



ISSN 0866 - 7446

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



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

10(390)
2020

Vietnam Academy of Social Sciences
Institute of State and Law

THÁNG RA MỘT KỲ

10(390)

2020

NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VÔ KHÁNH VINH
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

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

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

Giá: 20.000^d

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

QUYỀN CON NGƯỜI

- ❖ BÙI TIẾN ĐẠT: Xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp ở Việt Nam: Tiếp cận từ góc độ giới hạn quyền hiến định 3

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

- ❖ MAI THỊ THÚY: Phạm tội chưa đạt theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) 12
- ❖ THÁI CHÍ BÌNH: Bất cập trong các quy định về đương sự của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 và kiến nghị hoàn thiện 19

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT MÔI TRƯỜNG

- ❖ ĐẶNG ANH QUÂN: Bàn về tính chất pháp lý của kinh doanh căn hộ du lịch, căn hộ văn phòng trong mối liên hệ với kinh doanh nhà chung cư 27
- ❖ NGÔ GIA HOÀNG – TRẦN TRỌNG HIẾU: Thu hồi đất trong trường hợp dự án đầu tư sử dụng đất chậm tiến độ 41
- ❖ PHAN THỊ HƯƠNG GIANG: Công ước Basel về xử lý, kiểm soát vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại và kiến nghị cho Việt Nam 49

LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

- ❖ NGUYỄN THỊ ANH THƠ: Bình luận về án lệ liên quan tới nguyên tắc tự do dịch chuyển tiền trong luật đầu tư quốc tế 60

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

- ❖ TRƯƠNG THỊ MINH THÙY: Đạo luật Our Care, Our Choice của tiểu bang Hawaii (Hoa Kỳ) và kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam 74

MONTHLY ISSUE

10(390)

2020

49TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

**Office of the Editorial
Board:**

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

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

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

Printed by Dong Bac
Trade and Print Joint
Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

HUMAN RIGHTS

- ❖ BUI TIEN DAT: Making Vietnam's Emergency Law from the Perspective of Constitutional Rights Limitation 3

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ MAI THI THUY: Incomplete Crimes under the Criminal Code of 2015 (amended and supplemented 2017) 12
- ❖ THAI CHI BINH: Shortcomings of the Legal Provisions on Litigants under the Criminal Procedure Code of 2015 and Recommendations 19

ECONOMIC LAW, LAND LAW, ENVIRONMENTAL LAW

- ❖ DANG ANH QUAN: A Commentary on the Legal Status of Officetel/Condotel Business in Relation to Condominium Business 27
- ❖ NGO GIA HOANG – TRAN TRONG HIEU: Land Recovery in the Case of Delayed Land Use Project 41
- ❖ PHAN THI HUONG GIANG: The Basel Convention on the Management and Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Recommendations for Vietnam 49

INTERNATIONAL TRADE LAW

- ❖ NGUYEN THI ANH THO: A Commentary on Case-law relating to the Principle of Free Movement of Capital in International Investment Law 60

FOREIGN STATE AND LAW

- ❖ TRUONG THI MINH THUY: Our Care, Our Choice Act of Hawaii (the United States of America) and Implications for Vietnam 74

XÂY DỰNG PHÁP LUẬT VỀ TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP Ở VIỆT NAM: TIẾP CẬN TỪ GÓC ĐỘ GIỚI HẠN QUYỀN HIẾN ĐỊNH

Bùi Tiến Đạt*

Tóm tắt: *Pháp luật về tình trạng khẩn cấp về bản chất luôn gắn với nhu cầu giới hạn các quyền hiến định một cách tạm thời, nhưng mang tính khắc nghiệt. Luật nhân quyền quốc tế vốn chú trọng kiểm soát việc tạm dừng nghĩa vụ của Nhà nước về bảo đảm quyền trong tình trạng khẩn cấp bằng việc đưa ra danh mục các quyền không thể bị tạm đình chỉ và khuyến nghị áp dụng nguyên tắc tương xứng. Dựa trên nền tảng đó, tác giả gợi mở về phương hướng xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Việt Nam từ góc độ giới hạn quyền hiến định. Thứ nhất, pháp luật về tình trạng khẩn cấp cần dựa trên ba nền tảng bảo vệ quyền con người gồm: Hiến pháp, lập pháp và giải thích pháp luật. Thứ hai, bốn bước của nguyên tắc tương xứng về giới hạn quyền cần được xem xét kỹ càng khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp.*

Abstract: *Emergency law is intrinsically tied to the need to temporarily limit numerous constitutional rights in a temporary but harsh manner. International human rights law sheds light on the state's derogation from rights in the state of emergency by listing out non-derogable rights and recommends the application of the principle of proportionality. Based on this framework, the author suggests a way to develop Vietnam's emergency law from a perspective of constitutional rights limitation. First, the law of emergency needs to be premised on three pillars of human rights protection, including: The Constitution, legislation and its interpretation. Second, four steps in the application of the proportionality principle on rights limitations should be pondered prior to the making of the emergency law.*

1. Giới hạn các quyền hiến định trong tình trạng khẩn cấp

Tình trạng khẩn cấp: Sự cần thiết giới hạn các quyền hiến định một cách đặc biệt

Theo cách hiểu phổ biến trên thế giới, sự hạn chế/giới hạn đối với một quyền con người nào đó là việc Nhà nước không cho phép các chủ thể thụ hưởng quyền có thể thực hiện quyền ở mức độ tuyệt đối¹. Một

quyền hiến định được quan niệm như một nguyên tắc pháp lý, theo đó việc thực hiện quyền này chỉ hướng tới mức độ thực hiện lớn nhất có thể và được nhận thức, áp dụng tùy thuộc vào những hoàn cảnh cụ thể².

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

Nghiên cứu này được tài trợ bởi Quỹ Phát triển khoa học và công nghệ quốc gia (NAFOSTED) trong đề tài mã số 505.01-2018.300.

¹ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, tr. 102.

² Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Clarendon Press, Oxford, năm 2002 (Julian Rivers dịch), tr. 47-49. Ở Việt Nam, một số quyền thường hay được xem xét như nguyên tắc (ví dụ, quyền giả định/suy đoán vô tội - xem: Đào Trí Úc, *Nguyên tắc suy đoán vô tội – nguyên tắc hiến định quan trọng trong Bộ luật Tố tụng Hình sự Việt Nam năm 2015*, Tạp chí Kiểm sát, số 2, 2017, tr. 37).

Mức độ bảo vệ các quyền hiến định thường bị giới hạn. Nếu Nhà nước không đặt ra quy phạm dưới Hiến pháp để giới hạn phạm vi áp dụng một quyền hiến định nào đó, về nguyên tắc chủ thể thụ hưởng có thể thực hiện quyền một cách tuyệt đối, hay nói cách khác quyền đó không bị hạn chế.

Phần lớn các quyền hiến định không mang tính tuyệt đối, tức chúng hàm ý hướng tới một chuẩn mực lý tưởng, nhưng trên thực tế Nhà nước nào cũng phải dùng những quy phạm dưới Hiến pháp để đặt ra một giới hạn nhất định cho việc thực hiện các quyền đó. Việc giới hạn quyền hiến định ở mức độ nhất định nói chung là nhu cầu thường xuyên của một Nhà nước dân chủ trong hoàn cảnh bình thường. Vì vậy, các văn bản quy phạm pháp luật dưới Hiến pháp thường đặt ra các giới hạn quyền tương đối một cách ổn định và lâu dài³.

Trong tình trạng khẩn cấp (đặc biệt trong hoàn cảnh chiến tranh hay dịch bệnh nghiêm trọng), nhiều quốc gia xuất hiện nhu cầu giới hạn các quyền hiến định một cách đặc biệt, khiến cho Nhà nước phải tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm một số quyền (hay còn gọi là tạm đình chỉ quyền)⁴. Do đó, “tạm đình chỉ quyền là thẩm quyền của Nhà nước do pháp luật quy định cho phép tạm dừng một số quyền cá nhân nhất định trong hoàn

cảnh đặc biệt như tình trạng khẩn cấp hay chiến tranh”⁵.

Các điều ước quốc tế về nhân quyền thường có quy định về tình trạng khẩn cấp. Trong đó, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR) đưa ra một khái niệm “tình trạng khẩn cấp công cộng đe dọa vận mệnh quốc gia”⁶. Theo giải thích tại Các nguyên tắc Siracusa về các điều khoản giới hạn và tạm đình chỉ quyền trong ICCPR (sau đây gọi tắt là Nguyên tắc Siracusa), tình trạng khẩn cấp công cộng đe dọa vận mệnh quốc gia là tình trạng mà một quốc gia phải đối mặt các mối hiểm nguy đặc biệt, đang diễn ra hoặc sắp xảy ra, mà chúng đe dọa sự sống còn của quốc gia. Sự đe dọa này ảnh hưởng tới toàn bộ dân chúng, hoặc tới toàn bộ hay một phần lãnh thổ quốc gia, và gây nguy hiểm cho sự toàn vẹn của dân cư, độc lập chính trị hoặc sự toàn vẹn lãnh thổ quốc gia hay sự duy trì các chức năng cơ bản của các thiết chế vốn thiết yếu để bảo đảm và bảo vệ các quyền được Công ước ghi nhận. Xung đột nội bộ và tình trạng náo loạn mà không ảnh hưởng nghiêm trọng, cấp bách tới vận mệnh quốc gia hoặc khó khăn kinh tế đơn thuần sẽ không đáp ứng tiêu chuẩn để tạm đình chỉ quyền⁷.

Tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền: Một hình thức giới hạn quyền tạm thời, hãn hữu, nhưng khắc nghiệt trong tình trạng khẩn cấp

³ Chẳng hạn, sẽ là rất bình thường khi một Nhà nước đặt ra độ tuổi kết hôn (giới hạn quyền kết hôn) hay cấp thị thực nhập cảnh cho người nước ngoài (giới hạn quyền tự do đi lại).

⁴ “Derogation from rights” có thể được dịch là “tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền” nhằm nêu bản chất của vấn đề. Cách dịch “tạm đình chỉ quyền” trong một số tài liệu ở Việt Nam cũng có thể được dùng thay thế. Còn cách dịch “hạn chế quyền” ở một số tài liệu là không chính xác và gây nhầm lẫn với “limitation of rights”.

⁵ Oren Gross và Fionnuala Ní Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, 2006, tr. 257.

⁶ Điều 4(1) ICCPR. Công ước châu Âu về nhân quyền và Công ước châu Mỹ về nhân quyền cũng có cách diễn đạt tương tự.

⁷ Các đoạn 39-41, Các nguyên tắc Siracusa về các điều khoản giới hạn và tạm đình chỉ quyền trong ICCPR.

Tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền hay tạm đình chỉ quyền (derogation from rights) là một trường hợp đặc biệt của giới hạn quyền (limitation of rights). Theo luật nhân quyền quốc tế, tạm đình chỉ quyền gắn với tình trạng khẩn cấp của một quốc gia⁸. Theo cách tiếp cận của ICCPR, tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền là các biện pháp mang tính hãn hữu và tạm thời trong tình trạng khẩn cấp⁹. Trong khi đó, các biện pháp giới hạn quyền nói chung thường được áp dụng trong bất kỳ thời điểm nào, tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền là một hình thức giới hạn quyền hãn hữu và tạm thời trong tình trạng khẩn cấp¹⁰.

Trong khi ICCPR dành riêng Điều 4 quy định về tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm các quyền dân sự, chính trị, Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hoá năm 1966 (ICESCR) lồng ghép vấn đề tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền vào quy định về giới hạn quyền nói chung¹¹. So với phạm vi

khá lớn các quyền dân sự, chính trị có thể bị tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm, trong nhóm các quyền kinh tế, xã hội và văn hoá chỉ có quyền đình công và quyền làm việc thường được coi là có thể bị tạm đình chỉ¹². So sánh hai Công ước chủ đạo về quyền con người này, có thể nhận định rằng, tạm đình chỉ một số quyền dân sự, chính trị trong tình trạng khẩn cấp là chính đáng và cần thiết, nhưng tạm đình chỉ các quyền kinh tế, văn hóa, xã hội ngay cả trong tình trạng khẩn cấp thường ít được chấp nhận hơn. Theo Manisuli Ssenyonjo, “sự thiếu vắng một mệnh đề cho phép tạm dừng thực hiện nghĩa vụ trong tình trạng khẩn cấp công quyền ở ICESCR hàm ý rằng, Công ước nói chung vẫn có hiệu lực trong xung đột vũ trang, chiến tranh hay các tình trạng khẩn cấp khác, và ít nhất, các Nhà nước không thể tạm dừng các nghĩa vụ bảo đảm quyền cốt lõi theo Công ước”¹³. Sự thiếu vắng này được giải thích vì các lý do sau: Thứ nhất, bản chất của các quyền kinh tế, văn hóa, xã hội; thứ hai, Điều 4 ICESCR đã chứa đựng mệnh đề chung giới hạn quyền; thứ ba, Điều 2(1) ICESCR cho phép các Nhà nước thực hiện nghĩa vụ khá linh hoạt¹⁴.

⁸ Xem: Điều 4 ICCPR; United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*, 2001.

⁹ “Trong thời gian có tình trạng khẩn cấp xảy ra đe dọa sự sống còn của quốc gia và đã được chính thức công bố, các quốc gia thành viên có thể áp dụng những biện pháp tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm các quyền nêu ra trong Công ước này, trong chừng mực do nhu cầu khẩn cấp của tình hình, với điều kiện những biện pháp này không trái với những nghĩa vụ khác của quốc gia đó xuất phát từ luật pháp quốc tế và không chứa đựng bất kỳ sự phân biệt đối xử nào về chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo hoặc nguồn gốc xã hội” (khoản 1 Điều 4 ICCPR).

¹⁰ Amrei Müller, *Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights*, Human Rights Law Review, số 9, 2009, tr. 600.

¹¹ “Không được giới hạn hoặc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm bất kỳ quyền cơ bản nào của con người ở bất kỳ quốc gia thành viên nào của Công ước này mà đã được công nhận hay tồn tại ở các nước đó dưới hình thức luật, công ước, các quy tắc hoặc tập quán, với lý do là Công ước này không công nhận các

quyền đó hoặc công nhận chúng ở mức thấp hơn” (khoản 2 Điều 5 ICESCR).

¹² Müller, *Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights*, tr. 601.

¹³ Manisuli Ssenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights: An Examination of State Obligations* trong sách: Sarah Joseph và Adam McBeth (chủ biên), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar, 2010, tr. 38.

¹⁴ Như trên, tr. 66; P Alston và G Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Human Rights Quarterly, 1987, tr. 217.

2. Kiểm soát việc tạm dừng nghĩa vụ của Nhà nước bảo đảm quyền con người trong tình trạng khẩn cấp

Mặc dù tạm đình chỉ quyền về bản chất chỉ được chấp nhận trong tình trạng khẩn cấp với thời gian ngắn, nhưng nó lại có khả năng tác động đến hàng loạt quyền cơ bản. Tạm đình chỉ quyền trong đạo luật về tình trạng khẩn cấp có khả năng giới hạn nhiều quyền hơn so với một đạo luật khác. Trong một đạo luật, thông thường chỉ một số quyền tương đối bị giới hạn, còn đạo luật về tình trạng khẩn cấp lại thường giới hạn nhiều quyền tương đối một cách khắc nghiệt trên diện rộng¹⁵. Kinh nghiệm thế giới cho thấy, các Nhà nước thường giới hạn các quyền xét xử công bằng trong tình trạng khẩn cấp¹⁶. Nhưng, thực tế hiện nay cho thấy, tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh¹⁷ còn dẫn tới hàng loạt các quyền cá nhân cơ bản bị tạm đình chỉ¹⁸. Hơn nữa, thực tiễn nhiều quốc gia cho thấy, tình trạng khẩn cấp có thể là bình phong cho các hành vi xâm phạm nhân quyền¹⁹. Vì vậy, luật nhân quyền quốc tế đặt ra nhiều rào cản cho việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền của các

quốc gia (so với giới hạn quyền thông thường) như phân tích dưới đây.

Thứ nhất, việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền chỉ mang tính hãn hữu và tạm thời

Về bản chất, việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền chỉ được áp dụng rất hãn hữu trong trường hợp đặc biệt. Trong khi đó, các biện pháp giới hạn quyền nói chung thường được áp dụng trong hoàn cảnh thông thường. Cũng về bản chất, việc tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm quyền mang tính tạm thời, còn các biện pháp giới hạn quyền nói chung thường được áp dụng lâu dài hoặc thậm chí không xác định thời gian kết thúc. Nhiều biện pháp giới hạn quyền luôn tồn tại với cuộc sống bình thường của xã hội, và lúc này việc không áp dụng biện pháp đó mới là ngoại lệ²⁰.

Thứ hai, luật nhân quyền quốc tế, pháp luật quốc gia quy định và giải thích các quyền không thể bị đình chỉ (non-derogable rights)

ICCPR cũng đã liệt kê một số quyền mà các quốc gia không được tạm dừng nghĩa vụ bảo đảm. Hay nói cách khác, sẽ không có lý do chính đáng để giới hạn các quyền này trong tình trạng khẩn cấp. Đó là các quyền: Quyền sống; quyền không bị tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt một cách tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm; không bị bắt làm nô lệ, nô dịch; không bị bỏ tù chỉ vì lý do không có khả năng hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng; một số quyền trong nhóm quyền xét xử công bằng; quyền được công nhận là thể nhân trước pháp luật; quyền tự

¹⁵ Xem phân tích về tạm đình chỉ quyền đình công trong: Ovunda V.C. Okene, *Derogations and Restrictions on The Right to Strike under International Law: The Case of Nigeria* International Journal of Human Rights, số 13, 2009, tr. 558.

¹⁶ Gross và Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, tr. 267.

¹⁷ Như đại dịch toàn cầu Covid-19.

¹⁸ Như quyền riêng tư, quyền tự do đi lại, quyền về sức khỏe, quyền không bị phân biệt đối xử, quyền làm việc, vắc xin bắt buộc... Xem: Amnesty International, *Responses to Covid-19 and States' Human Rights Obligations: Preliminary Observations*, 2020.

¹⁹ Sarah Joseph, *Human Rights Committee: General Comment 29*, Human Rights Law Review, số 2, 2002, tr. 98.

²⁰ Ví dụ: Việc giới hạn quyền tự do đi lại thông qua chế độ thị thực nhập cảnh.

do tư tưởng, tự do tín ngưỡng và tôn giáo²¹. Ngoài danh sách do ICCPR liệt kê, các thiết chế có chức năng giải thích các văn kiện quốc tế về nhân quyền (ví dụ: Ủy ban Nhân quyền Liên hợp quốc cũng như Tòa án Nhân quyền châu Âu) cũng ngày càng mở rộng phạm vi các quyền dân sự và chính trị không thể bị đình chỉ. Những giải thích này thường đặt ra những phần cốt lõi của quyền (core of the right) mà không được tạm đình chỉ trong tình trạng khẩn cấp.

Khái niệm quyền không thể bị đình chỉ không đồng nhất với khái niệm quyền không thể bị giới hạn (quyền tuyệt đối). Phạm vi giao thoa giữa hai khái niệm này là các quyền tuyệt đối, vốn không bị giới hạn trong mọi trường hợp thông thường, nên đương nhiên không thể bị tạm đình chỉ trong tình trạng khẩn cấp. Sự khác nhau giữa hai khái niệm là phạm vi các quyền không thể bị đình chỉ có xu hướng rộng hơn phạm vi các quyền tuyệt đối. Như vậy, có thể thấy, việc tạm đình chỉ quyền sẽ khó khăn hơn giới hạn quyền thông thường vì phạm vi các quyền không được đình chỉ lớn hơn phạm vi các quyền tuyệt đối không bị giới hạn.

Thứ ba, việc tạm đình chỉ quyền hiến định trong tình trạng khẩn cấp cần tuân theo nguyên tắc tương xứng

Khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp²², ở nhiều quốc gia, các giới hạn quyền hiến định trong các đạo luật về tình trạng khẩn cấp vẫn tuân theo nguyên tắc tương xứng, vốn là nguyên tắc chung của giới hạn quyền. Nguyên tắc tương xứng được coi là một thành tố quan trọng của học

thuyết trình tự pháp lý công bằng²³. Thậm chí, việc giới hạn quyền trong đạo luật về tình trạng khẩn cấp phải đáp ứng các yêu cầu khắt khe hơn việc giới hạn quyền thông thường. Thứ nhất, nhu cầu giới hạn quyền phải mang tính cấp thiết đặc biệt. Nhiều quyền hiến định sẽ rất khó bị giới hạn trong hoàn cảnh thông thường, nhưng việc giới hạn sẽ được coi là chính đáng, cần thiết trong tình trạng khẩn cấp. Thứ hai, việc giới hạn quyền trong tình trạng khẩn cấp phải trên cơ sở các quy định pháp luật rõ ràng (thường là đạo luật về tình trạng khẩn cấp, hay đạo luật về thảm họa quốc gia). Thứ ba, việc áp dụng pháp luật về tình trạng khẩn cấp phải căn cứ vào một tuyên bố chính thức của Nhà nước về tình trạng khẩn cấp. Thứ tư, tình trạng khẩn cấp của một quốc gia phải được thông báo tới các quốc gia thành viên ICCPR thông qua Liên hợp quốc²⁴.

3. Gợi mở phương hướng xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp của Việt Nam từ góc độ giới hạn quyền hiến định

Ba nền tảng bảo vệ quyền con người khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp

Pháp luật về tình trạng khẩn cấp thường được phân tích từ ba nền tảng pháp lý nhằm bảo vệ quyền con người: Hiến pháp, lập pháp và giải thích pháp luật. Cả ba nền tảng này đều cần dựa trên quy định và giải thích của luật nhân quyền quốc tế.

Nền tảng Hiến pháp

Theo Hiến pháp Việt Nam năm 2013, Quốc hội có thẩm quyền quy định về tình

²¹ Các quyền quy định trong các điều 6, 7, 8 (các khoản 1 và 2), 11, 15, 16 và 18 (theo khoản 2 Điều 4 ICCPR).

²² Thường thông qua các đạo luật của Quốc hội.

²³ Bùi Tiến Đạt, *Học thuyết trình tự công bằng và việc bảo vệ quyền con người: Kinh nghiệm quốc tế và Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11, năm 2015, tr. 68, 71.

²⁴ Khoản 3 Điều 4 ICCPR.

trạng khẩn cấp²⁵. Ủy ban Thường vụ Quốc hội có thẩm quyền ban bố tình trạng khẩn cấp²⁶. Chủ tịch nước có thẩm quyền “căn cứ vào nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, ra lệnh tổng động viên hoặc động viên cục bộ, công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp; trong trường hợp Ủy ban Thường vụ Quốc hội không thể họp được, công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương”²⁷. Chính phủ có thẩm quyền “thi hành lệnh động viên hoặc động viên cục bộ, lệnh ban bố tình trạng khẩn cấp và các biện pháp cần thiết khác để bảo vệ Tổ quốc, bảo đảm tính mạng, tài sản của Nhân dân”²⁸. Như vậy, Hiến pháp Việt Nam chỉ quy định về thẩm quyền ban bố, công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp. Các vấn đề cụ thể sẽ do các văn bản dưới Hiến pháp quy định.

Ngoài ra, nguyên tắc giới hạn quyền con người đã được ghi nhận tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, đặt nền móng cho việc kiểm soát giới hạn quyền nói chung²⁹ và tạm đình chỉ quyền trong tình trạng khẩn cấp nói riêng. Liên quan đến tình trạng khẩn cấp, Hiến pháp đã đặt tiêu chuẩn

khó khăn hơn trong giới hạn đối với quyền sở hữu. Theo đó, Nhà nước có thể “trung mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường” trong “trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, *tình trạng khẩn cấp*, phòng, chống thiên tai”³⁰. Ngoài ra, Nhà nước có thể trưng dụng đất “để thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh hoặc trong tình trạng chiến tranh, *tình trạng khẩn cấp*, phòng, chống thiên tai” trong “trường hợp thật cần thiết do luật định”³¹. Như vậy, Hiến pháp quy định việc giới hạn quyền sở hữu như trưng mua, trưng dụng trong tình trạng khẩn cấp phải có lý do “thật cần thiết” (so với với lý do “cần thiết” trong các hoàn cảnh khác). Có thể thấy, Hiến pháp năm 2013 đã đặt những nền tảng quan trọng cho việc giới hạn quyền hiến định khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp.

Nền tảng lập pháp

Hiện nay, ở Việt Nam vẫn chưa ban hành luật, mà mới chỉ ban hành Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000³². Chính phủ đã ban hành Nghị định số 71/2002/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp trong trường hợp có thảm họa lớn, dịch bệnh nguy hiểm. Ngoài ra, trong lĩnh vực phòng ngừa bệnh truyền nhiễm, Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 quy định tình trạng

²⁵ “Quyết định vấn đề chiến tranh và hòa bình; quy định về tình trạng khẩn cấp, các biện pháp đặc biệt khác bảo đảm quốc phòng và an ninh quốc gia” (khoản 13 Điều 70 Hiến pháp năm 2013).

²⁶ “Quyết định tổng động viên hoặc động viên cục bộ; ban bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương” (khoản 10 Điều 74 Hiến pháp năm 2013).

²⁷ Khoản 5 Điều 88 Hiến pháp năm 2013.

²⁸ Khoản 3 Điều 96 Hiến pháp năm 2013.

²⁹ “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 khỏe của cộng đồng”. Xem thêm phân tích tại: Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11, năm 2015.

³⁰ Khoản 3 Điều 32 Hiến pháp năm 2013.

³¹ Khoản 4 Điều 54 Hiến pháp năm 2013.

³² Pháp lệnh này được coi là tài liệu mật. Xem: Bộ Công an, *Báo cáo đánh giá tác động và thủ tục hành chính của dự thảo Luật Bảo vệ bí mật Nhà nước*, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_D_UTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=717&TabIndex=2&TaiLieuID=2875, truy cập ngày 8/4/2020.

khẩn cấp về dịch³³; và Luật Quốc phòng năm 2018 quy định về tình trạng khẩn cấp về quốc phòng³⁴. Có thể thấy, Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 là “luật” chung về tình trạng khẩn cấp, còn Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 là luật chuyên ngành liên quan đến tình trạng khẩn cấp về dịch. Nhìn tổng thể các văn bản pháp luật vừa nêu, Việt Nam đã xây dựng được một nền tảng lập pháp về tình trạng khẩn cấp. Tuy vậy, trong thời gian tới, cần xây dựng nền tảng lập pháp tốt hơn nữa theo hai định hướng. Thứ nhất, hoàn thiện pháp luật về tình trạng khẩn cấp theo các tiêu chuẩn của luật nhân quyền quốc tế và kinh nghiệm quốc tế. Thứ hai, trên cơ sở đó cần nâng cấp Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 thành Luật, qua đó giải quyết những điểm không thống nhất giữa các quy định pháp luật rải rác liên quan đến tình trạng khẩn cấp.

Nền tảng giải thích pháp luật

Khung pháp lý giải thích pháp luật thường trực tiếp gắn với các án lệ, phán quyết, giải thích và hướng dẫn các Công ước quốc tế về nhân quyền³⁵. Với nguồn án lệ đồ sộ, đa dạng, các quốc gia thành viên của Công ước châu Âu về nhân quyền hay

Công ước châu Mỹ về nhân quyền có thêm một khung pháp lý quan trọng bổ sung cho các nền tảng hiến định, lập pháp và công ước quốc tế. Trong bối cảnh Việt Nam là thành viên của ICCPR và ICESCR, các giải thích của các thiết chế Liên hợp quốc (như Ủy ban Nhân quyền Liên hợp quốc)³⁶ có ý nghĩa quan trọng, mặc dù chủ yếu mang tính khuyến nghị.

Áp dụng nguyên tắc tương xứng về giới hạn quyền khi xây dựng pháp luật về tình trạng khẩn cấp

Trong Bình luận chung số 29 về Điều 4 ICCPR (tình trạng khẩn cấp), Ủy ban Nhân quyền Liên hợp quốc nhận định rằng, mặc dù tạm đình chỉ quyền trong tình trạng khẩn cấp khác với giới hạn quyền trong hoàn cảnh thông thường, hai loại biện pháp này cần được xây dựng tuân theo nguyên tắc tương xứng (principle of proportionality)³⁷, vì chúng đều có xuất phát từ các nguyên lý giới hạn quyền con người. Các Công ước chủ đạo về nhân quyền³⁸ đều nhấn mạnh vai trò của nguyên tắc tương xứng trong tạm đình chỉ quyền. Ủy ban Liên Mỹ về nhân quyền (Inter-American Commission on Human Rights) lưu ý các yêu cầu cơ bản của nguyên tắc tương xứng, theo đó “sự giới hạn quyền phải cần thiết vì an ninh chung, tuân theo nhu cầu đúng đắn của một xã hội

³³ Theo Luật này, “Ủy ban Thường vụ Quốc hội ra nghị quyết ban bố tình trạng khẩn cấp theo đề nghị của Thủ tướng Chính phủ; trong trường hợp Ủy ban Thường vụ Quốc hội không thể họp ngay được thì Chủ tịch nước ra lệnh ban bố tình trạng khẩn cấp” (khoản 2 Điều 42 Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007).

³⁴ Theo Điều 18 Luật này, thẩm quyền ban bố, công bố, bãi bỏ tương tự như quy định của Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007.

³⁵ Ví dụ: Ủy ban Nhân quyền Liên hợp quốc giải thích ICCPR và ICESCR; Tòa án Nhân quyền châu Âu (ECtHR) giải thích Công ước châu Âu về nhân quyền (ECHR), Tòa án Nhân quyền Liên châu Mỹ (IACtHR) giải thích Công ước châu Mỹ về nhân quyền (ACHR).

³⁶ Ví dụ: United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*; Office of High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)* 2000.

³⁷ United Nations Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*, đoạn số 4.

³⁸ ICCPR, Công ước châu Âu về quyền con người (ECHR), Công ước châu Mỹ về Nhân quyền (ACHR).

dân chủ và phải là biện pháp tương xứng với các mục tiêu chính đáng”³⁹.

Thậm chí, theo ICCPR, tạm đình chỉ quyền cần đáp ứng các tiêu chí khó khăn so với giới hạn quyền thông thường: (1) Tình trạng khẩn cấp xảy ra đe dọa sự sống còn của quốc gia; (2) Nhà nước phải chính thức công bố tình trạng khẩn cấp; (3) Tạm đình chỉ quyền phải xuất phát từ nhu cầu khẩn cấp của tình hình; (4) Các biện pháp tạm đình chỉ quyền không trái với những nghĩa vụ khác của quốc gia đó, xuất phát từ luật pháp quốc tế; (5) Các biện pháp tạm đình chỉ quyền không mang tính phân biệt đối xử⁴⁰.

Nguyên tắc tương xứng đưa ra một bài kiểm tra gồm bốn bước để đánh giá một sự giới hạn quyền có cân xứng/hợp hiến hay không⁴¹. Việc không đáp ứng tiêu chuẩn ở bất kỳ bước nào đều khiến biện pháp đó trở nên vi hiến vì đã xâm phạm quá mức đến quyền hiến định.

Bước 1: Biện pháp giới hạn quyền phải có mục đích (lý do) chính đáng

Mục đích chính đáng của việc giới hạn quyền không thể tùy tiện mà phải xuất phát từ các giá trị dân chủ, vốn thể hiện ở sự bảo vệ quyền của người khác và bảo vệ lợi ích công⁴². Cần lưu ý, bảo vệ quyền con người bao giờ cũng mang tính chính đáng nhưng không phải lợi ích công nào cũng mang tính chính đáng⁴³. Lợi ích công được coi là chính đáng nếu nó nhằm đạt được các “mục tiêu xã hội quan trọng”, và sau đó nhằm đạt được “nền tảng xã hội trong đó công nhận

tầm quan trọng hiến định và nhu cầu bảo vệ quyền con người”⁴⁴. Lợi ích công bao gồm các yếu tố: Sự tồn tại của Nhà nước như một nền dân chủ, an ninh quốc gia, trật tự công cộng, phòng ngừa tội phạm, bảo vệ trẻ em, sức khỏe cộng đồng, sự khoan dung, bảo vệ tình cảm con người, các nguyên tắc của Hiến pháp và các lợi ích khác không gắn với phạm trù quyền con người⁴⁵. Việc giới hạn quyền không có mục đích, không có lý do chính đáng vi phạm ngay bước đầu tiên của nguyên tắc tương xứng và sẽ bị coi là vi hiến.

Ở Việt Nam, khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 là nguyên tắc hiến định cho cả giới hạn quyền nói chung và tạm đình chỉ quyền trong tình trạng khẩn cấp nói riêng. Đáng lưu ý, Hiến pháp năm 2013 chỉ cho phép giới hạn quyền sở hữu trong tình trạng khẩn cấp khi “thật cần thiết”⁴⁶. Quy định này hàm ý đặt ra tiêu chuẩn cao hơn về lý do chính đáng khi Nhà nước muốn giới hạn các quyền hiến định trong tình trạng khẩn cấp.

Có thể nhận định rằng, các đạo luật về tình trạng khẩn cấp thường không khó khăn vượt qua tiêu chuẩn của bước thứ nhất này vì trước các vấn đề “đe dọa vận mệnh quốc gia”, các biện pháp tạm đình chỉ một số quyền hiến định là rất cần thiết, rất chính đáng. Tuy nhiên, cần xem xét cụ thể những quyền nào bị giới hạn là chính đáng. Nguyên tắc Siracusa nhấn mạnh rằng, việc các biện pháp giới hạn quyền nhằm bảo vệ

³⁹ Inter-American Commission Report, OEA/Ser. L/V/II.116, đoạn số 55.

⁴⁰ Khoản 1 Điều 4 ICCPR.

⁴¹ Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality* American Journal of Jurisprudence, 2012, tr. 49.

⁴² Xem: Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 251.

⁴³ Như trên, tr. 255.

⁴⁴ Xem ý kiến của thẩm phán Barak (Tòa án Tối cao Israel) trong vụ án: CA 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village* [1995] IsrLR 1.

⁴⁵ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 254, 266, 269, 276.

⁴⁶ Khoản 3 Điều 32, khoản 4 Điều 54 Hiến pháp năm 2013.

sức khỏe cộng đồng phải trực tiếp hướng tới ngăn chặn dịch bệnh hoặc chăm sóc người bệnh⁴⁷.

Bước 2: Biện pháp giới hạn quyền phải phù hợp với mục đích cần đạt được

Bước này đòi hỏi phương tiện nhằm giới hạn quyền phải phù hợp (có mối liên hệ đúng đắn) với mục đích cần đạt được⁴⁸. Biện pháp giới hạn quyền không có mối liên hệ phù hợp với mục đích bị coi là vi hiến.

Trong tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh, việc giới hạn quyền tự do đi lại được coi là phù hợp, nhưng các biện pháp giới hạn quyền tiếp cận thông tin có thể bị coi là không có mối liên hệ đúng đắn với mục đích kiểm soát dịch. Chính vì vậy, Ủy ban về các quyền kinh tế, văn hóa, xã hội của Cao ủy Nhân quyền Liên hợp quốc đã giải thích rằng, việc đảm bảo giáo dục và tiếp cận thông tin về các vấn đề sức khỏe cho cộng đồng được coi là nghĩa vụ ưu tiên, cốt lõi của quyền về sức khỏe⁴⁹.

Bước 3: Biện pháp giới hạn quyền nhằm đạt mục đích phải cần thiết

Yêu cầu về sự cần thiết đòi hỏi biện pháp giới hạn quyền là giải pháp tốt nhất trong các phương án đặt ra nhằm đạt được mục đích. Phương án được lựa chọn được cho là cần thiết khi nó giới hạn quyền ở mức độ thấp nhất so với các phương án khác mà vẫn đạt được mục tiêu⁵⁰. Việc hạn

chế quyền không phải là giải pháp tốt nhất (trong các phương án có thể lựa chọn) bị coi là vi hiến.

Trong tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh, việc giới hạn quyền tự do đi lại được coi là chính đáng và phù hợp, nhưng cần xem xét kỹ lưỡng mức độ giới hạn đến đâu là cần thiết. Nhà nước thường đặt ra nhiều phương án với các mức độ giới hạn quyền khác nhau để lựa chọn. Theo tiêu chuẩn của bước ba này, cần lựa chọn biện pháp nào giới hạn quyền tự do đi lại ở mức độ thấp nhất mà vẫn đạt được mục tiêu kiểm soát tốt dịch bệnh.

Bước 4: Sự tương xứng (cân bằng) giữa lợi ích thu được và thiệt hại từ việc hạn chế quyền

Bước này được coi là quan trọng nhất vì là bước cuối cùng. Nhiều biện pháp giới hạn quyền có thể đáp ứng ba tiêu chuẩn ở ba bước đầu, nhưng khi xem xét kỹ ở bước cuối cùng lại không đáp ứng. Lý do bước này quan trọng nhất còn vì nó giải quyết bài toán khó về cân bằng giữa lợi ích và thiệt hại. Nó yêu cầu sự cân bằng giữa lợi ích thu được của việc giới hạn quyền với những thiệt hại do việc giới hạn quyền gây ra⁵¹. Việc giới hạn quá mức (không tương xứng) các quyền có thể hiệu quả để đạt được mục đích đề ra. Tuy nhiên, thiệt hại gây ra từ việc giới hạn quyền không được phép lớn hơn lợi ích thu được⁵².

⁴⁷ United Nations Economic and Social Council, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1985, đoạn số. 25.

⁴⁸ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 303.

⁴⁹ Office of High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, đoạn số 44.

⁵⁰ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, tr. 317.

⁵¹ Như trên, tr. 340.

⁵² Trong đại dịch toàn cầu Covid-19, nhiều học giả cảnh báo các quốc gia cần cân nhắc kỹ lưỡng bài toán lợi ích-thiệt hại này khi áp dụng các biện pháp ảnh hưởng đến quyền của người dân. Ví dụ: Ahmed Mushfiq Mobarak, Zachary Barnett-Howell, *Poor Countries Need to Think Twice About Social Distancing*, năm 2020, xem: <https://foreignpolicy.com/2020/04/10/poor-countries-social-distancing-coronavirus/>, truy cập ngày 16/4/2020.

PHẠM TỘI CHƯA ĐẠT THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017)

*Mai Thị Thủy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về giai đoạn phạm tội chưa đạt. Trên cơ sở đó, tác giả chỉ ra một số hạn chế còn tồn tại trong quy định của Bộ luật này về giai đoạn phạm tội chưa đạt và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes provisions of the Criminal Code of 2015 (amended and supplemented 2017) on incomplete crimes. On that basis, the author points out some limitations of the Criminal Code of 2015 on incomplete crimes and makes relevant proposals for improvement.

1. Quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)¹ về phạm tội chưa đạt

Theo quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015, có ba giai đoạn thực hiện tội phạm là chuẩn bị phạm tội, phạm tội chưa đạt và tội phạm hoàn thành. Trong ba giai đoạn thực hiện tội phạm, giai đoạn chuẩn bị phạm tội có tính nguy hiểm thấp nhất nên người chuẩn bị phạm tội chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự (TNHS) trong một số ít trường hợp và mức độ TNHS cũng nhẹ hơn so với giai đoạn phạm tội chưa đạt và tội phạm hoàn thành². Trong trường hợp phạm tội chưa đạt, hành vi phạm tội chưa thỏa mãn hết các dấu hiệu khách quan của cấu thành tội phạm (CTTP) nên tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội chưa đạt còn hạn chế hơn so với tội phạm hoàn thành. Do đó, mức độ TNHS ở giai đoạn phạm tội chưa đạt cũng thấp hơn so với tội phạm hoàn thành. Đối với giai đoạn phạm tội chưa đạt, BLHS năm 2015 đã có những quy định như sau:

- **Về khái niệm:** Đoạn 1 Điều 15 BLHS năm 2015 quy định: “*Phạm tội chưa đạt là cố ý thực hiện tội phạm nhưng không thực hiện được đến cùng vì những nguyên nhân ngoài ý muốn của người phạm tội*”.

- **Về phạm vi chịu TNHS:** Đoạn 2 Điều 15 BLHS năm 2015 quy định: “*Người phạm tội chưa đạt phải chịu TNHS về tội phạm chưa đạt*”, tức là, trong mọi trường hợp, khi người phạm tội đã thực hiện tội phạm ở giai đoạn phạm tội chưa đạt thì họ đều bị coi là phạm tội và đều phải chịu TNHS.

- **Về mức độ TNHS:** BLHS năm 2015 đã có sự phân hóa TNHS trong trường hợp phạm tội chưa đạt theo các đối tượng khác nhau tùy vào độ tuổi của người phạm tội. Cụ thể:

+ Đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên, mức độ TNHS trong trường hợp phạm tội chưa đạt được quy định tại khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015: “*Đối với trường hợp phạm tội chưa đạt, nếu điều luật được áp dụng có quy định hình phạt cao nhất là tù chung thân hoặc tử hình thì áp dụng hình phạt tù không quá 20 năm; nếu là tù có thời hạn thì mức hình phạt không quá ba phần tư mức phạt tù mà điều luật quy định*”.

* ThS., Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Sau đây gọi tắt là Bộ luật Hình sự năm 2015.

² Xem: Điều 14 BLHS năm 2015.

Như vậy, theo khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015, hình phạt cao nhất có thể áp dụng đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội chưa đạt là 20 năm tù, còn nếu là tù có thời hạn thì mức hình phạt không quá ba phần tư mức phạt tù mà điều luật quy định. So sánh quy định tại khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 với khoản 3 Điều 52 BLHS năm 1999 về mức độ TNHS trong giai đoạn phạm tội chưa đạt, quy định tại khoản 3 Điều 52 BLHS năm 1999 nghiêm khắc hơn thể hiện qua hình phạt cao nhất có thể áp dụng đối với người phạm tội chưa đạt là tử hình³.

+ Đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, mức độ TNHS trong trường hợp phạm tội chưa đạt được quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015: *“Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần ba mức hình phạt quy định tại Điều 100 và Điều 101 của Bộ luật này.”*

Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần hai mức hình phạt quy định tại các điều 99, 100 và 101 của Bộ luật này”.

Có thể thấy, nếu BLHS năm 1985 và BLHS năm 1999 không có quy định riêng về quyết định hình phạt trong trường hợp phạm tội chưa đạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, BLHS năm 2015 lần đầu tiên đã quy định về vấn đề này. Quy định về quyết định hình phạt trong trường hợp phạm tội chưa đạt đối với người dưới 18 tuổi

phạm tội đã thể hiện rõ đường lối xử lý khoan hồng, nhân đạo của Nhà nước ta qua mức hình phạt áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015 nhẹ hơn so với mức hình phạt áp dụng đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội chưa đạt tại khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015.

- **Về căn cứ quyết định hình phạt:** Khi quyết định hình phạt đối với giai đoạn phạm tội chưa đạt, trước hết tòa án phải dựa vào quy định tại Điều 50 BLHS năm 2015 về các căn cứ quyết định hình phạt áp dụng chung cho mọi trường hợp phạm tội⁴. Bên cạnh đó, tòa án còn phải căn cứ vào các quy định riêng mang tính đặc thù cho trường hợp phạm tội chưa đạt quy định tại khoản 1 Điều 57 và khoản 1 Điều 102 BLHS năm 2015 bao gồm mức độ thực hiện ý định phạm tội và những tình tiết khác khiến cho tội phạm không thực hiện được đến cùng⁵.

2. Một số hạn chế trong quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về phạm tội chưa đạt và kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, về quy định tại khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015

- Một là, khi quy định về mức hình phạt áp dụng đối với trường hợp phạm tội chưa đạt tại khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015, nhà làm luật sử dụng cụm từ *“điều luật được áp dụng”*, *“mức phạt tù mà điều luật quy định”* còn tương đối chung chung, chưa cụ thể nên có thể dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau. Vì trong một điều luật có thể quy định nhiều khung hình phạt (khoản) khác nhau, cho nên cụm từ *“điều luật”* tại khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 có thể dẫn đến cách hiểu nếu trong một điều luật

³ Khoản 3 Điều 52 BLHS năm 1999 quy định: *“Đối với trường hợp phạm tội chưa đạt, nếu điều luật được áp dụng có quy định hình phạt cao nhất là tử chung thân hoặc tử hình thì chỉ có thể áp dụng các hình phạt này trong trường hợp đặc biệt nghiêm trọng...”*.

⁴ Xem: Điều 50 BLHS năm 2015.

⁵ Xem: Khoản 1 Điều 57, khoản 1 Điều 102 BLHS năm 2015.

có nhiều khung hình phạt khác nhau. Do vậy, tòa án có thể lựa chọn bất cứ khung hình phạt nào để áp dụng đối với người phạm tội. Về vấn đề này, mặc dù trước đây Nghị quyết số 01/2000/NQ-HĐTP ngày 04/8/2000 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã hướng dẫn: *“Chỉ khi có đầy đủ căn cứ chứng minh rằng tội phạm mà người phạm tội không thực hiện được đến cùng vì những nguyên nhân ngoài ý muốn chủ quan của họ thuộc khoản nào của điều luật tương ứng quy định về tội phạm đó, thì mới áp dụng khoản, điều luật tương ứng đó. Trong trường hợp không xác định được tội phạm mà họ thực hiện không đạt thuộc khoản tăng nặng cụ thể nào của điều luật tương ứng quy định về tội phạm đó, thì áp dụng khoản nhẹ nhất của điều luật tương ứng đó”*. Tuy nhiên, hiện nay, Nghị quyết này đã hết hiệu lực và để có sự thống nhất trong hoạt động áp dụng pháp luật, tác giả kiến nghị khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 cần sửa đổi cụm từ *“điều luật”* thành cụm từ *“khung hình phạt”* cho chính xác.

- Hai là, khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 quy định: *“Nếu là tù có thời hạn thì mức hình phạt không quá ba phần tư mức phạt tù mà điều luật quy định”*. Do quy định này chưa được rõ ràng lại không có văn bản hướng dẫn nên hiện nay vẫn còn có nhiều cách hiểu khác nhau về mức tối thiểu và mức tối đa của hình phạt tù có thời hạn trong trường hợp phạm tội chưa đạt. Cụ thể:

Cách hiểu thứ nhất cho rằng, trong trường hợp phạm tội chưa đạt, nếu điều luật được áp dụng có quy định hình phạt cao nhất là tù có thời hạn thì hình phạt được áp dụng đối với người phạm tội phải nằm trong giới hạn là ba phần tư mức hình phạt tối thiểu đến ba phần tư của mức hình phạt tối đa mà khung hình phạt tương ứng quy định.

Cách hiểu thứ hai cho rằng, trong trường hợp phạm tội chưa đạt, nếu điều luật được áp dụng quy định hình phạt cao nhất là tù có thời hạn thì mức hình phạt tối thiểu mà tòa án có thể áp dụng đối với người phạm tội là không quá ba phần tư mức hình phạt tối thiểu mà khung hình phạt tương ứng quy định, còn mức hình phạt tối đa thì không khống chế - tức là mức hình phạt tối đa trong trường hợp phạm tội chưa đạt bằng mức tối đa mà khung hình phạt tương ứng quy định.

Cách hiểu thứ ba cho rằng, trong trường hợp phạm tội chưa đạt, nếu điều luật được áp dụng quy định hình phạt cao nhất là tù có thời hạn thì mức hình phạt cao nhất mà tòa án có thể áp dụng đối với người phạm tội là không quá ba phần tư mức cao nhất của khung hình phạt tương ứng, còn mức hình phạt tối thiểu trong trường hợp phạm tội chưa đạt bằng mức tối thiểu của khung hình phạt tương ứng.

Cách hiểu thứ tư cho rằng, trong trường hợp phạm tội chưa đạt, nếu điều luật được áp dụng quy định hình phạt cao nhất là tù có thời hạn thì mức hình phạt cao nhất mà tòa án có thể áp dụng đối với người phạm tội là không quá ba phần tư mức cao nhất của khung hình phạt, còn mức hình phạt tối thiểu trong trường hợp phạm tội chưa đạt thì không khống chế mức nào cả, chỉ cần không thấp hơn mức tối thiểu của loại hình phạt tương ứng là được.

Quan điểm của tác giả cho rằng, tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội ở giai đoạn phạm tội chưa đạt hạn chế hơn so với tội phạm hoàn thành. Mặt khác, hình phạt mà nhà làm luật quy định trong các điều luật thuộc phần các tội phạm luôn là một khung hình phạt cụ thể với mức tối thiểu và mức tối đa tương ứng

với giai đoạn tội phạm hoàn thành. Vì vậy, để đảm bảo sự thống nhất trong hoạt động áp dụng pháp luật, tác giả kiến nghị, khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 cần sửa đổi theo hướng quy định rõ nội dung: *Nếu là tù có thời hạn thì mức hình phạt không được dưới ba phần tư mức tối thiểu và không quá ba phần tư mức phạt tù tối đa mà khung hình phạt quy định.*

- Ba là, về việc quyết định hình phạt tiền, cải tạo không giam giữ (CTKGG) đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội chưa đạt. Nếu BLHS năm 2015 có quy định về việc quyết định hình phạt tiền, CTKGG trong trường hợp phạm tội chưa đạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội tại khoản 3 Điều 102 thì đối với người phạm tội từ đủ 18 tuổi trở lên, khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 không quy định về vấn đề này. Trong khi đó, theo Điều 15 BLHS năm 2015 về phạm tội chưa đạt thì người phạm tội chưa đạt vẫn có thể bị áp dụng hình phạt tiền và CTKGG. Do khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 không quy định về giới hạn quyết định hình phạt tiền, CTKGG áp dụng đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội chưa đạt nên về vấn đề này, hiện vẫn còn có nhiều cách hiểu khác nhau:

Cách hiểu thứ nhất cho rằng, khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 không có quy định riêng nên giới hạn quyết định hình phạt tiền, CTKGG trong trường hợp phạm tội chưa đạt được quyết định trên cơ sở các quy định chung về những hình phạt này như đối với giai đoạn tội phạm hoàn thành.

Cách hiểu thứ hai cho rằng, mặc dù khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 không quy định về giới hạn quyết định hình phạt tiền và CTKGG, nhưng do giai đoạn phạm tội chưa đạt ít nguy hiểm hơn so với tội phạm hoàn thành nên mức phạt tiền,

CTKGG mà người phạm tội chưa đạt phải chịu cũng phải thấp hơn so với tội phạm hoàn thành. Do đó, giới hạn quyết định hình phạt tiền và CTKGG cũng phải có giới hạn tương tự như hình phạt tù có thời hạn.

Quan điểm của tác giả cho rằng, so với tội phạm hoàn thành, tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội trong giai đoạn phạm tội chưa đạt ít nguy hiểm hơn. Do đó, mức độ TNHS mà cụ thể là mức hình phạt người phạm tội phải chịu trong giai đoạn phạm tội chưa đạt cũng phải thấp hơn so với tội phạm hoàn thành thì hình phạt quyết định đối với người phạm tội mới tương xứng với tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội đã thực hiện. Hơn nữa, tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015, khi quy định về giới hạn hình phạt được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt, thì giới hạn của hình phạt tiền, CTKGG được quy định như đối với mức phạt tù có thời hạn. Do đó, về vấn đề này, tác giả kiến nghị khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 cần quy định rõ về giới hạn quyết định hình phạt tiền và CTKGG đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên được quyết định như đối với hình phạt tù có thời hạn. Tức là, mức hình phạt tiền và CTKGG trong trường hợp phạm tội chưa đạt phải nằm trong giới hạn ba phần tư mức tối thiểu và không quá ba phần tư mức hình phạt tối đa mà khung hình phạt quy định.

Với những kiến nghị trên của tác giả, khoản 3 Điều 57 BLHS năm 2015 cần được sửa đổi, bổ sung như sau: *“Đối với trường hợp phạm tội chưa đạt, nếu khung hình phạt được áp dụng có quy định hình phạt cao nhất là tù chung thân hoặc tử hình thì áp dụng hình phạt tù không quá 20 năm; nếu là phạt tiền, cải tạo không giam giữ, tù có thời hạn thì mức hình phạt áp dụng không được dưới*

ba phần tư mức tối thiểu và không quá ba phần tư mức hình phạt tối đa mà khung hình phạt quy định”.

Thứ hai, về quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015

- Một là, về các bước quyết định hình phạt theo quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015. Khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015 quy định: *“Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần ba mức hình phạt quy định tại Điều 100 và Điều 101 của Bộ luật này. Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần hai mức hình phạt quy định tại các điều 99, 100 và 101 của Bộ luật này”.* Mặc dù hiện nay chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể về việc quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt, nhưng với quy định này, theo tác giả, để quyết định hình phạt theo khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015, cần thực hiện các bước sau đây:

Bước 1: Tính mức hình phạt được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định tại Điều 99, Điều 100 hoặc Điều 101 BLHS năm 2015.

Bước 2: Áp dụng quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015:

+ Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần ba mức hình phạt đã tính được tại bước 1.

+ Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần hai mức hình phạt đã tính được tại bước 1.

- Hai là, khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015 có khống chế mức hình phạt tối thiểu

áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt hay không.

Theo quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015, mức hình phạt cao nhất (tối đa) được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt là không quá một phần ba mức hình phạt quy định tại Điều 100, Điều 101 BLHS đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi; không quá một phần hai mức hình phạt quy định tại các điều 99, 100 và 101 BLHS đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi⁶. Tuy nhiên, khi quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt thì có bị khống chế mức hình phạt tối thiểu không lại chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể. Tại mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 của Tòa án nhân dân tối cao đã hướng dẫn áp dụng Điều 101 BLHS năm 2015 với nội dung: *“Theo quy định tại khoản 2 Điều 168 BLHS năm 2015 thì tội cướp tài sản có mức hình phạt tù từ 07 năm đến 15 năm. Vậy có được xử bị cáo từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi mức hình phạt là 04 năm tù không? Theo quy định tại Điều 101 BLHS năm 2015 thì mức phạt tù có thời hạn cao nhất được áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi không quá 3/4 mức phạt tù mà điều luật quy định. Như vậy, luật chỉ khống chế mức phạt cao nhất áp dụng đối với đối tượng này mà không khống chế mức thấp nhất. Do đó, trong trường hợp nêu trên, tòa án có thể áp dụng mức phạt 04 năm tù đối với bị cáo, nếu việc áp dụng hình phạt đó bảo đảm được mục đích của hình phạt và các nguyên tắc trong việc xử lý hình sự*

⁶ Điều 99, Điều 100, Điều 101 BLHS năm 2015 quy định về các hình phạt áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Trong đó, Điều 99 quy định hình phạt tiền; Điều 100 BLHS quy định hình phạt cải tạo không giam giữ; Điều 101 quy định hình phạt tù có thời hạn.

người chưa thành niên phạm tội”. Hướng dẫn tại mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 làm phát sinh hai vấn đề sau đây:

+ *Vấn đề thứ nhất*: Với hướng dẫn tại mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 có thể thấy, Điều 101 BLHS năm 2015 quy định về giới hạn hình phạt tù áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ không chế mức phạt cao nhất áp dụng đối với đối tượng này là không quá ba phần tư mức phạt tù mà điều luật quy định (đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi) hoặc không quá một phần hai mức phạt tù mà điều luật quy định (đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi) và mức phạt tù tối thiểu áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội cũng không chế phải nằm trong giới hạn tối thiểu của khung hình phạt được áp dụng. Bởi theo hướng dẫn tại mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019, mức tối thiểu của khoản 2 Điều 168 BLHS năm 2015 là 7 năm tù, nên nếu áp dụng mức ba phần tư thì mức hình phạt tối thiểu sẽ là 5 năm 3 tháng tù ($3/4 \times 7 = 5$ năm 3 tháng tù). Ở đây Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn có thể áp dụng mức phạt 04 năm tù đối với bị cáo thì rõ ràng mức hình phạt tối thiểu đối với hình phạt tù không bắt buộc phải nằm trong giới hạn ba phần tư mức tối thiểu của khung hình phạt được áp dụng. Như vậy, mức phạt tù tối thiểu có thể áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo Điều 101 BLHS năm 2015 được xác định theo quy tắc nào? Về nội dung này, hiện nay có 2 cách hiểu khác nhau như sau:

Cách hiểu thứ nhất cho rằng, mức tối thiểu của hình phạt tù áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội quy định tại Điều 101 BLHS năm 2015 chỉ cần không thấp hơn

mức tối thiểu của loại hình phạt tù là được (tức không thấp hơn 3 tháng tù).

Cách hiểu thứ hai cho rằng, mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 là hướng dẫn đối với khoản 2 Điều 168 BLHS năm 2015 (khung hình phạt từ 7 năm tù đến 15 năm tù), Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn có thể áp dụng mức phạt 4 năm tù thì 4 năm tù này vẫn nằm trong khung phạt liền kề nhẹ hơn của khoản 2 Điều 168 BLHS năm 2015 là khoản 1 (khung hình phạt từ 3 năm tù đến 10 năm tù) – tức là mức tối thiểu có thể nằm trong mức tối thiểu của khung hình phạt liền kề nhẹ hơn chứ không thể hiểu là mức tối thiểu có thể bằng với mức tối thiểu của loại hình phạt tương ứng như cách hiểu thứ nhất được. Tuy nhiên, với cách hiểu thứ hai này lại làm phát sinh vấn đề là, giả sử trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội thuộc khung hình phạt duy nhất hoặc thuộc khung hình phạt nhẹ nhất của điều luật, tức không có khung hình phạt liền kề nhẹ hơn như khoản 2 Điều 168 BLHS năm 2015 thì áp dụng mức hình phạt tối thiểu như thế nào?

+ *Vấn đề thứ hai*, mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 chỉ hướng dẫn về mức phạt tù tối thiểu có thể áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Như vậy, đối với hình phạt tiền, CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội có thể hiểu tương tự như mức phạt tù hướng dẫn tại mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 hay không?

Do đó, tác giả kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn quy định tại khoản 3 Điều 103 BLHS năm 2015 với các nội dung sau:

- Khi quyết định hình phạt trong trường hợp phạm tội chưa đạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, theo quy định tại khoản 3

Điều 102 BLHS năm 2015, trước hết tòa án cần xác định mức hình phạt theo quy định tại Điều 99, Điều 100 hoặc Điều 101 BLHS năm 2015; sau đó, tùy thuộc vào độ tuổi mà mức hình phạt cao nhất áp dụng không được quá một phần ba hoặc không được quá một phần hai mức hình phạt đã xác định được theo quy định tại Điều 99, Điều 100 hoặc Điều 101 BLHS năm 2015.

- Trên cơ sở quy định tại mục I.4 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn rõ về việc xác định mức hình phạt tối thiểu khi quyết định hình phạt tiền, CTKGG và hình phạt tù có thời hạn đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo hướng: Nếu cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định mức hình phạt tối thiểu khi quyết định hình phạt tiền (Điều 99 BLHS), CTKGG (Điều 100 BLHS) và hình phạt tù có thời hạn (Điều 101 BLHS) đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt theo hướng không bắt buộc mức hình phạt tối thiểu trong những trường hợp này phải nằm trong mức tối thiểu của khung hình phạt áp dụng mà chỉ cần không thấp hơn mức tối thiểu của loại hình phạt đó là được (tức không thấp hơn mức tối thiểu là 1 triệu đồng đối với phạt tiền, 6 tháng CTKGG, 3 tháng tù có thời hạn) thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền không cần phải hướng dẫn việc xác định mức tối thiểu khi quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015. Ngược lại, nếu cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác định mức hình phạt tối thiểu khi quyết định hình phạt tiền, hình phạt CTKGG và hình phạt tù có thời hạn đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt theo hướng phải nằm trong mức tối thiểu của một khung hình phạt nhất định hoặc bằng một tỷ lệ nhất định nào đó thì cơ

quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn việc xác định mức tối thiểu khi quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015.

Thứ ba, về việc xác định giai đoạn thực hiện tội phạm trong trường hợp phạm tội 02 lần trở lên

“Phạm tội 02 lần trở lên” được BLHS năm 2015 quy định vừa là tình tiết tăng nặng TNHS tại điểm g khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 vừa là tình tiết định khung tăng nặng trong rất nhiều tội danh thuộc Phần Các tội phạm của BLHS⁷.

Trường hợp một người phạm tội 02 lần trở lên mà tất cả các lần đó đều ở giai đoạn phạm tội chưa đạt, rõ ràng khi quyết định hình phạt, tòa án phải áp dụng quy định về phạm tội chưa đạt. Vấn đề đặt ra ở đây là trường hợp một người phạm tội 02 lần trở lên mà trong đó có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn tội phạm hoàn thành, có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn chưa đạt hoặc/và giai đoạn chuẩn bị phạm tội; hoặc trường hợp một người phạm tội 02 lần trở lên mà trong đó có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn phạm tội chưa đạt, có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn chuẩn bị phạm tội thì tòa án sẽ áp dụng quy định về giai đoạn phạm tội nào để quyết định hình phạt đối với người phạm tội. Vấn đề này hiện nay vẫn chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể nên thực tiễn áp dụng trong hoạt động truy tố, xét xử vẫn chưa có sự thống nhất.

(Xem tiếp trang 40)

⁷ Nếu BLHS năm 2015 quy định là tình tiết “phạm tội 02 lần trở lên” thì theo BLHS năm 1985 và BLHS năm 1999, tình tiết này được gọi là “phạm tội nhiều lần”. Tuy (cách gọi) thuật ngữ theo quy định của BLHS năm 2015 và BLHS năm 1985, BLHS năm 1999 là khác nhau, nhưng về bản chất, “phạm tội 02 lần” và “phạm tội nhiều lần” là giống nhau.

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ ĐƯƠNG SỰ CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015 VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Thái Chí Bình*

Tóm tắt: Nội dung bài viết làm rõ một số bất cập trong các quy định về đương sự của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 như: Chưa quy định đương sự là người tham gia tố tụng; chưa nêu khái niệm về đương sự; kỹ thuật trình bày quy định liên quan đến đương sự còn dàn trải; quy định về quyền và nghĩa vụ của từng tư cách tham gia tố tụng thuộc đương sự chưa phản ánh đúng vị trí của họ trong vụ án hình sự; chưa quy định đương sự với tư cách là chủ thể tranh tụng độc lập trong quá trình giải quyết vụ án hình sự. Qua đó, nêu lên một số kiến nghị hoàn thiện quy định về đương sự.

Abstract: The article clarifies shortcomings of the legal provisions on litigants under the Criminal Procedure Code of 2015 such as failure to provide litigants as persons engaging in proceedings; failure to define litigant; piecemeal legislative technique related to litigants provisions; regulations on the rights and obligations of litigants fails to reflect their status in a criminal case; failure to provide litigants as independent inquisitorial entities engaging in criminal proceedings. Thereby it makes proposals for legal improvement.

Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (BLTTHS năm 2015) có nhiều sửa đổi, bổ sung quan trọng đối với quy định về đương sự như: Giải thích phạm vi chủ thể tham gia tố tụng thuộc phạm vi đương sự, khái niệm người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, bổ sung quyền và nghĩa vụ của tư cách tham gia tố tụng thuộc phạm vi đương sự. Những quy định mới này đã đề cao quyền con người, quyền công dân của đương sự trong suốt quá trình tố tụng. Tuy nhiên, qua thời gian áp dụng, quy định về đương sự trong BLTTHS năm 2015 đã nảy sinh những vướng mắc, bất cập nhất định, đòi hỏi phải có sự đánh giá, sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thực tiễn.

1. Bất cập trong các quy định về đương sự của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015

Qua nghiên cứu, tác giả nhận thấy, quy định về đương sự trong BLTTHS năm 2015 hiện đang có một số vướng mắc, bất cập sau:

Thứ nhất, đương sự chưa được quy định là người tham gia tố tụng

Điểm g khoản 1 Điều 4 BLTTHS năm 2015 quy định: “Đương sự gồm nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự”. Tuy nhiên, khi liệt kê người tham gia tố tụng, Điều 55 BLTTHS năm 2015 lại không liệt kê “đương sự” với tư cách là người tham gia tố tụng.

Bên cạnh đó, mặc dù không liệt kê đương sự là người tham gia tố tụng, nhưng BLTTHS năm 2015 lại có nhiều quy định

* ThS., Tòa án nhân dân huyện Chợ Mới, tỉnh An Giang.

thể hiện sự tham gia tố tụng của đương sự¹. Đồng thời, BLTTHS năm 2015 còn quy định người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự².

Trong khi đó, điểm c khoản 1 Điều 4 BLTTHS năm 2015 quy định: “Người tham gia tố tụng là cá nhân, cơ quan, tổ chức tham gia hoạt động tố tụng theo quy định của Bộ luật này”. Với các quy định về đương sự hay các tư cách tham gia tố tụng thuộc đương sự thì đương sự đáp ứng đầy đủ điều kiện để được xác định là người tham gia tố tụng.

¹ Đó là các quy định: Nguyên tắc bảo đảm quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự (Điều 16); quyền yêu cầu tòa án xét xử kín khi cần giữ bí mật đời tư của đương sự (Điều 25); cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng triệu tập đương sự ghi lời khai (các điều 37, 39, 40, 42, 188); những trường hợp phải thay đổi người tiến hành tố tụng, người giám định, người định giá tài sản, người phiên dịch, người dịch thuật trong trường hợp họ là đương sự, người đại diện, người thân thích của đương sự (các điều 49, 68, 69, 70); quy định cho đương sự hoặc người đại diện của họ có quyền đề nghị cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng trưng cầu giám định những vấn đề liên quan đến quyền và lợi ích hợp pháp của họ (Điều 207); quy định đương sự được cơ quan điều tra thông báo các hoạt động tố tụng quan trọng như: Tạm đình chỉ điều tra, kết luận điều tra đề nghị truy tố, đình chỉ điều tra, việc phục hồi điều tra (các điều 229, 232, 235); quy định đương sự được viện kiểm sát thông báo quyết định truy tố bị can trước tòa án; trả hồ sơ để yêu cầu điều tra bổ sung; đình chỉ hoặc tạm đình chỉ vụ án; đình chỉ hoặc tạm đình chỉ vụ án đối với bị can (Điều 240), thông báo việc phục hồi vụ án hoặc quyết định phục hồi vụ án đối với bị can (Điều 249); quy định cho đương sự được tham gia phiên tòa, trình bày ý kiến, xem biên bản phiên tòa và yêu cầu ghi những sửa đổi, bổ sung vào biên bản phiên tòa (các Điều 250, 258); quy định nội dung bản án phải phân tích lý do mà hội đồng xét xử không chấp nhận những chứng cứ buộc tội, chứng cứ gỡ tội, yêu cầu, đề nghị của đương sự (Điều 260); quy định đương sự được đảm bảo quyền kháng cáo (Điều 333, Điều 346); quyền được nhận quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm (Điều 348)...

² Xem: Khoản 18 Điều 55, Điều 84 BLTTHS năm 2015.

Vì vậy, để khắc phục bất cập này, kiến nghị bổ sung đương sự là người tham gia tố tụng vào Điều 55 BLTTHS năm 2015.

Thứ hai, chưa nêu khái niệm đương sự

BLTTHS năm 2015 chỉ giải thích phạm vi các tư cách tham gia tố tụng thuộc phạm vi thuật ngữ đương sự tại điểm g khoản 1 Điều 4 mà chưa nêu khái niệm đương sự (nội hàm của thuật ngữ) nên chưa tạo ra cách hiểu thống nhất, từ đó, chưa quy định về tư cách tham gia tố tụng của đương sự khi đề cập đến đương sự với tư cách là người tham gia tố tụng.

Trong khi đó, BLTTHS năm 2015 quy định đương sự tham gia tố tụng vào nhiều hoạt động tố tụng, vừa với tư cách là đương sự, vừa với tư cách là nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án.

Bên cạnh đó, trên cơ sở tổng hợp các quy định của BLTTHS năm 2015 về nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, chúng ta có thể khẳng định, đây là nhóm các chủ thể có quyền và nghĩa vụ liên quan đến vụ án hình sự nhưng không phải là người bị buộc tội và việc họ tham gia tố tụng là để tự bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình và có nghĩa vụ liên quan đến tội phạm xảy ra³. Quan hệ tố tụng hình sự mà đương sự tham gia là các quan hệ về dân sự có thể được xác lập giữa đương sự với các người tham gia tố tụng khác hoặc giữa các tư cách tham gia tố tụng thuộc đương sự với nhau.

Vì vậy, để có cách hiểu thống nhất và đảm bảo tính đồng bộ trong các quy định có liên quan đến đương sự, kiến nghị bổ sung

³ Nói cách khác, việc đương sự tham gia vào vụ án hình sự nhằm tự bảo vệ quyền lợi của mình hoặc phải gánh chịu nghĩa vụ theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự.

khái niệm đương sự trên cơ sở quy định về phạm vi chủ thể trực thuộc và quy định có liên quan trong BLTTHS năm 2015.

Thứ ba, kỹ thuật trình bày quy định liên quan đến đương sự trong BLTTHS năm 2015 còn dàn trải

Mặc dù đã xác định đương sự bao gồm 03 chủ thể gồm: Nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, nhưng BLTTHS năm 2015 không có điều luật quy định về đương sự mà chỉ quy định từng tư cách tham gia tố tụng trực thuộc vào đương sự riêng biệt nên chưa thể hiện rõ đương sự với vị trí là chủ thể tham gia tố tụng trong tố tụng hình sự.

Bên cạnh đó, nghiên cứu quy định tại các điều 63, 64, 65 BLTTHS năm 2015 tương ứng với các tư cách tham gia tố tụng của nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, chúng ta thấy, có nhiều quyền và nghĩa vụ của các chủ thể này giống nhau. Theo đó, nếu chọn quy định về quyền và nghĩa vụ của nguyên đơn dân sự tại Điều 63 làm nền để so sánh với quy định về quyền và nghĩa vụ của bị đơn dân sự (Điều 64) và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án (Điều 65) và bỏ qua các quy định về quyền và nghĩa vụ giống nhau tại các Điều 63, 64, 65 BLTTHS năm 2015, chúng ta thấy có một số điểm chưa hợp lý như sau:

Một là, các quyền giống nhau giữa 03 chủ thể nhưng lại bị xáo trộn đặt ở các điểm khác nhau tại các khoản tương ứng của các điều luật⁴. Điều này gây khó khăn cho việc tiếp cận, nghiên cứu quy định về quyền và nghĩa vụ của từng tư cách tham gia tố tụng.

Hai là, quy định về quyền và nghĩa vụ tại các điều 63, 64, 65 BLTTHS năm 2015 tương ứng với mỗi tư cách tham gia tố tụng có nhiều quyền và nghĩa vụ giống nhau. Theo đó, về quyền, có 9/12 giống nhau hoàn toàn giữa 3 điều luật⁵. Đối với 3/12 quyền còn lại, chúng khác nhau do gắn liền với tư cách tham gia tố tụng của từng chủ thể hoặc không có quy định. Về nghĩa vụ, có 2/3 nghĩa vụ giống nhau hoàn toàn giữa 3 điều luật; có 1/3 nghĩa vụ của 3 điều luật khác nhau nhưng không khác nhau hoàn toàn mà chỉ khác nhau nội dung gắn liền với từng tư cách tham gia tố tụng.

Với việc quy định lặp đi lặp lại các quyền, nghĩa vụ giống nhau tại nhiều điều luật làm cho BLTTHS bị dàn trải, không tập trung, gây khó khăn cho việc nghiên cứu, áp dụng. Điều này ảnh hưởng đến tính thống nhất, đồng bộ của hệ thống pháp luật.

Ba là, sử dụng các từ tương tự để biểu thị nội hàm giống nhau. Theo đó, điểm h khoản 2 Điều 63 quy định: “...**trình bày** ý kiến, đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi người tham gia phiên tòa; tranh luận tại phiên tòa để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp **của nguyên đơn**...”; điểm h khoản 2 Điều 64 quy định: “... **trình bày** ý kiến, đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi người tham gia phiên tòa; tranh luận tại phiên tòa để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp **của bị đơn**...”, nhưng điểm d khoản 2 Điều 65 lại quy định: “...**phát biểu** ý kiến, đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi những người tham gia phiên tòa; tranh luận tại phiên tòa để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp **của mình**...”. Nghiên cứu 03 quy định này, chúng ta thấy, việc sử dụng thuật ngữ “phát biểu” tại điểm d khoản

⁴ Chẳng hạn, tương ứng với nội dung tại các điểm b, c khoản 2 Điều 63 BLTTHS năm 2015 là điểm c, d khoản 2 Điều 64 BLTTHS năm 2015 và các điểm b, e khoản 2 Điều 65 BLTTHS năm 2015.

⁵ Không kể quyền tại điểm e khoản 2 Điều 63 và điểm g khoản 2 Điều 64 BLTTHS năm 2015 (do Điều 65 BLTTHS năm 2015 không quy định quyền này).

2 Điều 65 có cùng cách biểu đạt, cùng nội hàm với thuật ngữ “trình bày” tại điểm h khoản 2 Điều 63 và điểm h khoản 2 Điều 64. Bởi vì, theo Từ điển tiếng Việt, phát biểu là “nói lên, nêu lên ý kiến, quan niệm tình cảm của mình về vấn đề gì đó”⁶; còn trình bày là “nói ra một cách rõ ràng và đầy đủ cho người khác (thường là cấp trên hoặc số đông) hiểu rõ”⁷. Đồng thời, nếu như điểm h khoản 2 Điều 63 và điểm h khoản 2 Điều 64 thể hiện việc thực hiện quyền tranh luận để bảo vệ quyền lợi cho chính tư cách tham gia tố tụng đó thì điểm d khoản 2 Điều 65 lại quy định việc tranh luận để bảo vệ quyền lợi cho chính mình mà không phải là tư cách tham gia tố tụng, dẫn đến sự thiếu thống nhất.

Ngoài ra, theo khoản 3 Điều 301 BLTTHS năm 2015, chủ tọa phiên tòa có trách nhiệm phổ biến quyền và nghĩa vụ của những người tham gia tố tụng có mặt tại phiên tòa theo giấy triệu tập của tòa án. Đối với những vụ án hình sự có sự tham gia đầy đủ thành phần đương sự, với việc quy định quyền và nghĩa vụ của nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án trùng lặp tại các điều khác nhau dẫn đến chủ tọa phiên tòa phải lặp lại việc phổ biến quyền và nghĩa vụ, kéo dài thời gian giải quyết vụ án.

Về vấn đề này, liên hệ sang tố tụng dân sự, tố tụng hành chính, chúng ta thấy, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 có cách thức thể hiện cô đọng hơn. Theo đó, quy định về quyền và nghĩa vụ của nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (trong tố tụng dân sự) và quy định về quyền

và nghĩa vụ của người khởi kiện, người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (trong tố tụng hành chính) giống nhau được đặt vào cùng điều luật. Đối với các quyền và nghĩa vụ riêng của từng tư cách tham gia tố tụng sẽ được quy định ở các điều luật riêng⁸. Cách thức quy định này vừa tạo ra sự thuận lợi khi áp dụng trong thực tiễn, vừa góp phần nhóm các quy định có liên quan này lại với nhau tạo ra sự logic trong quy định của văn bản luật.

Để tránh lặp đi lặp lại các quy định tương tự nhau ở các điều luật khác nhau trong BLTTHS năm 2015, kiến nghị nhập các quyền và nghĩa vụ mà nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án đều có vào một điều luật và quy định những quyền và nghĩa vụ đặc thù cho từng tư cách tham gia tố tụng ở các điều luật riêng. Đồng thời, thống nhất những từ có cùng nội hàm để dễ hiểu, dễ áp dụng; tránh gặp khó khăn khi phải lý giải sự khác biệt giữa 02 từ có cùng nội hàm nhưng quy định ở những điều khoản khác nhau.

Thứ tư, quy định về quyền và nghĩa vụ của từng tư cách tham gia tố tụng thuộc đương sự chưa phản ánh đúng vị trí của họ trong vụ án hình sự

Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan là chủ thể có nhiều hình thức khác nhau. Họ có thể là cơ quan, tổ chức, cá nhân có lợi ích vật chất hoặc tinh thần có liên quan đến

⁶ Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Từ điển Bách khoa, 2012, Hà Nội, tr.986.

⁷ Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Từ điển Bách khoa, 2012, Hà Nội, tr.1325.

⁸ Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 quy định quyền và nghĩa vụ của đương sự tại Điều 70; quyền và nghĩa vụ của nguyên đơn tại Điều 71; quyền và nghĩa vụ của bị đơn tại Điều 72; quyền và nghĩa vụ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan tại Điều 73. Trong khi đó, Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 quy định quyền và nghĩa vụ của đương sự tại Điều 55; quyền và nghĩa vụ của người khởi kiện tại Điều 56; quyền và nghĩa vụ của người bị kiện tại Điều 57; quyền và nghĩa vụ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan tại Điều 58.

tội phạm hay cơ quan, tổ chức, cá nhân có nghĩa vụ về vật chất hoặc tinh thần do có liên quan đến tội phạm⁹.

Nếu so sánh về quyền và nghĩa vụ với nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự thì trong một số trường hợp, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án lại có quyền và nghĩa vụ gắn chặt và chịu ảnh hưởng bởi kết quả giải quyết vụ án ở mức độ cao hơn. Tuy nhiên, BLTTHS năm 2015 lại quy định quyền của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hạn chế hơn so với nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự. Theo đó, họ không có quyền: (1) Được thông báo kết quả điều tra, giải quyết vụ án; (2) Đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người giám định, người định giá tài sản, người phiên dịch, người dịch thuật; (3) Đề nghị người có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của họ hoặc chấp nhận, bác bỏ một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của người có quyền.

Bên cạnh đó, về nghĩa vụ, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự lại có nghĩa vụ hạn chế hơn so với người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án. Theo đó, nếu người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án có nghĩa vụ “trình bày trung thực những tình tiết liên quan đến quyền và nghĩa vụ của mình” (ở phạm vi rộng) thì nguyên đơn dân sự chỉ có nghĩa vụ “trình bày trung thực những tình tiết liên quan đến việc bồi

thường thiệt hại”; bị đơn dân sự chỉ có nghĩa vụ “trình bày trung thực những tình tiết liên quan đến việc bồi thường thiệt hại” mà không có nghĩa vụ trình bày trung thực đối với tình tiết khác của vụ án. Quy định này là chưa phù hợp. Bởi vì, trong một số trường hợp, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự cũng biết về diễn biến, tình tiết của vụ án ngoài các tình tiết liên quan đến việc bồi thường thiệt hại.

Như vậy, quy định về quyền và nghĩa vụ của từng tư cách tham gia tố tụng thuộc đương sự chưa phản ánh đúng vị trí của họ trong vụ án hình sự, chưa bao quát quyền và nghĩa vụ cần phải đảm bảo, ràng buộc cho từng tư cách tham gia tố tụng. Để khắc phục bất cập này, kiến nghị cần bổ sung quyền của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án; bổ sung quy định về nghĩa vụ của nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự sao cho đảm bảo đúng vị trí, vai trò tham gia tố tụng của họ và đảm bảo sự tranh tụng giữa họ với người tham gia tố tụng khác.

Thứ năm, chưa quy định đương sự với tư cách là chủ thể tranh tụng độc lập trong quá trình giải quyết vụ án hình sự

BLTTHS năm 2015 ít khi sử dụng thuật ngữ “đương sự” hoặc nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án với tư cách độc lập khi quy định về các hoạt động tố tụng có sự tham gia của họ mà thường ghép chung vào thuật ngữ “người tham gia tố tụng khác”.

Bên cạnh đó, mặc dù có sử dụng thuật ngữ “người tham gia tố tụng khác” ở nhiều quy định khác nhau, nhưng BLTTHS năm 2015 không giải thích “người tham gia tố tụng khác” gồm những ai. Chính vì vậy, dẫn đến 02 cách hiểu khác nhau trong thực tiễn. ***Quan điểm thứ nhất cho rằng***, thuật ngữ “người tham gia tố tụng khác” là người tham gia tố tụng trừ những người tham gia

⁹ Cụ thể là: (1) Người giao tài sản cho người bị buộc tội không nhằm mục đích thực hiện tội phạm nhưng người bị buộc tội sử dụng tài sản đó làm công cụ, phương tiện phạm tội; (2) Người có tài sản bị cơ quan tiến hành tố tụng tạm giữ trong các hoạt động tố tụng nhưng tài sản đó không liên quan đến tội phạm; (3) Người đã cùng người bị buộc tội thực hiện hành vi phạm tội nhưng do họ chưa đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự nên không bị truy cứu trách nhiệm hình sự; (4) Người không liên quan đến hành vi phạm tội nhưng được người bị buộc tội tặng, cho, gửi tài sản và không biết đó là tài sản do phạm tội mà có...

tổ tụng đã được liệt kê trước đó¹⁰. *Quan điểm thứ hai cho rằng*, thuật ngữ “người tham gia tố tụng khác” là người tham gia tố tụng nhưng không phải tất cả người tham gia tố tụng do BLTTHS năm 2015 quy định (sau khi trừ cách tư cách tham gia tố tụng được liệt kê trước đó), mà việc xác định phạm vi chủ thể trực thuộc dựa vào nội dung điều chỉnh của điều luật và các quy định khác trong BLTTHS năm 2015 có liên quan¹¹. Chính quy định không rõ ràng này, dẫn đến trường hợp, cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng dựa vào đó giới hạn phạm vi “người tham gia tố tụng khác”, loại trừ, hạn chế việc đương sự tham gia tố tụng. Từ đó, hạn chế quyền tham gia các hoạt động tố tụng của đương sự do BLTTHS năm 2015 quy định, không đảm bảo sự bình đẳng giữa đương sự với người bị buộc tội, bị hại trong quá trình tranh tụng, ảnh hưởng đến việc thực hiện nguyên tắc tranh tụng trong tố tụng hình sự¹².

¹⁰ Ví dụ: Điểm g khoản 1 Điều 73 BLTTHS năm 2015 quy định người bào chữa có quyền “đề nghị tiến hành hoạt động tố tụng theo quy định của Bộ luật này; đề nghị triệu tập người làm chứng, *người tham gia tố tụng khác*, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng”; cho nên, “người tham gia tố tụng khác” bao gồm tất cả người tham gia tố tụng được liệt kê tại Điều 55 BLTTHS năm 2015, trừ người làm chứng được liệt kê trước đó.

¹¹ Ví dụ: Theo khoản 1 Điều 218 BLTTHS năm 2015 về định giá lại tài sản: “Trường hợp có nghi ngờ kết luận định giá lần đầu, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng tự mình hoặc theo đề nghị của người bị buộc tội, người tham gia tố tụng khác ra văn bản yêu cầu định giá lại tài sản. Việc định giá lại tài sản do hội đồng định giá tài sản cấp trên trực tiếp thực hiện”. Trong trường hợp này, mặc dù người làm chứng cũng là người tham gia tố tụng, nhưng họ không có quyền đề nghị định giá lại tài sản. Bởi vì, theo Điều 66 BLTTHS năm 2015, người làm chứng không có quyền đề nghị định giá lại tài sản.

¹² Bởi vì, theo Điều 26 BLTTHS năm 2015, một trong những nội dung quan trọng để đảm bảo nguyên tắc tranh tụng là trong quá trình giải quyết vụ án hình sự, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người bị

Bên cạnh đó, BLTTHS quy định rất hạn chế việc đương sự tham gia vào các hoạt động điều tra do Cơ quan điều tra tiến hành¹³. Chính điều này đã hạn chế việc tham gia tranh tụng của đương sự trong quá trình giải quyết vụ án.

Để khắc phục bất cập này, kiến nghị cần bổ sung quy định giải thích về cách thức xác định phạm vi chủ thể thuộc “người tham gia tố tụng khác”. Đồng thời, đối với những trường hợp mà đương sự được quy định lồng vào phạm vi của thuật ngữ “người tham gia tố tụng khác”, cần tách riêng để thể hiện đúng vị trí, vai trò của nhóm chủ thể có quyền và nghĩa vụ gắn chặt với việc giải quyết vụ án hình sự, chủ thể tham gia vào quá trình tranh tụng để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Bên cạnh đó, cần bổ sung việc đương sự được tham gia vào một số hoạt động điều tra để kịp thời biết được tình tiết của vụ án, đưa ra tài liệu, chứng cứ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ được tốt hơn.

2. Kiến nghị hoàn thiện

Từ những phân tích ở trên, tác giả kiến nghị một số giải pháp cụ thể hoàn thiện pháp luật như sau:

Một là, về tư cách tham gia tố tụng của đương sự, kiến nghị bổ sung vào Điều 55 BLTTHS năm 2015 quy định đương sự là người tham gia tố tụng, đồng thời, gộp các

bị buộc tội, người bào chữa và người tham gia tố tụng khác đều có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Cho nên, để thực hiện nội dung đó của nguyên tắc tranh tụng, đòi hỏi quyền và nghĩa vụ được quy định cho đương sự phải phù hợp với vị trí, vai trò của tư cách tham gia tố tụng này.

¹³ BLTTHS năm 2015 chỉ quy định việc đương sự tham gia vào các hoạt động định giá tài sản, giám định mà chưa quy định cho họ tham gia vào các hoạt động điều tra khác.

khoản 9, 10, 11 Điều 55 BLTTHS năm 2015 thành các tư cách tham gia tố tụng trực thuộc đương sự với nội dung:

“Điều 55. Người tham gia tố tụng

...

9. Đương sự gồm nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án.

10. ~~Bị đơn dân sự.~~

11. ~~Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án.~~

...”

Hai là, bổ sung vào BLTTHS năm 2015 Điều 62a quy định về đương sự, trong đó, nêu khái niệm về đương sự (cả nội hàm và ngoại diên), quyền và nghĩa vụ mà nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án đều có như sau:

“Điều 62a. Đương sự

1. Đương sự trong tố tụng hình sự là người tham gia tố tụng có quyền và nghĩa vụ liên quan đến tội phạm xảy ra, tham gia vào vụ án hình sự nhằm bảo vệ quyền lợi ích hợp pháp của mình hoặc chịu nghĩa vụ theo quy định của pháp luật¹⁴.

Đương sự trong tố tụng hình sự bao gồm: Nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án¹⁵.

2. Đương sự hoặc người đại diện của họ có quyền:

a) Được thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều này và các Điều 63, 64, 65 của Bộ luật này¹⁶;

b) Đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu;

c) Trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền tiến hành tố tụng kiểm tra, đánh giá;

d) Được thông báo kết quả điều tra, giải quyết vụ án¹⁷;

đ) Yêu cầu giám định, định giá tài sản theo quy định của pháp luật;

e) Đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người giám định, người định giá tài sản, người phiên dịch, người dịch thuật¹⁸;

g) Tham gia phiên tòa; trình bày ý kiến, đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi người tham gia phiên tòa; tranh luận tại phiên tòa để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình¹⁹; xem biên bản phiên tòa;

h) Tự bảo vệ, nhờ người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình;

i) Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng;

k) Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

3. Đương sự có nghĩa vụ:

¹⁴ Xem: Thái Chí Bình, *Hoàn thiện quy định về đương sự trong BLTTHS*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 4, tháng 2/2012, tr.33-37.

¹⁵ Nội dung này được chuyển từ điểm g khoản 1 Điều 4 BLTTHS năm 2015.

¹⁶ Sửa đổi, bổ sung này nhằm bao quát các quyền và nghĩa vụ của từng tư cách tham gia tố tụng thuộc phạm vi đương sự.

¹⁷ Đây là quyền được bổ sung cho người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án và sửa đổi, bổ sung quyền của bị đơn dân sự mà BLTTHS năm 2015 quy định.

¹⁸ Đây là quyền được bổ sung cho người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án.

¹⁹ Đây là quyền được sửa đổi, bổ sung của nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự cho tương thích với quyền được quy định cho người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án.

a) Có mặt theo giấy triệu tập của người có thẩm quyền tiến hành tố tụng;

b) Trình bày trung thực những tình tiết liên quan đến quyền và nghĩa vụ của mình²⁰;

c) Chấp hành quyết định, yêu cầu của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng”.

Đồng thời, sửa đổi, bổ sung các điều 63, 64, 65 BLTTHS năm 2015 quy định về nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án. Theo đó, các điều luật tương ứng chỉ còn khái niệm và các quyền và nghĩa vụ đặc thù với từng tư cách tham gia tố tụng; đối với các quyền và nghĩa vụ mà các tư cách tham gia tố tụng đều có thì dẫn chiếu đến quy định về quyền và nghĩa vụ của đương sự như sau:

“Điều 63. Quyền, nghĩa vụ của nguyên đơn dân sự

1. Các quyền, nghĩa vụ của đương sự quy định tại Điều 62a của Bộ luật này.

2. Đề nghị mức bồi thường thiệt hại, biện pháp bảo đảm bồi thường.

3. Kháng cáo bản án, quyết định của Tòa án về phần bồi thường thiệt hại”.

“Điều 64. Quyền, nghĩa vụ của bị đơn dân sự

1. Các quyền, nghĩa vụ của đương sự quy định tại Điều 62a của Bộ luật này.

2. Chấp nhận hoặc bác bỏ một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của nguyên đơn dân sự.

3. Kháng cáo bản án, quyết định của Tòa án về phần bồi thường thiệt hại”.

“Điều 65. Quyền, nghĩa vụ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án

1. Các quyền, nghĩa vụ của đương sự quy định tại Điều 62a của Bộ luật này.

2. Yêu cầu người có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc chấp nhận, bác bỏ một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của người có quyền.

3. Kháng cáo bản án, quyết định của Tòa án về những vấn đề trực tiếp liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của mình”.

Ba là, để có cách hiểu thống nhất đối với thuật ngữ “người tham gia tố tụng khác”, kiến nghị bổ sung vào Điều 4 BLTTHS năm 2015 giải thích thuật ngữ này. Do thuật ngữ “đương sự” đã được quy định tập trung tại Điều 62a, nên để tránh xáo trộn quy định tại Điều 4 BLTTHS năm 2015, kiến nghị thay nội dung tại điểm g khoản 1 Điều 4 giải thích về đương sự thành giải thích về “người tham gia tố tụng khác” với nội dung như sau:

“g) Người tham gia tố tụng khác là người tham gia tố tụng do Bộ luật này quy định, được xác định phạm vi chủ thể trực thuộc trên cơ sở loại trừ tư cách tham gia tố tụng được liệt kê gắn liền với nó, nội dung điều chỉnh của điều luật và các quy định khác có liên quan của Bộ luật này”.

Bốn là, để đảm bảo việc tham gia tranh tụng của đương sự trong tố tụng hình sự, kiến nghị tách đương sự khỏi cụm từ “người tham gia tố tụng khác” mà BLTTHS năm 2015 quy định. Đồng thời, bổ sung việc đương sự được tham gia vào một số hoạt động điều tra để kịp thời biết được tình tiết của vụ án, đưa ra tài liệu, chứng cứ đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của họ được tốt hơn.

²⁰ Đây là sửa đổi, bổ sung về nghĩa vụ của nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự nhằm nâng cao trách nhiệm của họ tham gia vào việc cùng cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng khác làm rõ sự thật khách quan của vụ án.

BÀN VỀ TÍNH PHÁP LÝ CỦA KINH DOANH CĂN HỘ DU LỊCH, CĂN HỘ VĂN PHÒNG TRONG MÔI LIÊN HỆ VỚI KINH DOANH NHÀ CHUNG CƯ

Đặng Anh Quân*

Tóm tắt: Bài viết này phân tích một số vấn đề pháp lý liên quan đến kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch, có đối chiếu với các quy định về kinh doanh căn hộ chung cư, nhằm đóng góp vào việc nghiên cứu, xây dựng quy chế pháp lý điều chỉnh hoạt động kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch, giúp thị trường bất động sản phát triển lành mạnh.

Abstract: The article analyzes legal provisions and matters on officitel/condotel business, compared to those on condominium business. It aims to contribute some opinions to the study and making of legal provisions on officitel/condotel business for the healthy development of the real estate market.

1. Đặt vấn đề

Căn hộ du lịch (được dịch ra từ thuật ngữ “Condotel”, hay còn gọi là căn hộ khách sạn, căn hộ nghỉ dưỡng, hoặc căn hộ lưu trú) và căn hộ văn phòng (được dịch ra từ thuật ngữ “Officitel”, hay còn gọi là văn phòng kết hợp lưu trú ngắn hạn) là những thuật ngữ được rất nhiều người biết đến trong những năm trở lại đây, nhất là khi hoạt động kinh doanh các loại hình căn hộ này trở nên sôi động trên thị trường bất động sản từ khi Luật Nhà ở năm 2014 nghiêm cấm sử dụng căn hộ chung cư vào mục đích không phải để ở¹.

So với việc chủ sở hữu căn hộ chung cư chỉ được sử dụng căn hộ chung cư vào mục đích ở, tự quản lý việc bảo trì và việc cho thuê căn hộ (nếu không ở và có nhu cầu cho thuê), người sở hữu căn hộ du lịch không chỉ có thể ở, mà còn được sử dụng các tiện

ích của một khách sạn (như các dịch vụ vệ sinh, giặt ủi...), có chủ thể quản lý việc cho thuê căn hộ du lịch và chia sẻ tiền thuê trong thời gian không lưu trú; còn người sở hữu căn hộ văn phòng vẫn có thể vừa ở vừa tiến hành hoạt động kinh doanh tại căn hộ văn phòng mà mình sở hữu. Tất nhiên, người sở hữu căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch vẫn có thể được sử dụng các tiện ích chung trong tòa nhà như chủ sở hữu căn hộ chung cư. Với sự tiện lợi và linh hoạt này, cùng với các cam kết về việc được sở hữu lâu dài và lợi nhuận được hưởng từ khoảng 8 – 12%/năm khi tham gia chương trình cho thuê do chủ đầu tư cung cấp, mô hình căn hộ du lịch và căn hộ văn phòng đã thu hút được sự quan tâm và tham gia giao dịch của nhiều nhà đầu tư².

* TS., Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Khoản 11 Điều 6 Luật Nhà ở năm 2014 (Luật Nhà ở).

² Tính đến tháng 7/2017, trong 77 dự án đã và đang đầu tư xây dựng tại 16 tỉnh, thành, có khoảng 16.437 phòng khách sạn, 11.174 căn biệt thự và 12.056 căn hộ du lịch (Bộ Xây dựng, Báo cáo tình hình thực hiện nhiệm vụ năm 2017 và phương hướng, nhiệm vụ kế hoạch năm 2018 của ngành Xây dựng, tháng 01/2018, tr. 13).

Tuy nhiên, trước sự gia tăng có thể nói là “đột biến” của nguồn cung và hoạt động kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch, nhiều vấn đề pháp lý đã phát sinh khi có sự đối chiếu với việc kinh doanh căn hộ chung cư (như ngành nghề kinh doanh, điều kiện kinh doanh, mục đích sử dụng đất, việc cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu và thời hạn sở hữu...) gây lúng túng cho các địa phương trong công tác quản lý. Do đó, bên cạnh những quảng cáo hấp dẫn từ các chủ đầu tư, những đánh giá về triển vọng của thị trường căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch, vẫn tồn tại những lo ngại không phải là không có cơ sở cho các hoạt động kinh doanh này, khi mà các cơ quan nhà nước có thẩm quyền từ trung ương đến địa phương đã bắt đầu có những động thái tác động nhất định nhằm điều chỉnh sự phát triển nhanh chóng của thị trường căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch³. Ngày 23/4/2019, Thủ tướng

Trong năm 2017, cả nước có 218 dự án bất động sản chào bán, cung cấp 78.877 căn hộ, 13.585 nhà phố và biệt thự, 22.710 nền đất và 22.837 căn hộ du lịch. Dù với mức giá chào bán khá cao, từ 35 triệu – 70 triệu đồng/m², nhưng đã có 12.538 căn hộ du lịch giao dịch thành công. (Hội Môi giới bất động sản Việt Nam, *Báo cáo thị trường bất động sản Việt Nam năm 2017*, tháng 01/2018, tr. 6 và 20).

Tại một số đô thị lớn như Tp. Hà Nội, Tp. Hồ Chí Minh và một số địa phương khác đã cho phép một số doanh nghiệp đầu tư kinh doanh loại hình công trình văn phòng làm việc kết hợp lưu trú (officetel). Theo đó, số lượng căn hộ văn phòng là 10.629 căn (Đoàn Mạnh Cường – Vụ Đào tạo, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, *Quản lý kinh doanh khách sạn căn hộ và biệt thự du lịch*, <http://vietnamtourism.gov.vn/index.php/items/29479>, truy cập ngày 04/11/2019).

³ Tại Tp. Hồ Chí Minh, ngày 10/4/2018, với Công văn 1466, Ủy ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh đã tạm dừng việc xem xét, điều chỉnh, bổ sung hoặc chuyển đổi một phần chức năng của công trình, dự án sang căn hộ văn phòng trên địa bàn thành phố cho đến khi Chính phủ ban hành quy định đối với loại hình này. Tại Đà Nẵng, thực hiện kết luận của Thanh tra Chính phủ tại Văn bản số 2852/KL-TTCTP ngày 02/11/2012,

Chính phủ đã có Chỉ thị số 11/CT-TTg về một số giải pháp thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển ổn định, lành mạnh, trong đó giao trách nhiệm cho các Bộ liên quan (Bộ Xây dựng, Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch) nghiên cứu xây dựng quy định điều chỉnh hoạt động kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch. Như vậy, phải chăng pháp luật hiện nay hoàn toàn chưa có quy định để áp dụng điều chỉnh hoạt động kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch?

2. Thực trạng quy định pháp luật

2.1. Về ngành nghề kinh doanh

Theo Quyết định số 27/2018/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 06/7/2018 ban hành hệ thống ngành kinh tế Việt Nam, hoạt động mua bán, cho thuê nhà ở hoặc mua bán, cho thuê nhà không phải để ở (như văn phòng, cửa hàng, trung tâm thương mại...) được xếp vào nhóm kinh doanh bất động sản với mã ngành 681-6810⁴; trong khi đó, hoạt động của các cơ sở

trong đó có nội dung liên quan sai phạm trong quản lý sử dụng đất (cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất sản xuất kinh doanh với thời hạn ổn định lâu dài cho 20/46 dự án được kiểm tra, gây thất thu ngân sách), Ủy ban nhân dân Tp. Đà Nẵng đã thu hồi và cấp lại giấy chứng nhận quyền sử dụng đất có thời hạn tại một dự án căn hộ du lịch trên địa bàn. Tại tỉnh Khánh Hòa, cũng trên cơ sở yêu cầu của Thanh tra Chính phủ, từ giữa năm 2018, Ủy ban nhân dân tỉnh đã dừng cấp phép đầu tư các dự án căn hộ du lịch có “đất ở không hình thành đơn vị ở”. Tại Bình Định, thực hiện chỉ đạo của Ủy ban nhân dân tỉnh Bình Định tại Văn bản số 5818/UBND-KT ngày 30/9/2019, Sở Tài nguyên và Môi trường tỉnh Bình Định đã ban hành Văn bản số 2212/STNMT-CCQLĐĐ ngày 11/10/2019 đề nghị Văn phòng Đăng ký đất đai tạm dừng thực hiện việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho người mua căn hộ du lịch để chờ hướng dẫn từ trung ương.

⁴ Mã 681- 6810 là mã chung cho hoạt động kinh doanh bất động sản, quyền sử dụng đất thuộc chủ sở hữu, chủ sử dụng hoặc đi thuê. Trong đó, các mã

lưu trú (như khách sạn, biệt thự du lịch, nhà khách, nhà nghỉ, ký túc xá sinh viên, nhà điều dưỡng...) được xếp vào nhóm dịch vụ lưu trú với mã ngành 551-5510⁵ và 559-5590⁶.

Quyết định số 27/2018/QĐ-TTg xác định rõ, tuy cùng ngành kinh doanh bất động sản, có thể thực hiện kinh doanh dưới hình thức mua bán hoặc cho thuê, nhưng không như nhà ở, văn phòng là loại nhà không để ở. Cũng theo Quyết định số 27/2018/QĐ-TTg, nếu việc cho thuê nhà ở được xem là hoạt động cung cấp cơ sở lưu trú dài hạn, coi như cơ sở thường trú, được xác định là hàng tháng hoặc hàng năm, thì hoạt động khách sạn được xem là dịch vụ cung cấp cơ sở lưu trú ngắn hạn, hàng ngày hoặc hàng tuần, cho khách du lịch, khách trọ vắng lai, có kèm theo dịch vụ dọn phòng hàng ngày, có thể đi kèm với các dịch vụ khác như ăn uống, chỗ đỗ xe, dịch vụ giặt là, bể bơi, phòng tập, dịch vụ giải trí, phòng họp và thiết bị phòng họp...

Có thể thấy, về ngành nghề kinh doanh, Quyết định số 27/2018/QĐ-TTg phân định

rõ giữa kinh doanh nhà ở và nhà văn phòng không dùng để ở, cũng như giữa cho thuê nhà ở để ở mang tính dài hạn (lưu trú dài hạn hàng tháng hoặc hàng năm) và kinh doanh khách sạn phục vụ nhu cầu nghỉ ngơi hoặc nghỉ ngơi kết hợp hội họp mang tính ngắn hạn (lưu trú ngắn hạn hàng ngày hoặc hàng tuần). Trong hệ thống ngành kinh tế Việt Nam chưa xác định mã ngành cho hoạt động hỗn hợp giữa văn phòng kết hợp lưu trú (ở) hay văn phòng kết hợp căn hộ (căn hộ văn phòng hay officetel), hoặc khách sạn kết hợp căn hộ (căn hộ du lịch hay condotel) để doanh nghiệp có thể đăng ký kinh doanh. Theo đó, việc doanh nghiệp kinh doanh kết hợp căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch mà không đăng ký ngành nghề này (do không có mã ngành) có bị xem là vi phạm về đăng ký kinh doanh hoặc kinh doanh không đúng ngành nghề và bị xử lý hay không?

Trước ngày Luật Doanh nghiệp năm 2014 có hiệu lực thi hành (ngày 01/7/2015), doanh nghiệp sẽ bị xem là vi phạm hành chính khi kinh doanh ngành nghề không có trong giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp với mức phạt tiền từ 15 triệu đồng đến 20 triệu đồng⁷, hoặc kinh doanh không đúng ngành nghề ghi trong giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp với mức phạt tiền từ 01 triệu đồng đến 05 triệu đồng⁸. Tuy nhiên, từ khi Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định rõ tại khoản 1 Điều 7 về quyền của doanh nghiệp được tự do kinh doanh những ngành nghề mà luật không cấm, hành vi

ngành cụ thể gồm 68101 – Mua bán nhà ở và quyền sử dụng đất ở, 69102 – Mua bán nhà và quyền sử dụng đất không để ở, 68103 – Cho thuê, điều hành, quản lý nhà và đất ở, 68103 – Cho thuê, điều hành, quản lý nhà và đất không để ở.

⁵ Mã 551-5510 là mã chung cho hoạt động cung cấp dịch vụ lưu trú ngắn ngày. Trong đó, các mã ngành cụ thể gồm 55101 – Khách sạn, 55102 – Biệt thự hoặc căn hộ kinh doanh dịch vụ lưu trú ngắn ngày, 55103 – Nhà khách, nhà nghỉ kinh doanh dịch vụ lưu trú ngắn ngày, 55104 – Nhà trọ, phòng trọ và các cơ sở lưu trú ngắn ngày tương tự.

⁶ Mã 559-5590 là mã chung cho hoạt động cung cấp cơ sở lưu trú khác (tạm thời hoặc dài hạn). Trong đó, các mã ngành cụ thể gồm 55901 – Ký túc xá học sinh, sinh viên (lưu trú dài hạn), 55902 – Chỗ nghỉ trọ trên xe lưu động, lều quán, trại dùng để nghỉ tạm, 55909 – Cơ sở lưu trú khác chưa được phân vào đâu (như nhà trọ cho công nhân...).

⁷ Điều 25 Nghị định số 155/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 11/11/2013 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư.

⁸ Điều 6 Nghị định số 185/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 15/11/2013 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

kinh doanh không đúng ngành nghề hoặc kinh doanh ngành nghề không có trong giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp không bị xem là hành vi vi phạm hành chính trong các quy định về xử phạt liên quan lĩnh vực kế hoạch, đầu tư và thương mại⁹. Điều này lý giải tại sao hoạt động kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch là hợp pháp và vẫn được thực hiện.

2.2. Về chế độ sử dụng đất

Theo quy định về phân loại công trình xây dựng¹⁰, công trình dân dụng được chia thành nhà ở và công trình công cộng. Trong đó, nhà ở bao gồm nhà chung cư, nhà ở tập thể và nhà ở riêng lẻ; còn khách sạn, văn phòng (hay trụ sở làm việc) được xếp vào loại công trình thương mại, dịch vụ và trụ sở làm việc – là một trong các loại công trình công cộng. Cụ thể hơn, về công năng sử dụng, nhà ở là công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân¹¹; còn khách sạn, căn hộ du lịch là cơ sở lưu trú¹², và văn phòng là trụ sở làm việc được xếp vào loại công trình thương mại, dịch vụ. Do đó, đất được dùng để xây dựng các công trình có công năng khác nhau này

cũng được xác định là các loại đất với chế độ sử dụng khác nhau.

Xét về mục đích sử dụng đất, tuy cùng nhóm đất phi nông nghiệp, nhưng đất dùng để xây nhà ở được phân loại là đất ở (có thể là đất ở tại đô thị hoặc đất ở tại nông thôn)¹³, còn đất dùng để xây dựng khách sạn, văn phòng được xếp vào loại đất thương mại, dịch vụ¹⁴. Trường hợp nhà chung cư có mục đích hỗn hợp, trong đó có một phần diện tích sàn nhà chung cư được sử dụng làm văn phòng, cơ sở thương mại, dịch vụ thì mục đích sử dụng chính của phần diện tích đất xây dựng nhà chung cư được xác định là đất ở¹⁵. Theo đó, nếu toàn bộ tòa nhà là căn hộ văn phòng hoặc căn hộ du lịch mà không có căn hộ chung cư, đất xây dựng tòa nhà được xác định là đất thương mại, dịch vụ.

Xét về hình thức sử dụng đất, tùy mục đích sử dụng đất mà người sử dụng đất phải sử dụng đất theo hình thức do pháp luật đất đai quy định. Cụ thể, hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất ở và các doanh nghiệp (tổ chức kinh tế, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài) sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê sẽ phải sử dụng đất dưới hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất¹⁶. Các doanh nghiệp sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để cho thuê hoặc đầu tư xây dựng công trình phục vụ cho sản xuất kinh doanh phi nông nghiệp (bao gồm

⁹ Nghị định số 50/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/6/2016 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư (thay thế Nghị định số 155/2013/NĐ-CP) và Nghị định số 124/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 19/11/2015 (sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 185/2013/NĐ-CP) không quy định việc xử phạt hành vi kinh doanh không đúng ngành nghề hoặc kinh doanh ngành nghề không có trong giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

¹⁰ Phụ lục I ban hành kèm theo Nghị định số 46/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 12/5/2015 về quản lý chất lượng và bảo trì công trình xây dựng.

¹¹ Khoản 1 Điều 3 Luật Nhà ở.

¹² Điều 48 Luật Du lịch năm 2017.

¹³ Điểm a khoản 2 Điều 10 và Điều 143, Điều 144 Luật Đất đai năm 2013 (Luật Đất đai).

¹⁴ Điểm đ khoản 2 Điều 10 và Điều 153 Luật Đất đai.

¹⁵ Khoản 1 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 06/01/2017 sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai.

¹⁶ Các khoản 1, 2 và 3 Điều 55 Luật Đất đai.

kinh doanh thương mại, dịch vụ) sẽ phải sử dụng dưới hình thức thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm hoặc thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê¹⁷.

Xét về thời hạn sử dụng đất, đất ở do hộ gia đình, cá nhân sử dụng có thời hạn sử dụng là ổn định, lâu dài¹⁸. Đối với dự án kinh doanh nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê thì thời hạn giao đất cho chủ đầu tư được xác định theo thời hạn của dự án (thông thường, các địa phương sẽ giao đất với thời hạn là 70 năm hoặc ổn định, lâu dài). Đối với đất thương mại, dịch vụ, thời hạn cho thuê đất được xem xét, quyết định trên cơ sở dự án đầu tư hoặc đơn xin thuê đất nhưng không quá 50 năm; trường hợp dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm, hoặc dự án đầu tư vào địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn mà cần thời hạn dài hơn thì thời hạn cho thuê đất không quá 70 năm¹⁹.

Xét về giá đất, trên cả phương diện giá đất do Nhà nước quy định và giá đất trên thị trường, cùng là đất phi nông nghiệp, nhưng đất ở là loại đất sẽ có giá cao hơn so với các loại đất phi nông nghiệp khác (bao gồm đất thương mại, dịch vụ). Điều này có nghĩa là về nghĩa vụ tài chính phải nộp cho Nhà nước, tiền sử dụng đất của chủ đầu tư thực hiện dự án nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê và tiền thuê đất của chủ đầu tư thực hiện dự án nhà ở để cho thuê sẽ cao hơn tiền thuê đất của chủ đầu tư thực hiện dự án kinh doanh thương mại, dịch vụ.

Xét về quyền của người sử dụng đất

Người có quyền sử dụng đất hợp pháp kê khai đăng ký quyền sử dụng đất thì sẽ

được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (**Giấy chứng nhận**) bởi được cấp Giấy chứng nhận là quyền chung của tất cả người sử dụng đất²⁰. Đối với nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, việc công nhận quyền sở hữu được thực hiện theo yêu cầu và trên cơ sở đăng ký đất đai của chủ sở hữu²¹. Tuy nhiên, nếu nhà ở được đầu tư xây dựng theo dự án để bán thì không cấp Giấy chứng nhận cho chủ đầu tư mà cấp Giấy chứng nhận cho người mua nhà ở, trừ trường hợp chủ đầu tư có nhu cầu cấp Giấy chứng nhận đối với nhà ở chưa bán²². Trường hợp dự án nhà ở chung cư kết hợp với văn phòng, cơ sở dịch vụ, thương mại, nếu chủ đầu tư có nhu cầu và đủ điều kiện thì được cấp Giấy chứng nhận cho một hoặc nhiều căn hộ, văn phòng, cơ sở dịch vụ, thương mại thuộc sở hữu của chủ đầu tư²³. Trường hợp dự án không phải nhà ở mà có nhiều hạng mục công trình và nếu chủ đầu tư có nhu cầu và có đủ điều kiện thì được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận cho từng hạng mục công trình hoặc từng phần diện tích của hạng mục công trình đó²⁴.

Đối với quyền giao dịch quyền sử dụng đất²⁵, về nguyên tắc, người sử dụng đất cho

²⁰ Khoản 5 Điều 95 và khoản 1 Điều 166 Luật Đất đai.

²¹ Khoản 1 Điều 95 Luật Đất đai.

²² Khoản 4 Điều 9 Luật Nhà ở.

²³ Khoản 21 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 06/01/2017 sửa đổi, bổ sung một số nghị định chi tiết thi hành Luật Đất đai (Nghị định số 01/2017/NĐ-CP).

²⁴ Khoản 22 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP.

²⁵ Theo quy định của pháp luật đất đai, quyền giao dịch quyền sử dụng đất bao gồm các quyền sau: Quyền chuyển đổi quyền sử dụng đất, quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền để thừa kế quyền sử dụng đất, quyền tặng cho quyền sử dụng đất,

¹⁷ Điều 56 Luật Đất đai.

¹⁸ Khoản 1 Điều 125 Luật Đất đai.

¹⁹ Khoản 3 Điều 126 Luật Đất đai.

mục đích kinh doanh sẽ có quyền giao dịch quyền sử dụng đất khi: (i) Sử dụng đất dưới hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê; và (ii) Nếu không phải là hộ gia đình, cá nhân, thì phải có tài sản thuộc sở hữu gắn liền với đất khi thực hiện giao dịch quyền sử dụng đất²⁶.

Như vậy, có thể thấy, pháp luật đất đai đã có quy định cụ thể về chế độ sử dụng đất áp dụng đối với chủ đầu tư sử dụng đất kinh doanh căn hộ chung cư và sử dụng đất kinh doanh căn hộ văn phòng hoặc căn hộ du lịch. Đất sử dụng xây dựng căn hộ chung cư được xác định là đất ở, còn đất sử dụng xây dựng căn hộ văn phòng hoặc căn hộ du lịch được xác định là đất thương mại, dịch vụ. Chủ đầu tư sử dụng đất xây dựng chung cư để bán (hoặc bán kết hợp cho thuê) được giao đất có thu tiền sử dụng đất, được cấp Giấy chứng nhận đối với quyền sử dụng đất với thời hạn theo thời hạn dự án đầu tư. Trong khi đó, chủ đầu tư sử dụng đất xây dựng căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch sẽ được cho thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm hoặc trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê với thời hạn không quá 50 năm hoặc 70 năm. Nếu chủ đầu tư có nhu cầu và có đủ điều kiện thì được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận cho từng hạng mục công trình hoặc từng phần diện tích của hạng mục công trình, bao gồm một hoặc nhiều văn phòng, cơ sở dịch vụ, thương mại thuộc sở hữu của chủ

đầu tư, nghĩa là chủ đầu tư có thể được cấp Giấy chứng nhận cho quyền sở hữu từng căn hộ văn phòng hoặc từng căn hộ du lịch trong thời hạn đầu tư còn lại không quá 50 năm hoặc 70 năm. Theo đó, khi đủ điều kiện, chủ đầu tư có thể bán từng căn hộ văn phòng hoặc từng căn hộ du lịch thuộc sở hữu của mình.

Tuy nhiên, xét trong mối tương quan giữa các yếu tố là hình thức sử dụng đất, mục đích sử dụng đất, quyền giao dịch quyền sử dụng đất và nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất như đã nêu trên, có thể thấy quy định của pháp luật đất đai có điểm chưa phù hợp, làm giảm đi tính hấp dẫn của việc sử dụng đất đầu tư kinh doanh nhà ở là căn hộ chung cư, nhất là căn hộ chung cư để cho thuê, so với sử dụng đất đầu tư kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch. Về bản chất, căn hộ chung cư, căn hộ văn phòng hay căn hộ du lịch đều là tài sản thuộc sở hữu của chủ đầu tư và do chủ đầu tư đầu tư xây dựng trên đất. Thế nhưng, quyền định đoạt các tài sản này của chủ đầu tư lại phụ thuộc và có thể bị hạn chế bởi hình thức sử dụng đất và mục đích sử dụng đất. Cụ thể, đối với kinh doanh căn hộ chung cư, với hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất, chủ đầu tư sẽ được bán căn hộ chung cư cùng với chuyển nhượng quyền sử dụng đất; còn nếu sử dụng đất dưới hình thức thuê, thì dù có trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê để có quyền giao dịch quyền sử dụng đất hay trả tiền thuê đất hàng năm, chủ đầu tư cũng chỉ được cho thuê mà không được bán từng căn hộ chung cư thuộc sở hữu của mình (trừ khi bán toàn bộ tòa nhà chung cư). Trong khi đó, cũng sử dụng đất dưới hình thức thuê, chủ đầu tư kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch không bị giới hạn quyền được bán tài

quyền góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền cho thuê quyền sử dụng đất và quyền thế chấp quyền sử dụng đất. Tùy thuộc vào việc đáp ứng các điều kiện luật định và tùy thuộc vào loại chủ thể sử dụng đất mà người sử dụng đất sẽ có và thực hiện được một số hoặc tất cả quyền giao dịch quyền sử dụng đất.

²⁶ Quy định tại các điều 174, 179, 183 và 184 Luật Đất đai.

sản thuộc sở hữu của mình gắn liền trên đất – chính là từng căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch mà chủ đầu tư có thể yêu cầu và được cấp riêng từng Giấy chứng nhận; và nếu trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê, chủ đầu tư có quyền vừa bán căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch cùng với chuyển nhượng quyền sử dụng đất xây dựng tòa nhà.

Như vậy, với một nhà đầu tư, trước khi quyết định trở thành chủ đầu tư một dự án cụ thể, sẽ có sự cân nhắc giữa: (i) Số tiền sử dụng đất (khi xây dựng nhà ở để bán) hoặc tiền thuê đất (khi xây dựng nhà ở để cho thuê) phải nộp một lần cho Nhà nước để kinh doanh căn hộ chung cư chắc chắn cao hơn tiền thuê đất cũng phải nộp một lần cho Nhà nước để kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch, và (ii) Việc bị giới hạn không được bán căn hộ chung cư dù trả tiền thuê đất một lần khi kinh doanh nhà ở cho thuê so với việc được bán căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch dù trả tiền thuê đất hàng năm hay một lần. Đó là chưa tính đến quy định về thủ tục, kỹ thuật và yêu cầu đầu tư, xây dựng đối với dự án nhà ở mà chủ đầu tư cần đáp ứng sẽ phức tạp hơn so với dự án thương mại, dịch vụ... Với bài toán lợi nhuận, kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch sẽ là lựa chọn ưu tiên.

Thêm vào đó, tính hấp dẫn của việc kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch còn tăng lên khi từ ngày 01/7/2015, pháp luật nhà ở nghiêm cấm sử dụng căn hộ chung cư vào mục đích không phải để ở²⁷, và buộc các tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, cho đến ngày 10/6/2016, phải hoàn thành việc chuyển địa điểm, hoạt động kinh doanh sang địa điểm khác không phải là căn hộ

chung cư²⁸. Ngược lại, không có quy định cụ thể của pháp luật về việc không cho phép ở tại văn phòng làm việc hay ở tại khách sạn. Như vậy, với một chủ sở hữu, khi có điều kiện, chọn lựa sở hữu một căn hộ vừa có thể là văn phòng làm việc vừa có thể ở, hoặc một căn hộ vừa có thể là khách sạn (có người quản lý cho thuê khi không ở) vừa có thể ở sẽ được ưu tiên so với chọn lựa một căn hộ chung cư chỉ có thể ở mà không được hoạt động kinh doanh.

Nắm bắt nhu cầu đó và dựa trên những điểm chưa phù hợp của pháp luật, nhiều nhà đầu tư đã chuyển hướng tập trung phát triển các dự án căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch cùng với những lời mời gọi, quảng cáo đầu tư hấp dẫn đánh trúng tâm lý và nhu cầu của người mua. Có lẽ do lúng túng trước sự phát triển quá nhanh của loại hình kinh doanh còn mới mẻ này và cũng do không thể ngăn cản quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp, việc cấp phép đầu tư và cho phép bán căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch như một dạng kinh doanh bất động sản đã diễn ra tại nhiều địa phương. Thậm chí, một số địa phương (nhất là đối với các dự án căn hộ du lịch tại các địa phương có du lịch biển như Nha Trang, Quy Nhơn, Phú Quốc...) còn hỗ trợ chủ đầu tư trong việc giao đất có thu tiền sử dụng đất (thay vì cho thuê đất) cho các dự án này với mục đích sử dụng đất ghi nhận là “đất ở không hình thành đơn vị ở - không được đăng ký hộ khẩu thường trú” (đây là mục đích sử dụng đất mà pháp luật đất đai chưa quy định), tiền sử dụng đất tính theo giá đất thương mại, dịch vụ hoặc thậm chí theo giá đất ở. Điều này, vô hình

²⁷ Khoản 11 Điều 6 Luật Nhà ở.

²⁸ Khoản 7 Điều 80 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 20/10/2015 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở.

trung đã góp phần làm cho thị trường căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch hoạt động sôi nổi, trở thành kênh đầu tư hấp dẫn trong thời gian qua.

2.3. Về điều kiện đưa căn hộ vào kinh doanh

Theo quy định của Luật Kinh doanh bất động sản²⁹, để được đưa vào kinh doanh thì nhà, công trình xây dựng có sẵn phải đáp ứng những điều kiện sau: (i) Có Giấy chứng nhận đối với quyền sở hữu (hoặc Giấy chứng nhận đối với quyền sử dụng đất nếu thuộc dự án đầu tư kinh doanh bất động sản); (ii) Không có tranh chấp; và (iii) Không bị kê biên để đảm bảo thi hành án³⁰.

Đối với nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai, Luật Kinh doanh bất động sản quy định chỉ chủ đầu tư dự án bất động sản mới có quyền bán, cho thuê, cho thuê mua khi có giấy tờ về quyền sử dụng đất, hồ sơ dự án, thiết kế bản vẽ thi công đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt, giấy phép xây dựng đối với trường hợp phải có giấy phép xây dựng, giấy tờ về nghiệm thu việc hoàn thành xây dựng cơ sở hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ dự án. Trường hợp dự án nhà ở, Luật quy định thêm các điều kiện cụ thể hơn: (i) Nhà chung cư, tòa nhà hỗn hợp có mục đích để ở hình thành trong tương lai thì phải có biên bản nghiệm thu đã hoàn thành xong phần móng của tòa nhà đó; (ii) Có văn bản của Sở Xây dựng về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua; và (iii) Được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng

khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng³¹.

Thực tế, với nhu cầu huy động vốn rất lớn từ người mua, các chủ đầu tư của các dự án căn hộ chung cư, căn hộ văn phòng hay căn hộ du lịch đều sẽ không chờ đợi hoàn thành xong việc đầu tư xây dựng căn hộ mới đưa căn hộ vào kinh doanh. Không tính đến các hình thức giữ chỗ, đặt cọc hay góp vốn, có thể nói việc giới thiệu sản phẩm của dự án và ký hợp đồng mua bán căn hộ với người mua thường sẽ được tiến hành kể từ thời điểm hoàn thành nghiệm thu xong phần móng của tòa nhà. Tuy nhiên, căn cứ vào quy định chỉ chủ đầu tư dự án bất động sản mới có quyền bán, cho thuê, cho thuê mua nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai của Luật Kinh doanh bất động sản, và căn cứ vào quy định về ngành nghề kinh doanh, có thể thấy rõ ràng rằng, việc chủ đầu tư dự án căn hộ chung cư hoặc căn hộ văn phòng kinh doanh căn hộ sẽ được hình thành trong tương lai trong dự án của mình là phù hợp vì đây là dự án bất động sản. Ngược lại, đối với nhóm ngành nghề dịch vụ lưu trú, không phải là kinh doanh bất động sản, việc chủ đầu tư dự án căn hộ du lịch ký hợp đồng bán căn hộ chưa được hình thành trong dự án của mình là không đúng quy định pháp luật.

Theo quy định của Luật Du lịch³², điều kiện kinh doanh dịch vụ lưu trú du lịch bao gồm: (i) Có đăng ký kinh doanh; (ii) Đáp ứng điều kiện về an ninh, trật tự, an toàn về phòng cháy và chữa cháy, bảo vệ môi trường, an toàn thực phẩm theo quy định của pháp luật; và (iii) Đáp ứng điều kiện tối

²⁹ Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (Luật Kinh doanh bất động sản).

³⁰ Điều 9 Luật Kinh doanh bất động sản.

³¹ Quy định tại các Điều 54, 55 và 56 Luật Kinh doanh bất động sản.

³² Luật Du lịch năm 2014 (Luật Du lịch).

thiếu về cơ sở vật chất kỹ thuật và dịch vụ phục vụ khách du lịch³³ (cụ thể đối với căn hộ du lịch hay căn hộ khách sạn, phải có giường, đệm, chăn, gối, khăn mặt, khăn tắm; thay bọc đệm, bọc chăn, bọc gối, khăn mặt, khăn tắm khi có khách mới và có khu vực tiếp khách, phòng ngủ, bếp và phòng tắm, phòng vệ sinh)³⁴. Quy định này cho thấy, việc kinh doanh căn hộ du lịch là để cung cấp dịch vụ lưu trú, và để kinh doanh dịch vụ lưu trú đối với căn hộ du lịch thì một trong những yêu cầu cơ bản là căn hộ du lịch phải đã được xây dựng xong, đáp ứng điều kiện tối thiểu về cơ sở vật chất, kỹ thuật. Việc chủ đầu tư kinh doanh căn hộ du lịch bằng cách bán hay cho thuê căn hộ khi chưa xây dựng xong là không phù hợp.

Như vậy, việc chủ đầu tư bán hoặc cho thuê căn hộ du lịch hình thành trong tương lai là kinh doanh bất động sản và kể cả kinh doanh du lịch khi không đủ điều kiện, vi phạm điều cấm của cả Luật Kinh doanh bất động sản và Luật Du lịch³⁵. Căn cứ vào Điều 123 Bộ luật Dân sự năm 2015, hợp đồng mua bán hay cho thuê căn hộ du lịch hình thành trong tương lai có thể bị xem là vô hiệu.

2.4. Về quy chuẩn kỹ thuật và quản lý, sử dụng căn hộ

Về quy chuẩn, tiêu chuẩn kỹ thuật dành cho thiết kế căn hộ

Về thiết kế xây dựng, các công trình xây dựng dù cao tầng hay thấp tầng cũng

phải đảm bảo an toàn về kết cấu, cháy nổ, môi trường... đảm bảo sự phù hợp về quy hoạch, cảnh quan, liên thông và kết nối giao thông, cấp-thoát nước, xử lý nước thải... và nhiều yêu cầu kỹ thuật khác. Để điều chỉnh, nhiều quy chuẩn, tiêu chuẩn kỹ thuật quốc gia cho từng yếu tố quan trọng đã được ban hành như các quy chuẩn về nước thải sinh hoạt (QCVN 14:2008/BTNMT), về an toàn sinh mạng và sức khỏe trong xây dựng nhà ở và công trình công cộng (QCVN 05:2008/BXD), về tiếng ồn (QCVN 26:2010/BTNMT), về hệ thống điện của nhà ở và công trình công cộng (QCVN 12:2014/BXD), về an toàn cháy cho nhà và công trình (QCVN 06:2019/BXD)..., hoặc các tiêu chuẩn yêu cầu an toàn về cấu tạo và lắp đặt thang máy (TCVN 6396-72:2010 và TCVN 6396-73:2010)...

Tuy nhiên, hiện vẫn chưa có quy định về quy chuẩn kỹ thuật quốc gia trong xây dựng đối với công trình cao tầng như tòa nhà căn hộ văn phòng hoặc tòa nhà căn hộ du lịch.

Đối với căn hộ chung cư, trước năm 2013, việc thiết kế được áp dụng theo Tiêu chuẩn Xây dựng Việt Nam 323:2004 – Nhà ở cao tầng – Tiêu chuẩn thiết kế³⁶. Tuy nhiên, tiêu chuẩn này chỉ được áp dụng cho tòa nhà căn hộ có chiều cao từ 9 tầng đến 40 tầng và cũng không áp dụng cho công trình cao tầng có chức năng hỗn hợp. Đến ngày 25/02/2013, để đảm bảo tiêu chuẩn ngành được chuyển đổi và phù hợp với tiêu chuẩn quốc gia, Bộ trưởng Bộ Xây dựng đã ban hành Quyết định số 212/QĐ-BXD về việc hủy bỏ tiêu chuẩn ngành xây dựng, trong đó có TCXDVN 323:2004. Sau đó, ngày

³³ Điều 49 Luật Du lịch.

³⁴ Khoản 3 và 4 Điều 5 Nghị định số 142/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 09/10/2018 sửa đổi một số quy định về điều kiện đầu tư kinh doanh thuộc phạm vi quản lý nhà nước của Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch.

³⁵ Khoản 1 Điều 8 Luật Kinh doanh bất động sản và khoản 5 Điều 9 Luật Du lịch.

³⁶ TCXDVN 323:2004 được ban hành kèm theo Quyết định số 26/2004/QĐ-BXD của Bộ trưởng Bộ Xây dựng ngày 02/11/2004.

24/6/2013, Bộ Xây dựng có Công văn số 1245/BXD-KHCN gửi các địa phương nhằm hướng dẫn chỉ tiêu kiến trúc áp dụng cho công trình nhà ở cao tầng trong thời gian chờ ban hành quy chuẩn kỹ thuật quốc gia. Cho đến ngày 31/12/2019, Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về nhà chung cư (mã số QCVN 04:2019/BXD) mới được ban hành³⁷ và có hiệu lực từ ngày 01/7/2020.

QCVN 04:2019/BXD quy định các yêu cầu kỹ thuật áp dụng khi xây dựng nhà chung cư có mục đích để ở và nhà chung cư có mục đích sử dụng hỗn hợp (mục đích ở và các mục đích khác như làm văn phòng, dịch vụ, thương mại...). Đặc biệt, QCVN 04:2019/BXD đưa ra định nghĩa và xác định căn hộ du lịch, căn hộ văn phòng là các căn hộ thuộc phân công trình chức năng khác trong nhà chung cư hỗn hợp, cần đáp ứng một số yêu cầu kỹ thuật riêng. Quy định này cho thấy, sự thừa nhận của pháp luật đối với loại hình căn hộ du lịch, căn hộ văn phòng đang phát triển hiện nay. Tuy nhiên, quy định của QCVN 04:2019/BXD cũng làm phát sinh vấn đề chưa thể làm rõ. Đó là, chỉ mới có quy chuẩn kỹ thuật quốc gia cho việc xây dựng căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch trong nhà chung cư có mục đích sử dụng hỗn hợp; vẫn chưa có quy chuẩn kỹ thuật quốc gia cho việc xây dựng riêng tòa nhà căn hộ văn phòng hoặc tòa nhà căn hộ du lịch, hoặc kể cả tòa nhà hỗn hợp, trong đó có căn hộ văn phòng và/hoặc căn hộ du lịch nhưng không có căn hộ chung cư. Điều này cũng có nghĩa, việc thiết kế và xin phép xây dựng cho các tòa nhà với riêng mục đích làm căn hộ văn phòng hoặc căn hộ du lịch khi chưa có quy chuẩn sẽ không có cơ

sở để được xem xét, chấp thuận. Nếu cách hiểu này là đúng, thì các dự án đầu tư xây dựng tòa nhà căn hộ văn phòng hoặc tòa nhà căn hộ du lịch, nhưng không có căn hộ chung cư đã được thực hiện sẽ được xử lý ra sao, nhất là các dự án mà chủ đầu tư đã bán căn hộ cho người mua?

Về quản lý, sử dụng căn hộ

Đối với nhà chung cư, bao gồm cả nhà chung cư hỗn hợp, pháp luật nhà ở quy định cụ thể việc quản lý, sử dụng nhà chung cư. Nội dung quản lý, sử dụng nhà chung cư bao gồm nhiều vấn đề quan trọng như: Xác định phần diện tích thuộc sở hữu chung và phần diện tích thuộc sở hữu riêng trong nhà chung cư; bảo trì nhà chung cư; cơ cấu tổ chức quản lý, vận hành nhà chung cư; và vấn đề cải tạo, phá dỡ, xây dựng lại khi nhà chung cư bị xuống cấp, hư hỏng. Trong từng nội dung, pháp luật nhà ở quy định rõ trách nhiệm của từng chủ thể: Chủ đầu tư tòa nhà chung cư; chủ sở hữu, sử dụng căn hộ chung cư và trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền. Do đó, chủ sở hữu căn hộ có thể yên tâm với việc sở hữu, sử dụng căn hộ của mình.

Ngược lại, đối với tòa nhà căn hộ văn phòng hoặc căn hộ du lịch không bao gồm căn hộ chung cư, pháp luật chưa có quy định cụ thể về các nội dung quản lý, sử dụng như trên, nhất là sau khi chủ đầu tư đã bán căn hộ cho người mua. Nói cách khác, về bản chất, chủ đầu tư là chủ sở hữu của toàn bộ tòa nhà và cũng là chủ sử dụng của diện tích đất xây dựng tòa nhà. Tuy nhiên, pháp luật nhà ở quy định rõ khi bán căn hộ chung cư, người mua căn hộ sẽ được công nhận là chủ sở hữu của căn hộ mà mình mua, đồng thời được sở hữu chung phần diện tích thuộc sở hữu chung trong nhà chung cư (như không gian, hệ thống kết cấu

³⁷ QCVN 04:2019/BXD được ban hành kèm theo Thông tư số 21/2019/TT-BXD của Bộ Xây dựng ngày 31/12/2019.

chịu lực, trang thiết bị kỹ thuật bên trong như hành lang, cầu thang..., hạ tầng kỹ thuật bên ngoài tòa nhà...) và có quyền sử dụng đất chung đối với diện tích đất xây dựng nhà chung cư. Do đó, khi bán căn hộ, chủ đầu tư đã phải tính toán các yếu tố này để đưa vào giá bán và chuyển quyền cho người mua. Trong khi đó, do thiếu quy định, nên nếu không có sự thỏa thuận rõ ràng với chủ đầu tư trong hợp đồng mua bán căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch, có thể người mua chỉ mua và sở hữu phần căn hộ, còn các diện tích khác và quyền sử dụng đất vẫn thuộc quyền sở hữu và sử dụng của chủ đầu tư. Theo đó, sẽ không rõ ràng trong trách nhiệm bảo trì, quản lý, vận hành, cải tạo, phá dỡ khi tòa nhà hư hỏng, xuống cấp. Người mua cũng không có được một Ban quản trị đúng nghĩa như của nhà chung cư để có thể bảo vệ quyền lợi của mình, mà phải phụ thuộc vào chủ đầu tư.

3. Những vấn đề pháp lý người mua cần lưu tâm

Có thể thấy, pháp luật đã có những điều chỉnh nhất định dành cho loại hình căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch. Tất nhiên, cũng có những nội dung chưa được quy định cụ thể. Liệu các chủ đầu tư cũng như phương tiện truyền thông (phần lớn các bài viết chủ yếu phân tích triển vọng và những lợi ích mà người mua đạt được) đã thực sự công khai mọi vấn đề với người mua? Và liệu người mua, ngoài nhu cầu đầu tư, có thực sự quan tâm cũng như hiểu rõ quyền lợi, nghĩa vụ của mình khi mua để được sở hữu căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch, nhất là sau khi nhận bàn giao từ chủ đầu tư và được cấp Giấy chứng nhận? Với những phân tích về quy định pháp luật nêu trên, người mua cần lưu tâm những vấn đề dưới đây.

Thứ nhất, với đất xây dựng căn hộ chung cư có mục đích sử dụng là đất ở, khi được cấp Giấy chứng nhận, thời hạn sử dụng đất và sở hữu căn hộ của người mua sẽ là ổn định, lâu dài³⁸, không phụ thuộc vào thời hạn sử dụng đất của chủ đầu tư. Ngược lại, đối với đất xây dựng căn hộ văn phòng và căn hộ du lịch có mục đích sử dụng là đất thương mại, dịch vụ, khi được cấp Giấy chứng nhận, người mua chỉ được sử dụng đất và sở hữu căn hộ văn phòng hoặc căn hộ du lịch trong thời hạn là thời gian sử dụng đất còn lại của chủ đầu tư, chứ không được sử dụng ổn định lâu dài³⁹ theo đúng quy định của pháp luật đất đai. Điều này đã được Bộ Tài nguyên và Môi trường xác định và hướng dẫn Sở Tài nguyên và Môi trường của các địa phương tại Công văn số 703/BTNMT-TCQLĐĐ ngày 14/02/2020.

Theo đó, nếu hết thời hạn sử dụng đất mà: (i) Được gia hạn với một thời hạn sử dụng tiếp theo, thì người sở hữu căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch phải nộp cho Nhà nước tiền thuê đất cho toàn bộ thời gian gia hạn theo giá tại thời điểm gia hạn; hoặc (ii) Không được gia hạn thời hạn sử dụng đất, thì Nhà nước sẽ thu hồi đất và tòa nhà căn hộ, người sở hữu căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch sẽ không được bồi thường.

Nếu trong thời hạn sử dụng mà Nhà nước thu hồi đất và tòa nhà căn hộ gắn liền trên đất, người sở hữu căn hộ chung cư sẽ được bồi thường theo giá đất ở, nhà ở và được hưởng suất tái định cư; còn người sở hữu căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch chỉ được bồi thường theo giá đất thương mại, dịch vụ (thấp hơn so với giá đất ở) cho thời

³⁸ Khoản 3 Điều 126 Luật Đất đai.

³⁹ Khoản 1 Điều 128 Luật Đất đai.

hạn sử dụng còn lại và không được bố trí tái định cư.

Thứ hai, chức năng chính của căn hộ văn phòng là để làm văn phòng, trụ sở làm việc, còn chức năng chính của căn hộ du lịch là cung cấp dịch vụ lưu trú. Pháp luật luôn đặt ra yêu cầu người sử dụng đất và/hoặc chủ sở hữu công trình trên đất phải sử dụng đất và công trình đúng mục đích, cùng với những quy định xử phạt tương ứng nếu sử dụng sai mục đích. Theo đó, người mua căn hộ văn phòng phải sử dụng căn hộ đó làm trụ sở kinh doanh, nghĩa là họ phải là một chủ thể kinh doanh, có đăng ký kinh doanh và đặt trụ sở làm việc tại căn hộ văn phòng này, hoặc người mua căn hộ văn phòng có thể cho chủ thể kinh doanh khác thuê căn hộ để làm trụ sở làm việc. Tương tự, người mua căn hộ du lịch phải sử dụng căn hộ đó để cung cấp dịch vụ lưu trú, nghĩa là họ cũng phải là một chủ thể kinh doanh và đáp ứng điều kiện kinh doanh dịch vụ lưu trú theo pháp luật du lịch để cho thuê căn hộ, hoặc người mua căn hộ du lịch có thể thuê chủ thể khác đáp ứng điều kiện kinh doanh dịch vụ lưu trú để kinh doanh thay mình. Việc ở tại căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch không bị cấm, nhưng không thể mang tính chất thường trực, thường xuyên.

Thứ ba, những người mua căn hộ hình thành trong tương lai cho mục đích đầu tư, khi giá tăng ở mức độ chấp nhận được, thường chưa nhận bàn giao căn hộ đã thực hiện việc bán căn hộ dưới hình thức chuyển nhượng hợp đồng mua bán căn hộ cho chủ thể khác có nhu cầu. Điều này được phép thực hiện nếu đó là căn hộ chung cư vì pháp luật kinh doanh bất động sản có quy định việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai

khi hồ sơ đề nghị cấp Giấy chứng nhận cho bên mua chưa nộp cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁴⁰. Tuy nhiên, pháp luật kinh doanh bất động sản lại không quy định việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán, thuê mua công trình xây dựng hình thành trong tương lai không phải là nhà ở. Nghĩa là, người mua căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch hình thành trong tương lai không được phép chuyển nhượng hợp đồng mua bán căn hộ cho chủ thể khác. Việc mua bán căn hộ chỉ được phép thực hiện khi họ đã được cấp Giấy chứng nhận đối với quyền sở hữu căn hộ. Nếu vi phạm, người chuyển nhượng hợp đồng mua căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch hình thành trong tương lai không đúng quy định có thể bị xử phạt hành chính với mức phạt tiền từ 250 triệu đến 300 triệu đồng, cùng với việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả chi phí cho bên nhận chuyển nhượng và bồi thường thiệt hại (nếu có)⁴¹.

Thứ tư, sự không rõ ràng trong quản lý, sử dụng căn hộ; không rạch ròi giữa phần diện tích thuộc sở hữu chung và sở hữu riêng và quyền sử dụng đất; không rõ ràng trong trách nhiệm tổ chức và xây dựng bộ máy quản lý, vận hành, cũng như quản lý việc bảo trì, cải tạo, phá dỡ khi tòa nhà hư hỏng, xuống cấp... như đã nêu trên là

⁴⁰ Điều 59 Luật Kinh doanh bất động sản và các Điều 10, 11 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 10/9/2015 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản.

⁴¹ Điều h khoản 3 và Điều l khoản 6 Điều 57 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 27/11/2017 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động đầu tư xây dựng; khai thác, chế biến, kinh doanh khoáng sản làm vật liệu xây dựng, sản xuất, kinh doanh vật liệu xây dựng; quản lý công trình hạ tầng kỹ thuật; kinh doanh bất động sản, phát triển nhà ở, quản lý, sử dụng nhà và công sở.

những rủi ro dễ phát sinh tranh chấp mà không có chủ thể gánh vác, nhất là khi chủ đầu tư đã bán hết căn hộ và rút khỏi dự án. Đây là những vấn đề mà người mua căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch cần phải hình dung, hiểu rõ bởi họ chính là những người sẽ sở hữu và sử dụng căn hộ trong suốt thời hạn còn lại.

4. Một số đề xuất

Nhu cầu nghiên cứu xây dựng quy định pháp luật để điều chỉnh hoạt động kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch là cần thiết trong giai đoạn hiện nay và trách nhiệm này đã được Thủ tướng Chính phủ giao cho các Bộ liên quan (Bộ Xây dựng, Bộ Tài nguyên và Môi trường và Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch). Chưa thể hình dung những quy định cụ thể nào sẽ được ban hành, nhưng thiết nghĩ cần phải có một số định hướng nhất định cho nội dung của các quy định này. Cụ thể: (i) Không thể phủ nhận và ngăn cấm, mà phải thừa nhận sự phát triển của loại hình kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch đáp ứng nhu cầu xã hội; (ii) Đảm bảo sự phát triển lành mạnh của thị trường bất động sản và sự công bằng giữa các loại hình kinh doanh theo quy định pháp luật, cụ thể là giữa kinh doanh nhà ở, nhất là nhà ở cho thuê, với kinh doanh các loại công trình xây dựng không phải là nhà ở, trong đó có căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch; và (iii) Đảm bảo sự tuân thủ pháp luật, không hợp thức hóa hoạt động kinh doanh thực tế đã diễn ra khi mà hoạt động này được thực hiện dựa trên kẽ hở hoặc thiếu sót của pháp luật và vì lợi ích của một số chủ đầu tư tại một số địa phương.

Như đã phân tích thực trạng pháp luật, do hoạt động kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch có liên quan nhiều lĩnh vực,

từ đất đai, xây dựng đến ngành nghề, điều kiện kinh doanh và quản lý, sử dụng, theo tác giả, không nên ban hành quy định điều chỉnh rời rạc dưới hình thức thông tư của từng bộ, ngành mà nên xây dựng thành quy định điều chỉnh chung, với sự phối hợp của các bộ liên quan, dưới hình thức nghị định do Chính phủ ban hành. Trong nghị định này, đề xuất làm rõ một số nội dung sau:

- *Về chế độ sử dụng đất*: Phải theo đúng quy định của pháp luật đất đai. Theo đó, đất sử dụng cho dự án đầu tư xây dựng và kinh doanh căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch là loại đất thương mại, dịch vụ, không được lập lờ với khái niệm “đất ở nhưng không hình thành đơn vị ở”, gây nhầm lẫn cho người mua. Thời hạn sử dụng đất và sở hữu tài sản trên đất (tòa nhà căn hộ, từng căn hộ) theo thời hạn dự án đầu tư, nhưng không quá 50 năm hoặc 70 năm. Điều này có nghĩa người mua chỉ được sở hữu căn hộ trong thời hạn còn lại của dự án đầu tư, không được sở hữu lâu dài.

- *Về chức năng sử dụng*: Phải đảm bảo căn hộ được sử dụng theo đúng chức năng là làm trụ sở văn phòng (đối với căn hộ văn phòng) hoặc làm cơ sở lưu trú ngắn hạn (đối với căn hộ du lịch). Việc có người ở trong căn hộ tuy không cấm, nhưng là để phục vụ cho công việc (đối với căn hộ văn phòng) hoặc để kinh doanh dịch vụ lưu trú (đối với căn hộ du lịch). Theo đó, người sở hữu hoặc sử dụng căn hộ văn phòng phải sử dụng căn hộ làm trụ sở, văn phòng, phải là chủ thể kinh doanh, có đăng ký kinh doanh và đặt trụ sở tại căn hộ văn phòng. Chủ thể này phải thông báo với quản lý tòa nhà hoặc công an khu vực thông tin cụ thể về nhân viên ở lại qua đêm tại căn hộ văn phòng do nhu cầu công việc (nếu có) và không thể có

việc cùng một nhân viên hoặc bản thân chủ thể sở hữu, sử dụng mà ở lại căn hộ văn phòng một cách thường trực, thường xuyên. Hạn chế không có bếp nấu ăn trong căn hộ văn phòng. Tương tự, người sở hữu, sử dụng căn hộ du lịch cũng phải sử dụng căn hộ làm nơi cung cấp dịch vụ lưu trú, nghĩa là phải là chủ thể có chức năng kinh doanh dịch vụ lưu trú và cho chủ thể khác thuê căn hộ du lịch để lưu trú ngắn hạn.

- *Về thiết kế xây dựng*: Hiện chỉ mới có quy chuẩn kỹ thuật quốc gia cho việc xây dựng căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch trong nhà chung cư có mục đích sử dụng hỗn hợp. Cần có quy chuẩn kỹ thuật quốc gia hoặc hướng dẫn áp dụng quy chuẩn kỹ thuật quốc gia tương ứng cho việc thiết kế

xây dựng tòa nhà căn hộ văn phòng hoặc tòa nhà căn hộ du lịch nhưng không có căn hộ chung cư.

- *Về quản lý, sử dụng*: Về bản chất, chủ đầu tư chỉ bán từng căn hộ văn phòng, căn hộ du lịch cho người mua sở hữu. Những phần diện tích còn lại trong tòa nhà (như hành lang, cầu thang, lối thoát hiểm, thang máy, sảnh...) dù được sử dụng chung nhưng vẫn thuộc sở hữu của chủ đầu tư và kể cả quyền sử dụng diện tích đất xây dựng tòa nhà. Theo đó, nếu trong hợp đồng mua bán không thể hiện rạch ròi thì trách nhiệm quản lý, sử dụng tòa nhà thuộc về chủ đầu tư. Tuy nhiên, cần có quy định pháp luật điều chỉnh vấn đề này, tương tự như điều chỉnh đối với nhà chung cư.

(Tiếp theo trang 18 – Phạm tội chưa đạt...)

Do đó, tác giả kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn rõ trong trường hợp phạm tội 02 lần trở lên, trong đó có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn tội phạm hoàn thành, có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn phạm tội chưa đạt hoặc/và có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn chuẩn bị phạm tội. Hoặc, trường hợp một người phạm tội 02 lần trở lên mà trong đó có lần thực hiện hành vi phạm tội ở giai đoạn phạm tội chưa đạt, có lần thực hiện hành vi ở giai đoạn chuẩn bị phạm tội, thì khi quyết định hình phạt đối với người phạm tội, tòa án phải áp dụng quy định về giai đoạn phạm tội có mức độ nguy hiểm cao hơn, TNHS nặng hơn để quyết định hình phạt (tức là

nếu có lần phạm tội ở giai đoạn tội phạm hoàn thành, có lần phạm tội ở giai đoạn phạm tội chưa đạt, có lần phạm tội ở giai đoạn chuẩn bị phạm tội thì áp dụng giai đoạn tội phạm hoàn thành để quyết định hình phạt; nếu có lần phạm tội ở giai đoạn phạm tội chưa đạt, có lần phạm tội ở giai đoạn chuẩn bị phạm tội thì áp dụng giai đoạn phạm tội chưa đạt để quyết định hình phạt). Tuy nhiên, khi quyết định hình phạt và áp dụng tình tiết “*phạm tội 02 lần trở lên*”, tòa án cần cân nhắc việc thực hiện hành vi phạm tội đối với lần phạm tội ở giai đoạn khác để quyết định hình phạt cho tương xứng với tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội đã thực hiện.

THU HỒI ĐẤT TRONG TRƯỜNG HỢP DỰ ÁN ĐẦU TƯ SỬ DỤNG ĐẤT CHẬM TIẾN ĐỘ

*Ngô Gia Hoàng**
*Trần Trọng Hiếu***

Tóm tắt: Bài viết phân tích nội dung các quy định của Luật Đất đai năm 2013 về thu hồi đất trong trường hợp tiến độ sử dụng đất chậm so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư; từ đó, chỉ ra những hạn chế, bất cập của quy định này và đưa ra những đề xuất góp phần hoàn thiện pháp luật.

Abstract: This article analyzes the provisions of the 2013 Land Law on land recovery due to delayed land use schedule as indicated in the project statement. On that basis, it points out the limitations and shortcomings of these provisions and offers proposals to improve the law.

1. Nội dung các quy định về thu hồi đất do dự án đầu tư sử dụng đất chậm tiến độ

Thu hồi đất theo Luật Đất đai quy định là việc Nhà nước quyết định thu lại quyền sử dụng đất của người được Nhà nước trao quyền sử dụng đất hoặc thu lại đất của người sử dụng đất vi phạm pháp luật về đất đai¹. Hệ quả của việc thu hồi đất là Nhà nước chấm dứt quyền sử dụng đất của người sử dụng đất, và việc chấm dứt quyền sử dụng đất này có thể vì nhiều lý do khác nhau. Luật Đất đai năm 2013 đã thu hẹp phạm vi thu hồi đất, tăng cường cơ chế tự thỏa thuận giữa chủ đầu tư và người sử dụng đất trong việc xác lập quyền sử dụng đất nhằm hướng đến đảm bảo lợi ích cho người sử dụng đất. Cụ thể, Luật Đất đai

năm 2013 quy định có bốn nhóm trường hợp thu hồi đất với các quy định riêng về cơ chế xử lý đất thu hồi, tài sản trên đất thu hồi phù hợp với tính chất của từng nhóm, gồm: (i) Thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh (Điều 61); (ii) Thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng (Điều 62); (iii) Thu hồi đất khi có vi phạm pháp luật đất đai (Điều 64); và (iv) Thu hồi đất do chấm dứt việc sử dụng đất theo quy định của pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người (Điều 65).

Thu hồi đất do được Nhà nước giao, cho thuê để thực hiện dự án đầu tư mà không được sử dụng hoặc tiến độ sử dụng đất chậm hơn so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư là trường hợp thuộc nhóm thu hồi đất khi có vi phạm pháp luật đất đai. Việc thu hồi trong trường hợp này không cần xuất phát từ quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất mà xuất phát từ hành vi vi phạm (khác với Điều 61, 62 phải có quy hoạch, kế hoạch sử dụng

* ThS., NCS., Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** Luật sư, Công ty Luật VNLA GROUP, Đoàn Luật sư Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Khoản 11 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền). Nói cách khác, nguyên nhân dẫn đến việc chấm dứt quyền sử dụng đất xuất phát từ chủ đầu tư – người được Nhà nước giao, cho thuê đất để thực hiện dự án. Cụ thể, theo điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013: *“Đất được Nhà nước giao, cho thuê để thực hiện dự án đầu tư mà không được sử dụng trong thời hạn 12 tháng liên tục hoặc tiến độ sử dụng đất chậm 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa phải đưa đất vào sử dụng; trường hợp không đưa đất vào sử dụng thì chủ đầu tư được gia hạn sử dụng 24 tháng và phải nộp cho Nhà nước khoản tiền tương ứng với mức tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với thời gian chậm tiến độ thực hiện dự án trong thời gian này; hết thời hạn được gia hạn mà chủ đầu tư vẫn chưa đưa đất vào sử dụng thì Nhà nước thu hồi đất mà không bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp do bất khả kháng”*.

Với quy định này có thể hiểu, khi dự án không đưa đất vào sử dụng hoặc sử dụng đất chậm tiến độ, chủ đầu tư sẽ không bị thu hồi ngay mà vẫn được gia hạn sử dụng 24 tháng. Quy định này là hợp lý vì có thể có nhiều nguyên nhân dẫn đến dự án chậm tiến độ như do chủ đầu tư không đủ năng lực tài chính, thủ tục phê duyệt dự án, quy hoạch, giấy phép xây dựng phức tạp, kéo dài, vướng mắc trong công tác bồi thường giải phóng mặt bằng... Do đó, gia hạn cho chủ đầu tư thêm 24 tháng sẽ tạo điều kiện cho họ có đủ thời gian để khắc phục khó khăn, hoàn thành dự án. Tuy nhiên, để đảm bảo công bằng trong việc hưởng dụng các lợi

ích từ đất, chủ đầu tư vẫn phải nộp cho Nhà nước khoản tiền tương ứng với mức tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với thời gian chậm tiến độ thực hiện dự án trong thời gian này. Điều này cũng nhằm tạo áp lực cho chủ đầu tư có phương án triển khai dự án phù hợp, đẩy nhanh tiến độ trong thời gian được gia hạn.

Thời điểm để tính gia hạn 24 tháng đối với trường hợp không đưa đất vào sử dụng hoặc tiến độ sử dụng đất chậm được quy định như sau²: Trường hợp dự án đầu tư không đưa đất vào sử dụng trong thời hạn 12 tháng liên tục kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa thì cho phép chủ đầu tư được gia hạn sử dụng 24 tháng tính từ tháng thứ 13 kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa; trường hợp dự án đầu tư chậm tiến độ sử dụng đất 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa thì thời điểm để tính gia hạn sử dụng đất 24 tháng được tính từ tháng thứ 25 kể từ thời điểm phải kết thúc việc đầu tư xây dựng. Trường hợp dự án được giao đất, cho thuê đất theo tiến độ thì việc gia hạn sử dụng đất 24 tháng được áp dụng đối với từng phần diện tích đất đó; thời điểm để tính gia hạn sử dụng đất 24 tháng được tính từ tháng thứ 25 kể từ thời điểm phải kết thúc việc đầu tư xây dựng trên phần diện tích đất đó. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, việc gia hạn nói trên không mặc nhiên được thực hiện, mà chủ đầu tư phải có văn bản đề nghị gửi Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền giao

² Khoản 2 Điều 15 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 01/2017/NĐ-CP).

đất, cho thuê đất xem xét, quyết định gia hạn. Trường hợp sau 15 ngày kể từ ngày cơ quan nhà nước có văn bản xác định hành vi vi phạm mà người sử dụng đất không có văn bản đề nghị được gia hạn, Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền giao đất, cho thuê đất quyết định thu hồi đất theo quy định.

Bên cạnh đó, Luật Đất đai năm 2013 cũng quy định rõ chế tài đối với chủ đầu tư sau khi đã được gia hạn, nhưng vẫn không khắc phục. Cụ thể, nếu hết thời hạn được gia hạn mà chủ đầu tư vẫn chưa đưa đất vào sử dụng, Nhà nước thu hồi đất mà không bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp do bất khả kháng. Các trường hợp bất khả kháng ảnh hưởng đến tiến độ sử dụng đất của dự án đầu tư đã được Nhà nước giao đất, cho thuê đất gồm: Do ảnh hưởng trực tiếp của thiên tai, thảm họa môi trường; do ảnh hưởng trực tiếp của hỏa hoạn, dịch bệnh; do ảnh hưởng trực tiếp của chiến tranh; và các trường hợp bất khả kháng khác do Thủ tướng Chính phủ quyết định.

Cùng với các quy định về điều kiện giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư quy định tại Điều 58 Luật Đất đai năm 2013³, quy định thu hồi đất đối với các dự án chậm tiến độ sẽ giúp lựa chọn được nhà

đầu tư có năng lực triển khai dự án, khắc phục tình trạng chạy dự án vì mục đích đầu cơ, bảo đảm tính khả thi trong việc triển khai, hạn chế tình trạng giao đất tràn lan cho nhà đầu tư và chậm đưa đất vào sử dụng, lãng phí tài nguyên đất.

2. Một số bất cập trong các quy định về thu hồi đất đối với dự án chậm tiến độ và định hướng hoàn thiện

Thứ nhất, Luật Đất đai và Luật Đầu tư chưa có sự thống nhất liên quan đến thời gian gia hạn cho chủ đầu tư. Theo quy định của Luật Đầu tư năm 2014, nhà đầu tư có thể đề xuất được giãn tiến độ thực hiện vốn đầu tư, tiến độ xây dựng và đưa công trình chính vào hoạt động (nếu có), tiến độ thực hiện các mục tiêu hoạt động của dự án đầu tư và tổng thời gian giãn tiến độ đầu tư không quá 24 tháng⁴. Đối với các dự án không thuộc trường hợp được giãn tiến độ thực hiện dự án đầu tư, sau 12 tháng mà nhà đầu tư không thực hiện hoặc không có khả năng thực hiện dự án theo tiến độ đăng ký với cơ quan đăng ký đầu tư thì dự án đầu tư sẽ chấm dứt⁵. Như vậy, theo Luật Đầu tư năm 2014, trường hợp chủ đầu tư không thể thực hiện dự án đúng tiến độ ghi trong dự án thì họ chỉ có tối đa 24 tháng để khắc phục, nếu không dự án đầu tư sẽ chấm dứt. Trong khi đó, nếu theo quy định tại điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013, dự án đầu tư có thể được sử dụng đất chậm đến 48 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư (bao gồm khoảng thời gian 24 tháng chậm tiến độ sử dụng đất và thời gian được

³ Theo khoản 3 Điều 58 Luật Đất đai năm 2013, người được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư phải có các điều kiện sau đây: (i) Có năng lực tài chính để bảo đảm việc sử dụng đất theo tiến độ của dự án đầu tư; (ii) Ký quỹ theo quy định của pháp luật về đầu tư; (iii) Không vi phạm quy định của pháp luật về đất đai đối với trường hợp đang sử dụng đất do Nhà nước giao đất, cho thuê đất để thực hiện dự án đầu tư khác.

⁴ Điều 46 Luật Đầu tư năm 2014.

⁵ Điểm g khoản 1 Điều 48 Luật Đầu tư năm 2014.

gia hạn thêm 24 tháng). Ngoài ra, Nghị định số 01/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai đã bổ sung thêm trường hợp thu hồi đất đối với trường hợp chấm dứt hoạt động của dự án đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư⁶. Theo đó, chủ đầu tư được tiếp tục sử dụng đất 24 tháng kể từ ngày dự án đầu tư bị chấm dứt hoạt động theo quy định của pháp luật về đầu tư.

Vấn đề được đặt ra là đối với các dự án đã chấm dứt hoạt động do hết thời hạn hoạt động của dự án đầu tư (sau khi đã giãn tiến độ) hoặc không thuộc trường hợp được giãn tiến độ, việc họ được gia hạn thêm 24 tháng để sử dụng đất theo Luật Đất đai sẽ không có ý nghĩa gì, vì lúc này họ không còn được tiếp tục thực hiện dự án. Bên cạnh đó, để được gia hạn sử dụng đất thêm 24 tháng, chủ đầu tư phải nộp cho Nhà nước khoản tiền tương ứng với mức tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với thời gian chậm tiến độ thực hiện dự án trong thời gian này, và số tiền này có thể lên đến hàng tỷ đồng. Vì vậy, thiết nghĩ, pháp luật đầu tư cần sửa đổi theo hướng đối với dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất tổng thời gian giãn tiến độ đầu tư không vượt quá 48 tháng để phù hợp với quy định của Luật Đất đai. Mặt khác, việc bổ sung thêm trường hợp thu hồi đất chấm dứt hoạt động của dự án đầu tư cần được quy định ngay trong Luật Đất đai thay vì bổ sung trong nghị định của Chính phủ. Điều này nhằm tránh tình trạng nghị định quy định vượt quá phạm vi của luật.

⁶ Khoản 14 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP, bổ sung Điều 15b của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

Một vấn đề nữa là pháp luật cần làm rõ thời hạn 24 tháng là “thời hạn cứng” hay “thời hạn mềm”, tức là chủ đầu tư có bắt buộc phải gia hạn đúng 24 tháng, hay đây chỉ là khoảng thời gian tối đa để các chủ đầu tư linh hoạt lựa chọn. Trong thực tế triển khai dự án, các chủ đầu tư chỉ cần 4 đến 6 tháng để thực hiện việc chuyển quyền sử dụng đất, bán tài sản hợp pháp gắn liền với đất cho nhà đầu tư khác theo quy định của pháp luật. Điều này có ý nghĩa trong việc cân đối các phương án triển khai dự án cũng như liên quan đến số tiền chủ đầu tư phải nộp cho Nhà nước tính trên khoảng thời gian được gia hạn.

Bên cạnh đó, pháp luật đầu tư cần sửa đổi theo hướng khi tiến hành giãn tiến độ thực hiện dự án, cơ quan có thẩm quyền giãn tiến độ phải thông báo đến các cơ quan có liên quan tiến hành kiểm tra thực tế tình hình quản lý, sử dụng đất của chủ đầu tư để biết họ đã gia hạn tiến độ sử dụng đất hay chưa. Nếu chủ đầu tư chưa gia hạn tiến độ sử dụng đất thì tiến hành gia hạn để thời gian giãn tiến độ thực hiện dự án trùng khớp với thời gian gia hạn tiến độ sử dụng đất, tránh trường hợp thời gian giãn tiến độ thực hiện dự án đã hết, nhưng chủ đầu tư vẫn chưa được gia hạn tiến độ sử dụng đất.

Thứ hai, chủ đầu tư sau khi bị Nhà nước thu hồi đất theo điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013 hầu như không được đảm bảo quyền lợi gì. Trước đây, theo quy định của Luật Đất đai năm 2003, trường hợp thu hồi đất do dự án chậm tiến độ sẽ không được bồi thường thiệt hại về đất; tuy nhiên, đối với số tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, tài sản đã đầu tư trên đất thì Ủy ban

nhân dân cấp có thẩm quyền thu hồi đất sẽ thành lập Hội đồng định giá để xác định phần giá trị còn lại của tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, tài sản đã đầu tư trên đất đối với trường hợp tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, tiền đầu tư trên đất không có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước để trả lại cho người bị thu hồi đất⁷. Quy định của Luật Đất đai năm 2013 tuy có điểm mới là bổ sung thời gian gia hạn 24 tháng cho chủ đầu tư, nhưng lại xử lý khắt khe hơn so với Luật Đất đai năm 2003 khi không bồi thường về đất cũng như tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp do bất khả kháng. Đồng thời, Luật Đất đai năm 2013 cũng không đề cập đến việc xử lý đối với số tiền sử dụng đất, tiền thuê đất mà chủ đầu tư đã nộp nên có thể hiểu Nhà nước sẽ không hoàn trả lại số tiền nói trên. “Điều này tuy thuận lợi cho cơ quan hành chính nhà nước, nhưng có thể gây khó cho doanh nghiệp bởi vì toàn bộ chi phí đầu tư vào dự án sẽ bị thu hồi, kể cả tiền sử dụng đất, tiền thuê đất hay giá trị tài sản đã đầu tư vào khu đất đó”⁸. Mặc dù quy định này sẽ có ý nghĩa răn đe, hạn chế tình trạng “chây ì”, “găm giữ” đất của chủ đầu tư, tuy nhiên cũng nên cân nhắc quyền lợi của họ tùy theo từng trường hợp cụ thể. Thiết nghĩ, đối với những dự án nhà đầu tư đã nộp tiền sử dụng đất với giá trị lớn thì có thể xin các cơ chế đặc thù như từng địa phương xem xét cho phép chủ đầu tư cam kết thực hiện trong khoảng thời gian phù hợp để triển khai hoàn

thành dự án. Trong khoảng thời gian này, chủ đầu tư phải đóng thêm khoản tiền tạm gọi là “tiền bảo đảm” để bảo đảm hoàn thành dự án đúng tiến độ cam kết. Nếu sau thời gian trên, nhà đầu tư vẫn chưa hoàn thành dự án thì sẽ mất tiền bảo đảm thực hiện dự án và Nhà nước sẽ thu hồi đất không phải bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất.

Thứ ba, cần làm rõ quy định “trừ trường hợp do bất khả kháng” theo điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013. Theo đó, “*hết thời hạn được gia hạn mà chủ đầu tư vẫn chưa đưa đất vào sử dụng thì Nhà nước thu hồi đất mà không bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp do bất khả kháng*”. Vậy, nếu chưa đưa đất vào sử dụng do bất khả kháng thì sẽ xử lý như thế nào? Quy định tại điểm này có thể dẫn đến cách hiểu rằng, nếu do bất khả kháng thì người sử dụng đất sẽ được bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất. Tuy nhiên, cách hiểu này là không chính xác vì theo khoản 3 Điều 82 và khoản 1 Điều 92 Luật Đất đai năm 2013, trường hợp người sử dụng đất bị thu hồi đất theo quy định tại Điều 64 Luật Đất đai (bao gồm trường hợp dự án chậm tiến độ) sẽ không được bồi thường về đất cũng như không được bồi thường tài sản gắn liền với đất, và các quy định này cũng không đưa ra ngoại lệ do bất khả kháng. Ngoài ra, theo Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012: “*Sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép*”, và việc thực hiện hành vi vi

⁷ Điểm a khoản 1 Điều 43 Luật Đất đai năm 2003, hướng dẫn tại Điều 35 Nghị định số 181/2004/NĐ-CP về thi hành Luật Đất đai.

⁸ Phan Trung Hiền (Chủ biên), *Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi nhà nước thu hồi đất*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, 2018, tr.85.

phạm hành chính do sự kiện bất khả kháng thì không bị xử phạt vi phạm hành chính⁹. Nghĩa là, khi có sự kiện bất khả kháng xảy ra khiến cho việc thực hiện dự án bị chậm tiến độ thì không thể xử phạt chủ đầu tư, không thể thu hồi đất của họ do vi phạm pháp luật đất đai và việc bồi thường cũng sẽ không đặt ra. Bên cạnh đó, theo quy định tại khoản 3 Điều 46 Luật Đầu tư năm 2014: *“Trường hợp bất khả kháng thì thời gian khắc phục hậu quả bất khả kháng không tính vào thời gian giãn tiến độ đầu tư”*. Nghĩa là, khoảng thời gian xảy ra sự kiện bất khả kháng sẽ không được tính vào khoảng thời gian giãn tiến độ đầu tư và chủ đầu tư sẽ được xem xét cộng thêm khoảng thời gian đó vào thời gian giãn tiến độ dự án. Do đó, thiết nghĩ điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013 cần quy định rõ trường hợp do bất khả kháng là một ngoại lệ để Nhà nước không thu hồi đất của người sử dụng đất và khoảng thời gian này phải được cộng vào thời gian gia hạn tiến độ sử dụng đất cho chủ đầu tư thay vì cách quy định dễ gây hiểu lầm như hiện nay.

Thứ tư, cần làm rõ các quy định liên quan đến quyền của chủ đầu tư sau khi dự án đầu tư chấm dứt, nhưng chưa có quyết định thu hồi đất. Như đã đề cập, do thời gian giãn tiến độ dự án theo Luật Đầu tư và thời gian gia hạn sử dụng đất của Luật Đất đai chưa thống nhất, nên dẫn đến khoảng thời gian 24 tháng chủ đầu tư được gia hạn sử dụng đất, nhưng lại không được đầu tư xây dựng dự án. Theo Luật Đầu tư, sau khi dự án đầu tư chấm dứt hoạt động, đối với dự

án đầu tư được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thì quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất được thanh lý theo quy định của pháp luật về đất đai¹⁰. Theo khoản 14 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP, trong thời hạn 24 tháng kể từ ngày dự án đầu tư bị chấm dứt hoạt động theo quy định, chủ đầu tư được thực hiện chuyển quyền sử dụng đất, bán tài sản hợp pháp gắn liền với đất cho nhà đầu tư khác theo quy định của pháp luật (nếu được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền một lần cho cả thời gian thuê) hoặc bán tài sản hợp pháp gắn liền với đất cho nhà đầu tư khác theo quy định của pháp luật (nếu Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm). Khi hết thời hạn 24 tháng được gia hạn tiến độ sử dụng đất mà chủ đầu tư không thực hiện được việc chuyển quyền sử dụng đất, bán tài sản hợp pháp của mình gắn liền với đất cho nhà đầu tư khác, Nhà nước sẽ thu hồi đất theo quy định tại điểm i khoản 1 Điều 64 của Luật Đất đai. Nói cách khác, khoảng thời gian 24 tháng được gia hạn tiến độ sử dụng đất chủ yếu là để chủ đầu tư tìm cách thu hồi lại chi phí đầu tư bằng cách bán tài sản, chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với dự án.

Vấn đề đặt ra là, khi chủ đầu tư muốn thực hiện chuyển quyền sử dụng đất thì có cần phải có tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất hay không? Theo điểm a khoản 2 Điều 174 Luật Đất đai năm 2013,

⁹ Khoản 14 Điều 2, khoản 4 Điều 11 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

¹⁰ Khoản 3 Điều 48 Luật Đầu tư năm 2014, khoản 5 Điều 41 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

tổ chức kinh tế được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê thì có quyền “*chuyển nhượng quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất*”. Điều khoản này không quy định rõ việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất có đồng thời với chuyển nhượng tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất hay không. Bên cạnh đó, theo các quy định về điều kiện chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong thực hiện dự án đầu tư quy định tại Điều 194 Luật Đất đai năm 2013, Điều 42 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP, khoản 26 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP và điều kiện chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản theo Điều 49 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, ngoài trường hợp dự án đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng phải xây dựng xong các công trình hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ ghi trong dự án đã được phê duyệt¹¹, các dự án còn lại không quy định rõ phải có tài sản gắn liền. Tuy nhiên, có quan điểm cho rằng, quyền sử dụng đất đưa vào giao dịch của tổ chức kinh tế phải có tài sản thuộc sở hữu gắn liền với đất. Tổ chức kinh tế không được thực hiện giao dịch chỉ với quyền sử dụng mà trên đất không có hoặc chưa có tài sản gắn liền¹². Tương tự, đối với đất thuê trả tiền hàng năm, Nhà nước chỉ cho phép bán tài sản gắn liền với đất mà không được thực hiện giao dịch đối với quyền sử dụng đất, đồng nghĩa

với việc chủ thể sử dụng đất phải có tài sản gắn liền với đất. Tài sản gắn liền với đất thuê phải được tạo lập hợp pháp và chủ đầu tư đã hoàn thành việc xây dựng theo đúng quy hoạch xây dựng chi tiết và dự án đầu tư đã được phê duyệt, chấp thuận¹³. “Rõ ràng, điều Nhà nước hướng đến là đất phải được đưa vào sử dụng, phải được đầu tư thể hiện thông qua việc tài sản được tạo lập, không để cho nhà đầu tư xin đất rồi găm giữ với mục đích đầu cơ”¹⁴. Như vậy, trường hợp chủ đầu tư không đưa đất vào sử dụng hoặc sử dụng đất chậm tiến độ mà chưa đầu tư tạo lập tài sản, cơ sở hạ tầng trên đất cũng đồng nghĩa với việc không thể thực hiện các quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất hay bán tài sản gắn liền như quy định của Nghị định số 01/2017/NĐ-CP. Một lần nữa, có thể thấy, việc tiếp tục được gia hạn thêm 24 tháng sử dụng đất hầu như không có ý nghĩa với chủ đầu tư, trong khi họ phải bỏ ra số tiền khá lớn để được gia hạn.

Trong thực tế, Bộ Tài nguyên và Môi trường tại Công văn số 4681/BTNMT - TCQLĐĐ ngày 17/09/2019 trả lời Ủy ban nhân dân tỉnh Đắk Lắk, vấn đề thủ tục thu hồi đất, cho thuê đất đối với trường hợp bán, mua tài sản gắn liền với đất đã chấm dứt hoạt động dự án có hướng dẫn như sau: “Trường hợp cơ quan có thẩm quyền quyết định việc chấm dứt hoạt động của dự án thuộc trường hợp thu hồi đất quy định tại khoản 1 Điều 64, khoản 1 Điều 65 Luật Đất

¹¹ Điểm b khoản 2 Điều 194 Luật Đất đai 2013, điểm b khoản 1 Điều 49 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

¹² Lưu Quốc Thái (Chủ biên), *Giáo trình Luật Đất đai*, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2015), Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr.254.

¹³ Điểm c khoản 1 Điều 175, khoản 1 Điều 189 Luật Đất đai năm 2013.

¹⁴ Lê Thị Ngọc Mai, “*Kiểm soát đầu cơ bất động sản trong bối cảnh thu hút đầu tư tại Việt Nam*”, Tạp chí Luật học, số đặc biệt (tháng 10/2019), tr.50.

đai thì thực hiện việc thu hồi đất theo trình tự quy định tại Điều 65, Điều 66 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai. Trường hợp cơ quan có thẩm quyền quyết định việc chấm dứt hoạt động của dự án không thuộc trường hợp thu hồi đất theo quy định tại khoản 1 Điều 64, khoản 1 Điều 65 Luật Đất đai, căn cứ quy định tại khoản 14 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai thì chủ đầu tư được tiếp tục sử dụng đất trong thời hạn 24 tháng kể từ ngày dự án đầu tư bị chấm dứt hoạt động và được bán tài sản hợp pháp gắn liền với đất cho nhà đầu tư khác; Nhà nước thu hồi đất của người bán tài sản gắn liền với đất thuê để cho người mua tài sản thuê. *Pháp luật về đất đai hiện hành không quy định về điều kiện bán tài sản hợp pháp gắn liền với đất thuê trong trường hợp này*¹⁵. Thiết nghĩ, để thống nhất trong việc giải quyết các vấn đề về thủ tục thu hồi đất, cho thuê đất đối với trường hợp bán, mua tài sản gắn liền với đất khi dự án đã chấm dứt hoạt động, Luật Đất đai cần quy định rõ về việc gia hạn tiến độ sử dụng đất phải tạo sự đồng bộ với quy định của Luật Đầu tư. Bên cạnh đó, Luật Đất đai cần phải quy định về điều kiện chuyển nhượng quyền sử dụng đất, điều kiện bán tài sản hợp pháp gắn liền với đất

thuê một cách cụ thể, khả thi để vừa tạo điều kiện cho chủ đầu tư rút vốn khỏi dự án, vừa hạn chế được tình trạng đầu cơ đất đai.

Thứ năm, cần làm rõ trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc kiểm soát các dự án chậm tiến độ. Theo quy định hiện hành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có trách nhiệm tổ chức rà soát, xử lý và công bố công khai trên trang thông tin điện tử của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh các dự án đầu tư không đưa đất vào sử dụng trong thời hạn 12 tháng liên tục hoặc chậm tiến độ sử dụng đất 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư; các dự án được gia hạn; các dự án chậm tiến độ sử dụng đất vì lý do bất khả kháng; cung cấp thông tin để công khai trên trang thông tin điện tử của Bộ Tài nguyên và Môi trường và Tổng cục Quản lý đất đai¹⁶. Trong thực tế, việc thu hồi đất do dự án chậm tiến độ không hề dễ dàng, do trong quá trình rà soát, Ủy ban nhân dân quận, huyện báo cáo chưa đầy đủ về thông tin, tính pháp lý của dự án. Đồng thời, còn một số ngành, quận huyện, chủ đầu tư chưa nghiêm túc trong công tác giám sát đầu tư, có chủ đầu tư chây ỳ không báo cáo... Đặc biệt, việc thiếu chế tài xử phạt, các chủ đầu tư không hợp tác, cũng làm chậm tiến độ thu hồi các dự án vi phạm¹⁷. Do đó, cần tăng cường công tác giám sát đối với các dự án đầu tư, quy định rõ trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc rà soát, xử lý và công bố công khai các dự án chậm tiến độ.

¹⁵ Công văn số 4681/BTNMT - TCQLDD ngày 17/9/2019 của Bộ Tài nguyên và Môi trường gửi Ủy ban nhân dân tỉnh Đắk Lắk về việc hướng dẫn trình tự thủ tục thu hồi đất, cho thuê đất đối với trường hợp bán, mua tài sản gắn liền với đất đã chấm dứt hoạt động dự án.

¹⁶ Khoản 3 Điều 15 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

¹⁷ Nhất Nam, “*Thu hồi dự án bê trễ: Không dễ!*”, <https://bds.tinnhanhchungkhoan.vn/bds-phap-luat/thu-hoi-du-an-be-tre-khong-de-216005.html>, truy cập ngày 09/4/2020.

CÔNG ƯỚC BASEL VỀ XỬ LÝ, KIỂM SOÁT VẬN CHUYỂN QUA BIÊN GIỚI CHẤT THẢI NGUY HẠI VÀ KIẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

*Phan Thị Hương Giang**

Tóm tắt: Bài viết phân tích về đóng góp của Công ước Basel đối với việc bảo vệ môi trường từ việc kiểm soát hoạt động vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới cũng như quy định của pháp luật Việt Nam trong thực thi Công ước Basel về vấn đề này. Từ đó, bài viết xem xét những phản ứng của các quốc gia trong việc thực thi Công ước này nhằm đưa ra những kiến nghị về việc quản lý hoạt động vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới phù hợp với bối cảnh hiện nay của Việt Nam.

Abstract: This article analyzes the contributions of Basel Convention to the protection of the environment in terms of the control of transboundary movements of hazardous waste, as well as the provisions of Vietnamese laws to implement Basel Convention. Against that backdrop, it studies the responses of countries in the implementation of Basel Convention, thereby making recommendations on the management of transboundary movements of hazardous waste in the current context of Vietnam.

1. Công ước Basel và pháp luật Việt Nam về xử lý và kiểm soát vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại

1.1. Công ước Basel về xử lý và kiểm soát vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại

Công ước Basel được thông qua tại Hội nghị Đại sứ đặc mệnh toàn quyền ở Basel vào năm 1989 và bắt đầu có hiệu lực vào ngày 05/05/1992 nhằm mục tiêu giảm thiểu phát sinh chất thải nguy hại; khuyến khích hủy bỏ các chất thải nguy hại gần nguồn phát sinh, giảm việc di chuyển các chất này qua các biên giới và bảo đảm cho chất thải được quản lý một cách tốt nhất để bảo vệ môi trường¹. Đến nay, đã có 187 quốc gia

tham gia Công ước này và Việt Nam cũng đã gia nhập Công ước Basel ngày 13/3/1995².

Công ước Basel năm 1989 là điều ước quốc tế có giá trị ràng buộc pháp lý quan trọng nhất liên quan đến chất thải nguy hại và các chất thải khác. Trong thập kỷ đầu tiên kể từ khi có hiệu lực, trọng tâm chính của Công ước là cụ thể hóa các quy định kiểm soát việc vận chuyển qua biên giới các chất thải nguy hại; tức là việc các chất thải được vận chuyển qua các đường biên giới quốc tế, và phát triển các tiêu chí quản lý

vận chuyển qua biên giới các chất thải nguy hại và việc tiêu hủy chúng, <http://cspl-tnmt.monre.gov.vn/pl-quoc-te/gioi-thieu-cac-dieu-uoc-quoc-te-tn-mt/cong-uoc-basel-nam-1989-ve-kiem-soat-viec-van-chuyen-quoc-bie.html>, truy cập ngày 31/3/2020.

² Parties to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, <http://www.basel.int/?tabid=4499#enote1>, truy cập ngày 31/3/2020.

* Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Chuyên trang chính sách, pháp luật tài nguyên và môi trường, Vụ Pháp chế - Bộ Tài nguyên và Môi trường, Công ước Basel năm 1989 về kiểm soát việc

chất thải phù hợp với môi trường³. Có thể thấy, Công ước thể hiện sự ủng hộ đối với việc cấm vận chuyển qua biên giới các phế thải nguy hiểm và việc tiêu hủy các phế thải đó trên lãnh thổ nước khác, đặc biệt là các nước đang phát triển⁴.

Tuy nhiên, Công ước Basel chưa hoàn toàn cấm việc vận chuyển qua biên giới các chất thải nguy hại khi quy định rằng: Việc vận chuyển các phế thải từ quốc gia sản sinh ra chúng tới bất kỳ quốc gia nào khác vẫn được phép nếu được thực hiện trong điều kiện bảo đảm không gây ra bất cứ nguy hiểm nào cho sức khỏe con người, môi trường và phù hợp với các điều khoản của Công ước này⁵. Đồng thời, Công ước nhận định việc gia tăng kiểm soát hoạt động vận chuyển qua biên giới các chất thải nguy hại và các chất thải khác sẽ thúc đẩy việc quản lý hợp lý về mặt sinh thái đối với các chất thải này và làm giảm hoạt động vận chuyển tương ứng⁶. Điều quan trọng là Công ước

Basel không chỉ áp dụng đối với các quốc gia thành viên, mà còn được áp dụng linh hoạt cho việc vận chuyển chất thải nguy hại hoặc các chất thải khác từ một quốc gia tham gia Công ước qua biên giới một hoặc nhiều quốc gia không tham gia Công ước⁷.

Như đã khẳng định ở trên, Công ước Basel nhằm mục đích kiểm soát việc vận chuyển qua biên giới những chất thải nguy hại. Tuy nhiên, việc vận chuyển bất hợp pháp vẫn tái diễn do nhiều nguyên nhân khác nhau; ví dụ như thông qua hoạt động bất hợp pháp của bên trung gian môi giới dịch vụ xử lý chất thải nguy hại⁸. Bên cạnh đó, việc vận chuyển qua biên giới những chất thải nguy hại vẫn không được kiểm soát chặt chẽ do khả năng lập pháp của các quốc gia nhập khẩu trong việc quy định về vấn đề này. Thậm chí, do không kiểm soát được nên nhiều quốc gia có xu hướng cấm hoạt động vận chuyển chất thải, bao gồm chất thải nguy hại qua biên giới, điển hình như châu Phi hoặc một số nước châu Á, trong đó có Việt Nam.

Nhận thấy được xu hướng đó, vào ngày 22/9/1995, các thành viên Công ước Basel đã đề ra quy định sửa đổi về cấm vận chuyển chất thải nguy hại qua biên giới giữa các quốc gia thành viên. Tuy nhiên đến ngày 05/12/2019, điều khoản cấm này mới thực sự có hiệu lực khi có đủ số lượng thành viên đồng ý phê duyệt⁹. Theo đó, các bên

³ Chuyên trang chính sách, pháp luật tài nguyên và môi trường, Vụ Pháp chế - Bộ Tài nguyên và Môi trường, *Công ước Basel năm 1989 về kiểm soát việc vận chuyển qua biên giới các chất thải nguy hại và việc tiêu hủy chúng*, <http://cspl-tnmt.monre.gov.vn/pl-quoc-te/gioi-thieu-cac-dieu-uoc-quoc-te-tn-mt/co-ng-uoc-basel-nam-1989-ve-kiem-soat-viec-van-chuyen-qua-bie.html>, truy cập ngày 31/3/2020.

⁴ Lời nói đầu, Công ước Basel: “*Recognizing also the increasing desire for the prohibition of transboundary movements of hazardous wastes and their disposal in other States, especially developing countries*”.

⁵ Lời nói đầu, Công ước Basel: “*Aware also that transboundary movements of such wastes from the State of their generation to any other State should be permitted only when conducted under conditions which do not endanger human health and the environment, and under conditions in conformity with the provisions of this Convention*”.

⁶ Lời nói đầu, Công ước Basel: “*Considering that enhanced control of transboundary movement of hazardous wastes and other wastes will act as an incentive for their environmentally sound*

management and for the reduction of the volume of such transboundary movement”.

⁷ Điều 6 Công ước Basel.

⁸ Elizabeth S. Pope, *The Shadowy World of Hazardous Waste Disposal: Why the Basel Convention's Structure Undermines Its Substance*, South Carolina Journal of International Law and Business 13, no. 2 (Spring 2017), tr.322.

⁹ *Amendment to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*, <http://www.basel.int/>

đồng ý cấm các quốc gia được liệt kê trong Phụ lục VII (thành viên của Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế - OECD, Liên minh châu Âu - EU, Liechtenstein) vận chuyển chất thải nguy hại sang các quốc gia không nằm trong danh sách trên¹⁰.

Có thể thấy, Công ước Basel ra đời đặt nền móng cho việc bảo vệ môi trường mang tầm toàn cầu dựa trên việc kiểm soát vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới. Đồng thời, Công ước này cũng có những thay đổi linh hoạt để phù hợp với sự phát triển kinh tế - xã hội. Tuy nhiên, bên cạnh đó, vẫn còn những điểm hạn chế phát sinh từ việc thực hiện Công ước Basel khiến Công ước này vẫn chưa thực sự đạt được hiệu quả. Đây chính là nguyên nhân khiến các quốc gia thành viên phải tự đưa ra thêm những quy định riêng để bảo vệ chính quốc gia của mình khỏi các hoạt động vận chuyển chất thải nguy hại.

1.2. Quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay đối với việc xử lý và kiểm soát vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại

Như nêu trên, Việt Nam tham gia Công ước Basel từ năm 1995 và trong quy định của pháp luật Việt Nam, nhập khẩu chất thải nguy hại là hành vi bất hợp pháp. Cụ thể, theo khoản 9 Điều 7 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, việc nhập khẩu hoặc quá cảnh chất thải dưới mọi hình thức từ những quốc gia khác vào Việt Nam là các hành vi bị cấm. Như vậy, chất thải, không cần phân biệt là chất thải nguy hại hay chất thải khác, đều bị cấm vận chuyển vào Việt Nam. Việt Nam đã có phản ứng tương tự một số quốc

gia khác đối với hoạt động vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại, thay vì cho phép đi kèm với kiểm soát chặt chẽ thì cấm để loại trừ rủi ro cho môi trường ngay từ ban đầu.

Tuy nhiên, trong pháp luật Việt Nam vẫn còn nhiều quy định chưa thật sự chặt chẽ khiến việc nhập khẩu chất thải, trong đó có chất thải nguy hại, vẫn đang diễn ra. Có thể kể đến những quy định sau:

Thứ nhất, Việt Nam vẫn cho phép việc nhập khẩu phế liệu là vật liệu được thu hồi, phân loại, lựa chọn từ những vật liệu, sản phẩm đã bị loại bỏ trong quá trình sản xuất hoặc tiêu dùng để sử dụng làm nguyên liệu cho một quá trình sản xuất khác. Việc nhập khẩu phế liệu này phải được thực hiện bởi các tổ chức, cá nhân có đủ các điều kiện theo luật định như có kho, bãi dành riêng cho việc tập kết phế liệu bảo đảm điều kiện về bảo vệ môi trường và có công nghệ, thiết bị tái chế, tái sử dụng phế liệu, xử lý tạp chất đi kèm phế liệu đạt quy chuẩn kỹ thuật môi trường¹¹. Đồng thời, những chủ thể này phải đảm bảo nguyên tắc bảo vệ môi trường trong quá trình nhập khẩu phế liệu. Cụ thể hơn, họ chỉ được nhập khẩu phế liệu làm nguyên liệu sản xuất, phải xử lý tạp chất đi kèm phế liệu đạt quy chuẩn kỹ thuật môi trường; không được cho, bán tạp chất đi kèm phế liệu, phải tái xuất phế liệu không đáp ứng quy chuẩn kỹ thuật môi trường; trường hợp không tái xuất được thì phải xử lý theo quy định của pháp luật về quản lý chất thải và phải thực hiện ký quỹ bảo đảm phế liệu nhập khẩu theo quy định của Chính phủ.

Mặc dù khái niệm phế liệu và danh mục các loại phế liệu được phép nhập khẩu đã được quy định rất rõ trong Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và các văn bản hướng

Countries/StatusofRatifications/BanAmendment/tabid/1344/Default.aspx, truy cập ngày 01/4/2020.

¹⁰ Mục 2, Quyết định III/1 sửa đổi Công ước Basel và Quyết định III/2 về nghĩa vụ và trách nhiệm bồi thường, được ban hành trong Hội nghị lần 3 của các thành viên Công ước Basel.

¹¹ Điều 76 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

dẫn¹², nhưng chất thải, trong đó có chất thải nguy hại, vẫn được nhập khẩu vào Việt Nam dưới danh nghĩa là phế liệu. Nếu không quản lý, kiểm soát chặt chẽ việc nhập khẩu và sử dụng phế liệu nhập khẩu thì hoạt động này rất dễ bị lợi dụng để đưa chất thải vào nước ta và khiến Việt Nam trở thành nơi xả thải của các quốc gia khác trên thế giới, khiến môi trường sống ô nhiễm và ảnh hưởng tiêu cực đến sức khỏe cộng đồng. Thực tiễn cho thấy, Việt Nam vẫn đang nằm trong danh sách những điểm đến của rác thải nguy hại từ các quốc gia khác trên thế giới¹³. Trong báo cáo Quốc hội về công tác bảo vệ môi trường năm 2018, Chính phủ cho biết, tổng khối lượng phế liệu nhập khẩu vào Việt Nam năm ngoái là hơn 9,2 triệu tấn, tăng hơn 1,3 triệu tấn so với năm 2017. Nguyên nhân là áp lực từ chính sách cấm nhập khẩu một số loại phế liệu của một số quốc gia, dẫn đến phế liệu có xu hướng được chuyển vào Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN), trong đó có Việt Nam.

Đồng thời, một số tổ chức, cá nhân lợi dụng việc nhập khẩu phế liệu đã đưa chất thải nguy hại, chủ yếu là phế liệu kim loại, nhựa, sắt thép cao su thải, vỏ ô tô, tàu biển chưa làm sạch tạp chất, axit quy chì thải, sản phẩm điện tử đã qua sử dụng về Việt Nam. Hành động nhập khẩu trái phép dưới danh nghĩa làm nguyên liệu sản xuất tiềm ẩn nguy cơ cao gây ô nhiễm môi trường, đặc biệt là tồn đọng phế liệu, chất thải tại các

cảng biển¹⁴. Có thể thấy, việc nhập khẩu chất thải vào Việt Nam dưới danh nghĩa là phế liệu vẫn đang được tiến hành. Đồng thời, nếu không kiểm soát chặt chẽ thì việc nhập khẩu các phế liệu không đạt tiêu chuẩn, quy chuẩn và chứa đựng chất thải nguy hại là nguồn ô nhiễm đối với môi trường sống và sức khỏe của cộng đồng.

Thứ hai, bên cạnh việc quy định cấm nhập khẩu chất thải, các nhà lập pháp của Việt Nam còn đưa ra các quy định về xử lý đối với trường hợp chất thải nhập khẩu trái phép. Cụ thể là quy định yêu cầu các tổ chức, cá nhân nhập khẩu phế liệu cam kết về việc tái xuất hoặc xử lý phế liệu trong trường hợp phế liệu nhập khẩu không đáp ứng yêu cầu về bảo vệ môi trường¹⁵. Trường hợp phế liệu nhập khẩu không được thông quan hoặc không thể tái xuất, khoản tiền ký quỹ được sử dụng để thanh toán chi phí xử lý phế liệu vi phạm. Nếu số tiền ký quỹ nhập khẩu phế liệu không đủ thanh toán toàn bộ các khoản chi phí để xử lý phế liệu nhập khẩu vi phạm thì tổ chức, cá nhân nhập khẩu phế liệu có trách nhiệm thanh toán các khoản chi phí này¹⁶.

Tuy nhiên, nếu xét về bản chất của vấn đề, hiện nay rất khó để thực hiện việc tái xuất các lô chất thải đã nhập. Cục Hải quan Tp. Hồ Chí Minh cho biết, việc mở kiểm tra cũng khó thực hiện nhanh do việc phân loại, giám định mất rất nhiều thời gian và cần được thực hiện cẩn trọng. Bởi, quan điểm của cơ quan hải quan là nếu rác thải thì

¹² Xem khoản 16 Điều 3 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và Phụ lục của Quyết định số 73/2014/QĐ-TTg quy định danh mục phế liệu được phép nhập khẩu từ nước ngoài làm nguyên liệu sản xuất.

¹³ Bảo Duy, *Việt Nam nhập khẩu rác từ Nhật nhiều nhất, nhập cả từ Thái Lan*, <https://tuoitre.vn/viet-nam-nhap-khau-rac-tu-nhat-nhieu-nhat-nhap-ca-tu-thai-lan-20190423105630641.htm>, truy cập ngày 01/4/2020.

¹⁴ Anh Tú, *Hơn 9,2 triệu tấn phế liệu đổ về Việt Nam năm ngoái*, <https://vnexpress.net/kinh-doanh/hon-9-2-trieu-tan-phe-lieu-do-ve-viet-nam-nam-ngoai-3927260.html>, truy cập ngày 02/4/2020.

¹⁵ Điểm c khoản 2 Điều 76 Nghị định số 38/2015/NĐ-CP về quản lý chất thải và phế liệu.

¹⁶ Khoản 3 Điều 60 Nghị định số 38/2015/NĐ-CP về quản lý chất thải và phế liệu.

buộc chủ tàu tái xuất, còn hàng phế liệu tái chế được sẽ cho bán đấu giá theo quy định. Thậm chí, ngay cả phương án cơ quan hải quan có quyền yêu cầu hãng tàu có trách nhiệm thực hiện việc vận chuyển ra khỏi lãnh thổ Việt Nam trong vòng 30 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo đối với lô hàng là chất thải, chất thải nguy hại, phế liệu không đạt quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về môi trường cũng khó thực hiện. Bởi thực tế, có rất nhiều hãng tàu nhận chở hàng, nhưng không có tàu, mà họ đặt chỗ qua công ty trung gian¹⁷. Do đó, suy cho cùng, phương án dùng tiền ký quỹ của các đơn vị nhập khẩu để xử lý chất thải vẫn là phương án dễ áp dụng nhất tới thời điểm này. Vì vậy, chất thải được xử lý ở Việt Nam, thay vì phải được xử lý ở quốc gia xả thải; hay nói cách khác, mục đích của việc xuất khẩu chất thải đã phần nào đạt được.

Bên cạnh đó, để xem xét mục đích của việc nhập khẩu chất thải nguy hại nêu trên đã hoàn toàn đạt được chưa cần phải tính đến bài toán chi phí. Nếu chi phí xử lý chất thải nguy hại đúng cách theo quy định pháp luật tại nước xuất khẩu lớn hơn so với chi phí vận chuyển và nhập khẩu chất thải tại nước nhập khẩu thì việc xuất khẩu chất thải nguy hại sẽ luôn là ưu tiên lựa chọn của những chủ thể xả thải. Thực tế cho thấy, ở những quốc gia như Hoa Kỳ, chi phí cho việc đốt chất thải nguy hại tăng chóng mặt, gấp 25 lần trong chưa tới 15 năm (kể từ 1980 đến 1992). Thậm chí, tại Đức, một nghiên cứu cho thấy, việc xuất khẩu chất thải qua các nước đang phát triển sẽ giúp giảm 2.500 USD mỗi tấn, thay vì xử lý

chúng tại châu Âu¹⁸. Ở các quốc gia này, do độ phức tạp đặt ra đối với việc xử lý chất thải, quy định của pháp luật cũng như chi phí xử lý chất thải hợp pháp thường rất cao. Cụ thể, chi phí xử lý chất thải nguy hại hợp pháp là hàng trăm hoặc hàng ngàn đô la mỗi tấn, tùy thuộc vào phương pháp được sử dụng, “trong khi chi phí xử lý bất hợp pháp” thấp hơn đáng kể. Vì vậy, để tiết kiệm chi phí, các dịch vụ môi giới vụ xử lý chất thải bất hợp pháp là một lựa chọn hấp dẫn¹⁹.

Cục Điều tra dân số Hoa Kỳ gần đây đã công bố dữ liệu xuất khẩu hoàn chỉnh năm 2018 đối với các lô chất thải nhựa (chính thức được gọi là chất thải và phế liệu) thải ra tại Hoa Kỳ và xuất khẩu đến các quốc gia khác. Theo đó, 78% (0,83 triệu tấn) chất thải nhựa của Hoa Kỳ năm 2018 đã được xuất khẩu đến các quốc gia có tỷ lệ chất thải không thể xử lý đúng cách là hơn 5%. Điều đó có nghĩa là khoảng 157.000 container lớn vận chuyển (429 container mỗi ngày) chất thải nhựa của Hoa Kỳ đã được xuất khẩu vào năm 2018 tới các quốc gia khác²⁰. Đặc biệt, đối với Việt Nam, một trong những quốc gia nhập khẩu chất thải của Hoa Kỳ, tỉ lệ chất thải không được xử lý đúng cách lên đến 85%²¹.

¹⁸ *Recycling colonialism*, <https://www.downtoearth.org.in/news/recycling-colonialism-27853>, truy cập ngày 02/4/2020.

¹⁹ Elizabeth S. Pope, *The Shadowy World of Hazardous Waste Disposal: Why the Basel Convention's Structure Undermines Its Substance*, South Carolina Journal of International Law and Business 13, no. 2 (Spring 2017), tr.322.

²⁰ Jan Dell, *157.000 Shipping Containers of U.S. Plastic Waste Exported to Countries with Poor Waste Management in 2018*, <https://www.plasticpollutioncoalition.org/blog/2019/3/6/157000-shipping-containers-of-us-plastic-waste-exported-to-countries-with-poor-waste-management-in-2018>, truy cập ngày 02/4/2020.

²¹ Nguyễn Văn: Waste mismanagement rates are very high in many countries that currently accept U.S.

¹⁷ N.Bình, *Buộc chủ tàu tái xuất rác: quá khó!*, <https://tuoitre.vn/buoc-chu-tau-tai-xuat-rac-qua-kho-20190531074723036.htm>, truy cập ngày 02/4/2020.

Thậm chí, nếu chất thải được quyết định cho tiêu hủy tại Việt Nam thì cũng không dễ để thực hiện, bởi hiện nay, theo thủ tục quy định tại khoản 4 Điều 44 Nghị định số 69/2018/NĐ-CP, việc tiêu hủy các phế liệu, phế phẩm, phế thải (nếu có) chỉ được phép thực hiện sau khi có văn bản cho phép của Sở Tài nguyên và Môi trường, phải được thực hiện dưới sự giám sát của cơ quan hải quan²². Thủ tục trên tuy có tính tích cực ở việc kiểm soát tác động đến với môi trường, nhưng cũng chính là rào cản gây trở ngại cho việc xử lý chất thải đã nhập khẩu. Đồng thời, các cách thức xử lý chất thải ở Việt Nam vẫn chưa đạt yêu cầu do thiếu công nghệ hiện đại, gây tổn hại đối với môi trường và sức khỏe con người. Thực tế cho thấy, Việt Nam chỉ có thể tái chế một số vật liệu phổ biến (như sắt, đồng, nhôm...) từ chất thải điện tử với hiệu quả thấp. Quá trình tái chế có thể gây ra tác động nghiêm trọng đến môi trường và sức khỏe cộng đồng²³.

Do đó, các quy định về quản lý nhập khẩu chất thải nguy hại của Việt Nam vẫn chưa thực sự chặt chẽ và có nhiều lỗ hổng, khiến các chủ thể lợi dụng gây ảnh hưởng

nghiêm trọng đối với môi trường và sức khỏe con người. Liệu việc cấm nhập khẩu chất thải, trong đó có chất thải nguy hại có phải là cách tốt nhất hiện nay để ngăn chặn nguồn chất thải nhập khẩu từ các nước phát triển? Ngoài ra, cách thức xử lý các loại chất thải nguy hại nhập khẩu trái phép vào Việt Nam vẫn chưa thực sự đáp ứng được nguyên tắc “người gây ô nhiễm phải trả tiền”, vậy cách thức này có nên tiếp tục áp dụng hay không? Liệu Việt Nam có nên chuyển đổi và áp dụng cách thức xử lý khác đối với việc nhập khẩu chất thải nguy hại nhằm mục đích vừa giảm thiểu lượng chất thải nguy hại nhập khẩu, vừa nâng cao năng lực xử lý chất thải hiện đang còn yếu kém của quốc gia mình?

2. Phản ứng của một số quốc gia đối với Công ước Basel về xử lý và kiểm soát vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại

2.1. Châu Phi với Công ước Bamako

Công ước Basel áp đặt các nghĩa vụ cụ thể đối với các quốc gia thành viên và đảm bảo rằng, sự di chuyển xuyên biên giới của chất thải nguy hại và việc xử lý các chất thải đó được quy định một cách hợp lý để bảo vệ môi trường và cuộc sống của con người. Các quốc gia và các tập đoàn đa quốc gia kinh doanh chất thải cần phải tuân thủ luật pháp, chính sách và quy định trong hoạt động của họ²⁴.

Hiện nay, hơn 50% các quốc gia châu Phi là thành viên của Công ước Basel về xử lý và kiểm soát vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại²⁵. Tuy nhiên, ở châu Phi

plastic waste, such as India (85%), Indonesia (81%), Vietnam (85%) and Malaysia (55%). Xem thêm tại: Jan Dell, *157,000 Shipping Containers of U.S. Plastic Waste Exported to Countries with Poor Waste Management in 2018*, <https://www.plasticpollutioncoalition.org/blog/2019/3/6/157000-shipping-containers-of-us-plastic-waste-exported-to-countries-with-poor-waste-management-in-2018>, truy cập ngày 02/4/2020.

²² N.Linh, Huyen Trang, *Handling of discarded materials and waste products of export processing and production*, <https://customsnews.vn/handling-of-discarded-materials-and-waste-products-of-export-processing-and-production-10969.html>, truy cập ngày 02/4/2020.

²³ Hai, H.T., Hung, H.V. & Quang, N.D, *An overview of electronic waste recycling in Vietnam*, *J Mater Cycles Waste Manag* 19, 536–544 (2017), tr. 536.

²⁴ Jean Chrysostome Kanamugire, *African Response to Transboundary Movement of Hazardous Wastes*, *Acta Universitatis Danubius Juridica* 2017, no. 3 (2017), tr.125.

²⁵ James Mulolo, *The Complexity of the Electronic waste Problem*, <https://www.itu.int/en/ITU-T/Work>

lại có nhiều chỉ trích về Công ước Basel liên quan tới các vấn đề khác nhau. Cụ thể, các quốc gia châu Phi mong muốn cấm vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới do nơi đây còn thiếu cơ sở hạ tầng, khả năng khoa học hoặc kỹ thuật để quản lý chất thải một cách phù hợp. Đồng thời, luật pháp của các nước châu Phi chưa quy định chặt chẽ và chưa được thực hiện nghiêm túc về vấn đề này. Trong khi đó, các nước phát triển chỉ cần quy định về kiểm soát sự di chuyển xuyên biên giới của chất thải nguy hại. Sự khác biệt trong mục đích của các bên không được đáp ứng do Công ước chỉ tìm cách điều chỉnh, mà chưa hoàn toàn cấm đối với hoạt động vận chuyển chất thải nguy hại xuyên quốc gia. Do đó, các quốc gia châu Phi cảm thấy mối quan tâm của họ đã không được xem xét. Tổ chức Thống nhất châu Phi (OAU) “vẫn còn lo ngại nghiêm trọng về việc thiếu hoàn toàn lệnh cấm xuất khẩu và nhập khẩu chất thải nguy hại” khi họ cân nhắc gia nhập Công ước Basel. Thậm chí, trong buổi lễ thông qua Công ước Basel, Chủ tịch OAU tuyên bố rằng, các quốc gia châu Phi sẽ không ký kết Công ước vì nó quá yếu và OAU sẽ phải tiến hành các cuộc thảo luận tiếp theo. OAU cho rằng, bất kỳ sự kiểm soát nào được cung cấp bởi Công ước Basel có thể bị phá vỡ vì thiếu các quản trị viên và các cơ quan hành chính có thẩm quyền²⁶.

Do thiếu tin tưởng vào hiệu quả của Công ước Basel, vào ngày 19/7/1990, các quốc gia châu Phi đã cùng nhau thông qua

một công ước khu vực nghiêm ngặt hơn so với Công ước Basel. Công ước này cấm nhập khẩu chất thải nguy hại vào châu Phi, nhưng cho phép kiểm soát và quản lý chất thải đó ở châu Phi với tên gọi là Công ước về cấm nhập khẩu vào châu Phi, kiểm soát hoạt động vận chuyển xuyên biên giới và quản lý chất thải nguy hại ở châu Phi (hay còn gọi là Công ước Bamako). Theo đó, tuyệt đối cấm nhập khẩu chất thải nguy hại và bất kỳ hành vi vi phạm nào đều được coi là tội phạm. Đây được coi là một giải pháp hoàn hảo cho lệnh cấm hoàn toàn việc nhập khẩu chất thải nguy hại ở châu Phi.

Công ước Bamako đã đưa ra câu trả lời cho mối quan tâm của các quốc gia châu Phi bằng cách chọn cấm hoàn toàn việc đưa chất thải nguy hại vào châu Phi. Tuy nhiên, công ước này lại cho phép hoạt động buôn bán và xuất khẩu chất thải giữa các quốc gia châu Phi với nhau. Điều quan trọng cần lưu ý là nhập khẩu chất thải trong nội bộ châu Phi sẽ không bị cấm. Tuy nhiên, các quốc gia thành viên không thể xuất khẩu chất thải sang một quốc gia khác nếu quốc gia này đã quy định cấm nhập khẩu. Nếu nước nhập khẩu có lý do cho rằng, chất thải sẽ không được quản lý theo cách hợp lý với môi trường thì việc xuất khẩu sẽ không được phép. Quy định này đảm bảo bảo vệ môi trường và con người cũng như đa dạng sinh học²⁷.

Một điều quan trọng cũng được quy định trong Công ước Bamako là việc xuất khẩu chất thải chỉ được tiến hành nếu quốc gia xuất khẩu không có đủ điều kiện để xử lý chất thải một cách phù hợp và bảo vệ môi trường. Ngoài ra, Điều 8 của Công ước này nêu rõ nếu việc vận chuyển xuyên biên giới

shops-and-Seminars/sound-mgmt/201307/Document/s/S1P1_%20James_Mulolo.pdf, truy cập ngày 03/4/2020.

²⁶ Jean Chrysostome Kanamugire, *African Response to Transboundary Movement of Hazardous Wastes*, Acta Universitatis Danubius Juridica 2017, no. 3 (2017), tr.128.

²⁷ Jean Chrysostome Kanamugire, *African Response to Transboundary Movement of Hazardous Wastes*, Acta Universitatis Danubius Juridica 2017, no. 3 (2017), tr. 129.

không thể thực hiện theo thời hạn của hợp đồng, quốc gia xuất khẩu phải có nghĩa vụ đảm bảo rằng, nhà xuất khẩu sẽ mang chất thải trở lại quốc gia xuất khẩu. Hay nói cách khác, người tạo ra chất thải phải chịu trách nhiệm cho đến khi xử lý cuối cùng.

Bên cạnh những điểm tích cực và thành công trong bảo vệ châu Phi khỏi việc trở thành bãi rác của các nước phát triển, công ước Bamako cũng bộc lộ nhiều điểm hạn chế. Cụ thể:

Thứ nhất, yêu cầu về việc áp dụng các công nghệ sạch có thể không thể thực hiện được ở nhiều quốc gia châu Phi, đơn giản là vì các quốc gia này không thể mua được các công nghệ mới và hiện đại. Điều này khiến cho chi phí kinh doanh ở châu Phi chắc chắn sẽ tăng lên, từ đó giảm đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI).

Thứ hai, việc cấm nhập khẩu chất thải nguy hại từ các quốc gia khác ngoài châu Phi có thể gây ảnh hưởng tiêu cực đến các quốc gia có khả năng quản lý chất thải đó. Quy định cấm trong Công ước Bamako sẽ bỏ qua tầm quan trọng của việc tái chế và cũng có thể hạn chế sự phát triển của các ngành công nghiệp của châu Phi trong việc sử dụng nguyên liệu thô truyền thống và do đó làm tăng chi phí nguyên liệu.

Thứ ba, việc cấm hoàn toàn chất thải nhập khẩu có thể cản trở sự phát triển của ngành công nghiệp châu Phi. Theo đó, các tập đoàn đa quốc gia có thể định hướng hoạt động của họ ở các quốc gia đang phát triển khác ngoài châu Phi. Điều này có thể ngăn chặn sự phát triển ở châu Phi do thiếu đầu tư nước ngoài.

Việc đặt ra quy định riêng về xử lý và kiểm soát vận chuyển qua biên giới chất thải nguy hại nhằm bảo vệ những quốc gia châu Phi là mục đích hiện hữu và đã đạt

được. Tuy nhiên, chính việc cấm hoàn toàn các hoạt động vận chuyển chất thải từ các quốc gia khác vào châu Phi cũng cô lập châu Phi và khiến việc đầu tư vào vùng lãnh thổ này bị hạn chế đi rất nhiều. Từ đó, kéo theo nhiều hệ lụy khác mà kinh tế là mặt bị ảnh hưởng trực tiếp và nặng nề nhất từ động thái này của châu Phi. Bên cạnh đó, chính môi trường cũng có thể bị ảnh hưởng do thiếu đầu tư dẫn đến thiếu cơ sở hạ tầng cùng với công nghệ tiên tiến để xử lý chất thải. Điều này vô hình trung khiến Công ước Bamako trở thành con dao hai lưỡi đối với việc bảo vệ môi trường tại các quốc gia châu Phi.

2.2. Chính sách của ASEAN và một số quốc gia trong khu vực về kiểm soát vận chuyển xuyên biên giới chất thải nguy hại

Từ tháng 01/2018, quyết định của Trung Quốc - nhà nhập khẩu nhựa phế liệu lớn nhất thế giới, cấm nhập khẩu các loại chất thải nhựa từ các quốc gia phát triển đã khiến các quốc gia Đông Nam Á trở thành nơi tập kết loại chất thải này. Bằng cách lợi dụng các quy định về môi trường lỏng lẻo so với quy định nghiêm ngặt ở các nước phát triển, lượng chất thải nhựa nhập khẩu vào khu vực Đông Nam Á đã tăng lên rất nhiều. Theo số liệu thống kê, chất thải nhựa nhập khẩu vào Malaysia đã tăng lên khoảng 110.000 tấn mỗi tháng sau lệnh cấm nhập của Trung Quốc, và tình trạng tương tự cũng diễn ra ở Thái Lan, Việt Nam và Philippines²⁸.

Nhìn chung, các nước đang phát triển thiếu (và nói chung vẫn thiếu) kinh phí và

²⁸ Lương Hòa (TTXVN tại Kuala Lumpur), *Chất thải nhựa: Vấn đề nan giải trong khu vực ASEAN*, <http://vinanet.vn/kinhte-taichinh/chat-thai-nhua-van-de-nan-giai-trong-khu-vuc-asean-714676.html>, truy cập ngày 03/4/2020.

cơ sở hạ tầng cần thiết để điều tiết và xử lý chất thải nguy hại một cách an toàn. Do đó, chất thải xuất khẩu sang các quốc gia này thường được đổ vào bãi rác, làm tăng đáng kể nguy cơ con người tiếp xúc với các vật liệu nguy hiểm²⁹. Và hiện nay, bên cạnh châu Phi thì các nước đang phát triển ở châu Á, đặc biệt là Đông Nam Á cũng có mối quan tâm sâu sắc đến việc kiểm soát hoạt động vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới bởi những quốc gia này đang là điểm đến chính của chất thải từ các cường quốc phát triển. Hiện nay, tất cả các quốc gia Đông Nam Á đều là thành viên của Công ước Basel³⁰. Tuy nhiên, Đông Nam Á không có chung một hiệp ước quy định về kiểm soát hoạt động vận chuyển chất thải xuyên biên giới như Công ước Bamako của châu Phi. Thay vào đó, dựa trên Công ước Basel, các quốc gia Đông Nam Á tự mình có những thỏa thuận song phương với các quốc gia khác về việc xuất nhập khẩu chất thải. Ví dụ, thỏa thuận giữa Malaysia với Hoa Kỳ, Philippines với Hoa Kỳ về vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới từ các quốc gia này đến Hoa Kỳ³¹.

Tuy nhiên, việc thực thi Công ước Basel tại Đông Nam Á chưa thực sự hiệu quả, thể hiện qua việc các quốc gia Đông Nam Á hiện vẫn đang là đích đến của chất

thải nguy hại từ rất nhiều quốc gia công nghiệp trên thế giới. Nhiều nước đang phải trải qua sự gia tăng nhanh chóng về khối lượng chất thải điện tử. Trong đó, Thái Lan đã báo cáo sự gia tăng khối lượng chất thải điện tử lên 12% hàng năm. Tương tự, Philippines cũng phải vật lộn với khối lượng chất thải điện tử và thương mại thiết bị điện và điện tử gia tăng. Thiết bị điện và điện tử chiếm khoảng 40% tổng lượng nhập khẩu của cả nước. Năm 2005, gần 100.000 tấn đã được nhập khẩu từ Hàn Quốc và Nhật Bản đến quốc gia này³². Xử lý chất thải điện tử không phù hợp gây ra tác hại nghiêm trọng đối với môi trường và sức khỏe con người vì nhiều thành phần điện tử có chứa các chất nguy hiểm, như chì hoặc cadmium.

Từ thực trạng đó, ngày 02/8/2019, ASEAN đã có một tuyên bố chung về việc vận chuyển bất hợp pháp chất thải nguy hại và các chất thải khác vào Đông Nam Á được đưa ra trong Hội nghị Bộ trưởng Ngoại giao ASEAN 2019 tại Thái Lan. Trong đó, ASEAN bày tỏ mối quan ngại sâu sắc về mối đe dọa ngày càng tăng và ảnh hưởng xấu đến sức khỏe con người và môi trường do sự gia tăng bất hợp pháp việc vận chuyển xuyên biên giới của chất thải nguy hại và chất thải khác ở Đông Nam Á. Đồng thời, tuyên bố này cũng nêu rõ ASEAN từ chối việc vận chuyển chất thải xuyên biên giới bất hợp pháp vào khu vực này và nhấn mạnh rằng, tất cả các quốc gia phải thực hiện các biện pháp cần thiết để đảm bảo quản lý môi trường đối với chất thải nguy hại và chất thải hóa học trong khu vực pháp lý của mình

²⁹ Elizabeth S. Pope, *The Shadowy World of Hazardous Waste Disposal: Why the Basel Convention's Structure Undermines Its Substance*, South Carolina Journal of International Law and Business 13, no. 2 (Spring 2017), tr.313.

³⁰ The ASEAN Post team, *Tackling plastic waste pollution in ASEAN*, <https://theaseanpost.com/article/tackling-plastic-waste-pollution-asean>, truy cập ngày 03/4/2020.

³¹ Xem thêm các thỏa thuận song phương khác tại: <http://www.basel.int/Countries/Agreements/Bilateral/Agreements/tabid/1517/Default.aspx>, truy cập ngày 03/4/2020.

³² Ibitz, A. *Environmental policy coordination in ASEAN: The case of waste from electrical and electronic equipment*. ASEAS - Austrian Journal of South-East Asian Studies, (2012). 5(1), tr. 31.

để bảo vệ sức khỏe con người và môi trường, và tăng cường hợp tác với các khu vực pháp lý khác, bao gồm thông qua trao đổi thông tin liên quan và nâng cao năng lực của các bên. Ngoài ra, tuyên bố nhắc lại việc ASEAN sẵn sàng hợp tác với cộng đồng quốc tế để tăng cường việc ngăn chặn hoạt động vận chuyển bất hợp pháp các hóa chất và chất thải nguy hại xuyên biên giới; đồng thời phải phù hợp với các khuôn khổ quốc tế đã được thống nhất trong các điều ước quốc tế, bao gồm Công ước Basel³³.

Bên cạnh những chính sách chung của ASEAN, các quốc gia thuộc khu vực này cũng có những quy định riêng để kiểm soát việc vận chuyển chất thải, bao gồm chất thải nguy hại đến quốc gia mình. Ví dụ như, Việt Nam không cho phép nhập khẩu chất thải³⁴. Indonesia hạn chế nhập khẩu và xuất khẩu chất thải nguy hại và chất thải khác để tái chế và xử lý. Theo đó, năm 1994, Indonesia đã ban hành các quy định quốc gia về quản lý chất thải nguy hại, nhưng nhận thức chung về các mối đe dọa từ chất thải điện tử vẫn còn thấp. Đối với Thái Lan, việc nhập khẩu chất thải nguy hại phải được sự cho phép của Chính phủ. Tuy nhiên, Thái Lan đang phải đối mặt với những hạn chế phát sinh từ việc thực thi pháp luật do sự gia tăng các hoạt động vận chuyển bất hợp pháp chất thải nguy hại đến quốc gia này. Bên cạnh đó, Malaysia có quy định về chất thải được phép vận chuyển xuyên biên giới. Theo đó, vận chuyển xuyên biên giới đối

với chất thải điện tử nhằm mục đích xử lý đều bị cấm; còn việc nhập khẩu chất thải nguy hại và chất thải khác để xử lý và tái chế thì bị hạn chế nhập khẩu, cụ thể cần có sự chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Ngoài ra, các quốc gia khác như Singapore, Philippines, Brunei... đều có những chính sách riêng của mình để kiểm soát việc vận chuyển qua biên giới đối với chất thải nguy hại³⁵.

Dựa trên quy định của Công ước Basel, cộng đồng ASEAN và các quốc gia thành viên nhìn chung không cho phép hoặc hạn chế tối đa việc nhập khẩu chất thải nguy hại cũng như các loại chất thải khác vào ASEAN. Tuy nhiên, việc từ chối như vậy cũng có thể mang lại những hạn chế tương tự như việc phòng, chống vận chuyển chất thải xuyên biên giới châu Phi. Theo đó, năng lực tái chế và xử lý chất thải của ASEAN sẽ không được nâng cao do thiếu đầu tư về cơ sở hạ tầng và thiết bị. Đồng thời, đối với những quốc gia đủ năng lực để xử lý chất thải, bao gồm chất thải nguy hại thì tuyên bố này chính là một rào cản để phát huy thế mạnh của họ.

3. Đề xuất cho Việt Nam nhằm nâng cao năng lực quản lý và xử lý chất thải nguy hại nhập khẩu

Trước hết, cần khẳng định việc các quốc gia đang phát triển cấm vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới là cần thiết để tránh tạo sức ép cho các quốc gia chưa thực sự có khả năng tái chế và xử lý chất thải một cách phù hợp. Tuy nhiên, như phân tích ở trên, việc cấm như vậy cũng có

³³Asean Foreign Ministers' Statement on illegal transboundary movement of hazardous waste and other wastes in Southeast Asia, <https://asean.org/storage/2019/08/FINAL-ASEAN-FMs-Statement-on-Illegal-Transboundary-Movement-of-Hazardous-Waste-and-Other-Waste-in-Southeast-Asia.pdf>, truy cập ngày 04/4/2020.

³⁴ Xem thêm phân tích trong mục 1.2 của bài viết.

³⁵ Ibitz, A. (2012), *Environmental policy coordination in ASEAN: The case of waste from electrical and electronic equipment*, ASEAS - Austrian Journal of South-East Asian Studies, 5(1), tr. 39-41.

những hạn chế nhất định, nhất là đối với những nước có đủ điều kiện và năng lực để xử lý chất thải nguy hại mà không làm ảnh hưởng đến môi trường. Để tránh những hạn chế không đáng có và để không đánh mất cơ hội phát triển cho các quốc gia này, cần có sự phân loại để xác định xem quốc gia nào có khả năng xử lý chất thải phù hợp.

Hiện nay, dựa trên định hướng thương mại riêng biệt có thể phân thành ba loại: Các nước công nghiệp hóa là những nước buôn bán lượng chất thải nguy hại lớn nhất; các nước công nghiệp mới đang trở thành những nước có ảnh hưởng trong việc quản lý và xử lý chất thải nguy hại; và các nước kém phát triển ít mở cửa cho buôn bán chất thải và cũng ít được bảo vệ nhất trong việc xả thải từ các quốc gia khác. Khi toàn cầu hóa ngày càng sâu rộng, việc quản lý chất thải nguy hại có thể đòi hỏi sự di chuyển xuyên biên giới giữa các quốc gia³⁶. Hay nói cách khác, có thể tiếp cận Công ước Basel theo khả năng xử lý nhiều chất thải hơn ở các quốc gia và tăng cường năng lực cho các nhà nhập khẩu chất thải.

Theo đó, Việt Nam trước khi đưa ra quy định cấm như các quốc gia châu Phi và ASEAN, cần cân nhắc xem khả năng xử lý chất thải, đặc biệt là chất thải nguy hại của mình đang ở mức nào, từ đó hoạch định chính sách dài hạn đối với việc kiểm soát vận chuyển xuyên biên giới chất thải nguy hại. Cụ thể, thay vì cấm nhập khẩu chất thải như quy định hiện nay tại Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Việt Nam có thể chấp thuận hoạt động này kèm với việc đưa ra một cơ chế kiểm soát cực kỳ chặt chẽ và

ng nghiêm ngặt đối với việc vận chuyển, xử lý chất thải nguy hại từ những quốc gia khác vào Việt Nam. Cụ thể, cần chú ý một số yêu cầu sau:

Thứ nhất, khi chưa có đủ năng lực để xử lý lượng lớn chất thải nguy hại, Việt Nam trước mắt chỉ nên cho phép nhập khẩu số lượng hợp lý chất thải từ những chủ thể có đầu tư đáng kể vào hệ thống xử lý chất thải ở Việt Nam. Đây là một chính sách dài hạn thể hiện trách nhiệm của những chủ thể đối với hành vi xả thải của họ. Theo đó, số vốn đầu tư vào hệ thống xử lý chất thải cũng như hạn ngạch chất thải nguy hại được phép nhập khẩu được quyết định dựa trên khả năng và nhu cầu của các nhà nhập khẩu tại Việt Nam.

Thứ hai, cần đưa ra điều kiện cụ thể đối với các chủ thể nhập khẩu để đảm bảo các chủ thể này phải thực sự có năng lực tái chế hoặc xử lý chất thải một cách phù hợp và bảo vệ môi trường. Năng lực ở đây không chỉ được xác định dựa trên sự định tính mà phải dựa trên định lượng như vốn hiện có, cơ sở hạ tầng hiện hữu, trang thiết bị hiện đại cho việc tái chế và xử lý chất thải; kèm theo đó là mô hình xử lý chất thải tiên tiến đảm bảo không gây hại đối với môi trường.

Thứ ba, việc kiểm soát và thực thi pháp luật phải thật chặt chẽ. Theo đó, một kinh nghiệm của châu Phi cần được áp dụng đó là hình sự hóa các hành vi vi phạm về việc kiểm soát vận chuyển chất thải nguy hại xuyên biên giới. Nếu chủ thể thực hiện hành vi này không có đủ điều kiện để nhập khẩu chất thải nguy hại như trên thì tuyệt đối không được phép nhập khẩu. Nếu vi phạm thì phải xử lý thật nghiêm theo pháp luật hình sự, nhằm mục đích răn đe các chủ thể khác có ý định thực hiện hành vi tương tự.

³⁶ Yang, Shiming (2019), *Trade for the Environment: Transboundary Hazardous Waste Movements after the Basel Convention*, SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.3386820, tr.1.

BÌNH LUẬN VỀ ÁN LỆ LIÊN QUAN TỚI NGUYÊN TẮC TỰ DO DỊCH CHUYỂN TIỀN TRONG LUẬT ĐẦU TƯ QUỐC TẾ

Nguyễn Thị Anh Thơ*

Tóm tắt: Bài viết giới thiệu một tranh chấp điển hình liên quan tới nguyên tắc tự do chuyển tiền trong luật đầu tư quốc tế. Trên cơ sở phân tích phán quyết của Hội đồng trọng tài, tác giả đưa ra một số ý kiến bình luận, đồng thời liên hệ với thực tiễn của Việt Nam khi tham gia các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư, cũng như các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới bao gồm các chương về đầu tư. Từ đó, tác giả đề xuất một số giải pháp để Việt Nam có thể ứng phó với tranh chấp đầu tư quốc tế trong những hoàn cảnh tương tự.

Abstract: The article introduces one typical dispute relating to the principle of free movement of capital in international investment law. On the basis of the analysis of the Arbitral Tribunal's award, the author offers a commentary and relate it to Vietnam's practice in participating into agreements for the encouragement and protection of investment, as well as investment chapters included in new-generation free trade agreements. Thereby the author makes proposals for Vietnam to manage international investment disputes in an akin climate.

1. Khái quát về nguyên tắc tự do chuyển tiền và án lệ liên quan tới nguyên tắc này

Trong các hiệp định đầu tư quốc tế, nguyên tắc tự do dịch chuyển tiền đã thiết lập một nghĩa vụ đối với nước tiếp nhận đầu tư, theo đó, quốc gia này buộc phải cho phép thanh toán, chuyển đổi và chuyển về nước khoản tiền có liên quan tới khoản đầu tư¹. Nguyên tắc này được thiết kế nhằm đảm bảo quyền lợi cho nhà đầu tư nước

ngoài được hưởng lợi ích từ khoản đầu tư của mình. Mặc dù, tất cả các hiệp định đa phương về tự do hoá hoặc bảo hộ đầu tư đều bao gồm các điều khoản về tự do dịch chuyển tiền, nội dung của điều khoản này có thể khác biệt phụ thuộc vào mục đích của hiệp định và giới hạn nghĩa vụ của nước tiếp nhận đầu tư². Tranh chấp liên quan tới nguyên tắc tự do chuyển tiền cũng phụ thuộc khá nhiều vào phạm vi bảo hộ của các hiệp định đầu tư. Đối với các loại hình đầu tư khác nhau, nếu một hiệp định chỉ điều chỉnh khoản đầu tư vào (inward investment) (tức là đầu tư được thực hiện ở nước sở tại của các nhà đầu tư nước ngoài), các khoản tiền được chuyển thường bao gồm các khoản vốn cần thiết để đầu tư ban đầu của nhà đầu tư nước ngoài và các khoản tiền, khoản đầu tư, bao gồm lợi nhuận và tiền thu

* ThS., Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Trường “Bình luận một số án lệ đầu tư quốc tế tiêu biểu liên quan tới các nguyên tắc cơ bản của pháp luật đầu tư quốc tế”, Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Transfer of Funds*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements (2000).

² Như trên.

được từ việc bán hoặc chuyển nhượng. Đây là nguyên tắc quan trọng hàng đầu trong hầu hết các hiệp định đầu tư song phương và khu vực. Tuy nhiên, hiệp định cũng có thể điều chỉnh khoản đầu tư ra (outward investment) (tức là đầu tư được thực hiện ở các quốc gia khác bởi các công dân hoặc cư dân của nước sở tại).

Bài viết phân tích một tranh chấp điển hình liên quan tới nguyên tắc tự do chuyển tiền trong luật đầu tư quốc tế, đó là vụ *Continental Casualty v. Achantina*³. Bị đơn trong vụ kiện này – Achantina đã trải qua một cuộc khủng hoảng nợ công vào năm 2001-2002, để lại hậu quả nghiêm trọng cho nền kinh tế và đặt Achantina vào bối cảnh phải đối mặt với hàng loạt vụ kiện từ phía nhà đầu tư nước ngoài⁴. Vụ kiện này nằm trong số hơn 40 tranh chấp mà nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện Achantina ra trọng tài đầu tư quốc tế, liên quan tới khủng hoảng tài chính tại quốc gia này⁵. Đây là một tranh chấp điển hình vì: (1) Tranh chấp này xảy ra sau cuộc khủng hoảng tài chính, trong đó có khủng hoảng nợ công của Achantina; (2) Tranh chấp liên quan tới Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư song phương giữa Achantina và Hoa Kỳ (sau đây gọi tắt là BIT) - một hiệp định được đánh giá có cách

tiếp cận mở rộng phạm vi bảo hộ đối với nhà đầu tư nước ngoài (khái niệm khoản đầu tư, khái niệm nhà đầu tư nước ngoài, điều khoản bao trùm...); (3) Trong số các khiếu kiện⁶, nguyên đơn đã viện dẫn tới Điều V của Hiệp định, điều khoản này quy định chi tiết về nghĩa vụ bảo hộ quyền của nhà đầu tư nước ngoài tự do chuyển tiền ra và vào nước tiếp nhận đầu tư; (4) Án lệ được giải quyết bởi Hội đồng trọng tài thuộc Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID), phán quyết công khai, có thể tiếp cận đầy đủ thông tin chi tiết; (5) Bị đơn - nước tiếp nhận đầu tư thắng kiện đối với phần khiếu kiện về vi phạm nguyên tắc chuyển tiền, vì vậy cách giải thích điều khoản này có thể hữu ích và là cơ sở để tham khảo trong các tranh chấp sau đó, cũng như giúp các quốc gia tham khảo khi thiết kế các điều khoản về tự do chuyển tiền trong các hiệp định đầu tư song phương và đa phương; (6) Đặc biệt hơn nữa, án lệ cũng giúp các quốc gia lưu ý hơn về việc áp dụng đồng thời các quy định trong Hiệp định song phương và các hiệp định đa phương khi đưa ra các luận cứ trong bản đệ trình của mình.

2. Tóm tắt án lệ

2.1. Sự kiện pháp lý

Vào tháng 6/1997, trước cuộc khủng hoảng, Continental Casualty (Công ty Continental), một công ty của Hoa Kỳ, đã mua 70% cổ phần của một trong những nhà

³ Continental Casualty Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9), Phán quyết tuyên ngày 04/5/2008 (dưới đây gọi tắt là Phán quyết), xem UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/117/continental-casualty-v-argentina>, truy cập ngày 22/6/2020.

⁴ UNCTAD, *Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements*, IIA Issues Note (2011) No.2, https://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d3_en.pdf, truy cập ngày 17/4/2020.

⁵ ICSID, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, truy cập ngày 10/4/2020.

⁶ Trong tranh chấp này, Continental đã khiếu kiện Achantina vi phạm bốn điều khoản trong hiệp định đầu tư song phương giữa Hoa Kỳ và Achantina, bao gồm: (i) Yêu cầu tuân thủ nghĩa vụ của hợp đồng; (ii) Yêu cầu bồi thường đối với hành vi trộm cắp tài sản; (iii) Yêu cầu dành đối xử với khoản đầu tư một cách công bằng và thỏa đáng; (iv) Yêu cầu bảo hộ quyền tự do chuyển tài sản.

cung cấp dịch vụ bảo hiểm bồi thường hàng đầu của Achantina. Vào tháng 12/2000, Continental đã tăng quyền sở hữu của công ty con ở Achantina lên 99.995% và tên công ty con được đổi thành CNA ART.

Trước tháng 3/2001, vốn đầu tư của CNA ART cơ bản là các tài sản được định giá theo đồng Peso của Achantina. Vào thời điểm đó, số vốn này có khả năng chuyển đổi sang đồng đô la Mỹ theo tỷ lệ 1:1. Hoạt động kinh doanh của CNA ART thành công, tiền lãi của công ty này luôn trong số cao nhất trên thị trường.

Từ năm 2001 – 2002, Achantina rơi vào cuộc khủng hoảng – được mô tả như “một trong những cuộc khủng hoảng kinh tế tồi tệ nhất trong lịch sử” và trong số “những cuộc khủng hoảng kinh tế khắc nghiệt nhất” trên thế giới⁷. Tổng số nợ công mà Achantina phải gánh chịu, bao gồm cả trong nước và quốc tế, là 141 nghìn tỷ đô la Mỹ⁸.

Do lo sợ đồng Peso mất giá và nhằm ngăn ngừa rủi ro, Ban quản trị công ty CNA ART đã quyết định đầu tư tại Achantina bằng các tài sản được định giá bằng đồng đô la Mỹ để hạn chế rủi ro⁹. Tới tháng 12/2001, Achantina đã ban hành hàng loạt các nghị định và nghị quyết, trong đó có Nghị định số 1570 năm 2001. Trong số những quy định được đưa ra bởi Nghị định này, có các quy định liên quan trực tiếp tới nguyên đơn: (i) Các biện pháp phong tỏa tiền gửi (đóng băng ngân hàng tạm thời),

tước quyền rút tiền một cách nghiêm ngặt; (ii) Các biện pháp cấm hành vi chuyển vốn ra nước ngoài và trao đổi các khoản tiền tệ có khả năng tự do chuyển đổi và chuyển tiền; (iii) Các biện pháp chấm dứt chuyển đổi đồng Peso sang đồng đô la Mỹ với tỷ lệ 1:1; (iv) Các biện pháp thay đổi thời hạn tiền gửi và lãi suất giảm¹⁰.

Ba ngày sau khi Luật về Tình trạng khẩn cấp được ban hành, các khoản tiền gửi có kỳ hạn của CNA ART là đối tượng áp dụng biện pháp này. Mặc dù, khoản tiền mà nguyên đơn đã chuyển đổi sang đô la Mỹ trước khi lệnh cấm đổi tiền được thi hành, nhưng nguyên đơn không được phép chuyển khoản tiền 19 triệu đô la Mỹ ra khỏi Achantina sau khi Nghị định này được ban hành.

2.2. Lập luận của nguyên đơn

Continental khiếu kiện rằng, do những biện pháp mà Achantina áp dụng, công ty này đã chịu tổn hại 46,412 triệu đô la Mỹ¹¹. Trong đó, nguyên đơn gánh chịu một khoản tổn thất tương đương với 14,631 triệu đô la Mỹ do tiền mất giá. Công ty Continental Casualty đã khiếu kiện một số biện pháp mà Achantina áp dụng sau khủng hoảng kinh tế. Trong số những khiếu kiện này, nguyên đơn có đề cập tới việc Achantina đã ban hành các biện pháp hạn chế chuyển vốn ra khỏi quốc gia này là vi phạm BIT giữa Achantina và Hoa Kỳ. Biện pháp này được áp dụng để đối phó với tình trạng sụp đổ của nền kinh tế.

Liên quan tới khiếu kiện vi phạm điều khoản tự do dịch chuyển tiền trong BIT, nguyên đơn cho rằng, CNA ART đã bị ngăn

⁷ IMF, *Evaluation Report The IMF and Argentina*, 1991–2001, tr. 9-15, <https://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/eng/pdf/report.pdf>, truy cập ngày 17/4/2020.

⁸ Phán quyết, đoạn 108.

⁹ Phán quyết, đoạn 132 và Bản kháng biện của nguyên đơn, đoạn 21.

¹⁰ Phán quyết, đoạn 137.

¹¹ Phán quyết, đoạn 19.

cán chuyển một khoản tiền 19 triệu đô la Mỹ về Hoa Kỳ theo Nghị định số 1570 năm 2001¹². Continental đã khiếu kiện rằng, quy định cấm của bị đơn đã vi phạm nghĩa vụ bảo hộ nhà đầu tư theo quy định tại Điều V BIT: “Tất cả các hoạt động chuyển tiền có liên quan tới một khoản đầu tư”¹³.

Theo như Continental, yêu cầu chuyển khoản của nguyên đơn có liên quan tới “các khoản thu từ hoạt động bán lại hoặc thanh lý đối với tất cả hoặc một phần khoản đầu tư” (Điều V(1) (e)) dựa trên lập luận rằng “số cổ phần của Continental trong CNA ART là một khoản đầu tư được bảo hộ theo BIT, bởi vậy việc chuyển tài sản trong khoản đầu tư là việc chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư”¹⁴. Ngoài ra, nguyên đơn cũng cho rằng, việc chuyển khoản tiền gửi có kỳ hạn bằng đô la Mỹ đã tới hạn thanh toán phải được xem như “khoản thu từ hoạt động thanh lý... thuộc khoản đầu tư”¹⁵.

2.3. Lập luận của bị đơn

Achentina bác bỏ khiếu kiện vi phạm Điều V BIT liên quan tới nguyên tắc tự do chuyển tiền. Bị đơn cho rằng, Điều V chỉ liên quan tới nhà đầu tư nước ngoài, không dành cho các công ty con trong nước như CNA ART. Theo đó, Achentina lập luận, Điều V (1) (e) BIT không thể áp dụng bởi vì đây là điều khoản “bảo hộ việc chuyển các nguồn tiền thu được từ hoạt động bán lại

hoặc thanh lý đối với tất cả hoặc một phần của khoản đầu tư” được thực hiện bởi công ty mẹ (Continental), trong khi đó khoản tiền gửi trong ngân hàng được thực hiện bởi CNA ART; nói cách khác, chỉ có công ty mẹ (công ty Continental Casualty) được bảo hộ, nhưng trong trường hợp này, giao dịch chuyển khoản tại ngân hàng lại do CNA ART thực hiện. Hơn nữa, Achentina cũng lập luận Điều V đã không ngăn cản quốc gia được ban hành “các quy định cụ thể trong trường hợp khó khăn về cán cân thanh toán” theo quy định Điều XI BIT và các “tiêu chuẩn được thiết lập trong các hiệp định đa phương mà Achentina và Hoa Kỳ đã ký kết”, bao gồm các quyết định tại Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (GATT), Hiệp định về thương mại dịch vụ (GATS), và các Điều khoản thoả thuận (Articles of Agreement) của Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF)¹⁶. Achentina cũng cho rằng, quy định về chuyển tiền phù hợp với tập quán quốc tế, biểu trưng cho việc thực thi chủ quyền của quốc gia trong bối cảnh khó khăn nghiêm trọng về cán cân thanh toán¹⁷. Cuối cùng, theo Achentina, nguyên đơn đáng ra có thể chuyển tiền theo thủ tục đề nghị uỷ quyền từ cơ quan có thẩm quyền, ví dụ tại Ngân hàng Trung ương, nếu muốn chuyển tiền ra nước ngoài từ các khoản thu và chia lợi nhuận, nhưng CNA ART và nguyên đơn đã không thực hiện yêu cầu này¹⁸.

¹² Phán quyết, đoạn 237.

¹³ Điều V của BIT giữa Hoa Kỳ và Achentina quy định rằng: Mỗi bên sẽ cho phép tất cả các hoạt động chuyển tiền có liên quan tới một khoản đầu tư, được tự do thực hiện và không trì hoãn, vào và ra khỏi lãnh thổ của mình.

¹⁴ Phán quyết, đoạn 237.

¹⁵ Như trên; Bản phúc đáp của nguyên đơn, đoạn 195.

¹⁶ Phán quyết, đoạn 238; Bản kháng biện của Achentina, đoạn 295.

¹⁷ Phán quyết, đoạn 238; Bản kháng biện của Achentina, đoạn 297.

¹⁸ Phán quyết, đoạn 238; Bản kháng biện của Achentina, đoạn 306.

2.4. Phán quyết của Hội đồng trọng tài

Trước hết, Hội đồng trọng tài xem xét liệu việc chuyển tiền giả định của Continental trong trường hợp Acentina không đưa ra lệnh hạn chế có được xem là hành vi “chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư” mà các quốc gia thành viên của BIT đã cam kết cho phép “một cách tự do và không chậm trễ vào hoặc ra khỏi lãnh thổ quốc gia” hay không. Hội đồng trọng tài đã cho rằng, Điều V là một điều khoản mang tính tiêu chuẩn trong các BIT: Đảm bảo cho nhà đầu tư nước ngoài có thể chuyển về nước khoản thu nhập từ hoạt động đầu tư. Việc chuyển bất kỳ một khoản tài chính nào có được hoặc một khoản phí tới hạn thanh toán, và giá trị của khoản đầu tư, cộng với khoản tiền vốn tích lũy được, trong trường hợp bán lại hoặc thanh lý, là một quyền tự do cơ bản của nhà đầu tư nước ngoài và là một yếu tố thiết yếu để thúc đẩy vai trò của các BIT. Mặt khác, các điều khoản của Hiệp định cũng chỉ ra rằng, nguyên tắc tự do chuyển tiền này không phải không có giới hạn¹⁹.

Hội đồng trọng tài tiếp tục xem xét hành vi chuyển tiền nào được coi là hành vi “chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư”. Khái niệm “khoản đầu tư” được định nghĩa cụ thể trong Điều I BIT. Hội đồng trọng tài cho rằng, BIT bảo hộ việc chuyển những khoản tiền cần thiết cho, hoặc cụ thể hướng tới việc thực hiện, quản lý, duy trì, chuyển nhượng khoản đầu tư, đặc biệt dưới hình thức của công ty, hoặc dưới hình thức khoản nợ, hợp đồng dịch vụ và đầu tư, bao gồm việc giao kết và thực hiện hợp đồng; việc mua lại, sử dụng, bảo vệ và chuyển

nhượng tài sản thuộc các loại hình, bao gồm cả quyền sở hữu trí tuệ và khoản vốn vay, được hiểu là các khoản đầu tư và các hoạt động được đề cập trong Điều I của BIT có liên quan²⁰. Sau khi xem xét, Hội đồng trọng tài đã quyết định rằng, loại hình chuyển tiền của nguyên đơn trong tranh chấp không rơi vào những hạng mục được đề cập trên cũng như không phải là “các khoản thu từ hoạt động bán lại hoặc thanh lý tất cả hoặc một phần của khoản đầu tư” theo yêu cầu của Hiệp định. Thực chất, Hội đồng trọng tài đã cho rằng, hành vi chuyển tiền của nguyên đơn chỉ đơn thuần là chuyển đổi loại hình, vị trí và loại tiền của khoản đầu tư hiện tại của nhà đầu tư - một phần của nguồn vốn có thể chuyển nhượng tự do, được CNA ART gửi ngân hàng, để đảm bảo khoản tiền không bị mất giá, bằng hình thức chuyển tiền sang tài khoản của ngân hàng ngoài Acentina²¹.

Bên cạnh đó, Hội đồng trọng tài cũng xem xét hành vi chuyển tiền không nhằm thực hiện bất kỳ nghĩa vụ thanh toán nào (thương mại, tài chính, hoặc các loại hình khác), cũng như không thỏa mãn bất kỳ nghĩa vụ nào về chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho một thực thể khác. Hội đồng trọng tài cho rằng, hành vi chuyển tiền đó không thỏa mãn quy định “chuyển tiền có liên quan đến khoản đầu tư” tại Điều V. Trên thực tế, quy định trong Điều V BIT không có nghĩa bất kỳ hoạt động chuyển vốn qua biên giới đều được xem là “có liên quan tới khoản đầu tư”²².

Hội đồng trọng tài xem xét Điều khoản thỏa thuận của IMF. Theo đó, IMF phân

¹⁹ Phán quyết, đoạn 239.

²⁰ Phán quyết, đoạn 240.

²¹ Phán quyết, đoạn 241.

²² Phán quyết, đoạn 242.

biệt giữa các giao dịch vãng lai²³ và các giao dịch vốn²⁴. Quy định “tránh các quy định hạn chế đối với các khoản thanh toán vãng lai”²⁵ ngoại trừ được sự đồng ý của Quỹ là “nghĩa vụ chung” của các thành viên IMF. Điều này phản ánh một trong các mục tiêu mấu chốt của Quỹ, là “hỗ trợ thiết lập hệ thống thanh toán đa phương đối với các giao dịch vãng lai”²⁶. Tuy nhiên, sự phân biệt giữa giao dịch vãng lai và giao dịch vốn không phải là vấn đề chính cần xét tới ở đây, bởi vì các hoạt động chuyển tiền “có liên quan tới một khoản đầu tư” được liệt kê và cho phép tại Điều V BIT bao gồm cả giao dịch vãng lai và giao dịch vốn. Điều V có thể được xem như một điều khoản quy định về vấn đề cụ thể (*lex specialis*)²⁷ đối

với cơ chế IMF và quy định theo hướng tự do hơn. Trong bất kỳ trường hợp nào, giao dịch vốn được định nghĩa trái với khái niệm “giao dịch vãng lai” trong Điều XXX của Quỹ. Không phải tất cả các giao dịch vốn đều là “khoản đầu tư” như đầu tư trực tiếp hay đầu tư gián tiếp được liệt kê trong Điều V BIT. Theo Bảng phân loại và các thuật ngữ trong IMF, giao dịch vốn ở đây được hiểu một cách cụ thể hơn là chuyển vốn ra nước ngoài ngắn hạn. Một giao dịch có thể là đối tượng được kiểm soát chặt chẽ hơn các giao dịch đầu tư gián tiếp hoặc trực tiếp, chứ không phải là hành vi chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư được bảo hộ theo Điều V BIT²⁸. Điều này xác nhận kết luận của Hội đồng trọng tài là hành vi chuyển tiền mà nguyên đơn khiếu kiện ở đây không thể thực hiện được bởi đây là giao dịch chuyển tiền tương đương 19 triệu đô la Mỹ ra khỏi Argentina trong ngắn hạn, không phải là một hành vi chuyển tiền có liên quan đến khoản đầu tư được bảo hộ theo Điều V BIT.

Hội đồng trọng tài nhận định rằng, Argentina đã không vi phạm Điều V của BIT. Hội đồng trọng tài đã không xem xét các luận điểm của các bên liên quan tới: (a) Liệu khủng hoảng trong trao đổi với nước ngoài mà Argentina gặp phải, Argentina có được phép hạn chế trao đổi theo Nghị định số 1570/2001, bất kể nghĩa vụ được quy định theo Điều V BIT hay không?; (b) Liệu

²³ Giao dịch vãng lai là giao dịch giữa người cư trú với người không cư trú không vì mục đích chuyển vốn. Xem khoản 5 Điều 4 Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013).

²⁴ Giao dịch vốn là giao dịch chuyển vốn giữa người cư trú với người không cư trú. Xem khoản 4 Điều 4 Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013).

²⁵ Điều khoản thoả thuận, IMF, Điều VIII quy định: “Không một thành viên nào, khi không được sự phê chuẩn của Quỹ, được quyền thiết lập các hạn chế đối với việc thanh toán và chuyển tiền cho các giao dịch vãng lai quốc tế (*no member shall, without the approval of the Fund, impose restrictions on the making of payments and transfers for current international transactions*)”.

²⁶ Điều khoản thoả thuận, IMF, khoản (iv) Điều I quy định một trong các mục tiêu của quỹ là: “Hỗ trợ thiết lập hệ thống thanh toán đa phương đối với các giao dịch vãng lai giữa các thành viên và loại bỏ các quy định hạn chế về hối đoái gây ảnh hưởng tới việc tăng trưởng của thương mại quốc tế (*to assist in the establishment of a multilateral system of payments in respect of current transactions between members and in the elimination of foreign exchange restrictions which hamper the growth of world trade*)”.

²⁷ *Lex specialis*, trên lý thuyết và trong thực tiễn, là một học thuyết có liên quan tới việc giải thích pháp luật có thể áp dụng pháp luật trong nước và pháp luật

quốc tế. Học thuyết chỉ ra rằng, nếu hai nguồn luật điều chỉnh cùng một tình huống thực tiễn, nguồn luật điều chỉnh một vấn đề cụ thể (*lex specialis*) sẽ được ưu tiên áp dụng hơn nguồn luật chỉ quy định về vấn đề chung (*lex generalis*). Xem Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, Oxford University Press, 2011.

²⁸ Phán quyết, đoạn 244.

nguyên đơn không thể áp dụng Điều V bởi vì Continental hay CNA ART đã quyết định thực hiện, hoặc yêu cầu được uỷ quyền thực hiện chuyển tiền hay không?; (c) Liệu những biện pháp điều chỉnh sau này, khi lệnh hạn chế được áp dụng theo Nghị định 1570/2001 của Tổng thống được nói long, sẽ giúp cho Continental có thể chuyển chuyển tiền được hay không²⁹?

3. Bình luận án lệ

Phạm vi áp dụng của nguyên tắc tự do chuyển tiền quyết định tới việc loại tiền hay tài sản nào nhà đầu tư được quyền tự do chuyển ra nước ngoài. Các hiệp định đầu tư có thể tiếp cận theo hướng đóng, tức là chỉ quy định cho phép nhà đầu tư chuyển tiền liên quan tới các khoản cố định, ngoài những khoản này sẽ không được phép; hoặc các hiệp định có thể tiếp cận theo hướng mở, tức là hiệp định có liệt kê một số khoản tiền có thể tự do chuyển, nhưng không giới hạn trong danh sách đó, trao quyền tự do tới đa cho việc chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư. Án lệ Continental dựa trên cơ sở pháp lý – Điều V Hiệp định đầu tư song phương Hoa Kỳ - Acentina. Điều khoản này tiếp cận theo hướng đóng, khi chỉ liệt kê một vài khoản tiền nhất định, không mở rộng đối với các khoản chuyển tiền khác. Chính bởi vậy, khi xem xét khái niệm “chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư”, Hội đồng trọng tài đã cho rằng, chuyển nguồn thu từ công ty con về công ty mẹ không được coi là hoạt động chuyển tiền liên quan tới khoản đầu tư. Đặt giả thiết, nếu BIT giữa Hoa Kỳ và Acentina tiếp cận theo hướng mở, không giới hạn các khoản tiền được chuyển đi, vậy trong những

trường hợp chuyển tiền như vụ Continental, khoản tiền chuyển từ công ty con sang công ty mẹ có được coi là khoản tiền được tự do chuyển hay không? Câu trả lời theo tác giả là: (i) Nếu trong hiệp định không quy định khoản tiền chuyển đi phải liên quan tới khoản đầu tư thì Continental có quyền tự do chuyển³⁰; (ii) Nếu trong hiệp định vẫn quy định khoản tiền phải liên quan tới khoản đầu tư³¹ thì câu trả lời là không, bởi vì ngay từ tiêu chí đầu tiên, khoản tiền được chuyển từ CNA ART cho Continental đã không đạt được tiêu chí chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư.

Trong vụ việc này, Hội đồng trọng tài đã đúng khi cho rằng, hành vi chuyển tiền của nguyên đơn chỉ đơn thuần là chuyển đổi vị trí và loại tiền của khoản đầu tư hiện tại của nhà đầu tư, từ Acentina sang Hoa Kỳ, khoản tiền vốn được CNA ART gửi ngân hàng tại ngân hàng ở Acentina. Mục đích của hoạt động chuyển tiền để đảm bảo khoản tiền không bị mất giá, bằng hình thức chuyển tiền sang tài khoản của ngân hàng ngoài Acentina. Hoạt động chuyển tiền này không nhằm mục đích thương mại (giao

³⁰ Hiện nay, các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư của Việt Nam đều không tiếp cận theo hướng này.

³¹ Ví dụ, Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư Việt Nam Australia, Điều 9 quy định mở rộng các giao dịch chuyển tiền được bảo hộ, nhưng các giao dịch này vẫn phải liên quan tới khoản đầu tư: “A Contracting Party shall, when requested by a national of the other Contracting Party, and subject to its right in exceptional financial or economic circumstances to exercise equitably and in good faith powers conferred by its law, permit all funds of that national **related to an investment** in its territory and earnings and other assets of personnel engaged from abroad in connection with that investment, to be transferred freely and without unreasonable delay. **Such funds include, but are not limited to, the following...**”.

²⁹ Phán quyết, đoạn 245.

kết, thực hiện hợp đồng). Bên cạnh đó, khoản tiền này cũng không từ hoạt động bán lại hay thanh lý tài sản của nguyên đơn, nên không được coi là hoạt động chuyển tiền có “liên quan đến khoản đầu tư”. Như vậy, các nhà đầu tư và Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư có thể lưu ý về việc không phải mọi hoạt động chuyển tiền về nước nhà đầu tư đều được bảo hộ bởi BIT, mà điều kiện tiên quyết đó là các hoạt động chuyển tiền này phải liên quan tới khoản đầu tư. Do đó, định nghĩa về khoản đầu tư và các hoạt động liên quan tới khoản đầu tư này phải được làm rõ. Đây cũng là cách tiếp cận của Hội đồng trọng tài trong tranh chấp này.

Để trả lời cho lập luận về việc áp dụng các hiệp định quốc tế có liên quan tới các quy định về hạn chế chuyển tiền (ví dụ quy định trong Điều khoản thoả thuận của IMF), Hội đồng trọng tài đã không xét tới các quy định trong hiệp định đa phương. Hội đồng chỉ xem xét Điều khoản thoả thuận của IMF là do dựa trên thực tế điều khoản quy định về tự do chuyển tiền trong BIT liên quan tới các giao dịch và tài khoản vãng lai, và bởi vậy có thể xem Điều khoản thoả thuận của IMF là luật riêng điều chỉnh vấn đề cụ thể (*lex specialis*). Hội đồng trọng tài sử dụng thuật ngữ và các điều khoản trong IMF để xác định loại hình chuyển tiền mà nguyên đơn bị hạn chế thực hiện có thể là đối tượng được kiểm soát chặt chẽ hơn các giao dịch đầu tư gián tiếp hoặc trực tiếp, chứ không phải là hành vi chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư được bảo hộ theo Điều V BIT³².

Trên thực tế, vẫn còn những tranh luận về việc liệu khi giải thích điều ước quốc tế

hội đồng xét xử có thể dựa vào một điều khoản của Hiệp định khác, mượn ý tưởng của một hiệp định khác để phản ánh vào điều khoản của hiệp định được đề cập tới. Trong khi Điều khoản thoả thuận của IMF điều chỉnh về các vấn đề tiền tệ giữa các quốc gia, BIT lại quy định về nghĩa vụ bảo hộ đầu tư của nước tiếp nhận đầu tư. Có thể thấy, bối cảnh, mục đích của hai nguồn luật này là khác biệt. Trên thực tế, các quy định trong BIT không viện dẫn tới cơ chế của IMF, nên có ý kiến cho rằng các quốc gia thành viên BIT đã không có ý định lồng ghép BIT vào cơ chế IMF³³.

Mặc dù có những ý kiến phản biện như trên, tác giả lại nhận thấy, việc sử dụng Điều khoản thoả thuận của IMF để làm rõ nghĩa cho các thuật ngữ trong Điều V BIT là hợp lý. Khi giải thích các thuật ngữ trong BIT, Hội đồng trọng tài có thể viện dẫn tới tập quán quốc tế hoặc hiệp định quốc tế mà các quốc gia là thành viên. Bên cạnh đó, Hội đồng trọng tài cũng có lý khi viện dẫn tới Điều khoản thoả thuận trong IMF thay vì dẫn chiếu tới GATS. IMF là luật riêng điều chỉnh vấn đề cụ thể (*lex specialis*), trong khi đó, GATS ở trường hợp này là luật chung như các điều ước đa phương trong WTO, ví dụ GATS quy định về các dịch vụ tài chính nói chung (*lex generalis*).

Bên cạnh đó, từ phán quyết của trọng tài, có thể suy rộng ra, các điều khoản trong hầu hết các BIT đều quy định rằng, các quốc gia thành viên phải cho phép chuyển tiền liên quan tới khoản đầu tư một cách tự do và không chậm trễ. Nhưng, điều này

³² Phán quyết, đoạn 244.

³³ Peter T. Muchlinski, 2009, *Trend in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and Right to Regulate: The Issue of National Security*, Yrbk Intl Invest L& Pol, 1:35, tr.60.

không loại trừ việc một quốc gia thiết lập hạn chế hoặc đề ra những thủ tục nhất định đối với việc hoạt động chuyển tiền này trong những trường hợp nhất định. Theo Dolzer và Schreuer, không có một hiệp định nào trao quyền chuyển tiền tuyệt đối cho nhà đầu tư. Một số hiệp định đã quy định quyền được đảm bảo cho nhà đầu tư, nhưng phải phù hợp với pháp luật tại nước tiếp nhận đầu tư³⁴. Đối với các nhà đầu tư, việc hạn chế đã làm giảm đáng kể giá trị quyền chuyển tiền của nhà đầu tư, đặc biệt khi mà pháp luật trong nước có thể thay đổi theo thời gian.

Những vấn đề có thể phát triển từ phán quyết

Phán quyết của Hội đồng trọng tài đã chỉ rõ một số luận điểm mà Hội đồng trọng tài không giải quyết trong vụ việc này. Các luận điểm (b) và (c) dựa trên các vấn đề cụ thể, vượt ra khỏi phạm vi nhiệm vụ hiện tại của Hội đồng trọng tài, nhưng đủ để chỉ ra rằng nguyên đơn đã không uỷ quyền chuyển tiền. Tuy nhiên, luận điểm (a) khá thú vị. Việc hạn chế chuyển tiền dựa trên các điều khoản được gọi là không loại trừ hoặc các nghĩa vụ chung của Luật quốc tế không chỉ khả thi trong những tình huống ngoại lệ, mà còn được đảm bảo khi xảy ra tình trạng khẩn cấp. Thực tế cho thấy, hầu hết các hiệp định đầu tư cũng cho phép nước tiếp nhận đầu tư được áp dụng các biện pháp hạn chế chuyển tiền trong trường hợp quốc gia này phải đối mặt với khủng hoảng cán cân thanh toán. Tuy nhiên, quy định hạn chế này chỉ mang tính tạm thời và được áp dụng theo

cách thức không phân biệt đối xử giữa các quốc gia ký kết hiệp định³⁵.

Theo quan điểm của Sacerdoti, các quy định về chuyển tiền gắn liền với chủ quyền của mỗi quốc gia. Ngay cả khi có những quy định về tự do chuyển tiền, khung pháp lý về tự do dịch chuyển tài chính, các điều khoản theo đó các giao dịch có liên quan được phép thực hiện đều có thể được sửa đổi cho phù hợp. Những hạn chế mới đã được đưa ra là hệ quả để đối phó với những tình huống tài chính hoặc sự thay đổi trong chính sách của một số quốc gia³⁶.

Vậy một BIT cụ thể nào đó, không bao gồm bất kỳ điều khoản nào quy định ngoại lệ trong trường hợp khó khăn về cán cân thanh toán là cơ sở để Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư có thể tạm thời hạn chế chuyển tiền, có được hiểu theo hướng các bên ký kết BIT này cho phép chuyển tiền tự do ngay cả khi tồn tại những tình huống khó khăn đó? Theo tác giả thì câu trả lời là không. Các quốc gia vẫn luôn có quyền hạn chế chuyển tiền khi phải đối mặt với khủng hoảng cán cân thanh toán, bởi vì các quốc gia này không từ bỏ quyền đưa ra các quy định để bảo vệ lợi ích công cộng và giá trị chung một cách thiện chí.

Hơn nữa, án lệ này cũng đề cập tới mối liên hệ với các quy định quốc tế điều chỉnh việc chuyển tiền. Về nội dung này, cần coi trọng mối quan hệ mật thiết giữa những

³⁴ Rudolf Dolzer and Christopher Schreuer, *Principle of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, tr.193.

³⁵ UNCTAD, *Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements*, IIA Issues Note (2011) No.2, https://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d3_en.pdf, truy cập ngày 17/4/2020.

³⁶ Giorgio Sacerdoti, *The Source and Evolution of International Legal Protection for Infrastructure Investment Confronting Political and Regulatory Risk*, Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy, Internet Journal, Vol 5, article 7.

điều khoản trong BIT và Luật quốc tế. Theo đó, ngay cả nếu ngoại lệ cán cân thanh toán không quy định cụ thể trong BIT, vẫn có thể áp dụng các tình huống có liên quan phù hợp với các điều khoản trong các hiệp định đa phương và tập quán quốc tế. Trong khuôn khổ WTO - một tổ chức thương mại đa phương, hai hiệp định nòng cốt là Hiệp định GATT và Hiệp định GATS đều chứa đựng những điều khoản có liên quan tới vấn đề ngoại lệ về cán cân thanh toán. Bên cạnh đó, các quy tắc về kiểm soát chuyển vốn cũng được tìm thấy trong Điều khoản thoả thuận của IMF (IMF Articles of Agreement). Điều XII GATT và Điều XII của GATS đã cho phép các thành viên WTO được ban hành các biện pháp hạn chế trong trường hợp cần thiết để bảo vệ cán cân thanh toán. Theo đó, GATS đã thừa nhận các biện pháp hạn chế tạm thời, không mang tính phân biệt đối xử đối với hoạt động thương mại dịch vụ và hoạt động thanh toán và chuyển tiền có liên quan trong trường hợp có những vấn đề khó khăn hoặc đe dọa nghiêm trọng về cán cân thanh toán và các khó khăn tài chính, với những lưu ý đặc biệt đối với tình huống xảy ra ở các nước đang phát triển³⁷. Trong trường hợp này, các điều khoản quy định về ngoại lệ

liên quan tới cán cân thanh toán trong GATS, GATT lại có thể được xem là quy định về một vấn đề cụ thể. Mỗi quan hệ giữa các hiệp ước đa phương, đặc biệt IMF, cho phép áp dụng các hạn chế trong trường hợp khó khăn liên quan tới cán cân thanh toán, và nếu một BIT không quy định về các trường hợp đặc biệt này thì được cho rằng không rõ ràng ngay từ đầu (*prima facie*). Bởi vậy, theo Sacerdoti, đối với một BIT như thế, người ta sẽ có xu hướng kết luận rằng BIT đã không loại trừ việc áp dụng biện pháp hạn chế trong khi các biện pháp này là phù hợp với quy định của hiệp ước đa phương³⁸.

Nếu các quy định về tự do dịch chuyển tiền trong các BIT là các quy định cụ thể trong cơ chế IMF, được Hội đồng trọng tài trong vụ *Continental* chỉ ra, suy rộng ra, cũng sẽ tồn tại một mối quan hệ tương tự giữa BIT và WTO. Tuy nhiên, việc sử dụng tình huống này cũng cần thật sự cẩn trọng. Những tình huống khó khăn về kinh tế mà cả thế giới phải gánh chịu, và các biện pháp mà các quốc gia toàn cầu đã thông qua, có thể được coi là bằng chứng để áp dụng ngoại lệ. Quy định ngoại lệ này cũng thực sự cần thiết để quốc gia có thể thực hiện chức năng và nhiệm vụ duy trì trật tự công cộng, tránh hiện tượng đóng băng chính sách trong trường hợp khẩn cấp.

Như vậy, theo quan điểm của các học giả, và theo các quy định quốc tế trong khuôn khổ đa phương, việc thiếu vắng các quy định rõ ràng trong BIT về các biện

³⁷ Điều 12 GATS quy định: “Trong trường hợp cán cân thanh toán và tài chính đối ngoại gặp khó khăn nghiêm trọng hoặc bị đe dọa gặp khó khăn nghiêm trọng, một thành viên có thể thông qua hoặc duy trì các hạn chế về thương mại dịch vụ trong những lĩnh vực đã cam kết cụ thể, bao gồm cả việc thanh toán hoặc chuyển tiền trong các giao dịch liên quan đến các cam kết cụ thể đó. Thừa nhận rằng trong quá trình phát triển hoặc chuyển đổi kinh tế, những sức ép nhất định đối với cán cân thanh toán có thể dẫn tới sự cần thiết phải sử dụng các hạn chế để đảm bảo việc duy trì mức độ dự trữ tài chính phù hợp với yêu cầu thực hiện các chương trình phát triển kinh tế hoặc chuyển đổi kinh tế”.

³⁸ Giorgio Sacerdoti, *The Source and Evolution of International Legal Protection for Infrastructure Investment Confronting Political and Regulatory Risk*, Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy, Internet Journal, Vol 5, article 7.

pháp hạn chế tạm thời đối với hoạt động chuyển tiền do những vấn đề khó khăn trong cân cân thanh toán sẽ có thể được bù đắp thông qua việc các bên trong hiệp định có thể áp dụng các cơ sở pháp lý có liên quan trong các điều ước quốc tế đa phương, khi điều ước này quy định những điều khoản cụ thể điều chỉnh trực tiếp vấn đề cân cân thanh toán.

Trên thực tế, trong hầu hết các BIT đều có quy định về nguyên tắc tự do chuyển tiền sẽ được thực hiện phù hợp với thủ tục được quy định theo luật của các quốc gia thành viên. Bởi vậy, việc thiết lập những quy định của quốc gia thành viên như thế nào để đảm bảo không vi phạm các điều khoản của BIT phụ thuộc rất lớn vào thực tiễn của từng vụ việc cụ thể, nhưng cách tiếp cận cơ bản dựa trên tính phù hợp. Bất kỳ hạn chế nào về chuyển tiền có thể được thông qua nếu thỏa mãn các tiêu chí sau: (i) Để đối phó với những đe dọa từ việc cắt giảm đáng kể dự trữ tiền, hoặc để ngăn chặn việc cắt giảm này; (ii) Nên được duy trì trong khoảng thời gian tình huống này diễn ra và phải kết thúc ngay khi không còn những nguy hiểm đối với cân cân thanh toán; (iii) Phải trên cơ sở không phân biệt đối xử, và (iv) Phải phù hợp với điều lệ của IMF. Các tiêu chí này cũng được xác định dựa trên quy định trong GATS³⁹.

Như vậy, không phải mọi hạn chế chuyển tiền đều được coi là hạn chế chuyển tiền liên quan đến khoản đầu tư. Bên cạnh đó, các biện pháp hạn chế tạm thời có thể không bị coi là hành vi vi phạm nghĩa vụ quốc tế khi những biện pháp này nhằm mục đích bảo vệ lợi ích cần thiết của

quốc gia và được áp dụng một cách thiện chí. Việc thiếu vắng các quy định cụ thể về những trường hợp khó khăn trong cân cân thanh toán có thể không ngăn cản các quốc gia áp dụng các tình huống này, bởi vì các quốc gia có chủ quyền, và bởi vì các quy định về bảo vệ lợi ích công cộng được công nhận trong các BIT.

4. Liên hệ với Việt Nam

4.1. Về thực tiễn đàm phán và ký kết các hiệp định về bảo hộ đầu tư

Việt Nam được đánh giá là một trong những nền kinh tế năng động nhất trong khu vực Đông Á⁴⁰. Với mục đích thu hút đầu tư và tăng cường mối quan hệ với các đối tác thương mại, Việt Nam đã ký kết 67 hiệp định đầu tư song phương⁴¹ và các hiệp định thương mại tự do khu vực và song phương bao gồm các điều khoản bảo hộ quyền của nhà đầu tư và khoản đầu tư trên lãnh thổ nước tiếp nhận đầu tư. Trong đó, tất cả các hiệp định có hiệu lực đều có quy định về nguyên tắc tự do chuyển tiền. Tuy nhiên, không có một khuôn mẫu chung đối với điều khoản về chuyển tiền trong các hiệp định đầu tư của Việt Nam.

4.1.1. Về phạm vi bảo hộ theo các hiệp định đầu tư mà Việt Nam là thành viên

Trong số các hiệp định bảo hộ đầu tư của Việt Nam, các hiệp định đều quy định theo hướng liệt kê các loại hình chuyển tiền, có thể bao gồm các khoản vốn cần thiết để đầu tư ban đầu của nhà đầu tư nước ngoài

³⁹ Điều XII.2 GATS.

⁴⁰ The World Bank, *The World Bank in Vietnam*, <https://www.worldbank.org/en/country/vietnam/overview>, truy cập ngày 17/4/2020.

⁴¹ UNCTAD, *International Investment Agreement Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/229/vietnam>, truy cập ngày 18/4/2020.

và các khoản tiền tới khoản đầu tư, bao gồm lợi nhuận và tiền thu được từ việc bán hoặc chuyển nhượng hoặc mở rộng hơn⁴². Các hiệp định có thể tiếp cận theo hướng đóng⁴³ (giống như Điều V Hiệp định đầu tư song phương Hoa Kỳ-Achentina trong vụ kiện *Continental* nêu trên); hoặc tiếp cận theo hướng mở⁴⁴, trao quyền tự do tối đa cho việc chuyển tiền có liên quan tới khoản đầu tư. Nếu hiệp định tiếp cận theo hướng mở sẽ đem lại lợi ích cho nhà đầu tư; tuy nhiên, có thể đặt nước tiếp nhận đầu tư vào thế khó trong một số trường hợp cần hạn chế chuyển tiền.

4.1.2. Về phạm vi bảo hộ theo Luật Đầu tư Việt Nam

Luật Đầu tư năm 2014 cho phép nhà đầu tư nước ngoài được chuyển ra nước ngoài các tài sản, trong đó có tiền và tài sản khác thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư⁴⁵. Quy định này không yêu cầu nhà đầu tư phải chuyển tài sản có liên quan tới hoạt động đầu tư giống như trong BIT giữa

Hoa Kỳ-Achentina cũng như trong các hiệp định đầu tư mà Việt Nam ký kết. Vậy nếu áp dụng thử quy định này, trong trường hợp chuyển tiền từ CNA ART cho Continental có thể được coi là chuyển tiền thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư hay không? Nhận thấy chủ thể thực hiện hoạt động chuyển tiền ở đây là CNA ART, công ty con của Continental, nên tài sản gửi trong ngân hàng của CNA ART cũng thuộc sở hữu hợp pháp của Continental. Do vậy, nếu chỉ quy định cho phép chuyển tiền thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư, việc chuyển tiền của CNA ART cho Continental là có thể thực hiện.

4.1.3. Về các quy định hạn chế đối với nguyên tắc tự do chuyển tiền

Giống như nhiều hiệp định đầu tư quốc tế, một số hiệp định mà Việt Nam là thành viên cũng không trao quyền tự do chuyển tiền tuyệt đối cho nhà đầu tư. Một số hiệp định có quy định về ngoại lệ đối với nguyên tắc tự do chuyển tiền⁴⁶. Một số hiệp định quy định cụ thể hơn theo hướng quyền lợi của nhà đầu tư nước ngoài sẽ được đảm bảo nếu nhà đầu tư thực hiện theo quy định pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư⁴⁷, hoặc chuyển tiền liên quan tới một khoản đầu tư hợp pháp⁴⁸.

Tuy nhiên, nếu trong các hiệp định đầu tư quốc tế của Việt Nam không đề cập tới

⁴² Điều 12.1 Hiệp định tự do hoá thúc đẩy và bảo hộ đầu tư Việt Nam - Nhật Bản; Điều 9.8 Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Hàn Quốc; Điều 9.9 Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương; Điều 13 Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN; Điều 7 Hiệp định đầu tư song phương Việt Nam - Ấn Độ.

⁴³ Ví dụ: Điều 2.8 Hiệp định bảo hộ đầu tư Việt Nam - Liên minh châu Âu; Điều 9.8 Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Hàn Quốc; Điều 9.9 Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương đều có quy định: “Such transfers include...”, tức là ngoài danh sách này, sẽ không mở rộng với các khoản chuyển tiền khác.

⁴⁴ Ví dụ: Điều 12 Hiệp định tự do hoá thúc đẩy và bảo hộ đầu tư Việt Nam - Nhật Bản; Điều 9 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư Việt Nam - Australia đều có quy định: “Include, but are not limited...” tức là ngoài danh sách này, sẽ mở rộng với các khoản chuyển tiền khác.

⁴⁵ Khoản 3 Điều 11 Luật Đầu tư năm 2014.

⁴⁶ Điều 12.3 Hiệp định tự do hoá thúc đẩy và bảo hộ đầu tư Việt Nam - Nhật Bản; Điều 9.9.4, Điều 9.9.5 Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương; Điều 9.8 Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Hàn Quốc.

⁴⁷ Điều 6 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư Việt Nam - Latvia; Điều 6 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư Việt Nam - Cuba.

⁴⁸ Điều 13 và Điều 4 Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN.

ngoại lệ, vậy có thể hiểu ý tưởng của Việt Nam là không đề ra các hạn chế đối với nhà đầu tư nước ngoài từ các quốc gia đó hay không? Nếu thực sự Việt Nam và bên ký kết còn lại có ý định đưa ra những quy định hạn chế, họ chắc hẳn đã phải thỏa thuận và đưa các ngoại lệ vào trong hiệp định. Vì trên thực tế, một số hiệp định đầu tư của Việt Nam có quy định về ngoại lệ rõ ràng, một số hiệp định đầu tư lại không quy định⁴⁹. Việc không đưa ra các điều khoản hạn chế có lẽ do các bên ký kết muốn đảm bảo nhà đầu tư sẽ được tự do đầu tư và vận hành khoản đầu tư trong lãnh thổ nước tiếp nhận, với kỳ vọng sẽ thu hút được nhiều nguồn vốn đầu tư hơn nữa.

Vấn đề đặt ra là, cơ quan tài phán khi giải thích hiệp định có thể xem xét ý định của các bên ký kết về điều khoản đó ra sao. Trong vụ *Continental Casualty v. Argentina*, Argentina trong Bản kháng biện của mình có lập luận rằng, dù thiếu vắng các quy định về các điều khoản loại trừ trong BIT giữa Hoa Kỳ và Argentina, quốc gia này có thể áp dụng các biện pháp hạn chế chuyển tiền dựa trên hai nguồn luật: Thứ nhất đó là điều ước quốc tế như GATT, GATS và IMF; và thứ hai là dựa trên tập quán quốc tế cho phép các quốc gia có quyền điều chỉnh việc chuyển tiền như một trong những biện pháp thực thi chủ quyền của quốc gia⁵⁰. Dù có những ý kiến tranh luận về việc có thể giải thích điều khoản trong BIT bằng cách viện dẫn điều ước quốc tế hay không, cách tiếp cận của Hội đồng trọng tài trong án lệ này, theo quan

điểm của tác giả, là hợp lý, trở thành một hướng giải thích thuyết phục mà Việt Nam có thể tham khảo nếu phải đối mặt với các tranh chấp trong tình huống tương tự.

Bên cạnh đó, mặc dù Hội đồng trọng tài đã không xem xét tới những vấn đề ngoại lệ về cán cân thanh toán, vì ngay từ đầu, hoạt động chuyển tiền trong vụ tranh chấp đã không thỏa mãn yêu cầu về việc có liên quan tới khoản đầu tư. Tuy nhiên, lập luận của Argentina cũng là một hướng đi khi cần viện dẫn tới ngoại lệ trong các điều ước quốc tế mà hiệp định giữa nước của nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư không đề cập tới. Trong trường hợp này, Việt Nam cũng là thành viên của WTO nên cũng có thể sử dụng những ngoại lệ của các hiệp định GATT hoặc GATS khi nhà đầu tư cũng tới từ các quốc gia là thành viên của WTO.

Nếu trong trường hợp không viện dẫn tới các điều khoản của IMF, GATT hoặc GATS, Việt Nam cũng có thể viện dẫn tới các tập quán quốc tế về việc áp dụng các hạn chế ngay cả khi các hiệp định đầu tư của Việt Nam không đề cập tới. Chẳng hạn, Việt Nam có thể viện dẫn tới Điều 25 Điều lệ của Ủy ban Luật pháp quốc tế thuộc Liên hợp quốc (International Law Commission). Điều khoản này quy định về “tình trạng cấp thiết” (necessity), theo đó, một quốc gia có thể áp dụng các biện pháp không phù hợp với nghĩa vụ quốc tế khi: (a) Đó là cách thức duy nhất để quốc gia đó tự bảo vệ lợi ích thiết yếu để tránh bị chôn vùi hoặc sự nguy hiểm sắp xảy ra; và (b) Không gây tổn hại nghiêm trọng tới lợi ích thiết yếu của quốc gia hoặc các quốc gia đối với nghĩa vụ, hoặc đối với cộng đồng quốc tế nói chung; bên cạnh đó quốc gia áp dụng biện

⁴⁹ Điều 2.8 Hiệp định bảo hộ đầu tư Việt Nam – Liên minh châu Âu.

⁵⁰ Bản kháng biện, đoạn 297.

pháp này không chủ ý gây ra những tình huống buộc phải áp dụng quy định “tình trạng cấp thiết”.

4.2. Về phòng ngừa tranh chấp liên quan tới nguyên tắc tự do chuyển tiền

Các nhà đầu tư Việt Nam tại nước ngoài chưa từng khởi kiện dựa trên các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư, nhưng Việt Nam đã là bị đơn trong 8 tranh chấp đầu tư quốc tế tính đến thời điểm hiện tại⁵¹. Trong số 8 tranh chấp được kể trên, chưa có vụ nào nhà đầu tư có khiếu kiện điều khoản về tự do chuyển tiền. Số lượng các tranh chấp trực tiếp liên quan tới nguyên tắc tự do chuyển tiền theo thống kê của UNCTAD cũng tương đối ít so với các tranh chấp liên quan tới các nguyên tắc khác của pháp luật đầu tư quốc tế⁵².

Tuy số lượng tranh chấp không nhiều, cơ quan quản lý hoạt động đầu tư tại Việt Nam cũng cần nhận thức rằng, các biện pháp hạn chế chuyển tiền ảnh hưởng tới quyền của nhà đầu tư trong hoạt động chuyển tiền cũng sẽ là đối tượng trong tranh chấp đầu tư quốc tế. Ngay cả trong tranh chấp trên, mặc dù Argentina có thắng kiện đối với nội dung khiếu nại về nguyên tắc chuyển tiền, nhưng chi phí lớn và thời gian dài để theo kiện cũng ảnh hưởng tới quốc gia này.

Tình huống trong án lệ *Continental* không thường xuyên xảy ra với các quốc gia, nhưng cũng đã từng có cuộc khủng

hoảng tài chính châu Á khởi nguồn từ Thái Lan vào những năm 1997⁵³; hoặc việc mất cân bằng cán cân thanh toán có thể xảy ra. Ngoài ra, những vấn đề như nhà đầu tư trốn thuế, hoặc tài sản của nhà đầu tư đang bị phong tỏa đảm bảo cho vụ kiện cũng có thể là đối tượng bị áp dụng các biện pháp hạn chế chuyển tiền. Trong khi đó, các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư, hoặc hiệp định thương mại tự do của Việt Nam có quy định ngoại lệ hoặc không. Luật Đầu tư Việt Nam cũng tiếp cận theo hướng bảo hộ quyền của nhà đầu tư nước ngoài liên quan tới chuyển tài sản và mở rộng cả đối với hoạt động chuyển tiền đơn thuần của nhà đầu tư (không đề cập tới tiêu chí phải liên quan tới khoản đầu tư). Các biện pháp hạn chế chuyển tiền cũng có thể gây tác động trái chiều, ảnh hưởng tới lòng tin của nhà đầu tư và dòng dịch chuyển đầu tư quốc tế. Vì vậy, các cơ quan có thẩm quyền tại Việt Nam khi áp dụng các hạn chế liên quan tới chuyển tiền của nhà đầu tư cũng cần cân trọng. Nếu phải áp dụng các biện pháp hạn chế chuyển tiền thì cũng nên tuân thủ các quy định của GATS. Theo đó, các biện pháp hạn chế này chỉ là tạm thời, không phân biệt đối xử, phù hợp với Điều lệ của IMF, không vượt quá mức cần thiết để giải quyết những trường hợp khó khăn⁵⁴. Một vấn đề lưu ý nữa đó là các quy định về thủ tục chuyển tiền đối với các nhà đầu tư nước ngoài cũng phải được áp dụng theo hướng minh bạch, nhất quán.

⁵¹ UNCITAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/229/viet-nam>, truy cập ngày 18/4/2020.

⁵² Xem thêm, UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, truy cập ngày 18/4/2020.

⁵³ An Lan, *Tròn 20 năm khủng hoảng tài chính châu Á: Bài học chưa cũ*, <https://vietnamfinance.vn/tron-20-nam-khung-hoang-tai-chinh-chau-a-bai-hoc-chua-cu-20170717191456976.htm>, truy cập ngày 18/4/2020.

⁵⁴ Điều 12 GATS.

ĐẠO LUẬT OUR CARE, OUR CHOICE CỦA TIỂU BANG HAWAII (HOA KỲ) VÀ KINH NGHIỆM THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

*Trương Thị Minh Thùy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số nội dung cơ bản của Đạo luật Our Care, Our Choice của tiểu bang Hawaii như: Điều kiện, quy trình để bệnh nhân có thể nhận được đơn thuốc nhằm kết thúc cuộc sống, các hành vi vi phạm và hình phạt tương ứng; đồng thời phân tích về nhận thức và sự cần thiết của việc hợp pháp hóa quyền được chết ở Việt Nam. Trên các cơ sở đó, bài viết đưa ra một số kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam.

Abstract: The article analyzes some of the basic contents of Hawaii's Our Care, Our Choice Act such as: conditions and procedures for patients to receive prescriptions to end their lives, violations and corresponding penalties. It also analyzes the awareness and necessity of legalizing the right to die in Vietnam. On that basis, it draws out implications for Vietnam.

1. Đặt vấn đề

Quyền được chết được hiểu theo nhiều khía cạnh như tự tử, an tử, trợ tử và chăm sóc cuối đời, chăm sóc giảm nhẹ¹. Quyền này là vấn đề đang gây tranh cãi ở nhiều quốc gia trên thế giới, trong đó có Việt Nam. Mặc dù Hiến pháp năm 2013 và các văn bản pháp luật liên quan vẫn chưa ghi nhận quyền này, nhưng đã có nhiều ý kiến cho rằng nên xem xét lại vấn đề này để kịp thời bổ sung. Vì vậy, việc nghiên cứu về quyền được chết trong pháp luật các nước trên thế giới để đưa ra các kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam khi hợp pháp hóa quyền này là vấn đề cần thiết.

Hiện nay, nhiều quốc gia trên thế giới đã hợp pháp hóa quyền này, thậm chí ban hành các đạo luật với những điều kiện

ng nghiêm ngặt và quy trình chặt chẽ để thực hiện quyền cũng như các hành vi bị cấm và hình phạt tương ứng. Điển hình có thể kể đến các quốc gia như: Thụy Sĩ, Hà Lan, Bỉ, Luxembourg, Canada, Úc, Hoa Kỳ...². Trong số đó, Hoa Kỳ là một quốc gia có nhiều tiểu bang đã công nhận và ban hành luật cho phép cư dân của bang mình được nhận một loại thuốc theo toa để kết thúc cuộc sống trong một số trường hợp nhất định. Oregon là bang đầu tiên của Hoa Kỳ thông qua Đạo luật về cái chết với phẩm giá vào năm 1994, có hiệu lực vào năm 1997. Sau đó các tiểu bang khác ở Hoa Kỳ cũng lần lượt ban hành những đạo luật có nội dung tương tự, như: Washington (Đạo luật về cái chết với phẩm giá năm 2008), Vermont (Đạo luật về sự lựa chọn và kiểm soát của bệnh nhân về việc kết thúc cuộc sống năm 2013), California (Đạo luật về sự

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

¹ Nguyễn Hải Yến (2019), *Quyền được chết – Kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8, tr.56.

² Countries where euthanasia is legal, <https://www.theweek.co.uk/102978/countries-where-euthanasia-is-legal>, truy cập ngày 15/3/2020.

lựa chọn kết thúc cuộc sống năm 2015), quận Columbia (Đạo luật về cái chết với phẩm giá năm 2016), Colorado (Đạo luật về sự lựa chọn kết thúc cuộc sống năm 2016)... Vào năm 2018, tiểu bang Hawaii cũng đã thông qua Đạo luật “Our Care, Our Choice” (Sự lựa chọn, chăm sóc của chúng tôi) cho phép cư dân của mình thực hiện quyền trên.

Lý giải về việc ban hành Đạo luật cơ quan lập pháp tiểu bang Hawaii dựa trên những căn cứ sau đây để ban hành Đạo luật³:

Thứ nhất, tình hình thực tế ở các tiểu bang của Hoa Kỳ. Theo đó, cho đến năm 2008, có ít nhất ba mươi tiểu bang đã cân nhắc việc ban hành đạo luật cho phép cư dân trưởng thành, sáng suốt về tinh thần, mắc bệnh nan y, có yêu cầu tự nguyện được nhận thuốc theo toa để kết thúc cuộc sống trong hòa bình, nhân đạo và trang nghiêm. Trong đó, năm bang (Oregon, Washington, California, Vermont, Colorado) và quận Columbia đã thông qua các đạo luật để cho phép sự lựa chọn này. Đây là xu hướng chung ở Hoa Kỳ trong việc hợp pháp hóa quyền được chết.

Thứ hai, tình hình thực tế của tiểu bang Hawaii. Hiện nay, các bệnh nhân bị bệnh nan y (nhưng vẫn sáng suốt về mặt tinh thần) của tiểu bang Hawaii có những lựa chọn để có thể giảm bớt sự đau đớn của họ trong quá trình hấp hối. Chăm sóc giảm nhẹ (palliative care), chăm sóc cuối đời (hospice care), tự nguyện ngừng ăn và uống (VSED), ngừng thông khí nhân tạo hoặc những liệu pháp duy trì cuộc sống khác (stopping artificial ventilation or other life-sustaining therapy) giúp đem lại một cái chết tự nhiên

thoải mái là những lựa chọn hiện có của người bị bệnh nan y ở Hawaii. Tuy nhiên, các bác sĩ không phải lúc nào cũng cung cấp những sự lựa chọn này cho họ. Hơn nữa, các lựa chọn này không phải lúc nào cũng giúp họ kết thúc cuộc sống một cách nhanh chóng, yên bình. Mặt khác, những tiến bộ trong khoa học công nghệ có thể làm cho quá trình hấp hối kéo dài hơn ngay cả khi không có phương pháp chữa trị hoặc can thiệp y tế thành công. Điều này thường có thể dẫn đến việc bệnh nhân bị bệnh nan y phải trải qua đau đớn, khó chịu và làm suy giảm chất lượng cuộc sống trầm trọng trong những ngày cuối đời của họ.

Thứ ba, sự xem xét, nghiên cứu, khảo sát, đánh giá và tranh luận của cơ quan lập pháp về vấn đề này trong một thời gian dài. Theo đó, cơ quan lập pháp của tiểu bang Hawaii đã tiến hành xem xét, nghiên cứu, khảo sát chặt chẽ vấn đề này trong hai thập kỷ. Sau thời gian dài đánh giá và tranh luận, cơ quan lập pháp đã nhận thấy sự cần thiết và hợp lý để cung cấp cho bệnh nhân quyền tự quyết định điều trị y tế khi họ gần cuối đời, bao gồm quyền lựa chọn để tránh một cuộc sống đau đớn kéo dài không cần thiết. Đồng thời, những biện pháp bảo vệ nghiêm ngặt sẽ được đưa ra để ngăn chặn mọi hành vi lạm dụng quyền này và bảo vệ triệt để cho bệnh nhân cũng như người thân của họ khỏi mọi sự lạm dụng.

Với những cơ sở trên, cơ quan lập pháp của tiểu bang Hawaii đã thông qua Đạo luật “Our Care, Our Choice” vào năm 2018. Đạo luật chính thức có hiệu lực từ ngày 01/01/2019, bao gồm 25 điều với những quy định rõ ràng, chặt chẽ về những vấn đề liên quan đến việc cấp đơn thuốc cho một người trưởng thành, mắc bệnh nan y để họ kết thúc cuộc sống của mình. Những lý do ban hành cũng như các quy định trong Đạo

³ Xem Phần 1 của Đạo luật “Our Care, Our Choice” của tiểu bang Hawaii, <https://health.hawaii.gov/opppd/ococ/>, truy cập ngày 12/3/2020.

luật sẽ là kinh nghiệm tham khảo rất hữu ích cho Việt Nam khi hợp pháp hóa quyền được chết.

2. Những nội dung cơ bản của đạo luật “Our Care, Our Choice” của tiểu bang Hawaii (Hoa Kỳ)

2.1. Điều kiện để bệnh nhân có thể nhận được đơn thuốc nhằm kết thúc cuộc sống

Đạo luật quy định những điều kiện hết sức chặt chẽ và nghiêm ngặt để một bệnh nhân nhận được đơn thuốc nhằm kết thúc cuộc sống của mình. Theo Báo cáo lập pháp năm 2019 của Hawaii, từ khi Đạo luật có hiệu lực (ngày 01/01/2019) đến ngày 26/12/2019, có tổng cộng 27 bệnh nhân đủ điều kiện do Đạo luật quy định để nhận đơn thuốc⁴. Vậy đó là những điều kiện nào? Căn cứ vào quy định của Đạo luật và hướng dẫn của Bộ Y tế Hawaii, có thể thấy sáu điều kiện sau:

Thứ nhất, bệnh nhân phải là một người trưởng thành (adult) (Điều 2). Theo Điều 1 Đạo luật này, người trưởng thành là một cá nhân từ mười tám tuổi trở lên. Như vậy, trẻ em và người dưới 18 tuổi sẽ không được kết thúc cuộc sống của mình theo Đạo luật. Quy định này nhằm đảm bảo sự trưởng thành và chín chắn về mặt nhận thức của người đưa ra yêu cầu.

Thứ hai, bệnh nhân phải là người có năng lực (capable) (Điều 2). Theo Điều 1 Luật này, “có năng lực” nghĩa là theo ý kiến của bác sĩ chăm sóc⁵ (attending provider)

hoặc bác sĩ tư vấn (consulting provider), nhà tâm lý học (psychologist), bác sĩ tâm lý (psychiatrist) hoặc nhân viên xã hội lâm sàng (clinical social worker), bệnh nhân có khả năng hiểu các lựa chọn chăm sóc của mình, bao gồm các rủi ro, lợi ích và có thể đưa ra, truyền đạt các quyết định chăm sóc sức khỏe cho các nhà cung cấp dịch vụ chăm sóc sức khỏe. Như vậy, chủ thể có quyền xác định “năng lực” của bệnh nhân là bác sĩ hoặc nhà tâm lý học, nhân viên xã hội lâm sàng, chứ không phải là một cơ quan nhà nước có thẩm quyền như tòa án.

Thứ ba, bệnh nhân có thể tự dùng thuốc theo quy định⁶. Có nghĩa là bệnh nhân phải có đủ khả năng để tự mình sử dụng thuốc được cấp theo đơn do bác sĩ kê mà không cần hỗ trợ. Người thân hay gia đình của bệnh nhân sẽ không được phép giúp bệnh nhân dùng thuốc trong trường hợp bệnh nhân bị mất trí nhớ hay hôn mê. Điều này nhằm đảm bảo sự tự nguyện của bệnh nhân khi sử dụng thuốc để kết thúc cuộc sống của mình, tránh các hành vi lạm dụng xảy ra.

Thứ tư, bệnh nhân phải là cư dân của bang Hawaii (Điều 2). Theo Điều 13 Đạo luật này, các yếu tố chủ yếu thể hiện một người là cư dân của bang Hawaii bao gồm: Sở hữu bằng lái xe hoặc thẻ căn cước dân sự Hawaii; đăng ký bỏ phiếu tại Hawaii; có bằng chứng cho thấy bệnh nhân sở hữu hoặc cho thuê tài sản ở Hawaii hoặc người đó đã nộp tờ khai thuế ở Hawaii cho năm tính thuế gần đây nhất. Những yếu tố trên đây hầu như là phổ biến trong pháp luật của các tiểu bang khác, như California, Colorado, Oregon và Washington. Tuy nhiên, cũng có một số tiểu bang quy định việc chứng minh cư trú nghiêm ngặt hơn (ở New Jersey, bằng

⁴ 2019 Legislative Report, <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2020/01/OPPPD-Our-Care-Our-Choice-Act-Annual-Report-2019-3.pdf>, truy cập ngày 13/3/2020.

⁵ Theo Điều 1 Đạo luật, “bác sĩ chăm sóc” có nghĩa là một bác sĩ được cấp phép theo quy định của pháp luật, người chịu trách nhiệm chăm sóc bệnh nhân và điều trị bệnh nan y.

⁶ Patients, family members, and care support resources, <https://health.hawaii.gov/opppd/patients-family-and-care-support/>, truy cập ngày 13/3/2020.

chứng về việc thuê hoặc sở hữu tài sản là không thể chấp nhận được⁷) hoặc đơn giản hơn (ở Maine, giấy phép săn bắn/câu cá cũng được chấp nhận⁸).

Thứ năm, bệnh nhân được chẩn đoán mắc bệnh nan y (Điều 2). Theo Điều 1 Đạo luật này, “bệnh nan y” có nghĩa là một căn bệnh không thể chữa khỏi và không thể hồi phục, đã được xác nhận về mặt y tế. Như vậy, Đạo luật của Hawaii không liệt kê các bệnh nan y, mà chỉ đưa ra nội hàm của thuật ngữ này, bao gồm: (1) Là căn bệnh không thể chữa khỏi và không thể hồi phục, (2) Đã được xác nhận về mặt y tế, tức là bác sĩ tư vấn đã xác nhận ý kiến y tế của bác sĩ chăm sóc và kiểm tra bệnh nhân, hồ sơ y tế liên quan của bệnh nhân, (3) Theo chẩn đoán y khoa hợp lý, bệnh này sẽ gây ra cái chết cho bệnh nhân trong vòng sáu tháng. Theo báo cáo của Bộ Y tế Hawaii, trong thời gian triển khai thực hiện Đạo luật từ tháng 01 đến tháng 05/2019, các bệnh nan y mà bệnh nhân đủ điều kiện mắc phải thường là: Ung thư phổi (lung cancer), ung thư biểu mô tuyến tiền liệt (prostatic carcinoma) và xơ cứng cột bên teo cơ (amyotrophic lateral sclerosis)⁹. Tuy nhiên, cần lưu rằng, theo quy định của Đạo luật, bệnh nan y không bao gồm tuổi tác, bất kỳ khuyết tật hoặc tình trạng thể chất nào mà không có khả năng dẫn đến cái chết trong vòng sáu tháng. Nói cách khác, pháp luật của Hawaii không cho

phép việc bác sĩ kê đơn thuốc cho người cao tuổi, khuyết tật nhằm kết thúc cuộc sống khi yếu tố tuổi tác và tình trạng khuyết tật đó không có khả năng dẫn đến cái chết của họ trong vòng sáu tháng.

Thứ sáu, người này đã tự nguyện bày tỏ mong muốn được chết (Điều 2). Theo đó, sự tự nguyện bày tỏ mong muốn được chết sẽ được thể hiện qua việc người này trực tiếp gửi đến bác sĩ chăm sóc của mình hai yêu cầu bằng miệng (cách nhau tối thiểu 20 ngày) và một yêu cầu bằng văn bản với nội dung muốn được kê một đơn thuốc cho mục đích kết thúc cuộc sống. Như vậy, bệnh nhân phải tự mình gửi yêu cầu đến bác sĩ chăm sóc. Thành viên gia đình hoặc người ủy quyền của bệnh nhân không được yêu cầu bác sĩ kê đơn thuốc cho bệnh nhân trong trường hợp họ hôn mê, bị bệnh alzheimer hoặc mất trí nhớ. Đồng thời, điều này cũng đồng nghĩa với việc bệnh nhân không được sử dụng chỉ thị trước. Chỉ thị trước là các tài liệu pháp lý mô tả những gì mà một người sắp chết muốn (hoặc không được thực hiện) về mặt y tế nếu họ không còn khả năng giao tiếp¹⁰. Suy cho cùng, quy định trên nhằm tránh tình trạng bệnh nhân không tự nguyện trong việc tiếp cận quyền này.

2.2. Quy trình để bệnh nhân được nhận một loại thuốc theo đơn hợp pháp nhằm kết thúc cuộc sống

Theo Đạo luật, quy trình này bao gồm các bước sau:

Bước 1: Yêu cầu bằng miệng lần đầu. Bệnh nhân sẽ tiến hành đưa ra yêu cầu bằng miệng lần đầu đối với bác sĩ chăm sóc. Yêu cầu này phải diễn ra trên lãnh thổ của tiểu

⁷ C.26:16-11 Đạo luật Medical Aid in Dying for the Terminally Ill của tiểu bang New Jersey, <https://www.nj.gov/health/advancedirective/maid/>, truy cập ngày 14/03/2020.

⁸ Điều 15 Đạo luật Death with Dignity của tiểu bang Maine, <https://www.maine.gov/governor/mills/news/governor-mills-signs-death-dignity-act-2019-06-12>, truy cập ngày 14/03/2020.

⁹ 2019 Annual Report (January through May), <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2019/06/2019-Annual-OCOCA-Report-062819.pdf>, truy cập ngày 13/3/2020.

¹⁰ Frequently Asked Questions, https://www.deathwithdignity.org/faqs/#Impact_of_Death_with_Dignity, truy cập ngày 14/3/2020.

bang Hawaii. Sau khi bệnh nhân đưa ra yêu cầu, những hoạt động sau sẽ được tiến hành:

Đầu tiên, bác sĩ chăm sóc xác nhận bệnh nhân có đáp ứng tất cả các điều kiện đã phân tích ở trên không. Cụ thể, bác sĩ chăm sóc là người đưa ra quyết định ban đầu về việc bệnh nhân có mắc bệnh nan y hay không, đủ 18 tuổi trở lên hay không, có năng lực và đã đưa ra yêu cầu một cách tự nguyện hay không (khoản 1 Điều 4). Đồng thời, bác sĩ chăm sóc cũng yêu cầu bệnh nhân chứng minh cư trú theo quy định (khoản 2 Điều 4). Nếu bệnh nhân không đáp ứng các điều kiện trên thì quy trình sẽ kết thúc ở đây. Ngược lại, nếu bệnh nhân đáp ứng đủ các điều kiện trên thì bác sĩ chăm sóc phải đảm bảo rằng bệnh nhân đưa ra “quyết định có hiểu biết” bằng cách thông báo cho bệnh nhân về: Chẩn đoán y khoa; tiên lượng¹¹; những rủi ro tiềm ẩn liên quan đến việc dùng thuốc được kê đơn; kết quả có thể xảy ra của việc dùng thuốc được kê đơn; khả năng cá nhân có thể chọn không lấy thuốc hoặc có thể lấy thuốc và có thể quyết định không uống thuốc; các lựa chọn thay thế khả thi hoặc cơ hội điều trị bổ sung, như: Chăm sóc giảm nhẹ, chăm sóc cuối đời, kiểm soát cơn đau (khoản 3 Điều 4).

Ngoài ra, bác sĩ chăm sóc cũng đề nghị bệnh nhân thông báo cho thân nhân của mình về yêu cầu kê đơn thuốc (khoản 6 Điều 4). Điều này sẽ giúp người thân của họ biết về những gì bệnh nhân sẽ làm, nhằm chuẩn bị tốt tinh thần, đặc biệt là sau khi bệnh nhân kết thúc cuộc sống của mình. Tuy nhiên, việc thông báo này không phải là điều kiện bắt buộc đối với bệnh nhân. Vì theo Điều 8 Đạo luật, khi bệnh nhân từ chối hoặc không thể thông báo cho thân nhân của

họ thì yêu cầu được cấp đơn thuốc của bệnh nhân không thể bị từ chối chỉ vì lý do này. Bác sĩ cũng sẽ thông báo cho bệnh nhân biết rằng, bệnh nhân có thể hủy bỏ yêu cầu bất cứ lúc nào và bằng bất kỳ cách nào (khoản 8 Điều 4). Sau đó, bác sĩ chăm sóc sẽ giới thiệu bệnh nhân đến hai chủ thể sau: (1) Bác sĩ tư vấn; (2) Bác sĩ tâm lý, nhà tâm lý học hoặc nhân viên xã hội lâm sàng.

Sau khi được giới thiệu, bệnh nhân sẽ gặp bác sĩ tư vấn để kiểm tra bệnh nhân và hồ sơ y tế của bệnh nhân. Bác sĩ tư vấn sẽ đưa ra xác nhận bằng văn bản về chẩn đoán bệnh nhân đang mắc bệnh nan y hay không và xác minh rằng bệnh nhân có khả năng, đang hành động tự nguyện và đã đưa ra quyết định sáng suốt hay không (Điều 5). Nếu không đảm bảo một trong những yếu tố trên thì quy trình sẽ chấm dứt ở đây. Ngược lại, quy trình sẽ được tiếp tục.

Song song đó, bệnh nhân phải gặp bác sĩ tâm lý, nhà tâm lý học hoặc nhân viên xã hội lâm sàng để được họ xác định rằng, bệnh nhân có khả năng và dường như không phải chịu đựng sự điều trị hoặc không điều trị trầm cảm hoặc các tình trạng khác có thể ảnh hưởng đến khả năng đưa ra quyết định của bệnh nhân căn cứ theo Đạo luật này (Điều 1). Ngoài ra, Điều 6 Đạo luật cũng quy định, bệnh nhân sẽ không được cấp thuốc để kết thúc cuộc sống cho đến khi người thực hiện tư vấn xác định nội dung đã nêu ở trên. Như vậy, việc đánh giá “sức khỏe tâm thần” là một hoạt động bắt buộc trong quy trình. Điều này bắt nguồn từ mối quan tâm về sự an toàn và việc bảo vệ bệnh nhân, nhằm đảm bảo quyết định của bệnh nhân không bị thúc đẩy bởi một rối loạn trầm cảm có thể điều trị. Tuy nhiên, theo pháp luật của hầu hết các tiểu bang đã hợp pháp hóa vấn đề này, hoạt động trên lại không là một bước bắt buộc trong quy trình.

¹¹ Tức là bệnh của họ có thể điều trị thành công hay không, họ sẽ hồi phục hay tái phát bệnh.

Theo đó, nếu một trong hai bác sĩ (bác sĩ chăm sóc hoặc bác sĩ tư vấn) tin rằng một rối loạn tâm thần hoặc tâm lý làm suy yếu phán đoán của bệnh nhân thì họ mới phải giới thiệu bệnh nhân đến gặp bác sĩ tâm lý hoặc nhà tâm lý học. Nói cách khác, Hawaii là tiểu bang duy nhất đặt ra yêu cầu bắt buộc này¹². Cơ quan lập pháp tiểu bang Hawaii cũng nhận thức được gánh nặng của yêu cầu này, đặc biệt là đối với bệnh nhân ở nông thôn, nên Điều 1 Đạo luật đã cho phép tư vấn trên có thể được thực hiện thông qua telehealth¹³.

Bước 2: Thời gian chờ đợi lần đầu. Theo Điều 9 Đạo luật, sau khi yêu cầu bằng miệng lần đầu tiên, bệnh nhân phải đợi tối thiểu 20 ngày để thực hiện yêu cầu bằng miệng thứ hai. Theo thống kê của Bộ Y tế Hawaii, trên thực tế, thời gian chờ đợi trung bình là 27 ngày, thời gian chờ đợi lâu nhất là 100 ngày. Tuy nhiên, qua quá trình triển khai Đạo luật, nhiều ý kiến cho rằng, thời gian chờ đợi này là quá dài làm cho cái chết của bệnh nhân có khả năng xảy ra trước khi kết thúc thời gian chờ đợi hoặc gây khó khăn cho bệnh nhân trong việc gặp bác sĩ chăm sóc khi họ nghỉ phép¹⁴. Hơn nữa, theo pháp luật hầu hết các tiểu bang ở Hoa Kỳ đã hợp pháp hóa quyền này, thời gian chờ đợi thường chỉ là 15 ngày. Theo một số ý kiến, không có bằng chứng nào cho thấy thời gian

chờ đợi kéo dài 15 ngày là không đủ cũng như việc tăng thêm 05 ngày chờ đợi sẽ bổ sung thêm giá trị bảo vệ cho bệnh nhân¹⁵. Do đó, quy định thời gian chờ đợi là 20 ngày được đánh giá là một trở ngại đối với bệnh nhân hơn là một biện pháp bảo vệ khi họ tiếp cận quyền này.

Bước 3: Yêu cầu bằng miệng lần thứ hai. Bệnh nhân có thể đưa ra yêu cầu bằng miệng lần thứ hai bất cứ lúc nào sau thời gian chờ đợi 20 ngày. Vào thời điểm bệnh nhân đưa ra yêu cầu này, bác sĩ chăm sóc phải đưa ra đề nghị cho bệnh nhân về việc hủy bỏ yêu cầu (Điều 9). Nếu tại bước này, bác sĩ chăm sóc không thực hiện đề nghị trên thì bệnh nhân sẽ không được cung cấp toa thuốc theo quy định của Đạo luật (Điều 10).

Bước 4: Yêu cầu bằng văn bản. Sau khi thực hiện yêu cầu bằng miệng lần đầu, bệnh nhân có thể gửi yêu cầu bằng văn bản cho bác sĩ chăm sóc bất cứ lúc nào. Tuy nhiên, thời điểm thực hiện yêu cầu này phải là sau khi thực hiện yêu cầu bằng miệng lần đầu và trước khi bác sĩ viết đơn thuốc ít nhất là 48 giờ.

Yêu cầu bằng văn bản được thực hiện theo mẫu tại phần 23 của Đạo luật. Theo Điều 3 Đạo luật, yêu cầu bằng văn bản của bệnh nhân phải được chứng kiến bởi ít nhất hai cá nhân. Theo đó, với sự có mặt của bệnh nhân, hai nhân chứng này phải chứng thực rằng: Với tất cả sự hiểu biết và niềm tin của họ, bệnh nhân là người tỉnh táo, hành động tự nguyện và không bị ép buộc ký vào yêu cầu. Đồng thời, Điều 3 Đạo luật chỉ rõ rằng một trong hai nhân chứng không được là người có quyền và nghĩa vụ liên quan tới bệnh nhân. Chẳng hạn như, người

¹² Patients, family members, and care support resources, <https://health.hawaii.gov/opppd/patients-family-and-care-support/>, truy cập ngày 13/3/2020.

¹³ Telehealth được hiểu là việc sử dụng công nghệ video và âm thanh tương tác (thông qua máy tính hoặc điện thoại thông minh có kết nối internet) cho phép giao tiếp giữa bác sĩ và bệnh nhân tại nhà hoặc một vị trí xác định nhằm mục đích chẩn đoán, tư vấn hoặc điều trị.

¹⁴ 2019 Legislative Report, <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2020/01/OPPPD-Our-Care-Our-Choice-Act-Annual-Report-2019-3.pdf>, truy cập ngày 13/3/2020.

¹⁵ Medical Aid In Dying In Hawaii: Appropriate Safeguards Or Unmanageable Obstacles?, <https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hblog20180808.14380/full/>, truy cập ngày 13/3/2020.

thân của bệnh nhân theo huyết thống, kết hôn hoặc nhận con nuôi; người sẽ được hưởng di sản của bệnh nhân khi bệnh nhân chết; chủ sở hữu, người điều hành hoặc nhân viên của một cơ sở chăm sóc sức khỏe nơi bệnh nhân đang điều trị. Ngoài ra, bác sĩ chăm sóc của bệnh nhân cũng không được làm nhân chứng. Những quy định này nhằm đảm bảo tính khách quan cho việc làm chứng yêu cầu bằng văn bản của bệnh nhân. Giống như yêu cầu bằng miệng đầu tiên, bệnh nhân có thể hủy bỏ yêu cầu bằng văn bản bất cứ lúc nào và bằng bất kỳ cách nào.

Bước 5: Thời gian chờ đợi lần thứ hai. Theo Điều 11 Đạo luật, bác sĩ chăm sóc phải chờ ít nhất là 48 giờ kể từ khi nhận được yêu cầu bằng văn bản để viết đơn thuốc. Đồng thời, việc viết đơn thuốc cũng phải cách yêu cầu bằng miệng lần đầu tiên ít nhất là 20 ngày. Tuy nhiên, pháp luật một số bang như California và Colorado không quy định thời gian chờ đợi thứ hai này nhằm tránh mất thời gian của bệnh nhân.

Bước 6: Viết đơn thuốc. Sau khi tất cả các bước trên được hoàn thành, bác sĩ chăm sóc tiến hành viết đơn thuốc. Thuốc được kê thường có chi phí từ 400 đến 4000 đô la, thậm chí là nhiều hơn tùy theo sự lựa chọn của bệnh nhân¹⁶. Tại thời điểm viết đơn thuốc hoặc phân phối thuốc (Bước 6), bác sĩ chăm sóc phải gửi cho bệnh nhân mẫu chứng thực cuối cùng (final attestation form) để bệnh nhân hoàn thành trong vòng bốn mươi tám giờ trước khi bệnh nhân tự sử dụng thuốc theo đơn thuốc của bác sĩ (Điều 24). Ngoài ra, trong vòng ba mươi ngày kể từ ngày viết đơn thuốc, bác sĩ chăm sóc phải nộp một bản sao yêu cầu bằng văn bản của

bệnh nhân cũng như bản sao của tất cả các tài liệu trong hồ sơ y tế¹⁷ của bệnh nhân cho Bộ Y tế của tiểu bang (Department of Health). Theo Báo cáo lập pháp năm 2019 của Hawaii, trong số 27 trường hợp bệnh nhân đủ điều kiện thì bác sĩ chăm sóc chỉ viết 12 đơn thuốc¹⁸.

Bước 7: Phân phối thuốc. Theo Điều 4 Đạo luật, sau khi viết đơn thuốc, một trong hai chủ thể sau có quyền phân phối thuốc cho bệnh nhân: *Một là*, bác sĩ chăm sóc với điều kiện bác sĩ này phải được phép phân phối các chất được kiểm soát theo quy định pháp luật, có chứng nhận của cơ quan phòng chống ma túy Hoa Kỳ hiện hành (Drug Enforcement Administration) và tuân thủ mọi quy tắc hành chính. *Hai là*, dược sĩ với điều kiện phải có sự đồng ý bằng văn bản của bệnh nhân. Trong trường hợp dược sĩ là người phân phối thuốc thì bác sĩ chăm sóc phải liên hệ với dược sĩ để thông báo về sự lựa chọn của bệnh nhân và về đơn thuốc. Đồng thời, bác sĩ chăm sóc sẽ chuyển trực tiếp đơn thuốc bằng thư hoặc phương tiện điện tử cho dược sĩ. Sau khi một trong hai chủ thể trên phân phối thuốc cho bệnh nhân, bệnh nhân có thể sử dụng thuốc bất cứ lúc nào hoặc có thể chọn không sử dụng thuốc. Nhưng, như đã nêu ở trên, trong vòng 48 giờ trước khi bệnh nhân tự sử dụng thuốc theo đơn thuốc của bác sĩ, bệnh nhân phải hoàn thành mẫu chứng thực cuối cùng. Trường hợp bệnh nhân sử dụng thuốc, vì thuốc được kê thường là thuốc ngủ với liều lớn, dạng bột nên hầu hết bệnh nhân sẽ ngủ yên cho đến khi cái chết xảy ra. Thường thì

¹⁶ Hawaii State Department of Health, Frequently asked questions, <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2018/12/FAQ-OCOC-final-.pdf>, truy cập ngày 13/3/2019.

¹⁷ Các loại tài liệu này được liệt kê đầy đủ tại Điều 12 Đạo luật.

¹⁸ 2019 Legislative Report, <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2020/01/OPPPD-Our-Care-Our-Choice-Act-Annual-Report-2019-3.pdf>, truy cập ngày 13/3/2020.

họ sẽ ngủ trong khoảng 10 phút sau khi uống thuốc và chết sau 1 đến 3 giờ (một số ít trường hợp là hơn 6 giờ)¹⁹. Theo Báo cáo lập pháp năm 2019 của Hawaii, chỉ có 19/27 bệnh nhân đủ điều kiện nhận toa thuốc. Trong đó, 14 bệnh nhân chết vì sử dụng thuốc được bác sĩ kê toa theo quy định của Đạo luật và 05 bệnh nhân đã không uống thuốc hỗ trợ khi chết²⁰.

Mặc dù Đạo luật không quy định về địa điểm sử dụng thuốc, nhưng nếu bệnh nhân sử dụng thuốc ở nơi công cộng mà gây phát sinh chi phí cho cơ quan chính phủ thì cơ quan này có quyền yêu cầu bồi thường đối với tài sản của người đó để thu hồi chi phí và phí luật sư hợp lý liên quan đến việc thực thi yêu cầu bồi thường (Điều 21). Đồng thời, Bộ Y tế Hawaii cũng khuyến nghị bệnh nhân nên đăng ký tham gia tại các cơ sở chăm sóc cuối đời để đảm bảo rằng sau khi chết, họ sẽ được chăm sóc một cách tôn trọng, kịp thời và phù hợp²¹.

Theo Báo cáo lập pháp năm 2019 của Hawaii, quy trình từ yêu cầu bằng miệng đầu tiên cho đến ngày nhận được đơn thuốc bằng văn bản là khoảng 34 ngày²².

Bước 8: Xử lý thuốc không sử dụng. Bệnh nhân cần chỉ định một người để xử lý tất cả các loại thuốc không sử dụng bằng cách

chuyển thuốc không sử dụng đến cơ sở đủ điều kiện gần nhất xử lý hợp pháp (Điều 15).

Bước 9: Báo cáo. Theo Điều 14 Đạo luật, trong vòng ba mươi ngày sau khi bệnh nhân tử vong do uống thuốc đã được phân phối hoặc do bất kỳ nguyên nhân nào khác, bác sĩ chăm sóc sẽ gửi báo cáo với đầy đủ thông tin liên quan đến Bộ Y tế của tiểu bang (Department of Health).

2.3. Các hành vi bị cấm và hình phạt

Theo Điều 20 Đạo luật, những hành vi sau được xem là phạm trọng tội hạng A (tức là một tội có thể bị phạt tù tới 20 năm và phạt tiền tới 50.000 đô la²³):

(1) Cố tình đưa ra, hoàn thành, thay đổi hoặc chuyển nhượng yêu cầu kê đơn cho người khác; che giấu hoặc làm mất hiệu lực bất kỳ tài liệu nào về việc hủy bỏ yêu cầu kê đơn của người khác.

(2) Cố tình ép buộc hoặc xúi giục bệnh nhân bằng vũ lực, lừa đảo hoặc đe dọa để bệnh nhân yêu cầu kê đơn thuốc.

Như vậy, Đạo luật “Our Care, Our Choice” đã có quy định rất chặt chẽ về những nội dung liên quan đến việc cấp thuốc cho một bệnh nhân nan y tự kết thúc cuộc sống của mình. So với pháp luật của các tiểu bang khác ở Hoa Kỳ, Đạo luật này được đánh giá là đưa ra những quy định khá “ng nghiêm ngặt” như: Một là, tăng thời gian chờ đợi đầu tiên lên đến 20 ngày; hai là, bắt buộc kiểm tra “sức khỏe tâm thần”. Sự “ng nghiêm ngặt” này nhằm mục đích tạo nên sự an toàn hơn cho bệnh nhân và bác sĩ. Tuy nhiên, nó cũng được đánh giá là có khả năng gây nên những rào cản không đáng có cho các bệnh nhân khi họ tiếp cận quyền này.

¹⁹ How Death with Dignity Laws Work, <https://www.deathwithdignity.org/learn/access/>, truy cập ngày 13/3/2020.

²⁰ 2019 Legislative Report, <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2020/01/OPPPD-Our-Care-Our-Choice-Act-Annual-Report-2019-3.pdf>, truy cập ngày 13/3/2020.

²¹ Hawaii State Department of Health, Frequently asked questions, <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2018/12/FAQ-OCOC-final-.pdf>, truy cập ngày 13/3/2019.

²² 2019 Legislative Report, <https://health.hawaii.gov/opppd/files/2020/01/OPPPD-Our-Care-Our-Choice-Act-Annual-Report-2019-3.pdf>, truy cập ngày 13/3/2020.

²³ *Hawaii Felony Crimes by Class and Sentences*, <https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/felony-offense/hawaii-felony-class.htm>, truy cập ngày 13/3/2020.

3. Những kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam

3.1. Nhận thức và sự cần thiết trong việc hợp pháp hóa quyền được chết ở Việt Nam

Ở Việt Nam, vấn đề cho phép một bệnh nhân nan y có được một toa thuốc do bác sĩ kê để tự kết thúc cuộc sống của mình là vấn đề chưa phổ biến, nhưng cũng không hoàn toàn xa lạ, mới mẻ. Bởi lẽ, quyền được chết đã từng được đề cập đến trong dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự vào năm 2005²⁴, dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 vào năm 2013²⁵, dự thảo Luật Dân số vào năm 2013²⁶ và dự thảo sửa đổi Bộ luật Dân sự vào năm 2015²⁷. Tuy nhiên, trong các lần đề xuất trên, quyền được chết mặc dù nhận được sự quan tâm của các đại biểu Quốc hội, nhưng vẫn được đánh giá là một vấn đề nhạy cảm, còn nhiều ý kiến tranh luận khác nhau và không phù hợp với đạo lý người Á Đông. Do đó, việc hợp pháp hóa quyền này ở Việt Nam là quá sớm, cần thời gian lâu dài để thực hiện²⁸. Ngoài những lý do trên, quan điểm phổ biến hiện nay ở nước ta phản đối việc hợp pháp quyền được chết là vì lo

ngại rằng, quyền này sẽ gây nên rất nhiều hệ quả về pháp lý, y tế, đạo đức... Chẳng hạn như, việc lợi dụng quyền này để giết người có chủ đích nhằm chiếm đoạt tài sản; bức tử người già, người thiếu năng; sự ám ảnh của một người khi cầm bút ký để “ban cái chết” cho người thân của mình; sự không chính xác trong các chẩn đoán y tế... Những điều này sẽ ảnh hưởng rất xấu đến sự an toàn tính mạng của mọi người, thậm chí là gây hoang mang, bất ổn trong xã hội²⁹.

Tuy nhiên, xét về lâu dài, việc ghi nhận quyền được chết trong Hiến pháp và các văn bản pháp luật liên quan ở nước ta là điều vô cùng cần thiết bởi những lý do sau đây:

Thứ nhất, khi con người gặp đau đớn vì bệnh tật kéo dài mà y học cũng không thể cứu chữa thì việc họ tồn tại trong đau đớn về cả thể xác lẫn tinh thần có lẽ sẽ không nhẹ nhàng, êm ái bằng việc kết thúc cuộc sống. Bên cạnh đó, việc cố gắng chống chọi một cách miễn cưỡng, vô vọng với bệnh tật không chỉ làm cho bản thân người bệnh, mà còn cả những người thân thiết của họ khổ sở, đau đớn theo từng ngày. Thậm chí, điều này còn gây ra sự ám ảnh lương tâm của người chết vì gánh nặng vật chất mà họ để lại cho những người còn sống³⁰. Vì thế, việc cho phép người bị bệnh nan y được kết thúc cuộc sống của mình một cách nhẹ nhàng, thanh thản là vô cùng nhân văn và nhân đạo.

Thứ hai, nhu cầu sử dụng quyền được chết ở Việt Nam tuy chưa nhiều, nhưng đã, đang và sẽ tồn tại. Tuy chưa có nghiên cứu nào đưa ra con số chính thức về số lượng

²⁴ Phan Thương, Kiều Oanh, *Quyền được chết: Có nên đưa vào luật?*, <https://thanhnien.vn/thoi-su/quyen-duoc-chet-co-nen-dua-vao-luat-555080.html>, truy cập ngày 15/3/2020.

²⁵ Công Khanh, *Chưa quy định 'quyền được chết' vào Hiến pháp*, <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/chua-quy-dinh-quyen-duoc-chet-vao-hien-phap-652226.tpo>, truy cập ngày 15/3/2020.

²⁶ Hứa Thị Thảo, *Quyền được chết không khả thi ở nước ta hiện nay*, <https://tuoitre.vn/quyen-duoc-chet-khong-kha-thi-o-nuoc-ta-hien-nay-1134088.htm>, truy cập ngày 14/03/2020.

²⁷ Lan Anh, Sơn Hà, *Đề xuất đưa quyền được chết vào Bộ luật Dân sự?*, <https://tuoitre.vn/phong-ve/de-xuat-dua-quyen-duoc-chet-vao-bo-luat-dan-su-737417.htm>, truy cập ngày 15/3/2020.

²⁸ Nguyễn Mai Chi (2014), *Quyền an tử - Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sĩ luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 70.

²⁹ Hứa Thị Thảo, *Quyền được chết không khả thi ở nước ta hiện nay*, <https://tuoitre.vn/quyen-duoc-chet-khong-kha-thi-o-nuoc-ta-hien-nay-1134088.htm>, truy cập ngày 14/03/2020.

³⁰ Nguyễn Vinh Hưng (2018), *Cần bổ sung “quyền được chết” vào trong Bộ luật Dân sự năm 2015*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 9, tr. 45.

bệnh nhân có nhu cầu hưởng thụ quyền an tử trên phạm vi toàn quốc tại Việt Nam, nhưng ngày càng có nhiều phản ánh về các trường hợp muốn hưởng thụ quyền trên các phương tiện thông tin đại chúng, từ cả phía bác sĩ và bệnh nhân³¹.

Thứ ba, trong xu thế toàn cầu hóa và hội nhập, với sự phát triển ngày càng mạnh mẽ và sâu rộng của các phương tiện thông tin truyền thông, đặc biệt là mạng xã hội, báo chí... người dân Việt Nam sẽ được biết về sự tồn tại của quyền được chết và tiếp cận các thông tin liên quan tới quyền. Theo đó, nhu cầu sử dụng quyền sẽ hình thành và phát triển. Do đó, nếu Nhà nước không kịp thời nghiên cứu để quy định về quyền này, trường hợp công dân Việt Nam tìm kiếm việc sử dụng quyền ở một quốc gia khác, chẳng hạn Thụy Sĩ là hoàn toàn có thể xảy ra. Điều này sẽ tạo nên gánh nặng về chi phí trong việc di chuyển, trở ngại cho bệnh nhân trong ngôn ngữ, tiếp cận pháp luật nước ngoài, đặc biệt là làm cho Nhà nước khó khăn hơn trong việc bảo hộ công dân của mình.

3.2. Một số kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam từ Đạo luật Our Care, Our Choice của tiểu bang Hawaii (Hoa Kỳ)

Việc hợp pháp hóa một quyền thường diễn ra theo con đường là nhận thức của công chúng về quyền dần thay đổi và bắt đầu tác động đến chính quyền để công nhận quyền đó³². Vì vậy, trước khi chính thức đưa quyền được chết vào pháp luật, việc nghiên cứu cơ sở lý luận, cơ sở thực tế và kinh nghiệm nước ngoài là vô cùng quan trọng.

Để từ đó, các nhà lập pháp có thể “vẽ” ra một “bức tranh toàn cảnh” về các quy định pháp luật đối với quyền được chết nhằm giúp người dân biết và hiểu về quyền này, làm tiền đề cho việc hợp pháp hóa quyền.

Theo đó, những quy định về quyền được chết mà Việt Nam có thể tham khảo từ Đạo luật Our Care, Our Choice của tiểu bang Hawaii bao gồm:

Thứ nhất, điều kiện để một người được sử dụng quyền được chết.

Về tiêu chí độ tuổi, nếu hợp pháp hóa quyền này, bước đầu pháp luật nên quy định độ tuổi được hưởng quyền là từ 18 tuổi trở lên. Một số quan điểm cho rằng, việc cấm hoàn toàn người dưới 18 tuổi thực hiện quyền này là không cần thiết, chỉ cần quy định chặt chẽ hơn các điều kiện hưởng quyền như có thực hiện tư vấn tâm lý, sự đồng ý của người giám hộ³³. Tuy nhiên, điều này là khá rủi ro trong việc đảm bảo sự tự nguyện và “quyết định có hiểu biết” của bệnh nhân khi đưa ra yêu cầu. Vì trong một số trường hợp, nhận thức về quyền được chết của người dưới 18 tuổi, đặc biệt là trẻ em có thể sẽ hạn chế hơn.

Về tiêu chí năng lực của người được hưởng quyền, theo pháp luật Hawaii, việc xác định “năng lực” của người hưởng quyền là do bác sĩ chăm sóc, bác sĩ tư vấn hoặc bác sĩ tâm lý/chuyên gia tâm lý tiến hành. Tuy nhiên, để đảm bảo sự chặt chẽ trong điều kiện hưởng quyền, tiêu chí này nên được kế thừa và quy định theo hướng phù hợp với pháp luật Việt Nam là người này phải có năng lực hành vi dân sự.

Về tiêu chí quốc tịch, đây là tiêu chí pháp luật Việt Nam có thể tham khảo để quy

³¹ Nguyễn Mai Chi (2014), *Quyền an tử - Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sĩ luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 70.

³² Vũ Công Giao, Nguyễn Minh Tâm (2016), *Quyền an tử theo Luật nhân quyền quốc tế, pháp luật ở một số quốc gia và gợi mở cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 4, tr. 64.

³³ Nguyễn Mai Chi (2014), *Quyền an tử - Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sĩ luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 80.

định người hưởng quyền chỉ là công dân Việt Nam, không bao gồm người nước ngoài và người không quốc tịch. Điều này nhằm tránh sự phức tạp trong các hoạt động sau khi một người nước ngoài/người không quốc tịch dùng quyền được chết để tiến hành kết thúc cuộc sống trên lãnh thổ Việt Nam.

Về tiêu chí đã được chẩn đoán mắc bệnh nan y, nếu nước ta hợp pháp hóa quyền được chết thì bước đầu chỉ nên cho phép người mắc bệnh nan y được hưởng quyền. Người sống thực vật, người khuyết tật và người cao tuổi không nên là đối tượng được hưởng quyền. Điều này sẽ tránh được việc lạm dụng quyền để xâm phạm tính mạng của người khác nhằm mục đích vụ lợi. Đặc biệt, trong trường hợp người bệnh là người sống thực vật thì việc cho phép áp dụng quyền sẽ không thể đảm bảo ý chí tự nguyện của bệnh nhân. Đồng thời, một kinh nghiệm của Hawaii mà pháp luật Việt Nam có thể tham khảo là việc quy định khái niệm “bệnh nan y” nên theo hướng chỉ ra nội hàm của khái niệm, chứ không nên liệt kê các bệnh được xem là bệnh nan y. Bởi lẽ, với sự tiến triển phức tạp của các bệnh nan y trong thực tế, việc liệt kê sẽ làm pháp luật trở nên lỗi thời, lạc hậu so với đời sống xã hội.

Về tiêu chí tự nguyện bày tỏ mong muốn được chết, đây là tiêu chí bắt buộc phải có khi một người muốn sử dụng quyền. Theo đó, pháp luật Việt Nam có thể tham khảo các quy định thể hiện tiêu chí này, như: Bệnh nhân phải thực hiện hai yêu cầu bằng miệng, một yêu cầu bằng văn bản và tự mình thực hiện các yêu cầu này đối với bác sĩ; người thân hay gia đình bệnh nhân sẽ không thể giúp bệnh nhân thực hiện yêu cầu.

Thứ hai, về quy trình thực hiện quyền. Pháp luật Việt Nam có thể tham khảo kinh nghiệm của Đạo luật Our Care, Our Choice trong việc quy định yêu cầu bằng miệng lần

đầu tiên phải cách yêu cầu bằng miệng lần thứ hai một khoảng thời gian nhất định. Tuy nhiên, khoảng thời gian cụ thể này là bao nhiêu thì phải dựa vào sự nghiên cứu, đánh giá tác động... của các nhà lập pháp khi tiến hành xây dựng quyền. Bởi lẽ, khoảng thời gian 20 ngày của Đạo luật được đánh giá là quá dài, có thể dẫn đến nhiều bất cập như đã phân tích. Do đó, nếu tham khảo Đạo luật này, pháp luật Việt Nam có thể quy định linh hoạt theo hướng nếu các bác sĩ tham gia vào quy trình cho rằng cái chết tự nhiên của bệnh nhân xuất hiện trước khi hết thời gian chờ đợi đầu tiên thì bác sĩ có thể thông báo cho bệnh nhân về việc từ chối thời gian chờ đợi đầu tiên. Nếu bệnh nhân từ chối, thời gian chờ đợi đầu tiên này sẽ không cần phải áp dụng.

Ngoài ra, một kinh nghiệm tham khảo rất hữu ích trong quy trình thực hiện quyền là bác sĩ phải luôn luôn nhắc nhở bệnh nhân về việc bệnh nhân có thể hủy bỏ yêu cầu bất cứ lúc nào và bằng bất cứ cách nào mà không liên quan đến trạng thái tinh thần của bệnh nhân. Điều này sẽ đảm bảo tốt cho sự tự nguyện về mặt ý chí của bệnh nhân khi tiếp cận quyền. Đồng thời, pháp luật cũng nên quy định rõ các bác sĩ được tự nguyện tham gia vào quy trình này.

Thứ ba, pháp luật Việt Nam cũng nên có những quy định về hành vi vi phạm quyền và hình phạt tương ứng. Đây là một điều mà nước ta có thể tham khảo kinh nghiệm của Hawaii về các hành vi vi phạm như: Cố tình đưa ra, hoàn thành, thay đổi yêu cầu thực hiện quyền; che giấu hoặc làm mất hiệu lực bất kỳ tài liệu nào về việc hủy bỏ yêu cầu thực hiện quyền của người khác; cố tình ép buộc hoặc xúi giục bệnh nhân bằng vũ lực, lừa đảo hoặc đe dọa để bệnh nhân yêu cầu thực hiện quyền... Hình phạt tương ứng có thể là phạt tiền, phạt tù.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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