

MONTHLY ISSUE

7(339)

2016

45TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

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

CONSTITUTIONAL LAW

- ❖ VU THU: Some Issues on the Organization of Local Government under the Law on Local Government of 2015 3

INTERNATIONAL LAW

- ❖ LE MAI THANH: The Permanent Court of Arbitration and the Award on Interpretation and Application of the UNCLOS of 1982 10

- ❖ NGUYEN HONG THAO: Legal Aspects in the Award of the PCA South China Sea Arbitration of Philippines v. China 19

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ NGUYEN QUYET THANG – BUI TRUONG NGOC QUYNH: Terrorism Crimes under the Penal Code of 2015 29

- ❖ DO LUONG THIEN: Some Errors in the Penal Code of 2015 35

- ❖ VO THI KIM OANH – LE THI THUY DUONG: Some New Issues on Appeal under the Criminal Procedure Code of 2015 40

CIVIL LAW

- ❖ TRAN VAN HA: Some Amendments of Inheritance Provisions of the Civil Code of 2015 45

ECONOMIC LAW

- ❖ NGO GIA HOANG – NGUYEN THI THUONG: Legal Representatives of an Enterprise under the Law on Enterprises from the Perspective of Business Freedom 48

- ❖ NGUYEN THU HUONG: Trade Remedy Laws in Vietnam 54

- ❖ PHAN THI THANH THUY: Consumer Protection in ASEAN Economic Community and Legal Issues for Vietnam 63

FOREIGN STATE AND LAW

- ❖ NGUYEN LINH GIANG: Ombudsman-based National Human Right Institutions and Implications for Vietnam 70

- ❖ TRAN VANG PHU: Shortcomings of US Laws and Regulations on Catfish Control and Possibility for Vietnam's Action 78

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG THEO LUẬT TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG NĂM 2015

Vũ Thu*

Tóm tắt: Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 được ban hành với nhận thức mới về tính tự quản, tự chủ và tự chịu trách nhiệm của chính quyền địa phương. Bài viết đề cập một số vấn đề cơ bản về tổ chức bên trong của chính quyền địa phương với các chủ thể Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương.

Abstract: The Law on Local Government of 2015 has been enacted according to new understanding of autonomy, self-government and self-responsibility of local government. This article discusses some main issues on the internal organization of local government including People's Councils and People's Committees under the Law on Local Government.

1. Quan niệm về chính quyền địa phương trong pháp luật về tổ chức chính quyền địa phương

Sau Tuyên ngôn độc lập khai sinh ra nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa, nhu cầu cần thiết lúc này là tổ chức quyền lực nhà nước ở địa phương bên cạnh quyền lực nhà nước ở trung ương do Chính phủ lâm thời đảm nhiệm. Điều 1 của Sắc lệnh số 63-SL ngày 23/11/1945 về chính quyền địa phương của Chủ tịch Chính phủ lâm thời đã quy định: “Để thực hiện chính quyền nhân dân địa phương trong nước Việt Nam, sẽ đặt hai thứ cơ quan: Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính...”. Theo quan niệm lúc đó thì trong một thể thống nhất quyền lực nhà nước, chính quyền địa phương là bộ phận cấu thành ở các đơn vị hành chính, được phân biệt với chính quyền trung ương. Trong đó, chính quyền địa phương là cơ quan do nhân dân địa phương tổ chức ra với Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính

để quản lý các công việc ở địa phương, nhằm phục vụ nhu cầu tổ chức đời sống xã hội của nhân dân ở địa phương.

Sau Sắc lệnh trên, trong bản Hiến pháp được Quốc hội thông qua năm 1946, khái niệm “chính quyền địa phương” đã không được đưa vào. Chương V của Hiến pháp 1946 về chính quyền địa phương có tên “Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính”. Tuy nhiên, khái niệm chính quyền địa phương lại được ghi nhận trong các văn bản đơn hành dưới luật quy định về quản lý nhà nước trên các lĩnh vực cụ thể. Tại phiên họp ngày 29/4/1958, Quốc hội Việt Nam đã thông qua đạo luật về chính quyền địa phương với tên gọi “Luật Tổ chức chính quyền địa phương”. Như vậy, lần đầu tiên, Nhà nước đã ghi nhận chính thức tên gọi “chính quyền địa phương” trong một văn bản luật. Tuy nhiên, trong các bản hiến pháp năm 1959, 1980, 1992 và các luật cụ thể hóa các bản hiến pháp đều không sử dụng khái niệm “chính quyền địa phương” mà chỉ ghi tên hai cơ quan của chính quyền địa

* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

phương là Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính (hay Ủy ban nhân dân).

Dù tên gọi của chính quyền địa phương được thể hiện như thế nào thì trong các văn bản pháp luật thời kỳ này, chính quyền địa phương đều có những nét cơ bản sau:

- Được tổ chức trên các đơn vị hành chính với những thay đổi nhất định theo mỗi thời kỳ, nhưng ba đơn vị cơ bản luôn có là: tỉnh, huyện, xã và tương đương.

- Được xác nhận gồm hai loại cơ quan là Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân (hay Ủy ban hành chính...). Hội đồng nhân dân là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, đại diện ý chí, nguyện vọng và quyền làm chủ của nhân dân; do nhân dân địa phương bầu ra; chịu trách nhiệm trước nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên. Trên cơ sở quy định của pháp luật, quyết định của cấp trên, Hội đồng nhân dân quyết nghị về các vấn đề ở địa phương.

Ủy ban nhân dân là cơ quan quản lý hành chính nhà nước ở địa phương, thực thi quyền quản lý trên cơ sở nghị quyết của Hội đồng nhân dân cùng cấp và căn cứ vào pháp luật, mệnh lệnh của cơ quan hành chính nhà nước cấp trên. Thành viên Ủy ban nhân dân do Hội đồng nhân dân bầu ra, bãi miễn và bỏ phiếu bất tín nhiệm. Ở một đơn vị hành chính, có thể không có Hội đồng nhân dân, nhưng phải có Ủy ban nhân dân.

- Chính quyền địa phương được tổ chức theo nguyên tắc tập trung dân chủ. Nguyên tắc này thể hiện trong tổ chức chính quyền địa phương qua các giai đoạn có những thay đổi với xu hướng tăng dần phương diện dân chủ, tự chủ. Chẳng hạn, các quy định thể hiện sự tập trung cao trong quá trình phát triển chính quyền địa phương nay nhường chỗ cho dân chủ, tự chủ như: cơ quan hành chính nhà nước cấp trên có quyền phê

chuẩn nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp dưới trước khi thi hành; Ủy ban hành chính tỉnh giải tán Hội đồng nhân dân xã, Hội đồng nhân dân có quyền sửa đổi văn bản không thích đáng của Ủy ban hành chính cấp mình và của Hội đồng nhân dân cấp dưới... Mặt khác, Hội đồng nhân dân cấp tỉnh ngày càng có vai trò quan trọng trong việc tiếp nhận sự phân cấp quản lý từ trung ương, thể hiện trong việc ban hành các văn bản pháp luật để quản lý ở địa phương; quy định tổ chức cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân; quản lý cán bộ, công chức, viên chức, chi thu ngân sách địa phương... theo thẩm quyền.

Những nét cơ bản của chính quyền địa phương trên đây phản ánh mô hình tổ chức chính quyền địa phương nước ta cho đến nay. Trong thực tế, khi nhận diện chính quyền địa phương thường chú ý đến chủ thể của nó, vì vậy, có thể có quan niệm khác nhau về chính quyền địa phương. Như trình bày trên, chủ thể thuộc cơ cấu của chính quyền địa phương được xác định gồm Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân, là các cơ quan do nhân dân địa phương lập ra để thực hiện quản lý nhà nước các công việc địa phương, phục vụ nhân dân địa phương. Điều đó cũng có nghĩa, các cơ quan quản lý hành chính nhà nước của chính quyền trung ương đặt tại địa phương, các cơ quan khác như Tòa án, Viện kiểm sát, cơ quan quản lý của trung ương đặt tại địa phương... tuy thực hiện các công việc nhà nước trên lãnh thổ địa phương nhưng không được xem là các thiết chế thuộc chính quyền địa phương. Bên cạnh đó, có quan niệm cho rằng, chính quyền địa phương bao gồm tất cả các thiết chế thực thi quyền lực nhà nước tại địa phương ngoài Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Ví dụ trước đây, Điều 14 Luật Tổ

chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính được Quốc hội thông qua ngày 27/10/1962 quy định: “Hội đồng nhân dân các cấp bầu ra Ủy ban hành chính và Tòa án nhân dân cấp mình và có quyền bãi miễn những thành viên của các cơ quan ấy”. Như vậy, Tòa án nhân dân được xem như cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân và là một bộ phận cấu thành của chính quyền địa phương. Với cách thiết lập Tòa án nhân dân địa phương theo cách đó, hoạt động của thẩm phán không thể không phụ thuộc vào chính quyền địa phương, không phù hợp với nguyên tắc khi xét xử, thẩm phán độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Tòa án dường như là một bộ phận cấu thành của chính quyền địa phương như quan hệ của Hội đồng nhân dân với Ủy ban hành chính.

Theo cách hiểu chung cả trên lý luận và thực tiễn, chính quyền địa phương chỉ bao gồm hai loại cơ quan là: cơ quan hội đồng địa phương và cơ quan hành chính nhà nước địa phương. Cách hiểu như vậy có tính ước lệ. Bởi ở đây, không phải là cơ quan nào đang thực thi quyền lực nhà nước tại địa phương, mà là hoạt động quản lý nhà nước của cơ quan hội đồng và cơ quan hành chính nhà nước địa phương gắn liền với cộng đồng địa phương, trực tiếp liên quan đến các quá trình phát triển kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội, đến việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người dân ở địa phương. Điều đó cũng thể hiện tính phù hợp của nhận thức về khái niệm chính quyền địa phương.

Khi xây dựng và thông qua Hiến pháp năm 2013, khác với tên chương có tính truyền thống về chính quyền địa phương với hai loại cơ quan hội đồng và hành chính nhà nước địa phương theo như các bản hiến pháp trước đó, các nhà lập hiến đặt tên chương là: “Chính quyền địa phương”.

Chương “Chính quyền địa phương” trong Hiến pháp năm 2013, tiếp đó là việc ban hành Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 cho thấy cách nhìn mới về tổ chức chính quyền địa phương theo nguyên tắc tập trung dân chủ trong Nhà nước pháp quyền. Trong đó, nhân dân địa phương là chủ thể của quyền lực nhà nước, thể hiện ở vai trò của cộng đồng dân cư địa phương trong việc tổ chức và kiểm soát quyền lực nhà nước ở địa phương.

Như vậy, việc sử dụng khái niệm “chính quyền địa phương” trong các văn bản pháp luật có giá trị pháp lý cao phản ánh nhận thức mới về chính quyền địa phương hiện nay. Nhận thức này được thể hiện tập trung tại Điều 12 của Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 với các nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương được xác lập trên cơ sở *phân quyền*.

2. Tổ chức chính quyền địa phương theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015

Trên cơ sở quy định của Hiến pháp 2013, năm 2015, Quốc hội đã thông qua Luật Tổ chức chính quyền địa phương. Với ba đơn vị hành chính cơ bản là tỉnh, huyện, xã và tương đương, Luật Tổ chức chính quyền địa phương 2015 vẫn xác định mỗi đơn vị hành chính có hai loại cơ quan là Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Quy định này vẫn như trước đây sau 6 năm thí điểm không đưa lại kết quả rõ rệt về việc bỏ Hội đồng nhân dân tại một số đơn vị hành chính.

Những điểm mới chủ yếu trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương thể hiện như sau:

Thứ nhất, xác định rõ hơn vị trí, tính chất của chính quyền địa phương theo tinh thần tự chủ, tự quản và tự chịu trách nhiệm. Luật đã xác định rõ nhiệm vụ, quyền hạn

của chính quyền địa phương trên cơ sở phân quyền, phân cấp và theo ủy quyền.

Thứ hai, Luật quy định về đơn vị hành chính mới: đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt. Luật cũng quy định việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính phải lấy ý kiến nhân dân địa phương theo thủ tục nhất định. Việc lấy ý kiến nhân dân tuy chỉ có tính chất tham khảo, nhưng đây là bước tiến lớn trong việc tổ chức chính quyền địa phương ở nước ta và là cơ sở để cơ quan có thẩm quyền đưa quyết định hợp lý.

Luật phân loại và xác định tiêu chí phân loại các đơn vị hành chính nhằm tạo cơ sở hoạch định chính sách phát triển kinh tế - xã hội, xây dựng tổ chức bộ máy, chế độ, chính sách đối với cán bộ, công chức phù hợp.

Thứ ba, trên mỗi đơn vị hành chính đều thiết lập hai loại cơ quan là Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Điểm mới là Luật đã quy định tách bạch chính quyền ở đô thị, chính quyền ở nông thôn, chính quyền ở hải đảo và chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt phù hợp với các đặc điểm của đơn vị hành chính tương ứng.

Thứ tư, về tổ chức chính quyền, Luật điều chỉnh lại số lượng đại biểu Hội đồng nhân dân để bảo đảm tính đại diện nhân dân. Hội đồng nhân dân thành phố trực thuộc trung ương được thành lập thêm Ban đô thị. Trưởng các Ban của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, huyện có thể hoạt động chuyên trách; Phó Trưởng Ban hoạt động chuyên trách.

Ủy ban nhân dân được xác định là cơ quan hoạt động theo chế độ tập thể kết hợp với trách nhiệm của Chủ tịch Ủy ban nhân dân. Luật quy định chi tiết về số lượng, cơ cấu thành viên Ủy ban nhân dân, trong đó, những người đứng đầu cơ quan chuyên môn

thuộc Ủy ban nhân dân đều phải là thành viên Ủy ban nhân dân.

Với các điểm mới trên đây, Luật Tổ chức chính quyền địa phương 2015 đã khắc phục được nhiều hạn chế, vướng mắc trong thực tế từ nhiều năm nay. Có thể nói, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 là văn bản hoàn chỉnh nhất về mọi mặt, từ nội dung điều chỉnh đến kỹ thuật lập pháp và giá trị của văn bản.

Tuy nhiên, trong quá trình triển khai các quy định, đặc biệt là các điểm mới của Luật Tổ chức chính quyền địa phương cũng gặp một số khó khăn. Trong Luật có các quy định mang tính nguyên tắc, có tính chất “khung” đòi hỏi sự áp dụng sáng tạo; có các quy định cần phải quy định chi tiết hơn; có những quy định chưa khắc phục hết hạn chế hoặc chưa thật rõ ràng. Vì vậy, cần làm rõ thêm vấn đề pháp luật liên quan đến mô hình tổ chức chính quyền địa phương ở Việt Nam hiện nay.

Như đã trình bày, một nguyên tắc cơ bản về tổ chức chính quyền địa phương nước ta là nguyên tắc tập trung dân chủ. Từ nguyên tắc này xuất hiện những xu hướng trái ngược trong tổ chức chính quyền địa phương. Các quy định về Hội đồng nhân dân cho thấy một hội đồng địa phương có tính tự quản khá rõ rệt. Nhưng đối với Ủy ban nhân dân thì đây là cơ quan trực thuộc hai chiều: một chiều vào Hội đồng nhân dân cùng cấp và một chiều vào cơ quan hành chính nhà nước cấp trên (Ủy ban nhân dân cùng cấp trên hoặc Chính phủ). Trong quan hệ của Ủy ban nhân dân với Hội đồng nhân dân, Hội đồng nhân dân có quyền bầu, bãi miễn, bỏ phiếu bất tín nhiệm các thành viên Ủy ban nhân dân, bãi bỏ văn bản trái pháp luật của Ủy ban nhân dân..., Ủy ban nhân dân phải chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Hội đồng nhân dân. Đối với cơ

quan hành chính nhà nước cấp trên, cơ quan này có quyền phê chuẩn kết quả bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm, điều động, đình chỉ công tác, cách chức Chủ tịch, Phó Chủ tịch của Ủy ban nhân dân cấp dưới, yêu cầu Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp dưới trực tiếp cách chức Chủ tịch, Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp dưới, bãi bỏ văn bản trái pháp luật của Ủy ban nhân dân cấp dưới... Đáng chú ý là, theo các quy định của Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức chính quyền địa phương, người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước cấp trên có thẩm quyền chỉ đạo người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước cấp dưới.

Như vậy, về phương diện tổ chức, Hội đồng nhân dân tổ chức theo hướng trọng về dân chủ, và phục vụ cư dân địa phương. Đối với Ủy ban nhân dân, tính dân chủ được thể hiện trong quan hệ với Hội đồng nhân dân, tính tập trung thể hiện trong quan hệ với cơ quan hành chính nhà nước cấp trên. Với các quy định nêu trên cho thấy, Ủy ban nhân dân trọng chiều dọc hơn là chiều ngang. Trong thực tế, có Ủy ban nhân dân chú trọng thi hành quyết định, chỉ đạo của cơ quan hành chính nhà nước cấp trên hơn là nghị quyết, các yêu cầu của Hội đồng nhân dân cùng cấp. Với thực tế là Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cùng có nghĩa vụ trong việc chấp hành Hiến pháp, luật, các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên, một cơ quan hướng về dân chủ, tự quản, còn một cơ quan tuy có tính dân chủ nhưng lại hướng theo chiều tập trung thì phải xem đó là không tương thích, có các thiên hướng hoạt động khác nhau. Đây là điểm khác cơ bản của chính quyền địa phương nước ta với chính quyền địa phương tự quản, xét trên phương diện tổ chức. Điều đó cũng có nghĩa là, tổ chức chính quyền địa phương không

tạo ra kết cấu thật sự chặt chẽ giữa Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân trong chính thể được gọi là chính quyền địa phương. Do đó, tổ chức chính quyền địa phương cần phải có sự điều hòa hợp lý giữa cơ quan hội đồng và cơ quan hành chính nhà nước địa phương.

Một điểm có thể xem là sáng nhất trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 là quy định rõ các nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương với tính cách là một chính thể thống nhất gắn với các hình thức phân quyền, phân cấp quản lý. Theo Điều 11, nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương các cấp được xác định trên cơ sở phân định thẩm quyền giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương, và của mỗi cấp chính quyền địa phương. Nguyên tắc cơ bản trong việc xác định nhiệm vụ, quyền hạn là vừa bảo đảm quản lý nhà nước thống nhất vừa phát huy quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm của chính quyền địa phương. Các nhiệm vụ, quyền hạn theo phân quyền cho mỗi cấp chính quyền địa phương phải được quy định trong các luật và do chính quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện. Các cơ quan nhà nước cấp trên trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm thanh tra, kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn đó.

Phân cấp cho chính quyền địa phương là việc cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương theo quyền hạn thực hiện việc phân cấp cho cơ quan nhà nước cấp dưới hoặc chính quyền địa phương thực hiện liên tục, thường xuyên một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn thuộc thẩm quyền của mình. Cơ quan có quyền thực hiện việc phân cấp bảo đảm nguồn lực và các điều kiện khác, đồng thời kiểm tra việc thực hiện.

Ngoài phân quyền và phân cấp cho địa phương, Luật còn xác định nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương theo ủy quyền. Đó là việc cơ quan hành chính nhà nước cấp trên có thể ủy quyền bằng văn bản cho Ủy ban nhân dân cấp dưới thực hiện một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn của mình trong khoảng thời gian xác định kèm theo các điều kiện cụ thể trong trường hợp cần thiết. Cơ quan ủy quyền phải bảo đảm các nguồn lực và điều kiện tương ứng để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mà mình ủy quyền; kiểm tra việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn đã ủy quyền và chịu trách nhiệm về kết quả thực hiện.

Trong các nhiệm vụ, quyền hạn kể trên, phân cấp là vấn đề được đặt ra thường xuyên trong quá trình hoàn thiện chính quyền địa phương cũng như cải cách hành chính. Đáng chú ý là việc sử dụng khái niệm phân quyền – được gắn với tự quản địa phương hay chính quyền địa phương tự quản ở nhiều nước nhưng hầu như không được sử dụng khi nói về chính quyền địa phương nước ta. Vì với nguyên tắc tập trung dân chủ thì vai trò, tác động, khả năng chi phối của cơ quan nhà nước trung ương, cấp trên đối với chính quyền địa phương cấp dưới là rất lớn, có tính quyết định. Trong khi đó, khi nhiệm vụ, quyền hạn đã được xác định theo sự phân quyền thì địa phương, cấp chính quyền địa phương đã có quyền trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn đó. Có thể nói, trong khuôn khổ của nguyên tắc tập trung dân chủ, sự hiện diện của “phân quyền” cho địa phương, các cấp chính quyền địa phương là nét rất mới và tiến bộ. Nó thể hiện quan điểm khoa học trong tổ chức bộ máy nhà nước về phân định chức năng, nhiệm vụ rõ ràng để không gây chồng lấn; bảo đảm tính tự chủ, tự chịu trách nhiệm của

mỗi cơ quan nhà nước. Về phương diện chính trị, đó là việc đề cao vai trò của cộng đồng dân cư địa phương, thể hiện cụ thể quan điểm quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân tại các đơn vị hành chính.

Tuy nhiên, cần nói rằng, phân quyền trong khuôn khổ nguyên tắc tập trung dân chủ vẫn chỉ có tính chất tương đối; chủ yếu nhằm tới sự phân công, phân nhiệm rành mạch hơn nhiệm vụ, quyền hạn cho chính quyền địa phương, còn tập trung vẫn là hướng chủ đạo. Nói cách khác, mô hình tổ chức chính quyền địa phương nước ta đang có sự pha trộn giữa những yếu tố khác nhau là tập trung dân chủ và tự quản địa phương. Để bảo đảm và thúc đẩy xu hướng tiến bộ phân quyền cho địa phương, chúng tôi xin đưa ra một số đề xuất:

Thứ nhất, phân quyền cũng như phân cấp và ủy quyền cho địa phương được quy định trong Luật Tổ chức chính quyền địa phương mới chỉ mang tính nguyên tắc; cần phải được cụ thể trong từng lĩnh vực quản lý khác nhau với sự tính toán nhiều mặt. Vì thế, bảo đảm tính hiện thực của phân quyền đòi hỏi các cơ quan nhà nước cấp trên, đặc biệt là các cơ quan hành chính nhà nước rà soát thẩm quyền của mình để xem xét khả năng phân quyền cho chính quyền địa phương. Trong đó, nên để chính quyền địa phương tự quản và tự chịu trách nhiệm đối với phần chủ yếu hay đáng kể các công việc của cộng đồng dân cư phù hợp với các điều kiện thực tế, và khả thi. Khi đó, chính quyền địa phương sẽ có biến đổi về chất.

Thứ hai, phân cấp quản lý như đã trình bày là việc chính quyền địa phương cấp dưới được phân cấp có *tính liên tục và thường xuyên các nhiệm vụ*, quyền hạn thuộc thẩm quyền của trung ương hoặc cơ quan hành chính nhà nước và chịu trách nhiệm trước cơ

quan đã phân cấp cho mình. Trong phân cấp, cơ quan phân cấp vẫn phải chịu trách nhiệm về kết quả thực hiện các nhiệm vụ đã phân cấp cho chính quyền địa phương cấp dưới. Đây là điểm khác căn bản với phân quyền mà theo đó, chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn đã nêu.

Nhưng từ đây câu hỏi đặt ra là, nếu nhiệm vụ, quyền hạn được chính quyền địa phương cấp dưới thực hiện liên tục và thường xuyên như vậy thì các nhiệm vụ, quyền hạn ấy có cần phân cấp nữa không, hay là thực hiện phân quyền? Vì vậy, cần xem xét các nhiệm vụ, quyền hạn phân cấp cụ thể. Có thể phân cấp chỉ là cách thức xác lập nhiệm vụ, quyền hạn cho chính quyền địa phương cấp dưới trong giai đoạn quá độ để chuyển sang phân quyền. Và về nguyên tắc, nếu phân quyền được thì nên thực hiện phân quyền thay vì phân cấp.

Thứ ba, trong Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức chính quyền địa phương, nguyên tắc tập trung dân chủ xác định người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước cấp trên có quyền chỉ đạo người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước cấp dưới (ví dụ, khoản 7 Điều 22 Luật Tổ chức chính quyền địa phương). Đối với các nhiệm vụ, quyền hạn được phân cấp quản lý thì việc chỉ đạo như vậy sẽ là đương nhiên. Nhưng các nhiệm vụ, quyền hạn được xác lập trên cơ sở phân quyền thì có sự chỉ đạo thực hiện hay không?

Luật Tổ chức chính quyền địa phương không xác định rõ ràng mà chỉ quy định khi phân quyền, cơ quan nhà nước cấp trên chỉ được kiểm tra về tính hợp hiến, hợp pháp trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền của chính quyền địa phương cấp dưới (Điều 12). Quy định này hàm nghĩa rằng, cơ quan nhà nước cấp trên

chỉ xem xét về phương diện hợp hiến, hợp pháp mà không xem xét về tính hợp lý liên quan đến hiệu quả của việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn. Tuy nhiên, bản thân khái niệm chỉ đạo lại được hiểu bao gồm chỉ đạo về tính hợp hiến, hợp pháp và cả tính hợp lý. Như vậy, đây là vấn đề nảy sinh cần phải có sự giải thích rõ ràng. Sẽ có cách hiểu khác nhau về sự chỉ đạo đối với các nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền, và nếu vấn đề không được minh định thì việc phân quyền sẽ vô hiệu.

Thứ tư, không chỉ quan niệm về chính quyền địa phương như một chỉnh thể thống nhất của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân mà bản thân mỗi cơ quan cũng phải có được tính chỉnh thể. Theo khoản 1 và 2 Điều 9 Luật Tổ chức chính quyền địa phương thì cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân ở cấp tỉnh, cấp huyện, là cơ quan tham mưu, giúp Ủy ban nhân dân thực hiện chức năng quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực ở địa phương và thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn theo sự phân cấp, ủy quyền của cơ quan nhà nước cấp trên. Cơ quan này chịu sự chỉ đạo, quản lý về tổ chức, biên chế và công tác của Ủy ban nhân dân, đồng thời chịu sự chỉ đạo, kiểm tra về nghiệp vụ của cơ quan quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực cấp trên. Ở đây, điểm cần lưu ý là cơ quan chuyên môn được thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn theo sự phân cấp, ủy quyền của cơ quan nhà nước cấp trên. Quy định này đặt ra vấn đề về mối quan hệ giữa cơ quan chuyên môn với Ủy ban nhân dân cùng cấp. Cơ quan chuyên môn là cơ quan do Ủy ban nhân dân lập ra, không tồn tại độc lập nên khi cơ quan cấp trên phân cấp, ủy quyền thì phải là cho Ủy ban nhân dân đúng hơn là cho cơ quan chuyên môn của Ủy ban nhân dân.

TÒA TRỌNG TÀI VÀ PHÁN QUYẾT VỀ GIẢI THÍCH VÀ ÁP DỤNG CÔNG ƯỚC LUẬT BIỂN 1982

*Lê Mai Thanh**

Tóm tắt: Bài viết phân tích căn cứ xác định thủ tục giải quyết tranh chấp về giải thích và áp dụng Công ước Luật Biển 1982 cũng như những bài học rút ra từ phán quyết ngày 12/7/2016 của Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII Công ước trong vụ *Philippines kiện Trung Quốc*.

Abstract: This article analyses grounds for determination of procedures of dispute settlement for interpretation and application of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 and lessons of the Award dated 12 July 2016 by the Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the Convention in *Philippines v. China*.

1. Đặt vấn đề

Với vị trí đặc biệt trong bản đồ hàng hải thế giới, Biển Đông luôn là mối quan tâm không chỉ đối với các quốc gia ven biển, mà còn đối với toàn bộ cộng đồng quốc tế. Hay nói cách khác, những bất ổn trên Biển Đông luôn thu hút sự chú ý của công luận và tác động đến sự ổn định của đời sống quốc tế; nhất là khi những động thái gây bất ổn đó lại thực hiện bởi một nước lớn như Trung Quốc.

Tại Hội nghị Thượng đỉnh của nhóm 7 nước công nghiệp phát triển (G7), các nước G7 đã bày tỏ quan ngại về tình hình Biển Đông; ra tuyên bố chung về nhiều vấn đề quan trọng trên thế giới, trong đó có vấn đề Biển Đông vào ngày 27/5/2016 vừa qua. Các nước G7 tán thành những tuyên bố đưa ra tại hội nghị Bộ trưởng Ngoại giao vào tháng 4/2016; kêu gọi các bên giải quyết tranh chấp một cách hòa bình, tránh sử dụng vũ lực¹. Mặc dù luôn yêu sách về cái gọi là đường chín đoạn và "quyền lịch sử" trong

yêu sách đường chín đoạn của mình tại Biển Đông, Trung Quốc cũng ý thức rằng cần có đối sách ứng phó, ngăn ngừa khả năng phản ứng của cộng đồng quốc tế. Tại Hội nghị thượng đỉnh Á - Âu (ASEM) lần thứ XI tại Mông Cổ, trợ lý Ngoại trưởng Trung Quốc đã tuyên bố phủ đầu trong cuộc họp báo ngày 11/7/2016 rằng, Hội nghị các nhà lãnh đạo ASEM không phải là nơi thích hợp để bàn về Biển Đông².

Trong vấn đề Biển Đông, Trung Quốc là thành viên Công ước Luật Biển 1982 (UNCLOS), nhưng từ chính sách đến hành động đều không thể hiện sự "thiện chí" như tuyên bố tự thân của họ. Bên cạnh đó, các yêu sách tranh chấp, sự giải thích và áp dụng UNCLOS của Trung Quốc, luôn cố tình bỏ qua Luật biển quốc tế. Nước này tự giải thích và áp dụng UNCLOS phiên bản Trung Hoa theo cách phi lý, gây bất ổn trong khu vực.

Trong nỗ lực tìm ra tiếng nói chung, các quốc gia Đông Nam Á đã thông qua Tuyên bố về cách ứng xử của các bên ở Biển Đông

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹Tin của phóng viên thường trú Đài Truyền hình Việt Nam tại Nhật Bản, ngày 27/5/2016.

² Tin Reuters, ông Khổng Huyền Hựu phát biểu trong cuộc họp báo ASEM, ngày 11/7/2016.

(DOC) (tiến tới Bộ quy tắc ứng xử - COC) với Trung Quốc, cũng như cùng nhau tham gia các điều ước quốc tế như Hiệp ước Thân thiện và Hợp tác Đông Nam Á, Công ước về Đa dạng sinh học... nhằm thiết lập cách thức ứng xử chung, hợp tác, ngăn ngừa xung đột và bảo vệ môi trường biển. Bên cạnh đó, những quốc gia Đông Nam Á ven Biển Đông khi bị đẩy vào tình huống phải đối mặt với "yêu sách tranh chấp" và các hành động ngang ngược của Trung Quốc đã luôn cố gắng tháo gỡ bất đồng thông qua con đường ngoại giao để tìm ra phương thức giải quyết chung.

Trước cố gắng giải quyết sự khác biệt bằng biện pháp ngoại giao từ phía các nước trong khu vực như Việt Nam, Philippines, Trung Quốc liên tục áp đặt các lệnh, tuyên bố đơn phương tại Biển Đông; tiến hành các hoạt động thay đổi các cấu trúc địa lý trên Biển Đông (thuộc chủ quyền của Việt Nam bị Trung Quốc xâm chiếm); gây bất ổn định, đe dọa hòa bình, an ninh, gây mất an toàn, tự do hàng hải, hàng không tại vùng biển và vùng trời tại khu vực; cũng như gây tổn hại đến môi trường biển; và xâm phạm đến quyền chủ quyền tại các vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của các quốc gia ven biển khác.

Với chuỗi hành vi trên, Trung Quốc đã vi phạm nghiêm trọng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế, Hiến chương Liên hợp quốc, các nguyên tắc và quy định của UNCLOS cũng như các điều ước quốc tế có liên quan khác.

Sau nhiều năm kiên trì giải quyết bất đồng, trao đổi, thỏa thuận bằng kênh ngoại giao, đàm phán nhưng không đạt được giải pháp chung, Philippines đã sử dụng quyền của thành viên UNCLOS được ghi nhận trong UNCLOS kiện Trung Quốc ra thiết

chế tài phán quốc tế theo thủ tục bắt buộc. Cụ thể, các yêu cầu của Philippines ("vụ kiện Biển Đông" của Philippines) đã được đệ trình lên Tòa Trọng tài thường trực (PCA) để giải quyết theo Phụ lục VII UNCLOS bất chấp sự phản đối của Trung Quốc vào tháng 1/2013.

2. Công ước Luật Biển 1982 và phương thức giải quyết tranh chấp theo Phụ lục VII Công ước

UNCLOS kết cấu với 17 phần, ngoài Phần mở đầu, Các điều khoản chung, Điều khoản cuối cùng, 14 phần còn lại quy định lần lượt về các vùng biển, về bảo vệ và giữ gìn môi trường biển, về nghiên cứu khoa học, phát triển và chuyển giao kỹ thuật biển và đặc biệt là phần XV "Giải quyết tranh chấp"³.

Trước hết, tranh chấp phải là tranh chấp về giải thích và áp dụng Công ước. Việc giải quyết các tranh chấp đó sẽ tuân theo quy định tại Phần XV này⁴.

Cụ thể, các tranh chấp về giải thích và áp dụng UNCLOS tại Biển Đông sẽ được giải quyết theo Phần XV UNCLOS bởi các bên đều là thành viên UNCLOS. Hiện nay, không chỉ có các bên liên quan đến Biển Đông như một số nước ASEAN và Trung Quốc mà cả 9 quốc gia ASEAN có biển cũng như không có biển đều là thành viên Công ước (Campuchia đã ký nhưng chưa phê chuẩn)⁵.

Phần XV UNCLOS về Giải quyết tranh chấp bao gồm 2 Mục. Mục 1 "Quy định

³ www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, truy cập ngày 23/6/2016.

⁴ Việc giải quyết tranh chấp về đầy đại dương còn được quy định tại Mục 5 Phần XI Công ước.

⁵ http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm, truy cập ngày 23/6/2016.

chung" xác định nghĩa vụ các thành viên UNCLOS phải giải quyết tranh chấp về việc giải thích hay áp dụng Công ước bằng các phương pháp hòa bình trên cơ sở sự lựa chọn của các bên, theo đúng tinh thần của Hiến chương Liên hợp quốc.

Như vậy, các bên như Philippines khi đối mặt với tranh chấp về giải thích và áp dụng UNCLOS cần lựa chọn các biện pháp hòa bình như biện pháp ngoại giao hay bất cứ biện pháp hòa bình nào khác trong phạm vi khuôn khổ trao đổi đa phương hoặc trao đổi song phương để tìm ra giải pháp chung. Tuy nhiên, trong thời gian dài, các trao đổi mà Philippines đã tiến hành với Trung Quốc không mang lại kết quả bởi Philippines theo đuổi đàm phán đa phương, Trung Quốc muốn đàm phán song phương.

Trong khi đó, căn cứ Điều 281 UNCLOS, các bên phải tuân theo thủ tục được trù định tại Phần XV (thủ tục tự thỏa thuận tại Mục 1 hoặc thủ tục bắt buộc với quyết định bắt buộc tại Mục 2) nếu không đạt tới một cách giải quyết chung, trừ khi các bên có thỏa thuận khác. Vậy, nội dung quy định này được hiểu như thế nào? Có thể hiểu, tranh chấp về giải thích và áp dụng Công ước sẽ dựa vào phương thức giải quyết hòa bình được thỏa thuận riêng trước đó giữa các bên hoặc do các bên thỏa thuận khi tranh chấp phát sinh; trong trường hợp không đạt một giải pháp chung thì các bên sẽ phải chấp nhận thủ tục bắt buộc được trù định tại Mục 2 Phần XV.

Hay nói cách khác, nếu không thuộc các trường hợp liên quan đến ngoại lệ, loại trừ phương thức giải quyết tranh chấp bắt buộc, mọi tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước khi không được giải quyết bằng phương thức do các bên thỏa thuận, có thể được đệ trình ra trước

cơ quan tài phán mang tính bắt buộc theo Điều 286 UNCLOS Mục 2 Phần XV. Điều 287 tiếp theo của Công ước quy định các phương thức giải quyết tranh chấp bắt buộc mà thành viên UNCLOS được lựa chọn bằng tuyên bố dưới dạng văn bản. Trong thực tế, nhiều trường hợp chỉ một bên đưa tuyên bố hoặc đệ trình yêu cầu giải quyết tranh chấp theo Điều 287 mà bên kia không có tuyên bố. Vậy đâu là giải pháp cho trường hợp này? Trọng tài thành lập theo Phụ lục VII của Công ước là Trọng tài có thẩm quyền giải quyết tranh chấp về giải thích và áp dụng Công ước chỉ do một bên đưa ra (nếu không thuộc phạm vi giới hạn và ngoại lệ thẩm quyền theo UNCLOS); bên kia phải chấp nhận thẩm quyền của Trọng tài này. Đây chính là quyết định của Philippines trong vụ kiện Trung Quốc.

Cụ thể, khoản 1 Điều 287 Công ước quy định về lựa chọn thủ tục theo Mục 2 Phần XV; trong đó, một quốc gia được quyền tự do lựa chọn (hình thức tuyên bố bằng văn bản) một hay nhiều phương thức (thủ tục) sau đây để giải quyết tất cả các tranh chấp có liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước:

- Tòa quốc tế về Luật Biển được thành lập theo Phụ lục VI (ITLOS có trụ sở tại Hamburg, Đức);
- Tòa Công lý quốc tế (Tòa Công lý của Liên hợp quốc - ICJ có trụ sở tại La Hay, Hà Lan);
- Tòa trọng tài vụ việc được thành lập theo Phụ lục VII (Phụ lục về "Trọng tài" bao gồm 13 điều khoản liên quan đến thành lập trọng tài vụ việc theo thủ tục bắt buộc)⁶; hoặc

⁶ http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/annex7.htm, truy cập ngày 1/5/2016.

- Một tòa trọng tài đặc biệt được thành lập theo Phụ lục VIII để giải quyết một hay nhiều loại tranh chấp đã được ấn định.

Bên cạnh đó, Điều 287 UNCLOS còn quy định về các khía cạnh liên quan đến thủ tục bắt buộc này. Trong trường hợp các bên tranh chấp đều tuyên bố thừa nhận một phương thức chung thì các tranh chấp giữa họ phải được giải quyết theo phương thức này.

Nếu thành viên UNCLOS là một bên tranh chấp chưa tuyên bố lựa chọn thủ tục giải quyết khi tranh chấp xảy ra và vụ việc cũng không thuộc trường hợp ngoại lệ, loại trừ thẩm quyền đối với giải quyết tranh chấp bắt buộc được ghi nhận trong một tuyên bố khác còn hiệu lực (có thể đưa ra khi ký, phê chuẩn hay bất cứ thời gian nào thích hợp) thì thành viên đó được coi là chấp nhận thủ tục trọng tài thành lập theo Phụ lục VII Công ước (như Tòa trọng tài thường trực "PCA" có trụ sở tại La Hay, Hà Lan).

Như vậy, nếu thành viên UNCLOS như Trung Quốc, không được bảo vệ bởi tuyên bố còn hiệu lực (ví dụ như tuyên bố 2006 về ngoại lệ đối với Trung Quốc theo Điều 298 UNCLOS loại trừ các tranh chấp về chủ quyền, ranh giới lãnh hải, đặc quyền kinh tế, thềm lục địa, hoạt động quân sự, tình huống do Hội đồng Bảo an đang xem xét⁷), không chấp nhận bất cứ thủ tục giải quyết tranh chấp bắt buộc nào, thì phải chấp nhận thủ tục trọng tài theo Phụ lục VII Công ước.

Một khi tranh chấp được đệ trình lên Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII,

bên tranh chấp không đồng ý tham gia vẫn phải chấp nhận thủ tục đó. Như vậy có nghĩa, trong vụ kiện Biển Đông của Philippines, Trung Quốc phải chấp nhận phương thức giải quyết tranh chấp theo sự đệ trình của bên nguyên, chấp nhận thẩm quyền của Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII nếu nội dung tranh chấp thuộc phạm vi giải quyết của Tòa trọng tài này.

Trước hết, cần xác định thẩm quyền khi giải quyết tranh chấp. Theo Điều 288 Công ước, phạm vi thẩm quyền của thiết chế tài phán mang tính bắt buộc bao gồm thẩm quyền được xét xử bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước đã được đệ trình theo đúng phân thủ tục bắt buộc này; xét xử bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến việc giải thích hay áp dụng một điều ước quốc tế có liên quan đến các mục đích của Công ước và đã được đệ trình theo đúng điều ước này.

Đối với vụ kiện Biển Đông của Philippines liên quan đến tranh chấp về giải thích và áp dụng Công ước nên Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII là thiết chế được quyền xem xét giải quyết tranh chấp.

Khoản 4 Điều 288 UNCLOS quy định rằng, trong trường hợp có sự tranh luận về thẩm quyền của thiết chế tài phán này thì thẩm quyền do thiết chế đó (ví dụ như Tòa trọng tài tại PCA) tự quyết định.

Trong vụ kiện, khi Philippines đệ trình lên PCA yêu cầu thành lập Tòa trọng tài vụ việc theo Phụ lục VII Công ước, bên bị đơn trong tranh chấp là Trung Quốc đã không chấp nhận phương thức giải quyết này cũng như không thừa nhận thẩm quyền giải quyết nội dung vụ việc của PCA⁸.

⁷ Tuyên bố của Trung Quốc theo Điều 298 UNCLOS vào tháng 8/2006, xem tại http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China Upon ratification, truy cập ngày 23/6/2016.

⁸ Thông cáo báo chí của PCA ngày 12/7/2016, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/>

Để hiểu rõ về Tòa trọng tài giải quyết vụ kiện, cần bắt đầu từ thẩm quyền của Tòa trọng tài này. PCA là một tổ chức quốc tế liên chính phủ thành lập năm 1899 trên cơ sở Công ước La Hay 1899 và Công ước 1907 (sửa đổi) về Giải quyết hòa bình các tranh chấp quốc tế với 121 quốc gia thành viên. Trong số thành viên PCA, có các quốc gia liên quan đến khu vực Biển Đông, Biển Hoa Đông hoặc thành viên ASEAN như Trung Quốc, Nhật Bản, Hàn Quốc, Việt Nam, Philippines, Malaysia, Singapore, Thái Lan, Campuchia, Lào (Indonesia, Brunei, Myanmar chưa là thành viên). Một số quốc gia thành viên kể trên là thành viên của Công ước 1907, có quốc gia là thành viên cả 2 Công ước - căn cứ thành lập PCA⁹.

PCA là tổ chức liên chính phủ thường trực đầu tiên và hoạt động lâu đời nhất với vai trò diễn đàn để giải quyết các tranh chấp quốc tế thông qua phương thức trọng tài và các biện pháp hòa bình khác.

PCA không phải là Tòa án theo đúng nghĩa truyền thống mà là khuôn khổ thường trực cho trọng tài thành lập để giải quyết các tranh chấp. Ban đầu, PCA được thành lập hỗ trợ trọng tài và các hình thức giải quyết tranh chấp khác. Hiện nay, PCA đã trở thành một thể chế trọng tài hiện đại, đa diện, kết nối giữa công pháp và tư pháp quốc tế, đáp ứng nhu cầu giải quyết các tranh chấp ngày càng gia tăng trong cộng đồng quốc tế. PCA giải quyết tranh chấp liên quan đến các quốc gia, các thực thể, các tổ chức quốc tế liên chính phủ và các bên tư nhân.

PCA tham gia vào việc giải quyết các tranh chấp quốc tế, bao gồm tranh chấp về

lãnh thổ, chính sách nhân quyền giữa các quốc gia, cũng như các tranh chấp thương mại và đầu tư (điều ước)... PCA cũng có dịch vụ hỗ trợ thông qua môi giới, hòa giải, lựa chọn các trọng tài viên, chỉ định trọng tài viên hoặc tìm kiếm chứng cứ¹⁰.

Khi Philippines đệ trình yêu cầu lên PCA, đơn yêu cầu là cơ sở để Tòa trọng tài vụ việc (*ad hoc*) được thành lập theo thủ tục của Phụ lục VII UNCLOS nhằm giải quyết vụ kiện Biển Đông. Điều này có nghĩa là, cứ mỗi một tranh chấp thì sẽ có một toà trọng tài riêng được thành lập để giải quyết vụ việc. Theo thủ tục đó, bên tranh chấp được lựa chọn trọng tài cho mình trong vụ việc. Những ưu thế của Tòa trọng tài này so với các thiết chế tài phán khác như ITLOS hay ICJ tương tự như ưu thế trọng tài thương mại so với Tòa án trong giải quyết các tranh chấp mà chúng ta đã quen thuộc.

Từ khi UNCLOS có hiệu lực, PCA đã thụ lý 12 vụ tranh chấp theo thủ tục quy định trong Phụ lục VII UNCLOS; theo đó một bên/các bên tuyên bố lựa chọn Tòa trọng tài giải quyết. PCA đã ban hành 5 phán quyết cuối cùng, 4 quyết định công nhận thỏa thuận giữa các bên và hiện đang xem xét 3 vụ tranh chấp khác giữa các quốc gia. Phán quyết ngày 12/7/2016 trong vụ Philippines kiện Trung Quốc là phán quyết mới nhất của Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII UNCLOS¹¹.

Philippines đệ trình yêu cầu lên PCA vào tháng 1/2013 (bổ sung 1 lần) với 15 điểm. Tòa trọng tài giải quyết vụ việc đã được thành lập ngày 21/6/2013, phù hợp với trình tự theo Phụ lục VII UNCLOS. Tòa

2016/07/PH-CN-20160712-Press-Release-No-11-English.pdf.

⁹ <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/member-states>, truy cập ngày 12/6/2016.

¹⁰ <https://pca-cpa.org/en/about/introduction>, truy cập ngày 1/6/2016.

¹¹ <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/unclos>, truy cập ngày 13/7/2016.

trọng tài vụ việc bao gồm 5 thành viên do Thẩm phán người Ghana Thomas A. Mensah là Chủ tịch, Thẩm phán người Pháp Jean-Pierre Cot, Thẩm phán người Phần Lan Stanislaw Pawlak, Giáo sư người Hà Lan Alfred H.A. Soons và Thẩm phán người Đức Rüdiger Wolfrum¹².

Sau khi xem xét yêu cầu của Philippines, Tòa trọng tài đã ra "Phán quyết về thẩm quyền" đối với yêu cầu của Philippines vào ngày 29/10/2015, trong đó xác định Tòa trọng tài có thẩm quyền đối với 7/15 yêu cầu của Philippines; những yêu cầu còn lại được tiếp tục xem xét về thẩm quyền khi giải quyết nội dung vụ kiện trong phán quyết cuối cùng vào ngày 12/7/2016.

Trong đơn khởi kiện 15 điểm, Philippines yêu cầu xem xét việc giải thích và áp dụng UNCLOS trong mối quan hệ giữa Philippines và Trung Quốc ở Biển Đông theo các nhóm vấn đề: phạm vi hiệu lực và căn cứ UNCLOS áp dụng đối với các vùng biển và yêu sách đường chín đoạn với lập luận về quyền lịch sử đối với tài nguyên biển của Trung Quốc (điểm 1-2); xác định quy chế pháp lý các thực thể thuộc quần đảo Trường Sa mà Trung Quốc có yêu sách (điểm 3-7); đánh giá các hành động của Trung Quốc như can thiệp, cản trở việc thực thi quyền chủ quyền và quyền tự do hàng hải của Philippines tại các vùng biển và các hành động cải tạo các cấu trúc địa lý và xây dựng đảo nhân tạo, các động thái mở rộng, làm phức tạp thêm tranh chấp trong quá trình vụ kiện đang được tiến hành của Trung Quốc (điểm 8 đến điểm 15)¹³.

¹² <http://www.pcacases.com/web/view/7>, truy cập ngày 13/7/2016.

¹³ <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Press-Release-No-11-English.pdf>, truy cập ngày 13/7/2016.

Lập trường của Trung Quốc trong vụ kiện thể hiện rõ thông qua các tài liệu, công hàm, trao đổi ngoại giao. Trung Quốc không thừa nhận thẩm quyền của thủ tục này và vắng mặt trong vụ kiện. Căn cứ vào UNCLOS, Tòa trọng tài cho rằng, việc vắng mặt của Trung Quốc không cản trở việc xem xét vụ kiện.

Khi thụ lý, việc xác định thẩm quyền do chính Tòa trọng tài quyết. Căn cứ xác định thẩm quyền đối với thủ tục bắt buộc dựa vào phạm vi tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng Công ước giữa các bên; xác định bên không thể thiếu trong vụ kiện ngoài 2 bên tranh chấp; xác định rằng giữa các bên không tồn tại thỏa thuận về phương thức giải quyết tranh chấp khác đối với vụ việc và cũng không tồn tại các ngoại lệ và loại trừ dẫn đến việc Tòa trọng tài không thể xem xét vụ kiện này... Sau khi xem xét đầy đủ các yếu tố, thông qua phán quyết tháng 10/2015 và Phán quyết cuối cùng số 2013-19 ngày 12/7/2016, Tòa trọng tài khẳng định có đủ thẩm quyền đối với các yêu cầu của Philippines (trừ điểm 14 liên quan đến hoạt động quân sự theo như Tuyên bố loại trừ thẩm quyền do Trung Quốc đưa ra vào năm 2006).

Trước lập luận của Trung Quốc cho rằng, tranh chấp của các bên là về chủ quyền lãnh thổ, phân định ranh giới biển, không thuộc phạm vi giải quyết theo thủ tục Phụ lục VII (loại trừ theo Tuyên bố của Trung Quốc dựa vào Điều 298 Công ước như đề cập ở trên), Tòa trọng tài kết luận các điểm được Philippines đệ trình không liên quan đến chủ quyền và phân định ranh giới trên biển. Việc xem xét quyền của một quốc gia tại một vùng biển khác so với việc phân định các vùng biển chồng lấn; bởi vì quyền của một quốc gia được hưởng ở vùng biển có thể

hình thành từ sự kiện khác chứ không từ kết quả của phân định ranh giới các vùng biển chồng lấn. Vậy nên, quan điểm của Trung Quốc không xác đáng¹⁴. Đúng vậy, việc phân định vùng biển sẽ xác định quyền của các bên được hưởng tại vùng đã phân định nhưng ngược lại, quyền của một quốc gia được hưởng có thể từ một vùng không chồng lấn và không liên quan đến phân định ranh giới biển.

Tòa trọng tài cũng cho rằng, các đệ trình của Philippines đều liên quan đến Công ước. Tòa nhấn mạnh, tranh chấp về xác định quan hệ giữa Công ước và các quyền khác (bao gồm bất kỳ “quyền lịch sử” nào của Trung Quốc) là một tranh chấp liên quan đến Công ước và do Trung Quốc không nêu rõ quan điểm của mình, sự tồn tại của một tranh chấp có thể được nhận diện từ hành vi, từ sự im lặng của một quốc gia và đây là một vấn đề cần phải được đánh giá khách quan¹⁵.

Sau 3 năm xem xét, ngoài nhận định về thẩm quyền xét xử đối với vụ việc, phán quyết mà Tòa trọng tài đưa ra được tóm tắt về nội dung theo các nhóm vấn đề mà Philippines đệ trình như: quyền lịch sử đối với tài nguyên trong yêu sách đường chín đoạn không có cơ sở; các thực thể tại quần đảo Trường Sa mà Trung Quốc yêu sách không có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa riêng; Trung Quốc đã có một loạt các hành động vi phạm UNCLOS như cản trở Philippines thực thi quyền chủ quyền tại vùng đặc quyền kinh tế của họ, va chạm tàu thuyền gây mất an toàn, tự do hàng hải, đánh bắt thủy hải sản cần được bảo tồn, thay đổi cấu trúc tự nhiên của các thực thể trên biển

làm tổn hại các rạn san hô, môi trường biển, làm trầm trọng thêm xung đột...

3. Gợi mở từ phán quyết của Tòa trọng tài

Phán quyết của PCA số 2013-19¹⁶ ngày 12/7/2016 trong vụ kiện của Philippines là phán quyết đầu tiên đối với khu vực tranh chấp phức tạp như Biển Đông. Phán quyết này cũng thể hiện kết quả chung cuộc đầy tính pháp lý và chuyên nghiệp, công tâm dựa trên pháp luật quốc tế; tác động lớn đến nền tảng pháp luật quốc tế nói chung và Luật Biển quốc tế nói riêng. Phán quyết cũng đưa ra giải thích, phân tích và đánh giá về cách hiểu và áp dụng nhiều nội dung quan trọng còn chưa rõ của UNCLOS như thẩm quyền thủ tục theo Phụ lục VII, quyền lịch sử đối với tài nguyên, tiêu chí xác định và quy chế thực thể theo khoản 3 Điều 121 Công ước và nhiều nội dung khác, cũng như đánh giá hoạt động áp dụng Công ước trên thực tế đối với các bên liên quan trong tranh chấp.

Phán quyết tạo nguồn hỗ trợ Luật Biển quốc tế mà cộng đồng các quốc gia có biển cũng như không có biển mong đợi nhằm làm căn cứ giải quyết những bất đồng trên biển bằng biện pháp hòa bình. Theo khoản 2 Điều 296 UNCLOS, phán quyết chỉ có giá trị ràng buộc với các bên tranh chấp. Việt Nam tham gia với tư cách bên thứ ba - quan sát viên, nên gợi mở đối với chúng ta dựa trên cách xác định thẩm quyền của phương thức giải quyết tranh chấp cho đến các vấn đề có nội dung khác như trên đã phân tích.

Từ thay đổi nhận thức trong giải thích và áp dụng chung về một số nội dung UNCLOS có thể loại trừ những yêu sách

¹⁴ Giống chú thích 8.

¹⁵ Giống chú thích 8.

¹⁶ Phán quyết PCA N° 20B-19 - Xem <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>, truy cập ngày 13/7/2016.

phi lý và tạo căn cứ trong việc đàm phán, trao đổi hòa bình sau này giữa các thành viên UNCLOS trong đó có Việt Nam tại khu vực Biển Đông. Cũng từ những nhận thức đó, các bên sẽ tuân thủ, sử dụng UNCLOS tốt hơn, tránh xung đột trong hoạt động quản lý và khai thác biển.

Trong quá trình áp dụng pháp luật với những đệ trình của các bên, các thiết chế giải quyết tranh chấp khác cũng có thể viện dẫn nguồn liên quan và tiếp tục phát triển, bổ sung vào nguồn pháp luật điều chỉnh trong tương lai. Trong số các phán quyết đã đưa ra, phán quyết này của Tòa trọng tài chứa đựng các nội dung mang tính đột phá trong việc đưa ra cách hiểu chung trong giải thích và áp dụng UNCLOS. Chính vì vậy, các nước trong khu vực cũng như cộng đồng quốc tế có thể dẫn chiếu từ phán quyết này các nhận định để trao đổi, gỡ rối bất đồng còn tồn tại trong những tranh chấp khác.

Qua vụ việc, có thể rút ra một số kinh nghiệm cụ thể sau:

Thứ nhất, các phương thức hòa bình mà các bên phải tiến hành giải quyết bất đồng được thực hiện qua nhiều kênh và trong phạm vi song phương hoặc đa phương. Vì vậy cần nghiên cứu và sử dụng triệt để nội dung phán quyết phục vụ cho phương thức hòa bình giải quyết các bất đồng.

Thứ hai, trong trường hợp sử dụng phương thức pháp lý, PCA là địa chỉ đáng được lựa chọn để cung cấp dịch vụ trọng tài chuyên nghiệp. Khi đó, việc xem xét thẩm quyền giải quyết của Tòa trọng tài sẽ trở nên đơn giản hơn bởi các loại trừ từ tuyên bố của một bên đã được làm rõ. Tuy nhiên, những thỏa thuận có hiệu lực (dạng điều ước quốc tế liên quan đến giải quyết tranh chấp) về cách thức giải quyết đối với tranh chấp có thể loại trừ phương thức giải quyết

theo thủ tục bắt buộc (như thủ tục thành lập theo Phụ lục VII). Những văn kiện mà Việt Nam là thành viên như DOC, Hiệp ước Thân thiện và Hợp tác Đông Nam Á, Công ước về Đa dạng sinh học không cản trở chúng ta sử dụng phương thức như Philippines đã tiến hành. Vậy những thỏa thuận tiếp theo trong tiến trình Việt Nam trao đổi, đàm phán giải quyết bất đồng cũng cần chú ý những nội dung có nguy cơ hạn chế thẩm quyền của Tòa trọng tài theo Phụ lục VII.

Thứ ba, tranh chấp về giải thích và áp dụng Công ước theo những điểm tương tự với vụ kiện này sẽ được Tòa trọng tài chấp nhận thẩm quyền; những vấn đề khác cần nhận diện xoay theo hướng này. Và để bảo đảm Tòa trọng tài có thẩm quyền trong vụ việc tương tự, cần xây dựng hồ sơ, dữ liệu có tính đến yếu tố tác động bởi sự liên quan không thể thiếu của bên thứ ba cũng như những giới hạn và ngoại lệ được cụ thể hóa trong phán quyết Tòa trọng tài; ví dụ như những nội dung tuyên bố của một bên ảnh hưởng đến thẩm quyền xét xử (đối với yêu cầu thứ 14 của Philippines trong vụ kiện về hoạt động quân sự); đệ trình các yêu sách tranh chấp xảy ra ngay tại vùng biển của mình; quan tâm tới các tuyên bố mang tính chính trị nhưng thể hiện quan điểm chính thống của các bên (Trung Quốc tuyên bố ở cấp cao nhất về bản chất phi quân sự đối với hoạt động hiện diện trên Trường Sa; vậy nên mặc dù họ đã loại trừ thẩm quyền xét xử đối với hoạt động quân sự trong Tuyên bố năm 2006 theo Điều 298 UNCLOS, Tòa trọng tài vẫn xem xét việc xây đảo nhân tạo và cải tạo 7 đảo do Trung Quốc tiến hành ở Trường Sa bởi hoạt động này ngoài phạm vi loại trừ thẩm quyền của Tòa¹⁷).

¹⁷ Giống chú thích 8.

Thứ tư, đào tạo nguồn nhân lực đủ mạnh về cả chuyên môn và ngoại ngữ chuyên ngành trên cơ sở kết nối với các chuyên gia, các luật sư quốc tế để có được những sự chuẩn bị công phu, xác đáng. Ví dụ, trong vụ kiện, đại diện Philippines ngoài Tổng chưởng lý là ông Jose C. Calida thay thế Tổng chưởng lý Florin T. Hilbay vào ngày 30/6/2016, đội ngũ cố vấn và luật sư biện hộ tham gia vô cùng hùng hậu (từ Hãng Luật Foley Hoag LLP danh tiếng chuyên giải quyết tranh chấp biển và đất liền, có trụ sở chính tại Boston, New York, Paris và Washington D.C.¹⁸): Luật sư Paul S. Reichler¹⁹, Luật sư Lawrence H. Martin và Luật sư Andrew B. Loewenstein cũng như các Giáo sư (GS) danh giá như GS. Bernard H. Oxman từ Trường Luật thuộc Đại học Miami²⁰, GS. Philippe Sands QC từ London²¹ và GS. Alan Boyle từ London²². Có thể nhận thấy, Philippines sử dụng phương thức này trên cơ sở kết hợp chặt chẽ

¹⁸ <http://www.foleyhoag.com/practices/international-litigation-and-arbitration/maritime-and-land-boundary-disputes>, truy cập ngày 13/7/2016.

¹⁹ Đồng chủ tịch Hãng luật Foley Hoag - luật sư nổi tiếng đã biện hộ thắng kiện cho Nicaragua trong vụ Nicaragua kiện Hoa Kỳ năm 1984-1986, xem tại link trên.

²⁰ GS. chuyên giảng dạy, tư vấn về giải quyết xung đột, Luật quốc tế, Luật Biển và bồi thường thiệt hại; ông đã từng giữ những chức vụ cao trong Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ, là đại diện của Hoa Kỳ trong Hội nghị lần thứ 3 của UNCLOS, xem tại <http://law.miami.edu/faculty/bernard-h-oxman>.

²¹ Giáo sư, luật sư nổi tiếng về tranh tụng trong lĩnh vực Luật quốc tế (Văn phòng Luật Matrix), tham gia nhiều vụ giải quyết tranh chấp về phân định các vùng biển tại Caribe, Đại Tây Dương và Thái Bình Dương cũng như các vụ về thương mại, nhân quyền quốc tế, xem tại <http://www.matrixlaw.co.uk/member/philippe-sands>.

²² GS. hàng đầu chuyên về công pháp quốc tế từ Văn phòng luật sư Essex, xem tại <http://www.legal500.com/c/london-bar/public-international-law>.

giữa nguồn lực chuyên gia trong nước với sự tham gia, có mặt tại phiên tòa của nhiều quan chức cấp cao Nhà nước cũng như vai trò của các chuyên gia, luật sư quốc tế.

Thứ năm, về nội dung, phán quyết cũng đưa ra những giải thích về cách hiểu một số điều khoản và cách áp dụng chúng để có thể sử dụng tương tự trong trao đổi, đàm phán giải quyết bất đồng trên biển. Đây cũng là những căn cứ để chúng ta duy trì bảo vệ chủ quyền đối với các quần đảo tại Biển Đông cũng như củng cố vững chắc quyền chủ quyền đối với các vùng biển mà Việt Nam vẫn phải đối mặt với những yêu sách hết sức phi lý và thiếu cơ sở như những tuyên bố đơn phương, "quyền lịch sử" đối với tài nguyên biển, lệnh cấm đánh bắt cá, yêu sách tranh chấp khác...

Ngoài ra, phán quyết đã bổ sung căn cứ loại bỏ khả năng chong lán một số vùng biển khi cụ thể hóa khoản 3 Điều 121 UNCLOS. Sự cố gắng thay đổi hiện trạng các cấu trúc địa lý tự nhiên trên biển của Trung Quốc không tác động đến quy chế thực thể. Việc họ ngang nhiên vi phạm UNCLOS, không tuân thủ phán quyết sẽ chỉ dẫn đến hậu quả cho chính bên vi phạm mà thôi. Vậy nên, điều chúng ta cần là duy trì cấu trúc tự nhiên và tập trung nguồn lực vào nghiên cứu các căn cứ pháp lý.

Qua phán quyết, chúng ta cũng củng cố thêm căn cứ yêu cầu Trung Quốc chấm dứt các hành động vi phạm UNCLOS, các động thái làm phức tạp thêm tình hình bởi các hành động đó không chỉ xảy ra trong quan hệ với Philippines mà cả trong vùng đặc quyền kinh tế, thềm lục địa của Việt Nam. Hậu quả của hành động ngăn cản hoạt động bình thường đối với ngư dân, an toàn, tự do hàng hải đối với tàu thuyền, uy hiếp an toàn

(Xem tiếp trang 28)

NHỮNG KHÍA CẠNH PHÁP LÝ TRONG PHÁN QUYẾT CỦA TÒA TRỌNG TÀI VỤ PHILIPPINES KIẾN TRUNG QUỐC Ở BIỂN ĐÔNG

*Nguyễn Hồng Thao**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những khía cạnh pháp lý trong phán quyết của Tòa trọng tài đối với vụ kiện Philippines – Trung Quốc ở Biển Đông; ý nghĩa của phán quyết và phản ứng của các bên, cộng đồng quốc tế; đồng thời đánh giá những tác động của phán quyết đối với Việt Nam.

Abstract: This article analyses legal aspects in the Award of the PCA South China Sea Arbitration, implications and reaction of the parties and international community. It also evaluates the Award influences on Vietnam.

1. Đặt vấn đề

Ngày 12/7/2016, Tòa trọng tài (TTT) được thành lập theo Phụ lục VII của Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển 1982 (CULB) đã ra phán quyết chung cuộc và bắt buộc cho vụ Philippines kiện Trung Quốc ở Biển Đông¹. Sau 17 năm đàm phán song phương bất thành, 3 năm tiến hành các thủ tục khởi kiện và xét xử, phán quyết đưa ra được coi là có lợi cho Philippines. Trung Quốc thi hành chính sách ba không: không công nhận thẩm quyền của Tòa, không tham gia, không chấp nhận thi hành phán quyết. Nội dung phán quyết không chỉ tác động đến các bên liên quan chính của vụ kiện mà còn ảnh hưởng đến nhiều nước trong và ngoài khu vực, đến tiến trình thực thi và phát triển của Luật Biển, Luật quốc tế, đến

đoàn kết nội bộ ASEAN, cạnh tranh Mỹ-Trung và chính sách đối ngoại của các nước có quyền lợi ở Biển Đông. Phán quyết cũng là phép thử về độ tin cậy của Luật quốc tế, sự tôn trọng và thiện chí của các bên trong thi hành. Các tác động không dự tính trước được của phán quyết sẽ còn tác động đến nhiều thế hệ.

Philippines đã đệ trình 15 câu hỏi trước Tòa trên cơ sở giải thích và áp dụng CULB (13 điểm trong đơn kiện gửi Tòa tháng 1/2013 và 2 điểm bổ sung trong phiên điều trần tại La Haye tháng 7/2015). Philippines đã mời đội ngũ luật sư quốc tế danh tiếng, chuẩn bị hồ sơ 4000 trang trình Tòa trong phiên điều trần thứ nhất và bổ sung 3000 trang trong phiên điều trần thứ 2. Nội dung các câu hỏi trên quy lại thành 3 vấn đề chính: 1) Giá trị pháp lý của đường yêu sách lưỡi bò của Trung Quốc trong Biển Đông; 2) Quy chế pháp lý của một số thực thể đảo, đá, bãi cạn nửa nổi nửa chìm trong quần đảo Trường Sa; 3) Các hành vi của Trung Quốc mà Philippines cho là không phù hợp với Công ước, làm tổn hại các

* PGS.TS., Đại học quốc gia Hà Nội.

¹ PCA Case No. 2013-19: *The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)*, <http://www.pca.org>, truy cập ngày 03/7/2016; http://thediplomat.com/wp-content/uploads/2016/07/thediplomat_2016-07-12_09-15-50.pdf, truy cập ngày 13/7/2016.

quyền Công ước quy định cho Philippines và môi trường biển².

Trung Quốc từ chối tham gia vụ kiện nhưng đưa ra Tài liệu lập trường³ trong đó nêu các lý do bác bỏ thẩm quyền của Tòa: 1) Bản chất thực sự của tranh chấp Trung Quốc - Philippines là vấn đề chủ quyền, do đó, Tòa không có thẩm quyền; 2) Các đệ trình của Philippines về xác định quy chế các thực thể liên quan đến vấn đề phân định biển đã bị loại bỏ bởi bảo lưu của Trung Quốc năm 2006 đối với Điều 298 của Công ước; 3) Philippines đã không tuân thủ các cam kết giữa hai nước tiến hành giải quyết tranh chấp bằng đàm phán song phương thay vì sự can thiệp của bên thứ ba. Tuyên bố ASEAN-Trung Quốc về cách ứng xử của các bên ở Biển Đông, Hiệp ước Thân thiện và hợp tác Đông Nam Á, Công ước về Đa dạng sinh học...

2. Phán quyết về thẩm quyền và thủ tục xét xử ngày 29/10/2015

Đây là vụ kiện thu hút sự quan tâm cao của cộng đồng thế giới, bên bị kiện từ chối tham gia và nội dung kiện có thể liên quan đến các bên thứ ba nên Tòa trọng tài đã rất thận trọng xem xét tất cả các yếu tố ảnh hưởng đến quyết định có thẩm quyền hay không và đảm bảo sự khách quan. Tòa đã lần lượt xem xét các phản đối sơ bộ, xác định tính chất tranh chấp của vụ kiện, ảnh hưởng đến bên thứ ba, thủ tục quy định trong Phần XV của CULB liên quan đến các bảo lưu của Trung Quốc, phân tích 15 luận điểm Philippines đưa ra và Tài liệu lập trường của Trung Quốc.

² <http://www.rappler.com/nation/98769-philippines-china-hague-opening-statement-full-text>, truy cập ngày 13/7/2016.

³ http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml, truy cập ngày 13/7/2016.

Xuất phát từ việc Trung Quốc và Philippines đều là thành viên CULB, TTT khẳng định cả hai bên đều bị ràng buộc bởi thủ tục giải quyết tranh chấp tại Phần XV của CULB đối với các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng Công ước.

Tòa xác định tranh chấp tồn tại giữa hai quốc gia khi quyền lợi của hai bên xung đột. Không nghi ngờ gì tranh chấp chủ quyền lãnh thổ trên một số thực thể biển có tồn tại như trong Tài liệu lập trường của Trung Quốc viện dẫn và Philippines cũng không phản đối. Tuy nhiên, trong quan hệ nhiều mặt và gắn kết giữa Philippines và Trung Quốc, sẽ có nhiều tranh chấp về nhiều khía cạnh khác biệt nhau. Đơn kiện của Philippines không yêu cầu TTT phải phán quyết về vấn đề chủ quyền và TTT cũng không có thẩm quyền làm điều đó. Các tranh chấp về môi trường, về xác định quy chế pháp lý thế nào là đá, đảo, bãi là các vấn đề liên quan đến giải thích, áp dụng CULB và không nhất thiết gắn với tranh chấp chủ quyền. Tranh chấp liên quan đến danh nghĩa một vùng biển khác với tranh chấp về phân định biển. Phân định biển chỉ được tiến hành giữa các quốc gia có bờ biển đối diện hoặc tiếp giáp và có danh nghĩa biển chồng lấn. Trong vụ kiện, Philippines thách thức sự tồn tại và phạm vi danh nghĩa yêu sách của Trung Quốc mà không yêu cầu TTT phân định tranh chấp biển. Trung Quốc luôn nhắc có quyền lịch sử trong Biển Đông, nhưng chưa bao giờ làm rõ tính chất và phạm vi các quyền đó. TTT cho rằng, các luận điểm 1 và 2 của Philippines liên quan đến giải thích về nguồn của các danh nghĩa vùng biển và yêu sách quyền lịch sử của Trung Quốc trong phạm vi các điều khoản của CULB. Do đó TTT có thẩm quyền. Song các vấn đề về danh nghĩa lịch

sử lại bị ảnh hưởng của bảo lưu năm 2006 của Trung Quốc nên TTT sẽ xem xét luận điểm 1 và 2 trong thủ tục xét xử nội dung.

Do TTT chỉ xem xét các điểm liên quan đến giải thích và áp dụng CULB mà không xem đến các vấn đề về tranh chấp chủ quyền, nên quyền lợi của các bên thứ ba không thể bị ảnh hưởng. Tòa cũng quyết định rằng trong vụ việc này, không có quốc gia nào là bên thứ ba không thể vắng mặt, nghĩa là các bên thứ ba hoàn toàn có quyền yêu cầu TTT cung cấp các thông tin, tài liệu liên quan và quyết định tham gia vào quá trình xét xử khi thấy cần thiết.

Đối với phản đối của Trung Quốc về việc Philippines vi phạm Tuyên bố DOC năm 2002, Hiệp ước Thân thiện và hợp tác Đông Nam Á, Công ước về Đa dạng sinh học, các thỏa thuận song phương về giải quyết tranh chấp thông qua đàm phán và coi đó là điều kiện tiên đề để Tòa không thực thi thẩm quyền, Tòa quyết định rằng, Tuyên bố DOC năm 2002 chỉ là một tuyên bố chính trị, không có giá trị pháp lý, chỉ khẳng định lại các nghĩa vụ giải quyết hòa bình tranh chấp có trong Hiến chương Liên hợp quốc, CULB. Chỉ duy nhất mục 10 của DOC có chữ “nhất trí”: khi các quốc gia ký kết “nhất trí làm việc, trên cơ sở đồng thuận, để nhanh chóng thông qua Bộ quy tắc ứng xử COC”. DOC không nói loại bỏ Phần XV của CULB, không nói các bên tiến hành giải quyết tranh chấp “chỉ thông qua tư vấn hữu nghị và đàm phán giữa các quốc gia có chủ quyền liên quan trực tiếp”, không nói các bên không được đưa tranh chấp ra giải quyết bằng các biện pháp hòa bình khác. Cùng một lý do tương tự, khi xem xét các điều từ 281 đến 283 CULB, Tòa đồng thời quyết định rằng, những thỏa thuận và tuyên bố chung khác giữa

Philippines và Trung Quốc không cản trở, loại trừ việc Philippines giải quyết tranh chấp với Trung Quốc dựa theo cơ chế của Công ước.

TTT cũng phân tích những ngoại trừ thẩm quyền trong các điều 297, 298, 299 của Công ước. Mặc dù Philippines trong phiên điều trần yêu cầu TTT phải có phán quyết về thẩm quyền trên tất cả các luận điểm nước này đưa ra, Tòa nhận thấy Điều 298 có thể có những hạn chế và Tòa chỉ có thể xác định có thẩm quyền hay không sau khi đã xem xét nội dung vụ kiện.

Thẩm quyền của TTT quyết định nội dung một số luận điểm của Philippines phụ thuộc vào: 1) Bản chất và hiệu lực yêu sách của Trung Quốc về các quyền lịch sử trong Biển Đông. Bản chất các quyền lịch sử này có thể xác định liệu tranh chấp của các bên có bị chi phối bởi ngoại trừ thẩm quyền liên quan đến “các Vịnh và danh nghĩa lịch sử”; 2) Quy chế của một số các thực thể trong Biển Đông, đặc biệt trong trường hợp có thực thể tạo thành “đảo” và có quyền tạo nên các vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa và do đó, sẽ tạo nên các vùng chồng lấn. Điều này ảnh hưởng đến xem xét các luận điểm 5, 8, 9 của Philippines; 3) Vùng biển trong đó Trung Quốc thực hiện các hành động giám sát liên quan đến các luận điểm 8,9,10 và 13 của Philippines; 4) Liệu một số hoạt động của Trung Quốc có bản chất là quân sự không, liên quan đến luận điểm 12 và 14 của Philippines.

Sau khi đã xem xét các yếu tố, TTT quyết định có thẩm quyền đối với luận điểm 3 (quy chế của Scarborough là đá hay đảo), luận điểm 4 (quy chế của Vành Khăn, Subi và Bãi Cỏ Mây) có phải là bãi nổi khi thủy triều thấp nhất, luận điểm 6 (quy chế của Gaven Reef hoặc McKennan Reef (bao gồm

Đá Tư Nghĩa), luận điểm 7 (quy chế đảo hay đá của Đá Châu Viên, Đá Chử Thập), luận điểm 10 (về quyền đánh cá truyền thống của ngư dân Philippines tại Scarborough, luận điểm 11 (nghĩa vụ bảo vệ môi trường biển tại Scarborough và Bãi Cỏ May), luận điểm 13 (hoạt động cưỡng chế pháp luật của Trung Quốc tại Scarborough). Tòa cho rằng, phải xem xét có thẩm quyền gắn với giai đoạn nghe nội dung các luận điểm 1, 2, 5, 8, 9, 12, 14 cũng như đề nghị Philippines làm sáng tỏ luận điểm 15.

Như vậy, TTT quyết định có thẩm quyền xem xét 7/15 điểm Philippines đề nghị. Các điểm khác, Tòa sẽ quyết định thẩm quyền của mình khi xem xét các vấn đề nội dung.

3. Phán quyết nội dung ngày 12/7/2016

Phán quyết dày 501 trang tiếp tục xem xét các ngoại lệ của Điều 298 để xác định thẩm quyền của Tòa xem xét toàn bộ 15 điểm Philippines đưa ra và lần lượt cho câu trả lời từng điểm.

- Về thẩm quyền

Tòa tiếp tục xem xét các ngoại lệ mà bảo lưu năm 2006 của Trung Quốc về Điều 298 Công ước có thể ngăn cản thẩm quyền. Tòa cho rằng, ngoại lệ ở Điều 298 chỉ có thể áp dụng nếu Đề trình của Philippines liên quan đến hoạt động thực thi pháp luật ở vùng đặc quyền kinh tế của Trung Quốc. Tuy nhiên, do Đề trình của Philippines liên quan đến các sự kiện diễn ra trong chính vùng đặc quyền kinh tế của Philippines hoặc ở vùng lãnh hải, nên Điều 298 không cản trở thẩm quyền của Tòa. Ngoại lệ thứ hai là các hoạt động quân sự không thuộc thẩm quyền của Tòa. Xuất phát từ các tuyên bố ở cấp cao nhất của Trung Quốc rằng, các hoạt động cải tạo và

xây dựng đảo nhân tạo ở bảy cấu trúc thuộc quần đảo Trường Sa chỉ mang tính dân sự và Trung Quốc sẽ không quân sự hóa sự hiện diện của mình ở Trường Sa, Tòa đã quyết định không coi các hoạt động trên có tính quân sự khi mà bản thân Trung Quốc đã liên tục khẳng định điều ngược lại. Lập luận này cho phép Tòa loại bỏ ngoại lệ của Điều 298 cản trở thẩm quyền xem xét các hoạt động quân sự. Kết luận này của Tòa có ý nghĩa khẳng định: giá trị của các hành vi đơn phương từ các quốc gia, nhất là từ các lãnh đạo cấp cao, sẽ tạo ra nguồn hỗ trợ cho Luật quốc tế và mang tính ràng buộc. Trên cơ sở các phân tích ở cả 2 phán quyết, Tòa tuyên bố mình có đủ thẩm quyền xem xét các nội dung chính trong Đề trình của Philippines.

- Về đường chín đoạn

Do Trung Quốc không giải thích và yêu sách mơ hồ, không rõ ràng, Tòa đã sử dụng phương pháp loại trừ để xác định phần chung nhất giữa yêu cầu của Philippines và đòi hỏi của Trung Quốc mà Tòa có thẩm quyền. Tòa khẳng định, không xem xét vấn đề chủ quyền các thực thể trong phạm vi đường chín đoạn. Tòa đã xem xét kỹ khái niệm danh nghĩa lịch sử, một khái niệm có thể mang lại chủ quyền cho quốc gia đòi hỏi và quốc gia này có nghĩa vụ chứng minh. Khái niệm này được CULB đề cập trong Điều 15 liên quan đến phân định lãnh hải. Xem xét danh nghĩa lịch sử bị hạn chế bởi bảo lưu năm 2006 của Trung Quốc. Song Trung Quốc đã không bao giờ chứng minh bản chất pháp lý và phạm vi của danh nghĩa lịch sử mà mình đòi hỏi. Các yêu sách của Trung Quốc ngoài việc tuyên bố có chủ quyền trên các đảo và các vùng nước kề cận, còn là yêu sách “các quyền chính đáng ở Biển Đông, được tạo thành trong quá trình

lịch sử lâu dài”. Sự mơ hồ, không rõ ràng trong các tuyên bố của Trung Quốc không chứng minh được họ có danh nghĩa lịch sử. Tòa phân tích rõ cái mà Trung Quốc, thông qua các hành vi và tuyên bố khác nhau của mình, đòi hỏi là quyền lịch sử đối với các nguồn tài nguyên trong phạm vi đường chín đoạn. Quyền này không gắn với các khái niệm danh nghĩa lịch sử hay Vịnh lịch sử. Các quyền đánh cá lịch sử truyền thống đã được các nước trong đó có Trung Quốc thảo luận trong quá trình Hội nghị lần thứ III về Luật Biển và đã không được chấp nhận đưa vào Công ước. Yêu sách của Trung Quốc về quyền lịch sử đối với tài nguyên sinh vật và không sinh vật trong phạm vi đường chín đoạn không phù hợp vì nó đã vượt quá phạm vi các vùng biển mà Công ước quy định. Các quyền lịch sử này nếu có đã không phù hợp với các định chế vùng biển mới của Công ước khi có hiệu lực và vì thế không tồn tại. Mặt khác, trước khi Công ước có hiệu lực và vùng đặc quyền kinh tế trở thành một định chế mang tính tập quán quốc tế thì các vùng biển nằm ngoài lãnh hải 12 hải lý là vùng biển cả. Mọi hoạt động đánh bắt của ngư dân Trung Quốc, ngư dân các nước khác là thực hiện quyền tự do đánh bắt chứ không mang tính lịch sử. Hoạt động hàng hải và đánh bắt cá lịch sử bên ngoài lãnh hải vì vậy không thể tạo nên cơ sở cho việc hình thành quyền lịch sử. Tòa xác định: “mặc dù các nhà hàng hải Trung Quốc và ngư dân của họ, cũng như những người như vậy từ các quốc gia khác, đã từng trong lịch sử sử dụng những hòn đảo này ở Biển Đông, hiện không hề có chứng cứ cho thấy Trung Quốc đã thực thi về mặt lịch sử sự kiểm soát đặc quyền trên toàn vùng nước hay tài nguyên”. Vì vậy, với các câu hỏi số 1 và 2 của Philippines liên quan đến giá trị

pháp lý đường chín đoạn, Tòa tuyên “không có cơ sở pháp lý nào để khẳng định nước này (Trung Quốc) có quyền lịch sử đối với các tài nguyên, theo các quyền được CULB quy định ở các khu vực biển trong phạm vi đường chín đoạn”. Bằng tuyên bố này, Tòa đã bác bỏ 2 trong số 3 khía cạnh mà các học giả Trung Quốc thường biện hộ cho đường chín đoạn; yêu sách quyền lịch sử đánh cá truyền thống và yêu sách vùng biển. Chỉ còn lại khía cạnh yêu sách chủ quyền các thực thể trong phạm vi đường chín đoạn, điều mà Tòa không có thẩm quyền xét xử.

- Về quy chế pháp lý của các thực thể trong quần đảo Trường Sa và bãi cạn Scarborough

Philippines chỉ nêu cụ thể 7 thực thể. Tòa đồng ý với Philippines rằng Gạc Ma (Johnson South Reef), Châu Viên (Cuarteron Reef), Chử Thập (Fiery Cross) và Scarborough là các thực thể nổi; Xu Bi, Tư Nghĩa (Hughes Reef), Vành Khăn (Mischief Reef) và Bãi Cỏ Mây (Second Thomas Shoal) là các thực thể nửa nổi nửa chìm trong điều kiện tự nhiên nhưng không đồng ý với Philippines về trường hợp của Ga Ven và Ken Nan và kết luận rằng cả hai đều là thực thể nổi. Tòa trọng tài giải thích Điều 121.3 và kết luận rằng các quyền được hưởng vùng biển của một thực thể phụ thuộc vào: (a) Năng lực khách quan của thực thể; (b) Trong điều kiện tự nhiên, thực thể đó có thể duy trì hoặc (c) Một cộng đồng dân cư ổn định hoặc (d) Hoạt động kinh tế mà không phụ thuộc vào tài nguyên bên ngoài và cũng không thuần túy mang tính chất khai thác. Việc các nhân viên công vụ sống và làm việc trên một số thực thể này, hay việc xây dựng, cải tạo mới không làm thay đổi quy chế pháp lý ban đầu của thực thể. Từ lập luận đó, và áp dụng nguyên

tắc tương tự Tòa tuyên bố không có thực thể nào tại Trường Sa có khả năng duy trì đời sống con người ở đó nên không điểm nào có vùng đặc quyền kinh tế và hay vùng thềm lục địa riêng, kể cả trường hợp đảo lớn nhất Ba Bình. Đây là các quyết định quan trọng không chỉ cho Biển Đông mà còn cho Biển Hoa Đông, tranh chấp đảo Điếu ngư đảo, đảo Tokto, quần đảo Riukyu và các vụ tranh chấp đảo đá khác khi áp dụng Điều 121.3 của Công ước. Nó khẳng định vai trò của Tòa trong giảm thiểu các tranh chấp, tìm kiếm các giải pháp cho hòa bình, ổn định quốc tế. Tuy nhiên, Trung Quốc có thể bác bỏ khi cho rằng Tòa vượt thẩm quyền, giải quyết ra ngoài các yêu cầu của Philippines.

Tòa trọng tài cũng kết luận rằng, Công ước không quy định việc một nhóm các đảo như quần đảo Trường Sa sẽ có các vùng biển với tư cách là một thực thể thống nhất. Nó ngăn chặn mọi toan tính trong tương lai việc thiết lập các đường cơ sở thẳng cho quần đảo Trường Sa như một thực thể thống nhất - điều mà Trung Quốc đã làm với Hoàng Sa năm 1996.

- Về các hành vi của Trung Quốc

Sau khi đã xác định các thực thể ở Trường Sa chỉ được hưởng lãnh hải 12 hải lý, Tòa dễ dàng kết luận không có sự chồng lấn vùng đặc quyền kinh tế của Philippines và Trung Quốc ở Trường Sa. Vì vậy, không cần đến phân định biển cũng có thể nhận thấy các hành vi của ngư dân và lực lượng chấp pháp của Trung Quốc nằm ngoài phạm vi 12 hải lý từ các thực thể được nêu là nằm trong vùng đặc quyền kinh tế Philippines, “bởi chúng không hề chồng lấn lên bất kỳ khu vực nào có thể thuộc về Trung Quốc”. Hành động cắt mũi, truy đuổi tàu Philippines của lực lượng chấp pháp Trung

Quốc trong các vùng biển này là vi phạm các Quy tắc ngăn ngừa va chạm trên biển 1972 và các công ước quốc tế về an toàn hàng hải. Ngư dân Philippines có quyền đánh cá truyền thống ở Scarborough và Tòa cũng có thể nói như vậy về ngư dân Trung Quốc, nhưng Trung Quốc đã can thiệp để ngăn chặn ngư dân Philippines tiếp cận vùng biển. Tòa đã yêu cầu chuyên gia phản biện độc lập nghiên cứu và đưa ra kết luận các hoạt động xây đảo nhân tạo, cải tạo bãi gây tổn hại nghiêm trọng tới môi trường biển. Đặc biệt, Tòa cũng chỉ ra rằng ngư dân Trung Quốc đã thực hiện việc khai thác động vật bị đe dọa tuyệt chủng như rùa biển, san hô và trai khổng lồ ở quy mô lớn tại Biển Đông, sử dụng các biện pháp gây hủy hoại nghiêm trọng đối với môi trường rặng san hô. Tòa trọng tài xác định rằng, chính quyền Trung Quốc đã nhận thức được các hành vi này và không thực hiện nghĩa vụ cần thiết theo Công ước để ngăn chặn. Các hành động này của Trung Quốc đã làm trầm trọng thêm xung đột ở Biển Đông.

4. Ý nghĩa của phán quyết và phản ứng các bên, cộng đồng quốc tế

Phán quyết đã được đón nhận và hoan nghênh rộng rãi trên toàn thế giới. Phán quyết thúc đẩy tinh thần thượng tôn pháp Luật quốc tế, đưa ra các chỉ dẫn quan trọng về giải thích và áp dụng CULB, đồng thời yêu cầu các quốc gia liên quan phải làm rõ nội dung và phạm vi tranh chấp phù hợp với luật pháp. Đặc biệt, lần đầu tiên TTT đã đưa ra câu trả lời rõ ràng và thực chất về cách hiểu Điều 121.3 về quy chế pháp lý của các đảo, đá, bãi cạn nửa nổi nửa chìm thường gây tranh cãi. Tổng Thư ký Liên hợp quốc, Mỹ, EU, Nhật Bản, Australia, Ấn Độ, Hàn Quốc, nhiều quốc gia thành viên ASEAN,...

đều nhanh chóng ra tuyên bố⁴ khẳng định ủng hộ phán quyết, coi đây là phán quyết chung cuộc, mang tính ràng buộc pháp lý và các bên liên quan phải tuân thủ phán quyết này đồng thời kêu gọi các bên kiềm chế, tuân thủ luật pháp quốc tế.

Phán quyết trả lại quyền tự do hàng hải, hàng không cho cả cộng đồng quốc tế trên hầu hết khu vực Biển Đông. Đối với các vùng nước lãnh hải 12 hải lý của các thực thể đảo, tàu thuyền được thực hiện quyền qua lại không gây hại. Tàu bè của Mỹ hay các nước khác có thể đi sát Vành Khăn, vào trong phạm vi 12 hải lý nơi Trung Quốc xây dựng đường băng và căn cứ lớn trên đảo nhân tạo. Phán quyết gián tiếp bác bỏ mọi mưu tính thiết lập một vùng nhận diện phòng không của bất kỳ nước nào trên Biển Đông.

Phán quyết đã thu hẹp đáng kể vùng tranh chấp giữa các nước, tạo cơ sở cho các bên tiếp tục đàm phán tìm giải pháp cơ bản lâu dài cho vấn đề Biển Đông. Philippines nước khởi kiện đã chủ động đề nghị nối lại đàm phán với Trung Quốc, kể cả trên vấn đề “gác tranh chấp cùng khai thác”. Trên phương diện này, Philippines đã đi một con đường vòng 13 năm, kể từ thỏa thuận ba bên Philippines - Trung Quốc - Việt Nam hợp tác phát triển chung năm 2003. Tuy nhiên, đề nghị lần này dựa trên một cơ sở pháp lý rõ ràng là các thực thể trong Trường Sa không có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa riêng.

Phán quyết tạo cơ sở để ASEAN sớm có được lập trường chung về vấn đề Biển Đông, ASEAN tiếp tục đàm phán với Trung Quốc về Bộ quy tắc ứng xử ở Biển Đông

(COC). Trung Quốc và tất cả các bên liên quan có thể tìm ra những cách thức mang tính xây dựng để phát triển các cuộc đối thoại, đàm phán và tham vấn một cách lành mạnh, trong khi duy trì tính thượng tôn pháp luật vì hòa bình, an toàn và an ninh của khu vực.

Phán quyết này đã chặn đứng đà đi lên của Trung Quốc như một siêu cường mới thách thức địa vị của Mỹ cũng như các tham vọng “một hành lang một con đường”. Nó đặt Bắc Kinh trước hai lựa chọn: tiếp tục bác bỏ, làm sứt mẻ vị thế và niềm tin từ các nước khác hay điều chỉnh chính sách. Cùng ngày Tòa ra phán quyết, Chủ tịch Tập Cận Bình tuyên bố chủ quyền lãnh thổ và những lợi ích biển của Trung Quốc tại Biển Đông sẽ không bị ảnh hưởng bởi phán quyết của Tòa trong mọi tình huống⁵. Bộ Ngoại giao Trung Quốc cho rằng, phán quyết là vô giá trị và không ràng buộc⁶. Không nghi ngờ gì, trong thời gian tới Trung Quốc sẽ thực hiện một chiến dịch tuyên truyền khổng lồ nhằm bác bỏ phán quyết, duy trì các yêu sách của mình ở Biển Đông. Trong lịch sử tố tụng quốc tế, đã có 5 trường hợp các quốc gia không xuất hiện trước Tòa, không chấp nhận thẩm quyền của Tòa như vụ *thử vũ khí hạt nhân New Zealand và Australia kiện Pháp năm 1974*, *Nicaragua kiện Mỹ năm 1985*, hay vụ *Hà Lan kiện Nga năm 2013* vì Moscow bắt giữ một tàu của Greenpeace... Tuy nhiên, cùng với thời gian và sức ép của cộng đồng quốc tế, các nước này đều hợp tác giải quyết tranh chấp theo phán quyết

⁴ <http://vietnamnet.vn/vn/the-gioi/315344/phan-ung-cua-cac-nuoc-ve-phan-quyet-cua-pca.html>, truy cập ngày 13/7/2016.

⁵ <https://www.theguardian.com/world/2016/jul/12/philippines-wins-south-china-sea-case-against-china>, truy cập ngày 13/7/2016.

⁶ <http://vi.rfi.fr/chau-a/20160713-phan-ung-cua-trung-quoc-sau-phan-quyet-vu-kien-bien-dong>, truy cập ngày 13/7/2016.

của Tòa. Cộng đồng quốc tế hy vọng Trung Quốc, nước tham gia tích cực Hội nghị Luật Biển lần thứ III của Liên hợp quốc, một cường quốc luôn tuyên bố trỗi dậy hòa bình, cũng sẽ không phải là ngoại lệ. Trong tuyên bố của Người phát ngôn Bộ ngoại giao Trung Quốc bao gồm cả khả năng mở cửa đàm phán với Philippines sau phán quyết. Cộng đồng quốc tế cũng cần giúp đỡ Trung Quốc âm thầm điều chỉnh chính sách và hành động thực tế phù hợp với Luật quốc tế.

Do Tòa chỉ bác đường chín đoạn ở khía cạnh yêu sách vùng biển mà không bình luận về yêu sách chủ quyền, Trung Quốc sẽ tiếp tục khẳng định chủ quyền theo đường chín đoạn, thậm chí duy trì yêu sách 200 hải lý đặc quyền kinh tế từ các thực thể này. Họ sẽ tiếp tục tăng cường sự hiện diện quân sự trên các đảo nhân tạo. Bắc Kinh có thể tính đến việc chiếm đóng thêm một số bãi đá không người. Một kịch bản được nhiều chuyên gia dự đoán là Trung Quốc sẽ triển khai xây đảo nhân tạo ở Scarborough. Mỹ đã cảnh báo Trung Quốc không được vượt lằn ranh đỏ⁷. Song Scarborough không phải là lãnh thổ nằm trong cái ô bảo vệ của Hiệp ước phòng thủ Mỹ - Philippines. Một khả năng không cao nhưng vẫn có thể xảy ra khi Bắc Kinh sử dụng vũ lực chiếm một số vị trí thuộc quyền kiểm soát của các bên khác. Bắc Kinh có thể cho rằng, Tòa đã không đúng khi xem xét quy chế pháp lý từng thực thể mà không xem quần đảo Trường Sa là một thực thể. Thay vì thiết lập một vùng nhận diện phòng không kém hiệu quả và khó kiểm soát, Bắc Kinh có thể tuyên bố đường cơ sở thẳng quần đảo Trường Sa như

đã làm với quần đảo Hoàng Sa năm 1996. Từ đường cơ sở này, Trung Quốc sẽ tiếp tục mở rộng các vùng biển tranh chấp, thay cho đường chín đoạn. Trung Quốc không thể dễ dàng từ bỏ mưu tính kiểm soát Biển Đông, làm đối trọng với Mỹ trong cạnh tranh chiến lược. Đấu tranh bảo vệ chủ quyền còn diễn ra khốc liệt. Đụng độ là có thể nhưng các bên đủ tinh táo, kiềm chế để không xảy ra chiến tranh. Ngay sau phán quyết, một cuộc chạy đua vũ trang, củng cố sức mạnh đã được các nước âm thầm phát động. Indonesia đã tăng cường an ninh xung quanh các đảo Natura. Đài Loan cử tàu chiến ra đảo Ba Bình. Phản ứng của Trung Quốc cùng sự thiếu vắng cơ chế cưỡng chế thực thi phán quyết của Tòa cho thấy, dù quan trọng, giải pháp pháp lý không là giải pháp toàn diện giải quyết xung đột ở Biển Đông. Các bên cần kiềm chế. Phán quyết của Tòa mở ra cơ hội để tận dụng tìm kiếm giải pháp hòa bình và việc tận dụng cơ hội phụ thuộc vào thiện chí của các bên.

5. Tác động của phán quyết đến Việt Nam

Là quốc gia ven biển có chủ quyền trên Biển Đông, Việt Nam thi hành chính sách nhất quán bác bỏ đường chín đoạn phi lý và ủng hộ Tòa trọng tài có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Ngày 7/12/2014, Bộ Ngoại giao Việt Nam đã gửi Tuyên bố lưu ý Tòa lập trường của Việt Nam “nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích có bản chất pháp lý của mình trong Biển Đông... mà có thể ảnh hưởng trong tiến trình trọng tài”. Việt Nam cũng thể hiện mạnh mẽ ủng hộ “các nước thành viên CULB tìm kiếm giải pháp giải quyết các tranh chấp của họ liên quan đến giải thích và áp dụng Công ước... thông qua các thủ tục quy định trong Phần XV của Công ước”. Tuyên bố nêu rõ: “Việt Nam

⁷ <http://www.voatiengviet.com/a/my-canh-bao-trung-quoc-cho-khieu-khich-o-bien-dong/3390609.html>, truy cập ngày 13/7/2016.

không nghi ngờ Tòa có thẩm quyền trong tiến trình vụ kiện” và mong muốn quyết định của Tòa có thể “làm sáng tỏ lập trường pháp lý của các bên trong vụ kiện này và của các bên thứ ba có quan tâm”. Khi thực hiện hồ sơ ranh giới ngoài thềm lục địa cùng Malaysia năm 2009, Việt Nam đã xuất phát từ tiền đề tất cả các thực thể trong quần đảo Trường Sa chỉ có vùng biển không quá 12 hải lý. Quan điểm của Việt Nam hoàn toàn phù hợp với nội dung của phán quyết ngày 12/7/2016.

Ngày 12/7/2016, Việt Nam đã nhanh chóng tuyên bố ủng hộ việc ra phán quyết. Người phát ngôn Bộ Ngoại giao Việt Nam tuyên bố: “Việt Nam một lần nữa khẳng định lập trường nhất quán về vụ kiện, ủng hộ mạnh mẽ việc giải quyết các tranh chấp ở Biển Đông bằng biện pháp hòa bình, bao gồm các tiến trình ngoại giao và pháp lý, không sử dụng hoặc đe dọa sử dụng vũ lực theo quy định của luật pháp quốc tế, trong đó có Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển (UNCLOS) năm 1982. Việt Nam ủng hộ duy trì hòa bình, ổn định trong khu vực, an ninh, an toàn, tự do hàng hải và hàng không ở Biển Đông, tôn trọng nguyên tắc thượng tôn pháp luật trên các vùng biển và đại dương. Việt Nam tiếp tục khẳng định chủ quyền của mình đối với hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa, chủ quyền đối với nội thủy và lãnh hải, quyền chủ quyền và quyền tài phán đối với vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam được xác định phù hợp với UNCLOS cũng như tất cả các quyền và lợi ích pháp lý của Việt Nam liên quan đến các cấu trúc địa lý thuộc hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa”⁸. Việt

Nam cần nghiên cứu kỹ phán quyết để có những chính sách và phản ứng phù hợp

Phán quyết của Tòa tạo điều kiện pháp lý bảo vệ toàn vẹn vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam từ đất liền tách khỏi vùng nước tranh chấp. Hợp đồng công ty Trung Quốc Hai Zi Yang ký với công ty Mỹ Crestone năm 1992 trên bãi Tư Chính thuộc thềm lục địa Việt Nam sẽ không còn giá trị. Cũng như vậy là 9 lô dầu khí mà CNOOC (Công ty dầu khí ngoài khơi Trung Quốc) gọi thầu năm 2012 trên thềm lục địa Việt Nam. Đây là ví dụ đã được Tòa đề cập trong phán quyết.

Việt Nam và Malaysia có thể yêu cầu Ủy ban ranh giới thềm lục địa của Liên hợp quốc xem xét sớm hồ sơ chung về ranh giới ngoài thềm lục địa hai nước đã đệ trình năm 2009. Philippines sẽ rút lại yêu cầu Ủy ban chưa xem xét hồ sơ của Việt Nam và Malaysia và nước này có thể gia nhập hồ sơ chung.

Các hoạt động cắt cáp, truy đuổi ngư dân Việt Nam thực hiện quyền đánh bắt chính đáng tại các vùng biển của mình phải được chấm dứt. Quyền tiếp cận tài nguyên của ngư dân Việt Nam tại các vùng biển Hoàng Sa, Trường Sa phải được đảm bảo.

Việt Nam cùng các nước có cơ sở đòi hỏi Trung Quốc chấm dứt lệnh cấm đánh bắt cá trái phép trong Biển Đông ban hành từ 1998.

Việt Nam cũng như các nước liên quan có cơ sở làm rõ đòi hỏi vùng biển quần đảo Trường Sa trên cơ sở yêu sách chủ quyền các thực thể.

Việt Nam có thể học hỏi kinh nghiệm, sử dụng giải pháp pháp lý để xác định quy chế pháp lý của các thực thể tại quần đảo Hoàng Sa, bác bỏ đường cơ sở quanh quần đảo Hoàng Sa năm 1996, giảm bớt các tranh

⁸ <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/chinh-tri/315323/viet-nam-hoan-nghenh-phan-quyet-cua-pca.html>, truy cập ngày 13/7/2016.

chấp biển ngoài cửa Vịnh Bắc Bộ trên cơ sở duy trì đòi hỏi chủ quyền. Việt Nam cũng có cơ sở để đấu tranh với các vi phạm môi trường biển.

Phán quyết của Tòa cũng tạo điều kiện thuận lợi cho Việt Nam thực hiện Nghị quyết khoá IX, kỳ họp thứ 5, ngày 23/6/1994 của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam phê chuẩn CULB. Nghị quyết cho phép nghiên cứu để có những sửa đổi, bổ sung cần thiết đối với các quy định

liên quan của pháp luật quốc gia cho phù hợp với CULB, bảo đảm lợi ích của Việt Nam.

Giải pháp cho Biển Đông là tổng thể chính trị, ngoại giao, pháp lý, kinh tế, an ninh quốc phòng. Công cụ pháp lý là quan trọng, thu hẹp các bất đồng, giúp các bên điều chỉnh chính sách, có các quyết sách đúng, giải quyết thỏa đáng tranh chấp chủ quyền vì hòa bình, ổn định, thịnh vượng của khu vực và toàn thế giới.

(Tiếp theo trang 18 – Tòa trọng tài và phán quyết ...)

hàng không đối với máy bay trong vùng kiểm soát không lưu... không chỉ xảy ra với riêng Philippines mà cả Việt Nam. Hơn nữa, môi trường biển của khu vực bị tổn hại nghiêm trọng bởi hành động thay đổi cấu trúc địa lý cũng như khai thác tận diệt nguồn tài nguyên sinh vật biển của họ.

Phán quyết cũng gợi mở hướng nghiên cứu các bảo đảm pháp lý quyền an toàn và tự do khai thác, đánh bắt hải sản của ngư dân Việt Nam trong khu vực, bảo vệ môi trường biển, xác định thiệt hại môi trường, thiệt hại từ hệ sinh thái biển và bồi thường thiệt hại...

CÁC TỘI PHẠM VỀ KHỦNG BỐ TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Quyết Thắng**
*Bùi Trương Ngọc Quỳnh***

Tóm tắt: Bài viết khái quát sự thay đổi trong quy định của pháp luật hình sự Việt Nam về các tội phạm khủng bố (bao gồm Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân và Tội khủng bố) qua các thời kỳ; phân tích những điểm mới trong quy định của Bộ luật Hình sự 2015 về các tội phạm này, đồng thời đặt ra một số vấn đề trong quá trình triển khai áp dụng Bộ luật Hình sự 2015.

Abstract: This article makes a brief on changes of Vietnam's criminal law on terrorism crimes, including terrorism against people's government and terrorism offences, through periods of time and analyses new issues relating to those crimes under the Penal Code of 2015. It also discusses some issues in the process of enforcement of this Code.

1. Tội phạm khủng bố được quy định từ rất sớm trong pháp luật hình sự nước ta. Thời kỳ đầu, thuật ngữ “*khủng bố*” chưa được sử dụng nhưng việc trừng trị các hành vi bắt cóc, giết người nhằm chống lại chính quyền...^{*} đã được quy định trong các sắc lệnh của Chủ tịch nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa, đặc biệt là Sắc lệnh số 133/SL ngày 20/01/1953 về trừng trị các loại Việt gian, phản động và xét xử những âm mưu, hành động phản quốc. Mục II của Sắc lệnh quy định các tội phạm và hình phạt, trong đó đề cập đến hành vi “*khủng bố*” (Điều 4) và “*khủng bố nhân dân*” (Điều 5), với mức hình phạt cao nhất là tử hình. Sau đó, trong Pháp lệnh ngày 30/10/1967 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về trừng trị các tội phản cách mạng, các hành vi của tội phạm khủng bố được quy định tại Điều 10 với tội danh “*giết người, đánh người, gây thương*

tích, bắt giữ người, dọa giết người vì mục đích phản cách mạng”.

Tiếp đến, lần đầu tiên Bộ luật Hình sự (BLHS) 1985 đã quy định trực tiếp Tội khủng bố tại Điều 78, Mục A - Các tội đặc biệt nguy hiểm xâm phạm an ninh quốc gia. Cấu thành Tội khủng bố cơ bản được giữ nguyên như tại Điều 84 BLHS 1999, Chương XI - Các tội xâm phạm an ninh quốc gia. Theo đó, Tội khủng bố thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia; mục đích chống chính quyền nhân dân là dấu hiệu bắt buộc để định tội. Hành vi khách quan bao gồm: hành vi xâm phạm tính mạng, sức khỏe, tự do thân thể; hành vi đe dọa xâm phạm tính mạng; hành vi uy hiếp tinh thần người khác. Đối tượng tác động của tội phạm chỉ là con người. Có thể nói, quy định về tội phạm khủng bố như vậy là phù hợp với bối cảnh trong nước và quốc tế thời kỳ đó. Do vậy, tội phạm khủng bố trong pháp luật hình sự Việt Nam vào thời điểm này được Nhà nước ta xác định chủ yếu là “*hoạt động có tính tổ chức cao, do cơ*

* ThS., Trường Đại học An ninh nhân dân.

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

quan tình báo nước ngoài chỉ đạo hoặc do tổ chức khủng bố quốc tế, tổ chức “tôn giáo cực đoan”, lực lượng phản động người Việt lưu vong ở nước ngoài, bọn phản động trong nước hoặc bọn tội phạm hình sự hoạt động có tổ chức sử dụng vũ khí, chất nổ, chất độc hại... tấn công vào các cơ quan nhà nước, cơ quan nước ngoài tại Việt Nam, nơi công cộng, dùng các thủ đoạn khác nhau để ám sát, bắt cóc con tin, khống chế người khác hoặc phương tiện, phá hủy tài sản... nhằm chống lại chính quyền nhân dân, gây nguy hại cho an ninh quốc gia”¹.

Khi công cuộc đổi mới của đất nước ngày càng sâu rộng, xu thế hội nhập khu vực và quốc tế trở thành xu thế tất yếu của thời đại. Khủng bố trở thành “một trong những mối đe dọa thường trực đối với hòa bình và an ninh thế giới. Khủng bố xâm phạm các quyền con người, quyền tự do cơ bản vi phạm các nguyên tắc cơ bản đảm bảo sự bền vững toàn cầu cũng như mối liên kết thống nhất giữa các quốc gia... Khủng bố phá hủy những thiết chế quan trọng và những giá trị cao đẹp mà Liên hợp quốc bảo vệ. Khủng bố là hiện thân của những đe dọa mang tính toàn cầu”². Thêm vào đó, tình hình khủng bố trên thế giới đã và đang tác động, ảnh hưởng không nhỏ đến tình hình an ninh, trật tự tại Việt Nam. Về thực tiễn, mặc dù ở Việt Nam chưa phát hiện có “chân rết” của các tổ chức khủng bố quốc tế hoạt động, nhưng đã xuất hiện, tiềm ẩn

nhiều nguy cơ xảy ra khủng bố. Việt Nam cũng từng là nạn nhân của khủng bố quốc tế³. Trước mối đe dọa của khủng bố, Việt Nam cùng với các quốc gia trên thế giới đẩy mạnh hợp tác trong lĩnh vực phòng, chống khủng bố thông qua việc ký kết, gia nhập nhiều điều ước quốc tế đa phương về chống khủng bố. Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc cũng đã thông qua nhiều nghị quyết quan trọng nhằm khẳng định tính chất nguy hiểm của khủng bố và đưa ra các giải pháp phòng, chống khủng bố. Sau sự kiện khủng bố ngày 11/9 ở Mỹ, Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc đã thông qua Nghị quyết 1373 (năm 2001)⁴ cùng với việc trích dẫn tinh thần tại Chương VII của Hiến chương Liên hợp quốc yêu cầu các quốc gia thành viên cần nhanh chóng ký kết, gia nhập các điều ước quốc tế đa phương về chống khủng bố, thực thi nghiêm túc, đầy đủ yêu cầu của các điều ước quốc tế đó. Đặc biệt, Nghị quyết bắt buộc các quốc gia thành viên tội phạm hóa tất cả các hành vi khủng bố trong pháp luật quốc gia. Tiếp đó, ngày 8/10/2004, Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc đã biểu quyết thông qua Nghị quyết 566⁵, trong đó làm rõ một số đặc điểm chung về tội phạm khủng bố mà các quốc gia thành viên phải có nghĩa vụ “trùng trị bằng hình phạt thích đáng”. Dựa trên yêu cầu của các Nghị quyết trên, năm 2009, Ủy ban về phòng chống ma túy và tội phạm của Liên hợp quốc đã đưa ra *Các quy định pháp lý mẫu về chống khủng*

¹ Chỉ thị số 25/2007/CT-TTg ngày 15/11/2007 của Thủ tướng Chính phủ về công tác phòng, chống khủng bố trong tình hình mới.

² Liên hợp quốc (UN), *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (Newyork, 2008). Xem tại: https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Int_Instruments_Prevention_and_Suppression_Int_Terrorism/Publication_-_English_-_08-25503_text.pdf, truy cập ngày 20/1/2016.

³ Ban chỉ đạo phòng, chống khủng bố (Bộ Công an) (2006), *Tài liệu tập huấn chuyên đề phòng, chống khủng bố*, Hà Nội, tr.53.

⁴ [http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20\(2001\).pdf](http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20(2001).pdf) truy cập ngày 9/5/2016.

⁵ Xem tại: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566%20 truy cập ngày 9/5/2016.

bố (sau đây gọi tắt là *Các quy định mẫu*)⁶ mà các quốc gia có thể tham khảo trong quá trình nội luật hóa, qua đó góp phần đảm bảo sự thống nhất, tương thích giữa các quy định về tội phạm khủng bố trong hệ thống pháp luật hình sự của các quốc gia. Vào thời điểm này, BLHS 1999 sửa đổi, bổ sung⁷ đã đổi tên tội phạm khủng bố quy định tại Điều 84 thành Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân (cấu thành không thay đổi), đồng thời bổ sung thêm Tội khủng bố (Điều 230a) và Tội tài trợ khủng bố (Điều 230b) vào Chương Các tội xâm phạm an toàn công cộng, trật tự công cộng. Dấu hiệu pháp lý của cấu thành Tội khủng bố (Điều 230a) khá phù hợp với quy định của pháp luật quốc tế về tội khủng bố, mặc dù vẫn còn một số hạn chế nhất định.

Sau hơn 15 năm thi hành, kể từ khi được Quốc hội thông qua và 01 lần sửa đổi, bổ sung (năm 2009), đến nay BLHS 1999

⁶ Các quy định pháp lý mẫu về chống khủng bố (tên tiếng Anh: Model Legislative Provisions against Terrorism) do Ủy ban phòng chống ma túy và tội phạm của Liên hợp quốc (UNODC) đưa ra vào tháng 2 năm 2009 (Xem tại https://www.unodc.org/tldb/pdf/Model_Law_against_Terrorism.doc, truy cập ngày 9/5/2016). Quy định mẫu tập hợp đầy đủ nội dung các yêu cầu cụ thể, bắt buộc trong tất cả các điều ước quốc tế đa phương về chống khủng bố đang phát sinh hiệu lực và các Nghị quyết có liên quan của Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc, nhất là các yêu cầu về tội phạm hóa các dạng hành vi khủng bố. Quy định mẫu là một công cụ pháp lý thể hiện dưới dạng 1 dự án toàn cầu mà UNODC xây dựng và cung cấp nhằm đưa ra sự hỗ trợ về pháp lý trong quá trình các quốc gia thành viên chuyển hóa các yêu cầu (có tính bắt buộc) của các điều ước quốc tế đa phương về chống khủng bố vào pháp luật quốc gia (quá trình nội luật hóa). Ngoài ra, Quy định mẫu cũng có thể được sử dụng như là công cụ tham khảo cho các nhà nghiên cứu và các nhân viên tư pháp hình sự của các quốc gia.

⁷ Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS 1999 được thông qua ngày 19/6/2009 tại kỳ họp thứ 5 Quốc hội khóa XII.

đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập ảnh hưởng đến “hiệu lực cũng như hiệu quả công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm; chưa thực sự tạo môi trường pháp lý thuận lợi cho sự phát triển kinh tế - xã hội và hội nhập quốc tế của đất nước cũng như cho việc công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm các quyền dân sự của người dân”⁸. Bên cạnh đó, BLHS 1999 hiện hành còn “chưa phản ánh được một cách đầy đủ, toàn diện những đặc điểm và yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm trong điều kiện hội nhập quốc tế, chưa tạo cơ sở pháp lý đầy đủ, thuận lợi cho việc hợp tác quốc tế về phòng, chống tội phạm nói chung và thực hiện tương trợ tư pháp về hình sự giữa nước ta với các nước nói riêng. Điều này, đòi hỏi phải tiếp tục sửa đổi, bổ sung BLHS để nội luật hóa các quy định trong các điều ước quốc tế mà nước ta là thành viên liên quan đến lĩnh vực hình sự nhằm thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ của quốc gia thành viên...”⁹. Chính vì vậy, yêu cầu nhanh chóng sửa đổi, bổ sung một cách cơ bản và toàn diện BLHS là tất yếu. Việc sửa đổi BLHS phải dựa trên cơ sở tổng kết thi hành BLHS 1999, đảm bảo phù hợp và triển khai thi hành các nội dung của Hiến pháp 2013; đồng thời thể chế hóa quan điểm, chủ trương, đường lối của Đảng trong Nghị quyết số 08-NQ/TW của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới; Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm

⁸ Tờ trình số 126/TTr-CP của Chính phủ về dự án BLHS (sửa đổi) ngày 27/3/2015.

⁹ Bộ Tư pháp, Báo cáo số 35/BC-BTP về Kết quả tổng kết thực tiễn thi hành BLHS (ngày 12/02/2015), Hà Nội, tr. 27.

2020; Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược Cải cách tư pháp đến năm 2020, trong đó nhấn mạnh yêu cầu tiếp tục nội luật hóa các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên liên quan đến lĩnh vực phòng, chống tội phạm, nhất là những tội phạm có tính chất quốc tế như là tội phạm khủng bố¹⁰. Chính vì vậy, BLHS 2015 đã ra đời¹¹ với những sửa đổi, bổ sung quan trọng về nhóm tội phạm khủng bố.

2. BLHS 2015 vẫn tiếp tục quy định các tội phạm khủng bố tại 02 điều luật nằm ở 02 chương khác nhau (*Điều 113 - Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân và Điều 299 - Tội khủng bố*). Dấu hiệu pháp lý của tội phạm khủng bố trong BLHS 2015 có một số điểm đáng lưu ý như sau:

Về khách thể, Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân (*Điều 113*) xâm phạm đến an ninh quốc gia, sự vững mạnh của chính quyền hay quan hệ ngoại giao của Việt Nam. Đối tượng tác động của tội phạm này là con người.

Trong khi đó, Tội khủng bố (*Điều 299*) xâm phạm đến an toàn trật tự xã hội, sự ổn định trong đời sống tinh thần nhân dân. Đối tượng tác động của tội phạm là con người và tài sản.

Về mặt khách quan, đây là 02 tội phạm có cấu thành hình thức; hậu quả không có ý nghĩa trong việc định tội. Dấu hiệu quan trọng trong mặt khách quan là hành vi khách quan.

Hành vi khách quan của các tội phạm khủng bố bao gồm: hành vi xâm phạm tính mạng, sức khỏe, tự do thân thể; hành vi đe dọa xâm phạm tính mạng; hành vi uy hiếp tinh thần người khác. Riêng đối với Tội khủng bố (*Điều 299*), hành vi khách quan còn bao gồm hành vi phá hủy, đe dọa phá hủy, chiếm giữ hoặc làm hư hại tài sản của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Đặc biệt, so với quy định trong BLHS 1999, cả 02 tội phạm khủng bố trong BLHS 2015 đều bổ sung thêm 02 nhóm hành vi khách quan mới, đó là: “*Hành vi thành lập, tham gia tổ chức khủng bố, tổ chức tài trợ khủng bố*” (điểm a khoản 2 *Điều 113*) và “*Hành vi cưỡng ép, lôi kéo, tuyển mộ, đào tạo, huấn luyện phần tử khủng bố; chế tạo, cung cấp vũ khí cho phần tử khủng bố*” (điểm b khoản 2 *Điều 249*). Thực chất, việc bổ sung 02 nhóm hành vi này chính là việc nội luật hóa quy định của các điều ước quốc tế về chống khủng bố, Nghị quyết của Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc¹².

Về mặt chủ quan, cả 02 tội phạm khủng bố đều có lỗi cố ý trực tiếp. Mục đích phạm tội là dấu hiệu bắt buộc: Đối với Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân (*Điều 113*), mục đích phạm tội là nhằm chống chính quyền nhân dân. Đối với Tội khủng bố (*Điều 299*), mục đích phạm tội là nhằm gây ra tình trạng hoảng sợ trong công chúng.

¹⁰ Cho đến nay, Việt Nam đã kí kết, gia nhập 12 trên tổng số 16 điều ước đa phương về chống khủng bố, 01 Công ước khu vực (ASEAN) về chống khủng bố.

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

¹² Chẳng hạn Nghị quyết 1373 của Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc đòi hỏi “một cách đặc biệt” các quốc gia thành viên tội phạm hóa, hình sự hóa các hành vi như: *tuyển mộ các thành viên cho các nhóm khủng bố, loại bỏ việc cung cấp vũ khí cho các phần tử khủng bố, hỗ trợ cho khủng bố, lập kế hoạch hoặc chuẩn bị khủng bố...* Xem tại: [http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20\(2001\).pdf](http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20(2001).pdf) .

Chủ thể của tội phạm là bất kì người nào có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi theo luật định. BLHS 2015 chưa quy định pháp nhân là chủ thể của loại tội phạm này.

Như vậy, so với BLHS 1999, BLHS 2015 đã bổ sung thêm 02 nhóm hành vi khách quan mới (tại điểm a khoản 2 Điều 133 và điểm b khoản 2 Điều 299). Bên cạnh đó, BLHS 2015 quy định khung hình phạt nghiêm khắc hơn¹³, đồng thời bổ sung một khoản trong điều luật quy định về khung hình phạt đối với người chuẩn bị phạm tội khủng bố.

3. Qua nghiên cứu các quy định trong BLHS 2015 về các tội phạm khủng bố cho thấy, có một số vấn đề cần đặt ra khi triển khai áp dụng BLHS 2015 như sau:

Một là, theo quy định của BLHS 1999 và BLHS 2015, đối tượng tác động của Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân *chỉ* bao gồm tính mạng, sức khỏe, tự do thân thể và tinh thần của con người. Trong trường hợp, đối tượng khủng bố xâm phạm (phá hoại) cơ sở vật chất kỹ thuật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì không bị xử lý về Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân mà sẽ bị xử lý về Tội phá hoại cơ sở vật chất - kỹ thuật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam nếu thỏa mãn các dấu hiệu khác của cấu thành tội phạm này. Trong đó, cơ sở vật chất kỹ thuật được hiểu là "...kho tàng, xí nghiệp, máy móc, thiết bị, vật tư, sản phẩm, trụ sở cơ quan, hoặc các tài sản xã hội chủ

nghĩa khác... về an ninh, quốc phòng, kinh tế, khoa học, kỹ thuật, công trình văn hoá, nghệ thuật"¹⁴, tức chỉ bao gồm các tài sản của Nhà nước. Vậy trong trường hợp tài sản bị phá hoại hoặc bị đe dọa phá hoại không phải là của Nhà nước mà là của công dân, doanh nghiệp tư nhân nhưng có ý nghĩa quan trọng về kinh tế, xã hội (như nhà cửa, khu du lịch...) thì sẽ bị xét xử về tội phạm nào? Quy định tại Điều 84 (BLHS 1999) và Điều 113 (BLHS 2015) đang tạo nên "khoảng trống" pháp lý. Chính vì vậy, trong quá trình triển khai thi hành BLHS 2015, cần có hướng dẫn cụ thể, phù hợp với quan điểm quốc tế về tội phạm khủng bố.

Hai là, cần có văn bản hướng dẫn làm rõ khái niệm "*tổ chức khủng bố*" (điểm a khoản 2 Điều 113 và điểm a khoản 2 Điều 229). Nghiên cứu các quy định của BLHS 2015 cũng như Luật Phòng, chống khủng bố 2013 và các văn bản khác có liên quan, chưa thấy có quy định nào về "*tổ chức khủng bố*". Trong Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012, Điều 38 xác định Bộ Công an có trách nhiệm "*Chủ trì lập danh sách tổ chức, cá nhân thuộc danh sách đen*", trong đó "*Danh sách đen là danh sách tổ chức, cá nhân có liên quan tới khủng bố và tài trợ khủng bố do Bộ Công an chủ trì lập theo quy định của pháp luật*" (Điều 4)¹⁵. Như vậy, làm rõ khái niệm "*tổ chức khủng bố*" là cần thiết, nhằm đảm bảo đấu tranh có

¹³ Khoản 2 Điều 113 của *Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân* (BLHS 2015) quy định khung hình phạt tù từ 10 năm đến 15 năm (thay vì 5 năm đến 15 năm tại khoản 2 Điều 84 BLHS 1999); khoản 3 Điều 113 của *Tội khủng bố* (BLHS 2015) quy định khung hình phạt tù từ 05 năm đến 10 năm (thay vì 02 năm đến 07 năm tại khoản 3 Điều 84 BLHS 1999).

¹⁴ Nghị quyết số 04/HĐTP ngày 29/11/1986 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định trong Phần Các tội phạm của BLHS.

¹⁵ Ngày 4/4/2007, Bộ Công an Việt Nam cũng đã đưa tổ chức phản động "Việt Tân" vào danh sách các tổ chức khủng bố và thông báo cho các quốc gia khác biết để cùng hợp tác đấu tranh sau một thời gian dài chúng thực hiện các hoạt động khủng bố nhằm chống phá nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

hiệu quả với tội phạm khủng bố, nhất là trong tình hình hoạt động của các nhóm khủng bố quốc tế đang diễn biến phức tạp như hiện nay.

Việc xác định khái niệm này sẽ tùy thuộc vào từng quốc gia, tuy nhiên có thể dựa trên quy định của Công ước Liên hợp quốc về “nhóm tội phạm có tổ chức”¹⁶; đồng thời có thể tham khảo các định nghĩa về nhóm khủng bố, tổ chức khủng bố trong Các quy định pháp lý mẫu về các biện pháp đấu tranh chống khủng bố¹⁷, hay trong Quyết định khung về chống khủng bố năm 2002 của Liên minh châu Âu (EU)¹⁸. Theo

¹⁶ Điều 2 (a) của Công ước quy định: “Nhóm tội phạm có tổ chức là một nhóm được cấu trúc (“structured group”) từ 3 người trở lên, tồn tại trong một khoảng thời gian nhất định và hoạt động với mục tiêu nhằm thực hiện một hoặc các tội phạm nghiêm trọng (“serious crimes”) hoặc các tội phạm quy định trong Công ước này...”. Trong đó, “tội phạm nghiêm trọng” được hiểu là “hành vi cấu thành tội phạm này sẽ bị trừng phạt bởi việc tước tự do ít nhất là 4 năm hoặc các hình phạt khác nghiêm khắc hơn” - Điều 2(b). “Nhóm được cấu trúc” là “nhóm không phải được hình thành một cách ngẫu nhiên cho việc thực hiện tức thì một tội phạm và không cần xác định một cách chính thức vai trò cho các thành viên trong nhóm, không cần gia tăng hội viên hay cơ cấu hoàn thiện” - Điều 2(c).

¹⁷ Nhóm khủng bố là “một thực thể có một trong các hoạt động và mục đích là để thực hiện hoặc hỗ trợ cho việc thực hiện một hành vi khủng bố nào đó” hoặc là một nhóm khủng bố đã được xác định bởi cơ quan có thẩm quyền. Xem tại: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Commonwealth_mod_ellaw_terr.pdf (tr. 6).

¹⁸ Khoản 1 Điều 2 định nghĩa: “Nhóm khủng bố nghĩa là một nhóm được cơ cấu bởi trên 02 người, được thành lập sau một khoảng thời gian nhất định và cùng hoạt động chung để thực hiện các tội phạm khủng bố. Nhóm được cơ cấu nghĩa là một nhóm không phải được hình thành một cách ngẫu nhiên cho việc thực hiện tức thì một tội phạm và không cần xác định một cách chính thức vai trò các thành viên trong nhóm, không cần gia tăng hội viên hay cơ cấu hoàn thiện”. Xem tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002F0475>.

đó, tổ chức khủng bố phải có các đặc điểm như: có sự tham gia từ 3 người trở lên, được thành lập sau một khoảng thời gian nhất định và hành động cùng nhau để thực hiện các tội phạm khủng bố. Tổ chức khủng bố không phải được hình thành một cách ngẫu nhiên để thực hiện một tội phạm tức thì, tuy nhiên cũng không đòi hỏi phải có sự hoàn thiện về cơ cấu tổ chức cũng như có sự phân công rõ ràng vai trò, nhiệm vụ của từng thành viên.

Ba là, một số điểm cần lưu ý về 02 nhóm hành vi khủng bố quy định tại điểm a, điểm b (khoản 2 Điều 113 và khoản 2 Điều 229 BLHS 2015):

Đối với hành vi thành lập, tham gia tổ chức khủng bố (điểm a): nhóm hành vi này được luật định là hành vi khách quan của tội phạm, không phải là hành vi chuẩn bị phạm tội khủng bố¹⁹. Vì vậy, người nào trên thực tế đã có hành vi thành lập hoặc tham gia một tổ chức khủng bố thì sẽ phạm tội khủng bố hoặc tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân ở giai đoạn hoàn thành, bất kể người đó và tổ chức khủng bố có hướng đến thực hiện một vụ khủng bố cụ thể trên thực tế hay không.

Đối với hành vi cưỡng ép, lôi kéo, tuyển mộ, đào tạo, huấn luyện phân tử khủng bố; chế tạo, cung cấp vũ khí cho phân tử khủng bố (điểm b): Các hành vi này không thuộc trường hợp đồng phạm của tội phạm khủng bố mà sẽ cấu thành tội độc lập, dù những hành vi đó có thực sự dẫn đến việc thực

(Xem tiếp trang 39)

¹⁹ Khoản 1 Điều 14 BLHS 2015 quy định: “Chuẩn bị phạm tội là tìm kiếm, sửa soạn công cụ, phương tiện... hoặc thành lập, tham gia nhóm tội phạm trừ trường hợp quy định tại Điều 109, điểm a khoản 2 Điều 113 hoặc điểm a khoản 2 Điều 299 của Bộ luật này”.

MỘT SỐ SAI SÓT TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

Đỗ Lường Thiện*

Tóm tắt: Bộ luật Hình sự năm 2015 mặc dù vừa mới được ban hành, nhưng đã bộc lộ nhiều sai sót. Bài viết chỉ ra một số sai sót ảnh hưởng trực tiếp đến việc áp dụng thống nhất Bộ luật này.

Abstract: Although the Penal Code of 2015 has just been enacted, it has contained errors. This article points out some errors affecting the consistent application of this Code.

Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 được Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 10 thông qua ngày 27 tháng 11 năm 2015 gồm 26 chương, 426 điều, được thiết kế thành 03 phần: Phần thứ nhất - Những quy định chung, gồm 12 chương, 107 điều (từ Điều 1 đến Điều 107); Phần thứ hai - Các tội phạm, gồm 14 chương, 318 điều (từ Điều 108 đến Điều 425) quy định về 14 nhóm tội phạm cụ thể; Phần thứ ba - Điều khoản thi hành, gồm 01 điều (Điều 426) quy định về hiệu lực của BLHS.

So với BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) thì BLHS năm 2015 giữ nguyên 17 điều; bãi bỏ 08 điều; bổ sung mới 49 điều và sửa đổi, bổ sung 362 điều. Như vậy có thể thấy, hầu hết các điều khoản của BLHS năm 1999 đều đã được sửa đổi, bổ sung. Tuy vậy, mặc dù BLHS năm 2015 chưa có hiệu lực nhưng đã bộc lộ một số sai sót cần có sự chỉnh sửa kịp thời. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, điểm g, khoản 1 Điều 389 có lỗi về mặt kỹ thuật khi dẫn chiếu đến những hai Điều 299 với tên tội danh khác nhau¹:

* Khoa Luật, Học viện Cảnh sát nhân dân.

¹ Điểm g khoản 1, Điều 389 quy định: Điều 265, các khoản 2, 3 và 4 (Tội tổ chức đua xe trái phép); Điều 282 (Tội chiếm đoạt tàu bay, tàu thủy); Điều 299

- Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự;
- Tội khủng bố.

Trong khi “Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự” phải là Điều 304.

Thứ hai, Điều 233. Tội vi phạm các quy định về quản lý rừng

1. Người nào lợi dụng hoặc lạm dụng chức vụ, quyền hạn thực hiện một trong các hành vi sau đây, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm:

(Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự); Điều 299 (Tội khủng bố); Điều 301 (Tội bắt cóc con tin); Điều 302 (Tội cướp biển); Điều 303 (Tội phá hủy công trình, cơ sở, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia); Điều 304 (Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự); Điều 305, các khoản 2, 3 và 4 (Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ); Điều 309, các khoản 2, 3 và 4 (Tội sản xuất, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, phát tán, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất phóng xạ, vật liệu hạt nhân); Điều 311, các khoản 2, 3 và 4 (Tội sản xuất, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng hoặc mua bán trái phép chất cháy, chất độc).

...

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm:

...

d) Cho phép chuyển mục đích sử dụng rừng, đất trồng rừng trái pháp luật từ 12.500 mét vuông (m^2) đến dưới 17.000 mét vuông (m^2) đối với rừng sản xuất; từ 10.000 mét vuông (m^2) đến 15.000 mét vuông (m^2) đối với rừng phòng hộ hoặc từ 7.500 mét vuông (m^2) đến 12.000 mét vuông (m^2) đối với rừng đặc dụng;

...

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 12 năm:

...

b) Cho phép chuyển mục đích sử dụng rừng, đất trồng rừng trái pháp luật từ 17.000 mét vuông (m^2) trở lên đối với rừng sản xuất; từ 15.000 mét vuông (m^2) trở lên đối với rừng phòng hộ hoặc từ 12.000 mét vuông (m^2) trở lên đối với rừng đặc dụng.

Như vậy, quy định tại điểm d khoản 2 trùng lặp với điểm b khoản 3 về số m^2 đất rừng phòng hộ và rừng đặc dụng. Ví dụ: Cho phép chuyển mục đích sử dụng rừng, đất trồng rừng trái pháp luật 15.000 mét vuông (m^2) đối với rừng phòng hộ hay 12.000 mét vuông (m^2) đối với rừng đặc dụng thì truy cứu trách nhiệm hình sự khoản 2 hay khoản 3?

Do đó, cần bổ sung thêm chữ “dưới” ở điểm d khoản 2, cụ thể như sau:

d) Cho phép chuyển mục đích sử dụng rừng, đất trồng rừng trái pháp luật từ 12.500 mét vuông (m^2) đến dưới 17.000 mét vuông (m^2) đối với rừng sản xuất; từ 10.000 mét vuông (m^2) đến dưới 15.000 mét vuông

(m^2) đối với rừng phòng hộ hoặc từ 7.500 mét vuông (m^2) đến dưới 12.000 mét vuông (m^2) đối với rừng đặc dụng.

Thứ ba, ở Tội tàng trữ trái phép chất ma túy; Tội vận chuyển trái phép chất ma túy; Tội chiếm đoạt chất ma túy, các điều luật quy định cùng khối lượng định lượng như nhau nhưng có khung hình phạt khác nhau ở 2 khoản thuộc cùng 1 điều luật.

- Tại Điều 249. Tội tàng trữ trái phép chất ma túy.

1. Người nào tàng trữ trái phép chất ma túy mà không nhằm mục đích mua bán, vận chuyển, sản xuất trái phép chất ma túy thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 01 năm đến 05 năm: ...

...

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm:

...

h) Lá, rễ, thân, cành, hoa, quả cây cần sa hoặc lá cây côca có khối lượng từ 25 kilôgam đến dưới 75 kilôgam;

...

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 15 năm:

...

c) Lá, rễ, thân, cành, hoa, quả cây cần sa hoặc lá cây côca có khối lượng từ 25 kilôgam đến dưới 75 kilôgam;

...

- Tại Điều 250. Tội vận chuyển trái phép chất ma túy

1. Người nào vận chuyển trái phép chất ma túy không nhằm mục đích sản xuất, mua bán, tàng trữ trái phép chất ma túy, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm:

...

d) Lá, rễ, thân, cành, hoa, quả cây cần sa hoặc lá cây côca có khối lượng từ 10 kilôgam đến dưới 25 kilôgam;

...

2. Phạm tội trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 07 năm đến 15 năm:

...

i) Lá, rễ, thân, cành, hoa, quả cây cần sa hoặc lá cây côca khối lượng từ 10 kilôgam đến dưới 25 kilôgam;

...

- Tại Điều 252. Tội chiếm đoạt chất ma túy

1. Người nào chiếm đoạt chất ma túy dưới bất cứ hình thức nào thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 01 năm đến 05 năm:

...

d) Lá, rễ, thân, cành, hoa, quả cây cần sa hoặc lá cây côca có khối lượng từ 10 kilôgam đến dưới 25 kilôgam;

...

2. Phạm tội trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm:

...

h) Lá, rễ, thân, cành, hoa, quả cây cần sa hoặc lá cây côca có khối lượng từ 10 kilôgam đến dưới 25 kilôgam;

...

Đây là vấn đề nếu không được chỉnh sửa sẽ gây khó khăn cho cơ quan tiến hành tố tụng.

Thứ tư, Điều 304. Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự

1. Người nào chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện

kỹ thuật quân sự, thì bị phạt tù từ 01 năm đến 07 năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 12 năm:

a) Có tổ chức;

b) Vật phạm pháp có số lượng: từ 03 đến 10 khẩu súng ngắn, súng trường, súng tiểu liên; từ 01 đến 05 khẩu súng bộ binh khác như trung liên, đại liên, súng máy cao xạ 12,7 ly đến 25 ly, súng B40, B41; từ 05 đến 15 quả mìn, lựu đạn; từ 03 đến 10 quả đạn cối, đạn pháo; từ 300 đến 1.000 viên đạn bộ binh cỡ 11,43 ly trở xuống; từ 200 đến 600 viên đạn súng máy cao xạ cỡ 12,7 ly đến 25 ly; từ 10 kilôgam đến 30 kilôgam thuốc nổ các loại hoặc từ 1.000 đến 3.000 nụ xuy hoặc ống nổ; từ 3.000 mét đến dưới 10.000 mét dây cháy chậm, dây nổ.

...

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 15 năm:

...

đ) Vật phạm pháp có số lượng: từ 11 đến 30 khẩu súng ngắn, súng trường, súng tiểu liên; từ 6 đến 20 khẩu súng bộ binh khác như trung liên, đại liên, súng máy cao xạ 12,7 ly đến 25 ly, súng B40, B41; từ 16 đến 45 quả mìn, lựu đạn; từ 11 đến 30 quả đạn cối, đạn pháo; từ 1.001 đến 3000 viên đạn bộ binh cỡ 11,43 ly trở xuống; từ 601 đến 2.000 viên đạn súng máy cao xạ cỡ 12,7 ly đến 25 ly; từ trên 31 kilôgam đến 100 kilôgam thuốc nổ các loại; từ 3.001 đến 10.000 nụ xuy hoặc ống nổ hoặc từ 10.000 mét đến dưới 30.000 mét dây cháy chậm, dây nổ.

Vấn đề đặt ra là, trường hợp nếu vật phạm pháp có số lượng từ trên 30 kilôgam

đến 31 kilôgam thuốc nổ các loại thì truy cứu trách nhiệm hình sự ở khoản nào? Vì khoản 2 quy định đến 30 kilôgam, còn khoản 3 quy định trên 31 kilôgam.

Thứ năm, Điều 305. Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ

1. Người nào chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ, thì bị phạt tù từ 01 năm đến 05 năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 03 năm đến 10 năm:

a) Có tổ chức;

b) Thuốc nổ các loại từ 10 kilôgam đến 30 kilôgam hoặc từ 1.000 đến 3.000 nụ xùy hoặc ống nổ; từ 3.000 mét đến dưới 10.000 mét dây cháy chậm, dây nổ;

...

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 07 năm đến 15 năm:

a) Thuốc nổ các loại từ trên 31 kilôgam đến 100 kilôgam; từ 3.001 đến 10.000 nụ xùy hoặc ống nổ hoặc từ 10.000 mét đến dưới 30.000 mét dây cháy chậm, dây nổ;

...

Tương tự như Điều 304, Điều 305 tại điểm b khoản 2 và điểm a khoản 3 cũng tạo lỗ hổng của pháp luật.

Thứ sáu, Điều 370. Tội ra bản án trái pháp luật

1. Thẩm phán, Hội thẩm nào ra bản án mà mình biết rõ là trái pháp luật, thì bị phạt tù từ 01 năm đến 05 năm.

2. Phạm tội thuộc một trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm:

...

e) Gây thiệt hại về tài sản từ 500.000.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng;

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 15 năm:

...

đ) Gây thiệt hại về tài sản 1.000.000.000 đồng trở lên.

...

Vậy trường hợp gây thiệt hại về tài sản đúng số tiền 1.000.000.000 đồng thì truy cứu trách nhiệm hình sự ở khoản nào? Vì nếu theo quy định trên thì có thể truy cứu trách nhiệm hình sự ở cả điểm e khoản 2 và điểm đ khoản 3.

Do vậy, cần bổ sung thêm chữ “dưới” vào điểm e khoản 2, cụ thể như sau:

e) Gây thiệt hại về tài sản từ 500.000.000 đồng đến dưới 1.000.000.000 đồng;

Thứ bảy, Điều 337 quy định Tội cố ý làm lộ bí mật nhà nước; Tội chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy tài liệu bí mật nhà nước

Tên của điều luật quy định hai tội với bốn hành vi: cố ý làm lộ bí mật nhà nước; chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy tài liệu bí mật nhà nước. Nhưng khoản 1 của điều luật này lại chỉ quy định một tội với một hành vi “cố ý làm lộ hoặc mua bán bí mật nhà nước”, còn ba hành vi: chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy tài liệu bí mật nhà nước thì không thấy đề cập đến.

Ngoài ra, nghiên cứu kỹ BLHS năm 2015, chúng ta còn thấy một số điều luật nếu không có giải thích hoặc hướng dẫn thì không thể áp dụng được. Ví dụ: Điều 175 tiếp tục quy định về tội “lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản” nhưng bỏ tình tiết “bỏ

trốn để chiếm đoạt” quy định tại Điều 140 BLHS năm 1999. Vậy, nếu vay mượn, thuê tài sản của người khác rồi bỏ trốn để chiếm đoạt thì có cấu thành tội phạm hay không?

Theo quy định tại Điều 12 thì người từ đủ 14 tuổi trở lên, nhưng chưa đủ 16 tuổi chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự về một số tội đã được liệt kê trong điều luật; vậy các tội phạm khác không được “liệt kê” tại Điều 12 thì họ có phải chịu trách nhiệm hình sự không? Ví dụ như: Tội chiếm đoạt tàu bay tàu thủy (Điều 282), Tội cản trở giao thông đường không (Điều 278), Tội tham ô tài sản với vai trò đồng phạm (Điều 353), Tội nhận hối lộ với vai trò đồng phạm (Điều 354)...

Về giai đoạn chuẩn bị phạm tội, khoản 1 Điều 14 BLHS năm 2015 quy định: “Chuẩn bị phạm tội là tìm kiếm, sửa soạn công cụ, phương tiện hoặc tạo ra những điều kiện khác để thực hiện tội phạm hoặc

thành lập, tham gia nhóm tội phạm trừ trường hợp quy định tại Điều 109, điểm a khoản 2 Điều 113 hoặc điểm a khoản 2 Điều 299 của Bộ luật này”. Nhưng khoản 2 Điều 14 lại quy định: “Người chuẩn bị phạm một trong các tội sau đây thì phải chịu trách nhiệm hình sự”, trong đó có Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân (Điều 113)...

Bên cạnh đó, có nhiều trường hợp người chuẩn bị phạm tội sẽ không bị truy cứu trách nhiệm hình sự vì không được liệt kê tại khoản 2 Điều 14 như: chuẩn bị phạm tội Tội tham ô tài sản, chuẩn bị phạm tội Tội nhận hối lộ...

Qua phân tích ở trên, có thể nhận thấy BLHS năm 2015 tồn tại rất nhiều lỗi, sai sót ảnh hưởng lớn đến quá trình áp dụng và triển khai thực hiện trên thực tế.

(Tiếp theo trang 34 – Các tội phạm về...)

hiện một tội phạm khủng bố cụ thể hay không. Điều này cũng phù hợp với hướng dẫn tại Điều 22 (đoạn 1) Các quy định mẫu. Các hành vi nêu trên “*vẫn cấu thành tội phạm mà không nhất thiết hành vi đó phải nhằm thực hiện hay hướng đến thực hiện một hành vi khủng bố cụ thể...*”. Quy định này nhằm góp phần ngăn chặn, trừng trị các hành vi hướng đến tội phạm khủng bố mà không cần phải “đợi” làm rõ xem hành vi khủng bố cụ thể có thật sự xảy ra hay không.

Ngoài ra, theo Điều 22 (đoạn 2) Các quy định mẫu, mỗi hành vi quy định tại điểm a, điểm b nêu trên sẽ “*cấu thành một tội phạm, bất kể hành vi đó có nhằm để hỗ trợ, để chuẩn bị hay xúi giục một tội phạm khủng bố cụ thể xảy ra tại cùng một quốc gia hay không*”. Chẳng hạn, A đến Việt Nam và tuyển mộ B ở Việt Nam với ý định để thực hiện một tội phạm khủng bố ở quốc gia X, hành vi của A vẫn bị coi là tội phạm theo pháp luật hình sự Việt Nam.

MỘT SỐ ĐIỂM MỚI VỀ KHÁNG CÁO, KHÁNG NGHỊ PHỤC THẨM TRONG BỘ LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

Võ Thị Kim Oanh*
Lê Thị Thùy Dương**

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích những điểm mới của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm vụ án hình sự, đồng thời chỉ ra những điểm còn tồn tại của Bộ luật là cơ sở để các nhà làm luật tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện.

Abstract: This article focuses on new issues on appeal of a criminal case under the Criminal Procedure Code of 2015. It also points out some shortcomings of the Code for law makers to take them into consideration and improve the Code.

Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 được Quốc hội khóa XIII, Kỳ họp thứ 10 thông qua ngày 27/11/2015 gồm 510 điều, bố cục thành 9 phần, 36 chương, trong đó bổ sung mới 176 điều, sửa đổi 317 điều, giữ nguyên 17 điều, bãi bỏ 26 điều.

Với vai trò và ý nghĩa quan trọng của xét xử phúc thẩm, BLTTHS năm 2015 đã có nhiều sửa đổi, bổ sung các quy định về xét xử phúc thẩm nhằm khắc phục những hạn chế của BLTTHS năm 2003, tăng cường hiệu quả của hoạt động xét xử phúc thẩm, đảm bảo quyền, lợi ích của người tham gia tố tụng. Cụ thể:

Thứ nhất, về đối tượng kháng cáo

Tất cả các bản án của Tòa án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật đều là đối tượng kháng cáo, kháng nghị. Nhưng khác với bản án, các quyết định là đối tượng kháng cáo, kháng nghị phải là các quyết định được pháp luật quy định. Khắc phục

hạn chế của BLTTHS 2003 chưa quy định về vấn đề này, khoản 2 Điều 330 BLTTHS 2015 đã quy định cụ thể: “*Quyết định sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị là quyết định tạm đình chỉ, quyết định đình chỉ vụ án, quyết định tạm đình chỉ vụ án đối với bị can, bị cáo, quyết định đình chỉ vụ án đối với bị can, bị cáo và quyết định khác của Tòa án cấp sơ thẩm theo quy định của Bộ luật này*”. Khoản 2 Điều 453 BLTTHS 2015 cũng quy định: “*Việc kháng cáo, kháng nghị quyết định của Tòa án về việc áp dụng biện pháp bắt buộc chữa bệnh được thực hiện như đối với quyết định sơ thẩm quy định tại Bộ luật này*”. Như vậy, các quyết định khác như quyết định trả hồ sơ điều tra bổ sung; quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn... nếu có căn cứ vi phạm cũng chỉ có thể bị khiếu nại.

Thứ hai, về chủ thể và phạm vi kháng cáo

Chủ thể có quyền kháng cáo và phạm vi kháng cáo trong BLTTHS năm 2015 về cơ bản không có sự thay đổi so với BLTTHS năm 2003. Những người có quyền kháng cáo là những người tham gia tố tụng có quyền và lợi ích bị ảnh hưởng bởi bản án,

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

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

quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm; người bào chữa, người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự trong trường hợp bị cáo, đương sự là người dưới 18 tuổi. Phạm vi kháng cáo là những phần bản án liên quan đến quyền và lợi ích của những người này. Tuy nhiên, cách quy định phạm vi kháng cáo của bị cáo trong BLTTHS 2015 vẫn chưa khắc phục được hạn chế của BLTTHS 2003. Theo đó, bị cáo có thể kháng cáo đối với toàn bộ bản án, quyết định của Tòa án. Quy định như vậy không phù hợp về mặt lý luận, vì không phải lúc nào toàn bộ nội dung bản án, quyết định của Tòa án sơ thẩm cũng ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của bị cáo. Bị cáo chỉ được quyền yêu cầu xem xét lại những phần liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình, các phần khác bị cáo không có quyền kháng cáo.

Tương tự, đối với phạm vi kháng cáo của người bị hại, theo quy định của Điều 231 BLTTHS 2003 và Điều 331 BLTTHS 2015 thì người bị hại có quyền yêu cầu xem xét lại tất cả các vấn đề của bản án sơ thẩm như: tội danh, hình phạt chính, hình phạt bổ sung, mức hình phạt chính, mức phạt bổ sung, biện pháp tư pháp, mức bồi thường, xử lý vật chứng, án phí... Tuy nhiên, chúng tôi đồng ý với quan điểm: *“Quy định như Điều 231 là quá rộng và không cần thiết, bởi lẽ có những quyết định trong bản án về xử lý vật chứng, về án phí... không liên quan đến quyền, lợi ích hợp pháp của người bị hại và trên thực tế họ cũng không kháng cáo về các quyết định đó”*¹.

Thứ ba, về thủ tục kháng cáo, kháng nghị

Thủ tục kháng cáo, kháng nghị được BLTTHS 2015 quy định tại Điều 332 và Điều 336. Về cơ bản, thủ tục này không có nhiều thay đổi so với BLTTHS 2003. Tuy nhiên, có một điểm mới đáng ghi nhận đó là việc kháng cáo bằng cách trình bày trực tiếp có thể được thực hiện ở cả Tòa án sơ thẩm và Tòa án phúc thẩm thay vì chỉ được thực hiện ở Tòa án cấp sơ thẩm như trước đây, tạo điều kiện thuận lợi hơn cho người thực hiện quyền kháng cáo. Đồng thời, Điều 332 BLTTHS 2015 cũng quy định những nội dung chính của một đơn kháng cáo bao gồm: a) Ngày, tháng, năm làm đơn kháng cáo; b) Họ tên, địa chỉ của người kháng cáo; c) Lý do và yêu cầu của người kháng cáo; d) Chữ ký hoặc điểm chỉ của người kháng cáo.

BLTTHS 2003 không quy định những nội dung chính của một đơn kháng cáo, vì vậy đơn kháng cáo có thể được người kháng cáo thực hiện dưới nhiều hình thức. Trong nội dung của đơn kháng cáo cũng không buộc người kháng cáo phải nêu lý do, căn cứ kháng cáo mà chỉ cần nêu rõ yêu cầu của người kháng cáo. Quy định như vậy một mặt có thể đảm bảo một cách tối đa quyền và lợi ích hợp pháp của người tham gia tố tụng khi thực hiện quyền kháng cáo, nhưng mặt khác người tham gia tố tụng cũng có thể kháng cáo với tâm lý “còn nước còn tát”, dẫn đến kháng cáo một cách tràn lan, tùy tiện... Bên cạnh đó, BLTTHS 2003 không quy định về trách nhiệm cũng như hình thức xử lý đối với các chủ thể kháng cáo không hợp pháp. Và mặc dù đã có quy định người kháng cáo sẽ phải chịu án phí phúc thẩm trong trường hợp kháng cáo của họ không được chấp nhận, nhưng mức án

¹ Ngô Thanh Xuyên (2012), *“Hoàn thiện một số quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 về kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm”*, Tạp chí Luật học, số 4, tr. 58.

phí không phải là rào cản để có thể hạn chế được tình trạng kháng cáo tràn lan. Vì vậy, những sửa đổi về thủ tục kháng cáo trong BLTTHS 2015 đã góp phần khắc phục các hạn chế của BLTTHS 2003.

Thứ tư, về thời hạn kháng cáo, kháng nghị

Cùng với cách sắp xếp lại các điều luật, thời hạn kháng cáo, kháng nghị trong BLTTHS 2015 được quy định rõ ràng, cụ thể và chặt chẽ hơn. Cụ thể, thời hạn kháng cáo đối với bản án, quyết định được quy định chung tại 1 điều - Điều 333, thay vì ở hai điều như BLTTHS 2003. Cách quy định này cũng tương tự về thời hạn kháng nghị (Điều 337 BLTTHS 2015). Ngoài ra, tại Điều 333 BLTTHS 2015, bên cạnh quy định về thời hạn kháng cáo (15 ngày đối với bản án, 7 ngày đối với quyết định) còn quy định cách xác định ngày kháng cáo. Đây là nội dung được pháp điển hóa từ Nghị quyết số 05/2005/NQ-HĐTP ngày 8/12/2005.

- Về kháng cáo quá hạn, điểm khác biệt và tiến bộ hơn là tại Điều 335 BLTTHS 2015 đã nêu rõ kháng cáo quá hạn sẽ được chấp nhận nếu “*có lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan*”, thay vì quy định “*có lý do chính đáng*” như BLTTHS 2003. Ngoài ra, Điều 335 BLTTHS 2015 cũng nêu rõ yêu cầu để có thể ra một quyết định chấp nhận hay không chấp nhận kháng cáo quá hạn; đặc biệt đại diện Viện kiểm sát là thành viên bắt buộc phải có mặt trong phiên họp xét lý do kháng cáo quá hạn, thay vì BLTTHS 2003 chỉ quy định việc xét lý do kháng cáo quá hạn được thực hiện bởi “*Hội đồng xét xử gồm 3 thẩm phán*”. Việc xét lý do kháng cáo quá hạn là vấn đề ảnh hưởng rất lớn đến quyền, lợi ích của người thực hiện việc kháng cáo quá

hạn cũng như những chủ thể khác có liên quan, do đó, việc tăng cường chức năng kiểm sát trong hoạt động này là cần thiết. Ngoài ra, đại diện Viện kiểm sát còn có quyền phát biểu ý kiến về việc xét kháng cáo quá hạn nhằm đảm bảo chính xác nhất trong việc chấp nhận hay không chấp nhận kháng cáo quá hạn.

Thứ năm, về thay đổi, bổ sung, rút kháng cáo, kháng nghị

- *Thay đổi, bổ sung, kháng cáo, kháng nghị*

Điều 342 BLTTHS 2015 quy định về thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị. Về cơ bản, nội dung điều luật không khác so với quy định tại BLTTHS 2003. Việc thay đổi, bổ sung cũng bị hạn chế bởi những yêu cầu nhất định: “*Trước khi bắt đầu phiên tòa hoặc tại phiên tòa phúc thẩm, người kháng cáo có quyền thay đổi, bổ sung kháng cáo, Viện kiểm sát ra quyết định kháng nghị có quyền thay đổi, bổ sung kháng nghị nhưng không được làm xấu hơn tình trạng của bị cáo*”.

Như vậy, BLTTHS 2015 vẫn chưa giải quyết được hai vấn đề tồn tại ở BLTTHS 2003 đó là: như thế nào là “*làm xấu hơn tình trạng của bị cáo*”, và thời điểm nào được xác định là “*trước khi bắt đầu phiên tòa*”.

+ Khoảng thời gian kể từ khi phát sinh quyền kháng cáo cho tới trước thời điểm Hội đồng xét xử khai mạc phiên tòa xét xử đều có thể được xem là “*trước khi bắt đầu*”. Nhưng nếu quy định tất cả những thay đổi, bổ sung được thực hiện trong khoảng thời gian này đều bị hạn chế “*Không được làm xấu hơn tình trạng của bị cáo*” liệu có phù hợp? Tại tiêu mục 7.1, mục 7, phần I Nghị quyết số 05/2005/NQ-HĐTP quy định:

“Trong trường hợp vẫn còn thời hạn kháng cáo, kháng nghị quy định tại Điều 234 của BLTTHS, thì người kháng cáo, Viện kiểm sát đã kháng nghị có quyền bổ sung, thay đổi nội dung kháng cáo, kháng nghị đối với phần hoặc toàn bộ bản án mà mình có quyền kháng cáo, kháng nghị theo hướng có lợi hoặc không có lợi cho bị cáo.

Trong trường hợp đã hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị theo quy định tại Điều 234 của BLTTHS, thì trước khi bắt đầu hoặc tại phiên tòa phúc thẩm, người kháng cáo, Viện kiểm sát đã kháng nghị có quyền bổ sung, thay đổi nội dung kháng cáo, kháng nghị, nhưng không được làm xấu hơn tình trạng của bị cáo...”.

Như vậy, dù không giải thích một cách trực tiếp như thế nào là “trước khi bắt đầu”, Nghị quyết số 05/2005/NQ-HĐTP cũng đã gián tiếp khẳng định việc bổ sung, thay đổi theo hướng không được làm xấu hơn tình trạng của bị cáo chỉ ràng buộc nếu việc bổ sung, thay đổi đó được thực hiện khi đã hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị. Và thời điểm “trước khi bắt đầu” theo Điều 238 BLTTHS 2003 được tính kể từ khi hết thời hạn kháng cáo.

Tuy nhiên, Nghị quyết số 05/2005/NQ-HĐTP hướng dẫn BLTTHS 2003, nên khi BLTTHS 2003 hết hiệu lực thì Nghị quyết này cũng hết hiệu lực theo. Vì vậy, khi BLTTHS 2015 có hiệu lực, cần có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này.

+ Việc thay đổi, bổ sung nếu được thực hiện “trước khi bắt đầu hoặc tại phiên tòa” thì “không được làm xấu hơn tình trạng của bị cáo”. Như thế nào là không được làm xấu hơn tình trạng của bị cáo? Hiện nay chưa có quy định cụ thể, nên trong thực tiễn

áp dụng còn có nhiều cách hiểu khác nhau². Điều này có thể ảnh hưởng đến việc bảo vệ quyền, lợi ích của người kháng cáo, người bị kháng cáo. Thiết nghĩ, nên quy định cụ thể trong BLTTHS hoặc có văn bản dưới luật hướng dẫn về “không được làm xấu hơn tình trạng của bị cáo” để đảm bảo tính thống nhất trong áp dụng.

- Rút kháng cáo, kháng nghị

BLTTHS 2003 chỉ quy định hậu quả của việc rút toàn bộ kháng cáo (kèm với việc rút toàn bộ kháng nghị) tại phiên tòa là “việc xét xử phúc thẩm phải được đình chỉ. Bản án sơ thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ ngày Tòa án cấp phúc thẩm ra quyết định đình chỉ việc xét xử phúc thẩm”. Trường hợp người kháng cáo rút một phần, hoặc rút toàn bộ kháng cáo, kháng nghị nhưng không phải “tại phiên tòa” mà là “trước khi bắt đầu phiên tòa” thì hậu quả pháp lý vẫn chưa được làm rõ. Ngoài ra,

² Quan điểm thứ nhất cho rằng, tất cả những bổ sung, thay đổi theo hướng bất lợi cho bị cáo về mặt hình sự, dân sự, án phí và xử lý vật chứng đều làm xấu hơn tình trạng của bị cáo. Xem: Nguyễn Đức Mai (1994), “Thế nào là làm xấu hơn tình trạng của bị cáo trong xét xử phúc thẩm”, Tạp chí Tòa án nhân dân (số 8), tr. 19.

Quan điểm thứ hai cho rằng, làm xấu hơn tình trạng của bị cáo được hiểu là đưa đến những bất lợi cho bị cáo về mặt hình sự; những sửa đổi nội dung kháng cáo theo hướng tăng mức bồi thường không phải là làm xấu hơn tình trạng của bị cáo. Xem: Lưu Tiến Dũng (1992), “Xung quanh vấn đề sửa đổi nội dung kháng nghị, rút kháng nghị”, Tạp chí Tòa án nhân dân (số 7), tr. 21.

Quan điểm thứ ba cho rằng, làm xấu đi tình trạng của bị cáo là làm bị cáo có thể bất lợi hơn về mặt hình sự, kể cả những trường hợp tăng mức bồi thường dẫn đến việc bị cáo có thể phải chịu những chế tài hình sự nặng hơn. Xem: Phan Thị Thanh Mai (2003), “Bàn về nguyên tắc không làm xấu hơn tình trạng của bị cáo”, Tạp chí Luật học (số 3), tr. 58.

BLTTHS 2003 còn quy định: Trường hợp rút một phần kháng cáo trước khi mở phiên tòa thì việc rút kháng cáo đó phải làm thành văn bản... Phần kháng cáo đã bị rút được coi như không có kháng cáo. Tòa án cấp phúc thẩm thông báo bằng văn bản về việc rút kháng cáo đó theo quy định của pháp luật. Trường hợp rút tại phiên tòa thì việc rút kháng cáo đó phải được ghi vào biên bản phiên tòa. Tòa án cấp phúc thẩm tiếp tục xét xử vụ án theo thủ tục chung đối với phần kháng cáo còn lại.

Quy định như trên là không hợp lý vì: nếu kháng cáo hợp pháp thì hết thời hạn kháng cáo thủ tục phúc thẩm đã phát sinh đối với những phần bị kháng cáo mà không phải đợi đến khi mở phiên tòa. Vì vậy, trong trường hợp rút một phần tại phiên tòa hay trước khi mở phiên tòa khi đã hết thời hạn kháng cáo thì đều phải ra quyết định đình chỉ việc xét xử phúc thẩm đối với phần đã bị rút mà không thể xem như không có kháng cáo và không thể chấm dứt thủ tục phúc thẩm bằng một thông báo. Việc thông báo chỉ phù hợp khi việc rút đó được thực hiện trước khi hết thời hạn kháng cáo. Việc đình chỉ xét xử được xem như cơ sở để công nhận hiệu lực của phần bản án sơ thẩm liên quan đến kháng cáo bị rút. Trường hợp rút tại phiên tòa thì việc đình chỉ xét xử phúc thẩm có thể được quyết định ngay trong bản án phúc thẩm mà không nhất thiết phải ra một quyết định riêng biệt.

Để khắc phục những hạn chế này, BLTTHS 2015 quy định như sau:

Điều 342. Bổ sung, thay đổi, rút kháng cáo, kháng nghị.

“....

3. Trường hợp người kháng cáo rút một phần kháng cáo, Viện kiểm sát rút một phần kháng nghị tại phiên tòa mà xét thấy không liên quan đến kháng cáo, kháng nghị khác thì **Hội đồng xét xử phúc thẩm nhận định về việc rút một phần kháng cáo, kháng nghị và quyết định đình chỉ xét xử phần kháng cáo, kháng nghị đó trong bản án phúc thẩm”.**

Điều 348. Đình chỉ xét xử phúc thẩm

“1. Tòa án cấp phúc thẩm đình chỉ việc xét xử phúc thẩm đối với vụ án mà người kháng cáo đã rút toàn bộ kháng cáo, Viện kiểm sát đã rút toàn bộ kháng nghị. Việc đình chỉ xét xử phúc thẩm trước khi mở phiên tòa do Thẩm phán chủ tọa phiên tòa quyết định, tại phiên tòa do Hội đồng xét xử quyết định. Bản án sơ thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ ngày Tòa án cấp phúc thẩm ra quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm.

2. Trường hợp người kháng cáo rút một phần kháng cáo, Viện kiểm sát rút một phần kháng nghị trước khi mở phiên tòa mà xét thấy không liên quan đến kháng cáo, kháng nghị khác thì **Thẩm phán chủ tọa phiên tòa phải ra quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm đối với phần kháng cáo, kháng nghị đã rút”.**

Kết luận

Trên đây là một số điểm mới liên quan đến kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm của BLTTHS 2015. BLTTHS 2015 mới được thông qua và vẫn chưa có hiệu lực thi hành, chúng tôi cho rằng, những điểm mới đó có thực sự phát huy được hiệu quả hay không cần có sự kiểm nghiệm. Tuy nhiên, với việc chỉ ra một số hạn chế của BLTTHS 2003 mà BLTTHS 2015 chưa khắc phục được có thể sẽ là cơ sở để các nhà làm luật tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện Bộ luật này.

MỘT SỐ SỬA ĐỔI, BỔ SUNG TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ THỪA KẾ CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Trần Văn Hà**

Tóm tắt: Bài viết làm rõ một số sửa đổi, bổ sung của các quy định về thừa kế trong Bộ luật Dân sự năm 2015.

Abstract: This article clarifies some amendments of inheritance provisions under the Civil Code of 2015.

Bộ luật Dân sự 2015 được Quốc hội thông qua ngày 24/11/2015, có hiệu lực từ ngày 01/01/2017 đã khắc phục một số hạn chế, bất cập của Bộ luật Dân sự 2005 về vấn đề thừa kế nhằm đáp ứng thực tiễn đời sống xã hội. Cụ thể:

Một là, về việc lập di chúc

- *Chủ thể lập di chúc*

Điều 647 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: “Người đã thành niên có quyền lập di chúc, trừ trường hợp người đó bị bệnh tâm thần hoặc mắc bệnh khác mà không thể nhận thức và làm chủ được hành vi của mình”. Điều 625 Bộ luật Dân sự 2015 sửa đổi, bổ sung về người lập di chúc là người thành niên phải thỏa mãn các “*quy định tại điểm a khoản 1 Điều 630 Bộ luật này*”. Theo đó, điểm a khoản 1 Điều 630 Bộ luật Dân sự 2015 quy định: “*a) Người lập di chúc minh mẫn, sáng suốt trong khi lập di chúc; không bị lừa dối, đe dọa, cưỡng ép*”. Như vậy, người thành niên không có quyền lập di chúc khi bị lừa dối, đe dọa, cưỡng ép. Việc sửa đổi, bổ sung quy định nêu trên đã bao quát được các đối tượng người thành niên không được lập di chúc, phù hợp một trong những điều kiện có hiệu lực của di chúc quy định tại Điều 630 Bộ luật Dân sự 2015.

- *Thời hạn công chứng, chứng thực di chúc miệng*

Theo quy định tại khoản 5 Điều 652 Bộ luật Dân sự 2005: “*Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày người di chúc miệng thể hiện ý chí cuối cùng thì di chúc phải được công chứng hoặc chứng thực*”. Thời hạn này được coi là ngắn để thực hiện việc hợp pháp hóa hình thức của di chúc miệng. Do đó, khoản 5 Điều 630 Bộ luật Dân sự 2015 đã sửa đổi thời hạn này thành “*trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày người di chúc miệng thể hiện ý chí cuối cùng*” thì bản di chúc đã được người làm chứng ghi chép lại đó phải được công chứng viên hoặc cơ quan có thẩm quyền chứng thực xác nhận chữ ký hoặc điểm chỉ của người làm chứng.

Hai là, về di chúc chung của vợ chồng

Bộ luật Dân sự 2015 đã bỏ quy định về di chúc chung của vợ chồng. Đây là điểm mới tạo ra sự đơn giản hóa cho quá trình lập di chúc của người để lại di sản, phân chia và hưởng di sản của người thừa kế. Việc bỏ quy định về di chúc chung của vợ chồng sẽ đảm bảo tính hiệu quả trong việc khai, sử dụng di sản của người thừa kế và những người có liên quan đến di sản thừa kế. Đồng thời không làm ảnh hưởng đến quyền tự định đoạt của người để lại di sản.

* ThS., Học viện Tòa án - Tòa án nhân dân tối cao.

Ba là, về người làm chứng cho việc lập di chúc

Quy định “*người chưa đủ mười tám tuổi*” không được làm chứng cho việc lập di chúc tại Điều 654 Bộ luật Dân sự 2005 đã được sửa đổi thành “*người chưa thành niên*” theo quy định tại khoản 3 Điều 632 Bộ luật Dân sự 2015 như sau: “*Người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi không được làm chứng cho việc lập di chúc*”.

Người chưa thành niên là người chưa đủ mười tám tuổi, chưa có sự phát triển toàn diện về thể chất và tinh thần, hay nói cách khác là người chưa có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Do đó, họ không thể là người làm chứng cho việc lập di chúc.

Điều luật bổ sung thêm chủ thể là cá nhân có “*khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi*” không được làm chứng cho việc lập di chúc. Quy định này phù hợp với quy định của Điều 23 Bộ luật Dân sự 2015 về “*người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi*”, đó là người đã thành niên nhưng “*do tình trạng thể chất hoặc tinh thần mà không đủ khả năng nhận thức, làm chủ hành vi nhưng chưa đến mức mất năng lực hành vi dân sự*”. Những người này cũng không đủ năng lực, hiểu biết để làm chứng cho việc lập di chúc theo quy định pháp luật.

Bốn là, về thời điểm người có quyền thừa kế từ chối nhận di sản

Khoản 3 Điều 642 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: “*Thời hạn từ chối nhận di sản là sáu tháng, kể từ ngày mở thừa kế. Sau sáu tháng kể từ ngày mở thừa kế nếu không có từ chối nhận di sản thì được coi là đồng ý nhận thừa kế*”. Khoản 3 Điều 620 Bộ luật Dân sự 2015 đã sửa đổi nội dung quy định này là: Việc từ chối nhận di sản phải được

thể hiện trước thời điểm phân chia di sản. Quy định về thời điểm này là phù hợp với thực tiễn áp dụng pháp luật về thừa kế. Bộ luật Dân sự 2015 quy định thời hạn của việc từ chối nhận di sản được kéo dài cho đến trước thời điểm phân chia di sản và có thể ở bất kỳ thời điểm nào kể từ thời điểm mở thừa kế. Quy định này đã bảo vệ quyền lợi của chính người từ chối quyền hưởng di sản thừa kế, đồng thời đảm bảo quyền lợi chính đáng của những người thừa kế khác được hưởng thêm từ phần di sản đã bị từ chối.

Năm là, về thừa kế quyền sử dụng đất

Bộ luật Dân sự 2015 đã bỏ Chương “*Thừa kế quyền sử dụng đất*” quy định tại Bộ luật Dân sự 2005. Điều này có nghĩa, việc thừa kế quyền sử dụng đất được thực hiện theo các quy định chung về thừa kế trong Bộ luật Dân sự, theo quy định của Luật Đất đai 2013 và các văn bản có liên quan (luật chuyên ngành).

Việc bỏ Chương quy định về thừa kế quyền sử dụng đất nhằm đảm bảo sự thống nhất giữa Bộ luật Dân sự 2015 với Luật Đất đai 2013 trong việc quy định về thời điểm có hiệu lực của giao dịch chuyển quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Theo đó, thời điểm có hiệu lực của việc chuyển dịch quyền sử dụng đất cho người thừa kế được tính “*kể từ thời điểm đăng ký vào Sổ địa chính*”.

Ngoài ra, một số sửa đổi, bổ sung liên quan đến vấn đề thừa kế đáng chú ý khác như:

- Về thời hiệu khởi kiện yêu cầu chia di sản thừa kế là quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và các tài sản khác gắn liền với đất, hay việc khởi kiện yêu cầu chia di sản thừa kế đối với bất động sản đã được nâng lên “*ba mươi năm*” kể từ thời điểm mở thừa

kế so với “mười năm” như quy định tại Bộ luật Dân sự 2005.

- Về hiệu lực của phần di chúc có nội dung không rõ ràng: Theo quy định tại Điều 648 Bộ luật Dân sự 2015 về *Giải thích nội dung di chúc*, trường hợp có một phần nội dung di chúc không giải thích được nhưng không ảnh hưởng đến các phần còn lại của di chúc thì chỉ phần đó không có hiệu lực. Việc xác định ảnh hưởng của phần này đến nội dung của di chúc phải do những người có liên quan đến nội dung di chúc cùng thỏa thuận và thực hiện trong quá trình di chúc phát sinh hiệu lực. Khi những người này không nhất trí về cách hiểu nội dung di chúc thì có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết. Điều 673 Bộ luật Dân sự 2005 quy định, khi những người công bố di chúc và người thừa kế đã cùng bàn bạc, giải thích nội dung di chúc nhưng vẫn không nhất trí về cách hiểu nội dung di chúc thì coi như không có di chúc, và việc chia di sản được áp dụng theo quy định về thừa kế theo pháp luật. Như vậy, Bộ luật Dân sự 2015 đã bổ sung quyền của những người thừa kế liên quan đến phần nội dung di chúc không rõ ràng yêu cầu Tòa án giải quyết.

- Bộ luật Dân sự 2015 bổ sung quy định về việc hưởng thù lao của người quản lý di sản. Theo Điều 618, người quản lý di sản đối với tài sản là bất động sản hay động sản đều có quyền “*được hưởng thù lao theo thỏa thuận với những người thừa kế*”; “*trường hợp không đạt được thỏa thuận với những người thừa kế về mức thù lao thì người quản lý di sản được hưởng một khoản thù lao hợp lý*”. Bộ luật Dân sự 2005 quy định tại Điều 640, người quản lý di sản chỉ có quyền hưởng thù lao khi có “*thỏa thuận với những người thừa kế*”; trường hợp không đạt được thỏa thuận, mức thù lao bao

nhiều không được đề cập đến.

- Về quy định “*Hạn chế phân chia di sản*”:

Điều 686 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: “*Trong trường hợp yêu cầu chia di sản thừa kế mà việc chia di sản ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của bên vợ hoặc chồng còn sống và gia đình thì bên còn sống có quyền yêu cầu Tòa án xác định phần di sản mà những người thừa kế được hưởng nhưng chưa cho chia di sản trong một thời hạn nhất định, nhưng không quá ba năm, kể từ thời điểm mở thừa kế; nếu hết thời hạn do Tòa án xác định hoặc bên còn sống đã kết hôn với người khác thì những người thừa kế khác có quyền yêu cầu Tòa án cho chia di sản thừa kế*”. Như vậy, nếu hết thời hạn 03 năm kể cả khi bên còn sống chưa tạo lập được cuộc sống mới ổn định và cũng chưa kết hôn với người khác, theo yêu cầu của những người chia thừa kế, Tòa án vẫn tiến hành phân chia di sản thừa kế. Quy định này không đảm bảo quyền lợi chính đáng cho bên còn sống là người thừa kế trong nhiều trường hợp khác nhau, như người già yếu, người có bệnh tật... hoặc họ không thể kết hôn với người khác được nữa...

Khắc phục bất cập trên, Điều 661 Bộ luật Dân sự 2015 đã quy định: “*...Hết thời hạn 03 năm mà bên còn sống chứng minh được việc chia di sản vẫn ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của gia đình họ thì có quyền yêu cầu Tòa án gia hạn một lần nhưng không quá 03 năm*”. Như vậy, dù việc thêm thời hạn 03 năm không phải là quá dài, nhưng cũng giúp người còn lại sống ổn định hơn. Quy định này phù hợp trên thực tiễn và đảm bảo quyền lợi chính đáng của một bên vợ hoặc chồng là người còn sống trong quan hệ thừa kế.

NGƯỜI ĐẠI DIỆN THEO PHÁP LUẬT CỦA DOANH NGHIỆP THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014 DƯỚI GÓC ĐỘ QUYỀN TỰ DO KINH DOANH

*Ngô Gia Hoàng**
*Nguyễn Thị Thương***

Tóm tắt: Bài làm rõ 03 vấn đề: 1) Khái quát về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và quyền tự do kinh doanh; 2) Những điểm mới trong quy định về người đại diện theo pháp luật trong Luật Doanh nghiệp 2014; 3) Phân tích những vướng mắc khi áp dụng các quy định về người đại diện theo pháp luật của Luật Doanh nghiệp 2014.

Abstract: This article analyses 3 issues: 1) An overview on legal representatives of an enterprise and business freedom; 2) New issues of provisions on such legal representatives under the Law on Enterprises of 2014; 3) Obstacles in the application of those provisions in the Law.

1. Khái quát về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và quyền tự do kinh doanh

1.1. Khái niệm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

Theo từ điển pháp luật, đại diện theo pháp luật được hiểu “là đại diện do pháp luật quy định hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định”¹. Theo Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015 thì người đại diện theo pháp luật đối với pháp nhân thuộc một trong các trường hợp: i) Người được pháp nhân chỉ định theo điều lệ; ii) Người có thẩm quyền đại diện theo quy định của pháp luật; iii) Người do Tòa án chỉ định trong quá trình tố tụng tại Tòa án. (khoản 1 Điều 137). Chức năng cơ bản của họ là nhân danh và vì lợi ích của pháp nhân xác

lập, thực hiện giao dịch dân sự (khoản 1 Điều 134)².

Luật Doanh nghiệp (LDN) 2005 không đưa ra khái niệm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, mà chỉ quy định chức danh quản lý là người đại diện theo pháp luật của từng loại hình doanh nghiệp. LDN 2014 dựa trên vai trò, chức năng của người đại diện theo pháp luật trong doanh nghiệp đã đưa ra định nghĩa: “Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án và các quyền và

*, ** Khoa Luật Thương mại, trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

¹ Nguyễn Ngọc Điệp (1999), *1200 thuật ngữ pháp lý Việt Nam*, Nxb. Tp. Hồ Chí Minh, tr. 13.

² BLDS 2005 quy định người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phải là người đứng đầu pháp nhân (khoản 4 Điều 141) là không hợp lý, vì khái niệm “người đứng đầu” là không rõ ràng và khó có thể xác định ai là người đứng đầu một doanh nghiệp. BLDS 2015 đã bỏ quy định này và chỉ liệt kê các trường hợp được coi là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân.

nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật (khoản 1 Điều 13).

Một điểm đáng lưu ý là, định nghĩa này chỉ nhắc đến việc *thực hiện* giao dịch nhân danh doanh nghiệp như là một trong những quyền hạn then chốt của chế định người đại diện theo pháp luật³. Chức năng xác lập giao dịch dường như bỏ ngỏ, không được quy định một cách rõ ràng. Trên thực tế, người đại diện theo pháp luật thường đóng vai trò quan trọng trong việc nhân danh doanh nghiệp xác lập các giao dịch dân sự, còn quá trình thực hiện giao dịch có thể còn do nhiều chủ thể khác đảm nhiệm.

Một doanh nghiệp không thể không có người đại diện, vì không thể trực tiếp tham gia các quan hệ cụ thể mà phải thông qua người đại diện theo pháp luật. Vì vậy, pháp luật cần có những quy định cụ thể về người đại diện của doanh nghiệp nhằm thúc đẩy doanh nghiệp hoạt động có hiệu quả.

1.2. Về quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp

Ở nghĩa rộng, tự do kinh doanh có thể được hiểu là: Khả năng các tổ chức, cá nhân có thể làm những gì mà họ muốn, có thể lựa chọn, tự quyết định mọi vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh nhằm mục đích sinh lợi...⁴. Tuy nhiên, tự do kinh doanh không có nghĩa muốn làm gì thì làm, mà phải “trong khuôn khổ pháp luật”.

Những điểm mới của LDN 2014 về người đại diện theo pháp luật đã hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh. Các vấn đề thuộc quan hệ nội bộ bên trong doanh

nh nghiệp sẽ được quyết định bởi chính doanh nghiệp, phù hợp với pháp luật và Điều lệ công ty mà không có sự can thiệp của cơ quan nhà nước. Theo đó, doanh nghiệp có quyền quy định cụ thể các vấn đề liên quan đến quản trị doanh nghiệp, quản lý nội bộ, các quan hệ nội bộ trong Điều lệ công ty của mình⁵. Khi pháp luật cho phép các doanh nghiệp chủ động quyết định các vấn đề sản xuất, kinh doanh, đặc biệt là trong xác lập và thực hiện các giao dịch dân sự - chức năng cơ bản của người đại diện theo pháp luật, sẽ giúp doanh nghiệp nắm bắt cơ hội kinh doanh tốt hơn. Do đó, việc doanh nghiệp tự quyết định cơ cấu tổ chức, đặc biệt khả năng lựa chọn, quy định quyền hạn của người đại diện chính là biểu hiện của quyền tự do kinh doanh.

2. Quy định về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp trong Luật doanh nghiệp 2014 với quyền tự do kinh doanh

2.1. Doanh nghiệp tự do trong xác định số lượng, chức danh quản lý là người đại diện theo pháp luật

- Về số lượng người đại diện theo pháp luật: theo quy định tại Điều 13 LDN 2014, “*công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) và công ty cổ phần có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật*”. Đây là nội dung mới được quy định trong LDN 2014, được coi là một bước đột phá của tư duy trao quyền rộng hơn cho doanh nghiệp⁶.

³ Bùi Đức Giang (2015), “Hành lang pháp lý mới về người đại diện theo pháp luật của LDN 2014”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6/2015, tr.18.

⁴ Bùi Xuân Hải (2011), “Tự do kinh doanh: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5/2011, tr. 68.

⁵ Mai Hồng Quý (2012), Tự do kinh doanh và vấn đề bảo đảm quyền con người tại Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, Nxb. Lao động, tr. 174.

⁶ Xem thêm: Báo cáo tổng hợp tiếp thu ý kiến góp ý của các bộ, ngành đối với dự thảo Luật Doanh nghiệp (sửa đổi) của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, tr. 5-6; Báo cáo tiếp thu, chỉnh lý, giải trình Dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi) số 761/BC-UBTVQH13

Dưới góc độ quyền tự do kinh doanh, việc để doanh nghiệp tự quyết định số lượng người đại diện theo pháp luật tạo điều kiện tốt hơn cho doanh nghiệp trong việc thực hiện hoạt động kinh doanh của mình:

Thứ nhất, doanh nghiệp hoàn toàn tự chủ trong việc chọn một hay nhiều người đại diện phù hợp nhu cầu, quy mô hoạt động của doanh nghiệp. Đối với các doanh nghiệp có quy mô nhỏ chỉ cần một người – thường là người nắm phần lớn vốn Điều lệ, là người đại diện theo pháp luật để điều hành hoạt động kinh doanh là đủ. Tuy nhiên, đối với các doanh nghiệp lớn, hệ thống quản lý phức tạp, quy mô hoạt động rộng trên nhiều ngành, nhiều lĩnh vực thì việc có nhiều người đại diện theo pháp luật sẽ giúp cho doanh nghiệp chủ động hơn trong việc phân phối quản lý, duy trì hoạt động của doanh nghiệp một cách liên tục.

Thứ hai, quy định như vậy người đại diện theo pháp luật sẽ có trách nhiệm hơn trong thực hiện nghĩa vụ của mình, bởi chính họ là người chịu trách nhiệm trực tiếp trước chủ sở hữu doanh nghiệp và trước pháp luật, trở thành một nghĩa vụ luật định mà không phải là nghĩa vụ xác lập trên hợp đồng ủy quyền như hiện nay.

Thứ ba, LDN 2014 cũng đặt ra một cơ chế để đảm bảo minh bạch thông tin về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, đó là bắt buộc Điều lệ công ty và Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp phải có thông tin về người đại diện theo pháp luật⁷. Đây là cơ sở để bên thứ ba xác

định thẩm quyền của người đại diện doanh nghiệp tham gia các giao dịch theo quy định của pháp luật hiện hành.

Trao quyền lựa chọn số lượng người đại diện theo pháp luật cho doanh nghiệp là tạo điều kiện cho doanh nghiệp có thể hội nhập nhanh hơn, tận dụng được mọi cơ hội kinh doanh thông qua các đại diện theo pháp luật⁸, vì quy chế về người đại diện theo pháp luật có mối liên hệ trực tiếp với quyền tự chủ của doanh nghiệp trong lựa chọn địa bàn, hình thức kinh doanh, mở rộng quy mô kinh doanh, chủ động tìm kiếm thị trường và khách hàng⁹.

- *Về chức danh quản lý của người đại diện theo pháp luật*: theo khoản 2 Điều 13 LDN 2014, *Điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp*. Có nghĩa là, doanh nghiệp có toàn quyền lựa chọn người đại diện theo pháp luật với điều kiện người đại diện theo pháp luật phải là “chức danh quản lý”.

Theo quy định tại khoản 18 Điều 4 LDN 2014, người quản lý doanh nghiệp là người quản lý công ty, bao gồm: Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty.

Như vậy, LDN 2014 không hạn chế các chức danh quản lý được phép đảm nhiệm vị

ngày 28/10/2014 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, tr. 3.

⁷ Trần Quang Minh, *Thực hiện LDN 2014: những vấn đề cần chú ý*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn online, <http://www.thesaigontimes.vn/132361/Thuc-hien-Luat-Doanh-nghiep-2014-nhung-diem-can-chu-y.html>, truy cập ngày 10/10/2015.

⁸ Nguyễn Thị Tình, *Một số ý kiến về quy định “người đại diện theo pháp luật” và “con dấu” trong dự thảo Luật Doanh nghiệp*, Công thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia, <https://dangkykinhdoanh.gov.vn>, truy cập ngày 12/10/2015.

⁹ Mai Hồng Quỳ, *tlđđ*, tr. 162.

trí người đại diện theo pháp luật¹⁰. Trường hợp chức danh đó được Điều lệ công ty xác định là người đại diện theo pháp luật (tức là có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch theo quy định tại Điều lệ) thì họ đương nhiên trở thành người quản lý doanh nghiệp.

Bên cạnh đó, Luật cũng quy định thêm những trường hợp đương nhiên là đại diện của công ty, đó là:

Thứ nhất, đối với công ty cổ phần, trong trường hợp chỉ có một người đại diện theo pháp luật thì Chủ tịch Hội đồng quản trị hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của Công ty. Trường hợp có hơn một người đại diện theo pháp luật, thì Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc đương nhiên là người đại diện theo pháp luật của công ty” (Điều 134). Đây là những người đứng đầu trong quản lý, điều hành hoạt động của doanh nghiệp và chịu trách nhiệm trước chủ sở hữu, do vậy giao cho họ trách nhiệm đại diện cho doanh nghiệp trong giao kết và thực hiện các giao dịch với chủ thể khác là nhằm hạn chế các rủi ro và mâu thuẫn, bất hợp lý trong quá trình hoạt động của doanh nghiệp.

Thứ hai, Luật quy định: “trường hợp Điều lệ không có quy định khác thì Chủ tịch Hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật của công ty”. Tương tự, đối với công ty TNHH một thành viên: “trường hợp

Điều lệ công ty không quy định thì Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật” (khoản 2 Điều 78). Theo quan điểm của chúng tôi, những quy định này là không cần thiết. Vì: (i) Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là nội dung bắt buộc trong Điều lệ công ty TNHH và công ty cổ phần (điểm g khoản 1 Điều 25), do đó sẽ không có trường hợp “Điều lệ công ty không quy định khác”; (ii) Xác định người đại diện theo pháp luật của một doanh nghiệp là một trong những nội dung và điều kiện cơ bản nhất khi hình thành một doanh nghiệp và để doanh nghiệp có thể đi vào hoạt động. Do vậy, pháp luật không nên can thiệp mà nên để doanh nghiệp tự xác định người đại diện cho mình.

Đối với công ty TNHH hai thành viên trở lên, LDN 2014 không có quy định về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp trong trường hợp chỉ có một người đại diện, hoặc người đại diện theo pháp luật đương nhiên khi doanh nghiệp có từ hai người đại diện trở lên. Tại điểm e khoản 2 Điều 64 quy định quyền và nghĩa vụ của Giám đốc, Tổng giám đốc: “Ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng thành viên”¹¹. Như vậy, có thể hiểu, đối với công ty TNHH hai thành viên trở lên thì Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, hoặc Chủ tịch Hội đồng thành viên là một trong hai chủ thể có thể đảm nhiệm chức danh người đại diện theo pháp luật. Tuy nhiên, để pháp luật có tính thống nhất, thiết nghĩ nên có quy định tương tự như đối với công ty cổ phần trong trường hợp doanh nghiệp chọn mô hình một người đại diện.

¹⁰ Theo các Điều 46, Khoản 5 Điều 67, Điều 95 LDN 2005 thì chỉ có một trong bốn chức danh quản lý sau được trở thành người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp: Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị. Do vậy, trong trường hợp doanh nghiệp muốn đưa người khác không nắm giữ một trong các vị trí này, ví dụ như Thành viên Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên thì không thể, mặc dù xét về thực tế, nhiều thành viên Hội đồng thành viên chính là những chủ sở hữu thực tế, nắm số vốn lớn của công ty.

¹¹ Tuy nhiên, tại Điều 57 LDN 2014 không quy định quyền ký kết hợp đồng nhân danh công ty của Chủ tịch Hội đồng thành viên.

Như vậy, LDN 2014 đã tạo thuận lợi, trao quyền nhiều hơn cho doanh nghiệp trong việc lựa chọn chức danh quản lý để đảm nhận vị trí người đại diện theo pháp luật. Do đó, hiện nay khác với LDN 2005, doanh nghiệp có thể chọn bất kỳ người quản lý nào, ví dụ như Giám đốc nhân sự, Giám đốc kinh doanh, Giám đốc sản xuất, hay thậm chí là Giám đốc chi nhánh làm người đại diện theo pháp luật.

2.2. Doanh nghiệp tự do trong phân công quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh dưới góc độ tổ chức doanh nghiệp

Theo LDN 2005, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp chỉ có một người và người này nắm giữ toàn bộ quyền giao kết, thực hiện các giao dịch nhân danh doanh nghiệp đã phần nào hạn chế quyền tự do trong phân công quản lý, điều hành tại doanh nghiệp.

LDN 2014 quy định, doanh nghiệp có quyền quyết định *quyền và nghĩa vụ* của người đại diện theo pháp luật tại Điều lệ doanh nghiệp. Có nghĩa Điều lệ có thể giới hạn thẩm quyền đại diện cho từng chức danh quản lý là người đại diện theo pháp luật, và người đó chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi thẩm quyền của mình. Quy định này là một điểm mới tích cực của LDN 2014, tạo cho doanh nghiệp nhiều quyền lựa chọn trong quyết định cơ cấu tổ chức, quản lý nội bộ của doanh nghiệp. Theo đó, doanh nghiệp có thể tùy vào năng lực, chức danh quản lý, vị trí quản lý của từng cá nhân trong doanh nghiệp để quy định, giới hạn phạm vi đại diện của chức danh đó.

Quyền tự quyết định cơ cấu tổ chức, quản lý nội bộ của doanh nghiệp là một trong những nội dung quan trọng của quyền tự do kinh doanh.

Như vậy, LDN 2014 đã có những điểm tiến bộ đáng kể, hiện thực hóa tinh thần mở rộng quyền tự do cho doanh nghiệp, tạo thuận lợi hơn cho các hoạt động của doanh nghiệp¹², theo hướng ngày càng tương thích với thông lệ quốc tế¹³. Thành công của LDN 2014 chính là không dừng lại ở việc chỉ quy định quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp, mà còn chủ động trao cho doanh nghiệp một cơ chế cụ thể, những quyền cụ thể để có thể thực thi trên thực tế.

3. Những vướng mắc, khó khăn khi áp dụng các quy định về người đại diện theo pháp luật của Luật Doanh nghiệp 2014

Do mới được áp dụng, nên những vướng mắc, bất cập của LDN 2014 chưa thật sự rõ ràng. Tuy nhiên, chúng tôi xin đưa ra một số điểm có thể gây khó khăn khi áp dụng các quy định mới của LDN 2014 về người đại diện theo pháp luật.

Thứ nhất, về cách thể hiện thông tin của người đại diện trong Điều lệ.

Theo LDN 2014, Điều lệ công ty quy định *chức danh quản lý* là người đại diện theo pháp luật¹⁴. Khi thể hiện thông tin về người đại diện theo pháp luật, doanh nghiệp sẽ ghi chức danh quản lý (ví dụ: Quy định người đại diện là Tổng giám đốc) hay xác định rõ họ, tên và các thông tin cá nhân cụ

¹² Tờ trình Quốc hội của Chính phủ số 116/TTr-CP ngày 22/5/2014 về Dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi).

¹³ Hiện nay, pháp luật nhiều nước phát triển trên thế giới cũng đã quy định về nhiều người đại diện theo pháp luật cho pháp nhân như Anh, Pháp, Thụy Sĩ, xem thêm: Bùi Đức Giang, *Hành lang pháp lý mới về người đại diện theo pháp luật của Luật Doanh nghiệp 2014*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6/2015, tr. 18 – 22.

¹⁴ Đây là một điểm mới của LDN 2014. LDN 2005 chỉ quy định về việc Điều lệ công ty phải quy định về người đại diện theo pháp luật.

thể người đại diện theo pháp luật tại Điều lệ. Thực tiễn hiện nay, các doanh nghiệp thường ghi rõ tên cá nhân người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và đây cũng là yêu cầu của các cơ quan đăng ký kinh doanh. Điều này sẽ phần nào gây ra khó khăn và hạn chế cho quá trình hoạt động của doanh nghiệp, đặc biệt là các doanh nghiệp quy mô lớn, các công ty cổ phần, vì phải tiến hành thay đổi Điều lệ Công ty khi thay đổi người đại diện theo pháp luật.

Theo chúng tôi, quy định trên cần được hiểu theo cách có lợi nhất cho doanh nghiệp là họ được quyền lựa chọn việc chỉ ghi chức danh quản lý, hoặc ghi cụ thể chức danh quản lý đó kèm theo tên cá nhân người đại diện theo pháp luật trong Điều lệ công ty. Tùy vào quy mô vốn, loại hình doanh nghiệp, cơ cấu tổ chức điều hành mà doanh nghiệp có thể lựa chọn cho mình cách thể hiện thông tin người đại diện theo pháp luật phù hợp trong Điều lệ công ty. Các cơ quan nhà nước cũng không nên quá máy móc trong việc xem xét Điều lệ Công ty, mà trao cho doanh nghiệp chủ động lựa chọn hình thức ghi nhận người đại diện theo pháp luật phù hợp nhất.

Thứ hai, về việc tiếp cận thông tin người đại diện theo pháp luật trong Điều lệ và trách nhiệm của doanh nghiệp với người thứ ba. Theo LDN 2014, trong trường hợp có nhiều người đại diện thì Điều lệ công ty phải quy định rõ về trách nhiệm của từng người đại diện theo pháp luật¹⁵. Quy định này góp phần mở rộng quyền tự do kinh doanh cho doanh nghiệp nhưng cũng tiềm ẩn nguy cơ rủi ro cho bên thứ ba (bên đối

tác). Nếu bên thứ ba không xem xét kỹ Điều lệ của doanh nghiệp trước khi xác lập giao dịch có thể giao dịch với người không có thẩm quyền đại diện, hoặc khi thông tin về việc phân công trách nhiệm chỉ giới hạn trong nội bộ doanh nghiệp¹⁶.

Theo quy định hiện nay, nội dung Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp của công ty TNHH, công ty cổ phần chỉ thể hiện các thông tin cơ bản về danh tính của người đại diện theo pháp luật (khoản 3 Điều 29) mà không ghi nhận phạm vi được đại diện. Trong trường hợp doanh nghiệp có nhiều người đại diện, đối tác không thể dựa vào Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp để xác định chính xác phạm vi đại diện của từng người đại diện theo pháp luật. Các thông tin về chức danh quản lý, về quyền và nghĩa vụ của từng người đại diện chỉ được thể hiện trong Điều lệ công ty, mà Điều lệ công ty không phải là nội dung phải thông báo công khai (khoản 1 Điều 33).

Do vậy, theo quan điểm của chúng tôi, khi đã trao quyền rộng hơn cho doanh nghiệp trong việc xác định chức danh, thẩm quyền của người đại diện, thì cũng phải có cơ chế để bên thứ ba tiếp cận thông tin này một cách minh bạch, kịp thời, chính xác. Vì quyền tự do kinh doanh của một doanh nghiệp chỉ thực sự có ý nghĩa khi nó không xâm phạm đến quyền của doanh nghiệp khác. Trong trường hợp này, nếu không có cơ chế bảo vệ quyền của bên thứ ba thì rất

(Xem tiếp trang 77)

¹⁵ Điểm b, khoản 1 Điều 141 BLDS 2015 cũng quy định điều khoản tương tự về hạn chế phạm vi đại diện tại Điều lệ.

¹⁶ Nguyễn Thị Tình, *Một số ý kiến về quy định “người đại diện theo pháp luật” và “con dấu” trong dự thảo Luật Doanh nghiệp (2015)*, Công thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia, <<https://dangkykinhdoanh.gov.vn/NewsandUpdates/tabid/91/ArticleID/886/language/vi-VN/Default.aspx>>, truy cập ngày 06/10/2015.

PHÁP LUẬT VỀ TỰ VỆ THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Nguyễn Thu Hương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật về tự vệ thương mại ở Việt Nam hiện nay; chỉ ra những hạn chế trong các qui định và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyses and evaluates the practices of trade remedy laws in Vietnam nowadays. It also points out shortcomings of the laws and makes proposal for improvement.

Hội nhập kinh tế quốc tế - Tự do hoá thương mại mang lại những lợi ích cho các quốc gia trong đó có Việt Nam. Việc Việt Nam tham gia ký kết nhiều Hiệp định thương mại – trong đó có Hiệp định thương mại tự do (FTAs) với các cam kết cắt giảm, loại bỏ hoàn toàn thuế đối với nhiều mặt hàng có thể tạo cơ hội cho hàng nhập khẩu gia tăng nhanh chóng. Một số thị trường hàng hóa Việt Nam có thể bị hàng hóa nhập khẩu từ các nước đối tác trong khu vực thương mại tự do chiếm lĩnh. Đây thực sự là một khó khăn và tất yếu sẽ kéo theo nhiều vấn đề kinh tế - xã hội phát sinh.

Trong bối cảnh đó, các nước như Việt Nam có thể sử dụng các biện pháp phòng vệ thương mại trong khuôn khổ Hiệp định của Tổ chức thương mại thế giới (WTO) và các thỏa thuận khác về tự vệ nhằm bảo vệ thị trường. Công cụ pháp lý hợp pháp này là kết quả của việc nội luật hóa các qui định của WTO tại Điều XIX Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (GATT 1994) và Hiệp định về các biện pháp tự vệ (SA) cũng như các thỏa thuận khác trong các FTAs mà Việt Nam là thành viên.

1. Pháp luật về áp dụng biện pháp tự vệ thương mại ở Việt Nam

1.1. Thực trạng pháp luật

Nhằm đảm bảo tự do hóa thương mại đồng thời bảo vệ lợi ích của các nhà sản xuất trong nước, WTO cho phép các quốc gia thành viên được áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại (gồm các biện pháp: chống bán phá giá, chống trợ cấp, tự vệ thương mại) theo những nguyên tắc, điều kiện, thủ tục chặt chẽ.

Khác với hai biện pháp chống bán phá giá và chống trợ cấp, biện pháp tự vệ được coi là một công cụ bảo vệ ngành sản xuất nội địa trong trường hợp khẩn cấp nhằm hạn chế những thiệt hại nghiêm trọng do tình trạng gia tăng bất thường của hàng hóa nhập khẩu. Như vậy, biện pháp tự vệ có thể được áp dụng kể cả khi các đối tác thương mại thực hiện hoạt động kinh doanh chính đáng, không vi phạm nguyên tắc cạnh tranh bình đẳng. Về hình thức, việc áp dụng biện pháp tự vệ bị coi là đi ngược lại tự do hóa thương mại. Tuy vậy, biện pháp tự vệ vẫn là biện pháp được thừa nhận trong WTO theo các điều kiện áp dụng chặt chẽ nhằm tránh việc các quốc gia thành viên lạm dụng công cụ này.

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Việc nội luật hóa các qui định về tự vệ thương mại của Việt Nam thể hiện trong: Pháp lệnh số 42/2002/PL - UBTVQH10 của Ủy ban Thường vụ quốc hội về tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam (Pháp lệnh TVTM) và Nghị định của Chính phủ số 150/2003/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh về tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam (Nghị định 150).

Trong quá trình thực hiện pháp luật về tự vệ thương mại của Việt Nam, có thể nhận thấy một số bất cập như sau:

- *Căn cứ khởi xướng điều tra*

WTO không qui định về vấn đề này. Pháp luật Việt Nam qui định cơ quan điều tra tiến hành điều tra áp dụng tự vệ thương mại khi¹:

(i) Có hồ sơ của tổ chức, cá nhân đại diện cho ngành sản xuất trong nước với điều kiện toàn bộ hàng hóa của tổ chức, cá nhân đó chiếm ít nhất 25% sản lượng hàng hóa tương tự hoặc hàng hóa cạnh tranh trực tiếp được sản xuất trong nước².

(ii) Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) có thể chủ động tiến hành điều tra trong trường hợp có bằng chứng chứng minh sự cần thiết phải áp dụng các biện pháp tự vệ³.

(iii) “Có bằng chứng chứng minh sự cần thiết phải áp dụng các biện pháp tự vệ”⁴. Tức là có bằng chứng rõ ràng về việc tăng đột biến số lượng hàng hóa gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại cho ngành sản xuất trong nước.

Tuy nhiên, điều kiện tỷ lệ đại diện cho ngành sản xuất gửi đơn yêu cầu phải “chiếm 25% sản lượng một loại hàng hóa trên thị trường” không dễ với các doanh nghiệp chủ yếu là nhỏ và vừa của Việt Nam. Mặc dù quy định cho phép các nhà sản xuất trong nước liên kết để đạt 25%, song trên thực tế việc liên kết này cũng khó khăn. Hơn nữa, việc phải tập hợp đủ doanh nghiệp để đáp ứng tiêu chí trên cùng với mẫu hồ sơ yêu cầu điều tra áp dụng biện pháp tự vệ quá chi tiết⁵, dẫn đến việc kéo dài thời gian xem xét của cơ quan điều tra về tư cách của bên yêu cầu áp dụng biện pháp tự vệ⁶ cũng gây khó khăn cho bên yêu cầu điều tra.

Bên cạnh đó, do chưa có qui định cụ thể về trình tự, thủ tục, các căn cứ để cơ quan điều tra tự khởi xướng điều tra nên trên thực tế việc này chưa diễn ra.

Bản chất của biện pháp tự vệ là một biện pháp mang tính khẩn cấp, kịp thời nhằm khắc phục thiệt hại của ngành sản xuất nội địa nên những hạn chế của các qui định trên đã làm giảm tính hiệu quả của biện pháp này.

- *Điều kiện áp dụng*

WTO qui định điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ khi chứng minh được: (1) Có sự gia tăng đột biến của hàng hóa nhập khẩu; (2) Ngành sản xuất sản phẩm tương tự hoặc cạnh tranh trực tiếp với hàng hóa đó bị thiệt hại hoặc đe dọa thiệt hại nghiêm trọng; (3) Có mối quan hệ nhân quả giữa hiện tượng nhập khẩu tăng đột biến và thiệt hại hoặc đe dọa thiệt hại nói trên.

Theo pháp luật Việt Nam, biện pháp tự vệ được áp dụng khi thỏa mãn các điều kiện: (i) Khối lượng, số lượng hoặc trị giá

¹ Khoản 2 Điều 5 Nghị định 150.

² Khoản 1 Điều 10 Pháp lệnh TVTM.

³ Khoản 2 Điều 10 Pháp lệnh TVTM.

⁴ Điểm b khoản 2 Điều 5 Nghị định 150.

⁵ Xem thêm Điều 6 Nghị định 150.

⁶ Điều 12 Pháp lệnh TVTM.

hàng hoá nhập khẩu gia tăng đột biến một cách tuyệt đối hoặc tương đối so với khối lượng, số lượng hoặc trị giá của hàng hoá tương tự hoặc hàng hoá cạnh tranh trực tiếp được sản xuất trong nước; (ii) Việc gia tăng này gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất hàng hoá tương tự hoặc hàng hoá cạnh tranh trực tiếp trong nước⁷.

Tuy nhiên, với qui định “*nhập khẩu hàng hoá quá mức*” là việc nhập khẩu hàng hoá với khối lượng, số lượng hoặc trị giá gia tăng một cách tuyệt đối hoặc tương đối so với khối lượng, số lượng hoặc trị giá của hàng hoá tương tự hoặc hàng hoá cạnh tranh trực tiếp được sản xuất trong nước⁸, pháp luật Việt Nam đã sử dụng tiêu chí trị giá nhập khẩu trong việc xác định mức độ gia tăng nhập khẩu là chưa chính xác. Do việc xác định này sẽ không thể phản ánh đầy đủ về mức độ gia tăng của hàng hóa nhập khẩu so với hàng hóa tương tự sản xuất trong nước.

Pháp luật Việt Nam qui định việc đánh giá “*thiệt hại*” cho ngành sản xuất trong nước khi có sự gia tăng đột biến của hàng hóa như sau: “*Thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước* là tình trạng ngành sản xuất đó suy giảm một cách đáng kể về sản lượng, mức tiêu thụ trong nước, lợi nhuận sản xuất, tốc độ phát triển sản xuất; gia tăng mức tồn đọng hàng hoá; ảnh hưởng xấu đến việc làm, mức tiền lương, đầu tư và tới các chỉ tiêu khác của ngành sản xuất trong nước sản xuất hàng hoá đó”⁹. “*Đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước* là khả năng chắc chắn, rõ ràng và chứng minh được về sự

thiệt hại nghiêm trọng gây ra cho ngành sản xuất trong nước”¹⁰; tức là phân tích giá của hàng hóa bị điều tra so với giá của hàng hóa tương tự¹¹.

Trong qui định này, “*ngành sản xuất trong nước*” được hiểu là toàn bộ các nhà sản xuất hàng hoá tương tự hoặc hàng hoá cạnh tranh trực tiếp trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam hoặc đại diện hợp pháp của họ chiếm tỷ lệ chủ yếu trong tổng sản lượng hàng hoá của ngành đó được sản xuất ra ở trong nước¹². Nghị định 150 cụ thể hóa như sau: “*Ngành sản xuất trong nước là toàn bộ các nhà sản xuất hàng hoá tương tự hoặc hàng hoá cạnh tranh trực tiếp trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam hoặc đại diện hợp pháp của họ chiếm tỷ lệ ít nhất 50% tổng sản lượng hàng hoá của ngành đó được sản xuất ra ở trong nước*”¹³. Chính việc qui định cứng về “*tỷ lệ đại diện hợp pháp cho ngành sản xuất chiếm tỷ lệ ít nhất 50% tổng sản lượng hàng hóa*” này sẽ gây khó cho cá nhân, tổ chức yêu cầu điều tra. Bởi trên thị trường số lượng các doanh nghiệp Việt Nam rất lớn mà thị phần lại nhỏ lẻ. Trong khi đó, WTO qui định: “*Ngành sản xuất trong nước*” là những nhà sản xuất có sản lượng chiếm phần lớn tổng sản lượng trong nước của các sản phẩm đó¹⁴ mà không đặt ra mức tỷ trọng cụ thể để xác định đại diện.

- *Qui trình và thời gian điều tra*

¹⁰ Khoản 3 Điều 4 Nghị định 150.

¹¹ Xem thêm Điều 16 Pháp lệnh TVTM.

¹² Khoản 4 Điều 4 Pháp lệnh TVTM.

¹³ Điều 3 Nghị định 150.

¹⁴ Xem thêm Điều 4.1(c) Hiệp định SA: khi xác định thiệt hại hay đe dọa gây thiệt hại, “ngành sản xuất nội địa” được hiểu là toàn bộ các nhà sản xuất sản phẩm tương tự hoặc các sản phẩm trực tiếp cạnh tranh trong phạm vi lãnh thổ một Thành viên, hoặc tập hợp các nhà sản xuất mà đầu ra của sản phẩm chiếm phần lớn tổng số sản xuất nội địa của loại sản phẩm này.

⁷ Điều 6 Pháp lệnh TVTM.

⁸ Khoản 1 Điều 4 Nghị định 150.

⁹ Khoản 2 Điều 4 Nghị định 150.

WTO không giới hạn thời gian điều tra. Pháp luật Việt Nam qui định tổng thời gian điều tra là 6 tháng và có thể gia hạn thêm 2 tháng. Cơ quan điều tra phải công khai kết quả điều tra, trên cơ sở đó ra quyết định áp dụng hoặc không áp dụng các biện pháp tự vệ thương mại đối với nhóm hàng nhập khẩu bị điều tra¹⁵.

Với các qui định này, các doanh nghiệp có thể chủ động dự đoán về thời gian áp thuế để có kế hoạch kinh doanh hiệu quả. Nhưng bên cạnh đó, trong quá trình điều tra nếu có những tình huống phức tạp, bất ngờ phát sinh cần nhiều thời gian hơn để xử lý thì cũng sẽ khó khăn cho cơ quan điều tra.

- Các biện pháp tự vệ

Pháp luật Việt Nam quy định, căn cứ vào kết quả điều tra chứng minh đủ các điều kiện được áp dụng biện pháp tự vệ thương mại, cơ quan điều tra ra quyết định áp dụng các biện pháp sau¹⁶:

- (1) Tăng mức thuế nhập khẩu (thuế tự vệ);
- (2) Áp dụng các hạn ngạch nhập khẩu;
- (3) Áp dụng hạn ngạch thuế quan;
- (4) Áp dụng thuế tuyệt đối;
- (5) Cấp phép nhập khẩu để kiểm soát nhập khẩu;
- (6) Phụ thu đối với hàng hóa nhập khẩu và
- (7) Các biện pháp khác”.

Trong các biện pháp trên thì các biện pháp (1) “Tăng mức thuế nhập khẩu” không có hướng dẫn, cũng không có qui định để tính toán thuế so với mức thuế nhập khẩu hiện hành (trong thời điểm áp thuế); (5) “cấp phép nhập khẩu để kiểm soát nhập

khẩu” và (6) “Phụ thu đối với hàng hóa nhập khẩu” chưa có qui định cụ thể. Đây là những khoảng trống pháp lý cần được bổ sung.

1.2. Thực tế áp dụng

Trong bối cảnh tự do hóa thương mại, khả năng các nước có thể lựa chọn áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại khác nhau. Trên thực tế, Việt Nam đã là đối tượng của 96 vụ điều tra phòng vệ thương mại trên thế giới, trong đó có 17 vụ bị điều tra áp dụng tự vệ và kết quả là 8 vụ bị áp dụng biện pháp tự vệ¹⁷. Việt Nam tiến hành 6 vụ điều tra phòng vệ thương mại đối với hàng hóa nhập khẩu nhưng chỉ có 4 vụ quyết định áp dụng biện pháp phòng vệ, trong đó có 3 vụ là áp dụng biện pháp tự vệ¹⁸.

Trong 04 vụ áp dụng phòng vệ thương mại, phần lớn (3/4) vụ việc Việt Nam áp dụng biện pháp tự vệ. Điều này dường như khác với thực tế ở các nước khi so sánh biện pháp này với biện pháp chống bán phá giá¹⁹. Vậy nguyên nhân nào lại có hiện tượng này và tại sao biện pháp tự vệ lại được sử dụng nhiều tại Việt Nam?

- Thứ nhất: Do vụ kiện phòng vệ thương mại đòi hỏi trách nhiệm nhẹ hơn cho các nguyên đơn là các doanh nghiệp Việt Nam bị thiệt hại vì không phải chứng minh hành vi cạnh tranh không lành mạnh, tức là

¹⁷ <http://chongbanphagia.vn/thong-ke-cac-doi-voi-hang-hoa-viet-nam-n13889.html>, truy cập ngày 15/5/2016.

¹⁸ Theo số liệu thống kê của Cục quản lý cạnh tranh thì 03 vụ áp dụng biện pháp tự vệ gồm: (i) Dầu thực vật; (ii) Bột ngọt; (iii) Phôi thép và thép dài
Nguồn: <http://www.vca.gov.vn/extendpages.aspx?id=41&CateID=70>, truy cập ngày 15/5/2016.

¹⁹ Tổng hợp từ số liệu thống kê của WTO.
Nguồn: <https://www.wto.org/>, truy cập ngày 15/5/2016

¹⁵ Xem thêm Điều 18 Pháp lệnh TVTM.

¹⁶ Qui định tại Điều 3 Pháp lệnh TVTM và hướng dẫn cụ thể tại Điều 2 Nghị định 150.

không phải xuất trình các thông tin về chi phí của hàng hóa nhập khẩu mà doanh nghiệp sẽ khó có được bởi cơ chế tiếp cận thông tin xuất, nhập khẩu không quy định chi tiết. Đây chính là một ưu thế của kiện tự vệ so với các biện pháp phòng vệ khác đối với các doanh nghiệp nguyên đơn chưa có nhiều kinh nghiệm đi kiện.

- *Thứ hai:* Dưới góc độ pháp lý, thì đây là công cụ được áp dụng một cách hợp pháp. Tuy nhiên, việc này có thể để lại những hậu quả pháp lý như: (i) Phải bồi thường²⁰: WTO qui định nước áp dụng biện pháp tự vệ phải bồi thường cho các doanh nghiệp nhập khẩu có liên quan bị thiệt hại. Cam kết đảm bảo đưa ra một mức bồi thường thoả đáng đối với các nước chịu thiệt hại do hệ quả của việc bị áp dụng các biện pháp tự vệ thương mại; (ii) Nước áp dụng biện pháp tự vệ có thể phải hứng chịu sự trả đũa thương mại của các nước khác nếu các bên không thể thỏa thuận được mức bồi thường tương xứng. Tuy nhiên, quyền thực hiện biện pháp trả đũa này từ phía nước bị thiệt hại chỉ có thể tiến hành sau 3 năm từ thời điểm bị áp dụng²¹.

Chính vì các hậu quả pháp lý phải đối mặt, các nước thường hạn chế áp dụng biện pháp này. Tuy nhiên, đây lại là công cụ đơn

giản để doanh nghiệp Việt Nam có đủ điều kiện yêu cầu điều tra.

Như vậy, mặc dù có các tồn tại pháp luật như nêu trên và Việt Nam chưa có kinh nghiệm thực tế nhiều về việc sử dụng các biện pháp tự vệ thương mại, nhưng biện pháp này được coi là có ưu thế hơn so với 02 biện pháp còn lại. Tuy chưa đáp ứng đầy đủ nhu cầu bảo vệ ngành sản xuất nội địa, nhưng thực tế áp dụng tự vệ thương mại đã cho thấy sự chủ động của các doanh nghiệp Việt Nam và Cục quản lý cạnh tranh. Ví dụ một số vụ việc như sau:

Vụ thứ nhất

Ngày 15/12/2015, 4 doanh nghiệp thép (nguyên đơn) là đại diện cho 38.6% thị phần hàng hoá được sản xuất ra ở trong nước có đơn yêu cầu áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng phôi thép và thép dài²².

Đơn được coi là đầy đủ và hợp lệ theo các tiêu chí: (a) “tỷ lệ đại diện” 25% theo quy định tại Điều 10 Pháp lệnh TVTM; (b) “ngành sản xuất trong nước” chiếm ít nhất 50% theo qui định tại Điều 3 Nghị định 150, Cục quản lý cạnh tranh đã ra quyết định số 14296/QĐ-BCT (25/12/2015) về việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với sản phẩm phôi thép và thép dài nhập khẩu vào Việt Nam²³.

Theo qui định tại khoản 1 Điều 3 Hiệp định SA; Điều 7 Pháp lệnh TVTM và Điều 15 Nghị định số 150, từ ngày 29/1 – 23/2/2016, Cục quản lý cạnh tranh đã tiến hành thẩm tra tại chỗ đối với các doanh nghiệp sản xuất hàng hóa tương tự và hàng

²⁰ Khoản 1 Điều 8 Hiệp định SA qui định: các biện pháp đền bù phải có tính tương xứng với những thiệt hại lợi ích thương mại cho nước xuất khẩu do việc áp dụng các biện pháp tự vệ thương mại gây ra. Trên thực tế, các nước có thể lựa chọn hình thức giảm thuế đối với một số loại hàng nhập khẩu của nước bị áp dụng tự vệ thương mại. Khả năng áp dụng đền bù thương mại bằng một khoản tiền nhất định tính trên cơ sở nguồn tăng từ thuế tự vệ nhập khẩu cũng có thể được tính đến. Những thiệt hại trong diện được đền bù phải là những thiệt hại phát sinh trực tiếp từ các biện pháp tự vệ thương mại được áp dụng.

²¹ Khoản 3 Điều 8 Hiệp định SA.

²² Việt Nam tiến hành điều tra áp dụng biện pháp tự vệ toàn cầu đối với sản phẩm phôi thép và thép dài, <http://www.vca.gov.vn>, truy cập ngày 16/5/2016.

²³ Việt Nam tiến hành điều tra áp dụng biện pháp tự vệ toàn cầu đối với sản phẩm phôi thép và thép dài, <http://www.vca.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2016.

hóa cạnh tranh trực tiếp trong nước²⁴. Căn cứ vào kết quả điều tra sơ bộ cho thấy đủ điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ²⁵ theo quy định của Pháp lệnh TVTM, ngày 7/3/2016 Bộ Công Thương²⁶ đã ban hành Quyết định 862/QĐ-BCT áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời đối với thép dài và phôi thép nhập khẩu²⁷.

Ngày 05/5/2016, Cục quản lý cạnh tranh đã tổ chức buổi tham vấn công khai cho các bên liên quan trước khi ra kết luận cuối cùng²⁸. Tại phiên tham vấn, sự mâu thuẫn giữa các doanh nghiệp thép chủ yếu xuất phát từ việc phản đối áp dụng biện pháp tự vệ đối với phôi thép, chứ không phản đối áp dụng biện pháp tự vệ đối với thép dài. Cụ thể:

(a) Các nguyên đơn và một số doanh nghiệp khác ủng hộ vụ việc này với lập luận: việc áp dụng biện pháp tự vệ trong vụ việc này là đúng luật của WTO. Nếu chậm áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời sẽ gây ra

thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất thép trong nước và khó có thể khắc phục được.

Trên thực tế, Công ty trách nhiệm hữu hạn Khoáng sản và Luyện kim Việt Trung cho biết, trong tháng 5/2016, Công ty có thể thoát lỗ nhờ những tác động tích cực của chính sách áp thuế tự vệ thương mại tạm thời với sản phẩm thép xây dựng và phôi thép. Tồn kho giảm, sản xuất phục hồi tích cực khi các nhà máy cán đặt hàng nhiều hơn²⁹. Thế nhưng phải hiểu rằng, đó chỉ là biện pháp bảo hộ tạm thời, về lâu dài, nội lực mới là yếu tố quyết định sự tồn tại của doanh nghiệp thép.

(b) Nhóm các doanh nghiệp có dùng đến phôi thép để sản xuất thép³⁰ lập luận rằng: việc áp thuế tự vệ đối với phôi thép không những chẳng có lợi gì cho nhà sản xuất phôi thép trong nước do giá phôi thép trong nước sẽ tăng theo, dẫn tới giá thành sản phẩm tăng và còn gây tác động bất lợi liên đới cho một số ngành có liên quan như: xây dựng, bất động sản và người tiêu dùng. Điều này đi ngược với bản chất của biện pháp này, đó là thay vì bảo vệ thị trường thì chỉ làm lợi cho một vài nhà cung ứng phôi thép lớn trong nước. Các doanh nghiệp này kiến nghị: thay vì áp thuế thì nên áp dụng biện pháp “hạn ngạch” hoặc “hạn ngạch

²⁴ Viet nam quyet dinh ap dung bien phap tu ve tam thoi doi voi mat hang phoi thep va thep dai nha – khai, <http://chongbanphagia.vn>, truy cập ngày 15/5/2016.

²⁵ Bộ trưởng Bộ Công Thương ban hành quyết định áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời đối với mặt hàng phôi thép và thép dài nhập khẩu vào Việt Nam, <http://www.moit.gov.vn>, truy cập ngày 15/05/2016.

²⁶ Điều 20 Pháp lệnh TVTM qui định: Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể ra quyết định áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời trước khi kết thúc điều tra, nếu xét thấy việc chậm thi hành các biện pháp tự vệ gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước và thiệt hại đó khó có thể khắc phục về sau.

²⁷ Quyết định thông báo áp dụng tự vệ tạm thời phôi thép dài, <http://chongbanphagia.vn>, truy cập ngày 15/5/2016.

²⁸ Việt Nam tổ chức phiên tham vấn công khai vụ điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với một số mặt hàng phôi thép và thép dài nhập khẩu, <http://www.vca.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2016.

²⁹ Thép thoát lỗ nhờ thuế tự vệ, <http://chongbanphagia.vn/>, truy cập ngày 15/5/2016.

³⁰ Ngay khi có quyết định điều tra, một số doanh nghiệp thép gồm Pomina, Thép Úc SSE, Thép Việt Đức... cũng có kiến nghị gửi Thủ tướng Chính phủ và các Bộ, ngành liên quan xem xét đình chỉ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng phôi thép nhập khẩu, đồng thời không chấp nhận áp dụng mức thuế tự vệ tạm thời nhằm tránh việc cạnh tranh không lành mạnh, độc chiếm thị trường

thuế quan” đối với nhập khẩu phôi thép, tương tự như một số nước trên thế giới³¹.

Vụ việc trên cho thấy, nếu cơ quan điều tra không cân nhắc và linh hoạt xử lý khi áp dụng biện pháp này có thể dẫn tới: bảo vệ thị trường không phải vì lợi ích chung của ngành hoặc của ngành liên quan và người tiêu dùng mà chỉ là bảo vệ nhóm các nhà sản xuất trong nước. Điều này sẽ không đáp ứng được mục tiêu của biện pháp tự vệ thương mại trong khi phải đối mặt với các hậu quả pháp lý của việc áp dụng biện pháp tự vệ.

Vụ thứ hai

Tháng 7/2015, Công ty Vedan Việt Nam (chiếm 46,95% thị phần trong nước) và Công ty Miwon đã có đơn yêu cầu áp dụng biện pháp tự vệ đối với bột ngọt³². Ngày 01/09/2015, Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định số 9269/QĐ-BCT về việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng bột ngọt nhập khẩu vào Việt Nam³³. Ngày 19/1/2016, Cục quản lý cạnh tranh tổ chức tham vấn vụ điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với sản phẩm bột ngọt nhập khẩu vào Việt Nam (vụ việc số 15-KN-TVE-01)³⁴. Ngày 10/03/2016, Bộ Công Thương ra Quyết định số 920/QĐ-BCT về việc áp dụng biện pháp tự vệ toàn

cầu đối với sản phẩm bột ngọt nhập khẩu vào Việt Nam³⁵.

Sau khi có quyết định về việc áp dụng biện pháp tự vệ, một số doanh nghiệp có qui mô sản xuất lớn trong nước có sử dụng bột ngọt làm nguyên liệu sản xuất cho rằng: (1) Lượng bột ngọt nhập khẩu từ Trung Quốc chiếm tới gần 75%, do đó, việc áp dụng một mức thuế chung với tất cả các nước khác sẽ khiến các doanh nghiệp không nhập khẩu từ Trung Quốc sẽ bị ảnh hưởng đáng kể; (2) Vì thị phần cả bên yêu cầu và các bên ủng hộ đã chiếm tới 59,19% tổng lượng sản xuất hàng hoá trong nước nên biện pháp này dường như chủ yếu là đáp ứng yêu cầu của của Vedan; (3) Mặt khác, nguyên nhân chính của vụ việc này lại là do bột ngọt Trung Quốc đang được bán với giá siêu rẻ. Vì vậy, Cục quản lý cạnh tranh, hoàn toàn có cơ sở pháp lý để chủ động khởi xướng điều tra chống bán phá giá mặt hàng này thay vì áp dụng biện pháp tự vệ thương mại như trên.

Như vậy, bên cạnh một số ngành sản xuất trong nước khó đáp ứng tỷ lệ đại diện 50% khi xác định thiệt hại, một số ngành lại có thể đạt tỷ lệ này dễ dàng. Ví dụ 1 hoặc 2 doanh nghiệp chiếm thị phần lớn sẽ tận dụng triệt để công cụ này để củng cố vị trí của mình chứ không phải vì lợi ích chung. Trong trường hợp này, nếu các doanh nghiệp phản đối biện pháp trên và có đầy đủ căn cứ pháp luật thì Cục quản lý cạnh tranh có thể sử dụng biện pháp có tác động ngay lập tức đó là ra quyết định “đình chỉ áp dụng các biện pháp tự vệ”³⁶. Tuy nhiên,

³¹ Áp thuế tự vệ tạm thời với phôi thép và thép dài, doanh nghiệp chia hai chiến tuyến, <http://chongbanphagia.vn>, truy cập ngày 16/5/2016.

³² Don-yeu-cau-tu-ve, <http://chongbanphagia.vn>, truy cập ngày 16/5/2016.

³³ Việt Nam tiến hành điều tra áp dụng biện pháp tự vệ toàn cầu đối với mặt hàng bột ngọt, <http://www.vca.gov.vn>, truy cập ngày 16/5/2015.

³⁴ Cục quản lý cạnh tranh tổ chức tham vấn vụ điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với sản phẩm bột ngọt nhập khẩu vào Việt Nam (Vụ việc số 15-KN-TVE-01), <http://www.vca.gov.vn>, truy cập ngày 16/5/2015.

³⁵ Bộ Công Thương ban hành quyết định áp dụng biện pháp tự vệ toàn cầu đối với sản phẩm bột ngọt, <http://www.moit.gov.vn/vn/tin-tuc>, truy cập ngày 16/5/2016.

³⁶ Xem thêm Điều 23 Pháp lệnh TVTM.

quy định này lại không chi tiết nên khó áp dụng trên thực tế.

Thông qua 2 vụ việc trên, có thể nhận định rằng ngoài hiệu quả bảo vệ thị trường thì vẫn có những vấn đề cần lưu tâm như:

(i) Nếu cơ quan có thẩm quyền điều tra không đúng, không đủ, thậm chí là ngay cả khi điều tra, áp dụng đúng thì cũng vẫn có thể dẫn tới việc các doanh nghiệp chiếm thị phần lớn trên thị trường lạm dụng công cụ này để bảo vệ vị trí của mình, gây thiệt hại tới cạnh tranh nói chung, người tiêu dùng nói riêng cũng như đi ngược lại sự tự do hóa thương mại. Bởi, biện pháp này có thể cũng không khuyến khích được sản xuất trong nước tăng sức cạnh tranh, nhất là khi Việt Nam đã hội nhập sâu như hiện nay.

(ii) Hơn nữa, bất kỳ một vụ việc điều tra và áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại nào cũng đều sẽ dẫn đến việc xung đột lợi ích giữa các bên. Bên được hưởng lợi là nhà sản xuất trong nước, bên chịu thiệt là nhà nhập khẩu và người tiêu dùng. Đó chính là những lý do cần phải cân nhắc kỹ trước khi quyết định áp dụng một biện pháp phòng vệ thương mại nói chung và tự vệ nói riêng (vì đây là công cụ pháp lý “phải trả tiền”).

(iii) Việt Nam cũng có nguy cơ cao bị kiện nếu áp dụng biện pháp tự vệ thương mại không đúng luật. Vì căn cứ theo luật của WTO, các quốc gia có quyền kiện khi có đủ bằng chứng là bị áp dụng sai luật. Trên thực tế, Việt Nam đã kiện Indonesia khi bị áp dụng biện pháp tự vệ.

Ví dụ vụ việc: Ngày 7/7/2014, Bộ Tài chính Indonesia đã tự ra quyết định áp dụng biện pháp tự vệ thương mại đối với sản phẩm thép cán không hợp kim của Việt Nam (tôn lạnh) nhập khẩu vào Indonesia mà không qua tham vấn Chính phủ Việt Nam. Trước sự việc trên, Hiệp hội Thép đã đề

ngợi xem xét đưa vụ việc giải quyết tại WTO với căn cứ là Ủy ban tự vệ thương mại Indonesia có dấu hiệu vi phạm các điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ thương mại được quy định trong Hiệp định SA như: (i) Không chứng minh được đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng, không có sự phân tích đầy đủ về những diễn tiến không lường trước được, mối đe dọa nhân quả giữa việc nhập khẩu sản phẩm tôn lạnh và thiệt hại của ngành công nghiệp nội địa³⁷; (ii) Về thủ tục, trước khi áp dụng các biện pháp tự vệ thương mại, nước nhập khẩu sẽ phải tiến hành thương lượng với các nước xuất khẩu về giới hạn và hình thức đền bù theo thủ tục tham vấn³⁸.

Ngày 01/6/2015, Việt Nam nộp đơn khiếu nại lên WTO về biện pháp tự vệ thương mại do Indonesia áp dụng đối với mặt hàng tôn lạnh³⁹. Ngày 28/9/2015, Việt Nam nộp đơn lên Cơ quan giải quyết tranh chấp WTO (DSB) sau khi tham vấn không thành công với Indonesia về biện pháp tự vệ này nhưng không được chấp thuận. Việt Nam tiếp tục lần thứ hai yêu cầu thành lập Ban Hội thẩm⁴⁰. Ngày 28/10/2015, DSB đã thông qua yêu cầu này của Việt Nam⁴¹.

³⁷ Xem thêm qui định tại Điều 4 Hiệp định SA.

³⁸ Xem thêm qui định tại Điều 12 Hiệp định SA.

³⁹ Cơ quan giải quyết tranh chấp WTO thông báo thành lập Ban Hội thẩm trong vụ việc giải quyết tranh chấp sản phẩm thép cán không hợp kim của Việt Nam (DS496), <http://www.vca.gov.vn>, truy cập ngày 18/5/2016.

⁴⁰ Điều 6.1 DSU quy định: “Nếu bên nguyên đơn có yêu cầu, một ban hội thẩm phải được thành lập chậm nhất là tại cuộc họp của DSB tiếp theo cuộc họp mà tại đó yêu cầu này lần đầu tiên được đưa ra như một mục của chương trình nghị sự DSB, trừ khi tại cuộc họp đó DSB quyết định trên cơ sở đồng thuận không thành lập ban hội thẩm”. Theo đó, tại lần yêu cầu đầu tiên được đưa ra thảo luận tại chương trình nghị sự của DSB, bên bị đơn có thể bác bỏ việc thành lập ban hội thẩm, nhưng tại cuộc

Có thể nhận định rằng, ngoài những lý do cần phải cân nhắc kỹ về lợi ích chung trước khi quyết định áp dụng biện pháp tự vệ thương mại, Việt Nam cũng cần chú ý đến nguy cơ bị các nước kiện nếu áp dụng không đúng luật hoặc kiện do vi phạm các cam kết như trường hợp nêu trên, đặc biệt là hiện nay khi Việt Nam đã tham gia ký kết nhiều FTAs.

2. Một số kiến nghị

Từ những phân tích ở trên về thực trạng pháp luật, thực tế áp dụng pháp luật về tự vệ thương mại ở Việt Nam hiện nay cũng như các cam kết bổ sung về tự vệ thương mại trong các FTAs nhằm bảo vệ doanh nghiệp tốt hơn như⁴²:

- Yêu cầu các nước thành viên FTAs phải cung cấp bản thông báo điện tử của những thông báo theo quy định của WTO khi một thành viên quyết định khởi xướng điều tra tự vệ. Điều này đảm bảo rằng các nhà xuất khẩu khi đối mặt với các biện pháp tự vệ do các nước khác khởi xướng sẽ được thực hiện bằng một quy trình điều tra áp dụng một cách công bằng, minh bạch, đúng trình tự thủ tục trong các vụ việc.

- Cấm các nước thành viên áp dụng nhiều hơn một biện pháp tự vệ đối với một sản phẩm trong cùng một thời điểm, dù đó là biện pháp tự vệ toàn cầu, biện pháp tự vệ đặc biệt nào khác được quy định trong Hiệp định.

hợp tiếp theo, do bên nguyên đơn yêu cầu (trong vòng 15 ngày kể từ lần họp đầu tiên), ban hội thẩm sẽ được tự động thành lập.

⁴¹ Cơ quan giải quyết tranh chấp WTO thông báo thành lập Ban Hội thẩm trong vụ việc giải quyết tranh chấp sản phẩm thép cán không hợp kim của Việt Nam (DS496), <http://www.moit.gov.vn/vn/tin-tuc>, truy cập ngày 18/5/2016.

⁴² Xem bản dịch không chính thức Chương phòng vệ thương mại trong TPP, <http://vca.gov.vn>, truy cập ngày 19/05/2016.

- Cho phép các nước thành viên áp dụng một biện pháp tự vệ trong giai đoạn chuyển tiếp đối với một, một số hoặc tất cả các thành viên trong khoảng thời gian mà một mức thuế đang được xóa bỏ theo lộ trình đã cam kết, nếu hàng nhập khẩu từ các nước này tăng lên do kết quả của việc cắt giảm thuế quan là nguyên nhân gây ra thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng. Tuy nhiên, thành viên áp dụng biện pháp tự vệ trong giai đoạn chuyển tiếp phải bồi thường tự do hóa thương mại tương đương với thiệt hại của bên bị áp dụng dưới hình thức các nhượng bộ có tác động thương mại tương đương hoặc tương đương với mức thuế bổ sung. Ngoài ra, thành viên bị áp dụng biện pháp tự vệ này có thể đình chỉ các nhượng bộ tương đương sau khi thông báo cho các bên khác, nếu không đạt được thỏa thuận về bồi thường.

Chúng tôi cho rằng, cần hoàn thiện pháp luật Việt Nam theo hướng sau:

Thứ nhất, sửa đổi, bổ sung pháp luật về tự vệ thương mại đồng bộ, thống nhất. Đặc biệt, luật hóa các biện pháp phòng vệ thương mại nói chung cũng như tự vệ nói riêng (ví dụ như thể hiện trong Dự thảo Luật Quản lý ngoại thương)⁴³.

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung, pháp luật về tự vệ thương mại tương thích với các qui định của WTO và các cam kết khác của Việt Nam. Cụ thể:

- Sửa đổi, bổ sung những qui định còn thiếu hoặc chưa hoàn chỉnh so với các qui định WTO như: (a) Cụ thể hóa căn cứ, trình tự thủ tục để Cục quản lý cạnh tranh có thể

(Xem tiếp trang 69)

⁴³ Xem thêm Dự thảo văn bản,

<http://www.chinhphu.vn>, truy cập ngày 19/05/2016.

BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG TRONG CỘNG ĐỒNG KINH TẾ ASEAN VÀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ ĐẶT RA CHO VIỆT NAM

*Phan Thị Thanh Thủy**

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích những vấn đề pháp lý đặt ra đối với yêu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của Cộng đồng kinh tế ASEAN; chỉ ra những hạn chế của pháp luật Việt Nam về vấn đề này và đưa ra khuyến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyses legal issues of consumer protection in ASEAN Economic Community. On that basis, it points out shortcomings of Vietnam's relevant laws and regulations and makes proposals to solve those shortcomings.

Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (bảo vệ NTD) đặc biệt được quan tâm trong khu vực thương mại tự do. Cộng đồng kinh tế ASEAN được thành lập ngày 31/12/2015 (ASEAN Economic Community - AEC), hiện cũng đang đứng trước những khó khăn, thách thức đối với yêu cầu bảo vệ quyền lợi NTD trong phạm vi khu vực cũng như trong từng quốc gia.

1. Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong Cộng đồng Kinh tế ASEAN

Tuyên bố Tầm nhìn ASEAN 2020 được thông qua tháng 12/1997 đã định hướng phát triển ASEAN thành một Cộng đồng ASEAN với ba trụ cột chính là: hợp tác chính trị - an ninh (Cộng đồng An ninh ASEAN - ASC), hợp tác kinh tế (Cộng đồng Kinh tế ASEAN - AEC) và hợp tác văn hoá, xã hội (Cộng đồng Văn hoá, xã hội ASEAN - ASCC). Theo Kế hoạch cụ thể

của Cộng đồng Kinh tế ASEAN tầm nhìn 2025 (ASEAN Economic Community Blueprint 2025), AEC hướng tới bốn mục tiêu, đồng thời là bốn nội dung: (i) Xây dựng một thị trường đơn nhất và cơ sở sản xuất chung, (ii) Xây dựng một khu vực kinh tế cạnh tranh thông qua các khuôn khổ chính sách về cạnh tranh, bảo hộ NTD, quyền sở hữu trí tuệ, phát triển cơ sở hạ tầng, thuế quan và thương mại điện tử, (iii) Phát triển kinh tế cân bằng, được thực hiện thông qua các kế hoạch phát triển doanh nghiệp vừa và nhỏ (SME) và thực hiện sáng kiến hội nhập nhằm thu hẹp khoảng cách phát triển trong ASEAN, và (iv) Hội nhập vào nền kinh tế toàn cầu, được thực hiện thông qua việc tham vấn chặt chẽ trong đàm phán đối tác và trong tiến trình tham gia vào mạng lưới cung cấp toàn cầu (WTO).

Trong bản Kế hoạch cụ thể, bảo vệ quyền lợi NTD chiếm một vị trí trung tâm trong chính sách phát triển tự do thương mại toàn khối: “Bảo vệ NTD là một phần không thể thiếu được của một thị trường hiện đại, phù hợp, hiệu quả và cạnh tranh công bằng” và là một trong những mục tiêu chính AEC đang hướng tới. Bản Kế hoạch cũng

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

Bài viết này được công bố trong khuôn khổ thực hiện đề tài cấp Đại học Quốc gia Hà Nội: “Hoàn thiện thể chế pháp luật kinh doanh Việt Nam để hội nhập cộng đồng kinh tế ASEAN”, mã số: QG.16.63, do TS. Phan Thị Thanh Thủy làm chủ nhiệm, được tài trợ bởi Đại học Quốc gia Hà Nội, thời gian thực hiện: từ tháng 1/2016 đến tháng 1/2018.

chỉ rõ, các nước thành viên AEC cùng có trách nhiệm trong việc xây dựng một hệ thống bảo vệ NTD toàn diện ở tầm khu vực và tại mỗi quốc gia bằng pháp luật, bằng cơ chế bồi thường và bằng cách nâng cao nhận thức của người dân ASEAN¹. Mục tiêu này được cụ thể bằng một loạt các biện pháp chiến lược bao gồm: Thiết lập khuôn khổ pháp luật về bảo vệ NTD chung cho cả khu vực ASEAN, cải thiện việc thực thi và giám sát việc thực thi pháp luật bảo vệ quyền lợi NTD; thiết lập cơ chế bồi thường và giải quyết tranh chấp thay thế hiệu quả, trao quyền cho NTD, xây dựng lòng tin cho NTD và thúc đẩy giao dịch thương mại xuyên biên giới bằng cách đưa ra các tiêu chuẩn về hàng hóa dịch vụ an toàn².

Mặc dù mục tiêu, cương lĩnh và kế hoạch hành động để bảo vệ NTD của AEC được diễn đạt khá rõ ràng, song để đưa vào thực hiện trong thực tế là không đơn giản. Có thể đánh giá rằng khả năng bảo vệ NTD trong khối còn nhiều hạn chế qua thực trạng về cơ chế và khung pháp luật bảo vệ quyền lợi NTD của ASEAN.

1.1. Cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của ASEAN

Hiện tại, ASEAN chưa có một khung khổ pháp luật chung, thống nhất về bảo vệ quyền lợi của NTD. Tuy nhiên bước đầu đã thiết lập một cơ chế bảo vệ quyền lợi của NTD thông qua cảnh báo và chia sẻ thông tin trên một cổng điện tử chung. Từ năm 2007, Ủy ban bảo vệ người tiêu dùng

ASEAN - ACCP (*Asean Committee on Consumer Protection*) được thành lập trên cơ sở đồng thuận của Chính phủ các nước nhằm thúc đẩy hoạt động bảo vệ NTD tại các nước thành viên. ACCP đã tập trung vào các vấn đề trọng tâm nhằm thực hiện, kiểm tra giám sát các điều ước cũng như cơ chế thúc đẩy lợi ích NTD trong AEC, đó là: (i) Phát triển cơ chế trao đổi thông tin và thông báo mới; (ii) Phát triển cơ chế bồi thường xuyên quốc gia cho NTD trong khu vực; (iii) Thực hiện các điều tra nghiên cứu và đối thoại về bảo vệ NTD; (iv) Nâng cao năng lực kỹ thuật để bảo vệ NTD ở các nước ASEAN; và v) Xây dựng mô hình nâng cao nhận thức cộng đồng và hướng dẫn NTD lựa chọn sản phẩm dịch vụ an toàn³. Nhóm cảnh báo và trao đổi thông tin được thành lập nhằm thúc đẩy và duy trì việc chia sẻ thông tin về các hàng hóa có khuyết tật, các chương trình thu hồi hàng hóa có khuyết tật giữa các nước ASEAN. Dữ liệu tổng hợp và chia sẻ trên trang web của ACCP được cập nhật bởi các nước thành viên. Nhờ vậy, khi một hàng hóa nằm trong chương trình thu hồi tại một quốc gia hoặc có dấu hiệu kém an toàn thì thông tin về hàng hóa này sẽ được chia sẻ trên toàn phạm vi các nước ASEAN⁴. Mặc dù các nước trong khối cũng đã có nhiều nỗ lực, nhưng cho đến nay hoạt động bảo vệ NTD mới chỉ dừng ở cơ chế cảnh báo, trao đổi thông tin giữa các quốc gia. Các mục tiêu

¹ Xem: The ASEAN Secretariat (2015), *ASEAN Economic Community Blueprint 2025*, Jakarta, tại <http://www.asean.org/storage/images/2015/November/aec-page/AEC-Blueprint-2025-FINAL.pdf>, Section 28, tr. 13, truy cập ngày 22/4/2016.

² The ASEAN Secretariat, (2015), *ASEAN Economic Community Blueprint 2025*, *tlđđ*, Section 29.

³ Xem: Chuyên mục Consumer Protection tại website của ASEAN <http://www.asean.org/asean-economic-community/sectoral-bodies-under-the-purview-of-aem/consumer-protection/>, truy cập ngày 17/5/2016.

⁴ Xem: Chuyên mục Product Alert của Ủy ban bảo vệ NTD ASEAN (ACCP) tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=3>, truy cập ngày 17/5/2016.

khác vẫn trong giai đoạn bàn bạc, chờ đợi để đưa ra giải pháp cụ thể. Việc phối hợp giữa Chính phủ và các hội bảo vệ NTD các nước còn mờ nhạt và kém hiệu quả.

1.2. Pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong khối ASEAN

Mục tiêu của AEC là hướng tới một thị trường đồng nhất (single market), do đó cần có một cơ chế pháp lý chung thống nhất cho cả khối để bảo vệ quyền lợi NTD. Mặc dù bảo vệ quyền lợi NTD trong bối cảnh AEC là một trong những mục tiêu quan trọng hàng đầu trong kết nối thương mại khu vực, song cho đến nay, chính sách bảo vệ quyền lợi NTD mới chỉ được ghi nhận trong Kế hoạch cụ thể của Cộng đồng kinh tế ASEAN tầm nhìn 2025 và trong Kế hoạch hành động hậu 2015 (*Post 2015 Consumer Protection Action Plan*). Cho đến thời điểm này, khung khổ pháp luật chung để bảo vệ quyền lợi NTD chưa được thiết lập nên rất nhiều vấn đề liên quan giữa tự do thương mại và bảo đảm quyền của NTD vẫn còn bỏ ngỏ, ví dụ như thiếu các quy chuẩn chung cho các hàng hóa dịch vụ lưu thông trong khu vực; vấn đề giao dịch thương mại điện tử và giải quyết tranh chấp thương mại điện tử giữa NTD và nhà cung cấp; cơ chế khiếu nại đòi bồi thường xuyên biên giới và hàng loạt các vấn đề có liên quan khác vẫn nằm trong chính sách và kế hoạch hành động...

Có thể thấy rằng, ASEAN chưa thiết lập được một khung khổ pháp lý chung trong toàn khối để bảo vệ NTD như khung Chính sách và Luật pháp bảo vệ NTD (*Policy and Regulatory framework*) của Liên minh châu Âu (EU). Trên cơ sở khung pháp luật chung này, các cơ chế chung của toàn liên minh EU và giữa các nước thành viên được thành lập và kết nối chặt chẽ để bảo vệ NTD một cách triệt để, nhanh và hiệu quả khi quyền

của họ bị xâm phạm bởi nhà cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ. Quy định về thi hành và hợp tác bảo vệ NTD xuyên biên giới (*Regulation (EC) No 2006/2004 on consumer protection cooperation- the CPC Regulation*) cho phép thành lập mạng lưới liên Chính phủ giữa các cơ quan bảo vệ NTD của các nước thành viên để phản ứng nhanh và phối hợp bảo vệ NTD⁵. EU cũng thiết lập Mạng lưới Trung tâm các hiệp hội bảo vệ NTD của các nước thành viên (*The European Consumer Centres Network - ECC Net*), với đường dây nóng tư vấn và hỗ trợ người tiêu dùng cách thức giải quyết khi quyền lợi của họ bị xâm phạm⁶.

Trong khu vực, đến năm 2011, đa số các nước thành viên ASEAN bao gồm Indonesia⁷, Malaysia⁸, Philippines⁹, Singapore¹⁰, Thái Lan¹¹, Việt Nam¹² và

⁵ Xem thêm thông tin tại Chuyên mục Cross-border enforcement and cooperation (CPC) của European Commission, http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/cross-border_enforcement_cooperation/index_en.htm, truy cập 19/5/2016.

⁶ Xem thêm thông tin tại chuyên mục European Consumer Centres của European Commission, http://europa.eu.int/comm/consumers/redress/ecc_network/index_en.htm, truy cập 19/5/2016.

⁷ Xem: Resources: Indonesia của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=46>, truy cập ngày 20/5/2016.

⁸ Xem: Resources: Malaysia của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=44>, truy cập ngày 20/5/2016.

⁹ Xem: Resources: The Philippines của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=50>, truy cập ngày 20/5/2016.

¹⁰ Xem: Resources: Singapore của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=48>, truy cập ngày 20/5/2016.

¹¹ Xem: Resources: Thailand của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=49>, truy cập ngày 20/5/2016.

¹² Xem: Resources: Vietnam của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=51>, truy cập ngày 20/5/2016.

Lào¹³ đã ban hành Luật bảo vệ NTD trong nước. Tiếp theo, năm 2012, Brunei ban hành Luật Thương mại công bằng nhằm mục đích bảo vệ NTD¹⁴. Đến năm 2014, Myanmar cũng đã ban hành Luật bảo vệ NTD¹⁵. Hiện tại, chỉ còn Campuchia vẫn chưa có một đạo luật riêng về bảo vệ NTD mà áp dụng cơ chế pháp lý thông qua các luật có liên quan, ví dụ như Luật an toàn thực phẩm, Luật Tiêu chuẩn 2007 và các luật có liên quan khác. Mục tiêu hướng tới của nước này là ban hành một đạo luật bảo vệ NTD trong năm 2016¹⁶. Rõ ràng rằng, trong cộng đồng AEC, mặc dù các nước thành viên cũng đã có sự chủ động trang bị các công cụ pháp lý để bảo vệ NTD là công dân của mình và kết nối thông tin qua cổng điện tử của ACCP, nhưng sự kết nối này chưa chặt chẽ, hiệu quả bởi các yếu tố khác biệt, đa dạng của các nước thành viên về trình độ phát triển kinh tế, xã hội và trình độ lập pháp.

1.3. Những thách thức đối với việc bảo vệ người tiêu dùng trong Cộng đồng Kinh tế ASEAN

¹³ Xem: Resources: Lao PDR của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=45>, truy cập ngày 20/5/2016.

¹⁴ Xem: Resources: Brunei Darussalam của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=43>, truy cập ngày 20/5/2016.

¹⁵ Xem: Resources: Myanmar của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=47>, truy cập ngày 20/5/2016.

¹⁶ Riêng trường hợp của Campuchia, website của ACCP không cung cấp thông tin về pháp luật và cơ chế bảo vệ NTD nước này. Xem thông tin về pháp luật bảo vệ người tiêu dùng của Campuchia trong báo cáo của Cambodia Consumer Protection and Fraud Repression Department, *Cambodia's Report For "Major Consumer Protection Law Enforcement and Consumer Issues Highlights"* tại Bangkok, Thailand 2012, <http://aseanconsumer.org/accp/uploads/files/usftc-s2-Cambodia-Ngoun-Sumllivong.pdf>, truy cập ngày 20/5/2016.

Do thiếu một khung khổ pháp luật chung xác lập cơ chế và biện pháp bảo vệ NTD cùng các quy chuẩn chung cho các loại hàng hóa dịch vụ được lưu thông trong khối, hoạt động bảo vệ NTD trong AEC còn mang tính thụ động; mới chỉ dừng ở mức độ cảnh báo và trao đổi thông tin như cơ chế hoạt động hiện tại của ACCP. Vì vậy, vấn đề cấp thiết là cần phải có một khung pháp luật chung dưới hình thức Bộ quy tắc bảo vệ NTD trong khối. Trong khung khổ pháp lý này, cần phải xác định tiêu chuẩn về các loại hàng hóa dịch vụ được phép lưu thông xuyên biên giới quốc gia; các cơ chế bảo vệ NTD thông qua khiếu nại, đòi bồi thường thiệt hại; các hướng dẫn cơ chế giải quyết tranh chấp xuyên biên giới cũng như ở từng nước thành viên và những vấn đề có liên quan khác.

Các thiết chế bảo vệ NTD ASEAN còn yếu về cơ chế phối hợp giữa các nước trong khối và giữa các nước với ACCP. Trên thực tế, website của ACCP còn thiếu cập nhật, quá ít thông tin về các sản phẩm nguy hại cho NTD, cũng như chưa thể hiện rõ ràng các thông điệp về bảo vệ quyền lợi NTD, bảo vệ quyền con người trong bối cảnh hội nhập AEC. Hiện tại, chưa có cơ chế chung nào để xử lý thông tin về các sản phẩm độc hại gây ra cho NTD lưu hành trong khu vực, ngoài cảnh báo và thông tin để các nước thành viên tự xử lý.

Trong khuôn khổ ASEAN nói chung và đặc biệt trong AEC, đang thiếu sự hiện diện của loại hình tổ chức như hiệp hội chung hay một mạng lưới bảo vệ NTD của khu vực ASEAN tương tự mạng lưới Trung tâm các hiệp hội bảo vệ NTD của EU. Xây dựng mạng lưới hiệp hội bảo vệ NTD trong ASEAN là một việc làm cấp thiết cần tiên

hành đồng thời với cơ chế bảo vệ NTD liên Chính phủ giữa các nước để tạo ra sự phối hợp hiệu quả trong việc ngăn chặn các hàng hóa, dịch vụ kém chất lượng, áp dụng các biện pháp đòi bồi thường thiệt hại kịp thời cho NTD và xử lý nghiêm đối với các tổ chức, cá nhân vi phạm trong các giao dịch thương mại xuyên biên giới quốc gia.

2. Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ở Việt Nam trong khuôn khổ Cộng đồng Kinh tế ASEAN

2.1. Thực trạng bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ở Việt Nam

Mặc dù Luật Bảo vệ quyền lợi NTD 2010 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã được thực thi 5 năm, nhưng trên thực tế quyền lợi NTD đang bị xâm hại nghiêm trọng ở Việt Nam. NTD hàng ngày đang phải đối mặt với rất nhiều vấn nạn như hàng giả, hàng kém chất lượng, trong đó có thuốc giả, thực phẩm không đạt tiêu chuẩn vệ sinh, an toàn (thực phẩm bẩn), các dịch vụ không đảm bảo chất lượng, không đáp ứng yêu cầu của NTD. Mặc dù đất nước đã hội nhập sâu vào nền kinh tế khu vực và thế giới nhưng rất nhiều NTD do không có thông tin đầy đủ về các phương thức giao dịch thương mại của thị trường hiện đại đang du nhập vào Việt Nam như thương mại điện tử, bán hàng đa cấp,... nên rất dễ bị xâm hại, lừa đảo khi tham gia giao dịch, thậm chí NTD còn bị lôi kéo tham gia vào những giao dịch bất hợp pháp¹⁷.

Tình trạng này xảy ra do một số nguyên nhân sau:

- Quy định của pháp luật về bảo vệ quyền lợi NTD Việt Nam còn chưa đầy đủ

¹⁷ Nguyễn Hà, *Quyền của người tiêu dùng: Bị xâm hại nghiêm trọng*, Báo Tiền phong; số ra ngày 13/03/2015.

và chưa đáp ứng được yêu cầu phát triển của xã hội.

- Pháp luật bảo vệ quyền lợi NTD chưa được coi trọng và thực thi nghiêm túc. Trong tổng kết 5 năm thi hành Luật Bảo vệ quyền lợi NTD, đại diện cơ quan chức năng của Nhà nước đã phải thừa nhận rằng: “Trong 5 năm thực hiện Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, chúng ta tập trung vào tuyên truyền phổ biến, còn thực hiện thì rải rác, chưa đem lại hiệu quả như ý muốn”¹⁸. Chưa có cơ chế phối hợp hiệu quả để ngăn chặn và xử lý triệt để các hành vi vi phạm pháp luật của các doanh nghiệp cung cấp hàng hóa dịch vụ, do đó các hành vi này tiếp tục tái diễn gây thiệt hại nghiêm trọng cho cộng đồng dân cư và làm giảm lòng tin của người dân vào các cơ quan quản lý nhà nước¹⁹.

- Các tổ chức xã hội, đặc biệt là Hội Tiêu chuẩn và bảo vệ NTD (Vinastas) chưa phát huy được vai trò trong bảo vệ quyền lợi NTD. Mặc dù được Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trao quyền nhưng trên thực tế, hoạt động của các tổ chức xã hội này còn rất hạn chế; NTD không biết quyền được yêu cầu Vinastas tư vấn hoặc bảo vệ quyền lợi cho mình khi bị xâm hại. Bản

¹⁸ Giang Phan, *5 năm thi hành Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng: Người tiêu dùng Việt vẫn “bơ vơ”*, Báo Nhà báo và Công luận, số ra thứ sáu, ngày 08/01/2016.

¹⁹ Điền hình trường hợp Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công Thương chỉ tập trung vào xử phạt hành chính khi có sai phạm đối với Liên kết Việt, không thông báo với các cơ quan chức năng ngành khác, để công ty bán hàng đa cấp bất chính này tiếp tục lừa đảo người dân hàng nghìn tỷ đồng. Xem thêm thông tin trong bài viết của Phạm Tuyên, *Liên kết Việt lừa đảo hàng nghìn tỷ đồng: Vì sao Bộ Công Thương không công khai việc xử phạt Liên kết Việt?*, Báo Tiền phong số ra ngày 09/03/2016, tại <http://www.tienphong.vn/event/lien-ket-viet-lua-dao-hang-nghin-ty-dong-1112.tpo>, truy cập ngày 16/5/2016.

thân Vinastas cũng chưa được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền hỗ trợ nguồn tài chính và nhân lực cần thiết để bảo vệ NTD một cách hữu hiệu²⁰.

- NTD còn thụ động trong việc bảo vệ quyền lợi của chính mình. Theo điều tra đánh giá, phần lớn NTD Việt Nam không kiểm tra kỹ lưỡng thông tin về hàng hóa và dịch vụ trước khi giao dịch, do đó khi tranh chấp xảy ra không biết cách xử lý. Đa số NTD không sử dụng quyền cơ bản là công khai thông tin vi phạm và tẩy chay tập thể sản phẩm dịch vụ khi có vi phạm; không biết tìm đến sự giúp đỡ của cơ quan bảo vệ pháp luật hoặc Hội Tiêu chuẩn và bảo vệ NTD²¹.

2.2. Một số khuyến nghị nhằm bảo đảm quyền của người tiêu dùng Việt Nam

Như đã phân tích, trong bối cảnh hội nhập một thị trường chung của AEC hiện nay đang nổi lên một vấn đề đáng quan ngại, đó là: hàng hóa và dịch vụ được tự do lưu chuyển một cách mạnh mẽ qua biên giới các nước thành viên, trong khi đó ASEAN vẫn chưa được trang bị những công cụ pháp luật cần thiết và chưa thiết lập được các thiết chế chung hiệu quả để bảo vệ NTD. Nói cách khác, AEC chưa có những căn cứ luật pháp và cơ chế bảo đảm chung cho quyền lợi của NTD. Do vậy, nếu Việt Nam không có các giải pháp kịp thời để chấn chỉnh lại cơ chế thực thi pháp luật bảo vệ quyền lợi NTD của công dân mình trong giao thương khu vực, lợi ích của NTD Việt Nam đang đứng trước nguy cơ bị tổn hại nhiều hơn. Chúng tôi xin đưa ra một số khuyến nghị như sau:

²⁰ LS. Nguyễn Văn Hậu, *Quyền năng người tiêu dùng và bóng mờ của hội*, Báo Người lao động, số ra ngày 19/03/2015.

²¹ Nguyễn Hà, *Quyền của người tiêu dùng: Bị xâm hại nghiêm trọng, tldr*.

Thứ nhất, rà soát lại các quy định của pháp luật bảo vệ NTD để cập nhật, bổ sung, sửa đổi nhằm bắt kịp thực tiễn phát triển của các giao dịch thương mại hiện đại, đặc biệt là các quy định pháp luật về thương mại điện tử, để đáp ứng yêu cầu giao thương của NTD Việt Nam trong thị trường chung thống nhất giữa Việt Nam và các nước trong AEC.

Thứ hai, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần có cơ chế, quy trình phối hợp chặt chẽ để trao đổi thông tin nhằm xử lý triệt để, nghiêm khắc các doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật. Cần công khai tên các doanh nghiệp có hành vi vi phạm để NTD và cộng đồng biết và tẩy chay hàng hóa dịch vụ của các doanh nghiệp này. Để nâng cao trách nhiệm của các cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi NTD, cũng cần có biện pháp xử lý nghiêm khắc đối với những người đứng đầu các cơ quan để xảy ra sai phạm trong lĩnh vực mình phụ trách.

Nhằm phối hợp tốt với cơ chế bảo vệ NTD của ACCP và các cơ quan chức năng trong bộ máy nhà nước, Chính phủ Việt Nam nên thành lập thiết chế trao đổi thông tin kết nối với khối AEC và quốc tế; đó có thể là Ủy ban quốc gia về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Việc trao cho Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công Thương chịu trách nhiệm quản lý nhà nước toàn bộ về bảo vệ quyền lợi NTD đang tỏ ra quá tải, không có hiệu quả.

Thứ ba, nâng cao sự phối hợp với vai trò chủ động của Vinastas và các tổ chức trong việc trao đổi thông tin về vi phạm quyền lợi của NTD; từ đó tìm ra cách giải quyết và cung cấp trợ giúp pháp lý cho họ. Trong bối cảnh hội nhập AEC, Vinastas và các chi nhánh phải chứng tỏ vai trò người

bảo vệ đặc lực cho cộng đồng NTD Việt Nam trong việc phát hiện và phối hợp với các cơ quan chức năng xử lý các vi phạm quyền lợi NTD. Các hiệp hội doanh nghiệp phải có hướng xử lý đối với các doanh nghiệp thành viên vi phạm quyền của NTD.

Thứ tư, biện pháp tích cực, hiệu quả và bền vững nhất là nâng cao nhận thức cho NTD Việt Nam thông qua tuyên truyền giáo dục trên các phương tiện thông tin đại chúng và qua các cộng đồng, tổ chức xã hội, giúp họ khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ kém chất lượng và tự đưa ra quyết định đúng đắn trong tiêu dùng. Đặc biệt, tập huấn cho NTD biết sử dụng cơ chế công khai thông tin về các vi phạm, tẩy chay tập thể đối với hàng hóa, dịch vụ kém chất lượng sẽ

là biện pháp hữu hiệu nhất chống lại các hành vi xâm hại quyền lợi của mình. Để làm được như vậy, Vinastas và các tổ chức tham gia hỗ trợ NTD cần được trợ giúp về tài chính và nhân lực từ Chính phủ và các cơ quan chức năng.

Tóm lại, trước yêu cầu hội nhập ngày càng sâu trong AEC, bảo vệ quyền lợi cho NTD đang là vấn đề cần được Chính phủ các nước thành viên quan tâm với các biện pháp mạnh và thực chất hơn nữa. Cùng với việc xây dựng đồng bộ và phát huy sức mạnh của cơ chế bảo vệ NTD trong AEC, mỗi nước thành viên trong đó có Việt Nam cũng cần chủ động hoàn thiện pháp luật và cơ chế thực thi pháp luật bảo vệ NTD của chính mình.

(Tiếp theo trang 62 – Pháp luật về tự vệ ...)

tự khởi xướng điều tra; (b) Sửa đổi, loại bỏ các qui định mang tính cứng nhắc hạn chế quyền khởi xướng điều tra; (c) Bổ sung qui định về miễn thuế để tăng tính hiệu quả của việc áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại; (d) Bổ sung qui định về biện pháp tự vệ đặc biệt; (đ) Bổ sung qui chế công khai thông tin, mở rộng phạm vi thông tin xuất, nhập khẩu cho doanh nghiệp; (e)

Chi tiết hóa quyền đình chỉ áp dụng các biện pháp tự vệ; (g) Bổ sung biện pháp trả đũa của Việt Nam đối với quốc gia đã áp dụng biện pháp tự vệ không phù hợp qui định của WTO.

- Vận dụng linh hoạt qui định của WTO để tận dụng, khai thác các quyền dành cho các nước đang/kém phát triển.

THIẾT CHẾ QUỐC GIA BẢO VỆ QUYỀN CON NGƯỜI THEO MÔ HÌNH OMBUDSMAN VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

*Nguyễn Linh Giang**

Tóm tắt: Bài viết giới thiệu và phân tích một số vấn đề về thiết chế quốc gia bảo vệ quyền con người theo mô hình Ombudsman trên thế giới; qua đó, tác giả đưa ra gợi mở và đề xuất mô hình cho Việt Nam.

Abstract: *This article introduces and analyses some issues on Ombudsman-based National Human Right Institutions in the World. On that basis, it provides implications for Vietnam.*

Ombudsman là một mô hình thiết chế quốc gia bảo vệ quyền con người phổ biến ở các nước Bắc Âu và châu Mỹ. Có nguồn gốc từ Thụy Điển, được thành lập từ năm 1809, sau hơn hai thế kỷ hình thành và phát triển, mô hình này hiện đã được xây dựng ở nhiều nước, chiếm 30% trong số các cơ quan nhân quyền quốc gia được thành lập trên thế giới¹. Ở châu Á, Ombudsman được thành lập và hoạt động khá hiệu quả ở các quốc gia như Nhật Bản, Macao (Trung Quốc), Hongkong (Trung Quốc), Pakistan, Hàn Quốc, Sri Lanka, Đài Loan, Thái Lan, Ấn Độ và Philippines.

1. Khái niệm Ombudsman

Ombudsman là một cơ quan nhà nước, được thành lập bởi cơ quan lập pháp hoặc bởi Chính phủ. Cơ quan này sẽ tiếp nhận các khiếu nại từ nhân dân và tiến hành điều tra các hoạt động liên quan đến hành pháp; giải quyết có hiệu quả các vấn đề nhằm bảo

vệ người dân².

Nhìn lại lịch sử, rất nhiều Ombudsman được thành lập trên thế giới trước khi có khái niệm cơ quan nhân quyền quốc gia. Liên hợp quốc và các tổ chức quốc tế đã xác định nhiều mô hình quốc gia không phải tòa án là thể chế thúc đẩy và bảo vệ quyền con người - cơ quan nhân quyền quốc gia. Sau khi thông qua Nguyên tắc Paris năm 1993, nhiều cơ quan Ombudsman đã ra đời. Ngay cả các nước đã có Ombudsman truyền thống như Thụy Điển, Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha, Phần Lan, Hy Lạp và một số nước ở châu Mỹ, châu Á cũng đều thiết lập thêm các Ombudsman chuyên về nhân quyền. Ngoài ra, nhiều nước cũng xây dựng thêm các Ombudsman nhằm chống tham nhũng hoặc bảo vệ môi trường. Đến nay, trên thế giới có khoảng 140 nước có mô hình Ombudsman³

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ OHCHR, Survey on NHRIs: Report on the Findings and Recommendation of a Questionnaire Addressed to NHRIs Worldwide, Geneva, tháng 7/2009.

² John Robertson and Linda C.Reif, "The Ombudsman around the world", *The International Ombudsman Yearbook*, Volume 2/1998 (Kluwer Law International), The Hague/Boston/London, 1999, tr.114.

³ 34 nước ở châu Phi, 13 nước châu Á, 9 nước ở Thái Bình Dương, 29 nước ở châu Mỹ Latin và Caribe, 53 nước ở châu Âu và 2 nước ở Bắc Mỹ - theo Victor O.Ayeni, Ombudsmen as Human Rights Institutions: The New Face of a Global Expansion, in Workshop

và khoảng một nửa trong số đó là các Ombudsman chuyên về nhân quyền.

Nhu cầu thành lập Ombudsman xuất phát từ mong muốn thiết lập nền dân chủ, chống lại chủ nghĩa quan liêu, tham nhũng và trên hết là để bảo vệ quyền con người. Đối với nhiều nước, “Ombudsman là một chất xúc tác trong việc định hướng lại nền hành chính và chuyển sang văn hóa hành chính phục vụ”⁴. Chính vì vậy, Ombudsman là cơ chế nâng cao tính minh bạch của Chính phủ và làm tăng tính dân chủ, vì thế nó sẽ thúc đẩy quản trị tốt trong bộ máy nhà nước và tăng cường bảo vệ quyền của người dân.

Như vậy, có thể hiểu “Ombudsman là thể chế nhà nước được thành lập thông qua Hiến pháp hoặc một đạo luật; do một người lãnh đạo công bằng, có uy tín, có khả năng và phải chịu trách nhiệm trước Nghị viện; nhận khiếu nại từ nhân dân để điều tra các hoạt động của Chính phủ, của công chức nhà nước gây ảnh hưởng đến quyền lợi của nhân dân và từ đó đưa ra các khuyến nghị sửa đổi”⁵.

Các định nghĩa về Ombudsman khá khác nhau, nhưng có thể hiểu đó là một người được bổ nhiệm để điều tra các khiếu nại liên quan đến các cơ quan nhà nước, cơ quan thuộc Chính phủ, công chức. Người này hoạt động như một trọng tài độc lập, không chịu sự chi phối của tổ chức nào, và có thể xem như là một thiết chế trung gian giữa công dân và Nhà nước.

Một Ombudsman truyền thống thường có 3 đặc tính như sau:

- Là một chuyên gia độc lập, có vai trò được quy định trong Hiến pháp hoặc luật để theo dõi hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước;

- Giải quyết các khiếu nại của công dân liên quan đến các vấn đề về thiếu công bằng hoặc quản trị yếu kém;

- Có thẩm quyền điều tra, chỉ trích, công bố, đưa ra các khuyến nghị sau khi điều tra, nhưng không có thẩm quyền can thiệp vào hoạt động hành chính.

Chính từ các đặc tính trên mà tên gọi của Ombudsman tại các nước khác nhau cũng rất đa dạng. Ở Tây Ban Nha và một số nước nói tiếng Tây Ban Nha như Argentina, Colombia, Peru, Ombudsman gọi là “người bảo vệ nhân dân” (Defensor del Pueblo). Thuật ngữ tương tự cũng được dùng ở Italia (Difensore Civico), ở Costa Rica (Defensor de los Habitantes), ở Quebec (Protecteur du citoyen), ở Madagascar (Défenseur du peuple) hay ở Nam Phi (Public Protector). Ngoài ra, một số nước lại nhấn mạnh đến yếu tố về nhân quyền trong tên gọi của thể chế này: Ở Hungary, Guatemala, Nga, El Salvador, Ba Lan gọi là Cao ủy về Nhân quyền. Một số nước nói tiếng Pháp nhấn mạnh đến khía cạnh trung gian hòa giải của cơ quan này và gọi là Người hòa giải của nước Cộng hòa (Médiateur de la République) như Mauritania, Senegal, Gabon. Một vài nước khác nhấn mạnh vào khía cạnh điều tra như Zambia gọi là Tổng thanh tra (Inspector General), Tanzania là Ủy ban thường trực về điều tra (Permanent Commission of Enquiry). Ở một vài bang của Úc gọi là Ủy viên của Nghị viện về điều tra hành chính (Parliamentary Commissioner for Administrative

“The Ombudsman as Human Rights Defender”, Stockholm, 10/2009, tr.4.

⁴ John Robertson and Linda C.Reif, sdd, tr.115.

⁵ Linda C.Reif, The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, tr.3.

Investigation). Đồng thời, cũng có nhiều nước gọi Ombudsman bằng tiếng địa phương và những cơ quan này cũng hoạt động như một Ombudsman, như Ấn Độ, Đài Loan, Áo, Pakistan, New Zealand...⁶.

2. Thẩm quyền chủ yếu của Ombudsman

Thẩm quyền của Ombudsman chủ yếu là tiếp nhận các đơn thư khiếu nại của nhân dân; điều tra và tìm cách giải quyết thông qua khuyến nghị và hòa giải.

Thẩm quyền điều tra của Ombudsman dựa theo đơn thư khiếu nại hoặc Ombudsman tự điều tra. Trong quá trình điều tra, Ombudsman có thể yêu cầu bất cứ cơ quan nào, bất cứ ai cung cấp thông tin phục vụ điều tra, trừ các vấn đề liên quan đến an ninh quốc gia, bí mật quốc gia.

Sau khi xem xét và điều tra vụ việc, Ombudsman có thể đưa ra các giải pháp như sau:

- Đưa ra khuyến nghị với các bên về phương án giải quyết. Tuy nhiên, khuyến nghị này không có giá trị bắt buộc với bất cứ bên nào.

- Đưa ra báo cáo: Ombudsman có quyền báo cáo lên Nghị viện/Quốc hội về kết quả của hoạt động điều tra hoặc về bất cứ vụ việc nào được yêu cầu.

- Xuất bản các sách hướng dẫn thực hành đối với các cơ quan thuộc Chính phủ. Ví dụ như “Ombudsman’s Guide to Standard of Best Practice for Public Servants” của Ombudsman New Zealand; “Administrative Fairness Checklist” của

Ombudsman Columbia, Hongkong; “Good Conduct and Administrative Practice for Council” của Ombudsman bang New South Wales, Úc.

Ombudsman không phải là thẩm phán, không có thẩm quyền như tòa án để xem xét vụ việc, hủy bỏ các quyết định hành chính, mà đưa ra giải pháp thông qua quá trình điều tra và hòa giải. Thẩm quyền của cơ quan này có được qua khả năng gây ảnh hưởng bằng cách báo cáo lên Nghị viện hoặc các cơ quan có thẩm quyền.

Thông thường, Ombudsman không có thẩm quyền điều tra hoạt động của các cơ quan tư pháp mà chỉ điều tra hành pháp, vì mục đích ban đầu khi thành lập Ombudsman là để cải thiện hoạt động của bộ máy hành pháp. Tuy nhiên, nhiều Ombudsman ra đời sau này là một cơ chế “lai” giữa việc điều tra hành pháp và bảo vệ quyền con người. Đồng thời, nhiều Ombudsman góp phần tăng cường thực hiện nghĩa vụ của quốc gia đối với các điều ước quốc tế về quyền con người.

Nhiều Ombudsman sau này có thẩm quyền điều tra cả hành pháp và tư pháp; điều tra cả hoạt động của các cơ quan nhà nước và cơ quan thuộc lĩnh vực tư. Nhưng thông thường, lập pháp luôn nằm ngoài phạm vi điều tra của Ombudsman. Ombudsman ở một số nước không có thẩm quyền điều tra cảnh sát hoặc quân đội, nhưng một số nước như Hà Lan, Úc, Thụy Điển, Na Uy, Phần Lan, Bỉ lại trao cho Ombudsman thẩm quyền điều tra cả các cơ quan này.

Ở những nước có nhiều vấn đề về tham nhũng, không có sự độc lập của tòa án thì Ombudsman thường hay được bổ sung thêm chức năng điều tra tư pháp, nhưng hoạt

⁶ Roy Gregory and Philip Giddings, Ombudsman Institution: Growth and Development, in “Righting wrongs – The Ombudsman in Six Continents”, International Institute of Administrative Science, IOS Press, 2000, tr. 4-5.

động của cơ quan này không được xung đột với tòa án. Thông thường, những người đã khiếu nại theo thủ tục Ombudsman vẫn có thể tiếp tục khiếu kiện ra tòa nếu muốn. Tuy nhiên, Ombudsman không giải quyết lại những vụ việc mà tòa án đã giải quyết⁷. Ví dụ: Ombudsman Thụy Điển có cả thẩm quyền giám sát hoạt động của tòa án, nhưng không có quyền can thiệp trực tiếp vào hoạt động xét xử của tòa án mà chỉ giám sát vụ việc đó đã được tiến hành đúng thủ tục luật định hay không. Mặc dù quyết định của Ombudsman không có tính ràng buộc về mặt pháp lý, nhưng trên thực tế, phần lớn các quyết định của Ombudsman đều được các cơ quan nhà nước có liên quan tuân thủ⁸.

3. Phân loại Ombudsman

Thông thường, mọi người cho rằng, Ombudsman là một cơ quan thuộc Nghị viện và thường giải quyết các vấn đề về khiếu kiện liên quan đến hoạt động của Chính phủ. Tuy nhiên, trên thực tế, Ombudsman có rất nhiều loại. Trong khi phần lớn các nước trên thế giới xây dựng Ombudsman là cơ quan quốc gia thì một số nước lại chỉ có Ombudsman địa phương (có ở các cấp chính quyền như bang, vùng, tỉnh) như Ấn Độ, Canada, Mỹ...

Ombudsman còn có thể là cơ quan theo lĩnh vực như Ombudsman về trẻ em; Ombudsman về người thiểu số;

Ombudsman về người khuyết tật; Ombudsman về sức khỏe, y tế; Ombudsman về cảnh sát, nhà tù; Ombudsman về chống phân biệt đối xử; Ombudsman về tự do thông tin... Một số nước ở Đông và Trung Âu, Mỹ Latinh, Hạ Sahara, Đông Á lại thành lập Ombudsman như một cơ chế quốc gia để giám sát việc thực thi các nghĩa vụ nhân quyền quốc tế.

Nhiều nước cũng xây dựng Ombudsman là cơ quan thuộc Chính phủ. Cơ quan này sẽ giải quyết các tranh chấp phát sinh trong hoạt động của Chính phủ. Khác với mô hình Ombudsman truyền thống trực thuộc Nghị viện, Ombudsman thuộc Chính phủ không hoàn toàn độc lập. Vì thế, nhiều chuyên gia cho rằng Ombudsman thuộc Chính phủ không hoàn toàn là một Ombudsman mà chỉ là một cơ quan gần giống hoặc tương tự (Quasi-Ombudsman hoặc Ombudsman -type). Mô hình kiểu này thường được xây dựng theo lĩnh vực như Ombudsman về cảnh sát, Ombudsman về nhà tù, Ombudsman về bảo vệ người tiêu dùng...

4. Những ưu điểm và hạn chế của mô hình Ombudsman

Ombudsman là một thiết chế thành công và tạo được sự tin tưởng từ cả hai phía Nhà nước và nhân dân. Rõ ràng, Ombudsman cần phải độc lập và công bằng, và bảo đảm các khiếu kiện được giữ bí mật. Ombudsman đóng góp cho việc xây dựng một Chính phủ mở, một Chính phủ gần dân. Qua quá trình hoạt động, có thể thấy Ombudsman có những ưu điểm và hạn chế sau đây:

4.1. Về ưu điểm

- Nghị viện/Quốc hội là do người dân trực tiếp bầu ra mà Ombudsman thông thường là một cơ quan độc lập và trực thuộc Nghị viện/Quốc hội; vậy nên Ombudsman

⁷ E.F.Short, Remedies: The relationship between National Human Rights Institutions and Other Statutory Institutions/Mechanism with Special Reference to Racial Discrimination, in the Sixth International Conference for National Human Rights, Institutions, Proceedings, Copenhagen and Lund, April 10-13/2002, tr.126-127.

⁸ Xem thêm thông tin trên website chính thức của Ombudsman Thụy Điển: <https://www.jo.se/en/Decisions/>

sẽ dễ dàng hơn trong việc tiến hành công tác điều tra và đưa ra các khuyến nghị, báo cáo độc lập. Điều này sẽ đảm bảo được tính khách quan và minh bạch trong hoạt động của Ombudsman. Như vậy, Ombudsman tạo lòng tin với dân chúng hơn.

- So với tòa án, Ombudsman xử lý nhanh hơn và đỡ tốn kém hơn. Giải quyết sự việc theo con đường tòa án sẽ mất nhiều thời gian cho trình tự, thủ tục; các bên liên quan thường bị tổn kém về án phí, luật sư; trong khi đó, xử lý bằng Ombudsman hoàn toàn miễn phí.

- Các quyết định của Ombudsman không mang tính bắt buộc mà chỉ mang tính thuyết phục, nên giải pháp của Ombudsman thường là giải pháp thân thiện và cân bằng, tránh việc được – thua giữa các bên.

- Trong khi các cơ quan tư pháp, hành chính chỉ có thể xử lý vụ việc dựa trên các căn cứ pháp luật hoặc khi có các vụ việc liên quan đến hành vi phạm pháp, thì Ombudsman lại có quyền năng giải quyết các vụ việc không chỉ liên quan đến pháp luật mà còn liên quan đến vấn đề hợp lý, hợp tình trong hoạt động của cơ quan nhà nước. Vì thế, nhiều vụ việc giải quyết bằng con đường tòa án không thành công, nhưng lại thành công theo con đường của Ombudsman.

- Ombudsman là một thiết chế giám sát hữu hiệu đối với hoạt động của Chính phủ. Ombudsman đã chứng minh qua thực tế hoạt động rằng, đây là một cơ quan giám sát hữu hiệu, đặc biệt trong vấn đề chống tham nhũng, lãng phí, nâng cao tính minh bạch của các cơ quan chính phủ, từ đó trực tiếp hoặc gián tiếp bảo vệ quyền của người dân.

- Ombudsman nhân quyền của nhiều nước cũng là một cơ quan có khả năng hợp

tác quốc tế. Các Ombudsman này là cầu nối cho hoạt động nhân quyền quốc gia với quốc tế. “Tuy là một thiết chế quyền lực nhà nước, nhưng nhiệm vụ chính của Ombudsman là bảo vệ nhân quyền nên thiết chế này có quan hệ quốc tế rộng rãi trong lĩnh vực nhân quyền. Điều này cho phép Ombudsman phát triển hoạt động của mình ra ngoài phạm vi của quốc gia”⁹.

4.2. Về hạn chế

- So với hệ thống tư pháp: Trong khi các quyết định của tòa án có giá trị bắt buộc thi hành thì các khuyến nghị của Ombudsman chỉ mang tính gợi ý, đề nghị. Ở những nước Ombudsman đã hoạt động nhiều năm và có uy tín thì đây không bị xem là nhược điểm, nhưng ở những nơi Ombudsman mới thành lập, chưa tạo dựng được uy tín đáng kể thì đây rõ ràng là một hạn chế.

- Hiệu quả hoạt động của Ombudsman phụ thuộc rất nhiều vào vai trò, uy tín và tầm hoạt động của cá nhân đảm trách vị trí Ombudsman. Thiết chế này đề cao vai trò cá nhân của người đứng đầu. Mọi việc được tiến hành trong cơ quan này cũng là nhân danh cá nhân Ombudsman. Vì vậy, nếu Ombudsman là người năng động, trách nhiệm và có tầm ảnh hưởng lớn thì uy tín của thiết chế sẽ được nâng cao, nhưng ngược lại sẽ gây ảnh hưởng đến uy tín của thiết chế này.

- Ombudsman trong mắt người dân tại nhiều nơi không khác gì một chính khách, một nhà hoạt động chính trị chuyên nghiệp,

⁹ Mai Văn Thắng, Bàn về thiết chế Ombudsman ở Liên bang Nga, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội: Luật học, Tập 31, số 2 (2015), tr. 57-58.

vì vậy, mô hình này cũng không hẳn là gần gũi, cuốn hút dân chúng.

5. Gọi mở cho Việt Nam

5.1. Việt Nam có cần đến cơ quan nhân quyền quốc gia?

Theo các tiêu chí được đề cập trong Nguyên tắc Paris về các cơ quan nhân quyền quốc gia, Việt Nam hiện chưa có cơ quan nào có thể coi là cơ quan nhân quyền quốc gia. Cụ thể, Việt Nam chưa có Ủy ban nhân quyền cũng như bất cứ thiết chế nào có thể coi là Ombudsman như ở nhiều nước khác. Các Hiến pháp và luật của Việt Nam từ trước đến nay cũng chưa từng quy định về cơ quan nhân quyền quốc gia.

Có quan điểm cho rằng, một số cơ quan ở Việt Nam trên thực tế có thể coi là các cơ quan nhân quyền đặc biệt như: Ủy ban vì sự tiến bộ của phụ nữ; Ủy ban Dân tộc (của Chính phủ); Hội đồng Dân tộc (của Quốc hội), các hội, đoàn... Tuy nhiên, mặc dù các cơ quan này có chức năng thực hiện một số hoạt động theo kiểu cơ quan nhân quyền ở các nước, nhưng không thể được coi là các cơ quan nhân quyền thực sự, vì không phù hợp với Nguyên tắc Paris ở nhiều điểm cốt lõi, bao gồm tính độc lập cũng như chức năng, nhiệm vụ.

Nguyên nhân chính khiến Việt Nam chưa có cơ quan nhân quyền quốc gia là do nhận thức về cơ chế này. Ở Việt Nam, các cơ quan nhân quyền quốc gia thường bị nhìn nhận như một dạng NGO, thậm chí một hình thức tổ chức đối lập với chính quyền. Tuy nhiên, cần thiết phải xây dựng một cơ quan này ở Việt Nam với các lý do sau:

- Các cơ chế bảo vệ và thúc đẩy quyền con người hiện nay ở Việt Nam chưa thực sự hiệu quả. Hoạt động của các cơ quan bảo vệ quyền con người rời rạc và chưa thực sự kết nối được với nhau.

- Các dự án luật, các chương trình, dự án phát triển... của Nhà nước trong thời gian qua ra đời mà chưa tính đến yếu tố “quyền con người”. Quyền của người dân ở nhiều nơi, nhiều lúc đã bị xâm hại từ phía các cơ quan nhà nước. Vì thế, cần có thiết chế tư vấn và khuyến nghị cho các cơ quan nhà nước bảo đảm quyền con người trong các dự án luật, chương trình, dự án phát triển này.

- Giáo dục quyền con người ở Việt Nam còn thiếu và yếu. Vì vậy, cần có một cơ quan là đầu mối trong hoạt động thúc đẩy quá trình giáo dục quyền con người, nâng cao hiểu biết của các cơ quan nhà nước và người dân trong lĩnh vực này.

- Hiện nay, Việt Nam chưa có một cơ quan giám sát việc thực hiện các công ước quốc tế về quyền con người, nên cần có một cơ quan giám sát và đưa ra các khuyến nghị để thúc đẩy hoạt động này hiệu quả.

- Nhận thức của nhân dân, của xã hội về pháp luật nói chung và về vấn đề quyền con người nói riêng còn kém. Việc có một cơ quan nhân quyền quốc gia làm đầu mối, giúp đỡ nhân dân trong các hoạt động thúc đẩy và bảo vệ quyền con người là thực sự cần thiết.

- Việc xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia cũng giúp cho Việt Nam hội nhập sâu rộng vào đời sống quốc tế. Quốc hội đã phê chuẩn Hiến chương ASEAN, và theo quy định của Hiến chương sẽ thiết lập cơ chế khu vực về quyền con người. Hiện nay, hầu hết các nước ASEAN đều đã có cơ quan nhân quyền quốc gia có quan hệ mật thiết với Ủy ban Liên chính phủ về Quyền con người của ASEAN (AICHR). Việt Nam cần sớm nghiên cứu thành lập cơ quan nhân quyền quốc gia để kết nối hoạt động với cơ quan nhân quyền của các nước trong khu vực và với AICHR.

- Việc xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia nằm trong khuyến nghị của nhiều quốc gia đối với Việt Nam trong hai kỳ báo cáo quốc gia kiểm điểm định kỳ tình hình thực hiện quyền con người tại Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc (UPR), và Việt Nam đã chấp nhận các khuyến nghị này trong kỳ báo cáo UPR lần thứ hai năm 2014.

- Việt Nam cũng đã cam kết sẽ xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia trong tiến trình ứng cử vào Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc nhiệm kỳ 2014-2016.

5.2. Một số yêu cầu đối với cơ quan nhân quyền quốc gia của Việt Nam

Thứ nhất, cơ quan nhân quyền quốc gia phải được xây dựng phù hợp với điều kiện, đặc thù về chính trị, pháp lý, thể chế, xã hội, văn hóa của Việt Nam nhằm đảm bảo hoạt động và góp phần hiệu quả vào việc thúc đẩy, bảo vệ quyền con người.

Thứ hai, cơ quan nhân quyền quốc gia phải có vai trò độc lập, khách quan; có tinh thần đối thoại, hợp tác và tư vấn để có thể làm cầu nối, đóng góp xây dựng với nhà nước, tiếp thu, lắng nghe ý kiến của các tổ chức chính trị, xã hội trong vấn đề về quyền con người.

Thứ ba, việc xây dựng cơ quan này cần tham khảo các yêu cầu và nội dung của Nguyên tắc Paris về các cơ quan nhân quyền quốc gia.

Như vậy, căn cứ vào các điều kiện, đặc thù, cơ quan nhân quyền quốc gia của Việt Nam trong tương lai cần hội tụ các yếu tố sau:

- Việc thành lập, vai trò, chức năng của cơ quan nhân quyền quốc gia phải được quy định trong luật. Vì thế, cần soạn thảo và ban hành Luật về cơ quan nhân quyền quốc gia.

- Cơ quan nhân quyền quốc gia của Việt Nam cần tập trung vào các hoạt động

sau: i) Nghiên cứu, tư vấn về quyền con người cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền; ii) Hỗ trợ việc xây dựng các chương trình, dự án đảm bảo thúc đẩy, bảo vệ quyền con người; iii) Xây dựng các chương trình giáo dục quyền con người ở các cấp độ, dành cho các đối tượng khác nhau; iv) Xây dựng các báo cáo về quyền con người; v) Hợp tác quốc tế và khu vực trong lĩnh vực quyền con người; vi) Điều tra các khiếu nại của các tổ chức và cá nhân về vi phạm quyền con người.

5.3. Đề xuất mô hình cho Việt Nam

Từ những phân tích trên, có thể thấy mô hình Ombudsman thực tế cũng có thể được tham khảo và xây dựng ở Việt Nam vì những lý do sau đây:

- Ombudsman là cơ quan trực thuộc Quốc hội mà ở Việt Nam Quốc hội là cơ quan nhà nước có uy tín và niềm tin với người dân trong công tác bảo vệ và thúc đẩy quyền con người.

- Người dân Việt Nam cũng có tư tưởng ngại đến tòa án, không muốn giải quyết các tranh chấp, đặc biệt là các tranh chấp với cơ quan nhà nước ở tòa án. Vì thế, một mô hình giải quyết tranh chấp thay thế theo kiểu Ombudsman sẽ dễ dàng tiếp cận gần gũi với nhân dân hơn.

- Mô hình Ombudsman cũng có thể giải quyết được các vấn đề hợp pháp nhưng lại bất hợp lý trong các quyết định hành chính gây thiệt hại cho nhân dân – một điều còn phổ biến trong hoạt động hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay.

- Hiện nay, chúng ta đã có thiết chế Ban Dân nguyện trực thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Mỗi năm Ban Dân nguyện nhận được khoảng 18.000 đơn thư khiếu nại. Tuy nhiên, trên thực tế, hoạt động của Ban này

mới chỉ dừng lại ở việc chuyển đơn thư đến các cơ quan có thẩm quyền giải quyết và nhận báo cáo của các cơ quan đó khi họ ra quyết định. Song hầu như, chỉ có 20-30% các cơ quan thông báo lại với Ban Dân nguyện về những quyết định mà họ đưa ra¹⁰. Đối với các trường hợp không thông báo lại, cũng không rõ Ban xử lý như thế nào?

Như vậy, việc cải tiến Ban Dân nguyện thành một cơ chế như Ombudsman có lẽ là một lựa chọn hợp lý. Đó là Thanh tra Quốc hội của Việt Nam với nhiệm kỳ theo nhiệm kỳ của Quốc hội. Thanh tra Quốc hội không nhất thiết phải là đại biểu Quốc hội mà do Chủ tịch Quốc hội hoặc các Ủy ban của Quốc hội đề cử và Quốc hội bỏ phiếu chọn. Đối với Thanh tra Quốc hội, ngoài các tiêu chí về sức khỏe, đạo đức, uy tín thì nhất thiết phải có chuyên môn và kinh nghiệm trong lĩnh vực pháp luật và quyền con người.

Chức năng của Thanh tra Quốc hội cũng giống các mô hình khác trên thế giới,

đó là: Tiếp nhận các đơn thư khiếu nại về hoạt động của cơ quan hành chính và tư pháp; tiến hành điều tra và đưa ra khuyến nghị; có quyền và nghĩa vụ báo cáo hoạt động với Quốc hội. Thanh tra Quốc hội được xây dựng theo mô hình này ở Việt Nam sẽ không đảm nhận các chức năng như: làm báo cáo về nhân quyền gửi các cơ quan Liên hợp quốc; giáo dục nhân quyền hay nghiên cứu và tư vấn về nhân quyền. Thẩm quyền này nên để cho một Viện Nhân quyền đảm trách.

Như vậy, một mô hình mà Việt Nam có thể tham khảo trong quá trình xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia là mô hình kết hợp giữa Ombudsman và Viện Nhân quyền. Đây là mô hình khá phổ biến ở nhiều nước trên thế giới. Các quốc gia xây dựng mô hình Ombudsman truyền thống như Thụy Điển, Đan Mạch, Na Uy cũng xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia theo mô hình kết hợp này.

¹⁰ Trương Thị Hồng Hà, Thanh tra Quốc hội của một số nước trên thế giới và sự cần thiết thành lập ở Việt Nam, trong sách “*Các thiết chế hiến định độc lập, kinh nghiệm quốc tế và triển vọng ở Việt Nam*”, Viện Chính sách công và Pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2013, tr. 76-77.

(Tiếp theo trang 53 – Người đại diện theo ...)

dễ dẫn đến thiệt hại cho họ và dẫn đến tranh chấp, vì theo quy định của BLDS 2015, nếu giao dịch do người không có thẩm quyền đại diện thực hiện hoặc vượt quá phạm vi đại diện thì giao dịch đó hoặc phần vượt quá phạm vi đại diện không có giá trị đối với doanh nghiệp (Điều 142, 143). Mặc dù pháp

luật có quy định người đại diện phải thông báo cho bên giao dịch biết về phạm vi đại diện của mình, nhưng trong trường hợp người đại diện cố tình không thông báo thì pháp luật cũng không ràng buộc trách nhiệm của doanh nghiệp đối với giao dịch trong trường hợp này.

NHỮNG ĐIỂM BẤT HỢP LÝ TRONG QUY ĐỊNH CỦA HOA KỲ VỀ KIỂM TRA ĐỐI VỚI CÁ DA TRƠN VÀ KHẢ NĂNG KHỞI KIỆN CỦA VIỆT NAM

*Trần Vang Phú**

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích các quy định của Hoa Kỳ liên quan đến chương trình kiểm tra đối với mặt hàng cá da trơn, đồng thời so sánh với quy định của WTO về các biện pháp kiểm dịch vệ sinh an toàn dịch tễ đối với động, thực vật. Từ đó, chứng minh các quy định nói trên của Hoa Kỳ là không phù hợp với quy định của WTO.

Abstract: This article analyses US laws and regulations on catfish control and compare them with WTO rules on sanitary and phytosanitary measures. It proves that those US laws and regulations are inconsistent with WTO rules.

1. Đặt vấn đề

Tranh chấp chính sách thương mại liên quan đến mặt hàng cá da trơn giữa Việt Nam và Hoa Kỳ xảy ra trên ba phương diện: (i) Quy định liên quan đến rào cản kỹ thuật trong thương mại (nhãn hiệu và việc sử dụng thuật ngữ “catfish” đối với mặt hàng cá da trơn); (ii) Thuế chống bán phá giá của Hoa Kỳ đối với mặt hàng cá da trơn phi-lê đông lạnh từ Việt Nam; và (iii) Quy định về vệ sinh an toàn và dịch tễ (chương trình kiểm tra của Hoa Kỳ đối với mặt hàng cá da trơn). Bài viết chỉ tập trung vào các vấn đề liên quan đến quy định mới của Hoa Kỳ áp dụng cho tất cả sản phẩm cá da trơn từ ngày 01/3/2016.

Tháng 1/1994, Hoa Kỳ gỡ bỏ lệnh cấm vận kinh tế đối với Việt Nam¹, góp phần thúc đẩy việc bình thường hoá quan hệ giữa hai quốc gia và mở ra cánh cửa mới cho hàng hoá của Việt Nam thâm nhập vào thị

trường khó tính nhưng đầy tiềm năng này. Việt Nam bắt đầu xuất khẩu cá Tra và Basa (sau đây gọi chung là cá da trơn) vào Hoa Kỳ từ năm 1996, với sản lượng không ngừng tăng trong các năm tiếp theo, đạt mốc gần 8.000 tấn vào năm 2001 và hơn 1,1 triệu tấn năm 2013². Tuy nhiên, ngành công nghiệp cá da trơn cũng là một ngành sản xuất quan trọng tại các tiểu bang ở miền Nam Hoa Kỳ như Mississippi, Louisiana, Alabama... Vào thời điểm này, các nhà sản xuất cá da trơn của Hoa Kỳ phải đối mặt với khó khăn là thiên tai và giá nguyên liệu phục vụ việc nuôi và chế biến cá da trơn tăng gấp nhiều lần; đồng thời, một lượng lớn cá da trơn nhập khẩu với giá rẻ, nhưng chất lượng tương đương với mặt hàng nội địa đã buộc các nhà sản xuất cá da trơn Hoa Kỳ phải cắt giảm sản lượng sản xuất cũng

* Khoa Luật – Đại học Cần Thơ.

¹ Vietnam.usembassy, *Chronology of Key Events in U.S. – Vietnam Relations*, <http://vietnam.usembassy.gov/chronology.html>, truy cập ngày 21/7/ 2015.

² National Marine Fisheries Statistics, https://www.st.nmfs.noaa.gov/pls/webpls/trade_prdct_cntry_ind.results?qttype=IMP&qyearfrom=1997&qyearto=2015&qprod_name=CATFISH&qcountry=5520&qsort=COUNTRY&qoutput=TABLE, truy cập ngày 6/12/2015.

như giá thành³. Trước tình hình đó, Hiệp hội các nhà nuôi cá da trơn Hoa Kỳ (CFA) đã hành động để bảo vệ thị trường của họ. CFA thực hiện chiến dịch quảng cáo với mục đích tuyên truyền cá da trơn nhập khẩu, đặc biệt từ Việt Nam chứa nhiều chất hoá học nguy hiểm, dư lượng chất kháng sinh cao, được nuôi dưới môi trường ô nhiễm với thức ăn bẩn... Tháng 12/2002, một phái đoàn của Hoa Kỳ gồm Bộ Thương mại Hoa Kỳ (DOC) và CFA đã đến Việt Nam với mục đích tìm bằng chứng chứng minh cá da trơn của Việt Nam không an toàn cho sức khỏe của người tiêu dùng Hoa Kỳ. Tuy nhiên, kết quả đã không như những gì họ mong đợi.

Do chất lượng cá của Việt Nam không thua kém cá nội địa và giá thành thấp hơn rất nhiều, cùng với việc CFA không thể đưa ra các bằng chứng rõ ràng để chứng minh cho lập luận của họ về mức độ không an toàn của cá da trơn nhập khẩu, vì vậy, CFA đã vận động hành lang (lobbying) nghị sĩ của Hoa Kỳ nhằm áp đặt một chương trình kiểm duyệt gắt gao hơn đối với mặt hàng cá da trơn.

2. Quy định của Hoa Kỳ về kiểm định đối với mặt hàng cá da trơn (*Siluriformes*)

Ngày 18/6/2008, Hạ viện Hoa Kỳ thông qua Đạo luật về Thực phẩm, Bảo tồn và Năng lượng năm 2008, thường được gọi là Luật Nông trại năm 2008 (the 2008 Farm Bill). Điều 11016(b) của Luật Nông trại năm 2008 sửa đổi Điều 601(w) của Đạo luật Liên bang về kiểm tra đối với mặt hàng thịt (The Federal Meat Inspection Act), theo đó,

³ Kehar Singh and Madan Mohan Dey, *International Competitiveness of Catfish in the U.S. Market: a Constant Market Share Analysis*, *Aquaculture Economics & Management*, số 15(2011), tr. 17.

thuật ngữ “catfish” sẽ được định nghĩa lại bởi Bộ trưởng Bộ Nông nghiệp Hoa Kỳ, và Chương trình kiểm tra đối với cá da trơn (họ *Ictaluridae*)⁴ sẽ được chuyển từ Cơ quan quản lý thực phẩm và dược phẩm (FDA) sang Bộ Nông nghiệp (USDA), cụ thể là sẽ giao cho Ban quản lý thực phẩm an toàn và dịch vụ kiểm soát (FSIS) thực hiện. Bên cạnh đó, Điều 606(b) của Đạo luật thứ 21 Hoa Kỳ (21 U.S.C. 606) được bổ sung quy định, mà theo đó Chương trình kiểm tra của USDA đối với mặt hàng cá da trơn (*Ictaluriadae* fish) sẽ xem xét cả quy trình nuôi trồng và chế biến⁵. Do mục đích thật sự của quy định này là tạo thêm rào cản cho cá da trơn nhập khẩu, đặc biệt là từ Việt Nam, nhưng theo Luật Nông trại năm 2002, cá Tra và Basa của Việt Nam không được xem là “catfish”⁶. Vì vậy, những quy định trên Luật Nông trại năm 2008 đã không áp dụng đối với Việt Nam, bởi Chương trình kiểm định này được triển khai thì chỉ áp dụng cho cá da trơn nội địa của Hoa Kỳ và các sản phẩm cá da trơn nhập khẩu thuộc nhóm cá *Ictaluridae*. Vì lý do này, CFA tiếp tục vận động hành lang và tuyên truyền rằng người tiêu dùng Hoa Kỳ đang rất lo ngại về mối nguy hiểm do vi khuẩn *Salmonella* trên cá da trơn, nên cần thiết phải áp dụng một chương trình kiểm dịch gắt gao hơn cho tất cả các loài cá thuộc bộ *Siluriformes*. Hạ viện của Hoa Kỳ tiếp tục thông qua Luật Nông trại năm 2014 (the

⁴ Vấn đề liên quan đến quy định của Hoa Kỳ về việc sử dụng thuật ngữ “catfish” cho đóng gói hàng hoá và quảng cáo sẽ được phân tích trong một nghiên cứu khác về tranh chấp liên quan đến rào cản kỹ thuật.

⁵ Điều 606(b) của Đạo luật 21 U.S.C. 606, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2014-title21/html/USCODE-2014-title21-chap12-subchapI-sec608.htm>, truy cập ngày 11/2/2016.

⁶ Điều 10806(a) Luật Nông trại năm 2002.

2014 Farm Bill), và Điều 12106(a) của Luật này đã thay thế thuật ngữ “catfish” bằng thuật ngữ “toàn bộ cá thuộc bộ Siluriformes – all fish of the order Siluriformes”. Như vậy, khi Luật Nông trại năm 2014 có hiệu lực thì Chương trình kiểm tra của USDA sẽ được áp dụng cho tất cả các loài cá thuộc bộ *Siluriformes*, bao gồm cả cá Tra và Basa. Vấn đề cần lưu ý ở đây là, các mặt hàng thực phẩm khác vẫn tiếp tục được kiểm duyệt bởi FDA, trừ cá da trơn, thịt và trứng sẽ bị kiểm tra bởi USDA. Ngày 02/12/2015, USDA ban hành quy định 80 FR 75589 để cụ thể hoá các quy định liên quan đến chương trình kiểm định đối với cá da trơn trong Luật Nông trại năm 2014, Đạo luật Liên bang về kiểm tra đối với mặt hàng thịt và các quy định khác có liên quan.

Tóm lại, quy định của Hoa Kỳ liên quan đến cá da trơn có bốn điểm cần lưu ý:

Thứ nhất, kể từ ngày 01/3/2016, toàn bộ cá và các mặt hàng liên quan đến cá thuộc bộ *Siluriformes* sẽ bị kiểm tra bởi USDA, thay vì FDA như trước đây. Vấn đề quan trọng là, FDA sẽ vẫn tiếp tục kiểm định các mặt hàng thực phẩm khác như rau quả, thủy hải sản khác...

Thứ hai, kể từ ngày 01/3/2016, để tiếp tục được chấp nhận xuất khẩu mặt hàng cá da trơn vào Hoa Kỳ, các nước xuất khẩu phải nộp tài liệu theo yêu cầu của FSIS để Hoa Kỳ đánh giá việc quản lý đối với hoạt động nuôi và chế biến cá da trơn có “tương đồng” với Hoa Kỳ hay không. Đồng thời, các quốc gia xuất khẩu cũng phải nộp danh sách các doanh nghiệp sẽ tiếp tục xuất khẩu cá da trơn vào Hoa Kỳ trong thời gian tới. Nếu trong thời gian 18 tháng của giai đoạn chuyển tiếp, tính từ ngày 01/3/2016, quốc gia xuất khẩu không nộp các tài liệu thì mặt

hàng cá da trơn từ quốc gia đó sẽ bị từ chối nhập khẩu vào Hoa Kỳ.

Thứ ba, kể từ ngày 01/9/2017, để được chấp nhận xuất khẩu mặt hàng cá da trơn vào Hoa Kỳ, hệ thống kiểm tra và quản lý từ khâu nuôi đến chế biến thành phẩm của quốc gia xuất khẩu phải được công nhận tương đương với hệ thống của Hoa Kỳ, nếu không sản phẩm cá da trơn của quốc gia đó sẽ bị từ chối nhập vào thị trường Hoa Kỳ.

Thứ tư, thay vì kiểm tra chất lượng của sản phẩm thành phẩm, USDA sẽ kiểm tra luôn cả quy trình nuôi và chế biến cá da trơn tại quốc gia xuất khẩu. Từ ngày 1/3/2016, ít nhất một phần tư các lô hàng và kể từ ngày 1/9/2017, toàn bộ các lô hàng cá da trơn sẽ bị kiểm định khi nhập vào Hoa Kỳ.

3. Đánh giá sự tương thích của chương trình kiểm định cá da trơn của Hoa Kỳ với quy định của Hiệp định WTO về các biện pháp kiểm dịch động, thực vật

3.1. Các quy định chính của Hiệp định về các biện pháp kiểm dịch động, thực vật của WTO

Hiệp định về các biện pháp kiểm dịch động, thực vật (Hiệp định SPS) cho phép các quốc gia thành viên của WTO được áp dụng bất kỳ các biện pháp nào liên quan đến kiểm dịch động, thực vật để bảo vệ sức khoẻ hay đời sống của con người, động vật hoặc thực vật trong phạm vi lãnh thổ quốc gia thành viên đó⁷. Tuy nhiên, Điều 2.2 của Hiệp định SPS quy định rằng, nếu một quốc gia thành viên muốn áp đặt một biện pháp SPS nào đó lên mặt hàng xuất khẩu, thì những biện pháp đó phải dựa trên những bằng chứng khoa học đầy đủ (sufficient

⁷ Điều 2.1 Hiệp định SPS.

scientific evidence) và dựa trên kết quả đánh giá rủi ro (risk assesment) khi có nguồn gốc từ hàng nhập khẩu⁸. Những biện pháp đó phải bị dỡ bỏ nếu thiếu những bằng chứng khoa học hoặc có một biện pháp thay thế khác được đánh giá là ít gây trở ngại cho hoạt động thương mại so với biện pháp đang được áp dụng⁹. Trong trường hợp thiếu những bằng chứng khoa học, quốc gia nhập khẩu có quyền áp dụng một số các biện pháp SPS tạm thời để tránh hoặc hạn chế các nguy hiểm có thể xảy ra cho sức khoẻ hoặc đời sống của con người, động vật hoặc thực vật. Nhưng những biện pháp tạm thời đó vẫn phải dựa trên các thông tin liên quan có sẵn, và phải thực hiện đánh giá khách quan các rủi ro có nguồn gốc từ hàng nhập khẩu xác định. Bên cạnh đó, trong một khoảng thời gian hợp lý phải tiến hành đánh giá lại các biện pháp SPS đã áp dụng¹⁰.

Một vấn đề cần lưu ý là, giữa các biện pháp SPS đã được áp dụng và kết quả đánh giá rủi ro phải có mối liên hệ hợp lý (reasonable link). Nói cách khác, phải có bằng chứng rõ ràng từ nghiên cứu đánh giá rủi ro chỉ ra rằng, việc áp dụng các biện pháp SPS hiện tại là cần thiết, phù hợp và hiệu quả, tránh hoặc hạn chế những nguy hiểm cho sức khoẻ hoặc tính mạng của con người, động vật hoặc thực vật. Nếu những biện pháp SPS đó không dựa trên các bằng chứng khoa học hoặc không được “hỗ trợ” bởi kết quả từ các đánh giá rủi ro, thì bị coi là đã tạo ra những trở ngại quá mức cần thiết cho hoạt động thương mại quốc tế và trái với Hiệp định SPS¹¹.

⁸ Điều 5.1 Hiệp định SPS.

⁹ Điều 5.6 và chú thích số 3 của Hiệp định SPS.

¹⁰ Điều 5.7 Hiệp định SPS.

¹¹ Giải thích của Hội đồng giải quyết tranh chấp vụ kiện EC – Hormones (1998), “WTO. Analytical

Ngoài ra, Hiệp định SPS còn yêu cầu (bắt buộc) các quốc gia thành viên phải đảm bảo rằng các biện pháp SPS được áp dụng ở mức độ bảo vệ phù hợp, sẽ không gây ra sự phân biệt đối xử hoặc trở ngại bất hợp lý đối với thương mại quốc tế khi các điều kiện giống hoặc tương tự xảy ra¹². Theo giải thích của Hội đồng giải quyết tranh chấp trong vụ kiện *Australia – Salmon (1998)*, thì sự “giống hoặc tương tự” về điều kiện ở đây là sự giống hoặc tương tự về mối nguy hiểm (similar of risk), không phải sự giống hay tương tự về hàng hoá (similar of product) như trong những hiệp định khác của WTO¹³. Cụ thể, trong vụ kiện trên, Australia sẽ vi phạm Hiệp định GATT 1994 và Hiệp định SPS nếu có bất kỳ sự phân biệt đối xử đối với mặt hàng cá Hồi trong nước với hàng nhập khẩu. Sự vi phạm cũng sẽ xảy ra nếu có phân biệt đối xử giữa cá Hồi nhập khẩu với bất kỳ một loại cá nội địa khác khi có cùng hoặc tương tự mối đe dọa.

3.2. Sự không tương thích giữa quy định của Hoa Kỳ liên quan đến cá da trơn với Hiệp định về các biện pháp kiểm dịch động, thực vật

USDA và những người ủng hộ Chương trình kiểm định này cho rằng, việc áp dụng những biện pháp kiểm định gắt gao hơn đối với mặt hàng cá da trơn là cần thiết vì ba lý do chính: (i) Cá da trơn nhập khẩu thường chứa dư lượng thuốc kháng sinh cao và các

Index: Sanitary and Phytosanitary Measures”, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/sps_02_e.htm, truy cập ngày 20/1/2016, đoạn 134.

¹² Điều 2.3 Hiệp định SPS.

¹³ Báo cáo của Hội đồng giải quyết tranh chấp vụ kiện *Australia - Salmon (Article 21.5 - Canada)*, đoạn. 7.112, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/sps_01_e.htm, truy cập ngày 20/1/2016.

chất độc hại khác; (ii) Sự nguy hiểm từ vi khuẩn Salmonella trên cá da trơn; và (iii) Cá da trơn từ Việt Nam chứa dư lượng chất độc hoá học dioxin cao. Tuy nhiên, những bằng chứng khoa học đã chứng minh các lập luận trên của Hoa Kỳ là thiếu cơ sở khoa học và không khách quan. Cụ thể:

Một là, để tạo hình ảnh xấu cho cá da trơn nhập nhẫu, đặc biệt là cá da trơn của Việt Nam, CFA đã lập luận rằng cá Tra và Basa của Việt Nam không an toàn để tiêu thụ¹⁴ và vì vậy, phải áp đặt một chương trình kiểm tra khó hơn để bảo vệ sức khoẻ của người tiêu dùng Hoa Kỳ. Tuy nhiên, Hoa Kỳ không thể đưa ra đầy đủ bằng chứng để chứng minh. Theo đó, FDA đã tiến hành kiểm tra 98 mẫu cá da trơn từ Việt Nam và chỉ phát hiện 12 mẫu chứa thuốc cấm sử dụng trong giai đoạn 2006 – 2007¹⁵. Nhưng, FDA đã phát hiện 7 trong số 45 mẫu cá da trơn nội địa chứa dư lượng hoá chất, kháng sinh vượt mức cho phép¹⁶. Trong nhiều chương trình kiểm tra, FDA đã kết luận rằng dư lượng thuốc kháng sinh, kim loại nặng, chất độc... trong cá da trơn nội địa thường bằng hoặc cao hơn so với cá da trơn nhập khẩu¹⁷.

Theo một nghiên cứu, họ đã phát hiện 20 mẫu cá tra bắt từ tự nhiên, 5 mẫu cá tra nuôi trong ao và 5 mẫu thức ăn công nghiệp

tại đồng bằng sông Cửu Long chứa chất ô nhiễm nhưng ở mức độ thấp¹⁸. Kết quả nghiên cứu của Elena Orban trên sản phẩm cá da trơn của Việt Nam tại Italy cũng chứng minh rằng, hàm lượng chất tồn dư và kim loại nặng trong cá da trơn của Việt Nam là thấp hơn những mẫu cá của các quốc gia khác. Orban cũng đưa ra kết luận rằng, hàm lượng chất ô nhiễm trong cá da trơn Việt Nam có mối liên hệ với yếu tố môi trường nước¹⁹.

Hai là, CFA, USDA và những người ủng hộ Chương trình kiểm định cá da trơn của Hoa Kỳ đều nhấn mạnh Hoa Kỳ cần phải áp dụng chương trình này để hạn chế mối nguy hiểm của vi khuẩn Salmonella đến từ sản phẩm cá da trơn. Tuy nhiên, trong tài liệu đánh giá rủi ro về nguy hiểm tiềm ẩn đối với sức khoẻ con người liên quan đến cá da trơn (gọi là Đánh giá rủi ro trên cá da trơn - Risk Assessment of Siluriformes fish) được thực hiện và công bố bởi FSIS vào tháng 1/2015 đã chỉ ra rằng, với số liệu hiện tại họ không thể đưa ra kết luận có một sự nguy hiểm tiềm ẩn của vi khuẩn Salmonella từ sản phẩm cá da trơn²⁰. Đáng lưu ý hơn, FSIS tuyên bố rằng,

¹⁴ James Moreland, *Vietnamese Fish are Unsafe for American Consumption, but the WTO Won't Let Us Protect Ourselves*, <http://economyincrisis.org/content/vietnamese-fish-are-unsafe-for-american-consumption-but-the-wto-wont-let-us-protect-ourselves>, truy cập ngày 11/12/2015.

¹⁵ Exponent, *Center for Chemical Regulation and Food Safety - Catfish Risk Profile*. http://www.safecatfish.com/wp-content/uploads/.../Catfish_Risk-Report.pdf, truy cập ngày 20/1/2016.

¹⁶ Tlđđ, tr. 14.

¹⁷ Tlđđ, tr. 11-23.

¹⁸ Minh et al. (2006), *Contamination by polybrominated diphenyl ethers and persistent organochlorines in catfish and feed from Mekong River Delta, Vietnam*. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1897/05-600R.1/full>, truy cập ngày 26/1/2016.

¹⁹ Elena Orban et al. (2008), *New trends in the seafood market. Sutchi catfish (Pangasius hypophthalmus) fillets from Vietnam: Nutritional quality and safety aspects*. Food Chemistry Journal, Vol. 110 (2008), pp. 383-385, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308814608001787>, truy cập ngày 26/1/2016.

²⁰ USDA - Food Safety and Inspection Service, *Assessment of the Potential Change in Human Health Risk associated with Applying Inspection to Fish of the order Siluriformes*, January 2015, p. 9, <http://www.fsis.usda.gov/wps/wcm/connect/63387be>

do thiếu dữ liệu về các trường hợp phát hiện vi khuẩn Salmonella trên sản phẩm cá da trơn nhập khẩu, nên mỗi nguy hiểm tiềm năng từ vi khuẩn Salmonella trên cá da trơn nhập khẩu sẽ được đánh giá là tương đương với số liệu được phát hiện trên cá da trơn nội địa²¹. FSIS cũng chỉ ra rằng, do không có kinh nghiệm trong việc kiểm tra đối với cá da trơn, nên FSIS sẽ áp dụng chương trình, hệ thống kiểm tra của gia cầm cho cá da trơn²².

Theo các thông tin khoa học chính thống, vi khuẩn Salmonella được phát hiện trên hầu hết các loại thực phẩm như thịt, trứng, rau quả, trái cây, thủy hải sản, nước...²³; và theo báo cáo của Cục thống kê Liên bang Hoa Kỳ năm 2011, trong 20 năm qua tại Hoa Kỳ chỉ duy nhất một vụ việc phát hiện bệnh do vi khuẩn Salmonella gây ra có nguồn gốc từ cá da trơn vào năm 1991²⁴. Như vậy, việc Hoa Kỳ chỉ chuyển việc kiểm định sản phẩm cá thuộc bộ Siluriformes từ FDA sang USDA, trong khi những loại thủy hải sản và thực phẩm khác có nguy cơ cao về vi khuẩn Salmonella vẫn bị kiểm định bởi FDA, là một sự phân biệt đối xử giữa sản phẩm cá da trơn với các sản phẩm khác, khi mỗi nguy hiểm từ vi khuẩn Salmonella trên cá da trơn là tương đương hoặc thấp hơn các loại sản phẩm đó.

5-ca8e-442d-b047-f031f29a8a47/Siluriformes-RA.pdf?MOD=AJPERES, truy cập ngày 11/2/2016.

²¹ Tlđđ, tr. 54-55.

²² Tlđđ, tr. 55.

²³ Foodsafety, *Salmonella*. <http://www.foodsafety.gov/poisoning/causes/bacteria/viruses/salmonella/>, truy cập ngày 28/2/2016.

²⁴ U.S. Government Accountability Office, *High Risk Series: An Update, GAO-11-278*, p.112. <http://www.gao.gov/assets/320/315725.pdf>, truy cập ngày 26/2/2016.

Ba là, Hạ nghị sỹ Marion Berry từ Tiểu bang Arkansas cho rằng, cá Tra và Basa của Việt Nam là không an toàn vì chúng chứa chất độc dioxin do quân đội Hoa Kỳ sử dụng trong thời kỳ chiến tranh tại Việt Nam²⁵. Tuy nhiên, Hạ nghị sỹ Berry và những người ủng hộ ông ta đã không thể đưa ra được bằng chứng khoa học để chứng minh. Ngược lại, Giáo sư Arnold Schecter tại Trường Đại học Texas, Hoa Kỳ, đã thực hiện nhiều nghiên cứu và chứng minh rằng hàm lượng dioxin trong cá Tra và Basa là thấp hơn nhiều so với mức cho phép tại các quốc gia phát triển như Canada, Đức²⁶, thậm chí còn thấp hơn trong sản phẩm cá nội địa của Hoa Kỳ²⁷.

Giáo sư James Bacchus, cựu Thượng nghị sỹ bang Florida và là cựu Chủ tịch Cơ quan phúc thẩm của WTO giai đoạn 2001 – 2003 đã chỉ ra rằng, những quy định của Luật Nông trại 2014 liên quan đến cá da trơn không chỉ trái với quy định của Hiệp định GATT 1994, mà còn trái với quy định của Hiệp định SPS²⁸. Với những quy định

²⁵ New York Time, *The Great Catfish War*, <http://www.nytimes.com/2003/07/22/opinion/22TUE1.html>, truy cập ngày 27/1/2016.

²⁶ Arnold Schecter, M. P., Rainer Malisch and John Jake Ryan, (2003), *Are Vietnamese Food Exports Contaminated with Dioxin from Agent Orange*, *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part A*, 66:15-16, 1391-1404. doi:10.1080/15287390306416. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12857631>, truy cập ngày 2/11/2015.

²⁷ Arnold Schecter and et al. (2001), *Intake of dioxins and related compounds from food in the U.S. population*. *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part A*, 63:1–18., www.ejnet.org/dioxin/dioxininfood.pdf, truy cập ngày 2/11/2015.

²⁸ Ben Dipietro, *U.S. Lawmakers Squabble Over Farm Bill's Catfish Provision*, <http://blogs.wsj.com/riskandcompliance/2015/05/20/u-s-lawmakers-squabble-over-farm-bills-catfish-provision/>, truy cập ngày 27/1/2016.

như vậy, Hoa Kỳ có thể sẽ bị kiện bởi các quốc gia bị ảnh hưởng, và những hàng hoá khác của Hoa Kỳ có thể gặp phải “sự trả đũa”.

Tóm lại, từ những quy định và lập luận của Hoa Kỳ liên quan đến Chương trình kiểm định đối với mặt hàng cá da trơn có thể kết luận rằng, những quy định này là không phù hợp với Hiệp định SPS. Nói cách khác, Điều 12106 của Luật Nông trại năm 2014 và quy định 80 FR 75589 là trái với Điều 2.3 của Hiệp định SPS và Điều I Hiệp định GATT 1994, do đã tạo ra sự phân biệt đối xử bất hợp lý đối với mặt hàng cá da trơn. Ngoài ra, quy định trên của Hoa Kỳ cũng trái với quy định tại Điều 5.1 của Hiệp định SPS do Chương trình kiểm tra đối với cá da trơn không dựa trên đánh giá rủi ro (phải được thực hiện khách quan) và các bằng chứng khoa học. Vì vậy, đã tạo nên những trở ngại vượt quá mức yêu cầu đối với thương mại quốc tế và quy định này cũng vi phạm Điều 5.6 của Hiệp định SPS.

Đối với Việt Nam, trong trường hợp chọn phương án sử dụng cơ chế của WTO để giải quyết tranh chấp, chúng ta có thể tiếp thu có chọn lọc một số kinh nghiệm từ Peru trong vụ tranh chấp EC – Sardines. Theo đó, để giải quyết vấn đề thiếu nguồn nhân lực có đủ trình độ về ngoại ngữ và pháp lý để tham gia vụ kiện, thay vì phải bỏ ra một số tiền rất lớn để thuê luật sư nước ngoài, Peru chọn cách yêu cầu trợ giúp pháp lý từ Trung tâm tư vấn pháp lý của WTO (Advisory Centre on WTO Law)²⁹. Về cơ

bản, mọi sự tư vấn, hỗ trợ của trung tâm này dành cho các nước thành viên và các nước kém phát triển là miễn phí; tuy nhiên, nếu vượt quá số giờ được phép quy định bởi Hội đồng quản lý của Trung tâm đối với từng vụ việc cụ thể (case-by-case), thì mức phí sẽ được tính dựa trên mức GDP của nước thành viên có yêu cầu³⁰. Liên quan đến cơ sở pháp lý và chứng cứ để khởi kiện, các nước xuất khẩu cá da trơn vào Hoa Kỳ, đặc biệt là Việt Nam, hoàn toàn có đủ cơ sở để chứng minh rằng Chương trình kiểm định cá da trơn của USDA là thiếu cơ sở và gây trở ngại cho hoạt động sản xuất và xuất khẩu cá da trơn của các nước có liên quan. Việt Nam và các quốc gia có liên quan khác có thể yêu cầu Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (Dispute Settlement Body of the WTO) giải quyết vụ tranh chấp cũng như yêu cầu Hoa Kỳ dỡ bỏ những quy định không hợp lý này.

²⁹ Davis, C. L. (2006), Do WTO Rules Create a Level Playing Field? Lessons from the Experience of Peru and Vietnam. In J. S. Odell (Ed.), *Negotiating Trade - Developing Countries in the WTO and*

NAFTA, New York: Cambridge University Press, tr. 219-256.

³⁰ Thông tin chi tiết xem tại <http://www.acwl.ch/legal-advice/>, truy cập ngày 30/5/2016.