

THÔNG RA MỘT KỶ

5(349)

2017

NUM TH 46

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TR VN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. OÀO TR C
PGS.TS. B XUÂN C
PGS.TS. PH H H H H H
PGS.TS. TR N NH H O
PGS.TS. HÀ TH MAI H N
PGS.TS. PH M H O U NGH O
PGS.TS. NGUYỄN NH O PH O T
PGS.TS. L MINH TH H NG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T N
GS.TS. V KH NH VINH
PGS.TS. INH NG C V O NG

*Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội*

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ PHẠM VĨNH HÀ: Nhận thức và áp dụng án lệ - Nhìn từ phán quyết Bosman và gợi mở cho Việt Nam 3

❖ LÊ VIỆT SƠN – VÕ TẤN ĐÀO: Quyền của người khiếu nại theo Luật Khiếu nại năm 2011 10

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ NGUYỄN VĂN HƯƠNG: Chế định tổ chức tội phạm và vấn đề hoàn thiện Bộ luật Hình sự năm 2015 18

❖ MAI THỊ THỦY: Xử lý chuyển hướng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 26

❖ TRẦN THỊ LIÊN: Xác định tư cách của người tham gia tố tụng trong vụ án hình sự 34

❖ NGUYỄN VĂN KHÁNH: Về quy định “khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại” tại Điều 155 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 43

❖ NGUYỄN VĂN ĐÔNG: Bất cập trong áp dụng các quy định về xóa án tích và xác nhận trong lý lịch tư pháp 46

❖ NGUYỄN PHƯƠNG THẢO: Thủ tục xét xử vụ án hình sự đối với người dưới 18 tuổi tại Tòa án gia đình và người chưa thành niên của một số quốc gia trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam 50

❖ LÊ ĐỨC PHƯƠNG: Phân biệt tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù với một số hoạt động hợp tác khác trong tố tụng hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài 58

LUẬT KINH TẾ, LUẬT LAO ĐỘNG, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ NGUYỄN VĂN TUYẾN: Hoạt động xúc tiến thương mại và trung gian thương mại theo pháp luật Việt Nam 66

❖ NGUYỄN THANH HUYỀN: Một số vấn đề pháp lý về chấm dứt hợp đồng lao động 74

❖ NGUYỄN THỊ NHUNG: Những khó khăn, vướng mắc trong việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất theo Luật Đất đai năm 2013 78

MONTHLY ISSUE

5(349)

2017

46TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW THEORY, ADMINISTRATIVE LAW

❖ PHAM VINH HA: Understanding and Applying Case Law – From the Perspective of the Bosman Judgment and Implications for Vietnam 3

❖ LE VIET SON – VO TAN DAO: Complainant’s Rights under the Law on Complaint of 2011 10

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ NGUYEN VAN HUONG: Provisions on Criminal Organizations and Improvement of the Penal Code of 2015 18

❖ MAI THI THUY: Diversion for Juvenile Offenders under the Penal Code of 2015 26

❖ TRAN THI LIEN: Determining Locus Standi of Persons Participating in Proceedings of a Criminal Case 34

❖ NGUYEN VAN KHANH: On Starting a Criminal Case upon the Request of the Victim under Article 155 Criminal Procedure Code of 2015 43

❖ NGUYEN VAN DONG: Shortcomings in the Enforcement of Provisions on Expungement of Criminal Records and Indication in Criminal Record Certificates 46

❖ NGUYEN PHUONG THAO: Criminal Case Proceedings for Offenders under 18 Years Old at Family and Juvenile Courts in Some Countries and Implications for Vietnam 50

❖ LE DUC PHUONG: Distinction between Receiving, Transferring Sentenced Persons and Other Cooperation Activities between Vietnam and Foreign Countries in Criminal Proceedings 58

ECONOMIC LAW, LABOUR LAW, LAND LAW

❖ NGUYEN VAN TUYEN: Trade Promotion Activities and Trade Intermediary Service under Vietnamese Law 66

❖ NGUYEN THANH HUYEN: Some Legal Issues on the Termination of Labour Contracts 74

❖ NGUYEN THI NHUNG: Obstacles in Issuing Certificates of Land Use Rights, Housing and Land Attached Property Ownership under the Law on Land of 2013 78

NHẬN THỨC VÀ ÁP DỤNG ÁN LỆ - NHÌN TỪ PHÁN QUYẾT BOSMAN VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Phạm Vĩnh Hà*

Tóm tắt: Được chính thức thừa nhận từ năm 2015, án lệ ở Việt Nam đang dần định hình và hứa hẹn sẽ là loại nguồn pháp luật quan trọng trong tương lai. Để có thể áp dụng án lệ một cách thuần thực và chính xác, cần có một nhận thức đầy đủ về loại nguồn này. Bài viết đề cập đến phán quyết Bosman, một án lệ điển hình ở châu Âu về những yếu tố làm nên thành công của án lệ này; qua đó, liên hệ và gợi mở về mặt nhận thức cũng như áp dụng án lệ ở Việt Nam.

Abstract: Having been officially recognized in Vietnam since 2015, case law has been established and will be an important source of law in the future. To apply case law correctly and fluently, it is in need of comprehensive understanding of case law. This paper discusses the Bosman judgment which is a typical case law in Europe. It then points out implications for Vietnam.

1. Phán quyết Bosman

Phán quyết Bosman (*The Bosman ruling*) là một phán quyết được đưa ra bởi Tòa án công lý châu Âu (ECJ) liên quan đến vụ kiện nổi tiếng giữa cầu thủ Jean-Marc Bosman với Liên đoàn bóng đá Bỉ, câu lạc bộ (CLB) R.F.C de Liège và Liên đoàn bóng đá châu Âu (UEFA)¹. Phán quyết được công bố ngày 15/12/1995 và sau hơn 20 năm, nó vẫn phát huy những giá trị vô cùng to lớn; được viện dẫn thường xuyên không chỉ bởi các luật gia, mà còn bởi rất nhiều phương tiện thông tin đại chúng.

1.1. Nội dung vụ kiện và nội dung phán quyết

Jean-Marc Bosman (nguyên đơn trong vụ kiện) là một cầu thủ bóng đá người Bỉ, từ năm 1988 anh thi đấu cho CLB R.F.C de

Liège (sau đây gọi tắt là Liege) thuộc giải hạng Nhất của Bỉ. Tháng 6/1990, hợp đồng giữa Bosman và Liege hết hạn và Bosman từ chối ký kết hợp đồng mới do mức lương mới mà CLB đề nghị giảm tới 75% so với hợp đồng cũ.

Bosman được đưa lên thị trường chuyển nhượng với một mức phí vô lý (bao gồm cả phí đào tạo cầu thủ), cao gấp 4 lần số tiền mà Liege bỏ ra để mua anh từ Standard năm 1988. Mức phí này khiến cho những CLB muốn có anh không thể tiếp cận, trong khi những CLB anh muốn đầu quân đều không có hứng thú với việc ký hợp đồng với Liege.

Sau thương vụ đổ bể với CLB Dunkirk của Pháp, Bosman có nguy cơ bị treo giò vĩnh viễn nếu không ký hợp đồng mới với Liege. Ngày 6/10/1993, Bosman kiện cả Liege, Liên đoàn bóng đá Bỉ lẫn UEFA ra Tòa án Công lý châu Âu.

Sau 5 năm, cuối cùng Bosman được xử thắng kiện khi ECJ cho rằng, không có cơ sở pháp lý nào cho việc công nhận quyền sở

* ThS., Khoa Pháp luật Hành chính-Nhà nước, Đại học Luật Hà Nội.

¹ Chi tiết xem tại Hệ thống dữ liệu luật Liên minh châu Âu (EUR-Lex) tại địa chỉ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61993CJ0415>, truy cập ngày 20/3/2017.

hữu của CLB đối với một cầu thủ đã hết hạn hợp đồng và đòi hỏi của Liege trong thương vụ chuyển nhượng Bosman là vi phạm đến quyền tự do di chuyển của người lao động (*freedom of movements for workers*) được quy định trong Hiệp ước Cộng đồng châu Âu (EEC). Theo đó, Bosman được quyền tự do ra đi (đàm phán, ký kết với CLB mà anh muốn) với mức phí chuyển nhượng bằng 0 (*free transfer*).

Phán quyết ngày 15/12/1995 không chỉ tác động đến một mình Bosman, nó còn tạo ra một cuộc cách mạng trong toàn bộ hệ thống chuyển nhượng cầu thủ ở châu Âu, mà theo như lời của chính cầu thủ này thì “tất cả mọi người đều được hưởng lợi từ phán quyết này, ngoại trừ tôi”².

Điều này được thể hiện rõ trong nội dung phán quyết gồm 3 điểm:

“1. Điều 48 của Hiệp ước EEC loại trừ việc áp dụng các quy tắc được đặt ra bởi các Liên đoàn thể thao mà theo đó, một cầu thủ bóng đá chuyên nghiệp là công dân của một quốc gia thành viên khi đáo hạn hợp đồng với một câu lạc bộ không thể đầu quân cho một câu lạc bộ khác thuộc một quốc gia thành viên khác nếu câu lạc bộ sau không trả cho câu lạc bộ trước một khoản phí chuyển nhượng, đào tạo và phát triển cầu thủ.

2. Điều 48 của Hiệp ước EEC loại trừ việc áp dụng các quy tắc được đặt ra bởi các Liên đoàn thể thao mà theo đó, trong những trận đấu thuộc các giải đấu mà họ tổ chức, các CLB bóng đá chỉ được phép đưa ra sân một số lượng nhất định các cầu thủ

chuyên nghiệp mang quốc tịch của các quốc gia thành viên khác.

3. Hiệu lực trực tiếp của Điều 48 Hiệp ước EEC không thể được dựa vào để phục vụ cho việc đưa ra những yêu cầu liên quan đến một khoản phí về chuyển nhượng, đào tạo và phát triển mà đã được thanh toán hoặc vẫn phải thanh toán theo một nghĩa vụ phát sinh từ trước ngày ra phán quyết này, trừ trường hợp những người đã tiến hành những thủ tục tố tụng tại tòa hoặc đưa ra một yêu cầu tương đương theo luật áp dụng của quốc gia trước ngày đó”³.

1.2. Những yếu tố làm nên thành công của phán quyết Bosman

Thứ nhất, phán quyết Bosman có phạm vi áp dụng rất rộng.

Về lý thuyết, một án lệ sau khi được công bố (xuất bản) theo đúng quy trình, thủ tục luật định sẽ trở thành khuôn mẫu cho các tòa án (tòa cấp dưới và chính tòa ra phán quyết) trong việc giải quyết các vụ việc tương tự về sau nếu thẩm phán hoặc luật sư chứng minh được tính chất tương tự. Như vậy, việc một án lệ có được viện dẫn thường xuyên hay không phụ thuộc vào tần suất tính chất tương tự và mức độ tương tự. Vấn đề pháp lý (*question of law*) trong vụ việc Bosman mang tính điển hình rất cao. Hiện tượng các liên đoàn thể thao, các câu lạc bộ, với tư cách người sử dụng lao động, xâm hại tới quyền lợi của các vận động viên chuyên nghiệp, với tư cách người lao động là một vấn đề phổ biến của xã hội, không chỉ ở những năm 1990 mà cho tới cả ngày nay, không chỉ ở châu Âu mà còn ở mọi

² Matt Slater (2015), “Bosman ruling: 20 years on since ex-RFC Liege player's victory”, báo điện tử BBC, <http://www.bbc.com/sport/football/35097223>, truy cập ngày 30/12/2016.

³ Dịch từ toàn văn Án lệ ECLI:EU:C:1995:463 (bản tiếng Anh), truy cập ngày 28/3/2017, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:1995:463>.

châu lục khác, không chỉ đối với bóng đá mà còn với nhiều môn thể thao khác.

Trong nội dung phán quyết ở trên cho thấy, ECJ hoàn toàn không nhắc đến tên Bosman, CLB Liege hay Liên đoàn bóng đá Bỉ, thay vào đó đối tượng tác động của nó lại là “các liên đoàn thể thao” (sporting associations) “các CLB bóng đá” (football clubs), “các vận động viên chuyên nghiệp” (professional players). Chính điều này biến bản án Bosman, vốn là một phán quyết mang tính cá biệt, trở thành quy phạm chung ngay từ thời điểm được tuyên. Dựa vào nội dung nguyên bản này, tất cả các cầu thủ bóng đá chuyên nghiệp thuộc các quốc gia nội khối Liên minh châu Âu (EU) đều có thể viện dẫn phán quyết Bosman để bảo vệ quyền lợi của mình khi CLB chủ quản gây khó dễ trong việc đàm phán với một CLB khác dù hợp đồng thi đấu giữa hai bên đã hết hạn. Tương tự, một CLB bóng đá hoàn toàn có thể viện dẫn phán quyết Bosman để yêu cầu quyền được mua một cầu thủ thuộc dạng tự do với mức giá chuyển nhượng bằng 0 mà không bị ràng buộc bởi những yêu sách của CLB chủ quản cũ.

Song, phạm vi áp dụng của phán quyết Bosman chưa dừng lại ở đó. Năm 2003, với việc ECJ đưa ra phán quyết của mình trong vụ cầu thủ bóng ném Maros Kolpak kiện Liên đoàn bóng ném Đức⁴, “the Kolpak ruling” được hình thành. Phán quyết này chỉ rõ: Những công dân từ các quốc gia có hiệp định liên kết với EU, những người đang làm việc hợp pháp tại các quốc gia EU, cũng có

quyền tự do lao động và di chuyển bình đẳng như công dân EU mà không phải chịu sự hạn chế nào (ví dụ như quota lao động) áp đặt lên họ⁵. Với tác động của phán quyết này, dưới một cơ chế tương đối phức tạp, hiệu lực của điểm 2 trong phán quyết Bosman được mở rộng sang cả các môn thể thao khác như bóng ném (handball), bóng bầu dục (rugby) và cricket đối với các quốc gia ngoài EU nhưng có hiệp định liên kết với EU, mà điển hình là các quốc gia thuộc khối ACP (*African, Caribbean and Pacific group of states*)⁶. Theo đó, những cầu thủ giống như Kolpak sẽ không thể bị hạn chế quyền thi đấu bởi những quy định hạn ngạch của các liên đoàn thể thao mà trái với các quy tắc chung của Hiệp ước châu Âu⁷. Hai án lệ nêu trên có mối quan hệ chặt chẽ với nhau và nổi tiếng đến mức, ngày nay người ta gọi những bản hợp đồng chuyển nhượng tự do với cái tên “Bosman contracts” và những cầu thủ ngoài EU thi đấu cho các CLB thuộc EU được gọi với cái tên “Kolpak players”.

Để so sánh, ở Hoa Kỳ cũng có một đạo luật nổi tiếng nhằm bảo vệ quyền lợi của vận động viên, đó là Đạo luật Ali (tên đầy đủ là Đạo luật cải cách quyền anh của Mohammad Ali). Đạo luật thành văn này được đặt theo tên người đề xuất - tay đấm

⁴ Maros Kolpak là người Slovakia và anh bị gạt ra khỏi đội hình thi đấu của CLB bởi Điều 15 của Liên đoàn bóng ném Đức, theo đó các CLB thành viên không được phép đưa ra sân quá 2 cầu thủ là công dân ngoài EU.

⁵ Báo điện tử The Guardian (2004), “The Kolpak rule explained”, <https://www.theguardian.com/sport/2004/dec/10/cricket>, truy cập ngày 28/3/2017.

⁶ Lia Hervey (2016), “Brexit could affect rugby and cricket imports to Britain”, báo điện tử Sky Sport, <http://www.skysports.com/more-sports/news/12123/10315725/brexit-could-stifle-rugby-and-cricket-imp-ports-to-britain>, truy cập ngày 28/3/2017.

⁷ Vào thời điểm vụ kiện diễn ra, Slovakia chưa phải là thành viên của EU, nhưng có hiệp định liên kết với EU. Trong khi đó, phán quyết Bosman đã có hiệu lực, nhưng tự nó lại không áp dụng được đối với công dân của các quốc gia ngoài EU.

huyền thoại Muhammad Ali, và được Hạ viện Hoa Kỳ ban hành năm 1999. Tuy nhiên, hiệu lực thực tế và giá trị ảnh hưởng của đạo luật này thấp hơn nhiều so với phán quyết Bosman hay phán quyết Kolpak ở châu Âu. Lý do bởi nó có phạm vi điều chỉnh và đối tượng điều chỉnh quá hẹp, chỉ đề cập đến một số vấn đề liên quan đến các tổ chức quyền anh và vận động viên quyền anh nhà nghề tại Mỹ⁸. Bên cạnh đó, dù mang tư cách của một đạo luật liên bang, “the Ali Act” chỉ đưa ra những quy tắc chung và để lại việc thực thi cho các bang thành viên mà không có hướng dẫn cụ thể⁹. Hiện tượng các vận động viên thể thao bị bóc lột lao động và phân biệt đối xử ở Mỹ cũng rất phổ biến nếu không muốn nói rằng còn nghiêm trọng hơn ở châu Âu. Trong những năm gần đây, UFC - Giải thi đấu võ thuật tổng hợp hàng đầu thế giới sở hữu bởi WME-IMG, trở thành một điểm nóng của giới thể thao bởi liên tiếp có những động thái bóc lột và chèn ép các võ sĩ đang thi đấu tại đây. Thậm chí, một Hiệp hội riêng biệt đã được thành lập với mục đích tập trung bảo vệ quyền lợi của các võ sĩ của UFC¹⁰. UFC có trụ sở tại Mỹ và phần lớn

võ sĩ tại đây mang quốc tịch Mỹ, do đó người ta nghĩ ngay đến Đạo luật Ali với hy vọng nó có thể giúp các võ sĩ võ tổng hợp bảo vệ quyền lợi của mình. Song, mặc dù đều là thể thao đối kháng, nhưng tính chất của quyền anh (Boxing) và võ tổng hợp (Mixed martial art) lại rất khác nhau, trong khi nội dung của Đạo luật Ali không hề nhắc đến thể thao đối kháng nói chung. Tính chất thành văn của Đạo luật Ali lúc này lại trở thành trở ngại bởi các luật sư không thể dùng lập luận của mình để chứng minh tính tương tự khi mà phạm vi điều chỉnh của đạo luật đã xác định như vậy.

Thứ hai, phán quyết Bosman vừa mang tính giải thích vừa tạo ra quy phạm.

Về mặt lý thuyết, nhiều học giả cho rằng, tồn tại hai loại án lệ khác nhau, một loại cho phép thẩm phán tạo ra quy phạm mới trong quá trình giải quyết vụ việc, loại khác chỉ giới hạn thẩm quyền của thẩm phán trong việc giải thích các quy phạm thành văn đã có mà không được tạo ra quy phạm mới. Trong phán quyết Bosman, các thẩm phán đã rất khéo léo trong việc giải thích (*interpret*) các quy định của Hiệp ước Cộng đồng châu Âu mà trọng tâm là Điều 48 và áp dụng chúng vào lĩnh vực thể thao. Song sự giải thích này không chỉ nằm ở phần lập luận mà được đưa thẳng vào phần phán quyết, biến nó trở thành một sự giải thích mang tính quy phạm. Nói cách khác, khi viện dẫn nội dung án lệ Bosman, người ta thường dẫn ngay phần phán quyết chứ không viện dẫn phần lập luận của thẩm phán. Chính điều này làm cho phán quyết Bosman có sức nặng và tính thuyết phục cao khi được sử dụng làm căn cứ giải quyết các vụ việc về sau.

Cần phải nói thêm rằng, tuy Tòa giải thích những quy định sẵn có, nhưng đồng

⁸ Độc giả có thể tham khảo văn bản này trên trang web của Cơ quan xuất bản Chính phủ Hoa Kỳ (U.S GPO) tại địa chỉ <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-106hr1832enr/pdf/BILLS-106hr1832enr.pdf>, truy cập ngày 28/3/2017.

⁹ Hauser Thomas (2007), “No one is enforcing the federal boxing laws”, báo điện tử ESPN, tại địa chỉ <http://www.espn.com/sports/boxing/news/story?id=3032059>, truy cập ngày 5/3/2017.

¹⁰ Matt Connolly (2016), “This Week In MMA Biz: MMAAA Launched, UFC Legends Axed, Jon Jones PR Fail, Conor McGregor GoT Buzz”, Tạp chí Forbes điện tử, <https://www.forbes.com/sites/mattconnolly/2016/12/05/this-week-in-mma-biz-mma-aaa-formed-ufc-legends-fired-jon-jones-pr-fail-conor-mcgregor-got-buzz/#6bc5521e7691>, truy cập ngày 28/3/2017.

thời cũng tạo ra một quy phạm ngầm định. Quy tắc này được hiểu là: “*Các liên đoàn thể thao không được đặt ra các luật lệ hạn chế quyền tự do lao động và di chuyển của các vận động viên mà trái với các quy tắc chung của Hiệp ước Cộng đồng châu Âu*”. Hệ quả trực tiếp của phán quyết là việc UEFA (cũng như các Liên đoàn thành viên) phải sửa lại một loạt các quy định trong điều lệ của họ như dỡ bỏ hệ thống hạn ngạch mà theo đó, các CLB chơi ở các giải châu Âu chỉ được phép đưa ra sân 3 cầu thủ nước ngoài trong đội hình xuất phát, hay như việc không thừa nhận quyền sở hữu của CLB đối với các cầu thủ đã hết hạn hợp đồng. Tác động của phán quyết Bosman lớn đến mức, người ta xem đây là sự kiện làm xáo trộn hệ thống chuyển nhượng toàn châu Âu lúc bấy giờ và làm cho bóng đá châu Âu có diện mạo như ngày nay (tất nhiên trong đó có cả những yếu tố tích cực và tiêu cực).

Thứ ba, án lệ Bosman được sử dụng chủ yếu trong giai đoạn tiền tố tụng.

Án lệ Bosman phát huy tác dụng bảo vệ các cầu thủ ngay từ trước khi tranh chấp được đưa ra tòa. Với tính chất bắt buộc và mức độ nổi tiếng như trên, phán quyết Bosman được các CLB và các cầu thủ biết đến và tuân thủ gần như một đạo luật thành văn của cơ quan lập pháp. Trên thực tế, đây là một căn cứ pháp lý mà dựa vào đó, các bên tham gia quan hệ lao động tự xác định quyền và nghĩa vụ với nhau, không nhất thiết cần đến sự can thiệp mang tính tài phán. Cụ thể, khi gần đáo hạn hợp đồng, các cầu thủ thường dọa sẽ “ra đi theo luật Bosman” để gây sức ép lên CLB chủ quản hàng yêu cầu một mức lương tốt hơn cho hợp đồng mới, nếu không họ sẽ tự định đoạt số phận của mình khi hợp đồng chấm dứt. Các CLB buộc phải lựa chọn, hoặc tăng

lương cho cầu thủ, hoặc để cho họ ra đi theo dạng tự do. Ở chiều ngược lại, để “nắm đằng chuôi”, các CLB ít khi chờ tới lúc đáo hạn hợp đồng mới ký hợp đồng mới, đặc biệt là với các cầu thủ nổi tiếng. Mục đích của việc làm này là luôn đặt cầu thủ dưới một ràng buộc giải phóng hợp đồng và CLB sẽ thu được một khoản tiền đáng kể nếu như có một CLB khác hỏi mua cầu thủ đó. Rõ ràng, cả hai bên đều nhận thức được lợi thế của mình nếu tranh chấp về vấn đề chuyển nhượng giữa một cầu thủ đã hết hạn hợp đồng với CLB cũ được đưa ra trước tòa, do đó, các CLB bóng đá ở châu Âu (bên chịu bất lợi) không hề muốn đưa những tranh chấp tương tự ra tòa.

2. Một số gợi mở về việc nhận thức và áp dụng án lệ ở Việt Nam

2.1. Nên xem xét khả năng thừa nhận những án lệ tạo ra quy phạm mới

Theo Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ, các án lệ của Việt Nam chỉ có vai trò “*hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử*”. Nói cách khác, án lệ là sự giải thích các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra nguyên tắc, đường lối xử lý, quy phạm pháp luật cần áp dụng trong một vụ việc cụ thể¹¹. Điều này có nghĩa, Việt Nam không thừa nhận những án lệ mà nội dung của nó tạo ra quy phạm mới, những nguyên tắc pháp lý mà luật thành văn chưa quy định. Việc giải thích các quy phạm pháp luật còn thiếu tường minh là rất cần thiết, song chỉ mình nó là chưa đủ để lấp đầy những lỗ hổng của luật thành văn. Để nhận

¹¹ Xem Điều 2 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ngày 28/10/2015 về quy trình công bố, lựa chọn và áp dụng án lệ.

thấy, hầu hết những án lệ nổi tiếng trên thế giới (trong đó có án lệ Bosman) đều là các án lệ tạo ra quy phạm mới. “Giải pháp hợp lý” được đưa ra trong những án lệ đó không chỉ dừng lại là một lập luận hợp lý, mà đã hình thành nên một mô hình xử sự hợp lý có tính chuẩn mực được số đông chấp nhận. Để có thể tận dụng tối đa chức năng của án lệ, thiết nghĩ cần tiến tới thừa nhận sự tồn tại của những án lệ tạo ra quy phạm ở Việt Nam.

2.2. Cần nhìn nhận lại một số ưu, nhược điểm của án lệ

Từ trước đến nay, chúng ta vẫn quan niệm rằng, văn bản quy phạm pháp luật là loại nguồn pháp luật có phạm vi tác động rộng lớn nhất. Ưu thế của luật thành văn so với các loại nguồn khác thể hiện rõ ở việc, nó có thể dễ dàng được hiểu và thi hành một cách thống nhất trên phạm vi rộng. Song, qua vụ việc Bosman có thể thấy, án lệ không phải lúc nào cũng có phạm vi tác động hẹp hơn luật thành văn. Từ những ví dụ trên, tác giả cho rằng: Hiệu lực của một văn bản quy phạm pháp luật luôn bị giới hạn bởi yếu tố thời gian, yếu tố lãnh thổ và phạm vi điều chỉnh cố định do chính nó xác lập. Trong khi đó, một án lệ ít chịu sự phụ thuộc về yếu tố thời gian hơn¹² và với tính linh hoạt vốn có, hiệu lực của nó có thể được mở rộng về phạm vi không gian, cũng như về đối tượng tác động khi được tiếp tục phát triển bởi các án lệ khác.

Ở một góc độ khác, một trong những nhược điểm của án lệ từng được chỉ ra là việc được phép áp dụng rộng rãi (đặc biệt là với loại án lệ tạo ra quy phạm mới) dễ dẫn

tới sự tùy tiện của tòa án và nguy cơ tòa án lấn quyền nghị viện. Nguy cơ này không phải là không tồn tại, nhưng nếu những quy phạm được tạo ra từ hệ quả của án lệ được các chủ thể tôn trọng và thực hiện một cách tự giác trong đời sống xã hội thì cũng không nên xem đây là một yếu tố tiêu cực. Giống như việc tôn trọng tự do của cầu thủ sau khi kết thúc hợp đồng đã trở thành một chuẩn mực pháp lý trong “bộ quy tắc ứng xử” giữa CLB và các cầu thủ ở châu Âu.

2.3. Cần xác định rõ đâu là nội dung án lệ và trình bày nội dung đó một cách trung thực nhất

Sở dĩ án lệ Bosman được viện dẫn thường xuyên là bởi nội dung án lệ - cái được sử dụng làm căn cứ để giải quyết vụ việc sau rất rõ ràng, cụ thể. Nói cách khác, việc viện dẫn một phán quyết bao giờ cũng đơn giản hơn viện dẫn một lập luận. Tuy nhiên, ở Việt Nam, cho đến nay, chưa có những án lệ có nội dung rõ ràng như vậy. Tất cả các án lệ đã được công bố đều có nguồn là các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao và trong phần quyết định của các văn bản này thì không chứa quyền, nghĩa vụ pháp lý cuối cùng của chủ thể (thường chỉ là việc hủy án và giao xét xử lại). Do vậy, có thể hiểu nội dung án lệ trong trường hợp này nằm ở phần lập luận của Tòa (trên thực tế một số án lệ cũng đã chỉ rõ nội dung án lệ nằm ở vị trí nào của phần “*Xét thấy*”). Song, lập luận trong một vụ án cụ thể thì luôn mang tính chất cá biệt và khó khái quát thành các quy tắc chung nên trong cấu trúc của một bản án lệ ở Việt Nam tồn tại hai bộ phận mà theo tác giả là khá độc đáo, đó là “nội dung án lệ” và “khái quát nội dung án lệ”. “Nội dung án lệ” là một đoạn trích nguyên văn lập luận của tòa án trong bản

¹² Xem Phan Nhật Thanh, “*Khái niệm và những nguyên tắc của tiền lệ pháp – Hình thức pháp luật đặc thù trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 5/2006.

án, còn “Khái quát nội dung án lệ” (từ Án lệ số 7 đến Án lệ số 10 phần này được gọi là “Giải pháp hợp lý”) là sự diễn giải khái quát hóa lập luận đó cho các trường hợp tương tự. Cách làm này tưởng chừng như hợp lý, nhưng nó lại làm mất đi một số tính chất vốn có của án lệ:

Thứ nhất, đoạn trích nguyên văn ở phần “Nội dung án lệ” không có nhiều giá trị khi mà các tòa án khác không được tiếp cận toàn văn bản án gốc. Nội dung vụ án được trình bày trong các án lệ của Việt Nam là sự cắt gọt lại các tình tiết chính của tranh chấp, các diễn biến chính trong phiên tòa được biên tập lại theo lời văn của cơ quan tuyển chọn và thông qua, ở đây là Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Việc biên tập lại các bản án trước khi xuất bản cũng là một cách thức được nhiều quốc gia áp dụng¹³ nhưng trên cơ sở trần thuật lại đầy đủ, trung thực nội dung vụ việc (lập luận của từng thẩm phán; quan điểm của luật sư, của trình bày nguyên đơn và bị đơn ...). Một khi “nội dung án lệ” được tách ra khỏi toàn văn bản án/quyết định gốc, thẩm phán sẽ không thể tìm thấy các lập luận phụ để phục vụ cho lập luận chính đó khi giải quyết các vụ việc tương tự (chưa nói đến việc, về góc độ lý thuyết, trong một bản án có thể chứa nhiều hơn một lập luận chính).

Thứ hai, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đang làm sai vai trò của cơ quan tuyển chọn, thông qua án lệ khi diễn đạt lại “nội dung án lệ” thành phần “khái quát nội dung án lệ”. Theo tác giả, trong quá trình ghi chép, biên tập án lệ chỉ nên diễn đạt lại tình tiết, diễn biến, còn lập luận phải giữ nguyên bản để đảm bảo tính trung

thực. Về nguyên tắc, cơ quan thông qua án lệ không đồng nhất với chủ thể tạo ra án lệ và cũng không phải là chủ thể trực tiếp sử dụng án lệ. Tính linh hoạt của án lệ thể hiện ở chỗ, thẩm phán của vụ sau sẽ vận dụng những lập luận hợp lý của thẩm phán trong vụ trước để phục vụ và phát triển lập luận của mình. Do đó, một lập luận có thể được khai thác ở nhiều góc độ khác nhau và hiểu với nhiều cách khác nhau, miễn sao nó có sức thuyết phục. Việc Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cố gắng gò ép nội dung này vào một quy tắc chung đã làm triệt tiêu tính linh hoạt đó.

Thứ ba, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân đang cùng lúc thực hiện hai nhiệm vụ bởi nguồn của các án lệ hiện hành là các quyết định giám đốc thẩm với chủ thể ban hành là Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; đồng thời, cơ quan này cũng có thẩm quyền tuyển chọn và thông qua án lệ¹⁴. Do đó, sự khái quát hóa nói trên vô hình trung trở thành “tự mình diễn lại ý của mình”. Và trong trường hợp như vậy, liệu có cần đến phần “nội dung án lệ” nữa không?

Theo tác giả, thay vì xây dựng những án lệ với cấu trúc phức tạp như hiện nay, chúng ta có thể sử dụng cách thức đơn giản như ECJ đã làm trong vụ việc Bosman: Đăng tải toàn văn phán quyết, chỉ bổ sung thêm từ khóa và ký hiệu nhận dạng án lệ (ở trang đầu tiên ta có thể tìm thấy họ tên của những thẩm phán trong thành phần xét xử, ở trang cuối cùng ta có thể tìm thấy chữ ký của Chủ tịch hội đồng xét xử và thư ký phiên tòa).

(Xem tiếp trang 25)

¹³ Cùng ghi chép lại án lệ *Donoghue v. Stevenson*, nhưng văn bản trên hệ thống dữ liệu của Anh quốc khác với văn bản trên hệ thống dữ liệu của Scotland.

¹⁴ Về hình thức thì thẩm quyền công bố án lệ thuộc Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

QUYỀN CỦA NGƯỜI KHIẾU NẠI THEO LUẬT KHIẾU NẠI NĂM 2011

*Lê Việt Sơn**
*Võ Tấn Đào***

Tóm tắt: Bài viết phân tích, bình luận những quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 về quyền của người khiếu nại, đồng thời chỉ ra một số điểm bất cập trong thực tiễn thực hiện các quy định này, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This paper analyses and comments provisions on complainant's rights under the Law on Complaint of 2011. It then points out shortcomings of those provisions in practice and makes proposals for their improvement.

Khiếu nại là quyền mang tính hiến định¹ và được cụ thể hóa tập trung trong Luật Khiếu nại năm 2011 (Luật KN năm 2011). Để các cá nhân, cơ quan, tổ chức tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp trước sự tác động bởi các quyết định hành chính (QĐHC), hành vi hành chính (HVHC), thì bên cạnh việc thừa nhận quyền khiếu nại còn phải ghi nhận các quyền cụ thể của công dân trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại. Hiện nay, quyền của người khiếu nại được quy định khá chi tiết² tại Luật KN năm 2011 nhưng chưa thực sự rõ ràng, thống nhất; trong khi các văn bản dưới luật lại không có điều khoản hướng dẫn thi hành, vì vậy, việc thực hiện

các quyền của chủ thể này gặp rất nhiều khó khăn.

1. Quyền tự mình khiếu nại

Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 12 Luật KN năm 2011 thì người khiếu nại được quyền tự mình khiếu nại. Cá nhân, cơ quan và tổ chức khi bị xâm phạm bởi các QĐHC, HVHC hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức (QĐKLCBCC) có thể tự mình khiếu nại. Điểm a khoản 1 Điều 12 Luật KN năm 2011 còn quy định: “*Trường hợp người khiếu nại là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự thì người đại diện theo pháp luật của họ thực hiện việc khiếu nại. Trường hợp người khiếu nại ốm đau, già yếu, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan khác mà không thể tự mình khiếu nại thì được ủy quyền cho cha, mẹ, vợ, chồng, anh, chị, em ruột, con đã thành niên hoặc người khác có năng lực hành vi dân sự đầy đủ để thực hiện việc khiếu nại*”. Như vậy, theo Luật KN năm 2011, công dân, cơ quan và tổ chức phải tự mình thực hiện việc khiếu nại khi bị tác động bởi các QĐHC, HVHC hoặc QĐKLCBCC; việc khiếu nại chỉ được thực

* 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 Điều 30 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Mọi người có quyền khiếu nại, tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân*”.

² Thanh tra Chính phủ, *Tìm hiểu pháp luật về khiếu nại (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn), Đề án 1-1133/QĐ-TTg*, Hà Nội, năm 2014, tr. 19.

hiện thông qua người đại diện trong trường hợp người khiếu nại là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự hoặc người khiếu nại ốm đau, già yếu, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan khác mà không thể tự mình khiếu nại. Có thể thấy, quyền khiếu nại của công dân, cơ quan và tổ chức được Luật KN năm 2011 quy định khá toàn diện khi đã dự liệu các trường hợp khác nhau. Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện các quy định này vẫn còn một số bất cập:

Một là, Luật KN năm 2011 chưa quy định về việc thực hiện quyền khiếu nại thông qua người đại diện theo pháp luật của người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi. Như đã phân tích, chỉ trong trường hợp người khiếu nại là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự thì người đại diện theo pháp luật của họ mới thực hiện việc khiếu nại. Song, theo quy định của pháp luật dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi có những trường hợp phải thực hiện quyền và nghĩa vụ thông qua người đại diện theo pháp luật trên cơ sở phạm vi đại diện của người đại diện theo pháp luật được xác lập từ quyết định của Tòa án. Cụ thể, khoản 1 Điều 23 BLDS 2015 quy định, đối với người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì Tòa án chỉ định người giám hộ, xác định quyền, nghĩa vụ của người giám hộ. Như vậy, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thực hiện quyền khiếu nại của mình thông qua người đại diện theo pháp luật nếu quyết định của Tòa án ấn định. Chính sự thiếu sót này dẫn đến thực tế xảy ra trường hợp, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi mặc dù bị xâm

phạm bởi các QĐHC, HVHC, nhưng không thể thực hiện quyền khiếu nại thông qua người đại diện theo pháp luật. Do đó, chúng tôi cho rằng, pháp luật khiếu nại nên quy định bổ sung nếu người khiếu nại là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì người đại diện theo pháp luật của họ sẽ thực hiện việc khiếu nại.

Hai là, Luật KN năm 2011 đã hạn chế việc ủy quyền khiếu nại của công dân, cơ quan và tổ chức. Theo đó, việc ủy quyền khiếu nại chỉ được áp dụng trong trường hợp “*người khiếu nại ốm đau, già yếu, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan khác mà không thể tự mình khiếu nại*”. Do vậy, những người không thuộc các trường hợp trên không thể ủy quyền cho người khác thay mặt mình thực hiện việc khiếu nại. Chúng tôi cho rằng, quy định này là chưa phù hợp vì vô hình trung đã hạn chế quyền khiếu nại của những người đủ năng lực hành vi dân sự nhưng do không am hiểu pháp luật nên muốn ủy quyền cho người khác thực hiện việc khiếu nại. Bên cạnh đó, quy định này cũng mâu thuẫn với quy định tại điểm b khoản 1 Điều 12 về quyền của người khiếu nại được “*nhờ luật sư tư vấn về pháp luật hoặc ủy quyền cho luật sư khiếu nại để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình*”, có nghĩa khi người khiếu nại được ủy quyền cho luật sư thì có thể ủy quyền bất cứ lúc nào mà không phụ thuộc vào việc họ “*ốm đau, già yếu, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan khác mà không thể tự mình khiếu nại*”. Do đó, chúng tôi cho rằng, Luật KN năm 2011 nên sửa đổi theo hướng, người khiếu nại có thể ủy quyền cho bất kỳ ai có đủ điều kiện làm người đại diện cho họ mà không cần

phải ở vào các trường hợp như quy định hiện nay.

Ba là, Luật KN năm 2011 chưa quy định về quyền ủy quyền khiếu nại của cơ quan, tổ chức. Người khiếu nại có thể là cơ quan và tổ chức³, và việc khiếu nại của họ sẽ thông qua người đại diện theo pháp luật. Tuy nhiên, nếu người đại diện theo pháp luật của cơ quan, tổ chức muốn ủy quyền khiếu nại cho người khác có được không? Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 12 Luật KN năm 2011, việc ủy quyền khiếu nại chỉ trong trường hợp người khiếu nại là cá nhân. Điều này dẫn đến thực trạng, nếu người đại diện theo pháp luật của cơ quan, tổ chức không thể thực hiện việc khiếu nại thì cũng không thể ủy quyền. Chúng tôi cho rằng, thiếu sót này cần được Luật KN năm 2011 sớm bổ sung.

Bốn là, quy định của Luật KN năm 2011 về người được ủy quyền chưa hợp lý. Theo đó, người được ủy quyền phải là “cha, mẹ, vợ, chồng, anh, chị, em ruột, con đã thành niên hoặc người khác có năng lực hành vi dân sự đầy đủ để thực hiện việc khiếu nại”. Chúng tôi cho rằng, cách dùng từ “hoặc” theo quy định hiện nay có thể được hiểu theo hai nghĩa: Thứ nhất, người khiếu nại khi ốm đau, già yếu, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan khác mà không thể tự mình khiếu nại, thì trước hết phải ủy quyền cho cha, mẹ, vợ, chồng, anh, chị, em ruột, con đã thành niên; trong trường hợp không thể ủy quyền cho ai trong số họ thì mới được ủy quyền cho người khác; thứ hai, người khiếu nại ốm

đau, già yếu, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan khác mà không thể tự mình khiếu nại thì có thể lựa chọn giữa việc ủy quyền cho cha, mẹ, vợ, chồng, anh, chị, em ruột, con đã thành niên hoặc ủy quyền cho người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ để thực hiện việc khiếu nại. Vì vậy, theo chúng tôi, để tạo điều kiện cho người khiếu nại thì Luật KN năm 2011 cần sửa đổi theo hướng có thể ủy quyền cho bất kỳ ai có đủ điều kiện để trở thành người đại diện.

2. Quyền nhờ luật sư, trợ giúp viên pháp lý tư vấn về pháp luật hoặc ủy quyền cho luật sư, trợ giúp viên pháp lý khiếu nại để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình

Người khiếu nại có thể nhờ trợ giúp viên pháp lý hoặc luật sư tư vấn pháp luật về vụ việc cần khiếu nại, về thủ tục khiếu nại. Hơn nữa, người khiếu nại có thể ủy quyền cho trợ giúp viên pháp lý và luật sư thay mặt mình thực hiện việc khiếu nại. Với khả năng am hiểu pháp luật chuyên sâu, trợ giúp viên pháp lý, luật sư có thể thay mặt người khiếu nại trực tiếp thực hiện các quyền và nghĩa vụ để bảo vệ họ một cách tốt nhất. Có thể khẳng định, quy định mới này giúp người khiếu nại (vốn là bên yếu thế và ít hiểu biết về pháp luật hơn so với cơ quan nhà nước) bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của mình⁴. Tuy nhiên, Luật KN năm 2011 chưa quy định về tư cách người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khiếu nại. Theo quy định hiện nay, trợ giúp viên pháp lý và luật sư chỉ được

³ Khoản 2 Điều 2: “Người khiếu nại là công dân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức thực hiện quyền khiếu nại”.

⁴ Thanh tra Chính phủ, *Tìm hiểu pháp luật về khiếu nại (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn)*, Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr.20.

quyền tham gia với tư cách là người đại diện theo ủy quyền, do vậy, họ chỉ có thể thực hiện quyền và nghĩa vụ của người khiếu nại trên cơ sở nội dung được ủy quyền. Mặc dù, luật sư và trợ giúp viên pháp lý vẫn được thực hiện các quyền độc lập như nghiên cứu hồ sơ vụ việc, xác minh, thu thập chứng cứ..., nhưng vì chưa có tư cách pháp lý độc lập trong quá trình tham gia vào hoạt động khiếu nại và giải quyết khiếu nại, nên họ chưa phát huy được hết vai trò của mình. Trong pháp luật tố tụng hành chính, trợ giúp viên pháp lý và luật sư được phát huy vai trò của mình bởi khi tham gia vào hoạt động tố tụng hành chính với tư cách là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, họ có các quyền và nghĩa vụ riêng với tư cách của chủ thể tố tụng này. Do đó, chúng tôi cho rằng, cần xem xét bổ sung tư cách người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khiếu nại như quy định của pháp luật tố tụng hành chính.

3. Quyền tham gia đối thoại và ủy quyền cho người đại diện hợp pháp tham gia đối thoại

Đây là quyền quan trọng của người khiếu nại, vì thông qua đối thoại người khiếu nại nhận thức đúng về các quy định của pháp luật liên quan đến nội dung khiếu nại, hướng giải quyết, qua đó kịp thời bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Hiện nay, theo quy định tại các điều 30, 39, 53 Luật KN năm 2011 và Điều 21 Thông tư số 07/TT-TTCP hướng dẫn về quy trình giải quyết khiếu nại hành chính, việc đối thoại được tổ chức trong các trường hợp sau:

- Trong quá trình giải quyết khiếu nại QĐHC, HVHC, người giải quyết khiếu nại

lần đầu tổ chức đối thoại nếu yêu cầu của người khiếu nại và kết quả xác minh nội dung khiếu nại còn khác nhau. Trong quá trình giải quyết khiếu nại lần hai, người giải quyết khiếu nại hoặc người có trách nhiệm xác minh tổ chức đối thoại.

- Trong quá trình giải quyết khiếu nại QĐKLCBCC, người giải quyết khiếu nại lần đầu, lần hai phải tổ chức đối thoại.

Việc bắt buộc phải tổ chức đối thoại nhằm để người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại trực tiếp lắng nghe tâm tư, nguyện vọng của người khiếu nại, từ đó đưa ra quyết định giải quyết khiếu nại chính xác, kịp thời⁵. Theo điểm c khoản 1 Điều 12 Luật KN năm 2011, người khiếu nại có thể tự mình hoặc ủy quyền cho người đại diện hợp pháp tham gia đối thoại. Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện đối thoại hiện gặp phải một số vướng mắc khi Luật KN năm 2011 chưa quy định về việc xử lý kết quả đối thoại. Khoản 3 Điều 21 Thông tư số 07/TT-TTCP chỉ quy định: “*Việc đối thoại được lập thành biên bản, ghi rõ thời gian, địa điểm, thành phần tham gia, nội dung, ý kiến của những người tham gia, những nội dung đã được thống nhất, những vấn đề còn có ý kiến khác nhau và có chữ ký của các bên*” mà chưa đưa ra hướng xử lý trường hợp đối thoại thành hoặc không thành. Do đó, để thủ tục đối thoại đạt được mục đích như mong muốn, chúng tôi cho rằng, Luật KN năm 2011 hoặc văn bản hướng dẫn cần bổ sung thêm quy định về việc xử lý kết quả đối thoại theo các hướng sau:

⁵ Phạm Thị Phương, *Bàn về việc đối thoại trong quy trình giải quyết khiếu nại*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 6, năm 2013, tr.60.

- Một là, trường hợp qua đối thoại mà người khiếu nại vẫn giữ yêu cầu khiếu nại, người bị khiếu nại giữ nguyên QĐHC hoặc tiếp tục thực hiện HVHC bị khiếu nại thì người giải quyết khiếu nại hoặc người có trách nhiệm xác minh nội dung khiếu nại lập biên bản về việc đối thoại không thành và báo cáo kết quả cho người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại tiếp tục các bước tiếp theo của quá trình giải quyết khiếu nại.

- Hai là, trường hợp qua đối thoại mà người khiếu nại tự nguyện rút đơn khiếu nại thì người giải quyết khiếu nại hoặc người có trách nhiệm xác minh nội dung khiếu nại lập biên bản về việc người khiếu nại tự nguyện rút đơn khiếu nại và chuyển cho người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại ra quyết định đình chỉ giải quyết khiếu nại.

- Ba là, trường hợp qua đối thoại mà người bị khiếu nại cam kết sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ QĐHC bị khiếu nại hoặc chấm dứt HVHC bị khiếu nại và người khiếu nại cam kết rút đơn khiếu nại thì người giải quyết khiếu nại hoặc người có trách nhiệm xác minh nội dung khiếu nại lập biên bản về việc cam kết của các bên và chuyển cho người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ việc giải quyết khiếu nại.

4. Quyền tiếp cận, thu thập và cung cấp tài liệu, chứng cứ để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình

Quyền được tiếp cận, thu thập và cung cấp tài liệu, chứng cứ để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khiếu nại được quy định tại các điểm d, đ và g khoản 1 Điều 12 Luật KN năm 2011 bao gồm các quyền:

- Được biết, đọc, sao chụp, sao chép tài liệu, chứng cứ do người giải quyết khiếu nại thu thập để giải quyết khiếu nại, trừ thông tin, tài liệu thuộc bí mật nhà nước;

- Yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan đang lưu giữ, quản lý thông tin, tài liệu liên quan tới nội dung khiếu nại cung cấp thông tin, tài liệu đó cho mình trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày có yêu cầu để giao nộp cho người giải quyết khiếu nại, trừ thông tin, tài liệu thuộc bí mật nhà nước;

- Đưa ra chứng cứ về việc khiếu nại và giải trình ý kiến của mình về chứng cứ đó.

Quyền được biết, đọc, sao chụp, sao chép tài liệu, chứng cứ do người giải quyết khiếu nại thu thập để giải quyết khiếu nại là quy định mới được đề cập trong Luật KN năm 2011 nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho công dân thực hiện quyền của mình và giám sát quá trình giải quyết khiếu nại của cơ quan nhà nước⁶. Tuy nhiên, Luật KN năm 2011 mới chỉ dừng lại ở việc người khiếu nại có quyền biết, đọc, sao chụp, sao chép tài liệu, chứng cứ do người giải quyết khiếu nại thu thập, nhưng chưa quy định về hình thức cung cấp, điều kiện, cách thức để người khiếu nại tiếp cận những tài liệu, chứng cứ này. Ngoài ra, người khiếu nại có quyền yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan đang lưu giữ, quản lý thông tin, tài liệu liên quan tới nội dung khiếu nại cung cấp thông tin tài liệu đó cho mình. Tuy nhiên, Luật KN năm 2011 cũng chưa quy định chế tài xử lý đối với cá nhân, cơ quan,

⁶ Thanh tra Chính phủ, *Hỏi đáp pháp luật về khiếu nại (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn)*, Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr. 13.

tổ chức này nếu họ từ chối cung cấp. Do đó, theo chúng tôi, Luật KN năm 2011 cần bổ sung quy định về hình thức, điều kiện và cách thức tiếp cận chứng cứ của người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đang lưu giữ. Bên cạnh đó, cần quy định rõ chế tài xử lý trách nhiệm đối với cá nhân, cơ quan, tổ chức không cung cấp hoặc cung cấp không đúng thời hạn đối với các chứng cứ liên quan đến vụ việc khiếu nại mà họ đang lưu giữ.

5. Quyền rút khiếu nại

Rút khiếu nại là một trong những quyền quan trọng của người khiếu nại, được quy định tại Điều 10 và điểm 1 khoản 1 Điều 12 Luật KN năm 2011. Theo đó, người khiếu nại có thể rút khiếu nại ở bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại; việc rút khiếu nại phải được thực hiện bằng đơn có chữ ký hoặc điểm chỉ của người khiếu nại; đơn xin rút khiếu nại phải gửi đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại thì đình chỉ việc giải quyết và thông báo bằng văn bản cho người khiếu nại biết. Đây là quy định thể hiện quyền tự định đoạt của người khiếu nại. Tuy nhiên, quyền rút khiếu nại chưa được quy định cụ thể và rõ ràng nên việc áp dụng có thể gặp phải một số vướng mắc:

Một là, Luật KN năm 2011 chưa quy định rõ về điều kiện rút khiếu nại. Trong thực tiễn đã phát sinh trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại không xuất phát từ ý chí chủ quan của họ mà do bị cưỡng bức, ép buộc... Do đó, theo chúng tôi, quy định này cần sửa đổi theo hướng, nếu người khiếu nại tự nguyện rút đơn thì mới ra quyết định

đình chỉ giải quyết khiếu nại. Trong trường hợp việc rút đơn khiếu nại không phải do tự nguyện thì người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại không chấp nhận việc rút đơn và tiếp tục giải quyết vụ việc.

Hai là, khoản 8 Điều 11 Luật KN năm 2011 quy định, người khiếu nại được quyền khiếu nại lại sau khi có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại trong thời hạn 30 ngày. Chúng tôi cho rằng, quy định này là thiếu hợp lý, bởi quyền khiếu nại phụ thuộc vào thời hiệu khiếu nại. Trong trường hợp vụ việc bị đình chỉ giải quyết nhưng thời hiệu khiếu nại đã hết thì người khiếu nại đương nhiên mất quyền khiếu nại mà không phụ thuộc vào việc người khiếu nại có thực hiện việc khiếu nại lại trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày có văn bản đình chỉ giải quyết khiếu nại hay không. Do đó, Luật KN năm 2011 cần sửa đổi quy định này theo hướng, khi có quyết định đình chỉ giải quyết khiếu nại trong trường hợp người khiếu nại rút đơn khiếu nại thì người khiếu nại được quyền khiếu nại lại nếu thời hiệu khiếu nại vẫn còn.

6. Quyền được yêu cầu người giải quyết khiếu nại áp dụng các biện pháp khẩn cấp để ngăn chặn hậu quả có thể xảy ra do việc thi hành quyết định hành chính bị khiếu nại

Theo quy định của pháp luật, khi QĐHC, HVHC, QĐKLCBCC được ban hành hoặc thực hiện trên thực tế thì dù quyết định hay hành vi đó bị khiếu nại thì người khiếu nại vẫn phải có trách nhiệm thực thi nhằm bảo đảm cho hoạt động quản lý nhà nước không bị gián đoạn, cản trở bởi việc khiếu nại hành chính. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, việc thi hành các QĐHC,

HVHC có thể gây ra các thiệt hại lớn khó khắc phục, do đó, người khiếu nại được quyền yêu cầu người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại áp dụng các biện pháp khẩn cấp để ngăn chặn hậu quả có thể xảy ra. Quyền này của người khiếu nại được quy định tại điểm e khoản 1 Điều 12 và được cụ thể hoá tại Điều 35 Luật KN năm 2011. Theo đó, trong quá trình giải quyết khiếu nại, nếu xét thấy việc thi hành QĐHC bị khiếu nại sẽ gây hậu quả khó khắc phục, người giải quyết khiếu nại phải ra quyết định tạm đình chỉ việc thi hành quyết định đó. Thời hạn tạm đình chỉ không vượt quá thời gian còn lại của thời hạn giải quyết. Quyết định tạm đình chỉ phải được gửi cho người khiếu nại, người bị khiếu nại, người có quyền, nghĩa vụ liên quan và những người có trách nhiệm thi hành khác. Khi xét thấy lý do của việc tạm đình chỉ không còn thì phải hủy bỏ ngay quyết định tạm đình chỉ đó. Tuy nhiên, quy định này vẫn còn tồn tại một số bất cập:

Một là, Luật KN năm 2011 chưa quy định đầy đủ các biện pháp khẩn cấp. Như đã đề cập, người giải quyết khiếu nại được quyền ra quyết định tạm đình chỉ việc thi hành QĐHC bị khiếu nại, tuy nhiên, Luật lại không quy định về biện pháp tạm đình chỉ thi hành đối với HVHC. Việc Luật KN năm 2011 không quy định biện pháp tạm đình chỉ thực hiện HVHC bị khiếu nại là một thiếu sót lớn cần phải được xem xét bổ sung.

Hai là, Luật KN năm 2011 quy định người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại chỉ được quyền áp dụng biện pháp này khi đã thụ lý khiếu nại là chưa phù hợp. Bởi lẽ, biện pháp khẩn cấp được áp dụng sau khi đã

thụ lý khiếu nại; lúc đó QĐHC đã được thực hiện và việc áp dụng biện pháp này cũng không còn ý nghĩa. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, Luật KN năm 2011 cần bổ sung quy định cho phép người khiếu nại cùng với việc nộp đơn khiếu nại có quyền nộp đơn yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp và trong thời hạn 48 giờ kể từ ngày nhận đơn, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại quyết định áp dụng hoặc không áp dụng biện pháp khẩn cấp để bảo vệ quyền lợi của người khiếu nại.

7. Quyền được nhận văn bản trả lời về việc thụ lý giải quyết khiếu nại, nhận quyết định giải quyết khiếu nại

Quyền được nhận văn bản trả lời về việc thụ lý giải quyết khiếu nại và quyết định giải quyết khiếu nại là quyền đương nhiên của người khiếu nại. Người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại phải có trách nhiệm gửi văn bản trả lời về việc có thụ lý hay không thụ lý đến người khiếu nại; sau khi giải quyết khiếu nại phải có trách nhiệm gửi quyết định giải quyết khiếu nại. Điều này một mặt, vừa thể hiện được tính công khai trong quá trình giải quyết khiếu nại, mặt khác đảm bảo cho người khiếu nại được biết kết quả khiếu nại.

8. Quyền được khôi phục quyền, lợi ích hợp pháp đã bị xâm phạm; được bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật

Mục đích cuối cùng người khiếu nại mong muốn đạt được khi thực hiện quyền khiếu nại là khôi phục quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm bởi các QĐHC, HVHC. Do đó, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi xác định khiếu nại có căn cứ pháp luật thì ngay lập tức phải có trách

nhiệm khôi phục quyền, lợi ích hợp pháp đã bị xâm phạm cho người khiếu nại và phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật. Đây là quyền rất quan trọng của người khiếu nại và cũng là mục đích của việc khiếu nại⁷. Nghĩa vụ của người giải quyết khiếu nại lần đầu là giải quyết bồi thường thiệt hại do QĐHC, HVHC gây ra theo quy định của pháp luật về trách nhiệm bồi thường của nhà nước. Nếu người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại có hành vi gây thiệt hại thì phải bồi thường hoặc bồi hoàn theo quy định của pháp luật. Bên cạnh đó, trong trường hợp có phát sinh thiệt hại trên thực tế, người khiếu nại còn được bồi thường thiệt hại trên cơ sở những yêu cầu theo quy định của Luật Trách nhiệm bồi thường Nhà nước năm 2009 và Thông tư liên tịch số 18/2015/TTLT-BTP-BTC-TTCP hướng dẫn thực hiện trách nhiệm bồi thường của nhà nước trong hoạt động quản lý hành chính. Ngoài ra, người khiếu nại có thể yêu cầu được bồi thường thiệt hại trong đơn khiếu nại mà không phải khởi kiện một vụ án khác.

9. Quyền khiếu nại lần hai hoặc khởi kiện vụ án hành chính tại tòa án theo quy định của Luật Tố tụng Hành chính

Quyền khiếu nại lần hai hoặc khởi kiện vụ án hành chính được quy định tại Điều 33 Luật KN năm 2011. Theo đó, trong thời hạn

do pháp luật quy định kể từ ngày hết thời hạn giải quyết 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 đồng ý, thì người khiếu nại có quyền khiếu nại đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai; hoặc hết thời hạn giải quyết khiếu nại theo quy định mà khiếu nại không được giải quyết hoặc người khiếu nại không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu thì họ có quyền khởi kiện vụ án hành chính tại tòa án theo quy định của Luật Tố tụng Hành chính. Tuy nhiên, với cơ chế giải quyết khiếu nại hiện nay, Thủ tướng Chính phủ không còn thẩm quyền giải quyết khiếu nại như trước đây, nên sẽ có trường hợp người khiếu nại chỉ có quyền khiếu nại lần đầu mà không được quyền khiếu nại lần hai. Theo tinh thần của quy định tại khoản 2 Điều 7 Luật KN năm 2011, sau khi khiếu nại lần đầu đối với QĐHC, HVHC của Bộ trưởng, nếu người khiếu nại không đồng ý với việc giải quyết khiếu nại thì chỉ có thể khởi kiện vụ án hành chính tại Tòa án nhân dân mà không thể khiếu nại lần hai. Chúng tôi cho rằng, quy định này cần được nghiên cứu, xem xét lại nhằm đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ trong việc áp dụng pháp luật về quyền khiếu nại lần hai của người khiếu nại.

⁷ Thanh tra Chính phủ, *Tìm hiểu pháp luật về khiếu nại (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn)*, Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr.22.

CHẾ ĐỊNH TỔ CHỨC TỘI PHẠM VÀ VẤN ĐỀ HOÀN THIỆN BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Văn Hương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích khái niệm, đặc điểm của tổ chức tội phạm và tội phạm có tổ chức theo điều ước quốc tế, đồng thời đánh giá tính tương thích của Bộ luật Hình sự Việt Nam, từ đó đưa ra một số đề xuất hoàn thiện.

Abstract: This paper analyses the concept and characters of criminal organizations and organized crimes under relevant treaties and the compatibility of Vietnam's Penal Code. It then makes related proposals.

Ở Việt Nam, trong những năm gần đây, bên cạnh những thành tựu to lớn về kinh tế, xã hội thì các tội phạm nguy hiểm như giết người, cướp tài sản, hiếp dâm được thực hiện bằng thủ đoạn xảo quyệt, nguy hiểm và đặc biệt là tội phạm có tính chất quốc tế như buôn lậu, buôn bán, vận chuyển ma túy, buôn bán người... xảy ra ngày càng nhiều. Điều đó gây ảnh hưởng nghiêm trọng tới trật tự, an toàn xã hội, làm thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của Nhà nước, tổ chức và công dân.

Tình hình tội phạm những năm gần đây cho thấy, “kiểu”, “hình thái” tội phạm mới, có tính nguy hiểm cao xuất hiện ngày càng nhiều. Hình thái tội phạm này, không chỉ xuất hiện ở Việt Nam mà đã xuất hiện ở nhiều nước trên thế giới và được đề cập trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên¹. Đó là tội phạm có tổ chức.

1. Tổ chức tội phạm và tội phạm có tổ chức theo điều ước quốc tế

1.1. Tổ chức tội phạm theo điều ước quốc tế

Theo Điều 2 Công ước của Liên hợp quốc về tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000², tổ chức tội phạm - “nhóm tội phạm có tổ chức” được hiểu là “một nhóm có cơ cấu gồm từ ba người trở lên, tồn tại trong một thời gian và hoạt động có phối hợp để thực hiện một hay nhiều tội phạm nghiêm trọng hoặc các hành vi phạm tội được quy định trong Công ước này, nhằm giành được, trực tiếp hay gián tiếp, lợi ích về tài chính hay vật chất khác”.

Theo khái niệm trên, “tổ chức tội phạm” chính là các “nhóm”, “băng đảng”... được thành lập để thực hiện tội phạm. Để giải thích cho khái niệm tổ chức tội phạm, tại điểm c Điều 2 Công ước còn quy định: “Nhóm có cơ cấu” nghĩa là một nhóm không phải được hình thành một cách ngẫu nhiên để thực hiện một hành vi phạm tội tức thời và không nhất thiết là vai trò của các thành viên trong nhóm phải được xác định rõ ràng, quan hệ giữa các thành viên

* TS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Xem:

- Công ước của Liên hợp quốc về tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000.

- Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003...

² Nội dung Công ước xem tại địa chỉ: <http://dangcongsan.vn/tu-lieu-van-kien/ho-so-su-kien/luat-quoc-te/books-310220153251756/index-01022015322255615.html>, truy cập ngày 20/3/2017.

phải duy trì hoặc cơ cấu của nhóm phải được phát triển”.

Từ khái niệm được quy định tại Điều 2 Công ước có thể thấy, “tổ chức tội phạm” hay “nhóm tội phạm có tổ chức” có các đặc điểm:

- *Có từ ba người trở lên:* Tổ chức tội phạm không cần cơ cấu phải luôn củng cố và phát triển, nhưng về số lượng phải có ba người trở lên.

- *Nhóm tội phạm được hình thành và tồn tại trong một thời gian nhất định:* Tổ chức tội phạm không đòi hỏi xác định rõ ràng vai trò của các thành viên trong nhóm cũng như quan hệ giữa các thành viên phải duy trì lâu dài, nhưng tổ chức tội phạm phải tồn tại trong một thời gian nhất định. Điều này cho thấy, nhóm tội phạm được thành lập không phải để thực hiện một tội phạm mà để phối hợp thực hiện một hoặc nhiều tội phạm khác nhau.

- *Nhóm tội phạm được hình thành có chủ định* mà không phải ngẫu nhiên nhằm thực hiện một hành vi phạm tội tức thời. Những người tham gia vào băng, nhóm, tổ chức tội phạm nhận thức rõ ràng về mục tiêu, tôn chỉ của tổ chức. Mỗi người khi tham gia vào các băng, nhóm, tổ chức tội phạm có thể xuất phát từ các động cơ khác nhau, nhưng tất cả đều “nhằm thực hiện tội phạm”.

- *Nhóm tội phạm được thành lập nhằm mục đích tìm kiếm lợi ích về tài chính hay vật chất khác (bất hợp pháp).*

Khái niệm tổ chức tội phạm theo Điều 2 Công ước tương tự khái niệm được quy định trong Bộ luật Hình sự (BLHS) một số quốc gia trên thế giới như: Khái niệm “tổ chức tội phạm”, “hội tội phạm” tại các Điều 127, 129, 129a, 129b BLHS Cộng hoà Liên

bang Đức³; khái niệm “liên minh tội phạm” được quy định tại Điều 35 BLHS Liên bang Nga⁴; hoặc khái niệm “tổ chức có tính chất xã hội đen, hoạt động phạm tội” được quy định tại Điều 294 BLHS Trung Quốc⁵.

Theo quy định của Công ước cũng như trong BLHS một số quốc gia, một người có hành vi thành lập hoặc tham gia vào băng, nhóm, tổ chức để thực hiện tội phạm, thì hành vi đó đã có đủ dấu hiệu cấu thành tội phạm mà không đòi hỏi người này đã thực hiện tội phạm hay chưa. Bởi vì, việc thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm - làm xuất hiện một “tổ chức tội phạm” trên thực tế đã là hành vi nguy hiểm cho xã hội, đe dọa an toàn xã hội và hành vi này cần thiết phải bị xử lý bằng các chế tài hình sự.

1.2. Tội phạm có tổ chức theo điều ước quốc tế

Theo Điều 5 Công ước của Liên hợp quốc về tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, tội phạm có tổ chức được hiểu là hành vi “*thỏa thuận với một hoặc nhiều người khác để thực hiện một tội phạm nghiêm trọng nhằm trực tiếp hay gián tiếp đạt được lợi ích tài chính hoặc vật chất khác và liên quan đến một hành vi do một thành viên thực hiện thỏa thuận hoặc liên quan đến một nhóm tội phạm có tổ chức*”; hoặc “*hành vi của một người nhận thức được mục đích và hành vi phạm tội nói chung của một nhóm tội phạm có tổ chức hoặc ý định phạm tội của nhóm đó nhưng vẫn đóng vai*

³ Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Cộng hoà Liên bang Đức*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011, tr. 235- 244.

⁴ Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Liên bang Nga*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011, tr.46.

⁵ Xem thêm: Đinh Bích Hà, (dịch và giới thiệu), *Bộ luật Hình sự của Cộng hoà nhân dân Trung Hoa*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr.184.

trò tích cực trong hoạt động tội phạm của nhóm” hoặc tham gia “những hoạt động khác của nhóm tội phạm có tổ chức đó với nhận thức rằng việc tham gia của họ sẽ đóng góp vào việc đạt được mục đích phạm tội nói trên” hoặc “tổ chức, chỉ đạo, hỗ trợ, khuyến khích, tạo điều kiện hoặc xúi giục việc thực hiện tội phạm nghiêm trọng liên quan đến nhóm tội phạm có tổ chức”.

Như vậy, **tội phạm có tổ chức** chính là một “hình thái”, “kiểu” tội phạm. Trong đó, **tội phạm được thực hiện có tính hệ thống bởi tổ chức tội phạm nhằm tìm kiếm lợi ích tài chính hoặc lợi ích vật chất bất hợp pháp**. Khái niệm này cho thấy, tội phạm có tổ chức có các đặc điểm mà dựa vào đó có thể nhận biết, phân biệt tội phạm có tổ chức với các tội phạm thông thường. Các đặc điểm đó là:

- Tội phạm được thực hiện có hệ thống, có tính tổ chức, tức là có nhiều người tham gia, có kế hoạch, có sự chỉ huy phục tùng, phân công phối hợp;

- Tội phạm có tổ chức phải được thực hiện bởi tổ chức tội phạm. Bởi vì chỉ trong tổ chức mới có sự chỉ huy, phục tùng, sự phối hợp nhằm đạt mục tiêu, kế hoạch cụ thể;

- Mục đích của nhóm tội phạm là nhằm tìm kiếm lợi ích tài chính hoặc lợi ích vật chất (bất hợp pháp) thông qua việc thực hiện tội phạm. Đây chính là yếu tố làm cho các băng nhóm, tổ chức tội phạm ngày càng củng cố về số lượng thành viên cũng như tiềm lực vật chất, từ đó mở rộng phạm vi hoạt động trên nhiều địa bàn và có thể thực hiện những tội phạm có tính chất xuyên quốc gia.

Các đặc điểm trên đây cho thấy, tội phạm có tổ chức có tính nguy hiểm cao, có quy mô hơn hẳn tội phạm thông thường, có địa bàn hoạt động phạm tội rộng và khả

năng gây nguy hại trên phạm vi không chỉ một quốc gia mà có thể trên nhiều quốc gia.

Như vậy, “**tổ chức tội phạm**” và “**tội phạm có tổ chức**” là các khái niệm khác nhau, tuy chúng có quan hệ với nhau ở mức độ nhất định. Trong bối cảnh toàn cầu hoá, khi mối quan hệ giao lưu giữa các quốc gia về chính trị, kinh tế, văn hoá và xã hội ngày càng được mở rộng, tội phạm cũng có xu hướng liên kết với nhau hình thành các nhóm có quy mô lớn, hoạt động phạm tội xuyên quốc gia. Để ngăn chặn và đấu tranh có hiệu quả với hình thái, xu hướng tội phạm mới này, các quốc gia cần có sự hợp tác, phối hợp chặt chẽ trong việc phát hiện, bắt giữ và xử lý tội phạm. Nếu không có sự hợp tác, phối hợp giữa các quốc gia thì việc đấu tranh mạnh mẽ chống tội phạm ở mỗi quốc gia sẽ chỉ có tác dụng “đẩy” tội phạm từ quốc gia này sang quốc gia khác và ngược lại, mà không thể xử lý triệt để các hành vi phạm tội. Để có thể hợp tác, phối hợp đấu tranh chống tội phạm có hiệu quả, các quốc gia cần dựa trên quan điểm, mục tiêu và những quy định thống nhất của cộng đồng quốc tế về phòng, chống tội phạm. Việc gia nhập Công ước của Liên hợp quốc về tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và các văn kiện kèm theo, đồng thời hoàn thiện pháp luật trong nước, thực hiện các cam kết quốc tế vừa là yêu cầu bắt buộc, vừa là cách thức tốt nhất để đấu tranh chống tội phạm có hiệu quả ở mỗi quốc gia, trong đó có Việt Nam.

2. Đánh giá tính tương thích của Bộ luật Hình sự Việt Nam với quan niệm quốc tế về tổ chức tội phạm, về tội phạm có tổ chức và đề xuất hoàn thiện

2.1. Vấn đề tổ chức tội phạm và tội phạm có tổ chức trong Bộ luật Hình sự Việt Nam

Trong BLHS năm 2015 (và trước đó là BLHS năm 1999) không có khái niệm *tổ chức tội phạm*, mặc dù có một số loại hành vi phạm tội được gắn với từ “tổ chức” như: Tội thành lập hoặc tham gia tổ chức nhằm lật đổ chính quyền nhân dân (Điều 109); Tội tổ chức tảo hôn (Điều 183), Tội tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy (Điều 255), Tội tổ chức đua xe trái phép (Điều 265), Tội tổ chức đánh bạc (Điều 322)⁶... Vậy các hành vi phạm tội này... có phải là tổ chức tội phạm không?

Đối chiếu với quy định tại Điều 2, Điều 5 Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, đồng thời căn cứ vào quy định của BLHS Việt Nam cho thấy: Ngoại trừ hành vi thành lập hoặc tham gia tổ chức nhằm lật đổ chính quyền nhân dân (Điều 109), thì các hành vi tổ chức đánh bạc, tổ chức đua xe trái phép, tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy... **không phải là tổ chức tội phạm hay tham gia tổ chức tội phạm**. Tổ chức đánh bạc, tổ chức đua xe trái phép, tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy... **chỉ là hành vi khách quan của các tội phạm này**. Hành vi thành lập hoặc tham gia tổ chức nhằm lật đổ chính quyền nhân dân (Điều 109) cũng chỉ là hành vi phạm tội phản ánh về trường hợp riêng biệt của một tội phạm cụ thể có tính nguy hiểm cao, có đặc thù là một mình người phạm tội không thể thực hiện được tội phạm, không thể đạt được mục đích của việc phạm tội mà cần phải có tổ chức, có nhiều người cùng thực hiện. Như vậy, trong BLHS Việt Nam hiện nay chưa có khái niệm tổ chức tội phạm.

Trong BLHS năm 2015 cũng như BLHS năm 1999 không có khái niệm *tội phạm có tổ chức*, không có điều khoản nào

quy định về tội phạm có tổ chức mặc dù thực tế đấu tranh chống tội phạm những năm gần đây cho thấy có sự xuất hiện “kiểu”, “hình thái” tội phạm mới, tội phạm “kiểu xã hội đen” - tội phạm có tổ chức xuất hiện ngày càng nhiều. Vấn đề “tội phạm có tổ chức” cũng được đề cập trong các văn kiện của Đảng và Nhà nước trong những năm gần đây⁷.

Trong BLHS năm 2015 (trước đó là BLHS năm 1999) có các quy định phản ánh hình thức phạm tội có sự liên kết của nhiều người - đồng phạm (Điều 17), phạm tội có tổ chức (khoản 2 Điều 17)⁸, nhưng không có điều luật nào quy định về “tổ chức tội phạm” hay “tội phạm có tổ chức”. Vậy quy định về đồng phạm và trường hợp phạm tội có tổ chức tại BLHS năm 2015 có đáp ứng được yêu cầu đấu tranh chống tội phạm, đáp ứng yêu cầu của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, mà Việt Nam là thành viên hay không? Để làm rõ điều này, chúng ta cần có nhận thức khái quát về chế định đồng phạm và trường hợp phạm tội có tổ chức trong BLHS Việt Nam hiện nay.

2.2. Chế định đồng phạm

Đồng phạm là chế định được quy định trong BLHS Việt Nam từ rất sớm. BLHS năm 1985, BLHS năm 1999 cũng như BLHS năm 2015 đều có quy định về đồng phạm.

⁷ Xem thêm:

- Chỉ thị số 48/CT-TW, ngày 22/10/2010 của Ban Chấp hành trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phòng, chống tội phạm trong tình hình mới.
- Nghị quyết số 09/1998/NQ-CP, ngày 31/7/1998 của Chính phủ về tăng cường công tác phòng, chống tội phạm trong tình hình mới.
- Quyết định số 138/1998/QĐ-TTg, ngày 31/7/1998 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Chương trình quốc gia phòng, chống tội phạm.

⁸ Trong BLHS năm 1999, vấn đề này được quy định tại Điều 20 và khoản 3 Điều 20.

⁶ Trong BLHS năm 1999, các tội này được quy định tại các điều: 79, 148, 197, 206, 249.

Điều 17 BLHS năm 2015 quy định: “*Đồng phạm là trường hợp có hai người trở lên cố ý cùng thực hiện một tội phạm*”. Theo BLHS Việt Nam, đồng phạm là trường hợp phạm tội đặc biệt đòi hỏi có từ hai người trở lên (đủ điều kiện chủ thể của tội phạm) cùng thực hiện một tội phạm. Những người tham gia trong đồng phạm đều cố ý cùng thực hiện một tội phạm với vai trò, tính chất hành vi có thể khác nhau như hành vi thực hành, tổ chức, xúi giục hoặc giúp sức cho người khác thực hiện tội phạm. Tương ứng với bốn loại hành vi này là bốn loại người đồng phạm: Người thực hành, người tổ chức, người xúi giục và người giúp sức (khoản 3 Điều 17 BLHS năm 2015).

Khoản 2 Điều 17 BLHS năm 2015⁹ còn quy định trường hợp đồng phạm đặc biệt - phạm tội có tổ chức - “*hình thức đồng phạm có sự cấu kết chặt chẽ giữa những người cùng thực hiện tội phạm*”. Đây là trường hợp có nhiều người tham gia, có sự bàn bạc, phân công vai trò cụ thể giữa những người cùng thực hiện tội phạm. Phạm tội có tổ chức chỉ là một trường hợp phạm tội đặc biệt của phạm tội có đồng phạm và chỉ gắn với một tội phạm cụ thể. Phạm tội có tổ chức có thể được thực hiện bởi một băng, nhóm, tổ chức tội phạm nhưng cũng có thể chỉ là một trường hợp có nhiều người cùng nhau bàn bạc, chuẩn bị công cụ, phương tiện, phân công vai trò, thực hiện một tội phạm, sau đó tự giải tán và họ không còn liên hệ với nhau. Phạm tội có tổ chức không phải là *tổ chức tội phạm*. Phạm tội có tổ chức cũng không phải là *tội phạm có tổ chức* - khái niệm được dùng để chỉ “kiểu”, “hình thái” tội phạm được thực hiện bởi một tổ chức tội phạm. Nói cách khác, đồng

phạm, phạm tội có tổ chức, tổ chức tội phạm và tội phạm có tổ chức là những khái niệm pháp lý khác nhau. Trong BLHS Việt Nam không có khái niệm *tổ chức tội phạm* và khái niệm *tội phạm có tổ chức*. Việc làm rõ các khái niệm này và các đặc điểm của nó sẽ góp phần hoàn thiện BLHS.

2.3. Hoàn thiện chế định đồng phạm

Những phân tích trên đây cho thấy, chế định đồng phạm trong BLHS là chế định quan trọng, góp phần có hiệu quả vào việc phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm. Tuy nhiên, quy định tại Điều 17 BLHS năm 2015 còn có điểm hạn chế là chưa góp phần xử lý triệt để các hành vi nguy hiểm cho xã hội mà không cấu thành hoặc không xác định được quan hệ đồng phạm. Ví dụ, hành vi tổ chức, xúi giục, giúp sức người khác thực hiện tội phạm nhưng người này lại không thực hiện tội phạm hoặc thực hiện một tội khác, hoặc trường hợp A xúi giục B giết người nhưng thực tế là A muốn B phải ngồi tù nên sau đó đã báo công an bắt giữ để xử lý B... Trường hợp không xác định được quan hệ “đồng phạm” hoặc trường hợp hành vi tổ chức, xúi giục, giúp sức “không thành” thì các cơ quan điều tra, truy tố, xét xử sẽ rất khó khăn trong việc tìm căn cứ pháp lý để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với những người có hành vi này.

Vì vậy, để khắc phục tình trạng trên, BLHS năm 2015 cần sửa đổi theo hướng quy định trực tiếp các hành vi *thực hiện tội phạm, tổ chức thực hiện tội phạm, xúi giục thực hiện tội phạm* và *giúp sức thực hiện tội phạm* là các hành vi phạm tội và người thực hiện các hành vi này phải chịu trách nhiệm hình sự. Trường hợp có nhiều người cùng thực hiện một tội phạm (có thể bao gồm đầy đủ các hành vi nói trên) được coi là trường hợp phạm tội đặc biệt - đồng phạm.

⁹ Trong BLHS năm 1999, vấn đề này được quy định tại khoản 3 Điều 20.

Nói cách khác, về mặt kỹ thuật, Điều 17 BLHS năm 2015 cần đổi vị trí của khoản 3 thành khoản 1, khoản 1 thành khoản 2 và khoản 2 thành khoản 3. Vấn đề này đã được nêu nhiều lần tại các hội nghị cũng như diễn đàn khoa học¹⁰, nhưng khi xây dựng BLHS năm 2015, nhà làm luật vẫn giữ nguyên quy định tại khoản 1 (Điều 20 BLHS năm 1999) và chỉ đổi vị trí khoản 2 xuống khoản 3 và khoản 3 lên khoản 2 Điều 17 BLHS năm 2015¹¹). Như vậy, Điều 17 BLHS năm 2015 cần được sửa đổi theo hướng sau:

“Điều 17. Thực hiện tội phạm và tham gia thực hiện tội phạm

1. *Thực hiện tội phạm là hành vi tự mình hoặc thông qua người không phải chịu trách nhiệm hình sự để thực hiện tội phạm.*

Người thực hiện tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự.

2. *Tổ chức cho người khác thực hiện tội phạm là hành vi cố ý tổ chức, chỉ đạo, điều khiển người khác thực hiện tội phạm.*

Người tổ chức cho người khác thực hiện tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự nặng hơn người thực hiện tội phạm.

3. *Xúi giục người khác thực hiện tội phạm là hành vi cố ý kích động, thúc đẩy người khác thực hiện tội phạm.*

Người xúi giục người khác thực hiện tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự như người thực hiện tội phạm.

4. *Giúp sức cho người khác thực hiện tội phạm là hành vi cố ý tạo điều kiện tinh thần hoặc vật chất cho người khác thực hiện tội phạm.*

Giúp sức cho người khác thực hiện tội phạm được giảm nhẹ trách nhiệm hình sự so với người thực hiện tội phạm

5. *Trường hợp có từ hai người trở lên cố ý cùng thực hiện một tội phạm là đồng phạm.*

6. *Trường hợp có sự cấu kết chặt chẽ giữa những người đồng phạm là phạm tội có tổ chức và những người phạm tội phải chịu trách nhiệm hình sự tăng nặng”.*

Theo cách quy định này, trách nhiệm hình sự của người thực hiện tội phạm hoặc người tham gia thực hiện tội phạm (đồng phạm) được xác định rõ và việc xác định trách nhiệm hình sự đối với từng người phạm tội sẽ đơn giản hơn. Đối với trường hợp tổ chức, xúi giục, giúp sức thực hiện tội phạm dù chưa đưa đến việc thực hiện tội phạm, chúng ta vẫn có đầy đủ căn cứ pháp lý vững chắc để xử lý hành vi phạm tội này. Cách quy định này từ kinh nghiệm lập pháp của quy định tại các điều 25, 26, 27 BLHS Cộng hoà Liên bang Đức¹².

2.4. Bổ sung điều luật quy định về tổ chức tội phạm

Các nghiên cứu gần đây cho thấy, có một số quan điểm, định nghĩa khác nhau về tội phạm có tổ chức¹³. Tuy nhiên, theo quy

¹⁰ Xem thêm:

- GS.TS. Nguyễn Ngọc Hoà, *Hoàn thiện các quy định về tội phạm thuộc Phần chung Bộ luật Hình sự Việt Nam đáp ứng yêu cầu hội nhập và phát triển*, trong: Trường Đại học Luật Hà Nội (sách chuyên khảo), *Pháp luật Việt Nam trong tiến trình hội nhập quốc tế và phát triển bền vững*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr.265, 266;

- GS.TS. Nguyễn Ngọc Hoà, *Sửa đổi quy định của Bộ luật Hình sự năm 1999 về đồng phạm và vấn đề có liên quan đáp ứng yêu cầu của hội nhập quốc tế*, trong: Tạp chí Dân chủ và Pháp luật (Số chuyên đề), *Sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự năm 1999*, Hà Nội, 2008, tr.55, 56.

¹¹ Xem: Điều 17 BLHS năm 2015.

¹² Xem thêm: Các điều 25, 26, 27 BLHS Cộng hoà Liên bang Đức.

¹³ Xem thêm: Lê Thị Sơn, *Tội phạm có tổ chức và việc bổ sung chế định tổ chức tội phạm trong Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học: *Pháp luật hình sự của Việt Nam và Trung Quốc trong bối*

định tại Điều 2, Điều 5 Công ước của Liên hợp quốc về tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, có thể thấy: Tội phạm có tổ chức là tội phạm được thực hiện bởi các thành viên của tổ chức tội phạm hoặc tội phạm được thực hiện bởi tổ chức tội phạm nhằm tìm kiếm lợi ích tài chính, vật chất bất hợp pháp. Vì vậy, để phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm có tổ chức hiệu quả trước hết cần loại bỏ các tổ chức tội phạm.

Như đã phân tích ở trên, *đồng phạm, phạm tội có tổ chức, tổ chức tội phạm và tội phạm có tổ chức* là những khái niệm pháp lý khác nhau, BLHS Việt Nam không quy định về *tổ chức tội phạm* và *tội phạm có tổ chức*. Quy định về đồng phạm và phạm tội có tổ chức trong BLHS Việt Nam hiện nay không đáp ứng được yêu cầu đấu tranh chống *tội phạm có tổ chức*. Ví dụ, băng, nhóm, tổ chức tội phạm được thành lập để chuyên “đám thuê, chém mướn”, cướp tài sản hoặc trộm cắp tài sản..., nhưng chỉ có một hoặc một số thành viên được giao thực hiện tội phạm cụ thể và những người này không thừa nhận có sự chỉ đạo điều hành của người cầm đầu hoặc không chứng minh được quan hệ đồng phạm của những người này với các thành viên khác của tổ chức thì chỉ người đó phải chịu trách nhiệm hình sự, còn “tổ chức” hoặc thành viên khác của tổ chức lại không bị xử lý. Vì vậy, đã có nhiều “ông trùm” của các băng, nhóm chỉ đạo, điều hành nhiều vụ phạm tội nhưng không bị xử lý, vì cơ quan điều tra không chứng minh được quan hệ đồng phạm với hành vi của đồng bọn. Tuy nhiên, chúng ta hoàn toàn có thể xử lý được người cầm đầu và các thành viên khác của băng nhóm nếu có quy định về tổ chức tội phạm. Việc quy

định về tổ chức tội phạm không phải để xử lý “nhầm” còn hơn “bỏ sót”, mà sẽ tạo cơ sở pháp lý cho việc xử lý triệt để các băng, nhóm, tổ chức tội phạm với những hành vi phạm tội được thực hiện bởi tổ chức tội phạm, như “bảo kê” hoặc hoạt động phạm tội “kiểu xã hội đen”...

Theo đó, chúng tôi đề xuất phương án bổ sung quy định của BLHS về tổ chức tội phạm như sau¹⁴:

Thứ nhất, bổ sung điều luật (có thể là Điều 17a BLHS năm 2015) quy định về (khái niệm) tổ chức tội phạm. Theo đó, tổ chức tội phạm được hiểu là một nhóm từ 3 người trở lên được hình thành để thực hiện các tội phạm nghiêm trọng, tội phạm rất nghiêm trọng và tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Đồng thời, cần xác định về nguyên tắc người thành lập hoặc tham gia nhóm, tổ chức tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự. Cụ thể là:

Điều 17a. Tổ chức tội phạm

“1. Tổ chức tội phạm là một nhóm gồm ba người trở lên, được lập ra để thực hiện tội phạm.

Người thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự theo quy định tại Phần các tội phạm của Bộ luật này”.

Thứ hai, bổ sung điều luật vào Chương XIX - Các tội xâm phạm an toàn công cộng, trật tự công cộng để quy định Tội thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm. Nội dung quy định tại điều này cần giới hạn việc xử lý về hình sự đối với người có hành vi thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm để thực hiện các tội có tính nguy hiểm cao như: Tội

cảnh hội nhập quốc tế (Trường Đại học Luật Hà Nội) tháng 1/2013, tr. 48, 49.

¹⁴ Nội dung này có thể tham khảo thêm các điều 127, 129, 129a, 129b BLHS Cộng hoà Liên bang Đức hoặc Điều 35 BLHS của Nga...

giết người, Tội cướp tài sản, Tội khủng bố, Tội mua bán người hoặc các tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác. Cụ thể là:

Điều... Tội thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm

“1. Người nào thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm để thực hiện tội giết người, tội cướp tài sản, tội khủng bố, tội mua bán người hoặc các tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác, thì bị phạt như sau:

a) Người thành lập tổ chức hoặc người hoạt động đắc lực thì bị phạt tù từ hai năm đến bảy năm.

b) Người tham gia thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu tháng đến ba năm.

2. Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định, phạt quản chế, cấm cư trú từ một năm đến năm năm, tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản”.

(Tiếp theo trang 9 – Nhận thức và áp dụng án lệ...)

2.4. Cần tận dụng sức mạnh của truyền thông trong việc hỗ trợ quá trình đưa các án lệ vào đời sống

Một trong những yếu tố tạo nên thành công và sức sống mãnh liệt của phán quyết Bosman ngay trong môi trường châu Âu - một môi trường vốn ưa chuộng pháp luật thành văn - đó là sự hỗ trợ đắc lực của truyền thông. Việc được các phương tiện thông tin đại chúng đưa tin với tần suất lớn đã tạo nên một hiệu ứng lan tỏa, khiến nội dung cũng như ý nghĩa của phán quyết

Bosman nhanh chóng được mọi người biết đến và chấp nhận. Ở Việt Nam, chúng ta có nhiều thuận lợi trong việc phổ biến các án lệ, bởi số lượng án lệ được công bố trong mỗi đợt là khá ít¹⁵ và tần suất cũng không nhiều. Như vậy, chúng ta hoàn toàn có điều kiện về thời gian để đào sâu vào ý nghĩa của từng án lệ và giới thiệu những nội dung này đến người dân thông qua các kênh báo đài, diễn đàn khoa học, thay vì chỉ chủ yếu tuyên truyền về tác dụng chung chung của án lệ như hiện nay.

¹⁵ Tính đến thời điểm này, Chánh án Tòa án nhân tối cao đã công bố được 10 án lệ, chia làm 2 đợt: Đợt 1 gồm các án lệ từ 01/2016/AL đến 06/2016/AL và đợt 2 gồm các án lệ từ 07/2016/AL đến 10/2016/AL.

XỬ LÝ CHUYỂN HƯỚNG ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Mai Thị Thủy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích quy định của Bộ luật Hình sự 2015 và Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự 2015 về xử lý chuyển hướng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội; đồng thời chỉ ra những bất cập trong các quy định này và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This paper analyses the provisions on diversion for juvenile offenders under the Penal Code of 2015 and the draft Law amending and supplementing a number of articles of the Penal Code of 2015. It thereby points out relevant shortcomings and makes related proposals.

Xử lý chuyển hướng (XLCH) là một quá trình thay thế nhằm xử lý các vi phạm của người chưa thành niên (NCTN) bằng các biện pháp nằm ngoài hệ thống tư pháp chính thống. XLCH là việc chuyển hướng hoặc đưa NCTN vi phạm pháp luật ra ngoài hệ thống tư pháp chính thống để áp dụng các biện pháp xử lý thay thế khác, trong đó tăng cường yếu tố tham gia của cộng đồng¹. XLCH được đặt ra đối với NCTN vi phạm pháp luật nói chung, bao gồm vi phạm hành chính và vi phạm hình sự. Trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ đề cập đến XLCH đặc thù được áp dụng riêng cho NCTN phạm tội. Từ cách hiểu về XLCH đối với NCTN vi phạm pháp luật này có thể hiểu: *XLCH đối với NCTN phạm tội là một quá trình thay thế nhằm xử lý các vi phạm của NCTN phạm tội bằng các biện pháp nằm ngoài hệ thống tư pháp hình sự chính thống.*

Với cách hiểu như trên, XLCH có thể được áp dụng đối với NCTN phạm tội ở bất kỳ giai đoạn nào; mục đích của XLCH là nhằm ngăn ngừa việc NCTN phạm tội phải tiếp cận với hệ thống tư pháp hình sự chính thống hoặc ngăn ngừa việc NCTN phạm tội tiếp tục phải tham gia sâu hơn vào hệ thống tư pháp hình sự chính thống bằng cách dừng lại các thủ tục tố tụng chính thức và áp dụng các biện pháp xử lý thay thế khác. Theo đó, XLCH giúp cho NCTN phạm tội tránh được những tác động tiêu cực do các thủ tục tư pháp hình sự truyền thống mang lại, cũng như có nhiều ý nghĩa xã hội to lớn trong công cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm.

1. Quy định của Bộ luật Hình sự 2015 và Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự 2015 về xử lý chuyển hướng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

Trước khi Bộ luật Hình sự (BLHS) 2015 được ban hành thì pháp luật hình sự Việt Nam không sử dụng thuật ngữ “*người dưới 18 tuổi phạm tội*” mà sử dụng thuật

* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

¹ Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội - Vụ pháp chế, UNICEF Việt Nam, *Tài liệu tập huấn Tư pháp người chưa thành niên*, Nxb. Lao động, Hà Nội, năm 2012, tr.98-127.

ngữ “NCTN phạm tội”². Tuy cách gọi khác nhau nhưng thuật ngữ “NCTN phạm tội” và “người dưới 18 tuổi phạm tội” trong Luật hình sự Việt Nam được hiểu là một - là người từ đủ 14 tuổi trở lên nhưng chưa đủ 18 tuổi tại thời điểm thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội được BLHS quy định là tội phạm.

Nội dung của XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội được quy định trong một số điều luật thuộc Chương XII BLHS 2015 như sau:

- Khoản 1 Điều 91 quy định nguyên tắc chung trong việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội là phải bảo đảm lợi ích tốt nhất của họ, và chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh và trở thành công dân có ích cho xã hội. Tuy đây không phải là nguyên tắc quy định trực tiếp về XLCH, nhưng nguyên tắc xử lý chung này đã tạo cơ sở cho việc quy định và áp dụng XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

- Khoản 2 Điều 91 quy định các trường hợp miễn trách nhiệm hình sự (TNHS) được áp dụng riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội: “Người dưới 18 tuổi phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây và có nhiều tình tiết giảm nhẹ, tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả, nếu không thuộc trường hợp quy định tại Điều 29 BLHS, thì có thể được miễn TNHS và áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục quy định tại Mục 2 Chương XII...”. Có thể nói, đây là một quy định quan trọng tạo điều kiện cho việc XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Khi người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91

BLHS 2015 thì kèm theo đó phải áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục. Mục 2 Chương XII BLHS 2015 quy định ba biện pháp giám sát, giáo dục áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn TNHS gồm khiển trách, hòa giải tại cộng đồng và giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Để cụ thể hóa các biện pháp giám sát, giáo dục này, Điều 92, Điều 93, Điều 94 và Điều 95 BLHS 2015 đã quy định cụ thể về điều kiện, đối tượng, chủ thể có thẩm quyền áp dụng, nghĩa vụ của người được áp dụng, thời hạn áp dụng và việc rút ngắn thời hạn áp dụng khi thỏa mãn các điều kiện luật định³. Các biện pháp giám sát, giáo dục quy định tại mục 2 Chương XII BLHS 2015 thực chất là các biện pháp thay thế xử lý hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

So sánh quy định của BLHS 2015 và Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS 2015 có thể thấy, quy định tại khoản 14, khoản 15, khoản 16, khoản 17 Điều 1 Dự thảo Luật đã sửa đổi, bổ sung điểm b khoản 2 Điều 91, khoản 1 Điều 93, khoản 1 và khoản 4 Điều 94, khoản 1 Điều 95 BLHS 2015, khắc phục được hạn chế tại các điều khoản tương ứng của BLHS 2015 khi quy định về miễn TNHS và áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội. Theo đó, khoản 2 Điều 12 BLHS 2015 quy định người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phải chịu TNHS về các tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng, tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng trong những trường hợp luật định⁴, nhưng điểm b khoản 2 Điều 91, khoản 1

² Chương X BLHS, Điều 68 BLHS 1999 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009.

³ Xem Điều 93, Điều 94, Điều 95 BLHS 2015 và khoản 15, khoản 16, khoản 17 Điều 1 Dự thảo Luật.

⁴ Xem khoản 2 Điều 12 BLHS 2015.

Điều 93, điểm b khoản 1 Điều 94 và điểm b khoản 1 Điều 95 BLHS 2015 lại không có quy định miễn TNHS và áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội ít nghiêm trọng, phạm tội nghiêm trọng trong những trường hợp luật định này. Điều này là không phù hợp với quy định tại khoản 2 Điều 12 BLHS 2015 và đã thu hẹp phạm vi miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội. Tuy nhiên, hiện nay, khoản 3 Điều 1 Dự thảo Luật đã sửa đổi khoản 2 Điều 12 BLHS 2015 theo hai phương án khác nhau trong việc quy định TNHS đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội. Tương ứng với hai phương án sửa đổi khoản 2 Điều 12 của Dự thảo Luật về TNHS của người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội là hai phương án quy định vấn đề miễn TNHS và áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục đối với họ. Tác giả cho rằng, dù theo phương án nào thì khoản 14, khoản 15, khoản 16, khoản 17 Điều 1 Dự thảo Luật cũng đã khắc phục được bất cập trong quy định của BLHS 2015 đối với đối tượng là người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội có thể được miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 và được áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục khi họ phạm tội ít nghiêm trọng, phạm tội nghiêm trọng (nếu khoản 2 Điều 12 BLHS 2015 có quy định TNHS của họ).

- Khoản 3 Điều 91 BLHS 2015 quy định: “Việc truy cứu TNHS người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ trong trường hợp cần thiết và phải căn cứ vào những đặc điểm về nhân thân của họ, tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội và yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm”. Theo khoản 3 Điều 91 BLHS 2015, khi người dưới 18

tuổi thực hiện hành vi đủ yếu tố cấu thành tội phạm thì việc có cần thiết phải truy cứu TNHS hay không là một vấn đề cần được đặt ra để xem xét, quyết định. Nếu việc không truy cứu TNHS vẫn đảm bảo được sự tương xứng về tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội và yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm thì phải chọn giải pháp không truy cứu TNHS. Việc truy cứu TNHS chỉ được thực hiện trong trường hợp cần thiết. Đây là một nguyên tắc XLCH nhằm ngăn ngừa việc người dưới 18 tuổi phạm tội phải tiếp cận với hệ thống tư pháp hình sự chính thống.

- Khoản 4 Điều 91 BLHS 2015 quy định: “*Khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc miễn TNHS và áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục quy định tại Mục 2 Chương XII BLHS hoặc việc áp dụng biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng quy định tại Mục 3 Chương XII BLHS không bảo đảm hiệu quả giáo dục, phòng ngừa*” cho thấy, BLHS 2015 ưu tiên áp dụng XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội với nội dung: Khi xác định cần phải truy cứu TNHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội thì cơ quan chức năng phải xem xét việc có cần buộc người dưới 18 tuổi phạm tội phải chịu TNHS hay có thể miễn TNHS đối với họ. Nếu người dưới 18 tuổi phạm tội có đủ điều kiện để được miễn TNHS thì cần phải miễn TNHS và áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục. Trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội không có đủ điều kiện để được miễn TNHS thì cần phải ưu tiên áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng. Nếu người dưới 18 tuổi phạm tội không có đủ điều kiện để được miễn TNHS hoặc áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường

giáo dục thì mới xem xét đến việc áp dụng hình phạt. Việc áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội phải là lựa chọn sau cùng. Đây cũng là một nguyên tắc XLCH do Tòa án áp dụng trong giai đoạn xét xử nhằm hạn chế việc người dưới 18 tuổi phạm tội tiếp tục phải tham gia sâu hơn vào thủ tục tố tụng truyền thống.

2. Một số bất cập trong quy định về xử lý chuyên hướng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội và kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, về nguyên tắc xử lý tại khoản 3 Điều 91 BLHS 2015: Tuy nguyên tắc XLCH này đã được quy định từ BLHS 1999⁵, nhưng đến nay vẫn chưa được áp dụng trên thực tế. Điều này do nhiều nguyên nhân khác nhau như: Quy định của khoản 3 Điều 69 BLHS 1999, khoản 3 Điều 91 BLHS 2015 chưa cụ thể; không có văn bản hướng dẫn cũng như cách xử lý từ trước đến nay là đã phạm tội thì phải đặt ra vấn đề truy cứu TNHS. Hơn nữa, nguyên tắc này quy định việc truy cứu TNHS khi cần thiết, nhưng nếu trong trường hợp không cần thiết phải truy cứu TNHS thì sẽ xử lý như thế nào lại không được quy định. Do đó, tác giả kiến nghị *khoản 3 Điều 91 BLHS 2015 cần quy định rõ vấn đề mang tính nguyên tắc là trong trường hợp nào thì không cần thiết phải truy cứu TNHS, và khi không cần thiết phải truy cứu TNHS thì sẽ xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội như thế nào*. Đây là vấn đề chưa được đề cập đến trong Luật hình sự nước ta từ trước đến nay.

Thứ hai, về nguyên tắc xử lý tại khoản 4 Điều 91 BLHS 2015⁶: Nếu so sánh về

mức độ nghiêm khắc thì giáo dục tại trường giáo dưỡng ít nghiêm khắc hơn hình phạt tù có thời hạn, nhưng lại nghiêm khắc hơn so với các hình phạt không tước tự do khác là cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ. Vì vậy, theo quan điểm của tác giả khi đã truy cứu TNHS và cần thiết buộc người dưới 18 tuổi phạm tội phải chịu TNHS thì Tòa án cần ưu tiên áp dụng các hình phạt chính không tước tự do là cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ trước khi xem xét đến việc áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, và hình phạt tù có thời hạn vẫn phải là lựa chọn cuối cùng. Do đó, tác giả kiến nghị khoản 4 Điều 91 BLHS 2015 cần sửa lại như sau: *“Khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc miễn TNHS và áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục quy định tại Mục 2 Chương này không bảo đảm hiệu quả giáo dục, phòng ngừa*.

Khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt tù đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc áp dụng biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng quy định tại Mục 3 Chương này không bảo đảm hiệu quả giáo dục, phòng ngừa”.

Thứ ba, về điều kiện áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục tại Điều 92 BLHS 2015: Điều kiện tiên quyết để được áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục là phải có sự đồng ý của người dưới 18 tuổi phạm tội hoặc người đại diện hợp pháp của họ. Tuy nhiên, khác với khiển trách và giáo dục tại xã, phường, thị trấn chỉ có sự tham gia của người dưới 18 tuổi phạm tội và cơ quan có thẩm quyền thì biện pháp hòa giải tại cộng đồng còn có sự tham gia của người bị hại

⁵ Xem khoản 3 Điều 69 BLHS 1999.

⁶ Xem thêm: Mai Thị Thủy, “Xử lý chuyên hướng đối với người chưa thành niên phạm tội”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 10/2016, tr.8.

hoặc người đại diện hợp pháp của người hại (khoản 2 Điều 94 BLHS 2015).

Biện pháp hòa giải tại cộng đồng thực chất là một biện pháp để người bị hại hoặc người đại diện của người bị hại và người dưới 18 tuổi phạm tội gặp gỡ để thỏa thuận sửa chữa vi phạm mà không cần đến thủ tục xử lý chính thức. Thông qua việc hòa giải sẽ giúp người dưới 18 tuổi phạm tội hiểu được những ảnh hưởng mà mình đã gây ra cho người bị hại, cũng như cho phép người bị hại có thể trình bày trước người phạm tội về những hậu quả mà người phạm tội đã gây ra cho mình; từ đó, tạo cơ hội cho người bị hại hoặc người đại diện hợp pháp của người bị hại và người dưới 18 tuổi phạm tội thỏa thuận được với nhau về việc bồi thường thiệt hại cũng như xin lỗi người bị hại. Do đó, tác giả kiến nghị, với biện pháp hòa giải tại cộng đồng, để cơ quan có thẩm quyền có thể tổ chức được việc hòa giải thì ngoài điều kiện có sự đồng ý của người dưới 18 tuổi phạm tội hoặc người đại diện hợp pháp của họ về việc áp dụng biện pháp này, còn phải có sự đồng ý của người bị hại hoặc người đại diện hợp pháp của người bị hại để tránh tình trạng khi cơ quan có thẩm quyền quyết định miễn TNHS phối hợp với Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã tổ chức hòa giải tại cộng đồng, nhưng người bị hại hoặc người đại diện hợp pháp của người bị hại không đồng ý hòa giải. Theo đó, Điều 92 BLHS 2015 cần bổ sung quy định về điều kiện áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục như sau: *“Trường hợp miễn TNHS và áp dụng biện pháp hòa giải tại cộng đồng thì còn phải có sự đồng ý của người bị hại hoặc người đại diện hợp pháp của họ”*.

Thứ tư, về trường hợp miễn TNHS tại điểm c khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 và quy

định được áp dụng biện pháp khiển trách tại điểm b khoản 1 Điều 93 BLHS 2015: *“Người dưới 18 tuổi là người đồng phạm nhưng có vai trò không đáng kể trong vụ án”*. Có thể thấy, trong các biện pháp giám sát, giáo dục thì khiển trách là biện pháp giám sát, giáo dục có mức độ nghiêm khắc nhẹ nhất. Khiển trách giúp người dưới 18 tuổi phạm tội nhận thức rõ hành vi phạm tội và hậu quả gây ra đối với cộng đồng, xã hội và nghĩa vụ của họ. Tuy nhiên, nếu so sánh về điều kiện để được miễn TNHS trong trường hợp này với các trường hợp quy định tại điểm a, b khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 cũng như điều kiện để được áp dụng biện pháp hòa giải tại cộng đồng, giáo dục tại xã, phường, thị trấn thì chỉ có quy định tại điểm c khoản 2 Điều 91 và điểm b khoản 1 Điều 93 BLHS 2015 là không bị ràng buộc về loại tội phạm và không loại trừ một số trường hợp phạm tội nhất định; trong khi các trường hợp còn lại đều bị ràng buộc về loại tội phạm (mở rộng nhất là đối với loại tội phạm rất nghiêm trọng) và loại trừ một số tội phạm nhất định. Bên cạnh đó, theo quy định của BLHS 2015 cũng như Dự thảo Luật thì *“Người dưới 18 tuổi là người đồng phạm nhưng có vai trò không đáng kể trong vụ án”* chỉ có thể được áp dụng một biện pháp giám sát, giáo dục duy nhất và ít nghiêm khắc nhất là khiển trách. Hơn nữa, có thể thấy, dù Dự thảo Luật sửa đổi theo phương án nào thì để được áp dụng biện pháp khiển trách, ngoài việc người phạm tội bị ràng buộc điều kiện về loại tội phạm (mở rộng nhất chỉ là đối với trường hợp phạm tội nghiêm trọng – phương án 1 của Điều 93 Dự thảo Luật) và loại trừ một số tội phạm nhất định thì người dưới 18 tuổi phạm tội còn phải thỏa mãn điều kiện *“lần đầu phạm*

tội”⁷. Do đó, với quy định tại điểm c khoản 2 Điều 92 và điểm b khoản 1 Điều 93, tác giả cho rằng, BLHS 2015 đã quy định quá mở. Vì vậy, để đảm bảo hiệu quả đấu tranh phòng, chống tội phạm cũng như tương ứng với các quy định khác trong khoản 2 Điều 91 và mục 2 Chương XII BLHS 2015, tác giả kiến nghị cần phải loại trừ một số tội phạm nhất định đối với trường hợp quy định tại điểm c khoản 2 Điều 91. Đồng thời, cũng cần giới hạn loại tội phạm và điều kiện “lần đầu phạm tội” đối với trường hợp quy định tại điểm b khoản 1 Điều 93 BLHS 2015. Cụ thể:

Điểm c khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 cần sửa đổi như sau: “Người dưới 18 tuổi là người đồng phạm nhưng có vai trò không đáng kể trong vụ án, trừ trường hợp quy định tại Điều 123 (Tội giết người); Điều 134, các khoản 4, 5 và khoản 6 (Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác); Điều 141 (Tội hiếp dâm), Điều 142 (Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi); Điều 144 (Tội cưỡng dâm người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi); Điều 150 (Tội mua bán người); Điều 151 (Tội mua bán người dưới 16 tuổi); Điều 168 (Tội cướp tài sản); Điều 171 (Tội cướp giật tài sản); Điều 248 (Tội sản xuất trái phép chất ma túy); Điều 249 (Tội tàng trữ trái phép chất ma túy); Điều 250 (Tội vận chuyển trái phép chất ma túy); Điều 251 (Tội mua bán trái phép chất ma túy); Điều 252 (Tội chiếm đoạt chất ma túy) của Bộ luật này”.

Điểm b khoản 1 Điều 93 BLHS 2015 cần sửa đổi như sau: “Người dưới 18 tuổi là người đồng phạm lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng, phạm tội nghiêm trọng hoặc

phạm tội rất nghiêm trọng nhưng có vai trò không đáng kể trong vụ án quy định tại điểm c khoản 2 Điều 91 của Bộ luật này”.

Thứ năm, về các nghĩa vụ và cơ quan có thẩm quyền ấn định thời gian thực hiện các nghĩa vụ của người dưới 18 tuổi phạm tội khi áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục:

- Nghĩa vụ “Trình diện trước cơ quan có thẩm quyền khi được yêu cầu” tại điểm b khoản 3 Điều 93 BLHS 2015. Với nghĩa vụ này, người dưới 18 tuổi phạm tội được áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục phải trình diện trước cơ quan có thẩm quyền là cơ quan đã ra quyết định miễn TNHS hay cơ quan nhà nước có thẩm quyền gần gũi nhất với người dưới 18 tuổi phạm tội là UBND cấp xã. Theo Mục 2 Chương XII BLHS 2015 có thể thấy, với biện pháp hòa giải tại cộng đồng và biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn thì có quy định vai trò của UBND cấp xã, còn đối với biện pháp khiển trách thì không quy định vai trò này nhưng nghĩa vụ này đều được quy định chung cho cả ba biện pháp giám sát giáo dục là khiển trách, hòa giải tại cộng đồng và giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Hơn nữa, khoản 4 Điều 93 BLHS 2015 cũng như khoản 16 Điều 1 Dự thảo Luật bổ sung khoản 4 vào Điều 94 BLHS 2015 có quy định: “Tùy từng trường hợp cụ thể, cơ quan có thẩm quyền ấn định thời gian thực hiện các nghĩa vụ quy định tại...”. Do đó, cơ quan có thẩm quyền ấn định thời gian thực hiện các nghĩa vụ của người được giám sát, giáo dục ở đây có thể hiểu chính là cơ quan đã ra quyết định miễn TNHS. Vì vậy, tác giả kiến nghị, điểm b khoản 3 Điều 93 BLHS 2015 cần sửa đổi, bổ sung theo hướng quy định rõ người dưới 18 tuổi phạm tội phải trình diện trước cơ quan có thẩm quyền đã ra quyết

⁷ Xem khoản 15 Điều 1 Dự thảo Luật.

định miễn TNHS. Đồng thời, khoản 4 Điều 93 BLHS 2015 cũng như khoản 16 Điều 1 Dự thảo Luật cần quy định rõ cơ quan có thẩm quyền ấn định thời gian thực hiện các nghĩa vụ của người được giám sát, giáo dục là cơ quan đã ra quyết định miễn TNHS. Theo đó:

Điểm b khoản 3 Điều 93 BLHS 2015 cần sửa đổi là: “Trình diện trước *Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án đã quyết định miễn TNHS* khi được yêu cầu”.

Khoản 4 Điều 93 BLHS 2015 cần sửa đổi là: “Tùy từng trường hợp cụ thể, *Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án đã quyết định miễn TNHS* ấn định thời gian thực hiện các nghĩa vụ quy định tại điểm b và điểm c khoản 3 Điều này từ 03 tháng đến 01 năm”.

Khoản 16 Điều 1 Dự thảo Luật bổ sung khoản 4 Điều 94 BLHS 2015 cần sửa đổi như sau: “Tùy từng trường hợp cụ thể, *Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án đã quyết định miễn TNHS* ấn định thời gian thực hiện các nghĩa vụ quy định tại điểm a khoản 3 Điều này và các điểm b, c khoản 3 Điều 93 của Bộ luật này từ 03 tháng đến 01 năm”.

- Nghĩa vụ “*Tham gia các chương trình học tập, dạy nghề do địa phương tổ chức*” tại điểm c khoản 3 Điều 93 BLHS 2015. Với điều kiện của nước ta hiện nay có thể thấy, người dưới 18 tuổi phạm tội khó có thể thực hiện được nghĩa vụ này. Bởi các chương trình học tập, dạy nghề hiện nay ở nước ta mới chỉ được tổ chức ở một số thành phố lớn, còn ở các địa phương thì hầu như không được tổ chức. Hơn nữa, nếu ở những thành phố, địa phương có tổ chức, thì các chương trình học tập, dạy nghề này chủ yếu do các cơ sở tư nhân hoặc liên kết đào

tạo mở và thường sẽ thu phí, vậy thì ai sẽ là người phải đóng học phí. Nếu người dưới 18 tuổi phạm tội tham gia khóa học không có tiền đóng học phí thì họ có bị coi là vi phạm nghĩa vụ khi thực hiện các biện pháp giám sát, giáo dục không? Và họ có phải chịu hậu quả pháp lý của việc vi phạm nghĩa vụ đó hay không? Vì thế, để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ này trên thực tế cũng như để đảm bảo được quyền của người dưới 18 tuổi phạm tội, tác giả kiến nghị, điểm c khoản 3 Điều 93 BLHS 2015 cần được sửa đổi như sau: “Tham gia các chương trình học tập, dạy nghề do địa phương tổ chức *phù hợp với điều kiện cụ thể của cá nhân*, tham gia lao động với hình thức phù hợp”.

Thứ sáu, trường hợp người dưới 18 tuổi phạm một tội và có đủ điều kiện được miễn TNHS quy định tại khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 thì đương nhiên trường hợp này người dưới 18 tuổi phạm tội có thể được miễn TNHS. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội thì giải quyết thế nào? Theo quy định tại khoản 2 Điều 91 và mục 2 Chương XII BLHS 2015 không ràng buộc điều kiện là người dưới 18 tuổi phải phạm một tội mới được miễn TNHS và áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục. Do đó, nếu trường hợp người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội thì sẽ có ba tình huống xảy ra:

+ Một là, người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội và các tội đều có đủ điều kiện để được miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 thì cơ quan có thẩm quyền có thể quyết định miễn TNHS đối với họ hay không?

+ Hai là, người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội, có tội đủ điều kiện để được miễn TNHS

theo khoản 2 Điều 91 BLHS 2015, có tội phải bị áp dụng một trong các hình phạt không tước tự do là cảnh cáo, phạt tiền hoặc cải tạo không giam giữ. Dựa vào thể thức thi hành hình phạt cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ và các nghĩa vụ của biện pháp giám sát, giáo dục có thể thấy, người dưới 18 tuổi phạm tội có thể chấp hành đồng thời các hình phạt này và biện pháp giám sát, giáo dục. Tuy nhiên, nếu người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội mà lại có tội được miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 và áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục, có tội lại bị áp dụng hình phạt, thì như vậy liệu có đạt được hiệu quả giáo dục, phòng ngừa hay không.

+ Ba là, người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội, có tội đủ điều kiện để được miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91 BLHS 2015, có tội phải bị áp dụng hình phạt tù có thời hạn hoặc biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng. Trường hợp này, dựa vào thể thức thi hành hình phạt tù có thời hạn, biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng và nghĩa vụ của biện pháp giám sát, giáo dục có thể thấy, người dưới 18 tuổi phạm tội không thể chấp hành đồng thời. Do đó, tác giả cho rằng trong trường hợp phạm nhiều tội này, cơ quan có thẩm quyền không thể áp dụng biện pháp miễn TNHS tại khoản 2 Điều 91 BLHS 2015.

Thứ bảy, về hậu quả pháp lý của việc người dưới 18 tuổi phạm tội vi phạm nghĩa vụ khi thực hiện các biện pháp giám sát, giáo dục: Hiện nay, BLHS 2015 chỉ quy định các nghĩa vụ mà người dưới 18 tuổi phạm tội phải tuân thủ khi được áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục mà chưa có quy định về hậu quả pháp lý của việc vi phạm các nghĩa vụ đó. Do đó, để quy định

tại khoản 2 Điều 91 BLHS 2015 và các biện pháp giám sát, giáo dục phát huy hiệu quả khi áp dụng trên thực tế, đồng thời trên tinh thần học hỏi kinh nghiệm quy định về việc áp dụng biện pháp giáo dục bắt buộc trong trường hợp NCTN phạm tội được miễn TNHS của BLHS Liên bang Nga⁸ (thực chất đây là một hình thức XLCH đối với NCTN phạm tội trong BLHS Liên bang Nga), tác giả kiến nghị, Mục 2 Chương XII BLHS 2015 cần bổ sung thêm một điều luật ở vị trí cuối cùng của Mục 2 (sau Điều 95) để quy định về hậu quả pháp lý của việc vi phạm nghĩa vụ của các biện pháp giám sát, giáo dục như sau:

Điều: “...Trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội thường xuyên vi phạm nghĩa vụ khi thực hiện các biện pháp giám sát, giáo dục thì tùy từng trường hợp cụ thể, cơ quan đã quyết định miễn TNHS có thể ra quyết định hủy bỏ quyết định miễn TNHS và các biện pháp giám sát, giáo dục và hồ sơ sẽ được chuyển đi để tiếp tục quy trình xử lý hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội”.

Thứ tám, để đảm bảo về mặt kỹ thuật lập pháp như các Điều 93, Điều 94 BLHS 2015 đã được Dự thảo Luật sửa đổi tại khoản 15 và khoản 16 Điều 1, thì khoản 1 Điều 95 BLHS 2015 cần được sửa đổi như sau: “Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án có thể áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn từ 01 năm đến 02 năm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây: ...”.

⁸ Xem Điều 87, Điều 90, Điều 91 BLHS Liên bang Nga. Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Bộ luật hình sự Liên bang Nga*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.

XÁC ĐỊNH TƯ CÁCH CỦA NGƯỜI THAM GIA TỔ TỤNG TRONG VỤ ÁN HÌNH SỰ

Trần Thị Liên*

Tóm tắt: Việc nhận thức và áp dụng đúng quy định của pháp luật tố tụng hình sự về xác định tư cách của người tham gia tố tụng có ý nghĩa quan trọng trong giải quyết vụ án hình sự nói chung và đảm bảo quyền, lợi ích của người tham gia tố tụng nói riêng. Trên cơ sở phân tích một số vướng mắc trong thực tiễn áp dụng, tác giả bài viết đưa ra bình luận và một số kiến nghị cụ thể về vấn đề này.

Abstract: Understanding and enforcing correctly criminal procedure law to determine locus standi of persons participating in proceedings of a criminal case are very important in adjudication as well as protection of relevant rights and interests of those persons. Basing on obstacles in practice, this paper comments and makes specific proposals on this issue.

Khi giải quyết vụ án hình sự, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng có nghĩa vụ phải xác định đúng tư cách người tham gia tố tụng để đảm bảo yêu cầu xác định sự thật một cách khách quan, toàn diện, tôn trọng và bảo vệ quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp của công dân. Việc xác định sai tư cách tham gia tố tụng có thể dẫn đến vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng, và hậu quả là vụ án bị trả hồ sơ điều tra bổ sung hoặc bản án bị hủy. Căn cứ vào quy định tại Chương IV, Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2003 về “Người tham gia tố tụng”, có thể chia người tham gia tố tụng thành 3 nhóm: Nhóm người có quyền và lợi ích liên quan đến vụ án gồm: Người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền và nghĩa vụ liên quan; nhóm người tham gia tố tụng để bảo vệ quyền lợi cho người khác gồm: Người bào chữa, người bảo vệ quyền lợi của đương sự; và nhóm người tham gia tố tụng còn lại gồm

người làm chứng, người giám định và người phiên dịch. BLTTHS năm 2015 ra đời đã bổ sung thêm một số tư cách tố tụng mới là: Người chứng kiến, người định giá tài sản, người dịch thuật, người đại diện; và sửa đổi, bổ sung một số quy định về người tham gia tố tụng như bị hại, nguyên đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án. Tuy nhiên, những quy định mới trong BLTTHS năm 2015 về người tham gia tố tụng vẫn còn một số vấn đề cần hoàn thiện.

Thứ nhất, về xác định tư cách những người tham gia tố tụng.

Một trong những điểm mới cơ bản nhất của BLTTHS năm 2015 về người tham gia tố tụng là việc sửa đổi thuật ngữ “người bị hại” thành “bị hại”, đồng thời nêu rõ: “Bị hại là cá nhân trực tiếp bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản hoặc là cơ quan, tổ chức bị thiệt hại về tài sản, uy tín do tội phạm gây ra hoặc đe dọa gây ra” (Điều 62). Như vậy, khác với BLTTHS năm 2003, đối tượng bị thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra theo BLTTHS năm 2015 không chỉ là cá nhân, mà còn bao gồm cả cơ quan, tổ chức.

* ThS., Đại học Luật Hà Nội.

Mặt khác, nếu như trước đây thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra cho cá nhân phải là thiệt hại thực tế (thiệt hại đã xảy ra), thì với khái niệm mới trong BLTTHS năm 2015, cá nhân, cơ quan, tổ chức bị tội phạm *đe dọa gây ra thiệt hại* cũng có thể trở thành bị hại. Tuy nhiên, đây chỉ là quy định về mặt nội dung nhằm xác định ai là bị hại và những dấu hiệu nhận diện, còn về mặt hình thức tố tụng, chưa có quy định cụ thể về thẩm quyền, trình tự, thủ tục và đặc biệt là hình thức công nhận, xác định bị hại¹. Trong pháp luật một số nước theo truyền thống luật Common law (Anh, Mỹ...), người bị hại được xác định tư cách pháp lý từ rất sớm, ngay khi người đó có trình báo về tội phạm (the allegation of criminal conduct²) hoặc tố cáo về thiệt hại (report of injury³) và được hưởng các quyền và dịch vụ hỗ trợ nạn nhân mà không cần xét đến người đó có bị thiệt hại trên thực tế hay không?⁴ Điều 53 BLTTHS năm 2002 của Liên bang Nga cũng quy định: “Người bị hại là người bị tội phạm gây thiệt hại về tinh thần, thể chất hoặc tài sản. Người tiến hành điều tra, dự thẩm viên, thẩm phán, Tòa án ra quyết định

công nhận là người bị hại”⁵. Có thể thấy, trong thực tiễn, ở mỗi một giai đoạn tố tụng khác nhau, tư cách tham gia tố tụng của bị hại là cá nhân, cơ quan, tổ chức được xác định dựa vào các tài liệu có trong hồ sơ như: Biên bản lấy lời khai bị hại, giấy triệu tập bị hại, kết luận điều tra, cáo trạng, quyết định đưa vụ án ra xét xử, giấy triệu tập của Tòa án... Tuy nhiên, nếu không có văn bản pháp lý để công nhận tư cách tố tụng của họ thì có thể dẫn đến trường hợp các cơ quan tiến hành tố tụng áp dụng không thống nhất, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích pháp lý của người tham gia tố tụng nói chung và của bị hại nói riêng.

Hiện nay, BLTTHS năm 2015 chưa có hiệu lực thi hành, với quy định của BLTTHS năm 2003 thì thời điểm xác định tư cách người bị hại mặc nhiên được thừa nhận kể từ khi Cơ quan điều tra triệu tập họ đến khai báo. Tuy nhiên, có những trường hợp vụ án đã được khởi tố, xác định được người bị hại nhưng cơ quan tiến hành tố tụng không triệu tập ngay để lấy lời khai, do đó, người bị hại không biết khi nào mình được tham gia tố tụng và có những quyền, nghĩa vụ gì? Điều này gây chậm trễ trong thực hiện quyền tố tụng của người bị hại và không ràng buộc trách nhiệm của cơ quan tiến hành tố tụng trong việc bảo đảm quyền lợi của người bị hại. Vì vậy, sau khi khởi tố vụ án và xác định sơ bộ có dấu hiệu thiệt hại, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng cần ra một thông báo hay quyết định công nhận người bị hại, giống như bị can được công nhận bằng quyết định khởi tố bị can, sau đó mới triệu tập họ để lấy lời khai

¹ Xem: Đinh Thị Mai, “Xác định tư cách tham gia tố tụng của người bị hại trong tố tụng hình sự Việt Nam”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2/2014, tr.68.

² Bộ luật thực hành cho nạn nhân của tội phạm, Vương quốc Anh, 2004 (The code of practice for Victims of crime, under Section 32, Crime and Victim Act 2004, England and Wales).

³ Luật hỗ trợ nạn nhân của tội phạm, Queensland, Australia, 2009.

⁴ “Nạn nhân của tội phạm, đối tượng sẽ được hưởng các quyền và dịch vụ hỗ trợ quy định tại Bộ luật này, là bất cứ người nào có trình báo (tố cáo) với cảnh sát về việc họ, hoặc người mà họ là người đại diện, là đối tượng trực tiếp bị hành vi phạm tội xâm hại hoặc đe dọa xâm hại” (Điều 3.1, Bộ luật thực hành cho nạn nhân của tội phạm ở Anh).

⁵ Viện Khoa học kiểm sát, Bộ luật Tố tụng Hình sự Liên bang Nga năm 2002, bản dịch tiếng Việt, Hà Nội.

hoặc tiến hành các hoạt động điều tra khác⁶. Ngoài ra, trong thực tiễn giải quyết vụ án thường chỉ thừa nhận và triệu tập người bị hại trong giai đoạn điều tra. Nhưng tòa án sẽ không triệu tập một người với tư cách là người bị hại nếu họ chưa được tham gia tố tụng trước đó. Trong trường hợp này, nếu có quy định rõ ràng về thẩm quyền và trình tự công nhận tư cách người bị hại thì đương nhiên Tòa án có thể triệu tập họ tham gia phiên tòa, tránh việc phải trả hồ sơ để điều tra bổ sung, bảo đảm được quyền và lợi ích của người bị hại cũng như việc kiểm tra, đánh giá chứng cứ được công khai tại phiên tòa.

Tương tự, các quy định về *bị đơn dân sự* (Điều 64 BLTTHS năm 2015) hay *người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án* (Điều 65 BLTTHS năm 2015) cũng mới chỉ đưa ra các dấu hiệu về mặt nội dung mà chưa quy định về thẩm quyền, trình tự và thủ tục công nhận tư cách tham gia tố tụng của họ.

Tác giả cho rằng, để tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng cũng như bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp cho bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan đến vụ án và tạo sự thống nhất trong việc xác định những người tham gia tố tụng, cần có hướng dẫn cụ thể quy định của BLTTHS năm 2015 theo hướng: *Đối với bị hại, sau khi khởi tố vụ án hình sự, Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải ra thông báo hoặc quyết định công nhận bị hại nếu xác định cá nhân, cơ quan, tổ chức có dấu hiệu bị thiệt hại hoặc*

bị đe dọa gây ra thiệt hại. Việc xác định ở giai đoạn truy tố và xét xử thì Viện kiểm sát hoặc Tòa án sẽ ra thông báo hoặc quyết định công nhận. Kể từ thời điểm có thông báo hoặc quyết định công nhận thì cá nhân, cơ quan, tổ chức có tư cách tham gia tố tụng là bị hại. Đối với nguyên đơn dân sự; bị đơn dân sự; người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan thì các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải có quyết định triệu tập họ tham gia tố tụng. Quyết định triệu tập đầu tiên là văn bản xác định tư cách tham gia tố tụng của những người này.

Thứ hai, về việc xác định một người tham gia tố tụng với nhiều tư cách.

Một vấn đề cũng cần đề cập khi xác định tư cách tham gia tố tụng của người tham gia tố tụng đó là, một người có thể tham gia tố tụng với nhiều tư cách hay không, khi họ có đủ dấu hiệu của hai hay nhiều tư cách tham gia tố tụng hay chỉ được một tư cách?

Một là, về khái niệm bị hại và nguyên đơn dân sự trong BLTTHS năm 2015 có sự tương đồng nhất định về mặt chủ thể (cá nhân, cơ quan, tổ chức). Có quan điểm cho rằng, trong trường hợp cá nhân bị thiệt hại về vật chất, nếu họ không có yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại thì họ là người bị hại, còn nếu có yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại thì họ sẽ tham gia tố tụng với tư cách là nguyên đơn dân sự⁷. Theo quan điểm này, bị hại là cá nhân hay nguyên đơn dân sự về bản chất giống nhau, nhưng khi tham gia tố tụng thì chỉ được lựa chọn một trong hai tư cách đó. Cũng có quan điểm cho rằng:

⁶ Xem: Lê Nguyên Thanh, “*Bàn về khái niệm người bị hại trong tố tụng hình sự*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 5/2012, tr.25.

⁷ Xem: Nguyễn Văn Tuấn, “*Bảo đảm quyền được bồi thường của người bị thiệt hại trong tố tụng hình sự*”, sách chuyên khảo, Nxb. Tư pháp, năm 2016, tr.418.

Trong trường hợp người bị thiệt hại về tài sản có đơn yêu cầu khởi kiện về dân sự trong vụ án hình sự thì người đó không những được coi là người bị hại mà còn được coi là nguyên đơn dân sự⁸. Quan điểm này đồng nhất hai tư cách tham gia tố tụng và cho rằng, một chủ thể có thể đồng thời cùng một lúc tham gia tố tụng với cả hai tư cách. Ngược lại với hai quan điểm trên, có tác giả cho rằng: Không nên đồng nhất người bị hại với nguyên đơn dân sự. Một người bị tội phạm gây thiệt hại trước hết sẽ tham gia tố tụng với tư cách là người bị hại, tiếp đến khi giải quyết việc bồi thường thiệt hại do tội phạm gây ra thì họ tham gia với tư cách là nguyên đơn dân sự⁹. Quan điểm này khác hai quan điểm trên là không đồng nhất bị hại với nguyên đơn dân sự, nhưng lại khẳng định một người có thể đồng thời tham gia cả hai tư cách tố tụng độc lập trong cùng một vụ án hình sự.

Hai là, về địa vị pháp lý giữa bị cáo và bị đơn dân sự. Có quan điểm cho rằng: Bị đơn dân sự là người tham gia tố tụng chỉ trong trường hợp bị cáo không phải chịu trách nhiệm vật chất mà trách nhiệm đó thuộc về người khác. Nếu bị cáo bị yêu cầu bồi thường thiệt hại thì bị cáo không phải là bị đơn dân sự, bởi trong trường hợp như vậy, bị cáo phải chịu cả trách nhiệm hình sự và trách nhiệm dân sự. Điều đó có nghĩa, trong trường hợp bị cáo phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại thì sẽ không có

bị đơn dân sự¹⁰. Ngược lại với quan điểm này, có tác giả cho rằng: Trong vụ án hình sự, trong phần xét xử về hình sự cần xác định ai là bị cáo và ai là người bị hại, tiếp đó trong phần giải quyết việc kiện dân sự cần xác định ai là nguyên đơn dân sự, ai là bị đơn dân sự và những người liên quan. Một người trong cùng vụ án hình sự có thể tham gia với hai tư cách là người bị hại và nguyên đơn dân sự hoặc bị cáo và bị đơn dân sự, nhưng không thể đồng nhất hai tư cách đó thành một hoặc chỉ xác định họ với một tư cách¹¹.

Từ những phân tích trên, tác giả đồng ý với quan điểm cho rằng, không thể đồng nhất tư cách tham gia tố tụng giữa những người tham gia tố tụng, như bị hại và nguyên đơn dân sự; bị cáo và bị đơn dân sự; nhưng tác giả không đồng tình với việc cho rằng, một người trong cùng vụ án hình sự có thể tham gia tố tụng với hai tư cách là bị hại và nguyên đơn dân sự hoặc bị cáo và bị đơn dân sự, bởi vì:

Đối với bị hại và nguyên đơn dân sự: Theo quy định của BLTTHS năm 2015, cá nhân, cơ quan, tổ chức là bị hại khác với cá nhân, cơ quan, tổ chức là nguyên đơn dân sự ở hai dấu hiệu: 1) Thiệt hại của cá nhân, cơ quan, tổ chức do tội phạm gây ra phải là thiệt hại trực tiếp, tức là thiệt hại đó phải là đối tượng tác động trực tiếp của tội phạm, phải có mối liên hệ nhân quả giữa hành vi phạm tội với hậu quả gây ra cho bị hại. Đây là điều kiện quan trọng để phân biệt giữa bị hại và nguyên đơn dân sự hay các đương sự

⁸ Xem: Đặng Quang Phương, “Cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng”, sách “Tội phạm học, Luật Hình sự và Luật Tố tụng Hình sự”, Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 1995, tr.382.

⁹ Xem: Nguyễn Văn Tuấn, *tlđđ*, tr.419.

¹⁰ Xem: Trọng Tài, “Một số vấn đề về xác định tư cách tham gia tố tụng trong vụ án hình sự”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 19/2005, tr.14.

¹¹ Xem: Nguyễn Văn Tuấn, *tlđđ*, tr.424.

khác trong vụ án hình sự¹². Ví dụ: A, B mâu thuẫn và đánh nhau tại quán của C, trong lúc xô xát đã làm một số tài sản trong quán của C bị hư hỏng, B bị thương tích (tỉ lệ 18%). Trong trường hợp này, xác định có thiệt hại đối với cả B và C, nhưng giữa hành vi gây thương tích của A với việc bị thương tích của B có mối liên hệ nhân quả với nhau, vì thương tích của B là đối tượng tác động trực tiếp của hành vi gây thương tích. Còn thiệt hại về tài sản trong quán của C là hậu quả của việc xô xát, không phải là đối tượng tác động trực tiếp của hành vi phạm tội. Vì vậy, B là bị hại còn C là nguyên đơn dân sự. Nhưng nếu tài sản của C bị đập phá có chủ đích và giá trị lớn thì hành vi của A có thể cấu thành hai tội “Cố ý gây thương tích” và “Hủy hoại tài sản”, cả B và C đều là bị hại. ii) Cá nhân, cơ quan, tổ chức bị thiệt hại do tội phạm gây ra mà không phải là đối tượng tác động trực tiếp của tội phạm thì phải có đơn yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại mới có thể tham gia tố tụng với tư cách là nguyên đơn dân sự. Như vậy, nếu theo quan điểm cho rằng, bị hại và nguyên đơn dân sự là một và cá nhân, cơ quan, tổ chức bị thiệt hại do tội phạm gây ra có thể lựa chọn tư cách tham gia tố tụng dựa vào đơn yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại thì: Chỉ nguyên đơn dân sự mới được yêu cầu bồi thường thiệt hại còn bị hại không có quyền này. Ở ví dụ trên, B bị thương tích 18% và đã mất chi phí khám chữa bệnh, nhưng vì B là bị hại nên Tòa án sẽ chỉ giải quyết về phần hình phạt đối với A, B không được yêu cầu bồi thường chi phí thuốc men đó. Ngược lại, nếu B có yêu cầu bồi thường thì B lại trở thành nguyên đơn dân sự và sẽ

không có những quyền của bị hại. Tương tự, giả sử thiệt hại của C không phải là đối tượng tác động của tội phạm và C không có đơn yêu cầu bồi thường thiệt hại nên C trở thành bị hại và như vậy, C không có quyền yêu cầu bồi thường, trong khi đây là mục đích của C khi tham gia tố tụng. Rõ ràng, quan điểm cho rằng, bị hại và nguyên đơn dân sự là một và việc xác định tư cách tố tụng phụ thuộc vào yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại của đối tượng bị thiệt hại là không hợp lý. Đối với quan điểm thứ hai cho rằng, C sẽ có cả quyền của bị hại và nguyên đơn dân sự nếu như có đơn yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại cũng là không hợp lý. Bởi trên thực tế, thiệt hại của C không phải là đối tượng tác động của hành vi gây thương tích của A, A chỉ bị khởi tố về hành vi cố ý gây thương tích và C không phải là bị hại trong vụ án này. Điều này không phù hợp cả về mặt nội dung (xác định lỗi, mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và hậu quả) cũng như về hình thức (xác định tư cách tham gia tố tụng).

Đối với bị cáo và bị đơn dân sự: Nếu cho rằng khi bị cáo có trách nhiệm bồi thường thiệt hại thì không có bị đơn dân sự và nếu trách nhiệm này thuộc về người khác thì mới có bị đơn dân sự; tức là việc xác định tư cách tham gia tố tụng của bị cáo hay bị đơn dân sự phụ thuộc vào việc bị cáo có phải bồi thường thiệt hại hay không? Quan điểm này không hợp lý, bởi trên thực tiễn có trường hợp cả bị cáo và cả người khác (không phải là bị cáo) cùng phải có trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Ví dụ: Trong vụ án có nhiều người cùng thực hiện hành vi phạm tội, nhưng có người không bị truy cứu trách nhiệm hình sự mà chỉ phải bồi thường thiệt hại thì họ sẽ tham gia tố tụng với tư cách là bị đơn dân sự. Khi đó, cả bị cáo và

¹² Xem: Lê Tiến Châu, “Người bị hại trong tố tụng hình sự”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 1/2007, tr.40.

bị đơn dân sự đều phải bồi thường và mức độ bồi thường sẽ được chia theo phần hoặc theo mức độ lỗi. Hoặc trường hợp bị cáo là người từ đủ 16 tuổi nhưng chưa đủ 18 tuổi thì họ phải bồi thường thiệt hại bằng chính tài sản của mình, nếu không đủ thì cha, mẹ phải bồi thường thay phần còn thiếu và cha, mẹ của bị cáo sẽ tham gia tố tụng với tư cách là bị đơn dân sự. Vì vậy, không thể đồng nhất trách nhiệm bồi thường thiệt hại của bị cáo với bị đơn dân sự và cũng không thể cho rằng việc xuất hiện tư cách bị đơn dân sự phụ thuộc vào việc có hay không có trách nhiệm bồi thường thiệt hại của bị cáo.

Hơn nữa, nếu đã xác định là không thể đồng nhất các tư cách tố tụng của người bị hại - nguyên đơn dân sự, bị cáo - bị đơn dân sự thì cũng không thể căn cứ vào việc phân chia vụ án thành hai phần hình sự và dân sự để cho rằng, một người có thể đồng thời tham gia tố tụng với tư cách là bị hại trong phần hình sự và nguyên đơn dân sự trong phần dân sự, hoặc bị cáo trong phần hình sự và bị đơn dân sự trong phần dân sự ở cùng một vụ án hình sự. Nếu xác định người đòi bồi thường thiệt hại hay phải bồi thường thiệt hại là nguyên đơn dân sự hay bị đơn dân sự thì việc đòi bồi thường hay phải bồi thường chỉ là quyền và nghĩa vụ của bị đơn dân sự và nguyên đơn dân sự và đã loại bỏ quyền và nghĩa vụ của bị hại và bị cáo. Còn nếu giải quyết song hành thì một chủ thể được tham gia cả hai tư cách tố tụng với hai quyền và nghĩa vụ: Trong phần hình sự, bị hại có quyền đề nghị mức bồi thường; trong phần dân sự, họ chuyển sang tư cách nguyên đơn dân sự lại có quyền yêu cầu đòi bồi thường, còn bị cáo đồng thời vừa phải bồi thường với tư cách bị cáo, vừa phải bồi thường với tư cách bị đơn dân sự. Tương tự, các chủ thể khác có dấu hiệu pháp lý tương

tự nhau cũng sẽ tham gia cùng lúc nhiều tư cách tố tụng khác nhau, như: Bị hại cũng là người biết về các tình tiết của vụ án nên có thể vừa là bị hại, vừa là người làm chứng, hoặc vừa là bị hại, vừa là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan... Điều này dẫn đến mâu thuẫn trong quy định của pháp luật và gây khó khăn trong công tác xét xử. Thực tiễn xét xử cho thấy, chỉ có một số trường hợp đặc biệt một người có thể tham gia tố tụng trong cùng một vụ án với nhiều tư cách, như: Người đại diện hợp pháp của bị can, bị cáo đồng thời là người bào chữa và cũng có thể đồng thời là bị đơn dân sự; người bị tạm giữ đồng thời là bị can, bị cáo (trong trường hợp đang là bị can, bị cáo nhưng bỏ trốn và bị bắt theo quyết định truy nã và bị cơ quan khác ra quyết định tạm giữ); bị đơn dân sự đồng thời là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án (trong vụ đồng phạm có người được miễn trách nhiệm hình sự nhưng vẫn phải bồi thường thiệt hại với tư cách là bị đơn dân sự và cũng có thể là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan khi cơ quan tiến hành tố tụng xử lý những vật thuộc sở hữu của họ đã dùng làm công cụ, phương tiện phạm tội, xử lý những tài sản do phạm tội mà có mà họ đã lấy...¹³).

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng: Cần có tiêu chí cụ thể để xác định khi nào một người được tham gia tố tụng với nhiều tư cách, khi nào chỉ được tham gia với một tư cách để đảm bảo việc áp dụng thống nhất. Vì vậy, nếu ban hành văn bản hướng dẫn quy định của BLTTHS năm 2015 về việc xác định tư cách tham gia tố

¹³ Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật tố tụng hình sự Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2015, tr.136, 138.

tụng trong vụ án hình sự thì cần giải thích rõ theo hướng: *Một người chỉ tham gia tố tụng với một tư cách, trừ một số trường hợp như khi người đại diện hợp pháp của bị can, bị cáo đồng thời là người bào chữa và cũng có thể đồng thời là bị đơn dân sự; người bị tạm giữ đồng thời là bị can, bị cáo (trong trường hợp đang là bị can, bị cáo nhưng bỏ trốn và bị bắt theo quyết định truy nã và bị cơ quan khác ra quyết định tạm giữ); bị đơn dân sự đồng thời là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án.*

Thứ ba, về việc tham gia tố tụng của người đại diện.

BLTTHS năm 2015 quy định riêng trong một điều luật bằng cách liệt kê những người tham gia tố tụng, trong đó bổ sung người chứng kiến và người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phạm tội, người đại diện khác theo quy định của BLTTHS¹⁴. Tuy nhiên, chỉ có Điều 67 quy định về người chứng kiến, còn không có điều luật cụ thể nào quy định về quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân hay người đại diện khác theo quy định của BLTTHS. Như vậy có thể thấy, BLTTHS năm 2015 dù chính thức thừa nhận người đại diện là người tham gia tố tụng, nhưng lại bỏ ngỏ việc xác định người đại diện, cũng như quyền và nghĩa vụ của họ. Cụ thể:

Theo quy định của BLTTHS năm 2015, những người tham gia tố tụng có người đại diện gồm: Người bị tố giác, báo tin về tội phạm và kiến nghị khởi tố, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có

quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án. Vậy, việc xác định người đại diện của những người tham gia tố tụng này có khác nhau không? BLTTHS năm 2015 không quy định rõ người đại diện ở đây là đại diện theo pháp luật hay đại diện theo ủy quyền, do đó có thể dẫn đến cách hiểu người đại diện có thể bao gồm cả đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền. Về vấn đề này, BLTTHS năm 2003 hiện hành cũng chỉ sử dụng thuật ngữ “người đại diện hợp pháp” và không có quy định cụ thể. Tuy nhiên, căn cứ vào thực tiễn xét xử và Nghị quyết 05/2005/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định trong Phần thứ tư “Xét xử phúc thẩm” của BLTTHS năm 2003, người đại diện hợp pháp của bị can, bị cáo là đại diện theo pháp luật; người đại diện hợp pháp của người bị hại bao gồm cả đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền, nhưng đại diện theo ủy quyền chỉ được kháng cáo cho người bị hại về phần bồi thường thiệt hại; những người tham gia tố tụng khác như nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, thì người đại diện hợp pháp của họ là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền. Do đó, quy định về người đại diện trong BLTTHS năm 2015 cần được xác định rõ ở những khía cạnh sau:

- Trước tiên, cần xác định tư cách tham gia tố tụng hình sự của “người đại diện” theo BLTTHS 2015 có bao gồm cả đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền hay không? Việc xác định đúng nội hàm khái niệm “người đại diện” sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc nhận thức và áp dụng các quy định khác trong BLTTHS. Ví dụ: Nếu người đại diện của bị can, bị cáo có thể là

¹⁴ Xem: Khoản 13, khoản 20 Điều 55 BLTTHS 2015.

đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền thì người bào chữa của bị can, bị cáo cũng có thể là một trong hai loại đại diện này, do đó các cơ quan tiến hành tố tụng có thể cấp giấy chứng nhận bào chữa cho họ nếu như bị can, bị cáo yêu cầu họ là người bào chữa cho mình. Nếu không có sự giải thích thống nhất sẽ dẫn đến việc nhận thức và áp dụng khác nhau giữa các cơ quan tiến hành tố tụng ở các địa phương trong việc cấp giấy chứng nhận bào chữa cho người đại diện.

- Bên cạnh đó, nếu xác định người đại diện bao gồm cả người đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền thì phạm vi thực hiện quyền, nghĩa vụ của họ giống hay khác nhau. Ví dụ: nếu theo Nghị quyết 05/2005/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn quy định trong Phần “Xét xử phúc thẩm” của BLTTHS năm 2003 thì người đại diện theo ủy quyền của người bị hại chỉ có thể kháng cáo thay người bị hại đối với phần bản án và quyết định sơ thẩm có liên quan đến việc bồi thường thiệt hại¹⁵, nhưng nếu theo quy định của BLTTHS năm 2015 thì không có sự khác nhau trong phạm vi thực hiện quyền và nghĩa vụ của người đại diện cho bị hại. Như vậy, nếu trong văn bản ủy quyền chỉ ghi ủy quyền kháng cáo thì người được ủy quyền có thể kháng cáo cả phần bản án, quyết định liên quan đến bồi thường thiệt hại hay không?

- Mặt khác, vì BLTTHS năm 2015 không quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của người đại diện nói chung nên khi áp

dụng phải căn cứ vào các điều luật có liên quan, ví dụ: Khi xác định quyền, nghĩa vụ của người đại diện cho bị hại, đương sự thì có thể áp dụng theo các quy định tại khoản 2 Điều 62, 63, 64, 65 BLTTHS năm 2015 (bị hại hoặc người đại diện của họ có quyền...; nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan đến vụ án và người đại diện của họ có quyền...). Tuy nhiên, không phải điều luật nào về người tham gia tố tụng cũng quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của người đại diện cho họ. BLTTHS năm 2015 chỉ quy định quyền và nghĩa vụ của người đại diện cho bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án mà không có quy định tương tự đối với người đại diện cho người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, trong khi những người này cũng có thể có người đại diện (ví dụ: Người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố có quyền tự bảo vệ hoặc nhờ người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho họ có thể là người đại diện của họ)¹⁶. Vậy, việc xác định phạm vi quyền, nghĩa vụ của người đại diện trong những trường hợp này như thế nào?

- Ngoài ra, nếu không có quy định cụ thể về tư cách tham gia tố tụng của người đại diện sẽ không xác định được các trường hợp không được tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện. Cụ thể, theo quy định của BLTTHS năm 2015, người tiến hành tố tụng sẽ phải từ chối hoặc bị thay đổi nếu là người đại diện cho bị hại, đương sự

¹⁵ Xem: Mục 1.3 Nghị quyết 05/2005/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ngày 08/12/2005 hướng dẫn thi hành một số quy định trong Phần thứ tư “Xét xử phúc thẩm” của BLTTHS 2003.

¹⁶ Xem: Điểm e, khoản 1 Điều 57 và điểm c, khoản 2 Điều 83 BLTTHS 2015.

hoặc của bị can, bị cáo¹⁷, nhưng nếu họ không tham gia tố tụng với tư cách là người tiến hành tố tụng trong vụ án mà tham gia với tư cách là người đại diện (trừ trường hợp đại diện theo pháp luật) thì có đảm bảo sự vô tư, khách quan trong quá trình giải quyết vụ án hình sự hay không?

So với Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 có thể thấy, vấn đề này được quy định rất cụ thể: “Người đại diện trong tố tụng dân sự bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền. Người đại diện có thể là cá nhân hoặc pháp nhân theo quy định của Bộ luật Dân sự”¹⁸. Đồng thời, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 cũng quy định rõ sự khác nhau trong phạm vi thực hiện quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền: “Người đại diện theo pháp luật trong tố tụng dân sự thực hiện quyền, nghĩa vụ tố tụng dân sự của đương sự trong phạm vi mà mình đại diện. Người đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự thực hiện quyền, nghĩa vụ tố tụng dân sự của đương sự theo nội dung văn bản ủy quyền. Đối với việc ly hôn, đương sự không được ủy quyền cho người khác thay mặt mình tham gia tố tụng...”¹⁹. Như vậy, dù không xác định riêng phạm vi quyền, nghĩa vụ của người đại diện cho đương sự trong từng trường hợp, nhưng Bộ luật Tố tụng Dân sự đã có quy định chung về quyền và nghĩa vụ của họ, và khi áp dụng sẽ không phải đối chiếu với từng trường hợp như trong BLTTHS năm 2015. Ngoài ra, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 dành riêng một điều luật quy định về các trường hợp

không được tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện: “Cán bộ, công chức trong các cơ quan Tòa án, Kiểm sát, Công an không được làm người đại diện trong tố tụng dân sự, trừ trường hợp họ tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện cho cơ quan của họ hoặc với tư cách là người đại diện theo pháp luật”²⁰.

Từ những phân tích trên tác giả cho rằng, BLTTHS năm 2015 cần bổ sung quy định về khái niệm người đại diện, phạm vi quyền, nghĩa vụ, cũng như các trường hợp không được tham gia tố tụng tương tự như quy định trong Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015. Cụ thể:

Điều...: Người đại diện

Người đại diện trong tố tụng hình sự bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền. Người đại diện cho người bị tố giác, báo tin về tội phạm và kiến nghị khởi tố, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo là người đại diện theo pháp luật. Người đại diện cho bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án là người đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền. Người đại diện theo pháp luật được thực hiện các quyền, nghĩa vụ của người mà mình đại diện. Người đại diện theo ủy quyền được thực hiện các quyền, nghĩa vụ của người mà mình đại diện theo nội dung văn bản ủy quyền.

Cán bộ, công chức trong các cơ quan Tòa án, Kiểm sát, Công an không được làm người đại diện trong tố tụng hình sự, trừ trường hợp họ tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện theo pháp luật.

¹⁷ Xem: Khoản 1 Điều 49 BLTTHS 2015.

¹⁸ Xem: Điều 85 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015.

¹⁹ Xem: Điều 86 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015.

²⁰ Xem: Khoản 3 Điều 87 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015.

VỀ QUY ĐỊNH “KHỞI TỐ VỤ ÁN HÌNH SỰ THEO YÊU CẦU CỦA BỊ HẠI” TẠI ĐIỀU 155 BỘ LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Văn Khánh**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá về quy định “khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại” tại Điều 155 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

Abstract: This paper analyses and evaluates provisions on starting a criminal case upon the request of the victim under Article 155 Criminal Procedure Code of 2015.

Khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại trong Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 là một quy định vừa mang tính kế thừa của BLTTHS hiện hành, vừa chứa đựng những quy định mới. Đây là quy định mang tính “lựa chọn”, hay nói cách khác là theo nhu cầu của người bị hại hoặc người đại diện của bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất hay đã chết (gọi chung là bị hại).

1. Khoản 1 Điều 155 BLTTHS năm 2015 quy định: “Chỉ được khởi tố vụ án hình sự về tội phạm quy định tại khoản 1 các điều 134, 135, 136, 138, 139, 141, 143, 155, 156 và 226 của Bộ luật Hình sự khi có yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất hoặc đã chết”. Như vậy, những tội phạm được quy định giới hạn tại khoản 1 các điều: Điều 134 (Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác), Điều 135 (Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác trong trạng thái tinh thần bị kích động mạnh), Điều 136

(Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác do vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng hoặc do vượt quá mức cần thiết khi bắt giữ người phạm tội), Điều 138 (Tội vô ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác), Điều 139 (Tội vô ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác do vi phạm quy tắc nghề nghiệp hoặc quy tắc hành chính), Điều 141 (Tội hiếp dâm), Điều 143 (Tội cưỡng dâm), Điều 155 (Tội làm nhục người khác), Điều 156 (Tội vu khống) và Điều 226 (Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp) của Bộ luật Hình sự năm 2015 thì các Cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền chỉ có thể tiến hành khởi tố vụ án hình sự khi có yêu cầu của bị hại; nếu không có yêu cầu của bị hại thì dù vụ án có đầy đủ dấu hiệu tội phạm theo Điều 143 BLTTHS năm 2015, các Cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền cũng không được quyền khởi tố vụ án.

BLTTHS năm 2015 quy định như trên vẫn còn một số bất cập như: Quy định về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu bị hại là quy định mang tính kế thừa của BLTTHS hiện hành, tuy nhiên, thực tiễn áp dụng cho thấy, bị hại chưa sử dụng tốt quyền của

* Viện kiểm sát nhân dân huyện Ba Tri, tỉnh Bến Tre.

mình trong việc yêu cầu khởi tố vụ án do nhiều yếu tố khác nhau như bị tác động bởi yếu tố vật chất (người bị hại được thương lượng thỏa thuận bồi thường), yếu tố tinh thần (người bị hại được hứa hẹn, bị dụ dỗ, mua chuộc hay được thỏa mãn những nhu cầu nào đó về tinh thần...), hoặc các yếu tố khác (người thực hiện hành vi phạm tội là người thân thích hoặc người mà bị hại không muốn yêu cầu xử lý hình sự)... Như vậy, mục đích của Luật hình sự: “Mọi hành vi phạm tội do người thực hiện phải được phát hiện kịp thời, xử lý nhanh chóng, công minh theo đúng pháp luật” và nhiệm vụ của Luật hình sự là “...chống mọi hành vi phạm tội...” chưa đạt được. Bên cạnh đó, khoản 1 Điều 155 BLTTHS 2015 quy định các tội khởi tố theo yêu cầu của bị hại chủ yếu thuộc nhóm tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người (Điều 134, 135, 136, 138, 139, 141, 143, 155, 156) và một tội thuộc nhóm tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế (Điều 226). BLTTHS 2015 quy định như vậy là chưa hợp lý và chưa bảo vệ triệt để quyền và lợi ích hợp pháp của công dân cũng như chưa bảo đảm tốt quyền con người trong tố tụng hình sự. Điều này là do có sự phân biệt, bất bình đẳng giữa các nhóm tội khi chỉ quy định một số nhóm tội, mà chủ yếu là các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người, trong khi một số tội khác như các tội xâm phạm quyền sở hữu, các tội về vi phạm giao thông cũng cần quy định trong khoản 1 Điều 155 BLTTHS năm 2015. Bị hại trong những trường hợp này có quyền yêu cầu xử lý bằng phương thức phi hình sự. Chẳng hạn như: “Tội vi phạm quy định về tham gia giao thông đường bộ” quy

định tại Điều 260 Bộ luật Hình sự năm 2015, trong thực tế, nhiều trường hợp bị hại hoặc người đại diện hợp pháp của bị hại không muốn Cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền xử lý hình sự vì người phạm tội là người thân trong gia đình hoặc người mà họ không muốn bị xử lý hình sự. Ví dụ: Con điều khiển xe ô tô chở bố, mẹ... vi phạm luật giao thông đường bộ gây tai nạn và hành vi của người con đủ yếu tố cấu thành tội “Vi phạm quy định về tham gia giao thông đường bộ” quy định tại Điều 260 Bộ luật Hình sự năm 2015. Hay trường hợp con trộm cắp tài sản của bố mẹ mà đủ định lượng hoặc đủ yếu tố khác cấu thành tội “Trộm cắp tài sản” quy định tại Điều 173 Bộ luật Hình sự năm 2015 thì người con vẫn bị khởi tố hình sự dù bố, mẹ không mong muốn điều đó... Trong những trường hợp này, pháp luật hình sự mang tính cứng nhắc và tỏ ra không cần thiết khi chỉ hướng đến bảo vệ những lợi ích chung mà bỏ qua những giá trị cốt lõi như “đạo đức gia đình”. Do đó, BLTTHS nên trao cho bị hại quyền được khởi tố theo yêu cầu hoặc lựa chọn một cơ chế giải quyết phi hình sự khác.

2. Một điểm mới trong BLTTHS năm 2015 là quy định cơ chế sử dụng quyền yêu cầu của người bị hại trong khởi tố vụ án hình sự. Khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015 quy định: “Trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu thì vụ án phải được đình chỉ...”. Như vậy, so với quy định trong BLTTHS năm 2003 thì BLTTHS năm 2015 đã mở rộng quyền bị hại, bị hại được quyền rút yêu cầu bất cứ lúc nào trong suốt quá trình tố tụng từ giai đoạn điều tra, truy tố đến xét xử (khoản 2 Điều 105 BLTTHS năm 2003 quy định người bị hại chỉ được

rút yêu cầu trước khi mở phiên tòa sơ thẩm thì vụ án mới được đình chỉ). Thực tế cho thấy, tại phiên tòa xét xử vụ án khởi tố theo yêu cầu của người bị hại mà tại đó họ muốn rút yêu cầu khởi tố nhưng không được Hội đồng xét xử xem xét vì không phù hợp với khoản 2 Điều 105 BLTTHS năm 2003. Trường hợp này, Hội đồng xét xử chỉ có thể căn cứ vào điểm c Mục 5 Nghị quyết 01/2000/NQ-HĐTP ngày 04/8/2000 của Hội đồng thẩm phán, Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định trong Phần chung của Bộ luật Hình sự năm 1999 và áp dụng khoản 2 Điều 46 Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) để xem xét đó như là một tình tiết giảm nhẹ “người bị hại hoặc đại diện hợp pháp của người bị hại xin giảm nhẹ hình phạt cho bị cáo”, hoặc Hội đồng xét xử thảo luận và ra quyết định miễn trách nhiệm hình sự theo quy định tại Điều 25 Bộ luật Hình sự 1999 hoặc miễn hình phạt cho bị cáo theo quy định tại Điều 54 Bộ luật Hình sự 1999, hay Hội đồng xét xử phải tìm lý do nào đó để hoãn phiên tòa, sau đó yêu cầu người bị hại gửi đơn đề nghị được rút yêu cầu khởi tố và Tòa án ra quyết định đình chỉ vụ án. Do đó, quy định tại khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015 đã mở rộng quyền rút yêu cầu của bị hại; bị hại được rút yêu cầu khởi tố không chỉ trước khi mở phiên tòa sơ thẩm. Quy định như vậy là hợp lý và tôn trọng quyền của bị hại.

3. Ngoài ra, một quy định mới khác của BLTTHS năm 2015 là khoản 1 Điều 155 đã bãi bỏ một tội được khởi tố theo yêu cầu của bị hại là tội “Xâm phạm quyền tác giả” (khoản 1 Điều 105 BLTTHS năm 2003 quy định tội này chỉ được khởi tố khi có yêu cầu

của người bị hại). Việc BLTTHS năm 2015 bãi bỏ điều luật này mang một tín hiệu tích cực hơn, vì thực trạng hiện nay quyền tác giả đang bị xâm phạm ngày càng nhiều và nghiêm trọng cũng như hành vi xâm phạm ngày càng tinh vi, phức tạp, thậm chí việc xâm phạm diễn ra mà tác giả không hay biết. Do đó, đấu tranh với loại tội phạm này phải quyết liệt và không cần phải có yêu cầu của bị hại.

4. Bên cạnh đó, việc khởi tố theo yêu cầu của bị hại đối với một số tội thuộc nhóm tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người như Tội hiếp dâm, Tội cưỡng dâm cũng cần sửa đổi theo hướng, không khởi tố theo yêu cầu của bị hại mà các cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền cần tiến hành khởi tố vụ án hình sự ngay khi có đủ căn cứ khởi tố vụ án, vì bị hại trong các tội này thường có tâm lý ngại tố cáo vì sợ bị ảnh hưởng đến cuộc sống gia đình, mặc cảm với người thân, bạn bè, xã hội hoặc bị đối tượng thực hiện hành vi đe dọa nên không dám tố cáo. Đặc biệt, những bị hại là người có nhược điểm về thể chất, tinh thần thì khả năng tố cáo người xâm hại mình sẽ thấp hơn; ngoài ra, người đại diện hợp pháp của bị hại là người có nhược điểm về thể chất tinh thần cũng dễ bị tác động bởi các yếu tố như lợi ích vật chất, lợi ích tinh thần từ những đối tượng thực hiện hành vi phạm tội. Do đó, để bảo vệ tốt hơn quyền lợi của người bị hại và tăng cường tính răn đe của pháp luật cũng như chống bỏ lọt tội phạm thì đối với nhóm tội phạm này, BLTTHS cần loại bỏ Tội hiếp dâm và Tội cưỡng dâm ra khỏi nhóm tội chỉ được khởi tố khi có yêu cầu của bị hại.

BẤT CẬP TRONG ÁP DỤNG CÁC QUY ĐỊNH VỀ XÓA ÁN TÍCH VÀ XÁC NHẬN TRONG LÝ LỊCH TƯ PHÁP

Nguyễn Văn Đồng*

Tóm tắt: *Án tích của người bị kết án được ghi trong lý lịch tư pháp. Phiếu lý lịch tư pháp được coi là giấy tờ pháp lý quan trọng chứng minh một người có hay không có án tích. Tuy nhiên, việc xác nhận trong lý lịch tư pháp nội dung “không có án tích” lại liên quan chặt chẽ đến quy định của pháp luật hình sự về xóa án tích. Hiện nay, thực tiễn áp dụng các quy định liên quan đến vấn đề lý lịch tư pháp và xóa án tích đang gặp nhiều khó khăn, vướng mắc. Bài viết chỉ ra một số bất cập trong các quy định pháp luật về vấn đề này cần hoàn thiện.*

Abstract: *Criminal records of the convicted are indicated in a criminal record certificate. Such a certificate is a legal document to prove whether a person has criminal records. However, the issue of no criminal record in that certificate closely relates to criminal law on expungement of criminal records. This paper discusses obstacles relating to the enforcement of laws and regulations on criminal record certificates in practice. It thereafter makes relevant proposals.*

1. Các quy định của pháp luật về xóa án tích

Xóa án tích là một chế định mang tính nhân đạo của pháp luật hình sự. Đó là sự thừa nhận về mặt pháp lý rằng người bị kết án không còn mang án tích và vì vậy, không phải tiếp tục gánh chịu hậu quả do việc kết án mang lại. Ý nghĩa quan trọng nhất của chế định xóa án tích là người được xóa án tích “coi như chưa bị kết án”. Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã sửa đổi cơ bản chế định xóa án tích cho người bị kết án theo hướng, tạo điều kiện thuận lợi cho họ tái hòa nhập cộng đồng, ổn định làm ăn, sinh sống. Theo đó, BLHS năm 2015 quy định 05 trường hợp người bị kết án không bị coi là có án tích, đó là: Người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi bị kết án không kể về tội gì; người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô

ý; người dưới 18 tuổi phạm tội bị áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng; người đã thành niên bị kết án do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng và người được miễn hình phạt (khoản 2 Điều 69 và Điều 107). Đây là quy định mới so với các BLHS trước. BLHS năm 2015 cũng quy định thời điểm được xóa án tích sớm hơn so với BLHS năm 1999 (khoản 2, khoản 3 Điều 70). Đặc biệt, BLHS năm 2015 đã bỏ quy định Tòa án cấp giấy chứng nhận đương nhiên được xóa án tích cho người bị kết án, mà giao trách nhiệm cho cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp (LLTP) cập nhật thông tin về tình trạng án tích của người bị kết án, và khi có yêu cầu thì cấp Phiếu LLTP xác nhận không có án tích nếu đủ điều kiện quy định tại Điều 70. Cụ thể, khoản 4 Điều 70 BLHS năm 2015 quy định: “Cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu LLTP có trách nhiệm cập nhật thông tin về tình hình án tích của người bị kết án và khi có yêu cầu thì cấp Phiếu LLTP xác

* ThS., Tòa án quân sự Quân khu 4.

nhận không có án tích, nếu có đủ điều kiện quy định tại khoản 2 hoặc khoản 3 Điều này”. Đồng thời, khoản 1 Điều 369 Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 cũng quy định: “Trong thời hạn 05 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của người được đương nhiên xóa án tích và xét thấy có đủ điều kiện quy định tại Điều 70 của BLHS thì cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu LLTP cấp Phiếu LLTP là họ không có án tích”.

Cùng với việc quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại, BLHS năm 2015 đã bổ sung quy định pháp nhân thương mại bị kết án đương nhiên được xóa án tích nếu trong thời hạn 02 năm kể từ khi chấp hành xong hình phạt chính, hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án, hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án mà pháp nhân thương mại không thực hiện hành vi phạm tội mới (Điều 89).

Theo Điều 33 Luật LLTP năm 2009:

“Trung tâm LLTP quốc gia, Sở Tư pháp có nhiệm vụ cập nhật, xử lý thông tin LLTP trong trường hợp người bị kết án được xóa án tích, cụ thể:

1. Khi nhận được giấy chứng nhận xóa án tích hoặc quyết định xóa án tích của Tòa án thì ghi “đã được xóa án tích” vào LLTP của người đó;

2. Khi xác định một người có đủ điều kiện đương nhiên được xóa án tích theo quy định của Bộ luật Hình sự thì ghi “đã được xóa án tích” vào LLTP của người đó”.

Đồng thời, khoản 3 Điều 44 Luật LLTP năm 2009 quy định: *“Trong trường hợp cần thiết, Trung tâm LLTP quốc gia, Sở Tư pháp có trách nhiệm xác minh về điều kiện đương nhiên được xóa án tích khi cấp Phiếu LLTP”.*

Như vậy, theo quy định của Luật LLTP năm 2009, trong quá trình cập nhật thông

tin của người bị kết án, khi xác định được người bị kết án đã đủ điều kiện đương nhiên được xóa án tích, Trung tâm LLTP quốc gia, Sở Tư pháp có nhiệm vụ cập nhật thông tin, ghi rõ việc “đã được xóa án tích” vào Phiếu LLTP của người bị kết án; trường hợp cấp Phiếu LLTP cho người đó thì Phiếu LLTP số 1¹ sẽ ghi “không có án tích”. Quy định của Luật LLTP năm 2009 đã tạo thêm cơ hội cho công dân được lựa chọn cách thức xác nhận sự kiện mình được xóa án tích một cách tiện lợi nhất.

Nghị định số 111/2010/NĐ-CP ngày 23/11/2010 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật LLTP tại Điều 17 cũng quy định trách nhiệm của Trung tâm LLTP quốc gia, Sở Tư pháp trong việc xác minh về điều kiện đương nhiên được xóa án tích của người bị kết án. Việc xác minh được tiến hành trong trường hợp người bị kết án đã có đủ thời gian để đương nhiên được xóa án tích theo quy định của BLHS, nhưng cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu LLTP chưa nhận được giấy chứng nhận đương nhiên xóa án tích của người đó do Tòa án gửi đến.

Cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu LLTP có nhiệm vụ xác minh về việc người đó có bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử trong thời hạn đang có án tích hay không. Việc xác minh được thực hiện tại Ủy ban nhân dân (UBND) xã, phường, thị trấn, cơ quan, tổ chức nơi người bị kết án cư trú, làm việc sau khi chấp hành xong bản án. Cán bộ tư pháp - hộ tịch cấp xã có nhiệm vụ giúp UBND phối hợp thực hiện xác minh. Trong quá trình xác minh tại UBND cấp xã, cơ quan, tổ chức, nếu thấy cần thiết thì có thể xác minh tại cơ quan tiến hành tố tụng có

¹ Phiếu LLTP số 1 được cấp cho công dân Việt Nam, người nước ngoài đã và đang thường trú tại Việt Nam... khi có đơn yêu cầu.

liên quan. Trình tự, thủ tục xác minh điều kiện đương nhiên được xóa án tích được quy định tại Thông tư liên tịch số 04/2012/TTLT-BTP-TANDTC-VKSNDTC-BCA-BQP ngày 10/5/2012 của Bộ Tư pháp, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng hướng dẫn trình tự, thủ tục tra cứu, xác minh, trao đổi, cung cấp thông tin LLTP.

2. Một số bất cập trong các quy định về xóa án tích cần hoàn thiện

Thực tiễn thực hiện các quy định pháp luật về LLTP liên quan đến vấn đề xóa án tích thời gian qua cho thấy, vẫn còn một số bất cập, vướng mắc.

Một là, về công tác xác minh điều kiện đương nhiên được xóa án tích, để bảo đảm thời hạn cấp Phiếu LLTP, Sở Tư pháp thường hướng dẫn người có án tích khi đến xin cấp Phiếu LLTP đến Tòa án xin cấp giấy chứng nhận xóa án tích; và trên cơ sở giấy chứng nhận của Tòa án, Sở Tư pháp sẽ cấp Phiếu LLTP. Chỉ một số ít trường hợp Sở Tư pháp mới trực tiếp xác minh về điều kiện đương nhiên được xóa án tích khi cấp Phiếu LLTP. Tuy nhiên, quy định pháp luật liên quan đến thủ tục này vẫn còn rườm rà, phức tạp, buộc họ phải chờ đợi trong thời gian khá dài để xác minh. Bởi theo quy định hiện hành, để được Tòa án cấp giấy chứng nhận xóa án tích, người bị kết án phải tự mình đến các cơ quan có liên quan xin các giấy tờ chứng nhận khác như giấy xác nhận đã chấp hành xong các hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án; xác nhận về việc không phạm tội mới, tuân thủ pháp luật... Những thủ tục này không đơn giản đối với những người mới chấp hành xong án. Trường hợp cơ quan có thẩm quyền cấp Phiếu LLTP tiến hành xác minh thì các Sở Tư pháp cũng rất khó khăn khi xác minh

điều kiện đương nhiên được xóa án tích, nhất là không có đủ thông tin về bản án hoặc về việc người bị kết án đã chấp hành đầy đủ quyết định của Tòa án (như đã chấp hành xong hình phạt chính, hình phạt bổ sung, án phí, trách nhiệm dân sự, cũng như có phạm tội mới trong thời hạn quy định để đương nhiên được xóa án tích không, đặc biệt đối với thông tin có trước ngày Luật LLTP năm 2009 có hiệu lực). Nhiều trường hợp, bản án đã được Tòa án tuyên khá lâu, người bị kết án và các cơ quan có liên quan không còn lưu giữ các giấy tờ, tài liệu liên quan đến việc thi hành bản án; hoặc trường hợp một người có nhiều án tích hoặc cư trú ở nhiều địa phương khác nhau. Bất cập này là do thực trạng cơ sở lưu giữ của cơ quan quản lý dữ liệu LLTP và các cơ quan khác có liên quan chưa thể tích hợp đầy đủ và kết nối với nhau để đáp ứng ngay yêu cầu về cấp Phiếu LLTP xác nhận tình trạng không có án tích. Điều đó dẫn đến việc quy định tiến bộ và có lợi cho người dân của Luật LLTP lại gây phiền hà, phức tạp trong thực tế áp dụng đối với họ, bởi cuối cùng Tòa án vẫn phải cấp giấy chứng nhận xóa án tích. Bất cập đó cũng làm cho quy định tại khoản 4 Điều 70 BLHS năm 2015 trở nên không có giá trị thực tiễn. Đã có nhiều kiến nghị bãi bỏ khoản 4 Điều 70 BLHS năm 2015 vì không khả thi, nhưng nếu vậy thì phải bỏ cả khoản 1 Điều 369 BLTTHS năm 2015 liên quan đến vấn đề này; trong khi đó, theo Nghị quyết số 144/QH13 ngày 29/6/2016 của Quốc hội, trước mắt BLTTHS năm 2015 chỉ dừng hiệu lực thi hành mà chưa tiến hành sửa đổi, bổ sung cùng với BLHS năm 2015.

Hai là, BLHS năm 2015 quy định một trong những điều kiện đương nhiên được xóa án tích là người bị kết án “không thực hiện hành vi phạm tội mới” trong thời hạn

Bộ luật quy định (khoản 2 Điều 70), và theo quy định tại Điều 179 BLTTHS năm 2015 thì “khi có đủ căn cứ để xác định một người hoặc pháp nhân đã thực hiện hành vi mà BLHS quy định là tội phạm thì cơ quan điều tra ra quyết định khởi tố bị can”. Như vậy, có thể xác định hành vi phạm tội của một người khi người đó bị khởi tố bị can. Tuy nhiên, để thực hiện nhiệm vụ quản lý, theo dõi thông tin về điều kiện đương nhiên được xóa án tích của cá nhân theo quy định của BLHS năm 2015, cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu LLTP sẽ rất khó khăn vì cơ sở dữ liệu LLTP hiện nay không quản lý và lưu trữ các thông tin từ giai đoạn khởi tố mà chỉ từ giai đoạn có bản án có hiệu lực pháp luật. Bởi vậy, quy định “không thực hiện hành vi phạm tội mới...” tại khoản 2 Điều 70 BLHS năm 2015 là không chính xác, phải được sửa đổi thành “không bị kết án về tội mới bằng bản án của Tòa án có hiệu lực pháp luật”, để bảo đảm quyền được suy đoán vô tội theo tinh thần Hiến pháp năm 2013 và thống nhất với quy định của Luật LLTP.

Ba là, Điều 89 của BLHS năm 2015 đã bổ sung quy định đương nhiên xóa án tích cho các pháp nhân thương mại bị kết án, nhưng lại không quy định về cơ quan có trách nhiệm quản lý, theo dõi. Trong khi đó, Điều 446 BLTTHS năm 2015 quy định về thủ tục đương nhiên xóa án tích đối với pháp nhân: “*Trong thời hạn 05 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của pháp nhân được đương nhiên xóa án tích và xét thấy có đủ điều kiện quy định tại Điều 89 của BLHS thì Chánh án Tòa án đã xét xử sơ thẩm vụ án cấp giấy chứng nhận pháp nhân đã được xóa án tích*”. Như vậy, theo quy định của BLTTHS năm 2015, việc theo dõi và cấp giấy chứng nhận đương nhiên được xóa án tích cho pháp nhân thương mại bị kết án do Tòa án thực hiện. Tuy nhiên, từ đó lại đặt ra

vấn đề, cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu LLTP có cần thiết lập hồ sơ án tích của pháp nhân để theo dõi và cung cấp thông tin cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền hay không?

Bốn là, việc tích hợp và sử dụng dữ liệu giữa Trung tâm LLTP quốc gia với các Sở Tư pháp cũng như giữa các Sở Tư pháp với nhau hiện cũng chưa được thực hiện. Đây là vướng mắc gặp rất nhiều trong thực tiễn đối với cá nhân (và pháp nhân thương mại theo BLHS năm 2015) bị kết án ở địa phương (tỉnh, thành phố) này nhưng có nhu cầu cấp Phiếu LLTP để xác nhận “không có án tích” ở địa phương khác.

Năm là, đối với những người bị Tòa án quân sự kết án có nhu cầu cấp Phiếu LLTP xác nhận “không có án tích”, hiện tại vẫn chưa có quy định và chưa được chuẩn bị cơ sở hạ tầng kỹ thuật về việc tích hợp và cung cấp dữ liệu cho Trung tâm LLTP quốc gia hay Sở Tư pháp có liên quan. Vì vậy, việc cấp Phiếu LLTP xác nhận tình trạng “không có án tích” khi đủ điều kiện đối với những đối tượng này đang là một “khoảng trống”. Thực tiễn, những trường hợp này khi có yêu cầu thì các Tòa án quân sự thường tiến hành cấp giấy chứng nhận xóa án tích nếu người có yêu cầu đủ điều kiện, mà không yêu cầu họ liên hệ với Sở Tư pháp, bởi Sở sẽ không giải quyết với lý do “không có dữ liệu về án tích do các Tòa án quân sự cung cấp”.

Tóm lại, hiện nay, BLHS năm 2015 đang trong quá trình sửa đổi, bổ sung và Dự án Luật LLTP (sửa đổi) cũng đã được đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2017. Vì vậy, những hạn chế, bất cập trong thực tiễn thi hành Luật LLTP năm 2009 về vấn đề xóa án tích, đặc biệt theo quy định của BLHS năm 2015 và BLTTHS năm 2015 cần được nghiên cứu sửa đổi, bổ sung kịp thời, thống nhất để phù hợp với thực tiễn.

THỦ TỤC XÉT XỬ VỤ ÁN HÌNH SỰ ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI TẠI TÒA ÁN GIA ĐÌNH VÀ NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

*Nguyễn Phương Thảo**

Tóm tắt: *Trên cơ sở phân tích, đánh giá thủ tục xét xử vụ án hình sự đối với người dưới 18 tuổi tại Tòa án gia đình và người chưa thành niên của một số quốc gia trên thế giới, bài viết đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam vấn đề này.*

Abstract: *This article focuses on analysing and evaluating procedure for the adjudication of criminal cases against persons under 18 years old at family and juvenile courts of some countries in the world. Basing on that, it draws out relevant implications for Vietnam.*

Tháng 4/2016, Tòa gia đình và người chưa thành niên đầu tiên đã được thành lập trong cơ cấu tổ chức của Tòa án nhân dân Cấp cao tại Tp. Hồ Chí Minh. Đây không phải là Tòa án độc lập mà chỉ là một tòa chuyên trách nằm trong bộ máy tổ chức của hệ thống Tòa án nhân dân, chuyên xét xử các vụ án và giải quyết các vụ việc có liên quan đến gia đình và người chưa thành niên. Việc ra đời của tòa án chuyên trách này là một bước tiến quan trọng trong tiến trình cải cách tư pháp. Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 tuy có dành một chương để quy định riêng về thủ tục tố tụng đặc biệt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, song vẫn chưa được toàn diện, đầy đủ, và còn nhiều hạn chế trong quá trình thực thi pháp luật. Trong bối cảnh đó, việc nghiên cứu kinh nghiệm nước ngoài và đưa ra một số gợi mở cho Việt Nam là cần thiết.

1. Xét xử vụ án hình sự đối với người dưới 18 tuổi tại Tòa án gia đình và người chưa thành niên ở một số quốc gia trên thế giới

Mô hình Tòa án người chưa thành niên đã được triển khai ở nhiều quốc gia trên thế giới, trong đó Mỹ là quốc gia tiên phong khi xây dựng mô hình này vào năm 1899. Tù thuộc vào đặc điểm thực hiện quyền tư pháp cũng như các yếu tố lịch sử, xã hội, cách thức tổ chức cơ quan tư pháp giải quyết những vấn đề về gia đình và người chưa thành niên ở mỗi quốc gia có sự khác nhau, đặc biệt là trong giai đoạn xét xử. Theo đó, trên thế giới có ba hướng tiếp cận chính¹ trong việc xây dựng hệ thống tư pháp dành riêng cho người chưa thành niên.

1.1. Mô hình Tòa cho trẻ em có nguy cơ (Mô hình an sinh phúc lợi)

Mô hình này tập trung chủ yếu vào việc

* Giảng viên, Khoa Luật Hình sự, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Xem thêm “Đề án thành lập Tòa án gia đình và người chưa thành niên ở Việt Nam” (Dự thảo 3), năm 2013.

“chẩn đoán” và “điều trị” cho thanh thiếu niên vi phạm pháp luật. Đặc điểm đầu tiên của mô hình này là các phiên tòa luôn được xét xử kín để bảo vệ thông tin nhận diện của trẻ em và đảm bảo khi trưởng thành trẻ em có một “lý lịch sạch”. Thứ hai, Tòa án người chưa thành niên hoạt động mang tính đơn giản và không chú trọng nhiều đến hình thức như Tòa án dành cho người đã thành niên, trong đó Thẩm phán đóng vai trò như một vị phụ huynh nghiêm khắc hơn là vai trò của người bảo vệ pháp luật. Đối tượng của mô hình này bao gồm 3 nhóm trẻ em: Trẻ em bị cáo buộc phạm tội; trẻ em bị xâm hại, sao nhãng hoặc bóc lột; và trẻ em không được chăm sóc do cha mẹ đã mất, bị tàn tật hoặc các lý do khác. Đây đều là những đối tượng có nguy cơ cao, dễ bị tổn thương do độ tuổi và hoàn cảnh đặc biệt nên cần sự can thiệp của Nhà nước để bảo vệ, chăm sóc và hướng dẫn các em. Đặc điểm thứ ba của mô hình này là, các cán bộ giám sát thử thách và cán bộ thi hành án được trao quyền tự chủ rộng rãi trong việc quyết định áp dụng các biện pháp phục hồi và thời gian áp dụng cho người chưa thành niên.

Đại diện cho mô hình này là Nhật Bản và Scotland. Theo đó, Nhật Bản đã có một hệ thống tư pháp riêng cho trẻ em vi phạm pháp luật từ năm 1949. Nhật Bản chỉ thành lập Tòa án gia đình ở cấp sơ thẩm, còn thẩm quyền phúc thẩm vẫn thuộc các Tòa án cấp trên. Tòa án tối cao của Nhật Bản (Supreme Court of Japan – SCJ) đã định nghĩa: “Tòa gia đình là một Tòa án mà ở đó các nguyên tắc của Luật, lương tâm của cộng đồng, những kiến thức xã hội, đặc biệt là những cách thức giao thiệp với con người và những mối quan hệ cá nhân kết hợp với

nhau”². Các Tòa gia đình được chia thành hai bộ phận: Bộ phận quan hệ trong gia đình và Bộ phận trẻ chưa thành niên³. Tất cả các tội liên quan đến trẻ chưa thành niên được chuyển đến Bộ phận trẻ chưa thành niên để tiến hành xét xử. Luật Người chưa thành niên của Nhật Bản điều chỉnh hoàn toàn dựa trên nền tảng phúc lợi, đặc biệt là đối với trẻ em dưới 14 tuổi. Nhưng sau đó, do xu hướng tội phạm gia tăng, nhiều vụ án do trẻ em thực hiện có tính chất và mức độ nguy hiểm cao nên Luật sửa đổi, bổ sung Luật Người chưa thành niên của Nhật Bản đã ra đời. Luật cho phép đưa trẻ em vào trường giáo dưỡng, cơ sở phục hồi thay vì đưa vào các trung tâm hướng dẫn trẻ em, và đồng thời quy định chuyển các vụ án nghiêm trọng như giết người, hiếp dâm từ Tòa gia đình sang Tòa dành cho người trưởng thành. Theo đó, đầu tiên trẻ em phạm tội được đưa đến Tòa gia đình, Thẩm phán sẽ cử một cán bộ giám sát thử thách phụ trách việc điều tra hoàn cảnh của trẻ em đó. Phiên tòa được đưa ra xét xử khi cán bộ giám sát kết thúc việc điều tra, nộp bảng báo cáo và khuyến nghị cho Tòa án. Lúc này, Thẩm phán có thể tạm hoãn việc ra quyết định xét xử cuối cùng và chuyển người chưa thành niên vào một chương trình “thử thách tạm thời” chịu sự giám sát của một cán bộ giám sát thử thách do Tòa gia đình chỉ định. Đến giai đoạn phải ra quyết định xử lý cuối cùng, Thẩm phán có thể ra một trong ba quyết

² Xem Colin P.A. Jones, “In the best interests of the court: What American lawyers need to know about child custody and visitation in Japan”, tr.179.

³ Xem “Những mô hình tổ tụng hình sự điển hình trên thế giới”, tài liệu thuộc chương trình đối tác tư pháp (Justice partnership programme (JPP)) giữa Bộ Tư pháp Việt Nam và Liên minh châu Âu, tr.10.

định sau đây: Chuyển vụ việc sang hệ thống an sinh phúc lợi trẻ em; bãi bỏ vụ việc; hoặc chuyển sang Công tố viên để chứng minh các tình tiết của lời buộc tội nếu người chưa thành niên vi phạm trên 14 tuổi và hành vi phạm tội là nghiêm trọng. Nếu phương án thứ ba được lựa chọn, vụ án sẽ được xét xử tại Tòa dành cho người trưởng thành và tuân thủ các thủ tục tố tụng hình sự. Tòa phải chỉ định một “người trợ giúp” - tương tự như luật sư bào chữa⁴.

Đối với mô hình của Scotland, đây là một trong những ví dụ rõ ràng nhất của mô hình mang tính phúc lợi thuần túy cho trẻ em có nguy cơ cao. Theo đó, mô hình này đã chia tách chức năng điều tra tìm hiểu sự thật ra khỏi chức năng xử lý vụ việc. Scotland có tổ chức SCRA (Scottish Children's Reporter Administration), đây là cơ quan ngang Bộ, thuộc Chính phủ, có trách nhiệm bảo vệ trẻ em⁵. Mỗi vụ việc về trẻ em có nguy cơ phạm tội, hoặc là nạn nhân cần bảo vệ sẽ được theo dõi bởi một Báo cáo viên về trẻ em do SCRA thuê. Báo cáo viên này (người được đào tạo về pháp lý và có hiểu biết về an sinh phúc lợi trẻ em) sẽ tiến hành điều tra ban đầu và quyết định việc có cần áp dụng biện pháp giám sát bắt buộc hay không. Nếu có, theo đề nghị của Báo cáo viên về trẻ em, SCRA sẽ tổ chức

một buổi điều trần của trẻ em (A children's hearing)⁶ do Ban hội thẩm chủ trì, gồm đại diện SCRA, Báo cáo viên về trẻ em, người giám hộ pháp lý và đại diện của các bộ phận công tác xã hội ở địa phương, trẻ em và các thành phần tham dự khác. Sau phiên điều trần, Ban hội thẩm có thể quyết định không tiến hành hoạt động tố tụng, hoặc chuyển người chưa thành niên cho chính quyền địa phương để tham gia các dịch vụ tự nguyện tại cộng đồng, hoặc tổ chức phiên xét xử nếu mức độ phạm pháp của người chưa thành niên là rất nghiêm trọng và cần thiết phải áp dụng các biện pháp giám sát cưỡng chế như tách khỏi gia đình và đưa vào trường nội trú.

Nhìn chung, ưu điểm của mô hình này là mục tiêu bảo vệ và phục hồi cho người chưa thành niên luôn được đặt lên hàng đầu. Bởi đối tượng của mô hình này không chỉ bao gồm thanh thiếu niên đã có hành vi phạm tội mà còn bao gồm những trẻ em “có xu hướng phạm tội trong tương lai”⁷. Tuy

⁴ Xem website của Tòa án tối cao Nhật Bản: www.courts.go.jp/english/proceedings/juvenile.html, truy cập ngày 15/3/2017.

⁵ SCRA tạm dịch là: “Báo cáo viên về trẻ em”. Tổ chức này có thể gần giống bộ phận theo dõi chuyên trách về người chưa thành niên thuộc đối tượng tệ nạn xã hội của cơ quan lao động, thương binh và xã hội ở địa phương của Việt Nam. Tổ chức này hoạt động trên tập hợp của những tình nguyện viên hỗ trợ. Nguồn: <http://www.scra.gov.uk/about-scra/>, truy cập ngày 15/03/2017.

⁶ Trong năm 2012 - 2013, ở Scotland đã tổ chức 22.348 buổi điều trần của trẻ em. Kết quả: có 4.472 trường hợp (20%) được chuyển đến tòa án xử lý. Gần 8.000 trường hợp khác (khoảng 36%) không có yêu cầu áp dụng biện pháp giám sát bắt buộc.

Nguồn: http://en.wikipedia.org/wiki/Scottish_Children's_Reporter_Administration, truy cập ngày 18/02/2014.

⁷ Pháp luật của Nhật Bản quy định người chưa thành niên (NCTN) có nguy cơ phạm tội là NCTN có “hành vi xấu”: Hút thuốc lá, uống rượu, đánh nhau hay hành vi sai trái khác có hại cho đạo đức bản thân hoặc của NCTN khác. Họ sẽ được xem là NCTN cần được hướng dẫn (Guidance) bởi cảnh sát. Vì vậy, nếu cảnh sát thấy một NCTN hút thuốc lá trên đường phố, anh ta có thể dẫn NCTN về đồn cảnh sát và sau đó, quyết định có gửi NCTN đến Tòa án gia đình không. Nguồn: Toshikuni Murai, (1988), “*Current Problems of Juvenile Delinquency in Japan*”, Hitotsubashi journal of law and politics, tháng

nhiên, sau thời gian dài áp dụng thì mô hình này bắt đầu bộc lộ những hạn chế, do những phiên Tòa xét xử người chưa thành niên mang tính chất không chính thức và chỉ là biện pháp cuối cùng nếu các biện pháp khác áp dụng không hiệu quả. Trong khi đó, những vụ án mang tính chất nghiêm trọng, gây ảnh hưởng xấu cho xã hội do người chưa thành niên thực hiện ngày càng tăng. Mô hình này trao quyền rất lớn cho Cán bộ giám sát thử thách (Nhật Bản) hay Báo cáo viên về trẻ em (Scotland) trong việc ra quyết định xử lý người chưa thành niên phạm tội. Chính việc trao quyền này dẫn đến tình trạng có những trường hợp người chưa thành niên bị giam giữ trong thời gian dài hơn thời hạn áp dụng với người đã thành niên vi phạm cùng một tội danh. Do đó, Ủy ban về Quyền trẻ em của Liên hợp quốc đã tỏ ra quan ngại và cho rằng hệ thống xét xử này đã không nhìn nhận đầy đủ về quyền của trẻ em, cũng như cần phải tạo ra nhiều cơ chế bảo đảm quyền của trẻ em trong quá trình tố tụng như quyền có luật sư, quyền được xuất hiện trước Tòa và đối chất với nhân chứng, quyền được im lặng và quyền suy đoán vô tội.

1.2. Mô hình tư pháp người chưa thành niên (Mô hình trừng phạt)

Từ đầu thập kỷ 70 của thế kỷ trước, một số nước phương Tây bắt đầu chuyển dần từ mô hình an sinh phúc lợi sang hướng tiếp cận mang tính chất trừng phạt đối với các tội phạm do người chưa thành niên thực hiện, tức là tăng sự tập trung vào bản chất và mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội. Sự thay đổi này xuất phát từ sự gia tăng

nhau chóng của các tội phạm có tính chất nguy hiểm do người chưa thành niên thực hiện tại các quốc gia này trong những năm 1950 đến 1980. Xu hướng thay đổi này rõ ràng nhất là ở Mỹ, nơi luật pháp cho phép người chưa thành niên có thể bị xử lý giống với người trưởng thành và các mục tiêu của hệ thống Tòa án cho người chưa thành niên được chuyển từ các yêu cầu điều trị và phục hồi sang yêu cầu về trách nhiệm và trừng phạt. Với sự thay đổi này, Tòa án và các trại giam phải chịu một gánh nặng lớn khi phải xử lý cả những trường hợp vi phạm không nghiêm trọng⁸. Do đó, đến cuối thế kỷ XX, các quốc gia lại xem xét đến việc quay lại mô hình an sinh phúc lợi trước đây. Nguyên nhân bởi tỷ lệ các tội phạm do người chưa thành niên thực hiện đã giảm ổn định. Hơn nữa, các nghiên cứu chỉ ra rằng hướng tiếp cận “cứng rắn” đối với tội phạm chưa thành niên đã không đem lại hiệu quả trong việc giảm thiểu tỷ lệ tái phạm hay hỗ trợ quá trình phát triển tích cực của người chưa thành niên.

1.3. Mô hình Tòa gia đình

Mô hình Tòa án gia đình đã xuất hiện trong vòng 2 thập kỷ trở lại đây. Trong khi mô hình Tòa trẻ em và người chưa thành niên có nguy cơ cao tập trung chủ yếu vào chính trẻ em hoặc người chưa thành niên và hành động của họ, thì mô hình Tòa gia đình lại đặt hành vi của trẻ em trong một bối cảnh rộng hơn, đó là hoàn cảnh gia đình. Mục đích của mô hình Tòa gia đình là đưa tất cả các vấn đề gia đình vào xử lý trong một quá trình tố tụng với một mô hình Tòa

02/1988, tr.1-10, <http://hdl.handle.net/10086/8213>, truy cập ngày 15/03/2017.

⁸ Ban chấp hành trung ương (2013), “Đề án thành lập Tòa gia đình và người chưa thành niên ở Việt Nam” (Dự thảo 3).

án chuyên biệt và đội ngũ hỗ trợ dịch vụ xã hội. Cách tiếp cận này cho phép Thẩm phán nhìn nhận một cách đầy đủ hơn về mọi vấn đề trong gia đình, từ đó có thể thu thập thông tin và áp dụng một biện pháp xử lý mang tính trị liệu hướng đến cả gia đình và người chưa thành niên.

Mỹ là một trong những đại diện cho mô hình này. Quốc gia này không có một hệ thống Tòa án người chưa thành niên thống nhất, mà từng bang có trách nhiệm xây dựng và thực hiện hệ thống Tòa án riêng của mình. Hiện nay, một số bang và các đơn vị cấp dưới bang đã bắt đầu thử nghiệm mô hình Tòa gia đình. Một mô hình điển hình của Tòa gia đình là mô hình Tòa gia đình hợp nhất. Đây là mô hình có quyền tài phán đối với tất cả các vấn đề pháp lý về gia đình bao gồm hôn nhân, ly hôn, bạo lực gia đình, tư pháp người chưa thành niên, bảo vệ trẻ em và cho, nhận con nuôi⁹. Trong đó, quy trình xét xử đối với người chưa thành niên là một phiên xét xử kín, do một thẩm phán tiến hành mà không có bồi thẩm đoàn¹⁰. Thẩm phán duy nhất này có trách nhiệm giám sát tất cả quá trình tố tụng, pháp lý nảy sinh từ vụ việc của gia đình đó¹¹. Nếu quy trình xem xét hành vi phạm pháp của người chưa thành niên dẫn đến việc phải xét xử, thì thẩm phán có quyền ra lệnh giam giữ, áp dụng hình phạt thử thách và/hoặc bồi thường thiệt hại đối với họ. Người chưa thành niên bị kết án sẽ không bị giam giữ

cùng với người đã thành niên bị kết án hoặc đang chờ xét xử về tội hình sự, mà được ở tại các cơ sở cải tạo cộng đồng hoặc gần địa bàn họ sinh sống.

Khác với Tòa gia đình của Mỹ, Tòa gia đình và người chưa thành niên của Thái Lan xét xử chung đối với hai nhóm tội bao gồm nhóm những vụ án có trẻ em vi phạm pháp luật và nhóm những vụ án liên quan tới các vấn đề gia đình như ly hôn, tiền cấp dưỡng nuôi con, quyền nuôi con và thăm nuôi con. Thái Lan áp dụng cách thức Hợp gia đình và cộng đồng (HGĐCĐ) như một biện pháp thay thế quá trình xử lý chính thức tại phiên tòa để thống nhất về việc khắc phục hậu quả do người chưa thành niên đó gây ra. Các phương án lựa chọn bao gồm xin lỗi nạn nhân, lao động phục vụ cộng đồng, và/hoặc bồi thường thiệt hại. Quá trình này trong thực tiễn áp dụng đã đạt được những thành công lớn. Khi biện pháp HGĐCĐ bắt đầu được áp dụng (từ tháng 6/2003 - tháng 5/2007), gần 15.000 vụ việc đã được chuyển hướng khỏi hệ thống Tòa án. Và chỉ có 3% số trẻ em được xử lý bằng HGĐCĐ tái phạm¹². Nếu cuộc HGĐCĐ không thành công và vụ án được đưa ra xét xử tại Tòa thì tất cả các vụ việc phải được Hội đồng xét xử gồm ít nhất 2 thẩm phán và 2 hội thẩm xem xét, trong đó ít nhất phải có một người là nữ. Đối với mỗi trẻ em cần phải chỉ định một “cố vấn pháp lý”. Không giống như Nhật Bản và Scotland, Thẩm phán của Tòa

⁹ Xem James M. Bozomo and Gregory Scolieri, “A Survey of Unified Family Courts: An Assessment of Different Jurisdictional Models”, 42 Fam. Ct. Rev. 12 (Jan. 2004).

¹⁰ Xem vụ *McKeiver kiện Pennsylvania*, 403 U.S.528 (1971).

¹¹ *In re Gault*, 387 U.S.1 (1967).

¹² Số liệu do ông Wanchai Roujanavong, Cục Giám sát thử thách, Bộ Tư pháp Thái Lan cung cấp, tháng 7 năm 2007. Để biết thêm chi tiết, xem Wanchai Roujanavong: “Restorative Justice in Thailand: Family and Community Group Conference (FCGS) and Restore-relationship Conferencings”, (2006), tr.132.

gia đình và người chưa thành niên Thái Lan được trao quyền tự quyết rất lớn trong việc xử phạt. Ngoài ra, Thái Lan còn quy định về việc lấy lời khai “thân thiện với trẻ em”. Bộ luật Tố tụng Hình sự Thái Lan quy định tất cả nạn nhân, nhân chứng trẻ em và thanh thiếu niên vi phạm pháp luật phải được lấy lời khai riêng tại một địa điểm phù hợp do một nhà tâm lý hoặc cán bộ phúc lợi xã hội tiến hành. Trong quá trình lấy lời khai, trẻ em được phép ngồi trong một phòng cùng với nhà tâm lý hoặc cán bộ công tác xã hội hay một người mà đứa trẻ đó tin tưởng lựa chọn. Nếu không có luật sư, Nhà nước phải chỉ định luật sư cho họ. Công tố viên và Cảnh sát sẽ theo dõi cuộc lấy lời khai từ một phòng liền kề qua hệ thống gương một chiều và hệ thống loa. Công tố viên sẽ cố vấn cho cán bộ xã hội về các câu hỏi cần đặt trong quá trình lấy lời khai thông qua hệ thống truyền âm thanh vào tai nghe mà người cán bộ xã hội này đeo. Cuộc lấy lời khai được ghi lại vào đĩa CD để Công tố viên có thể nghe lại nếu cần. Những biện pháp thân thiện với trẻ em này đã rất thành công trong việc làm giảm những chấn thương về tâm lý của trẻ em được lấy lời khai; giảm những khiếu nại về việc Cảnh sát cư xử không đúng mực trong quá trình lấy cung; và tạo thuận lợi cho quá trình xét xử vụ án.

Như vậy, nếu mô hình Tòa án dành cho trẻ em có nguy cơ tập trung chủ yếu vào việc chẩn đoán và điều trị cho nhóm người chưa thành niên, đặc biệt là nhóm trẻ em có nguy cơ cao trong việc hình thành hành vi phạm tội trong tương lai; mô hình Tòa án mang tính chất trừng phạt lại tập trung vào việc áp dụng chế tài đối với người chưa

thành niên phạm tội theo nguyên tắc kiểm soát tội phạm; thì mô hình Tòa án gia đình sẽ dung hòa hai mô hình trên. Trong đó có sự cân bằng giữa hai yếu tố trừng phạt kết hợp với khoan hồng, đảm bảo tốt nhất quyền lợi cho người chưa thành niên với sự hỗ trợ từ phía gia đình.

Nhìn chung, mỗi một mô hình đều có những ưu điểm và hạn chế nhất định, đều có giá trị đóng góp trong việc nghiên cứu và áp dụng mô hình Tòa án phù hợp với đối tượng là người chưa thành niên ở các quốc gia trên thế giới, trong đó có Việt Nam.

2. Xét xử vụ án hình sự đối với người dưới 18 tuổi tại Tòa gia đình và người chưa thành niên theo pháp luật Việt Nam

Trên tinh thần Nghị quyết số 08/2002¹³ về Một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới và Nghị quyết số 49/2005¹⁴ về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 đã có những sửa đổi phù hợp về mô hình Tòa gia đình và người chưa thành niên. Theo đó, quy định việc thành lập Tòa gia đình và người chưa thành niên ở cấp cao, cấp tỉnh và cấp huyện¹⁵. Để cụ thể quy định này, Thông tư số 01/2016/TT-CA đã quy định Tòa gia đình và người chưa

¹³ Điểm c mục 2 Phần B của Nghị quyết quy định: “Nghiên cứu thành lập Tòa hôn nhân và gia đình”.

¹⁴ Tiêu mục 2.2 mục 2 Phần II của Nghị quyết này quy định: “Việc thành lập Tòa chuyên trách phải căn cứ vào thực tế xét xử của từng cấp Tòa án, từng khu vực. Đối mới Tòa án nhân dân tối cao theo hướng tinh gọn với đội ngũ Thẩm phán là những chuyên gia đầu ngành về pháp luật, có kinh nghiệm trong ngành”.

¹⁵ Điều 30, 38, 45 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014.

thành niên có nhiệm vụ xét xử.¹⁶ “*Các vụ án hình sự mà bị cáo là người dưới 18 tuổi hoặc các vụ án hình sự mà bị cáo là người đã đủ 18 tuổi trở lên nhưng người bị hại là người dưới 18 tuổi bị tổn thương nghiêm trọng về tâm lý hoặc cần sự hỗ trợ về điều kiện sống, học tập do không có môi trường gia đình lành mạnh như những người dưới 18 tuổi khác; xem xét, quyết định áp dụng các biện pháp xử lý hành chính tại Tòa án nhân dân đối với người chưa thành niên; các vụ việc hôn nhân gia đình theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự*”.

Để triển khai thực hiện mô hình phòng xử án thân thiện đối với người dưới 18 tuổi, ngày 1/4/2016, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Công văn số 88/TANDTC-PC về việc triển khai phòng xử án. Theo đó, phòng xử án dành cho người dưới 18 tuổi được mô tả như sau: “*Tất cả những người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng đều ngồi trên một mặt phẳng; Hội đồng xét xử ngồi ở giữa; đại diện Viện kiểm sát ngồi ở bên phải của Hội đồng xét xử; thư ký phiên tòa ngồi ở bên trái Hội đồng xét xử; người giám hộ, người dưới 18 tuổi, luật sư bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người dưới 18 tuổi ngồi đối diện với Hội đồng xét xử*”.

Về vấn đề xét xử người chưa thành niên phạm tội tại Tòa gia đình và người chưa thành niên, BLTTHS năm 2015 tiếp tục kế thừa những quy định hợp lý của BLTTHS năm 2003 và đồng thời bổ sung một số quy

định mới tiến bộ như: Thứ nhất, mở rộng phạm vi chủ thể có thể trở thành Hội thẩm khi xét xử sơ thẩm vụ án bao gồm: Giáo viên hoặc cán bộ Đoàn thanh niên hoặc người có kinh nghiệm, hiểu biết tâm lý người dưới 18 tuổi¹⁷. Thứ hai, việc xét hỏi, tranh luận với bị cáo, người bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi tại phiên tòa được tiến hành phù hợp với lứa tuổi, mức độ phát triển của họ; phòng xử án được bố trí thân thiện, phù hợp với người dưới 18 tuổi bên cạnh nguyên tắc bố trí phòng xử án chung, phải thể hiện sự trang nghiêm, an toàn, đảm bảo sự bình đẳng giữa người thực hành quyền công tố và luật sư, người bào chữa khác¹⁸. Đối với vụ án có bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi, Hội đồng xét xử phải hạn chế việc tiếp xúc giữa họ với bị cáo khi trình bày lời khai tại phiên tòa. Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có thể yêu cầu người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp hỏi bị hại, người làm chứng¹⁹. Nhìn chung, có thể thấy những quy định này đã khắc phục được phần nào những hạn chế của BLTTHS hiện hành.

Tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm này, BLTTHS năm 2015 vẫn còn một số quy định chưa đảm bảo được quyền của người dưới 18 tuổi phạm tội. Cụ thể, Điều 25 BLTTHS năm 2015 quy định trong trường hợp cần bảo vệ người dưới 18 tuổi thì Tòa án có thể xét xử kín nhưng phải tuyên án công khai, hay theo khoản 2 Điều 423 BLTTHS năm 2015 thì Tòa án có thể quyết định xét xử kín trong trường hợp đặc

¹⁶ Khoản 6 Điều 3 Thông tư số 01/2016/TT-CA quy định việc tổ chức các tòa chuyên trách tại Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh và tương đương.

¹⁷ Khoản 1 Điều 423 BLTTHS năm 2015.

¹⁸ Khoản 4 Điều 423 và khoản 1 Điều 257 BLTTHS năm 2015.

¹⁹ Khoản 5 Điều 423 BLTTHS năm 2015.

biệt cần bảo vệ bị cáo, bị hại là người dưới 18 tuổi. Đây đều là những quy định mang tính chất tùy nghi, phụ thuộc vào nhận định của Hội đồng xét xử và không có một căn cứ pháp lý rõ ràng. Điều này đi ngược lại yêu cầu của Công ước về quyền trẻ em và hướng dẫn của Ủy ban quyền trẻ em cũng như mâu thuẫn với nguyên tắc bảo đảm giữ bí mật cá nhân của người dưới 18 tuổi²⁰. Việc tuyên án công khai cũng không được hướng dẫn cụ thể. Nếu phiên tòa xét xử người chưa thành niên được quyết định xét xử kín và phải tuyên án công khai thì sẽ công khai ở mức độ nào. Ngoài ra, khoản 5 Điều 422 BLTTHS năm 2015 quy định Hội đồng xét xử phải hạn chế việc tiếp xúc giữa bị hại, người làm chứng với bị cáo khi họ trình bày lời khai tại phiên tòa nhưng lại không quy định rõ cần hạn chế bằng cách thức nào.

3. Gợi mở đối với Việt Nam

Việt Nam đã bắt đầu thành lập Tòa gia đình và người chưa thành niên. Từ nghiên cứu kinh nghiệm nước ngoài, tác giả đưa ra một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, cần sửa đổi quy định về việc xét xử kín người chưa thành niên phạm tội theo hướng, phiên tòa có bị cáo, bị hại là người dưới 18 tuổi cần được xét xử kín và không xét xử lưu động trong mọi trường hợp để bảo vệ thông tin nhận diện của người chưa thành niên và đảm bảo khi trưởng thành họ có một “lý lịch sạch” (mô hình của Nhật Bản). Bản án nên được tuyên

công khai theo cách thức dùng từ viết tắt để thay thế cho họ tên của bị cáo là người chưa thành niên để đảm bảo không làm lộ danh tính của họ²¹. Ngoài ra, để đảm bảo cho việc xét xử kín đạt hiệu quả, toàn bộ hồ sơ vụ án phải được niêm phong và không được công bố (mô hình của Mỹ) trừ trường hợp phục vụ cho công tác thống kê; quy định về chế tài đối với cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng làm lộ những thông tin trong hồ sơ.

Thứ hai, cần học hỏi kinh nghiệm lập pháp của Thái Lan về quy định hạn chế tiếp xúc giữa bị hại, người làm chứng với bị cáo khi họ trình bày lời khai tại phiên tòa. Theo đó, việc tiến hành lấy lời khai của bị hại và người làm chứng tại phiên tòa có thể được tiến hành tại một phòng riêng, có hệ thống âm thanh kết nối trực tiếp đến phiên tòa xét xử hoặc được ghi âm lại để phát tại phiên tòa. BLTTHS năm 2015 cũng quy định việc Thẩm phán, chủ tọa phiên tòa có thể yêu cầu người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp hỏi bị hại, người làm chứng. Tuy nhiên, người đại diện hay người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp chưa hẳn là người có hiểu biết về tâm lý của người dưới 18 tuổi, nên ở đây cũng có thể cho phép bị hại hoặc người làm chứng được ngồi trong cùng một phòng với chuyên gia tâm lý hoặc cán bộ công tác xã hội hay một người mà đứa trẻ đó tin cậy lựa chọn. Quy định này sẽ giảm thiểu tâm lý sợ hãi, và tạo cảm giác an toàn, tin tưởng cho người làm chứng, bị hại là người dưới 18 tuổi trong quá trình tham gia tố tụng.

²⁰ Xem thêm Lê Huỳnh Tấn Duy, “Quyền được bảo vệ về thông tin cá nhân của người chưa thành niên bị buộc tội trong Luật quốc tế và Luật tố tụng hình sự Việt Nam”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 2/2013, tr.22-28.

²¹ Ủy ban giám sát thực hiện Công ước về quyền trẻ em (Ủy ban về quyền trẻ em), Bình luận chung số 10 về Quyền trẻ em trong tư pháp người chưa thành niên, chú thích số 4 đoạn 66.

PHÂN BIỆT TIẾP NHẬN, CHUYỂN GIAO NGƯỜI ĐANG CHẤP HÀNH ÁN PHẠT TÙ VỚI MỘT SỐ HOẠT ĐỘNG HỢP TÁC KHÁC TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ GIỮA VIỆT NAM VỚI NƯỚC NGOÀI

*Lê Đức Phương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các đặc điểm pháp lý cơ bản của hoạt động tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù, từ đó so sánh với một số hoạt động hợp tác khác trong tổ tụng hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài như dẫn độ và tương trợ tư pháp về hình sự.

Abstract: This paper analyses legal characters of receiving, transferring sentenced persons. It compares those with other cooperation activities between Vietnam and foreign countries in criminal proceedings such as extradition and judicial assistance in criminal issues.

Đặt vấn đề

Hợp tác quốc tế (HTQT) trong tổ tụng hình sự (TTHS) giữa Việt Nam với nước ngoài là việc các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và nước ngoài phối hợp, hỗ trợ nhau để thực hiện hoạt động phục vụ yêu cầu điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự¹. HTQT trong TTHS giữa Việt Nam với nước ngoài bao gồm các hoạt động sau đây: Tương trợ tư pháp (TTTP) về hình sự; dẫn độ; tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù và các hoạt động hợp tác quốc tế khác được quy định tại Bộ luật Tổ tụng Hình sự (BLTTHS), pháp luật về TTTP và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên².

Các hoạt động này chịu sự điều chỉnh của những quy định chung về HTQT trong TTHS như cơ sở pháp lý thực hiện; nguyên tắc hợp tác; cơ quan trung ương trong hợp

tác; giá trị pháp lý của tài liệu, đồ vật thu thập được qua HTQT trong TTHS; việc tiến hành tổ tụng của người có thẩm quyền của Việt Nam ở nước ngoài và người có thẩm quyền của nước ngoài ở Việt Nam; sự có mặt của người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam ở nước ngoài; người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại nước ngoài ở Việt Nam³. Tuy nhiên, các hoạt động HTQT trong TTHS có những đặc điểm pháp lý cụ thể khác nhau và vì vậy, việc phân biệt chúng là vấn đề cần thiết, có ý nghĩa quan trọng. Trong đó, so với dẫn độ và tương trợ tư pháp về hình sự thì tiếp nhận, chuyển giao (TN, CG) người đang chấp hành án phạt tù là một hoạt động còn khá mới mẻ trong cả nhận thức và thực tiễn áp dụng.

³ Xem BLTTHS 2003-Chương XXXVI: “*Những quy định chung về hợp tác quốc tế trong hoạt động tổ tụng hình sự*”; BLTTHS 2015-Chương XXXV: “*Những quy định chung*” và Điều 3, Điều 4 Luật TTTP 2007.

* ThS., Đại học Luật Tp.Hồ Chí Minh.

¹ Xem khoản 1 Điều 491 BLTTHS 2015.

² Xem khoản 2 Điều 491 BLTTHS 2015.

1. Khái niệm tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù

Hiện nay, thuật ngữ TN, CG người đang chấp hành án phạt tù vẫn chưa được sử dụng thống nhất trong các văn bản pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết với nước ngoài⁴. Thuật ngữ này thể hiện hai hành vi cơ bản là “*tiếp nhận*” và “*chuyển giao*” người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài.

Trên cơ sở nghiên cứu, tổng hợp các quy định của pháp luật Việt Nam, các điều ước quốc tế về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù⁵, tác giả cho rằng:

TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là một hoạt động HTQT trong TTTH giữa Việt Nam với nước ngoài, được thực hiện theo các điều ước quốc tế, pháp luật quốc gia hoặc nguyên tắc có đi có lại, theo đó, nước được yêu cầu sẽ chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại nước mình đến nước tiếp nhận, theo nguyện vọng của người đang chấp hành án phạt tù để người này tiếp tục chấp hành hình phạt tù trên lãnh thổ của nước tiếp nhận, trong điều kiện chấp hành án thuận lợi, phù hợp hơn đối với họ.

Từ khái niệm trên, có thể thấy rằng, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù bao gồm các yếu tố sau đây:

- Thứ nhất, **cơ sở pháp lý** thực hiện hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt

tù là các điều ước quốc tế song phương⁶, đa phương⁷ được nước chuyển giao và nước tiếp nhận ký kết. Đồng thời, hoạt động này còn được thực hiện theo pháp luật của quốc gia⁸. Ngoài ra, các nước cũng có thể vận dụng nguyên tắc “*có đi có lại*” để TN, CG người đang chấp hành án phạt tù cho nhau khi không có cơ sở pháp lý quốc tế chung⁹.

- Thứ hai, **chủ thể** thực hiện hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù gồm nước chuyển giao và nước tiếp nhận. Trong đó, nước chuyển giao là nước đã kết án phạt tù và đang thi hành bản án này đối với người được chuyển giao. Nước tiếp nhận là nước đồng ý tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù từ lãnh thổ nước

⁶ Tính đến nay, Việt Nam đã ký Hiệp định chuyên giao người bị kết án phạt tù (hiệp định riêng về chuyên giao người bị kết án phạt tù) với: Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai Len (2008); Australia (2008); Hàn Quốc (2009); Vương quốc Thái Lan (2010); Liên bang Nga (2013) và Campuchia (2016). Bên cạnh đó, Việt Nam cũng đang đàm phán để ký hiệp định chuyên giao người bị kết án phạt tù với Ấn Độ, Tây Ban Nha, Cộng hòa Séc. Ngoài ra, trong thời gian tới, Việt Nam sẽ triển khai kế hoạch đàm phán với Philippines, Srilanka, Italia, Israel, Mỹ, Pháp, Angola, Mông Cổ, Lào, Cu Ba, Singapore, Hong Kong, Trung Quốc, Malaysia... về vấn đề này. Trước đó, Việt Nam đã ký Hiệp định TTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự với Hungary năm 1985, Ba Lan năm 1993 (trong hai Hiệp định này có một phần nội dung điều chỉnh hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa hai bên ký kết).

⁷ Chẳng hạn, Công ước Liên hợp quốc về phòng chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000 (Điều 17), Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003 (Điều 45)...

⁸ Chẳng hạn, BLTTHS 2003, BLTTHS 2015, Luật TTTP 2007, Luật Thi hành án hình sự 2010, Thông tư liên tịch số 01/2013/TTLT-BCA-BTP-BNG-VKSNDTC-TANDTC hướng dẫn việc tiếp nhận, chuyển giao, tiếp tục thi hành án đối với người đang chấp hành án phạt tù...

⁹ Xem khoản 2 Điều 4, khoản 2 Điều 49 Luật TTTP 2007; khoản 2 Điều 492 BLTTHS 2015.

⁴ Xem thêm Ngô Hữu Phước-Lê Đức Phương, *Chuyển giao người bị kết án phạt tù theo pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 04, năm 2016, tr. 62.

⁵ Xem thêm Ngô Hữu Phước-Lê Đức Phương, *Chuyển giao người bị kết án phạt tù trong Luật quốc tế và pháp luật Việt Nam với vấn đề bảo đảm quyền con người*, Nxb. Hồng Đức, 2016, tr. 21-28.

chuyển giao vào lãnh thổ nước mình để người này tiếp tục chấp hành án phạt tù trên lãnh thổ nước mình. Về nguyên tắc, nước tiếp nhận là nước mà người được chuyển giao là công dân. Hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù được thực hiện thông qua các cơ quan tư pháp trung ương¹⁰.

- *Thứ ba, đối tượng* được chuyển giao là người đang chấp hành hình phạt tù có thời hạn hoặc không thời hạn trên lãnh thổ của nước chuyển giao theo bản án của nước chuyển giao. Pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết cũng quy định một số điều kiện khác của đối tượng được chuyển giao và tiếp nhận như: Về nguyên tắc, họ phải là công dân của nước tiếp nhận; vào thời điểm nhận được yêu cầu chuyển giao, thời hạn chưa chấp hành hình phạt tù của đối tượng phải còn ít nhất là một năm; trong trường hợp đặc biệt, thời hạn này còn ít nhất là sáu tháng; người đang chấp hành án phạt tù phải chấp thuận thì việc chuyển giao, tiếp nhận mới có thể được thực hiện ...

- *Thứ tư, mục đích* mà các nước thực hiện TN, CG người đang chấp hành án phạt tù trước hết và chủ yếu là vì lợi ích của người được chuyển giao, trên cơ sở nguyện vọng của họ¹¹. Bởi lẽ, thực tiễn thi hành án hình sự cho thấy, đối với phạm nhân là người nước ngoài, khi chấp hành hình phạt

tù ở nước sở tại, họ gặp phải nhiều khó khăn hơn so với phạm nhân là công dân nước sở tại, như sự bất đồng ngôn ngữ, quy chế của trại giam về giáo dục, cải tạo, sinh hoạt không phù hợp với đặc điểm tâm sinh lý, văn hóa của họ. Nếu được chuyển giao về nước mà họ là công dân hoặc một nước tiếp nhận thích hợp để tiếp tục chấp hành án phạt tù thì những bất lợi này có thể được giải quyết. Đồng thời, họ sẽ có cơ hội được gặp gỡ, động viên tinh thần thường xuyên hơn từ người thân của mình. Những điều kiện đó giúp họ cải tạo tốt hơn, tái hòa nhập cộng đồng một cách thuận lợi hơn sau khi chấp hành xong án phạt tù. Đặc biệt, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù có ý nghĩa rất quan trọng đối với những người bị tuyên hình phạt tù có thời hạn dài hoặc tù chung thân và phải chấp hành án tại những nước có nền văn hóa quá khác biệt hoặc điều kiện giam giữ khắc nghiệt. Ngoài ra, thông qua hoạt động này, hiệu quả thi hành án phạt tù sẽ được nâng cao, phù hợp với nguyên tắc nhân đạo trong pháp luật hình sự và thi hành án hình sự của Việt Nam cũng như của nhiều nước.

Về các vấn đề pháp lý cụ thể khác liên quan đến hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù như điều kiện TN, CG; từ chối yêu cầu chuyển giao; hồ sơ, tài liệu, trình tự, thủ tục tiếp nhận, chuyển giao; quyết định chuyển giao, thi hành quyết định chuyển giao; tiếp tục chấp hành hình phạt sau chuyển giao; chi phí TN, CG... sẽ được quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và trong các văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam.

2. Phân biệt tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù với dẫn độ

¹⁰ Xem Điều 493 BLTTHS năm 2015 và Điều 3 trong các Hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam ký với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ailen năm 2008; Australia năm 2008; Hàn Quốc năm 2009; Thái Lan năm 2010; Liên bang Nga năm 2013; Campuchia năm 2016.

¹¹ “Lời mở đầu” của các Hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ailen, Australia, Hàn Quốc, Thái Lan, Nga, Tây Ban Nha..., Công ước của Hội đồng châu Âu về chuyển giao người bị kết án năm 1983 đã khẳng định rất rõ ràng về mục đích này.

Ở góc độ khoa học pháp lý, trên cơ sở nghiên cứu, tổng hợp quy định của pháp luật Việt Nam, các điều ước quốc tế về dẫn độ mà Việt Nam là thành viên, tác giả cho rằng: *Dẫn độ là một hoạt động HTQT trong TTTHS giữa Việt Nam với nước ngoài, được thực hiện trên cơ sở pháp luật quốc tế¹², pháp luật quốc gia¹³ hoặc nguyên tắc có đi có lại¹⁴, theo đó, nước được yêu cầu sẽ chuyển giao người đã thực hiện hành vi phạm tội thuộc thẩm quyền truy cứu trách nhiệm hình sự của nước yêu cầu đang có mặt trên lãnh thổ nước mình hoặc đã bị tòa án của nước yêu cầu kết án bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật cho nước yêu cầu để nước này truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc thi hành án đối với người đó.*

¹² Chẳng hạn, hoạt động dẫn độ giữa Việt Nam với nước ngoài có thể được thực hiện theo các điều ước quốc tế đa phương về phòng chống tội phạm mà Việt Nam là thành viên, trừ các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã bảo lưu điều khoản về dẫn độ, điển hình như Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000 (nội dung dẫn độ tại Điều 16); Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003 (nội dung dẫn độ tại Điều 44); Công ước ASEAN về chống khủng bố năm 2007 (nội dung dẫn độ tại Điều XIII và XIV)... Hoặc được thực hiện theo các điều ước quốc tế song phương như các Hiệp định TTTP về dân sự và hình sự (trong các Hiệp định này có một phần nội dung điều chỉnh hoạt động dẫn độ) mà Việt Nam ký với Tiệp Khắc (cũ) năm 1982; Cu Ba năm 1984; Hungary năm 1985; Bungari năm 1986; Ba Lan năm 1993; Lào năm 1998; Nga năm 1998; Ucraina năm 2000; Mông Cổ năm 2000; Belarus năm 2000; Triều Tiên năm 2002 và các Hiệp định dẫn độ (hiệp định riêng về dẫn độ) mà Việt Nam ký với Hàn Quốc năm 2003; Angiêri năm 2010; Ấn Độ năm 2011; Australia năm 2012; Campuchia năm 2013; Indonesia năm 2013...

¹³ Chẳng hạn, BLTTHS 2003 quy định về dẫn độ tại Điều 343 và 344; BLTTHS 2015 quy định về dẫn độ từ Điều 498 đến Điều 506; Luật TTTP 2007 quy định về dẫn độ tại Chương IV từ Điều 32 đến Điều 48...

¹⁴ Xem khoản 2 Điều 4 Luật TTTP 2007; khoản 2 Điều 492 BLTTHS 2015.

Tổng quan, có thể thấy rằng, TN, CG người bị kết án phạt tù và dẫn độ có những điểm tương tự nhau về: (i) Chủ thể thực hiện hoạt động; (ii) Cơ sở pháp lý thực hiện hoạt động; (iii) Điều có hành vi chuyển giao, tiếp nhận một cá nhân giữa hai quốc gia.

Tuy nhiên, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù với dẫn độ cũng có những điểm khác biệt sau đây:

- Thứ nhất, về mục đích

Khác với hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù, mục đích thực hiện hoạt động dẫn độ là thông qua dẫn độ, nước dẫn độ tạo điều kiện thuận lợi để nước yêu cầu dẫn độ: (i) Truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người bị dẫn độ; hoặc (ii) Thi hành bản án đã có hiệu lực pháp luật mà Tòa án nước yêu cầu đã tuyên đối với người bị dẫn độ.

Nói cách khác, thông qua hoạt động dẫn độ, nước dẫn độ tạo điều kiện thuận lợi để giúp nước yêu cầu dẫn độ có cơ sở thực thi quyền tài phán của mình đối với người bị dẫn độ bằng việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người này hoặc để giúp nước yêu cầu dẫn độ thi hành bản án đã có hiệu lực của Tòa án nước mình đối với người bị dẫn độ.

- Thứ hai, về đối tượng

+ *Các loại đối tượng:* Khác với hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù, đối tượng bị dẫn độ gồm 2 loại: (i) Người đã thực hiện hành vi vi phạm pháp luật hình sự của nước yêu cầu dẫn độ, nhưng chưa bị nước yêu cầu dẫn độ truy cứu trách nhiệm hình sự và người này hiện đang có mặt trên lãnh thổ của nước dẫn độ hoặc (ii) Người đã bị Tòa án nước yêu cầu dẫn độ xét xử bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật, nhưng người này trốn tránh việc

thi hành bản án đó và hiện đang có mặt trên lãnh thổ của nước dẫn độ.

Như vậy, trong trường hợp dẫn độ nhằm mục đích để nước yêu cầu dẫn độ thi hành bản án đối với người bị dẫn độ, thì đối tượng bị dẫn độ cũng tương tự như đối tượng trong hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù (đều là người đã bị kết án bằng một bản án đã có hiệu lực). Tuy nhiên, đối tượng của hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù phải là người đang chấp hành án phạt tù đó tại lãnh thổ nước chuyển giao theo bản án do chính Tòa án nước chuyển giao tuyên. Trong khi đó, đối tượng bị dẫn độ trong trường hợp này là người đã bị Tòa án nước yêu cầu dẫn độ xét xử bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật, nhưng người này trốn tránh việc thi hành bản án đó và hiện đang có mặt trên lãnh thổ của nước dẫn độ.

+ *Quốc tịch của đối tượng*: Như đã trình bày trong hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù, đối tượng được tiếp nhận, chuyển giao, về nguyên tắc phải là công dân của nước tiếp nhận. Trong khi đó, đối tượng bị dẫn độ có thể là: (i) Công dân của nước yêu cầu dẫn độ; (ii) Người không quốc tịch hoặc (iii) Công dân của nước thứ ba. Vấn đề cần lưu ý ở đây là, đối tượng bị dẫn độ về nguyên tắc sẽ không bao gồm người là công dân của nước dẫn độ. Pháp luật và thực tiễn dẫn độ cho thấy, một nguyên tắc phổ biến được áp dụng là “*không dẫn độ công dân*”. Trong trường hợp đối tượng bị yêu cầu dẫn độ là công dân nước được yêu cầu dẫn độ thì nước này sẽ từ chối dẫn độ. Tương tự, nếu đối tượng bị yêu cầu dẫn độ là công dân Việt Nam thì Việt Nam sẽ từ chối dẫn độ¹⁵ và theo yêu

cầu của cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài, cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam có trách nhiệm xem xét, quyết định để truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc cho thi hành bản án, quyết định hình sự của Tòa án nước ngoài đối với công dân Việt Nam bị từ chối dẫn độ¹⁶.

+ *Ý chí của đối tượng*: Như đã phân tích, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù cần phải có sự đồng ý của người đang chấp hành án phạt tù hoặc người đại diện hợp pháp của họ và sự đồng ý của nước chuyển giao và nước tiếp nhận. Trong khi đó, hoạt động dẫn độ được thực hiện khi có sự chấp thuận của nước dẫn độ mà không phụ thuộc vào sự đồng ý hay không đồng ý của đối tượng bị dẫn độ. Chính vì vậy, để bảo đảm cho việc xem xét yêu cầu dẫn độ hoặc thi hành quyết định dẫn độ, BLTTTHS 2015 đã quy định các biện pháp ngăn chặn, căn cứ và thẩm quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn áp dụng đối với người bị dẫn độ gồm bắt, tạm giam, cấm đi khỏi nơi cư trú, đặt tiền để bảo đảm, tạm hoãn xuất cảnh (Điều 502). Trước đó, Luật TTTP 2007 cũng đã quy định khi nhận được yêu cầu chính thức của nước ngoài về việc dẫn độ, cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam có thể áp dụng các biện pháp ngăn chặn theo quy định của pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên để bảo đảm cho việc xem xét yêu cầu dẫn độ (Điều 41).

3. Phân biệt hoạt động tiếp nhận, chuyển giao người bị kết án phạt tù với tương trợ tư pháp về hình sự

Ở góc độ khoa học pháp lý, trên cơ sở nghiên cứu, tổng hợp các quy định của pháp luật quốc gia và các điều ước quốc tế liên

¹⁵ Xem khoản 1 Điều 343 BLTTTHS 2003; điểm a khoản 1 Điều 35 Luật TTTP 2007.

¹⁶ Xem các điều 498, 499, 500, 501 BLTTTHS 2015.

quan đến TTTP về hình sự mà Việt Nam là thành viên, tác giả cho rằng:

TTTP về hình sự là một hoạt động HTQT trong TTHS giữa Việt Nam với nước ngoài, được thực hiện trên cơ sở pháp luật quốc tế¹⁷, pháp luật quốc gia¹⁸ hoặc nguyên tắc có đi có lại¹⁹, theo đó, cơ quan có thẩm quyền của nước được yêu cầu thực hiện các hành vi hỗ trợ, giúp đỡ cho cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu để cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu có điều kiện tiến hành điều tra, truy tố, xét xử vụ án hình sự một cách thuận lợi và hiệu quả nhất.

Như vậy, về tổng quan, TTTP về hình sự có những điểm tương tự với TN, CG người đang chấp hành án phạt tù về: (i) Chủ thể thực hiện hoạt động; (ii) Cơ sở pháp lý thực hiện hoạt động; (iii) Điều có hành vi

hợp tác giữa cơ quan có thẩm quyền của hai bên. Tuy nhiên, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù khác với TTTP về hình sự ở các vấn đề sau đây:

- Thứ nhất, về phạm vi:

Như đã phân tích, phạm vi của hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là sự hợp tác giữa hai nước về việc tiếp nhận và chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù từ nước chuyển giao đến nước tiếp nhận để người này tiếp tục chấp hành án phạt tù trên lãnh thổ nước tiếp nhận. Trong khi đó, căn cứ vào các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết với nước ngoài và quy định của pháp luật Việt Nam liên quan đến TTTP về hình sự, có thể thấy, phạm vi của hoạt động TTTP về hình sự là sự hợp tác giữa hai nước về việc thực hiện nhiều hành vi khác nhau trong quá trình giải quyết vụ án hình sự như: Tổng đạt giấy tờ, hồ sơ, tài liệu liên quan đến vụ án; triệu tập người làm chứng, người giám định; thu thập, cung cấp chứng cứ, lời khai; xác minh thu nhập, tài sản, công cụ hoặc đồ vật có liên quan đến vụ án; tạo điều kiện khám xét, bắt giữ; tiến hành truy cứu trách nhiệm hình sự; trao đổi thông tin và các yêu cầu TTTP khác về hình sự²⁰.

Có thể nói rằng, TTTP về hình sự là hoạt động HTQT trong TTHS có phạm vi rộng, bao trùm hầu hết các hành vi cụ thể được thực hiện trong các giai đoạn của TTHS từ điều tra, truy tố đến xét xử vụ án hình sự. Trong khi đó, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là sự hợp tác giữa hai nước chỉ trong giai đoạn thi hành án hình sự.

¹⁷ Chẳng hạn, hoạt động TTTP về hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài có thể được thực hiện theo các điều ước quốc tế đa phương về phòng chống tội phạm mà Việt Nam là thành viên, điển hình như Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000; Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003; Hiệp định ASEAN về TTTP về hình sự năm 2004... Hoặc được thực hiện theo các điều ước quốc tế song phương như các Hiệp định TTTP về dân sự và hình sự mà Việt Nam ký với các nước (xem footnote số 12, bổ sung: Hiệp định TTTP về dân sự và hình sự giữa Việt Nam với Trung Quốc ký năm 1998) và theo các Hiệp định TTTP về hình sự (hiệp định riêng về TTTP về hình sự) mà Việt Nam ký với Hàn Quốc năm 2003; Ấn Độ năm 2007; Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ailen năm 2009; Angiêri năm 2010; Indonesia năm 2013; Tây Ban Nha năm 2015; Campuchia năm 2016...

¹⁸ Chẳng hạn, nhằm cụ thể hóa các quy định chung về hợp tác quốc tế trong tổ tụng hình sự theo BLTTHS 2003, Luật TTTP 2007 điều chỉnh hoạt động TTTP về hình sự tại Chương III, từ Điều 17 đến Điều 31; BLTTHS 2015 tiếp tục khẳng định TTTP về hình sự là một trong những hoạt động HTQT trong TTHS (khoản 2 Điều 491).

¹⁹ Xem khoản 2 Điều 4 Luật TTTP 2007; khoản 2 Điều 492 BLTTHS 2015.

²⁰ Xem Điều 17 Luật TTTP năm 2007 về "Phạm vi TTTP về hình sự" và điều khoản về phạm vi TTTP về hình sự trong các Hiệp định Việt Nam ký kết với nước ngoài.

Vì vậy, cũng cần lưu ý rằng, các quy định về “Việc giao nhận, chuyển giao tài liệu, đồ vật, tiền liên quan đến vụ án” (Điều 346) và “Việc chuyển giao hồ sơ, vật chứng của vụ án” (Điều 345) trong BLTTHS 2003 và “Việc tiếp nhận, chuyển giao tài liệu, đồ vật liên quan đến vụ án” (Điều 497) trong BLTTHS 2015 thực chất là những hành vi cụ thể thuộc phạm vi hoạt động TTTP về hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài.

- Thứ hai, về mục đích:

Khác với hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù, mục đích của TTTP về hình sự là nước yêu cầu TTTP về hình sự đề nghị nước được yêu cầu TTTP về hình sự thực hiện các hành vi cụ thể nhằm giúp cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu có điều kiện thuận lợi để tiến hành điều tra, truy tố, xét xử vụ án hình sự một cách hiệu quả nhất. Thực tiễn cho thấy, TTTP về hình sự thường được đặt ra khi cơ quan có thẩm quyền của một nước đang giải quyết vụ án hình sự có yếu tố nước ngoài như vụ án có bị can, bị cáo là người nước ngoài hay có đồng phạm ở nước ngoài; có giấy tờ, hồ sơ, tài liệu, đồ vật, vật chứng, tài sản liên quan đến vụ án ở nước ngoài...

Từ đó, cũng cần phân biệt hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù với “*Sự có mặt của người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam ở nước ngoài; người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại nước ngoài ở Việt Nam*” được quy định tại Điều 496 của BLTTHS 2015. Cụ thể, “Cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam có thể đề nghị cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài cho người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại nước được đề nghị có

mặt ở Việt Nam để phục vụ việc giải quyết vụ án hình sự” (khoản 1 Điều 496) và “Theo đề nghị của cơ quan có thẩm quyền nước ngoài, cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam có thể cho phép người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam có mặt ở nước đã đề nghị để phục vụ việc giải quyết vụ án hình sự” (khoản 2 Điều 496).

Như vậy, giữa TN, CG người đang chấp hành án phạt tù với vấn đề bảo đảm sự có mặt của các đối tượng được đề cập tại Điều 496 BLTTHS 2015 từ lãnh thổ Việt Nam đến lãnh thổ nước yêu cầu và từ nước ngoài đến lãnh thổ Việt Nam, đều có hành vi TN, CG đối tượng giữa hai nước. Đồng thời, trong số các đối tượng chuyển giao theo Điều 496 cũng bao gồm người đang chấp hành án phạt tù. Tuy nhiên, giữa hai hoạt động TN, CG này có sự khác nhau về *mục đích*. Mục đích của hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là vì lợi ích của người được chuyển giao; thông qua việc chuyển giao, họ được tiếp tục chấp hành án phạt tù với điều kiện thuận lợi và phù hợp hơn trên lãnh thổ của nước tiếp nhận. Trong khi đó, mục đích của hoạt động chuyển giao người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù theo Điều 496 giữa Việt Nam với nước ngoài là để phục vụ việc giải quyết vụ án hình sự tại Việt Nam hoặc tại nước yêu cầu. Thông qua việc TN, CG, các đối tượng này sẽ hỗ trợ, tạo điều kiện thuận lợi để nước tiếp nhận giải quyết vụ án hình sự tại nước mình. Như vậy, hành vi TN, CG để bảo đảm sự có mặt của các đối tượng tại Điều 496 BLTTHS 2015 thuộc phạm vi hoạt động TTTP về hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài. Trước đó, Luật TTTP 2007 cũng đã quy

định: “Người đang chấp hành hình phạt tù tại Việt Nam có thể được dẫn giải cho cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu để cung cấp chứng cứ trong vụ án hình sự tại nước yêu cầu” (khoản 1 Điều 25). Ngoài ra, nhiều Hiệp định TTTP về hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài cũng đã có thỏa thuận về vấn đề này²¹.

Ngoài ra, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù với TN, CG người đang chấp hành án phạt tù theo Điều 496 BLTTHS 2015 còn khác nhau về *thời hạn chuyển giao*. Cụ thể, đối với hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù thì người đang chấp hành án phạt tù được chuyển giao đến lãnh thổ nước tiếp nhận để tiếp tục chấp hành án phạt tù còn lại tại lãnh thổ nước tiếp nhận. Sau khi chấp hành xong án phạt tù, người đó sẽ không bị nước tiếp nhận chuyển giao ngược trở lại lãnh thổ của nước chuyển giao. Trong khi đó, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và người làm chứng, người giám định theo Điều 496 BLTTHS 2015 thực chất chỉ là *tạm thời chuyển giao, tiếp nhận*. Nghĩa là các đối tượng này sẽ được chuyển giao đến lãnh thổ nước yêu cầu (nước tiếp nhận) trong một thời hạn nhất định. Sau khi hoàn thành nhiệm vụ của mình trong vụ án hình sự đang được nước tiếp nhận giải quyết, chẳng hạn cung cấp chứng cứ, đối chất, nhận dạng, giám định xong... họ sẽ được nước tiếp nhận chuyển giao trở lại cho nước chuyển giao.

²¹ Xem Điều 11, 12 Hiệp định TTTP về hình sự với Hàn Quốc năm 2003; Điều 13, 14 Hiệp định với Ấn Độ năm 2007; Điều 11, 12 Hiệp định với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ailen năm 2009; Điều 9 Hiệp định với Angiêri năm 2010; Điều 12 Hiệp định với Indonesia năm 2013...

Trước đó, Luật TTTP 2007 cũng quy định: “Thời gian mà người đang chấp hành hình phạt tù bị dẫn giải, lưu lại ở nước yêu cầu được tính vào thời hạn chấp hành hình phạt tù của người đó” (khoản 3 Điều 25) và “Cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu phải cam kết bằng văn bản về việc bảo đảm an toàn tính mạng, sức khỏe, điều kiện ăn ở, đi lại, *thời hạn*, phương thức tiếp nhận, *trao trả* và các điều kiện cụ thể khác liên quan đến việc dẫn giải do cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền của Việt Nam đề nghị” (khoản 2 Điều 25).

Kết luận

Trong quá trình giải quyết các vụ án hình sự, đặc biệt là các vụ án hình sự có yếu tố nước ngoài, cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và nước ngoài phải có sự hợp tác thông qua nhiều hoạt động khác nhau như dẫn độ, TTTP về hình sự, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù... phù hợp với từng giai đoạn tố tụng và yêu cầu tố tụng. Bên cạnh những đặc điểm pháp lý chung xuất phát từ bản chất đều là những hoạt động HTQT trong TTHS, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù khác biệt với dẫn độ, TTTP về hình sự thông qua các đặc điểm pháp lý riêng về mục đích, đối tượng, phạm vi hợp tác. Đó cũng chính là những dấu hiệu pháp lý cơ bản nhất để nhận diện và phân biệt các hoạt động HTQT trong TTHS. Việc nghiên cứu vấn đề này có ý nghĩa quan trọng về pháp lý và thực tiễn, đặc biệt trong bối cảnh Việt Nam đang hoàn thiện pháp luật quốc gia, tăng cường ký kết và thực hiện các điều ước quốc tế về HTQT trong TTHS để giải quyết hiệu quả các vụ án hình sự có yếu tố nước ngoài.

HOẠT ĐỘNG XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI VÀ TRUNG GIAN THƯƠNG MẠI THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Nguyễn Văn Tuyên*

Tóm tắt: Trên cơ sở phân tích, bình luận bản chất pháp lý của các hành vi trong hoạt động xúc tiến thương mại và trung gian thương mại, tác giả chỉ ra một số hạn chế, bất cập, đồng thời đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract: Basing on analysing and commenting legal nature of trade promotion activities and trade intermediary service, this paper points out relevant shortcoming and obstacles and makes related proposals.

1. Hoạt động xúc tiến thương mại

Theo quy định tại khoản 10, Điều 3 Luật Thương mại 2005, *xúc tiến thương mại* được định nghĩa “là hoạt động thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ, bao gồm hoạt động khuyến mại, quảng cáo thương mại, trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ và hội chợ, triển lãm thương mại”. Trong điều kiện nền kinh tế thị trường, xúc tiến thương mại có vai trò đặc biệt quan trọng, bởi đó là cầu nối giữa các nhà sản xuất, kinh doanh với nhau hoặc giữa các nhà sản xuất, nhà kinh doanh với người tiêu dùng. Nhờ có hoạt động xúc tiến thương mại, các doanh nghiệp có nhiều cơ hội hơn để mở rộng thị trường. Trên thực tế, các hành vi thương mại trong hoạt động xúc tiến thương mại còn được biết đến như là một trong những phương thức cạnh tranh khá hiệu quả của mỗi doanh nghiệp và vì thế, đôi khi khó nhận ra ranh giới thực sự giữa hành vi cạnh tranh lành mạnh và cạnh tranh không lành mạnh.

Về phương diện lý thuyết, các hành vi thương mại trong hoạt động xúc tiến thương mại (sau đây xin viết tắt là hành vi xúc tiến

thương mại) có những đặc trưng pháp lý cơ bản sau:

Thứ nhất, hành vi xúc tiến thương mại chỉ hỗ trợ cho hoạt động bán hàng của các doanh nghiệp. Hành vi đó có thể được thực hiện bởi các công ty chuyên kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại hoặc chính những doanh nghiệp bán hàng. Đây là sự khác biệt bản chất giữa hành vi xúc tiến thương mại với hành vi mua bán hàng hoá.

Thứ hai, chủ thể của hành vi xúc tiến thương mại có thể là chính doanh nghiệp tự mình tiến hành các hoạt động xúc tiến thương mại như cam kết khuyến mại cho khách hàng, tự quảng cáo thông qua việc thiết kế mẫu mã sản phẩm, hoặc tìm cách xây dựng cho mình một phong cách bán hàng độc đáo, xây dựng thương hiệu, hoặc tự mình tổ chức các hội chợ triển lãm. Doanh nghiệp cũng có thể lựa chọn phương thức thuê các công ty chuyên kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại. Phương thức này đặc biệt thích hợp và hiệu quả khi các doanh nghiệp muốn mở rộng thị phần ở nước ngoài, nhất là ở những thị trường khó tính như thị trường châu Âu và thị trường Mỹ, thị trường Nhật Bản.

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thứ ba, hành vi xúc tiến thương mại có khi là một cam kết đơn phương của chính doanh nghiệp bán hàng (ví dụ: khuyến mại của thương nhân), hoặc cũng có thể là một cam kết song phương – tức là hợp đồng giữa công ty chuyên xúc tiến thương mại với doanh nghiệp (ví dụ: Trường hợp doanh nghiệp thuê dịch vụ quảng cáo, thuê dịch vụ trưng bày, giới thiệu sản phẩm, tìm kiếm thị trường, thuê triển lãm thương mại của các công ty kinh doanh dịch vụ xúc tiến thương mại). Thậm chí, có những hành vi xúc tiến thương mại không thể hiện rõ ràng là một cam kết đơn phương hoặc song phương, ví dụ như hành vi tự quảng cáo trên sản phẩm của doanh nghiệp hoặc tự quảng cáo bằng chất lượng bán hàng, thương hiệu của doanh nghiệp.

Trong thực tiễn kinh doanh cũng như trong pháp luật thực định, các hành vi xúc tiến thương mại được thừa nhận khá đa dạng về thể loại¹. Tuy nhiên, theo pháp luật thương mại Việt Nam, xúc tiến thương mại được biết đến bao gồm các hành vi chủ yếu sau đây:

Hành vi khuyến mại

Khuyến mại nhằm xúc tiến việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ bằng cách dành cho khách hàng những lợi ích nhất định. Về bản chất, khuyến mại là một cam kết đơn phương của thương nhân dành cho khách hàng những lợi ích nhất định để thu hút khách hàng và qua đó dễ dàng tiêu thụ hàng hoá, dịch vụ. Do là một cam kết đơn phương nên chỉ cần có sự công bố chính thức của thương nhân về thể thức và nội

dung khuyến mại là hành vi đó ngay lập tức có giá trị pháp lý ràng buộc đối với thương nhân. Khi khách hàng chứng minh được rằng họ có đủ điều kiện để được hưởng chính sách khuyến mại thì thương nhân phải thực hiện đúng nội dung khuyến mại. Trong trường hợp việc khuyến mại được thực hiện bởi thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại, bên thuê dịch vụ khuyến mại vẫn phải chịu trách nhiệm trực tiếp với khách hàng về cam kết khuyến mại do mình đưa ra; bên cung ứng dịch vụ khuyến mại chỉ chịu trách nhiệm với bên thuê dịch vụ theo cam kết trong hợp đồng dịch vụ khuyến mại. Nói cách khác, khi tiến hành công việc khuyến mại theo hợp đồng dịch vụ khuyến mại, bên cung ứng dịch vụ khuyến mại không nhân danh mình mà nhân danh bên thuê dịch vụ để thực hiện các cam kết khuyến mại với khách hàng. Do đó, nếu khách hàng không được hưởng các quyền lợi theo chính sách khuyến mại đã công bố (ví dụ, không được nhận quà tặng hoặc không được giảm giá... theo cam kết khuyến mại của người bán hàng) thì họ chỉ có thể đối kháng với bên đưa ra cam kết khuyến mại chứ không thể đối kháng với bên cung ứng dịch vụ khuyến mại.

Điều 92 Luật Thương mại 2005 quy định các hình thức khuyến mại. Trong thực tiễn kinh doanh, vì mục tiêu bán hàng nhanh chóng, các doanh nghiệp có thể thực hiện đồng thời nhiều hình thức khuyến mại khác nhau để đạt được hiệu quả cao nhất. Đôi khi, doanh nghiệp có thể xây dựng chương trình khuyến mại riêng cho từng loại hoặc nhóm khách hàng cụ thể.

Hành vi quảng cáo thương mại

Quảng cáo thương mại là hành vi xúc tiến thương mại của thương nhân bằng cách

¹ Xem thêm: TS. Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu Luật thương mại Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2000, tr. 312.

trực tiếp (tự quảng cáo) hoặc gián tiếp (thuê doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ quảng cáo) giới thiệu hàng hoá, dịch vụ hoặc giới thiệu hoạt động kinh doanh của mình nhằm thu hút sự chú ý của khách hàng để tiêu thụ sản phẩm do mình cung cấp. Theo luật định, mọi thương nhân và các chi nhánh của thương nhân đều có quyền thực hiện hành vi quảng cáo thương mại. Giống như hoạt động khuyến mại, mỗi thương nhân đều có thể tự mình tiến hành quảng cáo hoặc thuê doanh nghiệp chuyên quảng cáo thương mại thực hiện việc quảng cáo cho mình trên cơ sở hợp đồng. Tuy nhiên, khác biệt của hành vi này so với hành vi tự khuyến mại là, nếu thương nhân tự quảng cáo cho mình thì đó không phải là một cam kết pháp lý của thương nhân đối với khách hàng. Mặt khác, hành vi cung ứng dịch vụ quảng cáo thương mại của thương nhân cho một hoặc nhiều thương nhân khác không có ý nghĩa là một hành vi xúc tiến thương mại, bởi lẽ không gắn liền với mục tiêu tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội đầu tư, cơ hội kinh doanh của chính thương nhân đó. Nói cách khác, hoạt động dịch vụ quảng cáo thương mại của một thương nhân luôn có bản chất là một dịch vụ thương mại, mặc dù trên thực tế hành vi này cũng có tác dụng góp phần thúc đẩy hoạt động mua bán hàng hoá, dịch vụ trên thị trường.

Trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ tại hội chợ, triển lãm thương mại

Đây là những hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân, bằng cách tự trung bày, giới thiệu sản phẩm hàng hoá, dịch vụ của mình với khách hàng hoặc thông qua tổ chức chuyên trung bày, giới thiệu tại hội chợ, triển lãm thương mại. Theo luật định, thương nhân và các chi

nhánh của nó được quyền tự trung bày, giới thiệu sản phẩm hàng hoá, dịch vụ của mình hoặc thông qua hợp đồng dịch vụ với tổ chức khác. Giống như hoạt động quảng cáo thương mại, việc tự trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ của thương nhân không phải là một cam kết pháp lý của thương nhân đối với khách hàng. Nếu thông qua một hợp đồng dịch vụ với thương nhân chuyên trung bày, giới thiệu hàng hoá thì về bản chất, hợp đồng đó không phải là một cam kết pháp lý của thương nhân (bên có hàng hoá, dịch vụ được trung bày, giới thiệu) với người mua hàng (bên có nhu cầu mua hàng hoá, dịch vụ).

Theo Điều 120 Luật Thương mại 2005, các thương nhân được phép trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ cho mình thông qua những hình thức sau đây:

1. Mở phòng trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ.
2. Trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ tại các trung tâm thương mại hoặc trong các hoạt động giải trí, thể thao, văn hoá, nghệ thuật.
3. Tổ chức hội nghị, hội thảo có trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ.
4. Trung bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ trên Internet và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

Pháp luật cũng quy định các hàng hoá, dịch vụ cấm trung bày, giới thiệu hay tham gia hội chợ triển lãm thương mại hàng hoá, dịch vụ ở trong nước và nước ngoài. Những hàng hoá, dịch vụ không được phép trung bày, giới thiệu hoặc triển lãm tại hội chợ thường là hàng hoá, dịch vụ cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh, chưa được phép lưu thông hoặc cấm nhập khẩu theo quy

định của pháp luật. Trong trường hợp trưng bày, giới thiệu, tham gia hội chợ triển lãm thương mại ở nước ngoài, về nguyên tắc mọi hàng hoá, dịch vụ của thương nhân đều được phép xuất khẩu ra nước ngoài để trưng bày, giới thiệu hoặc tham gia hội chợ triển lãm, trừ hàng hoá thuộc diện cấm xuất khẩu theo quy định của pháp luật.

2. Hoạt động trung gian thương mại

Theo quy định tại khoản 11 Điều 3 Luật Thương mại 2005, các hoạt động trung gian thương mại bao gồm hoạt động đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, uỷ thác mua bán hàng hoá và đại lý thương mại. Về phương diện lý thuyết, mỗi hành vi trung gian thương mại có những đặc điểm pháp lý riêng, mặc dù giữa chúng đều có những điểm chung thuộc về bản chất.

Phân phân tích dưới đây sẽ làm rõ sự tương đồng, khác biệt giữa các hành vi đó với nhau, xét dưới góc độ học thuật.

Đại diện thương mại

Đại diện thương mại là việc một thương nhân (gọi là bên đại diện) nhận uỷ nhiệm của thương nhân khác (gọi là bên giao đại diện) để thực hiện các hoạt động thương mại với danh nghĩa, theo sự chỉ dẫn của thương nhân đó và được hưởng thù lao về việc đại diện.

Bên đại diện không có quyền nhân danh chính mình trong các quan hệ thương mại với khách hàng mà phải nhân danh bên giao đại diện nên bên đại diện không phải chịu trách nhiệm pháp lý trực tiếp với khách hàng, mà chỉ chịu trách nhiệm đối với bên giao đại diện. Bên giao đại diện sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý trực tiếp đối với khách hàng, kể cả về những hậu quả pháp lý do người đại diện của mình gây ra. Để thực

hiện hành vi đại diện thương mại, hai bên phải ký kết một hợp đồng đại diện thương mại. Hợp đồng này về bản chất là hợp đồng uỷ quyền, có nội dung ghi nhận các quyền và nghĩa vụ pháp lý của bên đại diện và bên giao đại diện đối với nhau. Trong đó, nghĩa vụ cơ bản nhất của bên đại diện là thực hiện các hoạt động thương mại nhân danh bên giao đại diện theo đúng chỉ dẫn của bên giao đại diện trong thời hạn đại diện và có quyền nhận phí dịch vụ đại diện thương mại. Còn bên giao đại diện có quyền yêu cầu bên đại diện thực hiện đúng cam kết vì lợi ích của mình và có nghĩa vụ thanh toán phí đại diện cho bên đại diện. Trong nền kinh tế thị trường, hoạt động đại diện thương mại được coi là một nghề kinh doanh khá mới mẻ, với bản chất là một loại hình dịch vụ trung gian thương mại. Tuy nhiên, còn tồn tại một hình thức đại diện cho thương nhân khác không phải là hoạt động trung gian thương mại như trường hợp cá nhân là người đại diện hợp pháp của thương nhân tham gia các quan hệ pháp luật, bao gồm đại diện theo pháp luật và đại diện theo uỷ quyền. Những người đại diện này khác với bên đại diện thương mại ở chỗ, bên đại diện thương mại thực hiện hành vi đại diện như một nghề nghiệp kinh doanh, trong khi những người đại diện theo pháp luật và đại diện theo uỷ quyền của công ty chỉ được phép hành xử như một đại diện dân sự cho công ty và hành vi đại diện của họ không thuộc nhóm dịch vụ trung gian thương mại.

Đại lý thương mại

Đại lý thương mại là hành vi thương mại, theo đó một thương nhân (gọi là bên đại lý) nhân danh chính mình để thực hiện việc mua, bán hàng hoá hoặc cung ứng dịch

vụ đối với khách hàng (gọi là bên thứ ba) theo sự ủy nhiệm của một thương nhân khác (gọi là bên giao đại lý) để hưởng thù lao. Theo quy định của Luật Thương mại, quan hệ đại lý thương mại được xác lập và thực hiện trên cơ sở hợp đồng đại lý thương mại. Về bản chất, hợp đồng đại lý thương mại là một loại hợp đồng dịch vụ theo quy định tại Điều 513 Bộ luật Dân sự 2015.

Điểm khác biệt cơ bản nhất giữa hành vi đại lý thương mại với hành vi đại diện thương mại chính là ở chỗ, bên đại lý thương mại nhân danh chính mình để mua, bán hàng hoá hoặc cung cấp dịch vụ theo yêu cầu của bên giao đại lý và nhận tiền hoa hồng đại lý; còn bên đại diện thương mại chỉ nhân danh bên giao đại diện để hành xử theo đúng chỉ dẫn của bên giao đại diện. Nói cách khác, trong quan hệ đại lý thương mại, bên đại lý thương mại có quyền năng rộng hơn và được toàn quyền chủ động trong việc mua bán hàng hoá, cung cấp dịch vụ với khách hàng. Còn bên đại diện thương mại không được hành xử theo ý mình mà phải thực hiện đúng những chỉ dẫn về thương mại của bên giao đại diện trong thời gian đại diện. Về nguyên tắc, bên giao đại lý phải giao hàng hoá, dịch vụ cho bên đại lý bán hoặc giao tiền cho bên đại lý mua và sau đó trả tiền hoa hồng đại lý (phí đại lý) cho bên đại lý. Trong suốt thời gian bên đại lý cầm giữ hàng hoá giao bán và số tiền giao mua hàng hoá, quyền sở hữu đối với những tài sản này luôn thuộc về bên giao đại lý cho đến khi chúng được chuyển giao cho bên thứ ba - khách hàng là đối tác trong quan hệ mua bán. Mặt khác, bên đại lý phải thực hiện đúng các cam kết với bên giao đại lý về giá bán, chủng loại và chất lượng hàng hoá cũng như chế độ bảo hành, chế độ

khuyến mại đối với hàng hoá, dịch vụ được giao đại lý, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Trong pháp luật thực định cũng như thực tiễn pháp lý, người ta thừa nhận sự tồn tại của các hình thức đại lý chủ yếu sau đây:

Đại lý bao tiêu là hình thức mà bên đại lý thực hiện việc mua, bán trọn vẹn khối lượng hàng hoá hoặc cung ứng đầy đủ một dịch vụ cho bên giao đại lý.

Đại lý độc quyền là hình thức đại lý mà tại một khu vực địa lý nhất định bên giao đại lý chỉ giao cho một đại lý mua, bán một hoặc một số mặt hàng hoặc cung ứng một hoặc một số loại dịch vụ nhất định. Trong khoa học pháp lý, hình thức đại lý này còn được biết đến dưới một tên gọi khác là “đại lý đặc nhượng”, theo đó một thương nhân cam kết bán một số mặt hàng trong một thời gian nhất định và ở một khu vực địa lý nhất định cho một thương nhân bán lẻ duy nhất, ngoài ra không bán cho bất cứ ai trong khu vực đó².

Tổng đại lý mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ là hình thức mà bên đại lý tổ chức một hệ thống đại lý trực thuộc để thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho bên giao đại lý. Tổng đại lý đại diện cho hệ thống đại lý trực thuộc. Các đại lý trực thuộc hoạt động dưới sự quản lý của tổng đại lý và với danh nghĩa của tổng đại lý.

Tại Việt Nam, các hình thức đại lý này cũng tồn tại khá phổ biến và có xu hướng ngày càng phát triển mạnh trong giao lưu thương mại nội địa.

² Xem thêm: Francis Lemeunier, *Nguyên lý và thực hành Luật thương mại*, Luật kinh doanh, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1993, tr. 422.

Ủy thác mua bán hàng hoá

Ủy thác mua bán hàng hoá cũng là một hành vi thương mại, theo đó một thương nhân (gọi là bên nhận uỷ thác) tiếp nhận sự uỷ thác của một thương nhân khác (gọi là bên uỷ thác) về việc mua hoặc bán hàng hoá theo yêu cầu của người này để được nhận tiền phí uỷ thác thông qua hợp đồng – gọi là hợp đồng uỷ thác. Hợp đồng này cũng phải được lập thành văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương giữa bên uỷ thác và bên nhận uỷ thác. Về bản chất, hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá cũng là một loại hợp đồng dịch vụ theo quy định tại Điều 513 Bộ luật Dân sự 2015.

So với hành vi đại lý thương mại, giao dịch uỷ thác mua bán hàng hoá có nhiều điểm tương đồng ví dụ như bên nhận uỷ thác và bên đại lý đều nhân danh chính mình để mua bán hàng hoá với bên thứ ba mà không nhân danh bên uỷ thác hoặc bên giao đại lý. Điều khác biệt thể hiện ở chỗ, đại lý thương mại là một hoạt động thương mại kéo dài trong một thời gian quá trình nhất định và phải tuân thủ giá bán hàng, chế độ bảo hành hay chế độ khuyến mại do bên giao đại lý ấn định; báo cáo tình hình mua, bán hàng hoá hoặc tình hình cung cấp dịch vụ cho bên giao đại lý và chịu sự kiểm tra, giám sát của bên giao đại lý trong suốt thời gian làm đại lý. Ngược lại, uỷ thác mua bán hàng hoá là hoạt động thương mại chỉ có tính nhất thời, đơn lẻ, không kéo dài về thời gian và không có tính chất quá trình, đồng thời bên nhận uỷ thác cũng không bị phụ thuộc nhiều về chính sách kinh doanh với bên uỷ thác.

So với hành vi đại diện thương mại, hành vi uỷ thác thương mại khác biệt ở chỗ, bên nhận uỷ thác nhân danh chính mình khi

tiến hành các công việc được uỷ thác.

Nhằm bảo đảm quyền lợi cho bên nhận uỷ thác, pháp luật của một số nước quy định rằng khi nhận uỷ thác mua bán hàng hoá, bên nhận uỷ thác có quyền ưu tiên đối với giá trị hàng hoá nhận uỷ thác và các tài liệu liên quan để được thanh toán các khoản nợ về thù lao uỷ thác, kể cả các khoản nợ phát sinh từ những hoạt động trước đó³. Thông thường, người nhận uỷ thác có quyền ưu tiên đối với các khoản nợ như: Nợ gốc, lãi, thù lao và chi phí phụ.

Môi giới thương mại

Môi giới thương mại là hành vi thương mại, theo đó một thương nhân làm trung gian (gọi là bên môi giới) cho các bên mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ (gọi là bên được môi giới) trong việc đàm phán, giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ và được hưởng thù lao theo hợp đồng môi giới. Môi giới thương mại góp phần tích cực vào việc hình thành hợp đồng giữa các bên trong giao lưu thương mại, là cầu nối giữa người bán với người mua.

Môi giới thương mại có những điểm khác biệt lớn so với các hình thức trung gian thương mại khác như đại diện thương mại, đại lý thương mại hay uỷ thác mua bán hàng hoá trong thương mại. Điểm khác biệt giữa hành vi này so với hành vi đại diện thương mại được thể hiện ở chỗ, trong hành vi môi giới thương mại, bên môi giới không nhân danh bên được môi giới mà nhân danh chính mình để tiến hành các hoạt động có tính chất môi giới như giới thiệu hàng hoá,

³ Xem thêm: Điều L132-2 Bộ luật Thương mại Pháp. Dẫn bởi nguồn: *Tuyển tập các văn bản pháp luật cơ bản về thương mại của Cộng hoà Pháp*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 53.

dịch vụ của bên được môi giới và cung cấp thông tin về bên được môi giới (nếu được chủ thể này đồng ý), cung cấp các bản chào hàng của bên được môi giới cho bên thứ ba nhằm giúp bên được môi giới ký kết hợp đồng với bên thứ ba. Còn so với hoạt động đại lý thương mại hay uỷ thác mua bán hàng hoá, hoạt động môi giới thương mại khác biệt ở chỗ, bên môi giới chỉ cam kết với bên được môi giới về việc thu xếp để bên được môi giới có thể ký kết hợp đồng với bên thứ ba chứ không cam kết sẽ thực hiện hợp đồng này thay cho và vì quyền lợi của bên được môi giới⁴.

Trong thực tiễn pháp lý ở Việt Nam, hoạt động môi giới thương mại hiện vẫn còn chưa phát triển, phần vì các quy định pháp luật liên quan vẫn chưa rõ ràng, phần vì thiếu tín nhiệm giữa các nhà kinh doanh trên thường trường.

3. Những hạn chế, bất cập của pháp luật về xúc tiến thương mại, trung gian thương mại và một số kiến nghị

Qua nghiên cứu các quy định hiện hành về xúc tiến thương mại và trung gian thương mại, tác giả cho rằng các quy định này đang bộc lộ một số điểm hạn chế, bất cập sau đây:

Thứ nhất, Luật Thương mại 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành⁵ có những quy

định rất mờ nhạt về các loại hợp đồng trong hoạt động xúc tiến thương mại (hợp đồng dịch vụ quảng cáo; hợp đồng dịch vụ khuyến mại; hợp đồng dịch vụ trưng bày, giới thiệu sản phẩm hàng hóa...) và các quy định này chủ yếu nhằm mục tiêu thực hiện chức năng quản lý nhà nước đối với hoạt động xúc tiến thương mại⁶. Điều này phản ánh sự can thiệp quá sâu của Nhà nước vào hoạt động kinh doanh nói chung và hoạt động xúc tiến thương mại nói riêng. Trong khi đó, thay vì như vậy, Nhà nước cần phải tôn trọng quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp, trong đó có quyền tự do thực hiện các hoạt động xúc tiến thương mại vì mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận.

Để khắc phục hạn chế này, tác giả cho rằng cần sửa đổi các quy định về xúc tiến thương mại theo hướng quy định cụ thể và đầy đủ hơn về các loại hợp đồng phát sinh trong hoạt động xúc tiến thương mại. Cụ thể, pháp luật thương mại cần bổ sung quy định về hợp đồng dịch vụ khuyến mại, hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại, hợp đồng dịch vụ trưng bày, giới thiệu sản phẩm hàng hóa, dịch vụ tại hội chợ, triển lãm thương mại, theo hướng quy định rõ tư cách pháp lý của các bên tham gia hợp đồng và trách nhiệm pháp lý của các bên liên quan đối với người tiêu dùng trong trường hợp việc thực hiện các hành vi xúc tiến thương mại gây thiệt hại cho quyền lợi của người tiêu dùng.

Thứ hai, Luật Thương mại 2005 và các

⁴ Điều 151 Luật Thương mại năm 2005 dự liệu rằng bên môi giới thương mại phải chịu trách nhiệm về tư cách pháp lý của các bên được môi giới, nhưng không phải chịu trách nhiệm về khả năng thanh toán của họ, đồng thời bên môi giới thương mại cũng không được tham gia thực hiện hợp đồng giữa các bên được môi giới, trừ khi có sự uỷ quyền của bên được môi giới.

⁵ Trong Văn bản hợp nhất số 08/VBHN-BCT ngày 23/01/2014 của Bộ Công Thương về việc hợp nhất các nghị định của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại về hoạt động xúc tiến thương

mại, nhà làm luật cũng không có quy định nào về các hợp đồng được ký kết giữa các bên nhằm thực hiện hoạt động xúc tiến thương mại.

⁶ Xem thêm: TS. Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu Luật thương mại Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2000, tr. 316.

văn bản hướng dẫn thi hành chưa có những quy định riêng nhằm thúc đẩy hoạt động xúc tiến thương mại tại các địa phương vùng sâu, vùng xa và vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn. Điều này khiến những người tiêu dùng tại khu vực vùng sâu, vùng xa, vùng đặc biệt khó khăn không có cơ hội bình đẳng trong việc tiếp cận đối với các loại hàng hóa, dịch vụ như tại các địa bàn khác. Thậm chí, họ còn phải chấp nhận mua hàng hóa, dịch vụ với giá đắt hơn bởi chi phí trong việc đưa hàng hóa đến vùng đó cao hơn.

Để khắc phục hạn chế này, tác giả cho rằng, pháp luật thương mại cần có những quy định ưu đãi rõ ràng hơn nhằm thúc đẩy doanh nghiệp thực hiện xúc tiến thương mại tại các địa phương vùng sâu, vùng xa và vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn. Chẳng hạn như: Được giảm hoặc miễn thuế cho các hành vi xúc tiến thương mại, được ưu đãi về điều kiện tổ chức các hoạt động xúc tiến thương mại tại các địa bàn này...).

Thứ ba, Luật Thương mại 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành chỉ quy định về hợp đồng ủy thác mua bán hàng hóa, mà chưa có quy định về hợp đồng ủy thác đầu tư hay các hợp đồng ủy thác trong lĩnh vực khác, trong khi trên thực tế nhu cầu giao kết các hợp đồng ủy thác đầu tư là rất lớn. Ví dụ: Quỹ phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa (SMEDF) hiện nay đang ủy thác cho các ngân hàng thương mại và Ngân hàng Phát triển Việt Nam thực hiện cho vay đối với khách hàng là các doanh nghiệp nhỏ và vừa thuộc đối tượng được hỗ trợ vốn từ Quỹ. Đây là một hợp đồng ủy thác đầu tư, nhưng chưa được quy định trong Luật Thương mại 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Điều đó dẫn đến những khó khăn, vướng mắc trong việc áp dụng pháp luật để ký kết và thực hiện hợp đồng ủy thác đầu tư, cũng như ký kết và thực hiện các loại hợp đồng ủy thác trong các lĩnh vực khác của nền kinh tế thị trường.

Để khắc phục hạn chế này, tác giả cho rằng, pháp luật thương mại nói chung và Luật Thương mại 2005 nói riêng cần được sửa đổi theo hướng bổ sung quy định cụ thể về hợp đồng ủy thác trong các lĩnh vực khác, trong đó có lĩnh vực ủy thác đầu tư tài chính.

Thứ tư, Luật Thương mại 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa quy định về hướng xử lý trong trường hợp bên ủy thác mua hàng hóa không tiếp nhận hàng hóa đã ủy thác mua mà không có lý do chính đáng, dẫn đến sự thiệt hại cho bên nhận ủy thác. Trên thực tế, vấn đề này cũng đã được một số tác giả đề cập trong các nghiên cứu của mình về hoạt động ủy thác mua bán hàng hóa⁷. Để khắc phục hạn chế này, thiết nghĩ pháp luật thương mại cần được sửa đổi theo hướng, bổ sung quy định về cách xử lý trong trường hợp bên ủy thác mua hàng hóa không tiếp nhận hàng hóa theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng ủy thác.

⁷ Xem thêm: Nguyễn Thị Thu Huyền, “Hoạt động ủy thác mua bán hàng hóa và một số kiến nghị hoàn thiện”, <http://tcdepl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=29>, truy cập ngày 16/3/2017.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG

Nguyễn Thanh Huyền*

Tóm tắt: Bài viết phân tích các trường hợp chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định của Bộ luật Lao động và hậu quả pháp lý của nó. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất một số khuyến nghị nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về chấm dứt hợp đồng lao động.

Abstract: This paper analyses the termination of labour contracts under the Law on Labour and the legal consequence of such termination. On that basis, the paper makes relevant proposals.

1. Hợp đồng lao động và việc chấm dứt hợp đồng lao động

Bộ luật Lao động (BLLĐ), đưa ra khái niệm: Hợp đồng lao động (HĐLĐ) là sự thoả thuận giữa người lao động (NLĐ) và người sử dụng lao động (NSDLĐ) về việc làm có trả lương, điều kiện làm việc, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động¹.

Bản chất của HĐLĐ chính là sự mua bán “sức lao động” giữa NSDLĐ với NLĐ trên cơ sở tự nguyện, tự thoả thuận và bình đẳng giữa các bên. Sự giao kết HĐLĐ luôn có tính đích danh, cho nên NLĐ phải tự mình thực hiện công việc được giao. Đây là cơ sở pháp lý làm phát sinh quan hệ pháp luật lao động.

Theo quy định của BLLĐ 2012, HĐLĐ phải được giao kết theo một trong ba loại sau đây²:

- HĐLĐ không xác định thời hạn. Đây là loại hợp đồng mà trong đó hai bên không xác định thời hạn, thời điểm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng.

- HĐLĐ xác định thời hạn. Đây là loại hợp đồng mà trong đó hai bên xác định thời hạn, thời điểm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng trong khoảng thời gian từ đủ 12 tháng đến 36 tháng.

- HĐLĐ theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng.

Tuy nhiên, BLLĐ hiện hành chưa đưa ra khái niệm thế nào là chấm dứt HĐLĐ mà chỉ liệt kê các trường hợp chấm dứt HĐLĐ hợp pháp. Việc chấm dứt HĐLĐ này cũng đồng nghĩa với việc chấm dứt quan hệ pháp luật lao động giữa các bên. Việc chấm dứt HĐLĐ này có thể do ý chí của hai chủ thể tham gia quan hệ lao động (HĐLĐ hết hạn hoặc cả hai bên thoả thuận chấm dứt HĐLĐ trước thời hạn...) hoặc ý chí của một trong hai bên tham gia quan hệ pháp luật lao động (NSDLĐ sa thải NLĐ, đơn phương chấm dứt HĐLĐ với NLĐ hoặc NLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ...), hoặc thậm chí là do ý chí của người thứ ba (quyết định của tòa án phạt tù giam NLĐ) hay do các sự biến pháp lý mà theo quy định của pháp luật dẫn đến việc chấm dứt quan hệ pháp luật lao động (NLĐ hoặc NSDLĐ là cá nhân mất tích

* TS., Khoa Luật, Đại học Lao động – Xã hội.

¹ Điều 15 BLLĐ 2012.

² Khoản 1 Điều 22 BLLĐ 2012.

hoặc đã chết; NSDLĐ là tổ chức giải thể, phá sản...).

Từ các trường hợp chấm dứt HĐLĐ được liệt kê ở trên, có thể hiểu: *Chấm dứt HĐLĐ là việc NLĐ chấm dứt làm việc cho NSDLĐ theo hợp đồng đã được xác lập trước đó, tức là chấm dứt việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ mà các bên đã thoả thuận do HĐLĐ đương nhiên chấm dứt, do NLĐ bị sa thải hoặc do một trong hai bên đơn phương chấm dứt HĐLĐ trước thời hạn.*

2. Các trường hợp chấm dứt hợp đồng lao động và hậu quả pháp lý

a) Đương nhiên chấm dứt hợp đồng lao động³

Một trong các trường hợp này là khi NLĐ đủ điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội và tuổi hưởng lương hưu theo quy định của pháp luật.

Quy định về việc chấm dứt HĐLĐ trong trường hợp này vẫn đang gây nhiều tranh luận trong quá trình thực thi pháp luật lao động. Bởi vì, nếu NLĐ đủ tuổi nghỉ hưu theo quy định của pháp luật nhưng chưa đủ điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội thì có thuộc trường hợp đương nhiên chấm dứt HĐLĐ không? Theo quy định tại khoản 4 Điều 36 BLLĐ 2012 thì NLĐ phải đủ cả hai điều kiện về thời gian đóng và tuổi hưởng lương hưu theo quy định của pháp luật mới thuộc trường hợp đương nhiên chấm dứt HĐLĐ. Quy định này đã làm cho NSDLĐ “e ngại” khi tuyển dụng lao động nhiều tuổi mà chưa từng tham gia bảo hiểm xã hội vào làm việc.

Theo tác giả, pháp luật lao động cần làm rõ thế nào là “tuổi nghỉ hưu”? và thế nào là “điều kiện hưởng chế độ hưu trí” hay lương hưu? Có thể thấy, các quy định trong

pháp luật lao động và pháp luật về bảo hiểm xã hội mới chỉ làm rõ điều kiện hưởng chế độ hưu trí. Hiện nay, Điều 187 BLLĐ 2012 quy định về tuổi nghỉ hưu, nhưng lại không xác định độ tuổi nào được nghỉ hưu, mà chỉ xác định: “Người lao động bảo đảm điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật về bảo hiểm xã hội được hưởng lương hưu khi nam đủ 60 tuổi, nữ đủ 55 tuổi” (trừ trường hợp đặc biệt, NLĐ có thể nghỉ hưu ở độ tuổi sớm hơn hoặc muộn hơn). Như vậy, quy định này xác định hai điều kiện hưởng lương hưu của NLĐ là điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội và điều kiện về độ tuổi. Vậy phải chăng nếu NLĐ đạt độ tuổi 60 đối với nam và 55 đối với nữ, nhưng chưa đủ năm đóng bảo hiểm xã hội thì chưa đến “tuổi nghỉ hưu”? Trong khi đó, nếu họ tiếp tục làm việc thì NSDLĐ phải áp dụng chế độ làm việc đối với NLĐ cao tuổi (được rút ngắn thời giờ làm việc hằng ngày hoặc được áp dụng chế độ làm việc không trọn thời gian; không bố trí làm những công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm có ảnh hưởng xấu tới sức khoẻ⁴). Có quan điểm cho rằng, không nên xem tuổi nghỉ hưu là căn cứ để chấm dứt HĐLĐ với NLĐ⁵.

Như vậy, cần làm rõ “tuổi nghỉ hưu” để bảo đảm quyền được nghỉ ngơi của NLĐ khi họ già, sức lao động giảm sút và cũng không làm mất đi “quyền lao động” nếu họ đáp ứng các tiêu chuẩn tuyển dụng của NSDLĐ. Bên cạnh đó, việc làm rõ tuổi nghỉ hưu cũng giúp cho NSDLĐ chủ động trong việc tuyển dụng, sử dụng lao động.

⁴ Khoản 2 Điều 166 và khoản 3 Điều 167 BLLĐ 2012.

⁵ Diệp Thành Nguyên, “Pháp luật về chấm dứt hợp đồng lao động và thực trạng áp dụng tại Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu Khoa học, số 2/2004, tr. 38.

³ Điều 36 BLLĐ 2012.

b) Đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động của người lao động⁶

Đối với NLD làm việc theo HĐLĐ xác định thời hạn, HĐLĐ theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng có quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ trước thời hạn, nhưng phải bảo đảm hai điều kiện là:

(1) Lý do đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động;

(2) Thời gian báo trước.

Một trong các lý do đơn phương là bị ngược đãi, quấy rối tình dục, cưỡng bức lao động. Theo hướng dẫn tại khoản 1 Điều 11 Nghị định 05/2015/NĐ-CP, NLD có quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ khi bị NSDLĐ đánh đập hoặc có lời nói, hành vi nhục mạ, hành vi làm ảnh hưởng đến sức khỏe, nhân phẩm, danh dự hoặc cưỡng bức lao động; bị quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Theo đó, chủ thể của hành vi ngược đãi, quấy rối tình dục, cưỡng bức lao động chỉ là NSDLĐ. Theo tác giả, hướng dẫn chưa thực sự thuyết phục vì hành vi này còn có thể được thực hiện bởi những người quản lý, người có quyền điều hành công việc trong đơn vị sử dụng lao động, thậm chí là những NLD khác... chứ không chỉ là NSDLĐ⁷.

Ngoài ra, đối với NLD làm việc theo HĐLĐ không xác định thời hạn mà bị ngược đãi, quấy rối tình dục, cưỡng bức lao động thì phải báo trước bao nhiêu ngày? Điều này không được quy định rõ. Khoản 3 Điều 37 BLLĐ 2012 chỉ quy định, NLD

làm việc theo HĐLĐ không xác định thời hạn có quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ nhưng phải báo trước cho NSDLĐ biết trước ít nhất 45 ngày.

c) Đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động của người sử dụng lao động

Khi NSDLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ cũng phải bảo đảm hai điều kiện, đó là điều kiện về lý do đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động và điều kiện về thời gian báo trước.

Hậu quả pháp lý của việc chấm dứt HĐLĐ hợp pháp là làm cho quan hệ pháp luật lao động chấm dứt một cách êm thấm, không gây ra những xáo trộn, cũng như những hậu quả xấu cho NLD, NSDLĐ và xã hội.

- Đối với NLD: Được bảo đảm quyền hưởng trợ cấp thôi việc hoặc trợ cấp mất việc làm do NSDLĐ chi trả khi họ đã làm việc thường xuyên từ đủ 12 tháng trở lên cho NSDLĐ, hoặc hưởng bảo hiểm thất nghiệp do cơ quan bảo hiểm xã hội chi trả khi đủ điều kiện hưởng.

- Đối với NSDLĐ: Có thể chủ động công việc, chủ động tuyển dụng, sử dụng lao động.

Việc chấm dứt HĐLĐ không theo quy định của các điều 36, 37, 38 BLLĐ 2012 được coi là chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật và các bên sẽ phải chịu những hậu quả pháp lý nhất định.

- Nghĩa vụ của NSDLĐ khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật:

+ Phải nhận NLD trở lại làm việc theo HĐLĐ đã giao kết và phải trả tiền lương, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế trong những ngày người lao động không được làm việc cộng với ít nhất 02 tháng tiền lương theo HĐLĐ. Nếu NLD không muốn tiếp tục làm

⁶ Xem Điều 37 Bộ luật Lao động 2012.

⁷ Theo khoản 2 Điều 3 BLLĐ 2012: NSDLĐ là doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình, cá nhân có thuê mướn, sử dụng lao động theo hợp đồng lao động; nếu là cá nhân thì phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ.

việc, thì ngoài khoản tiền bồi thường nêu trên, NSDLĐ phải trả trợ cấp thôi việc theo quy định.

+ Trường hợp NSDLĐ không muốn nhận lại NLĐ và NLĐ đồng ý, thì ngoài khoản tiền bồi thường và trợ cấp thôi việc, hai bên thỏa thuận khoản tiền bồi thường thêm nhưng ít nhất phải bằng 02 tháng tiền lương theo HĐLĐ để chấm dứt HĐLĐ.

+ Trường hợp không còn vị trí, công việc đã giao kết trong HĐLĐ mà NLĐ vẫn muốn làm việc thì ngoài khoản tiền bồi thường, hai bên thương lượng để sửa đổi, bổ sung HĐLĐ.

+ Trường hợp vi phạm quy định về thời hạn báo trước thì phải bồi thường cho NLĐ một khoản tiền tương ứng với tiền lương của NLĐ trong những ngày không báo trước.

- Nghĩa vụ của NLĐ khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật:

+ Không được trợ cấp thôi việc và phải bồi thường cho NSDLĐ nửa tháng tiền lương theo HĐLĐ.

+ Nếu vi phạm quy định về thời hạn báo trước thì phải bồi thường cho NSDLĐ một khoản tiền tương ứng với tiền lương của NLĐ trong những ngày không báo trước.

+ Phải hoàn trả chi phí đào tạo cho NSDLĐ theo quy định.

3. Một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về chấm dứt hợp đồng lao động

Phần lớn các quy định của pháp luật về chấm dứt HĐLĐ đã khá tường minh và chi tiết, giúp các bên tham gia quan hệ pháp luật lao động dễ dàng áp dụng. Tuy nhiên, một số quy định còn khó áp dụng trong thực tiễn, cần được hoàn thiện để việc thực hiện pháp luật về chấm dứt HĐLĐ được thuận lợi đối với cả NLĐ và NSDLĐ.

Một là, cần phân biệt “tuổi nghỉ hưu” và “điều kiện hưởng lương hưu”, trên cơ sở đó quy định rõ tuổi nghỉ hưu đối với NLĐ và nên quy định rõ: “NLĐ đủ điều kiện về tuổi nghỉ hưu thì sẽ thuộc trường hợp đương nhiên chấm dứt HĐLĐ”. Quy định này cũng sẽ tương thích với việc áp dụng cho công chức, viên chức nghỉ việc khi đủ tuổi nghỉ hưu, nhưng chưa đủ điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội hiện nay. Luật Cán bộ, công chức 2008; Luật Viên chức 2010 đều quy định: Cán bộ công chức hay viên chức được nghỉ hưu/hưởng chế độ hưu trí theo quy định của pháp luật về lao động và pháp luật về bảo hiểm xã hội. Nghị định số 46/2010/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn Luật Cán bộ, công chức 2008 và Nghị định số 29/2012/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn Luật Viên chức 2010 quy định: Thời điểm nghỉ hưu là ngày 01 của tháng liền kề sau tháng công chức/viên chức đủ tuổi nghỉ hưu theo quy định và kể từ thời điểm nghỉ hưu ghi trong quyết định nghỉ hưu, công chức/viên chức được nghỉ hưu và hưởng chế độ bảo hiểm xã hội theo quy định⁸.

Quy định này nhằm bảo đảm quyền được nghỉ dưỡng khi NLĐ đã cao tuổi và “quyền được lao động” của NLĐ cao tuổi khi họ đủ điều kiện và NSDLĐ có nhu cầu. Bên cạnh đó, quy định này cũng sẽ giúp NSDLĐ sử dụng lao động phù hợp và không bị ràng buộc bởi điều kiện chấm dứt

(Xem tiếp trang 84)

⁸ Khoản 1 Điều 9 và khoản 4 Điều 11 Nghị định số 46/2010/NĐ-CP của Chính phủ ngày 27/4/2010 Quy định về thôi việc và thủ tục nghỉ hưu đối với công chức. Khoản 1 và điểm d, khoản 7 Điều 40 Nghị định số 29/NĐ-CP của Chính phủ ngày 12/4/2012 về tuyển dụng, sử dụng và quản lý viên chức.

NHỮNG KHÓ KHĂN, VƯỚNG MẮC TRONG VIỆC CẤP GIẤY CHỨNG NHẬN QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT, QUYỀN SỞ HỮU NHÀ Ở VÀ TÀI SẢN GẮN LIỀN VỚI ĐẤT THEO LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

*Nguyễn Thị Nhung**

Tóm tắt: Bài viết trình bày và phân tích những khó khăn, vướng mắc trong hoạt động cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo quy định của pháp luật đất đai hiện hành, qua đó đưa ra một số kiến nghị.

Abstract: This paper analyses obstacles in issuing certificates of land use rights, housing and land attached property ownership under the current land law. It thereafter makes relevant proposals.

Luật Đất đai (LDD) 2013 đã có nhiều sửa đổi, bổ sung và quy định mới về vấn đề cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (GCNQSDĐ), quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất như: vấn đề cấp GCNQSDĐ là tài sản chung của vợ, chồng; quyền sử dụng đất (QSDĐ) là đồng quyền sử dụng của nhiều người; về thẩm quyền cấp GCNQSDĐ; về xác định diện tích đất ở trong trường hợp đất ở có vườn ao; về nghĩa vụ tài chính khi cấp GCNQSDĐ... Tuy nhiên, qua gần 03 năm triển khai LDD 2013, hoạt động cấp GCNQSDĐ, trên thực tế ở các địa phương vẫn còn nhiều vướng mắc, trở ngại, trong đó, nguyên nhân phần lớn bắt nguồn từ những quy định thiếu rõ ràng, thậm chí mâu thuẫn, hoặc thiếu quy định hướng dẫn cụ thể về vấn đề này. Cụ thể:

Thứ nhất, về quy định công nhận quyền sử dụng đất.

Điều 101 LDD 2013 quy định việc cấp GCNQSDĐ cho hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất mà không có giấy tờ. Theo đó, các chủ thể này được xét công nhận QSDĐ khi thuộc một trong hai trường hợp sau:

“1. Hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất trước 01/7/2014 mà không có các giấy tờ quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 100 của Luật Đất đai 2013, có hộ khẩu thường trú tại địa phương và trực tiếp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối tại vùng có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn, nay được Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất xác nhận là người đã sử dụng đất ổn định, không có tranh chấp thì được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất và không phải nộp tiền sử dụng đất.

2. Hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất không có các giấy tờ quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 100 của Luật Đất đai 2013 nhưng đất đã được sử dụng ổn định từ

* Tiến sỹ Luật học.

trước ngày 01/7/2004 và không vi phạm pháp luật đất đai, nay được Ủy ban nhân dân cấp xã xác nhận là đất không có tranh chấp, phù hợp với quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch chi tiết xây dựng đô thị, quy hoạch xây dựng điểm dân cư nông thôn đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt đối với nơi đã có quy hoạch thì được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất”.

Quy định trên cho thấy, tiêu chí để công nhận QSDĐ trong trường hợp họ không có bất kỳ loại giấy tờ nào về QSDĐ trong quá trình sử dụng là: Cần chứng minh hộ gia đình, cá nhân có hộ khẩu thường trú tại địa phương tại nơi có điều kiện kinh tế, xã hội đặc biệt khó khăn; họ trực tiếp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; đất sử dụng phù hợp với quy hoạch đã được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt, và xác nhận của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã về hai vấn đề sau đây:

- (1) Về thời điểm sử dụng đất;
- (2) Về việc sử dụng đất đến thời điểm xét cấp GCNQSDĐ là ổn định và đất không có tranh chấp.

Theo Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của LĐĐ 2013, các căn cứ để xác định thời điểm bắt đầu sử dụng đất ổn định là: Biên lai thu thuế, giấy tờ về đăng ký hộ khẩu thường trú, tạm trú dài hạn tại nhà ở gắn với đất ở; Giấy chứng minh nhân dân hoặc Giấy khai sinh; giấy tờ nộp tiền điện, nước và các khoản nộp khác có ghi địa chỉ nhà ở tại thửa đất đăng ký... Trong trường hợp người sử dụng đất không có một trong các loại giấy tờ này hoặc trên giấy tờ

đó không ghi rõ thời điểm xác lập giấy tờ và mục đích sử dụng đất, thì phải có xác nhận của UBND cấp xã về thời điểm bắt đầu sử dụng đất và mục đích sử dụng đất trên cơ sở thu thập ý kiến của những người đã từng cư trú trong khu dân cư (thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố) đó cùng thời điểm bắt đầu sử dụng đất của người có yêu cầu xác nhận.

Quy định này cho thấy, pháp luật đất đai hiện hành đã và đang gián tiếp trao cho UBND cấp xã "thẩm quyền" quá lớn trong việc xác nhận các điều kiện cấp GCNQSDĐ. Theo đó, nếu cán bộ UBND cấp xã xác nhận thông tin về một trong các nội dung như quy định tại Điều 21 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP thì đương nhiên các hộ gia đình, cá nhân được cấp GCNQSDĐ. Nếu so sánh quy định này với điều kiện được cấp GCNQSDĐ trong trường hợp có giấy tờ về QSDĐ theo Điều 100 LĐĐ cho thấy, các tiêu chí được xây dựng không "tương thích" và "cân bằng" nhau. Theo đó, để hộ gia đình, cá nhân được cấp GCNQSDĐ theo Điều 100 LĐĐ 2013, họ phải xuất trình được một trong các giấy tờ minh chứng QSDĐ đó là của mình. Các loại giấy tờ này chủ yếu do cơ quan quản lý nhà nước về đất đai từ cấp huyện trở lên cấp qua các thời kỳ, hoặc do các cơ quan khác cùng cấp như: Tòa án, cơ quan thi hành án, cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai cấp. Vậy, pháp luật đã “ưu ái” cho trường hợp hộ gia đình, cá nhân không có bất kỳ loại giấy tờ gì khi chỉ cần xác nhận các thông tin về QSDĐ từ UBND cấp xã. Việc trao quyền quá lớn và rất rộng như quy định hiện hành là nguyên nhân gây nên những tiêu cực trong thực tế ở các địa phương như: Cán bộ địa chính, chính quyền

cấp xã coi việc xác nhận điều kiện để được cấp GCNQSDĐ như một "đặc ân" và có thái độ hạch sách, gây phiền hà, những nhiễu. Mặt khác, quy định trên cũng đã và đang gián tiếp tạo đà cho những tiêu cực, tham nhũng ở chính quyền cấp xã liên quan đến hoạt động công nhận QSDĐ. Đó là các hành vi lấn, chiếm đất của các hộ gia đình, cá nhân, song không được ngăn chặn. Trên thực tế, chính quyền cấp xã còn "tạo điều kiện" để các hộ dân sinh sống, khai thác, sử dụng để được xác nhận làm thủ tục cấp GCNQSDĐ.

Có thể khẳng định rằng, quy định pháp luật về công nhận QSDĐ hiện nay còn ẩn chứa nguy cơ phát sinh sự tùy tiện của cán bộ chính quyền cấp xã do quy định pháp luật không đầy đủ, tiêu chí không rõ ràng. Vì vậy, để đảm bảo sự xác nhận của UBND cấp xã về nguồn gốc QSDĐ đối với hộ gia đình, cá nhân trong trường hợp công nhận QSDĐ được chính xác, trung thực, khách quan, cần thiết phải sửa đổi, bổ sung pháp luật theo hướng chặt chẽ và phù hợp hơn. Theo đó, cần phải quy định rõ một số vấn đề sau đây:

Một là, khi xác nhận *thời điểm sử dụng đất ổn định*, để đảm bảo tính chính xác, trung thực và đồng thời tăng cường vai trò và tính chịu trách nhiệm của cán bộ thuộc chính quyền cấp xã, cần quy định chặt chẽ và cụ thể về trách nhiệm của Văn phòng Đăng ký QSDĐ, Phòng Tài nguyên và Môi trường cấp huyện với tư cách là cơ quan đầu mối tiếp nhận hồ sơ và xem xét điều kiện để được cấp GCNQSDĐ phải rà soát lại và đối chiếu các thông tin xác nhận về nguồn gốc và hiện trạng sử dụng đất của UBND cấp xã với các hồ sơ địa chính gốc; đồng thời, thực hiện hoạt động thanh tra,

kiểm tra hiện trạng sử dụng đất trên thực tế. Bên cạnh đó, cần quy định rõ trách nhiệm pháp lý cụ thể đối với cán bộ thuộc chính quyền cấp xã khi xác nhận thông tin không chính xác, không trung thực, có biểu hiện tùy tiện, tiêu cực, tham nhũng trong việc cấp GCNQSDĐ.

Hai là, việc xác nhận về tình trạng *đất không có tranh chấp* của UBND cấp xã chưa được pháp luật quy định rõ. Vì vậy, cần quy định việc cán bộ địa chính xác nhận đất không tranh chấp phải dựa trên những cơ sở cụ thể. Ví dụ: Phải có biên bản hòa giải của các bên tranh chấp tại UBND cấp xã hoặc tại đơn vị tự quản cơ sở nhưng không thành (trừ khi người có yêu cầu cấp GCNQSDĐ xuất trình được Quyết định giải quyết tranh chấp của UBND hoặc Bản án của tòa án nhân dân); hay phải có văn bản của chủ thể khác yêu cầu không thực hiện việc cấp GCNQSDĐ, trong đó nêu rõ là do đất đang trong tình trạng tranh chấp... Nếu không có những căn cứ luật định thì UBND xã phải xác nhận theo hướng có lợi cho người dân, đó là đất không tranh chấp. Việc quy định rõ các căn cứ đó sẽ góp phần ngăn chặn được tình trạng "xin – cho" trong quá trình xác nhận.

Ba là, để tăng cường trách nhiệm của UBND cấp xã, tạo điều kiện cho người dân được cấp GCNQSDĐ, cần bổ sung thời hạn xác nhận của UBND cấp xã. Nếu quá thời hạn đó mà không xác nhận thì phải có văn bản trả lời về lý do không xác nhận cho người dân.

Thứ hai, về việc ban hành Quyết định công nhận quyền sử dụng đất.

Khoản 9 Điều 3 LDD 2013 quy định: "*Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất là*

việc Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người đang sử dụng đất ổn định mà không có nguồn gốc được Nhà nước giao đất, cho thuê đất thông qua việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất lần đầu đối với thửa đất xác định".

Như vậy, đối với đất không có nguồn gốc được Nhà nước giao, cho thuê, mà người sử dụng đất đang sử dụng ổn định và có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật, thì Nhà nước công nhận QSDĐ hợp pháp của họ thông qua hành vi cấp GCNQSDĐ. Tuy nhiên, qua nghiên cứu các trường hợp công nhận QSDĐ khác lại cho thấy, quy trình, thủ tục về công nhận QSDĐ lại không như vậy. Cụ thể, tại Điều 6, Điều 7, Điều 8, Điều 9 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2015 của Chính phủ quy định đối với trường hợp sử dụng đất ổn định trước ngày 01/7/2004 mà không có một trong các loại giấy tờ quy định tại khoản 1 Điều 100 LĐĐ và trường hợp sử dụng đất có nguồn gốc được giao đất không đúng thẩm quyền trước ngày 01/7/2014, khi được cấp GCNQSDĐ "thì người sử dụng đất phải nộp tiền sử dụng đất theo giá đất tại thời điểm có Quyết định công nhận quyền sử dụng đất của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền".

Hai quy định nêu trên hiện đang gây những khó khăn, vướng mắc và có những quan điểm không thống nhất khi áp dụng cấp GCNQSDĐ trên thực tế. Theo đó, câu hỏi được đặt ra là: UBND cấp huyện khi cấp GCNQSDĐ cho các hộ gia đình, cá nhân trong trường hợp nêu trên có cần ban hành Quyết định công nhận QSDĐ trước khi chuyển thông tin địa chính thửa đất sang cơ quan thuế để xác định nghĩa vụ tài chính cho người sử dụng đất hay không.

Ví dụ: hộ gia đình ông Nguyễn Văn A sử dụng đất có nguồn gốc là đất đồi trọc, không thể hiện số thửa trên bản đồ giải thửa, không có tên trong sổ Mục kê, sổ Đăng ký đất đai các thời kỳ (Đất không có giấy tờ về quyền sử dụng đất), UBND xã xác định thời điểm sử dụng đất trước ngày 01/7/2004, phù hợp quy hoạch đất ở. Nay hộ gia đình ông Nguyễn Văn A đề nghị cấp GCNQSDĐ.

Thực tế cho thấy, cơ quan tài nguyên môi trường có ý kiến khác nhau về hai quy định nêu trên. Cụ thể:

- Ý kiến của phòng Tài nguyên và Môi trường, Văn phòng Đăng ký đất đai chi nhánh thuộc cấp huyện cho rằng: Theo khoản 9 Điều 3 LĐĐ 2013 thì Văn phòng Đăng ký đất đai chi nhánh cấp huyện chỉ cần thực hiện việc chuyển thông tin địa chính thửa đất (vị trí, diện tích thửa đất, mục đích sử dụng đất, thời điểm sử dụng đất và các thông tin khác liên quan đến đất) của ông A sang cơ quan thuế để xác định nghĩa vụ tài chính ông A phải nộp. Phòng Tài nguyên và Môi trường trình UBND huyện ký GCNQSDĐ cho ông A sau khi ông A đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tài chính theo Thông báo của cơ quan thuế. UBND cấp huyện không phải ban hành Quyết định công nhận quyền sử dụng đất.

- Ý kiến của cơ quan thuế lại cho rằng: UBND huyện phải ban hành Quyết định công nhận quyền sử dụng đất theo quy định tại Nghị định số 45/2014/NĐ-CP trước khi Văn phòng Đăng ký đất đai chi nhánh cấp huyện chuyển thông tin địa chính thửa đất (vị trí, diện tích thửa đất) của ông A sang cơ quan thuế để ra Thông báo nghĩa vụ tài chính mà ông A phải thực hiện.

Tôi cho rằng, để giảm tiện các thủ tục hành chính, tránh tình trạng kéo dài, gây bất lợi cho người dân thì không cần thiết phải ban hành Quyết định công nhận QSDĐ của UBND cấp huyện rồi mới chuyển thông tin địa chính sang cơ quan thuế để thực hiện nghĩa vụ tài chính, sau đó hộ gia đình, cá nhân mới được cấp GCNQSDĐ. Trong trường hợp này, vô hình trung, hộ gia đình, cá nhân lại một lần nữa được công nhận QSDĐ.

Thứ ba, về trường hợp thanh lý tài sản gắn liền với đất từ trước ngày 01/7/2004 phù hợp quy hoạch.

Trường hợp các hợp tác xã nông nghiệp, hợp tác xã mua bán, nhà máy, xí nghiệp (tổ chức kinh tế Nhà nước nay đã giải thể không còn hoạt động) thanh lý tài sản là nhà kho, sân kho, tường bao, nhà ở công nhân (tại thời điểm thanh lý, các tài sản đã cũ, không còn giá trị sử dụng hoặc giá trị sử dụng rất thấp) trước ngày 01/7/2004 mà trong hồ sơ thanh lý (quyết định, biên bản chỉ thể hiện việc thanh lý, hóa giá, bán tài sản) không thể hiện việc giao đất; biên lai, chứng từ nộp tiền không thể hiện nộp tiền sử dụng đất mà chỉ ghi là “thanh lý tài sản trên đất”, nhưng trên thực tế giá tiền thanh lý đã bao gồm giá trị QSDĐ. Hiện nay, các đơn vị thanh lý tài sản đã giải thể và không còn hoạt động nên không có cơ sở để xác định số tiền này có được nộp vào ngân sách Nhà nước hay không.

Ví dụ: Bà Nguyễn Thị H sử dụng đất do Xí nghiệp cầu đường 10 bán 04 gian nhà diện tích 76m² theo Quyết định số 01/HC ngày 26/7/1990 của Giám đốc xí nghiệp cầu đường 10. Biên lai nộp tiền của bà H ghi là

"nộp tiền nhà thanh lý của xí nghiệp 200.000 đồng".

Trong trường hợp này, Chi cục thuế không có đủ căn cứ để xác định số tiền các hộ gia đình đã nộp là tiền sử dụng đất, do vậy phải thu bổ sung tiền sử dụng đất theo hướng dẫn quy định tại Điều 8 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP. Cụ thể, người sử dụng đất phải nộp 40% (đối với trường hợp được giao đất trước ngày 15/10/1993) và 50% (đối với trường hợp được giao đất từ ngày 15/10/1993 đến trước ngày 01/7/2004) theo giá đất quy định của UBND thành phố tại thời điểm cấp GCNQSDĐ. Do đó, người sử dụng đất cho rằng, mình phải nộp 2 lần tiền để được sử dụng đất nên đã không chấp hành và làm đơn thư kiến nghị kéo dài.

Thứ tư, về quy định một số loại giấy tờ làm cơ sở cho việc xét và cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Điều 100 LDD 2013 và Điều 18 Nghị định số 43/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của LDD 2013 quy định các loại giấy tờ về QSDĐ để người sử dụng đất được cấp GCNQSDĐ, theo đó, các loại giấy tờ này đều là các giấy tờ do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác lập hoặc được UBND cấp xã xác nhận; nghĩa là đã thể hiện ý chí ghi nhận của nhà nước.

Tuy nhiên, tại điểm c khoản 2 Điều 18 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP lại quy định “Đơn xin đăng ký quyền sử dụng ruộng đất đối với trường hợp không có giấy tờ quy định tại điểm a và điểm b khoản này” cũng là một loại giấy tờ về QSDĐ để người sử dụng đất được cấp GCNQSDĐ. Tôi cho rằng, quy định này nhằm mục đích hợp thức hóa theo xu hướng bảo vệ quyền lợi cho

người sử dụng đất, song còn có một số điểm chưa hợp lý:

- *Một là*, đơn xin đăng ký quyền sử dụng ruộng đất chỉ là tài liệu thể hiện ý chí một chiều của người sử dụng đất, thực tế có nhiều trường hợp đơn không ghi đủ nội dung về đất (*số tờ, số thửa, diện tích, loại đất, nguồn gốc*) hoặc có ghi nhưng dập xóa, chưa đủ cơ sở đảm bảo hoặc công nhận nội dung xin đăng ký.

- *Hai là*, đơn xin đăng ký nếu chưa được UBND cấp xã, Hội đồng đăng ký đất đai cấp xã hoặc UBND cấp huyện xác nhận thì chưa có tính pháp lý. Việc sử dụng tài liệu chưa có tính pháp lý làm cơ sở duy nhất và bắt buộc để công nhận, cấp GCNQSDĐ là chưa thỏa đáng.

Do vậy, tôi cho rằng, nếu phải sử dụng đơn này làm cơ sở xét và cấp GCNQSDĐ thì nên có thêm điều kiện đơn đã được UBND cấp xã hoặc Hội đồng đăng ký đất đai cấp xã, hoặc UBND cấp huyện xác nhận.

Thứ năm, về việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất ở trong trường hợp đất ở có vườn ao.

Điểm b khoản 5 Điều 24 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP¹ quy định việc xác định lại

¹ Điểm b khoản 5 Điều 24 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP quy định về: Diện tích đất ở của hộ gia đình, cá nhân trong trường hợp thửa đất ở có vườn, ao đã được cấp Giấy chứng nhận trước ngày 01 tháng 7 năm 2014 được xác định như sau:

b) Trường hợp tại thời điểm cấp Giấy chứng nhận trước đây mà người sử dụng đất có một trong các loại giấy tờ quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 100 của Luật Đất đai và Điều 18 của Nghị định này nhưng diện tích đất ở chưa được xác định theo quy định tại các khoản 2, 3 và 4 Điều 103 của Luật Đất đai, khoản 3 Điều này và chưa được xác định lại theo quy định tại điểm b và điểm c khoản 1 Điều 45 của Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 của

diện tích đất ở đối với các trường hợp người sử dụng đất ở có vườn, ao trong cùng thửa đất đã được cấp GCNQSDĐ trước ngày 01/7/2014, nhưng tại thời điểm cấp chưa được xác định lại diện tích đất ở theo LDD. Trong quá trình thực hiện trên thực tế, quy định này đã bộc lộ 02 điểm bất hợp lý là:

- *Một là*, về bản chất, việc chưa xác định lại diện tích đất ở theo các quy định của pháp luật đất đai chính là do xác định sai loại đất, mục đích sử dụng đất khi cấp GCNQSDĐ. Do vậy, phải áp dụng quy định về việc thu hồi GCNQSDĐ tại Điều 106 LDD 2013² để thu hồi và cấp lại

Chính phủ về thi hành Luật Đất đai năm 2003, nay người sử dụng đất có đơn đề nghị xác định lại diện tích đất ở hoặc khi Nhà nước thu hồi đất thì diện tích đất ở được xác định lại theo quy định tại các khoản 2, 3 và 4 Điều 103 của Luật Đất đai và khoản 3 Điều này; hộ gia đình, cá nhân không phải nộp tiền sử dụng đất, được bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất đối với diện tích đã được xác định lại là đất ở.

² Điều 106 LDD 2013 quy định chính, thu hồi Giấy chứng nhận đã cấp

1. Cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận có trách nhiệm chính Giấy chứng nhận đã cấp có sai sót trong các trường hợp sau đây:

a) Có sai sót thông tin về tên gọi, giấy tờ pháp nhân hoặc nhân thân, địa chỉ của người sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất so với giấy tờ pháp nhân hoặc nhân thân tại thời điểm cấp Giấy chứng nhận của người đó;

b) Có sai sót thông tin về thửa đất, tài sản gắn liền với đất so với hồ sơ kê khai đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất đã được cơ quan đăng ký đất đai kiểm tra xác nhận.

2. Nhà nước thu hồi Giấy chứng nhận đã cấp trong các trường hợp sau đây:

a) Nhà nước thu hồi toàn bộ diện tích đất trên Giấy chứng nhận đã cấp;

b) Cấp đổi Giấy chứng nhận đã cấp;

c) Người sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất đăng ký biến động đất đai, tài sản gắn liền với đất mà phải cấp mới Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất;

d) Giấy chứng nhận đã cấp không đúng thẩm quyền, không đúng đối tượng sử dụng đất, không đúng diện

GCNQSDĐ cho người sử dụng đất. Còn nếu cho rằng, đây là lỗi của nhà nước nên không thu hồi GCNQSDĐ mà chỉ xác định lại, ghi lại diện tích đất ở thì cũng mâu thuẫn với Điều 106 LDD 2013.

- Hai là, không có quy định về trình tự, thủ tục, thời gian xác định lại diện tích đất ở, hình thức ghi nhận kết quả xác định lại diện tích đất ở, bao gồm các nội dung như: Sửa và sửa ở đâu trên GCNQSDĐ cũ, hay

ghi nhận bổ sung biến động ở trang 3 GCNQSDĐ cũ, hay cấp mới GCNQSDĐ?

Qua phân tích trên cho thấy, các quy định của pháp luật đất đai hiện hành còn nhiều quy định chưa thực sự rõ ràng, gây ra nhiều vướng mắc trong quá trình tổ chức việc cấp GCNQSDĐ. Vì vậy, cần tiếp tục sửa đổi, bổ sung và quy định mới nhằm đảm bảo nâng cao hiệu quả của hoạt động này trên thực tế.

tích đất, không đủ điều kiện được cấp, không đúng mục đích sử dụng đất hoặc thời hạn sử dụng đất hoặc nguồn gốc sử dụng đất theo quy định của pháp luật đất đai, trừ trường hợp người được cấp Giấy chứng nhận đó đã thực hiện chuyển quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất theo quy định của pháp luật đất đai.

(Tiếp theo trang 77 – Một số vấn đề pháp lý...)

HĐLĐ khi NLĐ đủ cả tuổi và thời gian đóng bảo hiểm xã hội.

Hai là, BLLĐ chỉ quy định hai trường hợp NLĐ chấm dứt HĐLĐ không được hưởng trợ cấp thôi việc, đó là trường hợp NLĐ nghỉ hưu và NLĐ bị sa thải (khoản 4 và khoản 8 Điều 36), còn các trường hợp chấm dứt HĐLĐ hợp pháp khác đều được hưởng trợ cấp thôi việc hoặc trợ cấp mất việc nếu đủ điều kiện. Vì vậy, trong thực tế không ít trường hợp NLĐ làm việc tại đơn vị sử dụng lao động đến 30 năm theo HĐLĐ không xác định thời hạn và trước khi đến tuổi nghỉ hưu NLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ (báo trước 45 ngày) thì NSDLĐ sẽ vẫn phải trả trợ cấp thôi việc cho họ. Sau đó, khi đủ tuổi nghỉ hưu, NLĐ sẽ tiến hành làm thủ tục hưởng lương hưu với cơ quan bảo hiểm xã hội. Đây là “khoảng trống pháp luật” mà nhiều NLĐ áp dụng, còn NSDLĐ thì không thể không giải quyết. Trong khi đó, pháp luật lại không quy định rõ trường hợp NLĐ đến tuổi nghỉ hưu nhưng chưa đủ

thời gian hưởng lương hưu mà họ nghỉ việc, thì NSDLĐ có phải trả trợ cấp thôi việc cho NLĐ hay không? Theo tác giả, BLLĐ nên quy định khi NLĐ đủ điều kiện nghỉ hưu vẫn được hưởng trợ cấp thôi việc do NSDLĐ chi trả. Vì đây là sự ghi nhận công sức đóng góp của NLĐ đối với NSDLĐ trong suốt thời gian làm việc tại đó, đồng thời cũng thể hiện tính nhân văn của chính sách pháp luật lao động.

Ba là, trường hợp NLĐ bị ngược đãi, quấy rối tình dục, cưỡng bức lao động cho dù chủ thể thực hiện hành vi đó là ai thì NLĐ vẫn có quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ chứ không chỉ là hành vi của NSDLĐ như hướng dẫn tại khoản 1 Điều 11 Nghị định 05/2015/NĐ-CP. Vì NSDLĐ có trách nhiệm tạo môi trường làm việc an toàn cho NLĐ. Trong trường hợp này, NLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ báo trước cho NSDLĐ trong thời hạn 03 ngày (áp dụng cho tất cả NLĐ làm việc theo các loại HĐLĐ).