

THÔNG RA MỘT KỶ

2(346)

2017

NUM TH 46

TỔNG BIÊN TẬP

LAI MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TRON VON BIEN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. LAO TRONC

PGS.TS. BOI XUAN CC

PGS.TS. PHOM HONG HOI

PGS.TS. TRON ONH HO

PGS.TS. HA THOMAI HION

PGS.TS. PHOM HOU NGH

PGS.TS. NGUYEN NH PHOT

PGS.TS. LO MINH THANG

PGS.TS. NGUYEN TRUNG TON

GS.TS. VO KHONH VINH

PGS.TS. DINH NGOC VONG

Trụ sở Tòa soạn:

*27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội*

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnp1@isl.gov.vn

Giấy phép ho

bố 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

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ NGUYỄN VĂN HIỂN – TRƯƠNG HỒNG QUANG: Hoạt động thẩm định dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật của Bộ Tư pháp về quyền con người 3

❖ LÊ VIỆT SON – VÕ TẤN ĐÀO: Bất cập trong các quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp, Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng theo Luật Khiếu nại năm 2011 8

❖ NGUYỄN HOÀNG YẾN – PHẠM THÚY VY: Khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức – thực trạng pháp luật và kiến nghị hoàn thiện 14

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

❖ PHAN THỊ PHƯƠNG HIỀN – LÊ THỊ MINH CHÂU: Hình phạt chính áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội trong Bộ luật Hình sự năm 2015 21

❖ NGÔ VĂN VINH – NGÔ THANH NHÀN: Những điểm mới trong các quy định về biện pháp áp giải, dẫn giải của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 và một số vấn đề cần hoàn thiện 27

LUẬT DÂN SỰ

❖ TƯỜNG DUY LƯỢNG: Về nội dung mới được bổ sung tại khoản 1 Điều 182 Bộ luật Dân sự năm 2015 31

LUẬT LAO ĐỘNG, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ LÊ THỊ HOÀI THU: Vai trò của Công đoàn trong tổ chức, lãnh đạo đình công ở Việt Nam 35

❖ HOÀNG KIM KHUYÊN: Thực trạng thực hiện các quy định về quyền có việc làm đối với người khuyết tật ở Việt Nam hiện nay 44

❖ BÙI MẠNH KHOA: Vương mắc trong thực tiễn triển khai các quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư của Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành 51

❖ BÙI ĐỨC HIỀN: Bất cập trong các quy định về đất nông nghiệp ở Việt Nam hiện nay 58

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ VŨ CÔNG GIAO – PHẠM THỊ HẬU: Pháp luật bảo vệ quyền bí mật dữ liệu cá nhân trên thế giới và Việt Nam 67

LUẬT QUỐC TẾ

❖ NGÔ QUỐC CHIẾN: Xung đột điều ước quốc tế và hướng giải quyết 74

MONTHLY ISSUE

2(346)

2017

46TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

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

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN VAN HIEN – TRUONG HONG QUANG: Appraisal of the project, draft of legislative document on human rights by the Ministry of Justice 3

❖ LE VIET SON – VO TAN DAO: Shortcomings of regulations on authority to handle complaints regarding administrative decision, administrative act of Chairmen of People's Committees at all levels, Directors of departments and equivalent levels, Ministers according to the 2011 Law on Complaints 8

❖ NGUYEN HOANG YEN – PHAM THUY VY: Complaint regarding decisions on disciplining officials and public servants – situation and recommendations 14

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ PHAN THI PHUONG HIEN – LE THI MINH CHAU: Principal penalties applicable to commercial legal entity committing crimes under the 2015 Criminal Code 21

❖ NGO VAN VINH – NGO THANH NHAN: New points in regulations on escort under the 2015 Criminal Procedure Law and issues in need of revision 27

CIVIL LAW

❖ TUONG DUY LUONG: New points supplemented to Article 182 Paragraph 1 of the 2015 Civil Code 31

LABOR LAW, LAND LAW

❖ LE THI HOAI THU: The role of Trade Union in leading and organizing strikes in Vietnam 35

❖ HOANG KIM KHUYEN: The current situation with regard to the implementation of regulations relating to the right to work of people with disability in Vietnam 44

❖ BUI MANH KHOA: Bottlenecks in the practical application of regulations relating to compensation, support, and resettlement upon land recovery under the 2013 Land Law and its implementation-guiding documents 51

❖ BUI DUC HIEN: Shortcomings of existing regulations on agricultural land in Vietnam 58

HUMAN RIGHTS

❖ VU CONG GIAO – PHAM THI HAU: The law on the right to the protection of personal data in the world and Vietnam 67

INTERNATIONAL LAW

❖ NGO QUOC CHIEN: International treaties conflicts and orientation to resolve 74

HOẠT ĐỘNG THẨM ĐỊNH DỰ ÁN, DỰ THẢO VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CỦA BỘ TƯ PHÁP VỀ QUYỀN CON NGƯỜI

*Nguyễn Văn Hiến**
*Trương Hồng Quang***

Tóm tắt: Bài viết đánh giá thực trạng thẩm định dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật của Bộ Tư pháp về quyền con người, chỉ ra một số hạn chế, khó khăn, đề từ đó đưa ra một số khuyến nghị góp phần nâng cao chất lượng hoạt động này.

Abstract: The article assesses the situation with regard to the appraisal of project, draft of legislative document on human rights by the Ministry of Justice, and points out a number of limitations and bottlenecks, thereby offers relevant proposals to improve the quality of this activity.

Thẩm định dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật là một nhiệm vụ đặc thù của Bộ Tư pháp. Hiện nay, theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Bộ Tư pháp có trách nhiệm thẩm định đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh do Chính phủ trình (Điều 39); thẩm định các văn bản: dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết do Chính phủ trình (Điều 58); dự thảo Nghị định (Điều 92); dự thảo Quyết định của Thủ tướng Chính phủ (Điều 98); dự thảo Nghị quyết liên tịch giữa Chính phủ với Đoàn Chủ tịch Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (Điều 109). Một trong những nội dung quan trọng hàng đầu của công tác thẩm định dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật do Bộ Tư pháp thực hiện là cho ý kiến về sự phù hợp, tuân thủ các quy định, tinh thần của Hiến pháp (đặc biệt là các quy định về quyền con người, quyền công dân).

Để bảo đảm chất lượng xây dựng các dự án luật, pháp lệnh triển khai thi hành Hiến pháp, bảo đảm cụ thể hóa nội dung, tinh thần và lời văn của Hiến pháp, ngày 11/4/2014, Thủ tướng Chính phủ đã ký Quyết định số 508/QĐ-TTg thành lập Hội đồng tư vấn thẩm định các dự án luật, pháp lệnh trực tiếp triển khai thi hành Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (sau đây gọi tắt là Hội đồng).

Thẩm định thông qua các Hội đồng thẩm định, cuộc họp tư vấn thẩm định là hoạt động thẩm định chính của Bộ Tư pháp đối với các dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật. Tại các cuộc họp của Hội đồng, Hội đồng thẩm định, cuộc họp tư vấn thẩm định, các dự án, dự thảo văn bản được đánh giá, xem xét để bảo đảm cụ thể hóa chính xác, đầy đủ, phù hợp với nội dung, quy định và tinh thần của Hiến pháp năm 2013, trong đó, các nội dung liên quan trực tiếp tới quyền con người, quyền công dân sẽ được nghiên cứu, xem xét, đánh giá dưới nhiều góc độ.

* TS., Ủy viên thường trực, Ủy ban Pháp luật của Quốc hội Khóa XIV.

** Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp).

1. Những khó khăn trong công tác thẩm định các dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật về quyền con người

Thứ nhất, các quy định về quyền con người trong Hiến pháp năm 2013 không chỉ tập trung tại Chương II mà còn nằm ở rất nhiều quy định khác: Nguyên tắc của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, các nguyên tắc cơ bản của chế độ chính trị, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan nhà nước trong việc ghi nhận, bảo vệ, bảo đảm thực thi quyền con người, quyền công dân. Do đó, việc cụ thể hóa các quy định về quyền con người, quyền công dân trong các dự án luật phải trên tinh thần cụ thể hóa đầy đủ các quy định tản mạn trong toàn bộ Hiến pháp. Qua đánh giá các dự án luật trong thời gian qua cho thấy, hầu hết các dự án mới tập trung ghi nhận và cụ thể hóa nội hàm các quyền. Việc cụ thể hóa nguyên tắc “*Nhà nước công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm các quyền con người, quyền công dân*” thể hiện trong các phương thức bảo đảm thực thi quyền, các điều kiện bảo đảm thi hành, xác định trách nhiệm của những cơ quan, chủ thể nhất định trong việc bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân thì hầu hết chưa được chú trọng.

Bên cạnh đó, một số quyền mới trong Hiến pháp chưa có thực tiễn cũng như pháp luật bảo đảm thực thi, hoặc có nhiều nội dung quyền còn gây cách hiểu khác nhau¹.

Thứ hai, hiện nay, trong quá trình nghiên cứu, soạn thảo ban hành các dự án luật, pháp lệnh nhằm triển khai các quy định của Hiến pháp năm 2013 liên quan đến quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, có nhiều ý kiến khác nhau

liên quan đến cách hiểu quy định của khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”. Một số dự án luật, pháp lệnh quy định nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền cơ bản của công dân theo hướng nhắc lại quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, ví dụ: Luật Tiếp cận thông tin, dự thảo Luật về hội,... Tuy nhiên, một số luật, pháp lệnh quy định theo hướng cụ thể hóa nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền cơ bản của công dân thông qua việc quy định các điều cấm, các hành vi vi phạm pháp luật, ví dụ: Luật Tín ngưỡng, tôn giáo...

Thứ ba, một số dự án luật điều chỉnh các lĩnh vực cụ thể trong hoạt động kinh tế, xã hội có các quy định ảnh hưởng, hạn chế quyền con người, quyền công dân, như các quy định về tiêu chuẩn, điều kiện để được hưởng quyền lợi hoặc hạn chế quyền lợi; tạo ra trình tự, thủ tục không hợp lý, tái lập cơ chế xin cho, chưa được Hội đồng xem xét, cho ý kiến để bảo đảm tính hợp hiến, như Luật Đấu giá tài sản, Luật Đầu tư công, Luật Quản lý và sử dụng tài sản nhà nước, Luật Bảo hiểm xã hội,...

Thứ tư, các tiêu chí đánh giá tính hợp hiến, hợp pháp và khả thi của các dự thảo còn nhiều vấn đề bất cập, dẫn đến khó khăn cho Hội đồng thẩm định và cho chính các cơ quan soạn thảo dự án luật khi xem xét lại các quy định của dự án, dự thảo được giao chủ trì soạn thảo để chỉnh lý cho phù hợp. Ví dụ, khoản 1 Điều 12 Quyết định số 1598/QĐ-BTP ngày 8/7/2014 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp về thẩm định dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật quy định:

¹ Ví dụ: Quyền được sống trong môi trường trong lành,...

“Trong nội dung thẩm định về tính hợp hiến, tùy thuộc vào nội dung của văn bản được thẩm định, báo cáo thẩm định phải nêu rõ ý kiến đánh giá về một hoặc một số vấn đề sau đây:

a) Sự phù hợp của các quy định của dự án, dự thảo với quy định của Hiến pháp về bản chất của Nhà nước;

b) Sự phù hợp của các quy định của dự án, dự thảo với quy định của Hiến pháp về chế độ kinh tế;

c) Sự phù hợp của các quy định của dự án, dự thảo với quy định của Hiến pháp về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân;

d) Sự phù hợp của các quy định của dự án, dự thảo với quy định của Hiến pháp về vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan nhà nước”.

Trong khi danh mục câu hỏi tham khảo ban hành kèm theo Quyết định (Phụ lục I) thì các câu hỏi khi đánh giá tiêu chí hợp hiến là:

- Câu hỏi 1: Nội dung của dự án, dự thảo văn bản dựa trên quy định cụ thể nào của Hiến pháp về bản chất nhà nước, nội dung cơ bản của chế độ kinh tế, nghĩa vụ cơ bản của công dân, vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan nhà nước?

- Câu hỏi 2: Nội dung dự án, dự thảo văn bản có phù hợp với quy định của Hiến pháp về bản chất nhà nước, nội dung cơ bản của chế độ kinh tế, nghĩa vụ cơ bản của công dân, vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan nhà nước?

Nếu dự án, dự thảo có quy định nào không phù hợp với Hiến pháp thì cần phân tích và nêu rõ:

- Không phù hợp với điều khoản cụ thể nào của Hiến pháp?

- Có vượt khỏi phạm vi quy định của Hiến pháp hay không. Và nếu có thì về vấn đề gì?

Có thể nhận thấy, những quy định nêu trên khá chung chung, cán bộ thẩm định khó đánh giá đầy đủ về tính hợp hiến của dự thảo, đặc biệt là sự phù hợp đối với quy định về quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp. Bên cạnh đó, hiện nay Hiến pháp năm 2013 đã quy định các trường hợp hạn chế quyền con người, quyền công dân; Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định vấn đề thẩm định đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh trong đó có chính sách của dự án, dự thảo, nên Quyết định này cần có những sửa đổi, bổ sung cho phù hợp².

Thứ năm, trong một số trường hợp, tinh thần và nội dung thẩm định vẫn còn nặng về tính pháp lý, hình thức, chưa đánh giá được tính khả thi của các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật (trong đó có các dự thảo liên quan đến quyền con người, quyền công dân)³. Theo một số đánh giá, chất lượng báo cáo thẩm định chưa đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước về công tác xây dựng pháp luật, thiếu tính bao quát, tính phản biện tương đối thấp. Hiện nay, công tác thẩm định của Bộ Tư pháp chủ yếu mới chỉ dừng lại ở những khía cạnh pháp lý, chưa mang tính tư vấn về nội dung cũng như tính phản biện chính sách còn hạn chế, chưa nhạy bén. Việc phân tích và đánh giá tính khả thi của dự thảo văn bản tại nhiều báo cáo thẩm định chỉ mang tính khẳng định chung chung mà không đưa ra được các bằng chứng, dữ liệu cụ thể để

² Hiện nay Bộ Tư pháp đang tổ chức soạn thảo Quyết định thay thế Quyết định số 1598/QĐ-BTP ngày 8/7/2014.

³ Ví dụ rõ nhất là Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

minh chứng. Thực tế, trong quá trình thẩm định, báo cáo đánh giá tác động dự thảo văn bản ít được xem xét. Theo kết quả tham vấn với các công chức tham gia thẩm định, thẩm tra các dự thảo luật, pháp lệnh tại Đề án khoa học do Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp) thực hiện năm 2013 cho thấy, có tới 22/32 người (68,7%) cho rằng các cơ quan thẩm định, thẩm tra dự thảo luật, pháp lệnh không quan tâm tới kết quả Báo cáo đánh giá tác động kinh tế - xã hội (RIA) soạn thảo⁴. Việc chưa đánh giá đúng vai trò Báo cáo RIA của cơ quan soạn thảo và cơ quan thẩm định đã làm giảm hiệu quả của công cụ phân tích và phân biện chính sách, trong đó có các chính sách liên quan đến quyền con người, quyền công dân.

2. Một số khuyến nghị nhằm nâng cao chất lượng hoạt động thẩm định dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật về quyền con người

Thứ nhất, cần phát huy vai trò của Hội đồng không chỉ xem xét các luật, pháp lệnh trực tiếp triển khai thi hành Hiến pháp mà còn đối với các dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật quan trọng, có nội dung liên quan, ảnh hưởng đến quyền con người, quyền công dân.

Thứ hai, nghiên cứu xây dựng Bộ tiêu chí đánh giá cụ thể về bảo đảm quyền con người trong các dự án, dự thảo văn bản, như: Đánh giá sự phù hợp với các quy định, nội dung, tinh thần của Hiến pháp năm 2013 về quyền con người; đánh giá mức độ hợp lý và khả thi của các biện pháp bảo đảm quyền con người, đánh giá về các hạn chế quyền con người trong văn bản đó căn cứ

theo khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013...; mức độ tương xứng và cần thiết của các biện pháp bảo vệ quyền con người; xác định trách nhiệm của các cơ quan nhà nước và vai trò của xã hội trong việc bảo đảm thực thi và bảo vệ quyền con người. Đây là vướng mắc lớn nhất trong quá trình thẩm định các dự án, dự thảo văn bản về quyền con người.

Thứ ba, để có thể đánh giá chính xác tính hợp hiến của các dự án, dự thảo trong quá trình thẩm định, cần nâng cao nhận thức của đội ngũ cán bộ làm công tác xây dựng pháp luật, cán bộ làm công tác thẩm định trong thời gian tới.

Thứ tư, trong quá trình xây dựng, thẩm tra, thẩm định, thảo luận, thông qua các dự thảo văn bản pháp luật, yêu cầu của khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 cần thường xuyên được xem xét, kiểm tra. Các quy định tại khoản 2 Điều 14 có một số điểm còn chưa rõ ràng nên cán bộ thẩm định (và cả cán bộ soạn thảo) cần lưu ý những vấn đề sau:

- Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 chưa tính đến việc tạm đình chỉ thực hiện quyền con người trong những tình huống khẩn cấp. Do Hiến pháp năm 2013 chưa quy định về nguyên tắc tạm đình chỉ việc thực hiện quyền con người khi có tình trạng khẩn cấp nên trong các văn bản luật cần có những quy định này. Việc quy định trong văn bản luật vấn đề tạm đình chỉ thực hiện quyền con người trong tình trạng khẩn cấp là hoàn toàn phù hợp với các Công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên.

- Theo quy định của Điều 14 Hiến pháp năm 2013 thì bất cứ quyền nào cũng có thể bị hạn chế. Trong pháp luật nhân quyền quốc tế, có những quyền con người không

⁴ Xem: Bộ Tư pháp, *Đánh giá tác động của chế định RIA trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008*, Đề án khoa học cấp Bộ, Chủ nhiệm: TS. Dương Thị Thanh Mai, Hà Nội, 2013.

thể bị hạn chế, tạm đình chỉ thực hiện vì bất cứ lý do gì, trong bất kỳ hoàn cảnh nào, kể cả trong những trường hợp cần thiết vì lý do an ninh, quốc phòng, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức, sức khỏe cộng đồng như quyền sống, quyền không bị tra tấn, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo hay nhục hình, quyền không bị bắt làm nô lệ, nô dịch, quyền không bị tù vì không hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng, quyền được suy đoán vô tội, quyền được thừa nhận tư cách thể nhân trước pháp luật và quyền tự do tư tưởng⁵. Việc triển khai thực hiện quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 có thể sẽ tạo ra nguy cơ không tuân thủ Điều 5 Công ước quốc tế về các quyền chính trị và dân sự năm 1966.

- Theo quy định của khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, bất cứ quyền con người, quyền công dân nào chỉ có thể bị hạn chế trong những trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội, đạo đức, sức khỏe cộng đồng. Trong khi đó, một số quyền lại cần phải được hạn chế trong mọi thời điểm, chẳng hạn, quyền tự do hội họp luôn kèm theo điều kiện “hòa bình”⁶. Quyền tự do lập hội có thể bị hạn chế đối với những người làm việc trong lực lượng vũ trang và cảnh sát⁷. Quyền tự do ngôn luận có thể bị hạn chế để phòng ngừa sự xâm hại danh dự, nhân phẩm, đời tư của người khác, bí mật quốc gia, đạo đức xã hội hay để ngăn ngừa những

hành động kích động chiến tranh, hằn thù, phân biệt đối xử về dân tộc, chủng tộc, tôn giáo, tín ngưỡng⁸.

- Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 xác định căn cứ và điều kiện hạn chế quyền: trong những trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng và việc hạn chế quyền chỉ có thể bằng văn bản luật. Để thực hiện khoản 2 Điều 14 cần nhận thức rằng, các quyền con người, ngoại trừ các quyền tuyệt đối như đã dẫn trên đây, có thể bị hạn chế trong những trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng. Văn bản pháp luật đưa ra các hạn chế trong việc thực hiện quyền con người là văn bản luật do Quốc hội thông qua. Hay nói cách khác: Hạn chế quyền con người bằng luật.

- Trong quá trình soạn thảo cũng như thẩm định dự thảo văn bản quy phạm pháp luật để xác định, đánh giá một hạn chế quyền có phù hợp với các quy định của Hiến pháp năm 2013 và luật nhân quyền quốc tế hay không, cần đặt ra những câu hỏi⁹:

** Liệu việc hạn chế quyền trên thực tế có tác dụng giảm thiểu tác động tiêu cực không?*

** Có biện pháp nào khác bớt nghiêm khắc hơn không? Đã thử áp dụng các biện pháp đó chưa?*

(Xem tiếp trang 13)

⁵ Xem: Khoản 2 Điều 4, Điều 6, Điều 7, khoản 1 và khoản 2 Điều 8, Điều 11, Điều 15, Điều 16 và Điều 18 Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị năm 1966.

⁶ Xem: Điều 20 (1) Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người năm 1948 và Điều 21 Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị năm 1966.

⁷ Xem: Điều 22 (2), Điều 21 Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị năm 1966.

⁸ Xem: Các điều 19, 20, 21 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

⁹ Xem thêm: Văn phòng thường trực về nhân quyền và Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, *Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp Việt Nam*, sách chuyên khảo, Hà Nội, 2015, tr. 258-266.

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ THẨM QUYỀN GIẢI QUYẾT KHIẾU NẠI ĐỐI VỚI QUYẾT ĐỊNH HÀNH CHÍNH, HÀNH VI HÀNH CHÍNH CỦA CHỦ TỊCH ỦY BAN NHÂN DÂN CÁC CẤP, GIÁM ĐỐC SỞ VÀ CẤP TƯƠNG ĐƯƠNG, BỘ TRƯỞNG THEO LUẬT KHIẾU NẠI NĂM 2011

*Lê Việt Sơn**
*Võ Tấn Đào***

Tóm tắt: Bài viết phân tích, bình luận các quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 về thẩm quyền giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp, Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng; đồng thời chỉ ra một số tồn tại, bất cập trong các quy định này, từ đó đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The article analyses and makes comments on multiple regulations in the 2011 Law on Complaints relating to authority to handle complaints regarding administrative decision, administrative act of Chairmen of People's Committees at all levels; Directors of departments and equivalent levels, and Ministers; also it points out a number of limitations and shortcomings of such regulations, thereby makes relevant proposals.

Trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại, việc xác định đúng thẩm quyền giải quyết khiếu nại có ý nghĩa rất quan trọng. Thứ nhất, đối với cá nhân, cơ quan, tổ chức đi khiếu nại, việc nắm rõ quy định của pháp luật sẽ giúp họ khiếu nại đến đúng người có thẩm quyền, tránh trường hợp hết thời hiệu khiếu nại do gửi đơn lòng vòng vì không xác định được người có thẩm quyền giải quyết, đồng thời tránh tình trạng khiếu nại vượt cấp¹. Thứ hai, đối với người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại, xác định thẩm quyền giải quyết

của mình là cơ sở để từ đó quyết định thụ lý khiếu nại hay sẽ trả lại đơn khiếu nại. Chính vì vậy, Luật Khiếu nại được Quốc hội thông qua ngày 11/11/2011, có hiệu lực ngày 1/7/2012 (Luật KN năm 2011) đã dành riêng Mục I, Chương 3 quy định về vấn đề này. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng cho thấy, các quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính (QĐHC), hành vi hành chính (HVHC) nói chung và thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với QĐHC, HVHC của Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp, Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng nói riêng chưa được rõ ràng, trong khi các văn bản dưới luật lại không có điều khoản hướng dẫn thi hành dẫn đến việc xác định thẩm quyền giải quyết khiếu nại của các chủ thể này gặp nhiều khó khăn.

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

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

¹ Học viện Hành chính, *Giáo trình thanh tra và giải quyết khiếu nại hành chính*, Nxb. Khoa học và kỹ thuật, Hà Nội, năm 2011, tr. 173.

1. Về thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp

Thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với QĐHC, HVHC của Chủ tịch UBND các cấp được quy định tại các điều 17, 18 và 21 Luật KN năm 2011. Theo đó, Chủ tịch UBND xã, phường, thị trấn (gọi chung là Chủ tịch UBND cấp xã) có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của mình, của người có trách nhiệm do mình quản lý trực tiếp; Chủ tịch UBND huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là Chủ tịch UBND cấp huyện) có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của mình và giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của Chủ tịch UBND cấp xã, Thủ trưởng cơ quan thuộc UBND cấp huyện đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết; Chủ tịch UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là Chủ tịch UBND cấp tỉnh) có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của mình, giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của Chủ tịch UBND cấp huyện, Giám đốc sở và cấp tương đương đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết.

Có thể nhận thấy, Luật KN năm 2011 đã có quy định tương đối toàn diện và chi tiết về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Chủ tịch UBND các cấp. Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện các quy định này đã gặp phải một số vướng mắc:

Thứ nhất, Luật KN năm 2011 không quy định Chủ tịch UBND có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với các QĐHC, HVHC của UBND cùng cấp.

Luật không đặt ra trường hợp Chủ tịch UBND có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với QĐHC, HVHC của UBND cùng cấp, hay nói theo cách khác, chưa có quy định về chủ thể có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của UBND các cấp². Chúng tôi cho rằng, đây là một thiếu sót rất lớn bởi theo quy định thì QĐHC, HVHC là đối tượng khiếu nại cũng có thể được ban hành hoặc thực hiện bởi cơ quan hành chính nhà nước là UBND. Cụ thể khoản 8 Điều 2 Luật KN năm 2011 quy định: “*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*”, và khoản 9 Điều 2 xác định: “*HVHC là hành vi của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật*”. Như vậy, UBND các cấp cũng là chủ thể có thẩm quyền ban hành các QĐHC hoặc thực hiện HVHC, vì UBND các cấp là một trong những cơ quan hành chính nhà nước³. Đồng thời, UBND cũng chính là chủ thể có thể bị khiếu nại xuất phát từ việc pháp luật đã trao thẩm quyền ban hành các QĐHC hoặc thực hiện HVHC

² Nguyễn Mạnh Hùng, *Phân định thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính và thẩm quyền xét xử hành chính ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2015, tr. 107.

³ Khoản 1 Điều 8 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 quy định: “*Ủy ban nhân dân do Hội đồng nhân dân cùng cấp bầu, là cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, chịu trách nhiệm trước nhân dân địa phương, Hội đồng nhân dân cùng cấp và cơ quan hành chính nhà nước cấp trên*”.

dựa trên yêu cầu của hoạt động quản lý nhà nước. Khoản 5 Điều 2 Luật KN năm 2011 đã quy định: “Người bị khiếu nại là cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước có QĐHC, HVHC bị khiếu nại; cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền có quyết định kỷ luật cán bộ, công chức bị khiếu nại”. Thực tế hiện nay, việc UBND ban hành các QĐHC hoặc thực hiện HVHC bị khiếu nại là hiện tượng khá phổ biến. Ví dụ, từ ngày 15/8/2014 - 15/8/2015, Bộ Tài nguyên và Môi trường nhận được 1.813 vụ việc khiếu nại (chiếm 94% số vụ việc) liên quan đến lĩnh vực đất đai. Trong đó có 1.214 vụ việc liên quan đến QĐHC, HVHC về đất đai, chủ yếu là thu hồi, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, cưỡng chế thu hồi đất và cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất⁴. Trong khi đó, theo quy định tại Điều 59, Điều 66 Luật Đất đai năm 2013, thẩm quyền thu hồi đất, giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thuộc về UBND.

Thực tiễn giải quyết khiếu nại thời gian qua cũng cho thấy, đối với các vụ việc khiếu nại mà người bị khiếu nại là UBND các cấp, người tiến hành giải quyết khiếu nại lần đầu chính là Chủ tịch UBND cùng cấp. Bởi lẽ, thẩm quyền giải quyết khiếu nại luôn thuộc về cá nhân mà không phải là cơ quan, tổ chức⁵. Do đó, chúng tôi cho rằng, Luật KN năm 2011 cần bổ sung quy định thẩm quyền của Chủ tịch UBND giải quyết

khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của UBND cùng cấp.

Thứ hai, Luật KN năm 2011 không quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai của Chủ tịch UBND cấp huyện và Chủ tịch UBND cấp tỉnh đối với QĐHC, HVHC của UBND cấp dưới trực tiếp đã khiếu nại lần đầu nhưng còn khiếu nại tiếp.

Theo quy định, Chủ tịch UBND cấp huyện có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của Chủ tịch UBND cấp xã, Thủ trưởng cơ quan thuộc UBND cấp huyện đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết; Chủ tịch UBND cấp tỉnh có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của Chủ tịch UBND cấp huyện, Giám đốc sở và cấp tương đương đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết. Như vậy, có thể thấy, Chủ tịch UBND cấp huyện và cấp tỉnh không có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai trong trường hợp Chủ tịch UBND cấp dưới trực tiếp đã giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của UBND nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết. Đây được xem là “lỗi hệ thống” khi cùng lúc Luật KN năm 2011 đã không quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu của Chủ tịch UBND đối với QĐHC, HVHC của UBND cùng cấp. Tương tự, thực tiễn giải quyết khiếu nại trong những năm qua cũng cho thấy đối với những QĐHC, HVHC của UBND bị khiếu nại mặc dù đã được Chủ tịch UBND cùng cấp giải quyết nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết thì đều chuyển cho Chủ tịch UBND cấp trên trực

⁴ Theo “Báo cáo tổng kết tình hình thực hiện nhiệm vụ công tác năm 2015 và kế hoạch công tác năm 2016 của ngành tài nguyên và môi trường” của Bộ Tài nguyên và môi trường, ngày 31 tháng 12 năm 2015, tr.10.

⁵ Trương Hồng Quang, Hoàn thiện pháp luật về quyền khiếu nại, tố cáo của công dân ở Việt Nam, Tạp chí Nội chính, số 19, năm 2015, tr. 64.

tiếp giải quyết khiếu nại lần hai. Do đó, Luật KN năm 2011 cần sửa đổi theo hướng bổ sung quy định Chủ tịch UBND cấp huyện và cấp tỉnh có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của UBND cấp dưới đã khiếu nại lần đầu nhưng còn khiếu nại tiếp.

2. Về thẩm quyền giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính của Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng

Theo quy định tại Điều 20 Luật KN năm 2011, Giám đốc sở và cấp tương đương có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của mình, của cán bộ, công chức do mình quản lý trực tiếp, giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của Thủ trưởng cơ quan thuộc sở và cấp tương đương đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết. Tương tự, theo quy định tại Điều 23 Luật KN năm 2011, Bộ trưởng có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của mình, của cán bộ, công chức do mình quản lý trực tiếp; giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của Thủ trưởng cơ quan thuộc bộ đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết.

Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện các quy định trên gặp phải một số vướng mắc sau:

Thứ nhất, Luật KN năm 2011 quy định Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ

trưởng có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của cán bộ, công chức do mình quản lý trực tiếp là không hợp lý.

Xét về mặt cơ cấu tổ chức, các cán bộ, công chức của sở hay bộ đều thuộc quản lý trực tiếp của các phòng, ban chuyên môn thuộc sở hay các cục, vụ... thuộc bộ. Do vậy, trong trường hợp QĐHC, HVHC của cán bộ, công chức của sở hay bộ bị khiếu nại thì sẽ do Trưởng phòng hay Vụ trưởng, Cục trưởng... giải quyết khiếu nại lần đầu theo quy định tại Điều 19 và Điều 22 Luật KN năm 2011 mà không phải thuộc thẩm quyền của Giám đốc sở hay Bộ trưởng. Trong khi đó, Thủ trưởng cơ quan thuộc sở hay Vụ trưởng, Cục trưởng... thuộc Bộ là cán bộ, công chức do Giám đốc sở hay Bộ trưởng quản lý trực tiếp, nhưng theo quy định tại Điều 19 và Điều 22 Luật KN năm 2011 thì thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của các chủ thể này cũng do chính họ giải quyết mà không phải là Giám đốc sở hay Bộ trưởng. Ngoài ra, chúng tôi cũng không đồng ý với quan điểm cho rằng “*cán bộ, công chức do mình quản lý trực tiếp*” của Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng là Phó Giám đốc sở và tương đương, Thứ trưởng, bởi lẽ cấp phó (Phó Giám đốc sở, Thứ trưởng) là chủ thể thực hiện nhiệm vụ theo sự phân công thẩm quyền của Thủ trưởng cơ quan (Giám đốc sở hay Bộ trưởng). Trong trường hợp phát sinh khiếu nại đối với Phó giám đốc sở hay Thứ trưởng thì xuất phát từ quy định của pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ công vụ, người bị khiếu nại là Giám đốc sở hay Bộ trưởng chứ không phải Phó Giám đốc sở hay Thứ trưởng⁶. Như vậy, có thể

⁶ Khoản 5 Điều 2 Luật KN năm 2011 quy định: “Người bị khiếu nại là cơ quan hành chính nhà nước

khẳng định rằng quy định của Luật KN năm 2011 đã có sự chông chéo về thẩm quyền giải quyết khiếu nại giữa Thủ trưởng cơ quan thuộc sở và cấp tương đương, Thủ trưởng cơ quan thuộc bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ với Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng. Vì vậy, cần loại bỏ quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu của Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng đối với QĐHC, HVHC của cán bộ, công chức do mình quản lý trực tiếp.

Thứ hai, Luật KN năm 2011 cũng không quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu của Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng đối với QĐHC, HVHC của sở hay bộ và thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai đối với QĐHC, HVHC của cơ quan thuộc sở, cơ quan thuộc bộ và cấp tương đương đã khiếu nại nhưng còn khiếu nại tiếp.

Theo quy định của nhiều văn bản luật chuyên ngành, sở và bộ được quyền ban hành hoặc thực hiện các QĐHC, HVHC. Ví dụ, theo quy định tại Điều 38 Luật Đầu tư năm 2014, Sở Kế hoạch và Đầu tư có thẩm quyền tiếp nhận, cấp, điều chỉnh, thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với các dự án đầu tư ngoài khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế; hay đối với các dự án đầu tư thuộc diện phải quyết định chủ trương đầu tư ra nước ngoài;

hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước có QĐHC, HVHC bị khiếu nại; cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền có quyết định kỷ luật cán bộ, công chức bị khiếu nại". Do đó, người bị khiếu nại chính là người có thẩm quyền trong việc ban hành hoặc thực hiện HVHC theo quy định của pháp luật. Vì vậy, trong trường hợp người có thẩm quyền đã ủy quyền hoặc ủy nhiệm việc ban hành hoặc thực hiện QĐHC, HVHC cho cấp phó của mình thì họ vẫn là người bị khiếu nại.

Bộ Kế hoạch và Đầu tư cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài cho nhà đầu tư trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được văn bản quyết định chủ trương đầu tư (Điều 59 Luật Đầu tư năm 2014). Trên thực tế, đối với các vụ việc khiếu nại mà người bị khiếu nại là các sở hay bộ, người tiến hành giải quyết khiếu nại lần đầu chính là Giám đốc sở của sở hay Bộ trưởng của bộ đó. Ngoài ra, tại Điều 20 và Điều 23 Luật KN năm 2011 về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Giám đốc sở và Bộ trưởng, hiện nay pháp luật khiếu nại lại chưa quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai của Giám đốc sở và Bộ trưởng đối với QĐHC, HVHC của cơ quan thuộc sở, cơ quan thuộc bộ và cấp tương đương đã được Thủ trưởng cơ quan thuộc sở, Thủ trưởng cơ quan thuộc Bộ giải quyết khiếu nại lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết. Do đó, để việc áp dụng được chặt chẽ, Luật KN năm 2011 cần sớm bổ sung quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu của Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng đối với QĐHC, HVHC của sở hay bộ; thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai của Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng đối với QĐHC, HVHC của cơ quan thuộc sở, cơ quan thuộc bộ và cấp tương đương đã được Thủ trưởng cơ quan thuộc sở, bộ và cấp tương đương giải quyết khiếu nại lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết.

Thứ ba, Luật KN năm 2011 không quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Thủ trưởng cơ quan ngang bộ.

Điều 23 Luật KN năm 2011 chỉ quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Bộ trưởng mà không quy định “cấp tương

đương” hay “Thủ trưởng cơ quan ngang bộ”. Có ý kiến cho rằng, tuy tên gọi Điều 23 của Luật KN năm 2011 chỉ quy định về thẩm quyền của Bộ trưởng, nhưng có thể hiểu một cách linh hoạt là bao gồm cả Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Trong khi đó, Điều 20 quy định rõ về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Giám đốc sở và cấp tương đương. Do đó, chúng tôi cho rằng để quy định được thống nhất, Điều 23 Luật KN năm 2011 cần được bổ sung cụm từ “*thẩm quyền của Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ*”. Đề xuất này dựa trên cơ sở Thủ trưởng cơ quan ngang bộ với tư cách là người đứng đầu một cơ quan hành chính nhà nước, thực hiện hoạt động quản lý nhà nước trong từng ngành, lĩnh vực cụ thể và họ cũng được trao quyền ban hành các QĐHC, thực hiện HVHC. Do vậy,

Thủ trưởng cơ quan này có thể bị khiếu nại, từ đó đặt ra yêu cầu phải xác định người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với chính QĐHC, HVHC do họ ban hành hoặc thực hiện, cũng như thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai đối với các trường hợp luật định khác.

Kết luận

Có thể thấy, Luật KN năm 2011 đã có những quy định tương đối đầy đủ về thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với QĐHC, HVHC của Chủ tịch UBND các cấp, Giám đốc sở và cấp tương đương, Bộ trưởng, tạo ra nhiều chuyển biến tích cực trong việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại. Tuy nhiên, một số thiếu sót như trên cần được sửa đổi, bổ sung kịp thời nhằm bảo đảm hiệu quả đối với việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại.

(Tiếp theo trang 7 – Hoạt động thẩm định dự án...)

* Phạm vi hạn chế?

* Đã chú ý tới các quyền và lợi ích của những người bị ảnh hưởng bởi việc hạn chế quyền chưa?

* Có biện pháp gì loại trừ sai sót và việc lạm dụng trong hạn chế quyền?

* Việc hạn chế có hủy hoại bản chất cốt lõi của quyền đó hay không?

Ngoài ra, để đánh giá một hạn chế quyền có hợp pháp, chính đáng hay không, cần đặt những câu hỏi sau:

* Mục tiêu hạn chế quyền là gì?

* Có hợp lý trong một xã hội dân chủ hay không?

Trong khi trả lời hai câu hỏi trên, cần luôn chú ý là:

* Không nên hiểu các mục tiêu hợp pháp, chính đáng của việc hạn chế quyền với mục đích chủ quan, tạo sự thuận tiện cho các cơ quan, viên chức nhà nước khi thực thi quyền có liên quan;

* Sự đồng thuận không có nghĩa luôn hợp lý, chính đáng;

* Các hạn chế được xem là hợp lý, chính đáng trong một xã hội dân chủ phải gắn với các giá trị như khoan dung, tôn trọng ý kiến đa chiều, tư tưởng cởi mở và việc bảo vệ các nhóm thiểu số.

KHIẾU NẠI QUYẾT ĐỊNH KỶ LUẬT CÁN BỘ, CÔNG CHỨC - THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Nguyễn Hoàng Yến*
Phạm Thúy Vy**

Tóm tắt: Khiếu nại là phương thức quan trọng giúp cán bộ, công chức có thể bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình khi bị kỷ luật, bảo đảm tính dân chủ trong các cơ quan, tổ chức. Khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức được quy định cụ thể tại Chương IV của Luật Khiếu nại năm 2011. Tuy nhiên, các quy định này vẫn tồn tại nhiều bất cập. Bài viết phân tích các quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 về khiếu nại quyết định kỷ luật, nêu lên những bất cập, hạn chế và đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định pháp luật về vấn đề này.

Abstract: Complaints are an important means to help officials and public servants to be able to protect their legitimate rights and interests when they are disciplined, ensuring democracy in the internal management of agencies and organizations. Complaint regarding decisions on disciplining officials and civil servants is detailed in Chapter IV of the 2011 Law on Complaints. However, limitations still exist. The paper analyses the provisions of the 2011 Law on Complaints concerning complaining of disciplinary decisions and reveals limitations and shortcomings, and makes relevant proposals.

1. Khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011

1.1. Chủ thể khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức

Người khiếu nại và chủ thể khiếu nại là hai khái niệm có phạm trù khác nhau. Theo quy định tại khoản 2 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 thì người khiếu nại là công dân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức thực hiện quyền khiếu nại. Dấu hiệu quan trọng nhất để xác định người khiếu nại là khi họ có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm trực tiếp từ các đối tượng của khiếu nại (quyết định hành chính, hành vi hành chính hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức). Trong khi đó, chủ thể khiếu nại được

hiểu là những người theo quy định của pháp luật có quyền thực hiện việc khiếu nại đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại.

Chủ thể khiếu nại quyết định kỷ luật có đặc điểm khác biệt với chủ thể khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính. Khiếu nại là quyền mang tính chính trị - pháp lý nên về nguyên tắc, việc khiếu nại chỉ dành cho người có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm từ các đối tượng khiếu nại. Đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, pháp luật khiếu nại quy định trong một số trường hợp, khiếu nại được thực hiện thông qua người đại diện hợp pháp¹. Do đó, chủ thể khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính có thể là người có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm

* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** Bộ môn Luật Kinh tế, Đại học Tây Đô.

¹ Xem khoản 1 Điều 12 và khoản 4 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011.

phạm trực tiếp hoặc người đại diện hợp pháp của họ. Đối với quyết định kỷ luật cán bộ, công chức, Luật Khiếu nại năm 2011 không quy định việc thực hiện quyền khiếu nại thông qua người đại diện. Có ý kiến cho rằng, quy định này tương đối hợp lý, bởi lẽ, trách nhiệm kỷ luật là dạng trách nhiệm pháp lý được thực hiện trong quan hệ nội bộ của các cơ quan hay hệ thống các cơ quan nhà nước². Do đó, quyết định kỷ luật là quyết định hành chính mang tính nội bộ của người đứng đầu cơ quan, tổ chức kỷ luật với các cán bộ, công chức thuộc quyền quản lý của mình. Tất cả các hình thức kỷ luật này đều gắn liền với hành vi vi phạm của chính cán bộ, công chức đó, vì thế, pháp luật khiếu nại hiện hành không đặt ra vấn đề ủy quyền khiếu nại đối với đối tượng này. Những người là cán bộ, công chức theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức³ khi không đồng ý với quyết định kỷ luật phải tự mình khiếu nại đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Nói cách khác, chủ thể khiếu nại quyết định kỷ luật phải chính là cán bộ, công chức bị kỷ luật.

1.2. Đối tượng khiếu nại

Đối tượng khiếu nại quyết định kỷ luật là các quyết định kỷ luật cán bộ, công chức. Khi không đồng ý với quyết định kỷ luật, cán bộ, công chức có quyền khiếu nại đến người đã ban hành quyết định hành chính đó. Tuy nhiên, để có thể thực hiện quyền khiếu nại khi bị kỷ luật, đối tượng khiếu nại

phải đáp ứng các điều kiện theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011.

Theo khoản 10 Điều 2 của Luật Khiếu nại năm 2011, quyết định kỷ luật là “*quyết định bằng văn bản của người đứng đầu cơ quan, tổ chức để áp dụng một trong các hình thức kỷ luật đối với cán bộ, công chức thuộc quyền quản lý của mình theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức*”⁴. Qua quy định này có thể nhận thấy, quyết định kỷ luật là đối tượng của khiếu nại phải thể hiện dưới hình thức văn bản. Mặc dù pháp luật về xử lý kỷ luật công chức không trực tiếp quy định về hình thức của quyết định kỷ luật⁵, nhưng để bảo đảm tính chặt chẽ, rõ ràng và hiệu lực áp dụng, khi xử lý kỷ luật, người có thẩm quyền phải ban hành quyết định dưới hình thức văn bản. Đây là hình thức duy nhất của quyết định kỷ luật được thừa nhận là đối tượng khiếu nại theo quy định của pháp luật khiếu nại.

Khi vi phạm kỷ luật, cán bộ, công chức có thể bị xử lý kỷ luật dưới các hình thức khác nhau tùy theo tính chất và mức độ vi phạm. Đối với cán bộ, có 4 hình thức kỷ luật được áp dụng là: Khiển trách, cảnh cáo, cách chức, bãi nhiệm⁶. Đối với công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý có 4 hình thức kỷ luật là: Khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, buộc thôi việc; và với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý có 6

² Nguyễn Cửu Việt (2008), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 424.

³ Xem khoản 1, 2 Điều 4 Luật Cán bộ, công chức năm 2008, Nghị định số 06/2010/NĐ-CP ngày 25/11/2010 của Chính phủ quy định những người là công chức và Thông tư số 08/2011/TT-BNV ngày 02/6/2011 của Bộ Nội vụ hướng dẫn một số điều của Nghị định số 06/2010/NĐ-CP.

⁴ Xem khoản 10 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011.

⁵ Theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 20 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP, trong thời hạn 15 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được văn bản kiến nghị của Hội đồng kỷ luật trong trường hợp thành lập Hội đồng kỷ luật, hoặc biên bản cuộc họp kiểm điểm của cơ quan, tổ chức quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 16 Nghị định này trong trường hợp không thành lập Hội đồng kỷ luật, thì người có thẩm quyền xử lý kỷ luật ra quyết định kỷ luật hoặc kết luận công chức không vi phạm pháp luật.

⁶ Điều 78 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

hình thức kỷ luật là: Khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức và buộc thôi việc⁷. Trong các hình thức kỷ luật này, pháp luật tổ tụng hành chính ghi nhận công chức chỉ có thể khởi kiện ra Tòa án có thẩm quyền khi bị kỷ luật buộc thôi việc⁸. Khiếu nại được xem là phương thức giải quyết tranh chấp hành chính có tính chất thuần túy hành pháp⁹ và là cơ hội để chủ thể có thẩm quyền xem xét lại quyết định, hành vi của mình. Vì thế, tất cả các hình thức kỷ luật đều có thể là đối tượng của khiếu nại. Dù bị xử lý kỷ luật dưới bất kỳ hình thức nào, không chỉ công chức mà cả cán bộ đều có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật khiếu nại.

1.3. Thời hiệu, thời hạn khiếu nại

Thời hiệu khiếu nại là thời hạn cán bộ, công chức có thể thực hiện quyền khiếu nại; khi thời hạn này kết thúc, cán bộ, công chức sẽ mất quyền khiếu nại. Quy định pháp luật về thời hiệu khiếu nại có ý nghĩa quan trọng, vừa giúp người khiếu nại xác định khoảng thời gian họ có thể thực hiện việc khiếu nại, vừa là điều kiện để người có thẩm quyền xem xét việc thụ lý giải quyết khiếu nại. Nếu công dân, cơ quan, tổ chức khiếu nại khi hết thời hiệu khiếu nại, khiếu nại sẽ không được thụ lý giải quyết.

Theo quy định tại Điều 48 Luật Khiếu nại năm 2011, thời hiệu khiếu nại lần đầu là 15 ngày kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định kỷ luật; thời hiệu khiếu nại lần hai là 10 ngày, kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu

nại lần đầu; đối với quyết định kỷ luật buộc thôi việc thì thời hiệu khiếu nại lần hai là 30 ngày, kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu. Như vậy, thời hiệu khiếu nại lần đầu luôn phải được tính từ thời điểm cán bộ, công chức bị kỷ luật nhận được quyết định kỷ luật. Cán bộ, công chức có thể biết trước về quyết định kỷ luật của mình, nhưng chỉ khi nào họ nhận được quyết định mới chính thức phát sinh quyền khiếu nại và đây là thời điểm bắt đầu tính thời hiệu khiếu nại. Quy định này bảo đảm cho cán bộ, công chức có thể nắm bắt một cách chính xác nội dung của quyết định kỷ luật mà mình khiếu nại, tránh việc khiếu nại không có căn cứ. Thời hiệu khiếu nại lần hai được xác định kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu, do đó, nếu không nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu, cán bộ, công chức không thể khiếu nại lần hai.

Bên cạnh đó, Luật Khiếu nại năm 2011 quy định trong trường hợp người khiếu nại không thực hiện được quyền khiếu nại theo đúng thời hiệu vì ốm đau, thiên tai, địch họa, đi công tác, học tập ở nơi xa hoặc vì những trở ngại khách quan khác thì thời gian trở ngại đó không tính vào thời hiệu khiếu nại. Có thể thấy, so với thời hiệu khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính, thời hiệu khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức được quy định khá ngắn¹⁰, và được lý giải do cán bộ, công

⁷ Điều 8 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP.

⁸ Khoản 5 Điều 3 Luật Tổ tụng hành chính năm 2015.

⁹ Nguyễn Mạnh Hùng (2015), *Phân định thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính và thẩm quyền xét xử hành chính ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr. 50.

¹⁰ Thời hiệu khiếu nại lần đầu đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính là 90 ngày kể từ ngày nhận được quyết định hành chính hoặc biết được quyết định hành chính, hành vi hành chính. Thời hiệu khiếu nại lần hai là 30 ngày, kể từ ngày hết thời hạn giải quyết khiếu nại quy định tại Điều 28 của Luật này mà khiếu nại lần đầu không được giải quyết, hoặc kể từ ngày nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu mà người khiếu nại không

chức là những người có trình độ văn hóa, khả năng hiểu biết pháp luật tốt nên phải có ý thức bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Ngoài ra, còn do hậu quả pháp lý do quyết định kỷ luật gây ra luôn gắn liền với nhân thân cán bộ, công chức nên cần phải được kịp thời khiếu nại, nhanh chóng khắc phục tránh ảnh hưởng đến uy tín cán bộ, công chức¹¹.

1.4. Hình thức và thủ tục khiếu nại

Nếu việc khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính có thể thực hiện dưới hình thức khiếu nại bằng đơn hoặc khiếu nại trực tiếp, thì khiếu nại quyết định kỷ luật, cán bộ, công chức chỉ có thể thực hiện dưới hình thức đơn khiếu nại. Theo quy định tại Điều 49 Luật Khiếu nại năm 2011, trong đơn khiếu nại, người khiếu nại phải ghi rõ ngày, tháng, năm; họ tên, địa chỉ của người khiếu nại; nội dung, lý do khiếu nại, yêu cầu của người khiếu nại và có chữ ký của người khiếu nại.

Đơn khiếu nại lần đầu phải gửi đến người đã ra quyết định kỷ luật. Đó là người đứng đầu cơ quan, tổ chức có thẩm quyền quản lý cán bộ, công chức theo phân cấp. Do đó, đối với quyết định kỷ luật, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu luôn là người bị khiếu nại. Đây là quy định hợp lý, bởi khi khiếu nại được giải quyết trực tiếp từ chính người đã ra quyết định, cán bộ, công chức bị kỷ luật sẽ có cơ hội hiểu rõ hơn về nội dung quyết định kỷ luật, tạo điều kiện cho mối quan hệ quản lý nội bộ được thuận lợi. Ngoài ra, đây còn là cơ hội để người đã ra quyết định kỷ luật xem

xét, khắc phục sai lầm (nếu có), từ đó kịp thời khôi phục quyền, lợi ích của cán bộ, công chức. Trong trường hợp không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu, cán bộ, công chức có quyền khiếu nại đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai. Thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai được quy định tại khoản 2, 3 Điều 51 Luật Khiếu nại năm 2011. Theo đó, người đứng đầu cơ quan, tổ chức cấp trên trực tiếp của cơ quan, tổ chức quản lý cán bộ, công chức có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai. Nếu quyết định kỷ luật mà Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết hạn nhưng chưa được giải quyết, Bộ trưởng Bộ Nội vụ là người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai.

2. Những bất cập trong quy định về khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức và kiến nghị hoàn thiện

Ngoại trừ hình thức kỷ luật buộc thôi việc, công chức có thể khởi kiện ra Tòa án theo thủ tục tố tụng hành chính, thì với các hình thức kỷ luật còn lại, cán bộ, công chức chỉ có thể khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại. Chính vì thế, pháp luật về khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức có vai trò quan trọng trong việc bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cán bộ, công chức khi bị kỷ luật. Bên cạnh những nội dung tích cực, phù hợp với đặc thù của loại quyết định này, quy định hiện hành về khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức còn tồn tại một số bất cập, hạn chế sau:

- Về chủ thể khiếu nại

Một là, Luật Khiếu nại chưa quy định cụ thể về chế độ đại diện khi khiếu nại quyết định kỷ luật.

đồng ý thì có quyền khiếu nại đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai; đối với vùng sâu, vùng xa đi lại khó khăn thì thời hạn có thể kéo dài hơn nhưng không quá 45 ngày.

¹¹ Trần Thị Hiền, Quyền khiếu kiện của cán bộ, công chức, Tạp chí Luật học, số 3/2005.

Nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho người khiếu nại thực hiện việc khiếu nại cũng như bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của họ, pháp luật khiếu nại ghi nhận người khiếu nại có những quyền nhất định và các quyền này phải được người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại bảo đảm. Quyền của người khiếu nại được quy định tại khoản 1 Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011. Theo đó, người khiếu nại có quyền ủy quyền cho người khác thực hiện việc khiếu nại, nhờ luật sư tư vấn pháp luật hoặc ủy quyền cho luật sư khiếu nại... Tuy nhiên, quy định này thuộc Chương II về việc khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính, còn việc khiếu nại, giải quyết khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức tại Chương IV lại chưa ghi nhận.

Có thể nhận thấy, dù bất cứ hình thức kỷ luật nào, quyết định kỷ luật là quyết định liên quan trực tiếp đến nhân thân của cán bộ, công chức bị kỷ luật, vì thế, về nguyên tắc phải do chính cán bộ, công chức thực hiện quyền khiếu nại. Tuy nhiên, không thể loại trừ trường hợp cán bộ, công chức không đồng ý với quyết định kỷ luật nhưng không may ốm đau, bệnh tật hoặc thậm chí bị mất năng lực hành vi dân sự khi chưa thực hiện quyền khiếu nại. Trong các trường hợp này, pháp luật khiếu nại không quy định cán bộ, công chức được quyền ủy quyền khiếu nại (đối với trường hợp ốm đau, bệnh tật) hoặc khiếu nại thông qua người đại diện theo pháp luật nếu cán bộ, công chức bị mất năng lực hành vi dân sự là sự thiếu sót lớn.

Hai là, chưa quy định thống nhất về đối tượng có quyền khiếu nại quyết định kỷ luật.

Mặc dù Luật Khiếu nại năm 2011 đã quy định quyết định kỷ luật là đối tượng khiếu nại, nhưng lại không đề cập đến

những cán bộ, công chức có quyền khiếu nại khi bị kỷ luật. Như vậy, có thể hiểu mọi cán bộ, công chức khi bị kỷ luật đều có thể khiếu nại hay không?

Theo quy định tại khoản 3 Điều 51 Luật Khiếu nại năm 2011 về thẩm quyền giải quyết khiếu nại, Bộ trưởng Bộ Nội vụ có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định kỷ luật mà Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết. Vì thế, mặc dù Luật Khiếu nại năm 2011 không trực tiếp quy định những cán bộ, công chức có quyền khiếu nại khi bị kỷ luật, nhưng qua quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại có thể hiểu, cán bộ, công chức chỉ có thể khiếu nại quyết định kỷ luật thuộc thẩm quyền ban hành của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ trở xuống. Việc ban hành quyết định kỷ luật cán bộ, công chức ở trung ương không chỉ thuộc thẩm quyền của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ mà còn có thể thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ (xử lý kỷ luật Thứ trưởng). Nếu chiếu theo quy định tại khoản 10 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 thì tất cả cán bộ, công chức khi bị kỷ luật đều có quyền khiếu nại, nhưng quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại như trên lại gián tiếp giới hạn những cán bộ, công chức có thể khiếu nại quyết định kỷ luật. Sự mâu thuẫn này không chỉ gây khó khăn khi thực hiện việc khiếu nại mà còn hạn chế quyền khiếu nại của cán bộ, công chức.

- Về đối tượng khiếu nại

Khoản 10 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định, quyết định kỷ luật thuộc đối tượng của khiếu nại là “*quyết định bằng văn*

bản của người đứng đầu cơ quan, tổ chức để áp dụng một trong các hình thức kỷ luật đối với cán bộ, công chức thuộc quyền quản lý của mình theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức". Tuy nhiên, theo khoản 8 Điều 2, quyết định hành chính "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". Như vậy, về mặt hình thức, một quyết định hành chính để có thể trở thành đối tượng khiếu nại chỉ cần thể hiện bằng văn bản mà không đặt ra điều kiện văn bản đó phải có hình thức thể hiện là quyết định. Vì thế, nếu như cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước ban hành văn bản có nội dung là một quyết định hành chính nhưng thể hiện dưới dạng thông báo, công văn, kết luận... thì vẫn có thể là đối tượng bị khiếu nại. Với cách quy định như tại khoản 10 Điều 2 có thể dẫn đến cách hiểu, chỉ có quyết định kỷ luật mang tên gọi "quyết định" thì mới thuộc đối tượng bị khiếu nại. Vậy, khi xử lý kỷ luật cán bộ, công chức, nếu người đứng đầu cơ quan, tổ chức không ban hành quyết định mà ra thông báo, công văn... thì cán bộ, công chức có thể khiếu nại các văn bản này hay không?

- Về thời hiệu, thời hạn khiếu nại

Một là, cách tính thời hạn khiếu nại lần hai không hợp lý và mâu thuẫn.

Thời hạn khiếu nại lần hai theo Điều 48 Luật Khiếu nại năm 2011 là 10 ngày kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu; đối với quyết định kỷ luật buộc thôi việc thì thời hiệu khiếu nại lần hai là 30 ngày, kể từ ngày

cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu. Như vậy, thời hạn khiếu nại lần hai được tính kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu và nếu không có quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu, thì cán bộ, công chức không thể khiếu nại lần hai. Vậy, khi cán bộ, công chức không đồng ý với quyết định kỷ luật và thực hiện quyền khiếu nại hợp lệ nhưng người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu vì một lý do nào đó không ban hành quyết định giải quyết khiếu nại, thì cán bộ, công chức sẽ không thể khiếu nại lần hai và không có con đường nào khác để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình.

Bên cạnh việc hạn chế quyền khiếu nại lần hai, quy định về thời hạn khiếu nại lần hai cũng không thống nhất với thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai của Bộ trưởng Bộ Nội vụ theo khoản 3 Điều 51 Luật Khiếu nại năm 2011. Trong khi Điều 48 khẳng định thời hiệu khiếu nại lần hai được tính kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu, thì theo khoản 3 Điều 51: "*Bộ trưởng Bộ Nội vụ có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định kỷ luật mà Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc **khiếu nại lần đầu đã hết hạn nhưng chưa được giải quyết***". Theo quy định này, thì cán bộ, công chức đã khiếu nại lần đầu đến Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, có quyền khiếu nại lần hai đến Bộ trưởng Bộ Nội vụ khi đã có quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu nhưng

không đồng ý hoặc khi khiếu nại lần đầu đã hết hạn mà chưa được giải quyết.

Hai là, thời hạn khiếu nại lần hai đối với các hình thức kỷ luật khác ngoài hình thức kỷ luật buộc thôi việc là quá ngắn.

Như đã trình bày, thời hiệu khiếu nại quyết định kỷ luật là tương đối ngắn. Đây là quy định hợp lý nhằm khôi phục nhanh chóng quyền, lợi ích hợp pháp của cán bộ, công chức khi bị kỷ luật cũng như bảo đảm trật tự, kỷ cương trong cơ quan, tổ chức. Tuy nhiên, thời hiệu khiếu nại lần hai đối với các hình thức kỷ luật khác ngoài hình thức kỷ luật buộc thôi việc cần phải được cân nhắc lại. Nếu không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu, cán bộ, công chức chỉ có thể thực hiện quyền khiếu nại lần hai trong thời hạn 10 ngày. Theo chúng tôi, thời hạn này là quá ngắn và không hợp lý. Bởi nếu thời điểm nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu vào trước những ngày nghỉ dài (như nghỉ Tết Nguyên Đán), cán bộ, công chức sẽ mất khoảng thời gian không thể khiếu nại và không loại trừ trường hợp những ngày nghỉ này có thể kéo dài quá thời hạn khiếu nại.

- Về hình thức, thủ tục khiếu nại

Hình thức khiếu nại là một trong những điều kiện cán bộ, công chức phải đáp ứng để khiếu nại được giải quyết. Bên cạnh khẳng định việc khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức phải thực hiện bằng đơn, Điều 49 Luật Khiếu nại năm 2011 còn quy định nội dung đơn và việc gửi đơn khiếu nại. Tuy nhiên, các quy định này được thể hiện khá sơ sài, gây khó khăn cho cán bộ, công chức khi thực hiện việc khiếu nại. Nội dung đơn khiếu nại được quy định phải ghi rõ ngày, tháng, năm; họ, tên, địa chỉ của người khiếu nại; nội dung, lý do khiếu nại, yêu cầu của người khiếu nại và có chữ ký

của người khiếu nại. Luật Khiếu nại năm 2011 không đề cập đến nội dung về thẩm quyền giải quyết khiếu nại; họ, tên, địa chỉ của người bị khiếu nại và không có sự phân định giữa nội dung đơn khiếu nại lần đầu với nội dung đơn khiếu nại lần hai. Trong đơn khiếu nại lần hai phải ghi rõ kết quả giải quyết khiếu nại lần đầu kèm với quyết định giải quyết khiếu nại. Đây là những nội dung quan trọng thiết nghĩ cần phải được thể hiện trong đơn khiếu nại.

Thủ tục khiếu nại là một trong những nội dung quan trọng giúp người khiếu nại thực hiện việc khiếu nại đúng quy định. Tuy nhiên, Luật Khiếu nại năm 2011 quy định về thủ tục khiếu nại khá sơ lược khi không đề cập đến các phương thức khiếu nại cụ thể mà người khiếu nại có thể thực hiện. Điều này dẫn đến việc gửi đơn khiếu nại gặp khó khăn. Nếu người khiếu nại không nộp đơn khiếu nại trực tiếp đến người có thẩm quyền mà gửi đơn qua đường bưu điện thì đơn khiếu nại có được xem xét giải quyết hay không? Ngoài ra, quy định về việc gửi đơn khiếu nại lần hai đến người có thẩm quyền lại không chính xác. Điều 49 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định đơn khiếu nại lần hai được gửi đến cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai, trong khi thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai theo quy định tại khoản 2, 3 Điều 51 Luật Khiếu nại năm 2011 chỉ thuộc về các cá nhân có thẩm quyền mà không thuộc về cơ quan, tổ chức¹².

Trên cơ sở phân tích, đánh giá những bất cập trong quy định của Luật Khiếu nại

(Xem tiếp trang 26)

¹² Cao Vũ Minh, Đề khiếu nại xứng tầm là một quyền hiến định, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 10/2012.

HÌNH PHẠT CHÍNH ÁP DỤNG ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI PHẠM TỘI TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Phan Thị Phương Hiền**
*Lê Thị Minh Châu***

Tóm tắt: Bộ luật Hình sự năm 2015 lần đầu tiên ghi nhận trách nhiệm hình sự và hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Bài viết tập trung phân tích một số hạn chế trong các quy định về hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại phạm tội nhằm đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: For the first time the 2015 Criminal Code has recognized penal liability and penalties applicable to commercial legal entity. The article focuses on the analysis of shortcomings on principal penalties applicable to commercial legal entity committing crimes with the purpose to make relevant proposals.

1. Quy định về hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại trong Bộ luật Hình sự năm 2015

Điều 75 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*Pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên; Pháp nhân thương mại bao gồm doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác; Việc thành lập, hoạt động và chấm dứt pháp nhân thương mại được thực hiện theo quy định của Bộ luật Dân sự, Luật Doanh nghiệp và quy định khác của pháp luật có liên quan*”.

Pháp nhân thương mại (PNTM) phải chịu trách nhiệm hình sự (TNHS) khi thực hiện các tội phạm được quy định tại Điều 76 Bộ luật Hình sự (BLHS) 2015.

Các hình phạt được áp dụng đối với PNTM phạm tội được quy định tại Điều 33 BLHS, trong đó bao gồm hình phạt chính và hình phạt bổ sung. Hình phạt chính được

quy định tại khoản 1 bao gồm: Phạt tiền, đình chỉ hoạt động có thời hạn và đình chỉ hoạt động vĩnh viễn. Điều kiện áp dụng các hình phạt chính này được quy định cụ thể tại Điều 77, Điều 78 và Điều 79 BLHS. Về nguyên tắc, đối với mỗi tội phạm, PNTM phạm tội chỉ bị áp dụng một loại hình phạt chính (khoản 3 Điều 33 BLHS).

1.1. Phạt tiền

Phạt tiền hay ngân hình là hình phạt buộc chủ thể bị kết án phải nộp một khoản tiền nhất định để sung công quỹ nhà nước. Đây là hình phạt được áp dụng nhằm tước đoạt các khoản tiền thu lợi bất chính mà PNTM bị kết án đã thu được và trừng phạt PNTM đó về mặt kinh tế, thông qua đó ngăn ngừa tái phạm.

Điều 76 BLHS 2015 quy định 31 tội danh PNTM phải chịu TNHS thuộc Chương XVIII (Các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế) và Chương XIX (Các tội phạm về môi trường). Tất cả các tội này áp dụng đối với PNTM phạm tội đều có quy định hình phạt tiền là hình phạt chính, 5 tội danh quy

* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** Văn phòng Luật sư Gia Linh.

định hình phạt tiền là hình phạt chính duy nhất; đó là Tội đầu cơ (Điều 196), Tội cố ý công bố thông tin sai lệch hoặc che giấu thông tin trong hoạt động chứng khoán (Điều 209), Tội sử dụng thông tin nội bộ để mua bán chứng khoán (Điều 210), Tội gian lận trong kinh doanh bảo hiểm (Điều 213); Tội trốn đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp cho người lao động (Điều 216).

Điều 77 BLHS quy định: “*Phạt tiền được áp dụng là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung đối với pháp nhân thương mại phạm tội.*”

Mức tiền phạt được quyết định căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm và có xét đến tình hình tài chính của pháp nhân thương mại phạm tội, sự biến động của giá cả nhưng không được thấp hơn 50.000.000 đồng”.

Như vậy, điều kiện để áp dụng hình phạt này là: PNTM thực hiện hành vi phạm tội đối với bất cứ tội danh nào được quy định tại Điều 76 BLHS. Về mức độ xử phạt, BLHS chỉ giới hạn mức tối thiểu là 50.000.000 đồng mà không quy định mức tối đa. Tuy nhiên, khi áp dụng phải cân nhắc đến tình hình tài chính của pháp nhân và sự biến động giá cả.

1.2. Đình chỉ hoạt động có thời hạn

Hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn được quy định tại Điều 78 BLHS. Trong 31 tội danh PNTM có thể phải chịu TNHS thì hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn được quy định tại 22 tội danh¹.

¹ Bao gồm: Điều 188 (Tội buôn lậu); Điều 189 (Tội vận chuyển trái phép hàng hóa, tiền tệ qua biên giới); Điều 190 (Tội sản xuất, buôn bán hàng cấm); Điều 191 (Tội tàng trữ, vận chuyển hàng cấm); Điều 192 (Tội sản xuất, buôn bán hàng giả); Điều 193 (Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm); Điều 194 (Tội sản xuất, buôn

Khoản 1 Điều 78 BLHS quy định: “*Đình chỉ hoạt động có thời hạn là tạm dừng hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự, an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng khắc phục trên thực tế*”. Như vậy, điều kiện để có thể áp dụng hình phạt này là:

- Có hành vi phạm tội do PNTM thực hiện;

- Hành vi phạm tội gây ra thiệt hại về tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự, an toàn xã hội;

- Hậu quả gây ra do hành vi phạm tội của PNTM có khả năng khắc phục trên thực tế;

- Thời hạn áp dụng từ 6 tháng đến 3 năm (khoản 2 Điều 78 BLHS).

1.3. Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn

Điều 79 BLHS 2015 quy định: “*1. Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn là chấm dứt hoạt động của pháp nhân thương mại trong một*

bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh); Điều 195 (Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thức ăn dùng để chăn nuôi, phân bón, thuốc thú y, thuốc bảo vệ thực vật, giống cây trồng, vật nuôi); Điều 200 (Tội trốn thuế); Điều 217 (Tội vi phạm quy định về cạnh tranh); Điều 225 (Tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan); Điều 226 (Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp); Điều 227 (Tội vi phạm các quy định về nghiên cứu, thăm dò, khai thác tài nguyên); Điều 232 (Tội vi phạm các quy định về khai thác và bảo vệ rừng); Điều 234 (Tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật hoang dã); Điều 235 (Tội gây ô nhiễm môi trường); Điều 239 (Tội đưa chất thải vào lãnh thổ Việt Nam); Điều 242 (Tội huỷ hoại nguồn lợi thủy sản); Điều 243 (Tội huỷ hoại rừng); Điều 244 (Tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật nguy cấp, quý, hiếm); Điều 245 (Tội vi phạm các quy định về quản lý khu bảo tồn thiên nhiên); Điều 246 (Tội nhập khẩu, phát tán các loài ngoại lai xâm hại).

hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại hoặc có khả năng thực tế gây thiệt hại đến tính mạng của nhiều người, gây sự cố môi trường hoặc gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội và không có khả năng khắc phục hậu quả gây ra.

2. *Pháp nhân thương mại được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm thì bị đình chỉ vĩnh viễn toàn bộ hoạt động*².

Như vậy, có 2 trường hợp có thể áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn đối với PNTM:

Thứ nhất, đình chỉ hoạt động trong một lĩnh vực hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân đó phạm tội khi có đủ hai điều kiện: 1) Hành vi phạm tội gây thiệt hại hoặc có khả năng thực tế gây thiệt hại đến tính mạng của nhiều người, gây sự cố môi trường hoặc gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội; 2) Không có khả năng khắc phục hậu quả gây ra.

Thứ hai, đình chỉ toàn bộ hoạt động trong trường hợp pháp nhân đó được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm.

Hậu quả pháp lý của việc áp dụng hình phạt này là PNTM phạm tội sẽ bị chấm dứt hoạt động trong những lĩnh vực bị đình chỉ hoặc chấm dứt toàn bộ hoạt động, và trong 31 tội danh mà PNTM có thể phải chịu TNHS có 19 tội danh quy định hình phạt này là hình phạt chính².

² Bao gồm: Điều 188 (Tội buôn lậu); Điều 189 (Tội vận chuyển trái phép hàng hóa, tiền tệ qua biên giới); Điều 190 (Tội sản xuất, buôn bán hàng cấm); Điều 191 (Tội tàng trữ, vận chuyển hàng cấm); Điều 192 (Tội sản xuất, buôn bán hàng giả); Điều 193 (Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm); Điều 194 (Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh); Điều 195 (Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thức ăn dùng để chăn nuôi, phân bón, thuốc thú y, thuốc bảo

2. Một số hạn chế trong các quy định về hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại phạm tội

a) *Đối với hình phạt tiền (Điều 77 BLHS)*

Theo quy định tại Điều 77, mức phạt tiền tối thiểu đối với PNTM phạm tội là 50.000.000 đồng, không quy định mức tối đa. Trước đây, BLHS 1999 quy định mức phạt tiền theo 2 phương thức: “*Một là, quy định mức phạt tiền cụ thể với việc chỉ ra giới hạn tối thiểu và giới hạn tối đa...; hai là, quy định mức phạt tiền bằng một số lần số lợi bất chính (nếu là hình phạt chính thì tối đa là gấp 10 lần, nếu là hình phạt bổ sung thì tối đa là gấp 5 lần giá trị tài sản phạm tội)*”³.

Ví dụ, khoản 1 Điều 163 BLHS 1999 quy định về Tội cho vay nặng lãi: “*Người nào cho vay với mức lãi suất cao hơn mức lãi suất cao nhất mà pháp luật quy định từ mười lần trở lên có tính chất chuyên bóc lột, thì bị phạt tiền từ một lần đến mười lần số tiền lãi hoặc phạt cải tạo không giam giữ đến một năm*”.

vệ thực vật, giống cây trồng, vật nuôi); Điều 200 (Tội trốn thuế); Điều 203 (Tội in, phát hành, mua bán trái phép hóa đơn, chứng từ); Điều 211 (Tội thao túng thị trường chứng khoán); Điều 234 (Tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật hoang dã); Điều 235 (Tội gây ô nhiễm môi trường); Điều 237 (Tội vi phạm phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường); Điều 238 (Tội vi phạm quy định về bảo vệ an toàn công trình thủy lợi, đê điều và phòng, chống thiên tai; vi phạm quy định về bảo vệ bờ, bãi sông); Điều 239 (Tội đưa chất thải vào lãnh thổ Việt Nam); Điều 243 (Tội huỷ hoại rừng); Điều 244 (Tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật nguy cấp, quý, hiếm); Điều 245 (Tội vi phạm các quy định về quản lý khu bảo tồn thiên nhiên).

³ Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật hình sự Việt Nam phần chung*, Nxb. Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, năm 2012, tr.279.

Tuy nhiên, hiện nay trong BLHS 2015, theo khảo sát của nhóm tác giả về hình phạt tiền trong Phần các tội phạm (đối với cả cá nhân và PNTM phạm tội) thì đã không còn cách quy định mức phạt tiền bằng cách gấp một số lần số lợi bất chính. Việc không quy định cách thức tính xử phạt như vậy là một hạn chế của BLHS 2015, vì đối với PNTM phạm tội thì lợi nhuận là mục tiêu hàng đầu để các pháp nhân này bất chấp pháp luật thực hiện hành vi phạm tội, vì vậy mức hình phạt phải có tính răn đe mới có thể đạt được mục đích của hình phạt. Việc quy định một mức phạt tiền tối đa trong mọi trường hợp sẽ dẫn đến một số PNTM chấp nhận việc bị xử phạt để đạt được mục đích kinh tế của mình, đặc biệt trong các tội phạm chỉ quy định phạt tiền là hình phạt chính.

Như vậy, đối với hình phạt tiền là hình phạt chính, ngoài việc quy định mức phạt tiền tối đa cụ thể như hiện nay thì nên quy định thêm cách tính gấp một số lần số lợi bất chính. Cách tính này cũng được một số nước thừa nhận TNHS của pháp nhân áp dụng như Australia, Mỹ, Bỉ, Pháp.

Ví dụ: BLHS Liên bang Australia quy định: *pháp nhân phạm tội hối lộ công chức nước ngoài có thể bị phạt tiền gấp 100.000 lần PU (tương đương 18 triệu AUD. PU là viết tắt của penalty units: đơn vị hình phạt), ba lần giá trị lợi ích thu được (nếu có thể tính được) hoặc mười phần trăm doanh thu 12 tháng trước đó của công ty, bao gồm cả cơ quan doanh nghiệp liên quan*⁴; BLHS Pháp quy định: *“Mức phạt tiền tối đa đối với pháp nhân phạm tội là gấp 5 lần hình phạt tiền mà luật áp dụng đối với cá nhân phạm tội tương ứng, trong trường hợp điều*

⁴ Criminal Code Act of Australia, 1995, Điều 70.2(5), <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00753>, truy cập ngày 5/12/2016.

*luật mà cá nhân phạm tội tương ứng không quy định hình phạt tiền thì mức phạt tối đa đối với pháp nhân phạm tội là 1.000.000 francs”*⁵. *“Pháp nhân phạm tội có thể bị phạt tiền tối đa gấp 10 lần trong trường hợp tái phạm”*⁶.

b) Về điều kiện áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn (Điều 78 BLHS)

Theo khoản 1 Điều 78, một trong những điều kiện để áp dụng hình phạt này là phải gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng khắc phục trên thực tế. Theo quan điểm của nhóm tác giả, việc quy định này là không hợp lý và rất khó có thể xác định trên thực tế. Bởi với việc gây thiệt hại tính mạng, sức khỏe cần phải chứng minh bằng việc có số lượng người bị thiệt mạng, hay số lượng người bị thiệt hại về sức khỏe với tỷ lệ tổn thương cơ thể là bao nhiêu %. Tuy nhiên, những thiệt hại này không thể khắc phục được trên thực tế, vì vậy không cần kèm theo điều kiện là hậu quả có thể khắc phục được. Ngoài ra, với những thiệt hại về môi trường, an ninh, trật tự, phải đạt đến mức độ nào, xác định như thế nào là có thiệt hại, và như thế nào có thể xem là khắc phục được? (đặc biệt trong lĩnh vực môi trường, có những hậu quả chưa bộc lộ ngay nhưng về lâu dài lại để lại những hậu quả rất lớn cho xã hội).

c) Về điều kiện áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn (Điều 79 BLHS)

⁵ Criminal Code of the French Republic, Điều 131-38, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30>, truy cập ngày 5/12/2016.

⁶ Criminal Code of the French Republic, Điều 132-13 đến Điều 132-15, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30>, truy cập ngày 5/12/2016.

Thứ nhất, về điều kiện tại khoản 1 Điều 79: gây ra hậu quả thực tế không có khả năng khắc phục. Việc quy định điều kiện này mang tính chất định tính, vì vậy, để có thể xác định thế nào là “hậu quả không thể khắc phục được” cần phải có văn bản hướng dẫn cụ thể.

Thứ hai, về điều kiện tại khoản 2 Điều 79 BLHS: PNTM được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm, là điều kiện hoàn toàn hợp lý. Đối với những pháp nhân nếu có hành vi phạm tội và chứng minh được mục đích thành lập là để thực hiện tội phạm thì có đủ cơ sở áp dụng hình phạt này. Tuy nhiên, trên thực tế, có những PNTM khi thành lập thì mục đích chính là kinh doanh hợp pháp nhằm tìm kiếm lợi nhuận, nhưng trong quá trình làm ăn bị thua lỗ mới chuyển hẳn sang mục đích là thực hiện tội phạm; vậy có thể áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn theo khoản 2 Điều 79 BLHS được không?

Tham khảo kinh nghiệm lập pháp một số nước trên thế giới như Pháp, Bỉ, ngoài trường hợp pháp nhân được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm, còn quy định thêm trường hợp pháp nhân *đã chuyển đổi mục đích hoạt động ban đầu sang mục đích thực hiện tội phạm*. Ví dụ, khoản 1 Điều 131-39 BLHS Pháp quy định: “*Pháp nhân sẽ bị giải thể nếu được thành lập nhằm mục đích thực hiện một trọng tội hoặc pháp nhân phạm trọng tội hoặc khinh tội mà điều luật về tội phạm có quy định hình phạt tù đối với cá nhân là bằng hoặc cao hơn 3 năm tù hoặc trong trường hợp pháp nhân đã chuyển đổi mục đích hoạt động ban đầu sang mục đích thực hiện một tội phạm*”⁷.

⁷ Criminal Code of the French Republic, Điều 131-39, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30>, truy cập ngày 5/12/2017.

Vì vậy, theo quan điểm của nhóm tác giả, để thống nhất trong cách hiểu và áp dụng thì khoản 2 Điều 79 BLHS cần sửa đổi nội dung đầy đủ và phù hợp hơn.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định về hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại phạm tội

Thứ nhất, ngoài việc quy định mức phạt tiền giới hạn mức phạt từ tối thiểu đến tối đa như hiện nay, cần quy định thêm hình thức phạt tiền theo tỷ lệ gấp một số lần số lợi bất chính đối với những tội phạm mà PNTM thực hiện chỉ quy định hình phạt tiền là hình phạt chính duy nhất (có 5 tội phạm). Mức phạt tiền phải đủ nghiêm khắc mới đạt được mục đích ngăn ngừa PNTM phạm tội.

Thứ hai, sửa đổi điều kiện áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn tại khoản 1 Điều 78 BLHS theo hướng: trường hợp gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người thì không kèm thêm điều kiện nào khác. Còn trường hợp gây thiệt hại về môi trường, an ninh, trật tự, an toàn xã hội thì cần kèm theo điều kiện “hậu quả có khả năng khắc phục trên thực tế”; đồng thời cần có văn bản hướng dẫn các tiêu chí cụ thể. Như vậy, khoản 1 Điều 78 BLHS sửa đổi như sau:

“1. Đình chỉ hoạt động có thời hạn là tạm dừng hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội khi:

a. Gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người;

b. Hoặc gây thiệt hại đến môi trường hoặc an ninh trật tự, an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng khắc phục trên thực tế”.

Thứ ba, sửa đổi điều kiện áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn tại khoản 1 Điều 79 BLHS theo hướng: trường hợp

gây thiệt hại hoặc có khả năng thực tế gây thiệt hại đến tính mạng nhiều người thì không cần kèm theo điều kiện nào khác. Còn trường hợp gây sự cố về môi trường hoặc gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội thì cần kèm theo điều kiện “hậu quả không có khả năng khắc phục trên thực tế”; đồng thời cần có văn bản hướng dẫn các tiêu chí cụ thể. Như vậy, khoản 1 Điều 79 BLHS sửa đổi như sau:

“1. Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn là chấm dứt hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội khi:

a. Gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại thực tế cho tính mạng của nhiều người;

b. Hoặc gây sự cố về môi trường hoặc gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội và không có khả năng khắc phục hậu quả gây ra”.

Thứ tư, sửa đổi khoản 2 Điều 79 BLHS về điều kiện áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn theo hướng, bổ sung thêm trường hợp pháp nhân thương mại chuyển đổi mục đích phạm tội sau khi thành lập như sau: “2. Pháp nhân thương mại được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm hoặc pháp nhân thương mại đã chuyển đổi mục đích hoạt động ban đầu sang mục đích thực hiện tội phạm thì bị đình chỉ vĩnh viễn toàn bộ hoạt động”.

(Tiếp theo trang 20 – Khiếu nại quyết định kỷ luật...)

năm 2011 về khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức, nhằm bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của cán bộ, công chức, pháp luật khiếu nại cần hoàn thiện một số nội dung sau đây:

- Cần quy định cụ thể về việc đại diện theo pháp luật đối với cán bộ, công chức bị kỷ luật khi mất năng lực hành vi dân sự và đại diện theo ủy quyền trong trường hợp cán bộ, công chức vì lý do khách quan như ốm đau, bệnh tật... không thể thực hiện việc khiếu nại.

- Để đảm bảo tính thống nhất trong quy định và sự hợp lý về cán bộ, công chức có quyền khiếu nại, Luật Khiếu nại năm 2011 cần bỏ quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với từng trường hợp cụ thể mà thay vào đó là nguyên tắc: “*người đã ra quyết định kỷ luật là người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu*” và không giới hạn về quyền này của cán bộ, công chức.

- Sửa đổi khái niệm quyết định kỷ luật là đối tượng khiếu nại theo hướng mở rộng về hình thức như sau: “*Quyết định kỷ luật là văn bản của người đứng đầu cơ quan, tổ chức quyết định áp dụng hình thức kỷ luật đối với cán bộ, công chức thuộc quyền quản lý của mình*”.

- Về thời hiệu, thời hạn khiếu nại, cần quy định thời hạn khiếu nại lần hai được tính kể từ ngày nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu hoặc hết thời hạn giải quyết khiếu nại lần đầu mà không được giải quyết. Từ đó, mở rộng thời hạn khiếu nại lần hai đối với các hình thức kỷ luật khác ngoài hình thức kỷ luật buộc thôi việc.

- Bổ sung một số nội dung cần thiết trong đơn khiếu nại và quy định cụ thể về phương thức khiếu nại. Đồng thời, sửa đổi quy định về việc gửi đơn khiếu nại lần hai đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai.

NHỮNG ĐIỂM MỚI TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ BIỆN PHÁP ÁP GIẢI, DẪN GIẢI CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015 VÀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ CẦN HOÀN THIỆN

Ngô Văn Vịnh*
Ngô Thanh Nhàn**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những điểm mới trong các quy định về biện pháp áp giải, dẫn giải của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015, đồng thời chỉ ra một số vấn đề cần hoàn thiện.

Abstract: The article analyses new points in regulations on escort under the 2015 Criminal Procedure Code, thereby points out several issues in need of revision.

1. Áp giải, dẫn giải không phải là những biện pháp mới, mà đã được quy định trong Bộ luật Tố tụng Hình sự (TTHS) năm 2003. Theo đó, trong Bộ luật TTHS năm 2003, việc áp giải, dẫn giải được quy định tại các điều: Điều 49 (Bị can); Điều 50 (Bị cáo); Điều 55 (Người làm chứng); Điều 130 (Áp giải bị can tại ngoại); Điều 134 (Dẫn giải người làm chứng); Điều 187 (Sự có mặt của bị cáo tại phiên tòa) và Điều 192 (Sự có mặt của người làm chứng). Tuy nhiên, một số bất cập của các quy định này đã bộc lộ trong quá trình áp dụng. Chính vì vậy, Bộ luật TTHS năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung như sau:

Thứ nhất, về đối tượng bị áp dụng

+ Đối với biện pháp áp giải:

Khoản 3 Điều 49 Bộ luật TTHS năm 2003 quy định: “*Bị can phải có mặt theo giấy triệu tập của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát; trong trường hợp vắng mặt không có lý do chính đáng thì có thể bị áp giải; nếu bỏ trốn thì bị truy nã*”; và khoản 3 Điều 50 Bộ luật TTHS năm 2003 quy định: “*Bị*

cáo phải có mặt theo giấy triệu tập của Tòa án; trong trường hợp vắng mặt không có lý do chính đáng thì có thể bị áp giải; nếu bỏ trốn thì bị truy nã”. Như vậy, theo các quy định trên, biện pháp áp giải chỉ được áp dụng đối với bị can, bị cáo. Trong khi đó, theo khoản 1 Điều 127 Bộ luật TTHS năm 2015, “*Áp giải có thể áp dụng đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị buộc tội*”; và theo điểm đ, khoản 1 Điều 4 Bộ luật TTHS năm 2015 “*Người bị buộc tội gồm người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo*”. Có thể thấy, đối tượng bị áp dụng biện pháp áp giải trong Bộ luật TTHS năm 2015 đã được mở rộng hơn so với Bộ luật TTHS năm 2003. Theo đó, không chỉ bị can, bị cáo mà người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt và người bị tạm giữ cũng có thể bị áp dụng biện pháp áp giải.

+ Đối với biện pháp dẫn giải

Theo quy định tại Điều 55, Điều 134 và Điều 192 Bộ luật TTHS năm 2003, đối tượng bị áp dụng biện pháp dẫn giải chỉ có thể là người làm chứng, còn theo khoản 2 Điều 127 Bộ luật TTHS năm 2015 thì:

“*Dẫn giải có thể áp dụng đối với:*

* ThS., Học viện Chính trị Công an nhân dân.

** ThS., Trường Trung cấp Cảnh sát nhân dân VI.

a) Người làm chứng trong trường hợp họ không có mặt theo giấy triệu tập mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan;

b) Người bị hại trong trường hợp họ từ chối việc giám định theo quyết định trung cầu của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan;

c) Người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố mà qua kiểm tra, xác minh có đủ căn cứ xác định người đó liên quan đến hành vi phạm tội được khởi tố vụ án, đã được triệu tập mà vẫn vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan”.

Với quy định này, thì ngoài người làm chứng, biện pháp dẫn giải còn có thể được áp dụng đối với người bị hại, người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố. Như vậy, đối tượng có thể bị áp dụng biện pháp dẫn giải trong Bộ luật TTHS năm 2015 cũng được mở rộng hơn. Đặc biệt, việc quy định người bị hại có thể bị dẫn giải trong trường hợp họ từ chối việc giám định theo quyết định trung cầu của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan là một điểm mới, giúp các cơ quan có thẩm quyền khắc phục khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn giải quyết một số vụ án đòi hỏi phải có kết luận giám định về tỷ lệ thương tật của người bị hại nhưng họ từ chối giám định.

Thứ hai, về thẩm quyền áp dụng

Bộ luật TTHS năm 2003 không có điều luật quy định riêng về thẩm quyền áp dụng áp giải, dẫn giải. Theo đó, thẩm quyền áp dụng biện pháp áp giải, dẫn giải được quy định rải rác trong một số điều luật, cụ thể:

+ Khoản 3 Điều 49 Bộ luật TTHS năm 2003 quy định: “Bị can phải có mặt theo giấy triệu tập của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát; trong trường hợp vắng mặt không có lý do chính đáng thì có thể bị áp giải; nếu bỏ trốn thì bị truy nã”;

+ Khoản 3 Điều 50 Bộ luật TTHS năm 2003 quy định: “Bị cáo phải có mặt theo giấy triệu tập của Tòa án; trong trường hợp vắng mặt không có lý do chính đáng thì có thể bị áp giải; nếu bỏ trốn thì bị truy nã”;

+ Điểm a, khoản 4 Điều 55 Bộ luật TTHS năm 2003 quy định người làm chứng có nghĩa vụ: “Có mặt theo giấy triệu tập của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án; trong trường hợp cố ý không đến mà không có lý do chính đáng và việc vắng mặt của họ gây trở ngại cho việc điều tra, truy tố, xét xử thì có thể bị dẫn giải”.

Như vậy, cơ quan tiến hành tố tụng (Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án) triệu tập bị can, bị cáo, người làm chứng có thẩm quyền ra quyết định áp giải, dẫn giải.

Về thẩm quyền của cá nhân khi áp dụng biện pháp áp giải, dẫn giải, Bộ luật TTHS năm 2003 quy định thẩm quyền cho Điều tra viên:

“Điều tra viên được phân công điều tra vụ án hình sự có những nhiệm vụ và quyền hạn sau đây: ... Quyết định áp giải bị can, quyết định dẫn giải người làm chứng...” (điểm c, khoản 1 Điều 35) và “Bị can phải có mặt theo giấy triệu tập. Trong trường hợp vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc có biểu hiện trốn tránh thì Điều tra viên có thể ra quyết định áp giải” (khoản 3 Điều 129).

So với Bộ luật TTHS năm 2003, Bộ luật TTHS năm 2015 quy định về thẩm quyền áp giải, dẫn giải theo hướng mở rộng hơn:

“Điều tra viên, cấp trưởng của cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, Kiểm sát viên, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, Hội đồng xét xử có quyền ra quyết định áp giải, dẫn giải” (khoản 3 Điều 127). Việc mở rộng thẩm quyền áp dụng biện pháp áp giải, dẫn giải giúp cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng có thể áp dụng linh hoạt hơn, tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình giải quyết các vụ án hình sự.

Thứ ba, về thủ tục áp giải, dẫn giải

+ Về nội dung quyết định áp giải, dẫn giải:

Bộ luật TTHS năm 2003 quy định nội dung quyết định áp giải, dẫn giải riêng trong các điều luật khác nhau.

Trong Bộ luật TTHS năm 2015, nội dung quyết định áp giải, dẫn giải đã được quy định trong cùng một điều luật: “Quyết định áp giải, quyết định dẫn giải phải ghi rõ họ tên, ngày, tháng, năm sinh, nơi cư trú của người bị áp giải, dẫn giải; thời gian, địa điểm người bị áp giải, dẫn giải phải có mặt và các nội dung quy định tại khoản 2 Điều 132 của Bộ luật này” (khoản 4 Điều 127). Việc quy định tập trung như vậy thể hiện kỹ thuật lập pháp đảm bảo tính thống nhất, thuận tiện cho việc nghiên cứu và vận dụng trong thực tiễn.

+ Ngoài những điểm sửa đổi, bổ sung như trên, Bộ luật TTHS năm 2015 còn quy định cụ thể các cơ quan có trách nhiệm tổ chức thi hành quyết định áp giải, dẫn giải là Cơ quan Công an nhân dân, Quân đội nhân dân (khoản 5 Điều 127).

+ Bên cạnh đó, nếu như Bộ luật TTHS năm 2003 quy định: “Không được áp giải bị can vào ban đêm” (khoản 3 Điều 130),

và “Không được dẫn giải người làm chứng vào ban đêm” (khoản 4 Điều 134), thì Bộ luật TTHS năm 2015 quy định rõ hơn về thời điểm, đồng thời bổ sung thêm đối tượng không bị áp dụng biện pháp áp giải, dẫn giải: “Không được bắt đầu việc áp giải, dẫn giải người vào ban đêm; không được áp giải, dẫn giải người già yếu, người bị bệnh nặng có xác nhận của cơ quan y tế” (khoản 6 Điều 127).

2. Từ những phân tích trên có thể thấy, so với Bộ luật TTHS năm 2003, biện pháp áp giải, dẫn giải trong Bộ luật TTHS năm 2015 đã có nhiều sửa đổi, bổ sung theo hướng chặt chẽ hơn, cụ thể hơn. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, một số quy định về biện pháp áp giải, dẫn giải trong Bộ luật TTHS năm 2015 cần được tiếp tục hoàn thiện.

- **Thứ nhất**, điểm a khoản 3 Điều 60 quy định bị can có nghĩa vụ: “Có mặt theo giấy triệu tập của người có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Trường hợp vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan thì có thể bị áp giải...”, và điểm a khoản 3 Điều 61 quy định bị cáo có nghĩa vụ: “Có mặt theo giấy triệu tập của Tòa án. Trường hợp vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan thì có thể bị áp giải;...”. Như vậy, các điều luật trên chỉ quy định các trường hợp (căn cứ) áp dụng biện pháp áp giải đối với bị can, bị cáo. Tuy nhiên, như đã phân tích ở trên, đối tượng bị áp giải, ngoài bị can, bị cáo còn gồm người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ. Và khoản 1 Điều 127 cũng chỉ quy định chung: “Áp giải có thể áp dụng đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị buộc tội” mà không quy định đối với từng đối tượng cụ thể. Điều này sẽ dẫn đến sự thiếu thống nhất

trong nhận thức và vận dụng trong thực tiễn. Do đó, theo tác giả, các cơ quan có thẩm quyền cần có văn bản hướng dẫn cụ thể về căn cứ áp dụng biện pháp áp giải đối với các đối tượng nêu trên.

- **Thứ hai**, theo điểm a, khoản 2 Điều 127 Bộ luật TTHS năm 2015, dẫn giải có thể áp dụng đối với: “*Người làm chứng trong trường hợp họ không có mặt theo giấy triệu tập mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan*”.

Tuy nhiên, theo điểm a, khoản 4 Điều 66 Bộ luật TTHS năm 2015, người làm chứng có nghĩa vụ: “*Có mặt theo giấy triệu tập của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Trường hợp cố ý vắng mặt mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan và việc vắng mặt của họ gây trở ngại cho việc giải quyết nguồn tin về tội phạm, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử thì có thể bị dẫn giải*”. Với quy định này, dẫn giải người làm chứng chỉ áp dụng trong trường hợp cố ý vắng mặt mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan và việc vắng mặt của họ gây trở ngại cho việc giải quyết nguồn tin về tội phạm, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử.

Có thể thấy, có sự thiếu thống nhất trong quy định về căn cứ áp dụng biện pháp dẫn giải đối với người làm chứng. Theo quan điểm của tác giả, nên giữ nội dung điểm a khoản 4 Điều 66 Bộ luật TTHS năm 2015, vì dẫn giải là biện pháp cưỡng chế, do đó, chỉ nên áp dụng trong trường hợp thật cần thiết đối với người làm chứng. Hay nói cách khác, chỉ khi việc vắng mặt của người làm chứng gây trở ngại cho việc giải quyết nguồn tin về tội phạm, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử thì mới áp dụng biện pháp dẫn giải. Như vậy, để đảm bảo tính thống nhất,

điểm a, khoản 2 Điều 127 Bộ luật TTHS năm 2015 nên được sửa lại như sau:

“*Người làm chứng trong trường hợp họ không có mặt theo giấy triệu tập mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan và việc vắng mặt của họ gây trở ngại cho việc giải quyết nguồn tin về tội phạm, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử*”.

- **Thứ ba**, theo điểm b, khoản 2 Điều 127 Bộ luật TTHS năm 2015, dẫn giải có thể áp dụng đối với: “*Người bị hại trong trường hợp họ từ chối việc giám định theo quyết định trung cầu của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan*”, và điểm 1, khoản 1 Điều 4: “*Dẫn giải là việc cơ quan có thẩm quyền cưỡng chế người làm chứng, người bị tố giác hoặc bị kiến nghị khởi tố đến địa điểm tiến hành điều tra, truy tố, xét xử hoặc người bị hại từ chối giám định*”. Như vậy, dẫn giải chỉ áp dụng đối với người bị hại trong trường hợp họ từ chối giám định.

Tuy nhiên, trong Bộ luật TTHS năm 2015 khái niệm “*người bị hại*” đã được thay bằng “*bị hại*”. Hơn nữa, theo điểm a, khoản 4 Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015, bị hại có nghĩa vụ: “*Có mặt theo giấy triệu tập của người có thẩm quyền tiến hành tố tụng; trường hợp cố ý vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan thì có thể bị dẫn giải*”. Với quy định này, thì dẫn giải còn được áp dụng với bị hại trong trường hợp cố ý vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan.

Có thể thấy, quy định về việc dẫn giải bị hại cũng chưa đảm bảo sự thống nhất. Vì

(*Xem tiếp trang 34*)

VỀ NỘI DUNG MỚI ĐƯỢC BỔ SUNG TẠI KHOẢN 1 ĐIỀU 182 BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Tương Duy Lượng**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những bất cập trong quy định về “chiếm hữu liên tục” theo khoản 1 Điều 182 Bộ luật Dân sự 2015 (có hiệu lực từ 1/1/2017).

Abstract: The article analyses shortcomings of regulations on “continuous possession” under Article 182 Paragraph 1 of the 2015 Civil Code (effective since 1/1/2017).

Phần thứ hai trong Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015 là một trong những phần có nhiều nội dung được sửa đổi, bổ sung. Chương XII quy định về “chiếm hữu” là một chương mới, trong đó, Điều 182 quy định về chiếm hữu liên tục như sau:

“1. Chiếm hữu liên tục là việc chiếm hữu được thực hiện trong một khoảng thời gian mà không có tranh chấp về quyền đối với tài sản đó hoặc có tranh chấp nhưng chưa được giải quyết bằng một bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác, kể cả khi tài sản được giao cho người khác chiếm hữu.

2. Việc chiếm hữu không liên tục không được coi là căn cứ để suy đoán về tình trạng và quyền của người chiếm hữu được quy định tại Điều 184 của Bộ luật này”.

1. Trước đây, Điều 190 BLDS 2005 quy định về chiếm hữu liên tục như sau:

“Việc chiếm hữu tài sản được thực hiện trong một khoảng thời gian mà không có tranh chấp về tài sản đó là chiếm hữu liên tục, kể cả khi tài sản được giao cho người khác chiếm hữu”.

So với quy định mới về chiếm hữu liên tục tại Điều 182 BLDS 2015, có thể thấy Điều 190 BLDS 2005 về cơ bản hợp lý hơn. Theo đó, điều kiện để được công nhận chiếm hữu liên tục phải là “không có tranh chấp về tài sản đó”. Bởi việc có tranh chấp về quyền của chủ tài sản đã làm mất tính liên tục của việc chiếm hữu, ví dụ như người khởi kiện tranh chấp quyền sở hữu với người đang chiếm hữu ngay tình công khai, liên tục các tài sản đó và cho rằng mình là chủ đích thực hoặc là người được chủ đích thực ủy quyền.

Tuy nhiên, Điều 190 BLDS 2005 vẫn còn bất cập khi chỉ đề cập đến “tranh chấp về tài sản” mà không phải tranh chấp về quyền đối với tài sản. Khiếm khuyết này đã được bổ sung trong khoản 1 Điều 182 BLDS 2015. Song đoạn tiếp theo của quy định này: “...hoặc có tranh chấp nhưng chưa được giải quyết bằng một bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác,...” lại làm phát sinh một số bất hợp lý.

Thứ nhất, dù tranh chấp về quyền đối với tài sản chưa ảnh hưởng đến tính liên tục, (nếu cho rằng tính liên tục chỉ bị mất khi có phán quyết có hiệu lực của tòa án hoặc quyết định có hiệu lực của cơ quan có

* Nguyên Phó Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

thảm quyền) thì luật đã thiên về bảo vệ người chiếm hữu, tạo kẽ hở cho người “đang chiếm hữu” đối phó với chủ sở hữu đích thực.

Có thể ví dụ như sau: người chủ đích thực của tài sản khởi kiện đòi lại tài sản tại tòa án trước thời hạn 10 năm (9 năm 10 tháng) đối với tài sản là động sản. Người khởi kiện đã xuất trình đầy đủ, rõ ràng các chứng cứ chứng minh họ mới là chủ hợp pháp, nhưng đến khi phán quyết, có hiệu lực pháp luật thì đã quá 10 năm. Nguyên nhân có thể do thu thập, kiểm tra đánh giá chứng cứ khó khăn; do bị đơn cố tình kéo dài tố tụng bằng cách vắng mặt lần đầu ở mỗi công đoạn tố tụng, hoặc khi nhận được giấy triệu tập phiên tòa lần đầu... bị đơn vắng mặt buộc tòa án phải hoãn (theo quy định tại khoản 1 Điều 207, Điều 208, khoản 1 Điều 227 Bộ luật Tố tụng Dân sự). Ngoài ra, còn có trường hợp nguyên đơn khởi kiện trước khi xuất hiện thời hiệu hưởng quyền dân sự, nhưng do quá tải, do thiếu trách nhiệm của đơn vị tiếp nhận đơn khởi kiện..., dẫn đến quá 10 năm tòa án mới có phán quyết. Khi đó, tòa án căn cứ vào chứng cứ để kết luận tài sản là của nguyên đơn, hay căn cứ vào thời hiệu hưởng quyền dân sự để công nhận cho bị đơn, theo yêu cầu của bị đơn vì thời điểm tòa ra phán quyết đã quá 10 năm?

Trong tình huống trên, sẽ có hai khả năng tùy thuộc vào sự lựa chọn của Hội đồng xét xử:

- Khả năng thứ nhất: dù chứng cứ trong hồ sơ đã rõ để kết luận tài sản là của nguyên đơn, nhưng thời điểm tòa án cấp sơ thẩm ra phán quyết đã trên 10 năm kể từ ngày bị đơn chiếm hữu ngay tình, liên tục, công khai, nên căn cứ vào Điều 182, Điều 236¹

¹ Điều 236: “Người chiếm hữu, người được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình, liên

BLDS 2015, Hội đồng xét xử bác yêu cầu đòi tài sản của nguyên đơn.

Khả năng thứ hai: tòa án cấp sơ thẩm thấy đủ chứng cứ xác định tài sản là của nguyên đơn, buộc bị đơn giao trả cho nguyên đơn.

Nếu áp dụng tinh thần của BLDS 2015 sẽ tương ứng với khả năng thứ nhất, do thời điểm tòa án ra phán quyết, phán quyết có hiệu lực pháp luật đã quá 10 năm; và theo Điều 182, Điều 236 thì nguyên đơn (chủ sở hữu đích thực) đã mất quyền sở hữu tài sản. Bị đơn (người đang chiếm hữu ngay tình, liên tục, công khai tính đến ngày bản án có hiệu lực trên 10 năm) được hưởng quyền dân sự theo thời hiệu và “trở thành chủ sở hữu tài sản đó”.

Nếu tòa án cấp sơ thẩm lựa chọn khả năng thứ hai, công nhận quyền sở hữu tài sản cho nguyên đơn, bị đơn sẽ căn cứ vào Điều 153, 180, 182, 183, 236 BLDS 2015, điểm c khoản 01 Điều 326 BLTTDS 2015 để yêu cầu kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm; cấp giám đốc thẩm chấp nhận yêu cầu của bị đơn hủy bản án có hiệu lực pháp luật, giao cho tòa án cấp sơ thẩm xét xử lại theo hướng bác yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, công nhận bị đơn có quyền sở hữu tài sản theo Điều 236.

Nếu điều này xảy ra thì bị đơn - người không phải chủ sở hữu hợp pháp, có thể được công nhận là người có quyền sở hữu hợp pháp do được hưởng quyền dân sự theo thời hiệu.

tục, công khai trong thời hạn 10 năm đối với động sản, 30 năm đối với bất động sản thì trở thành chủ sở hữu tài sản đó, kể từ thời điểm bắt đầu chiếm hữu, trừ trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác”.

Trong trường hợp này, luật pháp đã không bảo vệ lẽ công bằng.

Thứ hai, nếu tại thời điểm tòa án cấp sơ thẩm công bố phán quyết (tuyên án) chưa đến 10 năm (9 năm 11 tháng 15 ngày), tòa án chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn, buộc bị đơn trả lại tài sản. Nhưng bị đơn căn cứ quy định tại Điều 182 đã kháng cáo; và thời điểm tòa án cấp phúc thẩm công bố phán quyết đã là 10 năm 2 tháng. Như vậy, bị đơn đã chiếm hữu ngay tình, công khai, liên tục trên 10 năm, thì theo quy định tại Điều 236, tòa án cấp phúc thẩm có sửa bản án sơ thẩm, bác yêu cầu của nguyên đơn, công nhận cho bị đơn được sở hữu tài sản hay không? Nếu áp dụng đúng quy định tại Điều 182, Điều 236 thì tòa án cấp phúc thẩm sẽ phải sửa bản án sơ thẩm theo hướng công nhận bị đơn được hưởng quyền dân sự theo thời hiệu.

Thứ ba, theo lời văn của Điều 182 BLDS 2015 quy định, “có” phán quyết có hiệu lực pháp luật của *tòa án* hoặc quyết định của *cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác* thì việc chiếm hữu mất tính liên tục; bất kể quyết định của cơ quan có thẩm quyền, bản án, quyết định của tòa án theo hướng nào (bác yêu cầu của người khởi kiện hay chấp nhận yêu cầu).

Theo Điều 190 BLDS 2005, khi “...có tranh chấp về tài sản đó...” là việc chiếm hữu đã mất tính liên tục, không phân biệt người khởi kiện có đủ căn cứ hay không. Việc lấy thời điểm phán quyết có hiệu lực pháp luật như Điều 182 BLDS 2015 mới mất tính liên tục, thì tiêu chí xác định về việc mất tính liên tục xét về bản chất cũng không có gì khác, tức là không phân biệt việc tranh chấp có căn cứ hay không có căn

cứ mà chỉ phụ thuộc vào hiệu lực của bản án/quyết định.

Thứ tư, trong giai đoạn hiện nay, hoạt động tài phán không chỉ có tài phán công là tòa án mà còn có tài phán tư, đó là tài phán bằng trọng tài. Tuy vậy, Điều 153, Điều 182 đều chỉ đề cập đến phán quyết của tòa án là không đầy đủ.

2. Từ những phân tích, bình luận trên tôi cho rằng, cần bỏ đoạn bổ sung: “...*hoặc có tranh chấp nhưng chưa được giải quyết bằng một bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác*” tại Điều 182. Nhưng ở thời điểm hiện tại, cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn để các tòa án xét xử được thống nhất.

Có thể nêu ra ba phương án hướng dẫn:

Phương án thứ nhất: Khi nguyên đơn khởi kiện mà thời hiệu hưởng quyền dân sự chưa xuất hiện (chưa đến 10 năm đối với động sản, 30 năm đối với bất động sản), tòa án căn cứ vào chứng cứ hai bên xuất trình hay tòa án thu thập được để quyết định. Điều đó có nghĩa, dù tại thời điểm tòa án ra phán quyết đã quá 10 năm hoặc 30 năm, nhưng nếu đủ căn cứ để khẳng định tài sản mà bị đơn đang chiếm hữu là của nguyên đơn thì chấp nhận yêu cầu khởi kiện đòi tài sản của nguyên đơn.

Phương án thứ hai: chỉ trong trường hợp, tại thời điểm tòa án cấp sơ thẩm tuyên án chưa xuất hiện thời hiệu hưởng quyền dân sự (chưa đến 10 năm, 30 năm), tòa án cấp sơ thẩm căn cứ vào tài liệu chứng cứ có trong hồ sơ thấy có đủ cơ sở xác định tài sản đang tranh chấp là của nguyên đơn, chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn dù bị đơn chống án, Viện kiểm sát kháng nghị; và khi tòa án cấp phúc thẩm tuyên án đã quá

10 năm hoặc 30 năm, thì tòa án cấp phúc thẩm cũng chỉ căn cứ vào tài liệu chứng cứ để xác định chủ sở hữu tài sản tranh chấp và ra phán quyết mà không căn cứ vào quy định tại Điều 236 Bộ luật về thời hiệu hưởng quyền dân sự.

Phương án thứ ba: áp dụng các điều 182, 236 BLDS 2015 để xét xử. Thời hiệu hưởng quyền dân sự xuất hiện ở thời điểm nào của quá trình tố tụng đều phải được tòa án, cơ quan có thẩm quyền áp dụng. Điều đó có nghĩa, đến thời điểm tòa án cấp sơ thẩm tuyên án tròn 10 năm hoặc 30 năm thì tòa án cấp sơ thẩm phải áp dụng Điều 182, 236 để không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Nếu đến thời điểm tòa án cấp phúc thẩm tuyên án, bị đơn mới chiếm hữu tròn 10 năm hoặc 30 năm, thì dù tòa án cấp sơ thẩm (do khi ra phán quyết chưa xuất

hiện thời hiệu hưởng quyền dân sự) đã chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, tòa án cấp phúc thẩm vẫn phải sửa bản án sơ thẩm áp dụng Điều 182, 236 để bác yêu cầu của nguyên đơn.

Có thể thấy, phương án thứ nhất thoát ly khỏi quy định của luật, phương án thứ ba áp dụng đúng quy định của luật nhưng cứng nhắc, chúng tôi ủng hộ phương án thứ hai là phương án trung dung, không quá “mềm” cũng không quá “cứng nhắc”.

Trong trường hợp vẫn giữ đoạn bổ sung tại Điều 182 nói trên, cần viết lại như sau: “*hoặc có tranh chấp nhưng chưa được giải quyết bằng một **phán quyết**, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án, **trọng tài thương mại** hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác*”.

(Tiếp theo trang 30 – Những điểm mới trong...)

vậy, theo tác giả cần sửa đổi một số điều luật có liên quan như sau:

+ Điểm 1, khoản 1 Điều 4 Bộ luật TTHS năm 2015 cần được sửa lại: “*Dẫn giải là việc cơ quan có thẩm quyền cưỡng chế bị hại, người làm chứng, người bị tố giác hoặc bị kiến nghị khởi tố đến địa điểm tiến hành điều tra, truy tố, xét xử hoặc bị hại từ chối giám định*”;

+ Điểm b, khoản 2 Điều 127 Bộ luật TTHS năm 2015 cần được sửa lại:

“2. *Dẫn giải có thể áp dụng đối với:*

...

b) *Bị hại trong trường hợp họ từ chối việc giám định theo quyết định trưng cầu của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan; hoặc trong trường hợp họ không có mặt theo giấy triệu tập mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan*”.

VAI TRÒ CỦA CÔNG ĐOÀN TRONG TỔ CHỨC, LÃNH ĐẠO ĐÌNH CÔNG Ở VIỆT NAM

*Lê Thị Hoài Thu**

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng vai trò của Công đoàn trong tổ chức, lãnh đạo đình công ở Việt Nam thời gian vừa qua, qua đó, chỉ ra một số hạn chế, bất cập và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The article analyses the situation with regard to the role of trade union in leading and organizing strikes in Vietnam lately, and points out a number of limitations and shortcomings, thereby makes relevant proposals.

1. Thực trạng vai trò của công đoàn trong tổ chức, lãnh đạo đình công

Hiện nay, ở nước ta, Công đoàn (thuộc hệ thống Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam) là tổ chức duy nhất có chức năng đại diện, bảo vệ quyền lợi hợp pháp, chính đáng của người lao động và tập thể lao động. Tổ chức và lãnh đạo đình công là nội dung cũng như cách thức để Công đoàn thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình.

Theo Điều 210 Bộ luật Lao động năm 2012, ở nơi có tổ chức công đoàn cơ sở thì đình công phải do Ban chấp hành công đoàn cơ sở tổ chức và lãnh đạo; ở nơi chưa có tổ chức công đoàn cơ sở thì đình công do tổ chức công đoàn cấp trên tổ chức và lãnh đạo theo đề nghị của người lao động. Như vậy, chỉ Công đoàn mới có quyền tổ chức và lãnh đạo đình công và đây là một trong những điều kiện quan trọng để đánh giá tính hợp pháp của cuộc đình công. Từ quy định này cho thấy, công đoàn đóng vai trò đặc biệt quan trọng, không thể thay thế, trong việc tổ chức và lãnh đạo đình công. Để thực hiện vai trò này, Công đoàn có các nhiệm vụ sau đây:

Một là, tổ chức lấy ý kiến tập thể lao động về việc đình công (theo quy định tại Điều 212 và Điều 213). Cụ thể như sau:

- Về đối tượng lấy ý kiến: ở nơi có tổ chức công đoàn cơ sở, Ban chấp hành công đoàn cơ sở sẽ lấy ý kiến của các thành viên Ban chấp hành công đoàn cơ sở và tổ trưởng các tổ sản xuất; ở nơi chưa có tổ chức công đoàn cơ sở, Ban chấp hành công đoàn cấp trên trực tiếp sẽ tổ chức lấy ý kiến của tổ trưởng các tổ sản xuất hoặc của người lao động.

- Về hình thức lấy ý kiến: Việc tổ chức lấy ý kiến được thực hiện bằng phiếu hoặc chữ ký của người được lấy ý kiến. Sử dụng hình thức nào sẽ do Ban chấp hành công đoàn quyết định.

- Về thời điểm lấy ý kiến: Thời điểm tổ chức lấy ý kiến tập thể lao động về việc đình công do Ban chấp hành công đoàn quyết định, nhưng phải thông báo cho người sử dụng lao động biết trước ít nhất 01 ngày.

- Nội dung lấy ý kiến bao gồm: Phương án của Ban chấp hành công đoàn về thời điểm bắt đầu đình công, địa điểm đình công; phạm vi tiến hành đình công; các yêu cầu của tập thể lao động; ý kiến của người lao động đồng ý hay không đồng ý đình công.

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

Hai là, ra quyết định đình công và thông báo thời điểm bắt đầu đình công

Theo quy định tại Điều 213, khi có trên 50% số người được lấy ý kiến đồng ý với phương án của Ban chấp hành công đoàn đưa ra thì Ban chấp hành công đoàn ra quyết định đình công bằng văn bản. Quyết định đình công phải có các nội dung sau: Kết quả lấy ý kiến đình công; thời điểm bắt đầu đình công, địa điểm đình công; phạm vi tiến hành đình công; yêu cầu của tập thể lao động; họ tên của người đại diện cho Ban chấp hành công đoàn và địa chỉ liên hệ để giải quyết. Trong thời gian ít nhất là 05 ngày làm việc trước ngày bắt đầu đình công, Ban chấp hành công đoàn gửi quyết định đình công cho người sử dụng lao động, đồng thời gửi 01 bản cho cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh, 01 bản cho công đoàn cấp tỉnh.

Ba là, tổ chức cho tập thể lao động ngừng việc, đình công

Theo quy định tại khoản 4 Điều 213, đến thời điểm bắt đầu đình công, nếu người sử dụng lao động không chấp nhận giải quyết các yêu cầu của tập thể lao động thì Ban chấp hành công đoàn tổ chức và lãnh đạo tập thể người lao động ngừng việc để đình công.

Ngoài những nhiệm vụ nêu trên, khi thực hiện vai trò tổ chức và lãnh đạo đình công, để đảm bảo đình công hợp pháp và có những ứng xử phù hợp với quy định của pháp luật, Ban chấp hành công đoàn cần lưu ý tới các vấn đề sau:

- Thời điểm có quyền tiến hành các thủ tục đình công là: Sau 05 ngày, kể từ ngày Hội đồng trọng tài lao động lập biên bản hòa giải thành đối với vụ tranh chấp lao động tập thể về lợi ích mà một trong các bên không thực hiện thỏa thuận đã đạt

được; hoặc sau 03 ngày, kể từ ngày Hội đồng trọng tài lao động lập biên bản hòa giải không thành đối với vụ tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

- Những trường hợp đình công bất hợp pháp được quy định tại Điều 215 Bộ luật Lao động¹.

- Các trường hợp không được đình công được quy định tại Điều 220 Bộ luật Lao động².

- Vấn đề hoãn, ngừng đình công được quy định tại Điều 221 Bộ luật Lao động³.

- Những hành vi cấm thực hiện trước, trong và sau đình công được quy định tại Điều 219 Bộ luật Lao động⁴.

¹ “Điều 215. Những trường hợp đình công bất hợp pháp

1. Không phát sinh từ tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

2. Tổ chức cho những người lao động không cùng làm việc cho một người sử dụng lao động đình công.

3. Khi vụ việc tranh chấp lao động tập thể chưa được hoặc đang được cơ quan, tổ chức, cá nhân giải quyết theo quy định của Bộ luật này.

4. Tiến hành tại doanh nghiệp không được đình công thuộc danh mục do Chính phủ quy định.

5. Khi đã có quyết định hoãn hoặc ngừng đình công”.

² “Điều 220. Trường hợp không được đình công

1. Không được đình công ở đơn vị sử dụng lao động hoạt động thiết yếu cho nền kinh tế quốc dân mà việc đình công có thể đe dọa đến an ninh, quốc phòng, sức khỏe, trật tự công cộng theo danh mục do Chính phủ quy định.

2. Cơ quan quản lý nhà nước phải định kỳ tổ chức lắng nghe ý kiến của tập thể người lao động và người sử dụng lao động để kịp thời giúp đỡ và giải quyết các yêu cầu chính đáng của tập thể lao động”.

³ “Điều 221. Quyết định hoãn, ngừng đình công

Khi xét thấy cuộc đình công có nguy cơ gây thiệt hại nghiêm trọng cho nền kinh tế quốc dân, lợi ích công cộng, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định hoãn hoặc ngừng đình công và giao cho cơ quan nhà nước, tổ chức có thẩm quyền giải quyết.

Chính phủ quy định về việc hoãn hoặc ngừng đình công và giải quyết quyền lợi của tập thể lao động”.

⁴ “Điều 219. Hành vi bị cấm trước, trong và sau khi đình công

- Quyền của các bên trước và trong quá trình đình công được quy định tại Điều 214 Bộ luật Lao động⁵.

Nghiên cứu thực trạng tổ chức, lãnh đạo đình công của Công đoàn ở nước ta thời gian qua có thể nhận thấy một số hạn chế sau đây:

Thứ nhất, đối với cán bộ công đoàn: Phần lớn Chủ tịch Ban chấp hành công đoàn ở các doanh nghiệp là trưởng phòng nhân sự, nhân viên nhân sự hoặc cấp quản lý nào

đó trong doanh nghiệp. Tiền lương, thu nhập, cơ hội việc làm, cơ hội thăng tiến... của họ đều do người sử dụng lao động quyết định. Một bộ phận cán bộ công đoàn tại doanh nghiệp bị người sử dụng lao động chi phối và có khả năng quay lưng lại với tập thể lao động. Những cán bộ công đoàn này thường không bao giờ đứng ra tổ chức, lãnh đạo đình công.

Ngoài ra, một số cán bộ công đoàn lại thiếu hiểu biết về pháp luật lao động, không nắm được các quy định pháp luật về đình công hoặc/và không có đủ kỹ năng tổ chức, lãnh đạo đình công.

Thứ hai, đối với người lao động: Phần lớn họ chưa nắm được quy trình tổ chức một cuộc đình công. Chỉ đến khi bị người sử dụng lao động xử ép, quyền lợi không được giải quyết một cách thỏa đáng hoặc bị xâm hại thì người lao động mới đấu tranh, cùng nhau ngừng việc (đình công) để gây sức ép và hy vọng được đáp ứng phần nào yêu sách của mình. Đồng thời, do công đoàn chưa dám đứng ra tổ chức, lãnh đạo đình công nên người lao động không hiểu biết về các điều kiện luật định đối với đình công.

Bên cạnh đó, tình trạng nóng vội, quá khích của một bộ phận người lao động cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến thực trạng công đoàn khó có thể đứng ra tổ chức, lãnh đạo đình công và chưa có cuộc đình công nào thực hiện theo đúng quy định của pháp luật.

Thứ ba, đối với người sử dụng lao động: Vẫn còn một bộ phận không nhỏ người sử dụng lao động có tư tưởng không ủng hộ việc thành lập tổ chức công đoàn cơ sở và hoạt động công đoàn trong doanh nghiệp. Tuy nhiên, ở chính các doanh nghiệp này thì không phải lúc nào quan hệ lao động giữa hai bên cũng duy trì được trạng thái cân bằng về lợi ích, mà có không

1. Cản trở việc thực hiện quyền đình công hoặc kích động, lôi kéo, ép buộc người lao động đình công; cản trở người lao động không tham gia đình công đi làm việc.

2. Dùng bạo lực; hủy hoại máy, thiết bị, tài sản của người sử dụng lao động.

3. Xâm phạm trật tự, an toàn công cộng.

4. Chấm dứt hợp đồng lao động hoặc xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động, người lãnh đạo đình công hoặc điều động người lao động, người lãnh đạo đình công sang làm công việc khác, đi làm việc ở nơi khác vì lý do chuẩn bị đình công hoặc tham gia đình công.

5. Trù dập, trả thù người lao động tham gia đình công, người lãnh đạo đình công.

6. Lợi dụng đình công để thực hiện hành vi vi phạm pháp luật khác”.

⁵ “**Điều 214. Quyền của các bên trước và trong quá trình đình công**

1. Tiếp tục thỏa thuận để giải quyết nội dung tranh chấp lao động tập thể hoặc cùng đề nghị cơ quan quản lý nhà nước về lao động, tổ chức công đoàn và tổ chức đại diện người sử dụng lao động ở cấp tỉnh tiến hành hòa giải.

2. Ban chấp hành công đoàn có quyền sau đây:

a) Rút quyết định đình công nếu chưa đình công hoặc chấm dứt đình công nếu đang đình công;

b) Yêu cầu Tòa án tuyên bố cuộc đình công là hợp pháp.

3. Người sử dụng lao động có quyền sau đây:

a) Chấp nhận toàn bộ hoặc một phần yêu cầu và thông báo bằng văn bản cho Ban chấp hành công đoàn tổ chức, lãnh đạo đình công;

b) Đóng cửa tạm thời nơi làm việc trong thời gian đình công do không đủ điều kiện để duy trì hoạt động bình thường hoặc để bảo vệ tài sản;

c) Yêu cầu Tòa án tuyên bố cuộc đình công là bất hợp pháp”.

ít vụ tranh chấp lao động và đình công đã xảy ra tại các doanh nghiệp không có tổ chức công đoàn cơ sở. Ban chấp hành công đoàn cấp trên cũng chưa thực sự sát sao trong hoạt động của mình nên cũng không biết và không đứng ra tổ chức, lãnh đạo đình công.

Tình trạng vi phạm pháp luật lao động, vi phạm thỏa ước lao động tập thể, hợp đồng lao động, xâm phạm tới quyền lợi của người lao động xảy ra khá phổ biến hiện nay tại các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Sự hiểu biết pháp luật lao động của phần lớn người quản lý, điều hành doanh nghiệp và những người thuộc bộ phận nhân sự của doanh nghiệp còn hạn chế. Ban chấp hành công đoàn cơ sở bị người sử dụng lao động can thiệp bằng nhiều cách thức như: Không tạo điều kiện về thời gian, tài chính cho cán bộ công đoàn hoạt động; sử dụng chính sách đãi ngộ nhân sự để tác động không tích cực tới hoạt động công đoàn; phân biệt đối xử với những người lao động, cán bộ công đoàn tích cực hoạt động công đoàn; lôi kéo cán bộ công đoàn đứng về phía mình, quay lưng lại với người lao động, tập thể lao động...

Thứ tư, đối với pháp luật lao động: Từ quy định về các trường hợp đình công bất hợp pháp tại Điều 215 Bộ luật Lao động, có thể thấy một số điểm bất cập như sau:

- Nhà nước chỉ cho phép đình công phát sinh từ tranh chấp lao động tập thể về lợi ích. Quy định này được hình thành từ lập luận của các nhà làm luật rằng, tranh chấp lao động tập thể về lợi ích có đặc thù không gắn với vi phạm pháp luật, vi phạm thỏa ước, nội quy, quy chế... của các bên tranh chấp nên khi giải quyết bằng các phương thức thương lượng, hòa giải, trọng tài mà vẫn bế tắc thì việc đưa ra tòa án giải quyết là không khả thi, bởi tòa án không có cơ sở để

giải quyết loại tranh chấp này. Trong trường hợp này, việc cho phép tập thể lao động tiến hành đình công chính là một giải pháp để các bên tự giải quyết tranh chấp lao động. Ngược lại, tranh chấp lao động tập thể về quyền với đặc thù gắn với vi phạm pháp luật, vi phạm thỏa ước, nội quy, quy chế... của các bên tranh chấp, nên khi giải quyết không thành công bằng các phương thức ngoài tòa án thì nên đưa ra tòa án giải quyết.

Về hình thức, lập luận như trên là hợp lý và đây cũng là cách quy định của nhiều nước trên thế giới. Tuy nhiên, khi đặt chúng trong mối quan hệ với các quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền và hoàn cảnh cụ thể của Việt Nam thì lập luận và quy định như vậy lại chưa hoàn toàn hợp lý và cản trở việc công đoàn tổ chức, lãnh đạo đình công. Thực tế, các quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền hiện nay của Bộ luật Lao động vẫn bị đánh giá là chưa hợp lý (về cả thẩm quyền và thủ tục giải quyết), chưa phát huy được tác dụng trên thực tế. Bằng chứng là trong nhiều năm qua, mặc dù có khá nhiều tranh chấp lao động tập thể về quyền xảy ra, nhưng chưa có vụ tranh chấp nào được giải quyết tại tòa án và đình công vẫn xảy ra khá phổ biến. Vấn đề cần giải quyết ở đây là, phải quy định lại cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền thật hợp lý, khả thi hoặc phải cho phép đình công phát sinh từ tranh chấp lao động tập thể về quyền.

- Trong nhiều trường hợp, tranh chấp lao động tập thể phát sinh khó phân định rạch ròi là tranh chấp lao động tập thể về quyền hay tranh chấp lao động tập thể về lợi ích (nội dung tranh chấp có cả các yêu cầu về quyền và yêu cầu về lợi ích). Có thể gọi đây là tranh chấp lao động tập thể “lưỡng tính”. Vậy nếu đình công xảy ra từ loại tranh chấp

này thì vấn đề xác định đình công bất hợp pháp theo quy định tại khoản 1 Điều 215 trong trường hợp này sẽ như thế nào?

- Thời điểm được phép tổ chức đình công theo quy định của Bộ luật Lao động vẫn bị đánh giá là khá trễ so với nhu cầu của người lao động. Theo quy định của Bộ luật, vụ tranh chấp lao động tập thể về lợi ích phải trải qua hai thủ tục hòa giải bắt buộc mất nhiều thời gian (do hòa giải viên lao động và Hội đồng trọng tài lao động tiến hành), và nếu muốn tổ chức đình công phải tổ chức lấy ý kiến tập thể lao động về việc đình công, thông báo về việc tổ chức đình công. Sơ bộ, để có thể tổ chức đình công đúng thời điểm luật định kể từ ngày phát sinh tranh chấp lao động tập thể về lợi ích tối thiểu là 20 ngày làm việc, tương đương với 28 ngày tính theo lịch (gồm: 05 ngày làm việc hòa giải viên tiến hành hòa giải + 01 ngày làm việc hòa giải viên lao động gửi biên bản hòa giải + 07 ngày làm việc Hội đồng trọng tài lao động tiến hành hòa giải + 01 ngày làm việc hội đồng trọng tài lao động gửi biên bản hòa giải + 01 ngày làm việc phải báo trước cho người sử dụng lao động khi tổ chức lấy ý kiến của tập thể lao động về việc đình công + 05 ngày làm việc gửi quyết định đình công trước khi tiến hành đình công)⁶. Như vậy, khi tranh chấp xảy ra, tập thể lao động phải chờ gần một tháng mới được phép tổ chức đình công. Do đó, để tự bảo vệ kịp thời quyền lợi hợp pháp và chính đáng của mình, tập thể lao động sẽ tổ chức đình công ngay mà không theo thủ tục rườm rà như trên.

- Trình tự đình công theo quy định tại Điều 211, Điều 212 và Điều 213 còn thiếu hợp lý, không khả thi. Cụ thể: Đối tượng

được lấy ý kiến về đình công ở nơi có tổ chức công đoàn cơ sở là các thành viên Ban chấp hành công đoàn cơ sở và tổ trưởng các tổ sản xuất; nơi chưa có tổ chức công đoàn cơ sở là tổ trưởng các tổ sản xuất hoặc người lao động. Với thực trạng của tổ chức công đoàn cơ sở, với vị thế và tâm lý của các cán bộ công đoàn như đã phân tích thì trên thực tế, cán bộ công đoàn khó mà tán thành việc đình công. Tương tự như vậy, tiếng nói của tổ trưởng các tổ sản xuất khó có thể coi là tiếng nói đại diện của người lao động trong trường hợp cần tổ chức đình công. Có lẽ đây cũng là lý do quan trọng mà hầu như chưa có cuộc đình công nào được thực hiện theo trình tự luật định. Một điểm đáng chú ý: Đình công là quyền của người lao động, nhưng họ không phải là người được hỏi ý kiến; ngược lại, những người không phải là đại diện thực sự (hầu như chỉ đại diện về hình thức) cho quyền lợi hợp pháp, chính đáng của người lao động lại được hỏi ý kiến.

Thời gian phải chờ đợi trước khi được ngừng việc, đình công kể từ khi có kết quả lấy ý kiến về đình công, có quyết định đình công là khá lâu; người lao động khó có thể chịu đựng khi mâu thuẫn giữa hai bên đã lên đến đỉnh điểm. Trong khi đó, nếu tổ chức lãnh đạo đình công bất hợp pháp thì Ban chấp hành công đoàn sẽ phải bồi thường thiệt hại cho người sử dụng lao động nếu người sử dụng lao động khởi kiện ra tòa án yêu cầu bồi thường (khoản 1 Điều 233 Bộ luật Lao động). Với những quy định như vậy, để công đoàn đứng ra lãnh đạo, tổ chức đình công là cực kỳ khó khăn.

Một vướng mắc nữa nằm ngay trong quy định về tổ chức và lãnh đạo đình công tại Điều 210 Bộ luật Lao động. Theo quy định tại khoản 2 Điều 210 Bộ luật Lao động, đối với những nơi chưa có tổ chức công đoàn cơ

⁶ Căn cứ vào Điều 201, Điều 204, Điều 206, Điều 212, Điều 213, Điều 215 Bộ luật Lao động 2012.

sở, tổ chức công đoàn cấp trên trực tiếp là người tổ chức, lãnh đạo đình công theo đề nghị của người lao động. Tuy nhiên, số lượng người lao động đề nghị để được coi là một đề nghị hợp lệ? Đề nghị theo hình thức, thủ tục như thế nào? Trách nhiệm của tổ chức công đoàn cấp trên khi nhận được đề nghị của người lao động? Tất cả những vấn đề này đều chưa có quy định cụ thể.

- Cơ chế bảo vệ cán bộ công đoàn, đặc biệt là cán bộ công đoàn cơ sở và người lao động tham gia đình công còn thiếu hoặc chưa rõ ràng. Điều 219 quy định cấm: “*Chấm dứt hợp đồng lao động hoặc xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động, người lãnh đạo đình công hoặc điều động người lao động, người lãnh đạo đình công sang làm công việc khác, đi làm việc ở nơi khác vì lý do chuẩn bị đình công hoặc tham gia đình công*” (khoản 4) và cấm “*Trù dập, trả thù người lao động tham gia đình công, người lãnh đạo đình công*” (khoản 5). Tuy nhiên, các biện pháp chế tài đối với những hành vi vi phạm nêu trên theo quy định tại khoản 3 Điều 23 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP về quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng ngày 22/8/2013 chưa đủ sức răn đe người sử dụng lao động⁷. Với thực trạng công tác thanh tra và

⁷ Điều 23. Vi phạm quy định về giải quyết tranh chấp lao động

3. Phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với người sử dụng lao động có một trong các hành vi sau đây:

a) Chấm dứt hợp đồng lao động hoặc xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động, người lãnh đạo đình công hoặc điều động người lao động, người lãnh đạo đình công sang làm việc khác, đi làm việc ở nơi khác vì lý do chuẩn bị đình công hoặc tham gia đình công;

b) Trù dập, trả thù đối với người lao động tham gia đình công, người lãnh đạo đình công.

xử lý vi phạm pháp luật ở nước ta như hiện nay thì liệu những hành vi này có bị phát hiện, xử lý kịp thời trên thực tế hay không và liệu người tổ chức, lãnh đạo đình công có được bảo vệ hay không?

- Theo quy định tại khoản 2 Điều 218, người lao động tham gia đình công sẽ không được trả lương và các quyền lợi khác. Vậy, nếu không có nguồn khác bù đắp tiền lương cho những người lao động tham gia đình công trong thời gian này thì đây sẽ là cản trở lớn cho việc đình công để đạt được các yêu sách của mình.

2. Một số kiến nghị

Từ việc phân tích thực trạng vai trò của Công đoàn trong tổ chức, lãnh đạo đình công ở Việt Nam, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

2.1. Hoàn thiện pháp luật

Thứ nhất, sửa đổi quy định đại diện tập thể lao động tổ chức, lãnh đạo đình công. Cụ thể là:

- Tại các doanh nghiệp có tổ chức công đoàn cơ sở (thuộc hệ thống Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam hiện nay), Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc ban đại diện do tập thể lao động bầu ra căn cứ quy định của Bộ luật Lao động là chủ thể có quyền tổ chức và lãnh đạo đình công. Việc quy định ban đại diện do tập thể lao động bầu có quyền tổ chức, lãnh đạo đình công là hợp lý, đặc biệt trong trường hợp Ban chấp hành công đoàn không dám đảm nhận vai trò này khi tập thể lao động đề nghị hoặc khi tập thể lao động không còn tín nhiệm Ban chấp hành công đoàn hoặc khi tỷ lệ người lao động làm việc tại doanh nghiệp không tham gia công đoàn chiếm đa số. Bởi vậy, Bộ luật Lao động cần quy định thủ tục bầu ban đại diện tập thể lao động để tổ chức, lãnh đạo đình công.

- Tại các doanh nghiệp không có tổ chức công đoàn cơ sở (thuộc hệ thống Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam), ban đại diện do tập thể lao động bầu ra theo thủ tục do Bộ luật Lao động quy định là chủ thể có quyền tổ chức, lãnh đạo đình công. Tác giả cho rằng, nên bãi bỏ quy định Ban chấp hành công đoàn cấp trên tổ chức, lãnh đạo đình công theo đề nghị của người lao động như hiện nay bởi thiếu tính khả thi.

Thứ hai, sửa đổi các quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền để đảm bảo các tranh chấp lao động tập thể về quyền được tòa án giải quyết một cách thuận lợi, tránh đình công phát sinh từ loại tranh chấp lao động này. Trong đó:

- Bãi bỏ quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện.

- Bãi bỏ các quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện tiến hành.

- Có quy định riêng về thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền tại tòa án, trong đó đặc biệt lưu ý đến những quy định riêng về chứng cứ, chứng minh, thời hạn giải quyết, sự tham gia của tổ chức đại diện người lao động và cơ chế thi hành án.

Thứ ba, sửa đổi quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích để đảm bảo thời điểm được phép đình công sớm hơn, không bị kéo dài so với nhu cầu của người lao động. Cụ thể như sau:

- Nên bãi bỏ quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích của Hội đồng trọng tài lao động và thủ tục hòa giải tranh chấp lao động tập thể về lợi ích tại Hội đồng trọng tài lao động hiện nay. Có thể thấy, về thực chất thẩm quyền của Hội đồng trọng tài lao động không khác thẩm

quyền của hòa giải viên lao động, nên nếu tiếp tục duy trì tổ chức, hoạt động và thực hiện thủ tục hòa giải tại Hội đồng trọng tài lao động như hiện nay thì tình trạng không theo đúng trình tự, thủ tục luật định sẽ vẫn còn tiếp diễn. Điều này làm cho Hội đồng trọng tài lao động rơi vào tình trạng “có cũng như không”, pháp luật lao động không được tôn trọng... và đình công không đúng trình tự pháp luật sẽ còn tái diễn.

- Nên quy định cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích theo hướng: Khi tranh chấp phát sinh, các bên tranh chấp có quyền lựa chọn hòa giải viên lao động hoặc trọng tài lao động (ad-hoc) giải quyết (thời hạn giải quyết cần phải nhanh chóng, từ 03 đến 05 ngày làm việc), nếu không có kết quả, tập thể lao động có quyền tiến hành các thủ tục để đình công.

Thứ tư, cần quy định về cơ chế giải quyết loại tranh chấp lao động tập thể “lưỡng tính” (vừa có các yêu cầu về quyền, vừa có các yêu cầu về lợi ích) và nên cho phép đình công từ loại tranh chấp này tương tự các tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

Thứ năm, cần sửa đổi quy định về trình tự đình công theo hướng hợp lý hơn liên quan đến đối tượng lấy ý kiến, hình thức lấy ý kiến và đơn giản hơn về thủ tục. Cụ thể là:

- Đối tượng lấy ý kiến việc đình công phải là người lao động. Để đảm bảo quy định này được thực hiện một cách thuận lợi, người tổ chức lấy ý kiến đình công không nhất thiết phải là các thành viên Ban chấp hành công đoàn hoặc ban đại diện tập thể lao động cấp doanh nghiệp, mà Ban chấp hành công đoàn hoặc ban đại diện tập thể lao động cấp doanh nghiệp có thể phân công cho công đoàn bộ phận, tổ công đoàn, đại diện người lao động tại các chi nhánh, văn phòng đại diện, cơ sở sản xuất kinh

doanh của doanh nghiệp trực tiếp tổ chức lấy ý kiến người lao động.

- Hình thức lấy ý kiến về việc đình công cần linh hoạt (lấy chữ ký, bỏ phiếu kín hoặc lấy ý kiến qua hệ thống email nội bộ của doanh nghiệp...). Trong cùng một lần tổ chức đình công, có thể kết hợp nhiều hình thức khác nhau để phù hợp với từng nhóm người lao động.

- Việc tổ chức lấy ý kiến người lao động về việc đình công không nhất thiết phải thông báo trước cho người sử dụng lao động, miễn là việc này không ảnh hưởng tới hoạt động của doanh nghiệp (việc công khai đình công sẽ được thực hiện bằng thủ tục thông báo về đình công trước khi tổ chức cho tập thể lao động ngừng việc).

- Việc thông báo (gửi quyết định) về đình công chỉ cần thực hiện trước khi tổ chức cho người lao động ngừng việc 02 ngày làm việc (thay cho 05 ngày làm việc như quy định hiện nay).

Thứ sáu, cần sửa đổi, bổ sung các quy định về bảo vệ người lãnh đạo, người tham gia đình công. Cụ thể là:

- Cần quy định biện pháp chế tài nghiêm khắc hơn đối với việc thực hiện những hành vi bị cấm tại Điều 219 Bộ luật Lao động và tổ chức nghiêm túc công tác kiểm tra, thanh tra và xử phạt vi phạm.

- Cần quy định về quỹ hỗ trợ tiền lương cho người tổ chức, lãnh đạo đình công và những người lao động tham gia đình công trong thời gian đình công. Trong đó, cần quy định rõ nguồn hình thành quỹ (quỹ này được hình thành từ các nguồn: Trích một phần từ phí công đoàn; do người lao động đóng góp; bổ sung từ nguồn kinh phí hoạt động kinh tế - xã hội của công đoàn và các nguồn khác), mục đích chi, định mức chi, cơ chế quản lý, kiểm soát quỹ...

2.2. Nâng cao vai trò của Công đoàn trong tổ chức, lãnh đạo đình công

Thứ nhất, nâng cao nhận thức của người lao động, của công đoàn và các giới liên quan trong xã hội về đình công và vai trò của Công đoàn trong việc tổ chức, lãnh đạo đình công.

Trước hết, cần phải tuyên truyền, phổ biến các quy định của pháp luật về đình công, về tổ chức và lãnh đạo đình công cho người lao động, người sử dụng lao động, cán bộ công đoàn, các cơ quan, tổ chức hữu quan. Việc tuyên truyền, phổ biến pháp luật cần thực hiện thường xuyên, bằng nhiều hình thức khác nhau, trong đó đặc biệt chú trọng vấn đề giải thích, hướng dẫn cách thức áp dụng pháp luật trên thực tế, cách thức xử lý các vấn đề phát sinh trong quá trình áp dụng pháp luật, chú trọng việc cập nhật quy định pháp luật mới.

Người sử dụng lao động cần tôn trọng quyền đình công của người lao động, tôn trọng quyền tổ chức, lãnh đạo đình công của Ban chấp hành công đoàn, ban đại diện tập thể lao động tại doanh nghiệp. Người sử dụng lao động không được sử dụng các biện pháp can thiệp không tích cực vào tổ chức và hoạt động công đoàn; không chấm dứt hợp đồng lao động hoặc xử lý kỷ luật lao động hoặc điều động người lao động, người lãnh đạo đình công sang làm công việc khác, đi làm việc ở nơi khác vì lý do chuẩn bị đình công hoặc tham gia đình công; không trù dập, trả thù và có các hành động phản ứng tiêu cực khác đối với người lao động, người lãnh đạo đình công khi đình công xảy ra tại doanh nghiệp mình.

Thứ hai, về việc lựa chọn người làm đại diện lao động.

Thực hiện quyền tự do công đoàn của người lao động theo Công ước số 87 (năm

1948) về quyền tự do hiệp hội và bảo vệ quyền được tổ chức của Tổ chức Lao động quốc tế. Đảm bảo người lao động có quyền tự do thành lập tổ chức công đoàn và tổ chức công đoàn này không bắt buộc phải gia nhập hệ thống Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam. Điều quan trọng là tổ chức công đoàn này do chính người lao động “nuôi dưỡng”, không phụ thuộc kinh tế vào người sử dụng lao động như công đoàn cơ sở thuộc hệ thống Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam hiện nay.

Tăng cường cán bộ công đoàn chuyên trách làm việc tại các doanh nghiệp. Hiện nay, tuyệt đại đa số cán bộ công đoàn cơ sở là người lao động của doanh nghiệp kiêm nhiệm, hưởng lương và các chế độ đãi ngộ khác từ doanh nghiệp. Khi đã phụ thuộc về kinh tế thì không thể độc lập về tổ chức và hoạt động. Phần lớn công đoàn cơ sở phụ thuộc về kinh tế hoàn toàn vào người sử dụng lao động nên bị người sử dụng lao động chi phối, tình trạng cán bộ công đoàn không dám đấu tranh, không dám tổ chức, lãnh đạo đình công là điều khó tránh khỏi. Vì vậy, tăng cường cán bộ công đoàn chuyên trách được coi là một trong các giải pháp hữu hiệu để giải quyết vấn đề này.

Công đoàn cấp trên của công đoàn cơ sở cần thực sự sát sao với công tác cán bộ công đoàn cơ sở, ngay từ khâu lựa chọn người để bầu vào Ban chấp hành công đoàn cơ sở, người đứng đầu các công đoàn bộ phận, tổ công đoàn. Làm như vậy vừa định hướng cho người lao động lựa chọn được đại diện của mình, vừa tránh được sự can thiệp của người sử dụng lao động vào công tác cán bộ công đoàn, tránh cách làm hình thức, đồng thời giúp công đoàn cấp trên thực sự nắm được cán bộ cấp dưới của mình...

Thứ ba, cần nâng cao năng lực cho đội ngũ cán bộ công đoàn tại các doanh nghiệp. Cụ thể là: Đào tạo, bồi dưỡng về kiến thức pháp luật lao động, pháp luật công đoàn và các quy định pháp luật liên quan đến việc đại diện, bảo vệ quyền lợi hợp pháp, chính đáng của người lao động cho cán bộ công đoàn; đào tạo, bồi dưỡng các kỹ năng liên quan cho cán bộ công đoàn (kỹ năng nói, kỹ năng thuyết phục, kỹ năng giao tiếp, kỹ năng đàm phán, kỹ năng thương lượng, kỹ năng tổ chức các hoạt động phong trào, kỹ năng tham gia giải quyết tranh chấp lao động, kỹ năng tổ chức lãnh đạo đình công, kỹ năng tham gia giải quyết đình công...); tổ chức các cuộc giao lưu, học hỏi kinh nghiệm, cách làm hay giữa công đoàn các doanh nghiệp/nhóm doanh nghiệp, nhất là những doanh nghiệp cùng lĩnh vực, ngành nghề.

Thứ tư, cần ổn định và chuyên nghiệp hóa đội ngũ cán bộ tư vấn pháp luật của công đoàn. Đội ngũ cán bộ làm công tác tư vấn pháp luật của công đoàn cần được lựa chọn từ những người có trình độ luật, được bố trí làm công tác tư vấn pháp luật một cách ổn định, được đào tạo bài bản về kỹ năng tư vấn pháp luật và tham gia tranh tụng. Đội ngũ cán bộ này mặc dù không phải là người trực tiếp tổ chức, lãnh đạo đình công, nhưng sẽ tư vấn cho Ban chấp hành công đoàn, ban đại diện người lao động tại doanh nghiệp trong việc tổ chức, lãnh đạo đình công.

Thứ năm, Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam cần có hướng dẫn thật chi tiết về quy trình, cách thức tổ chức đình công, trong đó bao gồm cả những kỹ năng liên quan. Lồng ghép những tình huống cụ thể, hướng dẫn cách xử lý chi tiết để bất kể cán bộ công đoàn nào cũng có thể áp dụng được khi cần thiết.

THỰC TRẠNG THỰC HIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN CÓ VIỆC LÀM ĐỐI VỚI NGƯỜI KHUYẾT TẬT Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Hoàng Kim Khuyên**

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng thực hiện các quy định về quyền việc làm đối với người khuyết tật ở Việt Nam hiện nay, từ đó đưa ra các khuyến nghị.

Abstract: The article analyses the current situation with regard to the implementation of regulations relating to the right to work of people with disability, thereby makes relevant proposals.

Việc làm nói chung và việc làm bền vững gồm việc làm công bằng, có thu nhập, được bảo vệ tại nơi làm việc, được bảo trợ xã hội, có cơ hội được hòa nhập xã hội và phát triển là nguyện vọng của mọi người¹. Đây là một trong các mục tiêu hướng đến và phát triển trong các Chương trình nghị sự của Tổ chức lao động quốc tế về việc làm bền vững và Chương trình nghị sự 2030 về phát triển bền vững của Liên hợp quốc. Hiện nay, Việt Nam đã là thành viên Công ước quốc tế về Quyền của người khuyết tật (NKT), đồng thời ban hành nhiều chính sách, pháp luật về việc đảm bảo việc làm cho NKT. Đó là các cơ sở pháp lý quan trọng nhằm hỗ trợ NKT tiếp cận với các cơ hội được học tập, có việc làm và hòa nhập cộng đồng. Tuy nhiên, việc thực hiện các chính sách, quy định pháp luật về việc làm trong đó có quy định về việc làm bền vững cho NKT ở Việt Nam hiện nay vẫn còn một số bất cập.

Thứ nhất, về quy định chống kỳ thị và phân biệt đối xử đối với người khuyết tật

Đây là quy định có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo cơ hội để NKT được học tập, làm việc và hòa nhập cộng đồng, đồng thời là một trong các điều kiện bảo đảm quyền của NKT.

Dưới góc độ pháp luật quốc tế, kỳ thị và phân biệt đối xử được hiểu là: bất cứ sự phân biệt, sự loại trừ, sự hạn chế nào có chủ ý vì lý do khuyết tật hoặc tác động, làm phương hại, vô hiệu hoá nhận thức, sự hưởng thụ, và việc thực hiện quyền và tự do cơ bản của con người trong các lĩnh vực dân sự, chính trị, kinh tế, xã hội, văn hóa hay bất kỳ lĩnh vực nào khác trên cơ sở nguyên tắc công bằng với các thành viên khác trong xã hội. Điều này bao gồm tất cả các hình thức phân biệt đối xử, kể cả việc từ chối đưa ra những điều chỉnh hợp lý².

Ở Việt Nam, để cụ thể hóa quy định này, Luật Người khuyết tật năm 2010 đưa ra định nghĩa: Kỳ thị NKT là thái độ khinh thường hoặc thiếu tôn trọng người khuyết tật vì lý do khuyết tật của người đó; phân biệt đối xử NKT là hành vi xa lánh, từ chối, ngược đãi, phi báng, có thành kiến hoặc hạn

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Xem thêm: *Decent work*, <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>, truy cập ngày 16/12/2016.

² Xem thêm: Điều 2, Công ước về Quyền của Người khuyết tật của Liên hợp quốc năm 2007.

ché quyền của NKT vì lý do khuyết tật của người đó (khoản 2 và 3 Điều 2). Và nhấn mạnh: kỳ thị, phân biệt đối xử NKT là một hành vi bị nghiêm cấm (khoản 1 Điều 14). Tuy nhiên, Luật Người khuyết tật năm 2010 không quy định cụ thể về việc cấm các hành vi kỳ thị và phân biệt đối xử trong các lĩnh vực, trong đó có việc làm, mà chỉ quy định “tạo điều kiện, giúp đỡ, đảm bảo” cho NKT. Ngoài ra, Bộ luật Lao động năm 2012 cũng dành 03 điều quy định về lao động khuyết tật³, trong đó có quy định về các hành vi bị cấm khi sử dụng lao động là NKT, nhưng không quy định cụ thể về việc cấm người sử dụng lao động phân biệt đối xử đối với NKT ở bất kỳ khía cạnh nào của việc làm bao gồm: tuyển dụng, trả lương, phân công công việc, đào tạo, dạy nghề, phúc lợi xã hội, sa thải hoặc các điều kiện lao động khác.

Hiện nay, trong lao động, các hình thức phân biệt đối xử đối với NKT phần lớn xuất phát từ quan hệ lao động. Theo đó, người sử dụng lao động từ chối nhận tuyển dụng NKT vào làm việc, không tôn trọng NKT trong công việc, không tạo cơ hội thăng tiến, chỉ ký hợp đồng ngắn hạn, giao cho NKT “những việc phù hợp” (lương thấp, vị trí thấp), ít có cơ hội được đào tạo... Theo báo cáo kết quả nghiên cứu của Viện Nghiên cứu và Phát triển xã hội và Viện Nghiên cứu dư luận xã hội tại 8 tỉnh thành trong cả nước, hiện số NKT bị kỳ thị, phân biệt cao nhất là dạng khuyết tật giao tiếp (chiếm 95,5%), khuyết tật ghi nhớ (chiếm 81%) và khuyết tật trong tự chăm sóc bản

thân (chiếm 80%). Bên cạnh đó, NKT cũng bị cộng đồng kỳ thị, phân biệt dưới nhiều hình thức như: bị coi thường (17%), bị lãng mạ (54,2%)... Chính những suy nghĩ sai lầm, những nhận thức chưa đúng về NKT cùng các hình thức kỳ thị, phân biệt đã và đang tạo ra “rào cản” trong việc giúp đỡ NKT có một cuộc sống bình thường và hòa nhập với cộng đồng, công việc⁴.

Nguyên nhân của thực trạng trên bao gồm:

Về phía NKT: bản thân NKT cũng có sự “tự kỳ thị” với những chiều hướng suy nghĩ tiêu cực, mặc cảm, không tự nhận thức được quyền có được việc làm của mình dẫn tới không năng động, tự ti... Chỉ một bộ phận nhỏ NKT (chiếm khoảng 1/5) nhận thức được họ “bình thường” như mọi người⁵. Ngoài ra, một số NKT có thái độ làm việc không tích cực, không đáp ứng được yêu cầu công việc dẫn đến người sử dụng lao động không muốn tuyển dụng, sử dụng... Đây cũng chính là một trong những nguyên nhân khiến cho mức độ kỳ thị, phân biệt đối xử trong doanh nghiệp ngày càng gia tăng.

Về phía người sử dụng lao động: Việc người sử dụng lao động đồng thời tuyển dụng cả lao động bình thường và NKT sẽ tạo ra sự phân biệt đối xử ngay tại nơi làm việc về công việc, thời gian làm việc... Ngoài ra, họ cho rằng NKT hay đau ốm, có những hạn chế nhất định; khó tiếp cận và sử dụng các phương tiện, trang thiết bị làm việc hiện đại; năng suất, chất lượng công

³ Cụ thể: Điều 176 về Chính sách của Nhà nước đối với lao động là người khuyết tật; Điều 177 về Sử dụng lao động là người khuyết tật; Điều 178 về Các hành vi bị cấm khi sử dụng lao động là người khuyết tật.

⁴ Xem thêm: Báo cáo tại hội thảo “Sống với khuyết tật và cái giá của sự kỳ thị”, <http://hvpnv.edu.vn>, truy cập ngày 24/8/2013.

⁵ Xem thêm: Trịnh Hiền, *Những quan niệm chưa đúng và sự phân biệt, kỳ thị đối với người khuyết tật ở Việt Nam*, <http://nguoikhuyettat.com.vn>, truy cập ngày 05/6/2014.

việc thấp hơn người lao động bình thường. Bên cạnh đó, một số nhóm NKT khi lao động buộc người sử dụng lao động phải bỏ ra một khoản chi phí để mua sắm trang thiết bị phục vụ công việc của họ... cũng là nguyên nhân khiến các doanh nghiệp ngại tuyển dụng, sử dụng NKT vào làm việc.

Về môi trường làm việc: Hiện nay, tại các doanh nghiệp sử dụng lao động là NKT, điều kiện và môi trường làm việc không phù hợp với NKT. Có thể nói, không khí tại nơi làm việc cùng với thái độ kỳ thị, phân biệt của những lao động bình thường khiến NKT tự ti, mặc cảm, ảnh hưởng đến yêu cầu và chất lượng công việc. Ngoài ra, việc vi phạm các quy định về môi trường làm việc phù hợp đối với NKT của người sử dụng lao động cũng được coi là một trong các hành vi phân biệt đối xử.

Thứ hai, về các chính sách ưu đãi đối với người sử dụng lao động tuyển dụng lao động khuyết tật

Điều 166 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: “Nhà nước bảo trợ quyền lao động, tự tạo việc làm của lao động là người khuyết tật, có chính sách khuyến khích và ưu đãi người sử dụng lao động tạo việc làm và nhận lao động là người khuyết tật vào làm việc, theo quy định của Luật Người khuyết tật...”, đồng thời “Có những chính sách ưu đãi đối với người sử dụng lao động có tuyển dụng người khuyết tật vào làm việc”. Mục đích của chính sách ưu đãi dành cho NKT nhằm bù đắp những bất lợi về thể chất cũng như tinh thần của họ. Tuy nhiên, việc triển khai thực hiện những quy định này vẫn còn một số hạn chế.

Theo khoản 2 và khoản 3 Điều 33 Luật Người khuyết tật năm 2010: *Cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân không được từ*

chối tuyển dụng người khuyết tật có đủ tiêu chuẩn tuyển dụng vào làm việc hoặc đặt ra tiêu chuẩn tuyển dụng trái quy định của pháp luật nhằm hạn chế cơ hội làm việc của người khuyết tật. Cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân sử dụng lao động là người khuyết tật tùy theo điều kiện cụ thể bố trí sắp xếp công việc, bảo đảm điều kiện và môi trường làm việc phù hợp cho người khuyết tật. Đây là quy định thể hiện trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp⁶, người sử dụng lao động phải nhìn nhận khả năng lao động của NKT hơn là quan tâm đến sức khỏe của họ khi tham gia vào quan hệ lao động. Tuy nhiên, hiện nay có rất ít doanh nghiệp, cơ sở sản xuất thực hiện đúng chính sách của Nhà nước về tuyển dụng và sử dụng NKT. Họ thường đặt lợi nhuận lên trên mà bỏ qua tính cộng đồng, không tạo cơ hội bình đẳng để NKT có việc làm ổn định. Có cơ sở sản xuất, doanh nghiệp còn lạm dụng NKT để hưởng chính sách ưu đãi của Nhà nước. Trên thực tế, tỷ lệ NKT được học nghề, đào tạo nghề để có được việc làm không cao. Mỗi năm số NKT được dạy nghề chỉ đạt khoảng 5.000 – 6.000 người, chiếm khoảng 0,4% số người được dạy nghề cả nước, chiếm 3% số NKT⁷. Theo số liệu thống kê của Thư viện Khoa học tổng hợp Tp. Hồ Chí Minh, tỷ lệ NKT có nhu cầu lao động nhưng chưa có việc làm trên cả nước chiếm khoảng 30%⁸. Ngoài ra, Nhà

⁶ Xem thêm: PGS.TS. Nguyễn Đình Tài, Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương, *Trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp: các vấn đề đặt ra hôm nay và giải pháp*, <http://www.vnep.org.vn/Upload/Doanh%20nghiep%20xa%20hoi.pdf>, truy cập ngày 16/12/2016.

⁷ Xem thêm: *Chung tay giúp người khuyết tật vững tin hòa nhập cộng đồng*, <http://nccd.molisa.gov.vn>, truy cập ngày 07/4/2015.

⁸ Xem thêm: *Dạy nghề, tạo việc làm cho người khuyết tật: cần chính sách bền vững và gắn kết hơn*,

nước đã có chính sách ưu đãi, hỗ trợ đối với các cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp sử dụng lao động khuyết tật trở lên làm việc ổn định, nhưng trên thực tế rất ít các đơn vị tiếp nhận và sử dụng NKT vào làm việc.

Cùng với đó, chính các cơ quan quản lý nhà nước cũng trở thành rào cản doanh nghiệp tiếp cận các chính sách về ưu đãi, hỗ trợ khi sử dụng NKT. Ví dụ, mặc dù nhà nước ban hành chính sách ưu đãi đối với các cơ sở sản xuất, doanh nghiệp thu hút NKT vào làm việc được vay vốn, ưu đãi thuế, dạy nghề, nhưng khi thực thi thì chính quyền cơ sở lại yêu cầu nhiều thủ tục, giấy tờ khiến doanh nghiệp khó tiếp cận với các ưu đãi... Theo thống kê, khoảng 65% số cơ sở sản xuất, doanh nghiệp có NKT được hưởng các chính sách hỗ trợ phát triển sản xuất như miễn giảm thuế, hỗ trợ tín dụng ưu đãi, đất sản xuất⁹... Ngoài ra, NKT tự tạo việc làm chưa được vay vốn trực tiếp mà phải qua các tổ chức như Hội phụ nữ hoặc Hội nông dân hay các tổ chức khác bảo lãnh, trong khi tổ chức của NKT chưa được bảo lãnh cho hội viên của mình.

Thứ ba, về chế độ bảo trợ xã hội đối với lao động khuyết tật

Hiện nay, chế độ hưu trí đối với NKT về cơ bản áp dụng giống như người lao động nói chung mà không có sự ưu đãi dành riêng cho đối tượng là NKT. Theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội 2014 và các văn bản hướng dẫn, NKT làm việc trong điều kiện bình thường được hưởng lương hưu khi nam đủ 60 tuổi, nữ đủ 55 tuổi và có đủ 25 năm đóng bảo hiểm xã hội trở lên. Đối

với NKT bị suy giảm khả năng lao động từ 61% trở lên được hưởng lương hưu thấp hơn khi nam đủ 50 tuổi, nữ đủ 45 tuổi và có đủ 20 năm đóng bảo hiểm xã hội trở lên¹⁰. Tuy nhiên, quy định lao động khuyết tật phải đóng bảo hiểm xã hội tối thiểu 20 năm mới được hưởng lương hưu là chưa phù hợp. Bởi như đã phân tích, NKT là đối tượng đặc biệt với những bất lợi về thể chất cũng như tinh thần, họ cũng không có việc làm ổn định nên tỷ lệ tham gia bảo hiểm xã hội thấp. Vì vậy, việc quy định chung về chế độ hưu trí không phù hợp đối với NKT khi tham gia lao động, vi phạm chính sách ưu đãi của Nhà nước dành cho NKT. *Ngoài ra, chế độ thai sản đối với NKT theo Luật Bảo hiểm xã hội 2014 cũng không có sự khác biệt so với lao động bình thường khác.* Bộ luật Lao động năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành cũng không có quy định cụ thể về việc bảo vệ quyền lợi cho người lao động mang thai là NKT¹¹. Theo đó, các chế độ nghỉ ngơi, phúc lợi dành cho NKT hiện vẫn đang được thực hiện như đối tượng lao động bình thường. Đây là một trong những bất lợi, thiếu công bằng đối với NKT trong việc thụ hưởng các chính sách an sinh xã hội.

Thứ tư, về chế độ vệ sinh, an toàn lao động đối với lao động khuyết tật

Thời gian gần đây, an toàn, vệ sinh lao động đang là vấn đề được toàn xã hội quan tâm vì mức độ ảnh hưởng đến sức khỏe và tính mạng người lao động. Vì vậy, pháp luật về vệ sinh, an toàn lao động ra đời với mục tiêu bảo vệ an toàn cho người lao động

<http://sggp.org.vn/xahoi/2012/12/307836/>, truy cập ngày 16/12/2016.

⁹ Xem thêm: Báo cáo tổng kết của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội năm 2015.

¹⁰ Xem thêm: Điều 55 Luật Bảo hiểm xã hội 2014 quy định về điều kiện hưởng lương hưu khi suy giảm khả năng lao động.

¹¹ Xem: Chương X, Những quy định riêng đối với lao động nữ, Bộ luật Lao động năm 2012.

tránh khỏi ảnh hưởng của những yếu tố nguy hiểm, có hại và tạo ra điều kiện làm việc thuận lợi.

Theo quy định của pháp luật, hàng năm, khi xây dựng kế hoạch sản xuất, kinh doanh, người sử dụng lao động phải lập kế hoạch, biện pháp an toàn lao động, vệ sinh lao động và cải thiện điều kiện lao động¹². Cùng với đó, người sử dụng lao động phải có nghĩa vụ trong việc bảo đảm an toàn, vệ sinh lao động tại nơi làm việc¹³. Tuy nhiên, pháp luật còn thiếu các quy định về biện pháp, tiêu chuẩn bảo đảm an toàn, vệ sinh lao động cho NKT, quy định về hỗ trợ vốn cho các doanh nghiệp sử dụng lao động khuyết tật trong việc tổ chức các hoạt động phòng ngừa, an toàn lao động và chế tài đối với các doanh nghiệp không thực hiện việc xây dựng, cung cấp các trang thiết bị an toàn lao động cho NKT.

Trên thực tế, phần lớn NKT đang phải làm việc trong điều kiện thiếu an toàn, chưa được trang bị đầy đủ các phương tiện bảo hộ cũng như các kiến thức phòng tránh tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp. Theo các kết quả nghiên cứu, đa số NKT làm việc trong các cơ sở sản xuất kinh doanh nhỏ, cơ sở có quy mô hộ gia đình; ngành nghề chủ yếu là thủ công, may mặc, mộc, mỹ nghệ... mà hầu hết đều có nguy cơ mất an toàn, nhất là an toàn về phòng chống cháy nổ, an toàn về điện, nguy cơ mắc bệnh nghề nghiệp¹⁴. Nguyên nhân là do người sử dụng

lao động còn xem nhẹ vấn đề an toàn, vệ sinh lao động, chưa chú trọng việc mua sắm trang thiết bị bảo hộ lao động, huấn luyện an toàn, vệ sinh lao động và khám sức khỏe định kỳ cho lao động là NKT. Mặt khác, còn do trình độ của NKT thường thấp nên việc hiểu biết về an toàn, vệ sinh lao động rất hạn chế.

Từ những phân tích trên, chúng tôi xin nêu một số kiến nghị nhằm đảm bảo thực hiện quyền có việc làm đối với NKT như sau:

Một là, pháp luật cần có quy định cụ thể theo hướng “tạo ra sự công bằng” cho người khuyết tật mà không chỉ đơn thuần quy định các hành vi phân biệt, đối xử gây bất lợi cho người khuyết tật

Hiến pháp 2013 quy định: “Mọi người đều bình đẳng trước pháp luật; không ai bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội”¹⁵. Đây là căn cứ quan trọng để triển khai hệ thống các quy định bảo đảm các quyền cho NKT. Ngoài ra, “không kỳ thị, phân biệt đối xử” còn là nguyên tắc cơ bản của pháp luật nhân quyền, được quy định trong nhiều Điều ước quốc tế của Liên hợp quốc và Tổ chức Lao động quốc tế. Vì thế, để xây dựng và thực hiện được quy định về chống kỳ thị, phân biệt đối xử đối với lao động khuyết tật, cần phải:

- Bổ sung vào Bộ luật Lao động năm 2012 các quy định về hành vi cấm kỳ thị, phân biệt đối xử đối với NKT ở tất cả các khía cạnh của việc làm như: tuyển dụng, trả lương, phân công công việc, đào tạo, dạy nghề, phúc lợi xã hội, sa thải hoặc các điều

¹² Xem: Điều 148 Bộ luật Lao động năm 2012.

¹³ Xem thêm: Điều 16 Luật An toàn, vệ sinh lao động năm 2015: Trách nhiệm của người sử dụng lao động trong việc bảo đảm an toàn, vệ sinh lao động tại nơi làm việc.

¹⁴ Xem thêm: *An toàn lao động và việc làm cho người khuyết tật*, [http://nhandoa.net.vn/index.php/hoat-dong-hoi/nghien-cuu-trao-doi/3378-an-](http://nhandoa.net.vn/index.php/hoat-dong-hoi/nghien-cuu-trao-doi/3378-an-toan-lao-dong-va-viec-lam-cho-nguoi-khuyet-tat)

[toan-lao-dong-va-viec-lam-cho-nguoi-khuyet-tat](http://nhandoa.net.vn/index.php/hoat-dong-hoi/nghien-cuu-trao-doi/3378-an-toan-lao-dong-va-viec-lam-cho-nguoi-khuyet-tat), truy cập ngày 04/8/2015.

¹⁵ Xem thêm: Điều 16 Hiến pháp năm 2013.

kiện lao động khác. Việc quy định chặt chẽ, cụ thể giúp cho NKT có cơ hội được tiếp cận với việc làm và vượt qua mặc cảm tự ti, vươn lên khẳng định khả năng sống độc lập của mình và hòa nhập xã hội.

- Quy định rõ trách nhiệm của nhà nước, người sử dụng lao động và truyền thông trong việc chống kỳ thị, phân biệt đối xử đối với NKT. Cụ thể:

Đối với nhà nước: các chính sách, quy định của pháp luật đối với NKT cần có những thay đổi theo hướng sát với nhu cầu của NKT, như việc đào tạo nghề, dạy nghề phải gắn đúng với dạng khuyết tật để họ được trang bị những kỹ năng, kiến thức thực hành; đào tạo kỹ năng giao tiếp, xin việc cho NKT; xây dựng cơ chế, chính sách liên kết với thị trường để tiêu thụ các sản phẩm do NKT làm ra; dành ưu tiên nhất định như giảm thuế, ưu đãi vay vốn đối với NKT tự tạo việc làm; biểu dương các doanh nghiệp sử dụng lao động là NKT để khuyến khích... Ngoài ra, Nhà nước cần ban hành quy định về “điều chỉnh môi trường làm việc phù hợp” mang tính ứng dụng theo nhu cầu của NKT.

Đối với người sử dụng lao động: Phải có cách nhìn nhận và đối xử bình đẳng với NKT, như thay đổi quan niệm trong tuyển dụng đối với NKT; tạo cơ hội, sân chơi bình đẳng cho NKT từ khi tuyển dụng, sử dụng họ trong quá trình lao động.

Đối với truyền thông: cần có sự tác động nhằm thay đổi tư duy, nhận thức và hành vi của mọi người trong xã hội đối với NKT, xóa bỏ tư tưởng coi NKT là người dư thừa trong gia đình và xã hội.

Hai là, cần có các quy định cụ thể hóa các chính sách ưu đãi đối với các doanh nghiệp sử dụng người khuyết tật

- Trước hết, cần quy định tách biệt các biện pháp khuyến khích và các biện pháp bắt buộc đối với các doanh nghiệp sử dụng lao động là NKT. Các quy định pháp luật cần triển khai theo hướng khuyến khích doanh nghiệp và có cơ chế rõ ràng về vấn đề bù đắp chi phí cho doanh nghiệp khi sử dụng lao động là NKT, một mặt nhằm giảm bớt gánh nặng “bao cấp” của Nhà nước, mặt khác đảm bảo sự hợp lý trong đối xử đối với các doanh nghiệp sử dụng lao động NKT.

- Xây dựng chế tài, cơ chế giám sát nhằm bảo đảm quyền lợi của người lao động khuyết tật trong các doanh nghiệp có lao động khuyết tật; xây dựng mạng lưới giới thiệu việc làm cho NKT; mở rộng và phát triển mô hình câu lạc bộ tìm việc của NKT, tham gia các Sàn giao dịch việc làm...

Ba là, hoàn thiện các quy định về chế độ bảo trợ xã hội cho người khuyết tật

Điểm e, Điều 28 quy định về mức sống thích đáng và bảo trợ xã hội của Công ước về Quyền của người khuyết tật năm 2007 nêu rõ: các quốc gia thành viên phải “đảm bảo người khuyết tật được tiếp cận bình đẳng các chương trình và trợ cấp hưu trí”. Theo đó, các quốc gia thành viên phải thừa nhận quyền của NKT đối với bảo trợ xã hội và NKT được hưởng quyền này mà không bị phân biệt đối xử vì lý do khuyết tật. Để chuyển hóa các quy định của Công ước, pháp luật nước ta cần bổ sung các quy định nhằm cụ thể hóa chế độ hưu trí đối với lao động khuyết tật như quy định thời gian đóng bảo hiểm xã hội để hưởng chế độ hưu trí ít hơn so với lao động bình thường; chế độ thai sản, ốm đau, tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp với mức

đóng, thời gian đóng, thời gian hưởng chế độ phù hợp đối với NKT.

Bốn là, hoàn thiện các quy định về an toàn, vệ sinh lao động dành cho người khuyết tật

- Bộ luật Lao động, Luật Người khuyết tật cần bổ sung các quy định về trách nhiệm của người sử dụng lao động trong công tác bảo đảm an toàn, vệ sinh lao động đối với NKT, bởi khi tham gia vào quan hệ lao động, người sử dụng lao động phải chịu trách nhiệm về sức khỏe, an toàn của tất cả người lao động. Đây là căn cứ pháp lý để kiểm soát việc thực hiện quy định của pháp luật về an toàn, vệ sinh lao động đối với NKT của các doanh nghiệp.

- Bộ luật Lao động, Luật Người khuyết tật, Luật An toàn, vệ sinh lao động và các văn bản hướng dẫn cần bổ sung các quy định về các biện pháp, tiêu chuẩn bảo đảm an toàn, vệ sinh lao động cho NKT như tiêu chuẩn về không gian, độ thoáng, độ sáng, tiêu chuẩn vệ sinh và các yếu tố khác.

- Sửa đổi, bổ sung các quy định về hỗ trợ vốn cho các doanh nghiệp sử dụng lao động khuyết tật trong việc “tổ chức các hoạt động phòng ngừa an toàn lao động”, như tổ chức huấn luyện về an toàn, vệ sinh lao động; tuyên truyền, thông tin để nâng cao kiến thức nghề nghiệp, kiến thức về an toàn, vệ sinh lao động tại nơi làm việc cho NKT... Đây là quy định nhằm cụ thể hóa chính sách hỗ trợ kinh phí cải tạo điều kiện, môi trường làm việc phù hợp cho NKT.

- Bổ sung chế tài áp dụng đối với các doanh nghiệp không thực hiện việc xây dựng, cung cấp các trang thiết bị an toàn lao động cho NKT.

- Ngoài ra, quy định trách nhiệm của Công đoàn trong việc tham vấn cho người sử dụng lao động về tình hình sức khỏe của lao động khuyết tật, để người sử dụng lao động bố trí công việc, cung cấp các trang thiết bị bảo hộ lao động phù hợp với họ. Có thể tham khảo pháp luật của nhiều nước về vấn đề này¹⁶.

Kết luận

Mục tiêu đảm bảo quyền có việc làm cho NKT là một trong những trọng tâm của hệ thống bảo đảm xã hội được Đảng và Nhà nước ta rất quan tâm. Bên cạnh đó, NKT cũng là một lực lượng lao động không nhỏ trong xã hội và có những đóng góp quan trọng trong quá trình xây dựng đất nước. Trong bối cảnh hiện nay, việc bảo đảm quyền có được việc làm bền vững, bình đẳng cho NKT vẫn còn nhiều vấn đề cần phải tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện. Vì vậy, đề án trợ giúp người khuyết tật giai đoạn 2012-2020 của Thủ tướng Chính phủ với mục tiêu “Hỗ trợ người khuyết tật phát huy khả năng của mình để đáp ứng nhu cầu bản thân; tạo điều kiện để người khuyết tật vươn lên tham gia bình đẳng vào các hoạt động kinh tế - xã hội, góp phần xây dựng cộng đồng và xã hội” sẽ góp phần biến ước nguyện “*hãy đưa chúng tôi hòa nhập với cộng đồng*” của NKT trở thành hiện thực¹⁷.

¹⁶ Xem thêm: *Ensuring the health and safety of workers with disabilities*, <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/factsheets/53>, truy cập ngày 28/12/2016.

¹⁷ Trần Thị Tú Anh, *Một số quy định của pháp luật về giải quyết việc làm cho người lao động khuyết tật*, <http://poi.htu.edu.vn/tin-tuc-su-kien/mot-so-quy-dinh-cua-phap-luat-ve-giai-quet-viec-lam-cho-nguoi-lao-dong-khuyet-tat.html>, truy cập ngày 20/05/2015.

VƯỚNG MẮC TRONG THỰC TIỄN TRIỂN KHAI CÁC QUY ĐỊNH VỀ BỒI THƯỜNG, HỖ TRỢ, TÁI ĐỊNH CƯ CỦA LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013 VÀ CÁC VĂN BẢN HƯỚNG DẪN THI HÀNH

*Bùi Mạnh Khoa**

Tóm tắt: Trong quá trình thực hiện Luật Đất đai 2013 tại địa phương, một trong những vấn đề nổi cộm đó là: bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất. Bài viết phân tích, đánh giá bất cập trong thực tế áp dụng quy định của Luật Đất đai về vấn đề này.

Abstract: During the implementation of the 2013 Land Law at provincial level, one of the troubling issues is: compensation, support, and resettlement upon land recovery from the State. The article analyses and assesses shortcomings in the application of the regulations under the Land Law in this regard.

Luật Đất đai 2013 được Quốc hội thông qua ngày 29/11/2013 và có hiệu lực từ ngày 01/7/2014. Tuy nhiên, sau hơn 02 năm triển khai trên thực tế, bên cạnh những kết quả đáng ghi nhận về sự thay đổi mang chiều hướng tích cực về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, về giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất, giải quyết khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực đất đai..., thì Luật Đất đai 2013 vẫn còn nhiều quy định chưa thực sự rõ ràng, cụ thể, thậm chí nhiều vấn đề còn thiếu quy định trực tiếp điều chỉnh, gây khó khăn, vướng mắc trong quá trình tổ chức thực hiện tại địa phương, mà một trong những vấn đề nổi cộm đó là: bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

1. Về thu hồi đất

So với Luật Đất đai 2003, Luật Đất đai 2013 đã có sự thay đổi theo hướng hợp lý, thể hiện tính cụ thể, minh bạch về các

trường hợp thu hồi đất. Theo đó, Luật Đất đai 2013 đã phân định các trường hợp thu hồi đất vì các nguyên nhân khác nhau trong những điều luật cụ thể như: thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh (Điều 61); thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng (Điều 62); thu hồi đất do lỗi sai phạm của người sử dụng đất (Điều 64); và thu hồi đất do chậm dứt việc sử dụng đất theo pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người (Điều 65); đồng thời, quy định rõ cơ sở, căn cứ để thu hồi đất trong từng trường hợp. Điểm đáng ghi nhận là, các trường hợp thu hồi đất cụ thể được quy định trực tiếp trong Luật mà không cần văn bản hướng dẫn thi hành.

Tuy nhiên, trên thực tế, một số quy định đã thể hiện sự bất hợp lý. Cụ thể:

Thứ nhất, về thu hồi đất do vi phạm pháp luật đất đai.

- Khoản 1 Điều 66 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Đất đai 2013 quy định về trình tự, thủ tục

* ThS., Huyện ủy huyện Quan Sơn - Tỉnh Thanh Hóa.

thu hồi đất do vi phạm pháp luật đất đai như sau:

Trường hợp vi phạm pháp luật mà phải thu hồi đất, khi hết thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính thì người có thẩm quyền xử phạt có trách nhiệm lập biên bản về vi phạm hành chính để làm căn cứ quyết định thu hồi đất.

Trường hợp vi phạm pháp luật không thuộc trường hợp bị xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai, thì biên bản xác định hành vi vi phạm phải có đại diện của Ủy ban nhân dân cấp xã làm chứng để làm căn cứ quyết định thu hồi đất và được lập như sau:

a) Cơ quan tài nguyên và môi trường tổ chức kiểm tra để xác định hành vi vi phạm quy định tại các điểm c, d và g khoản 1 Điều 64 của Luật Đất đai; tổ chức thanh tra để xác định hành vi vi phạm quy định tại điểm h và điểm i khoản 1 Điều 64 của Luật Đất đai;

b) Trong thời hạn không quá 07 ngày làm việc kể từ ngày lập biên bản, người được giao nhiệm vụ kiểm tra, thanh tra có trách nhiệm gửi biên bản cho cơ quan có thẩm quyền để chỉ đạo thu hồi đất.

Có thể thấy, quy định trên chưa thật hợp lý và gây ra nhiều ý kiến trái chiều trong quá trình triển khai hoạt động thanh tra. Bởi nếu theo quy định thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải thực hiện hoạt động thanh tra để làm căn cứ thu hồi đất; nhưng tại điểm b, khoản 1 Điều 66 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP chỉ quy định biên bản xác định hành vi vi phạm là căn cứ thu hồi. Như vậy, quy định này không có ý nghĩa vì biên bản thanh tra và biên bản kiểm tra có giá trị pháp lý như nhau. Trên thực tế, rất nhiều dự

án không hoạt động nhưng không thể liên lạc được với chủ dự án. Trong khi hoạt động thanh tra yêu cầu phải công bố quyết định thanh tra, phải có kết luận thanh tra và nhiều yêu cầu chặt chẽ khác nên rất khó khăn cho cơ quan có thẩm quyền khi không thể làm việc được với chủ dự án để xác minh các tình tiết liên quan. Vì vậy, nhiều trường hợp có vi phạm việc sử dụng đất nhưng do không thể thực hiện được các thủ tục như quy định của pháp luật nên không tiến hành được việc thu hồi đất.

- Theo quy định tại điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai 2013: Đất được Nhà nước giao, cho thuê để thực hiện dự án đầu tư mà không được sử dụng trong thời hạn 12 tháng liên tục hoặc tiến độ sử dụng đất chậm 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa thì phải đưa đất vào sử dụng; trường hợp không đưa đất vào sử dụng thì chủ đầu tư được gia hạn sử dụng 24 tháng và phải nộp cho Nhà nước khoản tiền tương ứng với mức tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với thời gian chậm tiến độ thực hiện dự án trong thời gian này; hết thời hạn được gia hạn mà chủ đầu tư vẫn chưa đưa đất vào sử dụng thì Nhà nước thu hồi đất mà không bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp bất khả kháng.

Thực tế hiện nay, ở nhiều địa phương do dự án không có tính khả thi, nên các tổ chức, doanh nghiệp đã đầu tư xây dựng một số công trình không tiếp tục đưa đất vào sử dụng quá 12 tháng liên tục, hoặc tiến độ sử dụng đất chậm 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư. Khi triển khai thực hiện theo quy định tại Điều 64 Luật Đất đai năm 2013, các tổ chức trên phải làm thủ tục gia hạn sử dụng đất, thời gian gia hạn được tính từ ngày 01/7/2014 (theo quy định tại khoản

1 Điều 100 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ). Tuy nhiên, các tổ chức đã không đưa đất vào sử dụng nhiều năm, nếu gia hạn thì họ vẫn để đất trống và không thực hiện nghĩa vụ tài chính. Một số tổ chức không phối hợp lập hồ sơ gia hạn sử dụng đất (theo quy định, các tổ chức gia hạn sử dụng đất phải làm đơn đăng ký biến động đất đai, tài sản gắn liền với đất); nhiều tổ chức không thể liên lạc được do không có trụ sở, văn phòng làm việc; số điện thoại, email, fax đăng ký trước đây đã thay đổi. Những trường hợp này xảy ra rất nhiều trên thực tế, song các cơ quan thực thi pháp luật không thể áp dụng các quy định nêu trên của Luật Đất đai 2013 và Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

Thứ hai, Luật Đất đai 2013 và Luật Đầu tư 2014 có sự mâu thuẫn khi quy định về biện pháp xử lý đối với nhà đầu tư có hành vi sai phạm trong hoạt động đầu tư và sai phạm trong tiến độ sử dụng đất đai.

Điểm i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai 2013 nêu trên và khoản 1 Điều 41, điểm g khoản 1 Điều 48 Luật Đầu tư 2014 có sự không tương thích, thậm chí mâu thuẫn nhau. Cụ thể, điểm g, khoản 1 Điều 48 Luật Đầu tư 2014 quy định: Sau 12 tháng mà nhà đầu tư không thực hiện hoặc không có khả năng thực hiện dự án theo tiến độ đăng ký với cơ quan đăng ký đầu tư và không thuộc trường hợp được giãn tiến độ thực hiện dự án đầu tư theo quy định của pháp luật thì cơ quan đăng ký đầu tư quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Quy định này trong thực tế triển khai đặt ra nhiều câu hỏi:

- Nếu áp dụng theo quy định của Luật Đầu tư, dự án sau 12 tháng mà nhà đầu tư không thực hiện theo tiến độ đăng ký đầu tư thì cơ quan có thẩm quyền thu hồi Giấy

chứng nhận đăng ký đầu tư. Trong trường hợp này, doanh nghiệp phải ngừng hoạt động. Song nếu áp dụng theo quy định của Luật Đất đai thì doanh nghiệp được Nhà nước giao đất, cho thuê đất trong thời hạn 12 tháng liên tục không đưa đất vào sử dụng thì không đương nhiên bị Nhà nước thu hồi đất và chấm dứt hoạt động, mà họ được gia hạn 24 tháng tiếp theo. Như vậy, hai quy định trên đã không có sự thống nhất trong việc chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp do lỗi sai phạm về việc không triển khai hoạt động dự án. Ngoài ra, việc không thống nhất còn làm cho quy định trở nên vô nghĩa. Cụ thể, việc gia hạn 24 tháng của Luật Đất đai không có ý nghĩa khi các doanh nghiệp bị áp dụng theo Luật Đầu tư không được hoạt động nữa.

- Mặt khác, Luật Đất đai hiện hành cũng không có quy định về thẩm quyền gia hạn thời hạn sử dụng đất cho doanh nghiệp khi chậm tiến độ sử dụng đất. Thẩm quyền này thuộc về Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh, cơ quan tài nguyên và môi trường (cơ quan có thẩm quyền giao đất và ký hợp đồng cho thuê đất), hay cơ quan thực hiện chức năng thanh tra, kiểm tra đất đai? Thiết nghĩ, sự không rõ ràng đang là rào cản gây khó khăn cho các cơ quan ở địa phương khi thực hiện công tác thanh tra, kiểm tra và áp dụng các biện pháp pháp lý, trong đó có biện pháp thu hồi đất.

Thứ ba, về thủ tục ban hành quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và quyết định thu hồi đất.

Điểm a khoản 3 Điều 69 Luật Đất đai 2013 quy định: "UBND cấp có thẩm quyền thu hồi đất quyết định thu hồi đất và quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong cùng 01 ngày". Theo quy định này, UBND có thẩm quyền thu hồi

đất đồng thời là UBND có thẩm quyền phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, và 02 quyết định thu hồi đất, phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư phải thực hiện trong cùng 01 ngày.

Điều 66 Luật Đất đai 2013 quy định thẩm quyền thu hồi đất của UBND cấp tỉnh, UBND cấp huyện. Trường hợp khu đất thu hồi có cả đối tượng thuộc thẩm quyền của cấp huyện và cấp tỉnh thì cấp tỉnh quyết định thu hồi hoặc ủy quyền cho cấp huyện quyết định thu hồi. Đây là một quy định tiến bộ, nhằm đơn giản hóa các thủ tục hành chính, tạo điều kiện thuận lợi cho các bên liên quan trong quá trình thực hiện việc thu hồi đất. Tuy nhiên, quy định này chỉ quy định UBND cấp tỉnh tự ban hành hoặc ủy quyền cho UBND cấp huyện ban hành quyết định thu hồi, không quy định UBND cấp tỉnh ủy quyền phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư cho UBND cấp huyện.

Từ hai điều luật trên dẫn đến hai cách hiểu:

Cách hiểu thứ nhất cho rằng, do quy định UBND cấp nào có thẩm quyền thu hồi đất thì UBND cấp đó có thẩm quyền phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư nên mặc nhiên được hiểu là, khi UBND cấp tỉnh ủy quyền thu hồi đất cho UBND cấp huyện thì cũng đồng nghĩa với việc ủy quyền phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư cho UBND cấp huyện. Vì vậy, UBND cấp huyện có trách nhiệm ban hành 02 quyết định thu hồi đất và phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong cùng 01 ngày.

Cách hiểu thứ hai cho rằng, do Điều 66 chỉ quy định việc ủy quyền thu hồi đất, không quy định việc ủy quyền phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư

nên UBND cấp tỉnh không có thẩm quyền ủy quyền phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư cho UBND cấp huyện, ngay cả trường hợp UBND cấp tỉnh đã ủy quyền thu hồi đất.

Tác giả đồng tình với cách hiểu thứ hai. Tuy nhiên, trên thực tế, việc thực hiện theo cách hiểu này gặp rất nhiều vướng mắc. Đối với trường hợp khu đất thu hồi chỉ thuộc thẩm quyền của UBND cấp tỉnh hoặc UBND cấp huyện, thì việc ban hành 02 quyết định thu hồi đất và phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong cùng 01 ngày không gặp khó khăn. Nhưng trường hợp UBND cấp huyện được UBND cấp tỉnh ủy quyền thu hồi đất thì việc ban hành 02 quyết định thu hồi đất và phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong cùng 01 ngày lại không đơn giản; do theo quy định, quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư phải căn cứ vào diện tích khu đất thực tế bị thu hồi theo quyết định thu hồi đất. Vì vậy, để ban hành quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư phải chờ quyết định thu hồi đất, trong khi quyết định thu hồi đất do cấp huyện ban hành, quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư do cấp tỉnh ban hành, dẫn đến sự không đồng nhất.

2. Về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư

Vấn đề bồi thường, hỗ trợ, tái định cư cũng là vấn đề nan giải khi Nhà nước thu hồi đất cho các dự án phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Nguyên nhân không chỉ là giá đất bồi thường theo đơn giá thấp so với giá đất giao dịch trên thị trường, mà còn từ những quy định thiếu chặt chẽ, chưa cụ thể và nhiều quy định không thống nhất. Cụ thể:

Thứ nhất, bồi thường thiệt hại về đất và tài sản trên đất.

Khoản 1 Điều 88 Luật Đất đai 2013 quy định nguyên tắc bồi thường thiệt hại về tài sản khi Nhà nước thu hồi đất: “*Khi Nhà nước thu hồi đất mà chủ sở hữu tài sản hợp pháp gắn liền với đất bị thiệt hại về tài sản thì được bồi thường*”. Quy định này phù hợp các nguyên tắc của pháp luật dân sự đối với quyền sở hữu về tài sản hợp pháp.

Tuy nhiên, khoản 1 Điều 92 Luật Đất đai 2013 lại quy định: “*Trường hợp Nhà nước thu hồi đất không được bồi thường tài sản gắn liền với đất: Tài sản gắn liền với đất thuộc một trong các trường hợp thu hồi đất quy định tại các điểm a, b, d, đ, e, i khoản 1 Điều 64 và các điểm b, d khoản 1 Điều 65 của Luật này*”¹.

¹ Khoản 1 Điều 64 quy định:

- a) Sử dụng đất không đúng mục đích đã được Nhà nước giao, cho thuê, công nhận quyền sử dụng đất và đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi sử dụng đất không đúng mục đích mà tiếp tục vi phạm;
- b) Người sử dụng đất cố ý hủy hoại đất;
- d) Đất không được chuyển nhượng, tặng cho theo quy định của Luật này mà nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho;
- đ) Đất được Nhà nước giao để quản lý mà để bị lấn, chiếm;
- e) Đất không được chuyển quyền sử dụng đất theo quy định của Luật này mà người sử dụng đất do thiếu trách nhiệm để bị lấn, chiếm;
- i) Đất được Nhà nước giao, cho thuê để thực hiện dự án đầu tư mà không được sử dụng trong thời hạn 12 tháng liên tục hoặc tiến độ sử dụng đất chậm 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa phải đưa đất vào sử dụng; trường hợp không đưa đất vào sử dụng thì chủ đầu tư được gia hạn sử dụng 24 tháng và phải nộp cho Nhà nước khoản tiền tương ứng với mức tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với thời gian chậm tiến độ thực hiện dự án trong thời gian này; hết thời hạn được gia hạn mà chủ đầu tư vẫn chưa đưa đất vào sử dụng thì Nhà nước thu hồi đất mà không bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp do bất khả kháng.

Khoản 1 Điều 65 quy định:

Quy định trên dẫn đến 02 cách hiểu sau:

Cách hiểu thứ nhất cho rằng, đây là quy định Nhà nước không bồi thường về tài sản, không phải là quy định Nhà nước thu hồi tài sản, do vậy, trong trường hợp này, đất sẽ do Nhà nước thu hồi, còn tài sản thì chủ sở hữu tài sản phải tự giải quyết bằng hình thức nào đó (*bán, di chuyển, tháo dỡ...*) để trả lại đất (*mặt bằng*) cho Nhà nước.

Cách hiểu thứ hai cho rằng, quy định này có nghĩa, khi Nhà nước thu hồi đất thì đồng thời thu hồi tài sản và không bồi thường thiệt hại cho chủ sở hữu tài sản.

Theo tác giả, cách hiểu thứ nhất sát nghĩa hơn. Cách hiểu thứ hai không đúng theo nguyên nghĩa của quy định, vì Điều 92 Luật Đất đai 2013 quy định *Nhà nước thu hồi đất không bồi thường tài sản gắn liền với đất*, chứ không quy định *Nhà nước thu hồi đất và thu hồi tài sản gắn liền với đất*.

Chính từ sự thiếu rõ ràng của hai quy định nêu trên dẫn đến thực tế các địa phương thực hiện bồi thường thiệt hại tài sản vi phạm nguyên tắc bồi thường thiệt hại. Cụ thể:

- Đối với trường hợp Nhà nước thu hồi đất quy định tại các điểm a, b, d, đ, e, i khoản 1 Điều 64 Luật Đất đai 2013, là thu hồi đất do người sử dụng đất vi phạm pháp luật đất đai, tác giả cho rằng, vi phạm pháp luật đất đai và vi phạm pháp luật về đầu tư, xây dựng là khác nhau, được điều chỉnh bởi các quy phạm khác nhau. Do vậy, khi người sử dụng đất vi phạm pháp luật đất đai thì pháp luật đất đai sẽ xử lý, còn vi phạm trong xây dựng, tạo lập tài sản trên đất sẽ bị xử lý bởi các luật liên quan. Mặt khác,

b) Cá nhân sử dụng đất chết mà không có người thừa kế;

d) Đất được Nhà nước giao, cho thuê có thời hạn nhưng không được gia hạn.

trường hợp người sử dụng đất vi phạm pháp luật đất đai nhưng tài sản gắn liền với đất lại được tạo lập một cách hợp pháp thì sẽ không thể thu hồi đối với khối tài sản này.

Như vậy, để có thể thu hồi được đất trên đó đã có tài sản, thì việc thu hồi đất phải gắn với việc thu hồi tài sản, nhưng để đạt được mục đích này với quy định của Điều 92 Luật Đất đai 2013 thì phải chăng nguyên tắc bồi thường thiệt hại về tài sản quy định tại Điều 88 Luật Đất đai 2013 đã bị vi phạm?

- Đối với trường hợp Nhà nước thu hồi đất quy định tại điểm d khoản 1 Điều 65 Luật Đất đai 2013, là trường hợp hết thời hạn sử dụng đất do được Nhà nước giao, cho thuê mà không được gia hạn. Trong những trường hợp này, phần lớn tài sản đã được tạo lập hợp pháp trong thời gian người sử dụng đất được Nhà nước giao đất, cho thuê đất. Việc người sử dụng đất bị thu hồi đất do hết thời gian được giao đất, thuê đất có thể do người sử dụng đất vi phạm pháp luật đất đai nên không được gia hạn, nhưng cũng có thể do người sử dụng đất không còn nhu cầu, khả năng thực hiện dự án nên trả lại đất. Mỗi trường hợp khác nhau cần có sự xử lý khác nhau. Quy định như hiện nay đã đánh đồng, coi mọi trường hợp đều là vi phạm và xử lý như nhau. Mặt khác, việc xử lý còn vi phạm nguyên tắc bồi thường như đã phân tích ở trên.

Thứ hai, về bồi thường trong trường hợp thu hồi đối với đất thuộc hành lang an toàn.

Điều 10 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP quy định bồi thường thiệt hại đối với đất thuộc hành lang an toàn khi xây dựng công trình có hành lang bảo vệ an toàn mà Nhà nước không thu hồi đất khi chưa xem xét các yếu tố bất lợi đối với người sử dụng đất

do công trình có hành lang bảo vệ an toàn đem lại như: Điều kiện không gian sống, giá trị đất, thu nhập hàng ngày... Chẳng hạn, ở nhiều đô thị xây dựng các cầu vượt trên không, việc xây dựng không phải thu hồi đất, nhưng lại biến nhiều nhà ở bên đường thành nhà dưới chân cầu. Hậu quả là, ngoài ảnh hưởng đến không gian sống, điều kiện đi lại, còn ảnh hưởng đến giá trị mảnh đất mà họ đang ở.

Vì vậy, cần bổ sung việc bồi thường thiệt hại về đất trong những trường hợp đặc thù khi Nhà nước không thu hồi đất, nhưng việc thực hiện dự án, công trình vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng gây ảnh hưởng bất lợi đến giá trị đất, đến khả năng sinh lợi từ việc sử dụng đất.

Thứ ba, một số quy định tại Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết hướng dẫn thi hành về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư còn nhiều vướng mắc, cần có những quy định hướng dẫn cụ thể:

Một là, Luật đất đai 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa có quy định cụ thể trong trường hợp bồi thường đất phi nông nghiệp không phải là đất ở (đất hỗn hợp, đất thương mại dịch vụ, đất sản xuất kinh doanh) có thời hạn sử dụng đất lâu dài, có nguồn gốc nhận chuyển nhượng từ tổ chức được Nhà nước giao có thu tiền sử dụng đất theo hình thức đổi đất lấy công trình. Đây là loại đất có khả năng sinh lợi cao, sự chuyển dịch để sinh lời trên thực tế rất sôi động. Vì vậy, việc thu hồi đối với các loại đất này rất phức tạp. Cần thiết phải có quy định cụ thể về bồi thường đối với các loại đất này nhằm đảm bảo việc thực thi có hiệu quả.

Quy định hiện nay tại khoản 4 Điều 7 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP về bồi thường theo đơn giá đất ở đối với đất thương mại, dịch vụ, đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp, đất phi nông nghiệp khác có thời hạn sử dụng ổn định lâu dài, theo tác giả, không phù hợp nguyên tắc bồi thường thiệt hại về đất quy định tại Điều 83 Luật Đất đai 2013: *Bồi thường bằng giao đất mới cùng mục đích sử dụng, nếu không thì bồi thường bằng tiền.* Ngoài ra, quy định còn không hợp lý, vì dù đất bị thu hồi có thời hạn sử dụng lâu dài, nhưng loại đất đó vẫn không phải là đất ở, không được sử dụng vào mục đích để ở. Do vậy, nếu căn cứ thời hạn sử dụng đất lâu dài để quy định bồi thường theo đơn giá đất ở là thiếu cơ sở. Thực tế cũng cho thấy, khả năng sinh lời của các loại đất là khác nhau, vì vậy, không thể có cùng chính sách bồi thường giữa các loại đất này.

Hai là, pháp luật đất đai hiện hành chưa có quy định cụ thể đối với trường hợp người sử dụng đất đã ứng trước tiền bồi thường, hỗ trợ tái định cư, tiền đã trả khi nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất (không có nguồn gốc từ ngân sách) nhưng chưa được Nhà nước hoàn trả, chưa được trừ vào tiền thuê đất; nay Nhà nước thu hồi đất thì việc hoàn trả thế nào? Hoặc trong trường hợp người sử dụng đất chuyển nhượng tài sản gắn liền với đất thuê trả tiền hàng năm, thì việc hoàn trả tiền này ra sao? Hay trường hợp toàn bộ hoặc một phần tiền bồi thường, hỗ trợ tái định cư, tiền đã trả khi nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất đã được tính vào vốn đầu tư của dự án, nay Nhà nước thu hồi đất thì được xác định thế nào? Những vấn đề này cần được hướng dẫn cụ thể.

Ba là, về giá đất bồi thường, theo quy

định của pháp luật hiện hành, giá đất để Nhà nước tính bồi thường cho người có đất bị thu hồi được xác định trên cơ sở "*Giá đất cụ thể do UBND cấp tỉnh quyết định*" (khoản 3 Điều 114 và điểm đ khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai 2013) là thiếu cơ sở và căn cứ khoa học, mang yếu tố chủ quan của người phê duyệt giá bồi thường. Đây là nguyên nhân của những tranh chấp, mâu thuẫn phát sinh trong thực tế thực hiện bồi thường, hỗ trợ, tái định cư tại các địa phương.

Thứ tư, thiếu quy định cụ thể, rõ ràng về trường hợp sử dụng đất thông qua cơ chế nhận chuyển nhượng, thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất để sản xuất kinh doanh theo Điều 73 Luật Đất đai 2013.

Điều 73 Luật đất đai 2013 quy định: việc sử dụng đất thông qua hình thức nhận chuyển nhượng, thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất để sản xuất, kinh doanh mà phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt thì chủ đầu tư được nhận chuyển nhượng, thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật. Nhà nước có chính sách khuyến khích việc thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân để thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh. Như vậy, đây là cơ chế thỏa thuận dân sự. Tuy nhiên, cần có sự kiểm soát nghiêm ngặt vì dễ dẫn đến việc coi đây là trường hợp thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng theo quy định tại Điều 62 Luật Đất đai 2013, bởi nội dung của Điều 73 còn chung chung, không quy định rõ

(Xem tiếp trang 66)

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ ĐẤT NÔNG NGHIỆP Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Bùi Đức Hiền*

Tóm tắt: Trên cơ sở pháp luật đất đai hiện hành, bài viết phân tích và làm sáng tỏ những bất cập, hạn chế trong các quy định pháp luật về đất nông nghiệp ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: On the basis of current land laws, this article analyses and clarifies the shortcomings and limitations of regulations on agricultural land in Vietnam.

Thực tế hiện nay, sản xuất nông nghiệp của Việt Nam tăng trưởng không cao, năng suất lao động xã hội trong nông nghiệp rất thấp¹; mặc dù là nước xuất khẩu lúa gạo thứ hai thế giới, nhưng đời sống của người nông dân chưa được cải thiện, hiện tượng xảy ra phổ biến những năm trở lại đây là người nông dân bỏ ruộng, bỏ đất nông nghiệp² mà phần nhiều do bất cập trong xây dựng và thực hiện chính sách pháp luật về đất đai, đặc biệt là chế độ pháp lý đối với đất nông nghiệp. Cụ thể:

Thứ nhất, về quy hoạch sử dụng đất, trong đó có đất nông nghiệp.

Theo pháp luật hiện hành, quy hoạch sử dụng đất được chia thành 3 cấp, gồm: quy hoạch sử dụng đất cấp quốc gia, quy hoạch sử dụng đất cấp tỉnh và quy hoạch sử dụng đất cấp huyện³. Ngoài ra, để đảm bảo sử

dụng đất quốc phòng, an ninh được hiệu quả, nhà nước quy định về quy hoạch sử dụng đất quốc phòng và quy hoạch sử dụng đất an ninh. Tuy nhiên, qua nghiên cứu cho thấy: *một là*, quy hoạch sử dụng đất phải căn cứ vào chiến lược phát triển kinh tế, xã hội⁴, nhưng hiện nay Việt Nam chưa có chiến lược phát triển kinh tế - xã hội dài hạn, mà chiến lược chỉ có tầm nhìn đến 10 năm⁵ nên dẫn tới quy hoạch sử dụng đất theo nhiệm kỳ lãnh đạo. *Hai là*, theo pháp luật hiện hành, Việt Nam đang tồn tại rất nhiều loại quy hoạch, như: quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội, quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch môi trường, quy hoạch đa dạng sinh học, quy hoạch giao thông, quy hoạch đô thị⁶. Tuy nhiên, cấp quy hoạch, thẩm quyền phê duyệt, tổ chức thực hiện quy hoạch không giống nhau gây ra chồng chéo, mâu thuẫn trong quá trình tổ chức thực hiện. Hơn nữa, có những nội dung quy hoạch nằm trong nhiều loại quy hoạch, ví dụ như quy hoạch về đất rừng có thể có

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹Xem bài: Năng suất lao động nông nghiệp rất thấp, của tác giả Thùy Dung. Nguồn: <http://www.the-saigontimes.vn/Home/kinhdoanh/dautu/103576/Nang-suat-lao-dong-nong-nghiep-rat-thap> .html, truy cập ngày 5/1/2017.

² Xem: Tình trạng nông dân bỏ ruộng ngày càng tăng, của tác giả Nguyễn Hoàng. Nguồn: <http://mtnt.hoinongdan.org.vn/sitepages/news/1098/36380/hieu-qua-su-dung-dat-nong-nghiep-tai-viet-nam-con-thap>, truy cập ngày 5/1/2017.

³ Luật Đất đai 2013 đã bỏ quy hoạch sử dụng đất cấp xã (với những xã không thuộc diện quy hoạch đô thị).

⁴ Xem: điểm a, khoản 1 Điều 38 Luật Đất đai năm 2013 về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia.

⁵ Ví dụ: Chiến lược phát triển bền vững Việt Nam giai đoạn 2011-2020 ban hành kèm theo Quyết định số 432/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ năm 2012.

⁶ Nhà nước đã ban hành đạo luật riêng: Luật Quy hoạch đô thị năm 2009.

trong nội dung của quy hoạch đa dạng sinh học, quy hoạch bảo vệ môi trường và quy hoạch sử dụng đất,... dẫn tới tốn kém và khó khăn cho tổ chức thực hiện. *Ba là*, quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là cơ sở để cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất, cũng như thu hồi đất. Pháp luật đất đai hiện hành coi chỉ tiêu sử dụng đất nông nghiệp là một trong các nội dung của quy hoạch sử dụng đất⁷, đồng thời cho phép điều chỉnh quy hoạch sử dụng đất trong một số trường hợp⁸. Mặc dù, để điều chỉnh được quy hoạch sử dụng đất trên thực tế là rất khó khăn, không thể có sự điều chỉnh nếu chỉ có đề xuất từ phía cơ sở⁹. Các quy định về quy hoạch sử dụng đất, trong đó có đất nông nghiệp quá gò bó, thiếu linh hoạt, sáng tạo ảnh hưởng đến hiệu quả sử dụng đất đai.

Thứ hai, về giao đất, cho thuê đất nông nghiệp.

- *Thẩm quyền giao đất, cho thuê đất nông nghiệp*.

⁷ Đồng thời, pháp luật hiện hành cũng quy định rõ thẩm quyền, trình tự, thủ tục tổ chức lập, thẩm định, thông qua, phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất các cấp, quy hoạch sử dụng đất quốc phòng, đất an ninh, và xác định rõ kỳ quy hoạch sử dụng đất là 10 năm và kỳ kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia, cấp tỉnh là 5 năm, cấp huyện là hàng năm.

⁸ Xem: Điều 46 Luật Đất đai năm 2013.

⁹ Theo Điều 46 Luật Đất đai năm 2013, việc điều chỉnh quy hoạch sử dụng đất, trong đó có đất nông nghiệp chỉ có thể được thực hiện trong những trường hợp sau: a) Có sự điều chỉnh chiến lược phát triển kinh tế - xã hội, quốc phòng, an ninh của quốc gia; quy hoạch tổng thể phát triển các vùng kinh tế - xã hội mà sự điều chỉnh đó làm thay đổi cơ cấu sử dụng đất; b) Do tác động của thiên tai, chiến tranh làm thay đổi mục đích, cơ cấu, vị trí, diện tích sử dụng đất; c) Có sự điều chỉnh quy hoạch sử dụng đất của cấp trên trực tiếp làm ảnh hưởng tới quy hoạch sử dụng đất; d) Có sự điều chỉnh địa giới hành chính của địa phương.

Theo pháp luật hiện hành, thẩm quyền này có thể thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh¹⁰ hoặc Ủy ban nhân dân cấp huyện¹¹. Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ có quyền cho thuê đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích. Có thể thấy, việc giao cho các cơ quan địa phương thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai là hợp lý, góp phần tạo điều kiện thuận lợi cho người dân thực hiện quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, việc thiếu cơ chế thanh tra, giám sát¹² hoạt động của các cơ quan này dẫn tới những vi phạm các quy định về giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất¹³.

- *Người sử dụng đất được giao đất nông nghiệp*¹⁴.

¹⁰ Theo pháp luật hiện hành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có quyền giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất đối với tổ chức trong nước, cơ sở tôn giáo, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao. Còn Ủy ban nhân dân cấp huyện có quyền giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất đối với cá nhân, hộ gia đình trong nước, cộng đồng dân cư. Xem: Điều 59 Luật Đất đai năm 2013.

¹¹ Có thể nói, đây là hai cơ quan thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai, hay nói cách khác đây là hai cơ quan “siêu” quyền lực về quản lý đất đai.

¹² Luật Đất đai năm 2013 quy định thanh tra đất đai là thanh tra chuyên ngành, tuy nhiên, lại vừa thực hiện chức năng của thanh tra hành chính (thanh tra hoạt động của các cơ quan quản lý đất đai) vừa thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành (thanh tra xử lý các tổ chức cá nhân vi phạm các quy định về quản lý đất đai). Quy định này là chưa phù hợp với quy định của Luật Thanh tra năm 2010 và có thể ảnh hưởng đến hiệu quả của hoạt động thanh tra.

¹³ Xem: Khắc phục “kê hồ” trong giao đất, cho thuê đất trong Luật Đất đai 2003 của tác giả Phương Thảo. Nguồn: <http://noichinh.vn/ho-so-tu-lieu/201310/khac-phuc-ke-ho-trong-giao-dat-cho-thue-dat-trong-luat-dat-dai-2003-292554/>, truy cập ngày 5/1/2017.

¹⁴ Người sử dụng đất được quy định tại Điều 5 Luật Đất đai năm 2013.

Theo pháp luật hiện hành, có hai hình thức giao đất là giao đất không thu tiền sử dụng đất (Điều 54 Luật Đất đai 2013) và giao đất có thu tiền sử dụng đất (Điều 55 Luật Đất đai 2013)¹⁵. Tuy nhiên, hiện nay, Luật quy định khác nhau đối với người Việt Nam trong nước và người Việt Nam định cư ở nước ngoài trong giao đất nông nghiệp. Ví dụ như: cá nhân, hộ gia đình trong nước có thể được nhà nước xem xét để giao đất không thu tiền sử dụng đất, nhưng người Việt Nam định cư ở nước ngoài lại không được áp dụng hình thức này. Vấn đề đặt ra là, sự phân biệt này có mâu thuẫn với chính sách của nhà nước ta coi “*người Việt Nam định cư ở nước ngoài là một bộ phận không thể tách rời của dân tộc Việt Nam*”¹⁶. Do vậy, cần sửa đổi pháp luật cho phù hợp. Khoản 3 Điều 3 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008 quy định: “*Người Việt Nam định cư ở nước ngoài là công dân Việt Nam và người gốc Việt Nam cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài*”. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chưa quy định rõ thời gian được xác định là “sinh sống lâu dài” tại nước ngoài. Mặt khác, việc coi trọng thời gian sinh sống so với yếu tố quốc tịch sẽ không hợp lý và gây thiệt hại cho các chủ thể này¹⁷.

¹⁵ Về cơ bản, nhà nước sẽ giao đất không thu tiền sử dụng đất đối với chủ thể sử dụng đất không vì mục tiêu lợi nhuận. Ví dụ: giao đất để xây dựng nhà ở xã hội,... còn Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất đối với chủ thể sử dụng đất vì mục tiêu lợi nhuận.

¹⁶ Xem: Phát huy vai trò người Việt Nam ở nước ngoài là góp phần xây dựng và tăng cường khối đại đoàn kết toàn dân tộc, của tác giả Bùi Mạnh Hải. Nguồn: <http://matran.org.vn/Home/TapChi/so%2072/ctdnnd.htm>, truy cập ngày 5/1/2017.

¹⁷ Ví dụ: A là vừa có quốc tịch Việt Nam, vừa có quốc tịch Mỹ, nhưng sinh sống tại Việt Nam, theo pháp luật hiện hành A sẽ được hưởng quyền lợi của cá nhân trong nước. B có quốc tịch Việt Nam, không có quốc tịch nước ngoài nhưng đang sinh sống lâu

- Thời hạn giao đất, cho thuê đất nông nghiệp.

Đối với thời hạn giao đất nông nghiệp, theo pháp luật hiện hành, tùy theo mục đích sử dụng đất và chủ thể được giao, nhà nước quy định thời hạn giao đất. Theo đó, hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp được nhà nước giao đất nông nghiệp là 50 năm; thời hạn cho thuê đất nông nghiệp với cá nhân, hộ gia đình và tổ chức sử dụng vào mục đích nông nghiệp là không quá 50 năm. Trường hợp đầu tư tại vùng có điều kiện kinh tế khó khăn hoặc đầu tư trong lĩnh vực lâu thu hồi vốn thì thời hạn thuê tối đa là không quá 70 năm¹⁸. Khi hết thời hạn, nếu có nhu cầu thì hộ gia đình, cá nhân, tổ chức sử dụng đất nông nghiệp được tiếp tục sử dụng đất theo thời hạn quy định¹⁹. Bên cạnh đó, trường hợp giao đất nông nghiệp cho cộng đồng dân cư sử dụng, Nhà nước cũng giao lâu dài, hay trường hợp giao đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên thì Nhà nước sẽ giao ổn định lâu dài. Thời hạn cho thuê đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích của xã, phường, thị trấn không quá 05 năm. Như vậy, có thể thấy, Luật Đất đai năm 2013 đã mở rộng thời hạn giao đất, cho thuê đất nông nghiệp từ 20 năm lên 50 năm, trong một số trường hợp đặc biệt có thể đến 70 năm. Việc quy định thời hạn giao đất, cho thuê đất theo chúng tôi, về mặt pháp lý chủ yếu thể hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân của Nhà nước đối với đất đai. Tuy

dài ở nước ngoài về Việt Nam đầu tư, sẽ được coi là người Việt Nam định cư ở nước ngoài và được hưởng quyền lợi hạn chế hơn so với A.

¹⁸ Theo Luật Đất đai năm 2003, thời hạn giao đất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân là 20 năm, cho thuê không quá 20 năm. Do vậy, quy định trên là điểm mới của Luật Đất đai năm 2013.

¹⁹ Xem: Điều 126 Luật Đất đai năm 2013.

nhiên, về mặt tâm lý xã hội, việc quy định sử dụng đất có thời hạn sẽ ảnh hưởng đến thúc đẩy phát triển bền vững. Bởi giao, cho thuê có thời hạn làm người được giao, thuê hiểu rằng đất không phải là của mình và hết thời hạn đó, họ có nguy cơ bị thu hồi lại hoặc bị giao cho người khác. Điều này khiến người sử dụng đất không dám đầu tư. Do vậy, cho đến nay quan điểm của Nhà nước là không chia lại đất nông nghiệp. Chúng tôi cho rằng, đây là quan điểm hợp lý để bảo đảm quan hệ đất đai được diễn ra ổn định. Tuy nhiên, để thúc đẩy kinh tế nông nghiệp phát triển thì việc xác lập quyền sử dụng đất nông nghiệp lâu dài vẫn có ý nghĩa đặc biệt quan trọng.

- Hạn mức sử dụng đất nông nghiệp.

Hạn mức sử dụng đất nông nghiệp được quy định tại Điều 129 Luật Đất đai năm 2013. Theo đó, đối với đất trồng cây hàng năm, hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp ở Đông Nam Bộ và Đồng bằng sông Cửu Long được giao tối đa không quá 3 ha đối với mỗi loại đất/hộ gia đình/người. Trường hợp hộ gia đình, cá nhân được giao nhiều loại đất, bao gồm đất trồng cây hàng năm, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối, thì tổng hạn mức giao đất không quá 05 ha. Đối với đất trồng cây lâu năm, thì tùy theo đồng bằng hay miền núi để ấn định hạn mức. Hạn mức giao đất trồng cây lâu năm cho mỗi hộ gia đình, cá nhân không quá 10 ha ở các xã, phường, thị trấn vùng đồng bằng; trường hợp được giao thêm cũng không quá 5 ha²⁰. Còn đối với xã, phường, thị trấn ở trung du, miền núi, thì cá nhân, hộ gia đình được giao không quá 30 héc ta. Trường hợp hộ gia đình, cá nhân được giao thêm đất trồng cây lâu năm cũng không quá

25 ha²¹ (Điều 129 Luật Đất đai năm 2013)²². Có thể thấy, cũng giống như quy định về thời hạn giao đất, cho thuê đất, pháp luật đất đai hiện hành quy định hạn mức sử dụng đất nông nghiệp nhằm thể hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân của nhà nước đối với đất đai, đồng thời tạo sự bình đẳng cho mọi người được nhận những ưu đãi từ nhà nước về đất đai. Việt Nam là quốc gia nông nghiệp với trên 70% dân số tập trung ở nông thôn và làm nông nghiệp. Để đáp ứng yêu cầu hội nhập khu vực và quốc tế hiện nay, Đảng và Nhà nước ta đang đẩy mạnh phát triển sản xuất nông nghiệp theo quy mô lớn hơn, từ kinh tế hộ gia đình phát triển lên kinh tế trang trại với mô hình công ty cổ phần,... Tuy nhiên, để thực hiện được điều này, nhà nước phải coi trọng cho hộ gia đình, cá nhân, các doanh nghiệp trong việc tiếp cận nhiều hơn với nguồn tài nguyên đất. Cụ thể, cần nghiên cứu tăng thêm hạn mức giao đất nông nghiệp, hoặc bỏ nguyên tắc bình quân trong giao đất nông nghiệp. Bởi thực tế, không phải cá nhân, hộ gia đình nào ở nông thôn cũng trực tiếp sản xuất nông nghiệp, và không phải cá nhân, hộ gia đình nào trực tiếp sản xuất nông nghiệp cũng mặn mà, gắn bó, mong muốn phát triển trên diện tích đất nông nghiệp mình được giao. Điều này dẫn tới một thực tế khác là, có những hộ gia đình, cá nhân được giao đất nông nghiệp trong hạn mức nhưng không sản xuất, hoặc sản xuất không hiệu quả, hoặc bỏ không, trong khi có những hộ gia đình, cá nhân có đầu óc kinh doanh, muốn có đất để phát triển nông nghiệp lại

²⁰ Tức là tối đa không được giao quá 15 ha/người hoặc trên hộ gia đình.

²¹ Tức là tối đa không quá 55 ha/người hoặc trên một hộ gia đình.

²² Theo quy định của pháp luật hiện hành, các chủ thể được giao sử dụng đất nông nghiệp trong hạn mức là giao không thu tiền sử dụng đất (Điều 54 Luật Đất đai năm 2013).

không có quỹ đất để sản xuất. Chúng tôi cho rằng, đã đến lúc chúng ta phải xem xét việc giao đất trên cơ sở hiệu quả sử dụng đất chứ không phải giao theo kiểu bình quân chủ nghĩa như hiện nay.

Thứ ba, về hạn mức nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp.

Không chỉ quy định về hạn mức giao đất nông nghiệp, Luật Đất đai hiện hành còn quy định về hạn mức nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Theo đó, hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân không quá 10 lần hạn mức giao đất nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân đối với mỗi loại đất (Điều 130 Luật Đất đai năm 2013). Hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sử dụng đất trồng cây hàng năm ở đồng bằng chỉ được nhận chuyển nhượng tối đa không quá 10 lần hạn mức nhà nước giao với mỗi loại đất, tức hạn mức nhận chuyển nhượng đất trồng cây hàng năm tối đa không quá 30 ha. Còn đối với đất trồng cây lâu năm, hộ gia đình, cá nhân ở các xã đồng bằng được nhận chuyển nhượng không quá 100 ha. Với các xã trung du, miền núi, thì hộ gia đình, cá nhân được nhận chuyển nhượng không quá 300 ha. Chúng tôi cho rằng, Luật quy định về hạn mức nhận chuyển nhượng đất nông nghiệp nhằm tạo quỹ đất để đa số người dân được tham gia vào quan hệ sử dụng đất nông nghiệp, đồng thời quy định này còn nhằm tránh tạo ra những lớp địa chủ, cường hào mới. Tuy nhiên, trong bối cảnh hội nhập, bảo đảm quyền con người, quyền công dân thì lo ngại này là không có cơ sở, thậm chí việc quy định hạn mức còn cản trở sự phát triển đất nước. Vì vậy, theo chúng tôi cần xóa bỏ hạn mức nhận chuyển nhượng tại Điều 130 Luật Đất đai 2013 nhằm thúc đẩy các hộ gia đình, cá nhân tham gia đầu tư

quy mô lớn, hiệu quả vào lĩnh vực nông nghiệp, góp phần hội nhập và phát triển kinh tế bền vững.

Ngoài việc xóa bỏ hạn điền, thực tiễn sử dụng đất nông nghiệp còn cho thấy, Việt Nam là một trong những quốc gia có mức độ phân mảnh đất nông nghiệp cao nhất so với khu vực và thế giới. Diện tích đất sản xuất nông nghiệp bình quân đầu người trên thế giới là 0,52 ha, trong khu vực là 0,36 ha, còn ở Việt Nam là 0,25 ha. Sau mỗi giai đoạn hai chục năm, tình trạng phân mảnh tăng gấp đôi. Sự phân mảnh còn dẫn đến tình trạng lãng phí đất đai được sử dụng làm ranh giới, bờ bao với không dưới 4% diện tích canh tác²³. Việc mỗi hộ gia đình, cá nhân được giao đất nông nghiệp theo nhân khẩu với nhiều mảnh nhỏ nằm phân tán cách xa nhau dẫn tới khó khăn cho quá trình canh tác, sản xuất nông nghiệp, không thể tiến hành sản xuất lớn theo kiểu hàng hóa. Để khắc phục điều này, những năm gần đây đã có nhiều mô hình sản xuất được đưa ra, như ở đồng bằng sông Cửu Long có mô hình “*cánh đồng mẫu lớn*”, ở đồng bằng Bắc bộ có mô hình “*cánh đồng mẫu*”, cánh đồng 100 triệu, 200 triệu/ha, hoặc phát triển mô hình “*kinh tế trang trại*”,... Tuy nhiên, để thực hiện các mô hình này đều cần có sự tích tụ đất đai theo hướng tập trung vào một, hai khoảnh lớn. Nhà nước đã đưa ra chủ trương “*dồn điền đổi thửa*” và thừa nhận quyền được chuyển đổi đất nông nghiệp trong pháp luật đất đai. Đồng thời, việc thực hiện chính sách “*dồn điền đổi thửa*” dựa vào dân chủ cơ sở, bình đẳng,

²³ Xem: Hiệu quả sử dụng đất nông nghiệp tại Việt Nam còn thấp, của tác giả Huy Thông. Nguồn: <http://mntn.hoinongdan.org.vn/sitepages/news/1098/36380/hieu-qua-su-dung-dat-nong-nghiep-tai-viet-nam-con-thap>, truy cập ngày 5/1/2017.

thỏa thuận và cùng có lợi, gắn với thực hiện “xây dựng nông thôn mới”. Mặc dù đây là chủ trương đúng, nhưng thực tiễn triển khai tại các địa phương không dễ dàng, có địa phương thực hiện được, nhưng có địa phương lại không thể thực hiện do mâu thuẫn về lợi ích, do nghi kỵ giữa người dân với chính quyền cơ sở,... Do vậy, cần phải có cơ chế pháp lý rõ ràng để việc thực hiện “dồn điền đổi thửa” được hiệu quả.

Thứ tư, về cho phép chuyển mục đích sử dụng đất nông nghiệp.

Vấn đề cho phép chuyển mục đích sử dụng đất được quy định tại Điều 57 Luật Đất đai năm 2013, theo đó các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải được phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền bao gồm: *Chuyển đất trồng lúa sang đất trồng cây lâu năm, đất trồng rừng, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối; chuyển đất trồng cây hàng năm khác sang đất nuôi trồng thủy sản nước mặn, đất làm muối, đất nuôi trồng thủy sản dưới hình thức ao, hồ, đầm; chuyển đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ, đất rừng sản xuất sang sử dụng vào mục đích khác trong nhóm đất nông nghiệp; chuyển đất nông nghiệp sang đất phi nông nghiệp*²⁴. Quy định này giúp Nhà nước quản lý có hiệu quả các loại đất nông nghiệp; đồng thời tạo điều kiện thuận lợi cho người sử dụng đất nông nghiệp được chuyển mục đích sử dụng trong một số trường hợp mà không cần sự cho phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, ví dụ: chuyển từ đất trồng cây hàng năm sang đất trồng lúa, chuyển từ đất nuôi trồng thủy sản

sang đất trồng cây hàng năm, hay chuyển từ đất trồng lúa sang đất trồng cây hàng năm khác... Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy việc chuyển mục đích sử dụng đất cũng không đơn giản vì phải phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt. Vấn đề là, không phải đất nào thực hiện đúng quy hoạch cũng mang lại hiệu quả kinh tế, nhiều trường hợp sử dụng đất nông nghiệp không đúng quy hoạch thu được lợi ích kinh tế cao, nhưng lại vi phạm pháp luật. Do vậy, chúng tôi cho rằng cần minh định rõ việc thay đổi cơ cấu sản xuất nông nghiệp với việc chuyển mục đích sử dụng đất để vừa đáp ứng được mục tiêu quản lý đất đai, vừa thúc đẩy người dân tự do sáng tạo, làm giàu ngay trên mảnh đất của mình. Đồng thời, Chính phủ cần có hướng dẫn cụ thể Điều 57 Luật Đất đai năm 2013 và phải tập huấn cho cán bộ quản lý đất đai ở cơ sở cũng như người dân nắm rõ các quy định này²⁵.

Về chính sách bảo đảm an ninh lương thực trong mối quan hệ với pháp luật về đất nông nghiệp: Để bảo đảm an ninh lương thực, Việt Nam đặc biệt ưu tiên bảo vệ và phát triển quỹ đất trồng lúa, đồng thời quy định khá chặt chẽ về điều kiện các dự án chuyển đất trồng lúa sang đất sử dụng cho mục đích khác²⁶. Với chính sách này, Việt

²⁴ Theo quy định của pháp luật hiện hành, việc chuyển mục đích sử dụng đất ngoài những trường hợp này thì không cần phải có sự đồng ý của cơ quan nhà nước hay không phải đăng ký tại Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất hoặc Ủy ban nhân dân cấp xã.

²⁵ Thực tiễn tại nhiều địa phương cho thấy, người dân tự chuyển từ đất trồng lúa kém hiệu quả sang xây dựng chuồng trại để chăn nuôi mang lại hiệu quả kinh tế cao, nhưng chính quyền địa phương lại cho rằng việc tự ý chuyển đổi từ đất trồng lúa sang đất chăn nuôi là vi phạm pháp luật và tiến hành xử phạt. Tuy nhiên, Điều 57 Luật Đất đai 2013 không quy định chuyển từ đất trồng lúa sang đất chăn nuôi cần phải được phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; trong khi đó khoản 1 Điều 10 Luật Đất đai 2013 lại xác định đất xây dựng chuồng trại, chăn nuôi cũng là đất nông nghiệp.

²⁶ Điều 58 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “1. Đối với dự án có sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng vào các mục đích khác mà

Nam từ nước thiếu đói vươn lên là quốc gia xuất khẩu lúa gạo hàng đầu thế giới²⁷. Tuy nhiên, đến nay Việt Nam cũng cần phải xem xét lại chính sách này, bởi mặc dù xuất khẩu lúa gạo lớn thứ hai thế giới, nhưng đời sống của người nông dân còn rất nhiều khó khăn, trong khi các nước như Philippines, Indonesia là những nước nhập khẩu lúa gạo của Việt Nam, người nông dân không sản xuất lúa gạo nhưng lại có đời sống cao hơn²⁸. Hơn nữa, trong bối cảnh những năm gần đây, Việt Nam chịu ảnh hưởng nặng nề của biến đổi khí hậu: khô hạn, bão, lũ, nước biển dâng, xâm nhập mặn,... việc sản xuất lúa gạo ngày càng khó khăn thì việc hoàn thiện chính sách pháp luật về đất đai cho phép chuyển đổi cơ cấu cây trồng, cơ cấu sản xuất nông nghiệp là đặc biệt cần thiết.

Thứ năm, các quy định về cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp.

không thuộc trường hợp được Quốc hội quyết định, Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ được quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất khi có một trong các văn bản sau đây: a) Văn bản chấp thuận của Thủ tướng Chính phủ đối với trường hợp chuyển mục đích sử dụng từ 10 héc ta đất trồng lúa trở lên; từ 20 héc ta đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng trở lên; b) Nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh đối với trường hợp chuyển mục đích sử dụng dưới 10 héc ta đất trồng lúa; dưới 20 héc ta đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng”.

²⁷ Theo thống kê, Việt Nam là quốc gia nhiều năm xuất khẩu lúa gạo thứ hai thế giới, chỉ sau Thái Lan. Nguồn: <http://vtv.vn/van-de-hom-nay/dung-thu-2-ve-xuat-khau-gao-viet-nam-van-chua-co-bo-giong-lua-quoc-gia-20151015063306562.htm>, truy cập ngày 5/1/2017.

²⁸ Với chính sách bảo đảm an ninh lương thực một cách thái quá, và việc bắt buộc phải trồng lúa trong khi đời sống của người nông dân trồng lúa không được cải thiện nhiều, Việt Nam vô hình trung lại tạo dư địa cho quốc gia khác phát triển. Trong bối cảnh biến đổi khí hậu hiện nay, đã đến lúc các nhà hoạch định chính sách pháp luật của Việt Nam cần nghiên cứu để điều chỉnh phù hợp với thực tiễn.

Theo pháp luật hiện hành, đất nông nghiệp có thể cấp cho hộ gia đình hoặc cá nhân. Hiện nay, việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp cho hộ gia đình trong bối cảnh Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bỏ chủ thể này là vấn đề cần lưu ý trong điều chỉnh pháp luật về đất đai. Bên cạnh đó, cũng có những bất cập, khó khăn trong quá trình thực hiện quyền của người sử dụng đất nông nghiệp khi được cấp theo hộ gia đình. Và hiểu thế nào là hộ gia đình? Hơn nữa, pháp luật hiện hành quy định việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp phải có sự đồng ý của các thành viên hộ gia đình từ đủ 15 tuổi trở lên. Trên thực tế, các thành viên hộ gia đình không phải lúc nào cũng cư trú ở cùng một nơi, do vậy, khi thực hiện các quyền của người sử dụng đất gặp nhiều khó khăn. Chúng tôi cho rằng, để đảm bảo quyền lợi cho người sử dụng đất là thành viên hộ gia đình, Nhà nước có thể điều chỉnh quy định về việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo hướng cấp cho từng cá nhân trong hộ theo phần diện tích của mình.

Thứ sáu, về thực hiện một số quyền của người sử dụng đất nông nghiệp.

Về quyền chuyển đổi đất nông nghiệp, pháp luật đất đai hiện hành quy định hộ gia đình, cá nhân trong cùng một xã có quyền chuyển đổi đất nông nghiệp cho nhau. Quy định này là cơ sở để thực hiện chính sách “dồn điền đổi thửa” thúc đẩy sản xuất hàng hóa tập trung. Tuy nhiên, quy định giới hạn việc chuyển đổi đất nông nghiệp chỉ trong phạm vi cấp xã cũng ảnh hưởng đến quá trình thúc đẩy kinh tế nông nghiệp từ quy mô hộ gia đình lên quy mô trang trại (Công ty cổ phần nông nghiệp).

Về tặng cho quyền sử dụng đất nông nghiệp, đặc biệt đất trồng lúa, pháp luật hiện

hành chỉ cho phép tặng cho đất trồng lúa đối với hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp, nhằm đảm bảo đất trồng lúa tiếp tục được sử dụng để sản xuất nông nghiệp một cách liên tục. Tuy nhiên, điều này lại có nguy cơ cản trở phát triển nông nghiệp bởi thực tiễn cho thấy, hiện nay người nông dân bỏ đất rất nhiều, hoặc nhiều người có đất lại không có năng lực tổ chức sản xuất hoặc không có tài chính để sản xuất, trong khi nhiều người có năng lực tổ chức sản xuất, có tài chính để sản xuất nông nghiệp quy mô lớn lại không có đất. Do vậy, việc quy định quá chặt chẽ về tặng cho đất trồng lúa có thể làm ảnh hưởng đến quá trình tích tụ ruộng đất để thúc đẩy phát triển kinh tế nông nghiệp.

Thứ bảy, vấn đề ly nông, ly hương trong điều chỉnh pháp luật về đất nông nghiệp.

Thực tiễn hiện nay cho thấy ba hiện tượng. *Một là*, ly nông tất ly hương, có nghĩa người nông dân không có ruộng đất để sản xuất thì họ phải rời bỏ quê hương đi nơi khác để làm ăn. *Hai là*, không ly nông vẫn ly hương. Đây là thực tiễn trong thời gian qua ở đồng bằng sông Cửu Long, do biến đổi khí hậu, nước mặn xâm nhập, người nông dân không thể sản xuất nông nghiệp phải lên thành phố tìm các công việc khác để sinh kế. *Ba là*, ly nông bất ly hương, theo đó, người nông dân vì một lý do nào đó²⁹ không còn tham gia sản xuất nông nghiệp, nhưng họ vẫn gắn bó với quê hương vì ở địa phương vẫn có nhiều việc làm khác đảm bảo sinh kế của họ. Chúng tôi cho rằng, xuyên suốt ba vấn đề này chính là việc bảo đảm sinh kế ổn định và nâng cao

thu nhập của người nông dân. Khi sinh kế người nông dân ổn định, thu nhập ngày càng tăng sẽ giải quyết được triệt để các vấn đề trên. Thực tiễn nông thôn Việt Nam những năm qua cho thấy, người nông dân phải đối diện với cả ba vấn đề này. Đối với vấn đề ly nông tất ly hương, theo chúng tôi chính sách pháp luật về đất nông nghiệp cần hướng tới đảm bảo quyền sử dụng đất và nâng cao hiệu quả sử dụng đất cho người nông dân để người nông dân gắn bó với ruộng đồng, làm giàu trên ruộng đất của mình. Bên cạnh đó, Nhà nước phải khuyến khích người nông dân học những nghề mới, hoặc phát triển các ngành nghề truyền thống tại địa phương, giúp nâng cao thu nhập. Như vậy, khi người nông dân ly nông thì họ vẫn gắn bó với quê hương của mình. Đối với vấn đề không ly nông vẫn ly hương, để khắc phục, chính sách pháp luật về đất đai cần tạo điều kiện thuận lợi cho người nông dân được tự chủ trên mảnh đất của mình, được linh hoạt, chủ động trong việc lựa chọn, thay đổi giống cây trồng, vật nuôi phù hợp với thời tiết thất thường, đặc biệt là biến đổi khí hậu. Còn ly nông bất ly hương, thì chính sách pháp luật về đất đai cần tập trung vào các quy định bảo đảm việc làm theo hướng bền vững cho người lao động. Ví dụ: với mô hình khu du lịch Trà An, Ninh Bình thay vì chủ đầu tư mua đứt ruộng của người dân thì người dân được tham gia góp vốn vào dự án bằng quyền sử dụng đất ruộng của mình,... Bên cạnh đó, Nhà nước hỗ trợ đào tạo nghề mới cho người nông dân, tạo nhiều việc làm cho người lao động,...

Thứ tám, về thu hồi đất nông nghiệp.

Theo pháp luật hiện hành, đất nông nghiệp có thể bị thu hồi vì lý do quốc

²⁹ Ví dụ: bị thu hồi hết đất nông nghiệp để xây dựng khu đô thị mới,...

phòng, an ninh, để phát triển kinh tế xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng và trường hợp người sử dụng đất vi phạm pháp luật về đất đai, người sử dụng đất tự nguyện trả lại Nhà nước³⁰. Các trường hợp nhà nước thu hồi đất được quy định khá cụ thể. Tuy nhiên, vấn đề cần bàn ở đây là, trong việc thu hồi đất để phát triển kinh tế vì lợi

ích quốc gia, lợi ích công cộng, nội dung thu hồi đất để xây dựng khu đô thị mới cũng được coi là vì lợi ích quốc gia cần phải được xem xét, khi mà trong những năm gần đây có nhiều tranh chấp liên quan đến thu hồi đất để xây dựng khu đô thị mới mà vụ Ecopark, Văn Giang, Hưng Yên là một ví dụ điển hình.

³⁰ Xem Điều 61, Điều 62, Điều 64, Điều 65 Luật Đất đai năm 2013.

(Tiếp theo trang 57 – Vương mặc trong thực tiễn...)

những hạng mục công trình, dự án đầu tư mà nhà đầu tư được quyền thỏa thuận với người dân. Mặt khác, việc áp dụng cơ chế thỏa thuận dân sự tại Điều 73 Luật Đất đai 2013 cũng chưa quy định trường hợp không thương thảo được liên quan đến một phần trong dự án khi thực hiện. Theo đó, có trường hợp chủ đầu tư đã nhận chuyển nhượng, thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất được 70%

diện tích đất, còn lại một số trường hợp không thỏa thuận được, gây khó khăn cho chủ đầu tư, dẫn đến một số dự án bị kéo dài. Nhiều trường hợp diện tích chưa thỏa thuận nằm xen kẽ trong diện tích đã thỏa thuận nên dự án không thể thực hiện được; diện tích đất nhận chuyển nhượng để hoang hóa gây thiệt hại cho doanh nghiệp, ảnh hưởng đến môi trường đầu tư, quy hoạch kiến trúc được phê duyệt.

PHÁP LUẬT BẢO VỆ QUYỀN BÍ MẬT DỮ LIỆU CÁ NHÂN TRÊN THẾ GIỚI VÀ VIỆT NAM

Vũ Công Giao*
Phạm Thị Hậu**

Tóm tắt: Bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân hiện là vấn đề mang tính cấp thiết trong bối cảnh công nghệ thông tin phát triển như vũ bão hiện nay. Bài viết phân tích các quy định pháp luật quốc tế, pháp luật của một số quốc gia và pháp luật Việt Nam về bảo vệ quyền bí mật dữ liệu cá nhân.

Abstract: The protection of personal data has been seen as a pressing need currently in the context of speedily growing information technology. The article analyses international regulations, and laws of several countries and Vietnam on the right to the protection of personal data.

1. Khái niệm dữ liệu, dữ liệu cá nhân và bí mật cá nhân

Theo Đại Từ điển Tiếng Việt, “dữ liệu” là những thông tin như văn bản, số liệu, âm thanh, hình ảnh... được biểu diễn trong máy tính dưới dạng quy ước, nhằm tạo sự dễ dàng cho việc lưu trữ, xử lý¹. Theo nghĩa này, chỉ những thông tin đã được định dạng dưới hình thức lưu trữ nhất định mới được coi là dữ liệu. Các thông tin mang tính chất “tin tức”, “sự kiện” trong đời sống xã hội chưa được định dạng, lưu trữ thì không được coi là dữ liệu.

Từ khái niệm về dữ liệu nêu trên, có thể hiểu “dữ liệu cá nhân” là mọi thông tin liên quan đến một cá nhân được định dạng dưới dạng văn bản, tệp tin, mã hóa, âm thanh, hình ảnh... Một thông tin được coi là liên quan đến một cá nhân cụ thể nếu qua thông tin ấy có thể xác định được cá nhân đó, ví dụ như thông tin về số chứng minh thư, ngày tháng năm sinh, địa chỉ, mã số thuế, số

căn cước công dân... Việc kết hợp nhiều thông tin liên quan sẽ đem lại kết quả nhận dạng nhanh chóng và chính xác hơn. Ví dụ, kết hợp những thông tin về giới tính, tình trạng sức khỏe, nghề nghiệp... sẽ cho phép xác định một cá nhân dễ dàng hơn so với chỉ có một thông tin.

Tổ chức Hợp tác kinh tế và phát triển (OECD) đưa ra định nghĩa “dữ liệu cá nhân” là bất kỳ thông tin nào liên quan đến hoặc cho phép xác định một cá nhân nhất định (đối tượng dữ liệu)². Mặc dù chỉ mang tính chất khuyến nghị, nhưng quy định này của OECD được nhiều quốc gia trên thế giới công nhận và áp dụng.

Theo Đại Từ điển Tiếng Việt, “bí mật” được hiểu là điều cần giữ kín trong phạm vi một số ít người, không để lộ cho người ngoài biết³. Như vậy, có thể hiểu “bí mật dữ

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

** Vụ Pháp luật hình sự - hành chính, Bộ Tư pháp.

¹ Nguyễn Như Ý (chủ biên), Đại Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, 1999, tr.367.

² Xem OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, tại <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesonthe-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data.htm>.

³ Nguyễn Như Ý (chủ biên), Đại Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, 1999, tr.542.

liệu cá nhân” là những thông tin liên quan đến một cá nhân mà người đó giữ kín, không muốn cho nhiều người biết, vì việc phổ biến, công khai những thông tin này có thể ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người đó. Tuy nhiên, đối với những thông tin đã được công bố rộng rãi một cách hợp pháp, có chủ ý thì không được coi là bí mật cá nhân, ví dụ như thông tin của một người dùng mạng xã hội để ở chế độ công khai.

2. Quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân trong luật nhân quyền quốc tế

Luật nhân quyền quốc tế hiện nay mới chỉ quy định về quyền riêng tư mà chưa có quy định cụ thể về quyền bí mật dữ liệu cá nhân.

Quyền riêng tư là một trong những quyền cơ bản của con người, được chính thức ghi nhận lần đầu tiên trong Tuyên ngôn quốc tế về Nhân quyền năm 1948 (UDHR). Điều 12 UDHR ghi nhận: “*Không ai phải chịu sự can thiệp một cách tùy tiện vào cuộc sống riêng tư, gia đình, nhà ở hoặc thư tín cũng như bị xúc phạm về nhân phẩm hoặc uy tín của cá nhân. Mọi người đều được pháp luật bảo vệ chống lại sự xúc phạm và can thiệp như vậy*”.

Quy định nêu trên sau đó được tái khẳng định trong Điều 17 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR): “(1) *Không ai bị can thiệp một cách độc đoán và bất hợp pháp đến đời sống riêng tư, gia đình, nhà ở, thư tín; hoặc bị xúc phạm một cách bất hợp pháp đến danh dự và uy tín. (2) Mọi người đều có quyền được pháp luật bảo vệ chống lại mọi sự can thiệp và xúc phạm như vậy*”.

Quyền riêng tư cũng được thừa nhận trong các công ước nhân quyền khu vực. Ví dụ, Điều 8 Công ước Nhân quyền châu Âu

năm 1950 xác định: “*Mọi người đều có quyền được tôn trọng đời sống riêng tư và gia đình, nhà ở và thư từ. Sẽ không có sự can thiệp của một cơ quan công quyền với việc thực hiện quyền này, ngoại trừ những việc phù hợp với luật pháp và đó là sự cần thiết trong một xã hội dân chủ vì lợi ích của an ninh quốc gia, an toàn công cộng hoặc các phúc lợi kinh tế của đất nước, cho công tác phòng chống rối loạn hoặc tội phạm, để bảo vệ sức khỏe hoặc đạo lý, hay để bảo vệ các quyền tự do của người khác*”. Điều 11 Công ước Nhân quyền châu Mỹ cũng quy định tương tự về quyền riêng tư.

Năm 2004, Tổ chức Bảo mật quốc tế và Trung tâm bảo mật thông tin điện tử đã công bố báo cáo nghiên cứu “Sự riêng tư và nhân quyền” khái quát hoá sự phát triển của pháp luật về bảo vệ quyền riêng tư ở 50 quốc gia từ năm 1997⁴. Theo đó, nội dung của quyền riêng tư được xác định như sau:

- Sự riêng tư về thông tin cá nhân: bao gồm việc ban hành các quy tắc quản lý trong việc thu thập và xử lý các dữ liệu cá nhân như thông tin tín dụng, hồ sơ y tế và các hồ sơ của chính quyền lưu trữ về công dân đó, được gọi là “bảo vệ dữ liệu”.

- Sự riêng tư về cơ thể: liên quan đến việc bảo vệ thân thể (vật chất) của con người đối với hình thức xâm hại như xét nghiệm di truyền, thử nghiệm ma túy và thử nghiệm lâm sàng trên cơ thể.

- Sự riêng tư về thông tin liên lạc: bao gồm bảo mật và riêng tư về thư từ, bưu

⁴Xem Global Internet Liberty Campaign, *Privacy and Human Rights - An International Survey of Privacy Laws and Practice*, tại <http://gilec.org/privacy/survey/intro.html>. Cũng xem Đinh Tiến Dũng, “Quyền riêng tư trong Hiến pháp 2013 và các biện pháp bảo đảm bằng pháp luật”, Tạp chí Thông tin và truyền thông, kỳ 1/6/2014.

phẩm, điện thoại, thư điện tử và các hình thức truyền thông khác.

- Sự riêng tư về nơi cư trú: liên quan đến việc ban hành các giới hạn đối với sự xâm nhập vào môi trường sống của cá nhân, nơi làm việc hoặc không gian công cộng. Điều này bao gồm tìm kiếm thông tin, theo dõi bằng video và kiểm tra giấy tờ tùy thân.

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân là một quyền con người nằm trong nội hàm của quyền được bảo vệ đời tư đã được khẳng định trong luật nhân quyền quốc tế.

Cũng từ các văn kiện quốc tế có liên quan, có thể xác định nội dung của quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân bao gồm các khía cạnh:

(i) Quyền được yêu cầu chủ thể nắm giữ thông tin chỉnh sửa thông tin cá nhân nhằm bảo đảm tính toàn vẹn, chính xác thông tin cá nhân của mình.

(ii) Quyền cho phép bên thứ ba tiếp cận thông tin cá nhân của mình.

(iii) Quyền yêu cầu Nhà nước hoặc chủ thể khác liên quan có các biện pháp bảo đảm tính bí mật của thông tin, ví dụ như “vô danh hóa” thông tin cá nhân.

(iv) Quyền yêu cầu chủ thể nắm giữ thông tin bồi thường khi có hành vi xâm phạm thông tin trái pháp luật, gây thiệt hại cho cá nhân.

Về tính chất, theo luật nhân quyền quốc tế, do quyền về đời tư không phải quyền tuyệt đối nên quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân cũng không phải là một quyền tuyệt đối. Trong Bình luận chung số 16 của Ủy ban giám sát thực hiện ICCPR đã nêu rằng: “Với tất cả mọi người sống trong xã hội, việc bảo vệ bí mật riêng tư chỉ mang tính chất tương đối. Tuy nhiên, các nhà chức

trách có thẩm quyền chỉ có quyền thu thập thông tin về đời tư của công dân khi những thông tin đó là cần thiết để bảo đảm lợi ích của cộng đồng như được quy định trong Công ước”⁵. Như vậy, trong một số trường hợp nhất định, Nhà nước có quyền khai thác dữ liệu bí mật cá nhân mà không cần sự đồng ý của cá nhân đó. Tuy nhiên, nhằm phòng ngừa sự lạm dụng, Điều 17 ICCPR yêu cầu các trường hợp hạn chế quyền như vậy phải được xác định rõ trong luật quốc gia và phải dựa trên những lý do phù hợp. Tương tự như nhiều quyền con người khác, quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân có thể bị hạn chế để bảo vệ an ninh quốc gia, trật tự công cộng, sức khỏe hoặc đạo đức xã hội và các quyền, lợi ích hợp pháp của người khác. Thông thường, một quyết định can thiệp vào đời tư phải được người có thẩm quyền đưa ra theo quy định của luật và căn cứ vào từng trường hợp cụ thể. Việc thu thập và lưu giữ những thông tin cá nhân trên máy tính, các ngân hàng dữ liệu và các thiết bị khác, dù là do các nhân viên nhà nước, các cá nhân hoạt động trong các lĩnh vực tư nhân hay công quyền, đều phải dựa trên cơ sở quy định của pháp luật. Các nhà nước phải áp dụng những cách thức hiệu quả để bảo đảm rằng, những thông tin về đời tư của một cá nhân không bị sử dụng cũng như không bao giờ được sử dụng cho mục đích trái với Công ước. Để bảo đảm sự bảo vệ đời tư hiệu quả nhất, mỗi cá nhân có quyền được biết những thông tin về bản thân được lưu trữ ở đâu và cho những mục đích gì. Mỗi cá nhân cũng cần biết về chủ thể có

⁵ Human Rights Committee, *General Comment No. 16 - Article 17 (The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation)*, tại http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11.

trách nhiệm thu thập và quản lý những dữ liệu về bản thân mình. Nếu như hồ sơ lưu giữ không đúng thông tin cá nhân hay đã được thu thập, xử lý trái pháp luật thì mỗi cá nhân phải có quyền yêu cầu điều chỉnh và xoá bỏ những thông tin sai lệch.

3. Quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân trong pháp luật của một số quốc gia

Quyền riêng tư trong đó bao gồm quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân là các quyền cơ bản của con người được hầu hết Hiến pháp các quốc gia ghi nhận và bảo vệ. Một số ít quốc gia không quy định về quyền này trong Hiến pháp mà quy định trong các văn bản luật như Hoa Kỳ, Ireland và Ấn Độ⁶.

Cùng với sự ra đời của công nghệ thông tin, sự quan tâm của các quốc gia đối với vấn đề bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân ngày càng tăng. Kể từ đầu thập kỷ 1970, các quốc gia đã bắt đầu xây dựng luật về vấn đề này. Các luật bảo vệ dữ liệu cá nhân đầu tiên trên thế giới được ban hành tại bang Hessen, Cộng hòa Liên bang Đức (năm 1970), Thụy Điển (năm 1973), Đức (toàn liên bang năm 1977), Pháp (năm 1978) và sau đó lan ra nhiều quốc gia khác trên toàn thế giới. Hầu hết các luật này được xây dựng dựa trên hướng dẫn của OECD và Hội đồng châu Âu về bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân.

Các quốc gia xây dựng luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân xuất phát từ nhiều lý do. Một số quốc gia, đặc biệt ở Trung Âu, Nam Mỹ và Nam Phi, xây dựng luật này để khắc phục những vi phạm quyền riêng tư đã xảy ra dưới chế độ độc tài trước đó. Một số quốc gia khác, đặc biệt ở châu Á và Canada, xây dựng luật này nhằm thúc đẩy thương mại điện tử, bảo đảm thông tin cá nhân của

người tiêu dùng không bị đánh cắp và phổ biến. Ngoài ra, hầu hết các nước ở Trung và Đông Âu xây dựng luật này nhằm đáp ứng các điều kiện gia nhập Liên minh châu Âu (EU), trong khi nhiều quốc gia ở khu vực khác nhằm bảo đảm hoạt động thương mại phù hợp với các yêu cầu của EU.

Về cơ bản, pháp luật các quốc gia đều ghi nhận nguyên tắc thông tin cá nhân chỉ được thu thập một cách công bằng và hợp pháp, chỉ sử dụng cho mục đích quy định ban đầu, bảo đảm tính chính xác, cập nhật và phải hủy đi sau khi mục đích sử dụng đã được hoàn thành. Hầu hết các quốc gia đều nghiêm cấm việc thu thập, xử lý những dữ liệu mà làm lộ một cách trực tiếp hay gián tiếp những thông tin liên quan tới nguồn gốc chủng tộc hay dân tộc, quan điểm chính trị, tôn giáo, sức khỏe, đời sống tình dục... của cá nhân. Các loại thông tin đó chỉ được phép thu thập khi có sự đồng ý của cá nhân liên quan.

Về mô hình pháp luật, hầu hết các quốc gia quy định một luật chung về bảo vệ dữ liệu cá nhân, đồng thời thành lập *cơ quan chuyên trách* chịu trách nhiệm giám sát thi hành luật. Cơ quan này cũng có thể tiến hành điều tra các cáo buộc về hành vi vi phạm và hợp tác quốc tế trong việc bảo vệ dữ liệu và truyền dữ liệu. Tuy nhiên, có một số quốc gia như Hoa Kỳ, Trung Quốc... không xây dựng một luật chung về bảo vệ dữ liệu cá nhân mà để pháp luật chuyên ngành quy định, ví dụ: pháp luật về tài chính quy định bảo vệ dữ liệu cá nhân về tài chính...

4. Quyền bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân trong pháp luật Việt Nam

Giống như luật nhân quyền quốc tế, pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể về quyền bảo vệ dữ liệu cá nhân. Tuy nhiên,

⁶ Xem thêm Báo cáo Quyền riêng tư và nhân quyền tại: <http://gilc.org/privacy/survey/intro.html>.

quyền này cũng được bảo vệ thông qua quy định về quyền bí mật đời tư. Điều 21 Hiến pháp 2013 quy định: "(1) Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình. Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn. (2) Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác. Không ai được bóc mở, kiểm soát, thu giữ trái luật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư của người khác".

Ngoài Hiến pháp 2013, vấn đề bảo vệ quyền riêng tư cũng đã được đề cập trong một số văn bản luật chuyên ngành, cụ thể:

- Trong lĩnh vực dân sự, Điều 38 Bộ luật Dân sự 2015 quy định: "(1) Đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình là bất khả xâm phạm và được pháp luật bảo vệ. (2) Việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai thông tin liên quan đến đời sống riêng tư, bí mật cá nhân phải được người đó đồng ý, việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai thông tin liên quan đến bí mật gia đình phải được các thành viên gia đình đồng ý, trừ trường hợp luật có quy định khác. (3) Thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của cá nhân được bảo đảm an toàn và bí mật. Việc bóc mở, kiểm soát, thu giữ thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác chỉ được thực hiện trong trường hợp luật quy định. (4) Các bên trong hợp đồng không được tiết lộ thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình của nhau mà mình đã biết được trong quá trình xác lập, thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác".

- Trong vấn đề tiếp cận thông tin, theo khoản 2 Điều 7 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016: "*Thông tin liên quan đến bí mật đời sống riêng tư, bí mật cá nhân được tiếp cận trong trường hợp được người đó đồng ý; thông tin liên quan đến bí mật gia đình được tiếp cận trong trường hợp được các thành viên gia đình đồng ý*".

- Trong vấn đề sử dụng mạng Internet, Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 dành hẳn một mục (Mục 2) quy định về bảo vệ thông tin cá nhân. Điều 16 Luật này quy định nguyên tắc bảo vệ thông tin cá nhân trên mạng, theo đó: "(1). Cá nhân tự bảo vệ thông tin cá nhân của mình và tuân thủ quy định của pháp luật về cung cấp thông tin cá nhân khi sử dụng dịch vụ trên mạng. (2). Cơ quan, tổ chức, cá nhân xử lý thông tin cá nhân có trách nhiệm bảo đảm an toàn thông tin mạng đối với thông tin do mình xử lý". Theo Điều 18, chủ thể thông tin cá nhân có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân xử lý thông tin cá nhân cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân của mình mà tổ chức, cá nhân đó đã thu thập, lưu trữ hoặc ngừng cung cấp thông tin cá nhân của mình cho bên thứ ba. Ngay khi nhận được yêu cầu của chủ thể thông tin cá nhân về việc cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân hoặc đề nghị ngừng cung cấp thông tin cá nhân cho bên thứ ba, tổ chức, cá nhân xử lý thông tin cá nhân có trách nhiệm thực hiện yêu cầu và thông báo lại cho chủ thể thông tin cá nhân hoặc để họ tự cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân của mình. Tổ chức, cá nhân xử lý thông tin còn phải áp dụng các biện pháp phù hợp để bảo vệ thông tin cá nhân; thông báo lại cho chủ thể thông tin cá nhân đó trong trường hợp chưa thực hiện được yêu cầu do yếu tố kỹ thuật hoặc yếu tố khác.

- Trong lĩnh vực tố tụng hình sự, các điều 8, 18 và 124 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 quy định về việc bảo đảm quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở, an toàn và bí mật thư tín, điện thoại, điện tín của công dân, quyền được xét xử kín theo yêu cầu chính đáng của công dân nhằm bảo đảm bí mật của đương sự, quyền yêu cầu giữ bí mật họ tên, địa chỉ, bút tích của người tố cáo; không được tiết lộ bí mật điều tra...

- Trong lĩnh vực tín dụng, Điều 12 Luật Các tổ chức tín dụng 2010 nghiêm cấm việc tiết lộ bí mật kinh doanh của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và nghĩa vụ bảo đảm bí mật thông tin liên quan đến tài khoản, tiền gửi, tài sản gửi và các giao dịch của khách hàng tại tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài...

- Trong lĩnh vực báo chí, xuất bản, Điều 9, 25 và Điều 38 Luật Báo chí năm 2016 nghiêm cấm tiết lộ thông tin bí mật đòi tư của cá nhân theo quy định của pháp luật; quy định quyền từ chối cung cấp thông tin cho báo chí trong trường hợp thông tin thuộc bí mật đòi tư của cá nhân và bí mật khác theo quy định của pháp luật; quy định quyền và nghĩa vụ của cơ quan báo chí và nhà báo không tiết lộ người cung cấp thông tin, trừ trường hợp có yêu cầu bằng văn bản của cơ quan tiến hành tố tụng nhằm phục vụ cho việc điều tra, truy tố, xét xử tội phạm rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng. Điều 10 Luật Xuất bản năm 2012 nghiêm cấm việc xuất bản, in, phát hành xuất bản phẩm có nội dung tiết lộ bí mật nhà nước, bí mật đòi tư của cá nhân và bí mật khác do pháp luật quy định.

- Trong lĩnh vực y tế, Điều 8 Luật Khám bệnh, chữa bệnh 2009 quy định, người khám bệnh được giữ bí mật thông tin về tình trạng sức khỏe và đòi tư được ghi

trong hồ sơ bệnh án; hồ sơ bệnh án được lưu trữ theo các cấp độ mật của pháp luật về bảo vệ bí mật nhà nước; Điều 33 Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 quy định, thầy thuốc và nhân viên y tế có trách nhiệm giữ bí mật thông tin liên quan đến người bệnh.

- Trong lĩnh vực thương mại điện tử, Điều 46 Luật Giao dịch điện tử 2005 quy định về bảo mật thông tin trong giao dịch điện tử: “*Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền lựa chọn các biện pháp bảo mật phù hợp với quy định của pháp luật khi tiến hành giao dịch điện tử. Cơ quan, tổ chức, cá nhân không được sử dụng, cung cấp hoặc tiết lộ thông tin về bí mật đòi tư hoặc thông tin của cơ quan, tổ chức, cá nhân khác mà mình tiếp cận hoặc kiểm soát được trong giao dịch điện tử nếu không được sự đồng ý của họ, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác*”. Theo Nghị định số 72/2013/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ Internet: *Thông tin trên mạng* được chia thành: “*Thông tin công cộng* là thông tin trên mạng của một tổ chức, cá nhân được công khai cho tất cả các đối tượng mà không cần xác định danh tính, địa chỉ cụ thể của các đối tượng đó” (khoản 14 Điều 3); “*Thông tin riêng* là thông tin trên mạng của một tổ chức, cá nhân mà tổ chức, cá nhân đó không công khai hoặc chỉ công khai cho một hoặc một nhóm đối tượng đã được xác định danh tính, địa chỉ cụ thể” (khoản 15 Điều 3); “*Thông tin cá nhân* là thông tin gắn liền với việc xác định danh tính, nhân thân của cá nhân bao gồm tên, tuổi, địa chỉ, số chứng minh nhân dân, số điện thoại, địa chỉ thư điện tử và thông tin khác theo quy định của pháp luật” (khoản 16 Điều 3).

Từ những quy định nêu trên, có thể thấy, pháp luật Việt Nam đã có những quy định khá toàn diện liên quan đến bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân, trong đó khẳng định nguyên tắc nghiêm cấm tiết lộ bí mật đời tư, thông tin cá nhân khi chưa có sự đồng ý của chủ thể thông tin. Mặc dù vậy, các khái niệm “bí mật cá nhân” và “bí mật dữ liệu cá nhân” hiện vẫn chưa được quy định cụ thể trong Hiến pháp và các luật chuyên ngành; khái niệm “thông tin cá nhân” (gần gũi với “dữ liệu cá nhân”) đã được quy định tại Nghị định số 72/2013/NĐ-CP, nhưng chưa cụ thể về nội hàm và vẫn sử dụng cụm từ “theo quy định của pháp luật”.

Ngoài ra, pháp luật hiện hành chưa quy định những trường hợp, điều kiện cụ thể khi thông tin/dữ liệu cá nhân có thể được khai thác, công bố vì lợi ích cộng đồng. Điều này gây lúng túng trong thực tiễn áp dụng và tạo sơ hở cho việc lợi dụng khai thác, công bố thông tin thuộc bí mật đời tư mà không được sự cho phép của cá nhân có liên quan, kể cả việc công bố những thông tin sai sự thật, vi phạm quyền bí mật đời tư của công dân.

5. Một số gợi mở cho Việt Nam

Từ thực trạng pháp luật trong nước, đối chiếu với các tiêu chuẩn của pháp luật quốc tế và những bài học kinh nghiệm của một số quốc gia, có thể gợi mở một số hướng hoàn thiện pháp luật về quyền được bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân ở nước ta như sau:

(1) Xây dựng một đạo luật riêng về bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân

Như đã phân tích, Hiến pháp năm 2013 và nhiều luật chuyên ngành đã có quy định mang tính nguyên tắc về quyền bảo vệ bí mật đời tư, bí mật cá nhân trong đó có dữ liệu cá nhân. Mặc dù các luật chuyên ngành bước đầu đã đề cập đến quyền được bảo vệ

bí mật dữ liệu cá nhân trong một số lĩnh vực, song các quy định mới chỉ mang tính chất nguyên tắc, khái quát, còn thiếu nhiều quy định cụ thể, ví dụ như quy định về các hành vi vi phạm và chế tài áp dụng. Đặc biệt, hiện vẫn chưa có khung pháp lý đặc thù để bảo vệ quyền này.

Vì vậy, việc xây dựng một đạo luật riêng về bảo vệ dữ liệu cá nhân là cần thiết. Đây là điều mà nhiều quốc gia trên thế giới đã thực hiện và chứng minh tính hiệu quả.

Tham khảo các tiêu chuẩn quốc tế và kinh nghiệm của một số quốc gia khác, có thể thấy, ngoài những vấn đề khác⁷, Luật bảo vệ dữ liệu cá nhân cần làm rõ các khái niệm nền tảng (thông tin, bí mật cá nhân, bí mật dữ liệu cá nhân...), đồng thời cụ thể hoá nội hàm và cơ chế bảo đảm quyền được bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân. Bên cạnh đó, cũng cần quy định rõ những giới hạn của quyền này, những điều kiện và hạn chế đặt ra với việc khai thác, sử dụng, phổ biến dữ liệu cá nhân. Luật cũng nên quy định về cơ quan chuyên trách theo dõi, giám sát, giải quyết các khiếu nại, tố cáo về quyền này trên thực tế.

(2) Hoàn thiện pháp luật chuyên ngành về bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân

Bên cạnh việc nghiên cứu xây dựng Luật về bảo vệ bí mật dữ liệu cá nhân, cần rà soát các văn bản pháp luật chuyên ngành có liên quan nhằm:

- Bãi bỏ các quy định về giới hạn của quyền bảo vệ dữ liệu cá nhân trái với quy

(Xem tiếp trang 84)

⁷ Tham khảo khuôn khổ pháp luật của các quốc gia về bảo vệ dữ liệu cá nhân trong báo cáo với tiêu đề: *Global data Privacy Directory*, 2014, của Norton Rose Fulbright, tại <http://www.nortonrosefulbright.com/files/global-data-privacy-directory-52687.pdf>.

XUNG ĐỘT ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ VÀ HƯỚNG GIẢI QUYẾT

*Ngô Quốc Chiến**

Tóm tắt: Bài viết phân tích hiện tượng xung đột điều ước quốc tế, nguyên nhân xung đột điều ước, mối quan hệ giữa Hiệp định tạo thuận lợi thương mại với các hiệp định trong khuôn khổ Tổ chức Thương mại thế giới cũng như giữa Hiệp định tạo thuận lợi thương mại với các Hiệp định thương mại tự do, một số nguyên tắc giải quyết xung đột điều ước và đưa ra một số kiến nghị.

Abstract: The article analyses causes of international treaties conflicts, relationships between Trade Facilitation Agreement and other Agreements within the World Trade Organization framework, as well as the former and Free Trade Agreements, principles to resolve such conflicts, thereby makes relevant proposals.

Quá trình toàn cầu hóa và hội nhập quốc tế buộc các quốc gia phải tăng cường thiết lập và đẩy mạnh các mối quan hệ ngoại giao, hợp tác quốc tế song phương và đa phương trên mọi lĩnh vực. Trong bối cảnh đó, việc ký kết hoặc gia nhập các điều ước quốc tế (ĐUQT) đã trở thành nhu cầu cấp thiết của các quốc gia, bởi ĐUQT là công cụ pháp luật chủ yếu điều chỉnh các quan hệ quốc tế, cả trong lĩnh vực công và lĩnh vực tư. Việt Nam cũng đã tích cực và chủ động đàm phán, ký kết và gia nhập nhiều ĐUQT như: Ký 17 Hiệp định tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự; 5 Hiệp định về nuôi con nuôi; 64 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư; 17 Hiệp định về lãnh sự, và nhiều ĐUQT song phương cũng như đa phương khác trong khuôn khổ Liên hợp quốc, Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và Hiệp hội Các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN)¹. Tuy nhiên, chính sự gia tăng số lượng các ĐUQT có thể làm nảy sinh vấn đề xung đột giữa các ĐUQT.

1. Khái niệm xung đột điều ước quốc tế

Xung đột ĐUQT là hiện tượng xảy ra khi có hai hay nhiều ĐUQT cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh một vấn đề liên quan đến hai hay nhiều quốc gia là thành viên và các ĐUQT này lại có những quy định không giống nhau về vấn đề cần giải quyết. Ví dụ, trong khi Công ước năm 1958 về lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải quy định chiều rộng của lãnh hải và vùng tiếp giáp là 12 hải lí, thì Công ước Luật Biển năm 1982 lại quy định chiều rộng lãnh hải do quốc gia ven biển tự quy định nhưng tối đa không vượt quá 12 hải lí kể từ đường cơ sở, vùng tiếp giáp lãnh hải hợp với lãnh hải thành vùng biển có chiều rộng không quá 24 hải lí kể từ đường cơ sở². Trong lĩnh vực kinh tế quốc tế, không hiếm trường hợp có sự khác nhau, thậm chí mâu thuẫn giữa các điều ước quy định chế độ đãi ngộ kinh tế và các hiệp định song phương có điều khoản

* TS., Khoa Luật, Đại học Ngoại thương.

¹ Nguyễn Khánh Ngọc (chủ biên), *Cơ sở lý luận và thực tiễn xây dựng Luật tư pháp quốc tế*, đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ (Bộ Tư pháp), tháng 6/2016, tr. 36.

² Về vấn đề này, xem thêm: Nguyễn Thị Thuận, *Giải quyết vấn đề xung đột về hiệu lực áp dụng giữa các điều ước quốc tế*, Tạp chí Luật học, số 10 (161), 2013, tr.54-62.

tối huệ quốc³. Vấn đề sẽ càng trở nên phức tạp với sự gia tăng của các điều ước quốc tế thuộc cả lĩnh vực công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế cùng điều chỉnh một vấn đề. Chẳng hạn như, Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em năm 1989 (thuộc công pháp quốc tế) và Công ước La Haye về bảo vệ trẻ em và hợp tác trong lĩnh vực con nuôi quốc tế; Công ước La Haye về các khía cạnh dân sự của hành vi bắt cóc trẻ em quốc tế (thuộc tư pháp quốc tế) có những quy định không giống nhau.

Các nghiên cứu đầu tiên về vấn đề xung đột ĐUQT của các tác giả trên thế giới như Alberico Gentili, Hugo Grotius, Emer de Vattel⁴ chủ yếu đề cập đến các hiệp ước về liên minh giữa các quốc gia, tức thuộc phạm vi của công pháp quốc tế. Các tác giả đã chỉ ra rằng, một quốc gia có chủ quyền bị ràng buộc bởi một ĐUQT không thể tham gia các ĐUQT khác trái với ĐUQT đó. Quan điểm này được chấp nhận rộng rãi ở châu Âu đã tạo tiền đề cho sự ra đời của nguyên tắc *prior in tempore, potior in jure*⁵ (điều ước ra đời trước được ưu tiên so với điều ước sau) và *pacta sunt servanda* (tôn trọng cam kết quốc tế). Theo các nguyên tắc này, một quốc gia khi tiến hành ký kết một ĐUQT mới không chỉ phải đối chiếu hoặc

rà soát sự phù hợp của nội dung điều ước với Hiến pháp nước mình, mà còn cả với các ĐUQT trước đó mà quốc gia là thành viên. Tuy nhiên, xung đột ĐUQT vẫn thường xuyên xảy ra⁶. Các nghiên cứu gần đây cho thấy, xung đột có thể xảy ra với mọi loại ĐUQT. Theo C. Brière⁷, ở một số quốc gia, quá trình xem xét các ĐUQT trước khi ký kết vẫn còn lỏng lẻo và chưa thực sự hiệu quả. Bên cạnh đó, trong nhiều trường hợp, một số ĐUQT được ký và phê duyệt bởi các bộ trưởng chuyên ngành, những người này thường không có điều kiện cũng như kinh nghiệm để có thể phát hiện ra những mâu thuẫn tiềm tàng giữa các ĐUQT trước khi được áp dụng trong thực tế. Ngoài ra, không hiếm trường hợp một quốc gia ký kết không hài lòng với ĐUQT mà họ đã ký, thuyết phục một vài quốc gia khác ký thêm một điều ước song phương hoặc đa phương, nhằm thay đổi những quy định mà họ chưa hài lòng. Những thay đổi này chính là nguyên nhân gây ra những khác biệt, thậm chí mâu thuẫn giữa các ĐUQT.

2. Các loại xung đột điều ước quốc tế

Tùy vào các căn cứ được sử dụng để phân loại ĐUQT mà khả năng xung đột ĐUQT có các dạng khác nhau. C. Brière⁸ chia xung đột ĐUQT làm hai loại là xung đột ĐUQT có cùng chủ thể ký kết và xung đột ĐUQT có các chủ thể ký kết khác nhau. Có thể minh họa như sau: Loại xung đột

³ Bài viết sẽ làm rõ vấn đề này trong phần liên quan đến các Hiệp định tạo thuận lợi thương mại (TFA) và các hiệp định thương mại tự do (FTA).

⁴ A. Gentili, *De jure belli*, 1612, Carnegie, coll. "Classics of International Law", 1933, trad. C. Phillipson, Liv. III, ch. XVIII, p. 389 s. ; H. Grotius, *De jure Belli ac Pacis*, 1625, PUF, 1999, trad. Pradier-Fodéré, Liv. II, ch. XVI, § XIII, p. 401 ; E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, 1758, Carnegie, coll. "Classics of International Law", 1916, Liv. II, ch. XII.

⁵ E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, 1758, Carnegie, coll. "Classics of International Law", 1916, Liv. II, ch. XII.

⁶ A. Mandelstam, *L'interprétation du Pacte de Paris par les organes de la SDN (Diễn giải Hiệp ước Paris bởi các cơ quan của Hội quốc liên)*, tạp chí Revue générale du droit international public RGDIP, số 1 1935.

⁷ C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit international privé*, LGDJ, 2001, tr. 157.

⁸ C. Brière, *tlđđ*, tr. 117.

ĐUQT thứ nhất xảy ra khi một quốc gia A ký kết hai điều ước A-B-1 và A-B-2 với quốc gia B và có sự mâu thuẫn trong quy định của điều ước A-B-1 với điều ước A-B-2. Loại xung đột ĐUQT thứ hai xảy ra khi quốc gia A ký kết điều ước A-B với quốc gia B và điều ước A-C với quốc gia C và có sự khác nhau về quyền và nghĩa vụ của A, B hay C giữa hai điều ước A-B và A-C.

Ngoài ra, tùy theo loại ĐUQT có thể có xung đột giữa ĐUQT về nội dung và ĐUQT về xung đột luật; giữa ĐUQT thuộc công pháp quốc tế và ĐUQT thuộc tư pháp quốc tế; giữa ĐUQT đa phương và ĐUQT song phương; giữa ĐUQT ra đời trước và ĐUQT ra đời sau; giữa ĐUQT chung và ĐUQT làm rõ việc thi hành.

Việc rà soát, nhận diện và phân tích khả năng xung đột giữa tất cả các loại ĐUQT là một công việc phức tạp. Vì vậy, phần tiếp theo, chúng tôi sẽ chỉ tập trung xem xét mối quan hệ giữa Hiệp định về tạo thuận lợi thương mại (TFA) với các hiệp định WTO và TFA với Hiệp định thương mại tự do (FTA) mà Việt Nam là thành viên.

2.1. Hiệp định về tạo thuận lợi thương mại và các hiệp định WTO

Hiệp định tạo thuận lợi thương mại (Trade Facilitation Agreement – TFA) được ký kết vào tháng 12/2013 trong khuôn khổ Hội nghị Bộ trưởng WTO lần thứ 9 diễn ra tại Bali, Indonesia và là một phần của “Gói cam kết Bali”. Hiệp định này là một phần của Phụ lục 1A Hiệp định thành lập WTO và sẽ có hiệu lực khi 2/3 số lượng các quốc gia thành viên hoàn tất các thủ tục phê chuẩn. Việt Nam phê chuẩn TFA ngày 15/12/2015⁹. Hiệp định gồm 3 phần chính:

⁹ Tính đến nay, đã có 108 quốc gia phê chuẩn TFA. Danh sách các nước đã phê chuẩn có thể xem tại:

Phần I gồm 13 điều về các biện pháp kỹ thuật; Phần II gồm các điều khoản về đối xử đặc biệt và khác biệt với các nước thành viên đang phát triển và kém phát triển; và Phần III gồm các thoả thuận về thể chế và các điều khoản cuối cùng.

Các quy định của TFA không tách rời các hiệp định WTO, các hiệp định thương mại tự do¹⁰ và nội luật của các nước thành viên. Thay vào đó, các quy định của TFA trực tiếp hoặc gián tiếp đề cập đến mối quan hệ với các hiệp định khác của WTO, các hiệp định thương mại tự do khu vực và nội luật của các nước thành viên. Do đó, việc giải thích và áp dụng các quy định này có ý nghĩa quan trọng nhằm đảm bảo tính thống nhất giữa các văn bản pháp luật có liên quan.

Tháng 11/2014, các Thành viên của WTO đã thông qua Nghị định thư sửa đổi để đưa TFA vào phụ lục 1A của Hiệp định thành lập WTO, cùng nhóm với các Hiệp định điều chỉnh thương mại hàng hóa. Với tư cách là một Hiệp định chuyên biệt, TFA sẽ có hiệu lực áp dụng cao hơn GATT trong trường hợp có mâu thuẫn, theo Ghi chú diễn giải về Phụ lục 1A¹¹. Tuy nhiên, Lời nói đầu

<http://www.tfafacility.org/ratifications>, truy cập ngày 3/2/2017.

¹⁰ Cụm từ “các hiệp định thương mại tự do” được sử dụng trong bài viết này để chỉ các hiệp định thương mại được ký kết bởi các thành viên WTO ở tất cả các cấp độ địa lý (khu vực, liên khu vực, song phương) và hội nhập theo quy định của WTO (khu vực mậu dịch tự do, liên minh thuế quan), được thông báo lên WTO phù hợp với điều XXIV của GATT và V của GATS.

¹¹ Ghi chú diễn giải Phụ lục 1A (General interpretative note to Annex 1A): “In the event of conflict between a provision of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and a provision of another agreement in Annex 1A to the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in the agreements in Annex

của TFA lại nêu rằng các quy định của Hiệp định này được soạn thảo nhằm làm rõ và thực thi các điều khoản của GATT về tạo thuận lợi thương mại, do vậy, việc áp dụng TFA phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản được quy định trong GATT¹². Đối với trường hợp TFA có mâu thuẫn với các Hiệp định chuyên biệt khác trong Phụ lục 1A, WTO chưa có tiền lệ giải quyết mâu thuẫn giữa các Hiệp định chuyên biệt với nhau.

Mục đích mà TFA mong muốn là duy trì quan hệ hài hòa giữa TFA và GATT cũng như các Hiệp định chuyên biệt khác. Chẳng hạn, Điều 24.6 TFA đề ra ngoại lệ đối với nguyên tắc ghi nhận trong Chú thích phụ lục 1A khi quy định rằng TFA không làm giảm bớt nghĩa vụ của thành viên theo hiệp định GATT 1994. Điều 10.7.2(e) TFA quy định các thủ tục quản lý biên giới và yêu cầu một nước thành viên không dùng chứng từ chung cản trở việc phân biệt các thủ tục và yêu cầu quản lý một cách phù hợp với Hiệp định về biện pháp kiểm dịch động, thực vật (SPS). Điều 10.5 TFA quy định các thành viên không được yêu cầu kiểm tra hàng trước khi lên tàu liên quan đến phân loại thuế quan và trị giá hải quan, và điều này không ảnh hưởng đến quyền của các thành viên kiểm tra trước khi giao

hàng theo quy định trong Hiệp định về giám định hàng hóa trước khi gửi hàng (PSI) và SPS. Cuối cùng, Điều 11.8 quy định các thành viên không áp dụng các yêu cầu kỹ thuật cũng như thủ tục đánh giá tính “phù hợp với Hiệp định về các hàng rào kỹ thuật đối với thương mại (TBT)” đối với hàng hóa quá cảnh. Tuy nhiên, các quy định này chỉ nhấn mạnh tới việc TFA không làm giảm nghĩa vụ của các thành viên được quy định trong GATT và các Hiệp định khác. Vậy trường hợp TFA đặt ra các nghĩa vụ cao hơn thì Hiệp định nào sẽ được ưu tiên áp dụng?

Ngoài ra, việc áp dụng một số điều khoản trong TFA cũng có khả năng dẫn đến mâu thuẫn với một số quy định trong các hiệp định của WTO, đặc biệt là hiệp định SPS bởi các biện pháp kiểm soát SPS cũng thường xuyên được thực hiện tại biên giới¹³. Ví dụ, Điều 7.9 TFA yêu cầu các nước thành viên phải cho phép thông quan hàng hoá trong thời gian ngắn nhất đối với hàng hoá dễ hư hỏng. Liệu việc cho phép thông quan hàng hoá nhanh này có ảnh hưởng đến quyền của các nước thành viên khác được phép áp dụng các biện pháp cần thiết để bảo vệ sức khỏe con người và động thực vật phù hợp với quy định trong Hiệp định SPS không?

Bên cạnh đó, một số quy định của TFA có thể đặt thêm nghĩa vụ cho các thành viên so với các nghĩa vụ trong Hiệp định khác của WTO. Chẳng hạn, liên quan tới Hiệp định SPS, Ban thư ký WTO đã liệt kê danh sách các điều khoản TFA có khả năng vượt ra ngoài các quy định của SPS, hay

1A as the "WTO Agreement"), the provision of the other agreement shall prevail to the extent of the conflict"; Xem thêm, Báo cáo Ban hội thẩm, EC-Asbestos, đoạn 8.16.

¹² Báo cáo của Ban hội thẩm trong vụ Trung Quốc kiện EC về biện pháp chống bán phá giá đối với giày dép Trung Quốc (Panel Report, *EU-Anti-dumping Measures on Certain Footwear from China* (EU-Footwear), WT/DS405/R, 28 October 2011), đoạn 7.99-7.104. Những lập luận của Ban hội thẩm về quan hệ giữa GATT và Hiệp định về chống bán phá giá có thể áp dụng tương tự để xác định mối quan hệ giữa GATT và các Hiệp định chuyên biệt khác trong phụ lục 1A, trong đó có TFA.

¹³ Ban Thư ký WTO, *Mối quan hệ giữa Hiệp định tạo thuận lợi thương mại và Hiệp định về các biện pháp kiểm dịch động thực vật*, Tài liệu cơ bản, ngày 21/3/2014, đoạn 2.1.

còn gọi là các điều khoản SPS cộng (SPS plus). Trong trường hợp này, sẽ phải áp dụng đồng thời cả hai Hiệp định? Nếu trong quá trình áp dụng mới phát hiện ra hai Hiệp định có những nội dung mâu thuẫn nhau thì giải pháp là gì? Hiện nay vẫn chưa có câu trả lời.

2.2. Hiệp định về tạo thuận lợi thương mại và Hiệp định thương mại tự do

Hầu hết các thành viên WTO đều tham gia ít nhất một Hiệp định thương mại tự do (FTA) song phương hoặc đa phương. Tính đến nay có tổng số 423 hiệp định khu vực được thông báo lên WTO theo thủ tục của tổ chức này¹⁴. Các quy định về tạo thuận lợi thương mại trong các hiệp định khu vực thường gồm hai nhóm. Nhóm thứ nhất gồm các quy định áp dụng chung cho tất cả các nước, không phân biệt là thành viên hay không thành viên của hiệp định. Đó là các quy định về minh bạch, công bố các quy định, luật lệ và các quy định về đơn giản hóa thủ tục hành chính. Nhóm thứ hai gồm các quy định chỉ áp dụng cho các thành viên của hiệp định, đó là các quy định về hài hòa hóa các thủ tục hải quan hoặc các tiêu chuẩn riêng được áp dụng giữa các thành viên. Nhóm quy định thứ hai có nhiều khả năng mâu thuẫn với các quy định của WTO do tạo nên sự đối xử ưu đãi hơn so với sự đối xử dành cho các thành viên của tổ chức này. Vì vậy, cần xem xét mối quan hệ giữa TFA của WTO và các quy định của các FTA.

Về nguyên tắc, WTO không cấm các thành viên ký kết các FTA khu vực dành cho nhau sự đối xử ưu đãi hơn mức đối xử Tối huệ quốc của WTO, miễn sao thỏa mãn được một số điều kiện được nêu trong Điều

XXIV của GATT, Điều V của GATS hoặc điều khoản Enabling Clause dành riêng cho các nước đang phát triển. Trong số các điều kiện này, đặc biệt phải kể tới yêu cầu về việc áp dụng các ưu đãi khu vực không được gây hạn chế thương mại hơn cho các thành viên khác của WTO so với trước khi có Hiệp định khu vực. Như vậy, các quy định về tạo thuận lợi thương mại trong các FTA có thể được áp dụng ưu đãi hơn cho các thành viên trong Hiệp định, nhưng không được ảnh hưởng tới quyền lợi vốn có của các thành viên WTO khác.

Các quy định của TFA cũng đã thể hiện mối quan hệ tương hỗ với các FTA. Cụ thể, Điều 24.5 TFA nêu lên nguyên tắc chung, theo đó, các thành viên của một liên minh thuế quan hoặc một thỏa thuận kinh tế khu vực có thể áp dụng phương pháp tiếp cận khu vực để hỗ trợ việc thực hiện các nghĩa vụ theo TFA. Điều 12.12 TFA nêu rõ các quy định về hợp tác hải quan không ngăn cản thành viên tham gia hoặc thực hiện thỏa thuận khu vực hoặc song phương liên quan đến chia sẻ thông tin hải quan và dữ liệu, và cũng không làm thay đổi hoặc ảnh hưởng đến quyền và nghĩa vụ của các nước thành viên theo các thỏa thuận song phương, đa phương và khu vực. Các tổ chức quốc tế và khu vực có liên quan như Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF), Tổ chức hợp tác kinh tế và phát triển (OECD), Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (UNCTAD)... cũng có thể được mời hợp tác để cung cấp thông tin về hỗ trợ xây dựng năng lực theo quy định tại Điều 22.5 TFA. Điều 21 khoản 3(d) khuyến khích các thành viên tăng cường hợp tác trong khuôn khổ các thể chế sẵn có, kể cả các cộng đồng kinh tế khu vực, nhằm đảm bảo hỗ trợ nhau một cách hiệu quả và tối ưu trong việc triển khai các

¹⁴ Có thể xem tại: <http://rtais.wto.org/UI/PublicEARTAList.aspx>, truy cập ngày 3/1/2017.

quy định về tạo thuận lợi thương mại. Các quy định này đều chứng tỏ TFA cố gắng giữ cho các hiệp định thương mại tự do khu vực không bị ảnh hưởng, đồng thời công nhận và hài hoà các hiệp định này nhằm tăng cường tạo thuận lợi thương mại. Tuy nhiên, các quy định này chưa cho phép giải quyết vấn đề xung đột giữa TFA và FTA khi phát sinh trong thực tiễn áp dụng.

Quan hệ giữa TFA với các FTA của Việt Nam

Hiện nay, Việt Nam đã tham gia và hoàn tất đàm phán khá nhiều FTA song phương và đa phương¹⁵. Một số FTA có chứa các điều khoản về tạo thuận lợi thương mại. Ví dụ, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Nhật Bản quy định các bên phải hợp tác và trao đổi thông tin với nhau trong phạm vi các thủ tục hải quan, bao gồm việc thi hành chống buôn lậu hàng hoá bị cấm và chống xuất nhập khẩu hàng hoá bị nghi ngờ vi phạm quyền sở hữu trí tuệ¹⁶. Một số hiệp định FTA của ASEAN cũng chứa các điều khoản tạo thuận lợi thương mại như Hiệp định ASEAN – Hàn Quốc công nhận tầm

quan trọng của hợp tác giữa các Chính phủ đối với các vấn đề về hải quan¹⁷; Hiệp định ASEAN – Nhật Bản có các điều khoản về thủ tục hải quan và khuyến khích các bên nỗ lực hợp tác¹⁸; hoặc ASEAN – Úc – New Zealand dành hẳn Chương 4 (thủ tục hải quan) để tạo thuận lợi thương mại với mục tiêu đảm bảo minh bạch, hợp tác và đơn giản hóa các thủ tục hải quan¹⁹ thông qua các biện pháp như lập hệ thống tự động hóa (Điều 5), quản lý rủi ro (Điều 9), điểm hỏi đáp (Điều 11), quy trình rà soát và kháng cáo (Điều 17)...

Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA) cũng dành một chương riêng (Chương 5) cho các quy định về tạo thuận lợi thương mại. Các quy định về tạo thuận lợi thương mại trong EVFTA có một số khác biệt so với TFA. Chẳng hạn, nếu như EVFTA chỉ bao gồm các cam kết chung không ràng buộc thành viên về cách thức thi hành cụ thể, thì TFA lại có những quy định chặt chẽ hơn, đặc biệt là các vấn đề thuộc các nhóm thủ tục hải quan cụ thể. Ngược lại, TFA không ràng buộc các thành viên về thời điểm phải thi hành các quy định mà cho phép tự xác định thời hạn thực hiện nghĩa vụ theo các nhóm A, B và C, thì các cam kết trong EVFTA về hải quan và tạo thuận

¹⁵ Trong số đó, có 10 FTA đã có hiệu lực và đang thực thi, đó là: Hiệp định thương mại tự do thương mại ASEAN (AFTA, ký kết năm 1996) và 5 FTA giữa ASEAN với các đối tác (FTA giữa ASEAN và Trung Quốc; FTA giữa ASEAN và Hàn Quốc; FTA giữa ASEAN và Nhật Bản; FTA giữa ASEAN và Ấn Độ; FTA giữa ASEAN và Australia - New Zealand); 4 FTAs giữa Việt Nam và các đối tác (Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện Việt Nam - Nhật Bản, Hiệp định thương mại tự do song phương Việt Nam - Chile, Việt Nam - Hàn Quốc và Việt Nam - Liên minh kinh tế Á – Âu). Các hiệp định đã ký kết nhưng chưa có hiệu lực là FTA Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVFTA) và Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP).

¹⁶ Điều 43, Hiệp định đối tác kinh tế giữa Việt Nam và Nhật Bản (VJEP). Có thể xem tại: <http://www.trungtamwto.vn/cachiepdingkhac/hiiep-dinh-doi-tac-kinh-te-giua-viet-nam-va-nhat-ban-vjepa>, truy cập ngày 3/1/2017.

¹⁷ Điều 1, Phụ lục, Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN – Hàn Quốc, xem tại http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/frame-work_ceca_asean_-_korea.pdf, truy cập ngày 3/1/2017.

¹⁸ Điều 22, Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện ASEAN – Nhật Bản (AJCEP), có thể xem tại: <http://www.trungtamwto.vn/cachiepdingkhac/hiiep-dinh-doi-tac-kinh-te-giua-viet-nam-va-nhat-ban-vjepa>, truy cập ngày 3/1/2017.

¹⁹ Chương 4, Hiệp định thương mại tự do ASEAN – Australia/New Zealand (AANZFTA), có thể xem tại: http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/1-agreement_establishing_the_aanzfta.eng_.pdf, truy cập ngày 3/1/2017.

lợi thương mại bắt buộc thành viên thực hiện ngay khi EVFTA có hiệu lực. Bên cạnh đó, EVFTA cũng bổ sung những quy định như yêu cầu không áp đặt lệ phí lãnh sự đối với các giấy tờ xuất, nhập khẩu và các bên có thể bỏ thủ tục hợp pháp hóa lãnh sự sau 3 năm kể từ khi Hiệp định có hiệu lực (Điều 10.2). Đây là một ví dụ cho sự đối xử thuận lợi hơn trong khuôn khổ Hiệp định khu vực so với TFA.

3. Phương hướng giải quyết xung đột điều ước quốc tế

3.1. Trên bình diện quốc tế

Công ước Viên về Luật điều ước quốc tế năm 1969²⁰ là nỗ lực có quy mô lớn nhất trong việc pháp điển hóa các điều ước quốc tế và giải quyết vấn đề xung đột ĐUQT. Tính đến nay đã có 114²¹ quốc gia là thành viên của Công ước này²². Mặc dù đã cố gắng đưa ra các quy định nhằm giải quyết vấn đề xung đột ĐUQT, nhưng Công ước không giải quyết được tất cả các loại xung đột ĐUQT trong thực tiễn.

3.1.1. Giải quyết xung đột điều ước quốc tế có cùng chủ thể ký kết

Khi có sự mâu thuẫn giữa hai hay nhiều ĐUQT, và hai hay nhiều ĐUQT này có cùng chủ thể ký kết thì vấn đề tương đối dễ giải quyết. Khi một ĐUQT ghi rõ rằng, nó phụ thuộc vào hoặc không được xem là mâu thuẫn với một ĐUQT đã có từ trước hoặc sẽ có sau, thì những quy định của bản ĐUQT có trước hoặc có sau đó là có giá trị (khoản 2, Điều 30 Công ước Viên 1969). Trong

thực tế, có những ĐUQT quy định về mối quan hệ của chính ĐUQT đó với các ĐUQT khác. Chẳng hạn, khoản 1 Điều 30 Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế²³ quy định: “Công ước này không ảnh hưởng đến hiệu lực của bất kỳ một ĐUQT nào đã được hay sẽ được ký kết mà bao gồm những quy định liên quan đến các vấn đề là đối tượng điều chỉnh của Công ước này, với điều kiện là các bên của hợp đồng phải có trụ sở thương mại tại các quốc gia thành viên của ĐUQT đó”. Tuy nhiên, thực tế ít ĐUQT có quy định minh thị về mối quan hệ giữa chính ĐUQT đó với các ĐUQT khác. Vì vậy, khi có sự khác biệt giữa các ĐUQT này thì vấn đề vẫn không thể giải quyết được theo khoản 1 trên.

Trường hợp tất cả các bên tham gia ĐUQT trước cũng là các bên của ĐUQT sau, mà ĐUQT trước vẫn có hiệu lực thi hành, thì ĐUQT trước sẽ chỉ được thi hành trong chừng mực mà các quy định của nó phù hợp với các quy định của ĐUQT sau (khoản 2 Điều 30). Đây chính là nguyên tắc *lex posterior derogat priori*: ĐUQT nào ra đời muộn hơn sẽ được ưu tiên áp dụng. Cơ sở của nguyên tắc này là: Với chủ thể ký kết như nhau, thì ĐUQT ra đời muộn hơn sẽ cập nhật chính xác hơn về tình trạng chính trị, ngoại giao và thể hiện rõ hơn ý chí của các bên ký kết. Ví dụ, trong một tranh chấp dẫn tới xung đột giữa Hiệp định song phương Pháp - Đức ngày 20/6/1956 về nghĩa vụ cấp dưỡng cho con và Công ước La Haye ngày 24/10/1956 về nghĩa vụ cấp dưỡng cho con, một Tòa án của Pháp đã áp

²⁰ Sau đây gọi tắt là Công ước Viên 1969.

²¹ 15 Quốc gia đã ký kết, nhưng không phê chuẩn.

²² Việt Nam gia nhập Công ước này từ tháng 10 năm 2001. Danh sách các quốc gia thành viên của Công ước này có thể xem được tại: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en, truy cập ngày 3/1/2017.

²³ Việt Nam đã gia nhập ngày 18/12/2015 và Công ước đã chính thức có hiệu lực đối với Việt Nam từ 01/01/2017.

dụng Công ước La Haye dựa trên nguyên tắc *lex posterior derogat anteriori*²⁴.

Tuy nhiên, điểm cần lưu ý ở đây là Điều 30 chỉ áp dụng với những điều ước về “cùng một vấn đề”. Điều này đã dẫn đến nhiều tranh cãi “cùng một vấn đề” là như thế nào? Và các ĐUQT này có thực sự điều chỉnh “cùng một vấn đề” khi mà đối tượng điều chỉnh của chúng không giống nhau?

Trong trường hợp các ĐUQT này khác chủ thể ký kết thì cần có những giải pháp khác.

3.1.2. Giải quyết xung đột điều ước quốc tế khác chủ thể ký kết

Đối với các ĐUQT khác chủ thể ký kết, vấn đề trở nên phức tạp hơn nhiều. Trong thực tế, khoản 4 Điều 30 Công ước Viên 1969 không trừ liệu được mọi hoàn cảnh. Vì vậy, việc giải quyết xung đột ĐUQT dựa vào các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế, trong khi kết quả giải quyết xung đột lại phụ thuộc vào quan hệ chính trị và ý chí chủ quan của thiết chế xét xử.

a) Phương pháp hài hòa hóa.

Phương pháp này thường được áp dụng trong trường hợp quy định giữa hai điều ước có sự khác nhau. Khi đó, việc hài hòa hóa thể hiện ở quy định của hai điều ước sẽ có một số thay đổi nhằm thu hẹp khoảng cách khác biệt giữa hai quy định. Tuy nhiên, dù phương pháp này được áp dụng khá phổ biến nhưng vẫn có nhược điểm. Đó là khi hai quy định trong các điều ước hoàn toàn trái ngược nhau thì khó có thể tìm một điểm cân bằng để hài hòa hóa.

b) Ưu tiên ĐUQT ra đời sớm hơn (*pacta sun servanda*).

Cơ sở của phương pháp này là một quốc gia cần phải tôn trọng những ĐUQT mà mình đã ký kết từ trước. Làm ngược lại nghĩa là quốc gia đó vi phạm những ĐUQT này. Dù vậy, trên thực tế, giải pháp này không phổ biến bởi nó làm chậm quá trình phát triển và hạn chế tính cập nhật của pháp luật.

c) Ưu tiên ĐUQT chuyên ngành (*lex specialis derogat generalis*).

Tương tự như hệ thống luật quốc gia, ĐUQT quy định về những lĩnh vực chuyên ngành hẹp sẽ được ưu tiên áp dụng nếu có xung đột với những ĐUQT chung. Tuy nhiên, phương pháp này không được ủng hộ trong Công ước Viên 1969, bởi chính Công ước cũng là một trong các điều ước chung với phạm vi điều chỉnh rộng.

3.2. Trên bình diện quốc gia

Công ước Viên 1969 không giải quyết được hết các vấn đề. Cùng với đó, cho tới năm 2016 mới có 114²⁵ nước là thành viên của Công ước này, nghĩa là sẽ không thể áp dụng cách giải quyết xung đột ĐUQT quy định tại Công ước khi ĐUQT xung đột có chủ thể là các quốc gia (gần 100) còn lại. Trong cuốn “Cẩm nang về điều khoản cuối cùng của điều ước đa phương”, Liên hợp quốc cũng thừa nhận rằng Điều 30 của Công ước Viên 1969 có thể không đủ để giải quyết những vấn đề nảy sinh từ xung đột ĐUQT, vì vậy, mỗi quốc gia phải tự tìm cách giải quyết. Do các ĐUQT hiện nay phần lớn không trực tiếp quy định vấn đề thứ tự ưu tiên giữa các ĐUQT, nên giải pháp là vẫn phải sử dụng các quy phạm xung đột trong nội luật quốc gia. Tuy nhiên,

²⁴ Xem Philippe Kahn, note sous TGI Castres, 13 févr. 1969, *Office des mineurs de Ravensburg c. Eyley*, JDI 1970. 721.

²⁵ Danh sách các thành viên có thể xem tại: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=_en, truy cập ngày 3/1/2017.

phương pháp này vừa không hợp lý, vừa không hiệu quả, vì nó chỉ giải quyết vấn đề thứ tự ưu tiên giữa ĐUQT với luật quốc gia chứ không phải giữa các ĐUQT với nhau²⁶. Trong pháp luật quốc tế, các cơ quan tham gia việc đàm phán, ký kết ĐUQT không thuộc cùng các trật tự pháp luật như nhau (điều này làm cho nguyên tắc *lex posterior* trở nên không còn đúng nữa²⁷), vì vậy các văn kiện quốc tế mà các cơ quan này ban hành không có cùng giá trị (làm cho nguyên tắc *lex specialis* không có hiệu quả). Về lý thuyết, các cam kết của các quốc gia thành viên có giá trị ngang nhau, nên sẽ bất hợp lý (thậm chí bất hợp pháp) nếu chỉ áp dụng một ĐUQT trong số các ĐUQT có thể được áp dụng, hoặc không áp dụng bất kỳ ĐUQT nào trong số các ĐUQT xung đột²⁸.

Một nghiên cứu so sánh pháp luật cho thấy, thông thường các quốc gia không quy định minh thị bằng một điều luật để giải quyết xung đột ĐUQT bởi đây là một vấn đề hết sức “tế nhị”. Tất cả những gì mà một quốc gia có thể đơn phương thực hiện là quy định thứ tự ưu tiên áp dụng ĐUQT so với luật của quốc gia mình, chứ không thể quy định thứ tự các ĐUQT - sản phẩm của các đàm phán, thỏa hiệp giữa các quốc gia

²⁶ Mặc dù có tác giả cho rằng, có thể áp dụng tương tự pháp luật theo hướng sử dụng quy phạm xung đột trong nước để giải quyết vấn đề xung đột ĐUQT. Xem chẳng hạn Nguyen Quoc Dinh, *Évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de justice relative au problème de la hiérarchie des normes conventionnelles (Thực tiễn xét xử của Tòa công lý quốc tế liên quan đến vấn đề thứ tự ưu tiên áp dụng của các điều ước quốc tế)*, trong *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, tr. 215 và tiếp theo. Tuy nhiên, quan điểm này hiện nay không được chấp nhận rộng rãi.

²⁷ Chẳng hạn có điều ước do Thủ tướng, Chủ tịch nước, hoặc Tổng thống ký kết, nhưng cũng có những điều ước do Bộ trưởng ký kết.

²⁸ A. Vanderpol, *La doctrine scolastique du droit de guerre*, Pedone, 1919, tr. 451.

với nhau. Thực tiễn trong một vài thập niên trở lại đây cho thấy, vai trò của thẩm phán quốc gia trong việc giải quyết xung đột ĐUQT, và cả xung đột giữa ĐUQT và tập quán quốc tế²⁹, đang ngày càng gia tăng³⁰.

Tại Pháp, giải pháp của Tòa tư pháp và Tòa hành chính³¹ là tương đối đồng nhất. Các Tòa án Pháp sử dụng hai tiêu chí chính. Thứ nhất, tính chất “công” sẽ làm cho một ĐUQT được ưu tiên áp dụng so với tính chất “tư” của ĐUQT xung đột với nó. Tòa tư pháp tối cao Pháp thường ưu tiên áp dụng các ĐUQT về nhân quyền so với các ĐUQT về kinh tế, thương mại. Thứ hai, tính chất đa phương sẽ làm cho một ĐUQT được ưu tiên áp dụng so với tính chất song phương của ĐUQT xung đột với nó. Khi có sự xung đột giữa các ĐUQT về các quyền

²⁹ Xem chẳng hạn, Tòa phúc thẩm Rennes, 9 mai 1978, *Ministère public c. Lourido Fernandez*, RGDIP 1979. 235, note C. Vallée (“nouveau droit positif coutumier résultant notamment des travaux de la Conférence sur le droit de la mer” et accord franco-espagnol de 1967). Tòa án này đã phải giải quyết xung đột giữa tập quán và Hiệp định Pháp-Tây Ban Nha năm 1967 trong vụ tranh chấp liên quan đến các quyền đánh bắt cá của ngư dân Tây Ban Nha. Xem thêm: Rennes, 26 mars 1979, *Rego Sanles*, JDI 1980. 854, note L. Lucchini; Rennes, 11 juill. 1979 et Crim. 7 juill. 1980, *Crujeiras Tome*, RGDIP 1981. 460 note C. Rousseau.

³⁰ M. Gautier, *Les conflits entre conventions internationales devant le juge administratif français (Xung đột điều ước quốc tế trước Tòa án hành chính Pháp)*, Dr. adm. 2002. 5.

³¹ Khác với Việt Nam, hệ thống tòa án của Pháp được chia thành hai nhánh: Nhánh tư pháp xét xử các vụ án dân sự theo nghĩa rộng và hình sự, và nhánh hành chính xét xử các vụ việc hành chính và sự phù hợp với Hiến pháp của các quyết định hành chính và hành vi hành chính của Chính phủ, kể cả văn bản quy phạm và quyết định cá biệt, chỉ trừ loại quyết định hành chính đặc biệt thuộc những quyết sách của Chính phủ. Trong nhánh tư pháp, cơ quan xét xử tối cao là Tòa tư pháp tối cao (Cour de cassation), còn trong nhánh hành chính là Tham chính viện (Conseil d'État).

dân sự, thì ĐUQT đa phương được ưu tiên áp dụng so với ĐUQT song phương. Trong 4 bản án tuyên cùng ngày 17/2/2004 liên quan đến việc công nhận và cho thi hành trên lãnh thổ Pháp các quyết định về ly hôn tuyên tại nước ngoài, Tòa Tư pháp tối cao Pháp đã áp dụng Công ước châu Âu về các quyền con người ra đời sau chứ không áp dụng Hiệp định tương trợ tư pháp song phương ra đời trước³². Tuy nhiên, Tham chính Viện của Pháp đã tuyên hủy một Thông tư quy định rằng một trong các điều kiện để được cấp thẻ cư trú là đương sự phải có hợp đồng lao động, với lý do là Thông tư trái với một hiệp định đa phương, trong khi Thông tư này lại phù hợp với một hiệp định song phương ký sau mà Pháp là một bên. Trong các bản án nêu trên, yếu tố thời gian ra đời của các ĐUQT xung đột không được tính đến để xác định thứ tự ưu tiên áp dụng³³. Tuy nhiên, trong một quyết định đơn lẻ, Tham chính viện Pháp đã so sánh Công ước Lomé IV năm 1989 với các cam kết trước đó về hợp tác với các quốc gia liên kết³⁴, và ưu tiên áp dụng Công ước Lomé IV dựa trên căn cứ thời gian ra đời sau của Công ước này.

Pháp luật Việt Nam cũng đã có một số giải pháp để ngăn chặn và giải quyết xung đột ĐUQT.

Giải pháp đầu tiên và cơ bản nhất là tránh không để xảy ra xung đột ĐUQT. Để

làm được điều này, việc rà soát nội dung các ĐUQT trước khi ký kết hoặc gia nhập có vai trò đặc biệt quan trọng. Tuy nhiên, trách nhiệm rà soát mà Luật Điều ước quốc tế năm 2016 giao cho Bộ Ngoại giao³⁵ là quá lớn. Theo đó, Điều 18 của Luật quy định: Bộ Ngoại giao có trách nhiệm kiểm tra “sự phù hợp của ĐUQT với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế” (điểm b, khoản 2); và “sự tương thích của ĐUQT đề xuất ký với ĐUQT trong cùng lĩnh vực mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên” (điểm d, khoản 2). Như trên đã trình bày, với sự gia tăng nhanh chóng số lượng các ĐUQT thì việc rà soát là không dễ dàng. Thực tiễn cho thấy, mặc dù đã rà soát các ĐUQT liên quan trước khi ký kết một ĐUQT mới, nhưng sẽ chỉ phát hiện ra mâu thuẫn giữa các ĐUQT trong quá trình thực thi các ĐUQT này. Theo tôi, việc rà soát nội dung các ĐUQT không nên chỉ giao cho một cơ quan nhà nước là Bộ Ngoại giao, mà cần có sự phối hợp của các cơ quan liên quan và tranh thủ các nghiên cứu của giới học thuật.

Liên quan đến việc giải quyết xung đột ĐUQT, Điều 3 Luật điều ước quốc tế năm 2016 đặt ra nguyên tắc cơ bản là: Việc ký kết và thực hiện ĐUQT phải “tuân thủ ĐUQT mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên” (khoản 4). Điều đó cũng có nghĩa, khi có xung đột giữa các ĐUQT, thì Công ước Viên năm 1969 được áp dụng để giải quyết. Khi các ĐUQT có cùng các quốc gia thành viên thì vấn đề xung đột giữa chúng không đặt ra nhiều khó khăn. Vấn đề chỉ trở nên nan giải khi các ĐUQT không có cùng các bên tham gia. Trong trường hợp này, nguyên tắc *pacta*

³² Xem bản án: Civ., 24 février 2004, pourvoi n° D 02-15766.

³³ Tham chính viện, CE 24 nov. 1978, *CGT*, n° 98339 et n° 98699.

³⁴ Décision que la chance, sans doute, avait mis sur ma route à l'époque, CE 11 mai 1994, *Association bananière camerounaise (ASSOBACAM)*, préc., RGDIP 1995. 168, note D. Alland. Dans son étude précitée, M. Gautier cite un arrêt en ce sens (CE 16 juin 1961, *Soprema*), que je n'ai pas pu vérifier.

³⁵ Trong khi Bộ Tư pháp chịu trách nhiệm rà soát sự phù hợp của ĐUQT với Hiến pháp (Điều 20).

sunt servanda không những không giúp giải quyết được vấn đề mà còn là nguồn gốc sinh ra một số khó khăn như đã phân tích.

Ngoài ra, một quy định mới rất đáng lưu ý đó là Điều 665 Bộ luật Dân sự năm 2015. Mặc dù điều luật này không nhằm mục đích giải quyết xung đột ĐUQT, nhưng cũng đã gián tiếp cho phép lựa chọn ĐUQT cần được áp dụng trong trường hợp có hai ĐUQT, trong đó một ĐUQT quy định về nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và một ĐUQT quy định về xung đột luật. Cách thiết kế của Điều 665 cho phép hiểu rằng, loại ĐUQT thứ nhất sẽ được ưu tiên áp dụng so với loại ĐUQT thứ hai. Tôi cho rằng, giải pháp này là hợp lý, nhưng có phạm vi rất hẹp nên không đủ để giải quyết tất cả các loại xung đột ĐUQT.

Theo tôi, việc vận dụng các nguyên tắc giải quyết xung đột ĐUQT cần linh hoạt. Không nên áp dụng cứng nhắc một nguyên tắc nào đó, mà cần tính đến các hoàn cảnh cụ thể của từng xung đột và kết hợp với

biện pháp đàm phán chính trị, ngoại giao để giải quyết. Biện pháp đàm phán ngoại giao có ưu điểm là, nếu đạt được đồng thuận, thì sẽ không đặt ra vấn đề về trách nhiệm của Nhà nước khi không tuân thủ cam kết quốc tế.

Liên quan đến TFA, khi Hiệp định này có hiệu lực, Việt Nam đồng thời sẽ phải thực hiện nghĩa vụ trong TFA và các điều khoản về thuận lợi thương mại trong các FTA mà Việt Nam là thành viên. Trong trường hợp cần giải thích và áp dụng các điều khoản, chúng ta sẽ phải lựa chọn cách giải thích và tiếp cận sao cho cả TFA và FTA đều có nghĩa. Việc đáp ứng đúng và đủ các nghĩa vụ trong cả TFA và các FTA sẽ không đơn giản. Đây sẽ là thách thức cho Việt Nam, đặc biệt khi Việt Nam tham gia ngày càng nhiều các FTA thế hệ mới với nhiều quy định và yêu cầu khắt khe hơn. Tôi cho rằng, phương pháp hài hòa hóa kết hợp đàm phán chính trị, ngoại giao cần được đặc biệt chú trọng.

(Tiếp theo trang 73 – Pháp luật bảo vệ quyền...)

định của Hiến pháp và các tiêu chuẩn quốc tế.

- Cập nhật, bổ sung, bảo đảm các loại thông tin cá nhân cần được bảo vệ trong từng ngành, lĩnh vực.

- Thiết lập, củng cố cơ chế bảo vệ quyền bí mật dữ liệu cá nhân trong các ngành, lĩnh vực, bao gồm việc sử dụng các

giải pháp công nghệ tiên tiến để bảo vệ quyền này.

- Cụ thể hoá và mở rộng nội dung các quy định về bảo vệ quyền bí mật dữ liệu cá nhân trong pháp luật hình sự và hành chính để bảo đảm xử lý toàn diện và nghiêm khắc những hành vi vi phạm quyền này trong thực tế⁸.

⁸ Hiện nay, Điều 125 Bộ luật Hình sự năm 1999 quy định Tội xâm phạm bí mật hoặc an toàn thư tín, điện thoại, điện tín của người khác. Quy định này được kế thừa trong Điều 159 Bộ luật Hình sự năm 2015 (chưa có hiệu lực). Tuy nhiên, Bộ luật Hình sự hiện vẫn chưa xem hành vi sử dụng (thu thập, phát tán, tiêu hủy, sửa đổi...) thông tin cá nhân trái pháp luật như là một tội phạm, trong khi đây là hành vi mang tính phổ biến và gây nhiều thiệt hại cho cá nhân, tổ chức và toàn xã hội.