

THÔNG RA MỘT KỶ

2(334)

2016

NUM TH 45

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. Ồ TR C
PGS.TS. B XUÂN C
PGS.TS. PH H H I
PGS.TS. TR N NH H O
PGS.TS. H TH MAI H I N
PGS.TS. PH M H O U N G H O
PGS.TS. NGUYỄN NH PH T
PGS.TS. L MINH TH H H G
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T N
GS.TS. V KH NH VINH
PGS.TS. NH NG C V NG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 04.39713333
Fax: 04.39764534
Email:
tcnnp1@isl.gov.vn

Giấy phép ho ng
b ch s 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy Lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ TRỊNH ĐỨC THẢO – HOÀNG MINH HỘI: Ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay – lý luận và thực tiễn 3

❖ CHÂU HOÀNG THÂN: Thách thức và định hướng triển khai áp dụng án lệ ở Việt Nam 11

❖ CAO VŨ MINH: Một số điểm tiên bộ của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 19

❖ LÊ VIỆT SƠN: Bất cập trong các quy định về đối tượng khiếu nại là quyết định hành chính theo Luật Khiếu nại năm 2011 27

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ TƯỜNG DUY KIÊN: Các yếu tố quyết định đến sự lựa chọn mô hình cơ quan nhân quyền quốc gia ở Việt Nam hiện nay 32

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ NGUYỄN QUYẾT THẮNG: Quyền tài phán trong các điều ước đa phương về chống khủng bố và vấn đề nội luật hóa trong pháp luật hình sự Việt Nam 36

❖ NGUYỄN TIẾN ĐẠT: Thương lượng nhận tội trong tố tụng hình sự - kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho pháp luật Việt Nam 43

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ

❖ NGÔ VĨNH BẠCH DƯƠNG – NGUYỄN THU DUNG: Bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật ở Việt Nam hiện nay 48

❖ BÙI ĐỨC GIANG: Pháp luật về bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai 52

❖ THÂN VĂN TÀI: Thông tin trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất 57

❖ VŨ THỊ HẢI YẾN: Bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý theo quy định của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương 62

GÓP Ý DỰ ÁN LUẬT

❖ NGUYỄN VĂN QUÂN: Về loại hình hội không có tư cách pháp nhân và một số góp ý cho Dự thảo Luật về Hội 72

LUẬT QUỐC TẾ

❖ NGUYỄN SƠN: Đối xử tối huệ quốc trong pháp luật thương mại quốc tế 77

MONTHLY ISSUE

2(334)

2016

45TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnp1@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW THEORY, ADMINISTRATIVE LAW

❖ TRINH DUC THAO – HOANG MINH HOI: Legal Consciousness in Law Enforcement Mechanism with respect to Responsibility of the Leads of Vietnam's Administrative Agencies –Theory and Practice 3

❖ CHAU HOANG THAN: Challenge of and Direction for the Application of Case Law in Vietnam 11

❖ CAO VU MINH: Some Good Issues of the Law on Enactment of Legal Normative Documents of 2015 19

❖ LE VIET SON: Shortcomings of Provisions on Complained Subjects as Administrative Decisions under the Law on Complaining of 2011 27

HUMAN RIGHTS

❖ TUONG DUY KIEN: Factors Affecting the Choice of the Model of Vietnam's National Human Right Institution 32

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ NGUYEN QUYET THANG: Jurisdictional Rights in Multilateral Treaties on Anti-terrorism and Their Translation into Vietnam's Criminal Law 36

❖ NGUYEN TIEN DAT: Negotiation of Crime Confession in Criminal Procedure – International Experiences and Implications for Vietnamese Law 43

ECONOMIC LAW, LAND LAW, INTELLECUAL PROPERTY RIGHTS

❖ NGO VINH BACH DUONG – NGUYEN THU DUNG: Investor Protection in the Situations of Law and Policy Changes in Vietnam 48

❖ BUI DUC GIANG: Law and Regulation on Guarantee for Saleor Rent of Future Housing 52

❖ THAN VAN TAI: Information in the Certificate of Land Use Right 57

❖ VU THI HAI YEN: Protection of Trademarks and Geographical Indications under the Trans-Pacific Partnership Agreement 62

COMMENT FOR DRAFT LAWS

❖ NGUYEN VAN QUAN: On Associations without Legal Entity Status and Some Comments for the Draft Law on Associations 72

INTERNATIONAL LAW

❖ NGUYEN SON: Most Favoured Nation Treatment in International Trade Law 77

Ý THỨC PHÁP LUẬT TRONG CƠ CHẾ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ TRÁCH NHIỆM CỦA NGƯỜI ĐỨNG ĐẦU CƠ QUAN HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY – LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

*Trịnh Đức Thảo**
*Hoàng Minh Hội***

Tóm tắt: Cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước là quá trình vận động của các phương tiện pháp lý tác động lên quan hệ xã hội bảo đảm hiệu quả của việc thực hiện pháp luật. Trong đó, ý thức pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước có vai trò quan trọng, xuyên suốt tất cả các yếu tố và các giai đoạn của cơ chế thực hiện pháp luật. Bài viết luận giải một số vấn đề lý luận và thực tiễn về vai trò của ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước.

Abstract: Law enforcement mechanism with respect to responsibility of the leads of administrative agencies is the operation of legal means affecting social relations to ensure the efficiency of law enforcement. In such mechanism, legal consciousness relating to responsibility of the leads of administrative agencies plays an important role. This article discusses some theoretical and practical issues on the role of legal consciousness in law enforcement mechanism with respect to responsibility of the leads of administrative agencies.

1. Vai trò của ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước

Pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước (NĐĐCQHCCNN) là tổng thể các quy phạm pháp luật có mối liên hệ chặt chẽ, thống nhất, tạo thành chế định pháp luật, thể hiện trong các văn bản quy phạm pháp luật (do

cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành theo trình tự luật định để điều chỉnh các quan hệ về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN, nhằm phát huy vai trò của NĐĐCQHCCNN, bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức, lợi ích của nhà nước và xã hội. Ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN là những tư tưởng, học thuyết, quan điểm, sự đánh giá của các chủ thể pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN.

Về nội dung, ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN gồm tâm lý pháp luật và hệ tư tưởng pháp luật. Tâm lý pháp luật là những trạng thái cảm xúc, tình cảm, thái độ về tính đúng đắn, hợp pháp hay không hợp pháp của cá nhân, cán bộ, công

* PGS.TS., Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

** TS., Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

Nghiên cứu này được công bố trong khuôn khổ thực hiện đề tài: Cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu các cơ quan hành chính, mã số III 2.2.2012.08 do Quỹ phát triển khoa học và công nghệ quốc gia (Nafosted) tài trợ.

chức đối với pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN. Hệ tư tưởng pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN là tổng thể các tư tưởng, học thuyết, quan điểm khoa học về pháp luật trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN trong việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ; trách nhiệm tổ chức, điều hành thực hiện chức năng, nhiệm vụ của tổ chức, cơ quan, đơn vị; tổ chức quản lý đội ngũ cán bộ, công chức thuộc quyền; quản lý tài sản công; điều chỉnh trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN đối với các quyết định hành chính (QĐHC) của mình và của tập thể; các biện pháp trách nhiệm pháp lý của nhà nước áp dụng đối với NĐĐCQHCCNN khi họ có hành vi vi phạm pháp luật.

Về hình thức biểu hiện, xét theo tiêu chí về mức độ, trình độ và phạm vi nhận thức, ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN bao gồm ý thức pháp luật thông thường, ý thức pháp luật mang tính nghề nghiệp, ý thức pháp luật mang tính lý luận. Theo tiêu chí về chủ thể, ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN có ý thức pháp luật cá nhân, ý thức pháp luật nhóm và ý thức xã hội.

Thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN là những hoạt động có mục đích, nhằm làm cho những quy định của pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCC được thực hiện có hiệu quả, trở thành những hành vi thực tế và hợp pháp của các chủ thể trong quan hệ pháp luật. Hoạt động thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN có nhiều yếu tố, mỗi yếu tố có vị trí nhất định, tác động qua lại chặt chẽ, thống nhất, tạo thành cơ chế thực hiện pháp luật nghiêm ngặt, bảo đảm hiệu quả của điều chỉnh pháp luật. Có thể hiểu: cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN là quá trình vận động của

các phương tiện pháp lý (quy phạm pháp luật, ý thức pháp luật, hình thức thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN tác động lên quan hệ xã hội bảo đảm hiệu quả của thực hiện pháp luật, đáp ứng yêu cầu của hoạt động quản lý nhà nước¹.

Về cấu trúc, cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN bao gồm nhiều yếu tố cấu thành. Yếu tố thứ nhất là các quy phạm pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN. Yếu tố này quyết định sự vận hành cơ chế vì chúng chứa đựng những yêu cầu đối với hành vi của NĐĐCQHCCNN và các chủ thể khác khi tham gia quan hệ pháp luật cụ thể. Yếu tố thứ hai là ý thức pháp luật của các chủ thể, là yếu tố xuyên suốt của toàn bộ quy trình vận hành của cơ chế. Yếu tố thứ ba là các hình thức thực hiện pháp luật. Các hình thức thực hiện pháp luật có vai trò chuyển tải, cá biệt là yêu cầu của quy phạm pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN thông qua các hành vi của chủ thể trong quan hệ pháp luật. Yếu tố thứ tư là hiệu quả thực hiện pháp luật. Đây là yếu tố đồng thời là mục đích của cơ chế thực hiện pháp luật.

Từ những phân tích trên có thể nhận thấy, ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN có vị trí, vai trò quan trọng, xuyên suốt, tác động và lan tỏa đến tất cả các yếu tố và các giai đoạn của cơ chế thực hiện pháp luật:

- Với giai đoạn xây dựng pháp luật, ý thức pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN tạo tiền đề cho hoạt động xây dựng và ban hành các văn bản pháp luật

¹ Xem Trịnh Đức Thảo (2015), *Cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 6/2015, tr.18.

trong lĩnh vực này. Nếu các chủ thể xây dựng pháp luật và chủ thể tham gia soạn thảo các văn bản pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN có ý thức pháp luật cao sẽ ban hành được những văn bản pháp luật có chất lượng, phù hợp với cuộc sống, có tính khả thi. Ngược lại, trình độ và ý thức pháp luật của chủ thể xây dựng pháp luật chưa cao sẽ không tạo ra được hệ thống pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN có chất lượng và đáp ứng yêu cầu của thực tiễn.

- Với giai đoạn thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN, ý thức pháp luật có vai trò đặc biệt quan trọng, có tính quyết định việc thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN. Tùy theo vị trí khi tham gia vào quan hệ pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN cụ thể mà chủ thể có hình thức thực hiện pháp luật tương ứng. Cá nhân, cán bộ, công chức dưới quyền có thể sử dụng pháp luật tham gia với tư cách là người có quyền giám sát hành vi của NĐĐCQHCCNN để bảo đảm hiệu quả trong hoạt động quản lý hành chính; trong khi NĐĐCQHCCNN thực hiện pháp luật thông qua việc tuân thủ, kiểm chế không làm những điều mà pháp luật cấm, hay sử dụng pháp luật để thực hiện nhiệm vụ được giao trong quản lý hành chính nhà nước.

Khi gặp tình huống trong thực tiễn, với tư cách là chủ thể tham gia quan hệ pháp luật (cá nhân, cán bộ, công chức, người đứng đầu, người có thẩm quyền) lựa chọn hành vi xử sự hợp lý thông qua các hình thức thực hiện pháp luật. Trong trường hợp này, ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN quan trọng và quyết định tính đúng đắn của hành vi chủ thể thực hiện, bảo đảm hiệu quả của hoạt động thực hiện pháp luật.

Ý thức pháp luật tốt sẽ làm cho các chủ thể có tình cảm với pháp luật, không thực hiện hành vi vi phạm pháp luật; đồng thời họ sử dụng pháp luật để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các cơ quan nhà nước, cá nhân, tổ chức tốt hơn. Ý thức pháp luật cao sẽ giúp các chủ thể thực hiện pháp luật nâng cao hiểu biết về pháp luật, từ đó hình thành niềm tin, tình cảm để thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN. Bên cạnh đó, ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN giúp cho người dân, cán bộ, công chức thực hiện quyền giám sát và phản biện xã hội đối với quá trình thực hiện pháp luật, góp phần bảo đảm hiệu quả thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN.

- Với giai đoạn áp dụng pháp luật, quá trình thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN kết thúc hay tiếp tục kéo dài phụ thuộc vào mức độ phù hợp của hành vi thực hiện pháp luật của cán bộ, công chức, NĐĐCQHCCNN và các chủ thể khác với yêu cầu của quy phạm. Nếu hành vi của chủ thể pháp luật phù hợp, đáp ứng thì mục đích của hoạt động thực hiện pháp luật đã đạt được; còn ngược lại, quy trình tiếp tục kéo dài và lúc này xuất hiện chủ thể bắt buộc là nhà nước. Thông qua cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền trong cơ quan nhà nước tiếp tục “bảo trợ” cho quá trình thực hiện pháp luật bằng việc ra các quyết định pháp luật. Đối với những chủ thể áp dụng pháp luật, trình độ, ý thức pháp luật cao giúp họ có những lựa chọn phù hợp với các yêu cầu của pháp luật. Còn ngược lại, các chủ thể pháp luật sẽ bao che, không nêu gương, thậm chí chà đạp lên pháp luật hay lợi dụng chức vụ, quyền hạn để vi phạm pháp luật.

- Ở giai đoạn kiểm tra, đánh giá các chủ thể thực hiện pháp luật về trách nhiệm

của NĐĐCQHCCNN. Muốn biết được hiệu quả của hoạt động thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN đạt được hay chưa phải thông qua các hoạt động kiểm tra, đánh giá của cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền, của xã hội. Hoạt động kiểm tra, giám sát nhằm bảo đảm tính nghiêm minh của pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN. Trong quá trình các chủ thể thực hiện các hành vi có thể xuất hiện những biểu hiện lệch lạc, thờ ơ, vô trách nhiệm, hay “nhờn”, coi thường pháp luật, không nêu gương, né trách, buông xuôi khi thực hiện công vụ ở một bộ phận cá nhân, cán bộ, công chức. Do vậy, trong hoạt động kiểm tra, giám sát, ý thức pháp luật có vai trò uốn nắn những lệch lạc trong thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN. Đây là yêu cầu khách quan, cần thiết trong toàn bộ cơ chế thực hiện pháp luật nói chung và cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN nói riêng.

- Với giai đoạn tổng kết, đánh giá hiệu quả của thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN. Hiệu quả của cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN là số lượng, chất lượng của cải vật chất được tạo ra nhờ sự tác động của pháp luật, mức độ trật tự của đời sống xã hội. Trong đó, cần chú ý đến trạng thái quan hệ xã hội được biểu hiện ở những hành vi và ý thức của các chủ thể pháp luật. Như vậy, ý thức pháp luật như là kết quả của cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN. Đến lượt mình, ý thức pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN có vai trò quan trọng trong việc nhân rộng những kết quả đạt được; đồng thời tiếp thu những phản biện, rút kinh nghiệm để có những giải pháp tốt hơn trong hoạt động

xây dựng và thực hiện pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN.

2. Thực trạng của ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước

Từ thực tiễn pháp lý, có thể có những nhận định sau đây về ý thức pháp luật đối với trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN ở nước ta:

Một là, ý thức pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN của cán bộ, công chức không ngừng được nâng cao, phát huy tốt vai trò và khả năng của mình trong lãnh đạo, quản lý, điều hành nhiệm vụ được giao. Phần lớn cán bộ, công chức có tinh thần trách nhiệm trong công việc, giữ vững đạo đức, phẩm chất cách mạng, có ý thức tổ chức kỷ luật và chấp hành pháp luật. Người đứng đầu Chính phủ, Bộ, cơ quan ngang Bộ và cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương đã triển khai nhiều biện pháp đồng bộ trong công tác phòng, chống tham nhũng, thực hành tiết kiệm, thực hiện chế độ cung cấp thông tin, báo cáo và trách nhiệm giải trình thông qua nhiều hình thức khác nhau, qua đó bảo đảm quyền thông tin, giám sát của người dân, bảo đảm tính công khai, minh bạch trong hoạt động công vụ, tạo ra sự đồng thuận cao trong xã hội.

Hai là, công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN không ngừng được đổi mới cả nội dung, phương pháp và hình thức. Các cấp, các ngành đã chú ý nâng cao chất lượng trong việc tuyên truyền, phổ biến một số văn bản pháp luật quan trọng như Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, năm 2012); Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí năm 2013; Luật Tiếp công dân năm 2013; Nghị

định số 157/2007/NĐ-CP của Chính phủ quy định chế độ trách nhiệm đối với người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị của nhà nước trong thi hành nhiệm vụ, công vụ; Nghị định số 211/2013/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều Nghị định 107/2006/NĐ-CP quy định xử lý trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức khi để xảy ra tham nhũng trong cơ quan, tổ chức, đơn vị do mình quản lý, phụ trách; Nghị định số 90/2013/NĐ-CP quy định trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao...

Ba là, thông qua hình thức sử dụng pháp luật, NĐĐCQHCCNN ban hành các văn bản pháp luật hay các quyết định hành chính để thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn của mình. Tập thể và cấp phó, cán bộ, công chức trong cơ quan hành chính tham gia tích cực và có trách nhiệm cao trong thực hiện nhiệm vụ được giao. Trong việc quản lý vốn và tài sản của nhà nước, người đứng đầu của các Bộ, ngành, địa phương, các cơ quan hành chính đã xây dựng và ban hành các chương trình, kế hoạch tổ chức triển khai thực hành tiết kiệm, chống lãng phí. Đây là một trong những nhiệm vụ thường xuyên và là tiêu chuẩn để đánh giá, xếp loại chất lượng cán bộ, công chức hàng năm.

Bốn là, thông qua hình thức tuân thủ và chấp hành pháp luật, NĐĐCQHCCNN phát huy trách nhiệm trong quản lý, sử dụng ngân sách nhà nước, quản lý đầu tư xây dựng các dự án sử dụng ngân sách nhà nước, tiền, tài sản nhà nước, quản lý, sử dụng đất đai, trụ sở làm việc, nhà công vụ, quản lý, khai thác, sử dụng tài nguyên thiên nhiên; có trách nhiệm trong kiểm tra, thanh lý, xử lý vi phạm về quản lý thực hành tiết kiệm, chống lãng phí. NĐĐCQHCCNN ở Bộ, ngành, địa phương thực hiện trách nhiệm

chỉ đạo, tổ chức thực hiện các nhiệm vụ về cải cách hành chính, trong đó ưu tiên một số nhiệm vụ trọng tâm như triển khai thực hiện nhiệm vụ cải cách thủ tục hành chính theo cơ chế một cửa, một cửa liên thông, một cửa liên thông điện tử, áp dụng công nghệ thông tin trong quản lý hành chính nhà nước; minh bạch và kê khai tài sản, thu nhập cá nhân, xây dựng hệ thống tiêu chuẩn chức danh, ngạch bậc công chức, tổ chức tuyển dụng nhân sự công bằng, công khai; người đứng đầu Chính phủ, Bộ, ngành và địa phương triển khai nhiều biện pháp đồng bộ trong công tác phòng, chống tham nhũng, thực hiện trách nhiệm giải trình, chế độ báo cáo trước cơ quan cấp trên và tiếp dân theo quy định...

Năm là, hoạt động kiểm tra, giám sát việc thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN được tiến hành với nhiều cơ quan, như các tổ chức đảng, đoàn thể, Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, hệ thống cơ quan thanh tra nhà nước, thanh tra chuyên ngành, cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án, các cơ quan báo chí, các cán bộ, công chức, công dân. Với sự nỗ lực và trách nhiệm của toàn xã hội, các cấp chính quyền và cả hệ thống chính trị, những hành vi vi phạm pháp luật của các chủ thể được phát hiện kịp thời và xử lý nghiêm minh, có tác dụng răn đe, giáo dục, góp phần nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN.

Bên cạnh những kết quả đạt được, ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN còn có những bất cập.

Thứ nhất, một số cán bộ, công chức, NĐĐCQHCCNN có những biểu hiện thờ ơ, lãnh cảm trước những bức xúc của người dân về hành vi vi phạm pháp luật. Có

trường hợp, cán bộ, công chức thiếu gương mẫu, né tránh, không dám đấu tranh với những hành vi tiêu cực. Một bộ phận nhân dân có biểu hiện hoặc là coi thường pháp luật, hoặc là chưa thực sự tin tưởng vào sự công bằng, vào lẽ phải, vào sự công minh của pháp luật trước những hành vi vi phạm pháp luật không được xử lý nghiêm.

Thứ hai, có tình trạng, NĐĐCQHCCNN chưa chấp hành nghiêm các quy định về xác định trách nhiệm giữa cá nhân và tập thể trong hoạt động công vụ. Khi có sự việc xảy ra, họ không dám nhận trách nhiệm mà đổ lỗi cho tập thể hay cấp phó. Vì việc phân định thẩm quyền giữa người đứng đầu và tập thể chưa rõ nên khi thực hiện “vừa có hiện tượng dựa dẫm vào tập thể, không rõ trách nhiệm cá nhân, vừa không khuyến khích người đứng đầu có nhiệt tình, tâm huyết, dám nghĩ, dám làm; tạo kẽ hở cho cách làm việc tắc trách, trì trệ, hoặc lạm dụng quyền lực một cách tinh vi để mưu cầu lợi ích cá nhân”².

Thứ ba, thực tiễn cho thấy, không ít nơi NĐĐCQHCCNN ban hành QĐHC vượt quá thẩm quyền, sai luật, chủ quan và không tuân theo quy trình, thủ tục khoa học. Một số trường hợp, khi ban hành QĐHC, NĐĐCQHCCNN chưa thực sự cân nhắc giải quyết thỏa đáng quyền, lợi ích của người dân và doanh nghiệp, như các quyết định thu hồi đất, đền bù, hỗ trợ tái định cư... Một số quyết định ảnh hưởng đến nhiều người như: Quyết định cho phép xây dựng các nhà máy lớn, cảng biển, sân ga, bến cảng... được ban hành theo trình tự, thủ tục quá đơn giản,

bất hợp lý, thiếu chặt chẽ, nên không bảo đảm quyền lợi của các bên liên quan dẫn đến tình trạng, một số QĐHC ngay khi vừa ban hành đã gặp phải những phản ứng gay gắt của dư luận xã hội, khiến cơ quan ban hành phải thu hồi ngay, làm giảm lòng tin của người dân vào các cấp chính quyền³. Hoạt động quản lý vốn và tài sản nhà nước ở một số đơn vị còn thiếu thông tin, dẫn đến hiện tượng đầu tư, mua sắm, sử dụng và chi sai mục đích vốn và tài sản của nhà nước.

Thứ tư, một số trường hợp, NĐĐCQHCCNN buông lỏng quản lý, thiếu trách nhiệm trong việc phê duyệt hay cấp phép các dự án, đề án, gây tổn thất lớn cho nhà nước và xã hội; hàng loạt dự án bất động sản, nhà máy, bến cảng, trường học đang phát triển theo phong trào, quy mô không gắn với chất lượng, không cân đối cung cầu xã hội, gây lãng phí rất lớn⁴. Việc phân định thẩm quyền và trách nhiệm của cá nhân NĐĐCQHCCNN với tập thể chưa rõ ràng gây ra những lực cản trong việc áp dụng các chế tài đối với NĐĐCQHCCNN để xảy ra lãng phí. Theo kết quả tổng hợp của Ủy ban Tư pháp Quốc hội khóa XIII: Năm 2013, có 41 trường hợp NĐĐCQHCCNN, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị bị xử lý kỷ luật vì để xảy ra tham nhũng trong cơ quan, tổ chức, đơn vị do mình quản lý, phụ trách. Trong đó, có 04 trường hợp bị xử lý hình sự, 33 trường hợp bị xử lý hành chính, 04 trường hợp các cơ quan có thẩm quyền xem xét xử lý theo hình thức khác. Cũng theo số liệu báo cáo,

² Đảng Cộng sản Việt Nam (2012), Nghị quyết Hội nghị lần thứ 4 Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa XI): Một số vấn đề cấp bách về xây dựng Đảng hiện nay. Nguồn: <http://baodientu.chinhphu.vn>, truy cập ngày 17/1/2012.

³ Nguyễn Thị Kim Thoa và Dương Thị Bình, Dự án Luật Ban hành quyết định hành chính - Mục tiêu và những định hướng cơ bản. Nguồn <http://moj.gov.vn>, truy cập ngày 22/1/2015.

⁴ <http://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/truy-trach-nhiem-nguoi-dung-dau-neu-de-xay-ra-lang-phi-2834053.html>

số lượng các vụ án tham nhũng năm 2013 được phát hiện, xử lý tăng nhưng việc xử lý trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN để xảy ra tham nhũng lại giảm 14% so với cùng kỳ năm trước⁵. Kết quả tổng hợp của Thanh tra Chính phủ cho thấy, năm 2014 có 48 NĐĐCQHCCNN thiếu trách nhiệm để xảy ra hành vi tham nhũng, trong đó 03 người bị xử lý hình sự, 05 người bị cách chức, 40 người bị xử lý kỷ luật các hình thức cảnh cáo, khiển trách⁶.

Thứ năm, khi phát hiện dấu hiệu hành vi tham nhũng trong cơ quan, nhiều người đứng đầu đã không dám nhận trách nhiệm về mình hoặc nể nang, né tránh, đứng ngoài cuộc, thậm chí có hành vi bao che cho cấp dưới. Vẫn còn lúng túng trong việc xác định mức độ trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan cấp trên đối với sai phạm của người đứng đầu cơ quan cấp dưới hoặc trong trường hợp sai phạm liên quan đến nhiều ngành, nhiều cấp, nhiều cơ quan, đơn vị, bộ phận. Do vậy, qua thực tế cho thấy, cần xem xét việc qui trách nhiệm cụ thể, rõ ràng đối với người đứng đầu sai phạm nhưng cũng kịp thời biểu dương, khen thưởng những người đứng đầu đã chủ động phát hiện, xử lý nghiêm tham nhũng⁷.

Thực trạng trên đây có nhiều nguyên nhân, nhưng nguyên nhân cơ bản là:

- Pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN còn nhiều bất cập, thiếu thống nhất, thiếu tính toàn diện, tản mạn trong nhiều văn bản pháp luật gây khó khăn

cho việc thực hiện. Chưa có cơ chế phân định rõ ràng thẩm quyền và trách nhiệm giữa NĐĐCQHCCNN với người đứng đầu cấp ủy; giữa cá nhân NĐĐCQHCCNN với tập thể đơn vị. Trong khi đó, hoạt động giải thích pháp luật chưa được tiến hành thường xuyên nên có một số quy định pháp luật chưa được nhận thức thống nhất.

- Công tác giáo dục pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN có nơi còn hình thức, nặng về phong trào. Nội dung giáo dục mới chỉ chú trọng đến một số lĩnh vực cụ thể. Hình thức và phương pháp chưa thực sự đổi mới, phù hợp với đối tượng là cán bộ, công chức, NĐĐCQHCCNN, phù hợp với tính chất hoạt động công vụ để giúp cho đối tượng thực hiện pháp luật hiểu rõ nội dung, ý nghĩa của các quy định pháp luật, hiểu và ý thức được về quyền và nghĩa vụ pháp lý của mình. Kinh phí phục vụ cho công tác phổ biến, giáo dục pháp luật chưa đáp ứng được yêu cầu của công việc. Việc ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động giáo dục, tuyên truyền pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN chưa kịp thời.

- Hoạt động kiểm tra, giám sát và xử lý những hành vi vi phạm pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN chưa thật tích cực và chưa thường xuyên. Tình trạng “xử lý không nghiêm minh đối với hành vi vi phạm của các cơ quan quản lý, cơ quan và công chức nhà nước trong thực thi pháp luật vô hình trung đã làm cho người dân có ý thức coi thường pháp luật”⁸.

Về phía cơ quan, người có thẩm quyền áp dụng pháp luật, “có tình trạng nhằm lẫn

⁵ Ủy ban Tư pháp Quốc hội Khóa XIII (2013), Báo cáo 1543/BC-UBTP13 Thẩm tra Báo cáo của Chính phủ về công tác phòng, chống tham nhũng năm 2013.

⁶ Chính phủ (2014), Báo cáo số 382/BC-CP về công tác phòng, chống tham nhũng năm 2014.

⁷ Chính phủ (2014), Báo cáo số 382/BC-CP về công tác phòng, chống tham nhũng năm 2014.

⁸ PGS.TS. Nguyễn Quang Tuyền (2015), Đòi nét về văn hóa tôn trọng luật pháp ở Việt Nam. Nguồn <http://baodientu.chinhphu.vn>, truy cập ngày 05/02/2015.

giữa việc xử lý trách nhiệm của người đứng đầu khi để xảy ra tham nhũng với việc xử lý người đứng đầu đã trực tiếp thực hiện hành vi tham nhũng, hoặc áp dụng pháp luật khi xử lý trách nhiệm người đứng đầu còn lúng túng, có hiện tượng bỏ lọt tội phạm”⁹. Trên thực tế, những trường hợp người đứng đầu bị xử lý là do có liên đới hoặc đồng phạm với người có hành vi tham nhũng, còn số vụ việc xử lý trách nhiệm NĐĐCQHCCNN khi để xảy ra tham nhũng là rất ít.

3. Một số kiến nghị góp phần nâng cao của ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay

- *Tiếp tục xây dựng, ban hành các văn bản quy phạm pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN.* Về nội dung, cần hoàn thiện chế định pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội liên quan đến hoạt động của NĐĐCQHCCNN; các quy định phải bảo đảm phù hợp với Hiến pháp. Về hình thức, văn bản quy phạm pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN phải bảo đảm tính khả thi, dễ hiểu, bảo đảm cho các chủ thể đều sử dụng để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức và nhà nước.

- *Đổi mới, nâng cao chất lượng tuyên truyền, giáo dục pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN* thông qua các hình thức như tổ chức các lớp tập huấn, biên soạn giáo trình, sách giáo khoa tại các nhà trường, học viện và cấp phát các loại tài liệu đến các đối tượng thực hiện pháp luật; tổ chức tọa đàm,

diễn đàn đối thoại, tuyên truyền thông qua các báo chí, phương tiện truyền thông, mạng internet, các phiên tòa. Nội dung pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN cần gắn với các chuyên đề, bám sát thực tiễn cũng như yêu cầu, nhiệm vụ đối với NĐĐCQHCCNN trong tình hình mới.

- *Đề nâng cao ý thức pháp luật về trách nhiệm NĐĐCQHCCNN, cần phải xây dựng đội ngũ cán bộ có đủ năng lực, am hiểu kiến thức pháp luật* thực hiện tốt nhiệm vụ tuyên truyền, phổ biến, giáo dục ý thức pháp luật cho các tầng lớp nhân dân. Nâng cao kỹ năng, nghiệp vụ công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho đội ngũ báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật. Nhà nước phải có chính sách đãi ngộ thỏa đáng, khuyến khích, động viên tạo điều kiện để đội ngũ này hoàn thành tốt nhiệm vụ.

- *Phát huy vai trò giám sát của hệ thống chính trị* bao gồm giám sát của tổ chức đảng, Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức thành viên ở các cấp, của nhân dân và báo chí, phương tiện truyền thông đối với hoạt động thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN.

- *Đẩy mạnh công tác kiểm tra, giám sát việc thực hiện pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN.* Nâng cao vai trò của các cơ quan, phương tiện truyền thông đại chúng trong công tác đấu tranh phòng, chống tham nhũng, quan liêu, sách nhiễu, cửa quyền của cán bộ, công chức. Các hành vi vi phạm pháp luật về trách nhiệm của NĐĐCQHCCNN phải được phát hiện kịp thời, xử lý nghiêm minh.

⁹ <http://noichinh.vn/nguyen-cuu-trao-doi/201502/xu-ly-trach-nhiem-nguoi-dung-dau-khi-de-xay-ra-tham-nhung-trong-co-quan-to-chuc-don-vi-296984/>.

THÁCH THỨC VÀ ĐỊNH HƯỚNG TRIỂN KHAI ÁP DỤNG ÁN LỆ Ở VIỆT NAM

Châu Hoàng Thân*

Tóm tắt: Bài viết chỉ ra những thách thức khi triển khai áp dụng án lệ ở Việt Nam; đồng thời, phân tích một số nội dung cơ bản trong Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ, so sánh với định hướng phát triển án lệ tại Quyết định số 74/QĐ-TANDTC ngày 31/12/2012 về phê duyệt đề án phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao.

Abstract: This article points out challenge of the application of case law in Vietnam. It also analyses some issues in Resolution No. 03/2015/NQ-HĐTP dated 28 October 2015 of the Judge Council of the People's Supreme Court on the process of selection, publication and application of case law and compares them with the direction of case law development in Decision No. 74/QĐ-TANDTC dated 31 December 2014 of the People's Supreme Court approving the project of case law development.

1. Sự phát triển của án lệ ở Việt Nam

1.1. Giai đoạn từ thời kỳ phong kiến đến trước năm 1954

Bộ luật Hồng Đức, Bộ luật Gia Long được ban hành gồm có nội dung luật và lệ. Các lệ trong bộ luật nguyên là những bản án quan trọng đã xử trong thực tế. Chính vì vậy, có quan điểm cho rằng cả hai Bộ luật nổi tiếng trong thời kỳ phong kiến ở nước ta đã có án lệ (gọi là điều lệ) in kèm theo một số điều luật¹.

Trong thời kỳ phong kiến, nổi bật về án lệ là các hội điển như dưới triều Lê có Hồng Đức thiện chính thư, triều Nguyễn có Đại Nam điển lệ toát yếu, Đại Nam hội điển sự lệ... Ngoài ra, các triều Lê, Mạc, Tây Sơn,

Nguyễn đều có các quan chuyên trách lo về việc án, theo dõi, giám sát và tâu lên Vua các bản án điển hình để Vua chuẩn phê². Tuy nhiên, các bản án này chỉ được vận dụng xét xử khi được Vua ban hành dưới hình thức là lệ. Như vậy, pháp luật thời kỳ phong kiến ở Việt Nam các bản án đã có tầm ảnh hưởng nhất định nhưng việc sử dụng án lệ trong xét xử theo đúng bản chất vẫn chưa được ghi nhận.

Trong thời kỳ Pháp thuộc, án lệ của Pháp đã có những ảnh hưởng nhất định đến pháp luật nước ta thông qua việc Pháp ban hành các Bộ luật Dân sự ở Nam kỳ, Bắc kỳ và Trung kỳ; đồng thời thiết lập hệ thống tòa án Pháp tại Việt Nam. Giáo sư Vũ Văn Mẫu đã tiếp nhận quan điểm về án lệ trong pháp luật Pháp và giới thiệu trong các sách báo dùng cho giảng dạy Luật dân sự ở Sài

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

¹ Trương Thị Hòa, *Có thể tham khảo một số kỹ thuật án lệ đã từng áp dụng ở nước ta từ lâu đời, kỹ yếu Hội thảo án lệ trong hệ thống Thông luật và châu Âu lục địa: Hiến kế cho việc xây dựng và áp dụng án lệ tại Việt Nam*, Trường Đại học luật TP. Hồ Chí Minh, ngày 25/4/2014.

² Trương Thị Hòa (2014), *lđđ*, chú thích số 2.

Gòn³. Ông cho rằng, án lệ có vai trò là cơ sở để phát triển, thay đổi pháp luật mà ông gọi là các “dự bị pháp luật”⁴. Thời kỳ này, các bản án được công bố, được tập hợp và in thành tuyển tập xuất bản, nổi tiếng như: *Jurisprudence générale en matière civile, commerciale, administrative et indigène* của Michel, *Recueil de Jurisprudence générale en matière administrative, pénale, civile, française et indigène* của Sở Tư pháp Đông Dương xuất bản, gồm 4 quyển (án lệ 1890-1990, 1901-1909, 1909-1915, 1915-1936...) ⁵. Như vậy, án lệ của Pháp có những ảnh hưởng nhất định đến pháp luật Việt Nam, đã hình thành tư tưởng án lệ là nguồn bổ trợ pháp luật thành văn.

1.2. Giai đoạn từ năm 1954 đến trước 1975

- **Ở miền Bắc:** thuật ngữ “án lệ” đã xuất hiện trong các văn bản quy phạm pháp luật, cụ thể như: Thông tư của Thủ tướng Chính phủ số 442/TTg, ngày 19/1/1955 về việc trừng trị một số tội phạm, Thông tư số 19-VHH ngày 30/6/1955 của Bộ Tư pháp về việc áp dụng luật lệ, Chỉ thị số 772-TATC ngày 10/7/1959 của Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) về vấn đề đình chỉ áp dụng luật pháp cũ của đế quốc và phong kiến, Thông tư số 92-TC ngày 11/11/1959 của Bộ Tư pháp và TANDTC giải thích và quy định cụ thể về nhiệm vụ và quyền hạn của các TAND phúc thẩm Hà Nội, Hải Phòng và Vinh.

Bên cạnh đó, các tập chuyên san ngành luật đã có những chuyên mục về án lệ, như tập san Luật học; thậm chí Tập san Tư pháp (nay là Tạp chí Tòa án nhân dân) số 3 năm 1964, trong mục “Thuật ngữ luật học” đã nêu lên khái niệm án lệ⁶.

Tóm lại, giai đoạn này ghi nhận sự xuất hiện chính thức của “án lệ” trong các văn bản quy phạm pháp luật. Việc tuyển tập và bình luận các án lệ phổ biến hơn trên các tập chuyên san. Nhưng sau năm 1960, khái niệm “án lệ” không được sử dụng, thay vào đó thuật ngữ “luật lệ” được sử dụng nhiều như sách Luật lệ của nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa do Viện kiểm sát nhân dân tối cao xuất bản, sách Tập luật lệ tư pháp của Bộ Tư pháp...⁷.

- **Ở miền Nam:** Vào những năm 1960, Trần Thục Linh và Nguyễn Văn Thọ đã biên dịch các án lệ quan trọng của Pháp “Les grands arrêts de la jurisprudence civile” sang tiếng Việt⁸. Các tuyển tập về án lệ cũng xuất hiện phổ biến và được đánh giá cao ở miền Nam như: Án lệ vụng tập (1948 – 1967) của thẩm phán Trần Đại Khâm, xuất bản năm 1969; “*Án lệ lao động*” của Tuần Lý Huỳnh Khắc Dụng, Kim Lai ấn quán xuất bản, Sài Gòn, 1964; “*Mục lục hình sự*” của Trần Lý Huỳnh Khắc Dụng, Nhà sách Khai Trí xuất bản, gồm có 2 tập...⁹. Sự phát triển của án lệ ở miền Nam

³ Vũ Văn Mẫu, *Dân luật lược giảng*, Sài Gòn, năm 1968 [Trích theo Trương Thị Hòa (2014), *tlđđ*, chú thích số 2].

⁴ Nguyễn Văn Nam, *Lý luận và thực tiễn về án lệ trong hệ thống pháp luật của các nước Anh, Mỹ, Pháp, Đức và những kiến nghị đối với Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, năm 2012, tr.332.

⁵ Trương Thị Hòa (2014), *tlđđ*, chú thích số 2.

⁶ Nguyễn Văn Cường, *Triển khai phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao*, kỷ yếu Hội thảo án lệ trong hệ thống Thông luật và châu Âu lục địa: Hiến kế cho việc xây dựng và áp dụng án lệ tại Việt Nam, Trường Đại học luật TP. Hồ Chí Minh, ngày 25/4/2014, tr.14.

⁷ Nguyễn Văn Cường (2014), *tlđđ*, chú thích số 7.

⁸ Trần Thục Linh, Nguyễn Văn Thọ, *Những án lệ quan trọng dân luật*, Viện Đại học Huế, năm 1962 [Trích theo Nguyễn Văn Nam (2012), *tlđđ*, chú thích số 4, tr.332, 333].

⁹ Trương Thị Hòa (2014), *tlđđ*, chú thích số 2.

vẫn chịu ảnh hưởng sâu sắc tư tưởng của pháp luật Pháp.

1.3. Giai đoạn từ năm 1975 đến trước năm 2005

Sau khi thống nhất đất nước, Việt Nam nhanh chóng xây dựng hệ thống pháp luật theo mô hình xã hội chủ nghĩa. Trong thời kỳ đổi mới, các sách, báo pháp lý của chế độ cũ không được phổ biến rộng rãi ở Việt Nam, nên những ảnh hưởng của pháp luật Pháp nhanh chóng mất đi, án lệ cũng không phổ biến trong giai đoạn này¹⁰. Tuy khái niệm pháp lý về án lệ không xuất hiện trong các văn bản pháp luật, nhưng vẫn được bàn luận trong nghiên cứu khoa học luật¹¹. Từ những năm 2003 – 2004, Tòa án nhân dân tối cao đã cho tuyên tập, phát hành các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (Hội đồng thẩm phán TANDTC); điều này đã tạo nền tảng và điều kiện thuận lợi cho sự phát triển sau này của án lệ.

1.4. Giai đoạn từ năm 2005 đến nay

Việc đề cập đến án lệ được hồi sinh từ chỉ đạo của Nghị quyết số 48-NQ/TW, trong đó xác định rõ một trong những giải pháp để hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam là: “Nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ, tập quán (kể cả tập quán, thông lệ thương mại quốc tế) và quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp, góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật”. Mặc dù Nghị quyết chưa khẳng định áp dụng án lệ tại Việt Nam, nhưng đã định hướng rõ phải

nghiên cứu về khả năng sử dụng án lệ. Tiếp theo, Nghị quyết số 49-NQ/TW cũng xác định trách nhiệm của chủ thể trong việc phát triển án lệ đó là TANDTC.

Cụ thể hóa tinh thần các Nghị quyết, Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Quyết định số 74/QĐ-TANDTC ngày 31/10/2012 về việc phê duyệt đề án “Phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao”. Quyết định nêu rõ quan điểm chỉ đạo, mục tiêu tổng quát và quan điểm cụ thể về việc áp dụng án lệ tại Việt Nam.

Ngày 24/11/2014, với việc Quốc hội thông qua Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, thuật ngữ “án lệ” đã chính thức được quy định tại điểm c khoản 2 Điều 22. Cụ thể hóa quy định của Luật, Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ (Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP) đã được ban hành. Đây là nền tảng cơ bản khẳng định Việt Nam sẽ áp dụng án lệ.

2. Những thách thức khi triển khai áp dụng án lệ ở Việt Nam

Việc áp dụng án lệ sẽ mang lại những hiệu quả to lớn từ thực tiễn pháp lý của nhiều quốc gia. Tuy nhiên, với những đặc thù của hệ thống pháp luật Việt Nam thì việc áp dụng án lệ hiện nay sẽ đặt ra những thách thức không nhỏ, cụ thể:

Một là, về định hướng xây dựng, áp dụng và phát triển án lệ

Hiện nay, trên thế giới có hai trường phái về giá trị của án lệ: một là, án lệ có giá trị bắt buộc (phổ biến trong hệ thống Thông luật); hai là, án lệ có giá trị tham khảo (phổ biến trong hệ thống Dân luật). Vì vậy, việc tìm ra phương án phát triển án lệ phù hợp với đặc thù của hệ thống pháp luật và thực tiễn pháp luật nước ta hiện nay là điều

¹⁰ Nguyễn Văn Nam (2012), *tlđđ*, chú thích số 5, tr.334.

¹¹ Xem Thông tin khoa học xét xử số 5 năm 2003, Viện khoa học xét xử TANDTC [Trích theo Tòa án nhân dân tối cao (2011), *Triển khai án lệ vào công tác xét xử của Tòa án Việt Nam*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ của Tòa án nhân dân tối cao, tr. 43].

không đơn giản. Định hướng trong Quyết định số 74/QĐ-TANDTC chưa nhất quán, chưa chi tiết. Quy trình công nhận án lệ, cơ chế áp dụng án lệ vẫn chưa rõ ràng.

Hai là, về nhận thức các nguồn của pháp luật

Pháp luật nước ta chịu sự ảnh hưởng mạnh mẽ, lâu dài từ hệ thống Dân luật thành văn nên rất xem trọng và luôn ưu tiên áp dụng văn bản quy phạm pháp luật. Bên cạnh đó, những đặc điểm của mô hình pháp luật xã hội chủ nghĩa đã có ảnh hưởng lớn đến pháp luật nước ta. Quan niệm về hình thức pháp luật trong pháp luật xã hội chủ nghĩa cho rằng, văn bản quy phạm pháp luật là hình thức pháp luật tiến bộ nhất, cơ bản của pháp luật xã hội chủ nghĩa¹². Như vậy, tập quán pháp và văn bản quy phạm pháp luật đã tạo nên những giá trị nhất định trong hệ thống pháp luật Việt Nam; trong khi đó, án lệ vẫn còn khá xa lạ.

Nhận thức về án lệ trong pháp luật nước ta đã tồn tại quan điểm: tiền lệ pháp hay án lệ là hình thức dễ tạo ra sự tùy tiện, không phù hợp với nguyên tắc pháp chế đòi hỏi phải tôn trọng nguyên tắc tối cao của luật và phải phân định rõ chức năng, quyền hạn của các cơ quan trong bộ máy nhà nước trong việc xây dựng và thực hiện pháp luật¹³. Nhận thức trên cũng phần nào làm cho án lệ rất mờ nhạt trong pháp luật nước ta suốt một thời gian dài.

Ba là, về thẩm quyền giải thích pháp luật

Hiến pháp, các văn bản luật do Quốc hội ban hành có giá trị pháp lý cao nhất và

được áp dụng thống nhất theo thang bậc pháp lý từ cao đến thấp và chỉ trao quyền giải thích pháp luật duy nhất cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội¹⁴. Vì vậy, khi áp dụng án lệ thì vai trò của tòa án có sự thay đổi và ảnh hưởng nhất định đến quyền giải thích pháp luật của Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Tuy nhiên, việc trao quyền giải thích pháp luật cho tòa án là hợp lý và phù hợp xu hướng phát triển hiện nay¹⁵.

Bốn là, về chất lượng bản án, quyết định của tòa án

Án lệ được hình thành trên cơ sở các phán quyết của Hội đồng xét xử trong vụ án cụ thể. Vì vậy, chất lượng của bản án, quyết định sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến việc hình thành án lệ. Thực trạng chất lượng giải quyết vụ án của tòa án nước ta hiện tồn tại những bất cập nhất định. Theo báo cáo của Ủy ban Tư pháp của Quốc hội: Năm 2014, hơn 4.600 bản án, quyết định dân sự còn có sự vi phạm, 560 bản án dân sự tuyên không rõ, có sai sót, khó thi hành... Báo cáo còn dẫn chứng có vụ án xét xử 13 lần qua sơ thẩm, phúc thẩm, 3 lần giám đốc thẩm, trong đó 2 lần do Hội đồng thẩm phán TANDTC giám đốc thẩm, qua 19 năm và nay lại trở về cấp sơ thẩm¹⁶. Tỷ lệ án bị hủy, sửa vẫn còn khá cao, cụ thể năm 2014: Tỷ lệ án hình sự bị hủy là 0.6% (nguyên nhân chủ quan 0.36%); đối với các vụ việc dân sự tỷ lệ bản án, quyết định bị hủy là 1% (nguyên

¹⁴ Khoản 2 Điều 74 Hiến pháp năm 2013.

¹⁵ Theo Phạm Thị Duyên Thảo, *Một số vấn đề về giải thích pháp luật chính thức ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2014, tr.10: Giải thích pháp luật thông qua Tòa án là mô hình giải thích pháp luật phổ biến.

¹⁶ Nguyễn Quyết, "Chưa an tâm với chất lượng xét xử", <http://nld.com.vn/thoi-su-trong-nuoc/chua-an-tam-voi-chat-luong-xet-xu> 20141025225100364.htm (Truy cập ngày 02/3/2015).

¹² Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, năm 2009, tr.355.

¹³ Trường Đại học Luật Hà Nội (2009), *tlđđ*, tr.82.

nhân chủ quan là 0.9%), tỉ lệ này đối với các vụ án hành chính là 4.64% (nguyên nhân chủ quan là 3.77%). Đặc biệt, nguyên nhân chủ quan luôn chiếm tỉ lệ rất cao trong tổng số bản án, quyết định bị hủy¹⁷. Bên cạnh đó, cách viết, trình bày bản án, quyết định như thế nào khi áp dụng án lệ trong hoạt động xét xử là câu hỏi lớn trong xây dựng và áp dụng án lệ ở nước ta.

Năm là, về thực trạng ban hành văn bản quy phạm pháp luật

Những sai phạm, bất cập trong ban hành văn bản pháp luật ở nước ta trong thời gian qua là rất phổ biến và có thể nói là nghiêm trọng. Một số liệu minh chứng gần đây là trong 10 tháng đầu năm 2014, các Bộ, cơ quan, địa phương đã kiểm tra và phát hiện hơn 9.000 văn bản có dấu hiệu vi phạm về tính hợp hiến, hợp pháp (chiếm 22%). Trong đó, hơn 1.500 văn bản có dấu hiệu vi phạm về thẩm quyền ban hành, nội dung văn bản¹⁸. Như vậy, trước thực trạng văn bản pháp luật ở nước ta được ban hành với số lượng quá nhiều, tỷ lệ văn bản sai phạm còn cao sẽ ảnh hưởng tiêu cực đến việc xây dựng và áp dụng án lệ. Bởi khi ban hành án lệ, tòa án phải rà soát các quy định của văn bản quy phạm để đảm bảo việc ban hành án lệ là cần thiết và thống nhất với văn bản quy phạm.

Sáu là, về kinh nghiệm trong xây dựng, phát triển án lệ và những nét riêng trong tổ tụng của Việt Nam

¹⁷ Tòa án nhân dân tối cao, *Tài liệu Hội nghị triển khai công tác Tòa án năm 2015*, Hà Nội, tháng 01 năm 2015, tr.3.

¹⁸ Nguyễn Minh Phong, *Xây dựng và rà soát văn bản quy phạm pháp luật*, http://www.nhandan.com.vn/mobile/mobile_chinhtri/mobile_cungsuyngham/item/25567902.html (Truy cập ngày 15/02/2015).

Do ảnh hưởng lâu dài của hệ thống Dân luật nên hầu như pháp luật Việt Nam chưa ghi nhận những giá trị lịch sử đậm nét về án lệ. Chính điều này cũng đặt ra thách thức về kinh nghiệm trong xây dựng chiến lược phát triển án lệ.

Bên cạnh việc chưa có kinh nghiệm trong xây dựng và áp dụng án lệ thì những nét đặc thù trong tổ tụng của Việt Nam cũng đặt ra những thách thức khi xây dựng và áp dụng án lệ. Cụ thể như:

- Thứ nhất, tính độc lập của tòa án trong quá trình xét xử.

Những tồn tại ảnh hưởng trực tiếp đến tính độc lập của tòa án như: cơ chế thỉnh thị án, những ý kiến tác động đến tòa án của chính quyền địa phương, của cấp trên tác động xuống; sự thiếu khách quan, minh bạch trong các vụ án hành chính khi thẩm quyền xét xử quy định gắn với cấp chính quyền địa phương... Điều này ảnh hưởng lớn đến chất lượng xét xử nói chung và chất lượng trong tạo lập án lệ nói riêng. Nếu tòa án không độc lập, chịu ảnh hưởng của các chủ thể khác thì án lệ của tòa án chỉ là sản phẩm của quyền lực ngầm, mượn tòa án nói lên điều họ muốn. Như vậy, sử dụng án lệ sẽ trở nên rất nguy hiểm và ảnh hưởng đến tính thống nhất, minh bạch và công bằng của pháp luật.

- Thứ hai, quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC trong tổ tụng hành chính và tổ tụng dân sự không là quyết định cuối cùng.

Hiện nay, pháp luật tổ tụng hành chính¹⁹ và tổ tụng dân sự²⁰ đều quy định thủ

¹⁹ Chương XV Luật Tổ tụng Hành chính năm 2010 và tiếp tục được quy định tại Chương XVII Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015.

²⁰ Chương XIXa Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) và tiếp tục được quy

tục đặc biệt xét lại quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Điều này không giống với tổ tụng của các quốc gia có lịch sử áp dụng án lệ lâu đời: ở những nước này (Anh, Mỹ, Pháp...), quyết định của Tòa án tối cao là phán quyết cuối cùng. Vì vậy, khi án lệ được hình thành từ quyết định của Hội đồng thẩm phán TANDTC, nhưng trường hợp quyết định đó lại bị xét lại bởi thủ tục đặc biệt thì giá trị của án lệ đó xử lý ra sao? Các vụ án xét xử có viện dẫn án lệ đó sẽ như thế nào? Đây là những thách thức cần giải quyết khi xây dựng và áp dụng án lệ.

- *Thứ ba, tính công khai của các bản án, quyết định rất hạn chế.*

Một thực tế tồn tại hiện nay là, việc tiếp cận các bản án, quyết định của tòa án rất khó khăn. Điều này ảnh hưởng lớn đến việc lựa chọn nguồn tạo lập án lệ. Đồng thời, án lệ phải thể hiện sự chuẩn mực và đạt sự đồng thuận cao của dư luận xã hội, nhưng khi bản án, quyết định khó tiếp cận thì làm sao biết để đồng thuận?

Bây là, về trình độ của những người tham gia tố tụng, đặc biệt là thẩm phán, hội thẩm nhân dân và luật sư

Việc áp dụng án lệ trong hoạt động xét xử sẽ chi phối rất nhiều đến phán quyết của Hội đồng xét xử. Bởi án lệ sẽ là căn cứ, củng cố lập luận và cơ sở tham khảo cho phán quyết cuối cùng. Việc chọn án lệ nào để tham khảo, phân tích các tình tiết tương tự²¹ của vụ án đang xét xử với án lệ, cũng

định tại Chương XXII Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

²¹ Xác định sự tương tự trong áp dụng án lệ là một vấn đề rất quan trọng khi áp dụng án lệ. Vì chỉ áp dụng án lệ khi vụ án đang giải quyết có tình tiết tương tự án lệ. Không thể có hai vụ án giống nhau hoàn toàn nên việc xác định các tình tiết quyết định trong vụ án là yếu tố then chốt xác định tính tương tự. Kinh nghiệm và kỹ năng của thẩm phán, luật sư

như khu biệt các tình tiết để không áp dụng án lệ phụ thuộc rất lớn vào trình độ của luật sư, thẩm phán, hội thẩm nhân dân. Vì vậy, trình độ của thẩm phán và luật sư²² hiện nay là một thách thức khi áp dụng án lệ. Bên cạnh đó, hội thẩm nhân dân đóng vai trò quan trọng trong xét xử sơ thẩm, nhưng là lực lượng không chuyên nên việc nghiên cứu và trang bị các kỹ thuật trong áp dụng án lệ cũng gặp khó khăn nhất định.

3. Xây dựng và phát triển án lệ ở Việt Nam hiện nay

Từ những thách thức trên, việc nhìn lại định hướng phát triển án lệ ở nước ta là rất cần thiết. Chúng tôi sẽ phân tích và so sánh một số vấn đề cốt lõi (nguồn tạo lập án lệ, thẩm quyền ban hành và giá trị bắt buộc của án lệ) trong định hướng phát triển án lệ ở nước ta hiện nay theo Quyết định số 74/QĐ-TANDTC và Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP:

3.1. Nguồn tạo lập án lệ

- *Quyết định số 74/QĐ-TANDTC* xác định rõ: “Án lệ là Quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TANDTC và Quyết định giám đốc thẩm của tòa chuyên

trong quá trình áp dụng án lệ được biểu hiện rõ nhất trong giai đoạn chứng minh sự tương tự. Có những án lệ nếu chỉ thoạt nhìn không thể thấy được sự tương tự nhưng bằng những kỹ thuật chứng minh đã tạo nên sự tương tự. Chính từ điều này, tác giả nghĩ rằng khi áp dụng án lệ trong hoạt động xét xử ở nước ta sẽ tạo nên sự sôi nổi trong tranh tụng và nâng cao vai trò của luật sư trong tố tụng.

²² Đá Bàn, *Ti lệ luật sư trên dân số Việt Nam thấp* <http://www.thesaigontimes.vn/Home/xahoi/doi-song/103173/Ty-le-luat-su-tren-dan-so-cua-Viet-Nam-thap.html> (Truy cập ngày 22/4/2015) Luật sư ở nước ta hiện nay chỉ tập trung trong một số lĩnh vực như hình sự, dân sự, đất đai, hôn nhân gia đình; các lĩnh vực chuyên sâu trong đầu tư, kinh doanh, thương mại vẫn rất ít, chỉ chiếm khoảng 1.2%, trong đó, chỉ khoảng 20 luật sư có trình độ ngang tầm luật sư trong khu vực.

trách TANDTC²³ được Hội đồng thẩm phán TANDTC thông qua, trở thành án lệ có giá trị tham khảo đối với thẩm phán khi giải quyết các vụ việc cụ thể”. Như vậy, chỉ có Quyết định giám đốc thẩm được xem xét công nhận là án lệ.

- *Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP* Điều 1 quy định: “Án lệ là những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án về một vụ việc cụ thể được Hội đồng thẩm phán TANDTC lựa chọn và được Chánh án TANDTC công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử”. Điều này phù hợp với quy định tại điểm c khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 xác định tất cả bản án, quyết định của Tòa án các cấp đều có thể trở thành án lệ.

Như vậy, nguồn tạo lập án lệ đã có sự khác biệt lớn giữa hai văn bản. Ban đầu chỉ hướng đến xây dựng quyết định giám đốc thẩm của TANDTC trở thành án lệ, nhưng tới đây có thể là tất cả bản án, quyết định đều có thể công nhận trở thành án lệ. Với thực trạng xét xử và chất lượng các bản án, quyết định của tòa án thì việc thay đổi như Nghị quyết sẽ đặt ra những khó khăn lớn trong sàng lọc bản án, quyết định; điều này ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng của án lệ. Trước thực tiễn xét xử nước ta hiện nay, tác giả cho rằng chỉ những bản án, quyết định của Tòa án nhân dân cấp cao và

Hội đồng thẩm phán TANDTC được xem xét công bố mới trở thành án lệ²⁴.

3.2. Chủ thể ban hành án lệ

- *Quyết định số 74/QĐ-TANDTC*: chỉ có Hội đồng thẩm phán TANDTC được quyền ban hành án lệ và sẽ thành lập một bộ phận có trách nhiệm chọn lọc, tập hợp các quyết định giám đốc thẩm của TANDTC trình Hội đồng thẩm phán thông qua và công bố án lệ. Định hướng tại Quyết định thật sự chưa cụ thể, rõ ràng. Bởi, thành lập một bộ phận chuyên về án lệ là bộ phận nào, cơ cấu và hoạt động ra sao bị bỏ ngỏ; đồng thời, Hội đồng thẩm phán TANDTC họp thông qua án lệ phải đảm bảo số lượng tham gia như thế nào và tỉ lệ biểu quyết nhất trí thông qua án lệ cũng không được xác định rõ.

- *Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP*: Điều 6 Nghị quyết cũng thống nhất quan điểm với Quyết định số 74/QĐ-TANDTC là án lệ do Hội đồng thẩm phán TANDTC thông qua. Đồng thời, quy định rõ phải có ít nhất 2/3 tổng số thành viên tham gia và được công bố là án lệ khi quá nửa tổng số thành viên tán thành. Bên cạnh đó, Nghị quyết còn quy định rõ trách nhiệm của các chủ thể trong việc hỗ trợ Hội đồng thẩm phán TANDTC thông qua án lệ như: vai trò của Vụ pháp luật trong khâu tuyển chọn bản án, quyết định, Hội đồng thẩm định án lệ trước khi trình Hội đồng thẩm phán TANDTC thông qua... Trách nhiệm của từng chủ thể mỗi giai đoạn đề xuất đến khi thông qua án lệ được quy định chi tiết hơn rất nhiều so với Quyết định trước đây.

²³ Định hướng này hiện nay cũng không còn phù hợp với cơ cấu tổ chức của Tòa án nhân dân tối cao. Theo quy định tại Điều 21 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 thì TANDTC bao gồm: Hội đồng thẩm phán, bộ máy giúp việc và các cơ sở đào tạo, bồi dưỡng. Như vậy, Tòa án nhân dân tối cao không còn các tòa chuyên trách như trước.

²⁴ Châu Hoàng Thân, *Án lệ trong tình hình mới – nhìn lại định hướng phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 8/2015, tr.66.

Chủ thể thông qua án lệ là Hội đồng thẩm phán TANDTC; tuy nhiên, việc quy định ít nhất 2/3 tổng số thành viên tham dự và tỉ lệ thông qua chỉ là 1/2 là chưa thể hiện được tầm quan trọng của án lệ so với các quyết định khác của Hội đồng thẩm phán và chưa thật sự thể hiện tính thống nhất cao trong chính Hội đồng thẩm phán khi thông qua án lệ. Bởi án lệ ảnh hưởng lớn và lâu dài trong hoạt động xét xử nói riêng và áp dụng pháp luật nói chung, tác giả đề xuất khi thông qua án lệ thì phải tiến hành cuộc họp gồm toàn thể các thẩm phán của TANDTC²⁵ và tỉ lệ biểu quyết thông qua án lệ ít nhất là 2/3 tổng số thành viên tán thành. Điều này đảm bảo chất lượng của án lệ và tính thống nhất trong quá trình áp dụng án lệ về sau.

3.3. Tính bắt buộc của án lệ

- *Quyết định số 74/QĐ-TANDTC*: giá trị của án lệ khi áp dụng ở nước ta sẽ có giá trị tham khảo. Tuy nhiên, những định hướng trong Quyết định về viện dẫn án lệ trong xét xử không thể hiện rõ sự nhất quán, điều này ít nhiều ảnh hưởng đến giá trị của án lệ khi áp dụng. Cụ thể, khoản 2 mục I Điều 1 Quyết định xác định rõ án lệ có giá trị tham khảo và điểm a khoản 3 mục I Điều 1 định hướng các tòa án được khuyến khích viện dẫn án lệ trong quá trình xét xử, nhưng điểm c khoản 4 mục II Điều 1 lại quy định: "...Nếu thẩm phán có nhiều quyết định bị hủy, sửa mà có lỗi là không

viện dẫn án lệ liên quan đã được TANDTC công bố thì sẽ không được tái bổ nhiệm". Như vậy, việc không viện dẫn án lệ trong hoạt động xét xử có thể dẫn đến việc không thể tiếp tục nhiệm kỳ thẩm phán, vậy viện dẫn án lệ trong xét xử có phải là "khuyến khích" hay không? Bởi nếu khuyến khích thì thẩm phán có quyền lựa chọn viện dẫn hoặc không.

- *Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP*: khoản 1 Điều 8 quy định khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, bảo đảm những vụ việc có tính tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau. Đồng thời, khoản 4 Điều này cũng quy định trường hợp do chuyển biến tình hình mà án lệ không còn phù hợp thì Thẩm phán, Hội thẩm không áp dụng án lệ, đồng thời phải kiến nghị ngay với Hội đồng Thẩm phán TANDTC.

Như vậy, tính bắt buộc của án lệ trong Nghị quyết rõ ràng và thống nhất hơn so với Quyết định, theo hướng bắt buộc áp dụng án lệ trong xét xử vụ án tương tự án lệ đã công bố. Cách áp dụng này có thể hiểu theo hướng bắt buộc tham khảo, viện dẫn trong xét xử nhưng linh hoạt, không tuân theo án lệ một cách cứng nhắc. Việc bắt buộc thẩm phán, hội thẩm tham khảo, viện dẫn án lệ trong xét xử tạo nên giá trị của án lệ trong thực tiễn và thiết lập trật tự khi áp dụng pháp luật, tránh sự tùy nghi trong tham khảo án lệ. Các thẩm phán, hội thẩm trong quá trình xét xử sẽ viện dẫn và phân tích, đánh giá án lệ để đi đến hai kết quả: một là, phân tích và áp dụng án lệ để giải quyết vụ án; hai là, viện dẫn để phân tích nêu ra các lý do cho việc không áp dụng theo án lệ.

(Xem tiếp trang 31)

²⁵ Khoản 1 Điều 23 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 quy định việc xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm được tiến hành bằng hội đồng xét xử 05 thẩm phán hoặc toàn thể thẩm phán TANDTC. Vì vậy, khi xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm một vụ án có thể do toàn thể thẩm phán của TANDTC thì không lý do gì khi thông qua một án lệ quan trọng lại không thể không do toàn thể thẩm phán của TANDTC tiến hành.

MỘT SỐ ĐIỂM TIẾN BỘ CỦA LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT NĂM 2015

*Cao Vũ Minh**

Tóm tắt: Ngày 22/6/2015, Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 9 đã thông qua Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã thể hiện rất nhiều điểm tiến bộ trong tư duy lập pháp của những nhà làm luật. Bài viết phân tích về những điểm tiến bộ của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

Summary: The National Assembly, Legislature XIII, the 9th Session on 22 June 2015, adopted the Law on Enactment of Legal Normative Documents. This Law contains many good issues with respect to law making thought of law makers. This article analyses such issues of the Law.

1. Tính tất yếu của việc ban hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật chính là “luật của luật”, là nền tảng pháp lý cho việc hoàn thiện quy trình, hệ thống pháp luật Việt Nam. Vì vậy, đạo luật này cần được “thiết kế và thi công” tỉ mỉ, chính xác, khoa học nhằm tạo cơ sở pháp lý vững chắc, rõ ràng cho hoạt động xây dựng và áp dụng pháp luật. Sau 7 năm triển khai thi hành, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 (Luật 2008) đã bộc lộ nhiều bất cập đòi hỏi phải có những thay đổi kịp thời. Bên cạnh đó, sự tồn tại song song của hai đạo luật về ban hành văn bản quy phạm pháp luật là Luật 2008 và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân năm 2004 (Luật 2004) đã gây ra sự phân tán trong các quy định về xây dựng pháp luật. Khắc phục những khuyết điểm đó, tại kỳ họp thứ 9, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

năm 2015 (Luật 2015). Luật 2015 ra đời đã thể hiện rất nhiều điểm tiến bộ trong tư duy lập pháp của những nhà làm luật. Những điểm tiến bộ của Luật 2015 sẽ phần nào được nghiên cứu kỹ lưỡng thông qua bài viết này.

2. Những điểm tiến bộ của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015

Thứ nhất, Luật 2015 ra đời đã xóa bỏ tình trạng “cát cứ” trong việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật giữa trung ương và địa phương

Như đã trình bày, trước khi Quốc hội ban hành Luật 2015, ở nước ta có hai đạo luật về ban hành văn bản quy phạm pháp luật là Luật 2008 và Luật 2004. Sự tồn tại của hai “luật cái” là một điều bất hợp lý, ít nhiều dẫn đến sự mâu thuẫn, chồng chéo giữa các quy định trong hai đạo luật này. Cụ thể, những vấn đề về nội dung, thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục ban hành văn bản quy phạm pháp luật được quy định khác nhau giữa Luật 2008 và Luật 2004. Trong khi đó, những quy định liên quan đến nguyên tắc áp dụng văn bản, kiểm tra xử lý văn bản

* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

lai quy định giống nhau. Giải pháp triệt để nhất là ban hành một đạo luật mới trên cơ sở hợp nhất Luật 2008 và Luật 2004. Luật 2015 ra đời đã góp phần xóa bỏ những mâu thuẫn, chông chéo kể trên. Theo đó, những quy định về trình tự, thủ tục xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật từ giai đoạn soạn thảo, lấy ý kiến góp ý, thẩm định, ban hành đến các giai đoạn sau khi ban hành như kiểm tra, rà soát, hệ thống hóa văn bản đã được thiết kế tương đối thống nhất và có thể áp dụng chung cho cả cấp trung ương lẫn địa phương. Bên cạnh đó, sự tiến bộ còn thể hiện qua việc điều chỉnh hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật của địa phương trong những chương riêng (từ Chương VIII – XI) nhằm đảm bảo sự phù hợp với cơ chế quản lý đặc thù của địa phương.

Thứ hai, hình thức văn bản quy phạm pháp luật do các chủ thể có thẩm quyền ban hành được quy định rất hợp lý trong Luật 2015

Theo Luật 2008, Quốc hội được quyền ban hành ba loại văn bản quy phạm pháp luật là: Hiến pháp, luật, nghị quyết. Ngoài luật, Quốc hội còn ban hành bộ luật. Tuy nhiên, khái niệm bộ luật không được đề cập đến trong Luật 2008 với tư cách là một hình thức văn bản quy phạm pháp luật.

Theo Từ điển Hành chính, bộ luật là “*văn bản quy phạm pháp luật do Quốc hội ban hành, tổng hợp có hệ thống theo chương, mục những quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ xã hội quan trọng của từng lĩnh vực trong đời sống xã hội*”¹. Từ điển giải thích thuật ngữ Hành chính định nghĩa: “*Bộ luật là văn bản luật do Quốc hội thông qua, có giá trị pháp lý cao chỉ sau*

Hiến pháp, tập hợp đầy đủ và có hệ thống theo chương, mục những quy phạm pháp luật điều chỉnh những quan hệ xã hội quan trọng của từng lĩnh vực lớn trong đời sống xã hội”². Trong khoa học pháp lý, bộ luật và luật đều được gọi là đạo luật. Tuy nhiên, không thể đồng nhất hai khái niệm này bởi bộ luật có sự khác biệt đáng kể so với luật. Bộ luật thường điều chỉnh các nhóm quan hệ xã hội rộng lớn, có tính bao quát và là “*xương sống*” của một ngành luật. Trong khi đó, luật có phạm vi điều chỉnh không rộng bằng. Một văn bản luật không nhất thiết tạo ra một ngành luật vì một ngành luật có thể sử dụng nhiều văn bản luật làm cơ sở³. Do đó, Luật 2015 quy định thêm bộ luật với tư cách là hình thức văn bản quy phạm pháp luật đã góp phần minh định thẩm quyền của Quốc hội.

Một điểm tiến bộ không thể không nhắc đến là Luật 2015 đã loại chỉ thị của Ủy ban nhân dân các cấp ra khỏi hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật. Trong thực tiễn, chỉ thị thường đề cơ quan ban hành đề ra các mệnh lệnh, yêu cầu buộc cấp dưới thực hiện⁴. Một quyết định được ban hành có phạm vi tác động rộng hơn so với chỉ thị, bao gồm mọi cá nhân, tổ chức trong xã hội. Trong khi chỉ thị được sử dụng để tác động đến các cơ quan, tổ chức và cá nhân có mối

² Mai Hữu Khuê - Bùi Văn Nhơn (chủ biên), Từ điển giải thích thuật ngữ hành chính, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2002, tr.49.

³ Phan Trung Hiền, Nghị quyết của Quốc hội là văn bản luật hay văn bản dưới luật, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 18/2011.

⁴ Điều 14 Luật 2004 quy định: “*Chỉ thị của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh được ban hành để quy định biện pháp chỉ đạo, phối hợp hoạt động, đôn đốc và kiểm tra hoạt động của cơ quan, đơn vị trực thuộc và của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp dưới trong việc thực hiện văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên, của Hội đồng nhân dân cùng cấp và quyết định của mình*”.

¹ Tô Từ Hạ (chủ biên), Từ điển Hành chính, Nxb. Lao động – Xã hội, Hà Nội, 2003, tr.39.

liên hệ với cơ quan ra chỉ thị đó về mặt cơ cấu, tổ chức, nhân sự. Thực tế, chỉ thị của Ủy ban nhân dân các cấp được sử dụng nhằm buộc các cơ quan, đơn vị, cá nhân cấp dưới có mối quan hệ trực thuộc trong cùng hệ thống với Ủy ban nhân dân các cấp phải tuân theo mệnh lệnh, yêu cầu của mình. Với những nội dung này, chỉ thị của Ủy ban nhân dân các cấp là văn bản cá biệt, được sử dụng trong quá trình lãnh đạo, điều hành cấp dưới. Do đó, Luật 2015 loại chỉ thị của Ủy ban nhân dân các cấp ra khỏi hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật là rất khoa học.

Thứ ba, cơ sở pháp lý của những quy định mang tính thí điểm đã được ghi nhận cụ thể trong Luật 2015

Trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật, bên cạnh các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội, còn tồn tại rất nhiều văn bản quy phạm pháp luật quy định về thí điểm triển khai một hay một số vấn đề. Bản chất của văn bản quy định về thí điểm là nhằm có thêm kinh nghiệm thực tiễn, tạo tiền đề cho việc xây dựng, đổi mới tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước hay để tạo cơ sở vững chắc cho việc điều chỉnh những quan hệ xã hội. Do đó, xét ở góc độ tích cực, những quy định thí điểm là một sự tìm tòi, sáng tạo và mang tính đột phá của nhà lập pháp. Tuy nhiên, quy định về thí điểm cần thận trọng bởi văn bản quy phạm pháp luật về thí điểm ít nhiều có mâu thuẫn, thậm chí phủ định các văn bản pháp luật hiện hành đang có giá trị pháp lý. Từ đó, xuất hiện tình trạng trong thời gian thí điểm, những văn bản đang có hiệu lực pháp luật, nhưng không phù hợp với văn bản quy định thí điểm sẽ rơi vào trạng thái “chết lâm sàng”.

Trên thực tế, rất nhiều các chủ thể tự cho mình cũng có quyền ban hành văn bản quy định về thí điểm. Đơn cử có thể kể đến Nghị

quyết số 26/2008/QH12 ngày 15/11/2008 của Quốc hội về thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân huyện, quận, phường; Nghị định số 101/2009/NĐ-CP ngày 05/11/2009 của Chính phủ thí điểm thành lập, tổ chức, hoạt động và quản lý tập đoàn kinh tế nhà nước; Quyết định số 89/2007/QĐ-TTg ngày 18/6/2007 của Thủ tướng Chính phủ thí điểm thành lập Thanh tra xây dựng quận, huyện và Thanh tra xây dựng xã, phường, thị trấn tại Tp. Hà Nội và Tp. Hồ Chí Minh; Quyết định số 18/2010/QĐ-UBND ngày 29/3/2010 của Ủy ban nhân dân TP. Hồ Chí Minh thí điểm thành lập lực lượng quản lý đô nhân dân tại các phường trọng điểm thường xuyên bị ảnh hưởng triều cường trên địa bàn Quận 12 và Quận Thủ Đức. Việc các chủ thể “hiển nhiên” xem mình có quyền ban hành văn bản quy định về thí điểm là không đúng về nhận thức lẫn lý luận. Điều này làm cho hệ thống pháp luật có những xáo trộn nghiêm trọng.

Có thể nhận thấy, những quy định về thí điểm là cần thiết và hợp lý. Tuy nhiên, vấn đề có tính pháp lý đặt ra là, chủ thể nào có quyền quy định về vấn đề thí điểm và hình thức văn bản quy định về thí điểm là gì? Câu hỏi này được trả lời cụ thể trong Luật 2015. Theo điểm b, khoản 2, Điều 15 Luật 2015 chỉ Quốc hội mới có quyền quy định về thí điểm và hình thức văn bản thể hiện là Nghị quyết của Quốc hội. Với quy định này, ngoài Quốc hội, các chủ thể khác không có quyền ban hành văn bản quy định về thí điểm. Bên cạnh đó, khi quy định về thí điểm, Quốc hội phải sử dụng hình thức văn bản quy phạm pháp luật là nghị quyết mà không được sử dụng các hình thức văn bản khác.

Thứ tư, Luật 2015 đã quy định cụ thể về thời điểm ban hành văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam, tình trạng “luật ống, luật khung” là khá phổ biến. Điều này dẫn đến sự không rõ ràng, và hậu quả là trong nhiều trường hợp Chính phủ, các Bộ phải ban hành các văn bản dưới luật “quy định chi tiết”, “hướng dẫn thi hành”. Để hạn chế tình trạng luật, pháp lệnh đã có hiệu lực nhưng “thiếu vắng” các văn bản quy định chi tiết khoản 1 Điều 8 Luật 2008 quy định: *“Văn bản quy phạm pháp luật phải được quy định cụ thể để khi văn bản đó có hiệu lực thì thi hành được ngay; trường hợp trong văn bản có điều, khoản mà nội dung liên quan đến quy trình, quy chuẩn kỹ thuật, những vấn đề chưa có tính ổn định cao thì ngay tại điều, khoản đó có thể giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định chi tiết. Cơ quan được giao ban hành văn bản quy định chi tiết không được ủy quyền tiếp”*. Tuy nhiên, quy định này không được triệt để tuân thủ trong thực tế. Nhiều trường hợp luật, pháp lệnh đã có hiệu lực pháp luật, nhưng một khoảng thời gian sau thì văn bản quy định chi tiết mới được ban hành.

Tính đến ngày 01/01/2015, chỉ tính riêng Chính phủ còn “nợ đọng” 39 văn bản (35 nghị định, 04 quyết định), trong đó có 06 nghị định quy định chi tiết 04 luật đã có hiệu lực từ trước ngày 01/01/2015 và 33 văn bản (29 nghị định, 04 quyết định) quy định chi tiết 10 luật có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2015⁵. Tính đến ngày 30/3/2015, Chính phủ còn “nợ” 21 văn bản (20 nghị định, 01 quyết định), trong đó có 04 nghị định quy định chi tiết 02 luật đã có hiệu lực từ trước và 17 văn bản (16 nghị định, 01 quyết định) quy định chi tiết 07 luật có hiệu

lực kể từ ngày 01/01/2015⁶. Cá biệt, có những trường hợp luật đã có hiệu lực từ rất lâu nhưng vẫn chưa có nghị định hướng dẫn thi hành. Ví dụ, Luật Tài nguyên nước năm 2012 có hiệu lực từ ngày 01/01/2013, nhưng tính đến ngày 30/3/2015 vẫn chưa có nghị định hướng dẫn thi hành Điều 31 về hành lang bảo vệ nguồn nước và Điều 41 về ưu đãi đối với hoạt động sử dụng nước tiết kiệm, hiệu quả.

Để khắc phục tình trạng chậm ban hành văn bản quy định chi tiết, có ý kiến cho rằng cần thừa nhận nguyên tắc: *“Đối với những điều khoản của luật được giao lại cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ quy định chi tiết sẽ có hiệu lực thi hành khi văn bản quy định chi tiết điều khoản này có hiệu lực”*⁷. Tham khảo pháp luật một số nước trên thế giới cũng có những quy định tương tự. Cụ thể, pháp luật Singapore quy định: *“Đối với những đạo luật có nhiều điều khoản ủy quyền lại cho Chính phủ quy định chi tiết thì Quốc hội có thể giao cho Chính phủ quyết định thời điểm có hiệu lực của đạo luật đó”*. Khác với ý kiến này, chúng tôi cho rằng, quy định như trên sẽ dẫn đến tình trạng Chính phủ, các Bộ “ỷ lại” trong việc ban hành văn bản quy định chi tiết. Điều này có khả năng làm cho tình trạng “nợ đọng” văn bản càng trở nên trầm trọng. Bên cạnh đó, quy định này vô hình trung lại dẫn đến tình trạng Chính phủ “làm thay” Quốc hội trong việc quyết định thời điểm có hiệu lực của một đạo luật. Điều này dường

⁵ Báo cáo số 382/BC-BTP ngày 27/12/2014 của Bộ Tư pháp.

⁶ Báo cáo số 82/BC-BTP ngày 30/3/2015 của Bộ Tư pháp.

⁷ Nguyễn Phước Thọ, Vấn đề ủy quyền lập pháp tại Việt Nam và phương hướng hoàn thiện chế định này trong Dự thảo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật (số chuyên đề Dự án Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật), tr. 60.

như không đúng với cơ chế phân công quyền lực đã được nêu tại Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

Cũng có ý kiến cho rằng: “Đề luật có hiệu lực pháp lý cao, có thể trực tiếp điều chỉnh các quan hệ xã hội mà không cần nghị định quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành thì phải xóa luật khung, luật ống”⁸. Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI cũng khẳng định: “Tiếp tục đổi mới và nâng cao chất lượng công tác xây dựng pháp luật, trước hết là quy trình xây dựng luật, pháp lệnh; luật, pháp lệnh cần quy định cụ thể, tăng tính khả thi để đưa nhanh vào cuộc sống”⁹. Tuy nhiên, có thể khẳng định, “luật ống, luật khung” là một hiện tượng tồn tại khách quan trong hệ thống pháp luật và hầu hết hệ thống pháp luật của các quốc gia trên thế giới đều tồn tại luật khung. Ngay cả khi xác định ưu tiên xây dựng luật chi tiết thì luật khung vẫn là một sự lựa chọn cần thiết trong các trường hợp: i. Luật đụng chạm đến những vấn đề có nội dung phức tạp; ii. Luật có nhiều đối tượng và nhiều hành vi bị điều chỉnh; iii. Luật phải quy định những tình huống quá khác nhau; iv. Sự thay đổi diễn ra nhanh chóng¹⁰.

Do đó, nếu ban hành luật khung là một sự cần thiết thì vẫn cần áp đặt một quy trình chặt chẽ và các tiêu chuẩn rõ ràng cho việc ban hành các văn bản dưới luật¹¹. Theo kinh

nghiệm của Cộng hòa Pháp, khi đề xảy ra tình trạng “luật treo” do chậm ban hành văn bản quy định chi tiết thì bị coi là hành vi vi phạm pháp luật. Quan điểm của Tham chính viện cho rằng, nếu Chính phủ chậm ban hành văn bản hướng dẫn thi hành luật thì sự chậm trễ đó cấu thành một hành vi trái luật¹². Tuy nhiên, truy cứu trách nhiệm pháp lý đối với Chính phủ chưa bao giờ là việc dễ dàng và suy cho cùng thì đây là công việc không ai mong muốn dù đối với bất kỳ nhà nước nào. Do đó, cần phải có một quy định rõ ràng nhằm ràng buộc trách nhiệm của Chính phủ nói riêng và của các cơ quan nhà nước nói chung trong việc ban hành văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành.

Luật 2015 đã thành công trong cả hai mục tiêu vừa nêu. Khoản 2 Điều 11 Luật 2015 quy định: “*Dự thảo văn bản quy định chi tiết phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự án luật, pháp lệnh và phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết*”. Theo chúng tôi, đây là một quy định rất tiến bộ. Quy định này đòi hỏi Chính phủ và hệ thống hành chính bắt buộc phải ban hành văn bản đề hướng dẫn thi hành luật đã được Quốc hội thông qua. Việc soạn thảo một văn bản hướng dẫn thi hành dĩ nhiên không phải bao giờ cũng diễn ra ngay, nhưng nó phải được tiến hành trong một “thời hạn pháp lý”¹³. “Thời hạn pháp lý” để soạn dự thảo văn bản quy định chi tiết cũng chính là khoảng thời gian soạn thảo dự án luật, pháp lệnh bởi nếu

⁸ Vũ Thư, Các khía cạnh xung quanh vấn đề luật (pháp lệnh) khung, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 4, năm 2005.

⁹ Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 248.

¹⁰ Ann Willcox Seidman - Robert B. Seidman - Nalin Abeysekere, Legislative Drafting for democratic social change: A manual for drafters, Kluwer Law International (7 Dec. 2000), p. 157 - 158.

¹¹ Nguyễn Sĩ Dũng, Thế sự - Một góc nhìn, Nxb. Tri thức, năm 2007, tr. 127.

¹² Jean- F. Mary, Thảm phán Tòa án hành chính tối cao Cộng hòa Pháp, Kỳ yếu Hội thảo sửa đổi, bổ sung Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, Nhà pháp luật Việt - Pháp.

¹³ Jean - Michel De Forges (1993), Droit administratif, Presses Universitaires de France - PUF, p. 44 - 46.

không được chuẩn bị và trình đồng thời thì mục tiêu này khó đạt.

Thứ năm, Luật 2015 đã quy định khoa học và hợp lý về thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật

Khoản 1 Điều 78 Luật 2008 quy định: “*Thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật được quy định trong văn bản nhưng không sớm hơn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành.*”

Trường hợp văn bản quy phạm pháp luật quy định các biện pháp thi hành trong tình trạng khẩn cấp, văn bản được ban hành để kịp thời đáp ứng yêu cầu phòng, chống thiên tai, dịch bệnh thì có thể có hiệu lực kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành nhưng phải được đăng ngay trên Trang thông tin điện tử của cơ quan ban hành và phải được đưa tin trên phương tiện thông tin đại chúng; đăng Công báo chậm nhất sau hai ngày làm việc, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành”.

Với điều luật này có thể hiểu, nếu một cơ quan nhà nước muốn quy định văn bản “*có hiệu lực sớm hơn 45 ngày, kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành*” thì phải trong “*tình trạng khẩn cấp*” hoặc “*thiên tai, dịch bệnh*”. Đây thường là văn bản của những thiết chế hoạt động thường xuyên, liên tục (như văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Ủy ban nhân dân...) ban hành để giải quyết các vấn đề phát sinh đột xuất, khẩn cấp nhằm đáp ứng tính đa dạng, phức tạp, nhiều biến động của hoạt động quản lý nhà nước¹⁴.

Ví dụ, giữa năm 2009, tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội khóa XII đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các luật liên

quan đến đầu tư xây dựng cơ bản, Luật này được Quốc hội thông qua ngày 19/6/2009, được Chủ tịch nước ký lệnh công bố ngày 29/6/2009 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/8/2009. Đạo luật được soạn thảo và ban hành trong một thời gian rất gấp để giải quyết các vấn đề vướng mắc, bức xúc trong đầu tư xây dựng. Đây là một trường hợp điển hình về thời điểm có hiệu lực của văn bản “*sớm hơn 45 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành*”, vì từ ngày công bố đến ngày có hiệu lực chỉ có 32 ngày. Đây là một quyết định sáng suốt của Quốc hội, đáp ứng kịp thời những đòi hỏi của thực tiễn, giải quyết được những vướng mắc thủ tục hành chính về giải ngân, về đất đai... trong đầu tư, xây dựng ở thời điểm đó¹⁵. Tuy nhiên, cách làm này lại vi phạm các quy định về thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật.

Như đã trình bày, một văn bản quy phạm pháp luật có thể có hiệu lực sớm hơn 45 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành nhưng phải đáp ứng điều kiện “*tình trạng khẩn cấp*” hoặc “*thiên tai, dịch bệnh*”. Việc ban hành luật về đầu tư, xây dựng cơ bản không liên quan đến tình trạng “*thiên tai, dịch bệnh*” và cũng không nhằm “*quy định các biện pháp thi hành trong tình trạng khẩn cấp*”¹⁶. Như vậy, quy định về thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật trong Luật 2008 chưa bao quát hết các tình huống của thực tiễn.

Khắc phục khuyết điểm này, khoản 2 Điều 151 Luật 2015 quy định: “*Văn bản*

¹⁴ Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Nguyễn Cửu Việt (chủ biên), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2010, tr. 151.

¹⁵ Đinh Dũng Sỹ, Văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ: mô hình từ lý thuyết đến thực tiễn, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 23, năm 2010.

¹⁶ Cao Vũ Minh, Kiến nghị sửa đổi một số quy định trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 4, năm 2014.

quy phạm pháp luật được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn thì có thể có hiệu lực kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành, đồng thời phải được đăng ngay trên Cổng thông tin điện tử của cơ quan ban hành và phải được đưa tin trên phương tiện thông tin đại chúng; đăng Công báo nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc Công báo tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương chậm nhất là sau 03 ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành”. Như vậy, nếu một văn bản quy phạm pháp luật muốn có hiệu lực sớm hơn 45 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành, thậm chí “có hiệu lực kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành” thì phải trong trường hợp “văn bản quy phạm pháp luật được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn”. Vấn đề đặt ra là “văn bản quy phạm pháp luật nào sẽ được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn”? Câu hỏi này đã được trả lời cụ thể trong Luật 2015. Theo Điều 146 Luật 2015, các trường hợp văn bản quy phạm pháp luật được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn gồm:

- Trường hợp khẩn cấp theo quy định của pháp luật về tình trạng khẩn cấp; trường hợp đột xuất, khẩn cấp trong phòng, chống thiên tai, dịch bệnh, cháy, nổ; trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn theo quyết định của Quốc hội.

- Trường hợp để ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc một phần của văn bản quy phạm pháp luật trong một thời hạn nhất định.

- Trường hợp cần sửa đổi ngay cho phù hợp với văn bản quy phạm pháp luật mới được ban hành.

Như vậy, về cơ bản, Luật 2015 đã mở rộng các điều kiện để các cơ quan nhà nước có thể ban hành văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực ngay sau khi thông qua

hoặc ký ban hành nhằm giải quyết những vấn đề cấp bách trong hoạt động quản lý, điều hành, kịp thời điều chỉnh các quan hệ xã hội mới phát sinh. Quy định này cũng góp phần khắc phục những vướng mắc không đáng có như hiện nay.

Cuối cùng, Luật 2015 đã có câu trả lời rõ ràng về hiệu lực của nghị định, thông tư hướng dẫn thi hành khi luật, pháp lệnh hết hiệu lực

Như đã trình bày, ở nước ta, tình trạng “luật khung” là phổ biến. Do đó, cần phải có các văn bản dưới luật “quy định chi tiết”, “hướng dẫn thi hành”. Những văn bản cụ thể hóa, chi tiết hóa được xem là “văn bản phái sinh” từ “văn bản gốc”. Vậy khi “văn bản gốc” hết hiệu lực pháp luật thì “văn bản phái sinh” có đồng thời kết thúc hiệu lực hay không? Có tác giả cho rằng, với quy định hiện hành thì không rõ một nghị định có hết hiệu lực không khi luật được nghị định này hướng dẫn hết hiệu lực. Pháp luật hiện hành cũng không có quy định nào về trường hợp một văn bản luật hết hiệu lực, nhưng các nghị định hướng dẫn thi hành vẫn còn được áp dụng. Thực tế hiện nay vấn đề này chưa được quy định rõ ràng nên dẫn đến việc áp dụng pháp luật không thống nhất¹⁷.

Hiện nay, có những quan điểm khác nhau xoay quanh vấn đề hiệu lực pháp lý của văn bản hướng dẫn thi hành.

Quan điểm thứ nhất cho rằng: một khi luật, pháp lệnh bị mất hiệu lực thì mặc nhiên các văn bản cụ thể hóa, chi tiết hóa luật, pháp lệnh đó cũng mất hiệu lực theo¹⁸.

¹⁷ Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), Giáo trình Xây dựng văn bản pháp luật, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, 2012, tr. 299.

¹⁸ Bùi Thị Đào, Những vấn đề mang tính nguyên tắc trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 8, năm 2011.

Quan điểm này khá thuyết phục khi cho rằng, văn bản hướng dẫn thi hành được ban hành trên cơ sở luật, pháp lệnh, nay luật, pháp lệnh hết hiệu lực thì văn bản hướng dẫn thi hành cũng đương nhiên hết hiệu lực.

Quan điểm thứ hai cho rằng: khi luật, pháp lệnh hết hiệu lực thì các văn bản cụ thể hóa, chi tiết hóa luật, pháp lệnh vẫn còn hiệu lực. Quan điểm này viện dẫn Điều 81 Luật 2008 về những trường hợp văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực như:

- *Hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản;*

- *Được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng văn bản mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó;*

- *Bị hủy bỏ hoặc bãi bỏ bằng một văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.*

Văn bản hướng dẫn thi hành không rơi vào các trường hợp như đã liệt kê tại Điều 81 Luật 2008, do đó, nó vẫn còn hiệu lực. Tuy vậy, quy định trên vẫn hàm chứa những bất cập khá lớn. Dưới góc độ lý luận, khi “văn bản gốc” hết hiệu lực thì “văn bản phái sinh” nhằm hướng dẫn thi hành cũng chấm dứt hiệu lực, bởi lẽ, không còn lý do chính đáng cho sự tồn tại một văn bản hướng dẫn thi hành một văn bản đã “chết”. Bên cạnh đó, không ít trường hợp văn bản hướng dẫn thi hành cho luật cũ tuy chưa hết hiệu lực nhưng cũng không phù hợp với luật mới.

Ví dụ, Nghị định số 35/2005/NĐ-CP về việc xử lý kỷ luật cán bộ, công chức được ban hành trên cơ sở Pháp lệnh Cán bộ, công chức. Khi Pháp lệnh Cán bộ, công chức được thay thế bởi Luật Cán bộ, công chức thì Nghị định số 35/2005/NĐ-CP vẫn còn hiệu lực. Tuy nhiên, điều bất hợp lý là Nghị định số 35/2005/NĐ-CP dù vẫn còn hiệu lực pháp luật nhưng không thể sử dụng làm cơ sở pháp lý để truy cứu trách nhiệm kỷ

luật của công chức, vì Luật Cán bộ, công chức đã quy định những vấn đề mới như thời hạn xem xét xử lý kỷ luật, hình thức kỷ luật giáng chức chưa có trong Nghị định số 35/2005/NĐ-CP.

“*Luật, pháp lệnh hết hiệu lực trong khi nghị định, thông tư hướng dẫn thi hành vẫn còn hiệu lực*” thực sự là một bất cập theo logic pháp lý. Luật 2015 ra đời đã góp phần xóa bỏ nghịch lý này. Theo đó, khoản 4 Điều 154 Luật 2015 quy định: “*Văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực*”. Điều khoản này cùng với quy định: “*Dự thảo văn bản quy định chi tiết phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự án luật, pháp lệnh và phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết*” hứa hẹn sẽ tạo động lực cho hoạt động xây dựng pháp luật được diễn ra đồng bộ, thống nhất từ văn bản có hiệu lực cao đến các văn bản quy định chi tiết. Sự khẳng định rõ ràng của khoản 4 Điều 154 Luật 2015 cũng xóa bỏ những tranh cãi về hiệu lực của văn bản cụ thể hóa, chi tiết hóa khi luật, pháp lệnh hết hiệu lực pháp luật.

3. Kết luận

Là “luật của luật” nên với vai trò đặc biệt của mình, Luật 2015 là cơ sở pháp lý quan trọng cho hoạt động xây dựng và áp dụng pháp luật. “Luật làm luật” có tốt thì mới đủ sức làm cho hệ thống pháp luật của nước ta minh bạch và có hiệu lực hơn. Với những thay đổi quan trọng và tiến bộ, Luật 2015 hứa hẹn sẽ tạo ra một hành lang pháp lý thông thoáng cho quy trình xây dựng, ban hành và áp dụng văn bản quy phạm pháp luật.

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ ĐỐI TƯỢNG KHIẾU NẠI LÀ QUYẾT ĐỊNH HÀNH CHÍNH THEO LUẬT KHIẾU NẠI NĂM 2011

*Lê Việt Sơn**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 về đối tượng khiếu nại là quyết định hành chính, chỉ ra một số bất cập trong các quy định này, từ đó đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyses provisions on complained subjects as administrative decisions under the Law on Complaining of 2011. It then points out shortcoming of these provisions and makes some relevant proposals.

Luật Khiếu nại năm 2011 (Luật KN) được Quốc hội thông qua ngày 11/11/2011, có hiệu lực thi hành từ ngày 1/7/2012 đã có những quy định về đối tượng khiếu nại nói chung và đối tượng là quyết định hành chính (QĐHC) nói riêng. Những quy định này đã tạo điều kiện cho công dân, cơ quan và tổ chức cũng như người có thẩm quyền trong việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại được thuận lợi. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp luật thời gian qua đã gặp phải một số khó khăn, vướng mắc cần khắc phục.

Luật KN có rất ít điều khoản quy định về đối tượng khiếu nại nói chung và đối tượng khiếu nại là QĐHC nói riêng, mà quy định lồng ghép trong các điều luật khác nhau. Khoản 1 Điều 2 Luật KN quy định: “*Khiếu nại là việc công dân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức theo thủ tục do Luật này quy định, đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại QĐHC, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước*

hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình”. Có thể thấy, QĐHC là một trong ba đối tượng khiếu nại cùng với hành vi hành chính và quyết định kỷ luật cán bộ, công chức. Khoản 8 Điều 2 đưa ra khái niệm về QĐHC: “*QĐHC là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước ban hành để quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể*”.

Qua nghiên cứu QĐHC là đối tượng khiếu nại theo khái niệm này nhận thấy có các bất cập sau:

Thứ nhất, QĐHC phải được thể hiện bằng văn bản

Căn cứ vào hình thức biểu hiện, QĐHC được chia làm hai loại: QĐHC bằng văn bản và QĐHC phi văn bản¹. Với quy định

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

¹ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, năm 2010, tr. 466-467.

nhu trên, Luật KN đã loại bỏ các QĐHC tồn tại dưới dạng phi văn bản như tín hiệu, còi hiệu, biển báo, lời nói.... Theo chúng tôi, Luật KN quy định QĐHC được thể hiện dưới hình thức bằng văn bản sẽ rõ ràng, dễ hiểu, dễ áp dụng và dễ lưu trữ, có tính chính xác và tính ổn định cao, tạo thuận lợi cho việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại. Tuy nhiên, Luật KN và các văn bản hướng dẫn không đưa ra khái niệm hoặc giải thích các dạng tồn tại cụ thể của văn bản, gây khó khăn cho người có thẩm quyền trong việc xác định đối tượng khiếu nại thuộc thẩm quyền giải quyết. Bởi khi nói đến văn bản, thường được hiểu thể hiện bằng các loại “giấy tờ”, trong khi khái niệm văn bản rộng hơn “giấy tờ” rất nhiều, và có thể tồn tại dưới dạng các tệp tin điện tử²... Vì vậy, cần phải giải thích rõ các dạng tồn tại cụ thể của văn bản.

Một vấn đề nữa đặt ra là, đối với các QĐHC là văn bản nhưng tên gọi không phải là quyết định có phải là đối tượng khiếu nại hay không? Thực tiễn có trường hợp, cơ quan hành chính nhà nước, người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước ban hành một QĐHC nhưng thể hiện dưới hình thức khác như thông báo, kết luận, công văn vẫn trực tiếp xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan và tổ chức. Nội dung các văn bản này chứa đựng nội dung của một QĐHC để quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể, ví dụ: thông báo thu hồi đất, công văn thu hồi đất... Hiện chưa có quy định hướng dẫn về vấn đề này. Tại khoản 1 Điều

1 Nghị quyết số 02/2011/NQ-HĐTP ngày 29/11/2011 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật Tổ tụng Hành chính có giải thích: QĐHC là văn bản tuy thể hiện dưới hình thức có tên gọi khác quyết định như thông báo, kết luận, công văn do cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó ban hành nhưng có chứa đựng nội dung của QĐHC thì vẫn được xem là loại việc thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Theo chúng tôi, tên gọi văn bản của QĐHC theo quy định của Luật KN 2011 cũng nên có cách hiểu tương tự để tránh tình trạng cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước cố ý ban hành QĐHC không đúng về hình thức làm hạn chế quyền khiếu nại của công dân.

Thứ hai, chủ thể ban hành QĐHC phải là cơ quan hành chính nhà nước, người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước

Theo chúng tôi, Luật KN quy định như vậy bởi theo quy định của pháp luật hiện nay thì thẩm quyền ban hành QĐHC trong lĩnh vực quản lý nhà nước không chỉ của cá nhân người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước mà còn của cơ quan hành chính nhà nước, ví dụ như các quyết định về giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất... thuộc thẩm quyền của Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc cấp tỉnh³.

Tuy nhiên, chủ thể ban hành QĐHC là đối tượng khiếu nại theo quy định chỉ bao gồm cơ quan và cá nhân người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước

² Lê Việt Sơn, *Bàn về thẩm quyền xét xử hành chính của Tòa án nhân dân theo loại việc bị khiếu kiện*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 6, năm 2012, tr. 15.

³ Điều 59 và Điều 66 Luật Đất đai 2013.

mà không bao gồm các cơ quan không phải là cơ quan hành chính nhà nước. Nói cách khác, đối với các QĐHC không phải do cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước ban hành không phải là đối tượng khiếu nại theo quy định của Luật KN. Điều 3 Luật KN quy định về việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại tại các cơ quan không phải là cơ quan hành chính nhà nước như sau:

1. Khiếu nại của cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam và việc giải quyết khiếu nại được áp dụng theo quy định của Luật này, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác.

2. Khiếu nại và giải quyết khiếu nại đối với QĐHC, hành vi hành chính trong đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước được áp dụng theo quy định của Luật này.

Chính phủ quy định chi tiết khoản này.

3. Căn cứ vào Luật này, cơ quan có thẩm quyền của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp hướng dẫn việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong cơ quan, tổ chức mình.

4. Căn cứ vào Luật này, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước, Văn phòng Quốc hội, Văn phòng Chủ tịch nước và các cơ quan khác của Nhà nước quy định việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong cơ quan mình.

Theo quy định trên, việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại đối với các quyết định do các cơ quan không phải là cơ quan hành chính nhà nước ban hành được giải quyết theo luật chuyên ngành trước, trong trường hợp luật chuyên ngành không quy định sẽ áp dụng quy định của Luật KN. Tuy nhiên, chúng tôi đề xuất nên bỏ Điều 3 Luật KN vì:

- Một là, với cách quy định như trên thực tiễn áp dụng sẽ gặp nhiều vướng mắc, bởi lẽ việc giải quyết khiếu nại tại các cơ quan liệt kê theo Điều 3 được dẫn chiếu áp dụng hoàn toàn quy định của Luật KN. Như vậy, thiết nghĩ Điều 3 Luật KN không cần quy định về các cơ quan này, thay vào đó là quy định về chủ thể ban hành QĐHC trong khái niệm QĐHC. Theo đó sửa cụm từ “*cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước*” bằng “*cơ quan nhà nước, tổ chức hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó*”; đồng thời, tại Điều 2 cần giải thích “*cơ quan nhà nước, tổ chức*” theo quy định của Luật KN là những cơ quan, tổ chức nào.

- Hai là, trong các văn bản như Bộ luật Tố tụng Hình sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Tố tụng Hành chính đều có chương riêng về khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong hoạt động tố tụng; đã có những điều khoản dẫn chiếu đến Luật KN. Do đó, trong Luật KN không cần quy định lặp lại nữa. Việc sửa đổi như trên sẽ giúp quy định của Luật KN được đơn giản, dễ hiểu, đồng thời tránh chòng chéo giữa Luật KN và các văn bản luật khác.

Thứ ba, QĐHC là đối tượng khiếu nại phải trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước không thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định và không phải là quyết định hành chính mang tính nội bộ cơ quan

Với quy định này có thể thấy, pháp luật khiếu nại đã giới hạn phạm vi lĩnh vực QĐHC được quyền khiếu nại, đó là các QĐHC được ban hành trong hoạt động quản lý hành chính; đối với quyết định trong các lĩnh vực khác như lập pháp và tư pháp thì

công dân, cơ quan và tổ chức sẽ khiếu nại theo quy định của các văn bản luật chuyên ngành như đã phân tích.

Bên cạnh đó, khoản 1 Điều 11 Luật KN quy định, đối với QĐHC là đối tượng khiếu nại phải không thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định. Quy định này có thể được hiểu, QĐHC có nội dung thuộc phạm vi bí mật nằm ngoài ba lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao thì vẫn là đối tượng khiếu nại theo quy định của pháp luật khiếu nại. Thiết nghĩ, sự giới hạn này là cần thiết nhằm bảo vệ lợi ích cao nhất của quốc gia, công dân, cơ quan, tổ chức không được quyền can thiệp bằng hoạt động khiếu nại.

Ngoài ra, theo khoản 1 Điều 11, QĐHC mang tính nội bộ cơ quan cũng không phải là đối tượng khiếu nại. QĐHC mang tính nội bộ cơ quan bao gồm: *QĐHC trong nội bộ cơ quan nhà nước để chỉ đạo, tổ chức thực hiện nhiệm vụ, công vụ, QĐHC trong chỉ đạo điều hành của cơ quan hành chính cấp trên với cơ quan hành chính cấp dưới*. Các QĐHC này có đặc điểm là, đối tượng bị áp dụng và chủ thể ban hành có mối quan hệ về mặt tổ chức, công tác, được dùng nhằm duy trì hoạt động nội bộ. Để đảm bảo hiệu quả hoạt động của các cơ quan nhà nước và hoạt động quản lý nhà nước được thông suốt thì các quyết định này không là đối tượng khiếu nại. Theo khoản 4 Điều 3 Luật Tố tụng Hành chính năm 2010: *“QĐHC, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức là những quyết định, hành vi quản lý, chỉ đạo, điều hành hoạt động thực hiện chức năng, nhiệm vụ trong phạm vi của cơ quan, tổ chức đó”*. Có thể thấy, QĐHC mang tính nội bộ theo quy định của Luật KN rộng hơn Luật Tố tụng Hành

chính, không chỉ giới hạn trong phạm vi của một cơ quan, tổ chức mà được mở rộng thông qua mối quan hệ giữa cơ quan hành chính cấp trên với cơ quan hành chính cấp dưới. Chính vì sự không đồng bộ giữa hai văn bản luật này dẫn đến thực trạng *“QĐHC trong chỉ đạo điều hành của cơ quan hành chính cấp trên với cơ quan hành chính cấp dưới”* không được xem là mang tính nội bộ trong hoạt động tố tụng hành chính. Vì vậy, trong trường hợp này cá nhân, cơ quan và tổ chức được quyền khởi kiện vụ án hành chính, nhưng không khiếu nại được vì không phải là đối tượng khiếu nại; và trong trường hợp này đối tượng khiếu nại hẹp hơn đối tượng khởi kiện vụ án hành chính. Do đó, Luật KN cần có sự điều chỉnh để bảo đảm đồng bộ với Luật Tố tụng Hành chính.

Thứ tư, QĐHC là đối tượng khiếu nại phải mang tính cá biệt

Theo khoản 8 Điều 2 Luật KN, thì QĐHC được ban hành để quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước; được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể là những dấu hiệu của QĐHC cá biệt. Trong số các loại QĐHC chủ đạo, QĐHC quy phạm, QĐHC cá biệt thì luật chỉ cho phép công dân, cơ quan, tổ chức có thể khiếu nại QĐHC cá biệt, vì QĐHC cá biệt được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể để giải quyết một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính, tác động trực tiếp đến quyền lợi của cá nhân, cơ quan, tổ chức. Trong khi đó, cơ quan quản lý nhà nước ban hành quyết định chủ đạo và quyết định quy phạm nhằm giải quyết những vấn đề chung theo yêu cầu quản lý nhà nước và vì lợi ích chung của cộng đồng. Nếu cho phép khiếu nại QĐHC chủ

đạo và QĐHC quy phạm sẽ dẫn đến nguy cơ làm ảnh hưởng đến hoạt động quản lý của Nhà nước. Có thể thấy trong thực tiễn có nhiều QĐHC do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành nhưng rất khó xác định có phải là quyết định mang tính cá biệt hay không. Bởi lẽ, việc xác định chỉ căn cứ đó là “*quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể*” hay không.

Vì vậy, Luật KN cần có quy định giải thích rõ để có cách hiểu thống nhất.

Tóm lại, Luật KN đã có những quy định cơ bản về đối tượng khiếu nại là QĐHC. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, cần có nghiên cứu sâu về vấn đề này và sửa đổi, bổ sung trong Luật hoặc hướng dẫn, giải thích rõ trong các văn bản dưới luật nhằm khắc phục những hạn chế bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, cơ quan, tổ chức trong khiếu nại và giải quyết khiếu nại.

(Tiếp theo trang 18 – Thách thức và định hướng ...)

4. Kết luận

Từ những phân tích về các thách thức khi triển khai áp dụng án lệ ở Việt Nam và định hướng xây dựng, phát triển án lệ của TANDTC trong thời gian tới có thể khẳng định rằng, việc triển khai xây dựng, áp dụng án lệ trong thực tiễn pháp luật nước ta còn rất nhiều vấn đề cần giải quyết. Tính cần thiết của án lệ đối với hệ thống pháp luật Việt Nam là một vấn đề không còn

tranh cãi, nhưng việc xây dựng lộ trình cụ thể để áp dụng án lệ ở nước ta vẫn chưa rõ ràng. Khi Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP đều đã có hiệu lực thi hành nhưng vẫn chưa định rõ hình hài của một án lệ Việt Nam, chúng ta cần quyết tâm hơn nữa và thực hiện đồng bộ các giải pháp để sớm xây dựng và triển khai án lệ vào thực tiễn xét xử.

CÁC YẾU TỐ QUYẾT ĐỊNH ĐẾN SỰ LỰA CHỌN MÔ HÌNH CƠ QUAN NHÂN QUYỀN QUỐC GIA Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Tường Duy Kiên**

Tóm tắt: Bài viết phân tích và làm rõ những yếu tố tác động đến sự lựa chọn mô hình cơ quan quốc gia về quyền con người ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: This article analyses and clarifies factors affecting the choice of the model of Vietnam's National Human Right Institution at the moment.

Ngày 14/3/2011, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 366/QĐ-TTg về Kế hoạch triển khai thực hiện Chỉ thị số 44-CT/TW, ngày 20/07/2010 của Ban Bí thư Trung ương Đảng về Công tác nhân quyền trong tình hình mới. Một trong những nhiệm vụ trọng tâm của Kế hoạch là “Xây dựng và triển khai thực hiện Đề án thành lập cơ quan nhân quyền Việt Nam theo hướng là một cơ quan chuyên trách, đủ sức chủ trì, chỉ đạo, kiểm tra, hướng dẫn các cấp, các ngành thực hiện tốt công tác bảo vệ, đấu tranh về nhân quyền”¹. Thực hiện Quyết định của Thủ tướng Chính phủ, đã có nhiều chương trình, đề tài được triển khai nghiên cứu nhằm luận giải cơ sở lý luận và thực tiễn thành lập cơ quan chuyên trách về quyền con người ở Việt Nam và các mô hình Việt Nam có thể lựa chọn.

1. Nguyên tắc Paris và mô hình các cơ quan nhân quyền quốc gia hiện nay trên thế giới

* PGS.TS., Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

¹ Ban Chỉ đạo nhân quyền Chính phủ, Tài liệu Tổng kết Chỉ thị 12 của Ban bí thư Trung ương Đảng về vấn đề quyền con người và quan điểm chủ trương của Đảng ta, Nxb. Chính trị - Hành chính, 2012, tr. 115.

Các nguyên tắc Paris² không đưa ra phân loại cơ quan nhân quyền quốc gia (CQNQQG), thay vào đó, các nguyên tắc này là cơ sở để phân biệt CQNQQG với các thể chế/cơ quan khác có liên quan tới bảo vệ, thúc đẩy quyền con người. Trên thực tế, không có một mô hình chung, thống nhất về CQNQQG cho các quốc gia. Mỗi quốc gia do sự khác biệt về thể chế chính trị, kinh tế, văn hóa, lịch sử sẽ lựa chọn mô hình CQNQQG phù hợp. Hiện nay, trên thế giới CQNQQG được thiết lập theo ba mô hình chủ yếu sau:

i) Mô hình Ủy ban nhân quyền quốc gia (National Human Rights Commission/Committee);

ii) Mô hình Cơ quan thanh tra Quốc hội (Ombudsman);

iii) Mô hình cơ quan đặc trách về một lĩnh vực nhân quyền cụ thể như về dân tộc thiểu số, người bản địa, phụ nữ, trẻ em, người tỵ nạn... với các tên gọi khác nhau,

² Các nguyên tắc Paris, được Đại hội đồng Liên hợp quốc thông qua theo Nghị quyết 48/134 ngày 20/12/1993 tại thủ đô nước Pháp. Đây là một văn kiện quốc tế có tính khuyến nghị (không có hiệu lực ràng buộc về pháp lý), trong đó xác định một tập hợp những nguyên tắc nền tảng cho việc thành lập, tổ chức và hoạt động của các CQNQQG trên thế giới.

như viện/trung tâm, cao ủy...(Specialized Institutions).

Mặc dù không đưa ra cụ thể về phân loại CQNQQG, nhưng các nguyên tắc Paris đã đề cập đến một loạt các vấn đề mà bất kỳ CQNQQG, theo mô hình nào cũng cần phải có, đó là chức năng, quyền hạn; cơ cấu tổ chức; thành phần đại diện; tính độc lập về thể chế với các cơ quan khác trong bộ máy nhà nước của quốc gia đó...

- *Về chức năng, quyền hạn:* theo các nguyên tắc Paris, CQNQQG phải được pháp luật quốc gia giao quyền hạn và nhiệm vụ nhằm thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền với phạm vi càng rộng càng tốt. Cơ quan này có thể đóng vai trò:

+ Tư vấn cho Chính phủ, Quốc hội và các cơ quan nhà nước khác về các vấn đề có liên quan trên lĩnh vực lập pháp, hành pháp, tư pháp và thực tiễn bảo vệ, thúc đẩy nhân quyền;

+ Thúc đẩy việc bảo đảm sự hài hòa của pháp luật và thực tiễn quốc gia với các tiêu chuẩn quốc tế về nhân quyền;

+ Soạn thảo và đệ trình lên cơ quan có thẩm quyền báo cáo về tình hình nhân quyền quốc gia;

+ Khuyến nghị Chính phủ tham gia các điều ước quốc tế về nhân quyền;

+ Hỗ trợ xây dựng các báo cáo quốc gia về nhân quyền trình các cơ quan Liên hợp quốc;

+ Hợp tác với các cơ quan nhân quyền của Liên hợp quốc và các cơ quan, tổ chức của quốc gia hoạt động trên lĩnh vực nhân quyền;

+ Xây dựng các chương trình nghiên cứu, giảng dạy nhân quyền ở quốc gia; thúc đẩy việc phổ biến kiến thức, thông tin về nhân quyền.

- *Về cơ cấu, thành phần:* các CQNQQG thường bao gồm đại diện của các nhóm/giai tầng khác nhau trong xã hội, ví dụ như các NGOs hoạt động trên lĩnh vực nhân quyền và chống phân biệt đối xử, gồm cả các tổ chức công đoàn, các tổ chức nghề nghiệp (luật sư, nhà báo, bác sĩ...); các cơ sở học thuật (trường đại học, viện nghiên cứu...); những người có uy tín trong tôn giáo, trí thức; thành viên của các nghị viện; cán bộ của các cơ quan chính phủ...

- *Tính độc lập về thể chế:* Đây là tiêu chuẩn không thể thiếu của các CQNQQG. Theo các nguyên tắc Paris, các CQNQQG cần phải có tính độc lập với các cơ quan nhà nước khác với mức độ độc lập cao.

- *Phương thức hoạt động* của các CQNQQG đó là:

+ Xem xét giải quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền, do bất kể cơ quan nào đề xuất;

+ Tiếp xúc với bất kỳ ai nhằm thu thập thông tin, tài liệu cần thiết để giải quyết các tình huống thuộc thẩm quyền;

+ Trực tiếp trả lời ý kiến công chúng hoặc thông qua cơ quan thông tin đại chúng;

+ Họp định kỳ hoặc khi cần thiết với các thành viên đương nhiệm;

+ Thành lập các nhóm công tác khi cần thiết;

+ Duy trì quan hệ tham vấn với các cơ quan khác có chức năng thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền;

+ Phát triển quan hệ với các NGOs hoạt động trên lĩnh vực nhân quyền.

Dựa trên các nguyên tắc Paris, các CQNQQG trên thế giới được thành lập và hoạt động có các đặc điểm sau:

- *Mô hình Ủy ban nhân quyền quốc gia (UBNQQG):* những nước thành lập UBNQQG thường thuộc nhánh hành pháp,

do Chính phủ thành lập, có tính độc lập tương đối với các cơ quan khác của Chính phủ, có nhiệm vụ thay mặt Chính phủ báo cáo định kỳ với cơ quan lập pháp. Các thành viên của UBNQQG có thể có chuyên môn khác nhau, tuy nhiên, một trong những điều kiện để được tuyển chọn là phải có uy tín, kinh nghiệm, được bầu ra trên cơ sở tính đến tính đại diện cho vùng, miền, nhóm người, đảng phái... của quốc gia.

- *Mô hình Cơ quan Thanh tra Quốc hội:* thường thuộc nhánh lập pháp, được Nghị viện thành lập nhưng có tính độc lập tương đối với Nghị viện. Về bản chất, Thanh tra Quốc hội không phải là cơ quan giám sát nhánh hành pháp, mà chỉ đóng vai trò là cơ quan trung gian, giải quyết mối quan hệ giữa các cá nhân và Chính phủ. Chức năng chính của Cơ quan Thanh tra Quốc hội là bảo vệ công bằng và tính pháp lý trong hoạt động hành chính công. Cơ quan Thanh tra Quốc hội có thể là một cá nhân hoặc một nhóm cá nhân (văn phòng/Cơ quan Thanh tra Quốc hội). Mặc dù các Cơ quan Thanh tra Quốc hội trên thế giới không hoàn toàn giống nhau về cách thức tổ chức, nhưng khá đồng nhất về chức năng, nhiệm vụ và thủ tục hoạt động.

Ngoài hai dạng phổ biến trên, ở một số nước còn thành lập các CQNQQG với tên gọi khác như: Trung tâm nhân quyền³, Viện nhân quyền⁴, Hội đồng nhân quyền⁵, Cao ủy nhân quyền⁶, Công tố viên nhân quyền⁷, hay cơ quan chuyên trách về một vấn đề nhân quyền để bảo vệ quyền của một số nhóm xã

hội nhất định, như các Ủy ban về người thiểu số, người bản địa, về phụ nữ, về trẻ em, người khuyết tật, người lao động di trú, hay người tỵ nạn...

2. Các yếu tố tác động đến sự lựa chọn mô hình cơ quan nhân quyền quốc gia ở Việt Nam

2.1. Việc có thành lập CQNQQG hay không và nếu thành lập sẽ theo mô hình nào, phụ thuộc vào đặc điểm chính trị, pháp lý, kinh tế, xã hội, văn hóa, lịch sử, trong mối tương quan với các thể chế hiện hữu có liên quan tới bảo vệ nhân quyền ở mỗi nước và xu thế chung của quốc tế cũng như các nước trong khu vực...

- *Thứ nhất, yếu tố chính trị*

Thể chế chính trị ở mỗi quốc gia sẽ tác động đến việc lựa chọn mô hình CQNQQG. Yếu tố này cũng quyết định cơ cấu, thành phần, tính đại diện trong CQNQQG.

- *Thứ hai, yếu tố văn hóa, lịch sử*

Yếu tố văn hóa, lịch sử có tác động, ảnh hưởng đến thúc đẩy bảo vệ quyền con người, do vậy cũng sẽ tác động đến việc lựa chọn mô hình CQNQQG.

- *Thứ ba, thực trạng các thể chế đang tồn tại có liên quan tới bảo vệ nhân quyền*

Yếu tố này sẽ quyết định các cơ quan/thể chế đang tồn tại đã đủ khả năng bao quát việc bảo vệ, thúc đẩy nhân quyền chưa; các cơ quan này hoạt động có hiệu quả không; và nếu không hiệu quả, có cần thiết phải thành lập cơ quan mới, thành lập thì nên thuộc nhánh quyền nào trong bộ máy nhà nước...

- *Thứ tư, xu thế quốc tế và sự ảnh hưởng của các nước trong khu vực*

Yếu tố này bắt nguồn trước hết từ quan niệm giống nhau giữa các nước. Chẳng hạn, việc lựa chọn CQNQQG dưới mô hình Cao

³ Na Uy, Slovakia, Moldova, Jordan, Bi.

⁴ Đan Mạch, Đức, Cộng hòa Síp.

⁵ Ai Cập, Morocco.

⁶ Liên bang Nga, Azerbaijan, Italia, Hungari, Honduras, Kazakhstan, Ba Lan, Ucraina.

⁷ Guatemala, Nicaragua.

ủy về nhân quyền được hầu hết các nước thuộc Liên Xô cũ và Đông Âu lựa chọn.

2.2. Theo các tiêu chí được nêu trong các nguyên tắc Paris, thì Việt Nam hiện chưa có cơ quan nào có thể được coi là CQNQQG.

Việc thành lập CQNQQG và sự lựa chọn mô hình thích hợp ở Việt Nam cần tính đến các yếu tố chính sau đây:

- Về thể chế chính trị

Việt Nam là chế độ một Đảng Cộng sản duy nhất lãnh đạo nhà nước và xã hội. Quyền lực nhà nước là thống nhất có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp...⁸. Với thể chế chính trị như Việt Nam sẽ tác động tới tính chất của mô hình CQNQQG, và như vậy sẽ không giống với tính chất của mô hình CQNQQG ở các nước khác.

- Về các yếu tố văn hóa, lịch sử

Việt Nam là một quốc gia với nền văn hóa phong phú, đa dạng của 54 dân tộc cùng sinh sống, tồn tại hòa bình, có những phong tục tốt đẹp từ lâu đời. Dân tộc Việt Nam có lịch sử hàng nghìn năm đấu tranh dựng nước và giữ nước, chống giặc ngoại xâm; bị ảnh hưởng của văn hóa khổng giáo, với các giáo lễ phong kiến, văn hóa châu Âu đến từ Pháp từ thế kỷ XIX, phương Tây thế kỷ XX và hiện nay thế kỷ XXI - văn hóa của thời kỳ hội nhập. Do vậy, văn hóa Việt Nam đã có những thay đổi theo các thời kỳ lịch sử, có những khía cạnh mất đi nhưng cũng có những khía cạnh khác bổ sung vào nền văn hóa Việt Nam hiện đại. Với nền tảng văn hóa đó sẽ tác động lớn đến quan niệm về nhân quyền, bảo vệ nhân quyền, hình thành nên các thiết chế bảo vệ quyền con người.

⁸ Điều 3, Hiến pháp 2013.

- Về thực trạng các thể chế hiện có liên quan tới bảo vệ nhân quyền

Thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền thuộc chức năng, nhiệm vụ của nhiều cơ quan trong bộ máy nhà nước. Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên khẳng định, việc thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền trước hết thuộc trách nhiệm của Nhà nước. Theo đó, Nhà nước có trách nhiệm *công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm nhân quyền*⁹. Hiến pháp cũng xác định và giao cho Quốc hội – cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất thực hiện quyền lập hiến, lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao đối với hoạt động của nhà nước, trong đó có quyết sách về thúc đẩy, bảo vệ quyền con người. Trong tổ chức, hoạt động của Quốc hội đều có liên quan tới bảo vệ và thúc đẩy nhân quyền, tuy nhiên, chưa có cơ quan nào chuyên trách giống một Ủy ban nhân quyền hay Cơ quan Thanh tra Quốc hội như quy định của các nguyên tắc Paris.

Hiến pháp cũng giao Chính phủ với vị trí là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội, thực hiện quản lý tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội, có thẩm quyền và nhiệm vụ bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước và xã hội, bảo vệ quyền con người, quyền công dân; bảo đảm trật tự, an toàn xã hội¹⁰.

Theo Hiến pháp, Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử, thực hiện quyền tư pháp, Tòa án có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân¹¹.

Viện kiểm sát nhân dân thực hành quyền công tố, kiểm sát hoạt động tư pháp,

(Xem tiếp trang 42)

⁹ Điều 3, Hiến pháp 2013.

¹⁰ Điều 96, Hiến pháp 2013.

¹¹ Điều 102, Hiến pháp 2013.

QUYỀN TÀI PHÁN TRONG CÁC ĐIỀU ƯỚC ĐA PHƯƠNG VỀ CHỐNG KHỦNG BỐ VÀ VẤN ĐỀ NỘI LUẬT HÓA TRONG PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM

Nguyễn Quyết Thắng*

Tóm tắt: Bài viết khái quát nội dung quyền tài phán trong các điều ước đa phương về chống khủng bố, phân tích hiệu lực không gian của Bộ luật Hình sự 2015 cũng như một số vấn đề đặt ra khi triển khai thi hành Bộ luật Hình sự 2015 nhằm đáp ứng yêu cầu nội luật hóa.

Abstract: This article provides the overview of jurisdictional rights in multilateral treaties on anti-terrorism, analyses territorial effect of the Penal Code of 2015 and some issues arising from the enforcement of this Code to meet the demand of their translation into Vietnam's criminal law.

Đặt vấn đề

Từ những năm đầu của thế kỷ XXI, khủng bố không chỉ là mối đe dọa an ninh của một quốc gia, một vùng lãnh thổ, mà còn là hiểm họa mang tính toàn cầu. Ở Việt Nam, chỉ tính từ năm 1999 đến năm 2014, lực lượng công an đã phát hiện, đấu tranh và xử lý 22 vụ với hơn 60 bị can về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân¹. Ngoài ra, một số hành vi phạm tội khủng bố cũng đã bị phát hiện và xử lý. Riêng trong năm 2014, đã xảy ra hơn 40 vụ nổ liên quan đến khủng bố; rất nhiều vụ đe dọa khủng bố, gọi điện, nhắn tin quấy nhiễu, đe dọa các đồng chí lãnh đạo ở trung ương²... Chính vì vậy, cũng như nhiều quốc gia khác trên thế giới, Việt Nam đã và đang thực hiện nhiều biện pháp tích cực nhằm phòng, chống khủng bố.

Hiện nay, Việt Nam đã gia nhập 12 trên tổng số 18 điều ước đa phương về lĩnh vực đấu tranh chống khủng bố³. Gần đây, Việt Nam cũng đã chính thức trở thành thành viên của 02 Công ước chống khủng bố: Công ước quốc tế về chống bắt con tin (1979); Công ước quốc tế về trừng trị khủng bố bằng bom (1997). Bên cạnh đó, Việt Nam cũng đã tham gia Hiệp định chống khủng bố của ASEAN (2007) và Hiệp định Tương trợ tư pháp về hình sự giữa các nước ASEAN (2004); ký kết hơn 10 hiệp định tương trợ tư pháp với các nước và nhiều hiệp định, thỏa thuận hợp tác quốc tế phòng, chống tội phạm có liên quan đến khủng bố.

Bên cạnh việc gia nhập, thực thi các Công ước và Nghị định thư của Liên hợp quốc về chống khủng bố, Việt Nam đã cùng với cộng đồng quốc tế thực thi các Nghị quyết của Hội đồng bảo an về chống khủng

* ThS., Bộ môn Pháp luật, Đại học An ninh nhân dân.

¹ Cục An ninh điều tra - Bộ Công an, *Báo cáo tình hình công tác an ninh điều tra qua các năm* (từ năm 2010 đến năm 2014).

² Báo cáo của Bộ Công an tại Hội nghị tổng kết Công tác công an năm 2014.

³ Ban chỉ đạo phòng, chống khủng bố, Bộ Công an, *Các Điều ước quốc tế, Asean và pháp luật Việt Nam về phòng, chống khủng bố*, Nxb. Công an nhân dân, 2013.

bổ như Nghị quyết 1267 (năm 1999), Nghị quyết 1373 (năm 2013)... Trên cơ sở yêu cầu, nội dung của các Điều ước quốc tế và Nghị quyết của Liên hợp quốc về chống khủng bố, Việt Nam đã ban hành các văn bản quy phạm pháp luật về lĩnh vực này (Luật Phòng, chống khủng bố năm 2013, Nghị định số 116/2013/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn Luật Phòng, chống khủng bố...); xây dựng và triển khai các kế hoạch hành động quốc gia về chống khủng bố; tiếp tục nghiên cứu sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật hình sự hiện hành phù hợp với pháp luật quốc tế về chống khủng bố, trong đó có yêu cầu mở rộng hơn về phạm vi áp dụng Bộ luật Hình sự (BLHS) trên cơ sở quy định về quyền tài phán trong các Điều ước quốc tế về chống khủng bố.

1. Quy định về quyền tài phán trong các điều ước đa phương về phòng, chống khủng bố mà Việt Nam là thành viên

Trong phạm vi bài viết, tác giả khái quát quyền tài phán trong các Điều ước quốc tế về chống khủng bố thông qua 02 Công ước quốc tế về phòng, chống khủng bố mà Việt Nam mới tham gia, đó là Công ước quốc tế về chống bắt con tin (1979) (gọi tắt là Công ước 1979) và Công ước quốc tế về trừng trị việc khủng bố bằng bom (1997) (sau đây gọi tắt là Công ước 1997)⁴. Quyền tài phán trong các điều ước đa phương về chống khủng bố thể hiện tập trung theo các nguyên tắc sau đây:

1.1. Nguyên tắc lãnh thổ và nguyên tắc mang cờ

Điểm a khoản 1 Điều 5 Công ước 1979 và điểm a, b khoản 1 Điều 6 Công ước 1997 quy định các quốc gia thành viên phải tiến

hành những biện pháp cần thiết để xác lập quyền tài phán đối với những hành vi phạm tội nêu trong Công ước khi hành vi phạm tội được thực hiện trên bất kỳ vùng lãnh thổ nào thuộc quyền tài phán của quốc gia hay trên tàu biển hoặc tàu bay đăng ký tại quốc gia đó.

Nguyên tắc lãnh thổ xác lập hiệu lực về không gian căn cứ hành vi phạm tội thực hiện ở nước nào thì nước đó có quyền tài phán, bất kể người thực hiện hành vi có phải là công dân nước đó hay không. Trong tất cả các điều ước mà Việt Nam tham gia liên quan đến phòng, chống khủng bố đều yêu cầu các quốc gia thành viên xác lập quyền tài phán theo nguyên tắc này.

Trong khi nguyên tắc lãnh thổ xác lập thẩm quyền dựa trên vùng lãnh thổ thuộc quyền tài phán của quốc gia, nguyên tắc mang cờ không căn cứ vào vùng lãnh thổ mà căn cứ vào nơi đăng ký của phương tiện vận tải (tàu bay, tàu biển). Hầu hết các điều ước đa phương về chống khủng bố đều thể hiện nguyên tắc này. Ví dụ:

Điểm a khoản 1 Điều 6 Công ước trừng trị các hành vi bất hợp pháp chống lại an toàn hàng trình hàng hải⁵ quy định: “*Mỗi quốc gia thành viên sẽ thực hiện những biện pháp cần thiết để xác định quyền tài phán của mình đối với các tội phạm được nêu tại Điều 3 khi: a. Tội phạm được thực hiện... ở trên tàu biển treo cờ của quốc gia đó tại thời điểm tội phạm được thực hiện...*”.

Điều 5 Công ước về trừng trị những hành vi bất hợp pháp chống lại an toàn hàng không dân dụng⁶ cũng quy định: *Mỗi quốc*

⁴ 02 Công ước có hiệu lực với Việt Nam ngày 8/2/2014.

⁵ Công ước được thông qua tại Rôm ngày 10/3/1988 và có hiệu lực đối với Việt Nam từ ngày 10/10/2002.

⁶ Công ước được thông qua tại Môntrêan ngày 23/9/1971 và có hiệu lực đối với Việt Nam từ ngày 17/9/1979.

gia ký kết sẽ thực hiện các biện pháp cần thiết để xác định quyền tài phán của mình đối với các tội phạm trong những trường hợp sau: ...b. Khi tội phạm được thực hiện chống lại tàu bay được đăng ký ở quốc gia đó hoặc khi tội phạm được thực hiện trên tàu bay đó”.

Điều VII Quyền tài phán của quốc gia trong Công ước ASEAN về chống khủng bố⁷ quy định: “1. Mỗi bên sẽ tiến hành các biện pháp cần thiết để xác lập quyền tài phán của mình đối với các tội phạm được quy định tại Điều II của Công ước này khi:... b. Tội phạm được thực hiện trên tàu thủy mang cờ của Bên đó hoặc tàu bay được đăng ký theo pháp luật của Bên đó vào thời điểm tội phạm được thực hiện”.

Đồng thời, theo quy định tại khoản 4 Điều 9 Công ước 1997 và khoản 4 Điều 10 Công ước 1979 thì hành vi khủng bố khi được thực hiện trên tàu biển, tàu bay “sẽ không chỉ được coi là đã được thực hiện ở nơi tội phạm xảy ra mà còn được coi là đã thực hiện trên lãnh thổ của các quốc gia...”.

Như vậy, theo tinh thần các Công ước đa phương về chống khủng bố, phạm vi tàu biển hoặc tàu bay của một quốc gia sẽ được hưởng quyền tài phán như trên lãnh thổ của quốc gia đó (nghĩa là có chủ quyền tuyệt đối). Dưới góc độ khoa học pháp lý hình sự, đây được coi là các trường hợp của “lãnh thổ mở rộng”.

1.2. Nguyên tắc quốc tịch chủ động

Điểm b khoản 1 Điều 5 Công ước 1979 và điểm c khoản 1 Điều 6 Công ước 1997

⁷ Công ước được thông qua tại Philippin ngày 13/1/2007. Ngày 14/01/2011 Chủ tịch nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã ký quyết định số 65/2011/QĐ-CTN về việc phê chuẩn Công ước.

đều quy định: Các quốc gia thành viên sẽ thực hiện những biện pháp cần thiết để xác định quyền tài phán đối với các tội phạm nêu trong Công ước nếu tội phạm do công dân của quốc gia đó thực hiện.

Theo quy định này, việc xác lập quyền tài phán đối với một hành vi phạm tội căn cứ vào quốc tịch của người thực hiện hành vi phạm tội Luật quốc tế gọi đây là nguyên tắc quốc tịch chủ động. Theo tinh thần 02 Công ước trên, nguyên tắc quốc tịch chủ động được hiểu là các quốc gia thành viên có nghĩa vụ quy định trong BLHS thẩm quyền xét xử đối với bất kỳ hành vi khủng bố nào được thực hiện bởi công dân của mình, cho dù hành vi phạm tội đó thực hiện ở nước ngoài.

Trường hợp người không quốc tịch thường trú trong lãnh thổ của một quốc gia thực hiện hành vi khủng bố được nêu trong Công ước ở bất kỳ nơi nào thì quốc gia đó cũng phải xác định quyền tài phán giống như công dân của mình. Đây là quy định có tính chất tùy nghi.

1.3. Nguyên tắc quốc tịch thụ động

Theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 5 Công ước 1979 và điểm a khoản 2 Điều 6 Công ước 1997, mỗi quốc gia thành viên phải tiến hành những biện pháp cần thiết để xác lập quyền tài phán đối với những hành vi phạm tội nêu tại Công ước khi nạn nhân là công dân của quốc gia đó nếu quốc gia thấy phù hợp.

Như vậy, theo nguyên tắc quốc tịch thụ động, quyền tài phán được xác lập dựa trên quốc tịch của người bị hại. Người bị hại là công dân nước nào thì nước đó có quyền tài phán hình sự. Đây là quy định mang tính tùy nghi và các quốc gia thành viên của Công ước có thể nội luật hóa trong BLHS của mình nếu thấy phù hợp.

Nguyên tắc quốc tịch thụ động bổ sung cho nguyên tắc quốc tịch chủ động, bởi vì nó đảm bảo người phạm tội là người nước ngoài, người không quốc tịch không thể lần tránh được sự trừng phạt của pháp luật.

1.4. Nguyên tắc phổ quát

Theo quy định tại khoản 2 Điều 5 Công ước 1979 và khoản 4 Điều 6 Công ước 1997: Mỗi quốc gia thành viên phải tiến hành những biện pháp cần thiết để xác lập quyền tài phán của mình đối với những hành vi phạm tội được nêu trong Công ước trong trường hợp người bị tình nghi phạm tội đang có mặt ở bất kỳ vùng lãnh thổ nào thuộc quyền tài phán của mình và quốc gia đó không dẫn độ người bị tình nghi đến quốc gia khác.

Quy định trên xác lập quyền tài phán hình sự của một quốc gia nơi người bị tình nghi thực hiện hành vi khủng bố cụ thể đang hiện diện và họ không bị dẫn độ. Như vậy, nguyên tắc phổ quát xác lập quyền tài phán cho quốc gia mà hành vi phạm tội đã được thực hiện ở ngoài lãnh thổ quốc gia đó.

1.5. Nguyên tắc đảm bảo an ninh và lợi ích quốc gia

Nhiều điều ước quốc tế đa phương về chống khủng bố yêu cầu các quốc gia thành viên xác lập quyền tài phán trong trường hợp hành vi khủng bố xâm hại đến an ninh quốc gia hay các lợi ích quốc gia khác. Chẳng hạn, điểm b khoản 2 Điều 9 Công ước quốc tế về trừng trị hành động khủng bố bằng hạt nhân (2005) quy định: “*Quốc gia thành viên cũng sẽ xác lập quyền tài phán với bất kỳ tội phạm nào như vậy khi:*

... Tội phạm được thực hiện chống lại quốc gia hoặc cơ sở Chính phủ của quốc gia đó ở nước ngoài, bao gồm đại sứ quán

hoặc trụ sở cơ quan ngoại giao hoặc lãnh sự của quốc gia đó”.

Hay tại điểm b khoản 2 Điều 6 Công ước quốc tế về trừng trị việc khủng bố bằng bom năm 1997:

“Quốc gia thành viên cũng có thể xác định quyền tài phán của mình đối với bất kỳ tội phạm nào như vậy khi:

...Tội phạm được thực hiện chống lại trang thiết bị của Nhà nước hoặc Chính phủ của quốc gia đó ở nước ngoài, bao gồm đại sứ quán hoặc nhà cửa ngoại giao hoặc lãnh sự khác của quốc gia đó”.

Như vậy, dựa trên nguyên tắc *đảm bảo an ninh và lợi ích quốc gia* thì quyền tài phán sẽ được xác lập khi một quốc gia bị hành vi khủng bố xâm hại. Đối tượng bị xâm hại rất đa dạng nhưng phải liên quan đến an ninh và lợi ích của quốc gia đó, chẳng hạn trụ sở, cơ quan đại diện ngoại giao của quốc gia ở nước ngoài... Đây là một quy định mang tính tùy nghi và các quốc gia thành viên trong các điều ước quốc tế về chống khủng bố có thể nội luật hóa trong BLHS của mình nếu thấy phù hợp.

Tóm lại, quy định về quyền tài phán trong các Công ước đa phương về chống khủng bố được khái quát qua 05 nguyên tắc trên, mỗi quốc gia thành viên sẽ thực hiện các biện pháp cần thiết để xác định quyền tài phán của mình đối với các tội phạm khủng bố. Đây cũng sẽ là cơ sở để hoàn thiện chế định hiệu lực về không gian của BLHS Việt Nam.

2. Hiệu lực về không gian trong Bộ luật Hình sự Việt Nam và một số vấn đề đặt ra nhằm đáp ứng yêu cầu nội luật hóa

2.1. Hiệu lực về không gian của Bộ luật Hình sự 2015 đối với những hành vi phạm

tội trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam

Điều 5 BLHS 2015⁸ quy định:

“1. Bộ luật Hình sự được áp dụng đối với mọi hành vi phạm tội thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Quy định này cũng được áp dụng đối với hành vi phạm tội hoặc hậu quả của hành vi phạm tội xảy ra trên tàu bay, tàu biển mang quốc tịch Việt Nam hoặc tại vùng đặc quyền kinh tế, thềm lục địa của Việt Nam.

2. Đối với người nước ngoài phạm tội trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thuộc đối tượng được hưởng các quyền miễn trừ ngoại giao hoặc lãnh sự theo pháp luật Việt Nam, theo các điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc theo tập quán quốc tế, thì vấn đề trách nhiệm hình sự của họ được giải quyết theo quy định của các điều ước quốc tế hoặc theo tập quán quốc tế đó; trường hợp điều ước quốc tế đó không quy định hoặc không có tập quán quốc tế thì trách nhiệm hình sự của họ được giải quyết bằng con đường ngoại giao”.

Như vậy, phạm vi hiệu lực của BLHS 2015 đã được chính thức mở rộng hơn. Nội dung Điều 5 BLHS thể hiện tinh thần nguyên tắc lãnh thổ và nguyên tắc mang cờ.

Dựa trên nguyên tắc lãnh thổ, khoản 1 Điều 5 quy định trường hợp công dân Việt Nam, người nước ngoài (cả người không quốc tịch) thực hiện hành vi phạm tội trên lãnh thổ Việt Nam sẽ bị áp dụng BLHS Việt Nam, trong đó, lãnh thổ Việt Nam “là một phần của trái đất thuộc chủ quyền hoàn

toàn, đầy đủ và tuyệt đối của một quốc gia”⁹. Theo Điều 1 Hiến pháp 2013, lãnh thổ Việt Nam bao gồm: đất liền, hải đảo, vùng biển và vùng trời.

Dựa trên nguyên tắc mang cờ, hiệu lực của BLHS 2015 được mở rộng về mặt không gian, cả trên phạm vi tàu bay, tàu biển, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam. Dưới góc độ khoa học pháp lý hình sự, đây chính là các trường hợp của “lãnh thổ mở rộng”. Việc BLHS 2015 cụ thể hóa nguyên tắc mang cờ đã mở rộng phạm vi áp dụng của Bộ luật đối với tội phạm, nhất là tội phạm khủng bố cũng như các tội phạm có tính chất quốc tế khác.

2.2. Hiệu lực về không gian của Bộ luật Hình sự 2015 đối với những hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam

Điều 6 BLHS 2015 quy định:

“1. Công dân Việt Nam hoặc pháp nhân Việt Nam có hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam mà Bộ luật này quy định là tội phạm, nếu chưa bị Tòa án nước ngoài xét xử thì có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự tại Việt Nam theo quy định của Bộ luật này.

Quy định này cũng được áp dụng đối với người không quốc tịch thường trú ở Việt Nam.

2. Người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật này trong trường hợp hành vi phạm tội xâm hại quyền, lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam hoặc xâm hại lợi ích

⁸ Ngày 27/11/2015, tại kỳ họp thứ 10, Quốc hội khóa XIII, các đại biểu Quốc hội đã thông qua Bộ luật Hình sự 2015 với tỷ lệ tán thành hơn 84%. Bộ luật này có hiệu lực thi hành từ ngày 1/7/2016.

⁹ Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp), Từ điển Luật học, Nxb. Từ điển bách khoa và Nxb. Tư pháp, tr.456.

của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc theo quy định của điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

3. *Đối với hành vi phạm tội hoặc hậu quả của hành vi phạm tội xảy ra trên tàu bay, tàu biển không mang quốc tịch Việt Nam đang ở tại biển cả hoặc tại giới hạn vùng trời nằm ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì người phạm tội có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo Bộ luật này tại Việt Nam theo quy định của điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên*".

Điều 6 BLHS 2015 đã mở rộng hơn phạm vi áp dụng của BLHS Việt Nam về không gian bằng cách cụ thể hóa tinh thần các nguyên tắc quốc tịch thụ động, nguyên tắc phổ quát và nguyên tắc đảm bảo an ninh và lợi ích quốc gia trong các điều ước đa phương về chống khủng bố. Theo đó, BLHS 2015 sẽ phát sinh hiệu lực kể cả trong trường hợp hành vi phạm tội thực hiện ở ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng xâm hại đến công dân Việt Nam, an ninh và lợi ích của Việt Nam. Đồng thời, khoản 1 Điều 6 BLHS quy định chặt chẽ hơn trường hợp hành vi phạm tội thực hiện ngoài lãnh thổ Việt Nam và đã bị kết án ở nước ngoài. Quy định này chính là sự cụ thể hóa quyền "*không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm*" theo tinh thần của Hiến pháp 2013¹⁰.

2.3. Một số vấn đề đặt ra khi triển khai thi hành Bộ luật Hình sự 2015 nhằm đáp ứng yêu cầu nội luật hóa

- Về Điều 5 Bộ luật Hình sự 2015

BLHS 2015 vẫn chưa có điều khoản nào giải thích cụ thể những trường hợp hành vi phạm tội được xem là "*thực hiện trên*

lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam...". Đó là toàn bộ quá trình phạm tội hay chỉ một phần quá trình phạm tội, hay chỉ căn hậu quả của tội phạm xảy ra trên lãnh thổ Việt Nam? Đoạn 2 Điều 5 BLHS 2015 có giải thích: "*thực hiện hành vi phạm tội*" là trường hợp hành vi phạm tội xảy ra hoặc hậu quả của hành vi phạm tội xảy ra, nhưng chỉ áp dụng đối với phần "*lãnh thổ mở rộng*".

Pháp luật hình sự của một số quốc gia trên thế giới đều quy định rõ nội dung này. Chẳng hạn, BLHS Đức ghi nhận tại khoản 1 Điều 9 nơi thực hiện tội phạm "*là nơi lẽ ra họ phải hành động hoặc là nơi hậu quả thuộc cấu thành tội phạm xảy ra hoặc phải xảy ra theo sự hình dung của thủ phạm*"¹¹. Hay tại đoạn 3 Điều 6 BLHS Trung Quốc quy định: "*Nếu hành vi phạm tội hoặc hậu quả có một phần xảy ra trên lãnh thổ nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, thì tội phạm được coi là đã thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa*"¹². Vì vậy, theo tác giả cần có văn bản hướng dẫn về trường hợp tội phạm được xem là thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam nhằm đảm bảo sự thống nhất trong nhận thức và áp dụng pháp luật.

- Về Điều 6 Bộ luật Hình sự 2015

Nguyên tắc hiến định "*không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm*" đã được ghi nhận tại khoản 1 Điều 6 BLHS 2015; tuy nhiên, lại không được ghi nhận trực tiếp tại khoản 2, khoản 3 Điều 6 này. Do vậy, trong quá trình áp dụng cần có sự hướng dẫn cụ thể.

¹¹ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Cộng hòa Liên bang Đức*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011, tr. 16.

¹² Đinh Bích Hà (dịch), *Bộ luật Hình sự của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 39.

¹⁰ Khoản 3 Điều 31 Hiến pháp 2013.

Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 6 BLHS xác định hiệu lực của BLHS đối với những hành vi phạm tội xảy ra ở ngoài phạm vi “lãnh thổ mở rộng”. Theo quy định, BLHS 2015 sẽ phát sinh hiệu lực đối với những hành vi phạm tội được thực hiện trên tàu biển nước ngoài đang ở biển cả hoặc tàu bay nước

ngoài đang ở giới hạn vùng trời nằm ngoài lãnh thổ. Tuy nhiên, BLHS 2015 lại không quy định trường hợp tàu biển khi hoạt động ở *Vùng*¹³. Theo quy định của Công ước về Luật Biển 1982, *Vùng* cũng nằm ngoài giới hạn lãnh thổ của một quốc gia.

¹³ Theo Điều 1 Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển 1982 thì: “*Vùng*” (*Zone*): là đáy biển và lòng đất dưới đáy biển nằm bên ngoài giới hạn quyền tài phán quốc gia...”

(Tiếp theo trang 35 – Các yếu tố quyết định ...)

có nhiệm vụ bảo vệ pháp luật, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, góp phần bảo đảm pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất¹².

Như vậy, mặc dù chức năng, thẩm quyền và nhiệm vụ của các cơ quan trong bộ máy nhà nước ở Việt Nam hiện nay đã được Hiến pháp và pháp luật quy định, trong đó có chức năng bảo vệ quyền con người. Tuy nhiên, chưa có cơ quan nào được gọi là CQNQQG theo đúng các chuẩn mực quốc tế quy định.

- Về xu thế quốc tế và ảnh hưởng của các nước trong khu vực

Việt Nam là thành viên của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN), và hiện nay, hầu hết các nước trong khối đã thành lập CQNQQG¹³ với mô hình Ủy ban nhân quyền là chủ yếu.

Từ những lý do nêu trên, việc thành lập CQNQQG của Việt Nam theo mô hình nào đòi hỏi phải có những nghiên cứu chuyên sâu từ thực tiễn, tham khảo kinh nghiệm quốc tế. Tuy nhiên, trong bối cảnh hiện nay, với xu thế quốc tế và ảnh hưởng của các nước trong cộng đồng ASEAN, có thể xem xét, thành lập CQNQQG ở Việt Nam dưới mô hình **Ủy ban nhân quyền** là phù hợp hơn cả.

¹² Điều 107, Hiến pháp 2013.

¹³ Thái Lan, Philippin, Indônêxia, Malaixia...

THƯƠNG LƯỢNG NHẬN TỘI TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ - KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ GỢI MỞ CHO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

*Nguyễn Tiến Đạt**

Tóm tắt: Bài viết trình bày và phân tích vấn đề thương lượng nhận tội trong pháp luật tố tụng hình sự của một số quốc gia, qua đó liên hệ và gợi mở đối với pháp luật Việt Nam.

Abstract: This article discusses issues relating to negotiation of crime confession in criminal procedure law of some countries and finds implications for Vietnamese law.

Thương lượng nhận tội (tiếng anh là Plea bargaining) được áp dụng khá phổ biến trong tố tụng hình sự ở nhiều quốc gia theo hệ thống pháp luật Anh - Mỹ và cả một số quốc gia theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Tuy nhiên, về phương diện lý luận cũng như thực tiễn xét xử các vụ án hình sự, khái niệm này còn khá mới mẻ, chưa được thừa nhận và quy định chính thức trong các văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam.

1. Khái niệm

Bắt nguồn từ thực tiễn xét xử ở Hoa Kỳ¹, pháp luật tố tụng nước này lần đầu tiên cho phép một vụ án hình sự được giải quyết thông qua cơ chế trước kia chỉ được ghi nhận trong pháp luật dân sự, đó là: *thương lượng và thỏa thuận*. Cơ chế này giúp hệ thống tư pháp đạt được cả hai mục đích: làm sáng tỏ nhanh chóng sự thật vụ án và đồng thời giảm bớt gánh nặng về tố tụng cho cả bên bị, bên công tố và các thẩm phán.

Thương lượng nhận tội được hiểu là một thỏa thuận giữa bên công tố và bên bị,

theo đó bị cáo sẽ nhận tội với điều kiện được hưởng một phán quyết có hình phạt nhẹ hơn và đồng thời kết thúc quá trình tố tụng². Mục đích “giảm nhẹ về hình phạt” trong cơ chế này được biểu hiện trong những hình thức: (i) Giảm nhẹ về tính chất hành vi trong cáo trạng (hành vi bị tuyên phạt nhẹ hơn so với hành vi ban đầu); (ii) Giảm nhẹ về số lượng hành vi phạm tội (chỉ tuyên phạt một số hành vi phạm tội); (iii) Giảm nhẹ về hình phạt. Trong đó, giảm nhẹ về hình phạt có thể coi là hệ quả của việc giảm nhẹ về tính chất và mức độ phạm tội của bị cáo³.

Như vậy, quy trình thương lượng nhận tội của bị cáo là một *quy trình kép có điều kiện*, trong đó: bị cáo chấp nhận về cấu thành tội phạm tương ứng với hành vi theo đề xuất của cơ quan công tố (mặt khách quan), đồng thời chấp nhận mình có lỗi (mặt chủ quan) với điều kiện được hưởng mức hình phạt nhẹ hơn so với cáo buộc ban đầu. Trong tình huống này, bị cáo có thể tiết

* ThS., Học viện chính sách và Phát triển, Bộ Kế hoạch và Đầu tư.

¹ Jean Pradel, Le plaider coupable confrontation des droits américain, italien et français, Revue Internationale de droit comparé no. 2/2005, tr. 474.

² Yehonatan Givati, The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence, Discussion Paper No. 39, 07/2011, Harvard Law School, tr. 2.

³ Jean Pradel, sđd, tr. 475.

kiệm được thời gian và chi phí tố tụng thuê luật sư bảo vệ mình tại phiên tòa, đồng thời được hưởng sự khoan hồng so với cáo trạng của bên công tố. Từ đó, hoạt động của cơ quan công tố và cơ quan xét xử cũng tiết kiệm được thời gian và chi phí.

Từ bản chất đó, cơ chế thương lượng nhận tội mang những đặc trưng như sau:

Thứ nhất, thương lượng nhận tội là một hợp đồng có điều kiện giữa công tố viên và bị cáo về việc xác nhận sự thật vụ án. Thương lượng nhận tội là một dạng hợp đồng đặc biệt tồn tại trong các quy định về tố tụng hình sự. Hợp đồng này là sự thỏa thuận song vụ giữa chủ thể là cơ quan công tố và bên bị, trong đó cơ quan công tố thực hiện quá trình tố tụng tiếp theo trên cơ sở lời nhận tội của bị cáo, và đổi lại, quá trình nhận tội chỉ được thực hiện và có hiệu lực khi tội danh được xác định và hình phạt được quyết định đúng theo thỏa thuận nhận tội. Pháp luật các quốc gia cũng ghi nhận nếu một bị cáo vi phạm thỏa thuận nhận tội (trong trường hợp này là không nhận tội hoặc nhận tội không đúng với thỏa thuận), các công tố viên sẽ được "giải phóng" bởi thỏa thuận nhận tội và trách nhiệm của mình. Ở chiều ngược lại, nếu một công tố viên không giữ đúng cam kết trong thỏa thuận nhận tội, bị cáo có thể tìm kiếm sự cứu trợ từ các thẩm phán. Khi đó, thẩm phán có thể để cho họ rút nhận tội, có thể yêu cầu các công tố viên thực hiện theo đúng thỏa thuận nhận tội trước đó, hoặc có thể áp dụng một số biện pháp khác.

Thứ hai, thương lượng nhận tội chỉ có giá trị ràng buộc đối với các chủ thể tham gia quan hệ thỏa thuận này, mà không ràng buộc đối với thẩm phán phải chấp nhận thương lượng nhận tội "trong mọi trường hợp". Trong một số vụ án hình sự, các công

tố viên và bị cáo có thể làm việc (chính thức hoặc không chính thức) với thẩm phán để trao đổi về phương án nhận tội của bị cáo và phương án định tội, quyết định hình phạt sẽ được áp dụng nếu họ chấp nhận nhận tội. Mặc dù vậy, các thẩm phán vẫn giữ quyền quyết định cuối cùng và không bị ràng buộc bởi các đề nghị, thỏa thuận của công tố viên và bị cáo, thậm chí khuyến nghị này luôn được ghi nhận là một phần của một "thương lượng nhận tội". Là đại diện của cơ quan xét xử, thẩm phán chỉ đại diện cho pháp luật và nhân danh pháp luật để tuyên phạt đối với hành vi vi phạm pháp luật trên cơ sở làm sáng tỏ sự thật của vụ án. Bởi vậy, pháp luật cho phép thẩm phán có quyền từ chối thỏa thuận thương lượng nhận tội nếu thỏa thuận đó đi ngược lại nguyên tắc cốt lõi của hoạt động xét xử. Đây có thể coi là một đặc quyền nhưng cũng là một nghĩa vụ đặt ra đối với thẩm phán khi đưa ra phán quyết về hành vi phạm tội của một bị cáo ngay cả khi bị cáo đã nhận tội.

Thứ ba, thương lượng nhận tội không áp dụng đối với bị cáo hình sự là người chưa thành niên. Quan điểm này được ghi nhận trong hầu hết pháp luật của các quốc gia có áp dụng cơ chế này, bởi sự thật là người chưa thành niên chưa đủ năng lực để nhận thức đầy đủ về hành vi phạm tội của mình, từ đó chưa đủ điều kiện để thương lượng nhận tội đối với hành vi phạm tội của mình.

Thứ tư, thương lượng nhận tội không áp dụng đối với những tội phạm rất nghiêm trọng và đặc biệt nghiêm trọng. Theo quy định của mỗi quốc gia, mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội loại trừ cơ chế thương lượng là khác nhau. Như ở Hoa Kỳ, văn bản ngày 22/09/2003 của Tổng biện lý Aschcroft đã loại trừ áp dụng cơ chế này đối với các tội phạm liên bang trong các vụ

án đặc biệt nghiêm trọng như tội phạm phản quốc...⁴.

2. Thương lượng nhận tội trong quy định pháp luật ở một số quốc gia

Ở Hoa Kỳ, hệ thống tư pháp đầu tiên trên thế giới cho phép áp dụng thương lượng nhận tội như một cơ chế tố tụng hình sự chính thức và được áp dụng phổ biến trong quá trình xét xử các vụ án hình sự (86% các vụ án hình sự ở Hoa Kỳ được kết thúc bởi cơ chế này⁵). Nhiều vụ án hình sự thành công ở Hoa Kỳ kết thúc không phải bởi những phiên tranh tụng mà thông qua cơ chế thương lượng nhận tội. Vấn đề trung tâm của cơ chế tranh tụng và đề cao vai trò của luật sư, quá trình thương lượng nhận tội trong xét xử hình sự ở Hoa Kỳ được hình dung như một quy trình thương lượng và đánh giá lợi ích giữa luật sư bên bị và công tố viên. Đề xuất thương lượng nhận tội thông thường thuộc về bên bị nhưng trong một số trường hợp cũng sẽ do bên công tố thực hiện. Tính chất mềm dẻo trong áp dụng cơ chế này còn ở việc công khai đưa ra đề xuất thương lượng nhận tội có thể được thực hiện ngay tại phiên xét xử hoặc có thể trước phiên xử chính thức. Về phán quyết, Điều 11 Điều khoản liên bang về tố tụng hình sự⁶ cho phép thẩm phán không bị ràng buộc bởi thỏa thuận nhận tội.

Tại Hoa Kỳ, thương lượng nhận tội còn được áp dụng trong việc xét xử các tội phạm kinh tế. Theo đó, đối với doanh nghiệp thành khẩn khai báo và đáp ứng đủ điều kiện nhất định được hưởng mức phạt tài chính nhẹ hơn. Các doanh nghiệp thừa nhận trách nhiệm pháp lý và hợp tác với cơ quan điều tra có thể bước ngay vào giai

đoạn xử lý hoặc thương lượng nhận tội và có thể được miễn giảm một phần hình phạt. Cơ chế thương lượng mức phạt có thể diễn ra trong suốt quá trình điều tra, nhằm khuyến khích các doanh nghiệp bị điều tra hợp tác với cơ quan tiến hành tố tụng và giúp cho quá trình điều tra vụ việc kết thúc sớm hơn, tiết kiệm nguồn lực hơn⁷.

Tuy nhiên, thực tiễn tại Hoa Kỳ lại cho thấy thương lượng nhận tội không yêu cầu bị cáo từ bỏ ba quyền được bảo vệ bởi Tu chính án thứ năm và thứ sáu, bao gồm: (i) Quyền được xét xử độc lập và công khai, (ii) Quyền chống tự buộc tội, và (iii) Quyền đối đầu với các nhân chứng thù địch. Thực tế, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã nhiều lần bác bỏ lập luận rằng thương lượng nhận tội là một hành vi vi hiến (Phán quyết vụ việc *Brady v. Hoa Kỳ*, 397 US 742 năm 1970)⁸. Tuy nhiên, nó được bổ sung yêu cầu rằng bị cáo nhận tội “phải là tự nguyện và chỉ có thể nhận tội nếu họ biết hậu quả của việc làm đó” (Phán quyết vụ việc *McCarthy v. Hoa Kỳ* 394 459 năm 1969).

Nhận thấy tính ưu việt của cơ chế này, từ chỗ ban đầu chỉ được áp dụng ở một số quốc gia Common law như Hoa Kỳ, Australia, và đặc khu hành chính Hong Kong... thì gần đây, các quốc gia Civil law đã bước đầu thừa nhận và xây dựng cơ sở pháp lý để áp dụng thương lượng nhận tội trong tố tụng hình sự của mình như: Italia (năm 1989), Pháp (năm 2004)...

Italia là quốc gia đầu tiên của hệ thống Civil law thừa nhận và áp dụng thương lượng nhận tội trong tố tụng hình sự. Cơ chế

⁴ Jean Pradel, sđd, tr. 475.

⁵ Yehonatan Givati, sđd, tr. 2.

⁶ US Federal Rules of Criminal Procedure 2014.

⁷ “Plea bargaining and Settlement of cartel cases”, OECD’s Policy Brief, tháng 9, 2008.

⁸ Đại sứ quán Hoa Kỳ tại Hà Nội, Khái quát hệ thống pháp luật Hoa Kỳ, Chương 5 – Thủ tục tố tụng hình sự, http://vietnamese.vietnam.usembassy.gov/doc_uslegalsystem_v.html.

này được ghi nhận trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 1989 với tên tiếng Ý là “patteggiamento”. Trong pháp luật của Italia, quy trình thương lượng nhận tội cũng đòi hỏi dựa trên nguyên tắc thỏa thuận giữa hai bên. Theo đó, khi cơ quan công tố đề xuất hình phạt cho bị cáo, nếu bị cáo không chấp thuận thì một quy trình tố tụng thông thường sẽ được áp dụng. Tuy nhiên, đối với trường hợp khi bị cáo đề xuất được thương lượng nhận tội và cơ quan công tố từ chối thì bị cáo có quyền đề xuất công khai trước Hội đồng xét xử (in limine litis) phán quyết cuối cùng sẽ do thẩm phán quyết định.

Pháp luật *Cộng hòa Pháp* chính thức thừa nhận thương lượng nhận tội trong quy định về công nhận trước việc phạm tội của Đạo luật ngày 09/03/2004 (tiếng Pháp là plaidier coupable hoặc plaidoyer de culpabilité). Tương tự như các quốc gia khác, pháp luật Pháp không thừa nhận việc áp dụng thương lượng nhận tội với chủ thể đặc biệt là người chưa thành niên pháp tội⁹. Tuy nhiên, khác với Hoa Kỳ và Italia, pháp luật Pháp quy định công tố viên trên cơ sở hồ sơ vụ án và các chứng cứ có được sẽ đề xuất cho bị cáo một mức hình phạt tương ứng và cho phép bị cáo một khoảng thời hạn 10 ngày để quyết định có nhận tội hay không. Đồng thời, nhà lập pháp của Pháp đã xây dựng chế định “thương lượng nhận tội” với bản chất là một dạng của “đề xuất nhận tội” mà ở đó cơ quan công tố chỉ làm nhiệm vụ đề xuất mức phạt trên cơ sở hồ sơ điều tra. Thương lượng nhận tội theo pháp luật Pháp từ đó cũng không tồn tại một thỏa thuận trao đổi trước giữa công tố viên và bị cáo.

3. Liên hệ với pháp luật Việt Nam

⁹ Điều 495-16 Bộ luật Tố tụng Hình sự Cộng hòa Pháp 1957, sửa đổi ngày 08/11/2015.

Trước tiên, phải thống nhất và thừa nhận rằng thương lượng nhận tội chưa được đề cập như một cơ chế tố tụng được áp dụng chính thức tại Việt Nam. Phương pháp điều chỉnh chính thức trong pháp luật hình sự và tố tụng hình sự Việt Nam là phương pháp quyền uy một chiều giữa cơ quan nhà nước và người phạm tội. Có nghĩa là, trong mọi thời điểm của quá trình tố tụng, tòa án chỉ tuân theo pháp luật và phán quyết hình phạt theo sự thật vụ án, không tồn tại một quy trình “thương lượng” trong quá trình tuyên án. Ở thời điểm bị cơ quan công tố truy tố về tội phạm trên cơ sở kết quả điều tra có được, bị cáo đứng trước ranh giới giữa “có tội” và “vô tội”. Pháp luật hình sự mặc dù cung cấp cho bị cáo một lá chắn tố tụng là nguyên tắc suy đoán vô tội¹⁰, nhưng thực tế việc định tội và quyết định hình phạt vẫn phụ thuộc vào chứng cứ và phán quyết của Hội đồng xét xử. Bởi vậy, Việt Nam cũng đương nhiên không thừa nhận yếu tố “thương lượng” trong mọi hoạt động áp dụng pháp luật hình sự và tố tụng hình sự.

Tuy nhiên, dựa trên nguyên tắc *Khoan hồng với người tự thú, thành khẩn khai báo* cũng như đối với *người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng đã hối cải được áp dụng hình phạt nhẹ hơn hình phạt tù* được quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 3 Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), hoạt động giải quyết các vụ án hình sự cũng ghi nhận việc định tội dựa trên cân nhắc

¹⁰ Nguyên tắc Suy đoán vô tội là nguyên tắc cơ bản và nền tảng của tố tụng hình sự, được ghi nhận lần đầu tiên trong Tuyên ngôn nhân quyền và dân quyền năm 1789 của Cộng hòa Pháp. Theo đó, nguyên tắc này được hiểu là quyền được tuyên vô tội khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật. Nguyên tắc này được ghi nhận tại khoản 1 Điều 31 Hiến pháp Việt Nam năm 2013; Điều 9 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003.

hành vi của bị cáo trong quá trình điều tra và xét xử.

Mặt khác, mặc dù không xây dựng cơ chế thương lượng trong quá trình xét xử vụ án hình sự, nhưng pháp luật hình sự lại quy định *Thành khẩn khai báo, ăn năn hối cải* là tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo điểm p khoản 1 Điều 46 Bộ luật Hình sự. Đồng thời, pháp luật hình sự cũng có quy định: khi kết hợp tình tiết giảm nhẹ này với các tình tiết giảm nhẹ khác được quy định tại khoản 1 Điều 46, Tòa án có thể quyết định một hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hình phạt mà điều luật đã quy định hoặc quyết định một hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hoặc chuyển sang một hình phạt khác thuộc loại nhẹ hơn theo từng trường hợp cụ thể của tội phạm¹¹. Như vậy, ở góc độ gián tiếp, pháp luật hình sự Việt Nam cũng cho phép bị cáo được hưởng mức hình phạt thấp hơn nếu bị cáo thành khẩn nhận tội và khai báo. Hoạt động khai báo trong trường hợp này được hiểu là hành vi chủ động cung cấp chứng cứ (vật chứng, lời khai)¹². Trong nhiều trường hợp, những chứng cứ do bị can, bị cáo khai báo và cung cấp trực tiếp cho cơ quan điều tra và cơ quan xét xử trong quá trình xét xử là những chứng cứ quan trọng giúp hội đồng xét xử nhanh chóng làm sáng tỏ sự thật và kết thúc sớm trình tự tố tụng. Về bản chất, việc sử dụng chứng cứ được cung cấp cũng như quá trình thành khẩn khai báo và nhận tội chỉ được coi như một tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, mà không được coi là quá trình trao đổi – thương lượng về lợi ích giữa bị cáo và cơ quan tư pháp. Hay nói cách

khác, theo pháp luật Việt Nam, mục đích cuối cùng của bị cáo trong việc nhận tội là cơ hội được ân giảm hình phạt do thẩm phán quyết định, còn đối với thương lượng nhận tội, mục đích cuối cùng lại là thúc đẩy tiến trình giải quyết vụ án hình sự cũng như tạo cơ hội rõ rệt cho bị cáo được hưởng một phán quyết có mức hình phạt nhẹ hơn.

Như vậy, cho tới nay, pháp luật Việt Nam chỉ thừa nhận trường hợp giảm nhẹ hình phạt được tuyên khi người phạm tội thành khẩn khai báo trong quá trình điều tra và tố tụng, mà chưa ghi nhận một phương thức “thương lượng nhận tội” chính thức nào¹³.

4. Kết luận

Mặc dù thương lượng nhận tội cho phép hệ thống tư pháp hình sự tiết giảm được các nguồn lực về nhân sự và tài chính, nhưng cơ chế này hiện nay vẫn còn nhiều ý kiến trái chiều. Một số nhà bình luận cho rằng, nó không phù hợp khi cho phép các bị cáo thoát khỏi mức hình phạt pháp định quá dễ dàng mặc dù mang đầy đủ các yếu tố cấu thành tội phạm. Cũng có quan điểm cho rằng, cơ chế này quá mềm dẻo và làm suy yếu quyền hiến định quan trọng của mọi người dân là “được xét xử công bằng bởi hệ thống tư pháp độc lập”. Tuy nhiên, ở góc độ tích cực, có thể nhìn nhận thương lượng nhận tội như “con đường ngắn nhất” để tìm ra sự thật vụ án và kết thúc trình tự xét xử; đồng thời mở ra một cơ hội cho người phạm tội được giảm nhẹ mức hình phạt và hạn chế thực trạng “thương lượng ngầm” trong hoạt động xét xử hình sự.

¹¹ Điều 47 Bộ luật Hình sự năm 1999, sửa đổi năm 2009.

¹² Khoản 2 Điều 64 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003.

¹³ Mặc dù vậy, trong thực tiễn xét xử án hình sự, việc “hợp án” giữa cơ quan công tố và cơ quan xét xử hoặc thương lượng hình phạt giữa luật sư và kiểm sát viên một cách không chính thức có thể được nhìn nhận như những thực tiễn của “thương lượng nhận tội” tại Việt Nam.

BẢO VỆ NHÀ ĐẦU TƯ TRONG TRƯỜNG HỢP THAY ĐỔI CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Ngô Vĩnh Bạch Dương*
Nguyễn Thu Dung**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá các quy định pháp lý của Việt Nam về bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp Nhà nước có sự thay đổi về chính sách và pháp luật, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyses laws and regulations on investor protection in the situations of law and policy changes. It then makes some relevant proposals.

1. Khái quát về bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật

Nhà đầu tư là người tham gia vào một hay nhiều hoạt động đầu tư dưới các hình thức khác nhau. Nhà đầu tư có thể là một cá nhân, một doanh nghiệp, một tổ chức. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, nhà đầu tư là tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh¹ thông qua việc thành lập tổ chức kinh tế; đầu tư góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế; đầu tư theo hình thức hợp đồng hoặc thực hiện dự án đầu tư.

“Bảo vệ nhà đầu tư” được hiểu dưới góc độ pháp lý là việc xây dựng và thực thi có hiệu quả các cơ chế pháp lý nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư. Bảo vệ nhà đầu tư khác với khái niệm “bảo đảm đầu tư”. Bảo đảm đầu tư nhấn mạnh về mặt nội dung, còn bảo vệ nhà đầu tư nhấn mạnh tới quá trình thực thi và thực hiện các cơ chế pháp lý. Bảo vệ nhà đầu tư không chỉ đòi hỏi Nhà nước ghi nhận các nội dung bảo đảm đầu tư mà còn phải thiết lập các cơ chế bảo vệ và đảm bảo cho quá trình thực thi các cơ chế đó.

Bảo vệ nhà đầu tư khi có sự thay đổi của chính sách, pháp luật được nhìn nhận ở khía cạnh khi chính công cụ bảo vệ nhà đầu tư là pháp luật cũng có thể bị thay đổi. Sự thay đổi của chính sách, pháp luật là tất yếu khách quan, bởi bất kỳ nhà nước nào cũng đều có những định hướng điều hành kinh tế khác nhau theo từng thời kỳ phát triển. Ví dụ, đối với một ngành, lĩnh vực, ở giai đoạn này Nhà nước có chính sách quốc hữu hóa, nhưng ở giai đoạn sau Nhà nước lại có thể tư nhân hóa và ngược lại. Việc thay đổi chính sách, pháp luật thể hiện vai trò quản lý và cách thức mà Nhà nước sử dụng để điều hành nền kinh tế nhằm những mục tiêu cụ thể. Tuy nhiên, giữa sự thay đổi về chính sách, pháp luật và một môi trường pháp lý không ổn định là hai phạm trù khác nhau. Nếu như sự thay đổi về chính sách, pháp luật gắn liền với những tuyên bố rõ ràng của Nhà nước và thực hiện trong các điều kiện cụ thể khách quan, thì môi trường pháp lý không ổn định là do hệ thống pháp luật không minh bạch, không rõ ràng. Bởi thế, khi đánh giá về bảo vệ nhà đầu tư, các tiêu chí môi trường kinh doanh của Ngân hàng thế giới (WB) hoặc các nguyên tắc quản trị của Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) đều đề cao tính minh bạch. Với tiêu chí này, sự thay đổi trong chính sách,

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

¹ Khoản 13 Điều 3 Luật Đầu tư 2014.

pháp luật mặc dù là khách quan nhưng phải được thực hiện với một “động cơ” minh bạch và chính đáng.

Việc thay đổi chính sách, pháp luật của Nhà nước đưa đến những tác động không nhỏ tới quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư. Xác định được tác động này sẽ là cơ sở để thiết lập và xây dựng các cơ chế pháp lý bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp pháp luật hoặc chính sách thay đổi. Các tác động được thể hiện ở hai khía cạnh: Ở góc độ quyền, việc thay đổi chính sách, pháp luật liên quan mật thiết với việc thực thi các quyền cơ bản của nhà đầu tư, như quyền sở hữu, quyền hưởng lợi nhuận, quyền quản trị, quyền khiếu kiện... ở mức độ khó khăn hơn hoặc tạo ra các chi phí không cần thiết để nhà đầu tư thực hiện chúng. Ở góc độ tài sản, thay đổi chính sách và pháp luật liên quan sẽ tác động trực tiếp đến các ưu đãi đầu tư mà nhà đầu tư sẽ, đang và đã được hưởng. Thay đổi chính sách và pháp luật sẽ làm giảm mức lợi nhuận mong muốn trong tương lai của nhà đầu tư (với điều kiện các yếu tố ảnh hưởng tới quá trình đầu tư không thay đổi); hoặc cũng có thể gây ra thiệt hại không lường trước được cho nhà đầu tư (với điều kiện các thiệt hại này không phải do các yếu tố của thị trường gây ra). Vì vậy, việc bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật chính là góp phần vào việc tạo lập một môi trường pháp lý ổn định khi quyền và lợi ích của họ luôn được Nhà nước đảm bảo trong bất kỳ trường hợp nào.

Việc bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp có sự thay đổi chính sách, pháp luật được thực hiện dựa trên các nguyên tắc nhất định. Thứ nhất, bảo vệ nhà đầu tư luôn hướng tới việc bảo đảm sự đền bù thỏa đáng về tài sản và lợi nhuận để nhà đầu tư có thể tiếp tục duy trì mục tiêu đầu tư của mình.

Nguyên tắc này có thể có một số ngoại lệ nhất định nếu việc thay đổi chính sách, pháp luật là vì trật tự công cộng (an ninh, quốc phòng, sức khỏe, môi trường...). Do đó, các hình thức “đền bù” từ phía Nhà nước dù bằng phương thức này hay phương thức khác đều nhằm vào mục tiêu nói trên. Thứ hai, việc bảo vệ nhà đầu tư khi có sự thay đổi chính sách, pháp luật luôn hướng tới việc tạo lập và hoàn thiện các cơ chế pháp lý để nhà đầu tư có thể “tự” bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, như quyền khởi kiện cơ quan nhà nước (nước tiếp nhận đầu tư) về những thay đổi trong chính sách và pháp luật dẫn đến việc ảnh hưởng các quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư nước ngoài.

2. Các quy định về bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật ở Việt Nam hiện nay

Với mục tiêu thu hút đầu tư nước ngoài vào thời điểm “mở cửa” nền kinh tế, các quy định về bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật ở Việt Nam đã được ghi nhận ngay từ khi xây dựng pháp luật về đầu tư. Nhận thức được nhịp độ phát triển nhanh chóng của nền kinh tế giai đoạn đầu thời kỳ “mở cửa” sẽ tác động không nhỏ tới sự ổn định của hệ thống pháp luật về đầu tư, Việt Nam đã có những quy định về bảo đảm đầu tư trong trường hợp chính sách, pháp luật thay đổi, được ghi nhận tại Điều 21 Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1992: “*Trong trường hợp do thay đổi quy định của pháp luật Việt Nam mà làm thiệt hại đến quyền lợi của các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh và xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã được cấp giấy phép thì Nhà nước có biện pháp giải quyết thỏa đáng đối với quyền lợi của nhà đầu tư*”. Mặc dù mới được ghi nhận một cách chung chung nhưng những quy định tại Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt

Nam năm 1992 đã tạo cơ sở pháp lý ban đầu cho việc hình thành và ngày càng hoàn thiện của một trong những chế định quan trọng, góp phần tạo lập môi trường pháp lý ổn định, minh bạch cho hoạt động đầu tư nói chung cũng như đầu tư trực tiếp nước ngoài tại Việt Nam.

Hiện nay, Luật Đầu tư năm 2014 được ban hành thay thế cho Luật Đầu tư năm 2005 tiếp tục kế thừa các nguyên tắc bảo vệ nhà đầu tư và có một số sửa đổi, bổ sung. Cụ thể, Điều 13 Luật Đầu tư năm 2014 thể hiện cam kết của Nhà nước liên quan đến việc duy trì và thực hiện các ưu đãi mà nhà đầu tư đang được hưởng. Trong mọi trường hợp, nếu có sự thay đổi về chính sách, pháp luật của nhà nước Việt Nam tác động tới quyền lợi của nhà đầu tư thì nhà nước cam kết bảo đảm tối đa quyền lợi cho họ. Theo đó, trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư cao hơn ưu đãi đầu tư mà nhà đầu tư đang được hưởng, thì nhà đầu tư được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định của văn bản pháp luật mới cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án. Trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư thấp hơn ưu đãi đầu tư mà nhà đầu tư đang được hưởng, thì nhà đầu tư được tiếp tục áp dụng ưu đãi đầu tư theo quy định trước đó cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án. Tuy nhiên, sẽ không áp dụng trong trường hợp thay đổi quy định của văn bản pháp luật vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng, bảo vệ môi trường.

Trong trường hợp, nếu nhà đầu tư không được tiếp tục áp dụng biện pháp ưu đãi thì được xem xét giải quyết bằng một hoặc một số biện pháp gồm: khấu trừ thiệt hại thực tế của nhà đầu tư vào thu nhập chịu thuế; điều chỉnh mục tiêu hoạt động của dự

án đầu tư; hỗ trợ nhà đầu tư khắc phục thiệt hại. Khi đó, nhà đầu tư phải có văn bản yêu cầu trong thời hạn 03 năm kể từ ngày văn bản pháp luật mới có hiệu lực thi hành gửi cho Cơ quan đăng ký đầu tư kèm theo Giấy phép đầu tư, Giấy phép kinh doanh, Giấy chứng nhận ưu đãi đầu tư, Giấy chứng nhận đầu tư, Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, văn bản quyết định chủ trương đầu tư hoặc văn bản khác của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, quy định về ưu đãi đầu tư. Cơ quan đăng ký đầu tư quyết định áp dụng biện pháp bảo đảm ưu đãi đầu tư theo đề xuất của nhà đầu tư trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ².

So với quy định tại Luật Đầu tư năm 2005, các quy định về bảo đảm đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật trong Luật Đầu tư năm 2014 có một số điểm mới. Một là, thay cụm từ “chính sách, pháp luật” mang tính chung chung bằng cụm từ “văn bản pháp luật”. Hai là, quy định rõ việc giải quyết quyền lợi của nhà đầu tư trong trường hợp dự án đầu tư không được tiếp tục hưởng các ưu đãi, nhằm khắc phục tình trạng dự án không tiếp tục được hưởng các ưu đãi nhưng cũng không có biện pháp giải quyết thay thế. Ba là, Luật Đầu tư năm 2014 đã hoàn thiện việc áp dụng nguyên tắc không hồi tố trong trường hợp văn bản pháp luật làm ảnh hưởng bất lợi đến ưu đãi đầu tư đã được áp dụng. Theo đó, Luật Đầu tư năm 2014 đã bãi bỏ quy định chỉ áp dụng nguyên tắc hồi tố đối với dự án có Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư nhằm đảm bảo bình đẳng trong việc áp dụng nguyên tắc không hồi tố giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài. Bốn là, Luật Đầu tư năm 2014

² Điều 3 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP ngày 12/11/2015 về quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

đã quy định cụ thể nguyên tắc hồi tố chỉ được áp dụng trong thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án.

Tuy nhiên, các quy định về bảo vệ nhà đầu tư khi có sự thay đổi về chính sách, pháp luật trong Luật Đầu tư năm 2014 vẫn còn một số hạn chế:

Thứ nhất, các quy định về đảm bảo đầu tư mới chỉ dừng lại ở mức độ đề cập, một số lợi ích nhà đầu tư có thể mất đi khi Nhà nước thay đổi chính sách, pháp luật, cụ thể là các ưu đãi đầu tư thể hiện các cam kết của Nhà nước nhằm thu hút và khuyến khích đầu tư. Tuy nhiên, những thiệt hại của nhà đầu tư do Nhà nước thay đổi chính sách, pháp luật còn nằm ở nhiều dạng khác mà khó có thể “đo, lường” được. Khái niệm thiệt hại theo quy định về bảo đảm đầu tư mới chỉ được hiểu theo nghĩa là những thua thiệt so với các ưu đãi mà nhà đầu tư đang được hưởng, được quy định trong các chính sách, pháp luật của nhà nước.

Thứ hai, khái niệm “văn bản pháp luật” trong Luật Đầu tư năm 2014 không rõ. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 cũng không giải thích “văn bản pháp luật”. Trên thực tế, chính sách, pháp luật trong một thời gian dài đã được hiểu là các Giấy phép đầu tư, Giấy chứng nhận đầu tư... ghi nhận các ưu đãi mà nhà đầu tư được hưởng. Vậy với các loại giấy tờ nói trên và khái niệm “văn bản pháp luật” phải được hiểu như thế nào? Vấn đề này không được làm rõ thì nhà đầu tư sẽ không có cơ sở để đưa ra các yêu cầu bảo vệ lợi ích của mình.

Thứ ba, một trong những cơ chế quan trọng bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật là cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và cơ quan nhà nước. Mặc dù cơ chế này đã được ghi nhận tại cả Luật Đầu tư năm 2005 (Điều 12)

và Luật Đầu tư năm 2014 (Điều 14), tuy nhiên, các quy định còn khá chung chung và chưa có thực tiễn để nhà đầu tư có thể thực hiện quyền khởi kiện.

3. Một số kiến nghị

Trong bối cảnh Việt Nam buộc phải tuân thủ các cam kết quốc tế về đầu tư và thương mại, đồng thời, quan hệ giữa nhà đầu tư và Nhà nước đã được nhìn nhận ở một góc độ mới thì vấn đề bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp Nhà nước có sự thay đổi chính sách và pháp luật càng được chú trọng. Hoàn thiện các quy định pháp luật về bảo vệ nhà đầu tư khi có thay đổi về chính sách, pháp luật, cần thực hiện một số vấn đề sau:

1) Bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách và pháp luật cần phải được nhìn nhận lại ở mức độ rộng hơn, vượt ra ngoài những ưu đãi mà Nhà nước đã ghi nhận. Bảo vệ nhà đầu tư phải tính tới các tác động to lớn hơn, các thiệt hại không thể “đo lường” đối với nhà đầu tư. Để thực hiện được điều này, trước hết cần có sự ghi nhận về mặt nguyên tắc ở cấp độ văn bản luật những cam kết bảo đảm từ phía nhà nước.

2) Để kịp thời bảo vệ quyền và lợi ích của nhà đầu tư trước những thay đổi về chính sách và pháp luật, cần phải hoàn thiện các cơ chế thực hiện quyền khởi kiện của nhà đầu tư. Mặc dù, việc khởi kiện có thể áp dụng theo các nguyên tắc, trình tự, thủ tục tố tụng dân sự và hành chính, nhưng Việt Nam còn phải thực hiện các cam kết quốc tế về giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nhà nước trong các hiệp định đa phương và song phương. Vì vậy, việc nội luật hóa và quy định cụ thể về việc giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và cơ quan nhà nước, tạo tiền đề cho việc bảo vệ nhà đầu tư khi Nhà nước có sự thay đổi về chính sách, pháp luật là cần thiết.

PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH TRONG BÁN, CHO THUÊ MUA NHÀ Ở HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI

*Bùi Đức Giang**

Tóm tắt: Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 đặt ra yêu cầu đối với chủ đầu tư phải cung cấp cho khách hàng mua, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai bảo lãnh ngân hàng trước khi ký các hợp đồng này. Tuy nhiên, còn khá nhiều mâu thuẫn giữa quy định của văn bản này với hướng dẫn của Ngân hàng Nhà nước.

Abstract: The Law on Real Estate Business of 2014 requires real estate investors to provide their customers of sale or rent of future housing bank guarantee before signing agreements. However, there are conflicts between this Law and relevant guidelines of the State Bank.

Ngày 25/6/2015, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã ban hành Thông tư số 07/2015/TT-NHNN về bảo lãnh ngân hàng (Thông tư 07) trong đó có khá nhiều quy định liên quan trực tiếp tới bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, nhằm cụ thể hóa quy định tại Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (LKDBĐS). Đây là một chế định pháp luật mới có ảnh hưởng đáng kể tới thị trường kinh doanh bất động sản.

1. Giá trị pháp lý của cam kết bảo lãnh

Điều 56 LKDBĐS quy định, chủ đầu tư dự án bất động sản trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải 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 hàng. Tuy điều luật đặt ra nghĩa vụ đối với chủ đầu tư phải cung cấp bảo lãnh ngân hàng cho khách hàng mua, thuê mua nhà ở hình

thành trong tương lai, nhưng lại không quy định rõ giá trị pháp lý của cam kết bảo lãnh ngân hàng này. Liệu cam kết bảo lãnh do ngân hàng phát hành có thể được coi là một trong các điều kiện để giao dịch bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai có hiệu lực hay không? Hay đây chỉ là một nghĩa vụ đơn thuần của chủ đầu tư mà việc vi phạm nghĩa vụ này không ảnh hưởng đến hiệu lực của giao dịch mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai? Nghị định số 76/2015/NĐ-CP ngày 10/9/2015 hướng dẫn thi hành LKDBĐS vẫn bỏ ngỏ vấn đề này. Trong thực tế, các ngân hàng thương mại, đặc biệt là các ngân hàng bán lẻ cho vay cá nhân đang bán khoản liệu họ có thể tài trợ vốn cho các giao dịch mua bán hay thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai khi chưa có bảo lãnh từ một ngân hàng khác hay không?

Theo quy định tại khoản 1 Điều 410, khoản 2 Điều 122 và khoản 2 Điều 124 Bộ luật Dân sự hiện hành (khoản 1 Điều 407, khoản 2 Điều 117 và khoản 2 Điều 119 Bộ luật Dân sự 2015), dường như cam kết bảo lãnh ngân hàng không được coi là điều kiện hiệu lực về hình thức hợp đồng. Tuy

* TS., Đại học Paris 2, Pháp.

vậy, nếu áp dụng Điều 128 Bộ luật Dân sự hiện hành (Điều 123 Bộ luật Dân sự 2015) có thể coi việc xác lập hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai khi chưa có bảo lãnh ngân hàng là vi phạm điều cấm của pháp luật và các hợp đồng này đương nhiên vô hiệu.

2. Tính chất của bảo lãnh ngân hàng

Yêu cầu bảo lãnh bắt buộc trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai¹ là một quy định hướng tới bảo vệ khách hàng là bên yếu thế ngay tình.

Tuy vậy, chế định bảo lãnh này của pháp luật Việt Nam theo hướng có lợi cho bên nhận bảo lãnh và khá “nguy hiểm” đối với bên bảo lãnh. Thực vậy, theo khoản 18 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 và khoản 1 Điều 3 Thông tư 07, ngân hàng phát hành bảo lãnh sẽ phải thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên này không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết². Như vậy, có thể thấy, pháp luật ngân hàng đã loại trừ khả năng các bên có thể thỏa thuận về việc ngân hàng phát hành bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình. Nói cách khác, khi nghĩa vụ bàn giao nhà ở đến hạn, nếu chủ đầu tư không thực hiện hay thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ này, bên mua hay thuê mua có quyền yêu cầu ngân hàng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh mà

không cần phải chứng minh với ngân hàng việc chủ đầu tư không có khả năng tài chính thực hiện nghĩa vụ hoàn trả số tiền ứng trước và các khoản tiền khác. Bên mua hay bên thuê mua chỉ cần chứng minh với ngân hàng việc chủ đầu tư đã vi phạm cam kết bàn giao nhà .

Thực tế cho thấy, trong một số trường hợp nếu chủ đầu tư không bàn giao nhà đúng tiến độ thì có nguy cơ phá sản và ngân hàng sẽ khó truy đòi số tiền bảo lãnh đã thanh toán. Do đó, ngân hàng cần đánh giá thận trọng năng lực chủ đầu tư và đây cũng là một trong các yêu cầu thẩm định bảo lãnh được nêu tại điểm c khoản 1 Điều 12 Thông tư 07.

3. Nghĩa vụ được bảo lãnh

Theo khoản 3 Điều 56 LKDBĐS, nghĩa vụ được ngân hàng bảo lãnh là nghĩa vụ hoàn trả “số tiền ứng trước và các khoản tiền khác cho khách hàng” theo hợp đồng mua bán hay thuê mua và hợp đồng bảo lãnh đã được ký kết.

Về nguyên tắc, tổng số tiền ứng trước mà khách hàng thanh toán cho chủ đầu tư trong giao dịch mua bán, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai không được vượt quá 70% giá trị hợp đồng (50% nếu chủ đầu tư là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài) (khoản 1 Điều 57 LKDBĐS).

Vậy, cần hiểu “*khoản tiền khác*” nêu tại Điều 56 LKDBĐS như thế nào? Điểm c khoản 1 Điều 12 Thông tư 07 dường như đi theo hướng đây là các khoản tiền khác mà bên mua, bên thuê mua đã trả cho chủ đầu tư. Chẳng hạn, đó có thể là tiền bồi thường thiệt hại hay phạt vi phạm khi bên mua, hay bên thuê mua không thanh toán số tiền ứng trước theo đúng cam kết.

¹ Về nguyên tắc, chỉ khi chủ đầu tư tìm thấy khách hàng cho một đơn vị sản phẩm nhà ở nhất định thuộc dự án thì mới phải liên hệ với ngân hàng để thực hiện việc xác lập bảo lãnh.

² Về bảo lãnh ngân hàng, xem thêm: Nguyễn Thành Nam, “Hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam”, Luận án tiến sĩ Luật học, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, 2015.

Tuy nhiên, khoản 3 Điều 56 LKDBĐS đã quy định các khoản tiền khác có thể được nêu trong hợp đồng bảo lãnh đã ký kết. Nói cách khác, hợp đồng có thể quy định số tiền bảo lãnh bao gồm cả tiền bồi thường thiệt hại hay phạt vi phạm mà chủ đầu tư phải trả cho bên mua, bên thuê mua trong trường hợp không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết.

4. Thời điểm phát hành bảo lãnh

Theo điểm b khoản 1 Điều 12 Thông tư 07, ngân hàng sẽ chỉ phát hành bảo lãnh khi trong hợp đồng mua bán, thuê mua có quy định nghĩa vụ của chủ đầu tư phải hoàn lại tiền cho bên mua, bên thuê mua trong trường hợp chủ đầu tư vi phạm nghĩa vụ bàn giao nhà ở theo tiến độ đã cam kết. Có sự mâu thuẫn giữa quy định này với Điều 56 LKDBĐS. Bởi theo LKDBĐS, phải ký hợp đồng bảo lãnh trước, sau đó mới ký hợp đồng mua bán hay thuê mua³, thì trình tự này theo Thông tư 07 dường như bị đảo ngược. Có thể lý giải của Ngân hàng Nhà nước là, nếu các bên chỉ cung cấp cho ngân hàng dự thảo hợp đồng mua bán hay thuê mua và ngân hàng phát hành bảo lãnh trên cơ sở dự thảo này, thì ngân hàng có thể phải gánh chịu rủi ro là phạm vi nghĩa vụ được bảo lãnh có thể sẽ thay đổi khi các bên ký chính thức hợp đồng. Hơn nữa, về kỹ thuật soạn thảo, sẽ không thể quy chiếu chính xác tới hợp đồng mua bán hay thuê mua làm phát sinh nghĩa vụ được bảo lãnh khi hợp đồng chưa được ký kết. Trong thực tế, một số bản án của tòa án không công nhận việc xác định nghĩa vụ được bảo đảm một cách chung chung. Do đó, hướng dẫn của Ngân hàng Nhà nước tại

Thông tư 07 là hợp lý. Khách hàng có thể tự bảo vệ mình bằng cách quy định trong hợp đồng mua bán hay thuê mua rằng hợp đồng mua bán hay thuê mua chỉ có hiệu lực kể từ thời điểm nhận được cam kết bảo lãnh của ngân hàng. Quy định này cũng không đặt ra rủi ro đáng kể nào đối với ngân hàng.

Hơn nữa, cũng như cách tiếp cận theo quy định cũ⁴, khoản 12 Điều 3 Thông tư 07 phân định rõ hai loại cam kết bảo lãnh là thư bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh. Hợp đồng bảo lãnh là thỏa thuận giữa bên bảo lãnh (ngân hàng) với bên nhận bảo lãnh (khách hàng mua, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai) và các bên có liên quan (chẳng hạn chủ đầu tư). Như vậy, khách hàng mua, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai đương nhiên là một bên của hợp đồng bảo lãnh. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 56 LKDBĐS lại quy định chủ đầu tư có trách nhiệm gửi bản sao hợp đồng bảo lãnh cho bên mua, bên thuê mua khi ký kết hợp đồng mua, thuê mua. Vậy, hợp đồng bảo lãnh của LKDBĐS chỉ có thể được hiểu là cam kết bảo lãnh đơn phương của ngân hàng.

5. Thời hạn hiệu lực của cam kết bảo lãnh

Theo quy định tại Điều 405 Bộ luật Dân sự hiện hành (khoản 1 Điều 401 Bộ luật Dân sự 2015), về nguyên tắc, hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Khoản 1 Điều 19 Thông tư 07 chỉ rõ: “*Thời hạn hiệu lực của cam kết bảo lãnh được xác định từ ngày phát hành cam kết*”

³ Chủ đầu tư có trách nhiệm cung cấp cho khách hàng bản sao hợp đồng bảo lãnh khi ký kết hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai.

⁴ Khoản 9 Điều 3 Thông tư số 28/2012/TT-NHNN của Ngân hàng Nhà nước ngày 3/10/2012 về bảo lãnh ngân hàng, được bổ sung, sửa đổi năm 2014.

bảo lãnh hoặc sau ngày phát hành cam kết bảo lãnh theo thỏa thuận của các bên liên quan cho đến thời điểm hết hiệu lực của nghĩa vụ bảo lãnh”.

Như vậy, có thể hiểu Thông tư 07 quy định ngày hiệu lực của cam kết bảo lãnh là từ ngày ngân hàng chính thức phát hành cam kết bảo lãnh.

Khoản 2 Điều 56 LKDBĐS quy định, hợp đồng bảo lãnh có thời hạn cho đến khi nhà ở được bàn giao cho bên mua, bên thuê mua. Quy định này khá cứng nhắc bởi: (i) Có những trường hợp chủ đầu tư không thể thực hiện được nghĩa vụ bàn giao nhà ở, và (ii) Đi ngược lại các nguyên tắc chung về hủy bỏ và chấm dứt bảo lãnh được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự.

Ngược lại, điểm e khoản 1 Điều 12 Thông tư 07 quy định, cam kết bảo lãnh phải có hiệu lực đến thời điểm ít nhất sau 30 ngày kể từ ngày chủ đầu tư phải bàn giao nhà cho khách hàng nêu trong hợp đồng mua bán hay thuê mua. Điều 23 Thông tư 07 liệt kê danh sách ít nhất 7 trường hợp chấm dứt nghĩa vụ bảo lãnh (theo thỏa thuận của các bên, hợp đồng mua bán/thuê mua bị hủy bỏ...). Các quy định này khả thi hơn so với giải pháp của LKDBĐS.

6. Bảo đảm hoàn trả số tiền bảo lãnh

Bảo lãnh được xem là một hình thức cấp tín dụng cho chủ đầu tư⁵ và ngân hàng

⁵ Sau khi thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, ngân hàng phát hành bảo lãnh hạch toán ghi nợ vào tài khoản cho vay bắt buộc số tiền đã trả thay cho chủ đầu tư, ấn định thời hạn cho vay bắt buộc, kỳ hạn trả nợ và lãi suất áp dụng (không quá 150% lãi suất cho vay thông thường đang áp dụng đối với khoản vay có thời hạn tương ứng tại tổ chức tín dụng) phù hợp với thỏa thuận cấp bảo lãnh đã được ngân hàng và chủ

có toàn quyền quyết định liệu có yêu cầu chủ đầu tư ký kết hợp đồng bảo đảm cho khoản tín dụng này hay không (Điều 17 Thông tư 07). Tuy nhiên, do hình thức tín dụng này tiềm ẩn rủi ro nên cùng với việc thu phí bảo lãnh, việc nhận bảo đảm là cần thiết.

Ngân hàng có thể nhận thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thuộc dự án được bảo lãnh. Luật Nhà ở 2014 cho phép chủ đầu tư được thế chấp: (i) Một phần hoặc toàn bộ dự án đầu tư xây dựng nhà ở, hoặc (ii) Nhà ở xây dựng trong dự án, để vay vốn cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó⁶. Hiểu theo nghĩa rộng thì chủ đầu tư có thể thế chấp dự án hoặc nhà ở trong dự án để bảo đảm nghĩa vụ của chủ đầu tư phải hoàn trả số tiền mà ngân hàng đã thanh toán cho bên mua, bên thuê mua thay cho chủ đầu tư sau khi ngân hàng đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Cần lưu ý, nếu chủ đầu tư trước đó đã thế chấp nhà ở hay dự án để vay vốn, thì theo khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở 2014 phải giải chấp nhà ở là đối tượng của hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua trước khi ký các hợp đồng này, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Như vậy, nếu ngân hàng phát hành bảo lãnh cũng chính là ngân hàng đã tài trợ dự án thì phần tài sản bảo đảm sẽ giảm xuống khi nhà ở được đưa vào trong các giao dịch này. Lúc đó, cần xem xét lại liệu: (i) Có thể nhận thế chấp thêm các nhà ở khác vẫn còn là tài sản “sạch”, tức là chưa bị thế chấp

đầu tư ký kết và thông báo cho chủ đầu tư biết (khoản 3 và điểm a khoản 2 Điều 21, Thông tư 07).

⁶ Xem thêm: Bùi Đức Giang, “Thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai: những tín hiệu mới”, Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, ngày 26/12/2014.

hay không? (ii) Giá trị thực của toàn bộ nhà ở và đất đai thuộc dự án đã nhận thế chấp có đủ thanh toán cả khoản vay ban đầu lẫn khoản bảo lãnh hay không? và (iii) Có thể nhận thế chấp các tài sản khác của chủ đầu tư (quyền đòi nợ, trang thiết bị...) hay các biện pháp bảo đảm khác (ký quỹ, đặt cọc, bảo lãnh...).

Nếu ngân hàng cấp bảo lãnh không đồng thời là ngân hàng tài trợ dự án nhận thế chấp nhà ở dự án thì sẽ có quyền ưu tiên thanh toán thấp hơn ngân hàng này và vì thế rủi ro sẽ cao hơn⁷.

Cũng cần lưu ý, theo khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở 2014, chủ đầu tư không thể đem nhà ở hình thành trong tương lai thuộc một dự án để thế chấp vay vốn cho việc thực hiện một dự án khác.

7. Chuyển nhượng bảo lãnh

Điểm đ khoản 1 Điều 32 Thông tư 07 cho phép bên nhận bảo lãnh được “*chuyển nhượng quyền, nghĩa vụ của mình cho tổ chức, cá nhân khác theo thỏa thuận của các bên liên quan phù hợp với quy định của pháp luật*”. Quy định này cho phép khách hàng của chủ đầu tư được chuyển nhượng quyền thụ hưởng cam kết bảo lãnh cho một bên thứ ba.

Chẳng hạn, khoản 2 Điều 123 Luật Nhà ở 2014 mở ra khả năng cho bên mua nhà ở thương mại được chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở đã ký với chủ đầu tư. Trong trường hợp này, bên nhận chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở sẽ là bên nhận bảo lãnh mới.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 309 Bộ luật Dân sự hiện hành (khoản 2 Điều 365 Bộ luật Dân sự 2015), bên chuyển nhượng quyền thụ hưởng cam kết bảo lãnh phải thông báo cho ngân hàng phát hành bảo lãnh biết về việc chuyển nhượng.

Tương tự, khoản 12 Điều 27 Thông tư 07 cũng trao cho bên bảo lãnh quyền “*chuyển nhượng quyền, nghĩa vụ của mình cho tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài khác theo thỏa thuận của các bên liên quan phù hợp với quy định của pháp luật*”. Nói cách khác, bên bảo lãnh có thể chuyển nhượng nghĩa vụ bảo lãnh của mình cùng với các biện pháp bảo đảm khoản bảo lãnh cho một tổ chức tín dụng khác⁸ theo quy định của pháp luật. Chẳng hạn, việc chuyển giao nghĩa vụ bảo lãnh phải được thực hiện theo quy định tại các điều từ 315 đến 317 của Bộ luật Dân sự hiện hành (Điều 370 và 371 Bộ luật Dân sự 2015) và đặc biệt phải được bên nhận bảo lãnh là bên có quyền đồng ý.

Như vậy, có thể thấy nghiệp vụ phát hành bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai chứa đựng khá nhiều rủi ro về mặt thương mại. Các quy định pháp luật hiện hành về lĩnh vực này vẫn còn bộc lộ một số hạn chế nhất định cần được khắc phục nhằm tạo hành lang pháp lý an toàn cho việc phát hành loại bảo lãnh này, qua đó góp phần khơi thông tính thanh khoản của thị trường giao dịch nhà ở.

⁷ Xem thêm: Vu Thi Hong Yen and Bui Duc Giang, “Guarantees for housing projects: what risks for bondsmen?”, Vietnam Law and Legal Forum, Vol.22 – Issue 253, September 2015, 15-18.

⁸ Điều 12 Thông tư 07 dường như không cho phép chi nhánh ngân hàng nước ngoài phát hành bảo lãnh trong bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai.

THÔNG TIN TRÊN GIẤY CHỨNG NHẬN QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT

*Thân Văn Tài**

Tóm tắt: Bài viết phân tích hạn chế của các quy định hiện hành về thể hiện thông tin trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và đề xuất sửa đổi bổ sung các quy định này.

Abstract: This article analyses shortcomings of laws and regulations on information in the certificate of land use right and proposes improvement.

Ở phương diện kinh tế, Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (GCNQSDĐ)¹ có vai trò quan trọng khi các chủ thể xác lập các giao dịch về quyền sử dụng đất hoặc khi muốn bảo vệ, chứng minh quyền sử dụng đất là tài sản hợp pháp của mình. Do đó, việc thể hiện các thông tin trên GCNQSDĐ góp phần bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất và các chủ thể khác tham gia thị trường quyền sử dụng đất (người thứ ba ngay tình). Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, một trong những nguyên nhân các giao dịch về quyền sử dụng đất bị xác định vô hiệu là do thông tin trên GCNQSDĐ không chính xác, đầy đủ, minh thị về chủ thể và tài sản. Đây cũng chính là nguyên nhân khiến cho giá trị chứng cứ của GCNQSDĐ chưa thể hiện rõ trong giải quyết tranh chấp quyền sử dụng đất.

Một là, thông tin về vợ hoặc chồng là người nước ngoài, người Việt Nam định cư nước ngoài

Đối với trường hợp quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng, khoản 3 Điều 219 Bộ luật Dân sự 2005 và Điều 38 Luật Hôn nhân và Gia đình 2014 quy định việc định đoạt tài sản phải do cả hai vợ chồng thực hiện. Tuy nhiên, quyền sử dụng đất là một loại tài sản đặc biệt, vì vậy, theo quy định tại Điều 169 Luật Đất đai 2013, người nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài không thực hiện dự án thì không được nhận giao đất, thuê đất của Nhà nước hoặc nhận chuyển quyền của người sử dụng đất. Theo đó, Thông tư 23/2014/TT-BTNVMT của Bộ Tài nguyên và Môi trường ngày 19/5/2014 quy định về GCNQSDĐ (sau đây gọi là Thông tư 23/2014/TT-BTNVMT) thì GCNQSDĐ không được thể hiện bất cứ thông tin nào về đối tượng này, kể cả thông tin ở phần ghi chú.

Như vậy, vấn đề đặt ra là, nếu không được thể hiện thông tin trong GCNQSDĐ thì lợi ích của người nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài có được bảo đảm không? Ví dụ: Ông Đặng Công H, quê ở huyện A tỉnh T, định cư tại Hoa Kỳ từ 1999. Năm 2013, ông kết hôn với bà

* ThS., Trường Đại học Luật - Đại học Huế.

¹ Thuật ngữ “Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất” sử dụng trong bài viết có nội hàm phản ánh loại giấy tờ mà theo quy định của pháp luật có vai trò xác định tính hợp pháp của tài sản là quyền sử dụng đất. Hiện nay, trong pháp luật hiện hành sử dụng tên gọi “Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất”.

Trương Thị M, là người cùng xã. Sau đó, ông H gửi 20.000 USD về để bà M nhận chuyển nhượng của ông S và bà U 400 m² đất ở. Năm 2014, bà M được cấp GCNQSDĐ. GCNQSDĐ của bà M, tại mục thông tin về người sử dụng đất, chủ tài sản gắn liền với đất chỉ ghi: “Người sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất: Bà Trương Thị M, số chứng minh nhân dân: 1959372...; Địa chỉ thường trú: Xã A Đốt - huyện A – tỉnh T”. Năm 2015, bà M tặng cho em trai là anh N một phần thửa đất có diện tích 100 m². Hợp đồng được công chứng và đăng ký, anh N được cấp GCNQSDĐ. Anh N sau đó lại chuyển nhượng cho chị Y. Tháng 2/2015, khi biết được sự việc, ông H đã về nước và yêu cầu cơ quan có thẩm quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình.

Trong vụ việc trên, về nguyên tắc, hợp đồng tặng cho quyền sử dụng đất giữa bà M và anh N là vô hiệu. Bởi vì, quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng ông H, bà M. Việc xác lập các giao dịch từ tài sản chung phải được sự đồng ý của cả vợ và chồng. Tuy nhiên, GCNQSDĐ không có tên ông H, do vậy, đã xảy ra tranh chấp.

Thực chất, quá trình công chứng và đăng ký giao dịch tặng cho này cũng không có cơ sở để xác định là trái pháp luật. Theo quy định của Luật Công chứng, công chứng viên không có trách nhiệm tìm hiểu, xác minh nguồn gốc thửa đất được tạo lập từ thu nhập của ai mà chủ yếu dựa trên các thông tin trong hồ sơ công chứng bao gồm các loại giấy tờ như: bản sao giấy tờ tùy thân, bản sao giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc bản sao giấy tờ thay thế được pháp luật quy định đối với tài sản mà pháp luật quy định phải đăng ký quyền sở hữu,

quyền sử dụng trong trường hợp hợp đồng, giao dịch liên quan đến tài sản đó...

Trong tình huống nêu trên, nếu ông H yêu cầu cơ quan có thẩm quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, ông H phải đưa ra các chứng cứ thuyết phục để yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng tặng cho quyền sử dụng đất giữa M và N (văn bản công chứng) vô hiệu. Tuy nhiên, điều này là rất khó khăn, bởi lẽ, văn bản công chứng có giá trị chứng cứ. Mặt khác, mặc dù ông H là người có quyền lợi liên quan được quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu, tuy nhiên, trong khung khổ pháp luật về giải quyết tranh chấp đất đai như hiện nay, quyền khởi kiện của ông H có nguy cơ phụ thuộc vào thiện chí của bà M và anh N trong việc hòa giải². Ngoài ra, nếu có cơ sở cho ông H đòi lại quyền sử dụng đất bằng việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu, thì quyền lợi của chị Y với tính chất là người thứ ba ngay tình sẽ được bảo vệ như thế nào?

Hai là, thông tin về thành viên “hộ gia đình sử dụng đất”

Về bản chất, quyền sử dụng đất của hộ gia đình là tài sản chung của các thành viên trong hộ, có giá trị kinh tế lớn và vai trò đặc biệt quan trọng đối với sự tồn tại và phát triển của hộ gia đình. Do đó, khác với các loại tài sản thông thường khác, pháp luật yêu cầu phải được sự nhất trí của các thành viên từ đủ 15 tuổi trở lên thì chủ hộ mới có

² Nội hàm khái niệm tranh chấp đất đai theo Luật Đất đai 2013 được mở rộng một cách tuyệt đối không có gì khác biệt so với Luật Đất đai 2003. Do đó, trong thực tế, người ta vẫn coi tranh chấp về hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất là một trường hợp tranh chấp đất đai mà người khởi kiện cần phải hòa giải mới có quyền khởi kiện. Xem thêm: Lưu Quốc Thái (2006), *Bàn về khái niệm tranh chấp đất đai theo Luật Đất đai 2003*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 2 (33), tr. 17.

quyền xác lập các giao dịch về quyền sử dụng đất³. Tuy nhiên, khái niệm hộ gia đình sử dụng đất, với tính chất là một chủ thể trong quan hệ pháp luật đất đai có nội hàm hoàn toàn khác với “gia đình” theo Luật Hôn nhân và Gia đình cũng như “hộ gia đình” theo Bộ luật Dân sự. Theo Luật Hôn nhân và Gia đình, “gia đình” là một thiết chế, được tạo lập thông qua 3 quan hệ: hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng và thông thường, với truyền thống định cư của người Việt Nam, tất cả các thành viên đó được coi là cùng nơi thường trú và có tên trong sổ hộ khẩu của gia đình. Còn hộ gia đình với tính chất là chủ thể của quan hệ đất đai chỉ bao gồm những thành viên có quan hệ hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng nhưng đang sống chung với nhau tại thời điểm tạo lập quyền sử dụng đất⁴.

Tuy nhiên, hiện nay trên GCNQSDĐ chỉ thể hiện tư cách đại diện và một số quan hệ nhân thân của chủ hộ mà không có bất kỳ thông tin về các thành viên trong hộ gia đình sử dụng đất⁵. Do vậy, trong thực tiễn,

khi công chứng giao dịch về quyền sử dụng đất của hộ gia đình do chủ hộ trực tiếp xác lập, công chứng viên phải xem xét tư cách của các thành viên trong hộ để xác định giao dịch có hội đủ điều kiện có hiệu lực hay không. Việc xem xét này dựa trên thông tin ở sổ hộ khẩu⁶. Đây cũng là quan điểm của cơ quan quản lý nhà nước về công chứng⁷. Vấn đề đặt ra là, việc căn cứ vào sổ hộ khẩu có cho phép công chứng viên xác định được chính xác thành viên nào có tư cách được hỏi ý kiến đối với giao dịch hay không?

Theo quy định của Điều 3 Luật Đất đai 2013, cơ sở pháp lý để công chứng viên xác định số thành viên của hộ gia đình sử dụng đất tại thời điểm hộ nhận chuyển nhượng hay được Nhà nước giao, cho thuê hay công nhận quyền sử dụng đất căn cứ vào các mốc thời gian mà thành viên đó tách hoặc nhập vào hộ khẩu. Chẳng hạn, sổ hộ khẩu của hộ gia đình có ông A là chủ hộ, vợ là B, các con là C (sinh năm 1976), D (sinh năm 1978), (E sinh năm 1986). Năm 1995, ông nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Năm 1996, C kết hôn với H (sau đó H có tên trong sổ hộ khẩu), đồng thời A và B sinh thêm K (1997). Năm 2012, ông A chuyển nhượng thửa đất trên cho người khác. Ở

³ Khoản 2 Điều 109 Bộ luật Dân sự 2005.

⁴ Đề chỉ hộ gia đình với tính chất là chủ thể trong quan hệ đất đai, khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai 2013 sử dụng thuật ngữ “hộ gia đình sử dụng đất”. Theo đó “*hộ gia đình sử dụng đất là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, đang sống chung và có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất*”.

⁵ Hiện nay, Thông tư 23/2014/TT-BTNMT ngày 19/5/2014 của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định về cách thể hiện thông tin đối với giấy chứng nhận của hộ gia đình sử dụng đất như sau: “*Hộ gia đình sử dụng đất thì ghi "Hộ ông" (hoặc "Hộ bà"), sau đó ghi họ tên, năm sinh, tên và số của giấy tờ nhân thân của chủ hộ gia đình như quy định tại điểm a khoản này; địa chỉ thường trú của hộ gia đình. Trường hợp chủ hộ gia đình không có quyền sử dụng đất chung của hộ gia đình thì ghi người đại diện là*

thành viên khác của hộ gia đình có chung quyền sử dụng đất của hộ gia đình”(điểm c khoản 1 Điều 5).

⁶ Xem thêm: Tuấn Đạo Thanh, Trần Chí Thành (2010), Tìm hiểu các chủ thể hộ gia đình trong pháp luật Việt Nam, Tạp chí Nghề Luật, số 4, tr. 28-30.

⁷ Gần đây, trong văn bản số 375/BTTP-CC ngày 18/5/2015 về việc thực hiện khoản 1 Điều 64 Nghị định 43/2014/NĐ-CP, Cục Bổ trợ tư pháp (Bộ Tư pháp) hướng dẫn: “*Trường hợp gia đình có nhiều thành viên mà không có tên trên GCNQSDĐ thì phải được sự đồng ý bằng văn bản của những người từ đủ 15 tuổi trở lên trước khi chủ hộ đại diện giao kết hợp đồng*”. Với hướng dẫn này, cho thấy việc xác định tư cách tham gia ý kiến đối với giao dịch của hộ gia đình sử dụng đất phải trên cơ sở sổ hộ khẩu.

đây, các thông tin trên sổ hộ khẩu cho phép công chứng viên xác định: vào thời điểm nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất (1995), các thành viên trong hộ gia đình ông A chỉ bao gồm A, B, C, D, E mà không bao gồm K và H, nên dù họ đã đủ 15 tuổi cũng không được hỏi ý kiến về giao dịch.

Tuy nhiên, sổ hộ khẩu với tính chất để quản lý về cư trú, vì vậy, chỉ có khả năng xác định nơi thường trú hợp pháp của công dân mà không phản ánh, thể hiện được các tiêu chí xác định thành viên của hộ gia đình sử dụng đất⁸. Nơi thường trú cũng không cho phép suy luận một cách đương nhiên là công dân đang sống chung với nhau, cùng nhau sản xuất kinh tế (ví dụ là đất nông nghiệp), trong khi “đang sống chung” tại thời điểm được giao đất, cho thuê đất, công nhận, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất là điều kiện cơ bản để xem xét tư cách tham gia ý kiến của thành viên đối với giao dịch do chủ hộ trực tiếp xác lập. Trong thực tế, một thành viên của gia đình thoát ly để làm ăn, công tác, học tập lâu dài ở nơi khác đã lâu (trước thời điểm tạo lập quyền sử dụng đất), nhưng chưa tạo lập được nhà ở riêng vẫn được coi là có cùng hộ khẩu với gia đình⁹. Ví dụ như tình huống trên, nếu D

đi làm ăn, công tác xa nhà từ năm 1994, tức là không cùng chung sống với gia đình vào thời điểm nhận chuyển nhượng. Tuy nhiên, sổ hộ khẩu không phản ánh thông tin này và do đó, trong giao dịch vẫn cần hỏi ý kiến của D.

Như vậy, việc giao dịch về quyền sử dụng đất do chủ hộ trực tiếp xác lập nhưng thông tin trên GCNQSDĐ không đủ để xác định tư cách tham gia ý kiến của mỗi thành viên trong hộ. Do vậy, có thể gây ra khó khăn cho hộ gia đình sử dụng đất trong việc xác lập giao dịch hoặc ngược lại, không bảo vệ được quyền lợi cho mỗi thành viên.

Ba là, thông tin về quyền địa dịch, nghĩa vụ chịu địa dịch

Tài sản được thể hiện trong GCNQSDĐ là khách thể trong quan hệ pháp luật dân sự, đồng thời cũng là đối tượng của các giao dịch về quyền sử dụng đất, giao dịch về nhà ở, tài sản gắn liền với đất. Tuy nhiên, GCNQSDĐ theo Thông tư 23/2014/TT-BTNVMT chưa thể hiện các thông tin về địa dịch của thửa đất. Việc thể hiện các thông tin nêu trên sẽ bảo đảm sự ưng thuận của các bên khi xác lập các giao dịch, tránh những tranh chấp về quyền sử dụng đất.

Thực tiễn thời gian qua, các tranh chấp về địa dịch xảy ra khá phổ biến. Nguyên nhân chủ yếu là khi thực hiện việc chuyển quyền, bên nhận chuyển quyền không nắm được thông tin về địa dịch cũng như quyền, nghĩa vụ chịu địa dịch của người sử dụng thửa đất. Do vậy, sau khi nhận chuyển quyền, đã phát sinh những tranh chấp với người sử dụng đất, người sở hữu bất động sản lân cận.

xảy ra và thời gian thực tế mà thành viên này đã thoát ly có thể kéo dài rất lâu nhưng vẫn không bị xóa trong sổ hộ khẩu.

⁸ Điều này được thể hiện tại khoản 1 Điều 24 Luật Cư trú 2006 thông qua quy định: “Sổ hộ khẩu được cấp cho hộ gia đình hoặc cá nhân đã đăng ký thường trú và có giá trị xác định nơi thường trú của công dân”.

⁹ Theo khoản 4 Điều 20 Luật Cư trú 2006, trường hợp chỗ ở hợp pháp do thuê, mượn, ở nhờ của cá nhân thì việc đăng ký thường trú phải được người cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ đồng ý bằng văn bản. Bên cạnh đó, theo điểm đ, khoản 1 Điều 22 Luật này thì nếu không thuộc các trường hợp đặc biệt như chết, bị tòa án tuyên mất tích hoặc chết, định cư ở nước ngoài, nhập ngũ, và việc đăng ký thường trú ở quê hương không trái pháp luật thì chỉ bị xóa thường trú cũ trong trường hợp đã đăng ký thường trú mới. Điều này cho thấy khả năng trên là hoàn toàn có thể

Ví dụ, năm 2002, chị Loan (Tp. Hồ Chí Minh) nhận chuyển nhượng lô đất có sơ đồ vẽ hẻm lối đi vào rộng 2 m. Khi giao dịch, chủ sử dụng đất và chị Loan chỉ thông tin miệng về lối đi rộng 2 m (trên giấy của người chuyển nhượng không thể hiện thông tin này). Năm 2003, ông Phát là người có quyền sử dụng đất đối diện thửa đất của chị Loan có GCNQSDĐ với diện tích đất 50,2 m². Đến năm 2006, ông Phát nhận chuyển nhượng thêm 41 m² (bao gồm lối đi nêu trên), tổng cộng ông có 91,2 m². Đến năm 2012, chị Loan mới biết ông Phát đã có giấy chứng nhận 91,2 m² (như sơ đồ vẽ trên giấy chứng nhận). Ông Phát sau đó đã làm hàng rào bịt kín lối đi vì cho rằng thửa đất đó là mình nhận chuyển nhượng và trong GCNQSDĐ được cơ quan có thẩm quyền ghi là đất ở. Hai bên đã phát sinh tranh chấp¹⁰.

Bên cạnh đó, việc không thể hiện thông tin về quyền địa dịch trên GCNQSDĐ sẽ hạn chế các quyền của người sử dụng đất. Ví dụ: Vợ chồng ông T bà V có mảnh đất liền kề với nhà ông A, hai nhà có 1 lối đi chung duy nhất đã hình thành và sử dụng từ rất nhiều năm, và trên bản đồ địa chính, thửa đất của vợ chồng ông T và của ông A đều thể hiện có phần lối đi chung. Tuy nhiên, vợ chồng ông T tới nhà các con sinh sống, mảnh đất trên không ai sử dụng. Sau đó, vợ chồng ông T có nhu cầu muốn chuyển nhượng thửa đất, nhưng khi làm thủ tục thì xảy ra tranh chấp, vì ông A cho rằng trong thời gian qua, gia đình ông đã được cấp sổ đỏ mới và lối đi chung đã thuộc quyền sở hữu của gia đình ông. Nếu gia đình ông T bán mảnh đất đó cho người khác

thì gia đình ông A sẽ bịt lối đi¹¹.

Qua phân tích một số hạn chế của các quy định hiện hành về thể hiện thông tin trên GCNQSDĐ, chúng tôi xin đề xuất một số kiến nghị sau:

Một là, cần bổ sung vào điểm d khoản 1 Điều 5 Thông tư 23/2014/TT-BTNMT quy định sau: “Trường hợp quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng mà vợ hoặc chồng là người nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài không đủ điều kiện đứng tên trên GCNQSDĐ thì ở phần ghi quan hệ nhân thân của người sử dụng đất chỉ ghi tên và các thông tin về nhân thân của người có điều kiện đứng tên. Ngoài ra, trong phần ghi chú phải có thông tin ghi chú: “Là tài sản chung với vợ (chồng) là bà (ông):... (ghi họ và tên; số chứng minh nhân dân hoặc hộ chiếu; quốc tịch của người không đủ điều kiện đứng tên)”.

Quy định trên có tác dụng minh bạch hóa tình trạng tài sản chung của vợ và chồng, làm rõ năng lực chủ thể của giao dịch. Đồng thời, làm tăng giá trị chứng cứ của GCNQSDĐ, góp phần bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng cho những đối tượng nêu trên.

Hai là, cần bổ sung quy định sau vào điểm c khoản 1 Điều 5 Thông tư 23/2014/TT-BTNMT:

“(...) Đối với trường hợp quyền sử dụng đất là tài sản của hộ gia đình sử dụng đất, tại mục ghi chú của giấy chứng nhận ghi: “Các thành viên khác của hộ gia đình sử dụng đất bao gồm:... (ghi lần lượt họ tên, năm sinh, số giấy chứng minh nhân dân của các thành viên đó)”.

(Xem tiếp trang 71)

¹⁰ Theo <https://luatminhkhue.vn/dat-dai-1/tu-van-giai-quyet-tranh-chap-loi-di-chung-.aspx>.

¹¹ Theo Luật Dương gia, *Tranh chấp lối đi chung*: <http://luatduonggia.vn/tranh-chap-phan-loi-di-chung>.

BẢO HỘ NHÃN HIỆU VÀ CHỈ DẪN ĐỊA LÝ THEO QUY ĐỊNH CỦA HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG

Vũ Thị Hải Yến*

Tóm tắt: Ngày 05/10/2015, sau năm năm đàm phán, mười hai quốc gia thành viên Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) đã kết thúc vòng đàm phán cuối cùng và hiện đang tích cực chuẩn bị các thủ tục ký kết chính thức vào đầu năm 2016. Ngày 05/11/2015, toàn văn Hiệp định TPP (bản tiếng Anh) đã được công bố chính thức bởi các quốc gia thành viên¹, trong đó, các quy định của Chương 18 – Quyền sở hữu trí tuệ đang đặt ra những thách thức trong việc bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại Việt Nam. Qua bình luận một số quy định mới của TPP liên quan đến việc bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý trong mối tương quan so sánh với tiêu chuẩn bảo hộ của Hiệp định TRIPS và pháp luật Việt Nam, bài viết phân tích những ảnh hưởng của TPP đến việc bảo hộ các đối tượng này tại Việt Nam.

Abstract: After 5 years of negotiation, 12 countries of the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) completed the last round of negotiation on 05 October 2015 and have prepared to sign the TPP in the beginning of 2016. On 05 November 2015, these countries officially published the TPP text (English version), in which the provisions of Chapter 18 on IPRs leads to challenges for IPR protection in Vietnam. By analysing new TPP issues on the protection of trademarks and geographical indications in comparison with the protection standards of the TRIPS Agreement and Vietnamese law, this article discusses the TPP impact on such protection in Vietnam.

Chỉ dẫn địa lý hay nhãn hiệu đều là những chỉ dẫn thương mại được gắn trên các sản phẩm hàng hóa, là phương tiện giúp cho người tiêu dùng có thể phân biệt các sản phẩm khác nhau trên thị trường. Nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý luôn gắn liền với uy tín, danh tiếng của sản phẩm, mang lại lợi thế cạnh tranh cũng như giá trị thương mại cho chủ thể nắm giữ nó. Vì vậy, việc bảo hộ hai đối tượng này luôn thu hút được sự quan tâm và tranh luận trong các cuộc đàm phán quốc tế liên quan đến thương mại và sở hữu trí tuệ. Các quy định trong

Chương 18 của Hiệp định TPP về quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) đang đặt ra những vấn đề mới trong việc bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý so với pháp luật SHTT Việt Nam hiện hành, thậm chí, nó còn vượt lên trên những yêu cầu của Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền SHTT (gọi tắt là Hiệp định TRIPS), có khả năng làm phức tạp hơn những xung đột pháp lý giữa nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý ở cả mức độ quốc gia và quốc tế.

1. Bảo hộ nhãn hiệu

1.1. Các loại dấu hiệu được bảo hộ là nhãn hiệu

Thuật ngữ “nhãn hiệu hàng hóa” lần đầu tiên được đề cập trong Công ước Paris

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/18_i_nтеллектуал_property_chapter.pdf.

1883, tuy nhiên, Công ước chưa đưa ra định nghĩa cụ thể về nhãn hiệu. Phải đến Hiệp định TRIPs năm 1994 mới lần đầu tiên quy định khái niệm nhãn hiệu, đồng thời chỉ ra các đặc điểm cơ bản của đối tượng này. Theo khoản 1 Điều 15 Hiệp định TRIPs², bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ đều có thể làm nhãn hiệu, đặc biệt là những dấu hiệu có thể nhìn thấy được như từ ngữ, yếu tố hình họa, tổ hợp màu sắc... Hiệp định TRIPs cũng cho phép các thành viên WTO có thể quy định trong hệ thống pháp luật quốc gia của mình rằng, nhãn hiệu phải đáp ứng yêu cầu “là dấu hiệu nhìn thấy được”. Có thể thấy, TRIPs khá linh hoạt khi cho phép các thành viên WTO, tùy thuộc vào hoàn cảnh và điều kiện của mình, quy định điều kiện bảo hộ đối với nhãn hiệu phải là dấu hiệu “nhìn thấy được” hay có thể là những “dấu hiệu bất kỳ”, bao gồm cả những dấu hiệu như âm thanh hay mùi vị.

Khoản 16 Điều 4 Luật SHTT Việt Nam định nghĩa: “*Nhãn hiệu là dấu hiệu dùng để phân biệt hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau*”. Theo đó, bất kỳ dấu hiệu nào thỏa mãn điều kiện phân biệt được hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau đều được coi là nhãn hiệu.

² Khoản 1 Điều 15 Hiệp định TRIPs: “*Bất kỳ một dấu hiệu hoặc tổ hợp các dấu hiệu nào có khả năng phân biệt hàng hóa hoặc dịch vụ của một doanh nghiệp với hàng hóa hoặc dịch vụ của các doanh nghiệp khác đều có thể làm nhãn hiệu. Các dấu hiệu đó, đặc biệt là các từ kể cả tên riêng, các chữ cái, chữ số các yếu tố hình họa và tổ hợp màu sắc cũng như tổ hợp bất kỳ của các dấu hiệu đó phải có khả năng được đăng ký là nhãn hiệu. Trường hợp bản thân các dấu hiệu không có khả năng phân biệt hàng hóa hoặc dịch vụ tương ứng, các thành viên có thể quy định rằng khả năng được đăng ký phụ thuộc vào tính phân biệt đạt được thông qua quá trình sử dụng. Các thành viên có thể quy định điều kiện để được đăng ký là các dấu hiệu phải nhìn thấy được*”.

Tuy nhiên, Điều 72 lại thu hẹp phạm vi dấu hiệu được bảo hộ là “nhìn thấy được”, bao gồm các dấu hiệu dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó. Pháp luật SHTT Việt Nam hiện nay chỉ bảo hộ những dấu hiệu mang tính chất truyền thống, có thể nhận thức được bằng thị giác mà chưa thừa nhận và bảo hộ nhãn hiệu các dấu hiệu khác như âm thanh, mùi, vị...

Hiệp định TPP đã mở rộng các dấu hiệu đưa bảo hộ nhãn hiệu. Khoản 18 Điều 18 quy định: “*Không Bên nào được quy định rằng một dấu hiệu phải nhìn thấy được như là một điều kiện cho việc đăng ký nhãn hiệu, cũng không được từ chối đăng ký một nhãn hiệu với lý do dấu hiệu đó là một âm thanh. Bên cạnh đó, mỗi Bên sẽ phải nỗ lực nhất để cho phép đăng ký những nhãn hiệu là mùi hương. Một Bên có thể đòi hỏi một bản mô tả súc tích và chính xác hoặc một bản trình bày đồ họa, hoặc cả hai nếu có thể, đối với nhãn hiệu*”³.

Với quy định này, TPP đã yêu cầu các quốc gia thành viên, trong đó có Việt Nam bảo hộ đối với cả những nhãn hiệu không nhìn thấy được, đặc biệt là âm thanh hay mùi vị. Đòi hỏi này cũng cao hơn quy định của TRIPs đối với các thành viên WTO. Việc mở rộng phạm vi dấu hiệu được bảo hộ là một thách thức đối với Việt Nam khi hệ thống pháp luật SHTT hiện hành cũng

³ Article 18.18: Types of Signs Registrable as Trademarks

No Party shall require, as a condition of registration, that a sign be visually perceptible, nor shall a Party deny registration of a trademark only on the ground that the sign of which it is composed is a sound. Additionally, each Party shall make best efforts to register scent marks. A Party may require a concise and accurate description, or graphical representation, or both, as applicable, of the trademark.

như hệ thống đăng ký mới chỉ bảo đảm cho việc đăng ký những nhãn hiệu truyền thống.

Việc mở rộng phạm vi bảo hộ nhãn hiệu sẽ bảo đảm tối đa quyền lợi của các chủ thể sản xuất kinh doanh, đồng thời cũng phù hợp với xu hướng chung của thế giới. Tuy nhiên, với điều kiện hiện tại, để đáp ứng yêu cầu của TPP, Việt Nam sẽ phải nỗ lực trong việc hoàn thiện cơ sở pháp lý cho việc bảo hộ những dấu hiệu mới, đồng thời cũng phải xây dựng cơ sở vật chất (như hệ thống tra cứu, công bố, thẩm định, đăng bạ... đơn đăng ký nhãn hiệu, xây dựng nguồn nhân lực cũng như đào tạo kiến thức, kỹ năng trong việc thẩm định loại đơn nhãn hiệu mới.

1.2. Sử dụng phương tiện điện tử trong thủ tục kiểm tra, phản đối và hủy bỏ đăng ký nhãn hiệu; trong quản lý nhãn hiệu

Khoản 23 Điều 18 TPP yêu cầu các Bên thiết lập một hệ thống kiểm tra, phản đối và đăng ký các nhãn hiệu, theo đó các thông báo (trao đổi) trong thủ tục khiếu nại, hủy bỏ... được thể hiện bằng văn bản hoặc dưới dạng điện tử⁴.

Khoản 24 Điều 18 TPP đòi hỏi mỗi Bên phải thiết lập một hệ thống điện tử phục vụ cho việc đăng ký và duy trì nhãn hiệu; một hệ thống thông tin điện tử công khai, bao

gồm cơ sở dữ liệu trực tuyến các hồ sơ đăng ký nhãn hiệu và nhãn hiệu đã đăng ký⁵.

Thực trạng đăng ký nhãn hiệu ở Việt Nam hiện nay, các công văn, thông báo cho người nộp đơn mới chỉ được thể hiện dưới hình thức văn bản và chỉ được gửi tới người nộp đơn mà không được công bố công khai, rộng rãi. Trên trang thông tin điện tử của Cục SHTT chỉ công bố một số thông tin về số đơn bị từ chối, văn bằng bảo hộ bị hủy bỏ, nhưng đơn đăng ký bị từ chối về lý do gì, vì sao văn bằng bảo hộ bị hủy bỏ thì không được công khai. Trong khi đó, ở nhiều quốc gia phát triển, các thông tin như vậy đều được thể hiện dưới dạng điện tử và được công bố công khai, rõ ràng, minh bạch.

Việt Nam cũng chưa áp dụng được hệ thống đăng ký điện tử (trực tuyến), mặc dù trước đây đã có dự định xây dựng hệ thống này. Thủ tục đăng ký các đối tượng SHTT, trong đó có nhãn hiệu vẫn được tiến hành nộp đơn trực tiếp tại Cục SHTT. Điều này không chỉ gây tốn kém về thời gian, công sức, tài chính cho cả người nộp đơn và cơ quan tiếp nhận đơn, mà còn tạo nên kẽ hở cho việc thiếu minh bạch trong việc đăng ký. Hệ thống thư viện điện tử của Cục SHTT – IP library mặc dù đã được thiết lập nhưng không được cập nhật kịp thời và đầy đủ, thường xuyên bị chậm, thậm chí bị nghẽn, ảnh hưởng không nhỏ đến việc tra cứu, thẩm định đơn đăng ký. Với yêu cầu của TPP, các hoạt động liên quan đến đăng ký, phản đối, hủy bỏ nhãn hiệu... trong thời gian tới phải được cải thiện đáng kể, đặc biệt là yêu cầu

⁴ Article 18.23: Procedural Aspects of Examination, Opposition and Cancellation

Each Party shall provide a system for the examination and registration of trademarks which includes among other things:

(a) communicating to the applicant in writing, which may be by electronic means, the reasons for any refusal to register a trademark;

(d) requiring administrative decisions in opposition and cancellation proceedings to be reasoned and in writing, which may be provided by electronic means.

⁵ Article 18.24: Electronic Trademarks System

Each Party shall provide:

(a) a system for the electronic application for, and maintenance of, trademarks; and

(b) a publicly available electronic information system, including an online database, of trademark applications and of registered trademarks.

“điện tử” hóa các thông báo cũng như hệ thống đăng ký, quản lý nhãn hiệu.

2. Bảo hộ chỉ dẫn địa lý

Trong số các đối tượng SHTT, chỉ dẫn địa lý là đối tượng có tính chất đặc thù, bởi lẽ nó gắn liền với một vùng, miền, một khu vực địa lý nhất định. Hiện nay, trong số 167 quốc gia bảo hộ chỉ dẫn địa lý, có tới 111 quốc gia (trong đó có Việt Nam) bảo hộ chỉ dẫn địa lý như một đối tượng SHTT độc lập và 56 quốc gia còn lại (trong đó có những thành viên của TPP như Hoa Kỳ, Úc, Nhật Bản...) không có cơ chế bảo hộ riêng cho chỉ dẫn địa lý mà lại sử dụng hệ thống bảo hộ nhãn hiệu cho đối tượng này.⁶

Sự ra đời của Hiệp định TRIPs 1994 đã đánh dấu một bước đột phá trong việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý vì đây là điều ước quốc tế đầu tiên quy định về bảo hộ chỉ dẫn địa lý với số lượng thành viên đông nhất (162 quốc gia - tính đến 30/11/ 2015)⁷. Hiệp định TRIPs cho phép các thành viên WTO có toàn quyền quyết định lựa chọn bảo hộ chỉ dẫn địa lý theo hệ thống riêng hay theo hệ thống nhãn hiệu, miễn là phải đáp ứng được các tiêu chuẩn và các nghĩa vụ tối thiểu trong Hiệp định TRIPs.

Việc lựa chọn cơ chế nào cho việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý phụ thuộc vào lợi ích cũng như quan điểm tiếp cận của từng quốc gia. Đối với Việt Nam, việc thiết lập một cơ chế bảo hộ riêng biệt cho chỉ dẫn địa lý xuất phát từ một số lý do cơ bản. Thứ nhất, Việt Nam là quốc gia nông nghiệp với thế mạnh

là nông sản, thực phẩm và các sản phẩm thủ công truyền thống. Bảo hộ chỉ dẫn địa lý nhằm hướng tới việc bảo vệ và tăng cường những lợi ích của cộng đồng dân cư nông thôn tham gia sản xuất, kinh doanh sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý; bảo vệ danh tiếng cho sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý, tránh sự lạm dụng hay giả mạo. Thứ hai, không chỉ mang lại những lợi ích cho các nhà sản xuất địa phương, việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý còn có ý nghĩa quan trọng đối với sự phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội, đặc biệt ở các vùng nông thôn, tạo việc làm, thu hút du lịch, thúc đẩy xuất khẩu hàng hóa, góp phần bảo tồn và phát triển văn hóa truyền thống...⁸. Vì vậy, pháp luật Việt Nam dành cho chỉ dẫn địa lý một cơ chế bảo hộ riêng biệt, thể hiện ở 3 khía cạnh:

- Về chủ sở hữu

Khác với các đối tượng sở hữu công nghiệp khác, người nộp đơn đăng ký sẽ trở thành chủ sở hữu khi được cấp văn bằng bảo hộ; đối với chỉ dẫn địa lý, “chủ sở hữu chỉ dẫn địa lý của Việt Nam là nhà nước”⁹. Nhà nước trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý cho tổ chức, cá nhân sản xuất sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý tương ứng và đưa sản phẩm đó ra thị trường.

- Về điều kiện bảo hộ

Pháp luật SHTT Việt Nam đòi hỏi sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý phải có nguồn gốc từ khu vực địa lý đó; có danh tiếng, chất lượng đặc thù (khác biệt sản phẩm cùng loại đến từ các địa phương khác); danh tiếng, chất lượng của sản phẩm là do các điều kiện

⁶ Guide to Geographical Indications – Linking products and their origins, International Trade Centre 2009, pages 124-126, <http://www.intracen.org/Guide-to-Geographical-Indications-Linking-Products-and-their-Origins>.

⁷ https://www.wto.org/english/thewtoe/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

⁸ Felix Addor, Nikolaus Thumm and Alexandra Graziolio “Geographical Indication: Important Issue for Industrialized and Developing Countries”, May 2003. http://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/E-Library/ipts-74_gis_english.pdf.

⁹ Xem khoản 4 Điều 121 Luật SHTT.

địa lý (bao gồm yếu tố tự nhiên hay con người) quyết định¹⁰.

- *Về căn cứ xác lập quyền*

Mặc dù quyền đối với chỉ dẫn địa lý được xác lập trên cơ sở đăng ký và được cấp văn bằng bảo hộ, tuy nhiên, việc đăng ký chỉ dẫn địa lý không dựa trên nguyên tắc nộp đơn đầu tiên (như nhãn hiệu, sáng chế hay kiểu dáng công nghiệp); người nộp đơn đăng ký không trở thành chủ sở hữu, mà chủ sở hữu chỉ dẫn địa lý là nhà nước.

Các quy định về chỉ dẫn địa lý của Việt Nam hoàn toàn phù hợp với tiêu chuẩn bảo hộ của TRIPs. Do những đặc thù của chỉ dẫn địa lý, về nguyên tắc, pháp luật Việt Nam không thừa nhận việc bảo hộ các dấu hiệu chỉ nguồn gốc địa lý như một nhãn hiệu. Theo điểm i khoản 2 Điều 74 Luật SHTT Việt Nam, dấu hiệu chỉ nguồn gốc địa lý bị coi là không có khả năng phân biệt và không được bảo hộ là nhãn hiệu. Lý do vì việc sử dụng những dấu hiệu này trên hàng hóa sẽ dẫn tới sự liên tưởng về nơi xuất xứ của hàng hóa. Tuy nhiên, hai trường hợp ngoại lệ khi áp dụng quy định này:

(i) *Dấu hiệu đã được sử dụng và thừa nhận rộng rãi với danh nghĩa nhãn hiệu.* Trong trường hợp này, do dấu hiệu đã được sử dụng trong một thời gian dài, trở nên quen thuộc và phổ biến với người tiêu dùng nên không gây ra nhầm lẫn về xuất xứ nguồn gốc sản phẩm. Ví dụ, những nhãn hiệu là tên địa lý đã được người tiêu dùng Việt Nam biết đến rộng rãi như: Bia Hà Nội, Bia Sài Gòn...

(ii) *Khi dấu hiệu được đăng ký như nhãn hiệu tập thể hoặc nhãn hiệu chứng nhận.* Nhãn hiệu tập thể và nhãn hiệu chứng nhận có những tính chất tương đồng với chỉ

dẫn địa lý: do nhiều chủ thể sản xuất kinh doanh cùng sử dụng; sản phẩm mang nhãn hiệu tập thể hay nhãn hiệu chứng nhận thường phải đáp ứng các tiêu chuẩn chung được đặt ra như xuất xứ, nguyên liệu, vật liệu, cách thức sản xuất, chất lượng... Thực tế, nhiều dấu hiệu chưa đáp ứng được điều kiện bảo hộ như chỉ dẫn địa lý đã được các tổ chức tập thể đại diện cho các tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh tại địa phương đó đăng ký như nhãn hiệu tập thể hoặc được các tổ chức có chức năng kiểm soát, chứng nhận đặc tính, nguồn gốc... của hàng hóa (như Ủy ban nhân dân...) đăng ký là nhãn hiệu chứng nhận.

Đối với các trường hợp nêu trên, cơ quan có thẩm quyền phải cân nhắc, xem xét kỹ lưỡng để việc bảo hộ nhãn hiệu sẽ không làm tổn hại đến lợi ích của cộng đồng địa phương tương ứng và không gây ra sự nhầm lẫn về nguồn gốc của hàng hóa.

Hoa Kỳ và một số quốc gia theo hệ thống Common Law thường đề cao việc bảo hộ nhãn hiệu, vì vậy, các chỉ dẫn địa lý được bảo hộ như một nhãn hiệu. Một trong những nguyên nhân có tính lịch sử là do làn sóng di cư đến Hoa Kỳ. Người nhập cư thường mang theo những ngành nghề sản xuất ở quê hương đến nơi định cư mới và thường gắn tên địa danh quê hương của họ cho những sản phẩm không có xuất xứ tương ứng. Khi Hiệp định TRIPs yêu cầu các quốc gia thành viên WTO phải có cơ chế bảo hộ chỉ dẫn địa lý, các quốc gia này lo ngại việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý theo hệ thống riêng sẽ dẫn đến việc phải chấm dứt sử dụng các nhãn hiệu đó bởi bị coi là xâm phạm quyền đối với chỉ dẫn địa lý¹¹. Điều

¹⁰ Xem Điều 79 Luật SHTT.

¹¹ Stacy D. Goldberg, "Who will raise the white flag? The battle between the United States and European

này có tác động tiêu cực đến các nhà sản xuất và nền công nghiệp của các nước. Vì vậy, trong các vòng đàm phán TPP, một số quốc gia thành viên mà điển hình là Hoa Kỳ đã gây sức ép, đòi hỏi phải thừa nhận chỉ dẫn địa lý có thể được bảo hộ theo hệ thống nhãn hiệu, và cuối cùng Hoa Kỳ đã thành công với đề xuất này.

Mục E của Chương 18 - Quyền SHTT TPP quy định về chỉ dẫn địa lý. Khoản 30 Điều 18 khẳng định: “*Các bên thừa nhận rằng các chỉ dẫn địa lý có thể được bảo hộ thông qua hệ thống nhãn hiệu hoặc một hệ thống riêng hoặc các phương tiện pháp lý khác*”¹². Đoạn cuối khoản 19 Điều 18 TPP quy định: “*Mỗi Bên phải quy định rằng những dấu hiệu như chỉ dẫn địa lý sẽ có thể được bảo hộ theo hệ thống nhãn hiệu của mình*”¹³. Như vậy, TPP yêu cầu các quốc gia thành viên phải thừa nhận việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý theo bất kỳ hệ thống nào, bao gồm bảo hộ như một nhãn hiệu thông thường. Yêu cầu này trái ngược với quan điểm tiếp cận hiện nay của chúng ta khi pháp luật SHTT Việt Nam hạn chế tối đa việc đăng ký các dấu hiệu chỉ nguồn gốc địa lý như nhãn hiệu thông thường, nhằm tránh tình trạng “tư hữu” các chỉ dẫn địa lý. Quy định mới của TPP về cơ chế bảo hộ chỉ dẫn địa lý có thể gây ra những tác động tiêu cực đến lợi ích của cộng đồng liên quan đến chỉ dẫn địa lý cũng như bất lợi cho một quốc

gia tiềm năng về chỉ dẫn địa lý như Việt Nam.

3. Giải quyết xung đột trong bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý

Ở Việt Nam, nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý là hai đối tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ độc lập. Điều 17 Nghị định 103/2006/NĐ-CP ghi nhận một nguyên tắc quan trọng trong việc giải quyết xung đột về sở hữu công nghiệp, theo đó “*Quyền sở hữu công nghiệp có thể bị hủy bỏ hiệu lực hoặc bị cấm sử dụng nếu xung đột với quyền SHTT của tổ chức, cá nhân khác được xác lập trước*”. Vì vậy, nếu dấu hiệu được đăng ký nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với một chỉ dẫn địa lý đang được bảo hộ thì sẽ không được đăng ký bảo hộ nhãn hiệu¹⁴. Ngược lại, chỉ dẫn địa lý sẽ không được bảo hộ nếu trùng hoặc tương tự với một nhãn hiệu đang được bảo hộ và nếu việc sử dụng chỉ dẫn đó sẽ gây nhầm lẫn về nguồn gốc sản phẩm¹⁵.

Bên cạnh đó, điểm g khoản 2 Điều 125 Luật SHTT có quy định một trường hợp ngoại lệ khi giải quyết mối quan hệ giữa việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý và nhãn hiệu, theo đó, tổ chức, cá nhân được trao quyền sử dụng hoặc quyền quản lý chỉ dẫn địa lý không có quyền ngăn cấm việc “*sử dụng một nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý được bảo hộ nếu nhãn hiệu đó đạt được sự bảo hộ một cách trung thực trước ngày nộp đơn đăng ký chỉ dẫn địa lý*”. Như vậy, khi nhãn hiệu đã được bảo hộ một cách trung thực trước ngày nộp đơn đăng ký chỉ dẫn địa lý, nhãn hiệu không thể bị hủy bỏ hiệu lực vì lý do có một chỉ dẫn địa lý trùng hoặc tương tự đăng ký sau (Lưu ý: trường

Union over the protection of Geographical Indication”, <http://Heinonline.org>.

¹² Article 18.30: Recognition of Geographical Indications.

The Parties recognise that geographical indications may be protected through a trademark or sui generis system or other legal means.

¹³ Article 18.19: Collective and Certification Marks ... Each Party shall also provide that signs that may serve as geographical indications are capable of protection under its trademark system.

¹⁴ Điểm l, m khoản 2 Điều 74 Luật SHTT.

¹⁵ Khoản 3 Điều 80 Luật SHTT.

hợp này không mâu thuẫn với khoản 3 Điều 80 Luật SHTT khi việc sử dụng không gây nhầm lẫn). Hay nói cách khác, Luật SHTT cho phép sự đồng tồn tại giữa một nhãn hiệu đã đạt được sự bảo hộ trung thực trước và một chỉ dẫn địa lý được bảo hộ sau nhằm dung hòa lợi ích giữa một bên là chủ sở hữu nhãn hiệu và một bên là những người có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý.

Theo Hiệp định TRIPs, chỉ dẫn địa lý và nhãn hiệu đều là đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ, vì vậy đều được hưởng chế độ bảo hộ ngang bằng. Khoản 1 Điều 16 Hiệp định TRIPs áp dụng nguyên tắc độc quyền cho một nhãn hiệu được đăng ký trước. Theo đó, chủ sở hữu của nhãn hiệu đã đăng ký có độc quyền ngăn cản bất cứ chủ thể nào sử dụng những dấu hiệu trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu đã được bảo hộ cho những hàng hóa trùng hoặc tương tự nếu việc sử dụng đó có nguy cơ gây ra sự nhầm lẫn (kể cả những dấu hiệu là chỉ dẫn địa lý)¹⁶.

Khoản 5 Điều 24 Hiệp định TRIPs đưa ra một ngoại lệ trong việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý¹⁷. Quy định này đã gây ra một số

¹⁶ Khoản 1 Điều 16 Hiệp định TRIPs: “Chủ sở hữu một nhãn hiệu đã đăng ký phải có độc quyền ngăn cản những người không được phép của mình sử dụng trong hoạt động thương mại các dấu hiệu trùng hoặc tương tự cho hàng hóa hoặc dịch vụ trùng hoặc tương tự với những hàng hóa hoặc dịch vụ được đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó, nếu việc sử dụng như vậy có nguy cơ gây nhầm lẫn”.

¹⁷ Khoản 5 Điều 24 Hiệp định TRIPs: “Đối với nhãn hiệu đã được nộp đơn đăng ký hoặc đã được đăng ký một cách có thiện ý hoặc đối với các quyền đối với nhãn hiệu đạt được thông qua việc sử dụng có thiện ý thuộc một trong hai trường hợp sau đây:

a) trước thời điểm thi hành các quy định này ở nước thành viên đó như quy định tại Phần VI dưới đây; hoặc

b) trước khi chỉ dẫn địa lý liên quan được bảo hộ ở nước xuất xứ;

Các biện pháp được áp dụng để thi hành quy định của Mục này không được làm ảnh hưởng đến khả

tranh cãi khá quyết liệt giữa các nước thành viên WTO. Các nước thành viên WTO như Hoa Kỳ, Canada, Trung Quốc... là những nước bảo hộ chỉ dẫn địa lý theo hệ thống Luật Nhãn hiệu giải thích khoản 5 Điều 24 trên cơ sở áp dụng nguyên tắc “độc quyền của một nhãn hiệu được đăng ký trước” (First in time, first in right)¹⁸. Vì vậy, các quốc gia này yêu cầu các nước thành viên khi bảo hộ chỉ dẫn địa lý không được làm ảnh hưởng đến hiệu lực của các nhãn hiệu có liên quan đã được bảo hộ trước.

Ngược lại, một số quốc gia mà đại diện là Liên minh châu Âu cho rằng khoản 5 Điều 24 cho phép sự đồng tồn tại giữa nhãn hiệu đăng ký trước và một chỉ dẫn địa lý trùng hoặc tương tự được bảo hộ sau. Thậm chí còn có ý kiến cho rằng, chỉ dẫn địa lý phải được hưởng địa vị pháp lý cao hơn so với những nhãn hiệu đăng ký trước¹⁹. Tại Hội nghị Bộ trưởng của WTO tổ chức tại Cancun Mêhico vào tháng 9/2003, các quốc gia theo hai quan điểm trái ngược nhau, một bên đại diện là Mỹ và một bên đại diện là châu Âu đã gửi nhiều bản kiến nghị đến Ủy ban của WTO, yêu cầu giải thích xung đột này. Ngày 15/3/2005, Hội đồng của WTO đã có thông báo trả lời “*Trong vấn đề giải quyết mối quan hệ giữa chỉ dẫn địa lý và nhãn hiệu, quan điểm của Liên minh châu Âu cho phép sự đồng tồn tại giữa một nhãn*

năng được đăng ký hoặc hiệu lực đăng ký của nhãn hiệu, hoặc quyền sử dụng nhãn hiệu, với lý do nhãn hiệu nói trên trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý”.

¹⁸ Burkhardt Goebel and Manuela Groeschl, “The Long Road to Resolving Conflicts Between Trademarks and Geographical Indications” http://www.inta.org/TMR/Documents/Volume%20104/vol104_no4_a1.pdf.

¹⁹ Stacy D. Goldberg, “Who will raise the white flag? The battle between the United States and European Union over the protection of Geographical Indication”, <http://Heinonline.org>.

hiệu đăng ký trước và một chỉ dẫn địa lý trùng hoặc tương tự được bảo hộ sau là hoàn toàn phù hợp với quy định của Hiệp định TRIPs”²⁰. Điều đó có nghĩa là Hiệp định TRIPs đưa ra giải pháp thừa nhận sự đồng tồn tại giữa nhãn hiệu có hiệu lực trước và một chỉ dẫn địa lý trùng hoặc tương tự được bảo hộ sau. Khoản 1 Điều 16 cho phép chủ sở hữu nhãn hiệu đã đăng ký có quyền ngăn cấm việc sử dụng những dấu hiệu trùng hoặc tương tự của chủ thể khác, nhưng khoản 5 Điều 24 của Hiệp định đưa ra một ngoại lệ ưu tiên bảo hộ chỉ dẫn địa lý so với nhãn hiệu. Trong trường hợp dấu hiệu trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu đã đăng ký là một chỉ dẫn địa lý thì chấp nhận bảo hộ cho cả hai để vừa bảo đảm quyền lợi hợp pháp của chủ sở hữu nhãn hiệu, đồng thời bảo vệ lợi ích cho người sử dụng chỉ dẫn địa lý. So sánh với pháp luật SHTT Việt Nam hiện hành, có thể thấy quy định của chúng ta hoàn toàn phù hợp với quy định của TRIPs trong giải quyết xung đột giữa nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý.

Khoản 20 Điều 18 Hiệp định TPP cho phép chủ sở hữu nhãn hiệu ngăn cấm việc sử dụng dấu hiệu trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu, kể cả trường hợp dấu hiệu đó là chỉ dẫn địa lý nếu gây nhầm lẫn về nguồn gốc của hàng hóa. Với quy định này, TPP vẫn thể hiện quan điểm của Hoa Kỳ là ưu tiên cho bảo hộ nhãn hiệu, không xem xét đến ngoại lệ như Khoản 5 Điều 24 của Hiệp định TRIPs. Thậm chí, khoản 32 Điều 18 của TPP quy định căn cứ để từ chối hoặc hủy bỏ việc bảo hộ, nếu chỉ dẫn địa lý gây ra sự nhầm lẫn với một nhãn hiệu đang đăng ký

nhưng đã tồn tại trung thực trước đó²¹. Quy định này đã vượt xa mức độ bảo hộ của Hiệp định TRIPs cũng như pháp luật SHTT Việt Nam hiện hành khi việc đăng ký chỉ dẫn địa lý có thể bị từ chối hoặc hủy bỏ trên cơ sở một nhãn hiệu đối chứng mới đang trong giai đoạn đăng ký (chưa được bảo hộ) nhưng đã tồn tại trung thực trước đó. Quy định này có cách tiếp cận ưu tiên tuyệt đối quyền của người đăng ký hay sử dụng nhãn hiệu, không bảo đảm sự công bằng với những người có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý.

4. Tác động của TPP đến việc bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý tại Việt Nam

Những quy định mới của TPP thể hiện rất rõ quan điểm của một số quốc gia mà đại diện là Hoa Kỳ trong việc ưu tiên bảo hộ nhãn hiệu so với chỉ dẫn địa lý. Điều này đi ngược lại cách tiếp cận đã được thể hiện trong Hiệp định TRIPs cũng như quan điểm của Việt Nam khi bảo đảm sự công bằng, không thiên vị giữa bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý. Việc đề cao bảo hộ nhãn hiệu theo quy định của TPP có thể gây ra những hệ lụy, ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích của cộng đồng liên quan đến chỉ dẫn địa lý cũng như những bất lợi cho một quốc gia tiềm năng về chỉ dẫn địa lý như Việt Nam.

Thứ nhất: Biến “tài sản công” thành “tài sản tư”²²

Chỉ dẫn địa lý là đối tượng mang tính chất “đặc thù”, được coi là “tài sản công”

²¹ Article 18.32: Grounds of Opposition and Cancellation

(a) the geographical indication is likely to cause confusion with a trademark that is the subject of a pre-existing good faith pending application or registration in the territory of the Party.

²² Trung tâm WTO, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, Khuyến nghị phương án đàm phán Chương Sở hữu trí tuệ Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương.

²⁰ WTO Panel upholds EU system of protection of 'Geographical Indications'. http://eu.un.europa.eu/articles/en/article_4458_en.htm.

của cả cộng đồng dân cư. Vì vậy, nếu chỉ dẫn địa lý bị một chủ thể đăng ký trước như một nhãn hiệu sẽ dẫn đến việc “tư hữu hóa” các dấu hiệu này, cộng đồng những nhà sản xuất địa phương sẽ mất quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý cho sản phẩm của mình vì chủ sở hữu nhãn hiệu có quyền ngăn cấm bất kỳ chủ thể nào sử dụng nhãn hiệu sau khi được bảo hộ. Điều này rõ ràng là bất hợp lý, không công bằng, đồng thời có thể gây ra những tranh chấp về quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý giữa chủ sở hữu nhãn hiệu và các nhà sản xuất địa phương nơi có chỉ dẫn địa lý.

Thứ hai: Gây ra sự nhầm lẫn, thậm chí là lừa dối người tiêu dùng về nguồn gốc của hàng hóa

Việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý theo hệ thống đăng ký nhãn hiệu chỉ tuân theo nguyên tắc “nộp đơn đầu tiên”, không quan tâm đến việc hàng hóa mang dấu hiệu địa lý có nguồn gốc từ khu vực địa lý được chỉ dẫn hay không. Việc đăng ký các chỉ dẫn địa lý như nhãn hiệu sẽ dẫn đến sự nhầm lẫn về xuất xứ, thậm chí tạo điều kiện cho những hành vi lừa dối người tiêu dùng về nguồn gốc của sản phẩm.

Thứ ba: Làm giảm chất lượng, uy tín, danh tiếng của sản phẩm

Bảo hộ chỉ dẫn địa lý theo hệ thống nhãn hiệu không cần sản phẩm phải đáp ứng các điều kiện như có nguồn gốc từ khu vực địa lý đó; không cần có danh tiếng, chất lượng đặc thù; không liên quan đến các điều kiện địa lý (bao gồm các yếu tố tự nhiên và con người). Điều này có thể khiến các nhà sản xuất không quan tâm đến việc bảo đảm chất lượng của sản phẩm, gây tổn hại đến uy tín, danh tiếng của sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý thực sự.

Thứ tư: Gây thiệt hại cho những nhà sản xuất địa phương

Các nhà sản xuất địa phương phải tiêu tốn một lượng thời gian và tài sản đáng kể cho việc đầu tư, tạo dựng uy tín, danh tiếng, chất lượng sản phẩm đối với người tiêu dùng. Vì vậy, họ là những người duy nhất xứng đáng được hưởng các lợi ích do chỉ dẫn địa lý mang lại. Trong khi đó, không công bằng khi những người sản xuất ở nơi khác, không mất thời gian, tiền của, công sức lại nghiêm nhiên được sử dụng những chỉ dẫn địa lý, lợi dụng danh tiếng và sự thành công của những người sản xuất chân chính.

Thứ năm: Việt Nam là quốc gia có thế mạnh về nông sản, thực phẩm và các sản phẩm thủ công truyền thống, gắn liền với những chỉ dẫn địa lý nổi tiếng không chỉ ở thị trường trong nước mà đang mở rộng ra thị trường khu vực và quốc tế. Nếu các chỉ dẫn địa lý được bảo hộ như một nhãn hiệu chúng ta có thể bị mất chỉ dẫn địa lý, đồng thời, khó có khả năng ngăn chặn hàng hóa giả mạo chỉ dẫn địa lý.

Khoản 5 Điều 18 Chương 18 TPP đòi hỏi các Bên phải thi hành các quy định trong chương này, nhưng “*một Bên có thể, nhưng không có nghĩa vụ phải mở rộng bảo hộ và thực thi quyền SHTT trong quy định pháp luật của mình hơn yêu cầu của Chương này, với điều kiện việc bảo hộ và thực thi đó không trái với các quy định của Chương này*”. Như vậy, TPP đã thiết lập một tiêu chuẩn tối thiểu mà các thành viên phải đáp ứng trong việc bảo hộ và thực thi quyền SHTT. Điều này cũng đồng thời quy định “*Mỗi Bên có thể tự do quyết định phương pháp thích hợp trong việc thực hiện các quy định của Chương này trong hệ thống pháp luật và thực tiễn của mình*”. Theo chúng tôi, trước các thách thức về tiêu

chuẩn bảo hộ mới trong TPP liên quan đến nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý, các nhà làm luật Việt Nam cần có sự xem xét cẩn trọng giữa những quy định bắt buộc mà Việt Nam phải tuân thủ và những quy định mang tính “linh hoạt”. Đây thực sự là một bài toán khó cho Việt Nam khi một mặt vừa phải đáp ứng các yêu cầu của TPP, mặt khác phải bảo vệ lợi ích quốc gia. Vì vậy, chúng ta sẽ phải cân nhắc nội luật hóa để đáp ứng được cả hai tiêu chí trên. Cụ thể, việc mở rộng phạm vi

các dấu hiệu được bảo hộ nhãn hiệu là yêu cầu bắt buộc mà các nước thành viên TPP (trong đó có Việt Nam) phải đáp ứng, nó cũng phù hợp với xu thế phát triển trên thế giới. Trong giải quyết mối quan hệ giữa bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý, chúng ta cần vận dụng linh hoạt các quy định của TPP để hạn chế tối đa việc “tư hữu” các chỉ dẫn địa lý, ảnh hưởng bất lợi đến lợi ích của các nhà sản xuất tại địa danh tương ứng và lợi ích quốc gia.

(Tiếp theo trang 61 – Thông tin trên Giấy ...)

Ba là, cần xem xét bổ sung Điều 7 Thông tư số 23/2014/TT-BTNMT hai mục thông tin: i) Quyền địa dịch, ii) Nghĩa vụ chịu địa dịch. Hai mục thông tin này phải thể hiện rõ nội dung của địa dịch. Chẳng hạn: Chủ sử dụng hai thửa đất có mã số 21K và 21Y đã xác lập và đăng ký quyền địa dịch theo quy định của pháp luật. Theo đó, chủ sử dụng thửa đất số 21K có quyền có lối đi qua thửa đất mã số 21Y thì cần ghi rõ nội dung trên GCNQSDĐ như sau:

+ Đối với thông tin trên GCNQSDĐ số 21K thì ghi: “**Quyền địa dịch**”: “*Quyền có lối đi qua thửa đất mã số 21Y hướng Đông Nam*”; “**Nghĩa vụ chịu địa dịch**”: “*Không*”.

+ Tương tự, GCNQSDĐ đối với thửa đất số 21Y vẫn ghi hai mục thể hiện rõ nội dung về địa dịch: “**Quyền địa dịch**”: “*Không*”; “**Nghĩa vụ chịu địa dịch**”: “*Dành lối đi cho thửa đất mã số 21K, hướng Tây Bắc*”.

VỀ LOẠI HÌNH HỘI KHÔNG CÓ TƯ CÁCH PHÁP NHÂN VÀ MỘT SỐ GÓP Ý CHO DỰ THẢO LUẬT VỀ HỘI

Nguyễn Văn Quân*

Tóm tắt: Bài viết trình bày những đặc trưng và quy chế pháp lý của loại hình hội không có tư cách pháp nhân (hội không đăng ký) trong pháp luật một số nước, từ đó đưa ra góp ý cho Dự thảo Luật về Hội liên quan đến loại hình hội này.

Abstract: This article presents the characters and legal status of associations without legal entity. It then provides some comments on those associations for the draft Law of Associations.

Dự thảo Luật về Hội¹ được đưa ra lấy ý kiến rộng rãi nhân dân và đã được thảo luận tại Quốc hội ngày 26/11/2015², dự kiến thông qua vào kỳ họp thứ 2, Quốc hội khóa XIV (tháng 10/2016).

Khoản 4 Điều 7 Dự thảo quy định: “Hội có tư cách pháp nhân, con dấu, tài khoản, biểu tượng riêng theo quy định của pháp luật”³. Điều này đồng nghĩa với việc Luật về Hội sẽ không điều chỉnh các hội không có tư cách pháp nhân như hội đồng niên, đồng ngũ, đồng môn, dòng họ... Theo Bộ Nội vụ - cơ quan chủ trì soạn thảo, Luật về Hội không điều chỉnh loại hình này vì các hội này không có điều lệ, hoạt động chỉ mang tính gặp gỡ, trao đổi

thông tin, không có người đại diện của hội trước pháp luật. Tuy nhiên, hiện nay có nhiều tổ chức đáp ứng đủ các tiêu chuẩn về hội, tổ chức và hoạt động theo các nguyên tắc của hội, có người đứng đầu đại diện cho hội, nhưng không đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền, do đó không có tư cách pháp nhân và như vậy, cũng không nằm trong phạm vi điều chỉnh của Luật về Hội.

Việc Dự thảo Luật không điều chỉnh loại hình tổ chức này là vấn đề cần được cân nhắc. Bởi với số lượng rất lớn, nếu không phải là hội theo quy định của Dự thảo Luật thì việc quản lý, xử lý vi phạm pháp luật đối với loại tổ chức này sẽ rất khó thực hiện. Do đó, để bảo đảm quyền lập hội của công dân cũng như bảo đảm công tác quản lý nhà nước, cần nghiên cứu để có sự điều chỉnh thích hợp với các loại hình tổ chức hội không có tư cách pháp nhân này.

1. Về tư cách pháp nhân của hội

Vấn đề tư cách pháp nhân của hội cần được nhìn nhận dưới góc độ Luật dân sự. Quy chế pháp nhân của một chủ thể pháp luật thể hiện ở tính chất độc lập về tài sản

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

¹ Chúng tôi dựa vào Dự thảo Luật về Hội ngày 04/11/2015 công bố trên: <http://duthaoonline.quochoi.vn>.

² Bản Tổng hợp thảo luận tại hội trường về Luật về Hội ngày 26/11/2015:

<http://quochoi.vn/hoatdongcuaquochoi/cackyhoppquochoi/quochoikhoaxiii/kyhopthuX/Pages/bien-ban-ghi-am.aspx?ItemID=30463>, truy cập ngày 27/11/2015.

³ Thực ra, đây là quy định kế thừa từ Nghị định số 45/2010/NĐ-CP quy định về tổ chức, hoạt động và quản lý hội (khoản 2 Điều 4).

và độc lập về tư cách pháp lý khi tham gia các giao dịch dân sự. Theo đó, quan trọng nhất là, pháp nhân có khối tài sản riêng, độc lập với tài sản của các thành viên tạo ra nó⁴.

Như vậy, hội không khai báo (đăng ký) sẽ không có tư cách pháp nhân, đồng nghĩa với việc không có quyền và nghĩa vụ độc lập. Hội này có thể được thừa nhận sự tồn tại hợp pháp, nhưng không có khả năng hành động với tư cách một chủ thể độc lập của quan hệ pháp luật.

Nhìn rộng hơn, tự thân các hội không có quy chế pháp nhân sẽ “gánh chịu” một số hạn chế, rủi ro pháp lý:

- *Về mặt tài sản và sở hữu*: hội không khai báo (không có tư cách pháp nhân) không thể trở thành chủ sở hữu, không thể nhận các khoản tặng cho, các di tặng và các khoản trợ cấp của cơ quan công quyền. Hội chỉ có thể thủ đắc tài sản từ các thành viên của mình: các động sản, bất động sản, các khoản đóng góp lệ phí... Và vì hội không thể là chủ sở hữu, các thành viên giữ nguyên phần sở hữu các tài sản của mình và có thể lấy lại phần này khi hội giải tán. Nghĩa là, các tài sản mà hội sử dụng vẫn thuộc sở hữu của các thành viên hội. Trong trường hợp các thành viên của hội bỏ ra một khoản tiền để thủ đắc một tài sản phục vụ cho hoạt động của hội, thì khi giải tán hội, mỗi thành viên có thể lấy lại phần mình đã đóng góp tương ứng với phần đã bỏ ra.

⁴ Xem: Nguyễn Ngọc Điện (1999), *Nghiên cứu về tài sản trong Luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 35; François Terré, Dominique Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité - Protection (Précis)*, 8^e é. Nxb. Dalloz, 2012, tr. 263.

- *Về mặt giao dịch dân sự*: để duy trì hoạt động, hội phải tiến hành các giao dịch dân sự, như giao kết các hợp đồng cung ứng dịch vụ, hợp đồng thuê mượn nhà, hợp đồng lao động... Nếu không có tư cách pháp nhân, mọi hợp đồng cần thiết cho hoạt động của hội phải do thành viên của hội ký với tư cách cá nhân. Bên thứ ba sẽ đòi nợ đích danh thành viên kí kết hợp đồng; người này có nghĩa vụ hoàn trả toàn bộ nợ và sau đó có thể yêu cầu các thành viên khác trả lại chi phí đã bỏ ra. Mọi giao dịch mà hội không có tư cách pháp nhân thực hiện phải được thành viên của hội tiến hành với tư cách cá nhân của thành viên này. Nếu làm trái quy tắc này, giao dịch mà hội thực hiện sẽ bị xem là vô hiệu⁵.

- *Về trách nhiệm pháp lý*: trong trường hợp truy cứu trách nhiệm (hành chính, hình sự...), chỉ duy nhất những thành viên hội thực hiện giao dịch pháp lý chịu trách nhiệm với tư cách cá nhân. Đồng thời, hội không có tư cách về mặt tố tụng. Nếu chịu thiệt hại (dân sự, hình sự hay hành chính), hội chỉ có thể tiến hành khởi kiện thông qua thành viên của mình⁶.

Như vậy, nếu sử dụng loại hình hội không đăng ký (pháp luật của nhiều nước gọi loại hội này là “hội tồn tại trên thực

⁵ Có thể tham khảo phán quyết của Toà hành chính Pháp về vấn đề này: *CAA Paris, 18.5.1995, BAF 1/95, inf 2*.

⁶ Tại Pháp, liên quan đến trách nhiệm hình sự, khi một hội không khai báo (hội tồn tại trên thực tế - de facto) bị truy tố về trách nhiệm hình sự (pháp luật hình sự Pháp truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân) thì người đứng đầu hội này phải chịu trách nhiệm cá nhân (Phán quyết của Cour d'Appel de Chambéry, 4 septembre 2014, RG n°13/01483).

tế” - de facto⁷), bản thân các thành viên của hội phải gánh chịu các rủi ro pháp lý, nên họ sẽ tiến tới chọn phương thức đăng ký để hội có được tư cách pháp nhân.

2. Về loại hình hội không có tư cách pháp nhân (hội tồn tại trên thực tế)

Luật pháp của nhiều quốc gia thừa nhận loại hình hội không có tư cách pháp nhân. Ví dụ, Điều 2 Luật về Hội của Pháp năm 1901 quy định: “*Các hội được thành lập một cách tự do không cần giấy phép hoặc khai báo trước, nhưng chỉ có năng lực pháp lý khi được những người sáng lập công bố sự thành lập theo các quy định của Điều 5*”⁸. Như vậy, theo quy định của Luật về Hội Pháp, tồn tại hai dạng hội: Hội không khai báo và hội khai báo. Việc khai báo là điều kiện để hội có được tư cách pháp nhân. Pháp luật về hội của Nhật Bản cũng thừa nhận sự tồn tại của loại hội không có tư cách pháp nhân⁹ (các hội có mục đích hoạt động không mang tính phổ thông). Luật về Hội của Ba Lan chia hội ra làm hai loại: hội có tư

cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân (hội đơn giản)¹⁰.

Tại Pháp, các hội không khai báo được xem như thỏa ước đơn giản giữa các thành viên và vì vậy, hội dạng này không có năng lực chủ thể độc lập. Nói cách khác, có thể thành lập hội mà không cần tiến hành một thủ tục nào đối với chính quyền. Chỉ cần có ít nhất hai người đứng ra sáng lập¹¹, cùng nhau soạn thảo một hợp đồng, điều lệ của hội, nêu ra mục đích và qui định những thể thức điều hành, thông báo cho những người quan tâm đến mục đích của hội rồi đưa ra đại hội sáng lập chuẩn y. Như vậy, một hội hiện hữu trong thực tế khi có điều lệ, nêu ra mục đích và qui định những thể thức điều hành. Tuy nhiên, hoạt động của hội này, dù được pháp luật công nhận hợp pháp, sẽ bị hạn chế vì thiếu tư cách pháp nhân. Nghĩa là không thể tham gia tố tụng dân sự, ký kết hợp đồng, nhận các khoản tặng cho, tài trợ, cũng như sở hữu tài sản riêng.

Thủ tục đăng ký (khai báo) ở Pháp rất đơn giản: Người sáng lập hội chỉ việc nộp một tờ khai (déclaration) ở “tòa tỉnh trưởng” (préfecture), nơi có trụ sở của hội. Trong tờ khai kê rõ tên, mục đích, trụ sở của hội cũng như tên, nghề nghiệp, quốc tịch và địa chỉ của những người có trách nhiệm quản lý hội. Tờ khai ghi rõ cách thức chỉ định thành viên cũng như cách thức sửa đổi điều lệ của hội. Cùng với tờ

⁷ Việc thành lập, sửa đổi và giải thể một hội dạng này không đòi hỏi bất kỳ một thủ tục hành chính nào. Các thành viên có thể tổ chức hội theo cách mình muốn.

⁸ Về loại hình hội không có tư cách pháp nhân trong pháp luật Cộng hòa Pháp, có thể tham khảo bài viết của tác giả: Nguyễn Văn Quân, *Khái niệm về hội trong luật Cộng hòa Pháp và góp ý hoàn thiện khái niệm về hội của Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 21 (301), tháng 11/2015, tr. 60-65.

Bản dịch Luật về Hội năm 1901 của Pháp, tham khảo: Lê Khánh Tùng, Nghiêm Hoa, Vũ Công Giao, *Hội và Tự do hiệp hội*, Nxb. Hồng Đức, tr. 123.

⁹ Xem: Nguyễn Văn Quân, *Tự do hiệp hội tại Nhật Bản: khuôn khổ pháp lý và triển vọng*, Tạp chí Nghiên cứu Đông Bắc Á, số tháng 9/2015, tr.55-61.

¹⁰ Xem: Ministère des Affaires étrangères ; *Guide de la liberté d'associative dans le monde - 183 législations analysées*, Nxb. La Documentation française, 2007, tr.660.

¹¹ “Hội là một hợp đồng giao kết hai hoặc nhiều người cùng đóng góp, bằng kiến thức và sinh hoạt thường xuyên...” (Điều 1 Luật về Hội 1901 của Cộng hòa Pháp).

khai phải đính kèm hai bản điều lệ. Trong thời hạn 5 ngày, Tỉnh trưởng sẽ cấp giấy biên nhận (récipissé)¹². Sau khi có biên nhận của Tỉnh trưởng, hội có thể công bố sự thành lập trên Công báo. Bắt đầu từ thời điểm này, hội có tư cách pháp nhân và hiện hữu đối với bên thứ ba.

Khi hội đã hợp thức hoá thể thức khai báo, Tỉnh trưởng buộc phải cấp giấy biên nhận. Nếu từ chối vì bất cứ lý do gì đều có thể bị xem là một hành động vượt quyền hạn (excès de pouvoir), bên khai báo có thể khởi kiện ra Tòa hành chính có thẩm quyền.

Hội có tư cách pháp nhân kể từ khi công bố việc đăng kí trên Công báo (chi phí khoảng 40 euros). Việc công bố này phải được tiến hành trong vòng 1 tháng kể từ ngày có giấy biên nhận do Tỉnh trưởng cấp.

Do những hạn chế liên quan đến tư cách pháp nhân đối với các hội không khai báo, và với thủ tục đăng ký đơn giản, chi phí đăng ký thấp, nên đa số hội ở Pháp chọn thể thức khai báo với cơ quan nhà nước có thẩm quyền để có tư cách pháp nhân.

3. Một số góp ý cho Dự thảo Luật về Hội về loại hình hội không có tư cách pháp nhân

Theo khoản 4 Điều 7 Dự thảo thì hội “có tư cách pháp nhân”, có thể ngầm hiểu, một nhóm được công nhận là hội thì sẽ có tư cách pháp nhân, hay tư cách pháp nhân là một thành tố của hội.

Có nghĩa rằng, một nhóm gồm các cá nhân hoặc tổ chức tự nguyện chỉ có thể

được pháp luật cho phép hoạt động khi “có tư cách pháp nhân”. Nói cách khác, công dân chỉ có thể thực hiện quyền lập hội, hội họp khi lập thành một nhóm, một tổ chức nhất định và phải được công nhận là có tư cách pháp nhân? Quy định này có thể làm cản trở quyền lập hội, hội họp của các cá nhân khi chưa được công nhận hoặc không đủ điều kiện để được công nhận “có tư cách pháp nhân”.

Thực tiễn ở Việt Nam hiện nay, quyền lập hội vẫn được các công dân sử dụng mà không cần tới “tư cách pháp nhân”. Các hội đồng hương, hội cựu học sinh, hội khuyến học, hội làm vườn... là những tổ chức được thành lập trên cơ sở tự nguyện của một số cá nhân. Ví dụ, hội khuyến học của một thôn, là một tập hợp tự nguyện của các phụ huynh trong thôn, đóng góp hội phí làm giải thưởng cho những cháu hiếu học, giúp đỡ chi phí mua sách vở cho con cháu những gia đình nghèo khó... Các thành viên của hội không cảm thấy cần phải có tư cách pháp nhân để thực hiện các giao dịch kinh tế, dân sự. Trong trường hợp này, nếu lấy tiêu chí hội phải có “tư cách pháp nhân” thì sự tồn tại và hoạt động của những hội như hội khuyến học có được coi là hợp pháp và chịu sự điều chỉnh của pháp luật về hội không?

Theo chúng tôi, cần xem xét lại tiêu chí tư cách pháp nhân tại khoản 4 Điều 7 Dự thảo Luật. Tuy nhiên, không có nghĩa là phủ nhận tiêu chí “tư cách pháp nhân” của hội. Cần phải thấy rằng, dưới góc độ pháp lý, “có tư cách pháp nhân” chính là điều kiện quan trọng để hội có thể tham gia các quan hệ pháp lý về hành chính, dân sự, kinh tế... Đồng thời, với cơ quan

¹² Điều 5 Luật về Hội năm 1901 của Cộng hòa Pháp.

nhà nước, tư cách pháp nhân của hội cũng là điều kiện pháp lý quan trọng trong việc quản lý nhà nước đối với hội. Chúng ta có thể tham khảo giải pháp này trong luật của Pháp hay Nhật Bản như đã nêu trên. Theo đó, hoạt động của một hội không có tư cách pháp nhân tuy hợp pháp, nhưng bị hạn chế. Nghĩa là các hội dạng này không thể tham gia tố tụng dân sự, ký kết hợp đồng, nhận các khoản tặng cho và tài trợ cũng như sở hữu tài sản riêng. Tuy nhiên, hội không có tư cách pháp nhân có thể thu lệ phí của hội viên để hoạt động. Về phía cơ quan quản lý nhà nước, không nên có thái độ nghi ngại với loại hình hội không có tư cách pháp nhân (hội tồn tại trên thực tế). Bởi vì như đã phân tích, tự thân loại hội này chứa đựng những hạn chế và đặc biệt là các rủi ro pháp lý (trách nhiệm cá nhân) cho các thành viên, nên họ sẽ lựa chọn việc đăng ký lập hội với cơ quan nhà nước có thẩm quyền để thụ hưởng tư cách pháp nhân.

Tóm lại, thực tế hiện nay ở nước ta tồn tại nhiều hội hoạt động tự phát, không hướng ra bên ngoài, được thành lập theo

thủ tục đơn giản, chỉ cần thủ tục công nhận từ phía Nhà nước, như đề xuất của Bộ Tư pháp trong Báo cáo thẩm định Dự án Luật về Hội¹³.

Thực tế đó đòi hỏi mở rộng sự điều chỉnh của Luật về Hội. Theo đó, Luật cần điều chỉnh cả hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân, tức là thừa nhận hội không có tư cách pháp nhân như một thực thể hợp pháp của đời sống hiệp hội. Điều này đáp ứng được thực tiễn phong phú của đời sống hiệp hội ở nước ta cũng như phù hợp với thông lệ quốc tế.

Việc thừa nhận tính hợp pháp của loại hình hội không có tư cách pháp nhân (hội tồn tại trên thực tế), hoặc nếu cần là việc công nhận theo thủ tục đơn giản (rút gọn) cho loại hình hội vẫn đang tồn tại khá phổ biến ở nước ta hiện nay là một cách góp phần đảm bảo quyền lập hội của công dân đã được ghi rõ trong Hiến pháp, thay vì chỉ quan tâm đến các quy trình quản lý của Nhà nước đối với hội như trong Dự thảo Luật về Hội.

¹³ Bộ Tư pháp, *Báo cáo thẩm định Dự án Luật về Hội*, số 247/BC-BTP, ngày 28/8/2015.

ĐỐI XỬ TỐI HUỆ QUỐC TRONG PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Nguyễn Sơn*

Tóm tắt: Trong thế giới hiện đại, đối xử tối huệ quốc (MFN) là hiện thân của thương mại bình đẳng, không phân biệt đối xử. Được ghi nhận là một trong những nguyên tắc nền tảng của GATT/WTO, MFN đã trở thành công cụ pháp lý quan trọng thúc đẩy tự do hóa thương mại. MFN không còn là hình thức đối xử ưu đãi nhất như nó vốn đã tồn tại suốt 10 thế kỷ trước mà trở thành hình thức đối xử tiêu chuẩn cơ bản mà các quốc gia có quan hệ bình thường dành cho nhau.

Abstract: Most Favoured Nation Treatment (MFN) currently embodies equal and non-discrimination trade. Being accorded as one of the basic principles of GATT/WTO, MFN becomes an important legal instrument of a multilateral trade system in pursuing trade liberalization. MFN no longer represents the most preferential treatment granted to nations as it was for centuries. Substantially it is a standard treatment granted to each other by nations with normal relations.

1. Các hình thức đối xử MFN trong thực tiễn thương mại quốc tế

Hình thức sơ khai của đối xử MFN xuất hiện từ khoảng thế kỷ XI khi thương mại giữa các quốc gia châu Âu và phương Đông trên đà phát triển. Các quốc gia phương Đông phải tìm hình thức đối xử thích hợp đối với các thương nhân từ các thành bang của Ý, Pháp, Tây Ban Nha... để tránh gây bất hòa với các quốc gia này. Cam kết dành cho bên đến sau những đối xử tương tự như cho các đối tác đã đến từ trước nhằm tạo cho các thương nhân các cơ hội ngang nhau.

Hình thức đối xử MFN dần được phổ biến rộng trong quan hệ thương mại quốc tế. Những thỏa thuận về MFN bắt đầu được ghi nhận trong các hiệp định song phương thế kỷ XV. Trao đổi đối xử MFN trở thành một trong những tiêu chí thiết lập và tăng cường quan hệ chính trị và kinh tế giữa các quốc gia ở châu Âu. Lời văn về điều khoản MFN

dần được xây dựng chi tiết, chặt chẽ hơn trong các hiệp định song phương. Ngôn ngữ pháp lý của điều khoản MFN cũng được hoàn thiện.

Trải qua lịch sử tồn tại, các phương thức đối xử MFN đã thay đổi tùy thuộc bối cảnh quốc tế cũng như cách tiếp cận của các quốc gia đối với thương mại quốc tế trên quan điểm tự do hóa hay bảo hộ. Về cơ bản, có thể phân biệt bốn hình thức đối xử MFN.

(i) *MFN giới hạn* chỉ cho phép bên thụ hưởng được hưởng những đối xử trong một phạm vi nhất định về không gian hoặc thời gian. Điều khoản MFN có thể giới hạn cho đối tác hưởng các đối xử đã được trao cho một vài quốc gia khác tới một thời điểm nào đó. Ví dụ, điều khoản MFN trong Hiệp ước năm 1417 giữa Anh, Bu-gun-đi và Phơ-lan-đơ thỏa thuận mỗi bên dành cho bên kia những đối xử tương đương đối xử mà bên đó dành cho Pháp, Hà Lan¹.

* ThS., Bộ Công thương.

¹ MFN clause, Year Book of the International Law Commission, 1969, Valhi, p.159.

(ii) *MFN một chiều* được một bên đơn phương trao cho bên kia mà không được nhận lại đối xử tương ứng. MFN một chiều phản ánh vị thế không bình đẳng giữa hai bên ký kết. Nó thường là kết quả của sự áp đặt trong đàm phán giữa kẻ mạnh và kẻ yếu hơn. Cam kết MFN đơn phương là đặc trưng của các hiệp định thực dân hoặc hiệp định đầu hàng. Ngày nay, chúng ta hầu như không thấy điều khoản MFN đơn phương trong các hiệp định. Một trong những thỏa thuận MFN đơn phương cuối cùng được ghi nhận trong lịch sử là điều khoản trong Hiệp định Hòa bình Pa-ri vào cuối Chiến tranh Thế giới thứ hai. Trong đó, Áo, Bun-ga-ri-a, Đức và Hung-ga-ri-a cam kết “dành cho các nước đồng minh, không đòi hỏi có đi có lại, MFN và đối xử quốc gia hoàn toàn và vô điều kiện, trên phạm vi rộng và trong một khoảng thời gian giới hạn”².

(iii) *MFN có điều kiện*. Nếu như MFN đơn phương thường phản ánh quan hệ không bình đẳng giữa Bên trao và Bên nhận, trong đó vị thế bất lợi hơn thuộc về Bên trao thì MFN có điều kiện mang ý nghĩa khác. Hai bên thỏa thuận MFN có điều kiện thường có vị thế mặc cả khá bình đẳng. MFN có điều kiện được hiểu: nếu các nước A, B và C ký các hiệp định trao đổi MFN với nhau, C sẽ chỉ được hưởng những nhượng bộ A dành cho B, nếu C dành cho A những gì B cho A được hưởng. Nói cách khác, thỏa thuận đạt được giữa A và C bị đặt điều kiện theo những thỏa thuận đã đạt được trước đó giữa A và B. Ý tưởng “MFN có điều kiện” đã được Hoa Kỳ sử dụng làm công cụ mặc cả trong quan hệ với các nước

trong một thời gian dài từ sau khi giành độc lập cho tới sau Chiến tranh Thế giới thứ nhất.

(iv) *MFN vô điều kiện, có đi có lại*. Nhìn chung, MFN vô điều kiện được ghi nhận trong hiệp định giữa các quốc gia có vị thế tương đồng hoặc có quan hệ hữu hảo. Sự phát triển và phổ biến phương thức MFN vô điều kiện phản ánh xu thế dân chủ, bình đẳng trong quan hệ quốc tế. Mặc dù trong những giai đoạn lịch sử sau này, MFN vô điều kiện từng bị thay thế bởi MFN có điều kiện hoặc thậm chí bị loại bỏ hoặc vô hiệu³, nhưng vẫn được những nhà cải cách, ủng hộ tự do thương mại vận động duy trì và đa phương hóa. Sau nhiều thăng trầm, yếu tố có đi có lại đã được thừa nhận và trở thành những cấu thành cơ bản của khái niệm MFN hiện đại.

2. Thể chế hóa đối xử MFN trong các điều ước thương mại quốc tế

Trong giai đoạn mới ra đời, hình thức đối xử MFN được diễn giải bằng các ngôn ngữ đơn giản trong các văn bản pháp lý. Theo đó, một bên cam kết trao cho bên kia đối xử “tương đương” hoặc “không kém” so với các đối tác khác. Phạm vi áp dụng các đối xử này rất đa dạng bao gồm: các lĩnh vực thương mại (thuế quan, quy chế đối với các thương nhân...), vận tải (phí cảng,...), lãnh sự...

Thế kỷ XVIII, thuật ngữ “Tối huệ quốc” lần đầu tiên xuất hiện và nhanh chóng được phổ cập trong các hiệp định thương mại. Tối huệ quốc được hiểu là quốc gia được ưu ái nhất, được hưởng những hình

² W.S.Culbertson, *International Economic Politics: a survey of the Economics of Diplomacy*, (New York, Appleton and Co., 1975), p. 60.

³ Sau Chiến tranh Thế giới thứ nhất, năm 1918, Chính phủ Pháp phản đối việc ký kết một hiệp định thương mại đa phương, đồng thời tuyên bố từ bỏ điều khoản MFN trong các hiệp định thương mại đã ký kết. M.J.Trebilcock “The Regulation of International Trade”, (NY 2005), p.50.

thức đối xử tốt nhất mà quốc gia đối tác có thể trao cho bất kỳ quốc gia nào khác. Nó phản ánh thiện chí của các quốc gia trong phát triển quan hệ hợp tác thân thiện lâu dài. Cùng với sự phổ cập hình thức đối xử MFN vô điều kiện trong các hiệp định thương mại được ký kết trong giai đoạn thế kỷ XVIII và nửa đầu thế kỷ XIX, hình thức pháp lý của điều khoản MFN dần được hoàn chỉnh và chuẩn hóa. Với nội dung quy định chi tiết về đối tượng, phạm vi đối xử, các quy định MFN trong các hiệp định thương mại thời kỳ này có hình thức tương tự điều khoản về đối xử MFN như chúng ta thấy trong các hiệp định thương mại hiện đại.

Điều 8 Hiệp định Utrecht 1713

“(hai bên) cùng thỏa thuận và ghi nhận nguyên tắc chung rằng: tất cả cũng như mỗi đối tượng của mỗi vương quốc tại mọi địa điểm, mọi quốc gia sẽ được hưởng ưu đãi, sự tự do, các đặc quyền tối thiểu là ngang bằng trong các vấn đề như thuế, các khoản thu, thủ tục hải quan hoặc bất kỳ thứ gì liên quan tới thể nhân, hàng hóa và vật dụng, tàu thuyền, cước phí, thủy thủ đoàn, hoa tiêu và thương mại; và sẽ được ân huệ trong mọi vấn đề giống như bất kỳ quốc gia tối huệ nào đang có, sở hữu hoặc tận hưởng hoặc sẽ có, sở hữu hoặc tận hưởng vào bất kỳ thời điểm nào sau này”.

Nội dung đối xử ưu đãi hai bên thông nhất sẽ dành cho nhau cũng bao gồm các khoản mục tương tự như trong quy định MFN hiện đại: thuế, các khoản thu, thủ tục hải quan và “bất cứ thứ gì liên quan”. Điều đáng lưu ý là, trong hiệp định, Anh và Pháp không chỉ thỏa thuận trao đổi MFN vô điều kiện mà còn không giới hạn về không gian và thời gian. Mỗi bên sẽ được hưởng những gì mà “bất kỳ quốc gia nào đang có,...hoặc sẽ có... vào bất kỳ thời điểm nào sau này”.

Về đối tượng thụ hưởng: việc cho “thể nhân, hàng hóa và vật dụng” trong nhóm các đối tượng thụ hưởng MFN có thể được hiểu là hiệp định đề cập tới cả thương mại hàng hóa và dịch vụ mặc dù vào thời điểm đó chưa có sự tách biệt thương mại hàng hóa và thương mại dịch vụ. Thời kỳ đó, giao dịch hàng hóa luôn gắn liền với sự hiện diện của các thương nhân tại nước bán hàng, hoạt động vận tải tàu biển. Để tạo thuận lợi cao nhất cho hoạt động thương mại, MFN cần bao gồm đối xử không chỉ hàng hóa mà cả các thương nhân, thủy thủ đoàn, các chi phí liên quan đến tàu biển,... Việc hiệp định dành đối xử MFN cho các “thể nhân”, “thủy thủ đoàn”... có thể được hiểu như dành MFN cho các dịch vụ phân phối, vận tải, và các nhà cung cấp dịch vụ trong nhiều lĩnh vực khác.

Trong suốt giai đoạn gần một thế kỷ từ giữa thế kỷ XIX cho tới kết thúc Chiến tranh Thế giới thứ hai, thương mại thế giới đã chứng kiến sự chuyển dịch giữa hai xu hướng: tự do hóa và bảo hộ. Vị thế của điều khoản MFN trong các hiệp định thương mại cũng biến động trong từng giai đoạn theo những thăng trầm của chính sách tự do hóa thương mại. Đặc biệt, trong các giai đoạn trước và trong Chiến tranh Thế giới thứ nhất và thứ hai, các quốc gia quay trở lại chính sách bảo hộ với những biểu hiện cực đoan nâng thuế và hủy bỏ các cam kết MFN⁴.

Tuy nhiên, một số thay đổi căn bản về nhận thức và tương quan lực lượng sau Chiến tranh Thế giới thứ hai đã tạo nên những chuyển biến mang tính cách mạng

⁴ Bộ trưởng Thương mại Pháp M.Clement tuyên bố vào tháng 12/1918: “Chính phủ đã vô hiệu tất cả các hiệp định thương mại có điều khoản MFN. Điều khoản này sẽ không xuất hiện lại (...). Nó sẽ không bao giờ đầu độc chính sách thuế của chúng ta”.

đổi với thương mại quốc tế. Công cuộc tái thiết trật tự thế giới mới sau chiến tranh đòi hỏi phải thiết lập được các cơ chế và các nguyên tắc làm nền tảng cho hệ thống quan hệ quốc tế bao gồm cả khuôn khổ pháp lý cho thương mại quốc tế tự do, không phân biệt đối xử. Hiệp định chung về Thương mại và Thuế quan (GATT) 1947 lần đầu tiên đã đa phương hóa điều khoản MFN. MFN trở thành một trong những nguyên tắc pháp lý nền tảng của hệ thống thương mại đa phương.

Điều 1. Quy định chung về đối xử Tối huệ quốc, Phần I, Hiệp định chung về Thương mại và Thuế quan (GATT)

"Với mọi khoản thuế quan và khoản thu thuộc bất cứ loại nào nhằm vào hay có liên hệ tới nhập khẩu và xuất khẩu hoặc đánh vào các khoản chuyển khoản để thanh toán hàng xuất nhập khẩu, hay phương thức đánh thuế hoặc áp dụng phụ thu nêu trên, hay với mọi luật lệ hay thủ tục trong xuất nhập khẩu (...), mọi lợi thế, biệt đãi, đặc quyền hay quyền miễn trừ được bất kỳ bên ký kết nào dành cho bất cứ một sản phẩm có xuất xứ từ hay được giao tới bất kỳ một nước nào khác sẽ được áp dụng cho sản phẩm tương tự có xuất xứ từ hay giao tới mọi bên ký kết khác ngay lập tức và một cách không điều kiện".

Kế thừa những thành tựu của GATT, năm 1995, WTO ra đời và trở thành tổ chức thương mại lớn nhất hành tinh. Hệ thống đồ sộ các văn bản WTO đã thiết lập khuôn khổ pháp lý cho thương mại quốc tế hiện đại. Nội dung đối xử MFN được chuyển hóa thành một trong những nguyên tắc trụ cột cho cả thương mại hàng hóa, dịch vụ và sở hữu trí tuệ.

3. Khái niệm MFN trong pháp luật thương mại quốc tế hiện đại

Khái niệm MFN hình thành qua quá trình phát triển hàng chục thế kỷ. Với việc từng bước được cụ thể hóa trong các văn bản pháp lý và phổ biến trong các điều ước thương mại quốc tế hiện đại, MFN đã trở thành một nguyên tắc ứng xử hàng đầu trong thương mại quốc tế. Theo đúng nghĩa của từ này, "tối huệ quốc" có nghĩa là quốc gia được ưu ái nhất. Việc một quốc gia trao cho quốc gia khác MFN được hiểu là quốc gia nhận MFN sẽ được hưởng những đối xử không kém hơn những đối xử mà quốc gia trao MFN dành cho bất kỳ bên thứ ba nào khác.

Ủy ban Pháp luật Liên hợp quốc đã thống nhất đưa ra khái niệm chung về đối xử MFN như sau: "Đối xử MFN là đối xử được quốc gia trao chấp thuận cho quốc gia thụ hưởng, hoặc các cá nhân hoặc sự vật có quan hệ được xác định với quốc gia này, không kém ưu đãi so với đối xử mà quốc gia trao dành cho quốc gia thứ ba hoặc các cá nhân và sự vật có quan hệ tương tự với quốc gia thứ ba đó"⁵. Khái niệm này đã xác định một cách khái quát nhất các nội dung của MFN.

Đối tượng áp dụng

Đối xử MFN được các quốc gia cam kết dành cho nhau, nhưng thông thường các quốc gia không phải đối tượng trực tiếp thụ hưởng các ưu đãi. Trên thực tế, quy chế này được cụ thể hóa thành các hình thức đối xử dành cho các cá nhân hoặc sự vật. Cá nhân được hiểu bao gồm công dân và những người đại diện cho các pháp nhân (các doanh nghiệp, các khoản đầu tư...). Các sự vật bao gồm hàng hóa, phương tiện, vốn, dịch vụ, các tài sản trí tuệ... Để được hưởng MFN, cá nhân và sự vật phải có "quan hệ

⁵ UN, Báo cáo phiên 13 của Ủy ban Pháp luật Quốc tế, 1978, tr.21

được xác định” với quốc gia nhận MFN. Những mối quan hệ này thể hiện ở quốc tịch của các cá nhân, các doanh nghiệp, xuất xứ của hàng hóa,...

Về hình thức, quốc gia ký kết là đối tượng của MFN. Điều này thể hiện ở hệ quả pháp lý khi xảy ra các tranh chấp liên quan đến quyền lợi của các cá nhân và sự vật được hưởng MFN. Mặc dù là đối tượng thụ hưởng đối xử MFN trên thực tế, nhưng khi quyền lợi của các cá nhân và sự vật không được đáp ứng thỏa đáng theo đúng tinh thần cam kết, các cá nhân hoặc chủ sở hữu các sự vật không có quyền khiếu nại tới quốc gia vi phạm. Quốc gia mà cá nhân là công dân hoặc sự vật có xuất xứ sẽ đứng ra thảo luận với quốc gia liên quan để bảo vệ quyền lợi cho công dân mình. Việc trao các đối xử ưu đãi cho cá nhân và sự vật của một quốc gia khác được thực hiện thông qua các văn kiện ký kết giữa hai quốc gia. Sau đó, Chính phủ bên trao phải ban hành các quy định pháp luật trong nước để thực thi các cam kết với bên được nhận MFN.

Phạm vi áp dụng

Đối xử MFN thường được quy định tại điều khoản chung và có giá trị xuyên suốt các lĩnh vực được đề cập trong hiệp định. Phạm vi áp dụng MFN rất rộng, bao gồm các lĩnh vực kinh tế - đối ngoại đa dạng giữa các quốc gia:

- Các quy định về thương mại: thuế xuất nhập khẩu, thủ tục hải quan, thanh toán,...
- Thiết lập hiện diện thương mại: quy định về đầu tư nước ngoài, di chuyển thể nhân, chính sách thuế...
- Quyền sở hữu trí tuệ.
- Việc thực thi pháp luật, cơ hội tiếp cận các cơ quan tài phán, quy định về tố tụng và xét xử, án phí... với người nước ngoài.

- Các quy định về đối xử đối với phương tiện vận tải nước ngoài (tàu biển, tàu bay, ô tô, xe lửa...).

Điều khoản MFN có thể áp dụng cho từng lĩnh vực hoặc nhiều lĩnh vực kể trên. Điều quan trọng là các lĩnh vực này phải được các bên ký kết thỏa thuận và ghi nhận trong hiệp định có điều khoản MFN.

Về mặt thời gian, MFN vô điều kiện thường bao gồm những đối xử tốt nhất được ghi nhận không chỉ trong các hiệp định đã ký kết mà còn cả trong những hiệp định sẽ ký với một bên thứ ba nào đó trong tương lai. Trong một số trường hợp khác, đối xử MFN bị giới hạn trong phạm vi những đối xử dành cho bên thứ 3 đang có hiệu lực vào thời điểm ký kết và không bao gồm những đối xử sẽ phát sinh sau này.

4. Các ngoại lệ của đối xử MFN

Sự phổ cập MFN trong thương mại quốc tế và đặc biệt là việc đa phương hóa MFN trong các hiệp định đa phương khiến cho đối tượng thụ hưởng ngày càng mở rộng. Nếu trong các hiệp định song phương, đối tượng thụ hưởng MFN là một quốc gia thì trong các hiệp định đa phương số lượng các quốc gia lên tới hàng chục thậm chí hàng trăm. Việc dành MFN vô điều kiện cho một số lượng lớn các nước đặt ra thách thức với những quốc gia vốn có những mối quan hệ truyền thống, đặc thù... và có nhu cầu trao đổi các hình thức đối xử đặc biệt phản ánh đúng tính chất mối quan hệ đó. Bởi vậy, các ngoại lệ được quy định trong các hiệp định liên quan cho phép Bên trao MFN được phép từ chối nghĩa vụ trong một số trường hợp nhất định.

Ngoại lệ quan trọng nhất và có tác động nhiều nhất tới thương mại hiện đại dựa trên yếu tố quan hệ đặc biệt giữa Bên trao MFN và Bên thứ ba. Do các yếu tố lịch sử hoặc

địa lý, một số nước đã có những mối liên kết được thiết lập dưới các hình thức liên minh, khối quốc gia, cộng đồng... Ví dụ, quan hệ giữa các nước chính quốc và thuộc địa, giữa các quốc gia trong liên minh kinh tế,... Trong phạm vi các liên kết đó, các quốc gia này dành cho nhau những ưu đãi đặc biệt và thường sẽ bảo lưu nghĩa vụ MFN khi ký các hiệp định với các đối tác bên ngoài khối.

Điều XXIV của Hiệp định GATT 1947 không ngăn cản các thành viên có chung đường biên giới được dành cho nhau những đối xử đặc biệt đối với thương mại biên giới. Nó cũng cho phép các bên trong hiệp định thương mại khu vực hoặc liên minh hải quan được dành cho nhau các ưu đãi cao hơn mức cam kết trong GATT. Vào thời điểm GATT ra đời, điều khoản này nhằm mục đích hợp pháp hóa các liên minh thuế quan đang tồn tại. Tuy nhiên, nó đã được các quốc gia vận dụng và tạo nên trào lưu thiết lập các khu vực mậu dịch tự do vào cuối thế kỷ XX đầu thế kỷ XXI. Điều XXIV GATT trở thành một trong những điều khoản gây nhiều tranh cãi khi các chuyên gia đánh giá về tác động của xu thế đàm phán FTA tới tự do hóa thương mại toàn cầu.

Ngoài ra, các quốc gia còn được miễn trừ nghĩa vụ MFN trong các trường hợp bất khả kháng hoặc trường hợp đặc biệt vì các lý do an ninh, bảo vệ cán cân thanh toán... Miễn trừ cũng được áp dụng đối với những ưu đãi các nước phát triển dành cho các nước đang phát triển và chậm phát triển. Ví dụ nổi bật nhất của miễn trừ này được biết đến với tên Hệ thống ưu đãi phổ cập (GSP)⁶.

⁶ GSP - Generalized System of Preferences. Sáng kiến này được thông qua tại Hội nghị UNCTAD năm 1968 ở Niu-đê-li.

5. Khuôn khổ pháp luật quốc tế điều chỉnh MFN

Với lịch sử lâu đời, được phổ biến rộng rãi trong các hiệp định thương mại quốc tế hiện đại, MFN được một số chuyên gia nhìn nhận như một tập quán pháp trong luật thương mại quốc tế. Quan điểm này dựa trên lập luận cho rằng, không phân biệt đối xử trong thương mại quốc tế là sự cụ thể hoá nguyên tắc nền tảng trong quan hệ quốc tế: bình đẳng giữa các quốc gia. Và như vậy, mọi quốc gia phải có nghĩa vụ dành đối xử MFN cho các quốc gia khác. Các học giả phản bác cho rằng, cách tiếp cận này quá đề cao khía cạnh phi thương mại của MFN. Trên thực tế, việc dành MFN trong lĩnh vực thương mại cho một đối tác thường đi kèm những lợi ích vật chất cụ thể. Việc trao và được hưởng quy chế này không thể coi là một đối xử mặc nhiên mà phải trên cơ sở thỏa thuận. Theo Ủy ban Luật quốc tế của Liên hợp quốc, không một quốc gia nào mặc nhiên có được đối xử MFN từ quốc gia khác, trừ khi quốc gia (Bên trao) chấp nhận dành đối xử đó trong một cam kết quốc tế. Quan điểm này xuất phát từ nguyên tắc chủ quyền quốc gia và quyền tự quyết. Quyền tự quyết bao gồm quyền của quốc gia dành đối xử đặc biệt cho một số quốc gia khác. Luật pháp quốc tế không bắt buộc một quốc gia phải dành đối xử đặc biệt cho những quốc gia mà họ không muốn. “Quyền của Bên thụ hưởng đối với MFN chỉ phát sinh từ điều khoản MFN [...] có hiệu lực giữa Bên trao và Bên thụ hưởng”⁷. Điều này có nghĩa, MFN phải được xác lập trên cơ sở điều ước quốc tế. Không một quốc gia nào được quyền yêu cầu mặc nhiên được hưởng những đối xử ưu đãi ấy. Quyền lợi và nghĩa

⁷ UN, Report of the Law Commission, 1978, Điều 8, tr.25.

vụ liên quan MFN chỉ có giá trị khi được ghi nhận trong một điều ước quốc tế có điều khoản MFN giữa họ với bên bị yêu cầu.

Liên quan tới MFN luôn phải có ba bên: Bên trao, Bên thụ hưởng và Bên thứ ba. Một điều khoản MFN chỉ có giá trị cho Bên thụ hưởng khi Bên trao đã có những ưu đãi dành cho Bên thứ ba. Bản thân nội dung điều khoản MFN không quy định các quyền lợi cụ thể các bên trao cho nhau, nó chỉ là điều khoản mang tính điều kiện. Nếu Bên trao không có bất kỳ một cam kết hoặc không trao ưu đãi nào cho Bên thứ ba, điều khoản MFN không có ý nghĩa đối với Bên thụ hưởng. Do đó, mối quan hệ giữa hiệp định có điều khoản MFN và hiệp định giữa Bên trao với Bên thứ ba được minh họa: “Nếu hiệp định với Bên thứ ba được ví như chiếc kim đồng hồ thì hiệp định có điều khoản MFN là cỗ máy làm chiếc kim đồng hồ di chuyển”⁸. Như vậy, mối quan hệ giữa Bên trao và Bên thụ hưởng MFN là cơ bản, mang tính ràng buộc pháp lý. Hiệp định giữa Bên trao với Bên thứ ba độc lập nên không làm phát sinh các quyền và nghĩa vụ pháp lý giữa Bên thứ ba với Bên thụ hưởng MFN. Tuy nhiên, khi đòi hỏi các quyền lợi cho các đối tượng là công dân và hàng hóa của mình, Bên thụ hưởng phải dựa trên những đối xử mà Bên trao dành cho các đối tượng tương tự của Bên thứ ba. Do đó, phạm vi ảnh hưởng của điều khoản MFN đối với Bên thụ hưởng được xác định giới hạn trong phạm vi những đối xử mà Bên trao dành cho các đối tượng tương tự của Bên thứ ba. Với việc MFN được ghi nhận vào một hiệp định đa phương, các bên đều thừa nhận nguyên tắc không phân biệt đối xử trong quan hệ thương mại với nhau và

khi đó, mỗi bên sẽ cùng đồng thời thực hiện cả quyền lợi và nghĩa vụ của Bên trao, Bên thụ hưởng và Bên thứ ba.

6. Tác động của MFN đối với sự phát triển thương mại quốc tế

Tính chất và giá trị pháp lý của MFN đã thay đổi căn bản với sự ra đời của hệ thống thương mại đa phương GATT/WTO. Với việc được ghi nhận như một nguyên tắc nền tảng của tổ chức này, MFN đã góp phần quan trọng tạo nên diện mạo thương mại quốc tế như ngày nay.

Trước hết, MFN là nền tảng pháp lý thúc đẩy thương mại bình đẳng, không phân biệt đối xử. Nguyên tắc MFN áp dụng với “mọi bên ký kết”, “ngay lập tức và vô điều kiện” đặt các quốc gia trong hệ thống thương mại đa phương vào địa vị pháp lý ngang bằng, thừa nhận nguyên tắc trao đổi các cam kết trên cơ sở có đi có lại. Với việc cam kết gia nhập WTO, một quốc gia sẽ được đối xử bình đẳng với mọi quốc gia thành viên khác và đồng thời cũng tự cam kết sẽ dành cho các thành viên đối xử ngang nhau.

Thứ hai, việc đa phương hóa MFN trong khuôn khổ WTO đã tạo cơ sở thúc đẩy tự do hóa thương mại. Nghĩa vụ MFN giúp duy trì các giá trị của cam kết tự do hóa bằng cách ngăn cản các thành viên dành đối xử ưu đãi cho hàng hóa của một bên mà không đa phương hóa đối xử này cho các bên khác trong hệ thống thương mại đa phương. Ngoài ra, MFN tăng cường sự ràng buộc của các thành viên đối với những cam kết cắt giảm và giảm thiểu nguy cơ quay lại chính sách bảo hộ. Mỗi thay đổi cơ chế, chính sách thương mại sẽ tác động tới tất cả các thành viên trong hệ thống chứ không còn là vấn đề giữa hai quốc gia như trước đây. Điều này buộc mỗi thành viên phải cân nhắc

⁸ Sir Gerald Fitzmaurice, *The British Year Book of International Law*, London, 1957, tr.88.

kỹ mỗi khi có ý định quay trở lại các biện pháp bảo hộ. Nhờ đó, các thành quả của tự do hóa được duy trì và tiếp tục củng cố.

Thứ ba, MFN góp phần dân chủ hóa thương mại quốc tế, tạo điều kiện để các nền kinh tế nhỏ hội nhập quốc tế. Trong đàm phán thương mại, các quốc gia này thường ở vị thế bất lợi so với các nước lớn. MFN cho phép mỗi thành viên của hệ thống thương mại đa phương được hưởng những quyền lợi và có các nghĩa vụ ngang bằng, không phụ thuộc vào số lượng hoặc giá trị các nhượng bộ thành viên này đưa ra.

Có quan điểm cho rằng, MFN thường tập trung vào vấn đề “những kẻ cơ hội” (free rider) mà đối tượng thường là các nước nhỏ. Việc phổ cập các nhượng bộ từ kết quả đàm phán giữa A và B trong hệ thống thương mại đa phương theo MFN cho phép C cũng được hưởng, mặc dù C không đưa ra bất kỳ nhượng bộ nào. Điều này “làm suy giảm động lực của A và B trong việc đưa ra các cam kết tự do hóa bởi nó làm giảm vị thế mặc cả của A và B với C”⁹. Những người theo quan điểm này yêu cầu MFN phải được bổ sung nguyên tắc có đi có lại. Trên thực tế, hệ thống thương mại đa phương của GATT/WTO đã thiết lập các cơ chế đàm phán để đảm bảo nguyên tắc có đi có lại và hạn chế tối đa những tác động tiêu cực của vấn đề “kẻ cơ hội”. Mọi thành viên đều có quyền đưa yêu cầu và đồng thời có nghĩa vụ đàm phán yêu cầu của các đối tác khác trong những vòng đàm phán tự do hóa do GATT/WTO khởi xướng.

⁹ M.Trebilcock và R.Howse, Regulation of international trade, NY 1995, tr.53.

Thứ tư, MFN góp phần thúc đẩy cạnh tranh bình đẳng, nâng cao chất lượng phúc lợi xã hội.

Các chính sách phân biệt đối xử trong thương mại khiến môi trường cạnh tranh bị biến dạng, không phản ánh đúng quan hệ cung cầu của thị trường. Các chính sách thuế mang tính phân biệt đối xử khiến luồng thương mại bị chệch hướng sang các nền sản xuất kém hiệu quả nhưng có lợi thế do được bảo hộ với thuế suất ưu đãi hoặc các công cụ hành chính. MFN giải quyết các bất cập này thông qua việc đặt các quốc gia vào vị thế cạnh tranh bình đẳng trong tiếp cận thị trường của nhau. Những nền sản xuất có sức cạnh tranh cao sẽ có ưu thế so với các nền sản xuất kém hiệu quả. Hệ quả là phúc lợi xã hội được cải thiện do người tiêu dùng được lựa chọn đúng sản phẩm phù hợp với giá của nó.

Ngày nay, MFN đã được phổ cập và được thừa nhận để trở thành một quy tắc ứng xử thông thường trong thương mại quốc tế¹⁰. Giá trị MFN trong thương mại hiện đại không chỉ giới hạn trong quyền lợi kinh tế, chính trị mà nó là sự khẳng định pháp lý về sự bình đẳng của một quốc gia trong quan hệ quốc tế, là cơ sở để quốc gia thể hiện những khía cạnh chủ quyền của mình.

¹⁰ Tới thời điểm này, 160 quốc gia đã gia nhập WTO và chấp nhận ràng buộc bởi các quy định của tổ chức này. Năm 1998, Quốc hội Hoa Kỳ đã thông qua việc đổi MFN thành Quy chế Thương mại bình thường vĩnh viễn (PNTR) để phù hợp thực tiễn phổ cập rộng rãi đối xử này. Hiện chỉ còn vài nước trên thế giới vẫn chưa được Hoa Kỳ trao PNTR.