vẫn chưa quy định khoảng thời gian tối thiểu giữa hai lần lấy lời khai trong trường hợp cơ quan có thẩm quyền tiến hành lấy lời khai 2 lần trong một ngày. Như vậy, trên thực tế có thể xảy ra trường hợp các lần lấy lời khai được diễn ra trong khoảng thời gian gần nhau, thậm chí liền sát nhau ảnh hưởng đến sức khỏe và tinh thần của người dưới 18 tuổi. Để giải quyết vấn đề này, theo chúng tôi, cần bổ sung quy định cụ thể về khoảng thời gian tối thiểu giữa hai lần hỏi cung để phù hợp với những đặc điểm của lứa tuổi chưa thành niên, bên cạnh việc quy định điều tra viên phải là người có kinh nghiệm, có hiểu biết cần thiết về tâm lý đối với người dưới 18 tuổi theo quy định tại Điều 415 BLTTHS 2015, cũng như bổ sung vào quy định tại Điều 421 về việc lấy lời khai người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, bị tạm giữ, người bị hại, người làm chứng, hỏi cung bị can, đối chất đối với người dưới 18 tuổi. Theo đó, nên có một phòng lấy lời khai dành riêng cho đối tượng là người dưới 18 tuổi với cách sắp xếp, bố trí thân thiện; đồng thời, khi tiến hành lấy lời khai, điều

tra viên nên mặc thường phục. Thậm chí, có thể tiến hành lấy lời khai ở những địa điểm không phải là phòng lấy lời khai nhằm tạo một không khí thoải mái cho các em.

Thứ sáu, về người đại diện hợp pháp của người bị hại dưới 18 tuổi

BLTTHS 2015 quy định về quyền và nghĩa vụ của người bị hại trong tố tụng hình sự đã bổ sung thêm một số trường hợp cần có người đại diện hợp pháp. Theo đó, người đại diện hợp pháp cần có trong những trường hợp người bị hại chết, người bị hại mất tích hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự. Tuy nhiên, BLTTHS 2015 không có quy định về người đại diện hợp pháp đối với người bị hại dưới 18 tuổi. Do đó, cần tiếp tục phải bổ sung.

Ngoài ra, thực tiễn xét xử các vụ án hình sự cũng cho thấy có rất nhiều người bị hại dưới 18 tuổi không có người thân thích, như trẻ em lang thang, cơ nhỡ - những đối tượng rất dễ bị tội phạm xâm hại. Trong những trường hợp này, việc xác định người đại diện hợp pháp của người bị hại được tiến hành như thế nào? Theo quan điểm của chúng tôi, nên quy định trường hợp người bị hại không có người thân thích thì cơ quan tiến hành tố tụng (cơ quan điều tra, viện kiểm sát hoặc toà án) sẽ yêu cầu đoàn luật sư phân công văn phòng luật sư cử người đại diện cho họ.

Bên cạnh đó, có trường hợp những người đại diện hợp pháp của người bị hại có quyền và nghĩa vụ mâu thuẫn nhau. Ví dụ trường hợp người bị hại trong vụ án "giao cấu với trẻ em" là người dưới 18 tuổi, trong đó chủ thể thực hiện hành vi phạm tội là bố dượng của nạn nhân. Việc xác định mẹ của người bị hại là đại diện hợp pháp có thể sẽ không đảm bảo quyền lợi cho người bị hại[5].

Vì vậy, BLTTHS 2015 cần sửa đổi, bổ sung các quy định về vấn đề này để đảm bảo tốt hơn quyền lợi của người bị hại dưới 18 tuổi trong vụ án hình sự. Ngoài ra, trường hợp người bị hại dưới 18 tuổi có nhiều người đại diện hợp pháp, cần xác định họ đều là những người đại diện hợp pháp của người bị hại và có quyền, nghĩa vụ tham gia tố tụng như nhau. Tuy nhiên, khi tham tố tụng Tòa án yêu cầu họ cử một người tham gia, những người không tham gia tố tụng phải làm thủ tục ủy quyền cho người này. Trong trường hợp có căn cứ cho rằng, người đại diện hợp pháp không vì quyền lợi hoặc gây bất lợi cho người bị hại dưới 18 tuổi, thì cơ quan tiến hành tố tụng có thể thay đổi hoặc cử người đại diện hợp pháp khác.

Thứ bảy, về xét xử vụ án có người bị hại dưới 18 tuổi

So với Điều 307 BLTTHS 2003, Điều 423 BLTTHS 2015 đã mở rộng phạm vi áp dụng không chỉ đối với vụ án có bị cáo là người dưới 18 tuổi mà còn cả vụ án có bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi; đồng thời, điều luật cũng bổ sung một số nội dung khác nhằm cụ thể hơn thủ tục xét xử vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi. Theo đó, trường hợp đặc biệt cần bảo vệ bị cáo, bị hại là người dưới 18 tuổi, Tòa án có thể quyết định xét xử kín; hoạt động xét xử phải đảm bảo về thành phần Hội đồng xét xử cũng như những người có mặt theo quy định; đảm bảo việc bố trí phòng xử án, việc xét hỏi, tranh luận phù hợp. Như vậy, cùng với việc thành lập Tòa án gia đình và người chưa thành niên, quy định này khi đi vào thực tế sẽ góp phần đảm bảo tốt hơn quyền lợi cho những bị hại dưới 18 tuổi.

[5]Trường Hoàng, "*Tù mù người đại diện hợp pháp"*, http://nld.com.vn/ban-doc/tu-mu-nguoi-dai-dien-hop-phap-20150605215627286.htm, truy cập ngày 8/9/2016.

ẢNH HƯỞNG CỦA MỘT SỐ HỌC THUYẾT PHÁP LÝ ĐẾN CHẾ ĐỊNH VẬT QUYỀN TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Bùi Thị Thanh Hằng*
Nguyễn Anh Thư**

Tóm tắt: *Bộ luật Dân sự năm 2015 được đánh giá là có cấu trúc hợp lý, có tính khái quát, dự báo và tương thích với pháp luật dân sự thế giới cao hơn Bộ luật Dân sự năm 1995 và 2005. Bài viết phân tích một trong những yếu tố dẫn đến sự thay đổi cơ bản này của Bộ luật Dân sự năm 2015, đó là sự vận dụng các học thuyết pháp lý quan trọng trên thế giới vào việc xây dựng Bộ luật, đặc biệt là chế định vật quyền.*

Abstract: *Vietnamese Civil Code of 2015, which is evaluated as logical in terms of structure, general and forecastable, is more compatible with worldwide civil laws than the Civil Code of 1995 and 2005. One of the important reasons leading to this fundamental change of the Civil Code of 2015 is the application of important legal doctrines to build up the Code, especially the doctrines on real rights.*

1. Khái niệm và vai trò của học thuyết pháp lý

Ngày nay, vai trò của học thuyết pháp lý không hoàn toàn giống nhau trong các hệ thống pháp luật. Trong hệ thống civil law, học thuyết pháp lý được hiểu là quan điểm của các học giả được cụ thể hóa qua bài viết, bình luận, sách chuyên khảo... Mặc dù quan điểm của các học giả không có giá trị bắt buộc đối với việc xây dựng luật và thi hành, nhưng do quan điểm này có thể tác động đến quá trình xây dựng luật hay giải thích pháp luật nên học thuyết pháp lý được xem là nguồn gián tiếp của luật.

Trong hệ thống common law, học thuyết pháp lý được xem là dòng chảy của luật bao gồm các quy tắc, lý thuyết, hay nguyên tắc pháp lý[1], được thể hiện trong các tác phẩm pháp lý chuyên ngành như sách chuyên khảo, các bình luận, sách giáo khoa,… Nói chính xác hơn, trong hệ thống common law, học thuyết pháp lý không chỉ là những công trình mô tả luật mà còn bao gồm những luận giải pháp lý và các án lệ[2] mang ý nghĩa giải thích và hệ thống hóa luật hiện hành. Do đó, ở một góc độ nhất định, học thuyết pháp lý được xem như luật bắt nguồn từ những phán quyết của Tòa án[3].

Mặc dù có những điểm khác biệt, nhưng trong cả hệ thống common law và civil law, học thuyết pháp lý đều được biết đến là hệ thống những vấn đề lý luận mang tính học thuật hình thành và phát triển qua thực tiễn pháp lý, được thừa nhận chung của một hoặc một nhóm các học giả pháp lý,

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

[1] Xem Black's law dictionary, 6th edition West Group, 1998, tr.335.

[2] Xem Enrico Pattaro.A, Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 1 The law and the rights, Springer, 2005, tr.1.

[3] Xem Emerson H. Tiller & Frank B. Cross, What is Legal Doctrine? Northwestern University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 2005, tr.1.

hay các quan điểm khoa học tổng quát, sâu sắc của các học giả có uy tín.

Học thuyết pháp lý có vai trò mô tả và hệ thống hóa luật. Từ góc nhìn định lượng, mô tả là nhiệm vụ quan trọng nhất của học thuyết pháp lý được thể hiện rõ nét trong luật hiện hành của mỗi hệ thống pháp luật. Từ góc nhìn định tính, hệ thống hóa luật được xem là nhiệm vụ quan trọng nhất của học thuyết pháp lý, bởi hệ thống hóa luật (xây dựng khung khái niệm của luật) là cơ sở cần thiết của mọi quy tắc, lập luận pháp lý và việc mô tả luật sẽ không thể thực hiện được nếu không có khung khái niệm. Với vai trò mô tả và hệ thống hóa luật, học thuyết pháp lý ảnh hưởng đến nhiều khía cạnh của đời sống pháp lý, như nhận thức của những người áp dụng pháp luật, nhận thức của người dân; tác động đến việc xây dựng pháp luật cụ thể và bổ sung, hỗ trợ cho hệ thống các quy phạm pháp luật thực định. Do đó, cùng với án lệ, học thuyết pháp lý được xem là một nguồn luật quan trọng bởi chúng là bộ phận thiết yếu tạo nên một hệ thống pháp luật hoàn chỉnh[4], được hình thành thông qua các bình luận khoa học tổng quát và sâu sắc của các học giả về các vấn đề pháp lý xuất phát từ thực tiễn[5]. Nói cách khác, học thuyết pháp lý "chẳng khác nào tấm gương soi rọi thường xuyên cho việc vận dụng pháp luật, giữa việc áp dụng những quy tắc trừu tượng và những trường hợp cụ thể"[6].

[4] Xem Mark Van Hoecke and Mark Warrington, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 47, No. 3 (Jul., 1998), tr. 526.

[5] Xem Enrico Pattaro.A, Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 1 The law and the rights, Springer, 2005, tr. 2.

[6] Xem Triệu Quốc Mạnh, Pháp luật và dân luật đại cương, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh, 2000, tr.176.

Một khi được thừa nhận, học thuyết pháp lý sẽ có những tác động tích cực đối với pháp luật cũng như thực tiễn pháp lý, bởi chúng giúp các đạo luật có được cấu trúc chính xác, chặt chẽ, và minh bạch; thúc đẩy công lý và đạo đức thông qua việc giải thích luật hiện hành theo chiều hướng tích cực, từ đó cho phép người dân tin tưởng vào pháp luật. Hơn nữa, học thuyết pháp lý còn góp phần thúc đẩy quá trình toàn cầu hóa của pháp luật[7]. Lịch sử khoa học pháp lý đã chỉ rõ, các công trình pháp điển hóa như Bộ luật Dân sự (BLDS) Pháp, BLDS Đức hay các văn bản pháp lý quốc tế quan trọng đều là những sản phẩm của các học thuyết pháp lý phát triển qua nhiều thế kỷ.

Nhận thức được tầm quan trọng của học thuyết pháp lý, những người xây dựng BLDS đầu tiên của Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã khảo cứu các học thuyết pháp lý trên thế giới, nhưng chỉ đến khi xây dựng BLDS 2015, việc khảo cứu và vận dụng linh hoạt các học thuyết pháp lý chi phối đến cấu trúc của BLDS cũng như luật tài sản Việt Nam mới được thể hiện rõ nét và triệt để hơn.

2. Sự ảnh hưởng của các học thuyết pháp lý đến chế định vật quyền trong Bộ luật Dân sự 2015

2.1. Ảnh hưởng của học thuyết Pandekten

Các học thuyết pháp lý của những học giả theo trường phái Pandekten là những học thuyết có ảnh hưởng mang tính chi phối đến BLDS 2015 cũng như BLDS của nhiều quốc gia trên thế giới.

Học thuyết Pandectist (pandectist doctrine) bắt đầu hình thành từ tranh luận

[7] Xem Enrico Pattaro.A, Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 1 The law and the rights, Springer, 2005, tr.6.

nổi tiếng giữa hai giáo sư Đức là Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–1840) và Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) về vấn đề pháp điển hóa BLDS thống nhất của Đức. Vào năm 1814, giáo sư Thibaut dựa trên thực trạng pháp luật nước Đức thời kỳ này[8] đã đưa ra ý tưởng pháp điển hóa pháp luật để tăng cường sự thống nhất về mặt chính trị. Qua tác phẩm "Vom Beruf unserer Zeitfur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"[9], Giáo sư Savigny mặc dù thể hiện sự đồng tình với ý tưởng tách riêng các chế định của luật tư và pháp điển hóa BLDS của Giáo sư Thibaut, nhưng đã đưa ra lập luận cho rằng, vào thời điểm này việc pháp điển tại Đức là chưa thích hợp. Bởi để tiến hành công cuộc pháp điển hóa, đòi hỏi nước Đức phải thực hiện nhiều công việc quan trọng, trong đó có việc khảo cứu một cách toàn diện và hệ thống Luật La Mã. Giáo sư Savigny cũng phản đối quan điểm công thức hóa việc xây dựng luật, bởi theo ông, luật pháp là đặc trưng của mỗi quốc gia cũng như ngôn ngữ của quốc gia đó[10]. Ông cũng cho rằng, pháp luật không phải xây dựng để áp đặt cho người dân, mà phải được phát triển trong mối quan hệ hữu cơ với người dân; có nghĩa là, pháp luật phải phù hợp với tập quán, tâm lý, thói quen, đạo đức của người dân. Với nhận định pháp luật là một hiện tượng lịch sử, Savigny cho rằng, công cuộc pháp điển hóa luật dân sự chỉ có thể thành công nếu được xây dựng trên lịch sử truyền thống pháp luật. Do vậy, việc hiểu biết một cách thấu đáo truyền thống pháp luật là hết sức cần thiết để pháp điển hóa đúng đắn, và việc nghiên cứu, kế thừa có chọn lọc Luật La Mã và chính xác hóa lại các khái niệm là việc làm tối quan trọng.

Với những lập luận của mình, Savigny đã mở ra một trường phái pháp luật mới của thế kỷ XIX – trường phái pháp luật lịch sử - trường phái lớn nhất với nhiều đại diện tiêu biểu thay thế vị trí độc tôn của trường phái pháp luật tự nhiên ở Đức thế kỷ XVIII[11]. Cùng với việc xây dựng trường phái pháp luật lịch sử, Savigny còn đặt nền tảng của học thuyết pháp lý khi đưa ra dự đoán về một nước Đức thống nhất và đề xuất việc nghiên cứu Luật La Mã không chỉ để biết mà phải phục vụ cho BLDS tương lai. Tiếp nối tư tưởng của Savigny, các học trò của ông đã sử dụng, sắp xếp lại Luật La Mã (chủ yếu là công trình digest[12] hay còn gọi là pandects) thành một hệ thống các khái niệm và logic, đặc biệt là phát triển các khái niệm chung mà chính người La Mã chưa biết đến, như hành vi pháp lý hay năng lực pháp luật. Trường phái hệ thống hóa luật này được biết đến là trường phái Pandekten, và BLDS Đức năm 1900 chính là thành quả của các quan điểm pháp lý do các học giả theo trường phái Pandekten Đức thế kỷ XIX đưa ra.

Đặc trưng của BLDS Đức và các bộ luật được thiết kế theo mô hình Pandekten là có cấu trúc gồm: phần các quy định chung và các phần điều chỉnh những lĩnh vực cụ thể. Theo Reinhard Zimmermann,

[8] Trước khi BLDS được thông qua việc áp dụng pháp luật trên các vùng lãnh thổ của Đức không thống nhất.

[9] Tác phẩm "Nhiệm vụ của thời đại chúng ta đối với hoạt động lập pháp và khoa học pháp lý", Xem Nguyễn Minh Tuấn, Trường phái pháp luật lịch sử Đức, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5 (289), 2012, tr.39–47.

[10] Xem Tammo Wallinga, The common history of European legal Scholarhip, Erasmus Law Review, 2011, tr.17-18.

[11] Xem Nguyễn Minh Tuấn, Trường phái pháp luật lịch sử Đức, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5 (289), 2012, tr.39–47.

[12] Bao gồm các tác phẩm pháp lý cổ được sắp xếp theo tiêu đề trong thời La Mã cổ đại từ khoảng năm 120 SCN đến năm 235 SCN.

giáo sư của Đức về Luật La Mã và Luật so sánh, phần các quy định chung là yếu tố đặc trưng của hệ thống Pandekten chi phối không chỉ BLDS Đức mà còn cả nền khoa học pháp lý Đức, cũng như các hệ thống pháp luật chịu ảnh hưởng của luật Đức[13].

Sự ảnh hưởng của trường phái Pandekten đến BLDS 2015 được thể hiện rõ nét trong cấu trúc 5 phần của Bộ luật: Phần Quy định chung; Phần Quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản (hay còn được biết đến là vật quyền); Phần Nghĩa vụ và hợp đồng (hay còn được biết đến là trái quyền); Phần Thừa kế; Phần Pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Phần chung của BLDS 2015 Việt Nam là phần chứa đựng các quy định có tính khái quát lý luận, có mối liên hệ logic và chặt chẽ với quy định trong các phần chế định cụ thể, có vai trò chi phối các phần còn lại của Bộ luật. Cấu trúc này tạo ra sự thống nhất và kết nối chặt chẽ, logic trong toàn bộ Bộ luật. Quan trọng hơn, cấu trúc này cho phép xác định nhanh chóng, chính xác phạm vi các quy định trong phần cụ thể dựa trên vị trí các quy định trong phần chung. Ngoài ra, phần quy định chung của Bộ luật không chỉ đóng vai trò nền tảng của cả Bộ luật mà còn là cơ sở cho các đạo luật chuyên ngành và luật khác có liên quan. Thông qua mối liên hệ giữa phần quy định chung và các phần quy định cụ thể, BLDS 2015 đã xác định rõ mối liên hệ logic giữa BLDS 2015 và các luật chuyên ngành trong hệ thống luật tư. Tuy nhiên, do BLDS 2015 không chịu ảnh hưởng duy nhất của trường phái Pandekten mà còn của các trường phái pháp lý khác như Pháp, Nhật Bản, Nga nên cấu trúc cũng như nội dung của Bộ luật không hoàn toàn giống các bộ luật chỉ chịu ảnh hưởng của trường phái Pandekten. Điều này thể hiện qua việc BLDS 2015 thiếu vắng phần quy định về gia đình.

Như vậy, có thể nói, BLDS 2015 đã có cách tiếp cận thể hiện tinh thần của trường phái Pandekten với sự pha trộn nhiều nguồn học thuyết pháp lý khác nhau.

2.2. Ảnh hưởng của học thuyết phân biệt vật quyền và trái quyền

Ảnh hưởng quan trọng thứ hai mang tính chi phối đến BLDS 2015 là học thuyết phân biệt vật quyền và trái quyền (doctrine of real and personal rights)[14]. Học thuyết phân biệt vật quyền và trái quyền có nguồn gốc từ lý thuyết về vật quyền (rights in rem) và trái quyền (rights in personam); đã tồn tại hàng nghìn năm trong lịch sử luật học, có nguồn gốc từ Luật tố tụng La Mã cổ đại, sau đó được luật gia Gaius phát triển vào thế kỷ II. Gaius chia luật thành 3 nhóm: người, vật và hành vi. Sự phân chia này được người Pháp sử dụng để xây dựng Bộ luật Napoleon[15]. Học thuyết này mặc dù được phát triển theo nhiều hướng khác nhau, nhưng nhìn chung đều phân chia luật tư thành hai nhóm chính là luật về tài sản và luật về hợp đồng.

Học thuyết phân biệt vật quyền và trái quyền chủ trương phân chia các quyền tài sản dựa trên nội dung quyền đi cùng bảo vệ các quyền tương ứng. Theo đó, các quyền có nội dung đối vật - cho phép chủ thể quyền tác động trực tiếp lên vật và hưởng lợi từ đó (rights in rem) sẽ được bảo vệ vật quyền (protection in rem); nghĩa là được bảo vệ chống lại bất cứ chủ thể nào đang chiếm hữu không có căn cứ pháp luật;

[13] Reinhard Zimmermann, The law obligations, Roman foundations of the civilian tradition, Juta & Co, Ltd. 1992, tr.31.

[14] Xem Alf Ross, On law and justice, The Lawbook Exchange, Ltd. 2004, tr.185.

[15] Xem Eva Steine, French law: A Comparative approach, Oxford University Press, 2010, tr.379.

quyền có được tài sản của con nợ trong trường hợp con nợ bị tuyên bố phá sản; có quyền được ưu tiên thanh toán cho dù xác lập quyền muộn hơn các chủ nợ khác. Trái lại, những quyền có nội dung đối nhân (rights in personam) chỉ trao cho chủ thể quyền sự bảo vệ đối nhân (protection in personam); theo đó, chủ thể quyền không thể sử dụng quyền của mình để chống lại bất cứ ai trừ con nợ đã được xác định trước; chủ thể quyền không thể giành được tài sản của con nợ trong trường hợp bị tuyên bố phá sản; chủ thể quyền cũng không có quyền ưu tiên thanh toán cho dù xác lập quyền sớm hơn chủ nợ có vật quyền. Tuy nhiên, cần lưu ý trong một số trường hợp ngoại lệ nhất định, quyền đối vật có thể bị hạn chế và trái quyền sẽ có vị trí ưu tiên hơn.

Dựa trên những giá trị cốt lõi của học thuyết vật quyền và trái quyền, BLDS 2015 có cấu trúc cũng như nội dung rõ ràng và logic hơn so với BLDS 1995 và BLDS 2005. Điều này đã làm thay đổi căn bản diện mạo của BLDS 2015[16]. Đây cũng chính là cơ sở để lý giải cho sự hợp lý và tương đồng hơn về kết cấu Phần thứ hai của BLDS 2015 với một số BLDS hiện đại trên thế giới.

2.3. Ảnh hưởng của học thuyết vật quyền

Ảnh hưởng của học thuyết vật quyền đến BLDS 2015 được thể hiện rõ nét qua các quy định của Bộ luật ghi nhận nguyên tắc, đặc tính của vật quyền.

2.3.1. Ảnh hưởng của học thuyết vật quyền đến các quy định chung về vật quyền

Ảnh hưởng của học thuyết vật quyền được thể hiện qua các quy định chung của Bộ luật ghi nhận nguyên tắc, đặc tính của vật quyền như: Nguyên tắc luật định (numerus clausus), nguyên tắc vật quyền tuyệt đối, nguyên tắc công khai, nguyên tắc kép, đặc tính đối kháng, đặc tính cụ thể, đặc tính ưu tiên, đặc tính truy đòi, đặc tính vĩnh viễn[17]…

Chi phối đặc trưng nhất của học thuyết vật quyền đến BLDS 2015 là sự ghi nhận nguyên tắc numerus clausus (nguyên tắc luật định). Nguyên tắc này có nguồn gốc từ học thuyết numerus clausus (numerus clausus doctrine)[18] – học thuyết pháp lý có lịch sử lâu đời, đã xây dựng nên hệ thống luật tài sản từ thời La Mã. Học thuyết numerus clausus rất ít thay đổi từ thời Justinian. Trong luật tài sản hiện đại, học thuyết numerus clausus hiện diện trong các hệ thống pháp luật với những mức độ và bản chất không giống nhau. Trong hệ thống civil law, cho dù minh thị hay ngầm định, học thuyết numerus clausus luôn được ghi nhận trong BLDS. Danh sách cũng như nội dung của các vật quyền được ghi nhận mang tính giới hạn, thường là dưới 10 vật quyền. Ngược lại, trong hệ thống common law, danh sách các vật quyền được ghi nhận thường phong phú và có sự trộn lẫn giữa các loại vật quyền truyền thống[19].

Chịu ảnh hưởng của học thuyết numerus clausus, BLDS 2015 bên cạnh việc ghi nhận một danh sách các vật quyền bao

[16] Xem Bùi Thị Thanh Hằng, Nguyễn Anh Thư, Một số nội dung đáng lưu ý của Phần thứ hai "Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản" trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 (340), 2016, tr.3-4.

[17] Tlđd, tr.4, 5.

[18] Xem Reinhard Zimmermann, The Oxford handbook of comparative law, Oxford University Press, 2008, tr.1053.

[19] Xem Anna di Robilant, Property and Democratic Deliberation: The *Numerus Clausus* Principle and Democratic Experimentalism in Property Law, American Journal of Comparative Law, Vol. 62, Issue 2/Spring 2014, tr.302.

gồm quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản như: Quyền đối với bất động sản liền kề; quyền hưởng dụng; quyền bề mặt[20]; còn khẳng định "Quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản được xác lập, thực hiện trong trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định"[21]. Điều này có nghĩa, ngoài các vật quyền được quy định tại khoản 2 Điều 159, còn có các vật quyền khác nếu như BLDS 2015 hoặc luật khác có liên quan quy định. Tuy nhiên, các chủ thể của luật dân sự không thể tự do tạo ra các vật quyền khác với các vật quyền mà pháp luật đã công nhận.

Sự chi phối thứ hai của học thuyết vật quyền đối với BLDS 2015 thể hiện qua nguyên tắc vật quyền tuyệt đối – hiệu lực tuyệt đối của vật quyền. Đặc tính này được thể hiện dưới hai khía cạnh:

Thứ nhất, người có vật quyền có quyền tác động trực tiếp lên đối tượng của vật quyền mà không phụ thuộc vào hành vi của người khác. Đặc tính này bắt nguồn từ lý thuyết cho rằng, vật quyền là quyền nằm ngay trong vật (jus in re). Đặc tính hiệu lực tuyệt đối trước hết được ghi nhận tại Điều 160 BLDS 2015. Tiếp đó, còn được thể hiện qua quy định chỉ rõ chủ sở hữu có quyền "được thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình để nắm giữ, chi phối tài sản"[22], "được sử dụng tài sản theo ý chí của mình"[23], "bán, trao đổi, tặng cho, cho vay, để thừa kế, từ bỏ quyền sở hữu, tiêu dùng, tiêu hủy hoặc thực hiện các hình thức định đoạt"[24] miễn là phù hợp với quy định của pháp luật, và khẳng định quyền của chủ thể nắm các quyền khác đối với tài sản là "quyền của chủ thể trực tiếp nắm giữ, chi phối tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác"[25].

Thứ hai, người có vật quyền có thể viện dẫn quyền của mình để chống lại bất cứ chủ thể nào có hành vi cản trở sự hưởng thụ độc quyền của mình, tức là người có vật quyền có khả năng đối kháng với mọi chủ thể khác (erga omnes). Đặc tính này chính là tiêu chí quan trọng để phân biệt với trái quyền, mà cụ thể là ảnh hưởng của quyền này đối với người thứ ba. Đặc tính này được BLDS 2015 thể hiện qua quy định: "Không ai có thể bị hạn chế, bị tước đoạt trái luật quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản"[26], "Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền tự bảo vệ, ngăn chặn bất kỳ người nào có hành vi xâm phạm quyền của mình bằng những biện pháp không trái với quy định của pháp luật"[27] và khẳng định, các vật quyền có hiệu lực đối với mọi chủ thể khác[28].

2.3.2. Ảnh hưởng của học thuyết vật quyền đến các quy định về vật quyền chính

Chịu ảnh hưởng của học thuyết vật quyền, BLDS 2015 ghi nhận quyền sở hữu với tính cách là vật quyền gốc và là quyền tài sản quan trọng nhất, với đầy đủ các đặc tính của vật quyền cũng như các đặc trưng riêng của quyền sở hữu[29].

Luật La Mã không chỉ xem quyền sở hữu là vật quyền duy nhất mà còn thừa nhận một số vật quyền được thiết lập trên tài sản của người khác. Luật La Mã cổ đã phân loại

[20] Xem khoản 2 Điều 159 BLDS năm 2015.
[21] Xem khoản 1 Điều 160 BLDS năm 2015.
[22] Xem Điều 186 BLDS năm 2015.
[23] Xem Điều 190 BLDS năm 2015.
[24] Xem Điều 194 BLDS năm 2015.
[25] Xem khoản 1 Điều 159 BLDS năm 2015.
[26] Xem khoản 1 Điều 163 BLDS năm 2015.
[27] Xem Điều 164 BLDS năm 2015.
[28] Xem Điều 247, Điều 259, Điều 269 BLDS năm 2015.
[29] Xem Bùi Thị Thanh Hằng, Nguyễn Anh Thư, Một số nội dung đáng lưu ý của Phần thứ hai "Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản" trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 (340), 2016, tr.7.

vật quyền được thiết lập trên tài sản của người khác theo chức năng: dịch quyền theo vật (praedial servitudes), dịch quyền theo người (personal servitudes) và vật quyền bảo đảm. Tương tự Luật La Mã, BLDS 2015 bên cạnh việc coi quyền sở hữu là vật quyền quan trọng nhất còn ghi nhận minh thị 3 vật quyền chính: quyền đối với bất động sản liền kề (địa dịch); quyền hưởng dụng và quyền bề mặt.

Quyền địa dịch là dịch quyền theo vật bắt nguồn từ thực tế nhằm đáp ứng nhu cầu sử dụng đất của người có vùng đất liền kề với vùng đất của mình để khai thác hiệu quả mảnh đất của mình, như lối đi cho người và gia súc hay đường thoát nước... Căn cứ vào thực trạng đó, các học giả La Mã đã đặt ra các quy tắc của quyền địa dịch. Đó là:

- Phải có tình trạng hai mảnh đất liền kề nhau hoặc rất gần nhau (vicinitas);

- Hai mảnh đất không thể thuộc quyền sở hữu của một người. Dựa trên lý luận này, câu châm ngôn "nulli res sua servit"[30] (một người không thể có quyền địa dịch trên chính mảnh đất của mình) được áp dụng cho mọi địa dịch;

- Quyền địa dịch không thể bị chiếm hữu. Điều này xuất phát từ lập luận quyền địa dịch là vô hình, do đó, không thể bị chiếm hữu có từ trước thời hoàng đế Justinian và sau này không được áp dụng;

- Quyền địa dịch phải đi kèm với một lợi ích vật chất hay nói cách khác, mảnh đất hưởng địa dịch cần phải được lợi từ sự tồn tại của tình trạng địa dịch (utilitas fundi);

- Quyền địa dịch phải được thực hiện một cách hợp lý. Điều này xuất phát từ việc người La Mã nhận thức quyền địa dịch đặt gánh nặng lên quyền sở hữu của người có mảnh đất chịu địa dịch;

- Không thể áp đặt một nghĩa vụ tích cực lên mảnh đất chịu địa dịch (servitus in faciendo consistere nequit). Theo quy tắc này, chủ sở hữu của mảnh đất chịu địa dịch chỉ phải chịu tình trạng địa dịch mà không phải thực hiện nghĩa vụ tích cực. Nói cách khác, chủ sở hữu mảnh đất chịu địa dịch chỉ có nghĩa vụ duy nhất là đảm bảo chủ sở hữu mảnh đất hưởng địa dịch có thể thực hiện quyền của mình. Tuy nhiên, Luật La Mã cũng ghi nhận một ngoại lệ của "servitus in faciendo consistere nequit" là "oneris ferrendi", theo đó chủ sở hữu tòa nhà chịu địa dịch buộc phải hỗ trợ cho tòa nhà lân cận. Quy tắc này cho thấy, các luật gia La Mã đã nhận thức được hiệu lực của quyền địa dịch đối với quyền sở hữu, đó là sự tồn tại của quyền địa dịch đã hạn chế quyền tự do của chủ sở hữu.

Trong BLDS 2015, quyền địa dịch được biết đến dưới thuật ngữ "quyền đối với bất động sản liền kề". Mặc dù việc sử dụng thuật ngữ không thật chính xác, nhưng về cơ bản nội hàm của các quy định từ Điều 245 đến Điều 256 về "quyền đối với bất động sản liền kề" đã thể hiện được bản chất và đặc tính của quyền địa dịch[31].

Khác với loại dịch quyền thứ nhất, loại dịch quyền thứ hai tồn tại dưới dạng dịch quyền theo người - dịch quyền không gắn liền với đất mà gắn liền với người nắm giữ quyền không phải là chủ sở hữu của mảnh đất. Dịch quyền theo người bao gồm: ususfructus (quyền hưởng dụng); usus (quyền sử dụng) và habitation (quyền cư

[30] Xem William Alexander Hunter, A Systematic and Historical Exposition of Roman law in the order of a code, Sweet & Maxwell Ltd., Four Edition, tr.421.

[31] Xem Bùi Thị Thanh Hằng, Nguyễn Anh Thư, Một số nội dung đáng lưu ý của Phần thứ hai "Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản" trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 (340), 2016, tr.7, 8.

ngụ). Quyền hưởng dụng là quyền sử dụng một đối tượng nhất định và hưởng lợi từ đối tượng đó. Quyền hưởng dụng là một dịch quyền hoàn toàn theo người, điều đó có nghĩa là quyền này có mối liên hệ chặt chẽ với người hưởng dụng, do đó, quyền hưởng dụng sẽ chấm dứt khi người có quyền hưởng dụng chết. Ban đầu đối tượng của quyền hưởng dụng chỉ có thể là đất, nhưng sau đó được mở rộng đến cả động sản, thậm chí còn có thể được xác lập trên toàn bộ tài sản của người khác.

Một trong những yêu cầu khắt khe đối với quyền hưởng dụng là đối tượng của quyền hưởng dụng phải tồn tại nguyên vẹn, có nghĩa là nếu đối tượng của quyền hưởng dụng bị thay đổi thì quyền này sẽ chấm dứt. Tuy nhiên, người có quyền hưởng dụng có thể sử dụng đối tượng của quyền hưởng dụng, thậm chí có thể bán hoa lợi thu được từ đối tượng của quyền hưởng dụng. Như vậy, Luật La Mã đã chỉ ra việc trao cho người khác quyền hưởng dụng sẽ lấy đi hầu hết các quyền năng của chủ sở hữu.

Liên hệ mật thiết với quyền hưởng dụng là quyền sử dụng (usus). Đây là quyền cho phép người nắm quyền chỉ có quyền sử dụng một đối tượng nhất định, nhưng không có quyền hưởng hoa lợi từ đối tượng đó. Theo đó, các quy tắc áp dụng cho quyền sử dụng giống các quy tắc áp dụng cho quyền hưởng dụng. Sau đó, người La Mã đã tách quyền cư ngụ (habitation) từ quyền sử dụng.

BLDS 2015 ghi nhận thuật ngữ "quyền hưởng dụng" thay cho "quyền của người không phải là chủ sở hữu" được ghi nhận trong BLDS 1995 và BLDS 2005. Có thể nhận thấy, quyền hưởng dụng trong BLDS 2015 khá tương đồng với quyền hưởng dụng trong Luật La Mã. *Một là,* khái niệm được ghi nhận tại Điều 257 BLDS 2015 đã chỉ rõ quyền hưởng dụng là một phân nhánh của quyền sở hữu, theo đó người hưởng dụng có được hai thành tố của quyền sở hữu là quyền sử dụng và quyền hưởng lợi[32]. *Hai là,* BLDS 2015 cũng chỉ ra các đặc tính của quyền hưởng dụng, đó là: vật quyền theo người, tính có thời hạn, tính tuyệt đối, tính bảo toàn giá trị của đối tượng quyền[33].

Ngoài các dịch quyền, Luật La Mã còn ghi nhận hai quyền khác cho phép một người được sử dụng tài sản của người khác. Những quyền này ban đầu không phải là vật quyền mà là trái quyền. Sau đó, do sự phát triển của chúng nên được xem là vật quyền. Do Luật La Mã chỉ cho phép công dân La Mã (ius Civile) có quyền sở hữu đất ở Ý và đất ngoài nước Ý có thể trở thành đối tượng của một quyền tương tự với quyền sở hữu, nhưng không phải là quyền sở hữu tuyệt đối (Dominium), nên ở ngoài nước Ý, người ta thừa nhận quyền thuê đất (ager vectigalis). Quyền này sẽ cho phép người thuê nắm giữ mảnh đất trong một thời hạn hoặc vĩnh viễn bằng việc trả một khoản tiền.

Bên cạnh quyền thuê đất, ban đầu Luật La Mã tiền cổ còn thừa nhận quyền có nhà trên đất trống của thành phố và sau đó cũng thừa nhận quyền có nhà trên đất tư trên cơ sở trả một khoản tiền với thời hạn không xác định hoặc có thể xác định theo thỏa thuận của các bên. Quyền này được gọi là quyền bề mặt (superficies). Quyền bề mặt là một quyền rất đặc biệt, bởi về nguyên tắc Luật La Mã cho rằng, bất cứ vật gì gắn liền với đất đều là một phần của đất (superficies

[32] Xem Điều 257 BLDS năm 2015.

[33] Xem Bùi Thị Thanh Hằng, Nguyễn Anh Thư, Một số nội dung đáng lưu ý của Phần thứ hai "Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản" trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 (340), 2016, tr.8, 9.

solo cedit), theo đó, nhà trên đất được coi là một phần của đất và là một phần của quyền sở hữu đất. Do Luật La Mã sử dụng thống nhất khái niệm quyền sở hữu nên ở cùng một thời điểm, việc chủ sở hữu của ngôi nhà và chủ sở hữu mảnh đất đều có quyền sở hữu trên cùng một đối tượng là không thể xảy ra. Vì vậy, Luật La Mã đã thiết kế quyền bề mặt với ý nghĩa quyền này không trao cho người nắm quyền quyền sở hữu ngôi nhà trên đất mà cho người đó quyền có nhà trên đất của người khác.

Quyền bề mặt được các phán quan La Mã bảo vệ bằng biện pháp ngăn cấm (interdictum de superficiebus) và cho phép người có quyền bề mặt có thể chống lại bất cứ ai xâm phạm đến quyền của mình, do đó, quyền bề mặt có đặc tính của vật quyền.

Mặc dù có sự khác biệt nhất định trong hệ thống pháp luật Việt Nam và một số quốc gia[34], nhưng nhìn chung với các điều khoản từ Điều 267 đến Điều 273, BLDS 2015 đã thể hiện được bản chất và các đặc tính của quyền bề mặt tương tự quyền bề mặt trong Luật La Mã cổ[35]. Theo đó, nếu như xem quyền hưởng dụng và quyền địa dịch như những lát cắt dọc thì quyền bề mặt được xem như lát cắt ngang của quyền sở hữu và là ngoại lệ của nguyên tắc "superficies solo cedit".

2.3.3. Ảnh hưởng của học thuyết vật quyền đến các quy định về vật quyền phụ

Ngoài những vật quyền chính, Luật La Mã cũng ghi nhận những quyền bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ trả nợ, gồm: Bảo đảm đối nhân và bảo đảm đối vật. Trong đó, bảo đảm đối vật là những thỏa thuận bảo đảm có hiệu lực chống lại tất cả mọi người.

Các biện pháp bảo đảm đối vật ra đời nhằm phá vỡ nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ nợ (Paritas creditorum) qua việc cho phép một chủ nợ đạt được vị thế ưu tiên hơn so với các chủ nợ khác. Ý tưởng chính của việc tạo ra biện pháp bảo đảm đối vật là việc con nợ chuyển quyền chiếm hữu một hoặc một số tài sản nhất định là động sản hoặc bất động sản cho chủ nợ để bảo đảm cho khoản vay. Theo đó, tồn tại bốn dạng: 1) Con nợ trao cả quyền sở hữu và quyền chiếm hữu thực tế tài sản cho chủ nợ; 2) Trao quyền sở hữu cho chủ nợ, nhưng vẫn giữ lại quyền chiếm hữu tài sản; 3) Con nợ giữ quyền sở hữu tài sản, nhưng trao quyền chiếm hữu cho chủ nợ cho đến khi trả nợ; 4) Con nợ giữ cả quyền sở hữu và quyền chiếm hữu nhưng trao cho chủ nợ một quyền tài sản. Bốn dạng này đại diện cho các giai đoạn phát triển của biện pháp bảo đảm đối vật.

Trong Luật La Mã, các dạng này được biết đến với thuật ngữ "macincipatio cum fiducia" hoặc "in iure cessia cum fiducia" hay fiducia, pignus và hypotheca. Đặc tính chính xác của biện pháp bảo đảm đối vật được thể hiện qua các thuật ngữ này rất khó xác định và gây tranh cãi trong giới học giả Luật La Mã. Tuy nhiên, định nghĩa bước đầu của các thuật ngữ đã chỉ ra rằng: fiducia là bảo đảm đối vật mà theo đó, con nợ sẽ chuyển giao quyền sở hữu cho chủ nợ và

[34] Trong hệ thống pháp luật của các quốc gia thừa nhận quyền tư hữu đối với đất đai, quyền bề mặt được hiểu là một vật quyền có được quyền sở hữu đối với công trình xây dựng hoặc cây trồng ở trên, trong lòng đất hoặc ở trên một công trình xây dựng khác mà quyền sở hữu mảnh đất thuộc về người khác.

[35] Xem Bùi Thị Thanh Hằng, Nguyễn Anh Thư, Một số nội dung đáng lưu ý của Phần thứ hai "Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản" trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 (340), 2016, tr.9.

đôi khi có thể trao cả quyền chiếm hữu thực tế cho chủ nợ; pignus là biện pháp bảo đảm theo đó, con nợ giữ lại quyền sở hữu và chỉ chuyển giao quyền chiếm hữu thực tế cho chủ nợ; và hypotheca là biện pháp bảo đảm con nợ giữ lại cả quyền sở hữu và quyền chiếm hữu thực tế, nhưng trao cho chủ nợ một quyền tài sản[36].

Nội dung của pignus hay hypotheca được xác định theo thỏa thuận của các bên, theo đó chủ nợ có quyền đối với tài sản không phải là quyền sở hữu và trong trường hợp cần thiết, chủ nợ có thể sử dụng quyền này đối kháng với tất cả mọi người. Thỏa thuận cũng có thể chỉ ra hình thức trả nợ cụ thể như, nếu chủ nợ có quyền chiếm hữu thực tế tài sản và tài sản đó tạo ra hoa lợi thì hoa lợi được sử dụng để trả lãi (nếu có thỏa thuận về lãi) hoặc để trả cho chính khoản nợ đó, hoặc chủ nợ sẽ được hưởng những hoa lợi trong suốt thời gian hợp đồng có hiệu lực. Thỏa thuận cũng có thể dự liệu giải pháp cho phép chủ nợ được quyền giữ tài sản cầm cố nếu con nợ không trả được nợ. Ngoài ra, Luật La Mã cổ còn cho phép chủ nợ được quyền bán tài sản cầm cố mặc dù chủ nợ không phải là chủ sở hữu bởi cho rằng, quyền bán tài sản cầm cố đã được ngầm định trong thỏa thuận cầm cố. Tuy nhiên, Luật La Mã cũng cho phép con nợ nhận lại số tiền còn lại từ số tiền bán tài sản sau khi đã thanh toán khoản nợ[37].

BLDS 2015 mặc dù không liệt kê các vật quyền bảo đảm trong Điều 159, nhưng với quy định của khoản 1 Điều 160 và các quy định tại Mục 3, Chương XV, Phần thứ ba BLDS 2015 có thể nói, quy định "…quyền khác đối với tài sản được xác lập, thực hiện trong trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định" đã gián tiếp ghi nhận sự tồn tại của các vật quyền bảo đảm.

Dựa trên học thuyết vật quyền, học thuyết phân biệt vật quyền và trái quyền, BLDS 2015 đã có sự phân biệt hiệu lực giữa các bên trong hợp đồng bảo đảm và hiệu lực với người thứ ba, cũng như nêu rõ sự tồn tại cần thiết của mối liên hệ giữa các biện pháp bảo đảm và nghĩa vụ được bảo đảm (nghĩa vụ chính) với mục đích ghi nhận sự tồn tại của các biện pháp bảo đảm là nhằm bảo đảm sự an toàn cho các quan hệ nghĩa vụ chính[38].

Ảnh hưởng của học thuyết vật quyền đến quy định của BLDS 2015 về các biện pháp bảo đảm đối vật được thể hiện rõ qua các quy định ghi nhận các đặc tính quan trọng của các biện pháp bảo đảm đối vật gồm: là vật quyền phụ thuộc, đặc tính đối kháng, đặc tính ưu tiên và đặc tính truy đòi[39].

Như vậy, có thể nhận thấy, công cuộc pháp điển hóa Luật dân sự ở Việt Nam cũng không nằm ngoài quy luật pháp điển hóa nói chung là chịu ảnh hưởng bởi các học thuyết pháp lý quan trọng của nhân loại. Điều này giúp cho BLDS 2015 tương thích hơn với pháp luật tư thế giới, giúp cho BLDS Việt Nam có tính ổn định, cũng như góp phần không nhỏ cho việc hình thành tư duy pháp luật dân sự có tính hệ thống.

---

[36] Xem Roger J.Goebel, Reconstructing the roman law of real security, Tulane Law Review, Volume 36, 1961, tr.29.

[37] Xem Bram Akkermans, The principles of Numerus Clausus in European property law, 2008, tr.37 - 42.

[38] Xem Điều 299, Điều 328, khoản 2 Điều 329, Điều 332, Điều 335, khoản 1 Điều 342, Điều 346 BLDS năm 2015.

[39] Xem Bùi Thị Thanh Hằng, Nguyễn Anh Thư, Một số nội dung đáng lưu ý của Phần thứ hai "Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản" trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 (340), 2016, tr.10 - 19.

THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG KHI HOÀN CẢNH THAY ĐỔI CƠ BẢN

Ngô Thu Trang*
Nguyễn Thế Đức Tâm**

Tóm tắt: *Bài viết tìm hiểu vấn đề thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản dưới góc độ Luật so sánh, từ đó, đưa ra một số bình luận về Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015.*

Abstract: *This paper analyses contract implementation in hardship from the comparison perspective. On that basis, it provides comments on Article 420 of the Civil Code of 2015.*

Đặt vấn đề

Nguyên tắc *pacta sunt servanda* (nguyên tắc về tính chất ràng buộc của hợp đồng) là một trong những nguyên tắc cơ bản của luật hợp đồng. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, việc áp dụng cứng nhắc nguyên tắc này có thể dẫn đến sự bất hợp lý hoặc bất công cho một bên trong hợp đồng. Do đó, việc cân bằng giữa nguyên tắc *pacta sunt servanda* và nguyên tắc *rebus sic stantibus* (nguyên tắc cho phép điều chỉnh hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi) là vấn đề cần được quan tâm. Hầu hết các hệ thống pháp luật trên thế giới đều ghi nhận trường hợp khi hoàn cảnh thay đổi đến mức làm cho bên có nghĩa vụ không thể thực hiện nghĩa vụ của mình, hay còn gọi là "bất khả kháng" (*force majeure*), là một trong những căn cứ để miễn trách nhiệm cho bên không thực hiện nghĩa vụ[1]. Bên cạnh đó, còn có trường hợp khi hoàn cảnh thay đổi, tuy chưa đến mức khiến một bên không thể thực hiện nghĩa vụ, nhưng làm cho chi phí thực hiện nghĩa vụ tăng lên quá mức, gây ra bất công đối với bên có nghĩa vụ. Trường hợp này thường được gọi là "hoàn cảnh thay đổi cơ bản". Tuy nhiên, trong các hệ thống pháp luật hiện nay còn tồn tại nhiều quan điểm khác biệt đối với việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản này.

Thực tiễn tài phán tại Việt Nam cũng từng ghi nhận nhiều trường hợp liên quan, mà vụ án dưới đây là một ví dụ. Năm 2010, Công ty M (trụ sở tại Đắk Lắk) ký hợp đồng với Công ty T (trụ sở tại Tp. Hồ Chí Minh) để thiết kế một hệ thống chế biến cà phê cho Công ty M. Tổng giá trị hợp đồng là hơn bốn tỷ đồng, thời hạn Công ty T phải bàn giao hệ thống chế biến là hai năm, kể từ khi ký hợp đồng. Một năm sau, Công ty T tạm ngưng công việc, yêu cầu Công ty M ký thêm phụ lục hợp đồng theo hướng tăng giá lên do hoàn cảnh thay đổi. Theo Công ty T, tại thời điểm hai bên ký hợp đồng, nhiều bộ phận, thiết bị để chế tạo hệ thống chế biến cà phê không phải nhập ngoại do các công ty trong nước có thể sản xuất được. Tuy nhiên, sau khi có quy định mới của Nhà nước thì một số linh kiện không có hàng

* Vụ Pháp luật dân sự – kinh tế, Bộ Tư pháp.
** Học viên cao học, Đại học Paris II, Cộng hòa Pháp.

[1] Egidijus Baranauskas and Paulius Zapolskis (2009), The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract, Jurisprudence, Vol. 118, No. 4, p. 198.

trong nước, khiến Công ty T phải nhập khẩu từ nước ngoài, và giá thành tăng gấp ba lần. Nếu không tăng giá hợp đồng thì Công ty T sẽ bị lỗ nặng, và không thể tiếp tục kinh doanh. Công ty M không đồng ý, cho rằng Công ty T đã "cố tình viện lý do để đơn phương chấm dứt hợp đồng" nên khởi kiện, yêu cầu Công ty T phải tiếp tục thực hiện công việc theo đúng thời hạn đã cam kết, nếu không sẽ phải chịu phạt vi phạm hợp đồng.

Tại phiên xét xử sơ thẩm, Công ty T đề nghị Tòa án cho phép hai bên được điều chỉnh hợp đồng với một giá thành hợp lý hơn. Tuy nhiên, Tòa án đã không chấp nhận và tuyên buộc Công ty T phải tiếp tục thực hiện hợp đồng theo đúng thời gian và mức giá trong hợp đồng, nếu không sẽ chịu phạt vi phạm hợp đồng. Theo Tòa án, dù hoàn cảnh thực tế thay đổi khiến giá thành sản xuất tăng cao, nhưng pháp luật không cho phép điều chỉnh lại trong tình huống này, nên Công ty T phải tôn trọng hợp đồng đã ký. Công ty T kháng cáo. Tại phiên xét xử phúc thẩm sau đó, Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh cũng tuyên giữ nguyên bản án sơ thẩm[2].

Có thể thấy, sự thiếu vắng các quy định điều chỉnh trường hợp khi hoàn cảnh thay đổi đến mức gây thiệt hại rõ rệt cho một bên nếu tiếp tục thực hiện hợp đồng như thỏa thuận ban đầu đã làm cho cả cơ quan tài phán và các bên gặp nhiều lúng túng trong quá trình giải quyết tranh chấp. Chính vì vậy, Bộ luật Dân sự năm 2015 với nhiều quy định mới mang tính đột phá, đã quy định về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản tại Điều 420.

1. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo pháp luật một số quốc gia trên thế giới và Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 về hợp đồng thương mại quốc tế

1.1. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo pháp luật Pháp

Trước đây, Bộ luật Dân sự Pháp năm 1804 chỉ ghi nhận nguyên tắc *pacta sunt servanda* tại Điều 1134, mà không có quy định chung về việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi. Vì vậy, các Tòa án tư pháp (*ordre judiciaire*) luôn tuân thủ triệt để nguyên tắc *pacta sunt servanda*, theo đó, một bên chỉ được miễn trách nhiệm trong trường hợp bất khả kháng (*force majeure*). Sự tuân thủ này được định hình từ quan điểm pháp lý của Tòa Phá án (*Cour de Cassation*) trong án lệ *Canal de Craponne*. Theo đó, năm 1567, các bên giao kết hợp đồng dịch vụ dẫn nước từ con kênh Crappone vào khu vườn lân cận. Sau ba thế kỷ, giá dịch vụ dần trở nên bất hợp lý, thậm chí không đủ để bù đắp chi phí vận hành con kênh. Năm 1873, Tòa Phúc thẩm (*Cour d'Appel*) Aix cho phép bên cung cấp dịch vụ (chủ của con kênh) được tăng giá dịch vụ để phù hợp với hoàn cảnh mới. Tuy nhiên, năm 1876, Tòa Phá án hủy bỏ bản án trên vì cho rằng: "Điều 1134 của Bộ luật Dân sự Pháp là một quy định chung và tuyệt đối, do đó, các Tòa án dù cho rằng quyết định của mình là hợp lý cũng không được sử dụng yếu tố thời gian và hoàn cảnh để làm căn cứ thay đổi hợp đồng do các bên xác lập"[3]. Cách hiểu và áp dụng nguyên tắc *pacta sunt servanda* như trên trở thành quan điểm

[2] Thanh Tùng (2015), "Hoàn cảnh thay đổi, được điều chỉnh hợp đồng", Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, tham khảo trực tuyến tại: http://plo.vn/phap-luat/hoan-canh-thay-doi-duoc-dieu-chinh-hop-dong-543671.html, truy cập ngày 25/11/2016.

[3] Cour de Cassation, Civ., 6 mars 1876.

thống trị gần như tuyệt đối trong thực tiễn tài phán tại Pháp suốt nhiều thế kỷ.

Tuy nhiên, riêng trong lĩnh vực hợp đồng hành chính, các Tòa án hành chính (*ordre administratif*) lại có cách tiếp cận linh hoạt hơn. Điều này xuất phát từ quan điểm pháp lý của Tham chính Viện (*Conseil d'Etat*) trong án lệ *Gaz de Bordeaux*. Năm 1904, thành phố Bordeaux và một công ty tư nhân giao kết hợp đồng, theo đó, công ty này cung cấp phần lớn điện và khí đốt cho thành phố trong vòng 30 năm. Sau khi Thế chiến thứ nhất nổ ra, giá than đá tăng từ 35 franc lên 117 franc mỗi tấn, nên công ty tư nhân yêu cầu tăng giá dịch vụ để phù hợp với hoàn cảnh mới. Tham chính Viện đã chấp nhận yêu cầu này và giải thích: do chiến tranh, giá than đá đã tăng đột biến và giá dịch vụ không còn phù hợp với hoàn cảnh. Do đó, thành phố Bordeaux phải "bồi thường" cho công ty tư nhân[4]. Các Tòa án hành chính đã áp dụng án lệ *Gaz de Bordeaux* trong nhiều vụ việc tương tự sau này. Điều này xuất phát từ lý do các hợp đồng hành chính thường liên quan đến lợi ích công cộng và nếu việc thực hiện các hợp đồng bị tạm dừng do hoàn cảnh thay đổi sẽ gây ra hậu quả xấu cho dân cư.

Năm 2016, Bộ luật Dân sự Pháp trải qua một đợt sửa đổi quan trọng liên quan đến luật nghĩa vụ (*droit des obligations*). Việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi đã được ghi nhận tại Điều 1195 Bộ luật Dân sự Pháp[5]. Theo đó, nếu sau khi giao kết hợp đồng, hoàn cảnh thay đổi cơ bản đến mức làm cho chi phí thực hiện nghĩa vụ đó tăng lên, mà bên bị bất lợi không thể gánh chịu rủi ro về sự kiện này, họ có quyền yêu cầu tiến hành đàm phán lại hợp đồng. Trong quá trình đàm phán lại hợp đồng, bên bị bất lợi vẫn phải thực hiện nghĩa vụ. Nếu các bên không thỏa thuận được, các bên có quyền hủy bỏ hợp đồng, hoặc cùng yêu cầu Tòa án sửa đổi hợp đồng. Nếu sau một thời hạn hợp lý mà hai bên không thỏa thuận được, Tòa án, theo yêu cầu của một bên, có quyền sửa đổi hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng vào ngày và theo các điều kiện do Tòa án quyết định.

1.2. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo pháp luật Anh

Pháp luật Anh, cho đến thế kỷ XIX vẫn thừa nhận quan điểm hợp đồng có giá trị ràng buộc tuyệt đối. Ví dụ, trong án lệ *Paradine v. Jane* vào thế kỷ XVII, Tòa án cho rằng, "trong trường hợp mà luật pháp đặt ra nghĩa vụ và một bên không thể thực hiện nghĩa vụ đó, cũng như không thể có biện pháp khắc phục thì luật pháp sẽ miễn trách nhiệm cho bên đó… Tuy nhiên, trong trường hợp hợp đồng đặt ra một nghĩa vụ thì dù xảy ra sự cố gì, một bên vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đó, bởi vì đây là nghĩa vụ họ tự quy định trong hợp đồng"[6]. Quan điểm này chỉ thay đổi vào năm 1863, khi các Tòa án Anh phát triển học thuyết về sự tiêu giải của hợp đồng (*frustration of contract*) trong án lệ *Taylor v. Caldwell*. Ban đầu, học thuyết này cho rằng, hợp đồng chỉ bị tiêu giải (*frustrated*) khi đối tượng của hợp đồng không còn nữa. Tuy nhiên, sau đó phạm vi áp dụng của học thuyết được mở rộng sang mục đích của hợp đồng không còn nữa (*frustration of purpose*). Trong án lệ *Krell v.*

[4] Conseil d'Etat, 30 mars 1916.

[5] Điều 1195 Bộ luật Dân sự Pháp, tham khảo trực tuyến tại: https://www.legifrance.gov.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006436705, truy cập lần cuối ngày 25/11/2016.

[6] Paradine v. Jane [1647] EWHC KB J5.

Henry, bị đơn thuê phòng của nguyên đơn để chứng kiến lễ đăng quang của Vua Edward VII. Tuy nhiên, nhà vua bị bệnh bất ngờ và lễ đăng quang bị dời lại vài ngày. Bị đơn từ chối trả tiền thuê phòng và được Tòa án chấp nhận, bởi vì "lễ đăng quang là mục đích của hợp đồng và việc lễ đăng quang không diễn ra giải phóng các bên khỏi việc thực hiện hợp đồng"[7].

Mặc dù, học thuyết về sự tiêu giải của hợp đồng tỏ ra linh hoạt hơn khái niệm bất khả kháng, nhưng các Tòa án Anh hiếm khi chấp nhận sự thay đổi cơ bản của hoàn cảnh như là căn cứ để áp dụng học thuyết này. Hơn nữa, ngay cả khi học thuyết này được áp dụng, Tòa án Anh cũng không có quyền sửa đổi hợp đồng giữa các bên mà chỉ có quyền tuyên bố chấm dứt hợp đồng[8].

1.3. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo pháp luật Đức

Trước khi Thế chiến thứ nhất nổ ra, pháp luật Đức cũng có quan điểm khắt khe về khả năng sửa đổi hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi. Theo đó, pháp luật Đức chỉ ghi nhận học thuyết về việc không thể thực hiện nghĩa vụ (*unmöglichkeit*)[9]. Tuy nhiên, tình hình kinh tế sau Thế chiến thứ nhất, đặc biệt là sự siêu lạm phát, khiến cho nhiều hợp đồng trở nên vô lý. Vào thời điểm này, Bộ luật Dân sự Đức năm 1896 không cho phép Tòa án được sửa đổi hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi. Vì vậy, các Tòa án Đức đã giải quyết một số tranh chấp dựa trên học thuyết về việc không thể thực hiện nghĩa vụ nhưng lại vấp phải sự phản đối. Sau đó, Giáo sư Oertmann phát triển học thuyết mới về căn cứ của hợp đồng (*geschäftsgrundlage*)[10]. Theo học thuyết này, mong đợi của một bên trong việc thực hiện hợp đồng phải trùng khớp với mong đợi của bên kia hoặc bên kia phải được thông báo rõ ràng về mong đợi này. Nếu sau khi hợp đồng được giao kết mà hoàn cảnh thay đổi cơ bản thì căn cứ của hợp đồng không còn nữa, và Tòa án có quyền giải phóng các bên khỏi nghĩa vụ thực hiện hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng nhằm tái lập sự cân bằng. Học thuyết này của Giáo sư Oertmann nhanh chóng được các Tòa án Đức đón nhận và áp dụng trong thời gian dài[11].

Năm 2002, Bộ luật Dân sự Đức có sửa đổi quan trọng và việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi đã được ghi nhận tại Điều 313. Khoản 1 Điều 313 quy định rằng, nếu sau khi hợp đồng được giao kết mà hoàn cảnh thay đổi cơ bản đến mức các bên sẽ không giao kết hợp đồng hoặc sẽ giao kết hợp đồng khác đi nếu họ tiên liệu được sự thay đổi này, thì hợp đồng có thể được sửa đổi, trong chừng mực xét theo hoàn cảnh liên quan; và khoản 3 Điều 313 quy định, nếu việc sửa đổi hợp đồng không thể thực hiện được hoặc không hợp lý cho một bên thì bên bị bất lợi có quyền chấm dứt hợp đồng[12].

1.4. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 về hợp đồng thương mại quốc tế

[7] Krell v. Henry [1903] 2 KB 740.

[8] Egidijus Baranauskas and Paulius Zapolskis (2009), The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract, Jurisprudence, Vol. 118, No. 4, p. 203.

[9] Điều 275 Bộ luật Dân sự Đức, tham khảo trực tuyến tại: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__275.html, truy cập lần cuối ngày 25/11/2016.

[10] Paul Oertmann (1921), Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig und Erlangen.

[11] BGH MDR 1953, 282.

[12] Điều 313 Bộ luật Dân sự Đức, tham khảo trực tuyến tại: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__313.html truy cập lần cuối ngày 25/11/2016.

Việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản - "hardship" được quy định tại các điều 6.2.1 – 6.2.3 Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 về hợp đồng thương mại quốc tế. Điều 6.2.1 Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 thiết lập nguyên tắc chung về việc áp dụng hardship: "Các bên có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ của mình, ngay cả khi chi phí thực hiện nghĩa vụ đó tăng lên, với điều kiện tuân thủ các quy định dưới đây về hardship"[13]. Như vậy, quy định đầu tiên về hardship nhấn mạnh tầm quan trọng của nguyên tắc *pacta sunt servanda* và không cho phép các bên được mặc nhiên tạm dừng hoặc chấm dứt thực hiện nghĩa vụ mỗi khi hoàn cảnh thay đổi. Điều 6.2.2 Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 đưa ra định nghĩa về hardship, đó là các sự kiện làm thay đổi cơ bản sự cân bằng giữa các nghĩa vụ hợp đồng, hoặc do chi phí thực hiện nghĩa vụ tăng lên, hoặc do giá trị của nghĩa vụ đối trừ giảm xuống, và:

a. Các sự kiện này xảy ra hoặc bên bị thiệt hại chỉ biết đến sau khi giao kết hợp đồng;

b. Bên bị bất lợi đã không thể tính một cách hợp lý đến các sự kiện đó khi giao kết hợp đồng;

c. Các sự kiện này nằm ngoài sự kiểm soát của bên bị bất lợi; và

d. Bên bị bất lợi không gánh chịu rủi ro về các sự kiện này[14].

Điều 6.2.3 Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 quy định về hệ quả của trường hợp hardship. Cách xử lý trường hợp hardship trải qua hai giai đoạn. Giai đoạn thứ nhất chú trọng vào thỏa thuận giữa các bên, theo đó, bên bị bất lợi có quyền yêu cầu tiến hành đàm phán lại hợp đồng. Yêu cầu này phải được đưa ra không chậm trễ và phải có căn cứ. Khi các bên đàm phán lại hợp đồng, họ phải nỗ lực đạt được thỏa thuận và phải tuân thủ nguyên tắc thiện chí. Giai đoạn hai, nếu các bên không thỏa thuận được trong một thời hạn hợp lý thì mỗi bên có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết. Nếu xác định có hoàn cảnh hardship và thấy hợp lý, Tòa án có thể:

a. Chấm dứt hợp đồng vào ngày và theo các điều kiện do Tòa án quyết định; hoặc

b. Sửa đổi hợp đồng nhằm thiết lập lại sự cân bằng giữa các nghĩa vụ hợp đồng[15].

Theo Điều 6.2.3 Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010, Tòa án có quyền chọn một trong hai biện pháp: chấm dứt hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng. Vấn đề đặt ra là, Tòa án nên ưu tiên biện pháp nào. Một trong những nguyên tắc nền tảng để xây dựng Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 là nguyên tắc bảo tồn hiệu lực của hợp đồng (*favor contractus*), do đó, Tòa án khi áp dụng Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 nên ưu tiên biện pháp sửa đổi hợp đồng nhằm duy trì mối quan hệ hợp đồng giữa các bên[16]. Ngoài ra, Tòa án có quyền chấm dứt hợp đồng vào ngày và theo các điều kiện do Tòa án quyết định. Điều này giúp Tòa án được quyền tùy nghi lớn hơn trong nhiều vấn đề, ví dụ như phân chia chi phí và xác định mức bồi thường.

[13] UNIDROIT (2010), UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, p. 212.

[14] UNIDROIT (2010), UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, p. 213.

[15] UNIDROIT (2010), UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, p. 218.

[16] Michael Joachim Bonell (2005), An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Third Edition, Transnational Publishers, pp. 117 – 124.

2. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo pháp luật Việt Nam

2.1. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản trước khi có Bộ luật Dân sự năm 2015

Bộ luật Dân sự năm 2005 không có quy định cụ thể về việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Trong một số văn bản luật chuyên ngành, đã tồn tại bóng dáng của việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản nhưng nội dung của các quy định này không hoàn toàn giống nhau về bản chất pháp lý. Ví dụ, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010) quy định về việc thay đổi phí bảo hiểm do cơ sở tính phí bảo hiểm thay đổi như sau:

"Điều 20. Thay đổi mức độ rủi ro được bảo hiểm

1. Khi có sự thay đổi những yếu tố làm cơ sở để tính phí bảo hiểm, dẫn đến giảm các rủi ro được bảo hiểm thì bên mua bảo hiểm có quyền yêu cầu doanh nghiệp bảo hiểm giảm phí bảo hiểm cho thời gian còn lại của hợp đồng bảo hiểm. Trong trường hợp doanh nghiệp bảo hiểm không chấp nhận giảm phí bảo hiểm thì bên mua bảo hiểm có quyền đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng bảo hiểm, nhưng phải thông báo ngay bằng văn bản cho doanh nghiệp bảo hiểm.

2. Khi có sự thay đổi những yếu tố làm cơ sở để tính phí bảo hiểm, dẫn đến tăng các rủi ro được bảo hiểm thì doanh nghiệp bảo hiểm có quyền tính lại phí bảo hiểm cho thời gian còn lại của hợp đồng bảo hiểm. Trong trường hợp bên mua bảo hiểm không chấp nhận tăng phí bảo hiểm thì doanh nghiệp bảo hiểm có quyền đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng bảo hiểm, nhưng phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên mua bảo hiểm".

Có thể nói, quy định trên là minh chứng rõ ràng cho việc thay đổi các yếu tố làm cơ sở tính phí bảo hiểm dẫn đến việc một bên bị thiệt hại trong quan hệ bảo hiểm, và bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu thỏa thuận theo chiều hướng có lợi để giảm thiểu thiệt hại cho chính mình. Ở quy định này, nhà làm luật đã cho phép bên bị thiệt hại do hoàn cảnh thay đổi cơ bản có quyền: (i) Yêu cầu thỏa thuận lại với bên kia về điều khoản gây bất lợi cho mình, cụ thể là về phí bảo hiểm; (ii) Nếu không thỏa thuận được có quyền đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng, nhưng có nghĩa vụ phải thông báo ngay cho bên kia. Tuy có bóng dáng của Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015, nhưng đây chỉ là quy định về hai hình thức chấm dứt hợp đồng: (1) Đình chỉ thực hiện hợp đồng theo pháp luật thương mại (khoản 5 Điều 292, Điều 310, Điều 311 Luật Thương mại năm 2005), và (2) Chấm dứt hợp đồng theo pháp luật dân sự (Điều 422 Bộ luật Dân sự năm 2015). Do vậy, Điều 20 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010) cho phép bên bị thiệt hại chủ động đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng, trong khi đó, nếu áp dụng trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015, bên bị thiệt hại chỉ được chấm dứt hợp đồng theo thỏa thuận giữa các bên hoặc theo quyết định của Tòa án, chứ không được đơn phương chấm dứt hợp đồng.

2.2. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Đây là quy định có ý nghĩa quan trọng và tiến bộ, phù hợp với

thông lệ quốc tế cũng như nguyên tắc thiện chí, trung thực trong việc xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự. Bên cạnh đó, Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng đặt ra một số vấn đề pháp lý cần nghiên cứu như sau:

Thứ nhất, theo điểm c khoản 1 Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015, một trong năm điều kiện của hoàn cảnh thay đổi cơ bản là "hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác". Quy định này cần được hướng dẫn cụ thể, bởi đây chỉ là điều kiện trung tâm để xác định sự thay đổi cơ bản của hoàn cảnh. Tiếp cận từ góc độ so sánh, bình luận chính thức của Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 1994 cho rằng: "Nếu việc thực hiện nghĩa vụ có thể quy đổi ra tiền, chi phí thực hiện nghĩa vụ hoặc giá trị của nghĩa vụ thay đổi từ 50% trở lên có thể được xem là thay đổi cơ bản"[17]. Tuy nhiên, nhận định trên không được các học giả ủng hộ, bởi vì họ cho rằng con số 50% được đưa ra là quá thấp và có phần tùy tiện[18]. Thực tiễn tài phán tại nhiều quốc gia cũng thể hiện rằng, sự thay đổi hoàn cảnh phải rất lớn mới được xem là hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Ví dụ, Tòa án Đức thường yêu cầu phần chi phí tăng thêm phải bằng hoặc hơn 150% chi phí ban đầu mới được coi là hoàn cảnh thay đổi cơ bản[19], trong khi Tòa án Nga thường yêu cầu mức tăng từ 100% trở lên so với chi phí ban đầu[20].

Thứ hai, khoản 3 Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định, trường hợp các bên không thể thỏa thuận về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, thì một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng. Tuy nhiên, "Tòa án chỉ được quyết định việc sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi". Các khái niệm "thiệt hại" và "các chi phí để thực hiện hợp đồng" trong điều luật này cần được làm rõ. Cụ thể, thiệt hại mà việc chấm dứt hợp đồng gây ra cho bên nào sẽ được sử dụng để so sánh với các chi phí để thực hiện hợp đồng? Thậm chí là có tính đến chi phí, lợi ích của người thứ ba hay không?

Ngoài ra, cách giải quyết của Bộ luật Dân sự năm 2015 có lẽ chưa phù hợp với nguyên tắc bảo tồn hiệu lực của hợp đồng (*favor contractus*). Bởi, Tòa án cần ưu tiên việc duy trì hiệu lực của hợp đồng bằng cách sửa đổi hợp đồng và chỉ khi nào việc sửa đổi hợp đồng không thể thực hiện được hoặc bất hợp lý cho bên còn lại thì Tòa án mới chấm dứt hợp đồng. Tiếp cận từ góc độ so sánh, mặc dù Điều 6.2.3 Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 cũng ghi nhận hai biện pháp là chấm dứt hợp đồng và sửa đổi hợp đồng mà không nêu rõ thứ tự ưu tiên, tuy nhiên, các học giả khi bình luận Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 đều cho rằng trong chừng mực hợp lý, biện pháp sửa đổi hợp đồng cần được ưu tiên hơn.

Thứ ba, khoản 4 Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định, trong quá trình đàm phán sửa đổi, chấm dứt hợp đồng hay khi Tòa án giải quyết vụ việc, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận

[17] UNIDROIT (1994), UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, p. 147.
[18] UNIDROIT (2003), Study L – Doc. 85, p. 15.
[19] BGHZ 90, 227; BGHZ 97, 171; BGHZ 111, 214, BGHZ 119, 220.
[20] Alexei G. Doudko (2000), Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, Uniform Law Review, Vol. 5, Issue 3, p. 496.

khác. Như vậy, "thỏa thuận khác" là căn cứ duy nhất để một trong các bên có thể hoãn thực hiện nghĩa vụ. Vấn đề đặt ra là, trong quá trình Tòa án giải quyết vụ việc, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời hay không? Với quy định hiện nay, nếu không thỏa thuận được, bên còn lại có thể cố tình trì hoãn giải quyết vụ việc tại Tòa án nhằm thu được nhiều lợi ích hơn và tiếp tục thực hiện hợp đồng gây thiệt hại cho bên kia. Quy định này chưa bảo vệ kịp thời cho bên yếu thế trong thời gian chờ Tòa án đưa ra quyết định cuối cùng.

Thứ tư, Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 chỉ đề cập đến vai trò của Tòa án mà không quy định vai trò của trọng tài thương mại. Theo Điều 6 Luật Trọng tài thương mại năm 2010, trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thoả thuận trọng tài, mà một bên khởi kiện tại Toà án thì Toà án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thoả thuận trọng tài vô hiệu hoặc thoả thuận trọng tài không thể thực hiện được. Như vậy, trong hoạt động thương mại, nếu các bên có thỏa thuận trọng tài thì trọng tài có thẩm quyền giải quyết việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản hay không? Tiếp cận từ góc độ so sánh, mặc dù các điều 6.2.1 – 6.2.3 Bộ Nguyên tắc UNIDROIT năm 2010 chỉ nhắc đến thuật ngữ "Tòa án", tuy nhiên, Điều 1.11 quy định "Tòa án" bao gồm cả "Hội đồng trọng tài"[21]. Cách hiểu này cần được áp dụng đối với Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015.

Thứ năm, hệ quả pháp lý của việc sửa đổi hợp đồng cần được hướng dẫn cụ thể hơn nhằm xác định các nghĩa vụ và trách nhiệm trước, trong, và sau khi sửa đổi hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Có quan điểm cho rằng, việc sửa đổi hợp đồng phải đảm bảo các yêu cầu sau: (i) Các điều khoản mới có hiệu lực thay thế cho các điều khoản đã bị sửa đổi; (ii) Việc sửa đổi hợp đồng tuân theo hình thức của hợp đồng nếu hình thức là bắt buộc, và việc sửa đổi hợp đồng có thể nằm trong phần phụ lục của hợp đồng; (iii) Việc sửa đổi không được gây thiệt hại cho người thứ ba, trường hợp người thứ ba có lợi ích liên quan từ hợp đồng thì việc sửa đổi phải được người thứ ba đồng ý; (iv) Việc sửa đổi hợp đồng phải tuân thủ các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng; (v) Không làm thay đổi việc chọn luật áp dụng để giải quyết tranh chấp cũng như thời hiệu khởi kiện[22].

Kết luận

Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 là một quy định mới thể hiện sự tiến bộ trong tư duy lập pháp và tham khảo kinh nghiệm quốc tế của các nhà làm luật Việt Nam, đáp ứng nhu cầu thực tiễn và đảm bảo quyền lợi của bên yếu thế trong thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, đây là quy định mới và khá phức tạp. Để triển khai thi hành trên thực tiễn, cần có sự nghiên cứu và nhìn nhận nghiêm túc từ phía nhà làm luật, nhà nghiên cứu, đặc biệt là các thẩm phán trong việc giải quyết các vụ việc liên quan. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao nên xem xét ban hành nghị quyết hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015, đặc biệt là đối với các vấn đề đã được trình bày trong bài viết này.

[21] UNIDROIT (2010), UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, pp. 30 – 32.

[22] PGS.TS. Đỗ Văn Đại (chủ biên) (2016), Giáo trình pháp luật về hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Nxb. Hồng Đức, tr. 273 – 274.

VIỆC ÁP DỤNG NGUYÊN TẮC "CHỈ BẢO HỘ HÌNH THỨC, KHÔNG BẢO HỘ NỘI DUNG" CỦA LUẬT BẢN QUYỀN TRONG THỰC TIỄN XÉT XỬ Ở ANH, MỸ, ÚC VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Thị Lâm Nghi*

Tóm tắt: *Nguyên tắc "chỉ bảo hộ hình thức, không bảo hộ nội dung" là nguyên tắc cơ bản trong Luật bản quyền, nhưng khái niệm "hình thức" và "nội dung" lại không được quy định cụ thể. Trên thực tế, các quốc gia như Anh, Mỹ hay Úc sử dụng các án lệ để giải quyết sự khiếm khuyết này. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng nguyên tắc bộc lộ sự không chắc chắn khi phân định nội dung và hình thức của tác phẩm, khiến cho tòa án ra phán quyết mâu thuẫn nhau. Bài viết làm rõ sự bất cập đó qua việc phân tích một số án lệ điển hình ở các quốc gia trên và rút ra kinh nghiệm cho Việt Nam.*

Abstract: *The principle of expression protection (no idea protection) is a basic principle in copyright laws. However, the concepts of "expression" and "idea" have not been defined adequately. In practice, case law has been used in the UK, US and Australia to clarify those although court decisions could not be consistent. This article analyses relevant shortcomings through cases in those countries and draws out implications for Vietnam.*

Mỗi hệ thống pháp luật ở những quốc gia khác nhau có những quy định đặc trưng riêng về vấn đề bảo hộ quyền tác giả, dù vậy, nguyên tắc chỉ bảo hộ hình thức, không bảo hộ nội dung tác phẩm được chấp nhận rộng rãi trên thế giới. Theo nguyên tắc này, chỉ hình thức thể hiện của tác phẩm mới là đối tượng được bảo hộ quyền tác giả chứ không phải nội dung hay ý tưởng trong tác phẩm đó. Các nhà làm luật và tòa án phải xác định rõ ràng đâu là hình thức/cách diễn đạt và đâu là nội dung/ý tưởng của tác phẩm[1]. Đây là một trong những nguyên tắc trụ cột về phạm vi quyền tác giả, bắt nguồn từ nhu cầu cân bằng giữa lợi ích chung của xã hội và lợi ích của riêng chủ thể quyền[2]. Nói cách khác, luật xem các ý tưởng nói chung là tài sản của cộng đồng, do đó, không ai có thể sở hữu chúng; ngược lại, hình thức mà tác giả sử dụng để diễn đạt tác phẩm (cách sử dụng từ ngữ, cách xây dựng tính cách nhân vật, cách chọn lọc, sắp xếp các chi tiết thành tổng thể,…) sẽ thuộc độc quyền của tác giả.

1. Khái niệm "hình thức/cách diễn đạt" và "ý tưởng/nội dung"

Mặc dù sự phân định ý tưởng/nội dung và hình thức/cách diễn đạt được coi là nguyên tắc nền tảng của luật về quyền tác giả, nhưng chưa có định nghĩa cụ thể nào về "hình thức/cách diễn đạt" và "ý tưởng/nội

* ThS., Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

[1] Trong bài viết này, tác giả sử dụng khái niệm ý tưởng và nội dung, hình thức và cách diễn đạt như những từ đồng nghĩa, thay thế cho nhau.

[2] Patricia Loughlan, *The Marketplace of ideas and the idea – expression distinction of copyright*, Adelaide Law Review, 2002, p.42.

dung" của tác phẩm. Thay vào đó, luật một số quốc gia ghi nhận và ngầm định những đối tượng không được bảo hộ quyền tác giả đồng nghĩa với việc coi đó là ý tưởng/nội dung của tác phẩm[3].

Cách quy định như vậy chưa thể hiện đầy đủ nội hàm của các khái niệm. Ở Mỹ, Anh hay Úc, vai trò của tòa án rất lớn trong việc xác định cụ thể cũng như vạch rõ ranh giới giữa chúng. Tuy nhiên, ngay cả tòa án cũng gặp nhiều khó khăn do sự không nhất quán khi đưa ra các định nghĩa. Ví dụ, trong vụ án *Atari, Inc. v. Amusement World* ở Mỹ[4], tòa án xem "ý tưởng" là những "điều trừu tượng" và không thể được bảo hộ, trong khi vụ *Midway Mfg. Co. v. Bandai – America*[5] tòa án lại định nghĩa "ý tưởng" là bất cứ sự biểu đạt nào không được bảo hộ trong một tác phẩm.

Như vậy, không dễ đưa ra một định nghĩa hoàn chỉnh, để từ đó có thể vạch ra ranh giới giữa khái niệm "hình thức" và "nội dung". Điều đó bắt nguồn từ hai nguyên nhân:

Thứ nhất, "ý tưởng/nội dung", là một khái niệm trừu tượng, theo triết học phương Tây, là phạm trù thuộc về/hoặc phản ánh tinh thần của con người, thậm chí còn được sử dụng đồng nghĩa với chính từ "khái niệm" (concepts)[6]. Triết học Mác – Lênin lại định nghĩa: "nội dung" là phạm trù dùng để chỉ "sự tổng hợp tất cả những mặt, những yếu tố, những quá trình tạo nên sự vật, hiện tượng"; còn "hình thức" là phạm trù dùng để chỉ "phương thức tồn tại và phát triển của sự vật, hiện tượng đó, là hệ thống các mối liên hệ tương đối bền vững giữa các yếu tố của nó"[7]. Xuất phát từ những quan điểm triết lý này, một số học giả cho rằng, "ý tưởng" hay "nội dung" của tác phẩm là một khái niệm trừu tượng ẩn đằng sau hoặc tách khỏi sự diễn đạt cụ thể[8]; ngược lại, "hình thức" là sự biểu hiện cụ thể của chúng.

Thứ hai, hình thức và nội dung về bản chất là hai mặt không thể tách rời của một sự vật, hiện tượng. Học thuyết Mác – Lênin cho rằng, "hình thức" và "nội dung" của một sự vật, hiện tượng luôn có mối quan hệ biện chứng với nhau, không có một "nội dung" nào không được chứa đựng trong một "hình thức" cụ thể; và ngược lại, không một "hình thức" nào lại không thể chứa đựng

[3] Ví dụ, Điều 102 (b) Đạo luật Bản quyền 1976 của Hoa Kỳ quy định việc bảo hộ quyền tác giả "không áp dụng cho bất cứ ý tưởng, biện pháp, quy trình, hệ thống, phương pháp vận hành, khái niệm, nguyên lý hoặc phát minh, bất chấp hình thức diễn đạt..."; Luật Quyền tác giả Nhật Bản cũng quy định tại Điều 10(3) rằng, đối với chương trình máy tính, phạm vi bảo hộ tác phẩm không bao gồm ngôn ngữ lập trình, quy tắc và thuật toán sử dụng tạo nên chương trình máy tính đó; Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam năm 2005 (được sửa đổi, bổ sung năm 2009) Điều 15 quy định, các đối tượng không thuộc phạm vi bảo hộ quyền tác giả bao gồm: (1) Tin tức thời sự tuần túy đưa tin; (2) Văn bản quy phạm pháp luật, văn bản hành chính, văn bản khác thuộc lĩnh vực tư pháp và bản dịch chính thức của văn bản đó; và (3) Quy trình, hệ thống, phương pháp hoạt động, khái niệm, nguyên lý, số liệu.

[4] *Atari, Inc. v. Amusement World,* 547 Federal Supplement, volume 547, (1981), p.228.

[5] *Midway Mfg. Co. v. Bandai – America,* Federal Supplement, volume 546, p.148.

[6] Robert Audi, *Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge University Press, New York, (1995), p.355; Oxford Dictionaries, http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/idea, truy cập ngày 10/9/2016.

[7] TS. Phạm Văn Sinh và GS.TS. Phạm Quang Phan (chủ biên), *Giáo trình Những nguyên lý cơ bản của chủ nghĩa Mác – Lênin*, Bộ Giáo dục và Đào tạo, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2016, tr. 83.

[8] Melville B. Nimmer, *The Law of Ideas*, Southern California Law Review, volume 27, (1954), p.119.

trong một "nội dung" nhất định[9]. Chính vì mối quan hệ biện chứng khăng khít này khiến cho việc phân định hình thức/nội dung gặp rất nhiều trở ngại. Thông thường, một "nội dung" có thể chứa đựng trong nhiều "hình thức" khác nhau. Tuy nhiên, có những trường hợp, một "nội dung" khó có nhiều hơn một hình thức biểu đạt nhất định trên thực tế; khi đó, việc phân định đâu là nội dung, đâu là hình thức thật sự khó khăn. Trường hợp này xảy ra khi các tác phẩm mang tính ứng dụng – nơi chức năng chỉ có thể được thể hiện dưới một hình thức duy nhất.

Trong án lệ *Kendrick v. Lawrence* ở Anh[10], thẩm phán Wills cho rằng, hình thức và nội dung của các sản phẩm mang tính ứng dụng (utilitarian work, functional works), như tấm thẻ bầu cử được thiết kế cho những người mù chữ trong vụ kiện này, là rất khó phân biệt, bởi lẽ "hình vuông chỉ có thể được vẽ như một hình vuông, hình tròn chỉ có thể được vẽ như một hình tròn,… hiếm có nhiều hơn một cách để vẽ một cây bút chì hoặc bàn tay cầm cây bút chì đó"[11]. Vấn đề càng phức tạp hơn trong thời đại kỹ thuật số ngày nay, khi các tác phẩm được tạo lập từ mã lệnh (code), như chương trình máy tính. Các chuyên gia cho rằng, với cách thức thể hiện số hoá này, thật sự không có sự tách bạch rõ ràng giữa chức năng và hình thức thể hiện của sản phẩm[12].

Như vậy, cả luật thực định lẫn các án lệ đều không đưa ra được định nghĩa rõ ràng cho khái niệm hình thức và nội dung của tác phẩm. Điều đó dẫn đến các phán quyết thiếu thống nhất, thậm chí hoàn toàn mâu thuẫn nhau trên thực tế.

2. Thực tiễn áp dụng nguyên tắc "chỉ bảo hộ hình thức, không bảo hộ nội dung" trong hoạt động xét xử ở Anh, Úc và Mỹ

2.1. Đối với tác phẩm văn học truyền thống

2.1.1. Tác phẩm sử dụng các sự kiện lịch sử hay dựa trên thực tế (non-fiction works)

Nhìn chung, các tòa án đều thống nhất bản thân sự kiện lịch sử thuộc phạm trù nội dung, nhưng việc xác định hình thức được bảo hộ quyền tác giả lại là một vấn đề khó khăn. Trong những vụ án như vậy, mỗi tòa án lại ra những phán quyết trái ngược nhau.

Ở Anh, trong vụ án *Baigent and Another v. Random House Group Ltd* (án lệ *Da Vinci Code*)[13] năm 2007, nguyên đơn là 2 trong số 3 tác giả và nhà xuất bản của tác phẩm "The Holy Blood and Holy Grail" (HBHG) đã cáo buộc Dan Brown xâm phạm tác quyền khi sử dụng "điểm chủ đạo"(central theme)[14] trong HBHG để sáng

[9] TS. Phạm Văn Sinh và GS.TS. Phạm Quang Phan (chủ biên), *Giáo trình Những nguyên lý cơ bản của chủ nghĩa Mác – Lênin*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2016, tr. 84.

[10] *Kendrick v. Lawrence,* Queen Bench Division, volume 25, (1890), p.99.

[11] *Kendrick v. Lawrence,* Queen Bench Division, volume 25, (1890), p.14.

[12] Shubha Ghosh, *Deprivatizing Copyright*, Case Western Reserve Law Review, số 54, 2003, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=443600, truy cập ngày 10/9/2016.

[13] *Baigent and Another v. Random House Group Ltd,* Intelectual Property Reports, volume 72, (2007), p.195.

[14] Trong phán quyết phúc thẩm, thẩm phán Mummery cho rằng "theme" trong trường hợp này không được hiểu theo nghĩa thông thường là ý tưởng, sự kiện hay thông tin mà được hiểu như là "theme points". Do đó, tác giả tạm dịch "central theme" là "điểm chủ đạo". Xem *Baigent and Another v. Random House Group Ltd,* Intellectual Property Reports, volume 72, (2007), p.229.

tác nên "The Da Vinci Code"[15]. Ở cấp sơ thẩm, Thẩm phán Smith đã bác bỏ cáo buộc này, cho rằng "điểm chủ đạo" mà nguyên đơn đưa ra quá chung chung và trừu tượng nên là yếu tố thuộc khái niệm "ý tưởng", không thể được bảo hộ bởi luật bản quyền, do vậy, Dan Brown hoàn toàn có thể sử dụng để phát triển thành tác phẩm của riêng mình. Hơn nữa, bất chấp các điểm tương tự nhau giữa hai tác phẩm (nguyên đơn đưa ra 15 điểm nhưng tòa án chỉ chấp nhận 11 điểm), các sự kiện giống nhau ở hai tác phẩm đều là những sự kiện lịch sử, thuộc phạm trù "tài sản công cộng", nên không thể là đối tượng được bảo hộ. Ở cấp phúc thẩm, phán quyết vẫn được giữ nguyên.

Tuy nhiên, tòa án của Úc trong vụ án *Harman Picture N.V v. Osborne* (án lệ *Harman*)[16], lại ra phán quyết hoàn toàn ngược lại, dù hai vụ kiện này có tình tiết tương tự nhau. Cụ thể, trong vụ *Harman*, nguyên đơn có tác quyền đối với tác phẩm "The Reason Why" đã kiện bị đơn vì có kế hoạch sao chép tác phẩm của mình để sản xuất một bộ phim với tên gọi "The Charge of Light Brigade". Nhiều tình tiết tương đồng với án lệ *Da Vinci Code*: (1) Các tác phẩm đều sử dụng một số sự kiện lịch sử giống nhau; (2) Cả hai tác phẩm của bị đơn đều bị cáo buộc là có cách tiếp cận và chứa đựng nhiều điểm tương tự với tác phẩm của nguyên đơn; và (3) Các bị đơn đều biết đến tác phẩm của nguyên đơn. Tuy nhiên, phán quyết được đưa ra lại hoàn toàn trái ngược nhau. Nếu trong án lệ *Da Vinci Code*, tòa án cho rằng, không có hành vi xâm phạm tác quyền do các điểm chủ đạo là khái niệm quá chung chung và các sự kiện lịch sử là tài sản công cộng thì ngược lại, trong án lệ *Harman*, tòa án lại chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn, tuyên bị đơn vi phạm bản quyền, buộc ngừng các hành vi xâm phạm trong các kế hoạch liên quan đến kịch bản "The Charge of Light Brigade". Sự mâu thuẫn của hai án lệ này đặt ra hai câu hỏi:

Thứ nhất, khi nào và đến mức độ nào thì việc cùng sử dụng các sự kiện lịch sử được coi là sao chép không trái luật? Thực tế, cho đến nay, các án lệ đã không đưa ra câu trả lời chắc chắn cho vấn đề này, như thẩm phán phiên phúc thẩm Mummery trong án lệ *Da Vinci Code* đã thừa nhận rằng, không có một nguyên tắc rõ ràng có thể chỉ rõ cách nào và khi nào để vạch ra ranh giới giữa việc sử dụng hợp pháp các ý tưởng và việc sao chép bất hợp pháp cách diễn đạt của chúng[17].

Thứ hai, các điểm chủ đạo ("theme points") của một tác phẩm có khả năng được bảo hộ bởi luật bản quyền không? Thẩm phán Mummery để ngỏ khả năng này khi tuyên bố không có cơ sở chỉ ra rằng quyền tác giả không tồn tại trong điểm chủ đạo […] với danh nghĩa là một tác phẩm văn chương có tính nguyên gốc[18]. Như vậy, tòa án không phủ nhận khả năng "điểm chủ đạo" mang tính nguyên gốc được hưởng quyền tác giả. Quan điểm này càng dẫn đến sự mơ hồ trong việc phân định giữa "ý tưởng" và "các diễn đạt", bởi điểm chủ đạo trong trường hợp này có thể được coi là nội

[15] Tác phẩm này được dịch và xuất bản ở Việt Nam với tên gọi "Mật mã Da Vinci". Xem *Mật mã Da Vinci*, bản tiếng Việt, Đỗ Thu Hà dịch, Nxb. Văn hóa – Thông tin, 2005.

[16] *Harman Picture N.V v. Osborne*, Weekly Law Reports, volume 1, (1967), p.723.

[17] *Baigent and Another v. Random House Group Ltd*, Intellectual Property Reports, volume 72, (2007), p.231.

[18] *Baigent and Another v. Random House Group Ltd*, Intellectual Property Reports, volume 72, (2007), p.229.

dung, nhưng trong trường hợp khác lại là hình thức, hoàn toàn tùy thuộc vào quan điểm chủ quan của thẩm phán.

2.1.2. Tác phẩm biên soạn (compilation works)

Ở Mỹ, trong án lệ *Feist Publications Inc v. Rural Telephone Co Inc* (án lệ *Feist*)[19] liên quan đến các Trang trắng (White Pages) danh bạ điện thoại, thẩm phán O'Connor đã cho rằng, quyền tác giả không tồn tại trong các thông tin đơn thuần (như các Trang trắng danh bạ điện thoại), bởi lẽ nguyên tắc hiển nhiên của luật bản quyền là "không có tác giả nào được hưởng tác quyền đối với ý tưởng hoặc sự kiện mà anh ấy mô tả"[20]. Vì thế, để được hưởng sự bảo hộ, các thông tin này cần được diễn đạt dưới một hình thức mang tính nguyên gốc (originality), bởi tính nguyên gốc mới là điều kiện tiên quyết để một tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả. Thẩm phán cũng gạt bỏ học thuyết "sweat of the brow" (tạm dịch là học thuyết "sự nỗ lực lao động") mà các tòa án cấp dưới của Mỹ trước đây hay sử dụng, khi công nhận quyền tác giả của các tác phẩm biên soạn dựa trên công sức tác giả đã bỏ ra dù chúng không được thể hiện dưới một hình thức sáng tạo. Ông cho rằng, học thuyết "sự nỗ lực lao động" vi phạm Điều 1 Hiến pháp Mỹ, bởi Hiến pháp tuyên bố mục đích bảo vệ tác quyền là thúc đẩy sự tiến bộ của khoa học và nghệ thuật hữu dụng, nghĩa là khuyến khích sự sáng tạo chứ không phải là một hình thức đền đáp cho công lao của tác giả. Do đó, các tập hợp dữ kiện thô (raw data) chỉ có thể được coi có tính nguyên gốc nếu nó đáp ứng một tiêu chuẩn sáng tạo dù rất nhỏ.

Trái với cách tiếp cận trên, tại Úc, trong vụ án cũng liên quan đến các Trang trắng danh bạ điện thoại là *Desktop Marketing Systems Pty Ltd v. Telstra Corporation Ltd*[21] năm 2002, tòa lại áp dụng học thuyết "sự nỗ lực lao động" để cho rằng, các Trang trắng hoàn toàn có thể thỏa mãn điều kiện để được bảo hộ bản quyền. Nói cách khác, các thông tin trong danh bạ điện thoại lại được coi là "cách diễn đạt" bởi người đã bỏ công để thu thập và tập hợp chúng.

8 năm sau, cũng tại Úc, phán quyết của vụ án *Telstra Corporation Limited v. Phone Directories Company Pty Ltd*[22] do chính Telstra là nguyên đơn, lại đảo ngược kết quả trên khi tòa án vận dụng án lệ *IceTV Pty Limited v. Nine Netwwork Australia Pty Limited* (án lệ *IceTV)*[23] và án lệ *Feist* của Mỹ. Theo đó, thẩm phán đã tuyên rằng, các tác phẩm biên soạn như Trang trắng và Trang vàng danh bạ điện thoại không được bảo hộ quyền tác giả. Tuy nhiên, nếu tòa án Mỹ phủ nhận học thuyết "sự nỗ lực lao động" thì các tòa án Úc trong hai án lệ trên có cách tiếp cận trung dung hơn. Một mặt, hai án lệ của Úc đều trích dẫn phán quyết *Feist* của Mỹ về việc phủ nhận học thuyết "sự nỗ lực lao động", mà thay bằng học

[19] *Feist Publications Inc v. Rural Telephone Co Inc*, Intellectual Property Reports, volume 20, (1991), p.129.

[20] *Feist Publications Inc v. Rural Telephone Co Inc*, Intellectual Property Reports, volume 20, (1991), p.132.

[21] *Desktop Marketing Systems Pty Ltd v. Telstra Corporation Ltd*, Federal Court of Australia – Full Court, án lệ số 112, năm 2002, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCAFC/2002/112.html , truy cập ngày 10/9/2016.

[22] *Telstra Corporation Limited v. Phone Directories Company Pty Ltd*, Federal Court of Australia, án lệ số 44, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2010/44.html, truy cập ngày 10/9/2016.

[23] *IceTV Pty Limited v. Nine Netwwork Australia Pty Limited*, High Court of Australia, án lệ số 14, năm 2009, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2009/14.html, truy cập ngày 10/9/2016.

thuyết "sáng tạo" (creativity)[24] ở mức độ tối thiểu; mặt khác, tòa cho rằng kỹ năng và lao động (skill and labour) có liên quan đến "sáng tạo" ở chỗ, một tác phẩm biên soạn có tính nguyên gốc nhất định sẽ đòi hỏi một kỹ năng và sự nỗ lực lao động cao độ[25]. Nói cách khác, dù kỹ năng và sự nỗ lực của tác giả không phải là yếu tố quyết định nhưng lại là yếu tố mang tính tham khảo mà tòa cần phải cân nhắc khi xem xét bản quyền có tồn tại trong một tác phẩm biên soạn hay không. Chính cách tiếp cận này đã dẫn đến kết quả không công nhận quyền tác giả của các Trang trắng và Trang vàng danh bạ điện thoại, bởi chúng được sắp xếp, tuyển chọn một cách tự động bằng các chương trình máy tính mà không tiêu hao sức lao động hay sử dụng kỹ năng đáng kể của con người. Lập luận này giúp tòa án khẳng định, các thông tin trong danh bạ điện thoại của Telstra thuộc tài sản công cộng, không thể được bảo hộ quyền tác giả.

Với cách lý giải trên của tòa án, một câu hỏi được đặt ra là: một tác phẩm biên soạn được làm tự động bằng chương trình máy tính không được bảo hộ quyền tác giả thì có được bảo hộ tác quyền hay không nếu như tác phẩm ấy được làm thủ công? Theo logic, khả năng câu trả lời là có, vì phương pháp thủ công khiến tác giả phải bỏ nhiều sức lực hơn để hoàn thành tác phẩm. Nếu thế, nguyên tắc phân định nội dung/hình thức càng trở nên khó khăn hơn, bởi giờ đây việc một yếu tố được coi là hình thức hay nội dung lại phụ thuộc vào mức độ tiêu hao lao động và kỹ năng của chính tác giả chứ không phải bởi chính bản chất của chúng.

2.2. Đối với chương trình máy tính

Luật bản quyền thường xếp chương trình máy tính vào nhóm "tác phẩm văn học" (literary work). Dù vậy, chương trình máy tính có những đặc điểm riêng so với các tác phẩm truyền thống, bởi chúng không sử dụng ngôn ngữ thông thường mà là các lệnh được số hóa. Cả luật của Úc và Mỹ đều định nghĩa chương trình máy tính là một bộ các lệnh hoặc chỉ thị được sử dụng một cách trực tiếp hoặc gián tiếp trên máy tính để mang lại một kết quả nào đó[26]. Theo cách định nghĩa này, bản thân chức năng/mục đích ("một kết quả nào đó") của một chương trình máy tính không được bảo hộ vì chúng được coi thuộc phạm trù "nội dung", mà chỉ cách thức thể hiện chức năng này bằng các lệnh hoặc các chỉ thị trên máy tính mới được hưởng quyền tác giả. Tuy nhiên, trên thực tế, trong nhiều trường hợp hình thức và nội dung của chương trình máy tính không thể phân biệt được. Để giải

[24] Theo chú thích số 67 phán quyết của Tòa án trong án lệ *IceTV*, sáng tạo ở đây không được hiểu theo nghĩa đen, không có nghĩa là tính mới hay sự độc đáo theo cách hiểu của sáng chế, xem *IceTV Pty Limited v. Nine Netwwork Australia Pty Limited*, High Court of Australia, án lệ số 14, năm 2009, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2009/14.html , truy cập ngày 10/9/2016.

[25] Trích lời của các thẩm phán French, Crennan và Kiefel trong án lệ *IceTV*: "sự nỗ lực tập hợp" (industrious collection) và "sự sáng tạo" (creativity), đòi hỏi tư duy cao độ mang tính nguyên gốc để tạo ra một cách diễn đạt nào đó, bao gồm cả sự lựa chọn và sắp xếp dưới một hình thức cụ thể, xem án lệ *IceTV Pty Limited v. Nine Netwwork Australia Pty Limited*, High Court of Australia, án lệ số 14, năm 2009, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2009/14.html, truy cập ngày 10/9/2016.

[26] Điều 10 Luật Bản quyền Úc 1968, Điều 101 Luật Bản quyền số 17 Hoa Kỳ. Tinh thần của định nghĩa này cũng thể hiện trong điều 22 Luật Sở hữu trí tuệ 2005 của Việt Nam: "Chương trình máy tính là tập hợp các chỉ dẫn được thể hiện dưới dạng các lệnh, các mã, lược đồ hoặc bất kỳ dạng nào khác, khi gắn vào một phương tiện mà máy tính đọc được, có khả năng làm cho máy tính thực hiện được một công việc hoặc đạt được một kết quả cụ thể".

quyết khó khăn này, một học thuyết được đề xuất gọi là thuyết hợp nhất (merger theory).

▪ *Học thuyết hợp nhất*

Học thuyết hợp nhất cho rằng, trong trường hợp hình thức và nội dung của tác phẩm không thể tách bạch được thì phải coi đó chính là nội dung và không được bảo hộ quyền tác giả. Thuyết hợp nhất được công nhận rộng rãi ở Mỹ, được luật hóa thành Điều 101 Luật Bản quyền của Mỹ. Học thuyết cũng được sử dụng trong các án lệ của Mỹ như án lệ *Baker v. Selden*[27] hay của Anh như án lệ *Kendrick v. Lawrence*[28].

Mặc dù không thể phủ nhận thuyết hợp nhất là công cụ hữu hiệu để giảm thiểu khó khăn cho tòa án, hỗ trợ nguyên tắc phân định hình thức/nội dung, học thuyết vẫn vấp phải những vấn đề mang tính lý luận:

Thứ nhất, bản thân tên gọi của học thuyết đã phản ánh sự bất lực của nguyên tắc phân định hình thức/nội dung, thừa nhận sự không thể tách rời giữa hình thức và nội dung của tác phẩm.

Thứ hai, học thuyết yêu cầu một điều kiện tiên quyết là trước khi áp dụng, tòa án buộc phải tiến hành một bài kiểm tra (test) xem liệu có một cách, một phương thức nào khác để diễn đạt cùng một nội dung/ý tưởng của tác phẩm hay không. Xét ở khía cạnh lý thuyết, khó có thể chỉ có một cách diễn đạt duy nhất phù hợp để diễn tả một ý tưởng cụ thể[29].

Thứ ba, học thuyết gây ra một cuộc tranh luận về việc ưu tiên giữa lợi ích công và lợi ích của chủ thể quyền tác giả. Những người ủng hộ học thuyết cho rằng, trao độc quyền sử dụng các yếu tố thuộc tài sản công cộng như "ý tưởng" là một hành vi vi hiến[30]. Ngược lại, những người phản đối lại chỉ trích sự thiên vị lợi ích công so với lợi ích của tác giả, khiến sự cân bằng giữa hai bên bị phá vỡ; hơn nữa, luật ở các quốc gia như Mỹ, Anh hay Úc không có quy định nào buộc tác giả phải nhường lợi ích của mình cho lợi ích công cộng[31].

▪ *Sự mâu thuẫn giữa các án lệ trong lĩnh vực chương trình máy tính đối với học thuyết hợp nhất*

Thực tiễn xét xử ở các tòa án đã cho thấy sự bất đồng đối với học thuyết hợp nhất. Trong khi một số án lệ nghiêng về việc bảo vệ lợi ích công nên chấp nhận học thuyết hợp nhất thì lại có những án lệ chọn bảo vệ lợi ích của tác giả, vì thế, từ chối học thuyết này.

Ở Úc, án lệ *Autodesk Inc v. Dyason* (án lệ *Auto CAD*) thể hiện quan điểm ủng hộ thuyết hợp nhất[32]. Cụ thể, bị đơn trong vụ án bị cáo buộc đã xâm phạm quyền tác giả khi sản xuất và kinh doanh một phần mềm máy tính tên là Auto Key lock sao chép lại chức năng sản phẩm của nguyên đơn là Auto CAD lock. Ở cấp sơ thẩm, thẩm phán Northrop chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn, tuyên bố hành vi sao chép chức năng phần mềm máy tính là xâm phạm quyền tác

[27] *Baker v. Selden*, United States Reports, volume 101, (1880), p.104.

[28] *Kendrick v. Lawrence*, Queen Bench Division, volume 25, (1980), p.99.

[29] M. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Mathew Bender, New York, (1985), mục 2.18[C], đoạn 2-202.

[30] Rocque Renolds & Natalie Stoianoff, *Intellectual Property – Text and Essential Cases*, ấn bản lần 2, The Ferderation Press, (2005), p.22.

[31] Edward Samuels, *The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law*, Tennessee Law Review, volume 56, p.391.

[32] *Autodesk Inc v. Dyason*, High Court of Australia, án lệ số 2, năm 1992, http://www.austlii.edu.au /au/cases/cth/HCA/1992/2.html, truy cập ngày 10/9/2016.

giả[33]. Tuy nhiên, tại cấp phúc thẩm, thẩm phán Dawson đã phê phán cách tiếp cận này, trích dẫn hàng loạt các án lệ[34] chứng minh tòa án sơ thẩm có sự nhầm lẫn giữa hình thức và nội dung của chương trình máy tính. Theo thẩm phán Dawson, chức năng hay mục đích của phần mềm máy tính phải được coi là "nội dung", còn phương pháp để thực hiện chức năng đó mới là "hình thức". Vì thế, khi không thể phân biệt được giữa cách thức thể hiện ý tưởng và bản thân ý tưởng đó thì chúng phải được xem là nội dung và không được bảo hộ quyền tác giả. Như vậy, thẩm phán Dawson chấp nhận học thuyết hợp nhất, cho rằng khi hình thức và nội dung tác phẩm không thể phân biệt được thì lợi ích công cộng phải được ưu tiên.

Tuy nhiên, án lệ được ban hành cũng tại Úc, *Data Access Corporation v. Powerflex Services Pty Ltd*[35] năm 1999 lại từ chối học thuyết hợp nhất. Trong vụ án này, bị đơn vì muốn sản xuất một chương trình có thể tương thích với ngôn ngữ Dataflex nên đã tạo ra một bảng ánh xạ cho thuật toán nén Huffman giống như của nguyên đơn. Bị đơn chứng minh được mình hoàn toàn không can thiệp trái phép vào bảng ánh xạ của nguyên đơn mà tiến hành công việc một cách độc lập bằng một phương pháp riêng. Quan trọng hơn, tạo ra bảng ánh xạ này là cách duy nhất để chương trình có thể tương thích với ngôn ngữ Dataflex. Mặc dù tòa án nhận thức rõ những điều này, nhưng vẫn tuyên bị đơn xâm phạm quyền tác giả của nguyên đơn vì cho rằng, cách thức suy đoán ngược để giải mã của bị đơn là hành vi sao chép trái luật. Phán quyết đã gây ra nhiều tranh cãi bởi không thể phân biệt giữa hình thức (cách thể hiện) và chức năng (nội dung) của chương trình máy tính, vì chỉ có một phương pháp (hình thức thể hiện) duy nhất để đạt được mục đích (nội dung). Do đó, để có được phán quyết trên, Tòa án tối cao hoàn toàn không đề cập đến nguyên tắc phân định hình thức/nội dung (vốn là phần được tập trung phân tích trong phán quyết của cấp sơ thẩm và phúc thẩm). Điều này khiến mọi người cho rằng các thẩm phán đã cố tình né tránh nguyên tắc phân định hình thức/nội dung, bác bỏ học thuyết hợp nhất, chọn cách tiếp cận ưu tiên bảo vệ quyền của tác giả chứ không phải quyền của cộng đồng. Thậm chí, bản thân Tòa án tối cao cũng cho rằng quyết định của họ có thể gây ra những hậu quả to lớn, không chỉ ảnh hưởng đến chính các đương sự trong vụ án hiện tại mà còn đến bất kỳ nhà phát triển phần mềm nào trong tương lai, nhưng tòa cho rằng đây là nhiệm vụ của cơ quan lập pháp có trách nhiệm quy định về vấn đề quyền tác giả liên quan đến chương trình máy tính[36].

Phân tích trên có thể thấy, nguyên tắc chỉ bảo hộ hình thức, không bảo hộ nội dung gặp nhiều khó khăn đối với cả tác phẩm truyền thống lẫn tác phẩm chức năng cũng như chương trình máy tính. Đặc biệt,

[33] *Dyason v. Autodesk*, Intelectual Property Reports, volume 15, (1989), p.27.

[34] Một số án lệ được dẫn như: *Hollinrake v. Truswell*, The Chancery Division, volume 3, (1894), p.420; *Whelan Associate v. Jaslow Dental Laboratory*, United States Court of Appeal for the Third Circuit, án lệ số 976, (1986); *Baker v. Selden*, United States Reports, volume 101, (1879), p.99.

[35] *Data Access Corporation v. Powerflex Services Pt y Ltd*, High Court of Australia, án lệ số 49, năm 1999,http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1999 /49.html, truy cập ngày 10/9/2016. HCA 49).

[36] *Data Access Corporation v. Powerflex Services Pty Ltd*, High Court of Australia, án lệ số 49, năm 1999, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1999/49.html, truy cập ngày 10/9/2016.

trong trường hợp hình thức và nội dung của tác phẩm hoà làm một.

3. Kinh nghiệm cho Việt Nam

Pháp luật quyền tác giả ở Việt Nam ra đời muộn hơn so với Anh, Mỹ và Úc, vì thế hệ thống các quy định về quyền tác giả nói chung cũng như về nguyên tắc chỉ bảo hộ hình thức, không bảo hộ nội dung còn yếu và thiếu. Không có nhiều các tranh chấp liên quan đến nguyên tắc này được giải quyết tại toà án. Dù vậy, trong lĩnh vực bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, có khả năng chúng ta sẽ phải đương đầu với các tranh chấp có liên quan đến vấn đề này. Thực tiễn xét xử ở các quốc gia trên cho chúng ta một số kinh nghiệm:

Thứ nhất, học thuyết hợp nhất cần được chấp nhận ở Việt Nam, bởi hai lý do: Một là, pháp luật Việt Nam nói chung và Luật Sở hữu trí tuệ nói riêng có nguyên tắc đặc thù phù hợp với thuyết hợp nhất, đó là nguyên tắc ưu tiên bảo vệ lợi ích công cộng. Theo đó, khoản 2 Điều 7 Luật Sở hữu trí tuệ 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) quy định, quyền sở hữu trí tuệ sẽ bị giới hạn nếu gây tổn hại cho lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác. Hai là, học thuyết hợp nhất sẽ giải quyết được khó khăn cho tòa án khi phải đối mặt với các trường hợp không có sự tách bạch giữa nội dung và hình thức.

Thứ hai, khi giải quyết các tranh chấp, các thẩm phán cần thực hiện một số bài kiểm tra mang tính nguyên tắc để xác định đâu là hình thức, đâu là nội dung của tác phẩm, bao gồm:

- Bài kiểm tra đánh giá mức độ ảnh hưởng. Bài kiểm tra yêu cầu thẩm phán trả lời câu hỏi: liệu việc bảo hộ đối tượng sẽ ảnh hưởng hoặc tạo tiền lệ xấu xâm phạm sự tự do của cộng đồng hay sự phát triển của khoa học, nghệ thuật trong tương lai không. Nếu câu trả lời là có thì yếu tố đó thuộc phạm trù nội dung, không thể được bảo hộ; và ngược lại. Bài kiểm tra như vậy vừa đảm bảo tuân thủ nguyên tắc ưu tiên lợi ích công cộng của Luật Sở hữu trí tuệ, vừa đảm bảo đạt được mục đích cân bằng lợi ích của học thuyết phân định hình thức/nội dung.

- Bài kiểm tra tính nguyên gốc và mức độ sáng tạo tối thiểu. Đây là bài kiểm tra mà tòa án trong án lệ *Feist* đã đưa ra. Theo đó, một hình thức chỉ có thể được hưởng khả năng bảo hộ tác quyền nếu nó chứa đựng một mức độ sáng tạo tối thiểu, đủ để lại dấu ấn riêng cho tác giả đã tạo ra tác phẩm. So với học thuyết "sự nỗ lực lao động", cách tiếp cận này mang tính cân bằng hơn, vừa đảm bảo quyền lợi chính đáng của tác giả, vừa đảm bảo lợi ích của cộng đồng không bị xâm phạm.

Thứ ba, khi vận dụng nguyên tắc chỉ bảo hộ hình thức, không bảo hộ nội dung để xem xét một hành vi có xâm phạm quyền tác giả hay không, toà án nên kết hợp với việc đánh giá các chứng cứ, tình tiết khác. Kinh nghiệm thực tiễn xét xử ở các quốc gia đã chứng minh, các tòa án không chỉ áp dụng duy nhất nguyên tắc phân định hình thức/nội dung để giải quyết tranh chấp. Ví dụ, trong án lệ *Harman Pictures N.V v. Osborneand other*, thẩm phán kết luận bị đơn có hành vi xâm phạm quyền tác giả không chỉ dựa trên nguyên tắc này mà còn dựa trên việc bị đơn đã không chứng minh được một nguồn tham khảo nào khác ngoài tác phẩm của nguyên đơn để sáng tạo tác phẩm của mình. Phương pháp này đảm bảo tính chính xác và hợp lý của phán quyết.

AN NINH HÀNG HẢI BIỂN ĐÔNG VÀ HỢP TÁC QUỐC TẾ TRONG BẢO ĐẢM AN NINH HÀNG HẢI

Lê Mai Thanh*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích khái niệm an ninh hàng hải trong mối quan hệ với khái niệm an ninh khác và vai trò của hợp tác quốc tế trong bảo đảm an ninh hàng hải khu vực Biển Đông cũng như sự tham gia tích cực của Việt Nam vào quá trình hợp tác này.*

Abstract: *This article analyses the concept of maritime security in connection with other security and the role of international cooperation to protect maritime security in the South China Sea (East Sea) as well as Vietnam's active participation in this cooperation.*

Dẫn đề

Theo Tổ chức hàng hải quốc tế (IMO), 80% hàng hóa trên thế giới được vận chuyển bằng đường hàng hải[1] và theo Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp của Liên hợp quốc (FAO), 78 triệu tấn cá được đánh bắt tại Thái Bình Dương (bao gồm Biển Đông), chiếm đến 59% sản lượng toàn cầu[2]. Để có thể duy trì giá trị biển cả như vậy, cộng đồng quốc tế luôn đề cao vai trò an toàn, an ninh hàng hải khu vực Biển Đông.

1. An ninh hàng hải tại Biển Đông và vai trò hợp tác toàn cầu

Nói đến an ninh, không chỉ hiểu mà còn cần nhận diện các nguy cơ đe dọa từ yếu tố chủ quan và khách quan. Đối với an ninh truyền thống, mối đe dọa xuất phát bởi việc sử dụng bất hợp pháp sức mạnh quân sự từ bên ngoài đối với chủ quyền của một quốc gia. Đối với an ninh con người, mối đe dọa có thể đến từ sự bất ổn trong an ninh kinh tế, an ninh lương thực, an ninh y tế, an ninh môi trường, an ninh cá nhân, an ninh cộng đồng và an ninh chính trị[3]. Đối với an ninh phi truyền thống, mối đe dọa có thể đến từ tội phạm xuyên quốc gia, khủng bố, ma túy, buôn bán phụ nữ và trẻ em, buôn lậu vũ khí, rửa tiền, tội phạm kinh tế quốc tế, tội phạm công nghệ cao...[4]

Vậy an ninh hàng hải cần được hiểu và nhận diện thông qua khái niệm và những mối đe dọa nào?

Một số học giả xem xét an ninh hàng hải trong mối quan hệ với các khái niệm an ninh khác như "Giữ gìn sự tự do trên biển cả cho thương mại hàng hải – đó là điểm mấu chốt của an ninh quốc gia"[5], hay an

---

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết trong khuôn khổ Nhiệm vụ cấp Bộ "Quy chế pháp lý đảo và các vùng biển thuộc các quần đảo của Việt Nam tại Biển Đông".

[1] Giới thiệu về IMO trên trang web chính thức của tổ chức: http://www.imo.org/en/About/Pages/Default.aspx.

[2] 27% sản lượng đánh bắt còn lại tại Đại Tây Dương và 14% tại Ấn Độ Dương. Thống kê của FAO "World Catch by Nationality of Vessel, Major Catchers of Fish: 2010".

[3] Tài liệu của Liên hợp quốc "Human Security Approach"; http://www.un.org/humansecurity/human-security-unit/human-security-approach, truy cập ngày 25/8/2016.

[4] Tuyên bố chung ASEAN - Trung Quốc về hợp tác trên lĩnh vực an ninh phi truyền thống 2002.

[5] Tom Kelly; Maritime Security, Sea Power and Trade; (Tom Kelly, Acting Assistant Secretary, Bureau of Political-Military Affairs at

ninh hàng hải được hiểu là "tự do khỏi những hiểm họa tấn công nghiêm trọng chống lại chủ quyền của quốc gia tại các vùng biển cũng như chống lại lợi ích hàng hải của các quốc gia"[6]. Thừa nhận học thuyết chung về an ninh hàng hải, căn cứ vào thực tế an ninh Biển Đông, có thể cho rằng, an ninh tại Biển Đông là sự an toàn và tự do khỏi những mối đe dọa cũng như nguy cơ đe dọa bất hợp pháp chống lại hoặc xâm phạm chủ quyền, quyền chủ quyền, lợi ích hàng hải tại Biển Đông.

An ninh hàng hải cần được nhận diện gắn với các mối đe dọa cụ thể. Theo phân loại nhóm các hành động vi phạm pháp luật từ chủ thể tư, mối đe dọa an ninh hàng hải thông thường bao gồm[7]:

- Tàu thuyền qua lại bất hợp pháp;
- Khai thác tài nguyên biển bất hợp pháp;
- Gây ô nhiễm môi trường biển;
- Xuất, nhập khẩu hàng cấm;
- Gây tổn hại đến an toàn sinh học;
- Cướp biển, cướp có vũ trang trên biển;
- Khủng bố hàng hải.

Trong bối cảnh hợp tác hội nhập toàn cầu, thế giới đang phải đối mặt với nhiều nguy cơ đe dọa không chỉ an ninh truyền thống mà cả an ninh phi truyền thống như hiện nay, tự do hàng hải càng cần phải được nhận diện đầy đủ hơn.

Theo tôi, đe dọa an ninh hàng hải không chỉ xuất phát từ phía chủ thể tư mà cả chủ thể công như: Không nội luật hóa, áp dụng, giám sát thực hiện các cam kết quốc tế về an ninh hàng hải; không ngăn ngừa những nguy cơ đe dọa và xử lý mất an toàn, an ninh hàng hải, và đặc biệt là chính sách tăng cường sức mạnh quân sự tác động đến môi trường an toàn, an ninh hàng hải, gây mất lòng tin khi theo đuổi đường lối leo thang yêu sách, gây mất ổn định tại các vùng biển.

Thiếu lòng tin, thiếu sự hợp tác của các quốc gia trong công cuộc bảo đảm an ninh hàng hải thì mọi cố gắng của các tổ chức quốc tế như IMO và các tổ chức quốc tế khác sẽ không thể đạt được hiệu quả cuối cùng.

IMO có nhiệm vụ hướng tới thương mại và sự lưu thông an toàn của tàu thuyền trên biển và hơn thế nữa - an ninh hàng hải. Hoạt động của IMO thông qua việc soạn thảo các quy định an toàn hàng hải và hướng dẫn thực hiện chúng thông qua Ủy ban An toàn hàng hải. IMO đã tài trợ cho Quỹ tín thác An ninh hàng hải quốc tế cũng như nâng cao năng lực các quốc gia thành viên trước các hiểm họa đe dọa an ninh hàng hải[8].

IMO tiến hành một loạt các biện pháp thúc đẩy sự hợp tác làm giảm các hoạt động cướp biển, cướp có vũ trang tại nhiều vùng khác nhau như Biển Đông[9], eo biển Malacca và Singapore, hay như chú trọng đến bờ biển Somalia, vịnh Aden và rộng hơn là Ấn Độ Dương, Tây và Trung Phi.

U.S. Naval War College Newport, Rhode Island, March 25, 2014).

[6] Doyle, Center for International Maritime Security; What is international maritime security?; September 8, 2012; http://cimsec.org/what-is-international-maritime-security/2698, truy cập ngày 26/8/2016.

[7] Eight maritime security threats; https://www.border.gov.au/australian-border-forceabf/protecting/maritime/command/eight-maritime-security-threats, truy cập ngày 28/8/2016.

[8] Maritime Security, http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Pages/Default.aspx.

[9] Tính từ đầu năm 2016, Đông Nam Á chiếm tới 1/3 số vụ tấn công có vũ trang trên toàn thế giới. Tham khảo https://www.icc-ccs.org/piracy-reporting-centre (Trung tâm báo cáo về cướp biển – IMB PRC đặt tại Malaysia).

Trong số các thành tựu xây dựng chuẩn mực chung của IMO phải kể đến Hội nghị thông qua Bộ quy tắc hành xử Djibouti (2009) liên quan đến khu vực Tây Ấn Độ Dương, vịnh Aden nhằm đối phó với cướp biển Somali.

IMO còn tài trợ cho các dự án phối hợp với cơ quan thực thi trên cơ sở 4 nội dung chính: Pháp điển hóa; huấn luyện; nâng cao năng lực và chia sẻ thông tin[10].

Trước các nguy cơ đe dọa hiện hữu khi thế giới phải đối mặt với nhiều thách thức trong quá trình toàn cầu hóa như hiện nay, các quốc gia cũng như các tổ chức quốc tế cần chung tay bảo đảm an ninh hàng hải trên cơ sở hợp tác và hỗ trợ lẫn nhau bằng cách: Tiêu chuẩn hóa và áp dụng thống nhất các điều kiện an toàn và an ninh hàng hải; các cường quốc hàng hải cũng như tất cả các quốc gia phải có ý thức thực hiện nghĩa vụ bảo đảm an ninh hàng hải trong quá trình phát triển của mình; các cường quốc hàng hải tự nhận trách nhiệm trong việc triển khai trực tiếp các hoạt động bảo đảm an ninh hàng hải và hỗ trợ, nâng cao năng lực cho các nước kém phát triển hơn vì mục tiêu chung.

Thứ nhất, đối với việc tiêu chuẩn hóa và áp dụng thống nhất các tiêu chuẩn chung, IMO đã cung cấp hỗ trợ, giúp đỡ và hướng dẫn cho các quốc gia thành viên về các vấn đề liên quan đến việc bảo đảm an ninh hàng hải trên cơ sở các điều ước quốc tế trong khuôn khổ IMO như:

- Công ước quốc tế về an toàn sinh mạng trên biển (SOLAS) năm 1974 có hiệu lực năm 1980 (The Internatinal Convention for the Safety of Life at Sea - SOLAS, 1974)

Công ước là điều ước quan trọng nhất liên quan đến an toàn và an ninh hàng hải của tàu thương mại[11]. Công ước được gọi tắt là SOLAS 1974, sửa đổi nhiều lần; trong đó bản sửa đổi chương XI-2 về các biện pháp đặc biệt để tăng cường an ninh hàng hải năm 2004. Bộ luật về An ninh Tàu quốc tế và Hạ tầng cảng (International Ship and Port Facility Security Code - ISPS Code) được thông qua trong bối cảnh sau vụ khủng bố ngày 11/9/2001 tại Hoa Kỳ, khi cộng đồng quốc tế thấy cần thiết phải bảo vệ ngành vận tải biển quốc tế chống lại những mối đe dọa từ chủ nghĩa khủng bố. ISPS Code là một công cụ ràng buộc tất cả các nước thành viên Công ước, là khung pháp lý chính của IMO để giải quyết các vấn đề liên quan đến an ninh hàng hải.

- Công ước về ngăn ngừa hành vi bất hợp pháp chống lại an toàn hàng hải 1988 (SUA) và Nghị định thư năm 1988 và 2005 (The Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation 1988 - SUA Convention, including the 1988 and 2005 Protocols)

Trước tình hình gia tăng các hành vi trái pháp luật đe dọa sự an toàn của tàu, hành khách cũng như thủy thủ đoàn vào những năm 1980, Hội nghị quốc tế về ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp chống lại an toàn hàng hải đã thông qua Công ước về ngăn ngừa hành vi bất hợp pháp chống lại an toàn hàng hải 1988 (Công ước SUA) tại Rome vào tháng 3 năm 1988. Mục đích chính của Công ước là đảm bảo các quốc gia sẽ hành

[10] http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/piracy/Pages/default.aspx, truy cập ngày 27/8/2016.

[11] Bản đầu tiên đã được thông qua vào năm 1914, trong bối cảnh thảm họa Titanic; bản thứ hai thông qua vào năm 1929; bản thứ ba vào năm 1948; bản thứ tư vào năm 1960. Bản 1974 là bản hiện hành sau sửa đổi nhiều lần.

động thích hợp chống lại hành vi vi phạm pháp luật như: Bắt giữ tàu bằng vũ lực; hành vi bạo lực đối với người trên tàu; và đặt các thiết bị nhằm phá hủy hoặc làm hư hại tàu. Ngoài ra, Công ước bắt buộc các quốc gia thành viên phải dẫn độ hoặc truy tố người bị cáo buộc phạm tội.

Cùng với đó còn có Nghị định thư 1988 về ngăn ngừa hành vi bất hợp pháp đối với giàn khoan trên thềm lục địa và Nghị định thư 2005 về ngăn ngừa hành vi bất hợp pháp chống lại an toàn hàng hải.

- Ngoài các điều ước trên, các *Công ước chính của IMO* bao gồm: Công ước quốc tế về ngăn ngừa ô nhiễm từ tàu 1973 (MARPOL) sửa đổi 1978, 1997 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships - MARPOL, 1973); Công ước quốc tế về tiêu chuẩn huấn luyện, thi, cấp chứng chỉ chuyên môn và bố trí chức danh đối với thuyền viên 1978 (STCW), được sửa đổi 1995 và 2010 (International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers 1978).

- Bên cạnh đó, các *Công ước của IMO về an toàn, an ninh hàng hải đối với tàu và cảng biển* còn bao gồm: Công ước Quy tắc quốc tế về phòng ngừa va chạm trên biển 1972 (Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea - COLREG, 1972); Công ước quốc tế về tìm kiếm và cứu nạn hàng hải 1979 (International Convention on Maritime Search and Rescue - SAR, 1979); Công ước về tạo thuận lợi trong giao thông hàng hải quốc tế 1965 (Convention on Facilitation of International Maritime Traffic - FAL, 1965); Công ước quốc tế về mạn khô 1966 (International Convention on Load Lines – LL, 1966); Công ước quốc tế về an toàn Con-te-nơ 1972 (International Convention for safe Containers 1972); Công ước quốc tế Toremolinos về an toàn tàu cá 1977 (The Torremolinos International Convention for the Safety of Fishing Vessels - SFV, 1977); Công ước về Tổ chức vệ tinh hàng hải quốc tế 197, sửa đổi 1998 (Convention on the International Maritime Satellite Organization - IMSOC, 1976)[12]; và Công ước Luật Biển 1982 (UNCLOS 1982 của Liên hợp quốc nhưng cũng điều chỉnh nhiều nội dung liên quan đến an toàn, tự do hàng hải)...

Thứ hai, với mục tiêu hợp tác bảo đảm an ninh hàng hải, các quốc gia cần có ý thức kiềm chế, không tạo ra các nguy cơ đe dọa gây mất an ninh hàng hải; thực hiện các cam kết về tiêu chuẩn và điều kiện an toàn hàng hải; tích cực tham gia vào chương trình, kế hoạch do các tổ chức quốc tế, các quốc gia khác đề xướng trong phạm vi khu vực và toàn cầu. Mỗi quốc gia cần huy động nguồn lực trong nước theo hai hướng: bộ máy quyền lực với vai trò của các cơ quan ngoại giao, quốc phòng, cảnh sát biển, cơ quan tư pháp và sự tham gia của các tổ chức phi chính phủ, các hiệp hội ngành liên quan, các tổ chức xã hội dân sự...

Thứ ba, an ninh hàng hải đóng vai trò quan trọng đối với mỗi quốc gia bởi sự an toàn trong khai thác tài nguyên sinh vật biển và bảo đảm cơ sở hạ tầng tự nhiên cho hoạt động thông thương hàng hải giữa các châu lục, giữa các quốc gia tác động lớn đến sự phát triển chung chứ không chỉ đối với quốc gia ven biển. Các cường quốc càng phát triển thì nhu cầu sử dụng tài nguyên biển cũng như bảo đảm tuyến hàng hải huyết

[12] http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Documents/IMO, truy cập ngày 24/8/2016.

mạch cho nền kinh tế càng lớn. Vậy nên, việc tham gia đóng góp trực tiếp gìn giữ an ninh hàng hải và hỗ trợ nâng cao năng lực cho các quốc gia khác trong việc bảo đảm an ninh hàng hải là trách nhiệm đương nhiên của các cường quốc hàng hải. Ngược lại, nếu cường quốc hàng hải lại là chủ thể gây mất an toàn, an ninh hàng hải thì sẽ tác động trực tiếp đến an ninh khu vực và rộng ra là an ninh toàn cầu.

Trong những năm qua, các cường quốc hàng hải cũng như nhiều quốc gia khác đã tiến hành tham vấn, hợp tác với nhau để đối phó với các mối đe dọa mất an toàn trên các vùng biển cũng như hỗ trợ nâng cao năng lực của các quốc gia kém phát triển với mục tiêu bảo đảm an ninh hàng hải. Ví dụ, cuộc chiến chống cướp biển Somali từ những năm 2008-2009 có sự tham dự của hơn 80 quốc gia cùng với các tổ chức quốc tế liên và phi chính phủ, các hiệp hội chủ tàu, các ngành liên quan và tổ chức xã hội dân sự[13]. Bên cạnh đó, cuộc chiến chống khủng bố trên biển cũng có những thành tựu nhất định khi NATO tham gia triển khai tìm kiếm, cử tàu có trang bị vũ khí hoạt động tại các vùng có nguy cơ khủng bố cao[14].

2. Vai trò Cộng đồng ASEAN trong hợp tác bảo đảm an ninh hàng hải khu vực Biển Đông

Cộng đồng ASEAN được thành lập ngày 31/12/2015 với ba trụ cột bao gồm Cộng đồng Chính trị - An ninh (APSC)[15], Cộng đồng Kinh tế (AEC) và Cộng đồng Xã hội - Văn hóa (ASCC). APSC đóng vai trò quan trọng trong hợp tác an ninh hàng hải nội khối trên cơ sở Kế hoạch tổng thể thiết lập và hoạt động cũng như tương tác với cơ chế ASEAN và các nước thành viên khác.

Kế hoạch tổng thể thiết lập APSC (APSC Blueprint) được thông qua vào 1/3/2009 bởi các lãnh đạo ASEAN dựa trên Hiến chương ASEAN, nhằm mục tiêu thiết lập Cộng đồng An ninh ASEAN[16]. Mục A.2.5 APSC Blueprint ghi nhận về hợp tác hàng hải giữa các nước như sau:

- Thành lập diễn đàn hàng hải ASEAN; với việc tiếp cận toàn diện, chú trọng đến an toàn hàng hải và an ninh khu vực;

- Kiểm định lại các vấn đề hàng hải và nhận diện các quan hệ hợp tác hàng hải giữa các nước ASEAN; và

- Thúc đẩy hợp tác về an toàn hàng hải và tìm kiếm cứu hộ (SAR) thông qua hoạt động chia sẻ thông tin, hỗ trợ kỹ thuật và trao đổi gặp gỡ giữa cán bộ thực thi công vụ của các nước thành viên.

Tiếp nối APSC Blueprint 2009 - 2015, APSC Blueprint 2025 xây dựng Kế hoạch tổng thể cho APSC đến 2025 trong khi vẫn kế thừa kế hoạch của APSC Blueprint 2009 - 2015. APSC 2025 xác định 4 đặc trưng của APSC là: Cộng đồng hoạt động theo pháp luật, kết nối và hướng về con người; thiết lập khu vực hòa bình, an ninh và ổn định; ASEAN đóng vai trò trung tâm của cấu trúc hợp tác khu vực; nâng cao năng lực cơ chế ASEAN và các thiết chế đại diện. Phần B.6 của APSC Blueprint 2025 ghi nhận kế hoạch "Tăng cường an ninh hàng hải và thúc đẩy hợp tác hàng hải trong khu vực ASEAN dựa vào việc nâng cao năng lực cơ chế cấp cao ASEAN và thông qua

[13] Tom Kelly; Maritime Security, Sea Power and Trade; (Tom Kelly, Acting Assistant Secretary, Bureau of Political-Military Affairs at U.S. Naval War College Newport, Rhode Island, March 25, 2014).

[14] https://www.eosrisk.com/main-threats-maritime-security/, truy cập ngày 20/8/2016.

[15] http://asean.org/asean-political-security-community/, truy cập ngày 28/8/2016.

[16] APSC Blueprint. II.10.

các nguyên tắc cũng như các công ước quốc tế về hàng hải". Phần này bao gồm các nội dung: Duy trì hòa bình ở Biển Đông, khai thác tiềm năng và hợp tác; thúc đẩy hợp tác đối với các vấn đề hàng hải một cách toàn diện; bảo đảm hòa bình, an toàn, tự do hàng hải và hàng không quốc tế phù hợp với pháp luật quốc tế trong đó có Công ước về Luật Biển 1982[17].

Việc hợp tác trong lĩnh vực an ninh nói chung và an ninh hàng hải ASEAN[18] nói riêng thể hiện thông qua các hoạt động sau:

- Xây dựng và chia sẻ chuẩn mực nội khối cũng như với các đối tác ASEAN, với cộng đồng quốc tế thông qua các công cụ chính trị pháp lý như Hiệp ước Thân thiện và Hợp tác ở Đông Nam Á (TAC), Hiệp ước Khu vực Đông Nam Á không có vũ khí hạt nhân (SEANWFZ), Tuyên bố về ứng xử của các bên ở Biển Đông (DOC) giữa ASEAN và Trung Quốc tiến tới Bộ quy tắc ứng xử ở Biển Đông (COC)…

Trong phạm vi toàn cầu, các quốc gia ASEAN đều là thành viên của Liên hợp quốc và Công ước về Luật Biển 1982. Các quốc gia thuộc Cộng đồng ASEAN có biển đều là thành viên của IMO và tham gia các điều ước quan trọng trong lĩnh vực an ninh hàng hải như Công ước SOLAS 1974, Công ước MARPOL 1973 và các phụ lục, Công ước COLREG 1972, Công ước SUA 1988 và Nghị định thư 1988 (Việt Nam, Brunei, Cambodia, Myanmar, Philippines tham gia)...[19]

- Xây dựng khu vực Biển Đông thành khu vực hòa bình ổn định: các nước ASEAN tăng cường hợp tác với nhau và với đối tác bên ngoài nhằm xây dựng lòng tin; nâng cao tính minh bạch và chia sẻ thông tin về an ninh hàng hải; đẩy mạnh tiến trình Diễn đàn khu vực ASEAN (ARF); tạo khuôn khổ cho hợp tác giữa các lực lượng quốc phòng, an ninh của các nước ASEAN trong đó có bảo đảm an ninh hàng hải[20].
- Thúc đẩy sự hợp tác toàn diện trong các vấn đề hàng hải; trong đó bao gồm hợp tác trong lĩnh vực an ninh phi truyền thống: Chống cướp biển, cướp có vũ trang[21], buôn lậu, chuyên chở người bất hợp pháp…
- Bảo đảm hòa bình, an toàn, tự do và không rào cản đối với hàng hải cũng như hàng không trên cơ sở phù hợp với chuẩn mực quốc tế.
- Tăng cường quan hệ với bên ngoài như ký Công ước ASEAN về Chống khủng bố cũng như văn kiện hợp tác với đối tác ngoài khu vực[22], Hiệp định hợp tác khu vực về chống cướp biển và cướp có vũ trang[23]; xây dựng cơ chế ASEAN +, EAS...

Mặc dù có định hướng hợp tác nhằm ngăn ngừa và giải quyết xung đột, nhưng

[17] APSC Blueprint 2025.

[18] Cộng đồng Chính trị - An ninh ASEAN, tin ngày 10/12/2015, http://asean.mofa.gov.vn/thong-tin/12/cong-dong-chinh-tri-an-ninh-asean.html.

[19] http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx, truy cập ngày 20/8/2016.

[20] Ngày 7/9/2016, Hội nghị các nhà lãnh đạo Trung Quốc – ASEAN đã thông qua CUES – Bộ quy tắc về tránh va chạm bất ngờ trên biển.

[21] Khu vực Biển Đông là địa bàn cướp biển chuyển hướng hoạt động từ khu vực eo biển Malaca sang khu vực giữa Indonesia, Malaysia, Philippines; các nước ASEAN đã hợp tác 3 bên trong cơ chế Indonesia, Malaysia, Singapore, hợp tác 2 bên giữa Singapore và Malaysia, giữa Ấn độ và Indonesia và gần đây nhất là giữa Indonesia, Malaysia, Philippines. Tham khảo nguồn IMB PRC như đã dẫn tại trích dẫn số 10.

[22] ASEAN-United States of America Joint Declaration for Cooperation to Combat International Terrorism Bandar Seri Begawan, 1 August 2002.

[23] ReCAAP bao gồm 16 nước châu Á; hiện tại đã bao gồm 20 nước với 8 thành viên ASEAN.

trước những đe dọa an ninh hàng hải Biển Đông do cường quốc tại Biển Đông như Trung Quốc gây ra, việc hợp tác thường không nhận được sự đồng thuận từ một vài nước ASEAN. Một khi còn áp dụng tuyệt đối nguyên tắc đồng thuận thì ASEAN sẽ khó có tiếng nói chung thể hiện sự quyết tâm của khu vực bảo đảm an ninh nói chung và an ninh hàng hải nói riêng. Chính vì vậy, bên cạnh hợp tác khu vực Biển Đông, cũng cần sự hợp tác và lên tiếng của cộng đồng quốc tế.

Cơ chế thực hiện các hoạt động hợp tác trong lĩnh vực an ninh chính trị nói chung và an ninh hàng hải nói riêng của Cộng đồng ASEAN bao gồm: Diễn đàn khu vực ASEAN (ARF), Uỷ ban Khu vực Đông Nam Á không có vũ khí hạt nhân (SEANWFZ), Hội nghị Bộ trưởng Ngoại giao (AMM)[24]; Hội nghị Bộ trưởng Quốc phòng (ADMM)[25]**,** Hội nghị Bộ trưởng Tư pháp (ALAWMM), Hội nghị Bộ trưởng ASEAN về Tội phạm xuyên quốc gia (AMMTC)...[26]

3. Lựa chọn chính sách cho Việt Nam

i) Với tư cách thành viên của Cộng đồng ASEAN, thành viên APSC, thành viên IMO, thành viên của UNCLOS cũng như các điều ước quốc tế quan trọng về an ninh hàng hải như Công ước SOLAS 1974 sửa đổi, Công ước COLREG 1972, Công ước MARPOL 1973 và các phụ lục, Công ước SUA và Nghị định thư 1988... Việt Nam tham gia xây dựng và thực thi các chuẩn mực đã cam kết về an ninh hàng hải theo các nguyên tắc và các thỏa thuận khu vực cũng như toàn cầu. Ngoài ra, Việt Nam đã nội luật hóa trong pháp luật quốc gia nghĩa vụ bảo đảm an ninh hàng hải trong Bộ luật Hàng hải 2015, Luật Biển 2012, Luật Thủy sản 2003 và các văn bản pháp luật liên quan khác.

ii) Việt Nam luôn tìm kiếm các giải pháp ngăn ngừa xung đột trên biển góp phần bảo đảm an ninh hàng hải thông qua việc ký kết các Hiệp định phân định các vùng biển căn cứ theo yếu tố lịch sử cũng như UNCLOS mà các nước liên quan đều là thành viên, như phân định Vịnh Bắc Bộ với Trung Quốc năm 2000 và khu vực đánh bắt cá chung, phân định ranh giới thềm lục địa với Malaysia năm 2009, phân định vùng thềm lục địa năm 2003 và tiếp tục đàm phán phân định vùng đặc quyền kinh tế với Indonesia (vòng VIII cấp chuyên viên vào tháng 3/2016), phân định tạm thời vùng nước lịch sử với Campuchia năm 1982, phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa với Thái Lan năm 1997[27].

iii) Việt Nam giải quyết các yêu sách tranh chấp từ các quốc gia khác tại Biển Đông bằng biện pháp hòa bình. Các biện pháp đó có thể bằng biện pháp ngoại giao, pháp lý hoặc các biện pháp hòa bình khác như thông qua cơ chế khu vực. Thực tế cho thấy, bất chấp sự lấn át và các hành động gây hấn từ cường quốc hàng hải như Trung Quốc[28], Việt Nam vẫn luôn theo đuổi biện pháp hòa bình giải quyết bất đồng, yêu

[24] Ngày 26/7/2016, AMM 49 thông qua Tuyên bố chung khẳng định lập trường rất quan trọng của ASEAN trên các vấn đề quan trọng, trong đó có vấn đề Biển Đông.

[25] Ngày 27/5/2016, Bộ trưởng Quốc phòng ASEAN thông qua Tuyên bố chung kêu gọi tự do hàng hải trên Biển Đông.

[26] Trang web của APSC.

[27] Tài liệu tuyên truyền biển đảo/biên phòng năm 2014.

[28] Trung Quốc hành xử tại Biển Đông không chỉ tác động đối với Philippines như phán quyết PCA 2013-19 nhận định mà còn tương tự đối với Việt Nam.

sách; quản lý và giải quyết tốt xung đột trên biển; bảo đảm an ninh hàng hải và hàng không trên vùng biển. Việt Nam ủng hộ các quốc gia ASEAN giải quyết tranh chấp bằng biện pháp hòa bình; trong đó hoan nghênh phán quyết của Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII UNCLOS trong vụ việc Philippines[29] kiện yêu sách quyền lịch sử đối với tài nguyên và hành vi vi phạm Công ước Luật Biển 1982 của Trung Quốc trong đó bao gồm hành vi gây ảnh hưởng đến an toàn hàng hải trên Biển Đông. Đây là một trong những phương thức mà các quốc gia nhỏ trong khu vực có thể xem xét trong tiến trình giải quyết hòa bình các tranh chấp với Trung Quốc một khi không đạt được giải pháp chung. Cách thức này góp phần bảo đảm an toàn, an ninh hàng hải tại Biển Đông.

iv) Việt Nam luôn tích cực xây dựng lòng tin, tham gia tích cực và chủ động trong cơ chế bảo đảm an ninh hàng hải với các nước Cộng đồng ASEAN và các nước đối tác khác như ASEAN+3, EAS… Việt Nam chú trọng nâng cao năng lực của cơ chế trong nước bảo đảm thực thi an ninh hàng hải cho ngư nghiệp và thương mại trên cơ sở phối hợp giữa các bộ, ngành, tổ chức liên quan như ngoại giao, quốc phòng, cảnh sát biển, tư pháp, các hội chủ tàu, hội nghề cá… Bên cạnh đó, tăng cường trao đổi, hợp tác và nhận sự hỗ trợ phương tiện, kỹ thuật cũng như đào tạo năng lực cho các lực lượng chức năng bảo đảm an ninh hàng hải.

v) Việt Nam là thành viên tích cực và chủ động hợp tác đối phó với các nguy cơ, đe dọa an ninh như nạn cướp biển ở khu vực Biển Đông, buôn lậu, chuyên chở người bất hợp pháp, thảm họa môi trường biển; tham gia chia sẻ thông tin an ninh hàng hải; tham gia tìm kiếm cứu nạn trên biển; đóng góp sáng kiến và thể hiện chính kiến trong các tuyên bố chung về an toàn, tự do, an ninh hàng hải[30] với nhận thức rằng tự do và an toàn hàng hải là mối quan tâm của không chỉ một quốc gia đơn lẻ hay quốc gia ven biển.

Tự do và an ninh hàng hải phải được đảm bảo thông qua biện pháp hòa bình, việc sử dụng sức mạnh quân sự và hành động gây hấn, leo thang, đe dọa từ bất cứ quốc gia nào, đặc biệt từ các cường quốc hàng hải trong khu vực sẽ gây tổn thất không chỉ cho một quốc gia nào đó mà cho cả khu vực cũng như cộng đồng quốc tế.

Thế giới liên kết và phụ thuộc lẫn nhau không có chỗ đứng cho những quốc gia độc chiếm biển và ngăn cản tự do hàng hải tại bất kỳ khu vực nào. Việt Nam cũng kêu gọi sự quan tâm và lên tiếng của cộng đồng quốc tế về các nguy cơ đe dọa an toàn hàng hải tại Biển Đông. Những nguy cơ đe dọa này không chỉ đến từ chủ thể tư làm mất an ninh hàng hải như nạn cướp biển, cướp có vũ trang, buôn lậu, chuyển chở người bất hợp pháp mà còn đến từ hành vi vi phạm Công ước Luật Biển 1982 của cơ quan chấp pháp với sự hậu thuẫn của cường quốc hàng hải trong khu vực như đã phân tích. Vậy nên an ninh hàng hải chỉ có thể bảo đảm trong khu vực với việc quản lý tốt bất đồng trên biển, với sự hợp tác một cách có thiện chí của các quốc gia trong khu vực.

[29] Tuyên bố của người phát ngôn Bộ Ngoại giao Việt Nam Lê Hải Bình ngày 12/7/2016.

[30] Phát biểu của Chủ tịch nước Trần Đại Quang ngày 30/8/2016 tại Diễn đàn Singapore.