

THÔNG RA MỘT KỶ

7(363)

2018

NUM TH 47

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

## MỤC LỤC

### TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. L. MAI THANH

### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TR. V. BIÊN

### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. O. T. C.  
PGS.TS. B. X. C.  
PGS.TS. P. H. H.  
PGS.TS. T. N. H.  
PGS.TS. H. T. H.  
PGS.TS. P. H. N.  
PGS.TS. N. N. P.  
PGS.TS. L. M. T.  
PGS.TS. N. T. T.  
GS.TS. V. K. V.  
PGS.TS. O. N. C. V. C.

Trụ sở Tòa soạn:  
27 Trần Xuân Soạn  
Hà Nội

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:  
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoả hoạn  
bố chố số 121/GP-  
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá: 20.000

### LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

❖ HUỖNH THỊ SINH HIỀN: Một số quy tắc giải thích pháp luật thành văn của Úc và gợi mở cho Việt Nam 3

### LUẬT DÂN SỰ

❖ LÝ VĂN TOÁN – NGUYỄN THỊ KIM LAN: Công nhận giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức 12

❖ ĐÀM THỊ DIỄM HẠNH – LÊ THỊ KIM OANH: Một số bình luận về Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015: Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản 19

### LUẬT KINH TẾ, LUẬT NGÂN HÀNG

❖ LÊ HƯƠNG GIANG: Pháp luật về hòa giải thương mại của Cộng hòa Liên bang Đức và một số gợi mở cho Việt Nam 24

❖ NGUYỄN THỊ THƯƠNG: Giao dịch tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần 34

❖ NGUYỄN HẢI YẾN – NGUYỄN MINH HẰNG: Cơ sở cho việc hoán đổi nợ xấu của ngân hàng thương mại thành vốn góp doanh nghiệp để xử lý nợ xấu 43

### LUẬT QUỐC TẾ

❖ NGÔ HỮU PHƯỚC: Thẩm quyền tư vấn pháp luật của Tòa án công lý quốc tế 52

❖ NGUYỄN THỊ HỒNG YẾN – MAI NGÂN HÀ: Đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không tuân thủ quy định và biện pháp hạn chế thương mại của Liên minh châu Âu 62

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

❖ ĐẬU CÔNG HIỆP: Hệ thống Ủy ban giám sát trong Hiến pháp Trung Quốc sửa đổi năm 2018 73

❖ ĐÀO BẢO NGỌC: Quản trị địa phương ở một số quốc gia châu Âu: Góc nhìn lịch sử, lý luận và tham chiếu với Việt Nam 78

MONTHLY ISSUE

7(363)

2018

47<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**

LE MAI THANH

**DEPUTY EDITOR IN CHIEF**

TRAN VAN BIEN

**EDITORIAL BOARD**

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

*Office of the Editorial Board:*

*27 Tran Xuan Soan  
Ha Noi*

*Tel: 024.39713333*

*Fax: 024.39764534*

*Email:*

*tcnnpl@isl.gov.vn*

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

Printed by Water Resources  
Printing Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### *STATE AND LAW REVIEW*

- ❖ HUYNH THI SINH HIEN: Australia's principles on statutory interpretation and implications for Viet Nam 3

### *CIVIL LAW*

- ❖ LY VAN TOAN – NGUYEN THI KIM LAN: Recognition of civil transactions not in compliance with statutory form 12
- ❖ DAM THI DIEM HANH – LE THI KIM OANH: A Commentary on Article 420 of the 2015 Civil Code: Performance of contract upon the basic change of circumstances 19

### *ECONOMIC LAW, BANKING LAW*

- ❖ LE HUONG GIANG: Commercial Mediation Act of Federal Republic of Germany and implications for Viet Nam 24
- ❖ NGUYEN THI THUONG: Self-dealing transactions in joint stock commercial banks 34
- ❖ NGUYEN HAI YEN – NGUYEN MINH HANG: Grounds for swap of bad debts of commercial banks for capital share in companies to handle bad debts 43

### *INTERNATIONAL LAW*

- ❖ NGO HUU PHUOC: Advisory function of the International Court of Justice 52
- ❖ NGUYEN THI HONG YEN – MAI NGAN HA: Illegal, unreported, unregulated fishing and the European Union's trade-restrictive measures 62

### *FOREIGN STATE AND LAW*

- ❖ DAU CONG HIEP: The system of State Supervision Commission under the 2018 Amended Constitution of China 73
- ❖ DAO BAO NGOC: Local governance in European countries: Historical viewpoint, theory, and reference to Viet Nam 78

# MỘT SỐ QUY TẮC GIẢI THÍCH PHÁP LUẬT THÀNH VĂN CỦA ÚC VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

*Huỳnh Thị Sinh Hiền\**

**Tóm tắt:** Bài viết giới thiệu các phương pháp giải thích pháp luật thành văn ở Úc. Các phương pháp này có thể được xem như là công cụ khoa học hỗ trợ các thẩm phán Việt Nam hiểu ý chí của nhà lập pháp đối với các quy định, góp phần nâng cao tính chính xác và thống nhất của hoạt động áp dụng pháp luật trong xét xử.

**Abstract:** The article introduces Australia's methods of statutory interpretation. The methods are considered scientific means to assist Vietnamese judges in learning about original intents of lawmakers inside statutory provisions, and hence enhancing the accuracy and consistency of statutory application in trials.

## 1. Đặt vấn đề

Giải thích pháp luật (GTPL) là nhu cầu tất yếu của bất kỳ hệ thống pháp luật nào. Câu hỏi về GTPL thường phát sinh từ sự cản trở của ngôn ngữ, từ cách quy định chung không tiên liệu được các tình huống xảy ra và từ các sai sót trong kỹ thuật lập pháp. Do đó, khi áp dụng pháp luật, thẩm phán có nhiệm vụ xác định nội dung, ý nghĩa phù hợp của quy định. Thẩm phán cũng có thể bổ sung quy định bằng cách phát triển từ các quy định ý chí chung của nhà lập pháp nhằm giải quyết những vụ việc cụ thể<sup>1</sup>.

Ở Úc, GTPL thể hiện rất rõ mối quan hệ hỗ trợ qua lại giữa Nghị viện và tòa án. Thông qua luật thành văn, Nghị viện ghi nhận các quy tắc giải thích đã được thiết lập bởi tòa án, các quy định thành văn này tiếp tục được giải thích bởi thẩm phán khi triển khai vào thực tế. Trên cơ sở của luật thành văn và các quy tắc án lệ, tòa án lại tiếp tục

tạo ra án lệ mới. Sản phẩm GTPL của tòa án nếu không được sự đồng ý của Nghị viện sẽ bị Nghị viện thay đổi bằng cách ban hành các quy định thành văn khác.

Ở Việt Nam, hoạt động giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh được trao cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH), nhưng tòa án vẫn tiến hành công việc này, thậm chí khá thường xuyên. Tòa án GTPL là thực hiện hoạt động không được trao quyền chính thức và do đó cũng không đặt dưới sự điều chỉnh của bất kỳ quy tắc pháp lý nào. Kết quả của việc áp dụng pháp luật là các bản án, quyết định của tòa án cứng nhắc và thiếu những lập luận giải thích thuyết phục. Dù Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP đã xác định án lệ bao hàm việc GTPL<sup>2</sup>, nhưng cho đến nay, qua tất cả bản án lệ được công bố, theo tác giả, yếu tố GTPL vẫn chưa được thể hiện rõ. Bên cạnh đó, các Nghị quyết hướng dẫn của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao được cho là thiên về lập pháp bổ sung

\* ThS., Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

<sup>1</sup> Nguyễn Thị Ánh Vân, *Bài học từ kinh nghiệm giải thích pháp luật thành văn của một số nước Civil Law và Common Law*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 5, năm 2016, tr.80.

<sup>2</sup> Khoản 1 Điều 2 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ ngày 28/10/2015.

hơn là giải thích vì chỉ nêu lên cách hiểu chủ quan đối với quy định cần hướng dẫn<sup>3</sup>.

Pháp luật thành văn phản ánh ý chí của cơ quan đại diện nhân dân, được ban hành theo thủ tục chặt chẽ; đặc biệt, pháp luật thành văn luôn có những điểm chung dẫn đến nhu cầu tất yếu cần được giải thích. Do đó, phương cách đi tìm nội dung, ý nghĩa của luật thành văn có thể giống nhau đối với các quốc gia khác nhau. Bài viết này bàn về việc vận dụng các quy tắc GPLT thành văn ở Úc trong GPLT Việt Nam.

## 2. Các quy tắc Thông luật Úc về giải thích pháp luật

### 2.1. Quy tắc tiếp cận từ câu chữ (*literal rule*)

Đây được coi là quy tắc rất cơ bản không chỉ được sử dụng trong hệ thống pháp luật Úc, mà còn được sử dụng trong nhiều hệ thống pháp luật khác. Ở Đức, quy tắc này gọi là *grammatical rule* (giải thích văn phạm) hay ở Mỹ là *textual rule* (giải thích nguyên bản). Ở Úc, lời bình luận được trích dẫn thường xuyên nhất về quy tắc này chính là: “*Nếu bản thân từ ngữ sử dụng trong luật đã rõ thì không cần làm gì ngoài việc giải thích từ ngữ này theo nghĩa thông thường của nó. Chỉ bản thân các từ đã nói lên ý định tốt nhất của nhà làm luật*”<sup>4</sup>. Ở nước ta, tiếp cận từ câu chữ cũng là công việc đầu tiên của người giải thích, đây là quy tắc đơn giản, đem đến kết quả giải thích giúp đảm bảo tính tối thượng của lập pháp. Ví dụ: Điều 177 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 quy định về thứ tự hỏi tại phiên

tòa hành chính sơ thẩm bắt đầu với đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, đến người tham gia tố tụng khác, sau đó đến chủ tọa phiên tòa, hội thẩm nhân dân. Giải thích với quy tắc tiếp cận theo câu chữ, đối với Hội đồng xét xử sơ thẩm gồm 2 thẩm phán và 3 hội thẩm nhân dân thì thẩm phán không là chủ tọa phiên tòa không được phép hỏi. Tuy nhiên, nếu thẩm phán quá phụ thuộc vào quy tắc này thì trong nhiều trường hợp sẽ đem đến kết quả không phù hợp.

### 2.2. Quy tắc vàng (*golden rule*)

Đây là quy tắc ngoại lệ của quy tắc tiếp cận từ câu chữ. Khi nghĩa tự nhiên của câu chữ đem đến một kết quả không hợp lý hoặc không công bằng thì nghĩa đó không được chấp nhận. Có thể sử dụng quy tắc này để sửa lỗi kỹ thuật lập pháp. Ví dụ: Khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011 của Việt Nam quy định: “*Các trường hợp khiếu nại không được thụ lý giải quyết: Có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại mà sau 30 ngày người khiếu nại không tiếp tục khiếu nại*”. Để đảm bảo nghĩa hợp lý cho quy định trên, thẩm phán cần sửa đổi quy định theo hướng “*Có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại mà sau 30 ngày người khiếu nại mới tiếp tục khiếu nại*”.

### 2.3. Quy tắc sửa lỗi (*mischief rule*)

Tương tự như quy tắc vàng, quy tắc sửa lỗi chỉ áp dụng để giải thích luật thành văn khi giải thích theo câu chữ tạo ra sự mâu thuẫn. Quy tắc sửa lỗi được áp dụng trong trường hợp quy định cần được giải thích với mục đích khắc phục hiện trạng pháp lý nào đó đang tồn tại, nhưng nếu dựa trên cách diễn đạt trong luật thành văn thì hiện trạng đó sẽ không được khắc phục. Áp dụng quy tắc sửa lỗi để giải thích sẽ đem đến một kết

<sup>3</sup> Lưu Tiến Dũng, *Áp dụng và giải thích pháp luật trong hoạt động xét xử ở Việt Nam*, Kỷ yếu hội thảo quốc tế về giải thích pháp luật, tháng 2/2008, tr.492.

<sup>4</sup> Perry Herzfeld, Thomas Prince and Stephen Tully, *Interpretation and use of legal sources, the laws of Australia*, Thomson Reuters, Sydney, 2013, tr.89.

quả khác đi so với những gì thể hiện trên câu chữ.

Thử vận dụng quy tắc sửa lỗi để giải thích khoản 2 Điều 30 Luật Giao thông đường bộ năm 2008: “*Người điều khiển, người ngồi trên xe mô tô hai bánh, xe gắn máy phải đội mũ bảo hiểm có cài quai đúng quy cách*”. Giả sử, một người khởi kiện quyết định xử phạt hành chính của cảnh sát giao thông về hành vi không đội mũ bảo hiểm trong khi đứng trên xe hai bánh với lập luận rằng anh ta không điều khiển và cũng không ngồi trên xe. Trường hợp này, thẩm phán có thể vận dụng quy tắc sửa lỗi, xem xét điều luật này ra đời để khắc phục thực trạng nào đang tồn tại trước đó. Quy định đội mũ bảo hiểm có mục đích là làm giảm số ca tử vong hay bị mất nhận thức do chấn thương não từ tai nạn giao thông. Vì vậy, mục đích của quy định sẽ không đạt được và trở nên không hợp lý nếu cho rằng nhà lập pháp không đòi hỏi người đứng trên xe mô tô hai bánh hoặc xe gắn máy phải đội mũ bảo hiểm.

#### 2.4. Các quy tắc suy luận

Các quy tắc suy luận được coi là một phần của Thông luật do thẩm phán xây dựng và phát triển nhằm tìm ra nghĩa hợp lý của quy định khi bản thân quy định không rõ ràng. Ngày nay, ở Úc có hơn 10 quy tắc suy luận vẫn đang được sử dụng. Một số quy tắc không thể áp dụng ở Việt Nam do không tương đồng về điều kiện, hoàn cảnh như: Luật thành văn không cản trở những quyền cơ bản được quy định từ án lệ, luật thành văn không ràng buộc hoàng gia... Một số quy tắc suy luận khác như luật thành văn không có hiệu lực vượt ra ngoài lãnh thổ (trừ khi có quy định rõ ràng), trách nhiệm pháp lý được giải thích theo hướng có lợi

cho người bị xử lý, nghị viện ban hành luật trên tinh thần phù hợp với luật quốc tế... nhìn chung rất gần với các nguyên tắc đã được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta.

Các quy tắc suy luận trong GTPL ở Úc có thể vận dụng để GTPL Việt Nam bao gồm:

**- Luật thành văn nên được giải thích để ngăn ngừa một người hưởng lợi từ chính những cái sai của họ**

Suy luận này được xuất phát từ nguyên tắc “*nullus commodum capere potest de sua injuria propria*” - không ai có thể được hưởng lợi từ cái sai của chính mình<sup>5</sup>.

Ở nước ta, khi giải thích từ ngữ trong chính các văn bản luật, Quốc hội cũng cho thấy tính hợp lý của nguyên tắc trên. Cụ thể, Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 quy định rằng đối tượng khởi kiện là quyết định hành chính và hành vi hành chính. Trên cơ sở giải thích từ ngữ tại khoản 1 Điều 3 luật này thì “*quyết định hành chính là văn bản*”. Theo đó, quyết định hành chính có thể tồn tại dưới dạng công văn, biên bản hay thông báo đều có thể là đối tượng bị khởi kiện. Cách giải thích như trên đã giúp ngăn chặn hiện tượng chủ thể có thẩm quyền trong cơ quan nhà nước cố tình không ra quyết định để giải quyết vụ việc mà ban hành là công văn, thông báo hay biên bản nhằm gây khó khăn cho việc khởi kiện ra tòa.

Suy luận này nên được xem xét trong quá trình GTPL của tòa án ở Việt Nam, đặc biệt trong lĩnh vực luật tư vì nó đảm bảo công bằng trong áp dụng pháp luật, tránh hiện tượng một bên cố tình làm sai để trục

<sup>5</sup> Perry Herzfeld, Thomas Prince and Stephen Tully, *Interpretation and use of legal sources, the laws of Australia*, Thomson Reuters, 2013, tr. 279.

lợi. Ví dụ, một người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự bán tài sản của mình để khắc phục hậu quả tai nạn giao thông cho vợ anh ta. Trong khi ký kết hợp đồng, người này không cung cấp thông tin mình bị hạn chế năng lực hành vi dân sự. Gần hai năm sau vụ tai nạn, người vợ khỏe lại và yêu cầu tòa án hủy hợp đồng với lý do hợp đồng đã được ký kết bởi người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự mà không có sự đồng ý của người giám hộ. Đối với trường hợp trên, thiết nghĩ khi GTPH thì nguyên tắc “không ai được hưởng lợi từ cái sai do chính mình tạo ra” cần được chú trọng.

**- Suy luận đảm bảo tính thống nhất trong giải thích pháp luật**

+ Khi quy định của luật đã được tòa án giải thích nhưng được sửa đổi khi ban hành lại thì từ ngữ đó sẽ có nghĩa khác đi<sup>6</sup>.

Có sự suy đoán rằng sự lặp lại một quy định đã được giải thích bởi tòa án thể hiện sự chấp nhận của Nghị viện đối với kết quả GTPH và ngược lại, khi quy định đã được tòa án giải thích nhưng được sửa đổi khi ban hành lại thì nghĩa của quy định phải khác đi. Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) của nước ta quy định tòa án sẽ trả lại đơn khi “chưa có đủ điều kiện khởi kiện” đã được giải thích bởi Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP rằng: “Là trường hợp các **đương sự có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định** về các điều kiện để khởi kiện nhưng đương sự đã khởi kiện khi còn thiếu một trong các điều kiện đó”. Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã sửa đổi quy định trên thành tòa án trả lại đơn khởi kiện khi “chưa có đủ điều kiện khởi kiện theo quy định của pháp luật”.

<sup>6</sup> Perry Herzfeld, Thomas Prince and Stephen Tully, *Interpretation and use of legal sources, the law of Australia*, Thomson Reuters, 2013, tr. 290.

Liệu rằng cụm từ *theo quy định của pháp luật* có thể hiểu theo nghĩa rộng vì quy định của pháp luật có thể dẫn chiếu đến sự thỏa thuận của các bên. Ví dụ: Khoản 2 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “...*mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng*”. Nếu vậy, quy định trên chỉ có sự thay đổi câu chữ cho khác đi, còn nội dung thì vẫn giữ nguyên. Tuy nhiên, với Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã hướng dẫn: “Chưa có đủ điều kiện khởi kiện theo quy định của pháp luật là trường hợp pháp luật tổ tụng dân sự, pháp luật khác có quy định về các điều kiện để cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện... nhưng người khởi kiện đã khởi kiện đến Tòa án khi còn thiếu một trong các điều kiện đó”. Theo quan điểm của tác giả thì Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP có xu hướng chỉ giới hạn các điều kiện khởi kiện được quy định trong luật tố tụng dân sự và luật khác mà không đề cập đến điều kiện do các bên thỏa thuận. Tuy nhiên, hướng dẫn này vẫn còn mang nặng tính quy phạm, chưa trả lời dứt khoát rằng các bên có thể chống lại sự thỏa thuận về điều kiện khởi kiện do chính mình thỏa thuận để kiện ra tòa hay không và tại sao<sup>7</sup>? Dựa vào sự thay đổi trong diễn đạt quy định trên, khó có thể cho rằng, nhà lập pháp vẫn giữ nguyên nội dung của quy định.

+ Từ ngữ được sử dụng với nghĩa thống nhất trong toàn văn bản trừ khi có định nghĩa riêng biệt trước mỗi phần cụ thể trong luật.

<sup>7</sup> Xem Đỗ Văn Đại, *Tòa án trả lại đơn khởi kiện khi có thỏa thuận thủ tục thương lượng, hòa giải bắt buộc tiền tố tụng*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3+4, tháng 2/2018, tr. 75 - 82.

Suy luận trở nên yếu hơn đối với các luật dài hoặc sửa đổi nhiều lần<sup>8</sup>. Luật Giao thông đường bộ năm 2008 nước ta quy định: “*Nghiêm cấm hành vi điều khiển xe mô tô, xe gắn máy mà trong máu có nồng độ cồn vượt quá 50 miligam/100 mililit máu hoặc 0,25 miligam/1 lít khí thở*”. Câu hỏi đặt ra là đất xe trên phố có được hiểu là điều khiển xe? Nếu theo nghĩa của từ điển thì hành vi đất xe cũng là điều khiển. Tuy nhiên, đối chiếu với các quy tắc khác tại điều luật đó như: “*Cấm điều khiển xe ô tô, máy kéo, xe máy chuyên dùng trên đường mà trong máu hoặc hơi thở có nồng độ cồn*” hoặc “*cấm điều khiển xe cơ giới chạy quá tốc độ quy định, giành đường, vượt ẩu*” thì điều khiển không thể hiểu là đất xe. Đối với xe ô tô, xe máy kéo điều khiển là phải sử dụng động cơ để di chuyển theo hướng nhất định với tốc độ nhất định. Với nguyên tắc “*một từ trong cùng một luật sẽ có cùng một nghĩa*” thì điều khiển không bao gồm đất xe.

+ *Các từ khác nhau được sử dụng trong luật thì có nghĩa khác nhau.*

Suy luận này cũng yếu đi đối với các luật được hợp nhất hoặc sửa đổi nhiều lần vì cách dùng từ cũng như phong cách soạn thảo khác nhau bởi các chủ thể khác nhau<sup>9</sup>. Có lẽ suy luận này chưa được vận dụng phổ biến trong quá trình GTPL ở nước ta, nên nhà lập pháp chưa chú trọng việc phải dùng từ ngữ thống nhất. Điều 1 của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) năm 2015 quy định: “*Luật này quy định nguyên tắc, thẩm quyền, hình thức,*

*trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật... Luật này không quy định việc làm Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp*”. Tên gọi của luật là Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, nhưng trong phạm vi điều chỉnh của luật, nhà làm luật sử dụng ba từ có phần giống nhau về ngữ nghĩa bao gồm ban hành, xây dựng và làm. Nếu diễn đạt ý định giống nhau thì phải dùng từ giống nhau, khi sử dụng từ ngữ khác nhau thì chúng ắt phải có nghĩa khác nhau.

+ *Đối với các luật có cùng tựa đề hoặc có cùng đối tượng điều chỉnh nhưng ban hành qua các năm khác nhau thì những từ trong các luật này có nghĩa giống nhau trừ khi có quy định ngược lại.*

Vận dụng nguyên tắc này để giải thích khoản 1 Điều 151 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015: “*Thời điểm có hiệu lực của toàn bộ hoặc một phần văn bản quy phạm pháp luật được quy định tại văn bản đó nhưng không sớm hơn 45 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành đối với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước trung ương*”. Liệu rằng thời hạn không quá 45 ngày nêu trên chỉ áp dụng cho văn bản của cơ quan nhà nước trung ương hay tất cả VBQPPL ở trung ương. Câu trả lời có thể tìm thấy ở Luật Ban hành VBQPPL năm 2008. Điều 1 Luật này định nghĩa VBQPPL phải do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành và Điều 2 đã liệt kê rất nhiều loại văn bản do cá nhân có thẩm quyền ban hành. Điều này cho thấy nhà làm luật dùng từ cơ quan nhà nước chung cho tất cả các chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL bao gồm cá nhân và chủ thể không phải cơ quan nhà nước với vai trò phối hợp ban hành. Do đó, điều kiện không sớm hơn 45 ngày của Điều 151 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 dành cho tất cả VBQPPL ở trung ương.

<sup>8</sup> Michelle Sanson, David Worswick and Thalia Anthony, “*Connecting with law*”, Oxford, năm 2009, tr. 245 - 250.

<sup>9</sup> Perry Herzfeld, Thomas Prince and Stephen Tully, *Interpretation and use of legal sources, the laws of Australia*, Thomson Reuters, 2013, tr. 174.

### 2.5. Các quy tắc mang tính hướng dẫn (Latin Maxims)

Các tòa án Úc cũng kế thừa từ nước Anh một số quy tắc mang tính hướng dẫn đối với hoạt động GPL gọi là Latin Maxims. Các quy tắc này có xu hướng giúp đỡ thẩm phán giải quyết những vướng mắc về ngữ nghĩa của qui định dựa trên ngôn từ được diễn đạt trong chính các điều luật.

*Noscitur a sociis* có nghĩa là nghĩa của một từ, cụm từ được nhận biết từ những từ đi cùng với nó hoặc từ quanh nó. Ví dụ: Không được điều khiển phương tiện giao thông vượt quá tốc độ quy định. Từ tốc độ giúp chúng ta xác định lại nghĩa của từ điều khiển theo ý của nhà lập pháp mà không cần phải tiêu tốn nhiều thời gian cho việc đi tìm lịch sử lập pháp.

*Ejusdem generis* nghĩa là khi có từ chung theo sau những từ cụ thể, nghĩa của từ chung bị giới hạn trong cùng loại của những từ cụ thể đi trước đó.

Đây là phương pháp được thiết lập lâu đời và được áp dụng nhiều bởi tòa án tối cao liên bang Úc<sup>10</sup>. Vì không thể dự liệu được tất cả các trường hợp xảy ra nên các quy định thành văn thường xuyên xuất hiện “cụm từ quét” như chủ thể khác, các trường hợp khác... Ở Việt Nam, phương pháp này chưa được vận dụng phổ biến. Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định: “*Trường hợp người khiếu nại ốm đau, già yếu, có nhược điểm về thể chất hoặc vì lý do khách quan khác mà không thể tự mình khiếu nại thì được ủy quyền cho cha mẹ, vợ chồng, anh, chị, em ruột, con đã thành niên hoặc người khác có năng lực hành vi dân sự đầy đủ để thực hiện việc khiếu nại*”. Câu hỏi đặt ra là

*lý do khách quan khác* là lý do gì và người khác có thể là những người nào? Theo cách thức suy luận trên thì lý do khác phải là lý do khách quan giống như ốm, đau, già yếu làm cho người khiếu nại không thể tự khiếu nại và người khác phải là những người thân thích như được liệt kê phía trước. Bên cạnh đó, theo Điều 107 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì bất động sản bao gồm đất; nhà và các tài sản khác gắn liền với đất. Cụm từ các tài sản khác gắn liền với đất phải được hiểu cùng loại với từ được liệt kê liền kề phía trước. Điều này giúp ta suy luận ra nhà cũng phải gắn liền với đất và như thế, các nhà trên ghe, xuồng, trên cây hay xe tải không được xem là bất động sản vì không gắn liền với đất.

*Generalia specialibus non derogant* nghĩa là trong luật thành văn, những quy định cụ thể được ưu tiên áp dụng so với những quy định chung.

Ở Việt Nam, hiện nay, nguyên tắc này chưa được ghi nhận trong luật thành văn. Liệu rằng, xuất phát từ tính hợp lý của nó đã được chấp nhận như học thuyết pháp lý, thẩm phán có quyền viện dẫn nguyên tắc này để áp dụng văn bản cụ thể khi nó xung đột với các quy định chứa đựng trong văn bản quy định chung hay không. Ví dụ: Theo khoản 3 Điều 218 Bộ luật Dân sự năm 2015, thời hạn ưu tiên mua của đồng sở hữu đối với bất động sản là 3 tháng, nhưng thời hạn này được quy định tại khoản 2 Điều 126 Luật Nhà ở năm 2014 là 30 ngày kể từ ngày nhận được thông báo và thông báo không nhất thiết phải lập bằng văn bản như quy định của Bộ luật Dân sự. Theo Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 thì khi có sự xung đột giữa VBQPPL do cùng chủ thể ban hành thì áp dụng văn bản ban hành sau. Văn bản ban hành sau sẽ cập nhật được tình hình thực tế hơn.

<sup>10</sup> Perry Herzfeld, Thomas Prince and Stephen Tully, *Interpretation and use of legal sources, the laws of Australia*, Thomson Reuters, 2013, tr. 207.

Pháp luật Việt Nam hiện hành chưa dự liệu được vấn đề “các quy định trong cùng một văn bản mà xung đột nhau” vì thế chưa có quy tắc để xác định quy định nào sẽ được ưu tiên áp dụng. Điều 1 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 quy định VBQPPL là văn bản do cơ quan nhà nước ban hành. Tuy nhiên, Điều 2 của Luật này liệt kê rất nhiều văn bản không do cơ quan nhà nước mà do cá nhân, hoặc cơ quan trung ương của tổ chức chính trị xã hội kết hợp với cơ quan nhà nước ban hành. Trên thực tế, nhà chức trách và giới chuyên môn đều thống nhất rằng, tất cả các văn bản được liệt kê tại Điều 2 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 đều là VBQPPL mà bỏ qua định nghĩa. Có lẽ vì tính khái quát cao của định nghĩa làm cho nó trở nên khó chính xác. Dĩ nhiên, vẫn còn không ít trường hợp các quy định trong cùng VBQPPL xung đột với nhau<sup>11</sup>. Có thể suy luận “*quy định cụ thể thì được ưu tiên áp dụng so với quy định chung*” nếu các quy định này nằm trong cùng một văn bản. Nếu các quy định xung đột nhau mà thẩm phán không có cơ sở (dựa trên mục đích của văn bản đó) để lựa chọn thì có xu hướng áp dụng quy định xuất hiện “sau” trong văn bản đó. Bởi VBQPPL được đọc lần lượt từ đầu nên quy định nào trước sẽ được đọc trước. Quy tắc này được áp dụng trong bản án *Wood v. Riley (1867) LR 3 CP 26*, trong đó, quy định nào xuất hiện sau cùng sẽ thắng thế. Quy tắc này được thừa nhận và

<sup>11</sup> Điều 31 Luật Khiếu nại năm 2011 cho rằng, quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu phải có kết quả xác minh. Tuy nhiên, Điều 29 quy định người giải quyết khiếu nại sau khi kiểm tra lại quyết định hành chính và hành vi hành chính bị khiếu nại, nếu thấy khiếu nại đúng thì ra quyết định giải quyết khiếu nại ngay. Khoản 1 Điều 2 cho rằng, khiếu nại được thực hiện khi một người cho rằng quyền và lợi ích của mình bị xâm hại, nhưng Điều 7 đòi hỏi quyền và lợi ích đó phải bị xâm hại trực tiếp.

áp dụng trong các bản án sau đó<sup>12</sup>. Quy tắc trên sẽ đóng góp đáng kể trong việc tìm chọn quy phạm pháp luật phù hợp để áp dụng nhằm giải quyết xung đột trong cùng văn bản quy phạm pháp luật.

### 3. Quy định của luật thành văn Úc về giải thích pháp luật

Chính quyền liên bang, các bang và vùng lãnh thổ ở Úc đã ban hành các Luật Điều chỉnh hoạt động giải thích luật của tòa án từ rất sớm<sup>13</sup>. Việc xem xét ngữ nghĩa của quy định là việc cần làm trước tiên khi GTPL; khi giải thích phải đặt nghĩa của từ trong ngữ cảnh của toàn bộ văn bản<sup>14</sup>. Thêm vào đó, hầu hết các luật về GTPL ở Úc đều cho phép xem xét đến tài liệu bên ngoài trong quá trình GTPL<sup>15</sup>, nhưng thường không cho phép dẫn chiếu tạo ra sự mơ hồ<sup>16</sup>. Nguyên tắc cơ bản nhất được xây dựng trong hầu hết các luật về GTPL ở Úc là ưu tiên phương pháp giải thích theo mục đích. Dựa trên mục đích của văn bản, thẩm phán có thể giải thích vượt xa hơn những gì được trình bày bởi câu chữ của quy định.

Luật liên bang quy định văn bản luật là tất cả tài liệu từ phần đầu đến phần kết thúc

<sup>12</sup> Perry Herzfeld, Thomas Prince and Stephen Tully, *Interpretation and use of legal sources, the law of Australia, Thomson Reuters*, 2013, tr.172.

<sup>13</sup> Acts Interpretation Act 1901 (Cth); Legislation Act 2001 (ACT); Interpretation Act 1987 (NSW); Interpretation Act 1978 (NT); Acts Interpretation Act 1954 (Qld); Acts Interpretation Act 1915 (SA); Acts Interpretation Act 1931 (Tas); Interpretation of Legislation Act 1984 (Vic); Interpretation Act 1984 (WA).

<sup>14</sup> RS Geddes, *Purpose and Context in Statutory Interpretation*, the paper was presented at a conference on statutory interpretation hosted by the New South Wales Bar Association, in conjunction with the Australian Bar Association, 2005, tr. 11.

<sup>15</sup> Section 1 article 15 AB Acts Interpretation Act 1901 (Cth).

<sup>16</sup> Artical 15 AB Acts Interpretation Act 1901 (Cth).

của luật; nếu không có phụ lục thì đến phần cuối cùng của luật, nếu có một hoặc nhiều phụ lục, thì tính đến phụ lục cuối cùng<sup>17</sup>. Như vậy, tựa của văn bản, lời nói đầu, các từ được sử dụng để quy định, tựa của chương, của phần, của mục, tiểu mục, dấu câu đều là một phần của luật. Ví dụ: Ở Việt Nam, vụ việc một phụ nữ thu mua phế liệu mua được chiếc thùng loa cũ và tình cờ phát hiện bên trong có hơn 5 triệu yên Nhật đã gây nhiều tranh luận liên quan đến GTPL. Có quan điểm cho rằng, đây là tài sản bị chôn giấu theo Nghị định số 96/2009/NĐ-CP về việc xử lý tài sản bị chôn giấu, bị chìm đắm được phát hiện hoặc tìm thấy thuộc đất liền, các hải đảo và vùng biển Việt Nam<sup>18</sup>. Tuy nhiên, giữa từ “chôn giấu” không có dấu phẩy và như vậy cần phải hiểu chôn giấu là chôn dưới lòng đất nhằm mục đích để giấu, chứ không phải chôn hoặc giấu trong thùng loa. Điều này cho thấy dấu câu là yếu tố khá quan trọng tạo nên kết quả GTPL.

Mặc dù có sự diễn đạt khác nhau, nhưng các luật GTPL ở Úc đều đề cao cách giải thích phù hợp với mục đích của luật<sup>19</sup>. Trở lại vụ việc ký kết hợp đồng mua bán tài sản của người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự đã đề cập. Khoản 2 Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*Việc xác lập,*

*thực hiện giao dịch dân sự liên quan đến tài sản của người bị Tòa án tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật, trừ giao dịch nhằm phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày hoặc luật liên quan có quy định khác”*. Hợp đồng mua bán tài sản để khắc phục tai nạn giao thông cho vợ của người bị tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự không phải giao dịch phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày. Vì vậy, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự không được phép tự mình thực hiện. Tuy nhiên, mục đích của việc quy định người hạn chế năng lực hành vi dân sự chỉ được tự mình thực hiện các giao dịch phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày là nhằm bảo vệ lợi ích của chính người bị tuyên bố đó và gia đình người này<sup>20</sup>. Nếu giao dịch này rõ ràng không đem đến nguy cơ phá tán tài sản gia đình mà lại nhằm mục đích bảo vệ lợi ích gia đình của người này thì sự kiểm soát của pháp luật có còn cần thiết? Thiết nghĩ trong trường hợp này tòa án nên dựa vào mục đích để giải thích quy định theo hướng không tuyên bố giao dịch vô hiệu.

Nhìn chung, pháp luật Úc dự liệu được nhiều giả định sát với thực tiễn, đưa ra được các biện pháp hợp lý nhằm khắc phục những vướng mắc phát sinh trong quá trình xác định nghĩa của quy định thành văn mà các thẩm phán nước ta có thể tham khảo vận dụng.

#### **4. Kiến nghị cho hoạt động giải thích pháp luật ở Việt Nam**

Án lệ hình thành từ hoạt động GTPL của cơ quan xét xử. Về nguyên tắc, các vụ việc có tình tiết giống nhau được giải quyết

<sup>17</sup> Article 13 Acts Interpretation Act (1901) amended 2011.

<sup>18</sup> Dân Trí, *Pháp luật về chuyện gốc gỗ sưa và tiền trong chiếc loa thùng*, <http://dantri.com.vn/dien-dan/phap-luat-ve-chuyen-goc-go-sua-va-tien-trong-chiec-loa-thung-1396246696.htm>, truy cập ngày 24/2/2018.

<sup>19</sup> Section 1, article 15AA, Acts interpretation Act 1901 (Cth); article 33 Interpretation Act 1987 (NSW); article 35(a) *Interpretation of Legislation Act (1984)* Victoria; article 22 *Acts Interpretation Act 1915 (SA)*; section 1, article 139 *Legislation Act (ACT)* and article 14A, *Acts Interpretation Act 1954 (Queensland)*.

<sup>20</sup> Nguyễn Ngọc Điện, *Một số vấn đề lý luận về các phương pháp phân tích luật viết*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr.84.

giống nhau do thẩm phán sử dụng các công cụ giống nhau trong quá trình phân tích và áp dụng luật thành văn<sup>21</sup>. Tuy nhiên, đối với Việt Nam, Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP quy định án lệ được lựa chọn phải đáp ứng nhiều tiêu chí, trong đó có tiêu chí bao gồm các lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn được hiểu khác nhau. Tuy nhiên, việc giải thích trong các bản án lệ Việt Nam còn rất mờ nhạt. Do đó, việc thiết lập các quy tắc áp dụng luật thành văn để GTPL không chỉ góp phần hình thành án lệ mà còn giúp nhà lập pháp trong quá trình ban hành luật.

Thực tế cho thấy, dù có thẩm quyền GTPL hay không thì tòa án Việt Nam vẫn đã và đang thực hiện công việc này. Vì vậy, bước đầu cần thiết lập các quy tắc nhằm đảm bảo tính chính xác và thống nhất của hoạt động GTPL. Với truyền thống sử dụng VBQPPL như nguồn chủ yếu của pháp luật, Việt Nam nên thừa nhận chính thức thẩm quyền GTPL của tòa án và ban hành VBQPPL điều chỉnh hoạt động này thông qua các quy tắc giải thích cụ thể, xác định thứ tự ưu tiên của các phương pháp, các tài liệu có thể dựa vào làm cơ sở cho việc giải thích...

Tuy nhiên, cần nghiên cứu, tham khảo các phương pháp và quy tắc GTPL được vận dụng ở các nước, đặc biệt các học thuyết pháp lý về GTPL. Bên cạnh đó, cũng cần triển khai các công trình nghiên cứu, tìm hiểu các phương pháp giải thích mà giới nghiên cứu và thực hành luật ở nước ta đã sử dụng.

Tòa án nhân dân tối cao cần chú trọng nghiên cứu khoa học liên quan, khảo sát,

đánh giá thực tiễn GTPL trong tòa án. Từ đó, các kiến thức, kỹ năng GTPL cần đưa vào các chương trình tập huấn, khóa đào tạo nghiệp vụ thẩm phán. Thông qua các công văn hướng dẫn, Tòa án nhân dân tối cao có thể gợi ý các phương pháp và kỹ năng mà thẩm phán có thể vận dụng trong quá trình GTPL. Đặc biệt, trong các Nghị quyết hướng dẫn thi hành văn bản luật của mình, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần phân tích chỉ rõ con đường đi đến kết quả giải thích có được, làm rõ vấn đề tại sao quy định cần được hiểu theo hướng này mà không phải hướng khác.

Bên cạnh đó, vai trò của các cơ sở đào tạo luật cũng không kém phần quan trọng. Trong chương trình đào tạo cử nhân luật cần tăng cường giảng dạy cho sinh viên các phương pháp, kỹ năng GTPL ngay từ khi bắt đầu tiếp cận luật thành văn. Những kiến thức sinh viên học được sẽ tạo xu hướng thống nhất trong giới luật học tương lai.

Tóm lại, pháp luật về GTPL của Úc có thể được tham khảo, vận dụng trong quá trình GTPL nhằm giải quyết vụ việc đúng đắn, thuyết phục bởi các thẩm phán Việt Nam. Ở Úc, để có được các VBQPPL điều chỉnh hoạt động GTPL, để có các bản án với lập luận mang tính GTPL thuyết phục là cả một quá trình lâu dài, kết hợp nhiều yếu tố bao gồm quy định trao quyền GTPL cho tòa án, truyền thống án lệ và có cả yếu tố chất lượng nguồn thẩm phán, bắt đầu từ việc đào tạo sinh viên luật. Hy vọng, với việc triển khai các hoạt động bước đầu nêu trên, Việt Nam dần dần hình thành các quy tắc GTPL được sử dụng chung trong giới thực hành luật, làm cơ sở vững chắc để Quốc hội ban hành VBQPPL điều chỉnh hoạt động GTPL của tòa án Việt Nam.

<sup>21</sup> Nguyễn Ngọc Điện, *Tiêu chí nhận dạng và đề xuất xây dựng án lệ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20, năm 2017, tr.8.

# CÔNG NHẬN GIAO DỊCH DÂN SỰ KHÔNG TUÂN THỦ QUY ĐỊNH VỀ HÌNH THỨC

*Lý Văn Toán\**  
*Nguyễn Thị Kim Lan\*\**

**Tóm tắt:** *Hiện nay, có những giao dịch mặc dù vi phạm về hình thức, nhưng không bị tuyên bố vô hiệu. Trong phạm vi bài này tác giả tập trung phân tích về những hợp đồng vi phạm về hình thức nhưng không bị tuyên bố vô hiệu này.*

**Abstract:** *Currently, there are transactions in violation of statutory form, yet not to be declared invalid. Within the scope of the article, the author focuses on the analysis of such contracts in violation of statutory form but still in effect.*

## **Đặt vấn đề**

Có thể nói hình thức hợp đồng là “sự biểu hiện ra bên ngoài nội dung của giao dịch, bao gồm tổng hợp các cách thức, thủ tục, phương tiện để thể hiện và công bố ý chí của các bên, ghi nhận nội dung hợp đồng và là biểu hiện cho sự tồn tại của giao dịch”<sup>1</sup>.

Hình thức giao dịch dân sự được quy định tại Điều 119 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015:

“1. *Giao dịch dân sự được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể.*

*Giao dịch dân sự thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử được coi là giao dịch bằng văn bản.*

2. *Trường hợp luật quy định giao dịch dân sự phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng, chứng thực, đăng ký thì phải tuân theo quy định đó”.*

Theo quy định này, hình thức của giao dịch dân sự bao gồm các dạng như sau:

- Hình thức bằng lời: Chủ thể tuyên bố ý chí bằng lời hoặc thỏa thuận hợp đồng bằng hình thức miệng.

- Hình thức bằng hành vi cụ thể: Chủ thể tuyên bố ý chí hoặc thỏa thuận hợp đồng bằng một hành vi cụ thể.

- Hình thức văn bản: Chủ thể ký kết một giao dịch nào đó bằng văn bản. Hiện nay, hình thức giao dịch dân sự thông qua phương tiện điện tử như: Điện báo, telex, fax, thư điện tử... có thể được xem là giao dịch bằng văn bản.

- Hình thức văn bản có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực Ủy ban nhân dân có thẩm quyền.

Như vậy, so với BLDS năm 2005 thì BLDS năm 2015 có những thay đổi theo hướng:

*Thứ nhất:* Bỏ hình thức “văn bản” không có công chứng, chứng thực (văn bản

\* ThS., Tòa án nhân dân huyện Châu Thành, tỉnh Kiên Giang.

\*\* ThS., Công ty luật Hồng Thuận.

<sup>1</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2013), *Giáo trình pháp luật về hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng*, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, tr.164.

viết tay, văn bản đánh máy). Việc không coi văn bản là điều kiện có hiệu lực (trừ trường hợp pháp luật có quy định khác) là thuyết phục. Bởi vì không phải trong mọi trường hợp hình thức văn bản đều được xem là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà chỉ để chứng minh cho sự tồn tại của giao dịch, và lúc này hình thức văn bản được xem như yêu cầu về mặt chứng cứ<sup>2</sup>.

*Thứ hai:* BLDS năm 2015 không còn coi “xin phép” là một loại hình thức. Tác giả đồng ý với quan điểm cho rằng xin phép không phải một vấn đề về hình thức mà là điều kiện về nội dung để hợp đồng có hiệu lực<sup>3</sup>.

*Thứ ba:* BLDS năm 2015 ràng buộc điều kiện đối với những loại giao dịch bằng phương tiện điện tử là phải “theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử”. Tức là, không phải bất cứ giao dịch nào được xác lập thông qua phương tiện điện tử đều được công nhận như một hình thức giao dịch bằng văn bản. Điều này có ý nghĩa trong việc giới hạn sự tùy tiện của các chủ thể khi xác lập giao dịch dân sự thông qua hình thức này.

*Hình thức là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự*

Hình thức đối với giao dịch dân sự liên quan đến quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất có vai trò quan trọng, bởi nó liên quan đến tài sản “có giá trị lớn”. Do đó, pháp luật ghi nhận về

hình thức của các loại giao dịch liên quan đến đối tượng này khá chi tiết.

Ngoài quy định của BLDS năm 2015, các luật chuyên ngành cũng có những hướng dẫn khá cụ thể về vấn đề này. Chẳng hạn, khoản 3 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “*Hợp đồng chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất phải được công chứng hoặc chứng thực, trừ trường hợp kinh doanh bất động sản quy định tại điểm b khoản này*”. Hình thức đối với giao dịch về nhà ở tại Điều 121, Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014, cụ thể là hợp đồng về nhà ở do các bên thỏa thuận và phải được lập thành văn bản và phải thực hiện công chứng, chứng thực. Hình thức của giao dịch về bất động sản quy định tại Điều 10, 17 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014: Hợp đồng kinh doanh bất động sản phải được lập thành văn bản. Việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận, trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà, công trình xây dựng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên là hộ gia đình, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của luật này bao gồm tổ chức, hộ gia đình, cá nhân bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản quy mô nhỏ, thông thường.

So với Luật Đất đai và Luật Nhà ở thì Luật Kinh doanh bất động sản tỏ ra thoáng hơn trong quy định về hình thức. Đối tượng nằm ngoài quy định tại khoản 2 Điều 10 như đã nêu trên thì không bắt buộc phải thực hiện việc công chứng, chứng thực đối với giao dịch về bất động sản.

Việc quy định về hình thức bắt buộc có nhiều điểm tỏ ra không hợp lý, thể hiện

<sup>2</sup> Đỗ Văn Đại (2013), *Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án*, tập 1, Nxb. Chính trị Quốc gia (tái bản lần thứ 4), Bản án số 65-68, phần bình luận số 2.

<sup>3</sup> Đỗ Văn Đại (2013), *Luật Hợp đồng Việt Nam, Sdd*, tập 1, Nxb. Chính trị Quốc gia, Bản án số 65-68, phần bình luận số 10.

quan điểm của nhà làm luật Việt Nam “*coi trọng hình thức*” và biểu hiện sự can thiệp quá sâu của cơ quan nhà nước vào các quan hệ dân sự, điều đó sẽ xâm phạm vào quyền tự do định đoạt của chủ thể tham gia giao dịch dân sự. Nhưng cũng cần nhìn nhận theo chiều hướng ngược lại rằng, việc bắt buộc chủ thể tuân thủ các quy định về hình thức sẽ giúp Nhà nước kiểm soát được sự dịch chuyển tài sản, đặc biệt là những tài sản có giá trị lớn như nhà ở, đất đai trong xã hội cũng như đảm bảo trật tự xã hội.

Sau đây là một số trường hợp điển hình về yêu cầu công nhận giao dịch dân sự khi hợp đồng vi phạm về hình thức:

### **1. Công nhận giao dịch dân sự theo Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao**

Trước khi BLDS năm 2015 có hiệu lực thi hành, thực tế có những tranh chấp liên quan đến giao dịch không tuân thủ quy định về hình thức được tòa án công nhận. BLDS năm 2005 ghi nhận điều kiện giao dịch dân sự vô hiệu về hình thức được công nhận tại Điều 134, tức là các bên hoàn tất thủ tục trong khoản thời hạn do tòa án ấn định. Tuy nhiên trên thực tế, rất hiếm trường hợp giao dịch được công nhận theo quy định trên do các bên không có thiện chí tiếp tục giao dịch, hoặc là thời hạn mà tòa án ấn định không đủ để các bên hoàn thiện về thủ tục. Hơn nữa, mỗi tòa lại có cách hiểu và vận dụng Điều 134 không giống nhau. Trước khi BLDS năm 2015 có hiệu lực thì các giao dịch dân sự, cụ thể là các giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất hầu hết được công nhận căn cứ theo hướng dẫn tại “Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004

của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) về cách thức giải quyết tranh chấp liên quan đến quyền sử dụng đất”. Điểm hạn chế của Nghị quyết này là chỉ áp dụng cho đối tượng giao dịch là quyền sử dụng đất. Trước Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP đã có Nghị quyết số 58/1998/NQ-UBTVQH10 ngày 20/8/1998 của Ủy ban thường vụ Quốc hội hướng dẫn về giao dịch dân sự về nhà ở được xác lập trước ngày 01/07/1991 cũng đã từng quy định về việc phải xét đến “tiến trình” thực hiện giao dịch của các bên để làm căn cứ công nhận giao dịch. Phải chăng Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP chính là sự kế thừa từ Nghị quyết 58/1998/NQ-UBTVQH10. Cần đặc biệt lưu ý là Nghị quyết 58/1998/NQ-UBTVQH10 được TANDTC sử dụng là cơ sở pháp lý để công nhận một án lệ<sup>4</sup>.

Ví dụ bản án số: 222/2015/DS-PT ngày 25/12/2015 của TAND tỉnh Bình Dương về việc tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất.

Đây là vụ tranh chấp phát sinh trên cơ sở hợp đồng chuyển nhượng đất vi phạm về mặt hình thức, một phần nội dung hợp đồng đã được thực hiện.

Bản án cho thấy, không phải mọi giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức đều vô hiệu. Cụ thể, khi các bên xác lập giao dịch dân sự “chuyển nhượng quyền sử dụng đất” nhưng không làm thủ tục chuyển nhượng thì không căn cứ vào hình thức của giao dịch dân sự để tuyên vô

---

<sup>4</sup> Án lệ số 07/2016/AL được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua ngày 17/10/2016 và được công bố theo Quyết định số 698/QĐ-CA ngày 17/10/2016 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

hiệu theo Điều 134 BLDS năm 2005 mà căn cứ vào Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC. Theo đó, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vi phạm điều kiện được quy định tại điểm a.6 tiểu mục 2.3 mục 2: “Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất được lập thành văn bản có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền” thì tòa án không tuyên bố vô hiệu mà căn cứ vào tình hình thực hiện giao dịch của các bên tham gia để công nhận phần nội dung đã thực hiện của hợp đồng và tuyên hủy phần hợp đồng chưa thực hiện. Có thể nhận thấy đây là quy định tiến bộ của pháp luật dân sự trước đây.

Từ những phân tích trên, nhóm tác giả kiến nghị TANDTC nên ban hành văn bản hướng dẫn áp dụng tương tự Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC về cách thức giải quyết tranh chấp liên quan đến quyền sử dụng đất. Cách quy định của Nghị quyết này đã phần nào ngăn chặn trường hợp các bên cố tình không thực hiện giao dịch, mặc dù Nghị quyết không quy định cụ thể tiến độ thực hiện để công nhận. Dưới góc độ so sánh, đây là cách tiếp cận khá tương đồng với BLDS năm 2015 nhưng BLDS năm 2015 không quy định chung chung mà đưa ra con số cụ thể là “hai phần ba”. Mức quy định này cho thấy, không phải bất cứ giao dịch nào đã được thực hiện một phần đều được công nhận. Khi đó, những giao dịch tương tự như vụ án tranh chấp quyền sử dụng đất nêu trên sẽ được xử lý như thế nào? Xét thấy những vướng mắc trên được Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP

ngày 10/8/2004 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC giải quyết khá thỏa đáng. Do đó, theo chúng tôi, TANDTC cần có hướng dẫn đưa nội dung có liên quan trong Nghị quyết 02/2004/NQ-HĐTP vào áp dụng. Đồng thời, cần mở rộng phạm vi điều chỉnh sang các loại tài sản khác ngoài quyền sử dụng đất theo phương thức áp dụng tương tự pháp luật.

## **2. Công nhận giao dịch dân sự khi các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ của giao dịch**

Điều 134 BLDS năm 2005 quy định giao dịch dân sự vô hiệu về hình thức khi pháp luật có quy định giao dịch đó phải được thể hiện bằng hình thức nhất định. Tuy nhiên, không phải mọi giao dịch dân sự không thực hiện đúng thủ tục về hình thức thì vô hiệu, mà sẽ rơi vào tình trạng “chưa có giá trị pháp lý” và các bên được “gia hạn” một khoảng thời gian để hoàn thiện giá trị pháp lý của giao dịch.

Đối với hợp đồng mua bán nhà ở vô hiệu do không tuân thủ điều kiện về hình thức thì tại điểm b, mục 2.2, Nghị Quyết số 01/2003/NQ-HĐTP ngày 16/4/2003 hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết một số loại tranh chấp dân sự hôn nhân và gia đình có quy định, Tòa án thụ lý giải quyết cho phép các bên trong hạn một tháng phải hoàn tất hình thức của hợp đồng. Nếu giao dịch đó hoàn tất về mặt hình thức thì không vô hiệu. Tuy nhiên thực tế cho thấy, quy định này chỉ có ý nghĩa trong một môi trường làm việc hoàn hảo, khi các bên có thái độ hợp tác và tích cực. Ngược lại, nếu các bên không thực hiện, quy định này sẽ làm mất nhiều thời gian của các bên cũng như cơ quan thụ lý. Hơn nữa thời hạn “một

tháng” để hoàn tất thủ tục luật định được coi là không hợp lý, bởi lẽ không phải hình thức của bất cứ giao dịch dân sự nào cũng có thể hoàn tất thủ tục trong vòng một tháng.

Khác với BLDS năm 2005, Điều 129 BLDS năm 2015 quy định: “Giao dịch dân sự đã được xác lập theo quy định phải bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định của luật mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực”.

Với quy định mới này, BLDS năm 2015 đã khắc phục được lỗ hổng về “thời hạn khắc phục hình thức” giao dịch. Nguyên tắc chung là “giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức thì vô hiệu, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Nhưng chính trường hợp “ngoại lệ” đó đã tạo nên hiệu lực của các giao dịch không tuân thủ về hình thức. Theo quy định mới này thì pháp luật căn cứ vào mức độ thực hiện giao dịch để công nhận hay không công nhận giao dịch đó. Ở đây, nhà làm luật lấy con số “hai phần ba” để xác định ranh giới công nhận giao dịch. Tuy nhiên, để xác định “hai phần ba” là một điều không hề đơn giản. Đồng thời, điều này dẫn đến khả năng tòa án có thể tùy tiện khi định lượng giá trị giao dịch.

Ví dụ: Bản án số 154/2016/DS-PT ngày 26/7/2016 của TAND tỉnh Bình Dương về việc tranh chấp quyền sử dụng đất và yêu cầu hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất.

Bản án cho thấy tranh chấp liên quan đến hai hợp đồng chuyển nhượng: Hợp đồng thứ nhất có sự vi phạm về hình thức, nhưng đã được các bên thực hiện toàn bộ hợp đồng; hợp đồng thứ hai đã được công chứng, chứng thực hợp pháp và không có sự vi phạm về hình thức, nhưng lại được ký kết sau khi hợp đồng thứ nhất đã được thực hiện. Vấn đề đặt ra là phải xét đến giá trị hiệu lực của hợp đồng thứ nhất, nếu hợp đồng thứ nhất có hiệu lực và được công nhận thì hợp đồng thứ hai sẽ vô hiệu đối với phần đất và tài sản đã được chuyển nhượng theo hợp đồng thứ nhất.

Nếu như tòa án cấp sơ thẩm tuyên hợp đồng này vô hiệu do không đáp ứng quy định về hình thức thì tòa án ở cấp phúc thẩm đã mạnh dạn áp dụng quy định mới tại Điều 688 và 129 BLDS năm 2015 để tuyên hợp đồng này có hiệu lực. Mặc dù thời điểm ký kết, thời điểm tranh chấp và thời điểm xét xử vụ án xảy ra trước khi BLDS năm 2015 có hiệu lực thì hành nhưng TAND phúc thẩm đã áp dụng quy định “Điều khoản chuyển tiếp”. Theo đó, tòa cấp phúc thẩm cho rằng bên mua đã giao đủ tiền, tức là giá trị hợp đồng đã thực hiện lớn hơn con số “hai phần ba”- khái niệm mới được quy định tại Điều 129 BLDS năm 2015, và sau khi nhận chuyển nhượng, bên nhận chuyển nhượng đã quản lý, sử dụng và khai thác đất, tài sản trên đất ổn định lâu dài.

Đặt giả thiết, nếu tòa án cấp phúc thẩm cũng có cùng quan điểm với Tòa sơ thẩm,

cho rằng hợp đồng này vi phạm về hình thức và áp dụng quy định tại Điều 134 BLDS năm 2005, cho các bên thời hạn 01 (một) tháng để hoàn tất thủ tục về hình thức thì liệu rằng có phù hợp hay không khi đang có một hợp đồng mới đã được công chứng chứng thực hợp pháp? Bên cạnh đó, “Điều khoản chuyển tiếp” mà tòa sử dụng làm căn cứ pháp lý để công nhận giao dịch là không chính xác. Bởi khi giao dịch dân sự đang được thực hiện thì căn cứ điểm a khoản 1 Điều 668 không thể áp dụng BLDS năm 2015 để giải quyết công nhận giao dịch này. Thiết nghĩ, cần có văn bản hướng dẫn cụ thể thế nào là “khác”, thế nào là “phù hợp” về nội dung, hình thức theo Điều 668 BLDS năm 2015 để tránh áp dụng sai Luật.

Do đó, chúng tôi kiến nghị:

*Thứ nhất, quy định cụ thể về cách thức xác định “hai phần ba nghĩa vụ”.* BLDS năm 2015 khá rõ ràng trong việc khẳng định hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức, tuy nhiên cũng đã mở ra hướng mới cho những giao dịch này khi một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất “hai phần ba nghĩa vụ” và có yêu cầu tòa án công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Điều đáng chú ý ở đây là tòa án không được tùy nghi cho các bên thời hạn để hoàn thiện hình thức như BLDS năm 2005, thay vào đó là ra “quyết định công nhận hiệu lực giao dịch” nếu đáp ứng được hai điều kiện: (1) Một hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ; (2) Có yêu cầu của một hoặc các bên.

Câu hỏi đặt ra là một bên là đủ hay đòi hỏi phải cả hai bên thực hiện hai phần ba nghĩa vụ? Theo câu từ của điều luật thì “khi một hoặc các bên” đã thực hiện ít nhất hai

phần ba giao dịch có nghĩa là các bên có tinh thần thiện chí để tiếp tục giao dịch, khi đó chỉ cần có yêu cầu của một bên thì tòa án sẽ công nhận giao dịch; hạn chế được tình trạng các bên cố tình không thực hiện.

Vấn đề là, cơ sở nào để xác định việc thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ? Trên thực tế không phải tất cả mọi giao dịch dân sự đều có thể định giá thành một con số cụ thể. Do đó, sẽ không phù hợp nếu giao dịch là các hoạt động dịch vụ, đối tượng giao dịch chỉ là các công việc cụ thể và khi công việc hoàn thành là lúc chấm dứt giao dịch. Chúng tôi cho rằng, khi thực thi nếu không có hướng dẫn cụ thể thì chắc chắn sẽ xảy ra tình trạng không thống nhất trong việc hiểu và áp dụng điều luật.

Thiết nghĩ, để thi hành trên thực tế cần có thêm những hướng dẫn cụ thể về cách thức xác định giá trị cho từng loại giao dịch, xây dựng tiêu chí định lượng cho việc thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ của giao dịch. Có như vậy mới có thể tránh được tình trạng áp dụng tùy nghi, không thống nhất làm giảm giá trị hiệu lực của những sửa đổi mang tính đột phá trong BLDS năm 2015 về các ngoại lệ để tòa án công nhận giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức theo yêu cầu của một bên hoặc các bên trong giao dịch.

*Thứ hai, thiết lập án lệ đối với giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức.*

Trong xu hướng hiện nay, khi mà án lệ đã chính thức được công nhận thì việc áp dụng những án lệ để xử lý giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức chỉ là vấn đề về thời gian. Các án lệ cần xây dựng theo hướng không quá coi trọng vấn đề hình thức mà đề cao ý chí tự nguyện của các chủ

thể<sup>5</sup>. Cụ thể, án lệ về giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức cần đáp ứng những nội dung cơ bản: Tranh chấp về giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức, phải giải quyết được khái niệm “hai phần ba”, quyền và nghĩa vụ của các bên khi giao dịch vô hiệu hoặc khi giao dịch được công nhận...

### 3. Công nhận giao dịch dân sự khi hết thời hiệu khởi kiện

Theo Điều 132 BLDS năm 2015, khi hết thời hiệu khởi kiện thì giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức được công nhận, trong khi trước đó BLDS năm 2005 không quy định vấn đề này. Về tổ tụng, tòa án xem xét thời hiệu thời kiện để không vi phạm thủ tục tố tụng, nhưng thường “quên” rằng quy định về thời hiệu khởi kiện còn ảnh hưởng đến giá trị hiệu lực của giao dịch dân sự. Do vậy, có rất ít bản án, tòa án sẽ công nhận giao dịch dân sự khi hết thời hiệu khởi kiện.

Ví dụ bản án số 41/2011/DS-PT ngày 25/4/2011 của TAND tỉnh Khánh Hòa, về việc: “Yêu cầu tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vô hiệu”<sup>6</sup>.

Mặc dù hiện nay, BLDS năm 2015 quy định rất rõ ràng khi hết thời hiệu khởi kiện cụ thể là hai năm đối với giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức thì giao dịch đó được công nhận. Song trên thực tế, vấn đề thời hiệu dường như bị bỏ

ngỏ ở tòa án. Đồng thời, quy định thời hiệu khởi kiện là hai năm kể từ khi “*Giao dịch dân sự được xác lập*” đối với giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức, dường như có điểm chưa thật sự hợp lý vì thời điểm giao dịch dân sự được xác lập không đồng nhất với thời điểm mà quyền và lợi ích của các bên bị xâm phạm. Có rất nhiều trường hợp sau khi hai bên xác lập giao dịch một thời gian khá lâu, trong khoảng thời gian đó hai bên vẫn tiến hành thực hiện giao dịch, nhưng vì lý do nào đó mà một trong hai bên không tiếp tục thực hiện giao dịch gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của bên còn lại. Lúc này cần xác định thời hiệu khởi kiện là lúc giao dịch được xác lập hay lúc quyền lợi bị xâm phạm?

Bên cạnh đó, quy định về thời hiệu của BLDS năm 2015 còn chứa đựng một số điểm chưa thật sự hợp lý cần phải có văn bản hướng dẫn. Theo Điều 132 BLDS năm 2015, hết thời hiệu hai năm thì giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức có hiệu lực mà không cần bất cứ điều kiện nào kèm theo, nhưng theo Điều 129 BLDS năm 2015, những giao dịch dân sự mà các bên đã xác lập và thực hiện ít nhất được hai phần ba nghĩa vụ thì tòa án mới công nhận. Mà thủ tục yêu cầu tòa án công nhận không phải lúc nào cũng đơn giản nên các bên tham gia giao dịch gặp nhiều khó khăn trong việc chứng minh giá trị hai phần ba của giao dịch và có khi vượt qua cả thời hiệu quy định tại Điều 132. Vậy Điều 132 có khả năng vô hiệu hóa Điều 129 BLDS năm 2015. Thiết nghĩ, cần có quy định cụ thể hướng dẫn vấn đề này để Điều 129 BLDS năm 2015 thực sự có ý nghĩa thi hành trên thực tế.

<sup>5</sup> Đỗ Văn Đại (2016), *Bình luận khoa học - những điểm mới của Bộ luật Dân sự 2015*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr. 156.

<sup>6</sup> Bản án số 41/2011/DS-PT ngày 25/4/2011 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa, về việc: “*Yêu cầu tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vô hiệu*”, giữa nguyên đơn ông Nguyễn Đức Thành và bị đơn ông Bùi Quang Ngọc.

# MỘT SỐ BÌNH LUẬN VỀ ĐIỀU 420 BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015: THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG KHI HOÀN CẢNH THAY ĐỔI CƠ BẢN

*Đàm Thị Diễm Hạnh\**  
*Lê Thị Kim Oanh\*\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, bình luận các quy định tại Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản; từ đó, đưa ra các đề xuất hoàn thiện.

**Abstract:** The article analyzes and assesses regulations under Article 420 of the 2015 Civil Code on performance of contract upon the basic change of circumstances, thereby makes proposals for improvement.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng, các bên có thể đối mặt với rất nhiều rủi ro từ sự thay đổi hoàn cảnh tự nhiên, xã hội, kinh tế, chính trị, con người... làm cho việc tiếp tục thực hiện hợp đồng trở nên vô cùng khó khăn, tốn kém, khác hoàn toàn với mục đích lúc giao kết hợp đồng. Để có thể vừa duy trì hiệu lực hợp đồng, vừa có thể phân chia hợp lý rủi ro đảm bảo sự công bằng cho các bên, pháp luật của Việt Nam đã có quy định việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản tại Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS năm 2015).

Có thể hiểu, hoàn cảnh thay đổi cơ bản là sự kiện xảy ra ngoài ý muốn của các bên khi giao kết hợp đồng, làm thay đổi cơ bản nội dung hợp đồng gây thiệt hại hoặc có nguy cơ gây thiệt hại nghiêm trọng cho một bên nếu hợp đồng không được điều chỉnh lại. Khoản 1 Điều 420 BLDS năm 2015 cho phép xác định điều kiện để một sự kiện được coi là hoàn cảnh thay đổi cơ bản<sup>1</sup>. Khi

hoàn cảnh thay đổi cơ bản, nghĩa vụ đàm phán lại và hệ quả đàm phán không thành được đề cập trong các khoản tiếp theo của Điều 420 BLDS năm 2015.

Từ quy định của BLDS năm 2015, các tác giả có một số bình luận sau đây.

## **1. Về quyền yêu cầu đàm phán lại hợp đồng và nghĩa vụ chứng minh hoàn cảnh thay đổi cơ bản**

Trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán lại hợp đồng trong một thời hạn hợp lý (khoản 2 Điều 420 BLDS năm 2015). Mặc dù không quy định cụ thể về “đàm phán lại hợp

---

a) Sự thay đổi hoàn cảnh do nguyên nhân khách quan xảy ra sau khi giao kết hợp đồng;

b) Tại thời điểm giao kết hợp đồng, các bên không thể lường trước được về sự thay đổi hoàn cảnh;

c) Hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác;

d) Việc tiếp tục thực hiện hợp đồng mà không có sự thay đổi nội dung hợp đồng sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng cho một bên;

đ) Bên có lợi ích bị ảnh hưởng đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết trong khả năng cho phép, phù hợp với tính chất của hợp đồng mà không thể ngăn chặn, giảm thiểu mức độ ảnh hưởng đến lợi ích.

---

\*, \*\* ThS., Khoa Pháp luật dân sự và kiểm sát dân sự, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

<sup>1</sup> 1. Hoàn cảnh thay đổi cơ bản khi có đủ các điều kiện sau đây:

đồng”, nhưng theo điều luật có thể hiểu nội dung của đàm phán lại hợp đồng bao gồm đàm phán sửa đổi hoặc đàm phán chấm dứt hợp đồng. Theo đó, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán lại hợp đồng, tuy nhiên không quy định rõ liệu bên được yêu cầu có nghĩa vụ phải chấp nhận tham gia đàm phán lại hợp đồng hay không. Các khoản khác của Điều 420 BLDS năm 2015 cũng không thể hiện điều này. Điều luật cũng không quy định trong trường hợp bên nhận được yêu cầu không tham gia đàm phán thì có chế tài như thế nào. Về vấn đề này có thể tham khảo quy định trong Bộ nguyên tắc Luật hợp đồng châu Âu (PECL). Pháp luật Việt Nam cũng quy định các bên có thể đàm phán trong một khoảng thời gian hợp lý và tòa án chỉ can thiệp khi các bên không đạt được thỏa thuận và cách thức tòa án tác động vào hợp đồng cũng là chấm dứt hoặc sửa đổi hợp đồng. Tuy nhiên, điểm khác biệt của PECL ở đây là: Thứ nhất, tòa án “cho chấm dứt” hoặc “sửa đổi hợp đồng nhằm phân chia thiệt hại và lợi ích phát sinh do hoàn cảnh thay đổi” cho các bên “theo một cách thức công bằng và bình đẳng”<sup>2</sup>; thứ hai, PECL “đi xa hơn”<sup>3</sup> bằng quy định, bên từ chối “phải bồi thường cho những tổn thất xảy ra” trong trường hợp “từ chối thỏa thuận hoặc vi phạm thỏa thuận trái với nguyên tắc thiện chí và trung thực”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Xem PECL, Article 6:111 - Change of Circumstances, [https://www.trans-lex.org/400200/\\_pecl/#head\\_101](https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_101), truy cập ngày 17/4/2018.

<sup>3</sup> Nguyễn Anh Thư, *Đề xuất sửa đổi, bổ sung quy định liên quan đến nguyên tắc thiện chí trong BLDS Việt Nam năm 2005*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội: Luật học, Tập 30, số 3 (2014), tr.66.

<sup>4</sup> Xem PECL, Article 6:111 - Change of Circumstances, [https://www.trans-lex.org/400200/\\_pecl/#head\\_101](https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_101), truy cập ngày 17/4/2018.

Ngoài quy định về giới hạn khoảng thời gian hợp lý để đưa ra yêu cầu đàm phán lại, điều luật cũng không thể hiện rõ bên yêu cầu đàm phán lại có nghĩa vụ đưa ra căn cứ để chứng minh hoàn cảnh thay đổi hay không. Quy định của BLDS năm 2015 hiện hành chưa chặt chẽ sẽ dẫn đến tình huống bên bị bất lợi chỉ đưa ra yêu cầu đàm phán lại mà không nêu căn cứ; lạm dụng các hoàn cảnh khó khăn để chậm trễ thực hiện nghĩa vụ, đồng thời gây khó khăn cho bên được yêu cầu. Theo Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế<sup>5</sup>, ngoài yêu cầu không chậm trễ thì bên bị bất lợi phải nêu rõ lý do yêu cầu đàm phán lại hợp đồng. Tuy nhiên, trường hợp căn cứ đưa ra yêu cầu đàm phán quá rõ ràng thì bên đưa ra yêu cầu không cần thiết phải nêu rõ trong yêu cầu đàm phán lại<sup>6</sup>.

Do đó, Điều 420 BLDS năm 2015 cần quy định cụ thể nghĩa vụ của bên bị bất lợi khi đưa ra yêu cầu đàm phán lại phải đồng thời nêu rõ căn cứ của yêu cầu đó, trừ trường hợp căn cứ chứng minh hoàn cảnh thay đổi cơ bản đã quá rõ ràng cũng như nghĩa vụ tham gia của một bên khi bên bất lợi yêu cầu đàm phán lại.

## 2. Về việc yêu cầu tòa án giải quyết

Trường hợp các bên không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có

<sup>5</sup> Xem Article 6.2.3 UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts:“(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based”, nguồn: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, truy cập ngày 17/4/2018.

<sup>6</sup> Xem Comment 3 Article 6.2.3 UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts.

thể yêu cầu tòa án chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định hoặc sửa đổi hợp đồng<sup>7</sup>. Theo đó, các bên đều có quyền yêu cầu tòa án giải quyết tranh chấp, tuy nhiên với điều kiện khi “*không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý*”. Điều khoản này dùng cụm từ “*sửa đổi hợp đồng*” mà không phải là “*đàm phán lại hợp đồng*” như quy định tại khoản 2 Điều 420. Quy định này có thể dẫn đến cách hiểu, chỉ trong trường hợp không thể thỏa thuận về việc *sửa đổi* hợp đồng thì các bên mới có quyền yêu cầu tòa án giải quyết. Vậy câu hỏi đặt ra là nếu các bên không thỏa thuận được về việc *chấm dứt* hợp đồng hoặc thỏa thuận chấm dứt nhưng không thống nhất được về thời điểm chấm dứt thì một trong các bên có quyền yêu cầu tòa án giải quyết hay không? Do đó, điều luật trên nên quy định theo hướng, nếu việc *đàm phán lại* thất bại thì một trong các bên có thể yêu cầu tòa án giải quyết bởi lẽ, việc đàm phán lại hợp đồng, như đã phân tích ở trên, có thể bao gồm đàm phán sửa đổi hoặc đàm phán chấm dứt hợp đồng.

Bên cạnh đó, điều khoản này cũng có thể được hiểu rằng, các bên buộc phải đàm phán trước khi yêu cầu tòa án giải quyết. Vậy câu hỏi đặt ra là, trường hợp bên không bị bất lợi không chấp nhận yêu cầu đàm phán lại hợp đồng thì bên bị bất lợi có quyền yêu cầu tòa án giải quyết không? Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế quy định: “*Nếu các bên không thỏa thuận được trong một thời hạn hợp lý thì mỗi bên có quyền yêu cầu tòa án giải quyết*”<sup>8</sup>. Quy định này bao hàm cả việc các

bên đàm phán không thành hoặc một bên không chấp nhận đàm phán lại hợp đồng.

Do đó, khoản 3 Điều 420 nên được sửa đổi như sau:

“*Trường hợp bên được yêu cầu không chấp nhận đàm phán hoặc quá trình đàm phán lại không thành trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có thể yêu cầu tòa án: ...*”

### **3. Về thẩm quyền sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng nếu một trong các bên yêu cầu**

Một là, khoản 3 Điều 420 BLDS năm 2015 quy định cho phép tòa án có quyền sửa đổi hay chấm dứt hợp đồng. Cụ thể, tòa án chỉ được sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi. Theo điều kiện trên, có thể ngầm hiểu rằng, việc chấm dứt hợp đồng gây thiệt hại nhỏ hơn chi phí thực hiện khi hợp đồng được sửa đổi thì tòa án phải lựa chọn phương án chấm dứt hợp đồng. Quy định này tương tự cách tiếp cận của Bộ luật Dân sự liên bang Nga. Khoản 4 Điều 451 Bộ luật Dân sự liên bang Nga năm 2003 quy định: “*Việc sửa đổi hợp đồng trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi đáng kể sẽ được thực hiện theo quyết định của tòa án trong những trường hợp ngoại lệ, khi việc hủy bỏ hợp đồng là trái với lợi ích công cộng, hoặc gây thiệt hại cho các bên, vượt quá so với các chi phí, việc thực hiện hợp đồng theo các điều khoản được sửa đổi là cần thiết*”. Khi bình luận về quy định của Bộ luật Dân sự liên bang Nga, có học giả cho rằng cách quy định cứng nhắc này giới hạn quyền chủ động của tòa án trong việc lựa chọn giải pháp phù hợp nhất, hoặc là chấm dứt hoặc là thay đổi hợp đồng, cho

<sup>7</sup> Xem khoản 3 Điều 420 BLDS năm 2015.

<sup>8</sup> Xem Article 6.2.4 (3) UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts.

từng trường hợp<sup>9</sup>. Như vậy, tòa án chỉ được căn cứ vào việc so sánh chi phí thực hiện hợp đồng để lựa chọn sửa đổi hay chấm dứt hợp đồng trong khi còn nhiều yếu tố khác có thể được xem xét. Do đó, nếu quy định tòa án chỉ dựa vào chi phí để quyết định chấm dứt hay sửa đổi hợp đồng là không đảm bảo sự linh hoạt, mềm dẻo trong mỗi trường hợp.

*Hai là*, quy định tại khoản 3 Điều 420 BLDS năm 2015 dẫn đến cách hiểu, tòa án ưu tiên việc sửa đổi hợp đồng hơn là chấm dứt hợp đồng. Cũng có thể hiểu, “tòa án **chỉ được** quyết định...” có nghĩa tòa án chỉ được tuyên bố hoặc là sửa đổi hợp đồng, hoặc là chấm dứt hợp đồng mà không được quyền đưa ra một phương án khác.

Tham khảo quy định của Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế<sup>10</sup>, tòa án có quyền lựa chọn chấm dứt hay sửa đổi mà không có các điều kiện ưu tiên áp dụng. Tòa án sẽ cân nhắc việc áp dụng hệ quả nào mang lại hiệu quả và hợp lý nhất. Bình luận số 7 của Điều 6.2.3 nhấn mạnh rằng, nếu trường hợp cả hai phương án trên đều không hợp lý thì sẽ có tình huống là tòa án không chấm dứt hay sửa đổi hợp đồng mà chọn một trong hai cách sau: Hoặc là yêu cầu các bên bắt đầu lại quá trình đàm phán về việc sửa đổi lại hợp đồng; hoặc là thừa nhận những điều khoản vốn có của hợp đồng. Việc yêu cầu các bên đàm phán lại khi tòa án không thể chấm dứt hay thay đổi hợp đồng là giải pháp cho

phép tòa án đóng vai trò một người trọng tài giúp các bên trong quá trình thương lượng để đi đến một giải pháp chung, nhất là khi quá trình tự đàm phán của các bên trở nên bế tắc<sup>11</sup>. So với quy định của Bộ luật Dân sự nước ta, cách quy định của Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế có tính mềm dẻo hơn, cho phép tòa án áp dụng linh động hơn các giải pháp. Điều này cho thấy, các thẩm phán có quyền năng rất lớn trong việc quyết định số phận của hợp đồng. Tuy nhiên, thẩm phán phải có trách nhiệm ra quyết định trên cơ sở đánh giá hậu quả một cách khách quan và công bằng. Mặc dù pháp luật cho phép lựa chọn, nhưng các thẩm phán vẫn phải hành xử theo các nguyên tắc của pháp luật và đạo đức nghề nghiệp.

*Ba là*, theo khoản 3 Điều 420 BLDS năm 2015, một trong các bên có quyền yêu cầu tòa án chấm dứt hợp đồng hoặc sửa đổi hợp đồng. Vậy, nếu một bên đưa ra yêu cầu chấm dứt hợp đồng nhưng tòa án thấy cần sửa đổi hợp đồng thì tòa án có được sửa đổi hợp đồng không? Nếu câu trả lời là có thì tòa án sẽ vi phạm nguyên tắc tự định đoạt của đương sự quy định tại Điều 5 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, cụ thể tòa án “*chỉ giải quyết trong phạm vi đơn khởi kiện*”<sup>12</sup>. Nếu câu trả lời là không thì sẽ không đảm bảo vai trò của tòa án là bảo vệ quyền công dân, thực hiện công bằng trong xét xử mà mục đích của Điều 420 BLDS năm 2015 hướng tới là nhằm tái lập sự cân bằng của hợp đồng và đảm bảo sự công

---

<sup>9</sup> G. Doudko Alexei, “Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia”, Uniform Law Review, số 5 (2000): 504.

<sup>10</sup> Xem Article 6.2.3 (4) UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts.

---

<sup>11</sup> G. Doudko Alexei, “Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia”, tr. 503.

<sup>12</sup> Xem Điều 5 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

bằng cho các bên. Khi đó, việc đưa ra yêu cầu tòa án giải quyết sẽ không còn ý nghĩa.

Do vậy, BLDS năm 2015 nên sửa đổi theo hướng, tòa án có quyền sửa đổi hay điều chỉnh hợp đồng hay ra một phán quyết khác trên nguyên tắc đảm bảo lợi ích tốt nhất cho cả hai bên chứ không nhất thiết quyết định chỉ là sửa đổi hay chấm dứt hợp đồng và quyết định chỉ dựa trên chi phí lớn hơn hay nhỏ hơn.

#### **4. Về nghĩa vụ tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng**

Khoản 4 Điều 420 BLDS năm 2015 quy định: *“Trong quá trình đàm phán sửa đổi, chấm dứt hợp đồng, tòa án giải quyết vụ việc, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”*. Quy định này được hiểu, trừ khi có thỏa thuận khác, trong mọi trường hợp các bên vẫn phải thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Quy định này khá cứng nhắc khi không đưa ra các ngoại lệ giống như Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế. Theo đó, Bình luận 4 Điều 6.2.3 Bộ nguyên tắc UNIDROIT cho rằng, việc tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ chỉ được chấp nhận trong những trường hợp ngoại lệ<sup>13</sup>. Mặc dù quy định này cho thấy sự hạn chế của việc cho phép tạm dừng thực hiện nghĩa vụ, nhưng ít nhất vẫn tạo ra hướng mở cho tòa án chứ không chỉ phụ thuộc vào thỏa thuận của các bên. Do đó, pháp luật Việt Nam cũng nên bổ sung vào đoạn cuối của khoản 4 Điều 420 BLDS năm 2015 *“hoặc trường hợp đặc biệt do tòa án quyết định”*.

Tóm lại, tương tự Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế và PECL, Điều 420 BLDS năm 2015 cho phép các bên tự đàm phán lại hợp đồng hoặc yêu cầu tòa án giải quyết trong trường hợp có hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức việc thực hiện trở nên quá khó khăn. Tuy nhiên, quy định tại Điều 420 còn một số bất cập. Cụ thể là, trong khi trao cho bên bị ảnh hưởng quyền yêu cầu đàm phán lại, nhưng chưa quy định nghĩa vụ chứng minh hoàn cảnh thay đổi cơ bản và cũng không đề cập đến nghĩa vụ tham gia đàm phán lại của bên được yêu cầu. Việc bổ sung các quy định này có ý nghĩa quan trọng trong việc đảm bảo hiệu quả của quá trình đàm phán lại. Bên cạnh đó, Điều 420 chỉ quy định trường hợp các bên không thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một khoảng thời gian hợp lý thì một trong các bên có thể yêu cầu tòa án giải quyết, mà không nêu rõ trường hợp các bên không thỏa thuận được về việc chấm dứt hợp đồng hoặc trường hợp bên được yêu cầu từ chối đàm phán thì một trong các bên có thể yêu cầu tòa án giải quyết tranh chấp hay không. Vậy Điều 420 nên quy định cụ thể nghĩa vụ các bên như một cơ chế để đảm bảo hiệu quả của quá trình đàm phán lại. Về thẩm quyền của tòa án trong việc sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng, điều luật quy định điều kiện còn cứng nhắc, hạn chế tòa án lựa chọn phương án hợp lý nhất cho từng vụ việc cụ thể. Ngoài ra, thay vì giới hạn tòa án chỉ được chọn hai phương án là chấm dứt hoặc sửa đổi hợp đồng, Điều 420 nên bổ sung trường hợp khi cả hai phương án trên đều không khả quan thì tòa án có thể yêu cầu các bên bắt đầu lại quá trình đàm phán về việc sửa đổi lại hợp đồng, hoặc là thừa nhận những điều khoản vốn có của hợp đồng.

<sup>13</sup> Xem Comment 4 Article 6.2.3 UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts.

# PHÁP LUẬT VỀ HOÀ GIẢI THƯƠNG MẠI CỦA CỘNG HOÀ LIÊN BANG ĐỨC VÀ MỘT SỐ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Lê Hương Giang\*

**Tóm tắt:** Hoà giải thương mại là một phương thức được các quốc gia châu Âu ngày càng quan tâm phát triển. Cộng hòa Liên bang Đức là một trong những nước châu Âu tích cực xây dựng chính sách khuyến khích hoà giải thương mại thông qua việc ban hành Luật Hoà giải năm 2012. Bài nghiên cứu nêu và phân tích bối cảnh về việc sử dụng hoà giải thương mại ở Đức cũng như Luật Hoà giải Đức năm 2012, từ đó đưa ra một số khuyến nghị cho Việt Nam.

**Abstract:** Commercial mediation is a method in development by European countries. Federal Republic of Germany is one of strenuous European countries in formulating policies for encouragement of commercial mediation with the enactment of the 2012 Mediation Act. The paper states and analyzes the climate of the use of commercial mediation in Germany and the 2012 Act, thereby makes recommendations for Viet Nam.

## 1. Tổng quan về hoà giải và pháp luật hoà giải thương mại của Cộng hòa Liên bang Đức

Ở Đức, các vụ việc tranh chấp đều có thể được giải quyết bằng con đường hoà giải. Rất nhiều lĩnh vực hoà giải tồn tại ở Đức như hoà giải gia đình, hoà giải cộng đồng, hoà giải môi trường, hoà giải thương mại. Tuy nhiên, “Đức là một quốc gia với một truyền thống phát triển hệ thống toà án khá mạnh mẽ. Do đó, phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn đã không thể hiện nhiều vai trò trong một khoảng thời gian khá dài”<sup>1</sup>. Việc sử dụng phương thức hoà giải chưa phải là cách thức ưa thích của thương nhân Đức. Nhìn chung, hoà giải ngoài toà án vẫn tỏ ra yếu thế hơn so với hoà giải tại toà án. Đây dường như là một thực trạng chung đối với các quốc gia theo

dòng họ Civil-law. Trong khi đó, hoà giải lại phát triển khá nhanh tại những quốc gia theo dòng họ Common-law, ví dụ như Mỹ, Anh, Úc<sup>2</sup>.

Có một số nguyên nhân chính làm cho các chủ thể tranh chấp ở Đức chưa thực sự ưa thích hoà giải như:

(i) Việc giải quyết tranh chấp tại toà án bảo đảm công bằng và kết quả được bảo đảm thi hành; hơn nữa, hệ thống toà án ở Đức có sự vận hành khá tốt với hiệu quả giải quyết tranh chấp cao.

(ii) Nếu không phải là toà án, các thương nhân có thể lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Trọng tài ở Đức đã được sử dụng từ rất sớm và được coi là một phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn mang lại nhiều hiệu quả<sup>3</sup>. Lợi thế của

\* ThS., Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Carlos Esplugues, Louis Marquis (Editors), *New developments in civil and commercial mediation - Global comparative perspectives*, Springer, 2015, tr. 291.

<sup>2</sup> N. M. Alexander, *Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave*, in N. M. Alexander (Ed.), *Global Trends of Mediation* 1, at 4 (2006).

<sup>3</sup> Noussia, Kyriaki, *Confidentiality in international commercial arbitration - A comparative analysis of*

trọng tài là việc cơ quan này có thể đưa ra phán quyết, thủ tục khá linh hoạt và bảo đảm quyền lợi cho các bên.

(iii) Do thói quen và tâm lý của người Đức nhìn nhận đối với hoạt động hoà giải, khi cơ chế bảo đảm chưa thực sự tốt như quy trình tố tụng tại toà án (thậm chí là hoà giải tại toà án) và trọng tài. Đối với văn hoá của người Đức, “nếu họ làm điều gì đó, họ có xu hướng đánh giá cao chất lượng, hiệu quả hơn là chi phí và thời gian. Với hoà giải, người Đức cho rằng, cần nhiều thời gian hơn cho các nghiên cứu, đánh giá và khảo sát để đảm bảo công cụ này đáng để sử dụng”<sup>4</sup>. Nhìn chung, người Đức giữ thái độ hoài nghi về hiệu quả của hoà giải.

Tuy nhiên, cũng không thể phủ nhận những ưu điểm mà hoà giải mang lại. “Các tranh chấp thương mại thường tập trung vào các vấn đề có tính chi tiết và có tính nhạy cảm mà các bên không muốn tiết lộ công khai. Tính bảo mật trong hoạt động hoà giải chính là điểm hấp dẫn của phương thức này”<sup>5</sup>. Bên cạnh đó, sử dụng hoà giải cũng là một cách để các bên có thể tiết kiệm hơn về mặt thời gian và tổng chi phí<sup>6</sup>. Ngoài việc tuân thủ theo chính sách của Liên minh châu Âu về việc các nước thành viên cần “thu hút các bên bằng những biện pháp thích hợp để thúc đẩy sử dụng biện pháp

hoà giải”<sup>7</sup>, Đức phát triển hoà giải là một xu thế tất yếu cho việc khuyến khích các phương thức giải quyết tranh chấp nhanh chóng và tiết kiệm.

Hiện nay, ở Đức, không có một đạo luật riêng biệt về hoà giải thương mại, việc hoà giải các tranh chấp thương mại sẽ được điều chỉnh bởi hai văn bản pháp luật là Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức năm 2005, sửa đổi lần cuối năm 2013 (Code of Civil procedure of Germany-ZPO) (sau đây gọi là Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức)<sup>8</sup> và Luật Hoà giải năm 2012 (MediationsG) (sau đây gọi là Luật Hoà giải Đức)<sup>9</sup>. Các tranh chấp thương mại có thể được hoà giải theo các loại như: Hoà giải ngoài toà án (hoà giải tư nhân), hoà giải ngoài toà án được giới thiệu bởi toà án hay còn gọi là hoà giải liên kết với toà án (the out-of-court mediation upon proposal by the court) và hoà giải theo thủ tục hoà giải tại toà án (mediation in judicial conciliatory proceedings). Ba loại hoà giải này khác biệt ở cách hoà giải bắt đầu và tư cách của người tiến hành hoà giải<sup>10</sup>.

*the position under English, US, German and French Law*, Springer, 2010, tr.14.

<sup>4</sup> Alexander Hoffmann, *Mediation in Germany and the United States*, European Journal of Law Reform, Vol. 9, no. 4, 2007, tr. 549.

<sup>5</sup> Law Reform Commission, *Report: Alternative dispute resolution: Mediation and Conciliation*, November 2010, tr. 144.

<sup>6</sup> European Parliament, Directorate-General for international Policies, “*Rebooting the mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measure to increase the number of mediations in the EU*”, 2014, tr. 124, 126.

<sup>7</sup> Chỉ thị số 2008/52/EC của Nghị viện và Hội đồng châu Âu ngày 21/5/2008 về các khía cạnh hoà giải dân sự và thương mại (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters) tại địa chỉ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>8</sup> Code of Civil Procedure of Germany tại địa chỉ [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html), truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>9</sup> Mediation Act of Germany (MediationsG) tại địa chỉ [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html), truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>10</sup> Sherman&Sterling, *The new German Mediation Act - Paving the way for mediation as established standard in dispute resolution*, Client Publication, September 2012, tr.2.

*Hoà giải tại toà án:* Đây là phương thức được tiến hành theo thủ tục được quy định tại Điều 278. (1) của Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức (ZPO). Trình tự thủ tục hoà giải được điều khiển bởi thẩm phán với các bước như các bên trình bày vấn đề, thẩm phán hoà giải nghe và trợ giúp các bên để giải quyết vụ tranh chấp. Về mặt phương pháp giải quyết tranh chấp, hoà giải tại toà án có những khác biệt với hoà giải ngoài toà án theo hướng thủ tục chặt chẽ và có nhiều quy định ràng buộc nghĩa vụ hơn. Ví dụ như, các bên hoà giải tại toà án thì “sẽ có thể bị toà án yêu cầu có mặt ở buổi hoà giải cũng như ở bất kỳ bước hoà giải nào” (Điều 141 “Order that a party appear in person”). Tuy nhiên, điểm giống với hoà giải ngoài toà án là thẩm phán không được đưa ra các quyết định thay cho các bên (Điều 278. (5) ZPO). Nếu có thể hoà giải được tại toà án, các bên có thể tự soạn một đề nghị về cách giải quyết vấn đề hoặc cũng có thể chấp nhận việc toà án soạn một thoả thuận giữa các bên ghi lại nội dung của vụ việc hoà giải và các bên sẽ chấp nhận văn bản này của toà án (Điều 278. (6))

*Hoà giải do toà án giới thiệu; hay hoà giải liên kết với toà án:* Đây là phương thức hoà giải được tiến hành theo Điều 278a Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức: (1) Toà án có thể gợi ý các bên tiến hành hoà giải hoặc một thủ tục giải quyết tranh chấp lựa chọn khác; (2) Nếu các bên quyết định tiến hành hoà giải hoặc một phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn khác, toà án sẽ ra quyết định hoãn xử vụ tranh chấp tại toà. Như vậy, trong phương thức hoà giải này, các bên có quyền lựa chọn giải pháp có hoà giải theo sự giới thiệu của toà án hay không. Nếu các bên đồng ý giải quyết tranh chấp theo sự giới thiệu đó, quá trình giải quyết sẽ áp dụng

Luật Hoà giải Đức năm 2012. Có thể hiểu, đối với phương thức hoà giải này, điểm giống với hoà giải tại toà án ở chỗ, trình tự hoà giải tương tự cũng diễn ra trong toàn bộ quá trình thủ tục tố tụng tại toà bị hoãn lại<sup>11</sup>. Tuy nhiên, trong phương thức này, hoà giải viên chuyên nghiệp sẽ tiến hành giải quyết vụ tranh chấp dưới sự giới thiệu của thẩm phán; có thể giúp các bên tranh chấp đạt được thoả thuận một cách hiệu quả hơn là giải quyết hoà giải tại toà án.

*Hoà giải ngoài toà án:* Là hoà giải được giải quyết bởi các hoà giải viên độc lập, không chịu sự điều chỉnh bởi Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức. Phương thức hoà giải này được thực hiện theo Luật Hoà giải Đức năm 2012. Thực tế cho thấy, “thậm chí trước khi Đức ban hành Luật Hoà giải, mô hình hoà giải đã được phát triển như một phương pháp giải quyết tranh chấp chuyên nghiệp trong lĩnh vực thương mại, bên cạnh toà án và trọng tài”<sup>12</sup>. Sự ra đời của Luật Hoà giải năm 2012 đã thúc đẩy việc sử dụng hoà giải tại Đức, cũng là một bước nội luật hoá luật chung châu Âu mà Đức là một thành viên. Không chỉ hướng tới các tranh chấp xuyên biên giới như Chỉ thị của Liên minh châu Âu (EU), Luật Hoà giải Đức áp dụng cho cả các tranh chấp nội địa.

Có thể nói, pháp luật hoà giải của Đức cũng đã hướng đến việc khuyến khích hoà giải các tranh chấp, thiết kế nhiều mô hình để các bên có thể lựa chọn bao gồm cả hoà giải tại toà án và hoà giải ngoài toà án. Với

<sup>11</sup> Peter Berg, *Dispute resolution in Germany*, tại địa chỉ <http://www.disputeresolutiongermany.com/2011/11/mediation-court-annexed-mediation-and-judges-as-mediators/>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>12</sup> Sherman&Sterling, *The new German Mediation Act - Paving the way for mediation as established standard in dispute resolution*, Client Publication, September 2012, tr.3.

việc bổ sung vai trò của các thẩm phán hoà giải (judge mediator - Gurichter) trong hầu hết các thủ tục tố tụng, hoà giải tại Đức không chỉ được khuyến khích bên ngoài toà án, mà còn cả bên trong hệ thống toà án Đức<sup>13</sup>.

## 2. Nội dung pháp luật về hoà giải thương mại theo Luật Hoà giải Đức năm 2012

### 2.1. Quy định về các nguyên tắc cơ bản của hoà giải

Luật Hoà giải Đức không thiết kế các điều luật riêng về nguyên tắc cơ bản của hoà giải mà được tích hợp thể hiện trong Điều 1 về định nghĩa hoà giải: “(1) Hoà giải là một thủ tục *bí mật* và *có trình tự* mà ở đó các bên cố gắng, dựa trên nguyên tắc *tự nguyện* và *tự quyết*, để đạt được một thoả thuận về tranh chấp với sự trợ giúp của một hoặc nhiều hoà giải viên; (2) Hoà giải viên là người *hướng dẫn*, *trợ giúp* các bên giải quyết vụ tranh chấp, với tư cách *độc lập* và *trung lập*, không đưa ra bất kỳ quyết định nào mang tính ép buộc”. Như vậy, các nguyên tắc được nhấn mạnh bao gồm:

(i) *Nguyên tắc tự nguyện (voluntariness)*: Nếu các bên không tự nguyện lựa chọn hoà giải thì sẽ không có việc giải quyết tranh chấp bằng hoà giải. Trong trường hợp các bên không muốn tiếp tục giải quyết tranh chấp bằng hoà giải, “các bên có thể chấm dứt hoà giải bất kỳ lúc nào” (Khoản 2. (5) Luật Hòa giải Đức). Trong quá trình hoà giải, nguyên tắc tự nguyện của các bên cũng cần phải được hoà giải viên tôn trọng.

(ii) *Nguyên tắc tự quyết (self-*

*determination)*: Các bên sẽ được tự định đoạt vụ tranh chấp của mình, hoà giải viên không được can thiệp bằng bất cứ quyết định nào. Hơn nữa, hoà giải viên cũng không được đưa ra bất kỳ quyết định nào mang tính quyền lực, mà chỉ trợ giúp, hướng dẫn các bên. Đây là điểm khác biệt cơ bản giữa hoà giải với toà án hay trọng tài, hai phương thức mà ở đó, thẩm phán hay trọng tài viên có vai trò đưa ra các quyết định cuối cùng về vụ việc. Do đó, trong quá trình giải quyết tranh chấp, “chỉ khi với sự đồng ý của tất cả các bên thì bên thứ ba mới được tham gia vào vụ tranh chấp” (Điều 2. (4) Luật Hòa giải Đức), hay là “phụ thuộc vào sự đồng ý của các bên, kết quả dàn xếp có thể được lưu giữ dưới dạng một thoả thuận cuối cùng” (Điều 6. (6) Luật Hòa giải Đức).

(iii) *Nguyên tắc bảo mật (confidentiality)*: Các bên tham gia vào vụ tranh chấp có nghĩa vụ giữ kín các thông tin có được khi tham gia vào vụ tranh chấp. Nguyên tắc này được Luật Hoà giải Đức rất quan tâm bằng việc quy định rất rõ một điều khoản riêng tại Điều 4. Theo đó, các bên tham gia vào vụ việc, không chỉ hoà giải viên và các bên, đều có nghĩa vụ bảo mật các thông tin có được từ vụ hoà giải. Tuy nhiên, sẽ có những trường hợp loại trừ nghĩa vụ này, nếu như việc tiết lộ thông tin là cần thiết để thực thi các thoả thuận hoà giải, để phục vụ cho những lợi ích công cộng (chăm sóc trẻ em, ngăn chặn sự xâm phạm thể chất và tinh thần của một người nào đó) hoặc thông tin được tiết lộ là những kiến thức thông thường không gây hại đáng kể cho nguyên tắc bảo mật trong hoà giải (Điều 4).

(iv) *Nguyên tắc linh hoạt và hiệu quả (flexibility & efficiency)*: Được thể hiện ở việc quy định hoà giải là một thủ tục có

<sup>13</sup> Laura Ervo, Anna Nylund (Editors), *The future of civil litigation: Access to Courts and Court-annexed mediation in the Nordic Countries*, Springer, 2014, tr.93.

trình tự, cấu trúc, trong đó các bên nỗ lực đạt được một thoả thuận thiện chí về giải quyết mâu thuẫn với sự trợ giúp của một hoặc nhiều hoà giải viên.

(v) *Nguyên tắc trung lập và công bằng (neutrality & impartiality)*: Nguyên tắc này được áp dụng cho hoà giải viên. Hoà giải viên phải độc lập so với các bên tranh chấp và hành động một cách công bằng với các bên. Đối với hoà giải viên, Luật Hoà giải Đức nhấn mạnh nghĩa vụ bảo đảm sự độc lập và công bằng đối với các bên. Hoà giải viên cần phải thông báo cho các bên bất cứ yếu tố nào có thể làm ảnh hưởng tới sự độc lập của mình. Nếu các bên chấp nhận thì hoà giải viên mới được thực hiện vai trò hoà giải viên của mình. Hơn nữa, Luật Hoà giải Đức cũng cấm việc những người có mối liên quan tới lợi ích, công việc với một trong các bên được thực hiện vai trò của hoà giải viên (Điều 3 Luật Hoà giải Đức).

## 2.2. Quy định về hoà giải viên

Mặc dù Đức và Việt Nam đều có chung một khó khăn là những thương nhân chưa thực sự ưa thích mô hình hoà giải, nhưng nguồn lực hoà giải tại Đức lại khá dồi dào và sẵn sàng cung cấp dịch vụ này cho các thương nhân. Hơn nữa, sự lựa chọn các hoà giải viên tại Đức đa dạng hơn Việt Nam.

Tại Đức, hiện nay những hoà giải viên được phân loại như sau: Hoà giải viên thẩm phán<sup>14</sup> (*conciliation judges - Güterichter*); hoà giải viên chứng nhận (certified mediators) và hoà giải viên không được chứng nhận (uncertified mediators). Luật Hoà giải Đức năm 2012 chỉ áp dụng cho các hoà giải viên ngoài toà án.

*Hoà giải viên được cấp chứng nhận (Certificated mediator)*: Vấn đề hoà giải viên chứng nhận được coi là trọng tâm của

Luật Hoà giải Đức năm 2012 nhằm đáp ứng quy định tại Điều 4 Chỉ thị số 2008/52/EC về việc bảo đảm chất lượng của hoà giải. Theo đó, các quốc gia thành viên cần phải khuyến khích phát triển hoà giải, mà một trong số đó là thúc đẩy sự phát triển của dịch vụ hoà giải được cung cấp bởi các hoà giải viên và tổ chức hoà giải, cần phải quan tâm tới việc đào tạo hoà giải viên các kiến thức và kỹ năng để họ có thể tiến hành hoạt động hoà giải một cách hiệu quả, công bằng và có đủ năng lực. Ngoài ra, các hoà giải viên ở Đức cũng cần tuân thủ theo Quy tắc tiến hành hoà giải đối với hoà giải viên do Liên minh châu Âu ban hành (The European Code of Conduct for Mediators)<sup>15</sup>. Thực tế ở Đức, bất kỳ ai cũng có thể trở thành hoà giải viên, quy định về hoà giải viên được chứng nhận (certified mediator) tại Luật Hoà giải Đức không tước quyền trở thành hoà giải viên của các cá nhân trong xã hội. Tuy nhiên, để hoà giải viên có thể tự gọi mình là hoà giải viên được chứng nhận, người này cần phải đáp ứng các tiêu chí được quy định tại Quy định về đào tạo các hoà giải viên được chứng nhận (Regulation on the training and further education of certified mediators - Certified Mediator Training Ordinance - ZMediatAusbV<sup>16</sup>). Chương trình đào tạo hoà giải viên bao gồm một khoá học với tổng thời lượng ít nhất 120 giờ. Sau khi

<sup>15</sup> European Commission, *European code of conduct for mediators*, tại địa chỉ [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf), truy cập ngày 30/4/2018.

<sup>16</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (German Federal Ministry of Justice), Regulation on the training and further education of certified mediators - Certified Mediator Training Ordinance - ZMediatAusbV tại địa chỉ <https://www.gesetze-im-internet.de/zmediatAusbV/BJNR199400016.html>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>14</sup> Thẩm phán với vai trò của hoà giải viên.

hoàn thành khoá học, hoà giải viên phải tiến hành một phiên hoà giải với tư cách hoà giải viên hoặc đồng hoà giải viên và được cấp xác nhận của một người giám sát (có ý nghĩa như việc thực hành hoà giải). Sau khi được chứng nhận, hoà giải viên có chứng nhận phải có bốn lần thực hiện hoà giải được cấp chứng chỉ đánh giá (single-supervisor) trong khoảng thời gian 2 năm kể từ khi được chứng nhận. Chứng nhận về đánh giá sẽ được ban hành cho mỗi buổi đánh giá độc lập. Trong thời gian 4 năm kể từ khi được cấp chứng chỉ hoà giải viên, các hoà giải viên được chứng nhận cũng vẫn phải tiếp tục tham gia vào các khoá huấn luyện có thời lượng ít nhất 40 giờ với mục đích nâng cao và cập nhật những nội dung về kiến thức và kỹ năng hoà giải.

Trước khi những quy định pháp lý về đào tạo hoà giải viên được ban hành thì thị trường đào tạo hoà giải viên ở Đức rất phát triển. Mặc dù nguồn lực hoà giải viên là khá dồi dào, nhưng toà án lại không có xu hướng chuyển vụ việc cho các hoà giải viên. Một số nhà nghiên cứu ở Đức lo ngại về việc hàng năm số lượng hoà giải viên được đào tạo là rất lớn, nhưng sự phát triển này lại không bền vững và tương thích với cơ hội nghề nghiệp. Trong bối cảnh đó, những quy định mới về hoà giải viên chứng nhận ở Đức sẽ giúp cho việc đào tạo hoà giải viên ở Đức được chú trọng và có chất lượng hơn. “Thị trường đào tạo hoà giải có thể trở nên kém linh hoạt hơn do những quy định pháp lý mới. Điều này có thể có hoặc không giải quyết được vấn đề bão hoà thị trường đào tạo hoà giải viên, nhưng ít nhất nó có ý nghĩa rằng việc đào tạo sẽ chú trọng hơn về mặt chất lượng”<sup>17</sup>.

Đức cũng không có những quy định mang tính chất chế tài đối với các hoà giải viên khi họ vi phạm các nghĩa vụ trong hoạt động hoà giải (vi phạm nguyên tắc hoà giải), hay thậm chí tự gọi mình là hoà giải viên được chứng nhận trong khi chưa hoàn thành khoá học cơ bản về hoà giải. Các hoà giải viên phải tự chịu trách nhiệm về tư cách và việc hành nghề của mình trước khách hàng. Việc tuân thủ các quy định pháp luật, của hợp đồng là cần thiết nếu không muốn bị khách hàng khởi kiện ra toà án.

*Hoà giải viên không được chứng nhận (Uncertificated mediators):* Là những hoà giải viên không trải qua các khoá huấn luyện và đào tạo bởi các tổ chức. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 5. (1) Luật Hoà giải Đức, thì ngay cả khi các hoà giải viên không được chứng nhận cũng phải có các “kiến thức lý thuyết và kinh nghiệm thực hành” để có thể tiến hành hoà giải vụ việc. Nếu trong trường hợp hoà giải viên vi phạm các nghĩa vụ trong hoạt động hoà giải, trách nhiệm của hoà giải viên có thể được xác định theo hợp đồng giữa các bên và có thể bị các bên tranh chấp kiện tới toà án.

### 2.3. Quy định về trình tự thủ tục hoà giải

Nhìn chung, Đức không quy định cứng nhắc về trình tự thủ tục hoà giải. Các quy định thường không chứa các quy phạm mang tính bắt buộc về trình tự thủ tục hoà giải, điều này rất phù hợp với bản chất tự nguyện, tự quyết và không ràng buộc trong cơ chế hoà giải. Thủ tục hoà giải được quy định ở Điều 2 Luật Hoà giải Đức, các trung tâm hoà giải, hoà giải viên và các bên có thể tự thoả thuận các trình tự thủ tục. Việc giải

<sup>17</sup> Greg Bond, “What Is a “Certified Mediator”? New Regulation in Germany Published”, Kluwer

Mediation Blog, September 27 2016, <http://kluwermediationblog.com/2016/09/27/what-is-a-certified-mediator-new-regulation-in-germany-published/>.

quyết tranh chấp theo một trình tự như thế nào đôi khi còn phụ thuộc vào tính chất phức tạp của vụ tranh chấp, yêu cầu của các bên đương sự cũng như kỹ năng của từng hoà giải viên. Tuy nhiên, tiến trình hoà giải theo Luật Hoà giải Đức được thực hiện theo các bước cơ bản bao gồm: Các bên lựa chọn hoà giải viên; hoà giải viên phổ biến các nguyên tắc của hoà giải, cách thức hoà giải và đảm bảo việc các bên tham gia hoà giải là tự nguyện; hoà giải viên thúc đẩy sự giao tiếp giữa các bên, cần đảm bảo việc các bên bước vào hoà giải với thái độ công bằng và thích hợp, hoà giải viên cũng có thể tổ chức các cuộc thảo luận riêng với từng bên để hướng tới một thoả thuận chung giữa các bên; kết thúc hoà giải, hoà giải viên cần phải chắc chắn việc kết luận vụ việc là được sự đồng thuận của các bên tranh chấp. Có thể thấy, pháp luật Đức không có những quy định liên quan đến vấn đề thoả thuận hoà giải (mediation agreement), mà coi đó như một hợp đồng thông thường, được điều chỉnh bởi pháp luật về hợp đồng.

Thực tế, các trung tâm hoà giải của Đức cũng đều có những quy tắc hoà giải riêng của mình. Ví dụ như, Viện trọng tài Đức (German Institution of Arbitration - DIS) ban hành quy tắc hoà giải từ năm 2010 với các quy định chi tiết hơn từ lúc bắt đầu tới lúc kết thúc hoà giải. Một số vấn đề mà Luật Hoà giải sau này không nhắc tới hoặc nhắc tới nhưng không đầy đủ đều được quy định khá chi tiết trong quy tắc của trung tâm này như: Thoả thuận hoà giải, phiên họp hoà giải, địa điểm hoà giải, thời điểm kết thúc hoà giải<sup>18</sup>. Quy tắc của các trung tâm

hoà giải cũng có những quy định về phí hoà giải một cách rõ ràng.

#### **2.4. Quy định về kết quả hoà giải**

Kết quả hoà giải được hiểu là kết quả cuối cùng của các bên sau khi kết thúc quá trình hoà giải. Về thoả thuận hoà giải thành ngoài toà án, Chỉ thị 2008/52/EC đã yêu cầu các nước thành viên phải có các quy định đảm bảo hiệu lực thi hành của kết quả hoà giải; quy định về việc kết quả hoà giải phải được bắt buộc thực thi trừ trường hợp các thoả thuận trái luật. Về cơ quan có thẩm quyền cưỡng chế thi hành, EU cũng chỉ rõ các nước thành viên có thể chỉ định toà án hoặc một cơ quan nhà nước khác. Các quy định về cưỡng chế thi hành kết quả hoà giải thành không được quy định trong Luật Hoà giải. Về bản chất, có thể thấy, thoả thuận kết quả hoà giải có tính chất của một hợp đồng. Chính vì thế, các bên có thể thoả thuận bằng bất cứ hình thức nào, tuy nhiên, các thoả thuận kết quả hoà giải thường được soạn thảo bằng văn bản để tránh các tranh chấp có thể phát sinh. Theo Điều 794 và 796c Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức, kết quả hoà giải thành ngoài toà án có thể được cưỡng chế thi hành, nếu được lưu lại bởi toà án hoặc được xác nhận bởi công chứng viên.

### **3. Một số gợi mở cho Việt Nam**

#### **3.1. Xây dựng một Luật Hoà giải (ngoài toà án) thống nhất**

Ở Đức, Luật Hoà giải là văn bản điều chỉnh chung cho hoạt động hoà giải ngoài toà án mà không có sự phân biệt nội dung của tranh chấp. Do đó, các nguyên tắc, trình tự và các quy định về hoà giải viên là như nhau; cơ chế hoà giải thống nhất cho các lĩnh vực. Như vậy, thực chất Luật Hoà giải áp dụng chung cho mọi loại tranh chấp mà các bên mong muốn sử dụng dịch vụ hoà giải ngoài toà án.

<sup>18</sup> German Institution of Arbitration (DIS), *DIS Mediation Rules*, tại địa chỉ <http://www.disarb.org/em/16/rules/dis-mediation-rules-id31>, truy cập ngày 28/4/2018.

Ngược lại, ở Việt Nam, Nghị định số 22/2017/NĐ-CP của Chính phủ về hoà giải thương mại chỉ áp dụng cho loại tranh chấp thương mại. Theo đó, để được các hoà giải viên hay Trung tâm hoà giải thương mại giải quyết vụ việc thì tranh chấp phải là tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại hoặc phải được pháp luật quy định về việc sử dụng phương thức này. Vì thế, những tranh chấp không thuộc lĩnh vực thương mại, không được luật chuyên ngành quy định sẽ không thuộc phạm vi áp dụng theo Nghị định này. Kết quả là, thẩm quyền của hoà giải viên, tổ chức hoà giải sẽ bị giới hạn trong phạm vi giải quyết tranh chấp một cách không cần thiết. Trong khi đó, một số hoạt động hoà giải thuộc lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình lại thiếu cơ chế dịch vụ hoà giải được quy định bởi pháp luật.

Do đó, trong tương lai, Việt Nam cần nghiên cứu việc ban hành một văn bản chung về hoà giải. Luật này sẽ là văn bản điều chỉnh chung cho các hoạt động hoà giải ngoài toà án. Đây là một xu hướng chung không chỉ ở châu Âu như Đức, mà còn ở châu Á, điển hình là Singapore<sup>19</sup>.

### **3.2. Xây dựng các quy định pháp lý về đào tạo và phát triển chất lượng của đội ngũ hoà giải viên**

Việt Nam cần tiếp tục nghiên cứu các tiêu chuẩn của hoà giải viên, việc đào tạo và quản lý hoà giải viên. Hiện nay, pháp luật Việt Nam mới chỉ đưa ra các tiêu chuẩn để trở thành hoà giải viên hợp pháp mà chưa chú trọng việc thiết kế các quy định pháp luật hướng tới việc đảm bảo chất lượng của đội ngũ hoà giải viên. Về vấn đề này, Việt Nam hoàn toàn có thể học hỏi

kinh nghiệm qua Luật Hoà giải Đức và áp dụng theo hướng có chọn lọc nhằm phù hợp với thực tế.

Hiện nay, quy định tại Điều 7 Nghị định 22/2017/NĐ-CP về tiêu chuẩn hoà giải viên có sự kết hợp giữa yếu tố định tính (phẩm chất đạo đức, uy tín, độc lập, vô tư, khách quan, có kỹ năng, hiểu biết...) và định lượng (trình độ đại học trở lên, qua thời gian công tác trong lĩnh vực được đào tạo từ 02 năm trở lên). Nghị định này cũng xác định một trong các nghĩa vụ của hoà viên thương mại là phải “tuân thủ pháp luật, quy tắc đạo đức và ứng xử hoà giải viên...”<sup>20</sup>. Hoà giải viên cũng bị cấm “vi phạm quy tắc đạo đức hoà giải viên thương mại”<sup>21</sup>. Hiện nay, Nghị định có quy định một trong những nghĩa vụ của Tổ chức hoà giải thương mại là ban hành quy tắc đạo đức và ứng xử của hoà giải viên thương mại. Tuy nhiên, quy tắc đạo đức và ứng xử này chỉ được áp dụng trong phạm vi mỗi Trung tâm hoà giải, trong khi đó, Nghị định 22/2017/NĐ-CP có ghi nhận cả hình thức hoà giải viên vụ việc. Theo quan điểm của tác giả, Nhà nước vẫn nên ban hành một quy tắc đạo đức và ứng xử mẫu cho hoà giải viên thương mại, thống nhất những nguyên tắc cơ bản, để từ đó các trung tâm hoà giải sẽ cụ thể hoá cho phù hợp với Trung tâm của mình, cũng là cơ sở để điều chỉnh hành vi của các hoà giải viên vụ việc.

Việt Nam cũng nên ghi nhận hoà giải viên có chứng nhận; chứng chỉ được cấp sau khi đã hoàn thành khoá học tại những cơ sở đào tạo hoà giải viên được công nhận. Theo đó, Nhà nước nên giao cho Bộ Tư pháp là cơ quan đầu mối soạn thảo chương trình đào

<sup>19</sup> Singapore vừa ban hành Luật Hoà giải năm 2017, tại địa chỉ <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>20</sup> Điểm a khoản 2 Điều 9 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

<sup>21</sup> Khoản 2 Điều 10 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

tạo hoà giải viên với các nội dung bao gồm các môn học cơ bản, số giờ học. Nhà nước không trực tiếp tham gia vào việc cấp chứng chỉ hoà giải viên, mà nên để cho các cơ sở có đủ năng lực làm việc này, có thể bao gồm các trường Đại học, học viện, viện nghiên cứu, các Trung tâm trọng tài và hoà giải. Bộ Tư pháp nên quản lý các cơ sở này bằng cách yêu cầu việc thực hiện đào tạo phải được sự đồng ý của Bộ (có thể là cơ chế cấp phép hoặc đăng ký). Bộ Tư pháp có thẩm quyền kiểm tra, thanh tra, giám sát chất lượng của các cơ sở đào tạo này. Các cơ sở đào tạo chịu trách nhiệm trước Nhà nước về việc đào tạo và cấp chứng chỉ hoà giải viên. Tuy nhiên, không nên quy định rằng, chỉ có những hoà giải viên có chứng chỉ mới được tiến hành hoà giải. Việt Nam cũng nên quy định việc đào tạo và cấp chứng chỉ chỉ có ý nghĩa xác định địa vị của hoà giải viên trong thị trường dịch vụ hoà giải, nếu không có chứng chỉ hoà giải và không thuộc các trường hợp bị cấm làm hoà giải viên hoặc không đủ tiêu chuẩn cơ bản của hoà giải viên thì vẫn có thể làm hoà giải viên. Việc lựa chọn hoà giải viên có chứng nhận hay không có chứng nhận là do khách hàng tự quyết định.

### ***3.3. Bổ sung trường hợp thoả thuận hoà giải thành có giá trị bắt buộc thi hành khi được công chứng***

Về cơ chế bắt buộc thi hành đối với kết quả hoà giải thành cũng có nhiều cách tiếp cận khác nhau như: Thoả thuận hoà giải thành là một hợp đồng mới, giá trị hiệu lực là ràng buộc với các bên; nếu một bên không thực hiện hoặc có vi phạm thì bên kia có quyền khởi kiện như một hợp đồng; hay, thoả thuận hoà giải thành có giá trị thi hành bắt buộc như một bản án khi toà án ra quyết định công nhận thi hành. Nếu theo quan

điểm này, cần có sự tương đồng giữa văn bản pháp luật về hoà giải với văn bản pháp luật về tố tụng dân sự và thi hành án. Hoặc như quan điểm về thoả thuận hoà giải có giá trị thi hành đương nhiên (thi hành nhanh)<sup>22</sup> của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL) trong Luật mẫu về hoà giải thương mại. Theo đó, Điều 14 Luật mẫu có quy định: “Nếu các bên đạt được thoả thuận hoà giải thành để giải quyết tranh chấp, thì thoả thuận hoà giải đó có hiệu lực bắt buộc đối với các bên và có thể đưa ra thi hành”. Theo phân tích tại Bản thảo hướng dẫn việc ban hành và sử dụng Luật mẫu về hoà giải thương mại (A/CN.9/514 phần 77), UNCITRAL có giải thích rằng, quy định này nhằm tăng tính hấp dẫn của thoả thuận hoà giải, áp dụng chế độ thi hành nhanh và coi thoả thuận này như một phán quyết trọng tài; đồng thời, nhằm tránh sự can thiệp của toà án vào việc xem xét nội dung của thoả thuận hoà giải hoặc mất nhiều thời gian để công nhận cho thi hành thoả thuận. Bên cạnh đó, khi thoả thuận hoà giải thành có giá trị thi hành nhanh thì sẽ đề cao được tính độc lập của phương thức giải quyết tranh chấp bằng hoà giải thương mại.

Hiện nay, pháp luật Việt Nam quy định theo hướng là các thoả thuận hoà giải thành ngoài toà án sẽ có giá trị cưỡng chế thi hành nếu như được toà án ra quyết định công nhận trên cơ sở yêu cầu của các bên, tuân theo trình tự thủ tục tại Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015. Việt Nam cũng có thể học tập kinh nghiệm về thủ tục lưu giữ biên bản hoà giải thành tại toà án hoặc yêu cầu xác nhận từ công chứng viên (thủ tục công chứng). Việc mở rộng thêm thẩm quyền công nhận kết

<sup>22</sup> Trường hợp này cũng đặt ra vấn đề phải sửa đổi Luật Thi hành án dân sự.

quả hoà giải thành cho công chúng sẽ giảm tải công việc cho hệ thống toà án, cũng như tạo điều kiện cho các bên tranh chấp có thêm lựa chọn trong việc thi hành kết quả hoà giải. Tuy nhiên, khi mở rộng thẩm quyền công nhận kết quả hoà giải cho công chúng viên thì cũng đặt ra yêu cầu cần sửa đổi Luật Thi hành án Dân sự cho phù hợp.

### **3.4. Giảm thiểu các thủ tục hành chính trong quản lý nhà nước về hoạt động hoà giải thương mại**

Có thể thấy, việc xây dựng pháp luật về hoà giải của Đức có sự kết hợp giữa các quy định của Nhà nước và cơ chế tự chịu trách nhiệm của các chủ thể. Luật Hoà giải Đức không có những quy định nhấn mạnh vào yếu tố quản lý hành chính nhà nước đối với hoà giải viên hay trung tâm hoà giải. Trong khi đó, đây lại là vấn đề mà Nghị định về hoà giải của Việt Nam đặt làm trọng tâm. Các thủ tục hành chính được quy định khá chặt chẽ để đảm bảo sự thừa nhận và vận hành có trật tự của các chủ thể hoà giải tại Việt Nam.

Ở Việt Nam, Nhà nước quản lý hoà giải viên bằng cơ chế đăng ký, quản lý trung tâm hoà giải bằng cơ chế cấp phép, nhằm nắm bắt được các thông tin của các hoà giải viên cũng như thẩm định các điều kiện đảm bảo sự vận hành cho các trung tâm hoà giải. Bên cạnh đó, Nhà nước cũng kiểm soát việc hành nghề của các chủ thể tiến hành hoà giải bằng quy định về việc “xóa tên” hoà giải viên, nhưng các quy định về việc xóa tên tại Nghị định 22/2017/NĐ-CP lại tản mát ở các điều khoản khác nhau và chưa có sự thống nhất giữa hoà giải viên của Trung tâm hoà giải và hoà giải viên vụ việc. Theo đó, Trung tâm hoà giải sẽ có quyền xóa tên hoà giải viên của trung tâm mình (Nghị định không quy định cụ thể, Điều lệ của

Trung tâm sẽ xác định vấn đề này)<sup>23</sup>; Sở Tư pháp sẽ xóa tên hoà giải viên khi hoà giải viên đó thôi làm hoà giải viên vụ việc hoặc không còn đủ tiêu chuẩn theo quy định pháp luật<sup>24</sup>. Có thể thấy, căn cứ của việc xóa tên hoà giải viên của Trung tâm hoà giải là chưa rõ ràng, có thể dẫn tới những tranh chấp trong thực tiễn triển khai. Bên cạnh đó, việc quy định quyền xóa tên hoà giải viên vụ việc khi không đủ tiêu chuẩn của Sở Tư pháp cũng sẽ có những rủi ro pháp lý đối với các hoà giải viên, bởi hiện nay Nghị định 22/2017/NĐ-CP có quy định cả những tiêu chuẩn định tính. Đây là vấn đề mà pháp luật cần có những quy định rõ hơn, thậm chí có những quy định ràng buộc trách nhiệm của Trung tâm hoà giải hay Sở Tư pháp để nâng cao trách nhiệm trong việc đưa ra quyết định xóa tên hoà giải viên. Bên cạnh quy định về việc xóa tên hoà giải viên, Nghị định 22/2017/NĐ-CP còn quy định các Trung tâm hoà giải thương mại cũng có thể bị thu hồi Giấy phép thành lập, Giấy đăng ký hoạt động của Trung tâm hoặc chi nhánh của Trung tâm nếu như đã vi phạm hành chính mà tái phạm<sup>25</sup>. Tuy nhiên, các hành vi vi phạm hành chính thì lại chưa được Nhà nước quy định, do đó, Nhà nước cần tiếp tục có những quy định cụ thể hơn về các hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực hoà giải thương mại đối với cả chủ thể là Trung tâm hoà giải và hoà giải viên thương mại để tạo điều kiện cho hoạt động hoà giải được phát triển tại Việt Nam một cách bền vững.

*(Xem tiếp trang 51)*

<sup>23</sup> Điều d khoản 1 Điều 24 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

<sup>24</sup> Khoản 4, khoản 5 Điều 8 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

<sup>25</sup> Điều a khoản 1 Điều 30 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

# GIAO DỊCH TƯ LỢI TRONG NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN

*Nguyễn Thị Thương\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích quy định của Luật Các tổ chức tín dụng và các văn bản hướng dẫn về các giao dịch tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần, bao gồm hai nhóm giao dịch: (i) Các giao dịch tư lợi bị cấm thực hiện; và (ii) Các giao dịch tư lợi bị hạn chế thực hiện, đồng thời đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

**Abstract:** The paper analyses the provisions of the Law on Credit Institutions and the guiding documents on self-dealing transactions in joint stock commercial banks, including two strands of transactions (i) prohibited self-dealing transactions and (ii) restricted self-dealing transactions. The article also makes concrete recommendations to improve the law.

## 1. Giao dịch tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần

Pháp luật về quản trị công ty luôn có các quy định nhằm hạn chế các giao dịch giữa công ty với chủ sở hữu hoặc người có liên quan của công ty do luôn tiềm ẩn khả năng trục lợi cá nhân. Tuy nhiên, đối với doanh nghiệp mang tính chất đặc thù như các ngân hàng thương mại cổ phần<sup>1</sup> (NHTMCP), tính chất rủi ro cao, tác động đến nhiều chủ thể cũng như nền kinh tế thì việc áp dụng pháp luật doanh nghiệp về kiểm soát giao dịch tư lợi là chưa đủ chặt chẽ. Đặc biệt, với chức năng huy động nguồn vốn nhàn rỗi trong xã hội để phân phối lại thông qua các hoạt động kinh doanh tiền tệ, thì nguy cơ trục lợi của một số chủ thể đối với NHTMCP là rất cao. Vì vậy,

pháp luật về ngân hàng đã có các quy định hết sức chặt chẽ để kiểm soát những giao dịch tư lợi trong các tổ chức tín dụng nói chung và NHTMCP nói riêng.

Thuật ngữ giao dịch tư lợi không phải là một thuật ngữ được ghi nhận trong các quy định của pháp luật. Hiện nay có nhiều cách hiểu khác nhau về giao dịch tư lợi. Theo từ điển Black's Law Dictionary 9th của tác giả Bryan A. Garner<sup>2</sup>, giao dịch tư lợi (self-dealing) nghĩa là việc tham gia vào một giao dịch vì lợi ích của chính mình thay vì lợi ích của người mà mình đang thực hiện nghĩa vụ được ủy thác. Enriques và Luca thì cho rằng, giao dịch tư lợi được hiểu là: i) Giao dịch giữa một bên là công ty với bên còn lại là giám đốc công ty; hoặc ii) Giữa công ty và người thứ ba mà giám đốc có một lợi ích cá nhân từ người thứ ba hoặc từ hệ quả của giao dịch; hoặc iii) Giữa các chủ thể khác mà lợi ích của những chủ thể này ảnh hưởng đến công ty và giám đốc hoặc một người

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

<sup>1</sup> Hiện nay, ngân hàng thương mại cổ phần là loại hình ngân hàng chiếm đa số trên thị trường gồm 31 ngân hàng trên tổng số 43 ngân hàng thành lập tại Việt Nam. Do đó, bài viết tập trung nghiên cứu các giao dịch tư lợi trong các ngân hàng thương mại là công ty cổ phần.

<sup>2</sup> Bryan, A. G. (2009). *Black's law dictionary*. St. Paul, MN: West Publishing Company, 9, 1428, tr. 1364.

khác<sup>3</sup>. Theo tác giả Lê Đình Vinh, giao dịch tư lợi là các giao dịch có sự tham gia của công ty mà những giao dịch này có nguy cơ bị trục lợi bởi một hoặc một nhóm thành viên hay cổ đông của công ty<sup>4</sup>. Còn tác giả Nguyễn Hoàng Duy lại cho rằng, giao dịch tư lợi là giao dịch giữa một bên là công ty và một bên là cổ đông, thành viên, người quản lý hoặc người có liên quan của các đối tượng đã nêu hoặc công ty con, công ty liên kết, công ty khác mà người quản lý của công ty có lợi ích liên quan<sup>5</sup>. Tuy nhiên, điểm chung trong nghiên cứu này cho thấy, các giao dịch được coi là tư lợi đều có các yếu tố: (i) Là các giao dịch mà một bên trong giao dịch là công ty; (ii) Giao dịch đó được thực hiện không vì lợi ích của công ty mà vì lợi ích cá nhân người đại diện công ty hoặc bên thứ ba. Về mặt pháp lý, khó có thể xây dựng một hệ thống pháp luật để nhận diện mục đích tư lợi của người tham gia giao dịch vì đây là yếu tố tâm lý bên trong của cá nhân đó. Pháp luật chỉ có thể được xây dựng để nhận diện và kiểm soát những giao dịch có nguy cơ bị trục lợi cao.

Cách thức phổ biến để kiểm soát giao dịch tư lợi trong hệ thống pháp luật là dựa vào việc xem xét mối quan hệ giữa các chủ thể tham gia giao dịch và lợi ích mà họ có thể đạt được từ giao dịch để dự đoán mục

đích tư lợi và khả năng ảnh hưởng đến lợi ích của công ty. Vì vậy, thuật ngữ giao dịch tư lợi không phải để chỉ các giao dịch có mục đích tư lợi hoặc bị trục lợi trên thực tế mà là thuật ngữ để chỉ các giao dịch có nguy cơ vì lợi ích riêng, không vì lợi ích công ty của các chủ thể tham gia giao dịch. Trên cơ sở đó, pháp luật phân nhóm các giao dịch có khả năng trục lợi để có các biện pháp kiểm soát phù hợp. Những giao dịch tư lợi trong NHTMCP được nghiên cứu ở bài viết này là các giao dịch giữa một bên là NHTMCP và các bên khác không vì lợi ích của NHTMCP mà vì lợi ích của cá nhân hoặc chủ thể khác<sup>6</sup>.

Đối với các giao dịch tư lợi, hiện nay có hai phương thức kiểm soát chủ yếu là phương pháp cấm tuyệt đối<sup>7</sup> và phương pháp cho phép thực hiện giao dịch nếu thỏa mãn một số điều kiện nhất định. Tuy nhiên, phương pháp cấm tuyệt đối có một số nhược điểm là hạn chế quyền tự do kinh doanh, cơ hội kinh doanh của doanh nghiệp trong khi không phải toàn bộ các giao dịch có nguy cơ trục lợi đều nhằm mục đích tư lợi trên thực tế, do đó hướng điều chỉnh hiện nay của Luật Doanh nghiệp năm 2014 cho

<sup>3</sup> Enriques, Luca (2000), "The law on company directors' self-dealing: A comparative analysis", *International and Comparative Corporate Law Journal*, Vol. 2, No. 3, tr. 297-333, 2000.

<sup>4</sup> Lê Đình Vinh (2004), "Kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp", *Tạp chí Luật học*, (01), tr. 54.

<sup>5</sup> Nguyễn Hoàng Duy (2015), "Kiểm soát giao dịch tư lợi nhìn từ góc độ của Luật Doanh nghiệp năm 2014", *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, số 10 (283) – 2015, tr. 31-33.

<sup>6</sup> Các giao dịch tư lợi trên thực tế còn có thể là các giao dịch giữa các bên là các chủ thể khác không phải là công ty, nhưng giao dịch đó ảnh hưởng đến lợi ích của công ty. Ví dụ, giao dịch giữa cá nhân là Giám đốc công ty và bên thứ ba trong đó Giám đốc sử dụng các thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh có được từ vị trí của mình tại NHTMCP để trục lợi cá nhân (thường được gọi là các giao dịch nội gián). Tuy nhiên, trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ nghiên cứu, đề cập đến các giao dịch tư lợi mà một bên trong giao dịch là NHTMCP.

<sup>7</sup> Trần Thị Bảo Ánh (2010), *Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh trục lợi theo Luật Doanh nghiệp 2005*, *Tạp chí Luật học* số 09/2010, tr. 10.

phép thực hiện với các điều kiện nhất định<sup>8</sup>. Với đặc thù môi trường kinh doanh tại các NHTMCP là có khả năng diễn ra các giao dịch tư lợi cao, do đó về phương thức kiểm soát, pháp luật ngân hàng vẫn vận dụng hai phương pháp: (i) Các giao dịch tư lợi bị cấm thực hiện và (ii) Các giao dịch tư lợi được thực hiện khi thỏa mãn các điều kiện nhất định.

## **2. Các giao dịch tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần bị cấm thực hiện và một số kiến nghị hoàn thiện**

Một trong các hoạt động chủ yếu, mang lại nguồn doanh thu quan trọng của NHTMCP là các hoạt động cấp tín dụng. Cấp tín dụng của NHTMCP thỏa thuận để các tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả thông qua việc cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác<sup>9</sup>. Tuy nhiên, đối với các NHTMCP, có một số giao dịch cấp tín dụng tiềm ẩn các nguy cơ tư lợi nên pháp luật quy định các giao dịch đó bị cấm thực hiện. Theo Điều 126 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)<sup>10</sup>, NHTMCP không được cấp tín dụng cho bốn trường hợp sau:

(i) Thành viên Hội đồng quản trị (HĐQT), thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc) và các chức danh tương

đương của NHTMCP, pháp nhân là cổ đông có người đại diện phần vốn góp là thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát của NHTMCP.

(ii) Cha, mẹ, vợ, chồng, con của thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc) và các chức danh tương đương.

(iii) Các khách hàng trên cơ sở bảo đảm của đối tượng (i) và (ii) trên đây. NHTMCP không được bảo đảm dưới bất kỳ hình thức nào để tổ chức tín dụng khác cấp tín dụng cho đối tượng (i) và (ii) trên đây.

(iv) Doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh chứng khoán mà NHTMCP nắm quyền kiểm soát.

Có thể thấy nguyên nhân cấm thực hiện các giao dịch cấp tín dụng của NHTMCP trong các trường hợp (i), (ii) và (iii) là do khả năng tư lợi trong các quyết định cấp tín dụng. Những chủ thể bị cấm là những chủ thể có thẩm quyền quyết định việc cấp tín dụng hoặc có vị trí làm việc, mối quan hệ cá nhân có thể tác động đến các quyết định cấp tín dụng của NHTMCP. Nếu pháp luật cho phép các chủ thể này được cấp tín dụng tại NHTMCP thì việc tiến hành thẩm định, đánh giá hồ sơ tín dụng, kế hoạch sử dụng vốn, khả năng tài chính cũng như đánh giá tài sản bảo đảm tiền vay sẽ thiếu khách quan, minh bạch dẫn đến rủi ro thất thoát vốn cho NHTMCP. Hơn thế nữa, trong trường hợp bên được cấp tín dụng vi phạm hợp đồng thì quá trình triển khai các biện pháp thu hồi vốn như xử lý tài sản bảo đảm hoặc khởi kiện thu hồi nợ cũng có nhiều bất cập do mâu thuẫn giữa lợi ích của NHTMCP và người đại diện của NHTMCP

<sup>8</sup> Nguyễn Hoàng Duy (2015), *Kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp*, Tạp chí Luật học, (01), tr. 54.

<sup>9</sup> Khoản 14 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

<sup>10</sup> Sau đây gọi tắt là Luật CTCTD.

hoặc những cá nhân quản lý, điều hành khác trong NHTMCP.

Trường hợp NHTMCP đứng ra bảo đảm để các tổ chức tín dụng khác cấp tín dụng cho các chủ thể tại nhóm (i) và nhóm (ii) cũng bị cấm dù các chủ thể này không nhận nguồn vốn trực tiếp từ NHTMCP bởi nếu bên được cấp tín dụng không trả được vốn, với tư cách là bên bảo đảm, NHTMCP cũng có các nghĩa vụ nhất định như trả nợ thay hoặc dùng tài sản của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ cho bên nhận bản đảm. Do đó, các rủi ro trong việc thu hồi nợ sẽ chuyển sang cho NHTMCP. Như vậy, giao dịch tư lợi đối với NHTMCP không chỉ là việc tước đi của NHTMCP lợi ích nhất định được hưởng từ các giao dịch, mà trong trường hợp này còn là việc ràng buộc các nghĩa vụ và rủi ro không đáng có cho ngân hàng.

Đối với nhóm doanh nghiệp là các công ty hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh chứng khoán, bên cạnh vai trò quan trọng trong tạo lập thị trường và cung cấp các công cụ, dịch vụ cho các nhà đầu tư trên thị trường chứng khoán, các doanh nghiệp này luôn có lợi thế về thông tin trên thị trường, về chuyên môn, nghiệp vụ và khả năng đánh giá để đầu tư. Do đó, nếu các công ty kinh doanh chứng khoán do NHTMCP nắm quyền kiểm soát, trong trường hợp được vay tại chính NHTMCP đó thì có các rủi ro sau có thể xảy ra:

*Thứ nhất*, việc cho vay giữa NHTMCP và công ty do NHTMCP nắm quyền kiểm soát luôn tiềm ẩn rủi ro thiếu khách quan, minh bạch trong quá trình đánh giá hồ sơ vay, giám sát sử dụng vốn vay và thu hồi vốn do mối quan hệ sở hữu giữa hai chủ thể này.

*Thứ hai*, công ty này có thể tiếp cận được nguồn vốn rất lớn từ ngân hàng thông qua việc dễ dàng vay tại ngân hàng đang kiểm soát mình nhờ mối quan hệ về sở hữu. Với nguồn vốn lớn giá rẻ từ ngân hàng (do ngân hàng huy động được từ dân chúng), cộng với các lợi thế về thông tin, chuyên môn và vai trò trên thị trường, các công ty trong lĩnh vực kinh doanh chứng khoán có thể thực hiện các hoạt động làm giá, lũng đoạn trên thị trường chứng khoán để trục lợi. Bên cạnh đó, bản thân các NHTMCP cũng là các chủ thể có vai trò nhất định trên thị trường chứng khoán nên khả năng có các lợi thế về thông tin và đầu tư trên thị trường này là rất cao. Ngoài ra, mô hình NHTMCP tại Việt Nam hiện nay là mô hình NHTMCP đơn năng: Chỉ tập trung thực hiện một số hoạt động kinh doanh tiền tệ và những hoạt động kinh doanh khác có liên quan trực tiếp đến kinh doanh tiền tệ và thị trường tài chính. Vì vậy, về cơ bản, NHTMCP không được thực hiện các hoạt động kinh doanh chứng khoán. Hiện nay, pháp luật chỉ cho phép NHTMCP thành lập công ty con, công ty liên kết để thực hiện các hoạt động trên thị trường chứng khoán như bảo lãnh phát hành chứng khoán, môi giới chứng khoán; quản lý, phân phối chứng chỉ quỹ đầu tư chứng khoán, quản lý danh mục đầu tư chứng khoán và mua, bán cổ phiếu<sup>11</sup>. Nguồn vốn dùng để thực hiện việc góp vốn, mua cổ phần, thành lập, mua lại công ty con, công ty liên kết phải sử dụng nguồn vốn tự có<sup>12</sup> mà không được sử dụng nguồn

<sup>11</sup> Điểm a khoản 2, điểm b khoản 4 Điều 103 Luật CTCTD.

<sup>12</sup> Khoản 1 Điều 103 Luật CTCTD. Vốn tự có bao gồm giá trị thực của vốn điều lệ của ngân hàng thương mại và các quỹ dự trữ, một số tài sản nợ khác

vốn huy động để thực hiện các hoạt động này. Vậy nên, nếu cho phép NHTMCP cấp tín dụng cho các công ty hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh chứng khoán do mình kiểm soát thì sẽ đi ngược lại với nguyên tắc tổ chức hệ thống ngân hàng đơn năng mà Việt Nam đang theo đuổi, vừa tạo ra các rủi ro trên thị trường chứng khoán.

Đây là lý do chủ yếu làm cho các giao dịch bị cấm giữa NHTMCP và công ty mà NHTMCP nắm quyền biểu quyết chỉ bao gồm công ty kinh doanh trong lĩnh vực chứng khoán chứ không bao gồm các công ty kinh doanh trong các lĩnh vực khác. Tuy nhiên, suy cho cùng, hoạt động trên được coi là giao dịch tư lợi và bị cấm thực hiện không hẳn vì nguy cơ lợi ích của NHTMCP sẽ bị tước đoạt từ các cá nhân, tổ chức khác, mà trong trường hợp này, việc hạn chế của pháp luật hướng đến nguy cơ khả năng trục lợi của NHTMCP từ thị trường chứng khoán nhiều hơn. Bên cạnh đó, quy định này còn góp phần bảo vệ sự an toàn trong hoạt động ngân hàng vì thị trường chứng khoán vốn là một thị trường có nhiều rủi ro.

Tuy nhiên, pháp luật quy định về các giao dịch tư lợi trong NHTMCP bị cấm hiện nay vẫn còn một số điểm bất cập trên thực tế:

*Một là*, quy định về cấm cấp tín dụng đối với các “chức danh tương đương”<sup>13</sup> với thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc) của NHTMCP là

---

theo quy định của Ngân hàng nhà nước (khoản 10 Điều 4 Luật CTCTD).

<sup>13</sup> Cụm từ “chức danh tương đương” được sử dụng nhiều lần trong Luật CTCTD tại khoản 32 Điều 4, Điều 33, Điều 34, Điều 39, Điều 50, Điều 146a, Điều 161.

chưa minh bạch, rõ ràng. Nếu xét về cơ cấu tổ chức của NHTMCP hiện nay thì chỉ bao gồm Đại hội đồng cổ đông, HĐQT, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc)<sup>14</sup>. Đây là những cơ quan có thẩm quyền quản trị, điều hành cao nhất và ra quyết định đối với mọi hoạt động của NHTMCP. Trong cơ cấu tổ chức quản lý của NHTMCP thì không có cơ quan nào có vai trò hay phạm vi thẩm quyền tương đương với các chức danh này.

Nếu trong trường hợp điều lệ của NHTMCP thành lập thêm các cơ quan khác trong nội bộ ngân hàng mà các cơ quan này có một hoặc một số thẩm quyền nhất định tương đương với thẩm quyền của thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc) thì có hợp pháp hay không và có được coi là chức danh tương đương không? Trên thực tế, trong giai đoạn 2007 – 2013, tại rất nhiều ngân hàng như ACB, Maritimebank, HDBank, SouthernBank tồn tại một cơ quan gọi là Hội đồng sáng lập, với vai trò là tư vấn cho HĐQT. Nhưng sau sự kiện ông Nguyễn Đức Kiên bị bắt và xét xử vào cuối năm 2014, các ngân hàng đều chấm dứt sự tồn tại của cơ quan này<sup>15</sup>.

Như vậy, các thành viên của Hội đồng sáng lập tại ngân hàng ACB có được coi là các chức danh tương đương của HĐQT hay không? Theo quan điểm của tác giả, dù trong trường hợp này, thành viên Hội đồng

---

<sup>14</sup> Khoản 1 Điều 32 Luật CTCTD.

<sup>15</sup> Báo cáo thường niên Ngân hàng Thương mại Cổ phần Á Châu năm 2011, Thông tin về thành viên và chức năng của Hội đồng sáng lập ngân hàng ACB, truy cập tại <http://acb.com.vn/wps/wcm/connect/4730170f-5fa9-4133-9cf5-c173a83ea99b/24-25.pdf?MOD=AJPERES>, truy cập ngày 18/01/2018.

sáng lập ngân hàng ACB có một số quyền tương đương với thành viên HĐQT như tham dự họp HĐQT, phát biểu ý kiến đối với các vấn đề thuộc thẩm quyền của HĐQT thì cũng không thể coi đây là các chức danh tương đương, vì việc tồn tại cơ quan này trong cơ cấu tổ chức nội bộ của NHTMCP là bất hợp pháp và không được thừa nhận vì hai lý do:

(i) Theo quy định tại Điều 32 Luật CTCTD, trong cơ cấu tổ chức quản trị nội bộ của NHTMCP chỉ bao gồm: Đại hội đồng cổ đông, HĐQT, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc). Như vậy, cách quy định của Luật là mang tính chất đóng, không cho phép các ngân hàng thành lập thêm các cơ quan có khả năng ra quyết định hoặc chi phối quyết định của các cơ quan này.

(ii) Mặc dù về lý thuyết, Hội đồng sáng lập được lập ra để tư vấn cho HĐQT, nhưng trên thực tế, khả năng tác động, chi phối đến các quyết định kinh doanh của những chủ thể này là rất lớn. Theo lời khai của ông Trần Xuân Giá, nguyên Chủ tịch HĐQT ngân hàng ACB, vai trò của Hội đồng sáng lập giống như một Đại hội đồng cổ đông thu nhỏ của ACB, sự có mặt của các thành viên Hội đồng sáng lập có ảnh hưởng lớn đến việc ra các nghị quyết, quyết định liên quan đến hoạt động của ACB. Các thành viên còn lại trong HĐQT ngân hàng ACB cũng thừa nhận rằng, từ năm 2008 đến năm 2013, những chủ trương lớn đều do ông Nguyễn Đức Kiên khởi xướng và thông qua HĐQT để chuẩn y và ban hành để thực hiện. Trong thời kỳ này, ông Kiên có tầm ảnh hưởng lớn nhất đối với hoạt động của ACB, tất cả các ý kiến của ông Kiên đều được chấp hành nghiêm túc, chưa có người nào làm trái ý

kiến đó<sup>16</sup>. Như vậy, đây là cách thức để “lách” quy định của pháp luật về hạn chế thành viên HĐQT không được đồng thời là người điều hành tổ chức tín dụng khác (Điều 34 Luật CTCTD), không được cấp tín dụng (Điều 126 Luật CTCTD). Bên cạnh đó, những chủ thể này có thể trở thành những người quản lý, điều hành “giấu mặt”, nhưng không chịu trách nhiệm pháp lý.

Với các lý do trên, các chức danh tương đương ở đây không nên hiểu là các chủ thể có thẩm quyền tương đương với thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng Giám đốc (Giám đốc) và Phó tổng giám đốc (Phó giám đốc), vì trên thực tế không có các chức danh này, hoặc nếu có thì cũng là sự tồn tại bất hợp pháp.

Còn một cách hiểu khác là cụm từ “các chức danh tương đương” trong quy định trên được hiểu là các chức danh tương đương với Phó tổng giám đốc. Bởi lẽ, Luật CTCTD chỉ điều chỉnh những chức danh cao nhất và có thẩm quyền ra quyết định đối với mọi hoạt động của NHTMCP, còn Phó tổng giám đốc là những người giúp việc, hỗ trợ cho công tác điều hành của Tổng giám đốc thì Luật không can thiệp về số lượng, nhiệm vụ, quyền hạn mà do các NHTMCP tự quyết định. Như vậy, nếu so sánh về thẩm quyền thì bên cạnh Phó tổng giám đốc, NHTMCP hoàn toàn có thể có nhiều chức danh khác có thẩm quyền tương đương. Ví dụ, hiện nay trong cơ cấu tổ chức của các ngân hàng, việc điều hành không chỉ giao cho một cá nhân mà giao cho cả một ban điều hành, trong đó quyền quyết định thuộc về Tổng giám đốc, còn các thành

<sup>16</sup> Bản án số 570/2014/HSPT của Tòa Phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao ngày 15/12/2014.

viên khác sẽ hỗ trợ, giúp việc cho Tổng giám đốc. Trong ban điều hành, ngoài các Phó tổng giám đốc, còn có các chức danh tương đương khác. Ví dụ: Ban điều hành của ngân hàng ACB ngoài Tổng giám đốc và các Phó tổng giám đốc còn có Giám đốc Công nghệ thông tin (CIO)<sup>17</sup>. Ban điều hành ngân hàng Vietinbank và Kienlongbank ngoài các Phó tổng giám đốc còn có kế toán trưởng<sup>18</sup>. Khác với ngân hàng Việt Nam, trong đội ngũ quản lý của ngân hàng HSBC không có các chức danh Phó tổng giám đốc, thay vào đó là Giám đốc các khối, các lĩnh vực kinh doanh, như Giám đốc toàn quốc Khối ngân hàng doanh nghiệp, Giám đốc Khối dịch vụ tài chính cá nhân và quản lý tài sản...<sup>19</sup>.

Có lẽ đây là cách hiểu hợp lý nhất nếu phân tích một cách tổng thể hệ thống quy định của pháp luật và thực tiễn quản lý tại các ngân hàng hiện nay. Tuy nhiên, với quy định như trên thì Luật CTCTD chưa rõ ràng và minh bạch. Theo quan điểm của tác giả, pháp luật nên quy định rõ cụm từ “và các chức danh tương đương của Phó tổng giám đốc (Phó giám đốc)” để tạo ra sự thống nhất trong quá trình áp dụng luật.

*Hai là*, chưa có quy định cụ thể về những đối tượng là cha, mẹ, vợ, chồng, con tại điểm b khoản 1 Điều 126 Luật CTCTD. Chiếu theo quy định tại Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, cha, mẹ có thể bao gồm:

<sup>17</sup> Nguồn: Website ngân hàng ACB, <http://acb.com.vn/vn/about/nha-dau-tu/ban-dieu-hanh>, truy cập ngày 20/1/2018.

<sup>18</sup> Nguồn: Website ngân hàng Vietinbank, <https://www.vietinbank.vn/vn/gioi-thieu/ban-lanh-dao/ban-dieu-hanh.html>, truy cập ngày 20/1/2018.

<sup>19</sup> Nguồn: Website ngân hàng HSBC, <http://www.about.hsbc.com.vn/vi-vn/hsbc-in-vietnam>, truy cập ngày 20/1/2018.

Cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, cha dượng, mẹ kế, cha mẹ vợ, cha mẹ chồng. Tương tự, con có thể bao gồm: Con đẻ, con nuôi, con riêng của vợ, con riêng của chồng, con dâu, con rể. Vấn đề đặt ra là có phải tất cả các trường hợp này đều thuộc trường hợp không được cấp tín dụng hay không? Nếu xét về tính chất, đây là nhóm các chủ thể có mối quan hệ gia đình hết sức thân thuộc với các chủ thể quản lý, điều hành tại NHTMCP, do đó họ có thể tác động đến quyết định cấp tín dụng của NHTMCP. Tuy nhiên, nếu xét các mối quan hệ như giữa mẹ kế và con riêng của chồng, cha dượng với con riêng của vợ thì mức độ thân thích có thể không bằng các quan hệ gia đình khác như anh, chị em ruột. Trên cơ sở đó, nếu không có sự quy định minh thị cũng có thể gây ra sự băn khoăn, thiếu thống nhất trong quá trình áp dụng.

*Ba là*, trường hợp không được cấp tín dụng đối với trường hợp doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh chứng khoán mà NHTMCP nắm quyền kiểm soát: Như đã phân tích, hạn chế này nhằm ngăn cản việc NHTMCP thông qua công ty có hoạt động kinh doanh chứng khoán dùng nguồn vốn lớn có được từ việc huy động để thực hiện các hoạt động tự doanh, bảo lãnh phát hành nhằm làm giá, lũng đoạn trên thị trường. Tuy nhiên, hiện nay, hoạt động kinh doanh chứng khoán được hiểu rất rộng, bao gồm môi giới chứng khoán, tự doanh chứng khoán, bảo lãnh phát hành chứng khoán, tư vấn đầu tư chứng khoán, lưu ký chứng khoán, quản lý quỹ đầu tư chứng khoán, quản lý danh mục đầu tư chứng khoán<sup>20</sup>. Có

<sup>20</sup> Khoản 19 Điều 6 Luật Chứng khoán năm 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

thể nhận thấy, các hoạt động như môi giới chứng khoán, tư vấn đầu tư chứng khoán, quản lý danh mục đầu tư chứng khoán là các hoạt động không tiềm ẩn các nguy cơ làm giá, lũng đoạn và tác động tiêu cực đến NHTMCP cũng như thị trường chứng khoán. Do đó, theo quan điểm của tác giả, Luật chỉ nên hạn chế việc cho vay của NHTMCP với các công ty có hoạt động tự doanh chứng khoán và bảo lãnh phát hành chứng khoán.

### **3. Các giao dịch tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần bị hạn chế thực hiện và một số kiến nghị hoàn thiện**

Với đặc thù là một doanh nghiệp thực hiện các hoạt động kinh doanh tiền tệ, căn cứ vào nội dung giao dịch, có thể chia các giao dịch tư lợi bị hạn chế thực hiện tại NHTMCP thành hai nhóm: Các giao dịch trong hoạt động cấp tín dụng của NHTMCP và các giao dịch khác.

#### *Các giao dịch trong hoạt động cấp tín dụng của NHTMCP*

Như đã phân tích, đối với nhóm các hoạt động cấp tín dụng, một trong những rủi ro rất lớn các NHTMCP nói riêng và các tổ chức tín dụng nói chung thường gặp phải đó là việc không thu hồi được vốn tín dụng đã cấp. Do vậy, ngoài các trường hợp bị cấm không được cấp tín dụng, pháp luật còn quy định một số chủ thể có mối quan hệ nhất định với NHTMCP phải chịu những hạn chế khi xin cấp tín dụng tại NHTMCP. Các chủ thể bị hạn chế bao gồm: *Tổ chức kiểm toán, kiểm toán viên đang kiểm toán tại NHTMCP; thanh tra viên đang thanh tra tại NHTMCP; kế toán trưởng của NHTMCP; cổ đông lớn, cổ đông sáng lập; doanh nghiệp có một trong những đối tượng quy*

*định tại khoản 1 Điều 126 của Luật CTCTD sở hữu trên 10% vốn điều lệ của doanh nghiệp đó; người thẩm định, xét duyệt cấp tín dụng; các công ty con, công ty liên kết của NHTMCP hoặc doanh nghiệp mà NHTMCP nắm quyền kiểm soát.*

Nội dung hạn chế bao gồm: (i) Không được cấp tín dụng không có bảo đảm; (ii) Không được cấp tín dụng với điều kiện ưu đãi; (iii) Việc cấp tín dụng với các đối tượng trên phải được HĐQT thông qua và công khai trong NHTMCP, (iv) Tổng mức dư nợ không được vượt quá giới hạn của pháp luật<sup>21</sup>.

Các giới hạn cấp tín dụng trên đây nhằm đảm bảo cho hoạt động cấp tín dụng của NHTMCP được khách quan, minh bạch, bảo đảm thu hồi vốn, hạn chế khả năng các chủ thể bằng mối quan hệ của mình trục lợi từ NHTMCP. Tuy nhiên, ở đây có vấn đề cần bàn là, pháp luật chỉ yêu cầu NHTMCP không được cấp tín dụng không có bảo đảm, mà không quy định cụ thể là bảo đảm bằng tài sản hay không bằng tài sản. Hiện nay, các biện pháp bảo đảm rất đa dạng, trong đó có các biện pháp bảo đảm không bằng tài sản mà chỉ dựa trên uy tín của người thứ ba như bảo lãnh. Trong trường hợp việc cấp tín dụng được bảo đảm bằng biện pháp bảo lãnh thì NHTMCP sẽ bị

<sup>21</sup> Tổng mức dư nợ cấp tín dụng không được vượt quá 5% vốn tự có của ngân hàng thương mại đối với tất cả các trường hợp, ngoại trừ đối với mỗi công ty con, công ty liên kết của ngân hàng thương mại hoặc doanh nghiệp mà ngân hàng thương mại nắm quyền kiểm soát thì mức giới hạn là 10%; tổng mức dư nợ đối với tất cả các công ty con, công ty liên kết của ngân hàng thương mại hoặc doanh nghiệp mà ngân hàng thương mại nắm quyền kiểm soát không được vượt quá 20% vốn tự có của ngân hàng thương mại (Điều 127 Luật CTCTD).

động trong quá trình thu hồi vốn. Theo quan điểm của tác giả, cần quy định cụ thể điều kiện phải có biện pháp bảo đảm bằng tài sản để tăng khả năng thu hồi vốn của NHTMCP trong trường hợp có hành vi trục lợi xảy ra.

*Các giao dịch khác*

Ngoài các giao dịch cấp tín dụng, đối với các giao dịch khác giữa NHTMCP và người quản lý, người điều hành NHTMCP, pháp luật cũng có những hạn chế để đảm bảo giao dịch được khách quan, minh bạch, tránh tư lợi. Cụ thể:

- Đối với các hợp đồng có giá trị trên 20% vốn điều lệ của NHTMCP ghi trong báo cáo tài chính đã được kiểm toán gần nhất hoặc một tỷ lệ khác thấp hơn theo quy định tại Điều lệ giữa NHTMCP với thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), cổ đông lớn, người có liên quan của người quản lý, công ty con, công ty liên kết của NHTMCP thì phải được thông qua tại Đại hội đồng cổ đông<sup>22</sup>.

- Đối với các hợp đồng giữa NHTMCP với công ty con, công ty liên kết của NHTMCP; thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), cổ đông lớn, người có liên quan của họ có giá trị bằng hoặc nhỏ hơn 20% vốn điều lệ của NHTMCP ghi trong báo cáo tài chính đã được kiểm toán gần nhất hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn do Điều lệ quy định thì phải được HĐQT NHTMCP thông qua. Trong trường hợp này, thành viên có liên quan không có quyền biểu quyết<sup>23</sup>.

Cách điều chỉnh này trong Luật CTCTD tương tự như quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2014, theo đó các giao dịch giữa doanh nghiệp và người có liên quan có nguy cơ mâu thuẫn lợi ích hoặc tư lợi đều phải được xem xét bởi các thiết chế có thẩm quyền nhất định<sup>24</sup> để đảm bảo sự minh bạch. Tuy nhiên, Luật CTCTD phân định rõ hơn giao dịch thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông hay HĐQT của NHTMCP ngay trong luật. Ngoài ra, người có liên quan của người quản lý, thành viên Ban kiểm soát, cổ đông lớn theo Luật CTCTD được quy định rộng hơn rất nhiều, thể hiện quyền chủ động can thiệp của cơ quan quản lý nhà nước (Ngân hàng nhà nước) đối với các doanh nghiệp đặc thù và nhạy cảm như NHTMCP. Cụ thể, ngoài những trường hợp luật liệt kê, người có liên quan còn bao gồm các pháp nhân, cá nhân khác có mối quan hệ tiềm ẩn rủi ro cho hoạt động của tổ chức tín dụng được xác định theo quy định nội bộ của tổ chức tín dụng hoặc theo yêu cầu bằng văn bản của Ngân hàng nhà nước thông qua hoạt động thanh tra, giám sát ngân hàng đối với từng trường hợp cụ thể<sup>25</sup>.

Tóm lại, với đặc thù là loại hình doanh nghiệp chuyên kinh doanh tiền tệ, pháp luật về kiểm soát giao dịch tư lợi trong NHTMCP có những điều kiện cao hơn so với các doanh nghiệp thông thường. Luật CTCTD dù mới được sửa đổi năm 2017, nhưng vẫn còn một số điểm bất cập trong các quy định về kiểm soát giao dịch tư lợi cần tiếp tục hoàn thiện.

<sup>22</sup> Điểm q khoản 2 Điều 59 Luật CTCTD.

<sup>23</sup> Khoản 10 Điều 63 Luật CTCTD.

<sup>24</sup> Khoản 1 Điều 162 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

<sup>25</sup> Điểm g khoản 28 Điều 4 Luật CTCTD.

# CƠ SỞ CHO VIỆC HOÁN ĐỔI NỢ XẤU CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI THÀNH VỐN GÓP DOANH NGHIỆP ĐỂ XỬ LÝ NỢ XẤU

Nguyễn Hải Yến\*  
Nguyễn Minh Hằng\*\*

**Tóm tắt:** Hoán đổi nợ xấu của ngân hàng thương mại thành vốn góp doanh nghiệp trong quá trình xử lý nợ xấu là một trong những biện pháp hữu hiệu để giải quyết nợ xấu của hệ thống các ngân hàng thương mại. Bài viết nghiên cứu khái quát về việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp để xử lý nợ xấu của ngân hàng thương mại, đồng thời phân tích các cơ sở cho việc hoán đổi nợ xấu của ngân hàng thương mại thành vốn góp trong quá trình xử lý nợ xấu, từ đó đưa ra một số nhận xét và kiến nghị pháp lý nhằm thúc đẩy quá trình xử lý nợ xấu của các ngân hàng thương mại, góp phần lành mạnh hóa hệ thống các tổ chức tín dụng và ổn định nền kinh tế.

**Abstract:** Swap of bad debts of commercial banks for capital share in companies during the process of handling bad debts is an effective method to mitigate bad debts risks in commercial banks system. The paper studies comprehensively debt-for-equity swap to handle bad debts of commercial banks, and analyzes grounds for such swap during the process, thereby makes certain observations and recommendations for legal improvement to foster the process of handling bad debts, contribute to the shakeout in the system of credit institutions and to economic stability.

## 1. Khái quát về hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp để xử lý nợ xấu của ngân hàng thương mại

Trong thời gian qua, hệ thống ngân hàng thương mại (NHTM) Việt Nam đã phải đối mặt với nhiều khó khăn, thách thức, trong đó điển hình là vấn đề nợ xấu. Được coi là nguyên nhân chính kìm hãm sự lưu thông của dòng tín dụng trong nền kinh tế, nợ xấu đã trở thành nỗi lo thường trực của nhiều NHTM ở Việt Nam cũng như trên thế giới. Để xử lý nợ xấu, một trong những giải pháp được đưa ra là thực hiện hoán đổi nợ xấu thành vốn góp. Khái niệm “hoán đổi nợ thành vốn góp” được hiểu là “việc chủ

nợ hoặc tổ chức thay vì thu hồi tiền nợ đã cho doanh nghiệp vay, họ sẽ lấy khoản nợ phải thu đó để “mua” chính cổ phần của doanh nghiệp hoặc một đối tác quan tâm mua lại chính khoản nợ đó từ chủ nợ với giá tương đương hoặc theo thỏa thuận<sup>1</sup>. Với ý nghĩa tương tự, có quan điểm cho rằng, hoán đổi nợ thành vốn góp đơn giản là “việc một chủ nợ thay vì thu hồi tiền nợ đã cho doanh nghiệp vay, họ sẽ lấy khoản nợ phải thu đó để “mua” chính cổ phần của doanh nghiệp (thường là cổ phần phát hành thêm)

<sup>1</sup> Xem: Nguyễn Văn Thọ và Nguyễn Ngọc Linh, *Xử lý nợ xấu bằng biện pháp chuyển nợ thành vốn góp tại Việt Nam – Hiện trạng và kiến nghị*, <https://luattai chinh.wordpress.com/2014/05/22/xu-l-no-xau-bang-bien-php-chuyen-no-thnh-von-gp-tai-viet-nam-hien-trang-v-kien-nghi/>, truy cập ngày 20/5/2018.

\* ThS., Đại học Luật Hà Nội.

\*\* TS., Đại học Luật Hà Nội.

với giá tương đương hoặc theo thỏa thuận giữa hai bên”<sup>2</sup>. Đứng trên góc độ chủ nợ, việc hoán đổi nợ thành vốn góp mang tính thủ thuật để thu hồi nợ khi các con nợ rơi vào bước đường cùng. Khoản nợ xấu của doanh nghiệp đối với ngân hàng coi như được xóa, thay vào đó sẽ là phần vốn điều lệ thuộc quyền sở hữu của chủ nợ. Do đó, hướng xử lý này giúp các ngân hàng “làm đẹp” báo cáo tài chính và tránh được việc thực hiện nghĩa vụ trích lập dự phòng đối với khoản nợ mất khả năng thanh toán<sup>3</sup>.

Với việc đưa ra khái niệm về chuyển đổi nợ thành vốn góp, nhiều chuyên gia cho rằng, khi hoán đổi nợ thành vốn góp, chủ nợ sẽ trở thành chủ sở hữu của doanh nghiệp bị mắc nợ<sup>4</sup>. Tuy nhiên, ở đây cần lưu ý, việc chủ nợ hoán đổi nợ thành vốn góp của doanh nghiệp bị mắc nợ sẽ được coi là việc chủ nợ chuyển đổi tư cách thành người sở hữu một phần hoặc toàn bộ doanh nghiệp tùy từng trường hợp theo quy định pháp luật. Chẳng hạn, trong lĩnh vực ngân hàng, theo Điều 129 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010, mức góp vốn, mua cổ phần của NHTM không được vượt quá 11% vốn điều lệ của doanh nghiệp nhận vốn góp. Do đó, tỷ lệ giới hạn của việc hoán đổi nợ xấu của NHTM thành vốn góp của một doanh

nh nghiệp sẽ không được phép vượt quá 11% vốn điều lệ của doanh nghiệp nhận vốn góp.

Từ các nội dung như đã phân tích ở trên, nhóm tác giả cho rằng, việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp để xử lý nợ xấu của NHTM nên được hiểu là *việc NHTM thay vì thu hồi tiền nợ đã cho doanh nghiệp vay, sẽ lấy khoản nợ xấu phải thu đó để “mua” chính cổ phần của doanh nghiệp (thường là cổ phần phát hành thêm) với giá tương đương hoặc theo thỏa thuận giữa hai bên và trở thành chủ sở hữu một phần doanh nghiệp nhằm xử lý nợ xấu.*

Về bản chất, hoạt động hoán đổi nợ xấu thành vốn góp của doanh nghiệp không làm giảm bớt rủi ro trong hoạt động của các NHTM, mà nó chỉ làm chuyển đổi rủi ro hoạt động từ hình thức này sang hình thức khác. Hay nói cách khác, việc hoán đổi vốn cho vay được đánh giá là không có khả năng thu hồi khi đến hạn thành vốn góp của doanh nghiệp chỉ là việc chuyển đổi khoản tín dụng của NHTM sang hình thức đầu tư tài chính vào doanh nghiệp, do đó, rủi ro tín dụng của NHTM sẽ được chuyển đổi thành rủi ro đầu tư tài chính. Khi đó, về phương diện thống kê, tỷ lệ rủi ro tín dụng (chẳng hạn như tỷ lệ nợ xấu) của NHTM sẽ giảm, nhưng tỷ lệ rủi ro tài chính lại tăng lên, bởi vậy, tổng rủi ro hoạt động của NHTM là không đổi xét tại thời điểm hoán đổi nợ xấu thành vốn góp của doanh nghiệp<sup>5</sup>.

Việc hoán đổi nợ xấu của NHTM thành vốn góp của doanh nghiệp được coi là một trong những biện pháp để xử lý nợ xấu của NHTM với một số đặc trưng cơ bản như:

<sup>2</sup> Minh Huyền, *Chuyển nợ thành vốn góp từ lý thuyết tới thực tế*, <http://cafef.vn/doanh-nghiep/chuyen-no-thanh-von-gop-tu-ly-thuyet-toi-thuc-tien-201301070-25444728.chn>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>3</sup> *Chuyển nợ xấu thành vốn góp: “Phao” cứu sinh hay chỉ “làm cảnh”*, <http://antt.vn/chuyen-no-xau-thanh-von-gop-phao-cuu-sinh-hay-chi-lam-dep-10906.htm>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>4</sup> Xem: Vân Linh, *Chuyển nợ thành vốn góp: Chỉ mới làm đẹp sổ sách*, <http://tinnhanhchungkhoan.vn/tien-te/chuyen-no-thanh-von-gop-chi-moi-lam-dep-s-o-sach-127520.html>, truy cập ngày 20/5/2018 và như chú thích 3.

<sup>5</sup> Xem: Trần Công Hòa và Đỗ Thị Trà Linh, “Xử lý rủi ro bằng biện pháp chuyển vốn vay ngân hàng thành vốn góp cổ phần – Đòi điều bàn luận và khuyến nghị”, Tạp chí Ngân hàng, số 24 – tháng 12/2012, tr. 32.

*Một là*, về cơ chế thực hiện, hoán đổi nợ xấu thành vốn góp của doanh nghiệp được thực hiện theo cơ chế thị trường, tức là thực hiện theo sự tự nguyện và thỏa thuận giữa NHTM và doanh nghiệp mắc nợ chứ không có sự bắt ép hay can thiệp của Nhà nước. Về phía các NHTM, việc tiến hành hoán đổi nợ xấu phải có khả năng mang lại lợi ích cho ngân hàng trong tương lai, giúp ngân hàng thu hồi lại nguồn vốn tín dụng đã cấp cho doanh nghiệp. Mục đích thu hồi nợ của ngân hàng có thể đạt được khi ngân hàng xét thấy doanh nghiệp còn có khả năng khôi phục hoạt động kinh doanh, ngân hàng sẽ chấp thuận hoán đổi nợ xấu thành vốn góp, đồng thời có thể cấp thêm vốn cho doanh nghiệp hoặc đứng ra giải quyết nợ của doanh nghiệp với các chủ nợ khác (nếu có) để giúp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh ổn định, tìm kiếm lợi nhuận. Sau đó, ngân hàng có thể nhận lợi tức từ phần vốn góp vào doanh nghiệp hoặc bán lại phần vốn góp đó để thu hồi vốn. Tuy nhiên, nếu doanh nghiệp rơi vào tình trạng nợ lớn và quá xấu thì sẽ rất rủi ro cho ngân hàng khi đầu tư vào doanh nghiệp, do đó, các cổ đông của ngân hàng sẽ không chấp thuận để ngân hàng hoán đổi nợ xấu thành vốn góp của doanh nghiệp. Lúc này, NHTM có xu hướng tìm kiếm các biện pháp xử lý nợ xấu khác như bán nợ xấu cho Công ty quản lý tài sản các tổ chức tín dụng Việt Nam (VAMC), Công ty mua bán nợ và tài sản tồn đọng của doanh nghiệp (DATC) hay khởi kiện ra tòa án hơn là liều lĩnh đầu tư vào doanh nghiệp mà ngân hàng biết chắc là sẽ không có khả năng khôi phục. Về phía doanh nghiệp mắc nợ, việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp phải mang lại lợi ích cho doanh nghiệp, tạo cơ hội cho doanh nghiệp phục hồi trở lại và có cơ hội để vay thêm nguồn vốn mới giải quyết tình trạng thiếu

vốn của doanh nghiệp. Theo đó, ngân hàng và doanh nghiệp mắc nợ thỏa thuận với nhau về việc tiến hành hoán đổi nợ xấu thành vốn góp trên cơ sở hướng đến lợi ích của cả hai bên.

*Hai là*, về phương thức thực hiện, trên cơ sở thỏa thuận giữa NHTM và doanh nghiệp mắc nợ, ngân hàng sẽ không thu hồi khoản tiền đã cho doanh nghiệp vay mà sử dụng để hoán đổi hay mua một phần vốn của doanh nghiệp (thường là cổ phần phát hành thêm) với giá tương đương hoặc theo thỏa thuận giữa hai bên. Khi tiến hành biện pháp xử lý nợ xấu này, vấn đề quan trọng mà NHTM phải thực hiện là tính toán mức giá để xác định chuyển đổi. Việc xác định giá phần vốn của doanh nghiệp thường được các bên xác định theo giá thị trường, có cân nhắc đến bối cảnh kinh tế vĩ mô, chiều hướng phát triển của ngành mà doanh nghiệp đang kinh doanh, tình trạng thực tế của doanh nghiệp tại thời điểm hoán đổi nợ thành vốn góp trong doanh nghiệp<sup>6</sup>. Trên thực tế, NHTM phải thuê một tổ chức thẩm định giá độc lập định giá lại giá trị doanh nghiệp có nợ xấu và số nợ tồn đọng chưa thể trả vốn vay cho NHTM, trong đó bao gồm cả tài sản thế chấp khoản vay. Về mặt kỹ thuật kế toán, trên cơ sở văn bản thỏa thuận hợp pháp, bộ phận kế toán doanh nghiệp sẽ làm các bút toán điều chỉnh giảm nợ phải trả và tăng vốn góp<sup>7</sup>.

*Ba là*, về mục đích, NHTM thực hiện hoán đổi nợ xấu thành vốn góp của doanh nghiệp nhằm xử lý nợ xấu của chính ngân hàng. Khi đó, nợ xấu của ngân hàng sẽ giảm đi, báo cáo tài chính của ngân hàng được “cải thiện” và ngân hàng giảm được việc

<sup>6</sup> Xem: Như chú thích 5, tr. 33.

<sup>7</sup> Phạm Hà Nguyên, “Chuyển nợ thành vốn góp”, Thời báo Ngân hàng, ngày 24/11/2016.

trích lập dự phòng đối với khoản nợ xấu đã hoá đổi. Bên cạnh đó, nếu doanh nghiệp phục hồi và có lãi, thì giá trị phần vốn góp và lợi tức thuộc về ngân hàng, thậm chí còn lớn hơn giá trị của khoản nợ xấu ban đầu mà ngân hàng đồng ý hoá đổi thành vốn góp của doanh nghiệp. Ngược lại, nếu ngân hàng không hoá đổi nợ xấu thành vốn góp của doanh nghiệp thì tất nhiên, nợ xấu vẫn không thể được xử lý.

Bốn là, hệ quả của việc thực hiện hoá đổi nợ xấu thành vốn góp đối với NHTM là làm thay đổi tư cách của NHTM từ chủ nợ sang cổ đông/bên góp vốn đối với khách hàng vay nợ. Về mặt lý thuyết, cả NHTM và khách hàng sẽ tạm thời khắc phục được những yếu điểm trên bảng cân đối kế toán do thông qua việc hoá đổi nợ xấu thành vốn góp, NHTM xóa nợ cho khách hàng, tạo cơ hội cho khách hàng hồi phục hoạt động kinh doanh trong tương lai. Về phía NHTM, mặc dù việc hoá đổi nợ xấu thành vốn góp không giúp NHTM giảm thiểu rủi ro hoạt động, nhưng NHTM sẽ không phải thực hiện nghĩa vụ trích lập dự phòng đối với khoản nợ xấu đã hoá đổi. Bên cạnh đó, với tư cách mới là bên góp vốn vào doanh nghiệp, NHTM có thể được hưởng lợi tức hoặc được phân chia lợi nhuận từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp trong tương lai và có các quyền như một chủ thể góp vốn vào doanh nghiệp theo đúng quy định của pháp luật doanh nghiệp.

## **2. Nhu cầu thực tiễn hoá đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp nhằm xử lý nợ xấu của ngân hàng thương mại**

Trước hết, tỷ lệ nợ xấu trong hệ thống NHTM trong thời gian gần đây có xu hướng giảm (tỷ lệ nợ xấu của hệ thống tổ chức tín dụng cuối năm 2017 khoảng 9,5%, giảm

manh so với mức 11,9% cuối năm 2016<sup>8</sup>), nhưng số nợ xấu trong hệ thống vẫn cao. Tính đến 31/3/2017, tổng nợ xấu nội bảng hệ thống tổ chức tín dụng trên 160.000 tỷ đồng<sup>9</sup>. Còn nếu tính cả một số khoản nợ tiềm ẩn trở thành nợ xấu, cộng với nợ xấu đã bán cho Công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng (VAMC) nhưng chưa xử lý được đến hết tháng 9/2017, nợ xấu toàn hệ thống tương đương 566.000 tỷ đồng<sup>10</sup>. Trong quý I/2018, một số ngân hàng lớn và trung bình của Việt Nam có nợ xấu tăng cao so với đầu năm<sup>11</sup>. Để xử lý nợ xấu, các NHTM đã đẩy mạnh việc áp dụng nhiều biện pháp xử lý nợ như đòi nợ khách hàng, thu hồi nợ thông qua việc phát mại tài sản bảo đảm (TSBĐ) của khách hàng hoặc đòi người bảo lãnh, khởi kiện khách hàng và phát mại doanh nghiệp hoặc lựa chọn phương án bán nợ xấu cho các tổ chức, cá nhân có nhu cầu mua<sup>12</sup>, nhưng vẫn chưa đạt kết quả như mong muốn. Xuất phát từ thực trạng kinh tế - xã hội của đất nước hiện nay còn nhiều yếu kém<sup>13</sup>, trong khi tỷ lệ nợ công

<sup>8</sup> Trần Thúy, *Nợ xấu có xu hướng tăng trở lại*, <http://cafef.vn/no-xau-co-xu-huong-tang-tro-lai-20180514165057921.chn>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>9</sup> Bích Diệp, *Hệ thống ngân hàng còn trên 160.000 tỷ đồng nợ xấu*, <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/he-thong-ngan-hang-con-tren-160000-ty-dong-no-xau-20170522102521482.htm>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>10</sup> Đỗ Linh, *Xử lý nợ xấu: Cần thị trường mua bán nợ đúng nghĩa*, <http://saigondautu.com.vn/chu-diem-su-kien/xu-ly-no-xau-can-thi-truong-mua-ban-no-du-ng-nghia-53419.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>11</sup> Như chú thích 8.

<sup>12</sup> Xem: Phan Thị Thu Hà và Phạm Thị Bích Duyên, “*Bàn thêm về nợ xấu*”, Tạp chí Ngân hàng, số 16 – tháng 9/2016, tr. 32.

<sup>13</sup> Thảo Lê, *Thực trạng kinh tế - xã hội bộc lộ nhiều yếu kém cần giải quyết*, <http://nhandan.com.vn/kinhte/nhan-dinh/item/34484202-thuc-trang-kinh-te-xa-hoi-boc-lo-nhieu-yeu-kem-can-giai-quyet.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

ở mức cao<sup>14</sup>, Chính phủ quyết tâm không xử lý nợ xấu trong hệ thống NHTM bằng nguồn vốn ngân sách<sup>15</sup>. Do đó, các NHTM cần chủ động đẩy mạnh việc thực hiện đồng bộ các giải pháp xử lý nợ xấu, bao gồm cả việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp.

Trong thời gian qua, một số NHTM đã thành công trong quá trình xử lý nợ xấu với giải pháp hoán đổi nợ xấu thành vốn góp. Một số doanh nghiệp được NHTM xóa nợ, chuyển khoản nợ xấu thành vốn góp và được hỗ trợ khôi phục hoạt động kinh doanh đã hoạt động ổn định trở lại và kinh doanh có lãi. Có thể kể đến một số trường hợp cụ thể như:

(i) NHTM cổ phần Sài Gòn – Hà Nội đã thực hiện phương án chuyển nợ thành vốn góp đối với Công ty cổ phần Thủy sản Bình An (Bianfishco): Vào giai đoạn 2011-2012, Bianfishco gặp khó khăn do nguồn nguyên liệu đầu vào thiếu ổn định, chi phí sản xuất tăng cao, quản trị điều hành doanh nghiệp yếu kém khiến hoạt động sản xuất, kinh doanh bị đình trệ. Do đó, Bianfishco bị thua lỗ và có số dư nợ đối với ngân hàng và đối tác lên đến nghìn tỷ đồng. Trên cơ sở sự đồng ý của Chính phủ, NHTM cổ phần Sài Gòn – Hà Nội đã hoán đổi nợ xấu thành cổ phiếu của Bianfishco, sở hữu 25 triệu cổ phần bằng 50% vốn điều lệ của Bianfishco và tham gia tái cấu trúc toàn diện hoạt động sản xuất, kinh doanh của Bianfishco. Hiện

tại, Bianfishco được báo cáo là đã hoạt động ổn định, bắt đầu có lãi<sup>16</sup>.

(ii) Trường hợp của NHTM cổ phần Công thương Việt Nam (VietinBank) tham gia làm cổ đông chiến lược khi cổ phần hóa các cảng thành viên thuộc Tổng công ty hàng hải (Vinalines). Theo đó, VietinBank đã chuyển số nợ 5.000 tỉ đồng của Vinalines và các đơn vị thành viên thành vốn cổ phần tại các cảng thành viên khi tiến hành cổ phần hóa<sup>17</sup>. Đến nay, Vinalines đã phục hồi và cân bằng tài chính với tổng tài sản hơn 18.000 tỉ đồng và vốn chủ sở hữu gần 12.000 tỉ đồng<sup>18</sup>.

(iii) Hai ngân hàng LienVietPostBank và ABBank tham gia góp vốn để tái cơ cấu lại Công ty cổ phần thủy sản Phương Nam (Phương Nam). Vào thời điểm tháng 11/2012, Phương Nam nợ các ngân hàng số tiền khoảng 1.599 tỷ đồng, đứng trên bờ vực phá sản. LienVietPostBank và ABBank cùng nhau góp vốn với tỷ lệ lần lượt là 62,43% và 34,17% vốn điều lệ của Công ty Phương Nam. Sau 4 tháng tái cấu trúc, Công ty Phương Nam đã đạt được những kết quả khả quan, hoạt động kinh doanh liên tục phát triển<sup>19</sup>.

Nhìn chung, biện pháp xử lý nợ xấu thông qua việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp mang lại nhiều lợi ích: (i)

<sup>14</sup> Anh Minh, *WB: Việt Nam thuộc nhóm quốc gia có nợ công tăng nhanh nhất*, <https://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/vi-mo/wb-viet-nam-thuoc-nhom-quoc-gia-co-no-cong-tang-nhanh-nhat-3650286.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>15</sup> Vân Ly, *Không sử dụng ngân sách nhà nước để xử lý nợ xấu*, <http://www.thesaigontimes.vn/td/265156/Khong-su-dung-ngan-sach-nha-nuoc-de-xu-ly-no-xau.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>16</sup> Anh Vũ, *Ngân hàng tái tạo nợ xấu thành vốn góp*, <https://thanhnien.vn/kinh-doanh/ngan-hang-tao-bao-doi-no-xau-thanh-von-gop-754138.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>17</sup> Hà Phương, *Đổi nợ xấu DNNN thành vốn góp: Ai hưởng lợi?*, <http://enternews.vn/chuyen-no-xau-thanh-von-gop-ngan-hang-hay-doanh-nghiep-duoc-loi-125312.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>18</sup> Lan Nhi, *Vinalines tuyên bố lãi hàng trăm tỉ đồng*, <http://www.thesaigontimes.vn/268355/Vinalines-tuyen-bo-lai-hang-tram-ti-dong.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>19</sup> Như chú thích 1.

Đối với các NHTM: Giúp ngân hàng sớm loại bỏ khoản nợ xấu ra khỏi báo cáo tài chính, đồng thời tăng nguồn vốn do vốn vay chuyển thành khoản đầu tư tài chính của ngân hàng; (ii) Đối với doanh nghiệp: Giúp doanh nghiệp thoát khỏi áp lực trả nợ cho ngân hàng, có điều kiện khôi phục hoạt động sản xuất kinh doanh từ nguồn cấp vốn của NHTM hoặc các nguồn vốn tín dụng, đầu tư khác; (iii) Đối với nền kinh tế: Giúp giảm thiểu những tác động tiêu cực như tình trạng phá sản doanh nghiệp, người lao động mất việc làm, hệ thống NHTM mất ổn định<sup>20</sup>.

Trong khi đó, các biện pháp xử lý nợ xấu khác cũng chưa phát huy được hết vai trò do còn nhiều vướng mắc. Chẳng hạn, đối với giải pháp thu hồi nợ thông qua việc phát mại TSBĐ, việc xử lý TSBĐ bị chậm ảnh hưởng rất lớn tới nợ xấu của ngân hàng như làm tăng chi phí hoạt động trong quá trình thu hồi nợ. Ngoài ra, các TSBĐ sẽ bị sụt giảm giá trị nghiêm trọng nếu việc phát mại bị kéo dài, như hàng hóa lưu kho, sau khi bán không đủ để bù đắp cho khoản vay và lãi phát sinh<sup>21</sup>. Đối với giải pháp bán nợ xấu cho VAMC, nhiều ngân hàng chưa “mặn mà” với giải pháp này<sup>22</sup> do nguồn lực tài chính của VAMC khá hạn chế<sup>23</sup> hay pháp luật hiện hành chưa có quy định hướng dẫn về việc nộp thuế khi bán TSBĐ

<sup>20</sup> Như chú thích 1.

<sup>21</sup> Để quản lý tốt nợ xấu tại các ngân hàng thương mại, <http://tapchitaichinh.vn/kinh-te-vi-mo/de-quan-ly-tot-no-xau-tai-cac-ngan-hang-thuong-mai-113733.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>22</sup> Hoàng Thị Duyên, “Bàn về hiệu quả xử lý nợ xấu”, Tạp chí Tài chính, kỳ I, số tháng 8/2016, <http://tapchitaichinh.vn/kinh-te-vi-mo/ban-ve-hieu-qua-xu-ly-no-xau-ngan-hang-92336.html>, truy cập ngày 20/5/2018.

<sup>23</sup> Xem: Lê Thị Thùy Vân, “Nỗ lực xử lý nợ xấu trong quá trình tái cơ cấu các tổ chức tín dụng ở Việt Nam”, Tạp chí Ngân hàng, số 6 – tháng 3/2018, tr. 20.

là bất động sản cho khoản nợ xấu VAMC mua từ tổ chức tín dụng<sup>24</sup>. Giải pháp bán nợ xấu cho DATC cũng gặp không ít khó khăn do mô hình mua nợ hiện nay còn bất cập, DATC mua nợ xấu hoàn toàn bằng tiền mặt nên dẫn đến bất cập là DATC không thu lại được tiền ban đầu trả cho người bán, giá vốn xử lý nợ cao hơn (do phải tính cả tiền lãi suất trên số tiền bỏ ra trả cho người bán); hay áp lực về việc tạo ra lợi nhuận đối với DATC làm cho quá trình lựa chọn phân tích, tính toán phương án trả nợ thương thảo, thỏa thuận với ngân hàng bị kéo dài.

Do đó, để giải quyết triệt để các khoản nợ xấu, các NHTM cần đẩy mạnh thực hiện nhiều biện pháp, bao gồm cả việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp của doanh nghiệp.

### 3. Cơ sở pháp lý thực hiện hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp nhằm xử lý nợ xấu của ngân hàng thương mại

Việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp nhằm xử lý nợ xấu của các NHTM được thực hiện trên cơ sở các quy định pháp luật hiện hành như sau:

Trước hết, trong lĩnh vực ngân hàng, việc chuyển đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp vẫn chưa có văn bản nào hướng dẫn cụ thể. Năm 2016, Ngân hàng nhà nước có đưa ra một dự thảo thông tư quy định cụ thể việc chuyển đổi nợ xấu thành vốn góp để lấy ý kiến rộng rãi, nhưng đến nay vẫn chưa được ban hành. Tuy nhiên, Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) cho phép các NHTM được quyền góp vốn, mua cổ phần

<sup>24</sup> Linh Nhật, *Sau Nghị quyết 42, đã thu hồi được khoảng 37.000 tỷ đồng nợ xấu*, <http://anninhthudo.vn/kinh-doanh/sau-nghi-quyet-42-da-thu-hoi-duoc-khoang-37000-ty-dong-no-xau/767401.antd>, truy cập ngày 20/5/2018.

doanh nghiệp trong giới hạn nhất định. Bên cạnh đó, Đề án Cơ cấu lại hệ thống các tổ chức tín dụng gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020 được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt theo Quyết định số 1058/QĐ-TTg ngày 19/7/2017 đã xác định các giải pháp xử lý nợ xấu của tổ chức tín dụng, trong đó bao gồm cả giải pháp chuyển nợ xấu thành vốn góp đối với các khoản nợ xấu liên quan đến nợ đọng xây dựng cơ bản có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước trung ương, địa phương và nợ xấu của doanh nghiệp nhà nước, nợ xấu cho vay theo các chương trình dự án, chỉ định của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, nợ được Chính phủ bảo lãnh: “...Đối với các khoản nợ xấu của doanh nghiệp nhà nước: Đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước có trách nhiệm xác định định hướng hoạt động của doanh nghiệp để có biện pháp xử lý phù hợp, trong đó: (i) Xử lý dứt điểm tài sản bảo đảm của khoản nợ (nếu có); (ii) Trường hợp tiếp tục duy trì hoạt động thì cho phép tổ chức tín dụng chuyển nợ thành vốn góp hoặc bổ sung nguồn vốn cho doanh nghiệp để có nguồn trả nợ tổ chức tín dụng; (iii) Cho phá sản doanh nghiệp để tổ chức tín dụng thu hồi khoản nợ liên quan”<sup>25</sup>. Như vậy, NHTM được phép chuyển nợ xấu thành vốn góp đối với nợ xấu của doanh nghiệp nhà nước theo Quyết định số 1058/QĐ-TTg để xử lý nợ xấu. Khi đó, NHTM phải đảm bảo tuân thủ quy định về giới hạn tỷ lệ góp vốn, mua cổ phần tại Điều 129 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010. Cụ thể, mức góp vốn, mua cổ phần của một NHTM và các công ty con, công ty liên kết của NHTM đó (không bao gồm mức góp vốn, mua cổ phần của

công ty quản lý quỹ là công ty con, công ty liên kết của NHTM, công ty tài chính vào một doanh nghiệp từ các quỹ do công ty đó quản lý<sup>26</sup>) vào một doanh nghiệp không được vượt quá 11% vốn điều lệ của doanh nghiệp nhận vốn góp<sup>27</sup>. Bên cạnh đó, tổng mức góp vốn, mua cổ phần của một NHTM vào các doanh nghiệp, kể cả các công ty con, công ty liên kết của NHTM đó (không bao gồm mức góp vốn, mua cổ phần của công ty quản lý quỹ là công ty con, công ty liên kết của NHTM, công ty tài chính vào một doanh nghiệp từ các quỹ do công ty đó quản lý<sup>28</sup>) không được vượt quá 40% vốn điều lệ và quỹ dự trữ của NHTM<sup>29</sup>. Các quy định về giới hạn góp vốn, mua cổ phần của NHTM theo Luật Các tổ chức tín dụng cũng được hướng dẫn cụ thể tại Mục 6 Thông tư số 36/2014/TT-NHNN ngày 20/11/2014 và các văn bản sửa đổi, bổ sung như Thông tư số 06/2016/TT-NHNN ngày 27/5/2016 và Thông tư số 19/2017/TT-NHNN ngày 28/12/2017.

Thứ hai, pháp luật về cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước cũng quy định việc các NHTM được phép hoán đổi nợ xấu thành vốn góp cổ phần để xử lý nợ xấu. Cụ thể, khoản 2 Điều 16 Nghị định số 126/2017/NĐ-CP ngày 16/11/2017 quy định: “Doanh nghiệp cổ phần hóa phải huy động các nguồn vốn hợp pháp để thanh toán các khoản nợ đến hạn phải trả trước khi xác định giá trị doanh nghiệp cổ phần hóa hoặc thỏa thuận bằng văn bản với các

<sup>25</sup> Phần B, mục III, khoản 2, điểm đ của Đề án Cơ cấu lại hệ thống các tổ chức tín dụng gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020.

<sup>26</sup> Khoản 22 Điều 1 Luật Các tổ chức tín dụng (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

<sup>27</sup> Khoản 1 Điều 129 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010.

<sup>28</sup> Khoản 22 Điều 1 Luật Các tổ chức tín dụng (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

<sup>29</sup> Khoản 2 Điều 129 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010.

*chủ nợ để xử lý trong đó có việc chuyển nợ phải trả thành vốn góp cổ phần. Việc chuyển nợ phải trả tại thời điểm xác định giá trị doanh nghiệp thành vốn góp cổ phần phải được quy định trong phương án cổ phần hóa, công khai trong bản cáo bạch bán cổ phần lần đầu và được thực hiện thông qua kết quả đấu giá thành công của chủ nợ. Theo đó chủ nợ tham gia mua cổ phần tại cuộc bán đấu giá công khai cổ phần lần đầu ra công chúng và quy đổi số lượng cổ phần tương ứng với số nợ theo kết quả đấu giá thành công của chủ nợ”.*

Thứ ba, việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp của NHTM còn được thực hiện theo Nghị định số 60/2015/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 58/2012/NĐ-CP hướng dẫn Luật Chứng khoán năm 2006 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán năm 2010 trên cơ sở quy định cho phép các doanh nghiệp là công ty cổ phần tiến hành chào bán, phát hành thêm cổ phiếu và dùng cổ phiếu đó để đổi lấy khoản nợ của tổ chức phát hành đối với chủ nợ<sup>30</sup>. Đây được xem là quy định khung, cho phép các NHTM được hoán đổi nợ xấu thành cổ phiếu của công ty cổ phần nhằm xử lý nợ xấu. Theo đó, việc hoán đổi nợ xấu thành cổ phiếu được thực hiện theo thủ tục chào bán cổ phiếu riêng lẻ.

Riêng đối với công ty đại chúng<sup>31</sup> và các tổ chức kinh doanh chứng khoán như

<sup>30</sup> Theo khoản 1 Điều 1 Nghị định số 60/2015/NĐ-CP.

<sup>31</sup> Khoản 1 Điều 25 Luật Chứng khoán năm 2006 quy định: “Công ty đại chúng là công ty cổ phần thuộc một trong ba loại hình sau đây:

a) Công ty đã thực hiện chào bán cổ phiếu ra công chúng;

b) Công ty có cổ phiếu được niêm yết tại Sở giao dịch chứng khoán hoặc Trung tâm giao dịch chứng khoán;

công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ đầu tư chứng khoán thì việc chào bán cổ phiếu riêng lẻ để hoán đổi các khoản nợ phải đáp ứng các điều kiện gồm<sup>32</sup>:

(i) Có quyết định của Đại hội đồng cổ đông thông qua phương án chào bán. Phương án chào bán phải nêu rõ mục đích, số lượng cổ phiếu dự kiến chào bán, danh sách chủ nợ, giá trị các khoản nợ được hoán đổi và số lượng cổ phiếu dự kiến hoán đổi cho từng chủ nợ, phương pháp xác định và tỷ lệ hoán đổi. Phương pháp xác định và tỷ lệ hoán đổi phải có ý kiến của tổ chức kiểm toán được chấp thuận hoặc công ty chứng khoán có chức năng thẩm định giá và không phải là người có liên quan. Trường hợp có ý kiến khác nhau giữa tỷ lệ hoán đổi dự kiến thực hiện và tỷ lệ hoán đổi hợp lý do tổ chức thẩm định giá độc lập xác định, thì Hội đồng quản trị phải có văn bản giải trình để Đại hội đồng cổ đông xem xét quyết định.

(ii) Các khoản nợ được phép hoán đổi phải là các khoản nợ đã được trình bày trong báo cáo tài chính gần nhất đã được kiểm toán hoặc kiểm toán soát xét và đã được Đại hội đồng cổ đông thông qua.

(iii) Đáp ứng các điều kiện khác theo quy định pháp luật có liên quan trong trường hợp tổ chức phát hành, chủ nợ là doanh nghiệp thuộc ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện.

(iv) Tuân thủ về thời gian hạn chế chuyển nhượng và khoảng cách giữa các đợt chào bán theo quy định của Luật Chứng khoán.

(v) Tổ chức phát hành không phải là công ty mẹ của chủ nợ; hoặc tổ chức phát

c) Công ty có cổ phiếu được ít nhất một trăm nhà đầu tư sở hữu, không kể nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp và có vốn điều lệ đã góp từ mười tỷ đồng Việt Nam trở lên”.

<sup>32</sup> Theo khoản 3 Điều 1 Nghị định 60/2015/NĐ-CP.

hành và chủ nợ không phải là các công ty con trong cùng một công ty mẹ.

#### **4. Một số nhận xét và kiến nghị pháp lý**

Hiện nay, NHTM có nhiều biện pháp để xử lý nợ xấu, tuy nhiên, không có biện pháp nào mang lại hiệu quả tuyệt đối bởi mỗi biện pháp đều có những thuận lợi và khó khăn riêng. Do đó, NHTM có thể lựa chọn một, một số hoặc tất cả biện pháp xử lý nợ để đảm bảo nợ xấu được giải quyết hiệu quả và triệt để nhất tùy vào tình hình nợ xấu và khả năng xử lý nợ xấu của mỗi NHTM.

Đối với giải pháp hoán đổi nợ xấu thành vốn góp vào doanh nghiệp nhà nước hoặc hoán đổi nợ xấu thành cổ phiếu của công ty cổ phần, việc thực hiện giải pháp này của NHTM mang lại nhiều lợi ích cho cả NHTM, doanh nghiệp mang nợ xấu và nền kinh tế. Do đó, việc tạo điều kiện cho các NHTM tiếp tục thực hiện giải pháp này để xử lý nợ xấu thông qua việc hoàn thiện các quy định pháp luật là cần thiết.

Trước hết, Ngân hàng nhà nước cần sớm ban hành Thông tư hướng dẫn thống

nhất việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp của các NHTM, trong đó quy định cụ thể về điều kiện, trình tự, thủ tục hoán đổi nợ xấu thành vốn góp. Việc này sẽ tạo được cơ sở pháp lý rõ ràng, giúp các NHTM chủ động trong việc xây dựng và thực hiện các phương án xử lý nợ xấu.

Bên cạnh đó, cần quy định về các biện pháp hỗ trợ của NHTM đối với doanh nghiệp được hoán đổi nợ xấu cũng như các tiêu chuẩn đánh giá khả năng hồi phục của doanh nghiệp mắc nợ.

Ngoài ra, cũng cần thiết lập cơ chế giám sát chặt chẽ từ phía cơ quan nhà nước có thẩm quyền để thúc đẩy hiệu quả xử lý nợ xấu của các NHTM, đảm bảo giải pháp xử lý nợ xấu này không bị lợi dụng nhằm che đậy nợ xấu hay thiết lập các quan hệ sở hữu chéo hoặc các công ty sân sau của các NHTM, đồng thời đảm bảo sự công bằng và hài hòa lợi ích của NHTM và doanh nghiệp mắc nợ khi thực hiện hoán đổi nợ xấu thành vốn góp.

---

#### ***(Tiếp theo trang 33 – Pháp luật về hòa giải thương mại...)***

Có thể thấy, cơ chế quản lý của Nhà nước với chủ thể tiến hành hoà giải ở Việt Nam phức tạp hơn rất nhiều so với Đức. Sự khác biệt này nằm ở cách thức vận hành, quản lý nhà nước của mỗi quốc gia. Hơn nữa, ở Việt Nam, ý thức chấp hành pháp luật chưa cao, sự hiểu biết pháp luật của người dân còn kém, Nhà nước có xu hướng thắt chặt quản lý để tránh các rủi ro phát sinh trong thực tế. Tuy nhiên, trong tương lai, khi điều kiện kinh tế - xã hội, ý thức và văn hoá ứng xử được nâng cao, Việt Nam cần xem xét việc nới lỏng quản lý đối với hoạt động này bởi đây là một loại dịch vụ,

không mang tính chất tố tụng xét xử. Bản chất của hoà giải là sự tự nguyện và tự quyết của các bên, bên hoà giải chỉ có vai trò trợ giúp nên hoạt động nghề nghiệp của họ chủ yếu dựa vào các kỹ năng. Nhà nước nên để các hoà giải viên, trung tâm hoà giải tự chịu trách nhiệm về hoạt động nghề nghiệp của mình trước khách hàng. Vai trò của Nhà nước chỉ nên dừng lại ở việc tạo điều kiện cho mô hình hoà giải phát triển, đặt ra các quy định pháp luật về quyền hạn và trách nhiệm các bên trong hoà giải, giảm thiểu các thủ tục hành chính.

# THẨM QUYỀN TƯ VẤN PHÁP LUẬT CỦA TOÀ ÁN CÔNG LÝ QUỐC TẾ

Ngô Hữu Phước\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, làm sáng tỏ những vấn đề lý luận và thực tiễn về thẩm quyền tư vấn pháp luật của Toà án công lý quốc tế; qua đó, làm nổi bật vai trò của Toà án công lý quốc tế đối với quá trình phát triển, tuân thủ và thực thi luật pháp quốc tế.

**Abstract:** The article analyzes and clarifies theoretical and practical issues of advisory function of the International Court of Justice. Thereby, it highlights the role of the Court in the development of, compliance with, and enforcement of international law.

## Đặt vấn đề

Là một trong sáu cơ quan chính của Liên hợp quốc, bên cạnh Đại hội đồng, Hội đồng bảo an, Hội đồng kinh tế, xã hội, Hội đồng quản thác và Ban thư ký, trải qua 73 năm hình thành và phát triển từ năm 1945 đến nay, Toà án công lý quốc tế của Liên hợp quốc (ICJ)<sup>1</sup> đã thụ lý và giải quyết hơn 140 vụ tranh chấp giữa các quốc gia trên thế giới. Đồng thời, với vị trí pháp lý là cơ quan tư pháp chính của Liên hợp quốc, ICJ còn có thẩm quyền tư vấn pháp luật. Cả về phương diện khoa học, lý luận và thực tiễn, cùng với thẩm quyền giải quyết tranh chấp quốc tế, thẩm quyền tư vấn của ICJ đã góp phần quan trọng vào sự phát triển ngày càng hoàn thiện của hệ thống pháp luật quốc tế trong hơn 2/3 thế kỷ hình thành, tồn tại và phát triển.

Tuy nhiên, trong thực tiễn, các chuyên gia, nhà nghiên cứu pháp luật nói chung và luật pháp quốc tế nói riêng thường dành sự đầu tư, nghiên cứu rất nhiều về thẩm quyền

giải quyết tranh chấp quốc tế mà dường như “lãng quên” thẩm quyền tư vấn của ICJ. Chính vì vậy, nghiên cứu, làm sáng tỏ các vấn đề lý luận, pháp lý và thực tiễn về thẩm quyền tư vấn của ICJ với các nội dung liên quan như: Cơ sở pháp lý; chủ thể yêu cầu tư vấn; nội dung yêu cầu tư vấn; thủ tục tư vấn và ra kết luận tư vấn; phân biệt thẩm quyền giải quyết tranh chấp với thẩm quyền tư vấn của ICJ là rất cần thiết. Qua đó, góp phần làm rõ hơn bản chất và vai trò đặc biệt quan trọng của ICJ đối với quá trình phát triển của hệ thống pháp luật quốc tế từ trước đến nay.

## 1. Tổng quan về Tòa án công lý quốc tế

*Cơ sở pháp lý và vị trí pháp lý của ICJ:* ICJ được thành lập trên cơ sở Hiến chương Liên hợp quốc năm 1945. ICJ chính thức hoạt động kể từ ngày 06/02/1946 và thay thế Toà án thường trực công lý quốc tế từ ngày 18/4/1946<sup>2</sup>. Theo Điều 92 của Hiến chương Liên hợp quốc, ICJ là cơ quan tư pháp chính của Liên hợp quốc, được thành lập và hoạt động theo Quy chế riêng. Quy

\* TS., Khoa Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Tên tiếng Anh là: International Court of Justice, viết tắt là ICJ, tiếng Pháp là: Cour internationale de Justice, viết tắt là CIJ.

<sup>2</sup> Tòa án thường trực công lý quốc tế (Permanent Court of International Justice, viết tắt là PCIJ), tiền thân của ICJ được thành lập bởi Quy chế của PCIJ vào năm 1922. Xem thêm thông tin về PCIJ tại địa chỉ website: <http://www.icj-cij.org/en/pcij>.

ché của ICJ là một bộ phận không thể tách rời của Hiến chương Liên hợp quốc<sup>3</sup>. Đồng thời, ICJ là Tòa án quốc tế thường trực<sup>4</sup> có trụ sở<sup>5</sup> đóng tại Cung điện hoà bình, thành phố Den Haag<sup>6</sup>, Vương quốc Hà Lan. Tuy nhiên, ICJ có thể tiến hành các phiên xử ở các địa điểm ngoài thành phố Den Haag nếu xét thấy cần thiết sau khi tham khảo ý kiến của các bên tranh chấp.

*Cơ cấu tổ chức của ICJ:* ICJ gồm 15 thẩm phán mang quốc tịch khác nhau (không được có 02 thẩm phán là công dân của một quốc gia)<sup>7</sup>. Các ứng cử viên thẩm phán của ICJ do các quốc gia thành viên của Liên hợp quốc giới thiệu và được Đại hội đồng, Hội đồng Bảo an bầu theo nguyên tắc đa số (không kể phiếu của ủy viên thường trực hay không thường trực) với nhiệm kỳ 9 năm, và có thể được bầu lại. Thẩm phán của ICJ là những chuyên gia có uy tín và trình độ chuyên môn cao về lĩnh vực công pháp quốc tế, sử dụng thông thạo tiếng Anh và tiếng Pháp, hai ngôn ngữ làm việc của ICJ. Việc phân bổ số lượng thẩm phán để bầu vào ICJ dựa trên tiêu chí đại diện cho các nền văn minh chủ yếu và các hệ thống pháp

luật cơ bản của thế giới<sup>8</sup>. Thẩm phán của ICJ không được đảm nhiệm bất kỳ chức vụ chính trị, hành chính nào và không được thực hiện một hoạt động nghề nghiệp nào khác. Thẩm phán ICJ hoạt động độc lập và nhân danh ICJ, không nhân danh, không đại diện cho quốc gia mà họ là công dân. Trong thời gian làm nhiệm vụ, thẩm phán của ICJ được hưởng các quyền ưu đãi và miễn trừ ngoại giao, kể cả khi tạm trú ở nước ngoài và không thể bị bãi miễn. Nếu vụ tranh chấp liên quan đến quốc gia mà Chánh án là công dân thì chức vụ Chánh án sẽ trao cho Phó chánh án ICJ đảm nhiệm nhằm đảm bảo tính khách quan, không thiên vị trong quá trình giải quyết tranh chấp.

ICJ có Ban thư ký, là cơ quan giúp việc cho thẩm phán trong quá trình thực hiện thẩm quyền giải quyết tranh chấp và tư vấn. Ban thư ký chính là cơ quan hành chính thường trực của ICJ, chuyên thực hiện các dịch vụ tư pháp; liên lạc giữa ICJ với các quốc gia; làm trung gian giữa các quốc gia với nhau hoặc giữa các tổ chức quốc tế với ICJ; làm biên bản các phiên họp của ICJ; chứng thực, chuyển và lưu các quyết định của ICJ; tổ chức xuất bản các ấn phẩm như phán quyết, các kết luận tư vấn pháp luật, các bản bị vong lục, phản bị vong lục mà các bên tranh chấp đệ trình lên ICJ cũng như các văn kiện mà ICJ ban hành trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình. Thành phần Ban thư ký gồm 01 Chánh thư ký (ngang hàm với Phó Tổng thư

<sup>3</sup> Điều 92 Hiến chương Liên hợp quốc quy định: *“Tòa án công lý quốc tế là cơ quan tư pháp chính của Liên hợp quốc. Tòa án này hoạt động theo một qui chế xây dựng trên cơ sở qui chế của Tòa án thường trực công lý quốc tế. Qui chế của Tòa án công lý quốc tế kèm theo Hiến chương này là một bộ phận cấu thành của Hiến chương”*

<sup>4</sup> Tòa án có trụ sở cố định, có quy chế, điều lệ, nội quy của Tòa án. Các thẩm phán của Tòa án được bầu và làm việc theo nhiệm kỳ.

<sup>5</sup> ICJ có chung trụ sở với Tòa trọng tài thường trực La Haye (Permanent Court of Arbitration), được thành lập năm 1899 tại Hội nghị Hòa bình La Haye đầu tiên khi các công ước La Haye 1899 và 1907 được ký kết và có hiệu lực.

<sup>6</sup> The Hague tiếng Anh và La Haye tiếng Pháp.

<sup>7</sup> Điều 3 Quy chế của ICJ.

<sup>8</sup> Số lượng thẩm phán của ICJ được phân bổ để bảo đảm có đại diện của các nền văn minh chủ yếu và các hệ thống pháp luật cơ bản (Điều 9 Quy chế). Theo đó, châu Phi có 3 thẩm phán, châu Á có 3 thẩm phán, châu Mỹ Latinh có 2 thẩm phán, Tây Âu và các nước khác có 5 thẩm phán, Đông Âu có 2 thẩm phán.

ký Liên hợp quốc), 01 Phó chánh thư ký và các nhân viên thư ký.

*Chức năng của ICJ:* Theo quy định của Hiến chương Liên hợp quốc và Quy chế của ICJ, ICJ có hai thẩm quyền cơ bản là giải quyết mọi tranh chấp phát sinh giữa các quốc gia<sup>9</sup> nếu các quốc gia là các bên tranh chấp đồng ý chấp nhận thẩm quyền của ICJ<sup>10</sup> và thẩm quyền tư vấn pháp luật cho Đại hội đồng, Hội đồng bảo an, các cơ quan khác của Liên hợp quốc và các cơ quan chuyên môn của Liên hợp quốc khi được yêu cầu. Ngoài ra, trong quá trình giải quyết

tranh chấp, ICJ còn có thẩm quyền áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời<sup>11</sup>.

Cần lưu ý rằng, các quốc gia thành viên của Liên hợp quốc đương nhiên là thành viên của Quy chế ICJ. Bởi lẽ, theo quy định tại Điều 92 của Hiến chương Liên hợp quốc thì “Quy chế của ICJ là một phần không thể tách rời của Hiến chương Liên hợp quốc”. Do vậy, đã là thành viên của Liên hợp quốc thì đương nhiên quốc gia đó phải là thành viên của Hiến chương Liên hợp quốc, trong đó có Quy chế của ICJ<sup>12</sup>. Tuy nhiên, các quốc gia không phải là thành viên của Liên hợp quốc, không tham gia Quy chế của ICJ cũng có thể trở thành đương sự tại ICJ theo những điều kiện do Hội đồng bảo an quy định trong Nghị quyết ngày 15/10/1946. Theo đó, các quốc gia này phải chính thức tuyên bố chấp nhận những phán quyết của ICJ nói chung, hoặc đối với từng tranh chấp

<sup>9</sup> Điều 1 Quy chế Tòa án công lý quốc tế.

<sup>10</sup> Điều 96 Hiến chương Liên hợp quốc. Sự đồng ý chấp nhận thẩm quyền của ICJ của tất cả các bên tranh chấp là cơ sở pháp lý duy nhất để ICJ có thể xác lập thẩm quyền của mình đối với một tranh chấp cụ thể. Theo quy định từ khoản 1 đến khoản 5 Điều 36 của Quy chế ICJ, các quốc gia là các bên tranh chấp có thể thể hiện việc đồng ý của mình bằng 03 phương thức sau đây:

(i) Chấp nhận thẩm quyền của ICJ bằng việc tham gia vào điều ước quốc tế có quy định phải chấp nhận thẩm quyền của tòa. Xem danh sách các điều ước quốc tế có quy định nội dung này tại địa chỉ website của ICJ: <http://www.icj-cij.org/en/treaties>.

(ii) Tại bất kỳ thời điểm nào, các quốc gia có thể đưa ra tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của tòa (Các quốc gia có thể chấp nhận với phạm vi không giới hạn, vô điều kiện hoặc có thể chấp nhận với điều kiện một hay một số quốc gia nhất định cũng chấp nhận có đi có lại như thế, hoặc giới hạn về nội dung tranh chấp, quốc gia tranh chấp hoặc thời hạn chấp nhận). Cho đến nay đã có 73 nước, trong đó khu vực Đông Nam Á có Campuchia, Philippines và Đông Timor đã ra tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của ICJ. Xem danh sách các nước đã tuyên bố tại địa chỉ website của ICJ: <http://www.icj-cij.org/en/declarations>.

(iii) Các quốc gia ký kết *thỏa thuận đặc biệt* (special agreement) để chấp nhận thẩm quyền của ICJ đối với một tranh chấp cụ thể sau khi tranh chấp phát sinh. Ngoài ra, trong một số trường hợp đặc biệt, sự đồng ý chấp nhận thẩm quyền của ICJ cũng có thể được đưa ra sau khi một bên tuyên bố khởi kiện và được bên kia chấp nhận, trường hợp *forum prorogatum*. Xem định nghĩa về *forum prorogatum* tại: <https://definitions.uslegal.com/p/prorogated-jurisdiction/>.

<sup>11</sup> Thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của ICJ được quy định ở Điều 41 Quy chế ICJ. Theo đó, ICJ sẽ có quyền đưa ra, nếu hoàn cảnh yêu cầu, bất kỳ biện pháp khẩn cấp tạm thời nào nhằm bảo đảm quyền của bất kỳ bên nào trong tranh chấp. Tất cả các bên tranh chấp đều có quyền yêu cầu tòa áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Để có thể ra lệnh áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, cần thỏa mãn các điều kiện: Tòa có thẩm quyền *prima facie* đối với vụ việc; quyền mà bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo đảm phải ít nhất có cơ sở (at least plausible); có mối liên hệ giữa quyền đó và biện pháp khẩn cấp tạm thời cụ thể được yêu cầu áp dụng; thực sự có nguy cơ gây tổn hại không thể khắc phục đối với quyền của bên yêu cầu (risk of irreparable prejudice), và tình huống có tính khẩn cấp (urgency).

<sup>12</sup> Theo quy định tại Điều 2 của Công ước Vienna về Luật Điều ước quốc tế năm 1969 (Việt Nam là thành viên năm 2001):

“1. Theo mục đích của Công ước này

a) Thuật ngữ “*điều ước*” dùng để chỉ một thỏa thuận quốc tế được ký kết bằng văn bản giữa các quốc gia và được pháp luật quốc tế điều chỉnh, **đù được ghi nhận trong một văn kiện duy nhất hoặc trong hai hay nhiều văn kiện có quan hệ với nhau** và với bất kể tên gọi riêng của nó là gì”.

cụ thể. Trên thực tế, Cộng hòa Liên bang Thụy Sĩ đã tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của ICJ từ năm 1948 trước khi gia nhập Liên hợp quốc vào ngày 10/9/2002; Cộng hòa Liechtensten tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của ICJ từ năm 1950 trước khi gia nhập Liên hợp quốc vào ngày 18/9/1990 và Cộng hòa San Marino cũng đã tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của ICJ năm 1954 trước khi gia nhập Liên hợp quốc vào ngày 2/3/1992.

## 2. Cơ sở pháp lý, chủ thể và nội dung yêu cầu tư vấn

*Cơ sở pháp lý về thẩm quyền tư vấn của ICJ:* Thẩm quyền tư vấn của ICJ được thực hiện theo quy định tại Chương XIV Điều 96 Hiến chương Liên hợp quốc và được cụ thể hoá tại Chương IV (từ Điều 65 đến Điều 68) Quy chế ICJ năm 1945; khoản 1 Điều 9, khoản 1 (điểm b, h, i) Điều 26 và phần IV (từ Điều 102 đến Điều 109) Bộ Quy tắc của ICJ năm 1978; Mục 1 phần XII của Hướng dẫn thực tiễn ngày 20/01/2009 (được sửa đổi, bổ sung ngày 21/3/2013). Về bản chất, hoạt động tư vấn của Tòa ICJ là một thủ tục có vai trò quan trọng nhằm giải đáp, làm sáng tỏ các vấn đề pháp lý mà các cơ quan, tổ chức có quyền yêu cầu tư vấn gặp phải trong khi thực hiện thẩm quyền của mình<sup>13</sup>. Tư vấn pháp luật quốc tế là thẩm quyền đặc biệt và riêng có của các toà án thường trực (ICJ và ITLOS - Toà án quốc tế về Luật Biển được thành lập theo Phụ VI Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982), còn các toà trọng tài vụ việc (ad hoc) không có thẩm quyền này.

*Chủ thể yêu cầu ICJ tư vấn:* Theo quy định tại Điều 96 của Hiến chương Liên hợp

quốc<sup>14</sup>, chủ thể có quyền yêu cầu ICJ cho ý kiến tư vấn bao gồm: Các cơ quan của bộ máy Liên hợp quốc là Đại hội đồng, Hội đồng bảo an, Hội đồng kinh tế, xã hội, Hội đồng quản thác<sup>15</sup>, Ban thư ký và 16 cơ quan chuyên môn của Liên hợp quốc<sup>16</sup>. Tuy

<sup>14</sup> Điều 96 Hiến chương Liên hợp quốc 1945 quy định: “1. Đại hội đồng hay Hội đồng bảo an có thể hỏi ý kiến của Tòa án công lý quốc tế về mọi vấn đề pháp lý. Ý kiến của Tòa án công lý quốc tế không có tính cách ràng buộc Đại hội đồng hay Hội đồng bảo an. 2. Tất cả các cơ quan khác của Liên hợp quốc và các tổ chức chuyên môn, trong một lúc nào đó, được Đại hội đồng cho phép cũng có quyền hỏi ý kiến Tòa án công lý quốc tế về những vấn đề pháp lý có thể đặt ra trong phạm vi hoạt động của họ. Ý kiến ấy cũng không ràng buộc các cơ quan và tổ chức đó”.

<sup>15</sup> Hội đồng quản thác của Liên hợp quốc (tiếng Anh: *United Nations Trusteeship Council*; tiếng Pháp: *Le Conseil de tutelle des Nations unies*) từng là một trong những cơ quan chính của Liên hợp quốc, được thành lập nhằm đảm bảo những lãnh thổ ủy thác được quản lý với những lợi ích tốt nhất dành cho cư dân nơi đó, cũng như an ninh và hòa bình quốc tế. Các lãnh thổ ủy thác này (phần lớn trong số chúng là các lãnh thổ ủy trị cũ của Hội Quốc liên hoặc các vùng lãnh thổ tách ra từ những nước bại trận trong thế chiến thứ hai ngày nay đều đã giành được quyền tự trị hoặc nền độc lập. Chúng hoặc trở thành những quốc gia riêng biệt hoặc sáp nhập vào những quốc gia độc lập xung quanh.

<sup>16</sup> Liên hợp quốc có 16 cơ quan chuyên môn gồm: WHO (World Health Organization): Tổ chức y tế thế giới; FAO (Food and Agriculture Organization): Tổ chức lương thực và nông nghiệp; IAEA (International Atomic Energy Agency): Cơ quan năng lượng nguyên tử quốc tế; ICAO (International Civil Aviation Organization): Tổ chức hàng không dân dụng quốc tế; IFAD (International Fund for Agricultural Development): Quỹ phát triển nông nghiệp quốc tế; ILO (International Labour Organization): Tổ chức lao động quốc tế; IMO (International Maritime Organization): Tổ chức hàng hải quốc tế; ITU (International Telecommunication Union): Liên đoàn viễn thông quốc tế; UNESCO (United Nations Education, Scientific and Cultural Organization): Tổ chức giáo dục, khoa học và văn hóa Liên hợp quốc; UNIDO (United Nations Industrial Development Organization): Tổ chức phát triển công nghiệp; UPU (Universal Postal Union): Liên minh bưu chính thế giới; WB (World Bank):

<sup>13</sup> Xem: International Court of Justice (2017), “*Advisory opinions*”, [http:// www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction](http://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction), truy cập ngày 6/8/2017.

nhiên, Hội đồng quản thác đã chấm dứt hoạt động sau khi Palau, một phần của lãnh thổ ủy thác ở Thái Bình Dương, trở thành thành viên Liên hợp quốc vào tháng 12/1994. Do vậy, hiện nay, trên thực tế, Liên hợp quốc chỉ có 05 cơ quan là Đại hội đồng, Hội đồng bảo an, Hội đồng kinh tế, xã hội, Ban thư ký và ICJ. Như vậy, theo quy định tại Điều 96 của Hiến chương Liên hợp quốc, các quốc gia không có quyền yêu cầu ICJ tư vấn. Trên thực tế, sau sự kiện Nghị viện của vùng lãnh thổ Kosovo ra tuyên bố độc lập ngày 17/02/2008, Cộng hòa Serbia đã phản đối và khiếu nại lên Đại hội đồng Liên hợp quốc. Ngày 08/10/2008, Đại hội đồng Liên hợp quốc đã yêu cầu ICJ cho kết luận tư vấn về tính hợp pháp trong tuyên bố độc lập của Kosovo. Ngày 22/7/2010, ICJ đã ra kết luận tư vấn<sup>17</sup> cho rằng, tuyên bố độc lập của Kosovo không vi phạm các nguyên tắc chung của luật pháp quốc tế và cũng không vi phạm Nghị quyết 1244<sup>18</sup>, vốn không xác

Ngân hàng thế giới; WIPO (World Intellectual Properties Organization): Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới; WMO (World Meteorological Organization): Tổ chức khí tượng thế giới; UNWTO (United Nations World Tourism Organization): Tổ chức du lịch thế giới Liên hợp quốc; IMF (International Monetary Fund): Quỹ tiền tệ quốc tế. Ngoài ra, Liên hợp quốc còn rất nhiều cơ quan, chương trình, tổ chức quan trọng khác như: UNICEF (United Nations Children's Fund): Quỹ nhi đồng Liên hợp quốc; UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees): Cao ủy Liên hợp quốc về người tị nạn; UNDP (United Nations Development Programme): Chương trình phát triển của Liên hợp quốc...

<sup>17</sup> Xem toàn văn bản kết luận tư vấn này của ICJ tại địa chỉ website: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/15634.pdf>.

<sup>18</sup> Xem toàn văn Nghị quyết 1244 ngày 10/6/1999 tại địa chỉ website của Liên hợp quốc: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElementICJ>. Theo Nghị quyết 1244 thì Kosovo có quyền tự trị trong Liên bang Nam Tư và sự toàn vẹn lãnh thổ của Nam Tư, mà thực thể kế thừa hợp pháp là Cộng hòa Serbia được bảo đảm.

định tình trạng cuối cùng của Kosovo. Từ vụ việc này cho thấy, nếu muốn ICJ tư vấn thì các quốc gia phải gửi câu hỏi cho Đại hội đồng để cơ quan này yêu cầu ICJ tư vấn.

*Vấn đề yêu cầu tư vấn:* Theo quy định của Hiến chương Liên hợp quốc và Quy chế ICJ, các nội dung mà các cơ quan, tổ chức có thể yêu cầu ICJ tư vấn phải là một vấn đề mang tính pháp lý, phải được thể hiện bằng các thuật ngữ pháp lý liên quan đến luật quốc tế. Đồng thời, việc trả lời các câu hỏi tư vấn cũng phải dựa trên nền tảng của luật pháp quốc tế. Tuy nhiên, nếu Đại hội đồng và Hội đồng bảo an có quyền yêu cầu ICJ tư vấn về “bất kỳ vấn đề pháp lý nào” thì yêu cầu tư vấn của Hội đồng kinh tế, xã hội, Ban thư ký Liên hợp quốc và các cơ quan chuyên môn của Liên hợp quốc phải thỏa mãn hai điều kiện tiên quyết: (i) Được Đại hội đồng cho phép và (ii) Câu hỏi phải nằm trong phạm vi hoạt động của cơ quan, tổ chức đó. Bởi vì, các cơ quan, tổ chức này yêu cầu ICJ tư vấn là nhằm mục đích hiểu rõ hơn, chính xác hơn vấn đề mà các cơ quan, tổ chức này đang xử lý, giải quyết nhưng gặp phải những khó khăn, vướng mắc về lĩnh vực pháp lý. Chính vì vậy, ICJ có thể từ chối cho ý kiến tư vấn khi có lý do chính (compelling reasons) để cho rằng, cơ quan, tổ chức đó không có quyền yêu cầu ICJ tư vấn hoặc vấn đề cần tư vấn không thuộc phạm vi, thẩm quyền hoạt động của cơ quan, tổ chức yêu cầu. Trên thực tế, năm 1996, Tổ chức Y tế thế giới (WHO) đã yêu cầu ICJ tư vấn một vấn đề liên quan đến “tính hợp pháp của việc sử dụng vũ khí hạt nhân trong xung đột vũ trang”. Tuy nhiên, ICJ đã từ chối đưa ra ý kiến tư vấn với lý do câu hỏi này không “nằm trong phạm vi hoạt động” của WHO theo quy định tại khoản 2

Điều 96 Hiến chương Liên hợp quốc<sup>19</sup>. Tóm lại, theo quy định tại Điều 96 của Hiến chương Liên hợp quốc, ICJ sẽ chấp nhận cho ý kiến tư vấn nếu hội đủ 02 điều kiện tiên quyết: (i) Cơ quan, tổ chức đó có quyền yêu cầu ICJ cho ý kiến tư vấn và (ii) Câu hỏi yêu cầu ICJ tư vấn phải là một vấn đề mang tính pháp lý.

### 3. Thủ tục tư vấn của Tòa án công lý quốc tế

Dựa trên cơ sở pháp lý được quy định từ Điều 65 đến Điều 68 của Quy chế ICJ và thực tiễn tư vấn của ICJ, có thể khái quát việc ICJ thực hiện thẩm quyền tư vấn theo 03 bước sau đây:

**Bước 1:** *Cơ quan, tổ chức yêu cầu gửi yêu cầu và hồ sơ, tài liệu liên quan đến vấn đề tư vấn cho ICJ*

Theo quy định tại khoản 2 Điều 65 Quy chế ICJ, các cơ quan, tổ chức yêu cầu tư vấn phải gửi câu hỏi bằng văn bản và các hồ sơ, tài liệu liên quan đến vấn đề tư vấn cho ICJ. Ví dụ, năm 1975, Đại hội đồng yêu cầu ICJ tư vấn về vấn đề liên quan đến quy chế pháp lý của vùng lãnh thổ Tây Sahara, văn bản, hồ sơ, tài liệu mà Đại hội đồng gửi cho ICJ bao gồm: Thư của Tổng ký Liên hợp quốc gửi cho Chánh án của ICJ và Nghị quyết số 3292 (XXIX) của Đại hội đồng Liên hợp quốc ngày 13/12/1974 yêu cầu ICJ tư vấn đối với câu hỏi “Tây Sahara (Rio de Oro et Sakiet El Hamra ) vào thời điểm chịu sự thuộc địa của Tây Ban Nha là lãnh thổ vô chủ hay không (terra nullius)?”.

**Bước 2:** *Thư ký ICJ thông báo cho các quốc gia, cơ quan tổ chức liên quan và tổng hợp các hồ sơ, tài liệu liên quan đến yêu cầu tư vấn (Thủ tục viết)*

Theo quy định tại Điều 66 của Quy chế ICJ, sau khi nhận được yêu cầu tư vấn, thư ký của ICJ sẽ thông báo cho tất cả các quốc gia có quyền tham gia. Ngoài ra, thư ký của ICJ sẽ gửi thông báo đặc biệt cho quốc gia bất kỳ nào có quyền tham dự và bất kỳ tổ chức quốc tế nào có thể (theo ý kiến của Chủ tịch, nếu ICJ không họp) cung cấp những tin tức về vấn đề cụ thể. Nếu quốc gia có quyền tham dự tại ICJ mà không nhận được thông báo đặc biệt, quốc gia đó có thể bày tỏ nguyện vọng được đệ trình bản báo cáo bằng văn bản hoặc được nghe ICJ thông qua quyết định về các vấn đề đó.

Các quốc gia và tổ chức quốc tế đã đệ trình báo cáo bằng văn bản hoặc bằng lời cho ICJ sẽ được thảo luận các báo cáo đó theo hình thức, giới hạn và trong thời hạn do ICJ hoặc Chủ tịch ICJ quyết định nếu như ICJ không họp. Trong thời hạn cần thiết, thư ký của ICJ phải thông báo, tất cả báo cáo bằng văn bản đó cho các quốc gia và tổ chức quốc tế đã gửi báo cáo tương tự<sup>20</sup>. Ví dụ, trong vụ tư vấn liên quan đến quy chế của lãnh thổ Tây Sahara năm 1975, sau khi thư ký ICJ thông báo, ICJ đã nhận được thư của Bộ trưởng Bộ Ngoại giao và Bộ trưởng Bộ Tư pháp của Cộng hòa Pháp; thư của Thứ trưởng Bộ Ngoại giao, phụ trách đối ngoại của Panama; thư của Tổng thư ký của Bộ trưởng Bộ Ngoại giao Nicaragua; thư của Đại sứ đặc mệnh toàn quyền Chi Lê tại Hà Lan... và nhiều văn thư ngoại giao khác, đặc biệt là Tuyên bố của Chính phủ Tây Ban Nha, quốc gia có liên quan trực tiếp đến quy chế pháp lý của vùng lãnh thổ Tây Sahara<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Xem khoản 2, 3, 4 Điều 66 Quy chế ICJ.

<sup>21</sup> Xem thêm các tài liệu này tại địa chỉ website của ICJ: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/9466.pdf>.

<sup>19</sup> Xem thêm: *Vụ Tây Sahara*, Ý kiến tư vấn của Tòa ICJ năm 1975, đoạn 32 – 33 tại địa chỉ website của ICJ: <http://www.icj-cij.org/fr/affaire/61>.

**Bước 3: Ra kết luận tư vấn**

Theo quy định tại Điều 67 của Quy chế ICJ, ICJ sẽ ra kết luận tư vấn trong phiên họp công khai đã được báo trước cho Tổng thư ký và đại diện của các thành viên Liên hợp quốc có liên quan cũng như đại diện của các quốc gia và tổ chức quốc tế khác. Phiên họp này diễn ra tại trụ sở của ICJ tại La Haye dưới sự chủ trì của Chủ tịch ICJ.

Về nội dung, kết luận tư vấn sẽ tổng kết lại lịch sử của quá trình tư vấn; nêu, phân tích, đánh giá, bình luận nội dung của các văn bản, hồ sơ, tài liệu, tuyên bố của cơ quan, tổ chức quốc tế và các quốc gia liên quan đến vấn đề tư vấn. Đồng thời, ICJ sẽ viện dẫn, phân tích các quy định của luật quốc tế và các phán quyết liên quan đến vụ việc, câu hỏi yêu cầu tư vấn để làm sáng tỏ các nội dung tư vấn.

Về hình thức, kết luận tư vấn sẽ ghi rõ quan điểm, lập luận, ý kiến chung của ICJ và quan điểm, lập luận, ý kiến riêng của các thẩm phán tham gia vào quá trình tư vấn.

**4. Phân biệt thẩm quyền tư vấn với thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Tòa án công lý quốc tế**

Như đã phân tích ở trên, ICJ có hai thẩm quyền cơ bản là giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia và cho ý kiến tư vấn. Tuy nhiên, hai thẩm quyền này của ICJ có những điểm khác biệt sau đây:

(i) Về cơ sở pháp lý, nếu thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ICJ được quy định tại Điều 36 thì thẩm quyền tư vấn được quy định tại Điều 65 của Quy chế ICJ;

(ii) Về chủ thể yêu cầu giải quyết tranh chấp và tư vấn, nếu các quốc gia là các bên tranh chấp mới có thể yêu cầu ICJ giải quyết tranh chấp thì chủ thể có quyền yêu cầu ICJ tư vấn gồm Đại hội đồng, Hội đồng bảo an (về mọi vấn đề pháp lý), các cơ quan

khác của Liên hợp quốc và các cơ quan chuyên môn của Liên hợp quốc (về vấn đề pháp lý liên quan đến phạm vi chức năng hoạt động của mình và khi được Đại hội đồng Liên hợp quốc cho phép);

(iii) Về mục đích của giải quyết tranh chấp và tư vấn, nếu giải quyết tranh chấp nhằm giúp các bên tranh chấp hoá giải xung đột, qua đó bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các bên tranh chấp thì tư vấn lại nhằm làm sáng tỏ các quy định cụ thể của luật quốc tế, giúp các cơ quan, tổ chức yêu cầu tư vấn và các chủ thể khác của luật quốc tế hiểu rõ hơn, vận dụng đúng đắn hơn pháp luật quốc tế vào các mối quan hệ cụ thể;

(iv) Về thủ tục giải quyết tranh chấp và tư vấn, nếu giải quyết tranh chấp được thực hiện theo tiến trình tố tụng tư pháp, thời gian dài, thông qua các phiên toà thì tư vấn được thực hiện theo tiến trình mang tính hành chính, chuyên môn và nhanh chóng, đơn giản hơn thông qua các phiên họp;

(v) Về kết quả và giá trị pháp lý của giải quyết tranh chấp và tư vấn, nếu kết quả của giải quyết tranh chấp là các phán quyết, có giá trị chung thẩm, bắt buộc các bên tranh chấp phải tuân thủ, thực hiện thì kết quả của tư vấn lại là các kết luận tư vấn, có tính khuyến nghị, tham khảo, không có giá trị pháp lý bắt buộc chủ thể yêu cầu tư vấn phải tuân thủ, thực hiện.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp, không dễ để phân định rõ ranh giới giữa hai thẩm quyền này của ICJ. Đặc biệt là khi các cơ quan, tổ chức có quyền yêu cầu ICJ cho ý kiến tư vấn về một vấn đề pháp lý liên quan đến một tranh chấp cụ thể phát sinh giữa các quốc gia hoặc các chủ thể khác của luật quốc tế. Trong trường hợp này, nếu một bên tranh chấp yêu cầu và ICJ cho ý kiến tư vấn thì có thể sẽ bị bên tranh chấp kia phản ứng và

chống lại kết quả tư vấn đó. Bởi lẽ, khi vấn đề tranh chấp chưa được các bên giải quyết mà ICJ ra kết luận tư vấn bảo vệ hay ủng hộ quan điểm của một bên tranh chấp thì liệu có thể hiểu rằng, ICJ đã giải quyết tranh chấp đó hay chưa. Mặt khác, nếu trường hợp này xảy ra thì việc ICJ thực hiện thẩm quyền tư vấn có đồng nghĩa với việc ICJ đã “tự xác lập thẩm quyền” hay “tự trao cho mình” thẩm quyền giải quyết tranh chấp khi không được các bên tranh chấp đồng thuận yêu cầu hay không<sup>22</sup>. Và khi đó, dù cho kết luận tư vấn của ICJ không có giá trị pháp lý ràng buộc các bên tranh chấp phải tuân thủ thực hiện, nhưng lại góp phần bảo vệ quan điểm, quyền và lợi ích cho một bên tranh chấp. Đây là một vấn đề phát sinh trong thực tiễn, đặc biệt quan trọng và nhạy cảm về phương diện pháp lý quốc tế. Bởi lẽ, theo quy định của Hiến chương Liên hợp quốc và Quy chế của ICJ thì ICJ không có thẩm quyền đương nhiên để giải quyết tranh chấp và tư vấn nếu không được các quốc gia và các cơ quan, tổ chức được trù định tại Điều 96 Hiến chương Liên hợp quốc yêu cầu.

Thực tiễn này được minh chứng thông qua Kết luận tư vấn của ICJ về “*tình hợp pháp của việc xây dựng bức tường trên lãnh thổ chiếm đóng Palestine năm 2004*”<sup>23</sup> do Đại hội đồng Liên hợp quốc yêu cầu. Trong Kết luận tư vấn về vụ việc này, ICJ đã cho rằng mình có thẩm quyền cho ý kiến tư vấn đối với câu hỏi của Đại hội đồng Liên hợp quốc yêu cầu. Tuy nhiên, quyết định này của ICJ nhận phải sự phản ứng quyết liệt của Israel khi cho rằng, nội dung câu hỏi mà

Đại hội đồng đưa ra liên quan đến tranh chấp giữa Israel và Palestine và nước này không chấp nhận thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ICJ. Mặt khác, theo quan điểm của Israel, thì nội dung câu hỏi yêu cầu tư vấn chính lại liên quan đến nhiều tranh chấp, xung đột giữa Israel và Palesstine như khủng bố, an ninh, biên giới, các khu định cư, thành phố cổ Jerusalem,... Để bảo vệ và chứng minh cho quan điểm của mình, Israel đã đưa ra lập luận dựa trên án lệ là ý kiến tư vấn của PCIJ về “*Quy chế của vùng Đông Carelia*” năm 1923. Theo đó, PCIJ đã từ chối cho ý kiến tư vấn vì “*Câu hỏi liên quan trực tiếp đến điểm chính của tranh cãi giữa Phần Lan và Nga, và chỉ có thể giải quyết bằng việc điều tra chứng cứ liên quan đến vụ việc. Trả lời câu hỏi này sẽ thực chất tương đương với giải quyết tranh chấp giữa các bên*” và tòa có thể trả lời câu hỏi nếu Nga đồng ý, hợp tác để thu thập chứng cứ cho tòa. Tuy nhiên, ICJ đã bác bỏ lập luận này của Israel và dẫn chiếu đến Kết luận ICJ đã tư vấn trong vụ giải thích Hiệp ước Hòa bình giữa Bulgaria, Hungaria và Rumania năm 1950 và vụ Tây Sahara năm 1975. Theo đó, ICJ cho rằng, ý kiến tư vấn không có hiệu lực ràng buộc như phán quyết giải quyết tranh chấp; ý kiến tư vấn không phải đưa ra cho các quốc gia mà dành cho các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền để định hướng hoạt động của mình phù hợp với thẩm quyền của các cơ quan, tổ chức đó; và tranh cãi pháp lý nêu trong câu hỏi phát sinh trong hoạt động của Đại hội đồng và liên quan đến các vấn đề mà Đại hội đồng đang xử lý, không phát sinh độc lập thuần túy trong quan hệ song phương giữa hai nước.

Tuy nhiên, ICJ cũng nhận định cho rằng, ICJ có thể từ chối cho ý kiến tư vấn nếu quốc gia liên quan không đồng ý ICJ

<sup>22</sup> Xem lại các phương thức xác lập thẩm quyền của ICJ tại footnote số 10.

<sup>23</sup> Xem tư vấn ý kiến tư vấn của ICJ năm 2004 về vụ việc này tại địa chỉ website <http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-FR.pdf>.

xem xét dẫn đến việc đưa ra ý kiến tư vấn đi ngược lại bản chất tư pháp của ICJ và vai trò là cơ quan tư pháp chính của Liên hợp quốc theo quy định tại Điều 92 Hiến chương. Việc đưa ra ý kiến tư vấn sẽ có tác động, vi phạm vào nguyên tắc một quốc gia không bị buộc phải đưa tranh chấp của mình đệ trình lên các cơ quan tài phán quốc tế. Do vậy, nếu từ chối đưa ra ý kiến thì việc từ chối này không phải dựa trên cơ sở do ICJ không có thẩm quyền mà dựa trên việc xem xét về tính hợp lý tư pháp (judicial propriety). Quan điểm này của ICJ tiếp tục được khẳng định lại trong ý kiến tư vấn của ICJ về vụ “Tính hợp pháp của tuyên bố độc lập đơn phương của Kosovo” năm 2010<sup>24</sup>.

Trong lịch sử hình thành và phát triển từ năm 1945 đến nay, ICJ đã một lần từ chối tư vấn cho WHO với lý do, câu hỏi “*về tính hợp pháp của việc sử dụng vũ khí hạt nhân trong các cuộc xung đột vũ trang*” không thuộc phạm vi hoạt động của WHO, chứ không phải là ICJ không có thẩm quyền tư vấn về vấn đề này. Trong kết luận tư vấn của ICJ về vụ việc của Israel, ICJ cũng đã kết luận rõ ràng và trực tiếp rằng, việc Israel xây dựng bức tường trên lãnh thổ chiếm đóng Palestine là trái với luật pháp quốc tế, nước này có nghĩa vụ phải chấm dứt ngay các vi phạm và khắc phục mọi thiệt hại gây ra. Rõ ràng ICJ đã chỉ ra rằng, dù một ý kiến tư vấn không có hiệu lực ràng buộc về việc ai đúng ai sai trong một khía cạnh của toàn bộ vụ tranh chấp. Chính vì vậy, nếu chỉ lập luận đơn thuần rằng, việc đưa ra ý kiến tư vấn sẽ gián tiếp hoặc trực tiếp xác định rõ bên nào đúng bên nào sai trong tranh chấp hoặc trong một hay một vài khía cạnh khác

của tranh chấp, mà không đủ sức thuyết phục thì ICJ sẽ từ chối đưa ra ý kiến tư vấn.

Tóm lại, từ các án lệ và ý kiến tư vấn của ICJ có thể thấy rằng, ranh giới giữa thẩm quyền giải quyết tranh chấp và tư vấn là có, nhưng không phải lúc nào cũng rõ ràng. Câu hỏi xin ý kiến tư vấn có thể liên quan đến một tranh chấp giữa các quốc gia, có thể liên quan đến việc xác định bên nào đúng bên nào sai theo quy định của luật pháp quốc tế. Khi ICJ đã xác định rằng, ICJ có thẩm quyền thì câu hỏi chỉ có thể bị từ chối nếu có lý do xác đáng; cụ thể là, việc cho ý kiến tư vấn đi ngược lại bản chất tư pháp hay tính hợp lý tư pháp của ICJ. Từ các án lệ và ý kiến tư vấn của ICJ, gần như không có bất kỳ lý do xác đáng nào để từ chối khi ICJ đã xác định có thẩm quyền. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là việc vận dụng thủ tục xin ý kiến tư vấn để làm rõ một khía cạnh pháp lý của một tranh chấp giữa các quốc gia luôn thực hiện được. Cách tiếp cận và lập luận của ICJ trong các án lệ của mình có tính hợp lý nhất định, nhưng vẫn chưa thực sự loại bỏ được nghi ngờ rằng, việc đưa ra ý kiến tư vấn trong đó kết luận một quốc gia cụ thể trong tranh chấp vi phạm nghĩa vụ quốc tế có thể đã vi phạm nguyên tắc dựa trên sự đồng ý của các bên để xác lập thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ICJ. Trong “Vụ bức tường”, rõ ràng ICJ đã de facto (trên thực tế) đưa ra kết luận giải quyết một khía cạnh pháp lý trong tranh chấp giữa Israel và Palestine<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Xem tư vấn ý kiến tư vấn của ICJ năm 2010 về vụ việc này tại địa chỉ website: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-FR.pdf>.

<sup>25</sup> Xem thêm: Nguyễn Hoàng Sa, “*Thẩm quyền tư vấn của Tòa án công lý quốc tế cho tranh chấp Biển Đông – Bài học từ thực tiễn tranh chấp chủ quyền quần đảo Chagos*”, tại địa chỉ website: [https://daisukybiendong.wordpress.com/2017/10/14/workin-g-paper-chuc-nang-tu-van-cua-toa-an-cong-ly-quoc-t-e-cho-tranh-chap-bien-dong-bai-hoc-tu-thuc-tien-tra-nh-chap-chu-quyen-quan-dao-chagos/#\\_ftn7](https://daisukybiendong.wordpress.com/2017/10/14/workin-g-paper-chuc-nang-tu-van-cua-toa-an-cong-ly-quoc-t-e-cho-tranh-chap-bien-dong-bai-hoc-tu-thuc-tien-tra-nh-chap-chu-quyen-quan-dao-chagos/#_ftn7).

### 5. Giá trị pháp lý của kết luận tư vấn

Mặc dù không có hiệu lực ràng buộc như phán quyết về việc giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia, nhưng ý kiến tư vấn của ICJ vẫn có giá trị thực tiễn đặc biệt quan trọng và trở thành một biện pháp ngoại giao, gìn giữ hòa bình cũng như đóng góp vào sự phát triển của luật quốc tế. Bởi lẽ, để có được một kết luận tư vấn, ICJ phải vận dụng, phân tích quan điểm của các quốc gia, các cơ quan, tổ chức quốc tế, các hồ sơ, tài liệu được các bên liên quan gửi đến cho ICJ; viện dẫn, phân tích, đánh giá, bình luận các quy định của pháp luật quốc tế để làm sáng tỏ vấn đề, câu hỏi tư vấn. Đồng thời, ICJ sẽ liên hệ với các phán quyết mà mình đã giải quyết tranh chấp trong thực tiễn để đưa được một kết luận tư vấn thuyết phục các bên liên quan. Chính vì vậy, các kết luận tư vấn của ICJ chính là sự tổng kết, đánh giá, phân tích cô đọng, thuyết phục, độ tin cậy về luật pháp quốc tế nên các cơ quan, tổ chức quốc tế và các quốc gia có liên quan sẽ hiểu và áp dụng luật pháp quốc tế hiệu quả hơn. Qua đó, tác động đến hiệu quả tuân thủ, thực thi pháp luật quốc tế của các chủ thể luật quốc tế tốt hơn, từ đó làm giảm xung đột, tranh chấp, góp phần bảo vệ, duy trì hòa bình và an ninh quốc tế.

Tính đến tháng 4/2018, ICJ đã cho ý kiến tư vấn đối với 24 vụ việc được các cơ quan, tổ chức yêu cầu. Trong đó, Đại hội đồng Liên hợp quốc là cơ quan yêu cầu nhiều nhất - 16 yêu cầu<sup>26</sup>; Hội đồng bảo an

Liên hợp quốc - 01 yêu cầu<sup>27</sup>; Hội đồng Kinh tế - Xã hội - 02 yêu cầu<sup>28</sup>; Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa Liên hợp quốc - 01 yêu cầu<sup>29</sup>; Tổ chức Y tế thế giới - 02 yêu cầu<sup>30</sup>; Quỹ quốc tế về Phát triển Nông nghiệp - 01 yêu cầu<sup>31</sup> và Tổ chức hàng hải quốc tế - 01 yêu cầu<sup>32</sup>.

---

chống tội diệt chủng; hiệu lực của bản án của Tòa án hành chính của Liên hợp quốc về tiền bồi thường thiệt hại; thủ tục bỏ phiếu áp dụng đối với các vấn đề báo cáo và kiến nghị trên lãnh thổ của Tây - Nam Phi; khả năng chấp nhận đơn kiện do Ủy ban Tây - Nam châu Phi; các chi phí của Liên hợp quốc được quy định tại khoản 2 Điều 17 của Hiến chương; Tây Sahara; áp dụng bắt buộc thủ tục trọng tài căn cứ vào phần 21 của thỏa thuận ngày 26/6/1947 liên quan đến trụ sở làm việc chính của Liên hợp quốc; tính pháp lý của việc đe dọa hoặc sử dụng vũ khí hạt nhân; hậu quả pháp lý của việc xây dựng bức tường trong lãnh thổ Palestine; tuyên bố độc lập đơn phương của Kosovo và hậu quả pháp lý của việc tách quần đảo Chagos từ Mauritius năm 1965.

<sup>27</sup> Hội đồng bảo an Liên hợp quốc đã có 01 yêu cầu tư vấn ý kiến ICJ về hậu quả pháp lý về sự tiếp tục có mặt của các nước tại Nam Namibia (Tây Nam châu Phi) mặc dù đã có Nghị quyết của Hội đồng bảo an số 276 (1970).

<sup>28</sup> Hội đồng kinh tế - xã hội đã có 01 yêu cầu tư vấn ý kiến của Tòa án công lý quốc tế trong trường hợp áp dụng phần 22 của Điều VI của Công ước về ưu đãi và miễn trừ của Liên hợp quốc và trong trường hợp tranh chấp liên quan đến sự miễn trừ của một báo cáo viên đặc biệt của Ủy ban nhân quyền.

<sup>29</sup> Hội đồng UNESCO đã có 01 yêu cầu Tòa án công lý tư vấn trong trường hợp của bản án của Tòa án hành chính của ILO chống lại UNESCO.

<sup>30</sup> Tổ chức y tế thế giới đã yêu cầu 03 ý kiến tư vấn của Tòa án Công lý giải thích Hiệp định ngày 25/3/1951 giữa WHO và Ai Cập; về tính hợp pháp của việc sử dụng vũ khí hạt nhân của các quốc gia trong xung đột vũ trang (yêu cầu này đã bị ICJ từ chối tư vấn).

<sup>31</sup> Quỹ quốc tế về phát triển nông nghiệp yêu cầu ICJ tư vấn liên quan đến Phán quyết 2887 của Tòa án hành chính của Tổ chức lao động quốc tế khi khiếu nại được đệ trình chống lại Quỹ Phát triển Nông nghiệp Quốc tế.

<sup>32</sup> Tổ chức hàng hải quốc tế 01 yêu cầu về thành phần của Ủy ban an toàn hàng hải của các tổ chức tư vấn hàng hải quốc tế.

---

<sup>26</sup> Đại hội đồng Liên hợp quốc đã yêu cầu ICJ tư vấn 16 trường hợp sau: Điều kiện gia nhập Liên hợp quốc của các quốc gia theo quy định tại Điều 4 Hiến chương Liên hợp quốc; khôi phục những thiệt hại đối với các cơ quan của Liên hợp quốc; giải thích hiệp ước hòa bình giữa Bungaria, Hungary và Rumania; thẩm quyền của Đại hội đồng trong việc một quốc gia gia nhập Liên hợp quốc; quy chế pháp lý quốc tế của Tây - Nam Phi; bảo lưu công ước về phòng

# ĐÁNH BẮT CÁ BẤT HỢP PHÁP, KHÔNG BÁO CÁO, KHÔNG TUÂN THỦ QUY ĐỊNH VÀ BIỆN PHÁP HẠN CHẾ THƯƠNG MẠI CỦA LIÊN MINH CHÂU ÂU

Nguyễn Thị Hồng Yến\*  
Mai Ngân Hà\*\*

**Tóm tắt:** Bài viết tập trung giới thiệu một số vấn đề chung về đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không tuân thủ quy định (IUU) và các biện pháp hạn chế thương mại của Liên minh châu Âu (EU) áp dụng đối với các quốc gia bị đánh giá là “thiếu tích cực trong phòng chống IUU”. Đồng thời nghiên cứu thực tiễn áp dụng thẻ của EU và kinh nghiệm vượt thẻ của một số quốc gia trên thế giới.

**Abstract:** The article focuses on general issues of illegal, unreported, unregulated fishing (IUU) and trade-restrictive measures of the European Union (EU) applicable to countries allegedly taking “over insufficient action in the fight against IUU”. In addition, it also studies the EU’s card-giving practice and experience for obtaining green card from other countries.

Kể từ năm 2012 đến nay, đã có hơn 20 quốc gia và vùng lãnh thổ bị EU tiến hành thủ tục áp thẻ vàng, thẻ đỏ đối với hoạt động đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo và không tuân thủ quy định (Illegal, unreported and unregulated fishing - viết tắt là IUU)<sup>1</sup>. Thực tiễn cho thấy, các quốc gia sau khi nhận thẻ vàng của EU có thể được hủy bỏ thẻ vàng, kéo dài thời hạn thẻ vàng, hoặc bị gán thẻ đỏ và đưa vào danh sách đen.

## 1. Đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không tuân thủ quy định và các biện pháp hạn chế thương mại của EU

1.1. IUU là những hành vi đánh bắt cá của tàu thuyền (bao gồm cả tàu thuyền nước ngoài và tàu thuyền treo cờ của quốc gia ven biển) chưa có sự cho phép hoặc đã cho phép nhưng không tuân thủ các quy định về đánh bắt của quốc gia ven biển, “đi ngược lại các nỗ lực nhằm bảo tồn và quản lý nguồn cá tại tất cả các vùng biển”<sup>2,3</sup>. IUU có thể xảy ra tại vùng biển thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán của quốc gia ven biển hoặc trong vùng biển thuộc thẩm quyền quản lý của các tổ chức

\* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

\*\* Viện Biển Đông, Học viện Ngoại giao.

Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài của Trường Đại học Luật Hà Nội: “Đánh bắt cá bất hợp pháp, không được báo cáo, không được kiểm soát (IUU Fishing) và những vấn đề đặt ra đối với Việt Nam”.

<sup>1</sup> Overview of Existing Procedures regarding Third Countries, [https://ec.europa.eu/fisheries/sites/fisheries/files/illegal-fishing-overview-of-existing-procedures-third-countries\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/fisheries/sites/fisheries/files/illegal-fishing-overview-of-existing-procedures-third-countries_en.pdf), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>2</sup> FAO (2001), *International Plan of action to prevent, deter and eliminate illegal, unreported, unregulated fishing*, <http://www.fao.org/DOCREP/003/y1224e/y1224e00.HTM>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>3</sup> Erik Jaap Molenaar (2003), *Participation, Allocation and Unregulated Fishing: The Practice of Regional Fisheries Management Organisations*, *The International Journal of Marine and Coastal Law* 457-480, tr. 460.

ngành cá khu vực (Regional fisheries management organisations - RFMO).

IUU lần đầu tiên được đưa ra thảo luận tại Ủy ban của Công ước về bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Nam Cực vào năm 1980<sup>4</sup>, sau đó tiếp tục được nhắc đến trong Nghị quyết số 55/7 của Đại hội đồng Liên hợp quốc ban hành năm 2001. Ngoài việc bày tỏ mối lo ngại của cộng đồng quốc tế về các tác hại nghiêm trọng mà IUU gây ra cho môi trường biển cũng như việc quản lý và bảo tồn tài nguyên sinh vật biển, Nghị quyết cũng kêu gọi các nước hợp tác thông qua một kế hoạch hành động quốc tế trong khuôn khổ Tổ chức Nông Lương thế giới (Food and Agriculture Organization - FAO) nhằm chống lại hành vi IUU<sup>5</sup>. Theo đề xuất đó, năm 2001, FAO đã ban hành Chương trình hành động quốc tế nhằm ngăn ngừa, phòng tránh và loại bỏ các hành vi đánh bắt cá bất hợp pháp, không được báo cáo và không được kiểm soát (International Plan of Action to Prevent, Deter, and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing - FAO-IPOA IUU), trong đó chính thức ghi nhận IUU là thuật ngữ được hợp thành bởi 3 hành vi gồm<sup>6</sup>:

- *Hành vi đánh bắt bất hợp pháp (illegal)* là các hoạt động: (i) Được thực hiện bởi tàu thuyền nước ngoài trong các

vùng biển thuộc chủ quyền hoặc quyền chủ quyền của một quốc gia mà không được quốc gia đó cho phép hoặc vi phạm các quy định pháp luật của quốc gia đó về vấn đề nghề cá; (ii) Được thực hiện bởi tàu thuyền mang cờ một quốc gia thành viên hoạt động đánh bắt thủy sản trái với quy định của tổ chức quản lý nghề cá khu vực đó về vấn đề bảo tồn và quản lý nguồn lợi thủy sản theo luật pháp quốc tế; hoặc (iii) Được thực hiện bởi tàu thuyền mang cờ một quốc gia là đối tác của một tổ chức quản lý nghề cá khu vực nhưng trái với quy định của tổ chức đó về vấn đề bảo tồn và quản lý nguồn lợi thủy sản theo luật pháp quốc tế.

- *Hành vi đánh bắt không được báo cáo (unreported)* là hoạt động đánh bắt: (i) Được thực hiện bởi tàu thuyền trong vùng biển thuộc chủ quyền hoặc quyền chủ quyền của một quốc gia khác nhưng không báo cáo hoặc báo cáo sai sự thật lên cơ quan có thẩm quyền của quốc gia đó; trái với các quy định của quốc gia đó; hoặc (ii) Được thực hiện bởi tàu thuyền đánh bắt thủy sản trong vùng biển của một tổ chức quản lý nghề cá khu vực nhưng không báo cáo hoặc báo cáo sai sự thật, trái với các quy định về thủ tục báo cáo của tổ chức đó.

- *Hành vi đánh bắt không được kiểm soát (unregulated)* là các hoạt động đánh bắt: (i) Xảy ra trong vùng biển thuộc sự quản lý của một tổ chức quản lý nghề cá khu vực và được thực hiện bởi tàu thuyền không có quốc tịch hoặc mang cờ của một quốc gia không phải thành viên của tổ chức quản lý nghề cá đó hoặc được thực hiện không phù hợp với các biện pháp về bảo tồn và quản lý tài nguyên của tổ chức nghề cá đó; hoặc (ii) Được thực hiện trái với các nghĩa vụ của các quốc gia về bảo tồn tài nguyên sinh vật biển theo luật quốc tế trong các vùng biển hoặc tại các ngư trường

<sup>4</sup> CCAMLR Commission, *Report of the Sixteenth Meeting of the Commission* (1997), <http://www.ccamlr.org/pu/E/pubs/cr/97/cc-xvi-all.pdf>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>5</sup> Oceans and the law of the sea, GA Res 55/7, UN GAOR, 55<sup>th</sup> sess, 44<sup>th</sup> plen mtg, Agenda item 34, UN Doc A/RES/55/7, đoạn 24, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/81/PDF/N0055981.pdf?OpenElement>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>6</sup> FAO (2001), *International Plan of action to prevent, deter and eliminate illegal, unreported, unregulated fishing*, <http://www.fao.org/DOCREP/003/y1224e/y1224e00.HTM>, truy cập ngày 3/11/2017.

không có quy định về biện pháp bảo tồn và quản lý tài nguyên.

Trên thực tế, IUU có những ảnh hưởng rất nghiêm trọng đến các quốc gia ở cả khía cạnh kinh tế, môi trường và việc thực thi quyền tài phán của quốc gia trên biển:

- *Đối với hệ sinh thái, tài nguyên:* IUU không chỉ phá vỡ nỗ lực của quốc gia và khu vực để bảo tồn và quản lý nguồn lợi thủy sản, mà còn vi phạm các quy tắc được thiết kế để bảo vệ môi trường biển và các nguồn tài nguyên khỏi những tác động có hại của hoạt động đánh bắt cá như: Các hạn chế về thu hoạch cá con, hạn chế dụng cụ được thiết lập để giảm thiểu chất thải và đánh bắt các loài không phải là mục tiêu hoặc gây hại cho hệ sinh thái, giới hạn đánh bắt, và cấm đánh bắt ở các khu vực đã biết...

- *Đối với sự phát triển kinh tế:* IUU đe dọa đến an ninh lương thực, tính bền vững, làm suy yếu các nỗ lực giảm đói nghèo và suy dinh dưỡng toàn cầu; đặc biệt ở các nước đang phát triển. IUU cũng ảnh hưởng đến sinh kế và góp phần làm tăng nguy cơ mâu thuẫn giữa các doanh nghiệp và ngư dân quy mô nhỏ.

- *Đối với việc thực thi quyền tài phán của các quốc gia:* IUU phá vỡ trật tự pháp lý quốc tế và quốc gia liên quan đến quyền đánh bắt và khai thác tài nguyên cá trong các vùng biển, đặc biệt là tại khu vực đặc quyền kinh tế của quốc gia ven biển. Dần dần, các hành vi này có thể làm giảm giá trị cũng như tính “khuôn phép” của các quy định pháp luật có liên quan. Các nghiên cứu gần đây cho thấy, trong khi cộng đồng quốc tế tập trung chủ yếu vào vùng biển quốc tế suốt hai thập kỷ qua, thì thực tế IUU lại đang diễn ra ở vùng đặc quyền kinh tế của các quốc gia ven biển do sự trù phú về các

đàn cá và khả năng giám sát hạn chế của các quốc gia đối với một vùng biển rộng lớn.

Trong tài liệu về IUU được công bố vào năm 2001, FAO cũng đưa ra rất nhiều biện pháp nhằm giảm thiểu và tiến đến ngăn chặn IUU phát sinh<sup>7</sup>. Các biện pháp này khá toàn diện và bao quát hầu hết các khía cạnh khác nhau như: (i) Khuyến khích các quốc gia sử dụng tốt hơn nữa các công cụ quốc tế để bảo vệ quyền lợi của mình như Công ước Luật Biển năm 1982 (UNCLOS), các thỏa thuận đánh bắt của FAO, các quy định về việc áp dụng các biện pháp thương mại của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO); (ii) Hoàn thiện hệ thống pháp luật quốc gia, đặc biệt xây dựng các luật và quy định nhằm kiểm soát và xử lý nghiêm IUU. Trong đó, đặc biệt lưu ý đến việc thiết lập hệ thống kiểm soát hoạt động đánh bắt trong các vùng biển; yêu cầu các tàu đánh bắt báo cáo về các hoạt động liên quan... Như vậy, IUU đang trở thành rào cản cho việc thực thi hiệu quả quyền tài phán của các quốc gia ven biển, trong bối cảnh các quy định của UNCLOS chưa đủ chi tiết về vấn đề này. Để giải quyết triệt để “hiện tượng” đó đòi hỏi các quốc gia có sự kết hợp đa dạng các biện pháp khác nhau, trong đó bao gồm cả việc sử dụng hiệu quả các công cụ pháp lý quốc tế và quốc gia; xây dựng và củng cố năng lực thực thi quyền tài phán của các quốc gia ven biển; đẩy mạnh hoạt động hợp tác, đối thoại quốc tế giữa các nước...

1.2. Được đánh giá là khu vực luôn đi đầu trong việc phòng chống các hoạt động IUU, trong những năm qua, EU đã nỗ lực không ngừng trong việc xây dựng và thi hành hệ thống các biện pháp kiểm soát đối với các hoạt động này. Từ năm 1993, Hội đồng EU đã ban hành một số quy định để

<sup>7</sup> Xem <http://www.fao.org/3/a-y1224e.pdf>, tr. 5-20.

thực thi Chính sách nghề cá chung như: Nghị quyết số 1093/94 ngày 6/5/1994 quy định điều kiện tàu cá của quốc gia thứ ba được dỡ hàng tại các cảng của quốc gia thuộc EU<sup>8</sup>; Nghị quyết số 1447/1999 ngày 24/6/1999 quy định biện pháp xử lý đối với việc vi phạm Chính sách nghề cá chung<sup>9</sup>; Nghị quyết số 2847/93 năm 2005 thiết lập hệ thống kiểm soát áp dụng đối với Chính sách nghề cá chung<sup>10</sup>... Các nghị quyết này quy định nghĩa vụ của các quốc gia thành viên EU trong việc đảm bảo thực thi các biện pháp về bảo tồn và quản lý đối với tất cả các tàu cá mang cờ của quốc gia mình hoạt động trong nội thủy, vùng nước của quốc gia thứ ba và tại vùng biển quốc tế.

Tiếp đó, EU đã thông qua Kế hoạch hành động vào năm 2002 theo tinh thần của FAO IPOA-IUU nhằm đối phó với vấn đề IUU<sup>11</sup>. Kế hoạch này bao gồm 15 biện pháp được chia thành các nhóm biện pháp tiến hành ở cấp độ Cộng đồng, cấp độ RFMOs, cấp độ quốc tế và các biện pháp được thực hiện với các quốc gia đang phát triển. Trong đó, bên cạnh việc đề ra một số biện pháp như: (i) Kiểm soát đối với công dân; (ii) Nhận diện và theo dõi tàu cá thực hiện IUU; (iii) Nhận diện và kiểm kê số lượng đánh bắt trái phép; (iv) Yêu cầu về giấy phép đánh bắt; (v) Tăng cường thu thập thông tin

tàu cá; (vi) Các quy định về hỗ trợ quốc gia đang phát triển kiểm soát IUU... Ngoài ra, thông qua kế hoạch này, EU cũng khuyến khích các quốc gia thành viên ban hành quy định pháp luật trong nước để thực hiện các biện pháp này.

Năm 2007, EU thông qua chiến lược chính thức về phòng chống IUU nhằm hoàn thiện Chính sách nghề cá chung trong việc kiểm soát các sản phẩm có nguồn gốc từ IUU thâm nhập vào thị trường EU<sup>12</sup>. Ngày 29/9/2008, trên cơ sở Chiến lược về phòng chống IUU và Chính sách nghề cá chung, Ủy ban châu Âu (EC) đã ban hành Quy định số 1005/2008 nhằm thực hiện chiến lược của EU về phòng chống IUU thông qua việc áp đặt các biện pháp thương mại chặt chẽ đối với tàu cá và các quốc gia ủng hộ IUU<sup>13</sup>. Quy định này chính thức có hiệu lực từ ngày 1/1/2010).

Chiến lược này đặc biệt nhấn mạnh đến quy trình áp dụng các biện pháp hạn chế tiếp cận thị trường EU đối với các sản phẩm thủy sản có nguồn gốc từ hoạt động IUU và các nước bị đánh giá là không có những biện pháp tích cực nhằm chống lại hành vi IUU. Theo quy trình, với các quốc gia thứ ba không thực hiện các biện pháp nhằm chống lại IUU, EU sẽ đưa ra các cảnh báo và khuyến nghị những nước này thực hiện

<sup>8</sup> Xem <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d4470893-f276-478f-922f-4e3f7cae2978>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>9</sup> Xem <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999R1447&from=EN>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>10</sup> Xem <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993R2847&from=en>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>11</sup> Xem Commission (EC) “*Community Action Plan for the Eradication of Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*”, 28 May 2002, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l66008>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>12</sup> Commission (EC) “*On the new strategy for the Community to prevent, deter, and eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*”, 17 October 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0601&from=en>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>13</sup> Quy định này được ban hành cũng nhằm sửa đổi Quy định (EEC) số 2847/93, (EC) số 1936/2001 và (EC) Số 601/2004 đã ban hành trước đó, đồng thời bãi bỏ Quy định (EC) số 1093/94 và (EC) số 1447/1999. Nguồn: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R1005&from=EN>, truy cập ngày 3/11/2017.

các biện pháp cần thiết để giải quyết vấn đề IUU. Sau khi xác định quốc gia có xuất khẩu thủy sản vào EU không đáp ứng được các yêu cầu trong chống khai thác IUU, EU sẽ ra quyết định cảnh báo chính thức (biện pháp thẻ vàng) trong thời gian 6 tháng. Sau khoảng thời gian này, nếu các quốc gia bị áp đặt thẻ vàng thực hiện đầy đủ các biện pháp khắc phục theo khuyến nghị của EU, EU sẽ gỡ thẻ vàng và cho phép sản phẩm thủy sản của các nước này được nhập khẩu bình thường vào thị trường EU. Trong trường hợp ngược lại, EU sẽ ban hành lệnh cấm nhập khẩu đối với các sản phẩm thủy sản, có giá trị sau ngày ban hành lệnh cấm (thẻ đỏ), đồng thời đưa quốc gia đó vào danh sách các nước thứ ba không hợp tác trong vấn đề chống IUU. Tuy nhiên, tương tự như biện pháp áp đặt thẻ vàng, thẻ đỏ cũng sẽ được EU gỡ bỏ nếu quốc gia mà tàu mang cờ thực hiện các biện pháp khắc phục tình trạng ngư dân tham gia hoạt động IUU và kết quả của các biện pháp khắc phục này được EU ghi nhận.

Trên cơ sở các quy định này, tháng 10/2012 EU lần đầu tiên đưa ra cảnh báo đối với tám nước là Belize, Cambodia, Fiji, Guinea, Panama, Sri Lanka, Togo và Vanuatu về khả năng bị đưa vào danh sách các nước thứ ba không hợp tác và khuyến nghị thực hiện các biện pháp cần thiết để giải quyết vấn đề IUU<sup>14</sup>. Tiếp đó, EU thông báo áp đặt thẻ vàng đối với sản phẩm thủy sản của các nước Belize, Campuchia, Guinea và Hàn Quốc vào năm 2013,

<sup>14</sup> European Commission, *Press Release: Commission warns third countries over insufficient action to fight illegal fishing*, 15 November 2012, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1215\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1215_en.htm), truy cập ngày 3/11/2017.

Philippines năm 2014, Thái Lan năm 2015<sup>15</sup>.

## 2. Kinh nghiệm khắc phục của một số quốc gia

### 2.1. Hàn Quốc

Hàn Quốc nhận thẻ vàng của EU vào tháng 11/2013 và hiện nay đã được gỡ thẻ vàng sau nhiều nỗ lực khắc phục tình trạng đánh bắt cá IUU. Hàn Quốc cũng là thành viên của nhiều điều ước quốc tế về đánh bắt cá và các RFMO. Tuy nhiên, Hàn Quốc bị nhiều quốc gia lên án vì không tiến hành các biện pháp ngăn chặn tình trạng đánh bắt IUU<sup>16</sup>. Cụ thể, Hàn Quốc đã cản trở không cho EU đưa các tàu cá của mình vào danh sách đen do đánh bắt cá quá mức, không xử phạt hiệu quả những hành vi đánh bắt cá quá mức của các tàu cá thuộc những tập đoàn lớn của nước mình<sup>17</sup>, không có các biện pháp đảm bảo tàu cá của mình có đầy đủ giấy phép khi hoạt động ở những vùng biển thuộc quyền tài phán của các quốc gia khác, đặc biệt là vùng biển Tây Phi, dẫn đến nhiều trường hợp tàu cá Hàn Quốc đánh bắt cá trái phép, làm giả giấy phép và các tài liệu cần thiết khi đánh bắt cá ở những vùng biển này...<sup>18</sup>

#### a) Lý do nhận thẻ vàng của EU

Ngày 26/11/2013, Hàn Quốc bị nhận thẻ vàng vì ba lý do: (i) Không thực thi các

<sup>15</sup> European Commission, *Press release: EU acts on illegal fishing: Yellow card issued to Thailand while South Korea & Philippines are cleared*, 21 April 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4806\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4806_en.htm), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>16</sup> “Greenpeace East Asia briefing: Korea distant water fisheries; IUU fishing and human rights abuse scandals and flag State responsibility”, tr. 4 – 7, <http://www.greenpeace.org/international/Global/international/briefings/oceans/2013/Korea-fisheries-scandal-briefing.pdf>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>17</sup> Như trên.

<sup>18</sup> Như trên.

nghĩa vụ của quốc gia mà tàu mang cờ theo luật quốc tế về thực hiện các biện pháp ngăn chặn và phòng chống hoạt động đánh bắt cá IUU của tàu thuyền mang cờ nước mình, (ii) Không thực thi nghĩa vụ của quốc gia mà tàu mang cờ theo luật quốc tế về các nỗ lực hợp tác và hành pháp, (iii) Không thực hiện nghĩa vụ theo luật quốc tế về các biện pháp quản lý và bảo tồn môi trường.

(i) *Về nghĩa vụ ngăn chặn và phòng chống hoạt động đánh bắt cá IUU:* Hàn Quốc đã không thực hiện thẩm quyền của nước mà tàu mang cờ trong khi tàu cá mang cờ Hàn Quốc thường xuyên tiến hành nhiều hoạt động đánh bắt cá IUU ở mức độ nghiêm trọng trên các vùng biển của quốc gia khác<sup>19</sup>. Chính phủ Hàn Quốc không hề tiến hành các thủ tục tư pháp, xử phạt, hay thực thi hiệu quả hình phạt, mà trong một số trường hợp, Chính phủ Hàn Quốc còn giảm nhẹ mức độ xử phạt. Hình phạt đối với tàu cá mang cờ Hàn Quốc vi phạm IUU cũng quá nhẹ và thiếu hiệu quả. Ngoài ra, Hàn Quốc không hợp tác với các quốc gia khác để thực hiện các biện pháp hành pháp phù hợp<sup>20</sup>.

(ii) *Về nghĩa vụ hợp tác và nỗ lực hành pháp:* Hàn Quốc đã không hợp tác hiệu quả với EU và các quốc gia khác trong việc ngăn chặn, phòng chống và đẩy lùi IUU. Hàn Quốc cũng không có các nỗ lực thực thi các biện pháp thực tế để ngăn chặn IUU khi không đảm bảo quản lý, kiểm soát, giám sát hiệu quả và toàn diện hoạt động đánh bắt cá. Hàn Quốc không bắt buộc tàu cá mang cờ của mình lắp đặt thiết bị kết nối vệ tinh (VMS) theo tiêu chuẩn quốc tế (chỉ tàu cá hoạt động trong vùng biển của các RFMO

mới phải lắp đặt VMS), không đảm bảo tất cả các tàu cá của mình phải có giấy phép hợp pháp trước khi đánh bắt cá ở vùng biển của các quốc gia khác, không xem xét hải trình của tàu cá để kiểm tra vi phạm trước khi cấp giấy phép đánh bắt cá, và không có biện pháp kiểm tra chéo thông tin trong các chứng nhận sản lượng cá đánh bắt. Hàn Quốc cũng không có trung tâm quản lý đánh bắt cá để quản lý hoạt động đánh bắt của tàu thuyền Hàn Quốc ở nước ngoài. Ngoài ra, mức xử phạt của Hàn Quốc quá thấp và không phù hợp với những vi phạm nghiêm trọng (mức trần chung là 1000 USD), không tiến hành nhanh chóng các biện pháp xử phạt trong những vụ việc đã được báo cáo lên cơ quan chức năng<sup>21</sup>.

(iii) *Về nghĩa vụ quản lý và bảo tồn môi trường:* Mặc dù là thành viên của nhiều công ước quốc tế về đánh bắt cá, Hàn Quốc đã không thực hiện các nghĩa vụ của mình. Theo đánh giá của các Ủy ban nghề cá, Hàn Quốc đã không tuân thủ các nghĩa vụ về trao đổi thông tin với các Ủy ban, không có sự kiểm soát và hạn chế đối với hành vi đánh bắt cá quá mức, trái phép, chuyển tải trái phép của tàu cá mang cờ của mình, không đảm bảo tiêu chuẩn tàu cá theo quy định của các Công ước<sup>22</sup>.

#### b) *Các biện pháp Hàn Quốc đã thực hiện*

Về nghĩa vụ quản lý hoạt động đánh bắt cá IUU của tàu cá mang cờ nước mình, Hàn Quốc đã sửa đổi toàn diện khung pháp lý đối với tàu cá đánh bắt xa bờ theo yêu cầu quốc tế, cụ thể:<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Như trên, đoạn 30 – 50.

<sup>22</sup> Như trên, đoạn 51 – 64.

<sup>23</sup> Xem “*Bold action taken by Korea to combat Illegal, Unreported and Unregulated (IUU) Fishing shows EU IUU Regulation is working*”, <https://ejfoundation.org/news-media/2015/bold-action-taken-by-korea-to-combat-illegal-unreported-and-unregula>

<sup>19</sup> Commission Decision – 26/11/2013 – 2013/C 346/03, đoạn 22, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2013.346.01.00.26.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2013.346.01.00.26.01.ENG), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>20</sup> Như trên, đoạn 21 – 29.

- Để đảm bảo xác minh các hoạt động và sản lượng cá đánh bắt được của các tàu cá Hàn Quốc: Luật mới yêu cầu tất cả tàu thuyền Hàn Quốc đều phải lắp đặt VMS, có hệ thống hải trình điện tử hoạt động theo thời gian thực;

- Đưa ra hướng tiếp cận mới theo nguyên tắc cẩn trọng: Luật mới hạn chế cấp phép đánh bắt cá ở những vùng biển của các quốc gia không có hệ thống quản lý và kiểm soát đánh bắt cá hiệu quả;

- Cập nhật Kế hoạch hành động quốc gia về đánh bắt cá IUU của mình;

Về nghĩa vụ nỗ lực thực hiện các biện pháp hành pháp, Hàn Quốc đã có nhiều biện pháp cụ thể bao gồm<sup>24</sup>:

- Tăng cường mức xử phạt đối với các vi phạm nghiêm trọng, bao gồm cả phạt tù; cho phép cơ quan chức năng tịch thu hải sản đánh bắt cá trái phép ở cảng của mình;

- Mở Trung tâm quản lý đánh bắt cá, tăng cường chất lượng của chương trình giám sát tàu thuyền, tăng cường nhân lực để phục vụ hoạt động kiểm soát và xác minh hoạt động của tàu cá đánh bắt xa bờ, mua lại phần lớn tàu cá Hàn Quốc hoạt động ở vùng biển Tây Phi và buộc những tàu cá này phải ngừng hoạt động; không cấp phép cho các công ty tư nhân đánh bắt cá ở Tây Phi mà hoạt động này sẽ được quy định trong khuôn khổ các thỏa thuận song phương giữa Chính phủ Hàn Quốc và các quốc gia liên quan<sup>25</sup>.

---

ted-iuu-fishing-shows-eu-iuu-regulation-is-working, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>24</sup> Như trên.

<sup>25</sup> “*Bold action taken by Korea to combat Illegal, Unreported and Unregulated (IUU) Fishing shows EU IUU Regulation is working*”, <https://ejfoundation.org/news-media/2015/bold-action-taken-by-korea-to-combat-illegal-unreported-and-unregulated-iuu-fishing-shows-eu-iuu-regulation-is-working>, truy cập ngày 3/11/2017.

Về nghĩa vụ hợp tác để bảo vệ môi trường biển, Hàn Quốc đã tham gia Mạng lưới quốc tế về quản lý, kiểm soát và giám sát (MCS) các hoạt động liên quan đến cá, tăng cường hợp tác với các nước khác và các tổ chức phi chính phủ; tiến hành thủ tục thông qua Thỏa thuận về các biện pháp của quốc gia cảng của FAO<sup>26</sup>.

### c) Kết quả

Ngày 29/04/2015, EU thông báo gỡ bỏ thẻ vàng cho Hàn Quốc sau khi nhận thấy Hàn Quốc đã có những biện pháp cần thiết để xử lý vấn đề IUU<sup>27</sup>.

## 2.2. Campuchia

Campuchia nhận thẻ vàng của EU vào tháng 11/2012<sup>28</sup>, và tiếp tục nhận thẻ đỏ vào tháng 11/2013. Campuchia bị liệt vào danh sách đen của EU từ tháng 03/2014 đến nay<sup>29</sup>.

### a) Lý do nhận thẻ vàng của Campuchia

Ngày 17/11/2012, Campuchia nhận thẻ vàng của EU vì ba lý do: (i) Không thực thi các nghĩa vụ của quốc gia mà tàu mang cờ theo luật quốc tế về thực hiện các biện pháp ngăn chặn và phòng chống hoạt động đánh bắt cá IUU, (ii) Không thực thi nghĩa vụ theo luật quốc tế về các nỗ lực hợp tác và hành pháp, (iii) Không thực hiện nghĩa vụ

---

<sup>26</sup> Như trên

<sup>27</sup> Notice of information – 29/4/2015 – 2015/C 142/04, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2015.142.01.0005.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2015.142.01.0005.01.ENG), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>28</sup> Xem Commission Decision – 15/11/2012 – 2012/C 354/01, đoạn 75 – 81, tại <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:354:FULL&from=EN>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>29</sup> Xem [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-304\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-304_en.htm); và [http://www.iuuwatch.eu/wp-content/uploads/2015/06/Case-Study1.2pp.FIN\\_1.pdf](http://www.iuuwatch.eu/wp-content/uploads/2015/06/Case-Study1.2pp.FIN_1.pdf), truy cập ngày 3/11/2017.

theo luật quốc tế về các biện pháp quản lý và bảo tồn môi trường<sup>30</sup>.

(i) *Về nghĩa vụ ngăn chặn và phòng chống hoạt động đánh bắt cá IUU:* Campuchia đã không thực hiện nghĩa vụ quản lý, kiểm soát và giám sát tàu cá mang cờ của mình theo luật quốc tế khi để cho tàu cá mang cờ của mình liên tục có hoạt động đánh bắt cá trái phép<sup>31</sup>.

(ii) *Về nghĩa vụ hợp tác và nỗ lực hành pháp:* Campuchia không có bất cứ quy định pháp luật nào về vấn đề đánh bắt cá IUU, biện pháp xử phạt duy nhất là tước giấy đăng ký của tàu cá. Tuy nhiên, đây là biện pháp không hiệu quả để ngăn chặn hoạt động đánh bắt cá IUU. Mặc dù trình độ phát triển của Campuchia cũng là một yếu tố cần tính đến, vấn đề của Campuchia nằm chủ yếu ở việc thiếu khung pháp lý hiệu quả, chứ không phải năng lực hành pháp và hợp tác của Chính phủ Campuchia<sup>32</sup>.

(iii) *Về nghĩa vụ quản lý và bảo tồn môi trường:* Campuchia đã vi phạm nghĩa vụ hợp tác để quản lý và bảo tồn môi trường biển. Campuchia không tham gia bất cứ điều ước quốc tế nào về đánh bắt cá, mà chỉ tham gia vào cơ chế tham vấn của Trung tâm phát triển nghề cá Đông Nam Á (The Southeast Asian Fisheries Development Center - SEAFDEC) theo Bộ hướng dẫn khu vực về hoạt động đánh bắt cá có trách nhiệm ở Đông Nam Á (RGRFO-SEA) và Ủy ban Nghề cá châu Á - Thái Bình Dương

(The Asia - Pacific Fishery Commission - APFIC) theo Kế hoạch hành động khu vực (The Regional Plan of Action of Asia - Pacific Fishery Commission - APFIC RPOA)<sup>33</sup>. Tuy nhiên, Campuchia chưa hề tiến hành các bước thực hiện APFIC RPOA và các khuyến nghị của RGRFO-SEA. Campuchia cũng không hợp tác khi Ủy ban quốc tế về Bảo tồn cá ngừ Đại Tây Dương (The International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas - ICCAT) thông báo việc tàu cá mang cờ nước này có các hoạt động đánh bắt IUU và yêu cầu Campuchia cung cấp thông tin về vấn đề này. Về nghĩa vụ liên quan đến quốc tịch của tàu cá theo UNCLOS nhằm ngăn chặn hoạt động đánh bắt IUU, Campuchia còn cho phép tàu cá nước ngoài được phép đăng ký treo cờ của Campuchia theo phương thức “cờ thuận tiện” (flag of convenience)<sup>34</sup>.

b) *Các biện pháp Campuchia đã thực hiện*

• Năm 2012, Campuchia cho biết đã hoàn thiện Khung kế hoạch chiến lược về đánh bắt cá năm 2010 – 2019, trong đó bao gồm một số văn bản về quản lý và phát triển nguồn cá, ngăn ngừa hoạt động đánh bắt cá IUU. Campuchia cũng cho biết đã tăng cường và mở rộng hệ thống MCS với các quốc gia trong khu vực để thực hiện Kế hoạch hành động khu vực về IUU. Tuy nhiên, nước này đã không đưa ra được bất cứ giấy tờ nào để chứng minh cho những nỗ lực này<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Xem Commission Decision – 15/11/2012 – 2012/C 354/01, đoạn 75 – 81, truy cập tại <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:354:FULL&from=EN>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>31</sup> Commission Decision – 15/11/2012 – 2012/C 354/01, đoạn 75 – 81, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:354:FULL&from=EN>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>32</sup> Như trên, đoạn 82 – 87.

<sup>33</sup> Xem <http://www.rpoaiuu.org/npoa-iiu/>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>34</sup> Commission Decision – 15/11/2012 – 2012/C 354/01, đoạn 88 - 98, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:354:FULL&from=EN>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>35</sup> Commission Decision – 26/11/2013 – 2013/C 346/02, đoạn 73 – 85, <http://eur-lex.europa.eu/legal->

• Năm 2013, Campuchia cho biết đã chuyển cơ quan đăng ký tàu cá từ một công ty tư nhân ở Singapore sang một công ty tư nhân khác ở Hàn Quốc, và vẫn sử dụng biện pháp tước giấy phép để xử lý các tàu cá đánh bắt cá IUU. Tuy nhiên, Campuchia cũng không có bất cứ tài liệu nào chứng minh việc này<sup>36</sup>.

• Cũng trong năm 2013, Campuchia cung cấp thêm thông tin về chính sách phòng chống đánh bắt cá IUU của mình, tuy nhiên không có thông tin khi nào chính sách này sẽ được thực hiện<sup>37</sup>.

Nhìn chung, Campuchia gần như không trao đổi và tiếp thu các khuyến nghị của Ủy ban châu Âu (EC) trong vòng hơn 1 năm kể từ khi nhận thẻ vàng. Lý do cho sự thiếu hợp tác này có thể là do Campuchia không có mặt hàng thủy sản xuất khẩu sang EU<sup>38</sup>.

### c) Kết quả

Ngày 26/11/2013, EU ra quyết định áp thẻ đỏ cho Campuchia với lý do Campuchia không hợp tác thực tế với EU<sup>39</sup>. Mặc dù Campuchia có trao đổi với EC về những nỗ lực của mình, nhưng không cung cấp bất cứ tài liệu nào cho thấy nước này thực sự đang cải thiện tình hình đánh bắt IUU. Cho đến nay, Campuchia vẫn đang chịu lệnh cấm

nhập khẩu của EU liên quan đến các sản phẩm thủy sản<sup>40</sup>.

### 2.3. Sri Lanka

Sri Lanka nhận thẻ vàng của EU vào năm 2012<sup>41</sup>, sau đó nhận thẻ đỏ và bị liệt vào danh sách đen của EU vào tháng 2/2015<sup>42</sup>. Tuy nhiên, sau đó Sri Lanka đã có rất nhiều nỗ lực nhằm thoát ra khỏi danh sách đen của EU và đã thành công vào năm 2016. Cho đến nay, Sri Lanka vẫn được “ca ngợi” như là một trong những quốc gia lợi ngược dòng rất ngoạn mục và quyết liệt khi có thể xây dựng một khung chính sách, pháp luật mạnh mẽ nhằm chống lại IUU trong khoảng thời gian ngắn<sup>43</sup>.

#### a) Lý do nhận thẻ đỏ của Sri Lanka

Sau khi nhận thẻ vàng, EU nhận thấy tình hình đánh bắt cá IUU của tàu cá mang cờ Sri Lanka vẫn không có dấu hiệu giảm bớt, các luật mới mà Sri Lanka thông qua vẫn chưa đủ để ngăn chặn hành vi đánh bắt cá IUU (chưa có hệ thống cấp phép cho tàu cá; phạm vi xử phạt chỉ áp dụng với các tàu cá thương mại đánh bắt xa bờ, chưa có hình thức xử phạt cho tàu cá cỡ nhỏ ở ngoài phạm vi vùng đặc quyền kinh tế của Sri Lanka; mức phạt thấp - tối đa là 8429 EUR), không thực hiện đầy đủ nghĩa vụ báo cáo lên Ủy ban cá ngừ Ấn Độ Dương (IOTC), chưa lắp đặt hệ thống điện đàm, VMS, và thành lập Trung tâm quản lý tàu

content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\_.2013.346.01.00 02.01.ENG, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>36</sup> Commission Decision – 26/11/2013 – 2013/C 346/02, đoạn 73 – 85, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2013.346.01.00 02.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2013.346.01.00 02.01.ENG), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>37</sup> Commission Decision – 26/11/2013 – 2013/C 346/02, đoạn 73 – 85, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2013.346.01.00 02.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2013.346.01.00 02.01.ENG), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>38</sup> “EU blacklists fish caught by vessels flying Cambodian flag”, <http://www.everyday.com.kh/en/article/20423.html>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>39</sup> Xem [http://www.iuuwatch.eu/wp-content/uploads/2015/06/Case-Study1.2pp.FIN\\_1.pdf](http://www.iuuwatch.eu/wp-content/uploads/2015/06/Case-Study1.2pp.FIN_1.pdf), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>40</sup> Xem <https://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/eu-blacklists-fish-imports-from-three-nations>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>41</sup> Xem <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:354:FULL&from=EN>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>42</sup> Xem [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-14 57\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-14 57_en.htm), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>43</sup> Xem <https://www.seafoodsource.com/news/environment-sustainability/european-commission-removes-red-card-from-sri-lanka-warns-others>, truy cập ngày 3/11/2017.

cá...<sup>44</sup>. Ngoài ra, không có bằng chứng nào cho thấy việc Sri Lanka không thực hiện được các hoạt động này là do hạn chế về trình độ phát triển. Do đó, sau hai năm kể từ khi nhận thẻ vàng, Sri Lanka tiếp tục nhận thẻ đỏ của EC vào tháng 10/2014, và bị liệt vào danh sách đen vào tháng 2/2015.

*b) Tác động của thẻ đỏ đối với Sri Lanka*

Sri Lanka là nước xuất khẩu cá kiếm và cá ngừ tươi đông lạnh lớn nhất sang EU (với tổng giá trị xuất khẩu vào năm 2013 lên tới 74 triệu EUR). Trước khi có lệnh cấm, EU chiếm gần 1/3 tổng sản lượng cá xuất khẩu của Sri Lanka, và khoảng 40% doanh thu từ xuất khẩu cá của nước này. Trong vòng 6 tháng kể từ tháng 1/2015, Sri Lanka đã thiệt hại gần 75 triệu USD do lệnh cấm<sup>45</sup>. Trong năm 2015, sản lượng xuất khẩu cá của Sri Lanka giảm 35.5%, và chỉ còn chiếm 1% trong tổng sản phẩm xuất khẩu của quốc gia này. Lệnh cấm còn ảnh hưởng nặng nề tới nền kinh tế của Sri Lanka, khiến nhiều lao động trong nghề cá bị mất việc, kéo tổng thu nhập và dự trữ ngoại hối của Sri Lanka giảm 842 triệu USD chỉ trong vòng hơn 3 tháng đầu năm 2015<sup>46</sup>. Đối với cộng đồng ngư dân Sri Lanka, lệnh cấm đã khiến 192.000 hộ gia đình và 222.000 ngư dân mất đi một nửa khoản thu nhập của mình, 30 nhà máy sản xuất của Sri Lanka

buộc phải giảm công suất hoạt động hoặc đóng cửa vĩnh viễn<sup>47</sup>.

*c) Những biện pháp mà Sri Lanka đã thực hiện*

Về khung pháp lý, Sri Lanka đã thông qua luật mới quản lý các hoạt động của tàu cá Sri Lanka và tàu cá nước ngoài hoạt động trong phạm vi thẩm quyền và quyền tài phán của nước này. Theo đánh giá của IOTC, khung pháp lý của Sri Lanka đã đủ mạnh để có thể xử lý và xử phạt hiệu quả các hoạt động đánh bắt cá IUU. Sri Lanka cũng nội luật hóa các biện pháp của quốc gia có cảng, trong đó quy định các tàu không có quốc tịch sẽ không được cập cảng và chuyển tải tại các cảng của Sri Lanka.

Về các nỗ lực hành pháp, Sri Lanka cũng cải thiện hệ thống thu thập thông tin và báo cáo bằng hệ thống đăng ký tàu cá hiện đại, hệ thống hải trình điện tử theo khuyến nghị của IOTC, bắt buộc lắp đặt hệ thống VMS, bắt buộc tàu cá ghi chú lại chính xác các thông tin về sản lượng cá đánh bắt được, có các biện pháp kiểm tra thông tin, chứng nhận đánh bắt cá, đối chiếu chéo tại cảng. Nhờ đó, Sri Lanka có thể nhận được báo cáo nhanh chóng, thông tin đầy đủ, chính xác đối với các hoạt động của tàu cá trong phạm vi thẩm quyền và quyền tài phán của mình.

Về hợp tác quốc tế, Sri Lanka cũng sẵn sàng chia sẻ, hỗ trợ cho các quốc gia khác và các tổ chức quốc tế về đánh bắt cá để ngăn chặn hoạt động đánh bắt cá IUU. Ngoài ra, Sri Lanka cũng kêu gọi các quốc gia khác thông báo với cơ quan chức năng của mình nếu như bắt gặp tàu cá Sri Lanka

<sup>44</sup> Commission Decision – 14/10/2014 – 2014/715/EU, đoạn 35 – 64, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.297.01.0013.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.297.01.0013.01.ENG), truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>45</sup> Asanka Fernando, “Sri Lankan fishermen feel effects of EU ban”, <https://www.ucanews.com/news/sri-lankan-fishermen-feel-effects-of-eu-ban/74049>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>46</sup> “Lanka will benefit from European Union’s termination of ban on imported fish”, <http://dailynews.lk/2016/05/02/business/80371>, truy cập ngày 3/11/2017.

<sup>47</sup> “Sri Lanka fisheries ready for return”, <http://www.worldfishing.net/news101/Comment/analysis/sri-lanka-fisheries-ready-for-return>, truy cập ngày 3/11/2017.

hoặc tàu cá có khả năng là của Sri Lanka vi phạm IUU<sup>48</sup>.

*d) Kết quả*

Nhờ các nỗ lực trên mà Sri Lanka đã được chính thức gỡ bỏ lệnh cấm xuất khẩu thủy sản vào tháng 06/2016, bốn năm sau khi nhận được thẻ vàng và một năm sau khi nhận thẻ đỏ của EU.

### 3. Liên hệ với Việt Nam

Từ thực tiễn áp thẻ của EU với các quốc gia có thể thấy, những lý do mà EU đưa ra được chia làm ba loại: (i) Quốc gia đã vi phạm nghĩa vụ của quốc gia mà tàu mang cờ, quốc gia có cảng và/hoặc quốc gia có thị trường cá trong việc quản lý tàu cá và thị trường cá của mình; (ii) Quốc gia đã vi phạm nghĩa vụ hợp tác và thi hành pháp luật liên quan đến đánh bắt cá IUU; và (iii) Quốc gia đã vi phạm các nghĩa vụ về bảo vệ và bảo tồn môi trường.

Ngày 23/10/2017, Ủy ban châu Âu (EC) đã ra Thông cáo báo chí cho biết EU đã quyết định áp đặt thẻ vàng đối với thủy sản Việt Nam do Việt Nam không thực hiện đầy đủ các biện pháp cần thiết trong việc ngăn chặn và xóa bỏ IUU.

Quyết định này của EU được đưa ra sau 05 năm, kể từ khi Tổng vụ các vấn đề biển và thủy sản của Ủy ban châu Âu (DG-MARE) bắt đầu khuyến nghị Việt Nam cần phải có hành động để hoàn thiện thể chế, tăng cường kiểm tra, giám sát để phát triển nghề cá bền vững và kiểm soát hiệu quả IUU. Tháng 05/2017, DG-MARE tiếp tục đề nghị Việt Nam cần thực hiện 05 nhóm nội dung sau đây đến tháng 9/2017: (i) Hoàn thiện thể chế quản lý nghề cá; (ii)

Thực hiện các biện pháp quản lý năng lực khai thác dựa trên cơ sở khoa học tốt nhất; (iii) Nâng cao năng lực và hiệu quả thực thi pháp luật; (iv) Điều chỉnh lại cơ chế xác nhận, chứng nhận xuất xứ thủy sản khai thác; (v) Thực hiện các biện pháp ngăn chặn hiệu quả tàu cá Việt Nam sang khai thác hải sản bất hợp pháp ở nước ngoài. Từ năm 2012 đến nay, Việt Nam đã triển khai nhiều biện pháp để ngăn chặn, giảm thiểu và loại bỏ IUU, trong đó có các biện pháp liên quan đến nội dung mà DG-MARE đã khuyến nghị. Tuy nhiên, đến tháng 10/2017, EC đã ra Thông cáo áp đặt thẻ vàng với Việt Nam.

Trong Thông cáo này, EU cho rằng Việt Nam đã không có đủ các chế tài cần thiết để ngăn chặn hoạt động IUU, không thực hiện các hành động cần thiết để ngăn chặn việc tàu cá và ngư dân Việt Nam tham gia IUU tại vùng biển của các nước trong khu vực, trong đó có các quốc đảo đang phát triển tại Thái Bình Dương. Hơn nữa, Việt Nam cũng không có đủ công cụ để kiểm soát thủy sản tại cảng trước khi được xuất khẩu sang thị trường nước ngoài, trong đó có thị trường EU<sup>49</sup>. Như đã trình bày ở trên, mặc dù thẻ vàng không đi kèm với các biện pháp hạn chế thương mại, nhưng việc EU tăng cường kiểm soát nguồn gốc xuất xứ của thủy sản Việt Nam xuất khẩu sang EU sẽ làm gia tăng các chi phí; đồng thời, thủy sản Việt Nam cũng có thể sẽ phải đối mặt với nguy cơ bị trả lại do bị xác định là có nguồn gốc từ IUU.

*(Xem tiếp trang 84)*

<sup>48</sup> Xem Report of Implementation for the year 2016 (Sri Lanka) (13/3/2017).

<sup>49</sup> European Commission, *Commission warns Vietnam over insufficient action to fight illegal fishing*, 23 October 2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-4064\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4064_en.htm), truy cập ngày 3/11/2017.

# HỆ THỐNG ỦY BAN GIÁM SÁT TRONG HIẾN PHÁP TRUNG QUỐC SỬA ĐỔI NĂM 2018

*Đâu Công Hiệp\**

**Tóm tắt:** Bài viết thông tin và bình luận về hệ thống Ủy ban giám sát có chức năng phòng, chống tham nhũng mới được quy định trong Hiến pháp Trung Quốc sửa đổi năm 2018; qua đó, liên hệ và hàm ý đối với Việt Nam.

**Abstract:** The article provides information and assessment of State Supervision Commission system with function of prevention and combat against corruption newly introduced in the 2018 Amended Constitution of China, thereby makes reference to and implications for Viet Nam.

## 1. Bối cảnh sửa đổi Hiến pháp Trung Quốc và việc thành lập hệ thống Ủy ban giám sát

Trung Quốc vừa trải qua một cuộc tu chính hiến pháp với 21 nội dung, trong đó, vấn đề được nhắc tới nhiều nhất là việc xóa bỏ giới hạn nhiệm kỳ của Chủ tịch nước<sup>1</sup>. Trong khi đó, nội dung tu chính liên quan tới việc bộ máy nhà nước Trung Quốc xuất hiện một hệ thống cơ quan mới ở cả trung ương lẫn địa phương và có rất nhiều quyền lực, đó là Ủy ban giám sát lại ít được chú ý.

Tương tự như Việt Nam, Trung Quốc có một lịch sử lập hiến phức tạp với nhiều bản hiến pháp lần lượt thay thế nhau nhằm thích nghi với từng bối cảnh lịch sử và nhu cầu chính trị của các giai đoạn cụ thể. Bản hiến pháp hiện hành - Hiến pháp Bát nhị (1982) ra đời đã đánh dấu thời kỳ cải cách của đất nước với nhiều tư tưởng mới. Hiến pháp Trung Quốc năm 1982 đã trải qua nhiều lần sửa đổi song lần gần đây nhất lại gây ra nhiều sự chú ý, trong đó có việc thiết

lập hệ thống cơ quan phòng chống tham nhũng ở trung ương và địa phương mang tên Ủy ban giám sát.

Về bối cảnh chính trị và xã hội Trung Quốc những năm gần đây, vấn đề tham nhũng thực sự là một hiện tượng đang làm hủy hoại cả nền tảng kinh tế lẫn chính trị ở Trung Quốc. Đứng trước vấn nạn này, việc chính quyền Trung Quốc quan tâm và đẩy mạnh công cuộc chống tham nhũng là điều dễ hiểu.

Tuy nhiên, theo nhiều nghiên cứu, ví dụ như Jon S.T. Quah cho rằng, chiến dịch của Tập Cận Bình có một vài khuyết điểm, chẳng hạn như chỉ tập trung vào các biểu hiện của tham nhũng mà không giải quyết nguyên nhân của nó như lương thấp, thủ tục hành chính rắc rối, sự cát cứ; và chống tham nhũng được dùng chủ yếu như vũ khí chống lại những nhân vật đối lập<sup>2</sup>. Những nỗ lực phòng chống tham nhũng ở Trung Quốc chỉ tập trung vào việc củng cố bộ máy, xây dựng lực lượng lãnh đạo mà ít hướng tới

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

<sup>1</sup> Xem thêm: <http://www.nhandan.com.vn/thegioi/tin-tuc/item/35767002-quoc-hoi-trung-quoc-thong-qua-de-xuat-sua-doi-hien-phap.html>, truy cập ngày 10/04/2018.

<sup>2</sup> Jon S.T. Quah, *Hunting the corrupt "tigers" and "flies" in China: an evaluation of Xi Jinping's anti-corruption campaign (november 2012 to march 2015)*, Comtemporary Asian studies series, Carey School of Law, University of Maryland, 2015, tr. 64-79.

minh bạch, trách nhiệm, chế độ giải trình. Trong bối cảnh đó, việc Trung Quốc thiết lập thêm một hệ thống cơ quan đầy quyền năng trong việc phòng chống tham nhũng như Ủy ban giám sát là hợp lý.

## 2. Tổ chức và thẩm quyền của hệ thống Ủy ban giám sát

Hệ thống Ủy ban giám sát được quy định tại Điều 52 Nghị quyết sửa đổi Hiến pháp của Quốc hội Trung Quốc<sup>3</sup>. Cụ thể, Chương 3 của Hiến pháp Bát nhị được bổ sung 5 điều, từ Điều 123 đến Điều 127 với nội dung về Ủy ban giám sát. Điều 123 khẳng định đây là các cơ quan giám sát của nhà nước, được tổ chức ở các cấp khác nhau. Điều 124 quy định, mỗi Ủy ban giám sát sẽ có một chủ tịch, các phó chủ tịch và ủy viên. Nhiệm kỳ của các chức danh này giống với nhiệm kỳ của cơ quan đại biểu ở các cấp, nhưng không được phục vụ quá 2 nhiệm kỳ liên tiếp. Điều 125 quy định Ủy ban giám sát nhà nước (The State supervision commission, 国家监察委员) là cơ quan cao nhất trong hệ thống này. Điều 126 quy định Ủy ban giám sát nhà nước chịu trách nhiệm trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội. Ủy ban giám sát ở địa phương chịu trách nhiệm trước cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương và Ủy ban giám sát cấp trên. Điều 127 quy định các Ủy ban giám sát thực hiện quyền giám sát độc lập, tuân theo pháp luật và không bị can thiệp bởi bất cứ cơ quan hành chính, tổ chức xã hội hay cá nhân nào. Đặc biệt, trong việc giải quyết các vụ việc liên quan tới cơ quan công vụ, Ủy ban giám sát nhà nước vừa kết hợp lại vừa hạn chế các cơ

quan tư pháp, kiểm sát và thực thi pháp luật. Trong nguyên bản tiếng Trung dùng bốn chữ “hỗ tương chế ước” (互相制约) để chỉ mối quan hệ đặc biệt này, tức là vừa bao hàm sự kết hợp, hỗ trợ nhau trong hoạt động, nhưng mặt khác Ủy ban giám sát nhà nước lại có thể kiểm chế các cơ quan kia.

Ngoài ra, Hiến pháp cũng quy định Quốc hội ban hành luật để chi tiết hóa tổ chức và hoạt động của hệ thống cơ quan này. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, Trung Quốc đã tổ chức thí điểm mô hình này trong thời gian gần đây. Theo tờ Tân Hoa Xã, từ tháng 1/2017, Trung Quốc đã thử nghiệm mô hình này ở ba địa điểm là Bắc Kinh, Sơn Tây và Chiết Giang và tỏ ra khá thành công khi số vụ việc bị giám sát gia tăng đột biến, từ 210.000 đến 997.000 vụ ở Bắc Kinh, từ 785.000 đến 1.315.000 vụ ở Sơn Tây và từ 383.000 đến 701.000 vụ ở Chiết Giang<sup>4</sup>. Đây có thể coi là bước đi trước Hiến pháp của Nhà nước, gần như một phép thử cho sự ra đời của hệ thống cơ quan này. Đến ngày 20/03/2018, Quốc hội Trung Quốc chính thức thông qua Đạo luật về Giám sát với 9 chương, 69 điều trong đó quy định cụ thể và chi tiết về các Ủy ban giám sát<sup>5</sup>. Một số nội dung lớn của đạo luật này có thể kể tới như:

### Về mặt tổ chức

Điều 8 quy định Ủy ban giám sát nhà nước do Quốc hội bầu ra, với phạm vi thẩm quyền trong cả nước. Tương ứng, Điều 9 quy định các Ủy ban giám sát ở địa phương do cơ quan đại diện ở địa phương bầu ra với phạm vi thẩm quyền ở địa phương. Như vậy, xét trên khía cạnh trật tự hình thành thì

<sup>3</sup> Toàn văn tiếng Anh và tiếng Trung của văn bản này tham khảo tại: <https://npcobserver.com/2018/03/11/translation-2018-amendment-to-the-p-r-c-constitution/>, truy cập ngày 11/04/2018.

<sup>4</sup> <http://www.xinhuanet.com/english/2018-02/25/c136998986.htm>, truy cập ngày 11/04/2018.

<sup>5</sup> Toàn văn tiếng Trung của văn bản này tham khảo tại: <http://npc.people.com.cn/n1/2018/0322/c14576-29882675.html>, truy cập ngày 11/04/2018.

hệ thống Ủy ban giám sát cũng phái sinh từ hệ thống cơ quan đại diện. Điều này là dễ hiểu vì xét về địa vị, hệ thống cơ quan đại diện ở Trung Quốc có được quyền lực từ nhân dân và có chức năng giám sát rất giống với hệ thống cơ quan đại diện ở Việt Nam<sup>6</sup>. Trong nội bộ hệ thống Ủy ban giám sát, các cơ quan cấp dưới phải phục tùng cấp trên theo Điều 10. Như vậy, xét về mặt tổ chức, có thể thấy, đây là một hệ thống cơ quan nhà nước. Tính hệ thống của các cơ quan này thể hiện ở việc Ủy ban giám sát được tổ chức ở nhiều cấp chính quyền, có một mối quan hệ chặt chẽ với cơ quan đại diện các cấp cũng như mối quan hệ nội tại giữa các Ủy ban giám sát ở các cấp. Trên cơ sở quy định của pháp luật, ngày 23/03/2018, Ủy ban giám sát nhà nước được chính thức ra mắt, với người đứng đầu là ông Yang Xiaodu, đồng thời cũng là Phó Bí thư Ủy ban Kiểm tra và Kỷ luật Trung ương Đảng Cộng sản Trung Quốc<sup>7</sup>.

#### **VỀ MẶT HOẠT ĐỘNG**

So với khía cạnh tổ chức thì hoạt động của các Ủy ban giám sát có nhiều điểm đáng quan tâm hơn. Đầu tiên, theo Điều 11 Đạo luật về Giám sát nói trên, các Ủy ban giám sát chủ yếu tập trung vào ba nhiệm vụ: Kiểm tra, giám sát, giáo dục về chống tham nhũng cho công chức, điều tra các cáo buộc tham nhũng, yêu cầu công chức giải trình và chuyển hồ sơ cho Viện kiểm sát nhân dân nếu cần. Như vậy, nhiệm vụ của các Ủy ban giám sát tập trung vào hoạt động chống tham nhũng với đối tượng là những người

có quyền hạn, nhiệm vụ trong bộ máy chính quyền<sup>8</sup>. Các Ủy ban này cũng có thể thực hiện hoạt động điều tra một cách rộng rãi để chống tham nhũng. Các hoạt động điều tra, giám sát được cụ thể hóa ở chương IV với nhiều điểm đáng lưu ý. Ủy ban giám sát có quyền tra hỏi người bị tình nghi tham nhũng, thu thập chứng cứ, phong tỏa tài sản, khám xét, thu giữ tài liệu, yêu cầu cấm xuất cảnh đối với nghi phạm, tạm giữ nghi phạm, đề nghị mức hình phạt để viện kiểm sát đưa vào cáo trạng trong trường hợp truy tố. Như vậy, một loạt các quy định liên quan cho thấy Ủy ban giám sát có thể thực hiện nhiều hoạt động mà vốn thuộc về cơ quan cảnh sát điều tra, thậm chí là cả việc tạm giữ người để điều tra. Tuy nhiên, nếu cơ quan công an có thẩm quyền đối với các vụ việc vi phạm hình sự trên mọi lĩnh vực thì thẩm quyền của Ủy ban giám sát chỉ gói gọn trong các vụ việc tham nhũng hay liên quan đến người có quyền hạn, chức vụ.

Bên cạnh đó, Ủy ban giám sát cũng có những quyền hạn mang tính chất tư pháp. Điều 45 quy định, sau khi có kết quả giám sát và điều tra, Ủy ban giám sát có thể: (1) Nhắc nhở, phê bình, giáo dục với các hành vi ít nghiêm trọng; (2) Đề nghị miễn nhiệm, cách chức, luân chuyển người có sai phạm; (3) Kiến nghị cơ quan phụ trách kỷ luật đối với quan chức đứng đầu có sai phạm; (4) Chuyển hồ sơ cho viện kiểm sát nhân dân để truy tố. Hay như Điều 47 có quy định, nếu sau khi nhận hồ sơ, viện kiểm sát nhân dân không đồng ý truy tố, Ủy ban giám sát có quyền yêu cầu viện kiểm sát nhân dân xem xét lại. Đây là một thẩm quyền khá đặc

<sup>6</sup> Xem thêm: Doãn Trung Khanh, *Chế độ chính trị Trung Quốc*, Nxb. Tổng hợp thành phố Hồ Chí Minh, Tp. Hồ Chí Minh, 2012, tr. 38-49.

<sup>7</sup> Xem thêm: <http://www.chinadaily.com.cn/a/201803/23/WS5ab4d311a3105cdcf6513ed0.html>, truy cập ngày 11/04/2018.

<sup>8</sup> Đối tượng bị giám sát được quy định rõ ở Điều 15 gồm rất nhiều trường hợp nên tác giả không liệt kê mà khái quát chung là người có quyền hạn, nhiệm vụ.

biệt và mang tính can thiệp sâu vào quy trình tư pháp.

Như vậy, về mặt hoạt động, có thể thấy, các Ủy ban giám sát có vai trò rất quan trọng trong việc điều tra, phát hiện tham nhũng. Việc các cơ quan này được trao nhiều quyền hạn giống như các cơ quan điều tra thông thường cho thấy mục tiêu chuyên nghiệp hóa hoạt động của Ủy ban giám sát nhằm tạo hiệu quả thiết thực hơn cơ chế giám sát thông thường.

### 3. Nhận xét và liên hệ với Việt Nam

Mặc dù còn rất mới, nhưng sự tồn tại của hệ thống Ủy ban giám sát của Trung Quốc có thể đem tới cho chúng ta nhiều suy nghĩ, đặc biệt là trong bối cảnh vấn đề tham nhũng cũng đang rất được quan tâm ở Việt Nam. Xung quanh vấn đề này, tác giả lưu ý hai điểm lớn, cũng đồng thời phản ánh hai khía cạnh tích cực và hạn chế của hệ thống cơ quan này của Trung Quốc.

*Về vị trí của hệ thống Ủy ban giám sát trong bộ máy nhà nước.*

Theo tác giả, đây là một điểm tích cực rõ rệt bởi Hiến pháp Trung Quốc khẳng định rõ ràng tính độc lập của hệ thống cơ quan này. Điều đó là cần thiết bởi một mặt, nó phản ánh xu hướng hình thành các cơ quan hiến định độc lập trên thế giới từ giữa thế kỉ XX<sup>9</sup>, mặt khác cũng là điều cần thiết cho một cơ quan có chức năng khá chuyên trách trong phòng, chống tham nhũng. Thực tiễn trên thế giới cho thấy, việc chống tham nhũng liên quan tới nhóm đối tượng đặc biệt, là những người có chức vụ, quyền hạn trong bộ máy nhà nước. Vì vậy, việc xử lý

các vụ việc tham nhũng vừa đòi hỏi tính chuyên môn sâu lại vừa đòi hỏi một thẩm quyền đặc biệt. Ở Đài Loan, nơi bộ máy nhà nước tổ chức theo mô hình “Ngũ quyền”, có một cơ quan là Giám sát viện có thẩm quyền bao trùm đội ngũ cán bộ, công chức và là một cơ quan hết sức độc lập<sup>10</sup>. Hay ngay trong khu vực Đông Nam Á, hai nước có xếp hạng minh bạch cao nhất là Singapore và Malaysia đều có cơ quan chống tham nhũng độc lập<sup>11</sup>. Như vậy, việc Trung Quốc xây dựng một hệ thống cơ quan hiến định độc lập, xét về vị trí có thể coi như ngang hàng với các cơ quan khác, dành riêng cho nhiệm vụ phòng, chống tham nhũng là một điều hết sức đáng hoan nghênh và đáng học hỏi. Thực tế cho thấy, các cơ quan phòng chống tham nhũng trước đây của Trung Quốc được tổ chức ở mức thấp (cấp Cục) và tích hợp trong cơ quan Đảng (Ủy ban Kiểm tra và Kỷ luật Trung ương). Hiện nay, để phục vụ hiệu quả hơn công cuộc này, một cơ chế hiến định độc lập đã được lập ra và dành riêng cho nó. Liên hệ với Việt Nam, cũng có nhiều ý kiến đề nghị lập cơ quan độc lập về chống tham nhũng<sup>12</sup>. Điều này là cần thiết nếu xem xét tới hiệu quả phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam đặc biệt là sự tồn tại cơ chế hiện

<sup>9</sup> Viện Chính sách công và pháp luật, *Các thiết chế hiến định độc lập – kinh nghiệm quốc tế và triển vọng ở Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2013, tr. 15.

<sup>10</sup> Tô Văn Hòa, Đậu Công Hiệp, *Tư tưởng “ngũ quyền hiến pháp” của Tôn Trung Sơn và sự vận dụng trong Hiến pháp Đài Loan năm 1946*, Tạp chí Luật học, số 12/2016.

<sup>11</sup> Trần Thái Hà, *Mô hình cơ quan chống tham nhũng của một số quốc gia Đông Nam Á – bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*, <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/quoc-te/item/1511-mo-hinh-co-quan-cho-ng-tham-nhung-cua-mot-so-quoc-gia-dong-nam-a-%E2%80%93bai-hoc-kinh-nghiem-cho-viet-nam.html>, truy cập ngày 11/04/2018.

<sup>12</sup> Xem thêm: <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/de-nghi-lap-co-quan-doc-lap-ve-chong-tham-nhung-1026827.tpo>, truy cập ngày 11/04/2018.

hành thông qua cơ quan thanh tra<sup>13</sup>. Kinh nghiệm thành lập hệ thống Ủy ban giám sát ở Trung Quốc có thể cho chúng ta thêm nhận thức về tính cần thiết của một cơ quan thực sự độc lập cho hoạt động phòng, chống tham nhũng.

*Về hoạt động của hệ thống Ủy ban giám sát.*

Có thể nhìn nhận đây là một hạn chế lớn bởi tính can thiệp quá sâu vào hoạt động tư pháp của các cơ quan này. Điều đó đặt ra nhiều quan ngại. *Thứ nhất*, các Ủy ban giám sát có nguy cơ đứng trên công lý. Với một quyền lực rất lớn trong hoạt động điều tra, có cả quyền bắt người và đề nghị truy tố, thậm chí có quyền yêu cầu xem xét lại việc không truy tố, có khả năng vô hiệu hóa nhiều cơ quan và khiến một bộ phận nắm quyền có thể đứng trên pháp luật. Giáo sư Tong Zhiwei được tờ New York Times dẫn lời cho rằng, điều này làm gia tăng sự kiểm soát của Đảng đối với đời sống và gây ảnh hưởng tới nguyên tắc pháp quyền<sup>14</sup>. *Thứ hai*, việc Ủy ban giám sát có quyền điều tra quá rộng có thể ảnh hưởng tới quyền con người, đặc biệt là các quyền thường được nói tới trong hoạt động tố tụng như quyền im lặng, quyền được có luật sư, quyền được xét xử công bằng... Việc chồng lấn giữa thẩm quyền của cơ quan cảnh sát điều tra với Ủy ban giám sát có khả năng khiến cho các quyền con người trong trường hợp này không được bảo vệ một cách đúng đắn nhất.

<sup>13</sup> Đậu Công Hiệp, Thái Thị Thu Trang, *Vai trò của thanh tra trong kiểm soát quyền lực đối với hệ thống cơ quan hành chính ở một số nước trên thế giới*, Tạp chí Thanh tra, số 03/2016.

<sup>14</sup> Xem thêm: <https://www.nytimes.com/2017/11/29/world/asia/china-xi-jinping-anticorruption.html>, truy cập ngày 11/04/2018.

Đặc biệt, ở Trung Quốc, trước đó đã có một thủ tục rất đặc biệt gọi là “lưu trí” (liu zhi, 留置) cho phép bắt giữ người ở lại trong tù mà không cần thông báo về việc bắt người trong vòng 24 giờ. Điều này cũng nằm trong thẩm quyền của Ủy ban giám sát nhà nước theo luật mới. Rõ ràng, các tiêu chuẩn về quyền con người có thể bị ảnh hưởng nếu tiếp tục duy trì một cơ chế như vậy. Nhìn lại lịch sử, có thể thấy rằng, việc Nhà nước Trung Quốc tồn tại các cơ quan giám sát đặc biệt, thậm chí mang tính mật vụ là rất phổ biến, như các Xưởng, Vệ ở thời Minh. Vì thế, nguy cơ các Ủy ban giám sát dân lạm quyền là rất có thể và đã từng xuất hiện trong lịch sử trước kia. Từ đó, gọi mở đối với Việt Nam theo tác giả, bên cạnh đẩy mạnh công tác phòng, chống tham nhũng thì việc bảo vệ quyền con người cũng rất quan trọng. Đặc biệt, giải quyết các vụ việc tham nhũng nên đi từ căn cơ, gốc rễ của nó hơn là tập trung vào những biểu hiện bề nổi.

### **Kết luận**

Sự xuất hiện của hệ thống Ủy ban giám sát ở Trung Quốc là một biểu hiện của nỗ lực phòng, chống tham nhũng của nước này. Điều đó đưa ra một cảnh báo cho chúng ta rằng, nếu không tìm được một cơ chế hiệu quả thì tham nhũng sẽ tiếp tục là mối nguy hại to lớn đối với sự phát triển của đất nước. Việc thiết lập một cơ chế hiến định độc lập cho phòng, chống tham nhũng là không hề xa lạ, ngay cả với một nước có nhiều điểm tương đồng về thể chế với nước ta như Trung Quốc. Tuy nhiên, trong việc vận hành cơ chế đó cũng cần quan tâm đến nhiều điểm khác như bảo vệ quyền con người, nâng cao tính minh bạch, trách nhiệm giải trình để hoạt động phòng, chống tham nhũng thực sự có hiệu quả.

# QUẢN TRỊ ĐỊA PHƯƠNG Ở MỘT SỐ QUỐC GIA CHÂU ÂU: GÓC NHÌN LỊCH SỬ, LÝ LUẬN VÀ THAM CHIẾU VỚI VIỆT NAM

Đào Bảo Ngọc\*

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu nguồn gốc lịch sử và cơ sở lý luận về quản trị địa phương ở một số quốc gia châu Âu, qua đó đưa ra cái nhìn tham chiếu đối với Việt Nam.

**Abstract:** The article studies historical origin and theoretical grounds for local governance in European countries, thereby makes reference to Viet Nam.

## 1. Quản trị địa phương ở một số quốc gia châu Âu: Lịch sử và lý luận

Khái niệm “địa phương tự trị” hay “địa phương tự quản” chính thức được sử dụng trong các văn bản từ thời La Mã cổ đại. Theo đó, những địa phương được coi là tự quản gồm những thành phố tự trị, nơi mà việc giải quyết mọi công việc thuộc về các nguyên lão do dân bầu ra trong số những công dân ưu tú và uy tín nhất. Từ đó đến nay, tự quản địa phương luôn được hiểu với một yếu tố cốt lõi là *sự quản lý bởi chính một thiết chế do cư dân bầu ra trong một cộng đồng lãnh thổ nhất định*<sup>1</sup>.

Cụ thể, thời kỳ Cộng hòa Ý, khi Rome từ một công xã nhỏ với thể chế quản lý giản đơn chuyển dần thành một Nhà nước thành bang lớn, vào năm 45 TCN Hoàng đế Julius Caesar đã ban hành đạo luật đầu tiên về chế độ tự quản cho các địa phương. Theo đó, nguyên tắc cốt lõi nhất của một địa phương tự quản là nguyên tắc về quyền quyết định cao nhất của Hội nghị cư dân: Quyết định những vấn đề chủ yếu trong đời sống và sinh hoạt của cộng đồng, bầu ra cơ quan

quản lý địa phương (*magistrate*) – một thiết chế vừa có chức năng hành chính, vừa có tính chất như là cơ quan tư pháp<sup>2</sup>.

Hình thức tự quản sơ khai nhất là tự quản của các làng xã nông thôn thông qua Hội nghị các bộ lão từ các hộ gia đình. Hội nghị này đặt ra các chuẩn mực chung cho quan hệ làng xóm. Dần dần, từ trong các quan hệ ấy đã xuất hiện yếu tố thứ bậc với sự hiện diện của các chức sắc với tính chất là lãnh đạo cá nhân như Thủ lĩnh làng hoặc thiết chế tổ chức như Hội đồng bộ lão. Tuy nhiên, đây mới là những hình thức tự quản nhân khẩu chứ chưa phải là hình thức tự quản theo lãnh thổ.

Hình thức tự quản lãnh thổ chỉ ra đời cùng với quá trình hình thành các đô thị tự do trong thời kỳ cận đại vào cuối thế kỷ XI, với hai đặc trưng chủ yếu: Vai trò chính trong cộng đồng thuộc về tầng lớp trung lưu và tính tổ chức chặt chẽ của cộng đồng lãnh thổ.

Chế độ tự quản lãnh thổ đã dần được định hình dưới hai điều kiện chủ yếu: Do sự trao quyền tự nguyện từ phía chính quyền hoặc do kết quả của các phong trào đấu

\* ThS., Viện Nghiên cứu châu Âu, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

<sup>1</sup> D. King, G. Stoker (eds), *Rethinking Local Democracy*, London, 1996, p.271.

<sup>2</sup> Bongers P., *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*, Oxford, 2008, p.403.

tranh của tầng lớp thị dân trung lưu đòi quyền tự quyết. Văn kiện “ban” quyền tự do đầu tiên dưới hình thức Hiến chương về các quyền tự do (*Charter of Liberties*) phải kể đến Hiến chương London của Hoàng đế Henry I vào năm 1129 xác nhận quyền vĩnh viễn của thị dân được tự mình bầu ra người lãnh đạo. Kết quả của quá trình hình thành nên chế độ tự quản sơ khai và đầu tiên đó là việc các đô thị mới ra đời có được các quyền tự do, trong đó quan trọng nhất là quyền được tự quản lý các công việc của cộng đồng, quyền được miễn trừ thuế và các kiểu cống nạp cho triều đình, cho các lãnh chúa và nhà thờ<sup>3</sup>. Nói khác đi, sự hình thành chế độ tự quản địa phương đã đồng nghĩa với sự hạn chế những ưu thế độc tôn của chính quyền phong kiến. Tuy nhiên, quyền của cá nhân tham gia quản lý cộng đồng lúc bấy giờ vẫn là một thứ quyền hạn chế, bị ràng buộc bởi các điều kiện về tài sản và đẳng cấp.

Cuộc Đại Cách mạng Pháp năm 1789 đã mở ra một giai đoạn tiếp theo của chế độ tự quản địa phương ở châu Âu. Một năm sau khi nổ ra cách mạng, vào năm 1790, Quốc hội Pháp đã đưa vào chương trình nghị sự thảo luận về cải cách chế độ tự quản địa phương, trên cơ sở coi tự quản địa phương như một loại quyền lực đặc biệt theo nguyên tắc phân quyền<sup>4</sup>.

Một cuộc cải cách quản trị địa phương đã được khởi động vào đầu thế kỷ XIX ở nước Phổ. Ngày 19/11/1808, một bản Quy chế đô thị mới của nước Phổ đã được ban hành với những điểm đáng chú ý sau đây:

i) Thực hiện việc phi tập trung hóa quản trị địa phương, thành lập các cơ quan tự quản tại các công xã.

ii) Quyền tự quản địa phương chỉ dành cho những chủ bất động sản có giá trị không dưới mức xác định.

iii) Thành lập các cơ quan tự quản đô thị (Hội đồng thành phố) gồm các đại biểu đại diện cho cư dân thành phố với quyền quyết định về các vấn đề thu – chi ngân sách, xác định danh mục các loại thuế của địa phương.

Ảnh hưởng của chế độ tự quản địa phương sơ khai này lan tỏa sang những thời kỳ sau đó ở châu Âu và được tiếp nối bởi tư tưởng và thực tiễn lịch sử của Đại cách mạng Pháp khi lực lượng dân chủ và cộng hòa lật đổ chế độ quân chủ chuyên chế. Cuộc cách mạng không chỉ tạo ra làn sóng xác lập chế độ lập hiến ở châu Âu, trong đó có việc xác lập ra những hình thái tổ chức quyền lực nhà nước và phương thức quản trị quốc gia mới, mà còn làm điem tựa cho sự ra đời những yếu tố mang tính cách mạng trong quản trị địa phương nhằm loại bỏ những cơ chế áp lực và kiểm soát có tính tập quyền. Những nhân tố đó đã ngay lập tức được ghi nhận trong các bản Hiến pháp của Pháp, Bỉ và nhiều quốc gia châu Âu khác nửa đầu thế kỷ XIX. Thậm chí, Hiến pháp năm 1831 của Bỉ, dưới ảnh hưởng mạnh mẽ của tư tưởng lập hiến của cách mạng Pháp, đã coi chính quyền địa phương cũng là một “nhánh” quyền lực tồn tại bên cạnh ba nhánh quyền lực nhà nước ở trung ương (lập pháp, hành pháp và tư pháp)<sup>5</sup>.

Trong bối cảnh đó, một học thuyết về quản trị địa phương đã ra đời với tên gọi *Lý*

<sup>3</sup> Byrne T., *Local Government in Britain*, London, 2010, p. 41.

<sup>4</sup> FAO, *A History of Decentralization*, [www.ciesin.org/decentralization/English/General/history\\_fao.html](http://www.ciesin.org/decentralization/English/General/history_fao.html), truy cập ngày 4/5/2018.

<sup>5</sup> Институты самоуправления: Историко-правовое исследование, М, Наука, 2005, с.150.

thuyết về công xã tự do hay còn gọi là Lý thuyết về quyền tự nhiên của cộng đồng địa phương. Lý thuyết này được các học giả Đức Eduard Meyer (1855-1930), Paul Laband (1838-1918), Rudolf Roessler (1897-1958) đề xướng vào giữa thế kỷ XIX, thời điểm mà Nhà nước tập quyền ở Đức vẫn coi quản trị địa phương nói chung, quản lý các công xã nói riêng thuộc chức năng của mình, trong khi kinh tế ở các địa phương đã hết sức trì trệ. Cùng với đó, vấn đề hạn chế quyền của Nhà nước trung ương đối với các địa phương đã được đặt ra. Công xã phải là một thực thể có quyền tự quyết các vấn đề của chính mình mà không có sự can thiệp của Nhà nước. Quyền tự quản và tự quyết của địa phương là quyền tự nhiên và không thể tước đoạt<sup>6</sup>.

Xuất phát điểm của lý thuyết này chính là học thuyết về quyền tự nhiên, bởi chính từ việc thừa nhận quyền tự nhiên của con người để luận giải về quyền tự nhiên, không thể chuyển nhượng và tước bỏ của công xã trong việc tự quản lý các công việc cũng như đời sống của mình. Công xã ra đời trước khi có Nhà nước và do vậy Nhà nước phải tôn trọng quyền tự quyết của công xã.

Tiếp đến, Rudolf Von Gneist (1816 - 1895) và Lorenz Von Stein (1815 - 1890) - nhà kinh tế học, xã hội học và quản trị học người Đức đã cho ra đời một lý thuyết mới, sau này được gọi là *Thuyết quốc gia về quản trị địa phương*<sup>7</sup>. Bắt đầu từ việc chỉ ra hạn chế cơ bản của thuyết kinh tế đã tuyệt đối hóa ranh giới về lợi ích giữa tự quản địa phương và quản lý nhà nước, Stein cho rằng, phân biệt lợi ích là điều cần thiết, sự

tồn tại của các đơn vị địa phương là khách quan; tự quản địa phương cũng là một hình thức của quản trị quốc gia, nhưng mang tính địa phương, và đó là quản trị nhà nước ở địa phương. Từ đó, các chức năng, thẩm quyền trong quá trình tự quản địa phương là phái sinh và xuất phát từ quyền lực nhà nước. Tuy nhiên, theo ông, tự quản địa phương phải do người dân ở địa phương thực hiện chứ không thể do chính quyền trung ương đặt ra.

Những học thuyết trên đã trở thành trụ cột lý luận quan trọng trong tiến trình cải cách quản trị địa phương ở các nước Tây Âu nói chung và ở Anh, Pháp, Đức nói riêng. Mặc dù có những điểm xuất phát và nội dung khác nhau, nhưng các học thuyết đều đề cao tự quản địa phương, coi đó như quyền dân chủ của các cộng đồng dân cư. Những lý thuyết này về sau đã được thừa nhận rộng rãi ở nhiều nước trên thế giới và trở thành nền tảng lý luận cho nhận thức hiện đại về xu hướng dân chủ hóa và phi tập trung hóa quản trị nhà nước đối với địa phương ở nhiều nước châu Âu<sup>8</sup>.

Vào nửa sau những năm 80 của thế kỷ XX, Liên minh châu Âu (EU) có một nhiệm vụ quan trọng là tạo ra khuôn khổ pháp lý thích hợp, thuận lợi để các quốc gia châu Âu cùng phát triển. Một yếu tố quan trọng trong quá trình thống nhất châu Âu là bảo đảm và bảo vệ quyền tự trị của địa phương. Trong quá trình này, phải đảm bảo quyền tự trị địa phương không bị suy yếu hoặc bị tổn hại. Đó cũng là lý do ra đời của Hiến chương châu Âu về tự quản địa phương (*European Charter of Local Self-government*) do Hội đồng châu Âu ban hành

<sup>6</sup> Jean Rivero, Jean Waline, *Droit administratif*, Daloz, 1998, p.59.

<sup>7</sup> Stein K, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.2.2.Augfl., 1980, p.170.

<sup>8</sup> S.Bums, R.Hambleton, P.Hoggett, *The Politics of Decentralisation revitalising local democracy*, London, 2004, tr.141.

ngày 15/10/1985 tại Strasburg<sup>9</sup>. Hiến chương có những đặc điểm chủ yếu sau đây.

Hiến chương coi các cơ quan tự quản địa phương là những thiết chế không thể thiếu và có vị trí pháp lý độc lập cao, được bảo đảm đầy đủ các thẩm quyền cần thiết, có nguồn lực tương xứng và những thủ tục pháp lý chặt chẽ để bảo vệ quyền của địa phương tự quản, làm cho việc quản trị ở địa phương gần gũi và thiết thực với người dân.

Khái niệm tổng quát về tự quản địa phương được xác định tại Điều 3. Theo đó, “tự quản địa phương được hiểu là quyền và khả năng của các cơ quan chính quyền địa phương được quyết định và quản lý một phần lớn các công việc của cộng đồng trong khuôn khổ pháp luật và bằng trách nhiệm của mình, vì lợi ích của người dân địa phương. Quyền đó được thực hiện bởi các Hội đồng hoặc các Hội nghị được thiết lập thông qua bầu cử phổ thông tự do, bỏ phiếu kín, trực tiếp và bình đẳng. Hội đồng hay Hội nghị có thể lập ra các cơ quan chấp hành của mình. Điều đó hoàn toàn không loại trừ sự hiện diện của các hội nghị dân cư, trung cầu ý dân, hoặc bất kỳ một hình thức nào khác có sự tham gia trực tiếp của người dân vào công việc của địa phương khi pháp luật có quy định”.

Yếu tố chính trị trong cấu trúc của chế định tự quản địa phương là chế độ bầu cử dân chủ theo nguyên tắc phổ thông, tự do, bình đẳng và bỏ phiếu kín nhằm tạo lập những cấu trúc chính trị trong bộ máy tự quản địa phương. Hiến chương cũng khuyến khích các quốc gia thành viên sử dụng các hình thức dân chủ trực tiếp khác nhằm nhấn mạnh rằng, tự quản phải thực sự xuất phát

từ ý chí của nhân dân địa phương, từ lợi ích của người dân và có năng lực phục vụ lợi ích đó. Các hội đồng do nhân dân địa phương trực tiếp bầu ra được xác định là hạt nhân và biểu trưng của dân chủ địa phương, với những thẩm quyền quan trọng trong hệ thống chính quyền như quyết định phương hướng, quy hoạch phát triển, quyết định ngân sách địa phương, kiểm soát bộ máy hành chính địa phương. Hiến chương ghi nhận về việc giám sát đối với hoạt động của các cơ quan tự quản địa phương. Theo đó, việc kiểm tra, giám sát các cơ quan này chỉ có thể được thực hiện khi Hiến pháp và pháp luật quy định và theo những trình tự chặt chẽ.

Một nội dung quan trọng của Hiến chương là nguyên tắc hình thành và sử dụng ngân sách địa phương (Điều 9). Theo đó, địa phương tự quản có quyền hình thành và quản lý các nguồn lực tài chính của mình, những nguồn lực đó phải phù hợp và tương thích với các thẩm quyền được Hiến pháp và pháp luật quy định. Ghi nhận khả năng mất cân đối ngân sách có thể xảy ra giữa các đơn vị địa phương, Hiến chương đã đề ra nguyên tắc hỗ trợ của Nhà nước đối với các địa phương. Theo đó, việc bảo vệ những địa phương có hạn chế về tài chính dựa trên nguyên tắc và thủ tục cân đối tài chính hoặc các giải pháp ngang bằng khác nhằm khắc phục tình hình chênh lệch về nguồn vốn giữa các địa phương. Tuy nhiên, Hiến chương cũng nhấn mạnh, sự điều chỉnh, phân phối lại ngân sách phải bảo đảm để không ảnh hưởng đến quyền tự quyết trong khuôn khổ thẩm quyền của các địa phương đó; sự hỗ trợ không được làm mất quyền tự chủ của địa phương. Hiến chương đề cập đến vấn đề hợp tác, phối hợp giữa các địa phương tự quản với nhau và quyền của địa phương tự quản trong việc bảo vệ lợi ích

<sup>9</sup> *European Charter of Local Self-government*, <https://rm.coe.int/168007a088>, truy cập ngày 4/5/2018.

cũng như các quyền của mình bằng con đường tòa án.

Hiến chương xác định tự quản là một *quyền* của đơn vị địa phương. Bảo đảm quan trọng nhất cho việc thực hiện quyền này trên thực tế là sự thừa nhận, ghi nhận và thực hiện nguyên tắc tự quyết từ dưới lên (*Principle of Subsidiarity*)<sup>10</sup>. Tuân thủ nguyên tắc cốt lõi này, Hiến chương xác định mọi công việc ở địa phương trước hết phải thuộc thẩm quyền và trách nhiệm giải quyết của địa phương, chính quyền cấp trên và trung ương giải quyết những việc có mức độ phức tạp và phạm vi vượt ra ngoài khả năng của địa phương.

Với những nội dung trên đây, Hiến chương đã thật sự xác lập quan điểm và mô hình lý luận làm nền tảng cho quá trình cải cách quản trị địa phương ở các quốc gia châu Âu trong nhiều thập niên qua. Ảnh hưởng lớn từ những nguyên tắc của Hiến chương đã lan tỏa đến quá trình vận hành thiết chế quản trị địa phương các quốc gia thành viên. Hiến pháp của Pháp, Đức, Italy, Tây Ban Nha,... đều ghi nhận những nội dung cốt lõi của chế định tự quản địa phương. Đồng thời, trong các phán quyết của mình về những vụ tranh chấp thẩm quyền giữa các đơn vị lãnh thổ, Tòa án Hiến pháp của nhiều quốc gia châu Âu đều lấy nguyên tắc tự quản này làm căn cứ hàng đầu<sup>11</sup>.

## 2. Tham chiếu với Việt Nam

Nghiên cứu về lịch sử hình thành chế độ tự quản địa phương ở các nước châu Âu nói trên cho thấy một điểm tương đồng là hệ

thống quản trị địa phương luôn lấy những đơn vị quần cư hình thành một cách tự nhiên với những tập quán, văn hóa riêng của mình làm cơ sở định vị hệ thống. Thậm chí ở Anh, khi người Norman đến chiếm đóng thì các Hoàng đế chinh phục đã phải cam kết giữ nguyên tập quán của các địa phương và coi đó là cơ sở cho sự tồn tại về mặt kinh tế của triều đình<sup>12</sup>. Mặc dù điều kiện kinh tế - xã hội là không giống nhau, nhưng trên nhiều đặc điểm, tính tự trị làng xã ở Việt Nam từ xa xưa cũng cho thấy có cùng quy luật phát sinh và tồn tại tương tự như ở các khu vực khác trên thế giới, trong đó có các quốc gia châu Âu.

Có thể thấy rằng, trong các giai đoạn khác nhau, với những bối cảnh vô cùng khó khăn và ác liệt, Đảng và Nhà nước ta rất coi trọng vấn đề quản lý hành chính địa phương trên phương diện phân chia đơn vị hành chính, bảo đảm phúc đáp kịp thời, mau lẹ nhiệm vụ kháng chiến kiến quốc, xây dựng đất nước trong thời hòa bình. Điều đáng chú ý là ngoại trừ một vài lần sáp nhập, chia tách lớn liên quan đến đơn vị hành chính cấp tỉnh thì ở những đơn vị dưới cấp tỉnh luôn thể hiện rõ tính ổn định ít xáo trộn; đặc biệt là kể từ sau năm 1958 - khi bãi bỏ cấp hành chính khu và liên khu. Tuy nhiên, đến thời kỳ quản lý tập trung, quan liêu, bao cấp, sự phân chia đơn vị lãnh thổ có giai đoạn đã sa vào chủ nghĩa duy ý chí, thiếu cơ sở thực tiễn, thậm chí là thiếu tính định hướng rõ ràng, chẳng hạn như việc chia tách dẫn tới làm tăng một cách quá mức số lượng các đơn vị hành chính cấp huyện và xã.

Nhìn nhận một cách có hệ thống quan điểm và chủ trương của Đảng Cộng sản và

<sup>10</sup> Cross S.A., *Principles of Local Government Law*, Fifth Edition, London, 1984, p. 94-102.

<sup>11</sup> Himsworth C.M.G., *The European Charter of Local Self-government: A Treaty for local democracy*, Edinburg University Press, 2015, p.15.

<sup>12</sup> King D., Stoker G. (eds), *Rethinking Local Democracy*, London, 1996, p.245.

Nhà nước Việt Nam trong vấn đề quản trị địa phương, có thể đi đến một nhận xét chung nhất là: Đẩy mạnh phân cấp, thực hiện dân chủ, bảo đảm sự tham gia của nhân dân vào hoạt động quản lý, tăng quyền chủ động, tính năng động, sáng tạo và trách nhiệm của chính quyền địa phương trong việc thực hiện các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội tại địa bàn, trong điều kiện bảo đảm sự quản lý thống nhất của Nhà nước trung ương là quan điểm, chủ trương nhất quán, được hình thành và phát triển từng bước qua các giai đoạn lịch sử nước ta. Quan điểm này đã được Hiến pháp năm 2013 ghi nhận tại khoản 2 Điều 112: “Nhiệm vụ, quyền hạn của chính quyền địa phương được xác định trên cơ sở phân định thẩm quyền giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương và mỗi cấp chính quyền địa phương”; “Trong trường hợp cần thiết, chính quyền địa phương được giao thực hiện một số nhiệm vụ của cơ quan nhà nước cấp trên với các điều kiện bảo đảm thực hiện nhiệm vụ đó” (khoản 3 Điều 112).

Mặc dù trong nhiều mặt khác nhau của chế định quản trị địa phương, Việt Nam đã tiếp cận những tiêu chí nhất định về dân chủ địa phương, nhưng về cơ bản các cơ chế pháp lý của quản trị địa phương vẫn đang là những cơ chế phân cấp quản lý mà chưa phải là cơ chế phân quyền, tự quản của địa phương<sup>13</sup>. Điều này đã dẫn đến những hệ lụy và bức xúc trong thực tiễn quản trị quốc gia trên tất cả các mặt từ vĩ mô và vi mô.

Thực trạng phân cấp quản lý nhà nước đối với các lĩnh vực trọng yếu như quy hoạch, kế hoạch, tài chính – ngân sách, tổ

chức và cán bộ cho thấy rõ một điểm chung là cơ chế phân cấp – một sản phẩm và biểu hiện của cơ chế tập trung, quan liêu bao cấp vẫn còn hiện hữu trong mối quan hệ giữa trung ương và địa phương. Cơ chế đó dẫn đến thực trạng kém chủ động, thậm chí là tư tưởng ỷ lại của địa phương và sự quan liêu của cấp trên, không khai thác được tiềm lực về tài nguyên và con người của địa phương, không phát huy được sức mạnh và vai trò của người dân địa phương.

Do đó, nhiều địa phương đã có những giải pháp theo hướng bứt phá, “xé rào”, tức là thoát ra khỏi cơ chế chung, tìm kiếm những cách làm “ngoài cơ chế”. Tình hình đó có thể tạo ra một số kết quả nhất thời, kể cả những thành công, nhưng hệ lụy tiêu cực là sự thiếu kiểm soát và có thể dẫn đến những kết quả mất cân đối nguồn lực và thiếu công bằng giữa các địa phương, ảnh hưởng đến kỷ luật và kỷ cương quốc gia.

Nhu cầu vượt ra khỏi cơ chế phân cấp kém chủ động và khó kiểm soát để tiến tới phân quyền không chỉ phát sinh từ phía các địa phương mà cũng đã được nhận thức từ phía trung ương. Gần đây nhất trước nhu cầu của Tp. Hồ Chí Minh, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 54/2017/QH14 ngày 24/11/2017 về thí điểm cơ chế, chính sách đặc thù phát triển Tp. Hồ Chí Minh<sup>14</sup>. Nghị quyết xác định 5 lĩnh vực hàng đầu cần áp dụng các cơ chế, chính sách đặc thù: Về đất đai, đầu tư, tài chính - ngân sách, cơ chế ủy quyền giữa các cấp chính quyền trong phạm vi lãnh thổ, cơ chế về thu nhập của cán bộ, công chức, viên chức thuộc thành phố. Thực chất, đây cũng chính là những vấn đề cơ

<sup>13</sup> Ban Chỉ đạo Tổng kết thi hành Hiến pháp 1992, *Kỷ yếu Hội thảo Đánh giá các quy định về Chương Chính quyền địa phương và đề xuất các điều khoản cụ thể*, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 15/3/2013, tr.141.

<sup>14</sup> Nghị quyết số 54/2017/QH14 ngày 24/11/2017 về thí điểm cơ chế, chính sách đặc thù phát triển Thành phố Hồ Chí Minh, Báo Điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam, thứ 5, ngày 5/7/2018.

bản nhất của mối quan hệ phân cấp, phân quyền giữa trung ương và địa phương.

Việc Quốc hội chủ trương tiến hành áp dụng thí điểm một số cơ chế đặc thù cho Tp. Hồ Chí Minh vừa phản ánh được nhu cầu cấp thiết không chỉ của địa phương này, mà còn là của các địa phương trong cả nước, đồng thời cho thấy sự nhận thức chung về xu thế trao quyền chủ động cho các địa phương trong quá trình phát triển. Kinh nghiệm của các quốc gia châu Âu cho thấy, nếu việc thí điểm thành công tại Tp. Hồ Chí Minh, chúng ta sẽ có đủ căn cứ để tính đến một phương thức quản trị địa phương trên nền tảng của cơ chế ổn định bằng pháp luật đối với từng địa phương, nhằm tạo chủ động cho địa phương và khả năng kiểm tra, giám sát hữu hiệu từ phía trung ương, khắc phục triệt để những bất cập của cơ chế phân cấp đã và đang tồn tại cho đến nay.

Kinh nghiệm các nước châu Âu cũng cho thấy, để tiến hành cải cách quản trị địa phương theo hướng phân quyền, trước hết cần xây dựng quan điểm nhìn nhận về địa phương từ phương diện lợi ích của cộng đồng lãnh thổ, xác lập đúng đắn nội hàm cơ

bản của chế độ phân quyền, tự quản địa phương. Đó là: Sự hiện diện ổn định của đơn vị hành chính lãnh thổ; bảo đảm sự độc lập về quyền của đơn vị địa phương theo nguyên tắc những gì địa phương có thể làm được tốt hơn cho lợi ích và nhu cầu của nhân dân địa phương thì phải thuộc về nhiệm vụ của chính quyền địa phương; sự hiện diện và hoạt động có hiệu quả các thiết chế dân chủ địa phương thuộc yếu tố chính trị của chế độ phân quyền và tự quản địa phương. Ở đây, cần phải nói thêm rằng, các quốc gia châu Âu đều khẳng định sự hiện diện cần thiết của yếu tố chính trị này và vì vậy họ luôn chú ý củng cố vị trí thực quyền của các thiết chế dân chủ địa phương, bao gồm dân chủ đại diện và dân chủ trực tiếp. Liên hệ với thực tiễn nước ta, có thể thấy rằng, nơi này nơi khác vẫn còn hiện tượng mất dân chủ ở địa phương, sự thiếu công khai, minh bạch vẫn hiện hữu và minh chứng là sự xuất hiện của nhiều điểm nóng, khiếu kiện đông người... Do vậy, tự chủ của địa phương nhất thiết phải được củng cố bởi nền tảng dân chủ đích thực ở cơ sở.

---

*(Tiếp theo trang 72 – Đánh bắt cá bất hợp pháp...)*

Từ kinh nghiệm khắc phục thể bị áp đặt bởi EU của các quốc gia, để nhanh chóng được rút lại thể, Việt Nam cần nỗ lực để thực hiện các biện pháp nhằm ngăn chặn có hiệu quả các hoạt động IUU của ngư dân tại vùng biển nước ngoài, đảm bảo xây dựng và phát triển nghề cá bền vững tại Việt Nam. Những giải pháp này sẽ phải bao hàm và cũng nhằm thực hiện các khuyến nghị mà EU đã đưa ra cho Việt Nam như: Các giải pháp về xây dựng chính sách đối với nghề cá, xây dựng các quy định để điều chỉnh

hoạt động IUU; Giải pháp khắc phục các biện pháp hạn chế thương mại từ các quốc gia, khu vực... Đặc biệt trong bối cảnh tàu cá của ngư dân Việt Nam tiến hành các hoạt động IUU nhiều như hiện nay, Việt Nam cũng cần lưu ý đến các biện pháp nhằm tăng cường hợp tác quốc tế và tham gia các diễn đàn quốc tế, khu vực về IUU như: Thiết lập các đường dây nóng với các nước, hoặc tham gia ký các điều ước về phòng chống IUU trong khu vực với các quốc gia.