

THÔNG RA MỘT KỶ

8(352)

2017

NUM TH 46

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TR VN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

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

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

*Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn*

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

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LY LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT, LUẬT HIẾN PHÁP

- ❖ NGUYỄN VĂN CƯƠNG: Tiếp nhận pháp luật nước ngoài: Nhìn từ thực tiễn Việt Nam 3
- ❖ PHAN THANH HÀ: Một số vấn đề về cơ chế pháp lý bảo hộ công dân trong nước ở Việt Nam 9
- ❖ NGUYỄN LINH GIANG: Vai trò, hoạt động của các tổ chức xã hội trong tham gia quản lý nhà nước và bảo vệ quyền con người 16

LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH, LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

- ❖ NGUYỄN PHƯƠNG LAN: Những bất cập về điều kiện nuôi con nuôi trong Luật Nuôi con nuôi năm 2010 24
- ❖ NGUYỄN THỊ THU THỦY – LÊ HẢI AN: Về điều kiện áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng dân sự 32

LUẬT KINH TẾ, LUẬT MÔI TRƯỜNG

- ❖ ĐÀO THỊ THU H NG: Một số bất cập trong tiếp cận thị trường thương mại dịch vụ ở Việt Nam hiện nay căn cứ theo cam kết WTO 39
- ❖ NGUYỄN THU DUNG – CAO THỊ LÊ THƯƠNG: Nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế giữa nhà đầu tư nước ngoài và quốc gia tiếp nhận đầu tư 45
- ❖ BÙI ĐỨC HI N: Pháp luật về sự tham gia của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường ở Việt Nam hiện nay 59

LUẬT QUỐC TẾ

- ❖ NGUYỄN TOÀN TH NG – MẠC THỊ HOÀI THƯƠNG: Quá trình phát triển của pháp luật Việt Nam về bảo lưu điều ước quốc tế 67
- ❖ NGUYỄN TI N ĐỨC – PHẠM H NG NHẬT: Chức năng tư vấn của Tòa án Luật biên quốc tế và gợi mở cho Việt Nam 75

MONTHLY ISSUE

8(352)

2017

46TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 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 THEORY, CONSTITUTIONAL LAW

❖ NGUYEN VAN CUONG: Legal Transplants from the Perspective of Vietnam's Practice 3

❖ PHAN THANH HA: Some Issues on the Mechanism of Citizen Protection in Vietnam 9

❖ NGUYEN LINH GIANG: The Role and Activities of Social Society Organizations in State Administration and Human Right Protection 16

FAMILY AND MARRIAGE LAW, CIVIL PROCEDURE LAW

❖ NGUYEN PHUONG LAN: Shortcomings on Adoption Requirement in the Law on Adoption of 2010 24

❖ NGUYEN THI THU THUY – LE HAI AN: On Requirement for Enforcing Temporary Injunctive Relief in Civil Procedure 32

ECONOMIC LAW, ENVIRONMENTAL LAW

❖ DAO THI THU HANG: Shortcomings in Service Market Access in Vietnam According to WTO Commitment 39

❖ NGUYEN THU DUNG – CAO THI LE THUONG: Fair and Equitable Treatment in Investor State Dispute Settlement 45

❖ BUI DUC HIEN: Law and Regulation on Residential Community Participation in Environmental Protection in Vietnam 59

INTERNATIONAL LAW

❖ NGUYEN TOAN THANG – MAC THI HOAI THUONG: The Development of Vietnamese Law and Regulation on Reservation to Treaties 67

❖ NGUYEN TIEN DUC – PHAM HONG NHAT: Advisory Function of the International Tribunal for Law of the Sea: Implications for Vietnam 75

TIẾP NHẬN PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI: NHÌN TỪ THỰC TIỄN VIỆT NAM

Nguyễn Văn Cương*

Tóm tắt: Bài viết trình bày khái quát các lý thuyết về tiếp nhận pháp luật nước ngoài (*legal transplantation theories*) đang có ảnh hưởng rộng rãi ở các quốc gia trên thế giới, liên hệ với thực tiễn Việt Nam, từ đó đưa ra những đề xuất, khuyến nghị cho hoạt động tiếp nhận pháp luật nước ngoài trong xây dựng pháp luật ở nước ta hiện nay.

Abstract: This paper briefly reviews legal transplant theories which have comprehensive influence in some countries in the world and the practice of legal transplants in Vietnam. It then makes proposals for legal transplants in the process of building up law and regulation in Vietnam.

1. Khái quát về tiếp nhận pháp luật nước ngoài

Tiếp nhận pháp luật nước ngoài hay còn gọi là cấy ghép pháp luật (*legal transplants*) đã được nghiên cứu sâu bởi những lý thuyết gia rất nổi tiếng như Alan Watson¹, Otto Kahn Freund², Gunther Teubner³, William Twining⁴, A. Seidman⁵, David Nelken⁶... Vấn đề này càng có ý nghĩa trong bối cảnh

hiều quốc gia trên thế giới tiến hành chuyển đổi từ cơ chế kế hoạch hóa tập trung sang cơ chế thị trường từ cuối thập niên 1980 đến đầu thập niên 1990 cùng với việc nhập khẩu một phần đáng kể mô hình quản trị xã hội của các nước phương Tây.

Ngay từ thế kỷ XVIII, Montesquieu, cha đẻ của luật học so sánh hiện đại, đã đưa ra luận đề “*pháp luật nên được xem là sản phẩm đặc thù của một cộng đồng người và sẽ chỉ là điều ngẫu nhiên nếu pháp luật nước này lại có thể phù hợp với nhu cầu của nước kia. Pháp luật phụ thuộc vào các phẩm chất vật lý của quốc gia, khí hậu nóng, lạnh hay ôn hòa, địa thế và quy mô lãnh thổ, phương thức sống của cộng đồng người (họ là nông dân, thợ săn hay người làm vườn), vào mức độ tự do mà hiến pháp của cộng đồng ấy ghi nhận, vào tôn giáo của cư dân, sở thích, sự giàu có, số lượng, hoạt động thương mại, phong tục và tập quán của họ*”⁷. Luận đề này được O. Kaln-

* TS., Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

¹ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2d ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993). Ấn bản đầu tiên của cuốn sách này được xuất bản vào năm 1974.

² O. Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law” (1974) 37 Mod. L. Rev. 1.

³ Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences” (1998) 61 Mod L. Rev. 11.

⁴ William Twining, “Diffusion of Law: A Global Perspective” (2004) 49 J. Legal Pluralism & Unofficial L. 1.

⁵ Ann Seidman & Robert B. Seidman, “Not a Treasure Chest, a Tool Box: Lessons from a Chinese Legislative Drafting Project” in Ann Seidman, Robert Seidman & Janice Payne, eds., *Legislative Drafting for Market Reform: Some Lessons from China* (London: Macmillan Press, 1997) 1.

⁶ David Nelken, “The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers” (2001) 19 Windsor Y.B. Access Just. 349.

⁷ Trích dẫn trong Robert Launay, “Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law” in Annelise Riles, ed., *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart, 2001) at 22.

Freund (1974) nói gọn lại rằng “*chỉ trong những trường hợp cực kỳ ngoại lệ thì mới có chuyện thể chế của nước này được sinh ra để phúc đáp nhu cầu của nước khác*”⁸. Chính vì thế, du nhập pháp luật nước ngoài để giải quyết các vấn đề của nước mình không phải là giải pháp khôn ngoan. Thêm vào đó, các quy phạm “ngoại nhập” luôn chịu rủi ro của sự đào thải từ chính hệ thống pháp luật bản địa. Theo O. Kahn-Freund, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài thành công chỉ là trường hợp rất ngoại lệ và phải có nhiều điều kiện kèm theo, trong đó có điều kiện về sự tương thích của quy phạm ngoại nhập với điều kiện chính trị, văn hóa pháp lý của quốc gia nhập khẩu.

A. Seidman và R. Seidman, khi phân tích về cách thay đổi công nghệ xây dựng pháp luật giúp các quốc gia nghèo kiến tạo quá trình phát triển của mình cũng cảnh báo rằng, việc sao chép pháp luật có hiệu lực cao của các nước phát triển sang các nước đang phát triển sẽ luôn dẫn tới sự thất bại. Hơn nữa, cách làm này có thể còn mang lại những điều nguy hại. Đó là do hành vi của con người là sản phẩm của nhiều yếu tố tác động mà quy phạm pháp luật chỉ là một yếu tố bên cạnh nhiều yếu tố khác như lịch sử, văn hóa, truyền thống, xã hội. Vì thế, quy phạm giống nhau ở hai quốc gia khác nhau sẽ cho kết quả hoàn toàn khác nhau. Con đường đúng đắn là các nước đang phát triển phải áp dụng tư duy giải quyết vấn đề (problem-solving methodology), nhận diện rõ hiện trạng đất nước mình, xác định rõ nguyên nhân (nhất là nguyên nhân thuộc về

hành vi của con người) để tìm ra giải pháp cho sự thay đổi⁹.

Học giả Pierre Legrand (người Pháp) thậm chí cho rằng, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài là hiện tượng không có thật về mặt bản chất. Theo đó, ngôn từ pháp lý có thể nhập khẩu, nhưng ý nghĩa đích thực của ngôn từ ấy lại không thể dịch chuyển bởi lẽ, ý nghĩa của ngôn từ pháp lý do mối liên hệ giữa ngôn từ ấy với cả một nền văn hóa pháp lý quyết định. Mỗi quy phạm pháp luật chỉ là thành tố, một mắt xích trong cả hệ thống pháp luật và truyền thống, văn hóa pháp lý của mỗi nước. Nội dung, ý nghĩa của mỗi quy phạm ấy do chính nền văn hóa pháp lý quy định. Bởi vậy, khi tiếp nhận pháp luật nước ngoài, cái mà bên tiếp nhận nhận được chỉ là vỏ ngôn ngữ mà thôi¹⁰.

Ngược lại, Alan Watson (1974) lại cho rằng, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài (hoặc cấy ghép pháp luật) là “*đặc biệt phổ biến. Điều này đúng cả với thời cổ đại và thời hiện nay. Cấy ghép pháp luật nước ngoài là nguồn chủ yếu nhất của sự phát triển pháp luật. Những thay đổi chủ yếu nhất của các hệ thống pháp luật đều là sản*

⁸ O. Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law” (1974) 37 Mod. L. Rev. 1 at 6.

⁹ Robert B. Seidman, *The State, Law and Development* (New York: St. Martin’s Press, 1978) at 34; Ann Seidman & Robert B. Seidman, “Not a Treasure Chest, a Tool Box: Lessons from a Chinese Legislative Drafting Project” in Ann Seidman, Robert Seidman & Janice Payne, eds., *Legislative Drafting for Market Reform: Some Lessons from China* (London: Macmillan Press, 1997) 1 at 9; Ann Seidman & Robert Seidman, *State and Law in the Development Process: Problem-solving and Institutional Change in the Third World* (London: St. Martin’s Press, 1994) at 44.

¹⁰ Pierre Legrand, “The Impossibility of Legal Transplants” (1997) 4 M.J.E.C.L 111 at 77; see also, Pierre Legrand, “How to Compare Now” (1996) 16 L.S. 232.

phẩm của sự vay mượn pháp luật”¹¹. Nhận định này được kế thừa từ nhận định của nhà xã hội học pháp luật nổi tiếng đầu thế kỷ XX - Roscoe Pound rằng: “Lịch sử phát triển của một hệ thống pháp luật là lịch sử của sự vay mượn chất liệu từ hệ thống pháp luật khác và sự đồng hóa những chất liệu có nguồn gốc từ bên ngoài ấy”¹².

Ở giữa những thái cực kể trên là quan điểm cho rằng, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài vào một quốc gia là có thể làm được, tuy nhiên, mọi sự tiếp nhận đều cần có sự chỉnh sửa, thay đổi cần thiết chứ không thể sao chép máy móc. Bản thân nguồn gốc “ngoại” của quy phạm pháp luật không phải là rào cản đối với sự tiếp nhận, bởi ngay bản thân các hệ thống pháp luật cũng chứa đựng những giải pháp “nội” mà không chắc mọi giải pháp “nội” đều vận hành tốt. Việc thay đổi các quy định, thiết chế có nguồn gốc “ngoại” như thế nào sẽ do điều kiện cụ thể của quốc gia tiếp nhận quyết định. Tuy nhiên, trước khi tiến hành việc tiếp nhận, điều quan trọng là các nhà lập pháp cần xác định xem giải pháp đó có phù hợp với hệ thống pháp luật, với văn hóa pháp lý bản địa hay không. Ngoài ra, sau khi được tiếp nhận, các quy phạm có nguồn gốc “ngoại” có thể sẽ bị tiếp biến để trở thành phiên bản mới không nhất thiết trùng khớp với cách hiểu ban đầu ở nước “xuất khẩu”¹³.

Như vậy, dù có nhiều quan điểm khác nhau, nhưng điểm chung của các lập luận kể trên cho rằng, đưa ra giải pháp pháp lý phù hợp để giải quyết vấn đề phát triển phải là sản phẩm của quá trình cân nhắc kỹ lưỡng, là sản phẩm của sự chọn lựa/quyết định có đầy đủ thông tin (informed decision making).

2. Thực tiễn tiếp nhận pháp luật nước ngoài ở Việt Nam

Với giới nghiên cứu luật Việt Nam, hiện tượng tiếp nhận pháp luật nước ngoài còn ít được nghiên cứu với chiều sâu về lý luận¹⁴. Thêm vào đó, từ việc nghiên cứu, nhận diện đúng bản chất của hiện tượng tiếp nhận pháp luật nước ngoài để đưa ra những khuyến nghị về xây dựng pháp luật, nhằm tìm ra những giải pháp lập pháp hợp lý vẫn đang cần giới nghiên cứu khoa học pháp lý tiếp tục khai phá.

Tuy nhiên, hiện tượng tiếp nhận pháp luật nước ngoài đã diễn ra từ lâu. Ngay Bộ luật Hồng Đức ở thế kỷ XV, Bộ luật được xem là niềm tự hào của người Việt một thời cũng hàm chứa không ít nội dung kế thừa kinh nghiệm lập pháp của một số triều đại Trung Quốc. Nhìn rộng ra, việc du nhập các giá trị văn hóa từ nước ngoài đã được người Việt tiến hành hàng thiên niên kỷ trước. Điều đó lý giải vì sao Đạo Phật, Nho Giáo... lại có mặt trong nền văn hóa Việt Nam. Tiếp nhận pháp luật nước ngoài cũng

¹¹ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2d ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993) at 95.

¹² Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2d ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993) at 22.

¹³ K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3d ed., trans. By Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1998) at 16-17; see also, Zentaro Kitagawa, “Development of Comparative Law in East Asia” in Mathias Reimann & Reinhard

Zimmermann, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 237 at 254.

¹⁴ Tuy nhiên, có thể kể tới các công trình nghiên cứu của John Gillespie, Pip Nicholson... Ví dụ: John S. Gillespie, *Transplanting Commercial Law Reform: Developing a “Rule of Law” in Vietnam* (Farnham, UK: Ashgate, 2006); Penelope (Pip) Nicholson, *Borrowing Court Systems: The Experience of Socialist Vietnam* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007).

diễn ra trong thời kỳ kế hoạch hóa tập trung, mô hình nhà nước theo thuyết tập quyền được tham khảo từ các nước xã hội chủ nghĩa trước đây. Điều đó *không có gì đáng ngại, bởi lẽ một trong quy luật phát triển của các nền văn hóa là quy luật về giao lưu, tiếp biến các giá trị văn hóa*. Nếu xem pháp luật như một bộ phận trong văn hóa quốc gia thì chuyện giao lưu, tiếp biến các giá trị pháp lý của các hệ thống pháp luật cũng là điều xảy ra ở nhiều nơi, bao gồm cả Nhật Bản¹⁵, Hàn Quốc¹⁶, Trung Quốc, Malaysia, Singapore, Thái Lan...

3 thập niên cải cách, đổi mới vừa qua là 3 thập niên mà hiện tượng tiếp nhận pháp luật nước ngoài diễn ra thật sự rõ nét. Điều đó trước hết xuất phát từ nhu cầu nội tại của Việt Nam khi tiến hành chuyển đổi cơ chế kinh tế và đổi mới hệ thống chính trị. Quá trình tiếp nhận pháp luật nước ngoài cũng được thực hiện bằng nhiều con đường khác nhau:

- Có trường hợp, do nhu cầu nội tại, nhà nước Việt Nam chủ động cử cán bộ đi học tập kinh nghiệm quốc tế để tìm ra giải pháp phù hợp cho Việt Nam. Ví dụ, hai pháp lệnh ngân hàng ra đời là nền tảng đầu tiên để chúng ta hoạt động theo nguyên tắc thị trường¹⁷.

Thực tế, trước khi xây dựng bất cứ dự án luật lớn nào, các cơ quan chủ trì soạn thảo cũng cử các đoàn cán bộ đi thăm quan,

nghiên cứu, học tập kinh nghiệm của nước ngoài. Trong đợt sửa đổi, bổ sung Hiến pháp vừa qua, hàng chục bản Hiến pháp của các nước đã được dịch thuật, nghiên cứu, so sánh, đối chiếu. Đi kèm với việc nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế, các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam còn phối hợp với các đối tác của Đức, Pháp, Nhật Bản tổ chức hội thảo, tọa đàm chia sẻ kinh nghiệm quốc tế trong việc xử lý các vấn đề trong quá trình xây dựng Hiến pháp.

- Có trường hợp, thông qua hợp tác quốc tế, Việt Nam chủ động mời các chuyên gia nước ngoài vào Việt Nam tư vấn, đào tạo, hỗ trợ các hoạt động cải cách pháp luật, cải cách phương pháp quản lý nhà nước. Chẳng hạn, trong lĩnh vực quản lý đất đai, từ năm 1991, Tổng cục đất đai đã hợp tác với Bộ Đất đai bang West Australia nghiên cứu về hệ thống quản lý đất đai ở Việt Nam. Các chương trình hợp tác với trị giá hợp tác lên tới hàng chục triệu USD (chẳng hạn chương trình SEMLA của Thụy Điển về tăng cường năng lực quản lý đất đai và môi trường do Chính phủ Thụy Điển tài trợ tới 25 triệu USD)¹⁸. Trong lĩnh vực pháp luật dân sự, bồi thường nhà nước, có các nhà tài trợ đến từ Nhật Bản (JICA), Pháp (nhất là thông qua thiết chế Nhà pháp luật Việt - Pháp). Trong lĩnh vực về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, là hỗ trợ của MUTRAPS, CUTS, USAID...

- Ngoài ra, việc đàm phán các hiệp định thương mại với các đối tác cũng tạo ra động lực, thậm chí là “sức ép” để quá trình tiếp nhận pháp luật nước ngoài (hoặc tiếp nhận các chuẩn mực quốc tế) diễn ra nhanh hơn.

¹⁵ Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2011).

¹⁶ Hyunah Yang (ed.), *Law and Society in Korea* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013); Korea Legislation Research Institute (ed.), *Introduction to Korean Law* (New York: Springer, 2013).

¹⁷ VietnamNet (ngày 14/1/2015), “Minh Phụng - Epcó: Bài học cuộc đời cựu Thống đốc Cao Sỹ Kiêm”, <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-te/216514/minh-phung---epco--bai-hoc-cuoc-doi-cuu-thong-doc-cao-sy-kiem.html>, truy cập ngày 15/3/2017.

¹⁸ TS. Nguyễn Đình Bồng (chủ biên), *Mô hình quản lý đất đai hiện đại ở một số nước và kinh nghiệm cho Việt Nam*, Hà Nội, Nxb. Chính trị quốc gia, 2014, tr.240-266.

Chẳng hạn, việc ký kết Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2001, việc đàm phán gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) đã góp phần thúc đẩy Việt Nam cải cách các quy định liên quan tới bảo hộ đầu tư nước ngoài, bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ và bảo vệ cạnh tranh, chống độc quyền trên thị trường. Luật Cạnh tranh năm 2004 (với nhiều nét mô phỏng mô hình kiểm soát cạnh tranh kiểu châu Âu và Hoa Kỳ), Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, Luật Đầu tư năm 2005 là những sản phẩm như vậy. Việc cam kết minh bạch hóa hệ thống pháp luật khi Việt Nam gia nhập WTO (năm 2007) cũng là một trong những yếu tố tác động trực tiếp để Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 đưa ra quy định về công khai và đăng tải dự thảo văn bản quy phạm pháp luật (do các cơ quan trung ương ban hành) trên Internet.

Bên cạnh đó, khi Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập các điều ước quốc tế, nghĩa vụ tôn trọng các cam kết quốc tế (*pacta sunt servanda*) cũng thường đi tới việc nội luật hóa các cam kết quốc tế của Việt Nam. Đó cũng là một trong những con đường để du nhập pháp luật nước ngoài hoặc các chuẩn mực quốc tế vào hệ thống pháp luật Việt Nam. Ví dụ, trong lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 2013 vừa qua, nhiều quy định của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (Việt Nam gia nhập từ năm 1982) đã được thể hiện trong các quy định về quyền con người của Hiến pháp. Khoản 1 Điều 6 Công ước quy định: “*Mọi người đều có quyền có hữu là được sống. Quyền này phải được pháp luật bảo vệ. Không ai có thể bị tước mạng sống một cách tùy tiện*”. Tinh thần ấy được Điều 19 Hiến pháp năm 2013 thể hiện: “*Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được*

pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật”. Điều 7 của Công ước quy định: “*Không ai có thể bị tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt một cách tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm. Đặc biệt, không ai có thể bị sử dụng để làm thí nghiệm y học hoặc khoa học mà không có sự đồng ý tự nguyện của người đó*”¹⁹. Tinh thần ấy được thể hiện trong Điều 20 Hiến pháp năm 2013: “*Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm... Việc thử nghiệm y học, dược học, khoa học hay bất kỳ hình thức thử nghiệm nào khác trên cơ thể người phải có sự đồng ý của người được thử nghiệm*”... Nhiều tờ trình dự án Luật cho thấy, cơ quan trình dự án luật đã nêu rõ một trong những lý do phải bổ sung các quy định mới hoặc sửa đổi, bổ sung Luật cũ là nhằm bảo đảm sự tương thích của pháp luật Việt Nam với các điều ước quốc tế.

Như vậy, có thể nói, việc du nhập pháp luật nước ngoài hoặc các chuẩn mực pháp lý ở ngoài lãnh thổ Việt Nam vào hệ thống pháp luật Việt Nam là hiện tượng có thực. Việc tiếp nhận ấy được thực hiện bằng nhiều phương thức khác nhau và trước hết là do nhu cầu nội tại từ quá trình cải cách, đổi mới của đất nước, xuất phát từ lợi ích

¹⁹ Trung tâm nghiên cứu về quyền con người và quyền công dân của trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, “Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, 1966” (bản dịch tiếng Việt) http://hcr.c.edu.vn/index.php?option=com_content&view=article&id=11:cong-c-guc-t-v-cac-quyn-dan-s-chinh-tr-1966&catid=6:b-lut-nhan-quyn-guc-t&Itemid=20, truy cập ngày 15/3/2017.

của Việt Nam và được thực hiện ở tâm thế “chủ động”.

3. Khuyến nghị phương thức tiếp nhận pháp luật nước ngoài ở Việt Nam

Cho đến nay, ở Việt Nam, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài được thực hiện chủ yếu thông qua công tác xây dựng pháp luật. Thực tiễn xây dựng pháp luật cho thấy, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài đặt ra khi chúng ta có nhu cầu đổi mới, phát triển đất nước để các mục tiêu về phát triển kinh tế, an sinh xã hội, bảo vệ môi trường được hiện thực hóa. Vấn đề chính những người xây dựng pháp luật cần lưu tâm là làm sao để pháp luật Việt Nam phù hợp với thực tế Việt Nam, giải quyết được các vấn đề của Việt Nam. Mặc dù vậy, vẫn có trường hợp, pháp luật Việt Nam được ban hành chưa đáp ứng được yêu cầu. Tình trạng nhiều văn bản pháp luật Việt Nam bị sửa đổi, bổ sung liên tục hoặc nhiều quy định còn kém hiệu lực đã cho thấy khoảng cách lớn giữa pháp luật trên giấy với yêu cầu, thực tiễn cuộc sống.

Trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, một trong những điểm sửa đổi căn bản đáng chú ý là đề cao yêu cầu về phân tích, hoạch định chính sách trước khi tiến hành quy phạm hóa. Điều này có nghĩa, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật mới đặt ra yêu cầu cao hơn đối với những người làm công tác xây dựng pháp luật, những cơ quan đề xuất xây dựng pháp luật. Chẳng hạn, trước khi muốn đề xuất xây dựng một luật mới hoặc sửa đổi, bổ sung một đạo luật hiện hành thì chủ thể đề xuất phải làm rõ: Vấn đề gì của thực tiễn cần phải được giải quyết bằng cách ban hành luật mới hoặc sửa đổi, bổ sung đạo luật hiện hành? Nguyên nhân nào gây ra vấn đề ấy (nhất là do nhóm hành vi của chủ

thể/nhóm chủ thể nào gây ra); và có thể thay đổi được bằng cách ban hành luật mới hoặc sửa đổi, bổ sung luật hiện hành không? Có những phương án nào để xử lý? Tác động về chi phí/lợi ích của từng phương án? Phương án nào là phương án tối ưu?... Nói cách khác, việc đổi mới quy trình xây dựng pháp luật phải hướng tới việc thiết lập quy trình với tư cách là một quá trình ra quyết định dựa trên bằng chứng thực tiễn (evidence-based decision making), bảo đảm mọi quyết định được đưa ra là quyết định có đầy đủ thông tin (informed choice).

Về các lý thuyết tiếp nhận pháp luật nước ngoài, có thể thấy, cách tiếp cận của A. Seidman và R. Seidman đang được coi là một hướng đi đúng²⁰. Mặc dù vậy, kinh nghiệm quốc tế là rất quan trọng. Nếu chứng minh được rằng, chúng ta gặp vấn đề tương tự như các nước đã từng gặp và quốc tế đã có kinh nghiệm xử lý, thì việc tham khảo kinh nghiệm quốc tế là rất đáng thực hiện. Kinh nghiệm quốc tế cần phải được đưa vào từ công đoạn hoạch định chính sách. Chính vì thế, bên cạnh các loại tài liệu mà Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 yêu cầu khi chuẩn bị một đề xuất xây dựng luật hoặc khi chuẩn bị một dự thảo luật, cần có báo cáo nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế trong việc xử lý vấn đề tương tự. Đây là việc trong thực tế, nhiều cơ quan soạn thảo đã thực hiện, nhưng do thiếu phương pháp xây dựng nên các báo cáo chỉ thiên về khía cạnh cung cấp một số thông tin mang tính tản mạn về pháp luật nước ngoài (và thường chỉ là văn bản pháp luật

(Xem tiếp trang 66)

²⁰ Cuong Nguyen, *The Drafting of Vietnam's Consumer Protection Law: An Analysis from Legal Transplantation Theories*, <https://dspace.library.uvic.ca/handle/1828/3404>, truy cập ngày 15/3/2017.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ CƠ CHẾ PHÁP LÝ BẢO HỘ CÔNG DÂN TRONG NƯỚC Ở VIỆT NAM

Phan Thanh Hà*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, làm rõ khái niệm, bản chất và đặc điểm của cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân trong nước ở Việt Nam; đồng thời, tác giả đưa ra những bình luận, đánh giá về cơ chế này thông qua các quy định của Hiến pháp năm 2013.

Abstract: This paper analyses and clarifies the concept, nature and characters of the mechanism of citizen protection in Vietnam. It then makes comment and evaluation on that mechanism according to the provisions of the Constitution of 2013.

Đặt vấn đề

Trong khoa học pháp lý truyền thống, bảo hộ công dân (BHCD) trong nước vẫn còn là một điều khá mới mẻ. Chúng ta mới chỉ tư duy về “bảo vệ” hoặc “bảo đảm” quyền con người, quyền công dân mà chưa thật sự nhận thức hết ý nghĩa của “bảo hộ” công dân trong nước. Việc bảo vệ quyền công dân, quyền con người từ phía Nhà nước vẫn còn khá thụ động. Thực tiễn nhận thức này dẫn tới sự thiếu vắng những nền tảng lý thuyết vững chắc cho việc BHCD ở Việt Nam, do đó, việc ghi nhận cơ chế pháp lý về BHCD ở Việt Nam cũng còn khá mờ nhạt, chưa có tính hệ thống.

Thực tiễn pháp lý cho thấy, vấn đề BHCD ở nước ta đã được thể hiện trong Hiến pháp năm 1946 và được Hiến pháp năm 1959 cũng như các bản Hiến pháp sau đó chính thức khẳng định¹. Đây có thể xem là những nền tảng chính trị - pháp lý quan trọng, nhưng đồng thời cũng đặt ra yêu cầu bức thiết phải làm sáng tỏ các vấn đề lý luận và thực tiễn liên quan đến cơ chế pháp lý về BHCD này.

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Tham khảo: Phan Thanh Hà, *Những bước tiến về bảo hộ công dân trên thế giới và ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 24 (238), tháng 12/2016, tr.3-9.

1. Cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân: Khái niệm, bản chất và đặc điểm

1.1. Khái niệm

“Cơ chế” là một thuật ngữ được chuyển ngữ của từ “*mécanisme*” của phương Tây. Theo từ điển Larousse², “*mécanisme*” là “một chuỗi các hoạt động cụ thể để thực hiện một chức năng, quy trình” (“*enchaînement des opérations propres à une fonction, processus*”). Từ điển Tiếng Việt giải nghĩa “*cơ chế*” là “*cách thức tổ chức nội bộ và quy luật vận hành, biến hoá của một hiện tượng*”³. Tham khảo tài liệu quốc tế về quyền con người, cụm từ “*cơ chế của Liên hợp quốc về quyền con người*” (United Nations Human Rights Mechanism) thường được sử dụng để chỉ *bộ máy các cơ quan chuyên trách và hệ thống các quy tắc, thủ tục có liên quan do Liên hợp quốc thiết lập để thúc đẩy và bảo vệ các quyền con người*⁴.

Như vậy, “*cơ chế pháp lý*” theo cách hiểu ngày nay, là một hệ thống tổng thể bao gồm các thể chế, thiết chế, nguyên tắc vận

² Từ điển Larousse online: <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/m%C3%A9canisme/50025?q=m%C3%A9canisme#49921>, truy cập ngày 18/7/2017.

³ Vietlex - Trung tâm từ điển học, Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, năm 2011, tr. 348.

⁴ United Nations, *Human Rights – A Basic Handbook for UN Staff*, tr. 37-52.

hành gắn kết với nhau, hợp thành hệ thống, do pháp luật quy định, tạo thành bảo đảm pháp lý đối với quá trình thực hiện.

Đối với thuật ngữ “*bảo hộ*”, theo các nhà Hiến pháp học người Đức – nơi đầu tiên thể chế hoá vấn đề bảo hộ pháp lý đối với công dân trong Hiến pháp⁵ – thì bảo hộ pháp lý (tiếng Đức: *Rechtsschutz*) là “*bảo đảm các con đường tiếp cận công lý cho công dân*”. Sơ khởi, thuật ngữ này được sử dụng như là một quyền tự vệ của công dân trước hành vi xâm hại của cơ quan quyền lực nhà nước; sau này được mở rộng cho cả các tự nhiên nhân và pháp nhân theo luật tư⁶.

Về mặt ngữ nghĩa, trong tiếng Việt, “*bảo hộ*” là thuật ngữ có gốc từ Hán Việt. “*Bảo*” nghĩa là giữ gìn, “*hộ*” nghĩa là che chở. Như vậy, “*bảo hộ*” nghĩa là giữ gìn, che chở. Theo Từ điển Tiếng Việt, “*bảo hộ*” là “*che chở, không để bị tổn thất*”⁷. Bảo hộ theo nghĩa như vậy được sử dụng trong nhiều tình huống, hoàn cảnh khác nhau.

Trong các tài liệu khoa học pháp lý của Việt Nam hiện nay, thuật ngữ “*bảo hộ*” được sử dụng trong mối quan hệ giữa cơ quan đại diện nhà nước ở nước ngoài và công dân của nước mình đang sinh sống ở nước sở tại⁸. Mặc dù nghĩa “*bảo hộ*” ở đây chỉ giới hạn trong lĩnh vực ngoại giao, nhưng cũng bao quát toàn bộ những nội dung của cơ chế pháp lý về BHCD, thể hiện trách nhiệm của Nhà nước đối với công dân của mình, không phụ thuộc vào không gian

địa lý nơi công dân đó sinh sống, công tác và học tập.

Từ những quan niệm khác nhau về thuật ngữ “*cơ chế*”, “*BHCD*”, và từ nhận thức về tính chính đáng của Nhà nước và trách nhiệm chính trị - pháp lý của Nhà nước trong việc BHCD, tác giả rút ra định nghĩa về cơ chế pháp lý BHCD như sau:

Theo nghĩa rộng, *cơ chế pháp lý về BHCD* được hiểu là *tổng thể nguyên tắc, các thể chế, thiết chế, hình thức vận hành gắn kết với nhau trong một hệ thống nhằm thực hiện trách nhiệm chính trị - pháp lý của Nhà nước trong việc thúc đẩy, giúp đỡ công dân thực hiện các quyền và lợi ích hợp pháp của mình, đồng thời tiến hành bảo vệ khi có sự đe dọa, cản trở hoặc xâm hại đến các quyền và lợi ích đó*.

Theo nghĩa hẹp, *cơ chế pháp lý về BHCD* được hiểu là *tổng thể nguyên tắc, các thể chế, thiết chế, hình thức vận hành gắn kết với nhau trong một hệ thống nhằm thực hiện trách nhiệm chính trị - pháp lý của Nhà nước trong việc thúc đẩy, giúp đỡ và bảo vệ công dân khi có sự đe dọa, cản trở hay xâm hại các quyền cơ bản của họ*.

Để hoạt động bảo hộ pháp lý đối với công dân được thực hiện trên thực tế, cơ chế này phải có những yếu tố cơ bản bao gồm: Thể chế, thiết chế và phương thức thực hiện.

1.2. Bản chất và đặc điểm của cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân

Về bản chất, BHCD⁹ là trách nhiệm chính trị - pháp lý, mà trước hết là trách nhiệm chính trị, xuất phát từ yêu cầu về tính chính đáng của Nhà nước. Trách nhiệm này được đặt ra ngay cả trong các trường hợp nằm ngoài quyền tài phán của quốc gia (ví dụ: Khi công dân đang ở nước ngoài, trong

⁵ Điều 19 Luật Cơ bản – Hiến pháp Cộng hoà Liên bang Đức (sửa đổi ngày 23/12/2014).

⁶ Tham khảo: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), “*Handbuch des Staatsrechts, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit*”, 3. Auflage, 2010, tr. 492 - 505.

⁷ Vietlex - Trung tâm từ điển học, Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, 2011, tr.63.

⁸ Tham khảo: Bộ Ngoại giao – Cục Lãnh sự, “*Sổ tay Công tác lãnh sự ở nước ngoài*”, Hà Nội, 2013, tr.144 - 170.

⁹ Khái niệm “BHCD” trong bài viết này được hiểu là BHCD trong nước.

các vùng chiến sự, các điểm nóng về thiên tai, trên các lãnh thổ có tranh chấp), hoặc khi pháp luật chưa đầy đủ hay thiếu vắng, nhưng vì *các nguyên tắc nhân đạo, công bằng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người*, Nhà nước vẫn phải thực hiện trách nhiệm của mình đối với công dân.

Cần lưu ý rằng, đây là khái niệm gắn với quan hệ giữa Nhà nước và công dân trong một quốc gia cụ thể, qua trách nhiệm bảo hộ các quyền cơ bản của công dân trong một quốc gia, và phân biệt với những cá nhân không phải là công dân của quốc gia đó. Cũng cần thấy, BHCD trong nước và BHCD ở nước ngoài là hai cơ chế bổ sung cho nhau – nằm trong cơ chế bảo hộ đối với công dân nói chung, thể hiện mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân ở mỗi quốc gia. Tuy nhiên, điểm khác biệt lớn nhất giữa BHCD trong nước với BHCD ở nước ngoài đó là: BHCD trong nước được tiến hành trên cơ sở pháp luật quốc gia, các nguyên tắc nhân đạo, công bằng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người với quyền tài phán đầy đủ của Nhà nước; trong khi BHCD ở nước ngoài được thực hiện qua con đường ngoại giao, phù hợp với pháp luật quốc tế và pháp luật nước sở tại, nằm ngoài quyền tài phán của Nhà nước.

Xuất phát từ bản chất này, cơ chế pháp lý về BHCD có *các đặc điểm* sau:

Thứ nhất, cơ chế pháp lý về BHCD gắn liền với pháp luật và được điều chỉnh bằng pháp luật, với văn bản pháp lý cao nhất là Hiến pháp.

Thứ hai, cơ chế pháp lý về BHCD được thực hiện bằng một hệ thống các thiết chế có năng lực hỗ trợ công dân trong cả ba lĩnh vực lập pháp, hành pháp và tư pháp mà tòa án đóng vai trò trung tâm. Trong đó, tài phán hiến pháp có vị trí đặc biệt – là nơi cuối cùng giải quyết các vấn đề về bảo vệ quyền con

người khi vụ việc không thể giải quyết thông qua con đường tòa án thông thường¹⁰.

Thứ ba, tố quyền là hạt nhân trong cơ chế pháp lý về BHCD. Mục đích đầu tiên của BHCD là trao cho người dân công cụ tự bảo vệ mình một cách chủ động trước sự xâm hại từ phía các chủ thể khác, mà hữu hiệu nhất là các tố quyền với tư cách là quyền yêu cầu sự can thiệp, bảo vệ từ phía Nhà nước khi có nguy cơ xâm hại, cản trở quyền con người, quyền công dân. Tố quyền cung cấp cho người dân khả năng phản kháng, thể hiện quan điểm, thái độ của mình khi có sự xâm phạm, đồng thời, thiết kế những chế tài cụ thể bảo đảm tính hiệu quả về mặt pháp lý cho các hình thức tố quyền. Thông qua tố quyền, cơ chế BHCD bảo đảm cho người dân quyền được yêu cầu trách nhiệm tích cực từ phía Nhà nước.

Thứ tư, cơ chế pháp lý về BHCD phải thiết lập được hai lớp bảo vệ đặc thù. Điểm làm nên sự khác biệt giữa cơ chế BHCD với các cơ chế khác đó chính là việc thiết lập các phương thức bảo hộ ở hai cấp độ: Cấp độ bảo hộ đầu tiên với hạt nhân cơ bản là các tố quyền được thực hiện theo các trình tự, thủ tục pháp lý thông thường. Cấp độ bảo hộ thứ hai được áp dụng khi các trình tự, thủ tục pháp lý thông thường không còn phát huy hiệu quả, với hạt nhân là các cơ chế bồi thường nhà nước và tài phán hiến pháp.

Thứ năm, đối tượng của cơ chế pháp lý về BHCD là quyền công dân, mà trước hết là quyền cơ bản của công dân.

Thứ sáu, chủ thể chính của cơ chế pháp lý về BHCD là Nhà nước (chủ thể bảo hộ) và công dân (chủ thể được bảo hộ).

Thứ bảy, điều kiện bảo hộ: Được đặt ra trong trường hợp có những tình huống quyền, tự do của công dân bị đe dọa, bị xâm

¹⁰ Ví dụ như trong các trường hợp chưa có luật quy định để áp dụng giải quyết.

hại, cản trở, nhằm chống lại mọi sự vi phạm, cản trở. Đặc biệt, cơ chế BHCD được vận hành ngay cả khi không có yêu cầu từ phía công dân, hoặc những trường hợp nằm ngoài phạm vi quyền tài phán của Nhà nước.

Thứ tám, giới hạn trách nhiệm của Nhà nước trong cơ chế pháp lý về BHCD được xác định dựa trên những giới hạn quyền và tự do của con người. Giới hạn này phải được xác định trong Hiến pháp của quốc gia, đồng thời, các văn kiện quốc tế về quyền con người cũng là cơ sở pháp lý quan trọng để các quốc gia trong Hiến pháp của mình, xác định những trường hợp cụ thể có thể giới hạn quyền hay giới hạn áp dụng một số quyền.

Như vậy, việc xác định các đặc điểm của cơ chế pháp lý về BHCD trong nước giúp phân biệt một cách cơ bản giữa cơ chế BHCD trong nước với BHCD ở nước ngoài, cũng như giữa cơ chế BHCD nói chung với các cơ chế khác liên quan đến việc bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân.

2. Cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân trong nước nhìn từ góc độ Hiến pháp năm 2013

Hiến pháp năm 2013 được Quốc hội thông qua đánh dấu một bước phát triển mới trong các quy định về vấn đề BHCD ở nước ta. Có thể nói, tuy đã có những nền tảng hiến định về vấn đề này, nhưng cơ chế pháp lý về BHCD ở Việt Nam vẫn đang trong giai đoạn hình thành ban đầu, còn khá đơn giản, thiếu tính hệ thống, nhiều khoảng trống, với các đặc điểm sau:

Thứ nhất, về mặt thể chế, cơ chế pháp lý về BHCD ở Việt Nam gắn liền với pháp luật và được điều chỉnh bằng pháp luật, với văn bản pháp lý cao nhất là Hiến pháp

Với mười điều quy định trực tiếp cũng như các quy định về quyền con người, quyền công dân tại Chương 2 và rải rác tại

một số điều khoản ở các chương khác, Hiến pháp năm 2013 đã thiết lập những nền tảng pháp lý ban đầu cho việc xây dựng và hoàn thiện cơ chế pháp lý về BHCD ở Việt Nam. Hiến pháp năm 2013 tiếp tục khẳng định tinh thần và nội dung BHCD trong các Hiến pháp trước đây, cũng như cụ thể hoá quan điểm của Đảng về thiết lập và củng cố các cơ sở pháp lý quan trọng về BHCD ở Việt Nam (được khẳng định trong Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020) qua một số nội dung cụ thể:

Theo Hiến pháp năm 2013, có thể phân thành ba cách quy định về bảo hộ: Bảo hộ đối với chủ thể; bảo hộ đối với các quan hệ xã hội; và bảo hộ các quyền cụ thể. Bảo hộ đối với chủ thể được quy định đối với công dân Việt Nam ở nước ngoài (khoản 3 Điều 17). Các quy định về bảo hộ quan hệ xã hội gồm: Bảo hộ tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm (Điều 19, Điều 20); bảo hộ hôn nhân và gia đình (khoản 2 Điều 36); bảo hộ tính mạng, tài sản và các quyền, lợi ích chính đáng theo pháp luật Việt Nam đối với người nước ngoài cư trú ở Việt Nam (Điều 48); bảo hộ tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức đầu tư, sản xuất, kinh doanh (khoản 3 Điều 51). Các quy định về bảo hộ đối với quyền cụ thể gồm: Bảo hộ về quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo (khoản 2 Điều 24); bảo hộ quyền sở hữu tư nhân và quyền thừa kế (khoản 2 Điều 32), bảo hộ quyền lợi người mẹ và trẻ em trong quan hệ hôn nhân và gia đình (khoản 2 Điều 36), bảo hộ quyền sử dụng đất (khoản 2 Điều 54), bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (khoản 2 Điều 62).

Bên cạnh việc bỏ một số nội dung so với Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi), Hiến pháp năm 2013 cũng bỏ sung một số điểm mới về bảo hộ.

Một số đối tượng bảo hộ đã ghi nhận từ Hiến pháp năm 1992 được Hiến pháp năm 2013 kế thừa và phát triển với những nội dung mới. Hiến pháp năm 2013 đã chia tách quy định trước đây: “*Công dân được quyền bảo hộ theo pháp luật về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm*” thành hai nội dung là bảo hộ tính mạng con người (Điều 19) và bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm (Điều 20). Quy định liên quan đến việc bảo hộ vốn và tài sản hợp pháp của các cơ sở kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế (Điều 22 Hiến pháp năm 1992) được mở rộng bằng quy định tại khoản 3 Điều 51 Hiến pháp năm 2013: “*Tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức đầu tư, sản xuất, kinh doanh được pháp luật bảo hộ và không bị quốc hữu hóa*”. Đồng thời, về chủ thể được bảo hộ, cùng với quy định về bảo hộ công dân Việt Nam định cư ở nước ngoài, đã bổ sung quy định về bảo hộ tính mạng, tài sản và các quyền, lợi ích chính đáng theo pháp luật Việt Nam đối với người nước ngoài cư trú ở Việt Nam (Điều 48).

Ngoài ra, trong Hiến pháp năm 2013 đã xuất hiện một số *quyền cụ thể của công dân với tư cách là đối tượng bảo hộ* như: *Quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo* (khoản 2 Điều 24); *quyền sử dụng đất* (khoản 2 Điều 54). Hiến pháp năm 2013 cũng quy định rõ các trường hợp giới hạn việc bảo hộ quyền sử dụng đất tại Điều 54¹¹. Đối với các quyền

tác giả, quyền sở hữu công nghiệp (Điều 60 Hiến pháp năm 1992), đã thay thế bằng việc bảo hộ *quyền sở hữu trí tuệ* (khoản 2 Điều 62 Hiến pháp năm 2013).

Thứ hai, về mặt thiết chế, các thiết chế bảo hộ công dân ở Việt Nam theo Hiến pháp năm 2013 chưa đầy đủ, chưa tạo thành hệ thống thống nhất

Ở tầm hiến định, chúng ta đã thiết lập được một số thiết chế quan trọng để thực thi BHCD như: Tài phán tư pháp (toà án), các cơ quan trợ giúp pháp lý, các thiết chế về bồi thường nhà nước (dưới sự quản lý của Cục Bồi thường nhà nước – Bộ Tư pháp)... trong đó, vai trò của tòa án ngày càng được đề cao. Tuy nhiên, trên thực tế, để tòa án thật sự là một thiết chế độc lập trong tổ chức và hoạt động, cần phải có thêm nhiều cải cách trong hệ thống.

Một thiết chế quan trọng khác trong cơ chế pháp lý về BHCD vốn đã hình thành trên thực tế, nhưng chưa được quy định trong Hiến pháp năm 2013 là *thiết chế dân nguyện*. Do chưa có cơ sở hiến định nên vai trò, hiệu quả hoạt động của *thiết chế dân nguyện* còn nhiều hạn chế. Các cơ quan dân nguyện cho đến nay mới chỉ là nơi tiếp nhận và chuyển đơn thư khiếu nại, tố cáo, chưa thực sự là nơi phản ánh ý chí, nguyện vọng của người dân, bảo vệ và bảo đảm tích cực cho quyền, lợi ích hợp pháp của họ.

Một nhóm thiết chế khác không kém phần quan trọng là các tổ chức xã hội. Tuy đã có cơ sở hiến định từ Hiến pháp năm 1946, nhưng do chưa có một hành lang pháp lý vững chắc triển khai quy định này trên thực tế, nên tổ chức và hoạt động của các tổ chức xã hội ở Việt Nam vẫn chưa phát huy được hiệu quả. Vì vậy, ban hành một đạo luật về Hội là yêu cầu bức thiết ở Việt Nam hiện nay.

¹¹ Các trường hợp giới hạn quyền sử dụng đất: (i) Thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; (ii) Trung dụng đất trong trường hợp thật cần thiết do luật định để thực hiện nhiệm vụ quốc phòng, an ninh hoặc trong tình trạng chiến tranh, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai.

Thứ ba, vai trò và vị trí của tố quyền vẫn chưa được nhận thức đầy đủ và ghi nhận thích đáng

Như đã đề cập, “*tố quyền*” như một hạt nhân và là một phương thức cơ bản trong BHCD ở Việt Nam. Tố quyền cũng nằm trong hệ thống các quyền cơ bản của công dân. Trên tinh thần bảo vệ quyền con người, quyền cơ bản của công dân, Hiến pháp năm 2013 tiếp tục củng cố hệ thống tố quyền được xây dựng trên cơ sở của các bản Hiến pháp trước đây. Hiến pháp năm 2013 ghi nhận các loại tố quyền sau: *Tố quyền thông qua thủ tục hành chính*: Khiếu nại, tố cáo (quy định tại Điều 30)...; *Tố quyền thông qua thủ tục tố tụng tư pháp*: Quyền khiếu kiện hay khởi kiện, quyền yêu cầu khởi tố vụ án hình sự, quyền kháng cáo (quy định gián tiếp tại các Điều 3, khoản 1 Điều 14, khoản 3 Điều 102)...

Tuy nhiên, có thể thấy, hệ thống tố quyền trong Hiến pháp năm 2013 vẫn chưa được triển khai đầy đủ về nội dung và thủ tục, thậm chí còn nhiều hạn chế, sai sót (như trường hợp Bộ luật Hình sự năm 2015), dẫn đến cơ chế pháp lý về BHCD ở Việt Nam vẫn thiếu, yếu và nhiều bất cập. Những tố quyền mạnh như thỉnh nguyện thư¹² hầu như chưa được biết đến ở Việt Nam. Việc chưa thiết lập trên thực tế cơ chế tài phán hiến pháp cũng đã hạn chế rất lớn hiệu lực và hiệu quả vận hành của cơ chế pháp lý về BHCD ở nước ta.

Thứ tư, hai cấp độ bảo hộ công dân còn sơ khai

Hiến pháp năm 2013 đã bước đầu xác lập được cơ chế pháp lý về BHCD ở hai cấp độ, gồm: (i) Cấp bảo hộ sơ cấp (lớp bảo hộ

thứ nhất) được thực hiện thông qua các trình tự, thủ tục pháp lý và các phương thức thông thường như: Khiếu nại, tố cáo, trợ giúp pháp lý...; (ii) Cấp bảo hộ thứ cấp (lớp bảo hộ thứ hai) còn chưa rõ nét, nhưng đã bắt đầu hình thành những nền tảng ban đầu phương thức bảo hộ bồi thường trách nhiệm của Nhà nước.

Tuy các cấp độ bảo hộ còn khá mờ nhạt, chưa thật sự hiệu quả, nhất là ở cấp độ thứ cấp (chưa có cơ chế tài phán hiến pháp), đồng thời, sự liên kết giữa các phương thức trong mỗi cấp độ và giữa các cấp độ với nhau còn lỏng lẻo, nhưng có thể thấy, ở mỗi cấp độ, cũng đã bắt đầu xây dựng được các phương thức bảo hộ khác nhau. Đây sẽ là nền móng cho việc tiếp tục xây dựng và hoàn thiện cơ chế pháp lý về BHCD ở nước ta trong các giai đoạn tiếp theo.

Thứ năm, đối tượng của cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân được ghi nhận khá đầy đủ

Đối tượng của cơ chế pháp lý về BHCD chính là các quyền cơ bản của công dân. Về nguyên tắc, tại Điều 3 Chương I - Chế độ chính trị, Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận quan điểm, chính sách của Nhà nước Việt Nam là công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người; từ đây đặt ra nghĩa vụ tất cả chủ thể ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đều phải công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người. Đồng thời, Chương II - Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, cùng các nội dung liên quan được lồng vào nhiều chương khác của Hiến pháp đã tạo cơ chế hiến định khá đầy đủ, tiến bộ về bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân ở Việt Nam. Đây được coi là một thành tựu nổi bật của Hiến pháp năm 2013, tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho quá trình xây dựng cơ chế pháp lý về BHCD ở Việt Nam.

¹² Thỉnh nguyện thư: Tiếng Anh là “petition”. Tham khảo: European Parliament, “*The right to petition*”, Brussels, 2015.

Thứ sáu, chủ thể được bảo hộ có đặc thù riêng

Hiến pháp năm 2013 cũng ghi nhận chủ thể được bảo hộ không chỉ bao gồm các cá nhân công dân. Bên cạnh các công dân Việt Nam ở trong nước, các cá nhân công dân còn có thể là công dân Việt Nam ở nước ngoài hoặc người nước ngoài cư trú ở Việt Nam (với các điều kiện được quy định theo pháp luật Việt Nam).

Thứ bảy, điều kiện bảo hộ chưa thật sự rõ ràng

Như đã phân tích, có thể thấy, do chưa có nhận thức thống nhất và thấu đáo về vấn đề BHCD nên cho đến nay, Việt Nam vẫn chưa có các quy định đầy đủ và hệ thống về BHCD trong Hiến pháp. Khái niệm BHCD ở Việt Nam hiện nay được tiếp cận theo nghĩa rộng hay nghĩa hẹp vẫn còn chưa thực sự rõ ràng, dẫn tới các điều kiện bảo hộ chưa thống nhất. Nếu căn cứ vào tinh thần Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 thì có thể thấy, dường như khái niệm bảo hộ của Nhà nước đối với công dân nghiêng về cách tiếp cận theo nghĩa hẹp (hỗ trợ, giúp đỡ, bảo vệ khi có xâm phạm). Tức là điều kiện bảo hộ chỉ được đặt ra khi có sự xâm phạm chứ không phải khi có nguy cơ bị xâm phạm.

Thứ tám, giới hạn trách nhiệm của Nhà nước trong cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân

Ở Việt Nam, do hạn chế trong nhận thức về vai trò của BHCD nên trong Hiến pháp chưa làm rõ và thống nhất một số nguyên tắc cơ bản về BHCD dẫn đến sự thiếu nhất quán trong các quy định về BHCD như: Giới hạn bảo hộ quyền (bao gồm các trình tự, thủ tục cụ thể), điều kiện bảo hộ quyền, chủ thể được bảo hộ... Cụ thể: Giới hạn, phạm vi, điều kiện bảo hộ đối

với các đối tượng là người Việt Nam ở nước ngoài (khoản 3 Điều 17) và người nước ngoài cư trú ở Việt Nam (Điều 48) giống và khác nhau như thế nào; hay giới hạn bảo hộ đối với cá nhân công dân, nhóm công dân, pháp nhân, tập thể... ra sao vẫn chưa được làm rõ. Có thể khẳng định, cho tới nay vẫn chưa có giới hạn cụ thể cho những vấn đề này ở Việt Nam.

Mặt khác, có thể thấy, trách nhiệm chính trị - pháp lý của Nhà nước trong BHCD ở Việt Nam được ghi nhận và tuyên bố khá long trọng trong Hiến pháp năm 2013 tại 10 điều khoản quy định trực tiếp về nội dung bảo hộ. Tuy nhiên, các trách nhiệm này đa phần chỉ dừng ở mức tuyên ngôn, chưa có quy trình, thủ tục và cơ chế triển khai cụ thể. Điều này không tạo ra sự ràng buộc pháp lý cũng như không có định hướng rõ ràng về trách nhiệm của các chủ thể, dễ dẫn tới nguy cơ cảm tính, mâu thuẫn, hoặc tùy tiện, lạm quyền khi thực hiện.

Liên quan chặt chẽ đến vấn đề trên chính là tính chính đáng của Nhà nước và khả năng nhận thức của các bên chủ thể về tính chính đáng đó. Ngày nay, yêu cầu về tính chính đáng hợp lý¹³ là bắt buộc và đương nhiên được đặt ra cho mọi Nhà nước trong trật tự nhà nước pháp quyền. Nhận thức tốt điều này cũng đồng thời giúp làm sáng tỏ trách nhiệm chính trị - pháp lý của Nhà nước trong vấn đề BHCD ở trong nước, từ đó thấy được yêu cầu cần thiết về việc thiết lập một cơ chế pháp lý đầy đủ, thích đáng và hiệu quả hơn.

¹³ Theo M. Weber, “sự chính đáng hợp lý dựa trên nguyên tắc lý tính, lấy lý trí làm cơ sở đánh giá về năng lực và hiệu quả của quyền lực nhà nước. Đó là khi dân chúng ủng hộ hay phản ứng chống đối chính quyền xuất phát từ sự hiểu biết của chính họ, sự đánh giá có căn cứ về những gì chính quyền đã và đang làm”. Nguồn: Conolly, William (ed) (1984), M.Weber: Legitimacy, politics and the State, Basil Blackwell, Oxford, tr. 32-62.

VAI TRÒ, HOẠT ĐỘNG CỦA CÁC TỔ CHỨC XÃ HỘI TRONG THAM GIA QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VÀ BẢO VỆ QUYỀN CON NGƯỜI

Nguyễn Linh Giang*

Tóm tắt: Các tổ chức xã hội là một bộ phận cấu thành hệ thống chính trị của nhiều nước trên thế giới. Thực tế đã chứng minh vai trò của các tổ chức này trong việc tham gia quản lý nhà nước và bảo vệ quyền con người. Việc thúc đẩy hoạt động của các tổ chức xã hội đã, đang và sẽ góp phần tích cực vào tiến trình dân chủ hóa và xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam.

Abstract: Social Society Organizations are a component of a political system in many countries. The role of those organizations in State administration and human right protection has been clearly proved in practice. Strengthening activities of those organization has contributed to the process of democratization and building up a rule of law State in Vietnam.

Việc liên kết với nhau thành nhóm để cùng giải quyết các vấn đề chung là một nhu cầu luôn hiện hữu trong bất cứ xã hội nào. Các tổ chức xã hội ra đời cũng bắt nguồn từ nhu cầu chính đáng đó. Về mặt lịch sử, các hội, nhóm của những người cùng quan tâm đến một lĩnh vực; hội, nhóm nghề nghiệp đã ra đời từ thời Hy Lạp cổ đại. Song nhìn chung, việc ra đời của các tổ chức xã hội gắn với quá trình dân chủ hóa thì mới được bắt đầu từ đầu thế kỷ XIX. Khi các cá nhân cùng chia sẻ những lợi ích chung và tập hợp lại với nhau thành một nhóm thì họ có những sức mạnh về kinh tế, xã hội và chính trị nhất định. Điều này giúp cho các hội, nhóm trở thành một thành tố quan trọng trong đời sống chính trị của mỗi quốc gia.

1. Khái niệm, đặc điểm của các tổ chức xã hội

Các tổ chức xã hội, nếu hiểu theo nghĩa rộng sẽ bao gồm cả các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức nghề nghiệp, các tổ chức

xã hội – nghề nghiệp, các tổ chức tự quản được thành lập theo sáng kiến của Nhà nước, các hội quần chúng, các tổ chức phi Chính phủ... Tuy nhiên, các tổ chức xã hội cũng có thể được hiểu là các tổ chức được thành lập dựa trên sáng kiến, tinh thần tự nguyện và tự chủ của nhân dân nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp và các giá trị chung mà các thành viên cùng theo đuổi. Các tổ chức xã hội dạng này xuất hiện khá sớm ở châu Âu và hiện nay phát triển ở khắp nơi trên thế giới. Tại Việt Nam, các tổ chức này được thành lập với mô hình các tổ chức phi Chính phủ, các hội nhóm, các tổ chức từ thiện, tình nguyện... Bài viết sẽ tập trung phân tích về các tổ chức xã hội theo cách hiểu thứ hai này.

Sau Đại hội Đảng lần thứ VI năm 1986, chính sách của Đảng và Nhà nước ta đối với các tổ chức xã hội, đặc biệt là các hội nghề nghiệp đã có nhiều thay đổi, khuyến khích sự ra đời của nhiều loại hình hội khác nhau. Thực tế, trong xã hội Việt Nam hiện nay, đã có rất nhiều các loại tổ chức xã hội ra đời và hoạt động sôi nổi, đóng góp tích cực cho

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

quá trình xây dựng và bảo vệ đất nước. Các tổ chức xã hội đã và đang trở thành một bộ phận tích cực của hệ thống chính trị Việt Nam, hợp tác với Nhà nước trong tiến trình cải cách bộ máy, thúc đẩy nền dân chủ, pháp trị, nâng cao dân trí và xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân.

Các tổ chức xã hội theo cách hiểu này có một số đặc điểm nhất định phân biệt với các tổ chức khác, với các cơ quan nhà nước hay các tổ chức kinh doanh, đó là:

- Được thành lập dựa trên sáng kiến, nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng của những thành viên cùng theo đuổi một mục đích, giá trị chung;

- Hoạt động theo điều lệ, nguyên tắc hoạt động riêng do các thành viên trong tổ chức xây dựng; tuân thủ Hiến pháp và pháp luật;

- Hoạt động phi lợi nhuận, không nhằm mục đích thương mại, nhằm bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của thành viên, hay theo đuổi một mục đích chung nào đó như các hội bảo vệ môi trường, các hội từ thiện...;

- Trong tham gia các hoạt động quản lý nhà nước và bảo vệ quyền con người, các tổ chức này hoạt động nhân danh chính mình, không nhân danh Nhà nước hay bất kỳ cá nhân nào.

Như vậy, có thể thấy, các tổ chức xã hội được đề cập trong bài cũng là một loại hội đang được thảo luận trong quá trình xây dựng Luật về Hội ở Việt Nam hiện nay.

2. Vai trò của các tổ chức xã hội trong việc tham gia quản lý nhà nước và bảo vệ quyền con người

Để có một xã hội dân chủ đúng nghĩa, sự tương tác giữa các công dân với nhau và giữa công dân với nhà nước là một yêu cầu bắt buộc. Quá trình tương tác này mở ra không gian cho nền dân chủ và là chất xúc tác cho nền dân chủ vận hành. Sự tham gia

của các tổ chức xã hội là một thành tố tạo nên nền dân chủ, thể hiện rõ trong những vai trò sau:

2.1. Tăng cường sức mạnh chính trị cho người dân

Với tư cách là một cá nhân đơn lẻ, người dân thường thiếu tự tin và ít tham gia vào các hoạt động xã hội, đặc biệt là các hoạt động chính trị. Nói cách khác, nếu chỉ là một cá nhân đơn lẻ, mỗi người khó có nhiều ảnh hưởng đến xã hội; tuy nhiên, khi gặp gỡ, liên kết thành một tổ chức, họ sẽ có những sức mạnh nhất định và bắt buộc các chủ thể chính trị phải chú ý đến. Theo cách này, các tổ chức, hiệp hội đã tăng quyền lực cho các cá nhân trong những bối cảnh chính trị cụ thể.

Đối với một nền dân chủ, không có một sự đe dọa nào lớn hơn sự dửng dưng và tính thụ động của người dân. Xu hướng công dân “thờ ơ” với chính trị là một xu thế gia tăng ở khắp nơi trên thế giới, đặt ra yêu cầu cấp thiết về vấn đề tổ chức xã hội và vai trò của nó trong nền văn minh dân chủ¹. Chẳng hạn như, tỉ lệ công dân đi bầu cử trong cuộc bầu cử Tổng thống Pháp vào tháng 5/2017 chỉ đạt tỉ lệ khoảng 78%². Để tăng cường trách nhiệm chính trị của người dân, một số quốc gia đã quy định về nghĩa vụ bầu cử của công dân. Những công dân không đi bầu cử sẽ phải chịu những chế tài mang tính pháp lý vì hành vi “thờ ơ” chính trị của mình.

Tổ chức xã hội chính là nơi thể hiện sự tham gia của người dân một cách rõ nét.

¹ Bronislaw Geremek, *Civil Society and the Present Age*, <http://nationalhumanitiescenter.org/publications/civilsoc/geremek.htm>, truy cập ngày 12/2/2017.

² Ryad Ouslimani, *Élection présidentielle 2017: Participation finale estimée à 78%*, <http://www.rtl.fr/actu/politique/election-presidentielle-2017-22-d-abstention-a-18h-7788252798>, truy cập ngày 10/5/2017.

Nếu người dân “thờ ơ” với chính trị, với công việc của Nhà nước thì họ cũng không quan tâm đến tổ chức xã hội. Họ chỉ tham gia vào tổ chức xã hội và chịu nói lên suy nghĩ của mình khi cảm thấy những điều đó thực sự có ích và có đóng góp cho xã hội. Khi ở trong một tổ chức xã hội, được tự do chia sẻ quan điểm, trao đổi thông tin, các hiểu biết của mỗi người dân sẽ tăng lên. Khi hiểu biết tăng lên, trách nhiệm chính trị của họ cũng sẽ được củng cố. Hơn nữa, khi thấy tổ chức mình tham gia có một sức mạnh chính trị nhất định thì mỗi người dân sẽ tự ý thức hơn về vai trò và trách nhiệm chính trị của mình đối với xã hội. Thực tế đã chứng minh, ở nơi nào tổ chức xã hội hoạt động mạnh và hiệu quả thì ở nơi đó người dân có ý thức và trách nhiệm chính trị tốt hơn.

Đặc tính tự nguyện của các tổ chức xã hội không những giúp cho các thành viên có cơ hội để chia sẻ ý kiến mà còn giúp thực hành các nguyên tắc về dân chủ. Những hoạt động này giúp cho các thành viên phát triển thêm ý thức trách nhiệm của mình đối với tập thể và chuẩn bị cho họ tham gia vào các sinh hoạt chính trị ở phạm vi toàn xã hội. Nói cách khác, tổ chức xã hội là nơi tập hợp của những con người dân chủ trong các lĩnh vực khác nhau của xã hội. Điều kiện cần thiết cho sự hình thành của tổ chức xã hội chính là sự nhận thức của mỗi cá nhân về vai trò và trách nhiệm của họ trong xã hội và thúc đẩy họ tham gia vào các sinh hoạt của xã hội.

Sinh hoạt trong các tổ chức tự nguyện, mỗi cá nhân có cơ hội phát huy đặc tính của nhân cách dân chủ. Nhân cách dân chủ càng nảy nở thì tổ chức xã hội càng phát triển và ngược lại. Một tổ chức xã hội năng động sẽ cung cấp năng lượng cho sự vận hành của cả xã hội, nhất là về phương diện chính trị

và chính sách phản ánh các quan tâm của mọi thành viên trong xã hội³.

2.2. Giám sát và phản biện chính sách

Giám sát và phản biện chính sách có vai trò hết sức quan trọng đối với bất kỳ Nhà nước nào trên thế giới. Việc giám sát và phản biện xã hội vừa để đảm bảo tính dân chủ, vừa đồng thời mang tính xây dựng, góp phần hạn chế các sai sót, khuyết điểm của Nhà nước trong quá trình vận hành, giúp xây dựng Nhà nước ngày càng lớn mạnh, xã hội ngày càng phát triển, văn minh. Việc giám sát và phản biện chính sách được thực hiện qua nhiều kênh khác nhau, và các tổ chức xã hội là một trong những kênh quan trọng.

Các tổ chức xã hội chính là nơi cung cấp thông tin và chất liệu cho các cuộc thảo luận chính trị. Thông qua các cuộc thảo luận này, các vấn đề của hoạt động nhà nước được mổ xẻ, xói xáo và tìm ra các giải pháp tối ưu. Có thể thấy, nếu tiếng nói phản biện, giám sát đến từ một công dân riêng lẻ thì sẽ không có sức mạnh chính trị và khó làm cho Nhà nước quan tâm, lắng nghe. Nhưng nếu hoạt động giám sát và phản biện được đưa ra từ một tổ chức xã hội, đặc biệt là các tổ chức có uy tín thì sẽ có những sức nặng chính trị và buộc Nhà nước phải quan tâm, giải quyết.

Sẽ không thể có những diễn đàn phản biện xã hội đúng nghĩa, cũng như Nhà nước sẽ khó nắm bắt thông tin, nguyện vọng của nhân dân nếu như những nguyện vọng đó chỉ được thể hiện thông qua các phát biểu của một số cá nhân riêng lẻ. Sẽ chỉ có Nhà nước pháp quyền một cách đúng nghĩa nếu như người dân thực sự trở thành một đối tác

³ Nông Duy Tường, *Con người dân chủ và xã hội dân sự*, <http://icevn.org/vi/node/276>, truy cập ngày 1/12/2016.

chính trị của Nhà nước. Bản thân mỗi người dân không thể làm được việc này, nhưng nếu có các hội, đoàn xã hội đại diện cho tiếng nói nhân dân bên cạnh tiếng nói của các cá nhân uy tín thì mối quan hệ hai chiều này sẽ được giải quyết hiệu quả. Như vậy, có thể thấy, các tổ chức xã hội đóng một vai trò quan trọng trong việc giám sát và phản biện chính sách.

2.3. Hòa giải giữa cá nhân và Nhà nước

Xung đột giữa cá nhân và Nhà nước là một việc có thể xảy ra và khó tránh khỏi trong quá trình hoạt động của bất kỳ Nhà nước nào. Trong một xã hội dân chủ, các tổ chức xã hội luôn đóng vai trò quan trọng trong việc hòa giải, giải quyết các xung đột giữa các cá nhân và Nhà nước. Các tổ chức xã hội giống như một cây cầu nối, một diễn đàn trao đổi giữa Nhà nước và công dân. Các tổ chức xã hội còn đóng vai trò vận động người dân tham gia và thuyết phục người dân hiểu các vấn đề về chính sách và pháp luật của nhà nước. Theo cách này, các tổ chức xã hội đã làm tăng các mối liên hệ xã hội và giúp gắn kết giữa Nhà nước và nhân dân.

Trong tất cả các chương trình giáo dục truyền thống, các giá trị như hòa giải, khoan dung, tôn trọng lẫn nhau,... luôn được đề cập. Tuy nhiên, những giá trị này không chỉ là lý thuyết mà cần phải được thực hành trên thực tế. Các tổ chức xã hội chính là những mô hình thực tế để gieo trồng các giá trị đó trong mỗi thành viên thông qua việc tham gia các hoạt động và tranh luận tại đây.

Tại nhiều nước trên thế giới, nhiều tổ chức phi Chính phủ đã phát triển các chương trình chính thức để đào tạo các huấn luyện viên nhằm làm giảm các xung đột chính trị, sắc tộc và trang bị kiến thức cho

các nhóm về giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng và hòa giải⁴.

2.4. Thúc đẩy và bảo vệ quyền con người

Thực chất, vai trò thúc đẩy và bảo vệ quyền con người của các tổ chức xã hội cũng phần nào được thể hiện trong các vai trò đã nêu ở trên. Với vai trò tăng cường sức mạnh chính trị cho người dân, các tổ chức xã hội cũng đã gián tiếp thúc đẩy quyền con người. Ở đây, nhóm quyền chính trị và đặc biệt là các quyền về tham gia, cụ thể là quyền tham gia vào quản lý nhà nước và xã hội của công dân theo Điều 28 Hiến pháp 2013 sẽ là những quyền trực tiếp được thúc đẩy. Cùng với việc tham gia tích cực vào hoạt động của các tổ chức xã hội, người dân có cơ hội thực hành các quyền chính trị, nâng cao các hiểu biết chính trị và tham gia vào đời sống chính trị một cách chủ động. Đây chính là điểm then chốt để có được những công dân hiểu biết và trách nhiệm với xã hội và với công việc chung của Nhà nước.

Giám sát và phản biện chính sách cũng gắn kết với thúc đẩy về nhân quyền. Vai trò này của các tổ chức xã hội liên hệ mật thiết với tự do ngôn luận – một quyền con người căn bản đã được ghi nhận tại Điều 25 Hiến pháp 2013. Tự do ngôn luận là một trong những yêu cầu của Nhà nước pháp quyền. Có tự do ngôn luận mới có những phản biện chính sách giá trị và tích cực. Như vậy, thừa nhận phản biện xã hội chính là một kênh quan trọng để thúc đẩy và bảo vệ quyền tự do ngôn luận của người dân.

Đồng thời, không thể phủ nhận vai trò của các tổ chức xã hội trong các hoạt động từ thiện, nhân đạo, cứu trợ, bảo vệ quyền

⁴ Larry Diamond, *What civil society can do to develop democracy*, <http://www.markedbyteachers.com/gcse/sociology/what-civil-society-can-do-to-develop-democracy.html>, truy cập ngày 23/1/2017.

của các đối tượng dễ bị tổn thương... Đây là những đóng góp quan trọng, góp phần thúc đẩy các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa của người dân; giúp đỡ Nhà nước, đặc biệt là trong các tình huống khẩn cấp hoặc các thảm họa về thiên nhiên.

Ngoài ra, thông qua các hoạt động thường ngày của mình, các tổ chức xã hội cũng đóng một vai trò quan trọng trong giáo dục quyền con người. Thực tế đã chứng minh, ở nhiều nước trên thế giới, các tổ chức xã hội luôn là các đối tác tin cậy của Nhà nước trong việc tổ chức các khóa đào tạo về quyền con người. Nhiều tổ chức đã xây dựng được danh tiếng trong lĩnh vực này không chỉ trong nước, mà cả ở khu vực và quốc tế; nhiều tổ chức còn mở rộng mạng lưới ra khắp nơi trên thế giới. Ở Việt Nam, thời gian qua cũng đã có nhiều tổ chức xã hội đóng góp rất tích cực cho giáo dục quyền con người, đặc biệt là quyền phụ nữ, trẻ em, quyền của những đối tượng dễ bị tổn thương như quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới; quyền của người bị HIV/AIDS...

3. Hoạt động của các tổ chức xã hội trong tham gia quản lý nhà nước và bảo vệ quyền con người

3.1. Hoạt động của các tổ chức xã hội trong tham gia quản lý nhà nước

a. Trong giám sát và phản biện chính sách

Các tổ chức xã hội được hình thành trước hết do ý thức của công dân về trách nhiệm đối với các lĩnh vực công của xã hội. Các tổ chức xã hội ra đời nhằm giải quyết các vấn đề của các cá nhân và của cả xã hội. Điểm quan trọng là các tổ chức xã hội không hoạt động chính trị nhằm nắm chính quyền hay thành lập ra các đảng phái chính trị, nhưng hoạt động của các tổ chức này vẫn có tính chính trị. Điều này thể hiện rõ qua các hoạt động giám sát và phản biện xã hội.

Các tổ chức xã hội có thể thông tin cho công chúng về các vấn đề xã hội quan trọng. Có thông tin thì người dân mới có chất liệu để thảo luận, giám sát và phản biện xã hội.

Thông qua giám sát, các tổ chức xã hội có thể kiểm tra và kiểm chế quyền lực của các quan chức nhà nước. Vì thế, các hoạt động của nhà nước sẽ trở nên hiệu quả và minh bạch hơn; tạo cơ hội phát hiện ra các hành vi tham nhũng của các quan chức nhà nước, vận động cho quá trình quản trị tốt và chống tham nhũng.

Tại nhiều nước, các tổ chức xã hội còn đóng vai trò quan trọng trong giám sát hoạt động bầu cử. Các tổ chức này trung lập, tham gia một cách công khai để đảm bảo việc bỏ phiếu, kiểm phiếu hoàn toàn tự do, công bằng và minh bạch.

b. Trong tuyên truyền, vận động chính sách

Các tổ chức xã hội là diễn đàn thể hiện các lợi ích đa dạng, các nhu cầu khác nhau và mối quan tâm của các thành viên trong tổ chức. Các tổ chức này có thể hoạt động vì lợi ích của một số đối tượng như phụ nữ, người khuyết tật, sinh viên, bác sĩ, luật sư..., và cũng có thể hoạt động theo chủ đề như chống tham nhũng, bảo vệ môi trường...

Các tổ chức xã hội là đầu mối trong việc tuyên truyền, phổ biến các thông tin và đồng thời vận động chính sách. Chính vì vậy, đây là nhân tố quan trọng trong quá trình phổ biến và đưa các thông tin chính sách, pháp luật đến công chúng. Các tổ chức xã hội có thể vận động các chính sách thông qua việc tổ chức các hội nghị, hội thảo, gặp gỡ các quan chức nhà nước để đưa ra các đề nghị, tư vấn; hoặc cũng có thể trình bày các quan điểm của mình với các cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương. Họ có thể liên lạc đơn lẻ tới các đại biểu quốc hội, các nghị sĩ để thuyết phục, vận động chính

sách hoặc tổ chức các cuộc đối thoại với các quan chức Chính phủ, các bộ, ngành để vận động và thuyết phục các cơ quan nhà nước; hoặc sử dụng các kênh báo chí, truyền thông để lôi kéo sự chú ý của cả Nhà nước và công chúng cho mục đích vận động chính sách của mình.

Thực tế của Việt Nam thời gian qua đã cho thấy, nhiều văn bản pháp luật, nhiều chính sách của Nhà nước đã phải tạm dừng để xem xét lại vì có sự phản biện từ các tổ chức xã hội (ví dụ như Luật về Hội); đồng thời, cũng có nhiều chính sách được nhanh chóng xây dựng và thông qua với sự thúc đẩy của các tổ chức xã hội (ví dụ như Luật Tiếp cận thông tin).

3.2. Hoạt động của các tổ chức xã hội trong bảo vệ quyền con người

a. Trong quá trình thực hiện nghĩa vụ quốc tế về quyền con người

Trong quá trình thực hiện nghĩa vụ quốc tế về quyền con người, các tổ chức xã hội tham gia và đóng góp những hoạt động như:

(i) Theo dõi công tác nội luật hóa và thực hiện các quy định về quyền con người. Các tổ chức xã hội đóng vai trò quan trọng trong việc theo dõi công tác nội luật hóa các quy định của pháp luật quốc tế về quyền con người và việc thực thi các quy định này. Ở đây, các tổ chức xã hội đóng vai trò phản biện xã hội, đảm bảo cho tiến trình này được thực hiện thường xuyên, minh bạch và hiệu quả.

(ii) Tham gia chuẩn bị các báo cáo quốc gia. Các báo cáo quốc gia ở đây chính là những báo cáo UPR⁵ và báo cáo gửi đến các Ủy ban Công ước về quyền con người

liên quan đến tình hình thực hiện quyền con người ở quốc gia đó⁶.

Trong tiến trình UPR, các tổ chức xã hội có thể tham gia thông qua việc đóng góp ý kiến, cung cấp thông tin cho báo cáo UPR của quốc gia. Họ cũng có thể làm các báo cáo bóng (shadow report), đồng thời tham gia vào “Phiên họp trước UPR” (UPR Pre-sessions) vào khoảng 2 tháng trước khi UPR quốc gia chính thức diễn ra.

Trong quá trình làm báo cáo nộp cho các Ủy ban Công ước, các tổ chức xã hội có thể được mời đến dự các buổi họp tham vấn quốc gia để đóng góp ý kiến cho các báo cáo trước khi thông qua và nộp cho các Ủy ban Công ước. Trong quá trình đó, các tổ chức xã hội có thể đưa ra các nhận xét, khuyến nghị hoặc cung cấp thông tin để hoàn thiện báo cáo quốc gia. Các Ủy ban Công ước luôn khuyến khích các quốc gia quan tâm đến quá trình chuẩn bị báo cáo và tổ chức các buổi họp tham vấn quốc gia. Tuy nhiên, một thực tế là các quốc gia thường ít quan tâm thực hiện hoặc nếu có thì nhiều thông tin và bình luận của các tổ chức xã hội cũng không được phản ánh trong báo cáo quốc gia⁷.

(iii) Tự nộp báo cáo cho các Ủy ban Công ước. Dù được mời đến các cuộc họp tham vấn của quốc gia hay không thì các tổ chức xã hội luôn có quyền được gửi các báo cáo, nghiên cứu của mình lên các Ủy ban Công ước. Những báo cáo này sẽ giúp cho các thành viên của Ủy ban có một cái nhìn toàn diện về tình hình quyền con người của một quốc gia. Các Ủy ban Công ước cho phép các tổ chức xã hội có thể gửi báo cáo

⁵ UPR (Universal Periodic Review): Báo cáo quốc gia kiểm điểm định kỳ về tình hình thực hiện quyền con người tại Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc.

⁶ Một chu kỳ báo cáo với UPR là 4,5 năm; còn với các Công ước quốc tế về quyền con người thường là 4 năm hoặc 5 năm.

⁷ International Service for Human Rights, *Simple Guide to the UN Treaty Bodies*, 2010, tr.36.

bằng văn bản thông qua Ban thư ký bất cứ lúc nào, trước hoặc sau báo cáo quốc gia. Tuy nhiên, thông thường các Ủy ban thường khuyến cáo các tổ chức xã hội gửi báo cáo trước khi diễn ra phiên họp báo cáo của quốc gia khoảng 2 tháng như trường hợp của Ủy ban Công ước về chống phân biệt chủng tộc và Ủy ban về chống phân biệt đối xử với phụ nữ; 1 tuần như Ủy ban kinh tế, văn hóa và xã hội; 2 tuần như Ủy ban Nhân quyền... Việc gửi các báo cáo đến trước như vậy tạo điều kiện cho Ủy ban có các thông tin cần thiết để xem xét và đánh giá các báo cáo quốc gia một cách khách quan và toàn diện.

(iv) *Giúp các Ủy ban Công ước đặt câu hỏi.* Các Ủy ban Công ước thường sử dụng thông tin của các tổ chức xã hội để đặt ra các câu hỏi cho quốc gia báo cáo trước hoặc trong quá trình báo cáo.

(v) *Theo dõi việc thực hiện khuyến nghị.* Các tổ chức xã hội đóng vai trò thiết yếu trong việc theo dõi và thực hiện các khuyến nghị. Đối với UPR, đó là theo dõi thực hiện các khuyến nghị đã được quốc gia chấp nhận. Đối với các Công ước quốc tế về quyền con người, các tổ chức xã hội theo dõi việc thực hiện các khuyến nghị được đưa ra trong kết luận của Ủy ban Công ước sau các phiên báo cáo quốc gia.

(vi) *Giúp đỡ các nạn nhân bị vi phạm quyền con người.* Đây cũng là một hoạt động chính của các tổ chức xã hội. Với sự giúp đỡ của các tổ chức xã hội, các nạn nhân bị vi phạm quyền con người sẽ được bảo vệ tốt hơn.

(vii) *Cung cấp thông tin cho các Ủy ban khi điều tra.* Ở các quốc gia chấp nhận thủ tục khiếu kiện cá nhân, khi có khiếu kiện, Hội đồng Nhân quyền hoặc các Ủy ban Công ước sẽ tiến hành điều tra. Trong quá trình đó, thông tin từ các tổ chức xã hội luôn được đánh giá cao và có thể là căn cứ cho

Hội đồng Nhân quyền hoặc các Ủy ban Công ước đưa ra quyết định.

(viii) *Theo dõi trong ngày báo cáo.* Thông thường, ở UPR và ở các buổi báo cáo của Ủy ban Công ước, các tổ chức xã hội thường tham gia vào các buổi họp trước (plenary Sessions). Tuy nhiên, nếu muốn tham gia vào các buổi báo cáo chính thức như các quan sát viên (không được tham gia vào các trao đổi), các tổ chức xã hội có thể liên lạc trước với Ban thư ký và có thể được cho phép tham gia.

Thực tế cho thấy, thời gian vừa qua, nhiều tổ chức xã hội của Việt Nam đã tham gia khá tích cực vào các tiến trình này. Điển hình là tại vòng báo cáo UPR lần thứ hai của Việt Nam tại Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc ngày 5/2/2014, đã có 59 tổ chức xã hội trên khắp thế giới và ở Việt Nam gửi Báo cáo bóng đến Hội đồng Nhân quyền⁸.

b. Trong thúc đẩy sự tham gia chính trị của người dân

Trên thực tế, các tổ chức xã hội có thể giáo dục người dân về quyền và nghĩa vụ của họ với tư cách là những công dân trong Nhà nước dân chủ, khuyến khích họ tham gia vào các chiến dịch vận động bầu cử và bỏ phiếu trong các cuộc bầu cử. Các tổ chức xã hội cũng có thể giúp phát triển các kỹ năng của công dân về làm việc tập thể để giải quyết các vấn đề chung, thảo luận các vấn đề chung và bày tỏ quan điểm của họ⁹. Tại Việt Nam, các hoạt động này đã thực sự hiệu quả. Thời gian qua, cộng đồng quốc tế và trong nước đã ghi nhận vai trò tích cực của các tổ chức như CEPEW (Trung tâm Hỗ trợ giáo dục và nâng cao năng lực cho phụ nữ), ISEE (Viện Nghiên cứu xã hội,

⁸ Xem báo cáo A/HRC/WG.6/18/VNM/3, tr.12-13.

⁹ Larry Diamond, *What civil society can do to develop democracy*, <http://www.markedbyteachers.com/gcse/sociology/what-civil-society-can-do-to-develop-democracy.html>, truy cập ngày 23/1/2017.

kinh tế và môi trường), CCWG (Nhóm làm việc phi Chính phủ về biến đổi khí hậu), PPWG (Nhóm làm việc vì sự tham gia của người dân), Trung tâm ICS (Tổ chức thúc đẩy và bảo vệ quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và tính dục thiểu số - LGBTIQ)... và hàng trăm các tổ chức xã hội khác trong việc bảo vệ quyền con người, đặc biệt là quyền của các đối tượng dễ bị tổn thương như phụ nữ, trẻ em, người đồng tính, người chuyển giới, người dân tộc thiểu số... Với những kết quả hoạt động đó, các tổ chức xã hội đã đóng góp tích cực cho quá trình bảo vệ quyền con người và xây dựng chính sách, văn bản pháp luật có liên quan.

4. Bảo đảm pháp lý cho hoạt động của các tổ chức xã hội tại Việt Nam

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy vai trò cầu nối quan trọng của các tổ chức xã hội trong tham gia quản lý nhà nước và bảo vệ quyền con người. Vì vậy, cần có một sự thể chế hóa và xây dựng những hành lang pháp lý đảm bảo cho sự hoạt động của các tổ chức này. Trung tâm của bảo đảm pháp lý đó chính là đảm bảo quyền tự do hiệp hội của công dân và xây dựng pháp luật về hội.

Quyền tự do lập hội là một quyền quan trọng đã được ghi nhận trong Hiến pháp đầu tiên của Việt Nam - Hiến pháp 1946. Quyền này đã được tái khẳng định trong tất cả các bản Hiến pháp tiếp theo. Nhà nước Việt Nam cũng đã ban hành đạo luật có tên gọi *Luật quy định quyền lập hội* theo Sắc lệnh số 102/SL/L004 ngày 20/5/1957 của Chủ tịch Hồ Chí Minh. Luật tuy đã bao quát được những vấn đề chính về quyền lập hội, nhưng mới chỉ là những quy định chung nhất và chưa đáp ứng được yêu cầu về mặt quản lý nhà nước về thành lập và hoạt động của các hội. Về mặt pháp lý, đến nay, Luật vẫn có hiệu lực thi hành, nhưng trên thực tế,

văn bản được áp dụng trong lĩnh vực này lại là Nghị định số 45/2010/NĐ-CP quy định về Tổ chức, hoạt động và quản lý hội, được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Nghị định số 33/2012/NĐ-CP ngày 13/4/2012 của Chính phủ.

Trong thời gian qua, cùng với tiến trình hội nhập quốc tế và khu vực, hoạt động của các tổ chức xã hội đã ngày càng sôi động và đóng góp nhiều cho các hoạt động chính trị, kinh tế và xã hội của đất nước. Với sự mở rộng hoạt động và tầm ảnh hưởng như vậy, khung pháp lý hiện hành tỏ ra không đáp ứng được nhu cầu thực tiễn. Vì vậy, việc thông qua một đạo luật về hội không những bảo đảm yêu cầu của việc thi hành Hiến pháp 2013¹⁰, đồng thời còn tạo không gian cho các tổ chức xã hội hoạt động và đóng góp cho sự phát triển chung của đất nước.

Yêu cầu đối với Luật về Hội được thông qua trong thời gian tới là phải đảm bảo đủ không gian cho các tổ chức xã hội được thực hiện vai trò và hoạt động của mình trong quản lý nhà nước và bảo vệ quyền con người như đã phân tích. Tuy nhiên, có thể thấy, các dự thảo Luật về Hội trong thời gian gần đây chưa đáp ứng được yêu cầu về tạo không gian mở cho các tổ chức xã hội trong việc thực thi vai trò và hoạt động này.

Tóm lại, một xã hội dân chủ, văn minh là một xã hội mà ở đó có không gian cho các tổ chức xã hội vận hành và đảm bảo các quyền con người. Chính vì vậy, việc thông qua một Luật về Hội là quan trọng, nhưng quan trọng hơn là đạo luật đó phải đáp ứng được yêu cầu phát triển của xã hội và tạo ra một hành lang pháp lý an toàn cho sự tham gia của người dân vào tiến trình quản lý nhà nước và bảo vệ nhân quyền.

¹⁰ Quyền tự do lập hội được ghi nhận tại Điều 25 Hiến pháp 2013.

NHỮNG BẤT CẬP VỀ ĐIỀU KIỆN NUÔI CON NUÔI TRONG LUẬT NUÔI CON NUÔI NĂM 2010

*Nguyễn Phương Lan**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những điểm bất cập và hướng hoàn thiện các quy định về điều kiện nuôi con nuôi trong Luật Nuôi con nuôi năm 2010 nhằm đảm bảo hiệu quả của việc nuôi con nuôi.

Abstract: This paper analyses shortcomings of adoption requirement in the Law on Adoption of 2010. It then makes relevant proposals for improvement to ensure the efficiency of adoption.

Đặt vấn đề

Pháp luật quy định điều kiện nuôi con nuôi dựa trên mục tiêu đảm bảo môi trường gia đình an toàn, tốt nhất cho trẻ được nhận nuôi, bảo đảm sự phát triển thể chất, nhân cách cũng như quyền được sống trong gia đình gốc của trẻ. Vì vậy, các điều kiện của việc nuôi con nuôi phải phù hợp với bản chất khách quan của việc nuôi con nuôi và lợi ích của trẻ được nhận nuôi.

Luật Nuôi con nuôi năm 2010 đã quy định khá cụ thể về các điều kiện của việc nuôi con nuôi. Tuy nhiên, các quy định vẫn còn một số hạn chế, vướng mắc trong thực tế áp dụng cần sửa đổi, bổ sung.

1. Về điều kiện đối với người được nhận làm con nuôi

Theo quy định tại Điều 8 Luật Nuôi con nuôi, độ tuổi là điều kiện duy nhất đối với người được nhận làm con nuôi.

Khoản 1 Điều 8 Luật Nuôi con nuôi quy định: Người được nhận làm con nuôi là “Trẻ em dưới 16 tuổi”. Thực ra, Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004 và Luật Trẻ em năm 2016 đã quy định “trẻ

em” là người dưới 16 tuổi (Điều 1 Luật Trẻ em năm 2016), vì vậy, quy định này nên chỉnh sửa là “người được nhận làm con nuôi là trẻ em” hoặc “người được nhận làm con nuôi là người dưới 16 tuổi”.

Để đảm bảo quyền của trẻ em được sống trong gia đình gốc, trẻ em chỉ làm con nuôi người khác khi không thể được cha mẹ đẻ chăm sóc, nuôi dưỡng do họ đã chết, bị mất tích hoặc không xác định được, hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự, hoặc mắc bệnh tâm thần không có khả năng nhận thức và điều khiển hành vi; có khó khăn về kinh tế, bị ốm đau, mắc bệnh hiểm nghèo... Ngoài ra, có những trường hợp cha mẹ không thể chăm sóc, nuôi dưỡng con do phải chấp hành hình phạt tù, bị hạn chế quyền cha mẹ đối với con, hoặc buộc phải cách ly con vì lợi ích tốt nhất của con. Trong những trường hợp này, nuôi con nuôi là một hình thức chăm sóc thay thế tốt nhất, có hiệu quả nhất đối với trẻ em, vì nó mang lại cho trẻ một gia đình ổn định, bền vững. Quy định về hoàn cảnh gia đình của trẻ em được cho làm con nuôi vừa phải đảm bảo tối đa quyền của trẻ em được sống trong gia đình gốc, sống chung với cha mẹ đẻ, vừa ngăn chặn những hành vi trục lợi trong việc nuôi con nuôi như “lợi dụng việc làm con nuôi của thương binh, người có công với cách mạng, người

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ đề tài nghiên cứu khoa học: “Luật Nuôi con nuôi – thực tiễn thi hành và giải pháp hoàn thiện”, Trường Đại học Luật Hà Nội.

thuộc dân tộc thiểu số để hưởng chế độ, chính sách ưu đãi của nhà nước”¹. Bên cạnh đó, còn có trường hợp cô, dì, chú, bác, cậu ruột đang định cư ở nước ngoài thỏa thuận nhận nuôi cháu ruột đưa sang sinh sống, học tập ở nước ngoài nhằm hưởng lợi theo pháp luật nước đó. Trên cơ sở nguyên tắc giải quyết việc nuôi con nuôi, những trường hợp này sẽ không được chấp nhận vì trẻ em vẫn đang được cha mẹ đẻ chăm sóc, nuôi dưỡng bình thường, ổn định. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không quy định cụ thể về hoàn cảnh gia đình của trẻ em được nhận nuôi nên việc giải quyết yêu cầu nuôi con nuôi trong các trường hợp như vậy rất khó khăn, không thống nhất. Vì vậy, cần quy định cụ thể hoàn cảnh gia đình của trẻ em được cho làm con nuôi.

Không phải mọi trẻ em đều được nhận làm con nuôi, mà chỉ những trẻ em trong hoàn cảnh khó khăn đặc biệt mới được giải quyết cho làm con nuôi. Theo Điều 62 Luật Trẻ em, đối tượng trẻ em cần chăm sóc thay thế có thể xác định trong những hoàn cảnh sau:

- Trẻ em còn cha mẹ nhưng cha mẹ không có khả năng nuôi dưỡng do bị mất năng lực hành vi dân sự, bị bệnh hiểm nghèo, không có khả năng lao động, không có tài sản để nuôi dưỡng trẻ em...

- Trẻ em bị cha mẹ đối xử tàn tệ, ngược đãi, bị bỏ mặc hoặc bị xâm phạm nghiêm trọng đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm một cách có hệ thống, thường xuyên và tái diễn, gây nguy hiểm cho trẻ nếu vẫn tiếp tục sống cùng cha mẹ. Những trường hợp này, việc cách ly con ra khỏi cha mẹ là cần thiết nhằm bảo vệ trẻ. Điều này cũng đã được quy định trong Công ước quốc tế về quyền trẻ em². Pháp luật nước ta

mới chỉ quy định về việc hạn chế quyền của cha mẹ đối với con chưa thành niên khi cha mẹ có hành vi xâm phạm đến quyền, lợi ích của con³, mà chưa có quy định về việc tước quyền cha mẹ đối với con. Khi bị tước quyền thì cha mẹ không còn quyền đối với con, trách nhiệm giám sát, quản lý, chăm sóc, nuôi dưỡng con sẽ do Nhà nước thực hiện. Tuy nhiên, việc hạn chế quyền cha mẹ đối với con chưa thành niên không làm mất đi quyền làm cha mẹ đối với trẻ, do đó việc cho trẻ làm con nuôi vẫn phụ thuộc vào ý chí của cha mẹ đẻ.

- Trẻ em mồ côi cả cha và mẹ; trẻ em bị bỏ rơi, không xác định được cha, mẹ...

Mặc dù khoản 4 Điều 8 Luật Nuôi con nuôi có quy định khuyến khích việc nhận những trẻ em có hoàn cảnh như trên làm con nuôi, nhưng lại không quy định đó là điều kiện về hoàn cảnh của trẻ em được nhận làm con nuôi.

Bên cạnh việc quy định về độ tuổi, pháp luật của nhiều nước như Trung Quốc⁴, Cộng hòa Pháp⁵ đều quy định những hoàn cảnh cụ thể mà trẻ em có thể được giải quyết cho làm con nuôi người khác. Ở Philippin, trẻ em dưới 18 tuổi có thể được nhận làm con nuôi trong nước, dưới 15 tuổi có thể được làm con nuôi người nước ngoài với điều kiện tình trạng của trẻ là “có thể làm con nuôi một cách hợp pháp”⁶ do quyền làm cha

³ Xem Điều 85 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

⁴ Xem Điều 4 Luật Nuôi con nuôi của Trung Quốc ngày 04/11/1998, có hiệu lực ngày 01/4/1999, tại http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383868.htm, truy cập ngày 20/5/2017.

⁵ Xem Điều 347, Điều 348-6 Bộ luật Dân sự Pháp. Bản dịch, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005.

⁶ Xem Điều 2, Điều 8 Đạo luật về nhận nuôi con nuôi trong nước năm 1998 của Philippin, tại: http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra1998/ra_85_52_1998.html, truy cập ngày 20/5/2017; Điều 3 Đạo luật về nhận nuôi con nuôi của người nước ngoài năm 1995 (được sửa đổi, bổ sung ngày 1/8/2004) của

¹ Xem khoản 5 Điều 13 Luật Nuôi con nuôi.

² Xem khoản 1 Điều 9 Công ước về quyền trẻ em.

mẹ bị chấm dứt theo thủ tục hành chính hoặc tư pháp.

Ở Việt Nam, trẻ em được giải quyết làm con nuôi nước ngoài cũng phải tuân thủ quy định tại Điều 8 Luật Nuôi con nuôi. Để đảm bảo thực hiện nguyên tắc “tôn trọng quyền của trẻ em được sống trong môi trường gia đình gốc” và nguyên tắc “chỉ cho làm con nuôi người ở nước ngoài khi không thể tìm được gia đình thay thế ở trong nước”⁷, trẻ em Việt Nam được giải quyết làm con nuôi nước ngoài khi đã thực hiện các biện pháp tìm gia đình thay thế trong nước theo quy định tại Điều 15 Luật Nuôi con nuôi mà không thành, trừ các trường hợp trẻ được xin đích danh.

Theo Điều 6 Nghị định số 19/2011/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Nuôi con nuôi (viết tắt là Nghị định 19/2011/NĐ-CP), hồ sơ và danh sách trẻ em cần tìm gia đình thay thế được lập, nhằm “giúp các cơ quan quản lý nhà nước ý thức được số trẻ em có nhu cầu làm con nuôi trong nước” để mở rộng phạm vi tìm kiếm gia đình thay thế⁸. Theo đó, trẻ em có sức khỏe bình thường được xếp vào Danh sách 1, trẻ em bị khuyết tật, mắc bệnh hiểm nghèo được xếp ở Danh sách 2. Trẻ em thuộc Danh sách 1 là đối tượng cần tìm gia đình thay thế trong nước trước khi giải quyết cho làm con nuôi ở nước ngoài. Trẻ em thuộc Danh sách 2 không cần thực hiện

việc tìm gia đình thay thế trong nước mà giải quyết ngay cho làm con nuôi nước ngoài nếu có người nhận nuôi⁹ để đảm bảo cơ hội sống, điều kiện chữa bệnh, phục hồi chức năng kịp thời và tốt nhất cho trẻ. Bên cạnh đó, Danh sách 2 còn bao gồm cả “những trẻ em từ 5 tuổi trở lên hoặc có hai trẻ em trở lên là anh chị em ruột cần tìm gia đình thay thế”; đó là trẻ em thuộc đối tượng có nhu cầu chăm sóc đặc biệt, cần tìm gia đình thay thế ở nước ngoài ngay mà không cần thực hiện việc tìm gia đình thay thế ở trong nước theo quy định tại Điều 15 Luật Nuôi con nuôi¹⁰. Quy định này xuất phát từ thực tế việc tìm kiếm gia đình thay thế trong nước cho trẻ em đã lớn (từ 5 tuổi trở lên) hoặc hai trẻ em trở lên là anh, chị, em ruột thường gặp khó khăn. Tuy nhiên, việc không thực hiện các biện pháp tìm gia đình thay thế trong nước cho nhóm trẻ em này đã loại bỏ khả năng các em có thể được nhận nuôi trong nước, không đáp ứng yêu cầu của Công ước La Hay về bảo vệ trẻ em và hợp tác trong lĩnh vực con nuôi quốc tế (viết tắt là Công ước La Hay). Theo Công ước, cơ quan có thẩm quyền của nước gốc cần xác nhận rằng “việc nuôi con nuôi quốc tế là vì lợi ích tốt nhất của trẻ em sau khi đã xem xét kỹ lưỡng các khả năng chăm sóc các em tại nước gốc”¹¹. Đó cũng là cơ sở của nguyên tắc “chỉ cho làm con nuôi người ở nước ngoài khi không thể tìm được gia đình thay thế ở trong nước”. Do đó, quy định này cần sửa đổi theo hướng trẻ em từ 5

Philippin, tại: <http://pcw.gov.ph/law/republic-act-8043>, truy cập ngày 20/5/2017.

⁷ Xem Điều 4 Luật Nuôi con nuôi.

⁸ Cục Bảo trợ xã hội – Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, Chuyên đề 3: “Đánh giá nhu cầu chăm sóc thay thế đối với trẻ em đang được chăm sóc, nuôi dưỡng tại các cơ sở trợ giúp xã hội”, Tài liệu Hội nghị “Đánh giá nhu cầu và điều kiện trẻ em được cho làm con nuôi nước ngoài”, do Cục Con nuôi – Bộ Tư pháp và Đại sứ quán Pháp tổ chức, Hà Nội, tháng 7/2016, tr.22.

⁹ Xem khoản 1, khoản 2 Điều 3 Nghị định 19/2011/NĐ-CP.

¹⁰ Xem Điều 1 Thông tư số 15/2014/TT-BTP ngày 20/5/2014 Hướng dẫn tìm gia đình thay thế ở nước ngoài cho trẻ em khuyết tật, trẻ em mắc bệnh hiểm nghèo, trẻ em từ 5 tuổi trở lên, hai trẻ em trở lên là anh chị em ruột cần tìm gia đình thay thế (viết tắt là Thông tư số 15/2014/TT-BTP).

¹¹ Xem Điều 4 Công ước La Hay.

tuổi trở lên hoặc có hai trẻ em trở lên là anh chị em ruột cần tìm gia đình thay thế cũng cần tìm gia đình thay thế ở trong nước trước.

2. Về điều kiện đối với người nhận nuôi con nuôi

Điều kiện của người nhận nuôi con nuôi theo quy định tại Điều 14 Luật Nuôi con nuôi được áp dụng chung trong cả trường hợp nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam với nhau và nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài. Theo khoản 1 Điều 29 Luật Nuôi con nuôi, người nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài khi nhận trẻ em Việt Nam làm con nuôi còn phải tuân thủ các điều kiện của người nhận nuôi theo quy định của pháp luật nước nơi người đó thường trú.

Những điều kiện đối với người nhận nuôi con nuôi quy định tại khoản 1 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi là các điều kiện cơ bản, thiết yếu của người nhận nuôi con nuôi, được kế thừa các Luật Hôn nhân và Gia đình (HN&GD) trước đây. Luật Nuôi con nuôi cũng quy định những người không được nhận nuôi con nuôi tại khoản 2 Điều 14. Tuy nhiên, Luật không quy định rõ trong trường hợp nhận nuôi con nuôi chung thì cả hai vợ chồng cùng phải có đủ các điều kiện này như Luật HN&GD năm 2000¹². Đây là một khiếm khuyết của Luật Nuôi con nuôi. Theo quy định của pháp luật, khi người nhận nuôi con nuôi là người đang có vợ hoặc có chồng thì việc nhận nuôi con nuôi được thiết lập với cả hai vợ chồng, và đó là con nuôi chung của vợ chồng mà không phải là con nuôi riêng của một bên. Khoản 3 Điều 8 Luật Nuôi con nuôi quy định: “Một người chỉ được làm con nuôi

của một người độc thân hoặc của cả hai người là vợ chồng”. Vì vậy, về nguyên tắc, cả hai vợ chồng phải đáp ứng được các điều kiện của người nhận nuôi con nuôi, trừ một số trường hợp đặc biệt. Do đó, Luật Nuôi con nuôi cần quy định rõ về điều kiện này để có cơ sở nhận thức và áp dụng thống nhất.

Đối với trường hợp cha dượng nhận con riêng của vợ, mẹ kế nhận con riêng của chồng làm con nuôi hoặc cô, cậu, dì, chú, bác ruột nhận cháu làm con nuôi thì “không áp dụng” quy định tại điểm b và điểm c khoản 1 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi. Điều đó có nghĩa, khi những người này nhận con nuôi là người trong gia đình thì không nhất thiết phải hơn con nuôi từ 20 tuổi trở lên, không phải xem xét điều kiện về sức khỏe, kinh tế, chỗ ở của người nhận nuôi (khoản 3 Điều 14). Quy định này nhằm tạo điều kiện, cơ hội tối đa cho trẻ em được nuôi dưỡng trong gia đình ruột thịt; tuy nhiên, cũng bộc lộ những điểm chưa hợp lý, đặc biệt về tuổi của người nhận nuôi. Có thể thấy, vì “không áp dụng” quy định về khoảng cách độ tuổi giữa người nhận nuôi và con nuôi nên người nhận nuôi có thể chỉ hơn con nuôi rất ít tuổi, thậm chí người nhận nuôi đủ 18 tuổi (như cô, dì, hoặc mẹ kế) có thể nhận cháu ruột hoặc con riêng của chồng dưới 18 tuổi làm con nuôi. Điều này không bảo đảm được việc chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi, bởi người nhận nuôi không thể có “uy thế”, không đủ kinh nghiệm, hiểu biết, kiến thức để thực hiện vai trò làm cha mẹ đối với người được nhận nuôi. Vì vậy, theo chúng tôi, mặc dù tạo điều kiện để trẻ em được nhận nuôi trong gia đình gốc, nhưng vẫn phải đảm bảo những yếu tố cơ bản, thiết yếu đối với người nhận nuôi để có thể thực hiện được việc chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục trẻ em một cách tốt nhất. Người nhận nuôi cần hơn con nuôi một khoảng cách tuổi tối

¹² Điều 70 Luật HN&GD năm 2000 quy định: “Trong trường hợp vợ chồng cùng nhận nuôi con nuôi thì vợ chồng đều phải có đủ các điều kiện quy định tại Điều 69 của Luật này”.

thiếu nhất định, đó có thể là từ 10 tuổi trở lên. Điều 344 Bộ luật Dân sự Pháp cũng quy định: “Người nhận con nuôi phải hơn con nuôi mười lăm tuổi trở lên. Nếu con nuôi là con của vợ hay chồng thì người nhận con nuôi chỉ cần lớn hơn con nuôi mười tuổi”¹³. Việc quy định một cách chung chung như khoản 3 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi “không áp dụng quy định tại điểm b khoản 1 Điều này” sẽ dẫn tới nhiều bất cập trong thực tiễn, không phù hợp với bản chất việc nuôi con nuôi và không có tính khả thi.

Luật Nuôi con nuôi cũng không giới hạn tuổi tối đa của người nhận nuôi con nuôi. Điều đó có nghĩa, ở bất cứ độ tuổi nào, người nhận nuôi cũng có thể nhận nuôi con nuôi. Tuy nhiên, xét từ lợi ích của đứa trẻ thì điều đó chưa thật sự phù hợp, vì người nhận nuôi phải ở trong một khoảng tuổi nhất định mới có đủ điều kiện về sức khỏe, khả năng chăm sóc, giáo dục con nuôi. Trong điều kiện kinh tế - xã hội hiện nay ở Việt Nam, có thể quy định người nhận nuôi con nuôi không quá 60 tuổi. Bởi theo quy định của pháp luật Việt Nam, người từ đủ 60 tuổi trở lên là người cao tuổi¹⁴, là đối tượng được hưởng sự chăm sóc, phụng dưỡng của gia đình, xã hội. Vì vậy, với độ tuổi dưới 60, người nhận nuôi con nuôi mới có đủ điều kiện về sức khỏe để chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi một cách hiệu quả.

Theo quy định tại khoản 5 Điều 17 Luật Nuôi con nuôi, đối với những trường hợp nhận nuôi con nuôi thông thường thì người nhận nuôi con nuôi phải có Giấy khám sức khỏe do cơ quan y tế cấp huyện trở lên cấp, văn bản xác nhận hoàn cảnh gia đình, tình

trạng chỗ ở, điều kiện kinh tế do Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người nhận con nuôi thường trú cấp. Đối với trường hợp nhận nuôi con nuôi giữa cha dượng, mẹ kế với con riêng, hoặc cô, cậu, dì, chú, bác ruột với cháu thì không cần có những giấy tờ này. Tuy nhiên, có thể thấy, dù là cô, dì, chú, bác, cậu ruột nhận cháu làm con nuôi hoặc là cha dượng, mẹ kế nhận con riêng của vợ hoặc của chồng làm con nuôi thì những người này vẫn phải có điều kiện nhất định về kinh tế, sức khỏe, chỗ ở bảo đảm việc chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi. Trong những trường hợp này, người nhận nuôi cần chứng minh và cam kết về việc mình có đủ điều kiện để nuôi dưỡng trẻ. Do đó, theo chúng tôi, nếu những người này không có đủ điều kiện kinh tế, sức khỏe, chỗ ở để nuôi dưỡng, chăm sóc trẻ thì việc nhận nuôi con nuôi không thể được chấp nhận. Trường hợp nhận trẻ từ đủ 9 tuổi trở lên làm con nuôi thì còn phải hỏi ý kiến của trẻ. Nếu trẻ tự nguyện và mong muốn được sống cùng với cha dượng, mẹ kế, hoặc cô, cậu, dì, chú, bác ruột thì mới được chấp nhận, dù những người này có thể không đủ điều kiện về sức khỏe, kinh tế, chỗ ở. Trẻ từ đủ 9 tuổi trở lên đã có khả năng nhận thức nhất định, có thể hiểu được tình cảm, mong muốn của bản thân, có khả năng lựa chọn việc sống cùng với ai và nhận thức được phần nào hậu quả của việc làm con nuôi; khi đó, việc nuôi con nuôi, với sự tự nguyện đồng ý, phù hợp với mong muốn của trẻ sẽ đảm bảo được lợi ích tốt nhất cho trẻ.

Khoản 3 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi cũng quy định: Trong trường hợp cô, cậu, dì, chú, bác ruột nhận cháu làm con nuôi thì “không áp dụng” quy định tại điểm b và điểm c khoản 1 Điều 14 Luật này, nhưng không quy định rõ vợ hoặc chồng của cô, cậu, dì, chú, bác ruột có được áp dụng quy

¹³ Điều 344 Bộ luật Dân sự Pháp, Bản dịch Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005.

¹⁴ Xem Điều 2 Luật Người cao tuổi.

định này hay không nên việc áp dụng trong thực tế còn gặp khó khăn, thiếu thống nhất¹⁵. Theo chúng tôi, khoản 3 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi cần được áp dụng như nhau đối với vợ hoặc chồng của cô, cậu, dì, chú, bác ruột khi nhận cháu làm con nuôi. Có như vậy mới đảm bảo được mục đích tạo cơ hội cho trẻ được sống trong gia đình gốc và bình đẳng giữa vợ, chồng người nhận nuôi. Tuy nhiên, điều này cần được quy định thống nhất trong văn bản hướng dẫn.

Như vậy, khoản 3 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi cần quy định cụ thể như sau: *“Trong trường hợp cha đẻng nhận con riêng của vợ, mẹ kế nhận con riêng của chồng làm con nuôi hoặc cô, cậu, dì, chú, bác ruột nhận cháu làm con nuôi thì những người này phải hơn người được nhận làm con nuôi ít nhất từ 10 tuổi trở lên và phải có điều kiện thực tế về sức khỏe, kinh tế, chỗ ở bảo đảm việc chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi. Trong trường hợp cha đẻng, mẹ kế, cô, cậu, dì, chú bác ruột không có đủ điều kiện về sức khỏe, kinh tế, chỗ ở để chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con nuôi thì chỉ giải quyết việc nhận nuôi con nuôi giữa hai bên nếu người được nhận nuôi từ đủ 9 tuổi trở lên tự nguyện đồng ý về việc nuôi con nuôi”*.

Trong thực tế, việc xác định thế nào là “đủ điều kiện về kinh tế, chỗ ở của người nhận con nuôi theo điểm c khoản 1 Điều 14 Luật Nuôi con nuôi”¹⁶ gặp nhiều khó khăn.

¹⁵ Cục Con nuôi, Báo cáo Sơ kết 3 năm thi hành Luật Nuôi con nuôi và 02 năm thi hành Công ước La Hay số 33 về bảo vệ trẻ em và hợp tác trong lĩnh vực con nuôi quốc tế, Hội nghị Sơ kết 3 năm thực hiện Luật Nuôi con nuôi và 02 năm thi hành Công ước La Hay về bảo vệ trẻ em và hợp tác trong lĩnh vực nuôi con nuôi quốc tế do Bộ Tư pháp và Unicef Việt Nam tổ chức, Hà Nội, 4/2014, tr.19.

¹⁶ Bộ Tư pháp, Báo cáo đánh giá tình hình thi hành Luật Nuôi con nuôi và Nghị định số 19/2011/NĐ-CP

Các địa phương xác định điều kiện này rất khác nhau. Vấn đề sẽ phức tạp và khó giải quyết hơn trong trường hợp một người đồng thời nhận nhiều trẻ em làm con nuôi hoặc khi nhiều người cùng có nguyện vọng nhận một trẻ em làm con nuôi, hoặc việc thương binh nhận một hoặc nhiều trẻ em làm con nuôi... Theo chúng tôi, “đủ điều kiện kinh tế, chỗ ở của người nhận con nuôi” được xác định là người nhận nuôi con nuôi có chỗ ở ổn định, có nơi cư trú rõ ràng và có khả năng kinh tế đảm bảo mức sống cho con nuôi theo mức sống trung bình tại địa phương nơi người nhận nuôi cư trú. Tuy nhiên, cần có văn bản quy định rõ về điều kiện này để có cơ sở áp dụng thống nhất.

Một vấn đề nữa phát sinh từ thực tế hiện nay là yêu cầu nhận nuôi con nuôi của vợ hoặc chồng đối với con nuôi riêng của chồng hoặc vợ đã được xác lập trước khi kết hôn. Ví dụ: anh A trước khi kết hôn đã nhận cháu B làm con nuôi, việc nuôi con nuôi đã được đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền. Sau đó anh A kết hôn với chị C. Chị C có yêu cầu nhận cháu B làm con nuôi và bổ sung phần khai về cha mẹ trong Giấy khai sinh của cháu B. Tuy nhiên, pháp luật chưa có quy định về việc cho con nuôi lần thứ hai nên không có cơ sở giải quyết. Theo quan điểm của chúng tôi, đây là một nhu cầu chính đáng, phù hợp với tình cảm tự nhiên của các bên, đồng thời đáp ứng được lợi ích của trẻ làm con nuôi nên cần được công nhận. Điều 346 Bộ luật Dân sự Pháp cũng quy định: “Một người không thể làm con nuôi của nhiều người nếu những người đó không phải là vợ chồng”, và được bổ sung

quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Nuôi con nuôi giai đoạn 2011-2016, Tài liệu Hội nghị Tập huấn đánh giá tình hình thực hiện Luật Nuôi con nuôi và Nghị định số 19/2011/NĐ-CP giai đoạn 2011-2016, Hà Nội, tháng 11/2016, tr.28.

bởi Luật số 76-1179 ngày 22/12/1976: “Tuy nhiên, sau khi cha, mẹ nuôi chết, hay cả hai cha mẹ nuôi chết, nếu người vợ hoặc người chồng mới của người còn sống làm đơn xin nhận nuôi con nuôi đối với người con nuôi đó thì việc nhận nuôi con nuôi mới có thể được chấp nhận”¹⁷.

Ngoài ra, theo quy định của pháp luật hiện hành, việc nuôi con nuôi chỉ được thừa nhận đối với người độc thân hoặc hai người là vợ chồng. Trong trường hợp người độc thân nhưng lại chung sống như vợ chồng với người khác (có thể là chung sống giữa nam và nữ hoặc chung sống như vợ chồng giữa những người cùng giới tính) vẫn được nhận nuôi con nuôi nếu người đó đáp ứng đủ các điều kiện của người nhận nuôi theo quy định tại Điều 14 Luật Nuôi con nuôi. Việc chung sống như vợ chồng là một thực tế có ảnh hưởng nhất định đến môi trường sống của trẻ em được nhận làm con nuôi, đặc biệt trong trường hợp hai người cùng giới tính sống chung như vợ chồng. Theo Điều 17 Luật Nuôi con nuôi, Điều 7 Nghị định số 19/2011/NĐ-CP, người nhận nuôi cần có sự xác nhận “hoàn cảnh gia đình” của Ủy ban nhân dân cấp xã nơi họ thường trú. Do đó, “hoàn cảnh gia đình” của người đồng tính nhận nuôi con nuôi cần được xác nhận và nêu rõ trong hồ sơ của người nhận nuôi để làm cơ sở xem xét giải quyết việc nuôi con nuôi, mà không thể chỉ coi họ như những người độc thân sống độc lập khác. Điều này có ý nghĩa đặc biệt đối với trẻ được nhận nuôi đã đạt một độ tuổi nhất định sẽ thể hiện ý kiến về việc làm con nuôi của những người này.

3. Về ý chí của các chủ thể có liên quan trong việc cho, nhận con nuôi

¹⁷ Xem Điều 346 Bộ luật Dân sự Pháp, Bản dịch Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005.

Việc cho nhận con nuôi liên quan đến số phận của trẻ em, đến quyền làm cha mẹ của cha mẹ đẻ của trẻ; việc nuôi con nuôi còn liên quan đến quyền nhân thân của các cá nhân, vì vậy, pháp luật các nước đều quy định quyền thể hiện ý chí của các cá nhân có liên quan.

Luật Nuôi con nuôi đã có những quy định rất cụ thể, phù hợp với tinh thần Công ước La Hay về việc thể hiện ý chí của các chủ thể có liên quan trong việc nuôi con nuôi¹⁸. Theo đó, việc lấy ý kiến của các bên có liên quan rất quan trọng trong giải quyết, công nhận hoặc từ chối việc nuôi con nuôi. Qua việc lấy ý kiến của các chủ thể có liên quan, công chức tư pháp – hộ tịch có cơ sở để xác định mục đích của việc cho nhận con nuôi, ý chí tự nguyện của các bên, nhận thức về quyền và nghĩa vụ của cha mẹ đẻ, của người con nuôi sau khi cho con nuôi... Pháp luật cũng quy định, khi lấy ý kiến của những người có liên quan, công chức tư pháp – hộ tịch “phải tư vấn để trẻ em tiếp tục được chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục phù hợp với điều kiện và khả năng thực tế của gia đình”¹⁹. Việc thể hiện ý chí cho trẻ em làm con nuôi của cha mẹ đẻ, người giám hộ phải vì lợi ích tốt nhất của trẻ trên cơ sở nhận thức được đầy đủ hậu quả pháp lý của việc nuôi con nuôi.

Việc lấy ý kiến của trẻ được nhận làm con nuôi từ đủ 9 tuổi trở lên là điều kiện bắt buộc để việc nuôi con nuôi có giá trị pháp lý. Để tránh việc lấy ý kiến một cách hình thức, trước khi lấy ý kiến của trẻ, cần phải tìm hiểu nhu cầu tìm gia đình thay thế của trẻ, giải thích, tư vấn để trẻ hiểu rõ ràng, đầy đủ về hệ quả pháp lý của việc nuôi con nuôi, khả năng thích nghi với gia đình cha

¹⁸ Xem Điều 21, Điều 33 Luật Nuôi con nuôi, Điều 8, Điều 9, Điều 15 Nghị định số 19/2011/NĐ-CP.

¹⁹ Xem khoản 2 Điều 9 Nghị định 19/2011/NĐ-CP.

mẹ nuôi tương lai... Trường hợp trẻ được giới thiệu làm con nuôi ở nước ngoài, việc lấy ý kiến của trẻ cần rõ ràng, minh bạch với thông tin đầy đủ về cha mẹ nuôi tương lai, về đất nước, văn hóa nơi người nhận nuôi thường trú, để trẻ có cơ sở tự quyết định. Điều đó sẽ giúp trẻ chuẩn bị tốt tâm lý hòa nhập với gia đình và văn hóa đất nước cha mẹ nuôi. Điều này cũng là nghĩa vụ đối với các nước thành viên của Công ước La Hay²⁰.

Khoản 4 Điều 21 Luật Nuôi con nuôi quy định một điểm mới về ý chí của cha mẹ đẻ trong việc cho con làm con nuôi, đó là “cha mẹ đẻ chỉ được đồng ý cho con làm con nuôi sau khi con đã sinh ra ít nhất 15 ngày”. Đây là một quy định cần thiết nhằm tránh tình trạng tâm lý chưa ổn định sau sinh đối với người mẹ. Đối với những người mẹ trong hoàn cảnh này, cần có sự động viên, giúp đỡ, giải thích, tư vấn... kịp thời của các tổ chức, đoàn thể, gia đình để họ có quyết định đúng đắn.

4. Về sự công nhận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

Cùng với việc tuân thủ đầy đủ các điều kiện nuôi con nuôi, việc nuôi con nuôi chỉ có giá trị pháp lý khi được công nhận thông qua đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo trình tự thủ tục pháp luật quy định. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền công nhận việc nuôi con nuôi được quy định tại Điều 9; trình tự thủ tục xem xét giải quyết việc nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài được quy định tại các điều từ Điều 31 đến Điều 37 Luật Nuôi con nuôi.

Để công nhận việc nuôi con nuôi, cơ quan nhà nước có thẩm quyền kiểm tra, rà soát, xác minh các điều kiện của người nhận nuôi, người được nhận nuôi, hồ sơ của các bên, phát hiện những hành vi vi phạm pháp luật trong việc nuôi con nuôi... Điều 13

Luật Nuôi con nuôi quy định những hành vi bị cấm trong lĩnh vực nuôi con nuôi. Những hành vi vi phạm pháp luật trong quá trình giải quyết việc cho – nhận con nuôi như giả mạo giấy tờ trong hồ sơ của các bên; làm sai lệch nguồn gốc của trẻ; không thực hiện đầy đủ việc lấy ý kiến của những người có liên quan; việc nuôi con nuôi nhằm mục đích trục lợi; các bên không đáp ứng đủ các điều kiện nuôi con nuôi; việc nuôi con nuôi được xác lập giữa ông bà nội, ông bà ngoại với cháu hoặc giữa anh, chị, em với nhau... là căn cứ để cơ quan có thẩm quyền không công nhận việc nuôi con nuôi. Nếu việc nuôi con nuôi đã được đăng ký thì phải hủy, thu hồi Giấy chứng nhận nuôi con nuôi và việc nuôi con nuôi đó không có giá trị pháp lý kể từ thời điểm đăng ký.

Trong 5 năm thi hành Luật Nuôi con nuôi, toàn quốc có 106 Giấy chứng nhận việc nuôi con nuôi trong nước bị thu hồi, hủy bỏ do vi phạm mục đích nuôi con nuôi, các bên không đáp ứng đủ điều kiện nuôi con nuôi, hồ sơ thiếu các giấy tờ cần thiết theo quy định, chưa tuân thủ đúng trình tự, thủ tục²¹. Tuy nhiên, vấn đề hủy việc nuôi con nuôi chưa được quy định trong Luật Nuôi con nuôi. Khoản 4 Điều 25 Luật Nuôi con nuôi chỉ quy định: “Vi phạm quy định tại Điều 13 của Luật này” là căn cứ để *chấm dứt* việc nuôi con nuôi. Luật cần bổ sung quy định về *hủy* việc nuôi con nuôi, bởi vì *hủy* việc nuôi con nuôi hoàn toàn khác với *chấm dứt* việc nuôi con nuôi về bản chất, căn cứ xử lý và hậu quả pháp lý...

²¹ Bộ Tư pháp, Báo cáo đánh giá tình hình thi hành Luật Nuôi con nuôi và Nghị định số 19/2011/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Nuôi con nuôi giai đoạn 2011-2016, Tài liệu Hội nghị đánh giá tình hình thực hiện Luật Nuôi con nuôi và Nghị định số 19/2011/NĐ-CP giai đoạn 2011-2016 do Bộ Tư pháp và Unicef Việt Nam tổ chức, tháng 11/2016, tr.21.

²⁰ Xem điểm d Điều 4 Công ước La Hay.

VỀ ĐIỀU KIỆN ÁP DỤNG BIỆN PHÁP KHẨN CẤP TẠM THỜI TRONG TỔ TỤNG DÂN SỰ

*Nguyễn Thị Thu Thủy**
*Lê Hải An***

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập trong các quy định về điều kiện áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015, trên cơ sở đó, đưa ra một số kiến nghị cụ thể về vấn đề này.

Abstract: This paper analyses flaws and shortcomings of provisions of the Civil Procedure Code of 2015 on requirement for enforcing temporary injunctive relief. Basing on that, it makes relevant proposals on this issue.

1. Khái quát về điều kiện áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng dân sự

Về bản chất, biện pháp khẩn cấp tạm thời (BPKCTT) là một công cụ mà các bên tranh chấp được sử dụng để bảo vệ các quyền và lợi ích của mình một cách tạm thời cho đến khi vụ án được giải quyết xong. BPKCTT có thể được áp dụng để hạn chế hoặc buộc các bên tranh chấp hoặc bên thứ ba thực hiện một hành vi nhất định với mục đích giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, thu thập chứng cứ kịp thời, giữ nguyên hiện trạng nhằm tránh những thiệt hại không thể khắc phục hoặc bảo đảm khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ trong tranh chấp.

Với chức năng đó, mặc dù mang tính chất tạm thời, việc áp dụng BPKCTT vẫn tiềm ẩn khả năng gây ra thiệt hại đối với bên bị áp dụng hoặc bên thứ ba. Do vậy, bên cạnh việc xác định quyền yêu cầu của các chủ thể, pháp luật tố tụng dân sự đặt ra các

điều kiện áp dụng BPKCTT nhằm cân bằng quyền lợi của các bên trong tranh chấp.

Xác định các điều kiện cụ thể và rõ ràng đối với yêu cầu áp dụng BPKCTT không chỉ cho phép các bên có thể chủ động trong việc cung cấp chứng cứ cho yêu cầu của mình, tự đánh giá được khả năng thành công đối với yêu cầu đã đề xuất, mà còn bảo vệ lợi ích các chủ thể liên quan khác. Cùng với sự xem xét, đánh giá và ra quyết định của cơ quan tài phán, các điều kiện áp dụng BPKCTT tạo ra hàng rào pháp lý ngăn ngừa khả năng lạm dụng quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT gây thiệt hại cho bên bị yêu cầu hoặc bên thứ ba.

Hàng rào pháp lý này càng cụ thể và cân bằng thì sự bảo vệ đó càng hiệu quả: Các điều kiện phải rõ ràng, dễ dàng xác định; cân bằng trong bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các bên tranh chấp.

Do đó, điều kiện áp dụng BPKCTT phải bao gồm các nội dung sau:

Thứ nhất, quyền và lợi ích liên quan của bên yêu cầu đang bị xâm phạm hoặc đe dọa xâm phạm và không được vượt quá các yêu cầu trong tranh chấp đang được giải quyết.

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

** ThS., Trường Đào tạo, bồi dưỡng cán bộ Công Thương Trung ương, Bộ Công Thương.

Thứ hai, bối cảnh, tình huống áp dụng BPKCTT phải có tính khẩn cấp. BPKCTT có chức năng ngăn chặn các tình huống, hoàn cảnh tiêu cực tác động đến quyền, lợi ích của các bên trước khi tranh chấp được giải quyết bằng phán quyết cuối cùng của cơ quan tài phán, nên nếu thiếu tính cấp bách thì yêu cầu đó phải bị từ chối.

Thứ ba, các thiệt hại có thể xảy ra nếu không áp dụng BPKCTT phải lớn hơn so với thiệt hại sẽ xảy ra đối với bên bị áp dụng hoặc bên thứ ba. Mục đích của BPKCTT là bảo vệ quyền lợi của bên có yêu cầu, tuy nhiên, việc áp dụng BPKCTT phải đem lại hiệu quả chung cho xã hội, tức là việc áp dụng BPKCTT phải cân nhắc đến khả năng gây ra những thiệt hại khác cho bên bị áp dụng hoặc bên thứ ba. Trên thực tế, các thiệt hại này chưa xảy ra tại thời điểm xem xét yêu cầu và việc so sánh các thiệt hại dự kiến sẽ có sai số rất lớn, do vậy, chỉ khi sự chênh lệch giữa thiệt hại do việc không áp dụng BPKCTT và thiệt hại do áp dụng BPKCTT là đáng kể thì mới áp dụng BPKCTT.

2. Điều kiện áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015

Điều kiện áp dụng BPKCTT trong pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam hiện nay gồm các điều kiện mang tính khách quan và các điều kiện mang tính chủ quan được quy định rải rác trong các điều thuộc chương VIII Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) 2015.

2.1. Điều kiện mang tính khách quan

Điều kiện khách quan là những tiêu chí về các yếu tố như đối tượng cần bảo vệ, tình huống hoặc hoàn cảnh dẫn đến nhu cầu cần áp dụng... Điều kiện khách quan được quy định rải rác trong các quy định chung

(điều kiện khách quan chung) và các quy định về từng BPKCTT cụ thể (điều kiện khách quan riêng).

- Các điều kiện khách quan chung

Điều 111 BLTTDS 2015 quy định: “1. Trong quá trình giải quyết vụ án, đương sự, người đại diện hợp pháp của đương sự hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện vụ án quy định tại Điều 187 của Bộ luật này có quyền yêu cầu Tòa án đang giải quyết vụ án đó áp dụng một hoặc nhiều biện pháp khẩn cấp tạm thời quy định tại Điều 114 của Bộ luật này để tạm thời giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, bảo vệ tính mạng, sức khỏe, tài sản, thu thập chứng cứ, bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng hiện có tránh gây thiệt hại không thể khắc phục được, đảm bảo cho việc giải quyết vụ án hoặc việc thi hành án.

2. Trong trường hợp do tình thế khẩn cấp, cần phải bảo vệ ngay chứng cứ, ngăn chặn hậu quả nghiêm trọng có thể xảy ra thì cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền yêu cầu Tòa án có thẩm quyền ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời quy định tại Điều 114 của Bộ luật này đồng thời với việc nộp đơn khởi kiện cho Tòa án đó”.

Như vậy, điều kiện áp dụng BPKCTT chủ yếu được xác định dựa trên hai yếu tố: Quyền, lợi ích đang hoặc có khả năng bị xâm hại; và tính khẩn cấp của hoàn cảnh.

Với yếu tố thứ nhất, áp dụng BPKCTT khi cần giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, thu thập chứng cứ, bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng hiện có tránh gây thiệt hại không thể khắc phục, bảo đảm việc thi hành án¹. Căn cứ vào điều kiện này, BPKCTT được áp dụng trong các trường hợp tài sản đang tranh chấp hay tài sản có

¹ Khoản 1 Điều 111 BLTTDS 2015.

khả năng đảm bảo thi hành án đang hoặc có khả năng bị tẩu tán, hủy hoại, thay đổi công năng, giá trị...

Với yếu tố thứ hai, áp dụng BPKCTT trong trường hợp có tình thế khẩn cấp, cần phải bảo vệ ngay bằng chứng, ngăn chặn hậu quả nghiêm trọng có thể xảy ra². Trong pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam, tính cấp thiết không phải là điều kiện tiên quyết mà chỉ là một trường hợp đặc biệt của việc áp dụng BPKCTT khi thấy rằng, nếu không áp dụng BPKCTT ngay lập tức thì hậu quả nghiêm trọng có thể xảy ra, bằng chứng có thể bị tiêu hủy.

Hiện nay, Điều 111 quy định 2 trường hợp áp dụng BPKCTT theo yêu cầu cấp bách của đương sự và trong “tình thế khẩn cấp” là chưa hợp lý.

Trước hết, cần phải thống nhất rằng, BPKCTT chỉ được áp dụng trong trường hợp khẩn cấp cần bảo vệ ngay quyền lợi của các đương sự, và tính khẩn cấp này là một điều kiện bắt buộc với các yêu cầu áp dụng BPKCTT. Nếu có sự phân biệt giữa các trường hợp áp dụng BPKCTT dựa trên tính khẩn cấp thì chỉ có thể phân biệt giữa tính khẩn cấp và tính cực kỳ khẩn cấp. Tuy nhiên, để phân biệt mức độ khẩn cấp của các trường hợp cao hay thấp trong nhiều trường hợp hoàn toàn không đơn giản. Mặt khác, sự phân biệt này trong pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam cho đến nay chủ yếu chỉ dẫn đến sự khác biệt về thời gian giải quyết³. Vì vậy, thống nhất một thủ tục chung cho áp dụng BPKCTT sẽ vừa đảm

bảo bình đẳng giữa các đương sự, vừa tạo sự đơn giản trong việc xem xét yêu cầu áp dụng BPKCTT.

Các điều kiện khách quan chung đối với yêu cầu áp dụng BPKCTT hiện nay chưa tính đến yếu tố cân bằng trong xã hội. Các BPKCTT khi được áp dụng luôn có nguy cơ gây ra thiệt hại về quyền lợi cho bên bị áp dụng hoặc bên thứ ba, do đó, phải quy định điều kiện “quyền và lợi ích cần bảo vệ phải lớn hơn rõ ràng so với thiệt hại có thể gây ra đối với bên bị áp dụng hoặc bên thứ ba” mới đảm bảo được hiệu quả thực tế của BPKCTT.

- Các điều kiện khách quan riêng

Bên cạnh các điều kiện khách quan chung còn có các điều kiện khách quan riêng, được áp dụng cho từng BPKCTT cụ thể. Các điều kiện này có thể về đặc tính tài sản (tài sản đang tranh chấp, tài sản của người có nghĩa vụ, hàng hóa bị nghi ngờ xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ...) hoặc về tác động tiêu cực (hành vi hủy hoại tài sản, hành vi tẩu tán tài sản, hành vi thay đổi hiện trạng tài sản...), hoặc các yếu tố khác đối với trường hợp cụ thể áp dụng BPKCTT.

Việc đặt ra các điều kiện này nhằm tiếp tục phân loại yêu cầu để đảm bảo việc áp dụng một BPKCTT cụ thể là phù hợp và đạt hiệu quả mong muốn. Tuy nhiên, các điều kiện này cũng thu hẹp phạm vi áp dụng của biện pháp, hạn chế khả năng lựa chọn BPKCTT của các bên đương sự.

Thứ nhất, nếu chỉ áp dụng đối với tài sản đang tranh chấp (trong các điều 120, 121, 122 BLTTDS 2015) sẽ hạn chế khả năng áp dụng với tài sản không tranh chấp để bảo vệ chứng cứ hoặc đảm bảo thi hành án của các biện pháp này. Trên thực tế, việc áp dụng BPKCTT đối với tài sản không

² Khoản 2 Điều 111 BLTTDS 2015.

³ Theo khoản 2, 3 Điều 133 BLTTDS 2015, thời hạn giải quyết đối với đơn yêu cầu áp dụng BPKCTT theo khoản 1 Điều 111 là 3 ngày, đối với đơn yêu cầu theo khoản 2 Điều 111 là 48 giờ.

phải là tài sản tranh chấp nhưng có liên quan đến vụ án đang giải quyết như cầm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản của người có nghĩa vụ để đảm bảo khả năng thực hiện nghĩa vụ... là rất cần thiết.

Thứ hai, nếu chỉ áp dụng BPKCTT kê biên, cầm chuyển dịch quyền tài sản, cầm thay đổi hiện trạng tài sản khi “có căn cứ cho thấy” có hành vi vi phạm đã làm giảm hiệu quả áp dụng của biện pháp này.

Để đáp ứng được điều kiện này, người yêu cầu phải chứng minh rằng người giữ tài sản có ý định tẩu tán, hủy hoại tài sản và đang hiện thực hóa ý định đó. Trong nhiều trường hợp, kể từ thời điểm có căn cứ cho thấy có hành vi vi phạm đến thời điểm hành vi đó thực sự diễn ra có thể chỉ vài giờ (với hành vi hủy hoại tài sản) hoặc vài phút (với hành vi bán tài sản là động sản). Khả năng xảy ra thiệt hại khi đó là rất lớn và thời điểm có thể xảy ra hành vi vi phạm là rất gần. Do đó, đến khi chứng minh được căn cứ về hành vi vi phạm thì gần như đã không còn khả năng ngăn chặn hành vi đó nữa. Vậy, cần thay đổi quy định theo hướng cho phép áp dụng BPKCTT khi có căn cứ cần ngăn chặn hành vi vi phạm để đảm bảo tính kịp thời của việc áp dụng.

2.2. Điều kiện mang tính chủ quan

Việc áp dụng BPKCTT luôn tiềm ẩn khả năng gây thiệt hại đến quyền lợi đối với các chủ thể khác. Trong trường hợp có thiệt hại xảy ra do việc yêu cầu áp dụng BPKCTT không đúng, bên có yêu cầu phải chịu trách nhiệm bồi thường. Để đảm bảo khả năng thực hiện nghĩa vụ đó, trong một số trường hợp, bên yêu cầu sẽ phải thực hiện biện pháp bảo đảm bằng một khoản tiền hoặc các loại tài sản khác có giá trị do

tòa án ấn định. Đây là điều kiện mang tính chủ quan bởi việc có đáp ứng điều kiện này hay không hoàn toàn phụ thuộc vào bên yêu cầu.

Điều 136 BLTTDS 2015 quy định: *“Người yêu cầu Tòa án áp dụng một trong các biện pháp khẩn cấp tạm thời quy định tại các khoản 6, 7, 8, 10, 11, 15 và 16 Điều 114 của Bộ luật này phải nộp cho Tòa án chứng từ bảo lãnh được bảo đảm bằng tài sản của ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác hoặc của cơ quan, tổ chức, cá nhân khác hoặc gửi một khoản tiền, kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá do Tòa án ấn định nhưng phải tương đương với tổn thất hoặc thiệt hại có thể phát sinh do hậu quả của việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng để bảo vệ lợi ích của người bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời và ngăn ngừa sự lạm dụng quyền yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời từ phía người có quyền yêu cầu”*.

Thực tiễn áp dụng điều kiện này cho thấy một số vấn đề sau:

Thứ nhất, phạm vi áp dụng chưa bao quát hết các trường hợp có khả năng gây thiệt hại.

Điều kiện này chỉ áp dụng đối với các BPKCTT có liên quan đến tài sản, trừ biện pháp “Cho thu hoạch, cho bán hoa màu hoặc sản phẩm, hàng hóa khác”⁴. Đối với việc áp dụng biện pháp “Cầm hoặc buộc đương sự thực hiện hành vi nhất định”⁵ bên yêu cầu không bị buộc phải thực hiện biện pháp bảo đảm, dẫn đến khả năng quyền, lợi ích của bên bị áp dụng BPKCTT không được bảo vệ. Ví dụ, biện pháp này được cụ

⁴ Khoản 9 Điều 114 BLTTDS 2015.

⁵ Khoản 12 Điều 114 BLTTDS 2015.

thể hóa thành việc cầm đương sự thực hiện việc chuyển dịch quyền tài sản hoặc “Dùng thanh toán số tiền... theo L/C...”⁶, trong các trường hợp này, việc áp dụng BPKCTT có liên quan đến tài sản một cách gián tiếp và có khả năng gây ra thiệt hại. Việc không thực hiện biện pháp bảo đảm trong trường hợp này sẽ tạo ra sự bất bình đẳng giữa các chủ thể có yêu cầu áp dụng BPKCTT có liên quan đến tài sản.

Thứ hai, về mặt kỹ thuật lập pháp, Điều 120 BLTTDS vừa thừa vừa thiếu khi quy định mục đích của biện pháp bảo đảm để “*bảo vệ lợi ích của người bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời và ngăn ngừa sự lạm dụng quyền yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời từ phía người có quyền yêu cầu*”. Bên cạnh mục đích bảo vệ lợi ích của người bị áp dụng BPKCTT, biện pháp bảo đảm còn cần ghi nhận mục đích bảo vệ lợi ích của bên thứ ba; cụm từ “*và ngăn ngừa sự lạm dụng quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT từ phía người có quyền yêu cầu*” là thừa, bởi đây là mục đích xây dựng quy phạm, do đó không cần phải ghi nhận trong điều luật này.

Thứ ba, cách tính giá trị tài sản thực hiện biện pháp bảo đảm chưa rõ ràng. Điều 136 BLTTDS 2015 quy định là “*do Tòa án ấn định nhưng phải tương đương với tổn thất hoặc thiệt hại có thể phát sinh do hậu quả của việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng*”.

Khái niệm “*tương đương*” hiện nay chưa được giải thích một cách rõ ràng nên

việc xác định giá trị tài sản thực hiện nghĩa vụ đảm bảo theo BLTTDS 2004 trước đây chưa được thực hiện một cách thống nhất. Có trường hợp thẩm phán buộc đương sự phải nộp khoản tiền bằng giá trị căn cứ tính, có trường hợp lại chỉ nộp một phần giá trị của căn cứ tính. Khái niệm này tiếp tục được sử dụng trong BLTTDS 2015 như trên sẽ dẫn đến cách áp dụng pháp luật thiếu thống nhất ở các tòa án trong thời gian tới.

3. Một số kiến nghị

Thứ nhất, hiện nay các điều kiện áp dụng BPKCTT còn được quy định một cách dàn trải. Để đảm bảo tính rõ ràng, minh bạch, các điều kiện áp dụng BPKCTT cần được xác định cụ thể trong một điều luật, trong trường hợp cần quy định dẫn chiếu thì cũng cần quy định rõ trong điều luật đó.

Về mặt hình thức, các điều kiện mang tính khách quan đang được gắn với quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT. Quy định này cho phép các đương sự nhanh chóng xác định được các trường hợp mà mình có quyền nộp đơn yêu cầu áp dụng BPKCTT, nhưng cũng đồng thời tạo ra những bất lợi nhất định.

Các điều kiện được quy định tại Điều 111 BLTTDS 2015 chỉ là các điều kiện mang tính khách quan chung đối với các BPKCTT, để yêu cầu được chấp nhận còn phải đáp ứng các điều kiện riêng trong các BPKCTT cụ thể cũng như điều kiện mang tính chủ quan (nếu có). Do vậy, việc quy định các điều kiện khách quan chung gắn với quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT với ý nghĩa là cơ sở cho việc xác định quyền yêu cầu là không đảm bảo tính logic.

⁶ Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội, “Quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời số 01/2013/QĐ-BPKCTT ngày 29/01/2013”, “Quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời số 02/2011/QĐ-BPKCTT ngày 18/05/2011”.

Việc tách các điều kiện mang tính khách quan và quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT sẽ có những ưu điểm sau:

Một là, có thể quy định một cách chung nhất về quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT. Theo đó, tùy thuộc vào thời điểm mà quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT sẽ được phát sinh, theo BLTTDS 2015 là từ thời điểm nộp đơn khởi kiện.

Hai là, có thể quy định về chủ thể có quyền yêu cầu áp dụng BPKCTT một cách rõ ràng hơn.

Ba là, có thể liệt kê các điều kiện áp dụng BPKCTT và dẫn chiếu đến các điều luật cụ thể nếu cần thiết.

Về mặt nội dung, ngoài các mục đích bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng hiện có, tránh gây thiệt hại không thể khắc phục được hoặc bảo đảm việc thi hành án thì điều kiện áp dụng BPKCTT còn phải thể hiện tính khẩn cấp cũng như tính bảo vệ chung của BPKCTT.

Như vậy, các điều kiện áp dụng BPKCTT được quy định tại Điều 111 BLTTDS cần được sửa đổi, bổ sung như sau:

Điều ...: Quyền yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

“1. Từ thời điểm nộp đơn khởi kiện, đương sự, người đại diện hợp pháp của đương sự hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện vụ án quy định tại Điều 187 của Bộ luật này có quyền yêu cầu Tòa án đang giải quyết vụ án đó áp dụng một hoặc nhiều biện pháp khẩn cấp tạm thời quy định tại Điều 114 của Bộ luật này.

...”.

Điều ...: Điều kiện áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

“Biện pháp khẩn cấp tạm thời được áp dụng khi đáp ứng các căn cứ sau đây:

1. Có mục đích tạm thời giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, thu thập chứng cứ, bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng hiện có tránh gây thiệt hại không thể khắc phục được, đảm bảo cho việc giải quyết vụ án hoặc việc thi hành án.

2. Có tình thế khẩn cấp quy định tại khoản 1 Điều 111 Bộ luật này. Trong trường hợp có tình thế khẩn cấp cao độ theo quy định tại khoản 2 Điều 111 Bộ luật này thì việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời có thể được xem xét tại thời điểm nộp đơn khởi kiện.

3. Hậu quả xảy ra do việc không áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời lớn hơn rõ ràng so với hậu quả có thể xảy ra do áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời.

4. Các điều kiện riêng của biện pháp khẩn cấp tạm thời được yêu cầu.

5. Bên có yêu cầu đã thực hiện đúng nghĩa vụ bảo đảm tài chính theo quy định tại Điều 136 Bộ luật này”.

Thứ hai, cần mở rộng một cách hợp lý điều kiện áp dụng riêng được quy định trong từng BPKCTT. Các biện pháp kê biên tài sản đang tranh chấp, cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp, cấm thay đổi hiện trạng tài sản đang tranh chấp cần được mở rộng phạm vi áp dụng cả với tài sản của người có nghĩa vụ, do đó, cần bỏ đi cụm từ “đang tranh chấp”. Mở rộng khả năng áp dụng sớm các BPKCTT trước khi các hành vi tiêu cực có thể được hiện thực hóa bằng cách thay cụm từ “có căn cứ cho thấy người đang chiếm hữu hoặc giữ tài sản đang tranh chấp có hành vi...” bằng cụm từ “có căn cứ cho thấy cần ngăn chặn hành vi...”.

Thứ ba, quy định nghĩa vụ thực hiện biện pháp bảo đảm áp dụng đối với biện pháp cầm hoặc buộc đương sự thực hiện hành vi nhất định (khoản 12 Điều 114) nếu liên quan đến tài sản để có thể đảm bảo được quyền và lợi ích của bên bị áp dụng.

Thứ tư, xác định mục đích thực hiện biện pháp bảo đảm là để bảo vệ lợi ích của người bị yêu cầu áp dụng BPKCTT và bên thứ ba.

Thứ năm, cần quy định rõ phương pháp xác định giá trị tài sản đảm bảo mà người yêu cầu áp dụng BPKCTT phải thực hiện, mà trước hết phải xác định cách tính giá trị tài sản bảo đảm một cách hợp lý và đơn giản.

Để dự trừ cho những thiệt hại có thể xảy ra, việc thực hiện biện pháp bảo đảm phải đáp ứng được các yêu cầu sau:

- Buộc đương sự phải cân nhắc kỹ trước khi đưa ra yêu cầu áp dụng BPKCTT có liên quan đến tài sản, bởi phải đưa một lượng tài sản nhất định ra khỏi lưu thông trong suốt thời gian áp dụng BPKCTT.

- Phù hợp với khả năng thực hiện của các đương sự.

- Bảo đảm khả năng bồi thường thiệt hại do việc áp dụng BPKCTT không đúng gây ra đối với bên bị áp dụng hoặc bên thứ ba.

Như vậy, việc quy định về biện pháp bảo đảm cần phải cân bằng giữa quyền của bên yêu cầu và quyền được bảo vệ của các chủ thể khác.

BLTTDS 2015 đã quy định cách tính giá trị tài sản đảm bảo là “*tương đương với tổn thất hoặc thiệt hại có thể phát sinh do hậu quả của việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng để bảo vệ lợi ích*

của người bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời và ngăn ngừa sự lạm dụng quyền yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời từ phía người có quyền yêu cầu”. Quy định này chưa xác định được nội hàm khái niệm “*tương đương*”.

Cách xác định giá trị tài sản bảo đảm phổ biến hiện nay là tính theo tỷ lệ giá trị tài sản bị áp dụng. Phương pháp này có ưu điểm là đơn giản, do đó, sai số rất thấp, các bên có thể dự tính được các chi phí cần thiết trước khi yêu cầu áp dụng BPKCTT, thẩm phán cũng không cần xem xét các vấn đề chi tiết như trong trường hợp dự trừ thiệt hại chưa xảy ra, đồng thời giá trị bảo đảm cũng không quá lớn để có thể ngăn cản bên có yêu cầu.

Do vậy, quy định về việc thực hiện biện pháp bảo đảm cần được hướng dẫn áp dụng như sau:

“*Người yêu cầu Tòa án áp dụng một trong các biện pháp khẩn cấp tạm thời quy định tại các khoản 6, 7, 8, 10, 11, 12, 15 và 16 Điều 114 của Bộ luật này trong trường hợp có liên quan đến tài sản phải thực hiện biện pháp bảo đảm để bảo vệ lợi ích của các chủ thể khác.*

Người yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải thực hiện biện pháp bảo đảm bằng một trong các hình thức sau đây:

a) *Khoản tiền bằng ...% giá trị hàng hoá cần áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời hoặc tối thiểu hai mươi triệu đồng nếu không thể xác định được giá trị hàng hóa đó;*

b) *Chứng từ bảo lãnh được bảo đảm bằng tài sản của ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác hoặc của cơ quan, tổ chức, cá nhân khác”.*

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG TIẾP CẬN THỊ TRƯỜNG THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ Ở VIỆT NAM HIỆN NAY CĂN CỨ THEO CAM KẾT WTO

*Đào Thị Thu Hằng**

Tóm tắt: Bài phân tích thực tế thực thi nguyên tắc tiếp cận thị trường - một trong những nguyên tắc cơ bản trong Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATS) ở Việt Nam; từ đó chỉ ra những quy định chưa phù hợp trong pháp luật Việt Nam cần sửa đổi.

Abstract: This paper analyses the enforcement of a market access principle – one of the basic principles in the General Agreement on Trade in Services (GATS) in Vietnam. It then points out incompatible law and regulation of Vietnam in need of amendment.

Sau hơn 10 năm gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), Việt Nam đã thực hiện xong nghĩa vụ Báo cáo rà soát chính sách thương mại lần thứ nhất. Nội dung Báo cáo không có ghi nhận nào về việc Việt Nam vi phạm các nghĩa vụ trong Hiệp định chung về thương mại dịch vụ của WTO (GATS); và trên thực tế, cho đến thời điểm này Việt Nam cũng chưa bị thành viên nào của GATS khởi kiện. Song điều này không có nghĩa Việt Nam đã thực hiện hoàn hảo các nghĩa vụ của mình, và Việt Nam đã không vi phạm GATS.

Có thể thấy, nhìn chung, với Báo cáo rà soát chính sách thương mại của Việt Nam¹, việc thực thi nguyên tắc tiếp cận thị trường của Việt Nam khá nghiêm túc. Việt Nam cũng đã ban hành và sửa đổi nhiều quy định của pháp luật trong nước để đảm bảo việc thực thi nguyên tắc này trên thực tế. Tuy nhiên, rà soát lại Biểu cam kết của Việt Nam đối chiếu với các quy định pháp luật trong nước và thủ tục áp dụng, tác giả cho rằng còn tồn tại một số vấn đề:

1. Dịch vụ kế toán, kiểm toán (CPC 862)

Theo cam kết WTO, dịch vụ kế toán, kiểm toán và ghi sổ kế toán được xếp trong dịch vụ kinh doanh chuyên môn Mục 1.A (b) với mã CPC là 862. Việt Nam đưa ra mức cam kết khá toàn diện đối với những dịch vụ này, bao gồm không hạn chế ở cả ba phương thức đầu, trừ phương thức “hiện diện thể nhân” chưa cam kết.

Theo nội dung cam kết, các công ty kế toán, kiểm toán ở nước ngoài có thể cung cấp dịch vụ qua biên giới cho các doanh nghiệp Việt Nam. Các công ty kế toán, kiểm toán nước ngoài được tiếp cận thông qua tất cả các hình thức hiện diện thương mại tại Việt Nam, trừ hình thức chi nhánh. Ngoài ra, họ không phải chịu bất kỳ hạn chế nào khác và được đối xử như các doanh nghiệp kế toán và kiểm toán của Việt Nam².

Trong khi đó, Luật Kế toán năm 2015 lại quy định: *Doanh nghiệp kinh doanh dịch*

* NCS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ WT/TPR/G/287 ngày 13/8/2013 – Báo cáo rà soát chính sách thương mại của Việt Nam.

² Bộ Công Thương, *Cam kết về dịch vụ khi gia nhập WTO – Bình luận của người trong cuộc*, Nxb. Thống kê, năm 2009, tr.32.

vụ kế toán/kiểm toán nước ngoài thực hiện kinh doanh dịch vụ kế toán tại Việt Nam dưới các hình thức góp vốn với doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán đã được thành lập và hoạt động tại Việt Nam để thành lập doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán hoặc thành lập chi nhánh doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài. Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 cũng có quy định tương tự. Theo đó, chỉ các loại hình doanh nghiệp sau được kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán: (a) Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên; (b) Công ty hợp danh; (c) Doanh nghiệp tư nhân; (d) Chi nhánh doanh nghiệp kiểm toán nước ngoài tại Việt Nam được kinh doanh dịch vụ kiểm toán theo quy định của pháp luật³.

Đề cụ thể hoá, Chính phủ đã ban hành văn bản quy định: Tỷ lệ vốn góp của thành viên là tổ chức được góp tối đa 35% vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn dịch vụ kế toán/kiểm toán từ hai thành viên trở lên. Trường hợp có nhiều tổ chức góp vốn thì tổng tỷ lệ vốn góp của các tổ chức tối đa bằng 35% vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn dịch vụ kế toán/kiểm toán từ 2 thành viên trở lên. Công ty trách nhiệm hữu hạn dịch vụ kế toán/kiểm toán phải có ít nhất 02 thành viên góp vốn là kế toán viên/kiểm toán viên đăng ký hành nghề tại công ty. Vốn góp của các kế toán viên hành nghề phải chiếm trên 50% vốn điều lệ của công ty. Vốn pháp định đối với công ty trách nhiệm hữu hạn kiểm toán từ ngày 01/01/2015 là 5 tỷ VND⁴.

³ Khoản 4 Điều 59 Luật Kế toán năm 2015 và Điều 20 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011.

⁴ Điều 26, Điều 27 Nghị định 174/2016/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Kế toán và Điều 5,

Như vậy, cần làm rõ nội dung: (1) Quy định về các hình thức doanh nghiệp được cung cấp dịch vụ kế toán/kiểm toán có vi phạm Điều XVI:2 (e) không? (2) Quy định về vốn góp tối đa của tổ chức trong doanh nghiệp kế toán/kiểm toán có vi phạm Điều XVI:2 (f) không? Bởi xác định vi phạm Điều XVI của GATS căn cứ vào những biện pháp được liệt kê trong Điều XVI:2 cả về mặt hình thức và thực tế.

- Điều XVI:2 (e) của GATS quy định, trừ trường hợp có quy định khác trong Danh mục cam kết, các thành viên không được duy trì hoặc ban hành: *Các biện pháp hạn chế hoặc yêu cầu các hình thức pháp nhân cụ thể hoặc liên doanh thông qua đó người cung cấp dịch vụ có thể cung cấp dịch vụ.* Tác giả cho rằng, những quy định này không phù hợp với nghĩa vụ được quy định trong Điều XVI:2 (e) của GATS vì những lý do sau:

Một là, với quy định này công ty kế toán/kiểm toán nước ngoài sẽ rất khó khăn trong việc tiến hành kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán ở Việt Nam thông qua hình thức hiện diện thương mại là doanh nghiệp. Bởi lẽ, việc cung cấp dịch vụ kế toán/kiểm toán dưới hình thức doanh nghiệp chỉ bao gồm: Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên; công ty hợp danh; và doanh nghiệp tư nhân⁵. Trong đó, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài chỉ được góp vốn với doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán đã được thành lập và hoạt động tại Việt Nam để thành lập

Điều 7, Điều 8 Nghị định 17/2012/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn một số điều của Luật Kiểm toán độc lập năm 2011.

⁵ Điều 59 Luật Kế toán năm 2015 và Điều 20 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011.

doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán (F1). Như vậy, doanh nghiệp kinh doanh kế toán nước ngoài không được góp vốn cùng những tổ chức, cá nhân khác để thành lập công ty kinh doanh kế toán ở Việt Nam. Khác với nhà cung cấp dịch vụ kế toán/kiểm toán Việt Nam, họ chỉ có một cách duy nhất để gia nhập thị trường, đó là góp vốn với doanh nghiệp kế toán/kiểm toán Việt Nam để thành lập công ty kế toán/kiểm toán. Và dường như, những quy định này chủ yếu là nhằm mục đích “hạn chế” họ.

Mặt khác, kể cả sau khi tìm được doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán đã thành lập và hoạt động tại Việt Nam, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài vẫn phải tìm thêm hai cá nhân là kiểm toán viên đủ điều kiện để thuyết phục họ tham gia và góp vốn ít nhất hơn 50% vốn điều lệ vào F1. Bởi công ty kế toán/kiểm toán chỉ được thành lập khi có ít nhất hai cá nhân là kiểm toán viên và họ phải góp vốn ít nhất hơn 50% vốn điều lệ.

Hai là, điều kiện tiên quyết cho việc thành lập những doanh nghiệp này là phải có kế toán viên/kiểm toán viên là thành viên sáng lập. Như vậy, với cả ba điều kiện trên thì công ty kế toán/kiểm toán nước ngoài không thể tự mình thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán, mà chỉ tham gia với tư cách thành viên góp vốn. Một mặt, trong cột tiếp cận thị trường ở phương thức 3 của dịch vụ kế toán/kiểm toán Việt Nam đã cam kết “không hạn chế”. Mặt khác, theo quy định tại Điều XVIII (d), hiện diện thương mại được hiểu bao gồm việc thiết lập, mua lại hay duy trì một pháp nhân hay thành lập, duy trì một chi nhánh hay văn phòng đại

diện trên lãnh thổ của một thành viên nhằm mục đích cung cấp dịch vụ. Nghĩa là, Việt Nam cho phép nhà cung cấp dịch vụ kế toán/kiểm toán nước ngoài được *thành lập tất cả các hình thức hiện diện thương mại tại Việt Nam, trừ hình thức chi nhánh*. Do đó, quy định này đã hạn chế hiện diện thương mại của pháp nhân có thể cung cấp dịch vụ kế toán/kiểm toán, theo đó không thể thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán. Như vậy, biện pháp này trái với quy định tại Điều XVI:2 (e) của GATS.

- Điều XVI:2 (f) của GATS quy định, trừ trường hợp có quy định khác trong Danh mục cam kết, các thành viên không được duy trì hoặc ban hành biện pháp: *Hạn chế tỷ lệ vốn góp của bên nước ngoài bằng việc quy định tỷ lệ phần trăm tối đa của bên nước ngoài hoặc tổng giá trị đầu tư nước ngoài tính đơn hoặc tính gộp*⁶. Tác giả cho rằng, những quy định này không phù hợp với nghĩa vụ được quy định trong Điều XVI:2 (f) của GATS vì những lý do sau:

Một là, phân tích nội dung Điều XVI:2 (f) của GATS cho thấy, biện pháp này phải thỏa mãn các yêu cầu: (1) Đưa ra hạn chế tỷ lệ vốn góp bằng việc quy định tỷ lệ phần trăm tối đa; (2) Áp dụng đối với nhà cung cấp dịch vụ của thành viên khác. Như vậy, biện pháp này không cần yêu cầu bên thành viên áp dụng phải loại bỏ yếu tố “phân biệt đối xử”. Thực tế, quy định này của Việt Nam không chỉ áp dụng cho nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài mà áp dụng cho cả nhà

⁶ Ủy ban Quốc gia về Hợp tác kinh tế quốc tế (2007), *Các văn bản pháp lý cơ bản của Tổ chức Thương mại thế giới – WTO*, Điều XVI:2(f) Hiệp định chung về Thương mại dịch vụ, bản Tiếng Việt, tr.234.

cung cấp dịch vụ trong nước trong trường hợp họ là tổ chức.

Có quan điểm cho rằng, “hạn chế (f) chỉ áp dụng đối với biện pháp mang tính chất phân biệt đối xử với nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài”⁷. Theo tác giả, quan điểm này không phù hợp với Hướng dẫn lập Biểu cam kết của Hội đồng thương mại dịch vụ WTO. Theo đó, trong hướng dẫn ghi rõ: “(f) Hạn chế về sự tham gia của nước ngoài: - Phần vốn góp tối đa x phần trăm cho một hình thức hiện diện thương mại cụ thể”⁸. Trong trường hợp này, Việt Nam quy định tổng số vốn góp của tổ chức trong nước và nước ngoài vào doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán là 35%. Như vậy, nếu xem xét ở bình diện tổng thể vốn góp của doanh nghiệp kế toán/kiểm toán nước ngoài trong doanh nghiệp F1 sẽ khó thấy được bản chất của sự vi phạm. Tuy nhiên, nguyên tắc chung trong cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, bên nguyên đơn sẽ phải chứng minh một trường hợp “mẫu” (prima facie) không phù hợp với những quy định trong Điều XVI của GATS⁹. Do đó, nếu chứng minh trong một doanh nghiệp kế toán/kiểm toán có vốn đầu tư nước ngoài bất kỳ thì có thể thấy, biện pháp này chỉ cho phép tổng vốn góp của doanh nghiệp/những doanh nghiệp kế toán/kiểm toán nước ngoài trong F1 có tỉ lệ tối đa 35% tổng vốn của doanh nghiệp đó. Vì vậy, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán nước ngoài

sẽ không bao giờ có cơ hội nắm quyền kiểm soát F1. Vậy là đã có sự giới hạn về mặt thực tế. Theo đó, công ty kế toán/kiểm toán nước ngoài **không thể** thành lập công ty kế toán/kiểm toán 100% vốn nước ngoài tại Việt Nam.

Hai là, phải khẳng định rằng, quy định này đã làm hạn chế khả năng gia nhập thị trường của họ. Bởi các án lệ của GATS đều không thừa nhận những biện pháp *có tác dụng* hạn chế số lượng các nhà cung cấp dịch vụ¹⁰.

Tóm lại, đãi ngộ này khiến doanh nghiệp kế toán/kiểm toán nước ngoài “kém thuận lợi hơn” so với Biểu cam kết của Việt Nam, cụ thể là dịch vụ kế toán/kiểm toán được liệt kê trong Mục 1A(b) và phần cam kết nền của Biểu cam kết của Việt Nam. Vì vậy, không phù hợp với nghĩa vụ mà Việt Nam phải thực hiện theo Điều XVI và Biểu cam kết của mình.

2. Dịch vụ trọng tài, hoà giải (CPC 86602)

Trong khuôn khổ WTO, Việt Nam không cam kết toàn bộ dịch vụ trọng tài và hoà giải, mà chỉ cam kết đối với tranh chấp thương mại giữa các thương nhân. Tuy nhiên, các nhà cung cấp dịch vụ trọng tài và hoà giải cũng chỉ được cung cấp sau ngày 11/01/2010 tất cả các hình thức hiện diện thương mại, kể cả chi nhánh. Trong đó, Trưởng chi nhánh phải là người thường trú tại Việt Nam. Đến nay, những hạn chế này cũng đã hết hạn. Ngoài ra, Việt Nam không đưa ra bất kỳ hạn chế nào khác

⁷ Vũ Nữ Thăng (2007), *Tự do hoá thương mại dịch vụ trong WTO: Luật và thông lệ*, Nxb. Hà Nội, tr.129.

⁸ WTO, Hội đồng thương mại dịch vụ, S/L/92, ngày 28/3/2001, Hướng dẫn về lập Danh mục cam kết cụ thể theo Hiệp định GATS, đoạn 12.

⁹ WTO, WT/DS413/R ngày 16/7/2012, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ China – Certain measures affecting electronic payment services, đoạn 7.7.

¹⁰ WTO, WT/DS413/R ngày 16/7/2012, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ China – Certain measures affecting electronic payment services, đoạn 7.588 đến 7.598.

trong cột tiếp cận thị trường của Biểu cam kết cụ thể.

Tuy nhiên, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 lại quy định: “Trung tâm trọng tài được thành lập khi có ít nhất năm sáng lập viên là công dân Việt Nam có đủ điều kiện là Trọng tài viên quy định tại Điều 20 của Luật này đề nghị thành lập và được Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp Giấy phép thành lập”¹¹.

Mặc dù, Điều XVI:2 của GATS không chứa đựng từ “quốc tịch” của nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài, tuy nhiên, Hội đồng Thương mại dịch vụ cũng đã dự liệu và xếp hạn chế này vào Điều XVI:2 (a), tức là hạn chế về số lượng nhà cung cấp dịch vụ bằng cách yêu cầu về quốc tịch đối với các nhà cung cấp dịch vụ (tương đương với hạn ngạch)¹². Ban Hội thẩm vụ *US-Gambling and Betting services* đã lập luận như sau: Đúng là các từ ngữ của Điều XVI: 2 (a) bao gồm các định lượng số khác 0. Đó là vì tiêu đoạn được thiết kế một phần để chỉ ra những hạn chế, thiếu hụt so với tổng số cấm mà các thành viên có thể định ra trong Biểu cam kết của họ về số lượng các nhà cung cấp dịch vụ. Thực tế, là thuật ngữ bao hàm những hạn chế nhỏ hơn, dưới dạng hạn

ngạch lớn hơn 0, không thể đảm bảo kết luận rằng nó không chấp nhận một giới hạn lớn hơn hoặc bằng 0. Khoản (a) không dự trừ “hạn ngạch 0” vì đoạn (a) không được soạn thảo để đề cập đến các tình huống mà một thành viên muốn duy trì các hạn chế đầy đủ. Nếu một thành viên muốn duy trì một lệnh cấm hoàn toàn thì giả định rằng, thành viên như vậy sẽ không đưa vào Biểu cam kết một ngành hoặc tiểu ngành và do đó, không cần lập lịch bất kỳ hạn chế hoặc biện pháp nào theo Điều XVI:2¹³.

Có thể thấy, quy định Trọng tài viên sáng lập “là công dân Việt Nam” đã không cho nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài cơ hội để thiết lập hiện diện thương mại dưới hình thức doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài tại Việt Nam. Quy định này đã làm vô hiệu nội dung cam kết về tiếp cận thị trường đầy đủ đối với dịch vụ trọng tài, hoà giải ở phương thức (3) của Việt Nam. Do vậy, tác giả cho rằng, quy định yêu cầu sáng lập viên là công dân Việt Nam trong Luật Trọng tài năm 2010 không phù hợp với Điều XVI của GATS và Mục 1F(d) Biểu cam kết của Việt Nam.

3. Dịch vụ bán lẻ (CPC 631, 632, 6112, 6113, 6121)

Đối với dịch vụ bán lẻ, Việt Nam chưa có cam kết cho phép cá nhân người nước ngoài được trực tiếp cung cấp dịch vụ, cũng như phương thức cung cấp qua biên giới Việt Nam, ngoại trừ việc phân phối những sản phẩm phục vụ nhu cầu cá nhân, các chương trình phần mềm máy tính hợp pháp cho nhu cầu cá nhân hoặc thương

¹¹ Điều 24 Luật Trọng tài thương mại năm 2010.

Điều 20 quy định tiêu chuẩn Trọng tài viên: “1. Những người có đủ các tiêu chuẩn sau đây có thể làm Trọng tài viên: a) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của Bộ luật Dân sự; b) Có trình độ đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên; c) Trong trường hợp đặc biệt, chuyên gia có trình độ chuyên môn cao và có nhiều kinh nghiệm thực tiễn, tuy không đáp ứng được yêu cầu nêu tại điểm b khoản này, cũng có thể được chọn làm Trọng tài viên”.

¹² WTO, Hội đồng thương mại dịch vụ, S/L/92, ngày 28/3/2001, Hướng dẫn về lập Danh mục cam kết cụ thể theo Hiệp định GATS, đoạn 11.

¹³ WTO, WT/DS285/R ngày 10/10/2004, Báo cáo Ban Hội thẩm vụ US - Gambling and Betting services, đoạn 6.331.

mai. Tuy nhiên, Việt Nam lại không hạn chế việc cung ứng các dịch vụ này cho công dân Việt Nam khi ở nước ngoài. Đối với phương thức (3), Việt Nam cam kết mở cửa theo lộ trình. Tuy nhiên, cho đến nay, toàn bộ những hạn chế về tỉ lệ vốn góp và phạm vi sản phẩm được phân phối đã được dỡ bỏ.

Mặc dù vậy, Việt Nam vẫn duy trì quy định việc thành lập cơ sở bán lẻ từ thứ hai trở lên của doanh nghiệp có tổng tỉ lệ sở hữu của các nhà đầu tư nước ngoài từ 51% vốn điều lệ, hoặc có đa số thành viên hợp danh là người nước ngoài thì phải xin phép cơ quan có thẩm quyền. Trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền sẽ căn cứ vào nhu cầu kinh tế như số lượng các nhà cung cấp dịch vụ đang hiện diện tại một khu vực địa lý, sự ổn định của thị trường và quy mô địa lý để quyết định có cho phép mở thêm điểm bán lẻ hay không¹⁴. Như vậy, các cam kết quốc tế của Việt Nam về dịch vụ bán lẻ không đặt ra điều kiện nào đối với việc lập cơ sở bán lẻ thứ nhất.

Tuy nhiên, khoản 1 Điều 7 Thông tư số 08/2013/TT-BCT quy định: Việc lập cơ sở bán lẻ, bao gồm cả cơ sở bán lẻ thứ nhất, phải tuân thủ quy định của pháp luật về quản lý nhà nước đối với hoạt động bán lẻ và phù hợp với quy hoạch có liên quan của tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi dự kiến lập cơ sở bán lẻ¹⁵. Như vậy, việc lập

cơ sở bán lẻ đầu tiên của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam cũng phải được sự chấp thuận của chính quyền địa phương phù hợp với quy hoạch có liên quan. Điều kiện này cũng không được quy định trong cột tiếp cận thị trường Mục 4(C) Danh mục cam kết của Việt Nam.

Cũng tương tự như trên, việc cấp phép lập cơ sở bán lẻ đầu tiên cho doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam phụ thuộc vào ý chí của cơ quan quản lý nhà nước Việt Nam. Do vậy, biện pháp này có tác động trực tiếp đến số lượng doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được cung cấp dịch vụ bán lẻ ở Việt Nam. Quy định này cũng không được dự báo trong Biểu cam kết. Do đó, có thể thấy, nhà cung cấp dịch vụ bán lẻ nước ngoài cũng gặp khó khăn hơn, kém thuận lợi hơn so với những cam kết trong Mục 4(C) Danh mục cam kết. Chính vì vậy, biện pháp này không phù hợp với Điều XVI:1 và 2(a), cũng như Mục 4(C) Danh mục cam kết của Việt Nam.

Kết luận

Qua phân tích trên có thể thấy, nỗ lực của các nhà lập pháp Việt Nam khi xây dựng những quy định với mục đích “có lợi hơn” cho nhà cung cấp dịch vụ trong nước bằng cách giảm sự cạnh tranh từ các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài. Tuy nhiên, cách làm và tư duy như vậy không còn phù hợp với yêu cầu hội nhập kinh tế toàn cầu. Do vậy, nếu không muốn vướng vào những tranh chấp về chính sách thương mại, cần phải sửa đổi pháp luật phù hợp với nghĩa vụ của Việt Nam theo Điều XVI của GATS, cũng như Biểu cam kết của Việt Nam.

¹⁴ Bộ Công Thương (2009), *Cam kết về dịch vụ khi gia nhập - Bình luận của người trong cuộc*, Nxb. Thống kê, tr.60.

¹⁵ Khoản 1 Điều 7 Thông tư số 08/2013/TT-BCT quy định chi tiết về hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.

NGUYÊN TẮC ĐỐI XỬ CÔNG BẰNG VÀ THỎA ĐÁNG TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP ĐẦU TƯ QUỐC TẾ GIỮA NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI VÀ QUỐC GIA TIẾP NHẬN ĐẦU TƯ

Nguyễn Thu Dung*
Cao Thị Lê Thương**

Tóm tắt: Nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng (Fair and Equitable Treatment – FET) là một trong các nguyên tắc cơ bản về bảo hộ đầu tư mà quốc gia tiếp nhận đầu tư dành cho nhà đầu tư nước ngoài, được ghi nhận trong nhiều hiệp định đầu tư quốc tế (International Investment Agreement – IIAs). Nguyên tắc FET là một trong những căn cứ khởi kiện phổ biến mà nhà đầu tư nước ngoài viện dẫn trước những hành vi gây bất lợi từ phía quốc gia tiếp nhận đầu tư. Bài viết sẽ nêu khái quát về nguyên tắc FET và phân tích một số vụ kiện cụ thể để thấy rõ nội dung của nguyên tắc này.

Abstract: Fair and Equitable Treatment (FET) is one of the basic principles for investment protection given to foreign investors by host countries and it is recognized in many International Investment Agreements (IIAs). FET is one of the popular grounds invoked by foreign investors to bring action against host countries. This paper briefly reviews FET and analyses relevant cases to clarify this principle.

1. Nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng trong các hiệp định đầu tư quốc tế

Hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs) là văn bản pháp lý ghi nhận thỏa thuận giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và quốc gia xuất khẩu đầu tư về các nguyên tắc bảo hộ đầu tư mà các bên sẽ dành cho nhà đầu tư có quốc tịch của bên kia, trong đó, một trong những nguyên tắc cơ bản và gây nhiều tranh cãi nhất đó là nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng (FET).

1.1. Sự ra đời của nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng

Sự ra đời của nguyên tắc FET gắn liền với xu hướng hợp tác kinh tế quốc tế ở cấp độ đa phương và song phương. Ở cấp độ đa

phương, cụm từ “đối xử thỏa đáng” - “Equitable treatment” xuất hiện lần đầu tiên vào năm 1946 tại Hiến Chương Havana thành lập Tổ chức Thương mại quốc tế (International Trade Organisation - ITO¹). Mặc dù cuộc vận động thành lập ITO – một định chế hợp tác đa phương toàn cầu lớn nhất lúc bấy giờ - đã không thành công,

¹ Có thể nói, ITO là tiền thân của WTO. ITO được các quốc gia vận động thành lập sau chiến tranh thế giới lần II nhằm khôi phục sự phát triển của kinh tế và thương mại sau chiến tranh. Hiến chương thành lập ITO đã được thông qua tại Havana, nhưng cuối cùng do sự phản đối của Mỹ nên Hiến chương này đã không có hiệu lực trên thực tế. Tuy nhiên, những kết quả đàm phán trong việc nhân nhượng thuế quan của các quốc gia đã được tập hợp trong Hiệp định chung về Thuế quan và Thương mại (GATT) và mặc dù, chỉ là tạm thời nhưng GATT đã trở thành công cụ đa phương duy nhất điều chỉnh thương mại quốc tế cho đến trước khi WTO ra đời.

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

nhưng kết quả mà nó để lại đã trở thành tiền đề quan trọng để thành lập nên Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) sau này. Với mục tiêu thúc đẩy các quốc gia thành viên xuất khẩu và nhập khẩu vốn đầu tư, Điều 11(2) Hiến chương Havana quy định rằng, các nhà đầu tư nước ngoài nên được đảm bảo đối xử một cách thỏa đáng (“*just and equitable treatment*”). Theo đó, ITO có thể đưa ra các khuyến nghị đối với các nước thành viên trong việc thiết lập đảm bảo đối xử thỏa đáng đối với các doanh nghiệp, vốn, công nghệ, kỹ thuật... mà các nhà đầu tư đến từ các nước thành viên khác thực hiện tại lãnh thổ quốc gia mình.

Ở mức độ hợp tác khu vực, năm 1948, Hội nghị quốc tế các quốc gia châu Mỹ lần thứ 9 đã thông qua Hiệp định kinh tế Bogotá (*Economic Agreement of Bogotá*). Đây là một hiệp định bao trùm rất nhiều nội dung, trong đó có bảo hộ nhà đầu tư nước ngoài. Điều 22 Hiệp định kinh tế Bogotá² quy định rằng, các khoản đầu tư nước ngoài phải được sự đối xử một cách thỏa đáng, vì thế, các quốc gia không được thực hiện các biện pháp phân biệt đối xử không chính đáng, không phù hợp để tước đoạt quyền hoặc lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư nước ngoài tại các doanh nghiệp, vốn, công nghệ... Tuy nhiên, cũng giống như Hiến chương Havana, Hiệp định Botogá cũng không có hiệu lực trên thực tế.

Ở mức độ hợp tác song phương, một loạt các hiệp định của Mỹ với các quốc gia

khác (các hiệp định này có tên gọi là *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation - FNC*) ra đời từ sau chiến tranh thế giới lần thứ nhất, có các điều khoản viện dẫn đến Luật quốc tế về vấn đề bảo hộ con người và tài sản của nhà đầu tư nước ngoài. Nội dung chính của tiêu chuẩn này được xem là một biện pháp tự vệ của nước xuất khẩu đầu tư trước những hành vi vi phạm các quyền và lợi ích hợp pháp của nước tiếp nhận đầu tư.

Năm 1959, bản dự thảo công ước về đầu tư nước ngoài (*Draft Convention on Investment Abroad*) do Tổng giám đốc của Deutsche Bank và một luật sư người Anh soạn thảo, ngay tại Điều 1 đã thể hiện rằng “*mỗi bên vào bất kỳ thời điểm nào đều được đảm bảo sự đối xử công bằng và thỏa đáng đối với các tài sản của thể nhân, pháp nhân có quốc tịch của quốc gia khác...*”³. Sau đó, dự thảo được Cộng hòa Liên bang Đức đệ trình lên Ủy ban Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) và trở thành dự thảo công ước về bảo hộ tài sản nước ngoài (*Draft Convention on the Protection of Foreign Property*) do Ủy ban OECD soạn thảo năm 1967. Ngay tại Điều 1(a) của dự thảo này quy định rằng mỗi bên vào bất cứ thời điểm nào sẽ phải đảm bảo sự đối xử công bằng và thỏa đáng dành cho tài sản của các thể nhân, pháp nhân đến từ quốc gia kia⁴. Mặc dù bản dự thảo đã không được ký kết, nhưng đã thể hiện quan điểm của các

² Article 22 Economic Agreement of Bogotá: “*Foreign capital shall receive equitable treatment. The States therefore agree not to take unjustified, unreasonable or discriminatory measures that would impair the legally acquired rights or interests of nationals of other countries in the enterprises, capital, skills, arts or technology they have supplied*”.

³ Draft Convention on Investment Abroad, Article 1: “*Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties*”.

⁴ OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property, Article 1 (a) “*Treatment of Foreign Property: “Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties...*”.

nước OECD về vấn đề đầu tư và tự do hóa đầu tư nước ngoài trong giai đoạn đó.

Sự ảnh hưởng của dự thảo công ước về bảo hộ đầu tư của OECD đã làm gia tăng số lượng các hiệp định đầu tư song phương giữa các nước phát triển và các nước đang phát triển vào cuối thập niên 1960, và một trong những điểm nổi bật của các hiệp định thời kỳ này là sự ghi nhận nguyên tắc FET. Thậm chí, một số quốc gia vốn có truyền thống sử dụng các biện pháp kiểm soát quốc gia ưu tiên sử dụng nguyên tắc đối xử quốc gia (National Treatment - NT) hơn là FET cũng đã tích hợp FET vào trong các hiệp định song phương của mình. Tiếp theo đó, ở mức độ hợp tác đa phương, hiệp định về thành lập tổ chức bảo lãnh đầu tư đa phương năm 1985 (*Convention on establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA*) quy định tại Điều 2 rằng, để đảm bảo khoản đầu tư, MIGA phải được đối xử công bằng, thỏa đáng và bảo hộ pháp lý đối với khoản đầu tư tồn tại ở các quốc gia tiếp nhận đầu tư. Năm 1992, hướng dẫn của Ngân hàng thế giới về hiệp định đầu tư trực tiếp nước ngoài (*1992 World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment*) cũng quy định tại Điều III(2), các quốc gia phải dành sự đối xử đối với khoản đầu tư của người có quốc tịch của quốc gia khác trong phạm vi lãnh thổ của mình một cách công bằng và thỏa đáng theo tiêu chuẩn được quy định trong hướng dẫn này⁵. Và Điều II(3) hướng dẫn đã liệt kê một loạt các

tiêu chuẩn về bảo hộ nhà đầu tư nước ngoài như đảm bảo an toàn về tính mạng và tài sản, chuyển nhượng vốn và lợi nhuận, cấp phép... Năm 1994, Điều 1105(1) Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*) đã khẳng định, các bên sẽ dành cho các khoản đầu tư của nhà đầu tư đến từ các nước thành viên khác sự đối xử tuân theo quy định của luật pháp quốc tế, gồm đối xử công bằng và thỏa đáng, an toàn và an ninh đầy đủ⁶. Ngày nay, nguyên tắc FET đã được ghi nhận ở hầu hết các hiệp định thương mại tự do với vai trò là một nguyên tắc tối thiểu và cơ bản điều chỉnh vấn đề bảo hộ và đảm bảo đầu tư cho nhà đầu tư nước ngoài.

1.2. Nội dung của nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng

Trong các hiệp định đầu tư quốc tế, nguyên tắc FET được sử dụng như là một cách thức dự phòng và linh hoạt để bảo hộ nhà đầu tư nước ngoài trong các trường hợp khó chứng minh theo các nguyên tắc bảo hộ đầu tư khác. Tuy nhiên, FET lại là nguyên tắc khá linh hoạt với nội dung có thể mở rộng. Nguyên tắc FET cũng không quá rõ ràng và chi tiết, bởi: *Thứ nhất*, cũng giống như đặc điểm chung của pháp luật quốc tế, các tiêu chuẩn về bảo hộ đầu tư nói chung và nguyên tắc FET nói riêng sẽ có sự tiến bộ dần qua quá trình phát triển; *Thứ hai*, bản thân pháp luật quốc tế cũng không quá rõ ràng và chi tiết về các nguyên tắc đối xử dành cho nhà đầu tư nước ngoài. Vì thế, những giải thích hiện nay về nguyên tắc

⁵ Điều III(2), *1992 World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment*, “each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in the Guidelines”.

⁶ Điều 1105(1), NAFTA: “Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”.

FET là kết quả của sự phát triển các hiệp định, của thông lệ quốc tế và đặc biệt là qua các phán quyết của các hội đồng trọng tài trong các vụ việc cụ thể. Trong thực tiễn phán quyết, tòa thường tránh đưa ra một nội dung cố định của nguyên tắc FET mà chỉ liệt kê các hành vi vi phạm nguyên tắc này. Khi đó, các hội đồng trọng tài sẽ xem xét hành vi của Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư trong những tình huống cụ thể để xác định có sự vi phạm FET hay không.

Hơn nữa, nội dung của nguyên tắc FET không nhất thiết phải thể hiện giống nhau ở tất cả các hiệp định⁷, bởi nó phụ thuộc rất nhiều vào cách diễn đạt trong từng hiệp định cụ thể, bối cảnh ra đời hiệp định, quá trình đàm phán cũng như những dấu hiệu (có thể có) cho thấy mối quan tâm thực sự của các bên trong quá trình đàm phán, đồng thời cũng phụ thuộc khá lớn vào giải thích của các cơ quan tài phán trong các vụ việc cụ thể. Vì thế, nội dung của nguyên tắc này đến nay vẫn chưa rõ. Có ý kiến cho rằng, sự không rõ ràng của các thuật ngữ trong nguyên tắc này nhằm mục đích trao quyền giải thích nhiều hơn cho cơ quan tài phán trong một vụ việc cụ thể. Tuy nhiên, có quốc gia tiếp nhận đầu tư lo ngại rằng, việc thiếu các hướng dẫn về nội dung của nguyên tắc FET sẽ gây ra sự tùy tiện và thiếu nhất quán trong việc đưa ra các phán quyết của trọng tài. Trên thực tế, các vụ việc tranh chấp liên quan đến nguyên tắc FET đã được các định chế quốc tế rà soát và tổng hợp thành ấn phẩm có tính chất khuyến nghị và hướng dẫn. Vì thế, việc giải thích FET, về nguyên tắc, luôn có sự kế thừa những giải thích trước đó đã được cộng

đồng quốc tế thừa nhận và kết hợp các yếu tố của những vụ việc mới, dựa trên các nguyên tắc nguyên thủy của luật pháp quốc tế. Thực tiễn giải quyết các tranh chấp đầu tư quốc tế giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài cho thấy, nguyên tắc FET thường được xem xét ở hai khía cạnh: Nội dung và thủ tục.

Ở khía cạnh nội dung, nội hàm của thuật ngữ “công bằng” và “thỏa đáng” nhấn mạnh rằng, hành vi của nước tiếp nhận đầu tư phải hợp lý, nhất quán, không phân biệt đối xử và phải minh bạch. Hành vi của nước tiếp nhận đầu tư ở đây là các hành vi có tính pháp lý khi ban hành các chính sách mới, các văn bản pháp luật có liên quan đến hoạt động đầu tư, khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài. Do đó, việc ban hành chính sách, pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư, xét trong một bối cảnh cụ thể phải đảm bảo tính hợp lý, nhất quán, có nghĩa là sự tác động của các chính sách, pháp luật này trong tất cả các tình huống cùng loại sẽ có hệ quả pháp lý như nhau. Đồng thời, chính sách và pháp luật đó cũng phải đảm bảo sự minh bạch.

Ở khía cạnh thủ tục, nguyên tắc FET đòi hỏi việc tuân thủ, thực hiện chính sách, pháp luật phải tuân theo quy trình thích đáng (*Due Process*). Theo đó, bên chịu tác động của quyền lực công (khoản đầu tư, nhà đầu tư nước ngoài) phải được thông báo về ý định cưỡng chế của nước tiếp nhận đầu tư và có cơ hội phản đối lại ý định đó trước tòa án hoặc cơ quan hành chính địa phương theo một trình tự tư pháp minh bạch. Nếu không đảm bảo yêu cầu này, việc thực thi chính sách, pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư sẽ bị coi là không công bằng và trực tiếp vi phạm nguyên tắc FET.

⁷ OECD (2004), *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, tr. 2.

1.3. Mối liên hệ giữa nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng với các nguyên tắc khác về bảo hộ đầu tư

Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, nguyên tắc FET thường được xem xét trong mối liên hệ mật thiết với nguyên tắc Đối xử tối huệ quốc (MFN), Đối xử quốc gia (NT) và nguyên tắc Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu (Minimum Standard of Treatment).

- *Mối liên hệ giữa FET với MFN, NT:*

Nguyên tắc FET có sự độc lập với MFN và NT. Cụ thể, MFN là tiêu chuẩn bảo hộ, theo đó, sự đối xử của quốc gia A dành cho một nhà đầu tư đến từ quốc gia B sẽ không cao hơn so với nhà đầu tư đến từ quốc gia C khi B và C đều có hiệp định với A. Trong khi đó, NT là tiêu chuẩn bảo hộ mà đối xử của quốc gia A dành cho một nhà đầu tư đến từ quốc gia B sẽ không cao hơn so với nhà đầu tư của quốc gia A. Trong trường hợp, việc bảo hộ của quốc gia A với nhà đầu tư là công dân của họ tiến bộ, thì sự bảo hộ của quốc gia A đối với nhà đầu tư đến từ quốc gia B và C cũng tiến bộ. Tuy nhiên, nếu trong trường hợp quốc gia A có rất ít các hiệp định song phương; hoặc có nhưng không ghi nhận MFN; hoặc quốc gia A dành mức bảo hộ thấp đối với nhà đầu tư trong nước thì khi đó, ngay cả khi nhà đầu tư của quốc gia B và C được bảo hộ bằng nghĩa vụ MFN hoặc NT, thì mức bảo hộ cũng không thể đầy đủ và vì thế, quyền và lợi ích của nhà đầu tư nước ngoài có thể bị vi phạm. Trong trường hợp này, nguyên tắc FET giúp đảm bảo nhà đầu tư nước ngoài có mức độ bảo hộ tối thiểu trên phương diện công bằng và thỏa đáng khi họ không được bảo vệ bởi MFN hoặc NT.

- *Mối liên hệ giữa nguyên tắc FET và Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu:*

Theo OECD, Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu là thuật ngữ của tập quán quốc tế (*Customary International Law*)⁸, điều chỉnh việc đối xử đối với nhà đầu tư nước ngoài bằng cách đưa ra một hệ thống tối thiểu các nguyên tắc, tiêu chuẩn mà các nhà nước tiếp nhận đầu tư, không tính đến pháp luật quốc gia hay thực tiễn pháp lý của quốc gia mình, phải tôn trọng khi giải quyết các vấn đề liên quan tới nhà đầu tư nước ngoài và khoản đầu tư của họ⁹. Khi so sánh nguyên tắc tiêu chuẩn tối thiểu với nguyên tắc đối xử quốc gia thấy rằng, nguyên tắc tiêu chuẩn tối thiểu buộc các nước tiếp nhận đầu tư phải trao cho nhà đầu tư nước ngoài một số quyền cơ bản khác, ngoài các quyền mà công dân nước họ được hưởng. Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu là một thông lệ quốc tế đã được các quốc gia thừa nhận và trở thành một chuẩn mực trong việc xác định các bảo đảm tối thiểu mà quốc gia tiếp nhận đầu tư dành cho nhà đầu tư nước ngoài.

Trong thực tiễn các phán quyết giải quyết tranh chấp giữa nhà nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài, mối quan hệ giữa nguyên tắc FET với Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu được thể hiện thông qua quá trình giải thích nội dung của FET. Cụ thể, khi những vụ kiện đầu tiên liên quan đến

⁸ Customary International Law là một bộ phận của pháp luật quốc tế nghiên cứu về các tập quán. Cùng với các nguyên tắc chung của pháp luật và các điều ước, tập quán được áp dụng bởi Tòa án tư pháp quốc tế, các thẩm phán, Liên hợp quốc và các nước thành viên.

⁹ C.Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1970, p.46 cited by OECD “*The international minimum standard is the norm of customary international law which governs the treatment of aliens, by providing for a minimum set of principles which states, regardless of their domestic legislation and practices, must respect when dealing with foreign nationals and their property*”.

nguyên tắc FET xảy ra, đã có nhiều quan điểm khác nhau về căn cứ giải thích FET. Bởi mặc dù FET đưa ra các yêu cầu về đối xử công bằng và thỏa đáng, nhưng liệu những yêu cầu đó có vượt xa hơn so với Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu của tập quán quốc tế, hay bản thân FET là một tiêu chuẩn được xây dựng độc lập trong từng hiệp định IIAs, và vì thế, có thể vượt ra ngoài cả Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu của tập quán quốc tế.

Thực tế cho thấy, các án lệ giải quyết tranh chấp về đầu tư giữa nhà nước tiếp nhận đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài đã tác động không nhỏ tới việc giải thích nguyên tắc FET trong mối liên hệ với Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu. Cụ thể, trong vụ kiện giữa *Talbot và Canada*¹⁰ liên quan đến hiệp định NAFTA, Ủy ban Thương mại tự do của NAFTA¹¹ (*Free Trade Commission - FTC*) đã đưa ra thông cáo (năm 2001) giải thích nguyên tắc FET, trong đó chỉ rõ, khái niệm FET trong NAFTA là tương đương với tiêu chuẩn đối xử tối thiểu theo Luật thông lệ quốc tế (tức là không cao hơn Luật thông lệ quốc tế). Các phiên tòa sau đó liên quan đến hiệp định NAFTA đều chấp nhận cách giải thích này. Tuy nhiên, tiêu chuẩn

đối xử tối thiểu theo Luật thông lệ quốc tế không phải lúc nào cũng đủ mạnh để bảo vệ cho nhà đầu tư nước ngoài, ví dụ như trong vụ việc *Neer và Mexico* vào năm 1926¹². *Neer* là một công dân Mỹ đã bị giết trong một cuộc bạo động xảy ra tại Mexico. Vào thời điểm 1926, sự vi phạm của nhà nước theo thông lệ quốc tế đòi hỏi phải là sự vi phạm trắng trợn, ý đồ xấu... tức là để chứng minh vi phạm của Mexico trong vụ việc *Neer* đòi hỏi phải là một sự vi phạm rõ ràng, trong khi, Chính phủ Mexico chỉ thể hiện sự bê trễ trách nhiệm của nhà nước trong việc đảm bảo an toàn cho *Neer*, vì thế chưa phải là một sự vi phạm theo tập quán quốc tế tại thời điểm bấy giờ. Điều này đặt ra đòi hỏi mức độ bảo hộ cao hơn trong các hiệp định khác ngoài NAFTA. Nghĩa là, các hiệp định IIAs khác hoàn toàn có thể thiết lập nội dung của nguyên tắc FET mà không phụ thuộc vào Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu của tập quán quốc tế.

Hiện nay, thực tiễn giải thích nguyên tắc FET trong các phán quyết đã cao hơn Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu của tập quán quốc tế bởi nhiều phán quyết đã cho thấy sự tùy tiện trong hành động của Chính phủ (tức là tính bất ngờ không thể lường trước của các hành vi) đã bị coi là vi phạm. Vì thế, cùng với thời gian, cách diễn giải nguyên tắc FET đã vượt ra ngoài giới hạn của Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu của Luật thông lệ quốc tế tại thời điểm năm 2001 theo giải thích trong NAFTA.

Tuy nhiên, bản thân các tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư hay nội hàm của Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu theo tập quán quốc tế cũng có

¹⁰ Phiên tòa NAFTA xét xử vụ kiện giữa *Talbot và Canada* đã cho rằng: FET theo Điều 1105 (1) của NAFTA không bị hạn chế theo Luật thông lệ quốc tế, tuy nhiên, các diễn giải của Ủy ban thương mại tự do sau đó đã xác định rằng khái niệm FET không đòi hỏi đối xử thêm hoặc ngoài yêu cầu của Luật thông lệ quốc tế về tiêu chuẩn đối xử tối thiểu với nước ngoài trong Điều 1105(1) NAFTA. *Pope Talbot v. Canada* (Pope Talbot), Award, 10 April 2001, para 105-118.

¹¹ Điều 1105 NAFTA về tiêu chuẩn đối xử tối thiểu: “*Mỗi bên phải dành cho đầu tư của nhà đầu tư của bên khác đối xử phù hợp với luật quốc tế, bao gồm đối xử công bằng và thỏa đáng, bảo hộ và bảo đảm an ninh đầy đủ*”.

¹² *Neer v. Mexico* (*Neer*), Opinion, US-Mexico general Claims Commission, 15 October 1926, 21 A.I.L 555, 1927.

sự phát triển theo thời gian và theo chiều hướng gia tăng sự bảo hộ nhà đầu tư nước ngoài trước các hành vi của nước tiếp nhận đầu tư. Các tiêu chuẩn về bảo hộ đầu tư được thể hiện thông qua các tập quán quốc tế, các điều ước và nhất là các án lệ. Do đó, cách giải thích về FET ngày nay chủ yếu là kết quả của các thảo luận dựa trên các yêu cầu, nội dung của Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu¹³ của tập quán quốc tế và đồng thời, có sự tham chiếu, mở rộng đến tập quán đầu tư quốc tế về nghĩa vụ bảo hộ đầu tư trong các hiệp định đầu tư đã có, hoặc là các nguyên tắc chung, hoặc có thể được coi như một tiêu chuẩn độc lập...¹⁴.

2. Các tiêu chí đánh giá mức độ đối xử “công bằng” và “thỏa đáng”

Những nghiên cứu hoặc biện giải để khẳng định nguyên tắc FET và nội dung của nó ra sao còn rất ít. Bởi thế, nguyên tắc FET ở từng hiệp định đầu tư có thể được thể hiện bởi những từ ngữ khác nhau, cũng như mục tiêu của các bên ký kết ở từng hiệp định cũng không giống nhau. Do đó, các bên ký kết, luật sư, nhà đàm phán và trọng tài khi giải thích nguyên tắc FET đều phải xem xét nó trong bối cảnh cụ thể của từng hiệp định đầu tư cũng như dựa trên việc phân tích hành vi cụ thể của Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư. Hiện nay, các góc độ tiếp cận các tiêu chí đánh giá mức độ đối xử “công

bằng” và “thỏa đáng” khá đa dạng¹⁵. Sau đây là một số tiêu chí cơ bản:

2.1. Tiêu chí nhất quán (Consistency)

Nguyên tắc FET yêu cầu nước tiếp nhận đầu tư phải hành động theo một cách thức nhất quán. Việc yêu cầu này không có nghĩa nước tiếp nhận đầu tư không thể thay đổi các tuyên bố, các chính sách, pháp luật của mình, tuy nhiên, sự thay đổi đó phải được nhìn nhận trong một bối cảnh hợp lý, thể hiện trong các cách tiếp cận như sau:

Tiêu chí nhất quán có thể được tiếp cận dưới góc độ bảo đảm kỳ vọng chính đáng (*Ligitimate Expectations*) của nhà đầu tư. Tức là nước tiếp nhận đầu tư có quyền thay đổi chính sách của mình, nhưng việc thay đổi đó vẫn phải đảm bảo “kỳ vọng chính đáng” của nhà đầu tư. Kỳ vọng chính đáng được hiểu là kỳ vọng có ý nghĩa quyết định tới việc nhà đầu tư sẵn sàng chịu rủi ro để thực hiện hoạt động đầu tư tại nước tiếp nhận. Tính chính đáng của kỳ vọng được tạo lập bởi các hành vi của cơ quan có thẩm quyền, công chức trong Chính phủ một cách chính thức để nhà đầu tư dựa vào đó có được sự kỳ vọng chính đáng. Tuy nhiên, kỳ vọng chính đáng không phải là đảm bảo tuyệt đối của việc nước tiếp nhận đầu tư không được quyền thay đổi chính sách, pháp luật của mình. Vì thế, tiếp cận tiêu chí “nhất quán” dưới góc độ kỳ vọng chính đáng chỉ là một nguồn tham chiếu để thấy rằng nước tiếp nhận đầu tư đã hành động một cách nhất quán với các cam kết và hứa hẹn trước đó đối với nhà đầu tư nước ngoài¹⁶. Tuy nhiên, một số trường hợp, mặc

¹³ Ví dụ trong vụ kiện giữa công ty MTD Equity Sdn (Malaysia) với Chính phủ Chile, các bên đã nhất trí rằng việc diễn giải nguyên tắc FET là không vượt ra ngoài những yêu cầu của tiêu chuẩn đối xử tối thiểu của Luật quốc tế (MTD Equity SdnBhd.v. Republic of Chile, ICSID Case No.ARB/01/7, Award, (May 25, 2004), đoạn 110).

¹⁴ OECD (2004), Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, tr. 8.

¹⁵ UNCTAD (2012), Fair and Equitable Treatment – UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II, phần III (B), tr. 61.

¹⁶ Unctad (2012), Fair and Equitable Treatment – Unctad Series on Issues in International Investment

dù nước tiếp nhận đầu tư không đưa ra các cam kết bảo đảm về kỳ vọng chính đáng nhưng sự thay đổi chính sách đó lại là sự thay đổi mạnh mẽ, thể hiện quan điểm khác biệt của Chính phủ so với thời điểm trước đó thì cũng được coi là biểu hiện của sự thiếu nhất quán. Vi phạm tiêu chí “nhất quán” còn thể hiện thông qua các hành động thiếu nhất quán liên tục của nước tiếp nhận đầu tư, đặc biệt trong trường hợp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư có tồn tại một hợp đồng cụ thể. Nghĩa là, việc thay đổi một chính sách, pháp luật nào đó của nước tiếp nhận đầu tư đã dẫn đến việc thay đổi một điều kiện cơ bản của hợp đồng và khiến mục đích ban đầu mà nhà đầu tư nước ngoài đặt ra khi ký kết hợp đồng đã không đạt được. Vụ kiện giữa *công ty PSEG (USA) và Thổ Nhĩ Kỳ*¹⁷ là một ví dụ. Vào những năm 1980, Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ tiến hành tư nhân hóa ngành điện, trong đó, khuyến khích sự gia nhập của các nhà đầu tư nước ngoài dưới hình thức dự án xây dựng – kinh doanh – chuyển giao BOT (Build-Operate-Transfer) mà PSEG – một công ty của Hoa Kỳ là một trong số các nhà đầu tư đó. Quá trình hoạt động của dự án BOT, Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ đã có sự thay đổi pháp luật liên tục trong một khoảng thời gian ngắn, cụ thể đã thay đổi chính sách về hình thức pháp lý của dự án BOT khi buộc Công ty dự án (Project Company) được thành lập theo hợp đồng BOT sang hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn theo pháp luật Thổ Nhĩ Kỳ, hệ quả việc áp thuế đối với hai thực thể này là khác nhau và gia tăng trách nhiệm thuế cho PSEG, đồng thời

trực tiếp tác động đến điều khoản thương mại về mức thuế và giá bán điện mà các bên đã thỏa thuận trong Hợp đồng BOT¹⁸. Trong khi đó, PSEG đã đệ trình mô hình chi nhánh của công ty nước ngoài tại Thổ Nhĩ Kỳ để thay thế cho công ty dự án, nhưng phương án này đã không được Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ chấp nhận. PSEG đã cáo buộc Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ vi phạm FET bởi sự thay đổi pháp luật đã trực tiếp xâm hại đến kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư, đồng thời, các cơ quan hành chính của Thổ Nhĩ Kỳ đã lờ đi các quyền cơ bản của nhà đầu tư cũng như chậm trễ trong quá trình giải quyết các nội dung thay đổi của hợp đồng BOT. Phán quyết của Hội đồng trọng tài cho thấy, mặc dù nguyên đơn cố gắng liệt kê những kỳ vọng chính đáng mà họ đã không được Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ đảm bảo, nhưng Hội đồng trọng tài đã bác bỏ những luận giải nguyên tắc FET vì không tìm thấy bất kỳ bằng chứng nào về một lời hứa hoặc một cam kết từ phía Chính phủ, có nghĩa việc PSEG viện dẫn kỳ vọng chính đáng như một căn cứ khởi kiện là không hiệu quả. Tuy nhiên, sự vi phạm nguyên tắc FET của Thổ Nhĩ Kỳ là có¹⁹. Trong trường hợp này, có bằng chứng cho thấy, có sự sao nhãng nghiêm trọng của cơ quan hành chính trong việc giải quyết đàm phán với nguyên đơn. Cụ thể là, những bất đồng đã không được trả lời và không được xử lý một cách hợp lý. Sự im lặng của Chính phủ khi có những bất đồng ý kiến giữa các bên đã cho thấy cách hành xử thiếu thiện chí... và tất cả đều minh chứng cho sự sao nhãng và

Agreement II, tr. 77, http://unctad.org/en/Docs/unctad_diaia2011d5_en.pdf, truy cập ngày 24/4/2017.

¹⁷ Mỹ và Thổ Nhĩ Kỳ ký kết Hiệp định đầu tư song phương (BIT) ngày 3/12/1985, có hiệu lực vào ngày 18/5/1990.

¹⁸ Đoạn 16, 17, tldd.

¹⁹ Điểm 246, PSEG Global, Inc, The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, <http://www.italaw.com/cases/880>, truy cập ngày 19/4/2017.

thiếu nhất quán nghiêm trọng trong hệ thống quản lý hành chính (*inconsistency administrative acts*) của Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ. Các cơ quan hành chính của Thổ Nhĩ Kỳ bị cáo buộc đã cố tình lờ đi các quyền của nhà đầu tư theo luật của Thổ Nhĩ Kỳ²⁰. Ngoài ra, Hội đồng trọng tài cũng tìm thấy biểu hiện vi phạm FET khi có sự thay đổi pháp luật một cách bất ngờ và thể hiện quan điểm khác biệt của Chính phủ Thổ Nhĩ Kỳ so với trước đó; đặc biệt là sự thay đổi này đã không tính đến các tác động đối với các điều khoản thương mại trong hợp đồng BOT giữa hai bên²¹.

Tính nhất quán trong hành động của Chính phủ nước tiếp nhận đầu tư không chỉ đòi hỏi nhất quán về nội dung của chính sách, pháp luật, mà còn trong thực thi chính sách, pháp luật. Ví dụ, vụ kiện giữa *Công ty MTD Equity Sdn (Công ty của Malaysia)* với *Chính phủ Chile*²². Năm 1994, để thu hút đầu tư nước ngoài, trong một cuộc gặp ngoại giao giữa Chính phủ Chile và các doanh nghiệp Malaysia, Chính phủ Chile đã khuyến khích công ty MTD của Malaysia đầu tư xây dựng một khu dân cư rộng lớn gần Santiago. Dự án này đã được cơ quan về đầu tư của Chính phủ Chile chấp thuận vào ngày 3/3/1997²³. Hợp đồng đầu tư đã được ký kết giữa chủ tịch của cơ quan đầu tư - đại diện cho Chính phủ Chile và đại diện của Công ty MTD. Tuy nhiên, sau đó công ty của Malaysia biết rằng việc xây dựng dự án sẽ vi phạm quy hoạch địa

phương, vì thế công ty MTD không tiếp tục đầu tư theo kế hoạch. Căn cứ vào Hiệp định đầu tư song phương giữa Malaysia và Chile²⁴, Hội đồng trọng tài cho rằng, Chính phủ Chile phải có nghĩa vụ hành động nhất quán trong việc áp dụng thống nhất một chính sách²⁵. Tuy nhiên, trên thực tế, Chile đã áp dụng đồng thời hai chính sách hoàn toàn trái ngược nhau, tức là khuyến khích đầu tư ở cấp quốc gia nhưng đồng thời lại cấm đầu tư ở cấp độ địa phương. Vì thế, việc phê duyệt đầu tư đối với dự án mà không cân nhắc đến sự thống nhất trong áp dụng pháp luật bị coi là vi phạm nghĩa vụ đối xử với nhà đầu tư một cách công bằng và thỏa đáng.

Như vậy, có thể thấy, điểm cốt lõi của tiêu chí “nhất quán” trong đối xử của nước tiếp nhận đầu tư là nước tiếp nhận đầu tư có quyền thay đổi chính sách, pháp luật, nhưng sự thay đổi này không đi ngược lại những cam kết hay bảo đảm của nước tiếp nhận đầu tư đã đưa ra trước đó, chi phối các quyết định của nhà đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên, tiêu chí nhất quán cũng không cho phép việc thay đổi chính sách diễn ra một cách liên tục và trong một thời gian ngắn, hoặc việc thực thi chính sách, pháp luật thiếu nhất quán giữa các cơ quan khác nhau của nước tiếp nhận đầu tư. Thậm chí, sự thay đổi chính sách cũng có thể bị cấm nếu nhà đầu tư có cơ sở hợp lý khi dựa vào lời hứa hay bảo đảm của nước tiếp nhận đầu tư

²⁰ Đoạn 248, tlđđ.

²¹ Đoạn 250, tlđđ.

²² *MTD Equity Sdn.Bhd.v.Republic of Chile*, ICSID Case No.ARB/01/7, Award, (May 25, 2004), <http://www.italaw.com/cases/717>, truy cập ngày 21/4/2017.

²³ Đoạn 53, tlđđ.

²⁴ Malaysia và Chile đã ký kết Hiệp định xúc tiến và bảo hộ đầu tư năm 1992.

²⁵ Đoạn 163, tlđđ: “*What the Tribunal emphasizes here is the inconsistency of action between two arms of the same Government vis-à-vis the same investor even when the legal framework of the country provides for a mechanism to coordinate...*”.

để cho rằng, sẽ không thể có sự thay đổi đó xảy ra trong thực tế.

2.2. Tiêu chí hợp lý (*Reasonableness*)

Tiêu chí hợp lý đòi hỏi việc đối xử công bằng và thỏa đáng với nhà đầu tư nước ngoài ở mức độ hợp lý, nghĩa là sự thay đổi chính sách, pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư phải vì các mục tiêu chính đáng, thậm chí mục tiêu chính đáng này phải đáp ứng cả trong trường hợp việc thực thi chính sách của nước tiếp nhận đầu tư có thể không đầy đủ hoặc không đạt được như chính sách đặt ra (tức là năng lực thực thi chính sách của nước tiếp nhận đầu tư có thể yếu, không hiệu quả). Nói cách khác, tiêu chí hợp lý của việc thay đổi chính sách, pháp luật được xem xét ở khía cạnh nội dung hơn là khía cạnh thực thi. Tiêu chí hợp lý sẽ bị coi là vi phạm khi các chính sách của nước tiếp nhận đầu tư được xây dựng không nhằm mục tiêu chính đáng. Biểu hiện điển hình nhất là, nước tiếp nhận đầu tư vì các động cơ hoặc chịu sức ép từ các hoạt động chính trị đã ban hành các chính sách, pháp luật gây thiệt hại cho hoạt động đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài ngay cả khi nhà đầu tư nước ngoài không có bất kỳ vi phạm pháp luật nào của nước tiếp nhận đầu tư. Có thể ví dụ một số vụ việc như sau:

Vụ kiện giữa *Eureko (công ty của Hà Lan)* và *Phần Lan*²⁶. Năm 1999, Chính phủ Phần Lan có chính sách tư nhân hóa PZU - một công ty bảo hiểm 100% sở hữu nhà nước. Chính sách này sẽ được thực hiện theo từng bước, bước đầu tiên bán tối đa 30% tổng số cổ phần, số cổ phần còn lại sẽ

được tiếp tục bán cho đến trước thời điểm năm 2001 (tức là Eureko được quyền nhận chuyển nhượng số cổ phần lên tới 51% tổng số cổ phần và giúp Eureko trở thành cổ đông nắm cổ phần chi phối của PZU)²⁷. Tại thời điểm đó, công ty Eureko đã mua được 20% tổng số cổ phần. Tuy nhiên, quá trình tư nhân hóa gặp sự phản đối mạnh mẽ của một số chính trị gia Phần Lan do bảo hiểm vốn là một lĩnh vực nhạy cảm²⁸, và cuối cùng, Chính phủ Phần Lan đã quyết định không tiếp tục việc bán tiếp số cổ phần còn lại như đã thỏa thuận với Eureko²⁹. Theo Hiệp định đầu tư song phương giữa Hà Lan và Phần Lan, Tòa án giải quyết tranh chấp xác định rằng Phần Lan đã vi phạm tiêu chuẩn FET từ chối tôn trọng cam kết với lý do không chính đáng khi viện dẫn sức ép từ tình hình chính trị của Phần Lan³⁰.

Vụ kiện giữa *Vivendi (công ty của Pháp)* và *Chính phủ Argentina*³¹. Vivendi là công ty vận hành một hệ thống phân phối nước được tư nhân hóa của Chính phủ Argentina. Khi công ty quyết định tăng giá nước, thì đồng thời nước do Vivendi cung cấp có hiện tượng đổi màu. Sự đổi màu nước này là tạm thời và vô hại nhưng đã vấp phải sự phản ứng mạnh mẽ của cộng đồng dân cư địa phương. Một số chính trị gia, quan chức địa phương đã tổ chức và tham gia một chiến dịch buộc nhà đầu tư phải chấp nhận các điều kiện cung cấp dịch

²⁷ Đoạn 38, 58, 60, tlđd.

²⁸ Đoạn 43, tlđd.

²⁹ Đoạn 65, 73, tlđd.

³⁰ Đoạn 233, tlđd.

³¹ *Compagnia Aguas del Aconaiija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Arg. Republic*, ICSID Case No.ARB/97/3, Award (Aug. 20, 2007), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>, truy cập ngày 24/4/2017.

²⁶ *Eureko B.V. v. Republic of Pol.*, UNCITRAL Arb., Partial Award (Amug., 19 2005), <http://www.italaw.com/cases/documents/413>, truy cập ngày 24/4/2017.

vụ mới bằng các biện pháp kêu gọi người dân không thanh toán hóa đơn tiền nước³². Ngoài ra, khi nhà đầu tư có ý định chấm dứt hợp đồng và khởi kiện vụ việc ra trọng tài theo BIT, Chính phủ Argentina đã ban hành luật cấm nhà đầu tư có hành động khiêu nại hoặc thực hiện đòi nợ³³. Căn cứ vào Hiệp định BIT giữa Pháp và Argentina³⁴, Hội đồng trọng tài của Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID) đã kết luận rằng, hành xử của Argentina là hành động thực thi quyền lực quốc gia nhằm trừng phạt nhà đầu tư với lý do không chính đáng và không thể lý giải được, vì thế, việc ban hành các biện pháp này đã vi phạm FET³⁵.

Như vậy, điểm cốt lõi của tiêu chí hợp lý là việc vi phạm thường được mô tả bằng các biện pháp có tính trả đũa hay phân biệt đối xử mà không gắn với các mục tiêu chính đáng của chính sách công, và thường do các động cơ hoặc sức ép chính trị không rõ ràng và không thể giải thích được.

2.3. Tiêu chí không phân biệt đối xử (Non-discrimination)

Tiêu chí không phân biệt đối xử đòi hỏi một sự giải thích hợp lý về đối xử khác biệt với nhà đầu tư nước ngoài. Nói cách khác, FET chỉ cấm sự phân biệt đối xử bất hợp lý.

Ví dụ, vụ kiện giữa Công ty Saluka Investment (Netherland) với Cộng hòa Séc³⁶. Netherland và Cộng hòa Séc đã ký kết Hiệp định về khuyến khích và bảo hộ

đầu tư năm 1991 và chính thức có hiệu lực ngày 31/10/1992. Thời điểm sau năm 1990, Chính phủ Séc có chủ trương tư nhân hóa lĩnh vực ngân hàng. Lĩnh vực ngân hàng của Cộng hòa Séc được chia thành 4 công ty vốn chủ sở hữu nhà nước. Công ty Saluka là nhà đầu tư đã tiến hành mua cổ phần của Ngân hàng IPB, một trong 4 ngân hàng nói trên. Năm 1998, các ngân hàng này đều bị lâm vào tình trạng nợ xấu, Chính phủ Séc đã thực hiện rất nhiều biện pháp hỗ trợ cho 3 ngân hàng còn lại, chỉ có IPB với sự góp vốn của nhà đầu tư nước ngoài bị loại ra khỏi danh sách được hỗ trợ³⁷. Khi giải quyết tranh chấp, tòa án đã xác định rằng không có cơ sở hợp lý cho sự phân biệt đối xử giữa 4 ngân hàng, vì thế, Cộng hòa Séc đã vi phạm tiêu chuẩn FET³⁸.

Ngược lại, là vụ kiện giữa công ty Methanex (Canada) và Chính phủ Hoa Kỳ³⁹ trong khuôn khổ Hiệp định NAFTA. Methanex là một công ty tiếp thị và phân phối chất methanol. Chính quyền bang California đã ban hành lệnh cấm sử dụng và bán sản phẩm gas có chứa chất MTBE (Methanol là thành phần hóa chất được sử dụng để sản xuất MTBE). Khi đó, công ty Methanex đã cho rằng lệnh cấm này đã vi phạm việc đối xử công bằng và thỏa đáng theo quy định tại Điều 1105(1) Hiệp định NAFTA. Cụ thể, theo tiêu chí phân biệt đối xử, Methanex đã khiếu nại rằng trên thực tế việc sử dụng chất etanol và methanol là như nhau theo các tiêu chuẩn của WTO, người tiêu dùng tiếp nhận và sử dụng methanol và

³² Đoạn 3.2.1, tldd.

³³ Đoạn 7.4.45, tldd.

³⁴ Pháp và Argentina ký hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư vào năm 1991.

³⁵ Đoạn 7.4.46, tldd.

³⁶ Saluka Invs. BN. V. Sec, partial Award (Perm.Ct.Arb.Mar.17.2006), <http://www.italaw.com/cases/documents/963>, truy cập ngày 24/4/2017.

³⁷ Đoạn 82, tldd.

³⁸ Đoạn 282, 303, 307, 406, tldd.

³⁹ Methanex Corp.v. U.S, final award (NAFTA Arb. Aug.3, 2005), <http://www.italaw.com/cases/683> truy cập ngày 24/4/2017 section IV 21.

ethanol như những chất thay thế được cho nhau. Vì vậy, không có lý do để cho rằng việc sử dụng methanol của Methanex không được xử lý giống như đối với ethanol. Do đó, việc bang California cấm MTBE và methanol ra khỏi thị trường các chất oxy hóa, tạo ra sự độc quyền của ethanol là một sự phân biệt đối xử⁴⁰. Tuy nhiên, Hội đồng trọng tài đã bác bỏ những khiếu nại của Methanex do không có cơ sở cho thấy có sự phân biệt đối xử bất hợp lý (*illegally discrimination*) giữa các nhà đầu tư nước ngoài với các nhà đầu tư trong nước trong vụ việc này⁴¹.

2.4. Tiêu chí quy trình thích đáng (Due process)

Yêu cầu quan trọng và cơ bản nhất của quy trình thích đáng chính là khả năng tiếp cận công lý mà hệ thống tư pháp và quản lý hành chính của quốc gia tiếp nhận đầu tư dành cho nhà đầu tư nước ngoài. Nhà nước có quyền bảo vệ lợi ích công nhưng không được vi phạm tiêu chí về quy trình hợp lý, tức là không hành xử theo cách lạm dụng quyền lực công. Mục tiêu cuối cùng của quy trình thích đáng là hạn chế hoặc tránh tối đa việc bị từ chối tiếp cận công lý (*Denial of Justice*). Biểu hiện của “*Denial of Justice*” theo cách truyền thống là sự buông lỏng trong quản lý (năng lực thể chế yếu), chức năng tư pháp của quốc gia tiếp nhận đầu tư không hiệu quả, do đó tước đi quyền được tiếp cận công lý của nhà đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên, chỉ những vi phạm rõ ràng, hiển nhiên về tiếp cận tư pháp mới được coi là “*Denial of justice*”⁴². Thông thường, “*Denial of Justice*” được xem là tiêu chí

đánh giá hệ thống tòa án và chức năng tư pháp, tuy nhiên, một vài hiệp định đã mở rộng ngoài chức năng tư pháp còn dẫn chiếu đến các quy trình hành chính và pháp lý khác (*legal or administrative proceedings*). Thực tế, các vụ tranh chấp, khiếu kiện liên quan đến quy trình thích đáng trong FET đều liên quan đến hành vi của các công chức thuộc hành pháp và vì thế, yêu cầu cơ bản về quy trình thích đáng cũng được đặt ra đối với chức năng hành pháp của nước tiếp nhận đầu tư.

Trên thực tế, chưa có vụ kiện nào được khởi kiện chỉ với lý do vi phạm tiêu chí quy trình thích đáng, bởi đây là vi phạm hình thức, vì thế được xem xét, kết hợp với các vi phạm về nội dung khác. Ví dụ, vụ kiện giữa Công ty Bayinder và Chính phủ Pakistan⁴³. Công ty National Highway Auhoriry (NHA) là một công ty chịu sự kiểm soát của Chính phủ Pakistan hoạt động trong lĩnh vực kế hoạch, phát triển, điều hành và bảo dưỡng hệ thống đường cao tốc quốc gia của Pakistan. Năm 1993, NHA và Bayinder ký kết hợp đồng xây dựng thực hiện dự án M1 (dự án xây dựng con đường giao thông 6 làn tại Pakistan). Trong quá trình thực hiện hợp đồng, tranh chấp giữa hai bên đã xảy ra. Tuy nhiên, trong quá trình giải quyết tranh chấp tại cơ quan tố tụng của Pakistan, nguyên đơn cho rằng họ đã không được hưởng quy trình thích đáng trước tòa án Pakistan bằng việc trích dẫn lá thư của một quan chức chính phủ dự đoán Pakistan sẽ thắng trong vụ kiện về việc

⁴⁰ Đoạn 7, 8, tldd.

⁴¹ Đoạn 13, 14, 27, tldd.

⁴² UNCTAD (2012), tldd, tr. 81.

⁴³ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.v. Islamic Republic of Pak., ICSID Case No.ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (Nov.14, 2005), <http://www.italaw.com/cases/131>, truy cập ngày 24/4/2017.

chấm dứt hợp đồng. Điều này cho thấy sự thiếu độc lập của cơ quan tư pháp trong quá trình giải quyết vụ việc. Tuy nhiên, tòa án trọng tài đã bác bỏ lập luận này vì thiếu chứng cứ⁴⁴.

2.5. Tiêu chí minh bạch (Transparency)

Tiêu chí minh bạch hiện nay có thể không phải là một phần của nguyên tắc FET. Thực tế cũng chưa có phán quyết nào về sự vi phạm của nước tiếp nhận đầu tư vì lý do minh bạch, nhưng trong tương lai không phải là không có khả năng này⁴⁵. Trong vụ kiện giữa *MTD Equity* và *Chile*⁴⁶, tòa án xác định rằng hành động không nhất quán của Chile vi phạm tiêu chuẩn FET, trong đó có việc thiếu minh bạch. Cụ thể, vào thời điểm Chile thu hút đầu tư, Chính phủ Chile đã không cung cấp đủ thông tin cho nhà đầu tư thấy rằng dự án có thể sẽ vi phạm pháp luật địa phương. Khi đó, Chile đã có thể tuân thủ BIT nếu lựa chọn một trong hai cách hoặc là phải có chính sách nhất quán hoặc là phải thông tin về chính sách thiếu nhất quán của mình, nhưng Chính phủ Chile đã không thực hiện cả hai cách trên, và vì thế đã vi phạm FET. Như vậy, các phán quyết có lợi cho nguyên đơn liên quan đến tiêu chí minh bạch thường xảy ra trong các trường hợp nước tiếp nhận đầu tư không cung cấp các thông tin quan trọng cho nhà đầu tư trong quá trình đàm phán.

⁴⁴ Đoạn 252, tldd.

⁴⁵ UNCTAD (2012), Transparency – UNCTAD Series on Issue in International Investment Agreement II, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/unctaddiaeia2011d6_en.pdf, tr. 53.

⁴⁶ Đoạn 163, *MTD Equity Sdn.Bhn.v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, (May 25, 2004).

3. Một số bài học kinh nghiệm cho Việt Nam

Trong đầu tư quốc tế, Việt Nam đóng vai trò vừa là quốc gia nhập khẩu đồng thời cũng là quốc gia xuất khẩu vốn đầu tư, tuy nhiên, tỷ lệ nhập khẩu vẫn chiếm tỷ lệ lớn hơn, vì thế, trong quan hệ với nhà đầu tư nước ngoài, Việt Nam thường có vai trò là quốc gia tiếp nhận đầu tư và phải có nghĩa vụ thực thi nguyên tắc FET theo các hiệp định đầu tư song phương đã ký kết. Tuy nhiên, thực tế hiện nay cho thấy, Việt Nam rất dễ bị “rơi” vào các tình huống vi phạm nguyên tắc FET. Cụ thể:

Thứ nhất, tình trạng tham nhũng tại khu vực công hiện nay, đặc biệt là tham nhũng chính sách có thể dẫn đến việc Nhà nước Việt Nam bị khởi kiện.

Chỉ số cảm nhận tham nhũng (CPI) năm 2016 của Việt Nam là 33/100 điểm, xếp hạng 113/176 quốc gia⁴⁷. Mặc dù có sự thăng hạng so với năm 2015, nhưng xét về mặt bằng chung, Việt Nam vẫn nằm trong nhóm các quốc gia có tham nhũng được đánh giá là nghiêm trọng, trong đó đặc biệt là dạng tham nhũng chính sách. Tham nhũng chính sách có thể được hiểu là trên cơ sở trao đổi lợi ích với một nhóm người, cơ quan nhà nước hoặc cá nhân có thẩm quyền cố ý ban hành, sửa đổi một chính sách nhằm có lợi cho nhóm người đó. Ở Việt Nam, các biểu hiện cụ thể của tham nhũng chính sách thường gặp trong vấn đề quy hoạch sử dụng đất; theo đó, việc thay đổi quy hoạch sử dụng đất thường thiếu minh bạch, thiếu quy trình thích đáng và hậu quả phá vỡ tính nhất quán, tính hợp lý trong chính sách đầu tư và có thể đẩy một

⁴⁷ <https://towardstransparency.vn/vi/chi-cam-nhan-tham-nhung-2016-viet-nam-tang-nhe-ve-diem>, truy cập ngày 5/7/2017.

dự án đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài hoàn toàn phá sản.

Thứ hai, năng lực thể chế của các cơ quan nhà nước Việt Nam trong xây dựng, ban hành, điều hành và thực thi chính sách, pháp luật còn nhiều hạn chế.

Sự vi phạm nguyên tắc FET có thể xuất phát từ nhận thức của cán bộ, công chức, viên chức trong bộ máy nhà nước và liên hệ mật thiết tới năng lực thể chế của quốc gia. Một bộ máy không tốt, nhận thức và năng lực của đội ngũ công chức nhà nước không đủ, sẽ vô tình “đẩy” Nhà nước vào thế phải đối diện với các án kiện từ nhà đầu tư nước ngoài. Ở Việt Nam, vấn đề này thường biểu hiện ở sự thiếu nhất quán trong việc xây dựng thực thi chính sách, pháp luật, đặc biệt trong lĩnh vực đất đai. Sự không nhất quán còn xảy ra giữa các địa phương hoặc giữa trung ương và địa phương trong quá trình điều hành các chính sách, pháp luật.

Thứ ba, nhận thức về vị thế của Nhà nước với tư cách là một bên trong một hợp đồng đầu tư cụ thể với nhà đầu tư nước ngoài còn nhiều hạn chế, dẫn đến lạm dụng quyền lực.

Nhà nước với vai trò là người sử dụng ngân sách, phải chịu trách nhiệm về tính hiệu quả của từng khoản tiền có nguồn gốc từ ngân sách. Chính vì vậy, trong các thỏa thuận đầu tư với các đối tác, Nhà nước buộc phải xem xét lựa chọn. Trong giao dịch thương mại và đầu tư nói chung, cũng giống như các chủ thể khác, Nhà nước không phải lúc nào cũng có thể lựa chọn được đối tác hợp lý ngay từ đầu. Một vài trường hợp, trong quá trình thương lượng, Nhà nước mong muốn thay đổi đối tác đầu tư bằng việc phá vỡ thỏa thuận và lựa chọn một đối tác khác. Tuy nhiên, trên thực tế, hậu quả

của việc phá vỡ thỏa thuận mang lại các nghĩa vụ bồi thường thiệt hại còn lớn hơn rất nhiều so với khoản ngân sách mà nhà nước mất đi. Hơn nữa, ở Việt Nam, việc thay đổi quyết định từ phía Nhà nước trong nhiều trường hợp rất khó xác định đâu là từ nhu cầu của việc sử dụng ngân sách nhà nước, đâu là sự tác động chủ quan của một nhóm lợi ích.

Như đã phân tích, việc giải thích nguyên tắc FET phụ thuộc rất lớn vào quan điểm của Hội đồng trọng tài trên cơ sở các án lệ quốc tế cũng như các tình tiết của từng vụ việc cụ thể; các tiêu chí cơ bản của nguyên tắc FET không phải là sự đóng khung tuyệt đối mà luôn là một nội dung mở, phát triển, song hành với sự phát triển của pháp luật quốc tế, điều đó đòi hỏi các cơ quan nhà nước Việt Nam phải nhanh chóng tiếp cận để giảm thiểu khoảng cách về nền tảng pháp lý với các quốc gia khác.

Bên cạnh đó, để giảm thiểu nguy cơ trở thành “bị đơn” trong các vụ tranh chấp đầu tư quốc tế, hệ thống các cơ quan nhà nước của Việt Nam cần nhanh chóng cải thiện năng lực xây dựng và thực thi chính sách, pháp luật theo các tiêu chuẩn quản trị nhà nước hiệu quả. Đồng thời, với một bộ máy quản lý hành chính như hiện nay, vấn đề đặt ra là làm sao để chính sách đầu tư được thực hiện thống nhất từ trên xuống. Do đó, cần thiết phải có một mạng lưới thông tin hoạt động liên tục để các cơ quan quản lý từ trung ương tới địa phương có thể thường xuyên cập nhật và trao đổi. Điều này cũng có tác động tích cực trong việc ngăn ngừa khả năng các cơ quan quản lý thực hiện không đúng nghĩa vụ đối với nhà đầu tư nước ngoài như đã cam kết trong các Hiệp định.

PHÁP LUẬT VỀ SỰ THAM GIA CỦA CỘNG ĐỒNG DÂN CƯ TRONG BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Bùi Đức Hiền**

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng các quy định pháp luật về sự tham gia của cộng đồng trong bảo vệ môi trường và đưa ra một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract: This paper analyses current law and regulation on residential community participation in environmental protection. It then makes proposals for improving relevant law and regulation.

Đặt vấn đề

Môi trường là không gian sinh tồn của con người và sinh vật, cung cấp các điều kiện thiết yếu cho con người tồn tại và phát triển. Tuy nhiên, thực tiễn các nước và Việt Nam những năm qua cho thấy, môi trường đã, đang và ngày càng ô nhiễm, suy thoái nghiêm trọng, ảnh hưởng nặng nề đến cá nhân, tổ chức và cộng đồng dân cư. Ví dụ: Theo thống kê, vụ ô nhiễm môi trường sông Thị Vải do Vedan thải ra làm thiệt hại về tài sản cho hàng nghìn cá nhân, hộ gia đình tại 3 tỉnh Đồng Nai, Bà Rịa – Vũng Tàu và thành phố Hồ Chí Minh¹; theo báo cáo của Chính phủ, vụ ô nhiễm môi trường biển miền Trung do Formosa gây ra đã làm gần 41.000 người bị ảnh hưởng trực tiếp và trên 176.000 người phụ thuộc bị ảnh hưởng theo²; hay vụ xả xỉ bụi than của công ty nhiệt điện Vĩnh Tân 2 gây ảnh hưởng nặng nề cho sức khỏe, tài sản của người dân và

cộng đồng dân cư ở Bình Thuận,... Từ đặc thù của ô nhiễm, suy thoái, sự cố môi trường, cũng như thực trạng nêu trên, bảo vệ môi trường không chỉ là trách nhiệm của Nhà nước, nghĩa vụ của các chủ nguồn thải, mà còn là trách nhiệm của toàn xã hội, trong đó có cộng đồng dân cư. Cộng đồng dân cư có vai trò quan trọng trong phòng ngừa ô nhiễm, suy thoái môi trường; tham vấn, phản biện, giám sát, phát hiện các hành vi làm ô nhiễm môi trường, khiếu nại, tố cáo, khởi kiện về môi trường,... Vấn đề này đã được khẳng định qua nhiều văn bản của Đảng và Nhà nước, đặc biệt là Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và các văn bản liên quan. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật hiện hành về vấn đề này vẫn còn chung chung, tản mạn³ và nhiều bất cập, hạn chế ảnh hưởng đến hiệu quả bảo vệ môi trường.

1. Thực trạng quy định pháp luật về sự tham gia của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường

Một là, về khái niệm cộng đồng dân cư: Trong các Từ điển tiếng Việt được khảo

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Xem: Xử lý vi phạm và bồi thường thiệt hại về môi trường, <http://www.baomoi.com/xu-ly-vi-pham-va-boi-thuong-thiet-hai-ve-moi-truong/c/17865525.epi>, truy cập ngày 30/10/2015.

² Xem: Chính phủ công bố chi tiết thiệt hại do Formosa gây ra, <http://tuoitre.vn/tin/chinh-tri-xa-hoi/20160728/chinh-phu-cong-bo-chi-tiet-thiet-hai-do-formosa-gay-ra/1145284.html>, truy cập ngày 28/07/2016.

³ Sự tham gia của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường được quy định rải rác tại các điều: Điều 146, Điều 104, Điều 103, Điều 83, Điều 82, Điều 47, Điều 46, Điều 22, Điều 6 của Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và các văn bản luật khác.

cứu, không có khái niệm cộng đồng dân cư mà chỉ có khái niệm về cộng đồng hay cộng đồng xã hội⁴, trong khi đó nhiều công trình nghiên cứu, bài viết lại đưa ra cách hiểu không đồng nhất về cộng đồng, cộng đồng dân cư. Còn dưới góc độ pháp lý, khái niệm cộng đồng dân cư được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Đất đai năm 2013 và Nghị định số 19/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 14/02/2015 quy định chi tiết một số điều của Luật Bảo vệ môi trường năm 2014. Tuy nhiên, chưa có sự phân biệt thuật ngữ “*cộng đồng dân cư*” với thuật ngữ “*cộng đồng*”, dẫn tới trong Luật Bảo vệ môi trường hiện hành sử dụng không thống nhất. Hơn nữa, ngay trong cách hiểu cộng đồng dân cư giữa quy định trong pháp luật dân sự⁵, pháp luật đất đai⁶ và pháp luật môi trường⁷ cũng có sự khác nhau. Việc quy định thiếu thống nhất này gây khó khăn cho quá trình giải thích, xây dựng và áp dụng

pháp luật về sự tham gia của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường.

Hai là, về quyền được thông tin về môi trường của cộng đồng dân cư: Đây là quyền rất quan trọng và là cơ sở để cộng đồng dân cư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình cũng như thực hiện các quyền về tham vấn, giám sát, khiếu nại, tố cáo liên quan đến môi trường. Vấn đề này được quy định cụ thể trong Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 cũng như Nghị định số 19/2015/NĐ-CP hướng dẫn một số điều của Luật Bảo vệ môi trường năm 2014. Tuy nhiên, các quy định này vẫn còn một số bất cập:

Thứ nhất, theo pháp luật môi trường thì cộng đồng chỉ có thể biết được thông tin môi trường bằng hai phương thức: i) Do nhà nước, các chủ thể sản xuất, kinh doanh cung cấp. Tuy nhiên, cộng đồng lại chỉ có thể được biết các thông tin môi trường được phép cung cấp; ii) Thông tin môi trường do đại diện cộng đồng yêu cầu cơ quan nhà nước, cơ sở sản xuất, kinh doanh cung cấp. Trong trường hợp này, cá nhân trong cộng đồng lại không có quyền trực tiếp yêu cầu mà phải qua người đại diện cộng đồng. Vô hình trung, quy định này đã hạn chế quyền được thông tin của cộng đồng dân cư.

Thứ hai, Nghị định số 19/2015/NĐ-CP mặc dù đã liệt kê rõ hơn các thông tin môi trường có thể được cung cấp tại Điều 51⁸, tuy nhiên, cách liệt kê này có thể dẫn tới làm hạn chế quyền được thông tin của cộng đồng dân cư, bởi theo quy định thì cộng đồng dân cư chỉ bị giới hạn các thông tin thuộc danh mục bí mật nhà nước.

⁴ Xem: Tạp chí Môi trường, *Cộng đồng dân cư có vai trò như thế nào trong việc bảo vệ môi trường nước?*, <http://tapchimoitruong.vn/pages/article.aspx?>, truy cập ngày 28/07/2016; *Cộng đồng và dự án phát triển cộng đồng*, <http://tailieu.tv/tai-lieu/cong-dong-va-du-an-phat-trien-cong-dong-16634/>, truy cập ngày 28/07/2016.

⁵ Khoản 1 Điều 211 Bộ luật Dân sự năm 2015 đã đưa ra cách hiểu về cộng đồng khi định nghĩa sở hữu chung của cộng đồng: *Sở hữu chung của cộng đồng là sở hữu của dòng họ, thôn, ấp, bản, làng, buôn, phum, sóc, cộng đồng tôn giáo và cộng đồng dân cư khác.*

⁶ Khoản 3 Điều 5 Luật Đất đai năm 2013 quy định: *“Cộng đồng dân cư gồm cộng đồng người Việt Nam sinh sống trên cùng địa bàn thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố và điểm dân cư tương tự có cùng phong tục, tập quán hoặc có chung dòng họ”.*

⁷ Khoản 10 Điều 3 Nghị định số 19/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 14/ 02/2015 quy định chi tiết một số điều của Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 cũng đưa ra cách hiểu: *“Cộng đồng dân cư là cộng đồng người sinh sống trên cùng địa bàn thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố và điểm dân cư”.*

⁸ Quy định này nhằm chỉ rõ các thông tin môi trường mà cơ quan nhà nước có thẩm quyền và các chủ cơ sở sản xuất, kinh doanh phải cung cấp cho cộng đồng.

Thứ ba, Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 còn nhiều quy định có thể hạn chế quyền được thông tin về môi trường của cộng đồng dân cư, ví dụ như Điều 6 quy định nhiều thông tin công dân không được tiếp cận; hay tại Điều 28 quy định về các trường hợp cơ quan nhà nước có quyền từ chối cung cấp thông tin nếu thông tin được yêu cầu ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của cơ quan.

Ba là, về quyền được tham vấn trong quá trình triển khai các dự án có nguy cơ làm ô nhiễm môi trường hoặc các dự án về khai thác tài nguyên thiên nhiên của cộng đồng dân cư⁹: Theo Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và Nghị định số 18/2015/NĐ-CP quy định về quy hoạch bảo vệ môi trường, đánh giá môi trường chiến lược, đánh giá tác động môi trường, kế hoạch bảo vệ môi trường, các dự án có nguy cơ gây ô nhiễm môi trường thuộc Phụ lục 2 của Nghị định này thì chủ dự án phải lập báo cáo đánh giá tác động môi trường (ĐTM) và tổ chức tham vấn¹⁰. Việc tham vấn cộng đồng dân cư chịu tác động trực tiếp bởi dự án được tiến hành dưới hình thức họp cộng đồng dân cư do chủ dự án và Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã nơi thực hiện dự án đồng chủ trì với sự tham gia của những người đại diện cho Ủy ban Mặt trận tổ quốc cấp xã, các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội nghề nghiệp, tổ dân phố, thôn, bản. Ý kiến của các đại biểu tham dự cuộc họp phải được thể hiện đầy đủ, trung thực trong biên bản họp cộng đồng¹¹. Cơ quan quản lý nhà

nước về tài nguyên và môi trường có trách nhiệm tổ chức tiếp nhận và xử lý các ý kiến tham vấn về môi trường của cộng đồng dân cư; phản hồi với cộng đồng dân cư việc tiếp thu hay không các ý kiến tham vấn về môi trường của cộng đồng dân cư thông qua các hình thức pháp luật quy định.

Bên cạnh đó, cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền trước khi quyết định các chủ trương, chính sách, xây dựng các văn bản quy phạm pháp luật, xác lập các chỉ tiêu về môi trường, có trách nhiệm tổ chức tham vấn cộng đồng dân cư về môi trường thông qua việc công bố công khai dự thảo văn bản trên các trang thông tin điện tử hoặc phương tiện thông tin đại chúng.

Tuy nhiên, thực tiễn các quy định cho thấy: *Thứ nhất*, thực chất việc tham vấn cộng đồng dân cư được thực hiện thông qua người đại diện của cộng đồng dân cư, còn người dân bị ảnh hưởng trực tiếp hay gián tiếp lại ít được tham vấn; *thứ hai*, mặc dù pháp luật hiện hành quy định kết quả tham vấn là một trong những nội dung của báo cáo ĐTM, nhưng chưa quy định rõ giá trị ý kiến tham vấn của cộng đồng trong quyết định phê duyệt báo cáo ĐTM, cũng như quá trình cấp phép đầu tư dự án. Điều này dẫn tới ý kiến tham vấn của người dân vẫn chỉ là hình thức và chưa hiệu quả.

Bốn là, về quyền được tham gia giám sát phát hiện các hành vi làm ô nhiễm môi trường của cộng đồng dân cư: Pháp luật hiện hành quy định: “*Nhà nước khuyến khích cộng đồng dân cư thành lập tổ chức tự quản về bảo vệ môi trường nơi mình sinh sống. Các tổ chức tự quản có nhiệm vụ tham gia giám sát việc thực hiện pháp luật về bảo vệ môi trường của cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ trên địa bàn*”¹². Cộng

⁹ Xem: Điều 21 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

¹⁰ Tham vấn trong quá trình thực hiện đánh giá tác động môi trường nhằm hoàn thiện báo cáo đánh giá tác động môi trường, hạn chế thấp nhất các tác động xấu đến môi trường và con người, bảo đảm sự phát triển bền vững của dự án.

¹¹ Xem: Khoản 6 Điều 12 của Nghị định số 18/2015/NĐ-CP.

¹² Xem: Điểm đ Điều 83 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

đồng dân cư “*tổ chức tìm hiểu thực tế về công tác bảo vệ môi trường của cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ; thu thập, cung cấp thông tin cho cơ quan có thẩm quyền và chịu trách nhiệm về thông tin cung cấp*”¹³. Đồng thời, cộng đồng dân cư có trách nhiệm phối hợp với các tổ chức chính trị - xã hội, UBND cấp xã trong giám sát cơ sở gây ô nhiễm môi trường nghiêm trọng¹⁴. Bên cạnh đó, *đại diện cộng đồng dân cư có quyền tham gia đánh giá kết quả bảo vệ môi trường của cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ; thực hiện các biện pháp để bảo vệ quyền và lợi ích của cộng đồng dân cư theo quy định của pháp luật*¹⁵. Mặc dù vậy, pháp luật hiện hành chưa quy định rõ cơ chế cụ thể để bảo vệ, hỗ trợ cộng đồng dân cư trong quá trình giám sát, phát hiện các hành vi làm ô nhiễm môi trường. Ví dụ: Vụ gây ô nhiễm môi trường biển do Formosa Hà Tĩnh; vụ chôn thuốc trừ sâu do Công ty Nicotex Thanh Thái gây ô nhiễm đất ở Thanh Hóa đều do người dân phát hiện. Nhưng qua hai vụ việc này có thể thấy, người dân gặp rất nhiều khó khăn trong quá trình tiếp cận, phát hiện ô nhiễm, thậm chí bị đe dọa cả sức khỏe và tính mạng¹⁶,... Ngoài ra, chưa quy định rõ vai trò của cộng đồng dân cư trong việc trực tiếp tham gia giám sát các cơ quan, chủ thể có trách

nhiệm trong quản lý nhà nước về môi trường, mà việc giám sát này chủ yếu được thực hiện thông qua thanh tra hành chính và các cơ quan đại diện của nhân dân, nhưng chưa hiệu quả.

Năm là, về quyền của đại diện cộng đồng dân cư được tham gia đánh giá kết quả bảo vệ môi trường đối với chủ dự án trong việc thực hiện các nội dung báo cáo ĐTM đã được phê duyệt và thực hiện nội dung các giấy phép liên quan: Căn cứ vào thông tin môi trường của cơ sở được cung cấp định kỳ, cộng đồng dân cư hoặc đại diện cộng đồng dân cư đánh giá việc thực hiện các hoạt động liên quan đến nội dung đánh giá trên theo tiêu chí thực hiện đúng, đủ nội dung. Đánh giá kết quả bảo vệ môi trường của cộng đồng dân cư là một trong những căn cứ cho việc khen tặng thành tích trong công tác bảo vệ môi trường của cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ. Tuy nhiên, trên thực tế việc đánh giá này còn mang tính hình thức.

Sáu là, về quyền tham gia khiếu nại, tố cáo các hành vi làm ô nhiễm môi trường ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của cộng đồng; và yêu cầu xử lý trách nhiệm với chủ thể làm ô nhiễm môi trường: Được quy định cụ thể tại Điều 162 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014. Theo đó: “*Tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại, khởi kiện về hành vi vi phạm pháp luật bảo vệ môi trường theo quy định của pháp luật. Cá nhân có quyền tố cáo vi phạm pháp luật về bảo vệ môi trường với cơ quan, người có thẩm quyền theo quy định của pháp luật về tố cáo*”¹⁷. Pháp luật môi trường hiện hành chưa quy định trực tiếp quyền khiếu nại, tố cáo về môi trường của cộng đồng dân cư, mà thông

¹³ Xem: Điều 146 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

¹⁴ Xem: Điểm d khoản 3 Điều 104 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và điểm b, khoản 5 Điều 36 Nghị định 19/2015/NĐ-CP.

¹⁵ Xem: Khoản 3 Điều 146 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

¹⁶ Xem: Nguyễn Hoàng Phương, *Sự tham gia rộng rãi của các bên trong thực thi các quy định môi trường: Kinh nghiệm quốc tế và bài học cho Việt Nam*, Kỳ yếu Hội thảo quốc tế: “Tác động của TPP và EVFTA tới Luật môi trường và tiếp cận thông tin môi trường” do Trường Đại học Luật Hà Nội phối hợp cùng viện FES tổ chức ngày 3/10/2016.

¹⁷ Xem: Khoản 1, khoản 2 Điều 162 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

qua vai trò của cá nhân, tổ chức. Bên cạnh đó, mặc dù có quy định các cơ quan nhà nước, chủ thể có trách nhiệm, các chủ thể khác có hành vi vi phạm pháp luật môi trường sẽ bị xử lý theo quy định của pháp luật¹⁸, tuy nhiên, thực tiễn cho thấy vẫn chưa xử lý triệt để được đối với các chủ thể này. Việc xác định mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và thiệt hại do các chủ thể này gây ra cho môi trường và con người cũng không dễ dàng dẫn đến chưa có cơ quan nhà nước, chủ thể có trách nhiệm nào phải bồi thường thiệt hại môi trường hay bị xử lý trách nhiệm hình sự liên quan đến tội gây ô nhiễm môi trường...

Bây là, về quyền khởi kiện của cộng đồng yêu cầu bồi thường thiệt hại về môi trường: Pháp luật môi trường hiện hành quy định, tổ chức, cá nhân có quyền khởi kiện về môi trường; thời hiệu khởi kiện là 3 năm được tính từ thời điểm tổ chức, cá nhân bị thiệt hại phát hiện được¹⁹. Có hai loại thiệt hại về môi trường: (1) Thiệt hại về suy giảm chức năng, tính hữu ích của môi trường và (2) Thiệt hại về sức khỏe, tài sản, tính mạng, quyền và lợi ích hợp pháp khác. Với thiệt hại (1), thẩm quyền yêu cầu bồi thường

thiệt hại thuộc về cơ quan quản lý nhà nước về môi trường, như: UBND cấp xã, UBND cấp huyện, UBND cấp tỉnh, Bộ Tài nguyên và môi trường tùy theo mức độ và phạm vi thiệt hại²⁰. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, chưa có vụ việc nào cơ quan nhà nước đứng ra khởi kiện chủ thể gây ra thiệt hại về suy giảm chức năng, tính hữu ích của môi trường, mà chỉ thực hiện việc xử phạt vi phạm hành chính (trong khi mức xử phạt theo pháp luật hiện hành quy định còn quá thấp). Ví dụ: vụ Vedan gây thiệt hại nuôi tôm và cá lên tới hàng nghìn tỷ đồng cho gần 7.000 nông dân ở 3 tỉnh Đồng Nai, Bà Rịa – Vũng Tàu và Tp. Hồ Chí Minh, nhưng mức xử phạt hành chính là 267,5 triệu đồng. Trong khi đó, tổng số tiền bồi thường thiệt hại và áp dụng biện pháp khắc phục gấp 2.974 lần số tiền phạt vi phạm hành chính²¹. Đối với thiệt hại về sức khỏe, tài sản, tính mạng và các lợi ích hợp pháp khác, pháp luật quy định cá nhân, tổ chức bị thiệt hại có quyền khởi kiện yêu cầu chủ thể gây thiệt hại phải bồi thường mà chưa quy định đại diện cộng đồng dân cư có quyền đương nhiên thay mặt cộng đồng trong việc khởi kiện chủ thể gây thiệt hại (tức là chưa thừa nhận quyền khởi kiện tập thể về môi trường). Hơn nữa, chưa quy định về thiệt hại môi trường không khí nên cũng khó xác định thiệt hại về sức khỏe, tính mạng, tài sản do ô nhiễm môi trường không khí gây ra. Sự bất cập này dẫn đến khó khăn cho cộng đồng dân cư trong khởi kiện bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình.

¹⁸ Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, cán bộ, công chức lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây phiền hà, nhũng nhiễu cho tổ chức, cá nhân, bao che cho người vi phạm pháp luật về bảo vệ môi trường hoặc thiếu trách nhiệm để xảy ra ô nhiễm, sự cố môi trường thì tùy tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; trường hợp gây thiệt hại phải bồi thường theo quy định của pháp luật (khoản 2 Điều 161 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Bộ luật Dân sự năm 2015, Nghị định số 03/2015/NĐ-CP của Chính phủ về xác định thiệt hại môi trường; Nghị định 155/2016/NĐ-CP, Bộ luật Hình sự sửa đổi năm 2017).

¹⁹ Đây là quy định khá mới của Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và Bộ luật Dân sự 2015. Cụ thể, xem khoản 3 Điều 162 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 và Điều 588 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁰ Xem: Nghị định số 03/2015/NĐ-CP về xác định thiệt hại môi trường.

²¹ Xem: Nguyễn Hoàng Phương, *Sự tham gia rộng rãi của các bên trong thực thi các quy định môi trường: Kinh nghiệm quốc tế và bài học cho Việt Nam*, t.lđd.

Tám là, về nghĩa vụ của cộng đồng dân cư tuân thủ các quy định cấm của Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Luật Bảo vệ và Phát triển rừng năm 2004, Luật Đa dạng sinh học năm 2008, Luật Khoáng sản năm 2010, Luật Tài nguyên nước năm 2012,...; đồng thời tham gia phòng ngừa ô nhiễm, suy thoái, khắc phục sự cố môi trường; tiêu dùng các sản phẩm thân thiện với môi trường và sử dụng tiết kiệm, hiệu quả các nguồn tài nguyên thiên nhiên, phát triển các mô hình sản xuất xanh, tiêu thụ bền vững; có nghĩa vụ thực hiện các biện pháp bảo đảm an toàn tài sản, tính mạng khi xảy ra các sự cố môi trường; tham gia hưởng ứng phong trào bảo vệ môi trường. Cộng đồng dân cư có trách nhiệm tham gia vào việc xây dựng mục tiêu, chương trình hoạt động; giám sát, đánh giá hiệu quả của chương trình bảo vệ các khu bảo tồn thiên nhiên, vườn quốc gia; tham gia quản lý, bảo vệ các khu bảo tồn thiên nhiên, vườn quốc gia. Tuy nhiên, hiện nay còn nhiều rào cản có thể ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của cộng đồng dân cư, như: Thiếu nguồn lực tài chính, khoa học công nghệ, nhận thức yếu kém của một số cán bộ quản lý nhà nước cũng như người dân về môi trường,...

2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật, nâng cao hiệu quả tham gia bảo vệ môi trường của cộng đồng dân cư

Thứ nhất, để tạo sức mạnh của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường, với tư cách là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, Chính phủ cần ban hành một Chiến lược, hoặc một Nghị quyết chuyên đề khẳng định vai trò của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường (hiện nay, vai trò này đã được ghi nhận rải rác trong nhiều Văn kiện, Nghị quyết chuyên đề của Đảng). Đồng thời, trong Chiến lược, Nghị quyết cần quy

định rõ các nguồn lực, biện pháp khuyến khích, hỗ trợ, tạo điều kiện cho cộng đồng dân cư; thiết lập cơ chế quan hệ giữa cộng đồng dân cư với nhà nước, với các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp,... trong bảo vệ môi trường.

Thứ hai, cần khẳng định rõ, cộng đồng dân cư là một chủ thể quan trọng của Luật Bảo vệ môi trường. Cộng đồng dân cư là chủ thể phi nhà nước có thể tham gia rộng rãi và hiệu quả vào phòng ngừa, giám sát, phát hiện ô nhiễm, suy thoái, sự cố môi trường; được ghi nhận trong nhiều điều ước quốc tế như: Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Liên minh châu Âu (EVFTA) hay Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP),... Tuy nhiên, Luật Bảo vệ môi trường hiện hành của Việt Nam lại chưa quy định cộng đồng dân cư thuộc phạm vi điều chỉnh²², cũng như chưa được coi là đối tượng áp dụng của Luật²³.

Hơn nữa, cần minh định khái niệm *cộng đồng* và *cộng đồng dân cư* trong bảo vệ môi trường. Tác giả cho rằng, cộng đồng là tập hợp những người có mối liên hệ gắn bó, tương tác với nhau dựa trên các mối quan tâm chung, như: Tình cảm, lợi ích, ý thức, phong tục tập quán, huyết thống, địa lý,... Còn cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường được hiểu mang tính cụ thể hơn, là tập hợp những người sinh sống, cư trú trên một vùng địa lý cụ thể đoàn kết, gắn bó,

²² Điều 1 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 quy định: “Luật này quy định về hoạt động bảo vệ môi trường; chính sách, biện pháp và nguồn lực để bảo vệ môi trường; quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, hộ gia đình và cá nhân trong bảo vệ môi trường”.

²³ Điều 3 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 quy định: “Luật này áp dụng đối với cơ quan, tổ chức, hộ gia đình và cá nhân trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, bao gồm đất liền, hải đảo, vùng biển và vùng trời”.

tương tác với nhau dựa trên các mối quan tâm chung về môi trường. Do vậy, để áp dụng thống nhất các quy định về sự tham gia của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường, các quy định về cộng đồng cần được hiểu là cộng đồng dân cư. Về lâu dài, có thể tiếp cận hiểu thuật ngữ cộng đồng là tập hợp những người có mối liên hệ gắn bó, tương tác với nhau dựa trên các mối quan tâm chung, theo đó, cộng đồng là một trong ba trụ cột chính tham gia vào hoạt động bảo vệ môi trường, đó là: Nhà nước, các chủ thể sản xuất kinh doanh và cộng đồng.

Thứ ba, về quyền được thông tin về môi trường của cộng đồng dân cư. Theo tác giả, đây là quyền rất quan trọng, là cơ sở của các quyền tham vấn, giải quyết tranh chấp, khiếu nại, tố cáo, khởi kiện về môi trường, do vậy phải có chế tài bảo đảm các cơ quan nhà nước, chủ thể có trách nhiệm, các chủ nguồn thải phải chủ động cung cấp trung thực, đầy đủ các thông tin về môi trường. Tại Điều 51 Nghị định số 19/2015/NĐ-CP, ngoài liệt kê các thông tin môi trường được cung cấp định kỳ ít nhất một năm một lần, cần bổ sung thêm “*các thông tin môi trường khác theo quy định của pháp luật*”, đồng thời mở rộng quyền của người dân được trực tiếp yêu cầu các chủ thể có trách nhiệm cung cấp thông tin môi trường mà không nhất thiết phải qua đại diện cộng đồng dân cư như hiện nay. Bên cạnh đó, Chính phủ cần ban hành Nghị định cụ thể hóa quy định của Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 về những thông tin công dân không được tiếp cận (Điều 6) và những trường hợp nhà nước từ chối cung cấp thông tin (Điều 28).

Thứ tư, về tham vấn cộng đồng dân cư. Pháp luật cần sửa đổi theo hướng, không chỉ tham vấn cộng đồng dân cư thông qua chủ thể đại diện của cộng đồng, mà còn tăng

cường tham vấn những người trong cộng đồng bị ảnh hưởng trực tiếp và gián tiếp bởi dự án. Bởi việc chỉ tham vấn đại diện cộng đồng không phải trường hợp nào cũng phản ánh đúng, đầy đủ ý kiến của người dân; mở rộng chủ thể tham vấn giúp có nhiều kênh lựa chọn cho cộng đồng được thể hiện quan điểm của mình, đồng thời giúp cơ quan có thẩm quyền nắm bắt đầy đủ hơn ý kiến của người dân về môi trường. Bên cạnh đó, cần nâng cao năng lực tham vấn của UBND cấp xã cũng như tổ chức chính trị - xã hội nơi thực hiện dự án và áp dụng trách nhiệm pháp lý đối với các chủ thể này nhằm tăng hiệu quả tham vấn, góp phần bảo đảm các dự án đầu tư không/ít gây ô nhiễm môi trường. Cần quy định rõ và cụ thể hơn giá trị ý kiến tham vấn của cộng đồng trong quyết định phê duyệt báo cáo ĐTM cũng như quá trình cấp phép đầu tư dự án, góp phần giảm tính hình thức và tăng tính hiệu quả của tham vấn cộng đồng dân cư.

Thứ năm, về quyền tham gia khiếu nại, tố cáo các hành vi gây ô nhiễm môi trường ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của cộng đồng; và yêu cầu xử lý trách nhiệm các chủ thể làm ô nhiễm môi trường. Thực tiễn cho thấy, vai trò của đại diện cộng đồng trong thực hiện quyền khiếu nại, tố cáo có ý nghĩa quan trọng. Do vậy, cần xem xét nới rộng quy định cho phép đại diện cộng đồng dân cư có quyền khiếu nại các quyết định hành chính, hành vi hành chính về môi trường của các cơ quan nhà nước, chủ thể có thẩm quyền ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của cộng đồng dân cư; đại diện cộng đồng dân cư cũng có quyền thay mặt cộng đồng tố cáo các hành vi của các cơ sở sản xuất kinh doanh, cũng như các chủ thể khác gây thiệt hại đến môi trường của cộng đồng theo quy định của Luật Khiếu nại năm

2011, Luật Tố cáo năm 2011 và Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 về vấn đề này.

Thứ sáu, về quyền khởi kiện của cộng đồng yêu cầu bồi thường thiệt hại về môi trường. Tác giả cho rằng, pháp luật môi trường cần thừa nhận quyền khởi kiện tập thể của đại diện cộng đồng dân cư về môi trường. Bởi: *Một là*, về lý thuyết, việc thừa nhận quyền cho đại diện cộng đồng dân cư trong khởi kiện về môi trường sẽ góp phần đa dạng hóa sự lựa chọn của các chủ thể yếu thế trong thực hiện quyền khởi kiện; *hai là*, thiệt hại do ô nhiễm, suy thoái môi trường thường ảnh hưởng không chỉ đến một cá nhân, tổ chức cụ thể mà đến cả cộng đồng; *ba là*, việc thừa nhận quyền khởi kiện tập thể của đại diện cộng đồng sẽ góp phần giải quyết các tranh chấp môi trường thông qua tố tụng tại tòa án; *bốn là*, thực tiễn ở Việt Nam, việc thiếu quy định khởi kiện tập thể dẫn đến gánh nặng đối với các tòa án như vụ khởi kiện Vedan ra Tòa án Long Thành, tỉnh Đồng Nai. Hơn nữa, pháp luật Việt Nam cũng đã cho phép thực hiện quyền

khởi kiện tập thể trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Thứ bảy, để nâng cao vai trò của cộng đồng trong bảo vệ môi trường, cần tuyên truyền nâng cao “quan trí” và “dân trí” về bảo vệ môi trường, từ đó tác động thay đổi những hành vi vi phạm pháp luật môi trường. Bên cạnh đó, các cơ quan nhà nước cần có cơ chế, điều phối, hỗ trợ, cung cấp nguồn tài chính ổn định từ ngân sách hoặc từ xã hội hóa để tạo cơ sở vật chất, tinh thần cho cộng đồng tham gia bảo vệ môi trường. Hiện nay, Nhà nước đã có chính sách gắn các quy định pháp luật về bảo vệ môi trường vào tiêu chí xây dựng nông thôn mới, việc làm này đã mang lại hiệu quả thực tiễn tại các địa phương nhưng chưa áp dụng được đại trà. Tác giả cho rằng, trong một cộng đồng dân cư, yếu tố văn hóa làng, xã đóng vai trò rất quan trọng trong bảo vệ môi trường, do vậy, cần đưa vấn đề bảo vệ môi trường vào quá trình xây dựng hương ước, quy ước của cộng đồng, giáo dục cộng đồng tham gia bảo vệ môi trường.

(Tiếp theo trang 8 - Tiếp nhận pháp luật nước ngoài...)

chứ không phải là kinh nghiệm thành công và thất bại trong thực tiễn áp dụng). Một nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế được trang bị bằng phương pháp luận luật so sánh phù hợp, dựa trên những hiểu biết đúng đắn về lý thuyết tiếp nhận pháp luật nước ngoài sẽ là nguồn thông tin quan trọng trong quá trình hoạch định chính sách. Tuy nhiên, cần tránh tiếp nhận kinh nghiệm quốc tế theo phương thức chỉ ưu tiên lựa chọn những kinh nghiệm phù hợp quan điểm của cơ quan trình dự án luật.

Ngoài ra, để có được phương pháp lý luận đúng khi tiếp nhận pháp luật nước

ngoài, công tác tập huấn về phương pháp nghiên cứu, phân tích kinh nghiệm quốc tế trong quá trình xây dựng pháp luật cần được các cơ quan có thẩm quyền quan tâm thực hiện. Công tác đào tạo về pháp luật so sánh ở các cơ sở đào tạo cũng cần được đổi mới, cập nhật kịp thời, không chỉ dừng lại ở việc thông tin về sự giống và khác nhau giữa các truyền thống pháp luật, mà cần quan tâm hơn tới việc tìm hiểu, truyền bá các lý thuyết về tiếp nhận pháp luật nước ngoài (legal transplantation theories) và cách ứng dụng các lý thuyết ấy vào công tác xây dựng pháp luật.

QUÁ TRÌNH PHÁT TRIỂN CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ BẢO LƯU ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ

Nguyễn Toàn Thắng*
Mạc Thị Hoài Thương**

Tóm tắt: Bài phân tích sự hình thành và phát triển các quy định về bảo lưu điều ước quốc tế của Việt Nam qua các giai đoạn. Đồng thời, trên cơ sở đánh giá thực tiễn tham gia ký kết các điều ước quốc tế và các quy định về bảo lưu điều ước quốc tế hiện nay, các tác giả đưa ra một số đề xuất nhằm hoàn thiện quy định về vấn đề này.

Abstract: This paper analyses the development of Vietnamese law and regulation on reservation to treaties. On the basis of the assessment of practice of signing and ratifying treaties, the paper makes proposals for improving relevant law and regulation.

Xuất phát từ nội dung nguyên tắc tận tâm thiện chí thực hiện cam kết quốc tế, điều ước quốc tế khi có hiệu lực phải được các quốc gia thành viên tôn trọng và đảm bảo thực thi nghiêm túc, đầy đủ. Tuy nhiên, đời sống xã hội luôn vận động, nội dung điều ước không phải lúc nào cũng phù hợp với điều kiện, khả năng của hầu hết các quốc gia. Vì vậy, việc hình thành các quy định về bảo lưu điều ước quốc tế là một tất yếu nhằm tăng khả năng tham gia vào các điều ước quốc tế, đồng thời bảo vệ lợi ích của các quốc gia khi tham gia điều ước.

1. Khái quát chung về bảo lưu điều ước quốc tế

Theo quy định tại điểm 1 Điều 2 Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế năm 1969, “bảo lưu dùng để chỉ một tuyên bố đơn phương, bất kể cách viết hoặc tên gọi như thế nào, của một quốc gia đưa ra khi ký, phê chuẩn, chấp thuận, phê duyệt hoặc

gia nhập một điều ước, nhằm qua đó loại bỏ hoặc sửa đổi hiệu lực pháp lý của một số quy định của điều ước trong việc áp dụng chúng đối với quốc gia đó”¹.

Với tính chất là hành vi pháp lý đơn phương, các quốc gia thể hiện ý chí của mình nhằm loại trừ hoặc thay đổi hiệu lực pháp lý của một hoặc một số điều khoản cụ thể của điều ước khi áp dụng và chỉ những tuyên bố làm phát sinh hệ quả pháp lý nêu trên mới được ghi nhận là tuyên bố bảo lưu.

Thực tế khi tham gia điều ước quốc tế, các quốc gia có quyền đưa ra bảo lưu của mình đối với những điều khoản nhất định. Tuy nhiên, bảo lưu đó được coi là hợp pháp hay không còn tùy thuộc vào quy định cụ thể của điều ước quốc tế có điều khoản bảo lưu và các quy định pháp luật quốc tế. Xuất phát từ nguyên tắc bình đẳng về chủ quyền,

* TS., Đại học Luật Hà Nội.

** ThS., Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài của Trường Đại học Luật Hà Nội, “Bảo lưu điều ước quốc tế - Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn thực hiện của Việt Nam”.

¹ Vấn đề bảo lưu điều ước quốc tế đồng thời được quy định trong Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế ký kết giữa quốc gia với tổ chức quốc tế và giữa tổ chức quốc tế ngày 21/3/1986 (Doc.A/CONF.129/15 và có thể tham khảo tại trang web: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII3&chapter=23&lang=en).

một quốc gia thành viên có thể đưa ra tuyên bố bảo lưu và quốc gia thành viên khác có thể chấp thuận hoặc phản đối tuyên bố đó.

Bảo lưu không nhằm đưa các điều khoản bị bảo lưu ra khỏi nội dung của một điều ước quốc tế, nhưng quan hệ giữa các quốc gia thành viên của điều ước sẽ thay đổi trong phạm vi điều khoản bảo lưu. Trong trường hợp có quốc gia phản đối bảo lưu, tùy thuộc vào quan điểm của bên phản đối mà quan hệ điều ước giữa các bên tạo ra những hệ quả pháp lý khác nhau. Nếu quốc gia phản đối bảo lưu, nhưng không phản đối tư cách thành viên của bên đưa ra bảo lưu, thì điều ước quốc tế vẫn có hiệu lực nhưng không áp dụng điều khoản bảo lưu trong quan hệ giữa hai nước². Nếu quốc gia phản đối bảo lưu và đồng thời phản đối tư cách thành viên của bên đưa ra bảo lưu, thì điều ước quốc tế không có hiệu lực trong quan hệ giữa hai nước³. Đối với các quốc gia thành viên giữ thái độ im lặng, bảo lưu coi như được chấp thuận nếu quốc gia có thái độ im lặng không phản đối bảo lưu trong vòng 12 tháng kể từ thời điểm nhận được thông báo về bảo lưu đó⁴. Đối với các quốc gia thành viên khác, do những nước này không tiến hành bảo lưu nên bảo lưu không làm thay đổi quy định của điều ước trong quan hệ giữa họ⁵.

Như vậy, bảo lưu là quyền của quốc gia, cho phép quốc gia có thể tham gia vào điều ước quốc tế ở mức độ sâu rộng. Nếu được sử dụng hợp lý, quyền bảo lưu sẽ phát huy vai trò gắn kết các quốc gia có trình độ

phát triển kinh tế - chính trị - xã hội, điều kiện hoàn cảnh khác nhau, qua đó thúc đẩy quan hệ hợp tác quốc tế phát triển.

Thời gian qua, số lượng bảo lưu điều ước quốc tế của Việt Nam đã tăng lên cùng với số lượng các điều ước quốc tế mà Việt Nam trở thành thành viên. Do đó, đòi hỏi hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung và pháp luật về điều ước quốc tế nói riêng, trong đó có bảo lưu điều ước quốc tế cần được hoàn thiện theo hướng bảo vệ tối đa lợi ích của Việt Nam mà không vi phạm các điều ước quốc tế đã ký.

2. Quy định về bảo lưu điều ước quốc tế của Việt Nam trước khi có Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005

Sự hình thành và phát triển các quy định về bảo lưu điều ước quốc tế của Việt Nam gắn liền với sự hình thành các văn bản điều chỉnh về điều ước quốc tế của Việt Nam. Có thể khái quát theo các giai đoạn như sau:

- *Quy định về bảo lưu điều ước quốc tế trong giai đoạn từ năm 1945 đến trước đổi mới năm 1986.*

Ngay sau khi Cách mạng tháng 8 thành công, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nhân danh nhà nước Việt Nam ký hai điều ước quốc tế là Hiệp định sơ bộ ngày 6/3/1946 và tạm ước ngày 14/9/1946.

Tiếp theo, cho đến năm 1986, số lượng điều ước quốc tế Việt Nam tham gia chưa nhiều, chủ yếu là các điều ước song phương về tương trợ giữa Việt Nam và một số quốc gia xã hội chủ nghĩa. Tương ứng, quy định về điều ước quốc tế của Việt Nam trong giai đoạn này rất ít, chỉ quy định trong Hiến pháp⁶.

⁶ Trong Hiến pháp năm 1946, những vấn đề pháp lý liên quan đến điều ước quốc tế được quy định tại Điều 23 và 49. Điều 23 quy định: “Nghị viện nhân

² Khoản 3 Điều 21 Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế.

³ Khoản 4b Điều 20 Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế.

⁴ Khoản 5 Điều 20 Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế.

⁵ Khoản 2 Điều 21 Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế.

Vì vậy, ở giai đoạn này, Việt Nam chưa có bất kỳ quy định nào về vấn đề bảo lưu điều ước quốc tế dù đã có một số tuyên bố bảo lưu trên thực tế như tuyên bố bảo lưu Điều 10, 12, 15 Công ước Giơ-ne-vơ về việc đối xử với tù binh; bảo lưu Điều 11, 45 Công ước Giơ-ne-vơ về bảo hộ thường dân trong chiến tranh.

- Quy định về bảo lưu điều ước quốc tế trong giai đoạn từ năm 1986 đến trước năm 1992.

Từ sau đại hội Đảng lần thứ VI (tháng 12/1986), với đường lối “đổi mới”, mở cửa, hoạt động ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế của Việt Nam đã có những bước tiến quan trọng với sự gia tăng về số lượng và mở rộng về lĩnh vực.

Trên cơ sở Hiến pháp năm 1980 và chính sách đổi mới của Đảng, ngày 27/10/1989, Hội đồng Nhà nước ban hành Pháp lệnh Ký kết và thực hiện điều ước quốc tế (Pháp lệnh năm 1989). Ngày 28/5/1992, Hội đồng Bộ trưởng ban hành Nghị định số 182/HĐBT quy định chi tiết Pháp lệnh năm 1989. Đây là văn bản pháp lý chuyên ngành đầu tiên của Việt Nam điều chỉnh hoạt động ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế, đặt cơ sở cho hoạt động bảo lưu điều ước quốc tế. Điều 10 Pháp lệnh năm 1989 quy định: “Đối với điều ước quốc tế nhiều bên có điều khoản cần bảo lưu, cơ quan hữu quan phải nêu rõ

dân giải quyết mọi vấn đề chung cho toàn quốc, đặt ra các pháp luật, biểu quyết ngân sách, chuẩn y các hiệp ước mà Chính phủ ký với nước ngoài” và theo quy định tại Điều 49, Chủ tịch nước có quyền đại diện ký kết các Hiệp ước. Hiến pháp năm 1959 tại Điều 23, 64, 74 bổ sung thêm nội dung xác định tầm quan trọng của hoạt động ký kết, thực hiện điều ước quốc tế. Hiến pháp năm 1980 quy định về điều ước quốc tế tại các điều 83, 100, 107 liên quan đến việc xác lập cơ sở pháp lý mở rộng quan hệ đối ngoại, ký kết thực hiện các điều ước quốc tế.

yêu cầu và nội dung của bảo lưu đó, khi xin ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập”. Tuy nhiên, do Pháp lệnh năm 1989 được xây dựng trong giai đoạn đầu của công cuộc đổi mới, trong bối cảnh quan hệ đối ngoại của Việt Nam chưa thực sự phát triển, bảo lưu điều ước quốc tế mới chỉ được đề cập ở mức độ khái quát, chưa quy định cụ thể về bảo lưu.

- Quy định về bảo lưu điều ước quốc tế trong giai đoạn từ năm 1992 đến trước khi có Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

Ngày 15/4/1992, Hiến pháp năm 1992 được Quốc hội thông qua với các quy định về thẩm quyền ký kết điều ước quốc tế của Chủ tịch nước⁷, Chính phủ⁸ cũng như của các cơ quan trong hoạt động đối ngoại. Trên cơ sở Hiến pháp 1992, Pháp lệnh về ký kết và thực hiện điều ước quốc tế (Pháp lệnh năm 1998) và Nghị định 161/1999/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh năm 1998 được ban hành; kế thừa những quy định của Pháp lệnh năm 1989 và Nghị định 182; tạo ra bước phát triển của pháp luật Việt Nam về điều ước quốc tế, góp phần không nhỏ vào việc mở rộng quan hệ hợp tác quốc tế của Việt Nam.

So với Pháp lệnh năm 1989, Pháp lệnh năm 1998 tạo bước tiến trong quy định về bảo lưu điều ước quốc tế. Lần đầu tiên, Pháp lệnh năm 1998 định nghĩa bảo lưu điều ước quốc tế “là tuyên bố đơn phương của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đưa ra khi ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế nhiều bên, nhằm loại trừ hay thay đổi hệ quả pháp lý của một hoặc một số quy định trong điều ước quốc tế khi áp dụng đối với Việt

⁷ Điều 103 Hiến pháp 1992.

⁸ Điều 112 Hiến pháp 1992.

Nam”⁹. Các quy định của Pháp lệnh năm 1998 đã bước đầu bao trùm được những vấn đề cơ bản của bảo lưu điều ước quốc tế. Điều 15 của Pháp lệnh quy định về thẩm quyền, hình thức và thời điểm đưa ra bảo lưu.

Mặc dù chưa được quy định một cách cụ thể, nhưng cơ quan có quyền đưa ra bảo lưu là cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định việc ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế. Hình thức bảo lưu phải được nêu rõ trong văn kiện gia nhập hoặc khẳng định lại trong văn kiện phê chuẩn hoặc phê duyệt. Về trình tự, thủ tục, cơ quan đề xuất ký kết điều ước quốc tế có trách nhiệm xác định yêu cầu và nội dung cần bảo lưu, trên cơ sở ý kiến đóng góp của Bộ Ngoại giao và các Bộ, ngành hữu quan trình lên cơ quan có thẩm quyền quyết định việc ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước.

Pháp lệnh năm 1998 đồng thời quy định khá chi tiết về thẩm quyền, nội dung và trình tự thủ tục rút bảo lưu đối với điều ước quốc tế. Về thẩm quyền, cơ quan nhà nước đã quyết định việc ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế có quyền rút bảo lưu. Bộ Ngoại giao tiến hành thủ tục đối ngoại về rút bảo lưu và thông báo cho các cơ quan hữu quan về hiệu lực của việc rút bảo lưu đó. Đề nghị rút bảo lưu phải được làm bằng văn bản và bao gồm những nội dung như cơ sở pháp lý, yêu cầu của việc rút bảo lưu, nội dung cụ thể của bảo lưu đề nghị rút và ý kiến của Bộ Ngoại giao, Bộ Tư pháp và các Bộ, ngành hữu quan¹⁰.

⁹ Khoản 7 Điều 2 Pháp lệnh về Ký kết và thực hiện điều ước quốc tế năm 1998.

¹⁰ Xem thêm điều 16 Pháp lệnh về ký kết và thực hiện điều ước quốc tế năm 1998.

Như vậy, Pháp lệnh năm 1998 không chỉ dừng lại ở việc quy định về nội dung, thời điểm, hình thức đưa ra bảo lưu và rút bảo lưu, mà đã bổ sung về thẩm quyền của cơ quan đưa ra bảo lưu và cơ quan thực hiện thủ tục đối ngoại bảo lưu. Tuy nhiên, Pháp lệnh năm 1998 chưa quy định về vấn đề chấp nhận và phản đối bảo lưu điều ước quốc tế của bên ký kết nước ngoài. Ngoài ra, ở quy định về nội dung bảo lưu, Pháp lệnh năm 1998 chỉ yêu cầu việc ghi nhận nội dung bảo lưu trong văn kiện gia nhập hoặc khẳng định lại trong văn kiện phê chuẩn hoặc phê duyệt. Như vậy, những bảo lưu Việt Nam đưa ra khi ký kết các điều ước quốc tế có thể phát sinh hiệu lực ngay sau khi ký mà không cần qua thủ tục phê chuẩn, phê duyệt.

3. Bảo lưu điều ước quốc tế theo quy định của Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005

Năm 2001, Việt Nam gia nhập Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế, đặt ra yêu cầu nội luật hóa trong pháp luật quốc gia. Bên cạnh đó, quá trình thực hiện Pháp lệnh năm 1998 đã bộc lộ một số bất cập. Do đó, ngày 14/6/2005, Quốc hội khóa XI đã thông qua Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế.

Về tổng thể, Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 là một “bước tiến” so với Pháp lệnh năm 1998 cả về số lượng các chương, điều cũng như nội dung văn bản. Điểm thay đổi cơ bản đầu tiên là quan niệm về điều ước quốc tế. Theo Pháp lệnh năm 1998, Việt Nam ký kết điều ước quốc tế với các danh nghĩa: Nhà nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ, cơ quan ngang Bộ và cơ quan thuộc Chính phủ¹¹.

¹¹ Điều 1 Pháp lệnh Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 1998.

Trong khi đó, theo Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005, để phù hợp với quy định của Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế, điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc gia nhập chỉ bao gồm điều ước quốc tế nhân danh Nhà nước và nhân danh Chính phủ, không còn điều ước nhân danh Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ, cơ quan ngang Bộ và cơ quan thuộc Chính phủ¹². Đây là sự thay đổi phạm vi những văn bản được áp dụng quy định bảo lưu điều ước quốc tế của Việt Nam.

Đối với vấn đề bảo lưu điều ước quốc tế nhiều bên, Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 dành riêng Chương IV, gồm 07 điều khoản (từ Điều 54 đến Điều 60), với những quy định tương đối cụ thể, bổ sung mới, đồng thời kế thừa các quy định của Pháp lệnh năm 1998 như sau:

Thứ nhất, quy định rõ cơ quan có quyền quyết định bảo lưu điều ước quốc tế là “cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế nhiều bên”¹³.

Thứ hai, trong tờ trình cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế, cơ quan đề xuất có trách nhiệm nêu rõ kiến nghị đưa ra bảo lưu, yêu cầu, nội dung và thời điểm tuyên bố bảo lưu¹⁴.

Thứ ba, bổ sung quy định về thông báo bảo lưu điều ước quốc tế, theo đó, Bộ Ngoại giao có trách nhiệm thông báo cho cơ quan

lưu chiếu điều ước quốc tế nhiều bên về bảo lưu của Việt Nam trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế có điều khoản mà Việt Nam tuyên bố bảo lưu. Bộ Ngoại giao thông báo cho các cơ quan nhà nước hữu quan về ngày có hiệu lực của tuyên bố bảo lưu của Việt Nam đối với điều ước quốc tế trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của cơ quan lưu chiếu điều ước quốc tế nhiều bên¹⁵.

Thứ tư, bổ sung quy định về chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài¹⁶. Theo quy định tại Điều 56, cơ quan đề xuất có trách nhiệm nêu rõ yêu cầu, nội dung chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài, kiến nghị thời điểm đưa ra chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu và hậu quả pháp lý của việc chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu. Về thẩm quyền quyết định chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu, Quốc hội quyết định chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài đối với điều ước quốc tế nhiều bên mà Quốc hội quyết định phê chuẩn hoặc gia nhập; Chủ tịch nước quyết định chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài đối với điều ước quốc tế nhiều bên mà Chủ tịch nước quyết định ký, phê chuẩn hoặc gia nhập; Chính phủ quyết định chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài đối với điều ước quốc tế nhiều bên mà Chính phủ quyết định ký, phê duyệt hoặc gia nhập. Việc chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu phải được thể hiện dưới hình thức văn

¹² Điều 2, Điều 7 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

¹³ Khoản 3 Điều 54 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

¹⁴ Khoản 1 Điều 54 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005. Theo quy định tại Điều 15 Pháp lệnh năm 1998, cơ quan đề xuất có trách nhiệm nêu rõ yêu cầu và nội dung bảo lưu.

¹⁵ Khoản 2, 3 Điều 55 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

¹⁶ Điều 56, 57, 58 và 59 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

bản¹⁷. Trách nhiệm thông báo về việc chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài thuộc về Bộ Ngoại giao¹⁸.

Thứ năm, về thủ tục rút bảo lưu, thay vì quy định cơ quan tiếp nhận đề xuất rút bảo lưu thuộc về cơ quan nhà nước đã quyết định việc ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế¹⁹, Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 quy định Chính phủ là đầu mối duy nhất tiếp nhận đề xuất rút bảo lưu. Theo đó, cơ quan đề xuất có trách nhiệm trình Chính phủ về việc rút bảo lưu sau khi lấy ý kiến bằng văn bản của Bộ Ngoại giao, Bộ Tư pháp và các cơ quan, tổ chức hữu quan²⁰.

Thứ sáu, bổ sung quy định về việc rút phản đối bảo lưu. Thủ tục này được thực hiện tương tự thủ tục rút bảo lưu²¹.

Tất cả những quy định được bổ sung nêu trên hoàn toàn phù hợp với quy định của Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế, hướng tới việc bảo vệ quyền và lợi ích của Việt Nam khi ký kết hoặc gia nhập điều ước quốc tế nhiều bên. Có thể nói, những quy định về bảo lưu khá cụ thể, đầy đủ trong Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 đã tạo ra khung pháp lý ổn định giúp cho hoạt động bảo lưu trên thực tế của Việt Nam diễn ra thuận lợi, phù hợp với pháp luật quốc tế. Tuy nhiên, các quy định về bảo lưu trong Luật Ký kết gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 vẫn còn một số tồn tại:

¹⁷ Điều 57 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

¹⁸ Điều 59 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

¹⁹ Khoản 1 Điều 16 Pháp lệnh Ký kết và thực hiện điều ước quốc tế năm 1998.

²⁰ Khoản 1 Điều 60 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005

²¹ Điều 60 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

Một là, khi nghiên cứu về quan hệ điều ước, ngoài chế định bảo lưu được quy định trong Công ước Viên năm 1969 và trong pháp luật quốc gia, còn có các tuyên bố đơn phương khi ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước đa phương. Trên thực tế, một số điều ước quốc tế nhiều bên có quy định cụ thể phân biệt giữa bảo lưu (reservation) và tuyên bố (declaration) của quốc gia thành viên. Về nguyên tắc, các tuyên bố này không ảnh hưởng đến hiệu lực của điều ước quốc tế.

Hai là, trước khi cơ quan đề xuất kiến nghị bảo lưu trong tờ trình Chính phủ về việc ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế nhiều bên thì phải gửi dự thảo tờ trình tới Bộ Tư pháp (trong hồ sơ đề nghị thẩm định) và lấy ý kiến các cơ quan hữu quan khác (Điều 21 và Điều 54 Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005). Tuy nhiên, các quy định này chỉ quy định trình tự, thủ tục mang tính chung chung mà chưa quy định cơ chế chịu trách nhiệm của cơ quan hữu quan.

4. Bảo lưu điều ước quốc tế theo quy định của Luật Điều ước quốc tế năm 2016 và một số đề xuất kiến nghị

Luật Điều ước quốc tế năm 2016 ra đời nhằm thể chế hóa các quy định mới của Hiến pháp năm 2013. Nội dung các quy định về bảo lưu điều ước quốc tế trong Luật Điều ước quốc tế năm 2016 được sửa đổi, bổ sung theo hướng đơn giản, bớt cồng kềnh, dễ hiểu và dễ áp dụng. Những vấn đề pháp lý liên quan đến bảo lưu điều ước quốc tế được ghi nhận chủ yếu tại Chương III, gồm 05 điều (từ Điều 47 đến Điều 51) quy định thẩm quyền bảo lưu; chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài; thẩm quyền quyết định chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài;

trình tự, thủ tục quyết định chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài; rút bảo lưu hoặc rút phản đối bảo lưu.

Về cơ bản, những nội dung liên quan đến bảo lưu điều ước quốc tế trong Luật Điều ước quốc tế năm 2016 không có thay đổi lớn so với Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005; chỉ sắp xếp lại các quy định về bảo lưu điều ước theo hướng đơn giản, dễ áp dụng hơn.

Về thủ tục đối ngoại của bảo lưu, thay vì quy định rải rác tại nhiều điều khoản²², Luật Điều ước quốc tế năm 2016 quy định trong một điều khoản duy nhất, theo đó, Bộ Ngoại giao thông báo cho cơ quan lưu chiếu điều ước quốc tế nhiều bên về bảo lưu của Việt Nam trong văn kiện thông báo về việc phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế có điều khoản mà Việt Nam tuyên bố bảo lưu; thông báo cho cơ quan lưu chiếu điều ước quốc tế nhiều bên về việc chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc gửi thông báo đó cùng với các văn kiện phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế. Bộ trưởng Bộ Ngoại giao ký thông báo đối ngoại về bảo lưu của Việt Nam, chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài, rút bảo lưu hoặc rút phản đối bảo lưu gửi cơ quan lưu chiếu điều ước quốc tế²³.

²² Điều 55 về thông báo bảo lưu của Việt Nam, Điều 59 về thông báo chấp nhận, phản đối bảo lưu của bên ký kết khác, Điều 60 về thông báo rút bảo lưu và rút phản đối bảo lưu (Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005).

²³ Khoản 2, 3 Điều 65 Luật Điều ước quốc tế năm 2016.

Về thẩm quyền quyết định rút bảo lưu hoặc rút phản đối bảo lưu, thay vì quy định khái quát là “Cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định đưa ra bảo lưu hoặc phản đối bảo lưu có quyền quyết định rút bảo lưu hoặc rút phản đối bảo lưu đó”²⁴, Luật Điều ước quốc tế năm 2016 quy định cụ thể thẩm quyền, trình tự, thủ tục đưa ra quyết định rút bảo lưu hoặc rút phản đối bảo lưu trong từng trường hợp thuộc về Quốc hội, Chủ tịch nước hoặc Chính phủ²⁵. Điều này vừa đảm bảo tính rõ ràng, cụ thể, vừa đảm bảo tương đồng với thẩm quyền quyết định phản đối hay chấp nhận bảo lưu²⁶.

Một điểm đáng lưu ý là, Điều 15 của Luật Điều ước quốc tế năm 2016 quy định về thẩm quyền quyết định ký điều ước quốc tế, theo đó, Chủ tịch nước quyết định ký điều ước quốc tế nhân danh Nhà nước; Chính phủ quyết định ký điều ước quốc tế nhân danh Chính phủ và việc quyết định ký điều ước quốc tế phải được thể hiện bằng văn bản bao gồm các nội dung: “... Bảo lưu, chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của bên ký kết nước ngoài, tuyên bố đối với điều ước quốc tế nhiều bên...”. Kết hợp với quy định tại Điều 47 có thể thấy, thẩm quyền quyết định đưa ra bảo lưu khi ký điều ước quốc tế tùy từng trường hợp thuộc về Chủ tịch nước hoặc Chính phủ.

Như vậy, Luật Điều ước quốc tế năm 2016 đã có những sửa đổi căn bản, toàn diện, cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013 về công tác điều ước quốc tế, tạo khung pháp lý vừa chặt chẽ, vừa linh hoạt,

²⁴ Khoản 2 Điều 60 Luật Ký kết gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005.

²⁵ Xem thêm khoản 2, 3, 4 Điều 51 Luật Điều ước quốc tế năm 2016.

²⁶ Xem thêm Điều 49 Luật Điều ước quốc tế năm 2016.

đáp ứng nhu cầu ký kết và thực hiện điều ước quốc tế phù hợp với lợi ích quốc gia. Tuy nhiên, Luật Điều ước quốc tế năm 2016 sẽ hoàn thiện hơn nếu bổ sung một số quy định về cơ chế chịu trách nhiệm của các cơ quan hữu quan, như trách nhiệm của cơ quan đề xuất khi kiến nghị những bảo lưu không phù hợp hay có điều khoản cần được bảo lưu mà không kiến nghị bảo lưu... Đặc biệt, Luật chưa quy định rõ việc Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao khi thực hiện chức năng thẩm định điều ước quốc tế có thẩm quyền đề xuất, kiến nghị về bảo lưu điều ước quốc tế hay không? Pháp luật điều ước quốc tế của Việt Nam về bảo lưu cần có những quy định cụ thể, rõ ràng hơn về thời hạn hoàn thành các thủ tục, nhiệm vụ, trách nhiệm cụ thể của cơ quan liên quan.

Ngoài ra, cần quy định cụ thể, rõ ràng hơn về thẩm quyền, thủ tục và yêu cầu đối với các bảo lưu mà Việt Nam đưa ra khi ký điều ước quốc tế; xây dựng cơ chế chịu trách nhiệm của các cơ quan hữu quan trong các hoạt động liên quan tới bảo lưu điều ước quốc tế, như trách nhiệm của Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao hay của các cơ quan hữu quan khi đưa ra các đề xuất bảo lưu, phản đối bảo lưu không phù hợp.

Bên cạnh đó, Luật Điều ước quốc tế năm 2016 đã có sự phân biệt giữa tuyên bố và bảo lưu, tuy nhiên chưa quy định về khái niệm cũng như cơ quan có thẩm quyền đưa ra và rút tuyên bố đối với điều ước quốc tế.

Việc quy định cụ thể và có sự phân biệt nhất định giữa tuyên bố và bảo lưu là vô cùng cần thiết. Khác với bảo lưu, tuyên bố không làm thay đổi nội dung của điều ước quốc tế mà nhằm giải thích cụ thể hơn hoặc làm rõ hơn đối tượng, mục đích, phạm vi áp dụng của điều ước quốc tế hoặc giải thích

cụ thể một số điều khoản của điều ước đó²⁷. Vậy nên, cần bổ sung quy định về tuyên bố (declaration) trong Luật Điều ước quốc tế theo hướng sau:

- Bổ sung giải thích thuật ngữ “tuyên bố”, theo đó “*Tuyên bố*” là hành vi pháp lý của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc bên ký kết nước ngoài khi ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế nhằm mục đích giải thích cụ thể, rõ ràng các thuật ngữ của điều ước để hiểu thống nhất toàn văn và kể cả trường hợp tuyên bố giải thích nhằm làm rõ đối tượng, mục đích và phạm vi áp dụng của điều ước hoặc nhấn mạnh về một nội dung cụ thể nào đó của điều ước quốc tế.

- Bổ sung thẩm quyền quyết định đưa ra tuyên bố và rút tuyên bố, cụ thể: “*Cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước quốc tế có quyền quyết định việc tuyên bố của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đối với điều ước quốc tế đó;*

Cơ quan đề xuất điều ước quốc tế có trách nhiệm trình Chính phủ về việc rút tuyên bố sau khi lấy ý kiến bằng văn bản của Bộ Ngoại giao, Bộ Tư pháp;

Chính phủ quyết định rút tuyên bố đối với tuyên bố do Chính phủ quyết định;

Chính phủ trình Chủ tịch nước quyết định rút tuyên bố đối với tuyên bố do Chủ tịch nước quyết định;

Chính phủ trình Chủ tịch nước để Chủ tịch nước trình Quốc hội quyết định rút tuyên bố đối với tuyên bố do Quốc hội quyết định”.

²⁷ Tham khảo United Nations, *Report of the International Law Commission, A/66/10/Add.1*, 2011, tr. 62.

CHỨC NĂNG TƯ VẤN CỦA TÒA ÁN QUỐC TẾ VỀ LUẬT BIỂN VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Tiến Đức*
Phạm Hồng Nhật**

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu chức năng tư vấn của Tòa án quốc tế về Luật Biển thông qua Tòa Luật biển đầy đủ và Viện giải quyết các tranh chấp liên quan đến đáy biển thuộc Tòa án quốc tế về Luật biển. Đồng thời, trên cơ sở phân tích các quy định về thẩm quyền tư vấn và thủ tục xin tư vấn, các tác giả liên hệ tới trường hợp Việt Nam và đưa ra gợi mở áp dụng thủ tục này đối với yêu sách tranh chấp lãnh thổ tại khu vực Biển Đông.

Abstract: This paper studies the advisory function of the International Tribunal for Law of the Sea (ITLOS) through the ITLOS as a full court and the Seabed Disputes Chamber. On the basis of analysis on ITLOS advisory jurisdiction and advisory procedure to request an advisory opinion, it discusses a case relating to Vietnam and suggests the application of this procedure for peaceful settlement of territorial disputes in the East Sea (South China Sea).

1. Giới thiệu

Tòa án quốc tế về Luật biển (*International Tribunal for the law of the Sea, ITLOS*) là cơ quan tài phán chuyên biệt do Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982 (gọi tắt là UNCLOS 1982) thiết lập. ITLOS có thẩm quyền giải quyết xung đột về việc giải thích và áp dụng UNCLOS: (i) Giữa các quốc gia lựa chọn ITLOS bằng văn bản; (ii) Giữa các quốc gia có thỏa thuận song phương hoặc đa phương lựa chọn ITLOS. Ngoài ra, ITLOS cũng có thẩm quyền đưa ra các ý kiến tư vấn khi yêu cầu cơ quan có thẩm quyền thông qua hai thiết chế: (i) Tòa ITLOS đầy đủ; hoặc (ii) Viện giải quyết các tranh chấp liên quan đến đáy biển.

2. Chức năng tư vấn của Tòa án quốc tế về Luật biển

2.1. Chức năng tư vấn của Tòa Luật biển đầy đủ¹

a) Cơ sở xác định thẩm quyền tư vấn

Thẩm quyền tư vấn của ITLOS không được ghi nhận cụ thể trong UNCLOS 1982 mà được đề cập tại Điều 138(1) Nội quy của ITLOS. Theo đó:

“Tòa án có thể đưa ra ý kiến tư vấn về một câu hỏi pháp lý nếu căn cứ vào quy định cụ thể việc đệ trình tại điều ước quốc tế liên quan đến các mục đích của Công ước này”².

Tuy nhiên, có nhiều ý kiến cho rằng, đây là quy định chưa từng có tiền lệ trong nội quy của các cơ quan tài phán quốc tế³. (như đối với chức năng tư vấn của Tòa án Công lý quốc tế (*International Court of Justice - ICJ*) căn cứ vào Hiến chương Liên hợp quốc). Đối với ITLOS, UNCLOS 1982 không đề cập cụ thể, do đó, Điều 138(1)

*** ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Nguyên văn tiếng Anh: ITLOS full court.

² Nguyên văn: “The Tribunal may give an advisory opinion on a legal question if an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for the submission to the Tribunal of a request for such an opinion”.

³ ChandrasekharaRao, Philippe Gautier (58 eds.), *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary* (2006), tr. 393.

quy định chức năng mới do ITLOS tự xác định. Tuy Điều 16 Quy chế của ITLOS cho phép Tòa xây dựng các thủ tục để thực hiện các chức năng của mình, nhưng cũng có ý kiến cho rằng, Nội quy của ITLOS tạo ra chức năng mới vượt thẩm quyền⁴.

Về vấn đề này, trong vụ việc tư vấn đầu tiên của mình, ITLOS đầy đủ đã phán quyết rằng, Điều 138(1) Nội quy không thiết lập thẩm quyền tư vấn của Tòa mà chỉ cung cấp các điều kiện tiên quyết cần phải được đáp ứng trước khi Tòa có thể thực hiện thẩm quyền này. Theo đó, thẩm quyền tư vấn xuất phát từ Điều 21 Quy chế của Tòa: “...bao gồm tất cả các tranh chấp, tất cả các đơn đã nộp cho Tòa theo Công ước này và tất cả các vấn đề được quy định cụ thể trong bất kỳ thỏa thuận nào khác thuộc thẩm quyền của Tòa án”⁵.

Như vậy, ITLOS đầy đủ có thẩm quyền trong ba trường hợp: (i) Tất cả “tranh chấp” được đệ trình lên Tòa án theo Công ước; (ii) Tất cả “đơn yêu cầu” nộp cho Tòa án theo Công ước; và (iii) Tất cả các vấn đề được quy định cụ thể trong bất kỳ thỏa thuận nào khác thuộc thẩm quyền của Tòa án. Điều 23 Quy chế ITLOS quy định: *Toà án sẽ quyết định tất cả các tranh chấp và đơn theo Điều 293*, được quy định trong Phần XV của UNCLOS về *Giải quyết tranh chấp*. Có thể thấy, cụm từ “tranh chấp” và “đơn yêu cầu” theo Điều 21 liên quan đến thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ITLOS.

⁴ Written Statement of Australia, 28 November 2013, 6, đoạn 11; Written Statement of Thailand, 14 March 2014, 3, đoạn 5.

⁵ Nguyên văn: “*The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal*”.

Vậy cụm từ “tất cả các vấn đề” bao gồm những gì? Theo ITLOS, “tất cả các vấn đề” không chỉ được hiểu bao gồm “tranh chấp”, bởi nếu vậy, Điều 21 sẽ sử dụng trực tiếp từ “tranh chấp”⁶. Do đó, cụm từ “tất cả các vấn đề” ở đây có nội hàm rộng hơn “tranh chấp” và có thể phải bao gồm ý kiến tư vấn, nếu được quy định cụ thể trong bất kỳ thỏa thuận nào khác trao thẩm quyền cho Tòa án.

Một số học giả không đồng tình với cách giải thích trên bởi căn cứ vào mối quan hệ giữa Điều 288 UNCLOS và Điều 21 Quy chế ITLOS. Theo Điều 1(4) Quy chế ITLOS, các quy định tại Phần XI và XV UNCLOS 1982 sẽ viện dẫn để giải quyết tranh chấp được trình lên Tòa. Nói khác đi, quan điểm này cho rằng, Điều 21 Quy chế ITLOS là quy định phái sinh của Điều 288 UNCLOS 1982 về vấn đề giải quyết tranh chấp. Do đó, thẩm quyền của Tòa bị giới hạn chỉ ở phạm vi giải quyết tranh chấp. Về vấn đề này, ITLOS đầy đủ đã phán quyết rằng, Điều 21 của Quy chế ITLOS không được coi là quy định thứ cấp của Điều 288 Công ước, bởi Quy chế ITLOS có giá trị pháp lý tương đương với Công ước⁷. Nội dung Điều 1(4) chỉ liên quan tới tranh chấp, mà không bao hàm “tất cả các vấn đề” được quy định tại Điều 21 Quy chế Tòa ITLOS.

Tuy nhiên, quy định tại Điều 21 Quy chế Tòa ITLOS vẫn bị cho là thiếu rõ ràng để có thể xác lập thẩm quyền tư vấn của Tòa⁸. Do UNCLOS 1982 không có quy định cụ thể về thẩm quyền tư vấn của Tòa ITLOS giống như Viện giải quyết các tranh chấp liên quan đến đáy biển, vì vậy, việc Tòa tư

⁶ *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, ITLOS Advisory Opinion, Case 21 (2015), đoạn 46.

⁷ Như trên, đoạn 52; Quy chế của Tòa ITLOS là Phụ lục VI của UNCLOS.

⁸ Như trên, Tuyên bố của Thẩm phán Cot, đoạn 3.

diễn giải việc trao cho mình thẩm quyền là hành vi vượt quá thẩm quyền *ultra vires*.

Theo các tác giả, việc UNCLOS không quy định cụ thể về chức năng tư vấn của ITLOS không có nghĩa UNCLOS phủ nhận thẩm quyền này. Bên cạnh đó, khác với ICJ có thẩm quyền tư vấn xuất phát từ Hiến chương Liên hợp quốc, thẩm quyền tư vấn của ITLOS xuất phát từ thỏa thuận quốc tế do các quốc gia ký kết. Đây là những điều ước quốc tế độc lập với UNCLOS và không quy định nào trong UNCLOS hạn chế các quốc gia làm việc đó⁹. Điều này hoàn toàn phù hợp với nhiệm vụ của ITLOS là giải thích và áp dụng UNCLOS. Việc tư vấn của ITLOS khi được viện dẫn chính là một hình thức giải thích, làm rõ các quy định UNCLOS sao cho các chủ thể liên quan có được cách hiểu và áp dụng thống nhất. Đây cũng chính là quan điểm của Tòa trong vụ tư vấn đầu tiên của mình khi giải thích cách quy định của UNCLOS¹⁰.

Qua vụ việc tư vấn đầu tiên cho Cơ quan tiểu vùng khai thác thủy sản – SRFC, vào ngày 2/4/2015 dường như ITLOS đã sẵn sàng đóng vai trò tích cực hơn trong việc giải thích và áp dụng Luật biển thông qua các thủ tục tư vấn. Thực tế, cựu Chủ tịch ITLOS (Thẩm phán Wolfrum) và các thẩm phán Jesus và Yanai luôn thể hiện ý kiến ủng hộ ITLOS như một tòa án đầy đủ có thể thực hiện thẩm quyền tư vấn¹¹. Như vậy có

thể khẳng định, ITLOS sẽ không thay đổi quan điểm trong tương lai, và ITLOS vẫn được coi là thiết chế mà các chủ thể quốc tế có thể xin ý kiến tư vấn khi có tranh chấp về giải thích và áp dụng UNCLOS.

Ngoài ra, ITLOS đầy đủ còn có quyền lựa chọn quyết định trả lời câu hỏi pháp lý được trình lên. Điều 138(1) Nội quy ITLOS quy định “Tòa án có thể đưa ra ý kiến tư vấn”. Như vậy, ITLOS hoàn toàn có thẩm quyền từ chối trả lời đối với một yêu cầu tư vấn. Về vấn đề này, Tòa ITLOS đã đưa ra ý kiến rằng: “*Ngoại trừ các lý do thuyết phục, về cơ bản thẩm quyền tư vấn sẽ không bị từ chối*”¹². “Lý do thuyết phục” không được định nghĩa, tuy nhiên, thuật ngữ này cũng được hiểu căn cứ vào kết quả của các vụ tư vấn trước đó của ICJ, đó là những lý do ảnh hưởng tới bản chất tư pháp của Tòa¹³.

b) Chủ thể có quyền yêu cầu tư vấn

Điều 138 Nội quy Tòa ITLOS yêu cầu, việc xin tư vấn phải là một câu hỏi pháp lý nếu có quy định cụ thể việc đệ trình xin ý kiến lên Tòa theo thỏa thuận quốc tế liên quan đến mục đích của Công ước; câu hỏi xin ý kiến được chuyển từ một cơ quan được ủy quyền hoặc theo một thỏa thuận yêu cầu Tòa cho ý kiến. Tồn tại hai cách giải thích xác định nội hàm của “các cơ

⁹ Rudiger Wolfrum, *Advisory Opinions: Are They Suitable Alternative for Dispute Settlement of International Disputes?*, trong R. Wolfrum & I. Gatzschmann (eds), *International Dispute Settlement: Room for Innovations* (Springer, 2012), tr. 54.

¹⁰ Như chú thích 5, đoạn 58.

¹¹ Xem Ví dụ Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum on Agenda Item 75(a), 9–10, para.16 (28 November 2005), 9, đoạn 15; Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum on the Report of the Tribunal at the Sixteenth Meeting of States Parties to the

Convention on the Law of the Sea, 8, đoạn 18; Statement by Judge José Luis Jesus, The Gilberto Amado Memorial Lecture held during the 61st Session of the International Law Commission, Geneva, 15 July 2009, 8; Statement by Judge S. Yanai on Agenda Item 76(a) “Oceans and the Law of the Sea” at the Plenary of the Sixty-Sixth Session of the United Nations General Assembly, 6 December 2011, 4, đoạn 9.

¹² Như chú thích 5, đoạn 71.

¹³ Xem thêm: Nguyễn Tiến Đức, Đỗ Quý Hoàng, *Chức năng tư vấn của Tòa án Công lý quốc tế và gợi mở cho Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 3 (2017), tr. 76-84.

quan được ủy quyền” và “các cơ quan theo một thỏa thuận có thể yêu cầu Tòa”.

Cách tiếp cận đầu tiên theo hướng rộng đó là, các cơ quan theo quy định tại Điều 138(2) Quy chế có thể bao gồm bất kỳ một Nhà nước hay một cơ quan, tổ chức quốc tế nào. Đây cũng là quan điểm của Thẩm phán Wolfrum tại phiên họp toàn thể của Đại hội đồng Liên hợp quốc kỳ họp thứ 16 năm 2005 rằng: “Thuật ngữ “cơ quan” có thể được hiểu là cơ quan có thẩm quyền của bất kỳ một thực thể, nhà nước hoặc tổ chức nào, được ủy quyền theo thỏa thuận đệ trình yêu cầu”¹⁴.

Cách tiếp cận này đặt ra vấn đề: Liệu một ý kiến tư vấn của ITLOS theo yêu cầu của một số quốc gia nhất định có thể ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của quốc gia thứ ba mà không cần có sự đồng ý của họ hay không. Liên hệ với quá trình tư vấn của ICJ, mỗi quốc gia có liên quan đều có thể tham gia vào vụ việc¹⁵. Tuy nhiên, qua án lệ ITLOS cho thấy, chỉ cần ít nhất hai quốc gia hoặc một số quốc gia nhất định mà không cần có sự tham gia của các quốc gia quan tâm khác cũng có thể yêu cầu ý kiến tư vấn từ ITLOS như là một tòa án đầy đủ¹⁶. Chính vì vậy, ý kiến tư vấn của ITLOS có nguy cơ bị lạm dụng và ảnh hưởng trực tiếp tới quốc gia thứ ba, cũng như vi phạm nguyên tắc chủ quyền của pháp luật quốc tế¹⁷.

¹⁴ See also Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum on Agenda Item 75(a), 9–10, đoạn 16 (28 November 2005); Written Statement of the Federal Republic of Germany, 6, đoạn 8 (18 November 2013).

¹⁵ Xem thêm Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, đoạn 33. Trong vụ tư vấn này, Tòa ICJ đã kết luận rằng: “Trong nhiều trường hợp... thiếu sự chấp thuận của quốc gia liên quan có thể làm cho việc tư vấn của trái với bản chất pháp lý của Tòa”.

¹⁶ Như chú thích 5, đoạn 76.

¹⁷ Xem thêm Tullio Treves, *Advisory Opinion under the Law of the Sea Convention*, trong John Norton Moore, Myron H. Nordquist (eds.), *Current Marine*

Ngược lại, theo cách tiếp cận hẹp hơn, Thẩm phán Ndiaye cho rằng, hiện nay thủ tục xin ý kiến tư vấn chỉ được thực hiện đối với các tổ chức quốc tế, nên “cơ quan” được đề cập tại Điều 138 Nội quy phải là cơ quan của một tổ chức quốc tế được ủy quyền xin ý kiến tư vấn của Tòa¹⁸. Nhiều học giả cũng đồng tình với quan điểm này khi lập luận rằng, yêu cầu xin ý kiến tư vấn ITLOS phải do một “cơ quan được ủy quyền hợp lệ” mà không phải một quốc gia hoặc một nhóm các quốc gia và như vậy phù hợp với khái niệm chung về thẩm quyền tư vấn của ICJ¹⁹.

Như vậy, có thể thấy, dù thực tế ITLOS chưa đưa ra quan điểm rõ ràng về chủ thể có quyền tư vấn, nhưng chắc chắn việc giải thích theo hướng mở rộng sẽ vấp phải ý kiến phản đối từ các quốc gia. Nội hàm của “một cơ quan” được ủy quyền bởi một thỏa thuận quốc tế để yêu cầu ý kiến tư vấn từ ITLOS như là một tòa án đầy đủ cần phải được làm rõ hơn nữa. Chính việc thiếu vắng các quy định về chủ thể có quyền yêu cầu tư vấn đã ảnh hưởng đến cơ sở pháp lý cũng như giá trị ý kiến tư vấn.

Cuối cùng, các tác giả cho rằng, dù chưa có cơ sở pháp lý rõ ràng xác định thẩm quyền cũng như chủ thể có quyền yêu cầu tư vấn, việc Tòa ITLOS chấp nhận đơn xin tư vấn của SRFC năm 2015 là bước đầu tiên

Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of the Sea (2001), tr. 92.

¹⁸ Tafsir Malick Ndiaye, *The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea*, Chinese Journal of International Law (2010), tr. 583.

¹⁹ Xem: Shabtai Rosenne, *International Tribunal for the Law of the Sea: 1996–97 Survey*, The International Journal of Marine and Coastal Law (1998), tr. 507; Tullio Treves, như chú thích 16 Ki-Jun You, *Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal: Revisited*, Ocean Development and International Law (ODIL) 39 (2008), tr. 364 - 365.

Tòa thực hiện chức năng này trong thực tiễn. Từ phía các quốc gia thành viên và các tổ chức quốc tế, cần đặc biệt chú trọng đến phạm vi và giá trị câu hỏi tư vấn; cần đặt câu hỏi cụ thể, rõ ràng và tránh liên quan đến quyền và nghĩa vụ của bên thứ ba; đồng thời các quốc gia cũng không nên trực tiếp yêu cầu tư vấn mà nên đặt vấn đề thông qua một tổ chức quốc tế. Dù chỉ mang tính chất khuyến nghị, nhưng ý kiến tư vấn của tòa ITLOS đầy đủ vẫn có giá trị phủ quát rộng bởi tầm ảnh hưởng quốc tế của thiết chế này.

2.2. Viện giải quyết các tranh chấp liên quan đến đáy biển

Viện giải quyết các tranh chấp liên quan đến đáy biển (Seabed Disputes Chamber - SDC) là cơ quan tài phán độc lập nằm trong ITLOS, có thẩm quyền xét xử tranh chấp và tư vấn vụ việc liên quan tới đáy biển quốc tế. Chức năng tư vấn của SDC có mối quan hệ chặt chẽ với các hoạt động của Đại hội đồng và Hội đồng của Cơ quan quyền lực quốc tế về đáy đại dương (*International Seabed Authority - ISBA*)²⁰. ISBA là tổ chức quốc tế được thành lập theo UNCLOS 1982 với vai trò tổ chức và kiểm soát các hoạt động ở vùng đáy biển quốc

tế. Để thực hiện chức năng của mình phù hợp với UNCLOS, các cơ quan của ISBA có thể cần sự hỗ trợ của một cơ quan tài phán độc lập và khách quan. Đây là cơ sở cho thẩm quyền tư vấn của SDC. Ở góc độ này, SDC được hiểu là thực hiện một phần chức năng các cơ quan ISBA.

a) Cơ sở xác định thẩm quyền tư vấn

Điều 191 UNCLOS quy định cụ thể về thẩm quyền tư vấn của SDC. Đây là nền tảng pháp lý quan trọng khẳng định thẩm quyền của cơ quan tài phán này, và vì vậy, so với ITLOS khả năng xem xét ý kiến tư vấn cũng sẽ cao hơn. Cụ thể:

*“Viện giải quyết các tranh chấp liên quan đến đáy biển phải đưa ra ý kiến tư vấn khi có yêu cầu của Đại hội đồng hoặc Hội đồng [của Cơ quan đáy biển quốc tế] về các câu hỏi pháp lý phát sinh trong phạm vi hoạt động của mình. Ý kiến tư vấn phải được đưa ra trong thời gian ngắn nhất”*²¹.

Có thể nhận thấy sự giống và khác nhau trong thẩm quyền tư vấn của SDC và ICJ. Trước tiên, chỉ có các cơ quan thường trực, chuyên môn mới có quyền hỏi ý kiến các cơ quan tài phán đó. Quyền này không mở rộng cho quốc gia. Bên cạnh đó, các cơ quan này cũng không thể đặt ra bất kỳ một câu hỏi nào ngoài câu hỏi pháp lý liên quan tới phạm vi hoạt động của mình. Việc đánh giá bản chất câu hỏi thuộc thẩm quyền của các cơ quan tài phán²².

Mặt khác, có sự khác biệt trong cách diễn đạt của Điều 191 UNCLOS và Điều 65 Quy chế ICJ về thẩm quyền tư vấn. Điều 65

²⁰ Phần XI UNCLOS 1982 thành lập ISBA đại diện cho toàn thể cộng đồng quốc tế điều chỉnh tất cả các hoạt động khai thác tài nguyên tại đáy biển quốc tế, ví dụ như cấp phép thăm dò tài nguyên ở đó, định ra các chính sách thăm dò khai thác, phân chia thu nhập từ việc khai thác tài nguyên ở đáy biển quốc tế cho cộng đồng quốc tế... Lưu ý, ISBA không có thẩm quyền đối với vùng đáy biển quốc tế, mà chỉ quản lý các tài nguyên trong vùng này. Do đó, các hoạt động có tác động tới đáy biển quốc tế nhưng không liên quan tới tài nguyên sẽ không được điều chỉnh bởi ISBA, chẳng hạn như đặt cáp ngầm hay nghiên cứu khoa học. Các quốc gia thành viên UNCLOS 1982 là thành viên *ipso facto* của ISBA. ISBA có trụ sở chính tại Kingston, Jamaica, xem thêm Điều 157(1) UNCLOS 1982; Mục 1(1) Phụ lục Thỏa thuận năm 1994 liên quan tới việc thực thi Phần XI UNCLOS 1982.

²¹ Nguyên văn: *“The Seabed Disputes Chamber shall give advisory opinions at the request of the Assembly or the Council on legal questions arising within the scope of their activities. Such opinions shall be given as a matter of urgency”*.

²² Điều 130(2) Quy chế Tòa án Luật biển quốc tế (ITLOS); Xem thêm Rudiger Wolfrum, *ltdđ*, tr. 50.

Quy chế quy định ICJ “có thể” (*may*) trả lời về bất kì đề nghị nào từ phía cơ quan có thẩm quyền. Mặc dù tới nay, Toà ICJ chưa từ chối đơn yêu cầu tư vấn nào; tuy nhiên, về cơ bản Toà vẫn có quyền xem xét từ chối một yêu cầu nếu xét thấy không phù hợp với bản chất tư pháp của Toà²³. Trong khi đó, Điều 191 UNCLOS sử dụng từ “phải” (*shall*), trực tiếp ấn định nghĩa vụ đối với SDC phải cung cấp ý kiến tư vấn khi có yêu cầu. Trong vụ việc tư vấn đầu tiên vào năm 2011, SDC đã đề cập tới vấn đề này²⁴. Tại phiên tranh tụng, có ý kiến cho rằng, SDC không có nghĩa vụ tuyệt đối phải cung cấp ý kiến tư vấn. Tuy nhiên, cuối cùng, SDC lại để ngỏ mà không trả lời liệu SDC có bị bắt buộc phải trả lời tư vấn hay không. Cách tiếp cận mập mờ này dẫn đến một số hoài nghi về khả năng SDC có thể từ chối tư vấn trong tương lai nếu xét thấy không phù hợp.

Về vấn đề này, các tác giả cho rằng, thẩm quyền, chức năng của SDC được ghi nhận trong UNCLOS thể hiện tầm quan trọng của cơ quan tài phán này trong trật tự quốc tế. Hơn nữa, Điều 293(1) UNCLOS quy định các cơ quan tài phán phải áp dụng UNCLOS và các nguyên tắc pháp luật quốc tế khác không trái với UNCLOS. Quy định này thiết lập một hệ thống trật tự các nguyên tắc mà theo đó, UNCLOS được coi là một bản hiến pháp trên biển có hiệu lực cao nhất. Do đó, Điều 191 UNCLOS đặt ra nghĩa vụ cứng và không có văn kiện nào có thể thay đổi được giá trị của nó.

Như vậy, để SDC có thể trả lời tư vấn cần ba điều kiện: (i) Yêu cầu xuất phát từ cơ

quan có thẩm quyền; (ii) Đó là câu hỏi pháp lý; (iii) Vấn đề phát sinh trong phạm vi hoạt động của các cơ quan xin ý kiến tư vấn.

b) Chủ thể có quyền xin tư vấn

Theo UNCLOS, chỉ tồn tại hai cơ quan có thể xin ý kiến tư vấn của SDC đó là Đại hội đồng và Hội đồng của ISBA.

- Đại hội đồng (*the General Assembly*)

Đại hội đồng bao gồm tất cả các quốc gia thành viên trong ISBA, là cơ quan có thẩm quyền cao nhất của ISBA. Đây là cơ quan chịu trách nhiệm xây dựng các chính sách liên quan tới tài nguyên vùng đáy biển quốc tế phù hợp với tinh thần UNCLOS 1982. Một trong những vai trò quan trọng nhất của cơ quan này là xem xét và thông qua các nguyên tắc, quy định và thủ tục liên quan tới thăm dò, khai thác tại vùng đáy biển quốc tế²⁵. Đại hội đồng cũng có thẩm quyền xem xét và thông qua các nguyên tắc và thủ tục phân chia công bằng lợi ích kinh tế và tài chính xuất phát từ các hoạt động tại vùng đáy biển quốc tế, trong đó có lợi ích và nhu cầu của các quốc gia đang phát triển²⁶. Tuy nhiên, quyền của Đại hội đồng bị giới hạn một phần bởi Hiệp định năm 1994 về việc thực thi Phần XI UNCLOS 1982 cho phép các quốc gia phát triển có tiếng nói trọng lượng hơn trong quá trình đưa ra quyết định.

Liên quan tới quyền xin ý kiến tư vấn của Đại hội đồng, Điều 159(10) UNCLOS quy định khi có yêu cầu bằng văn bản của ít nhất một phần tư quốc gia thành viên ISBA gửi tới Chủ tịch ISBA để xin ý kiến tư vấn liên quan tới câu hỏi liệu một đề xuất (*proposal*) trình trước Đại hội đồng về bất kì vấn đề nào (*on any matter*) có phù hợp với UNCLOS hay không, thì Đại hội đồng

²³ Xem thêm: Nguyễn Tiến Đức, Đỗ Quý Hoàng, *ltd*, tr. 76-84.

²⁴ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (2011), đoạn 46-49.

²⁵ Điều 160(2)(f)(ii) UNCLOS 1982.

²⁶ Điều 160(2)(f)(i) UNCLOS 1982.

phải xin ý kiến tư vấn của SDC về vấn đề này. Trong thời gian chờ tư vấn, Đại hội đồng sẽ tạm hoãn việc bỏ phiếu đối với đề xuất đó. Trường hợp tới tuần cuối cùng trong chương trình làm việc mà chưa nhận được ý kiến tư vấn, Đại hội đồng sẽ quyết định thời điểm họp sau đó để tiến hành biểu quyết.

Như vậy, quy định tại Điều 159(10) UNCLOS đặt ra bốn yêu cầu: (a) Có yêu cầu bằng văn bản gửi tới Chủ tịch ISBA; (b) Được ít nhất một phần tư quốc gia thành viên ủng hộ; (c) Liên quan tới tính phù hợp của một đề xuất với UNCLOS về bất kỳ vấn đề nào; và (d) Đang trình trước Đại hội đồng. UNCLOS và các văn bản liên quan không định nghĩa thế nào là một “*đề xuất*”. Vậy đây là đề xuất liên quan tới việc thăm dò và khai thác tài nguyên dưới đáy đại dương hay về thủ tục tại Đại hội đồng? Đề xuất này là sáng kiến của quốc gia hay từ bất kỳ chủ thể nào có được sự ủng hộ của một phần tư thành viên ISBA?

Về câu hỏi thứ nhất, có thể thấy, việc xin ý kiến tư vấn từ phía Đại hội đồng khá đơn giản, khi chỉ đòi hỏi “ít nhất một phần tư thành viên” ủng hộ. Thậm chí, quy định như vậy là khập khiễng khi so sánh với việc Đại hội đồng Liên hợp quốc xin ý kiến tư vấn của Tòa ICJ²⁷. Lập luận cho phép xin ý kiến tư vấn của SDC về bất kỳ vấn đề nào thông qua cơ chế như vậy có lẽ không thuyết phục, đặc biệt đối với các quốc gia phát triển. Các tác giả cho rằng, mặc dù Điều 159(10) UNCLOS quy định “*đề xuất về bất kỳ vấn đề nào*”, nhưng việc giải thích

quy định này cần phải dựa trên cơ sở của quy định tại Điều 159 *per se* về thành phần, thủ tục và biểu quyết của Đại hội đồng. Điều 159 UNCLOS điều chỉnh các vấn đề thủ tục, do vậy, các đề xuất để hỏi ý kiến tư vấn cũng là thủ tục.

Về câu hỏi thứ hai, việc đưa ra kiến nghị không chỉ xuất phát từ phía quốc gia thành viên, mà Chủ tịch ISBA và một số cơ quan liên quan như Hội đồng Hoạch định kinh tế ISBA cũng có thẩm quyền này. Điều 159(10) UNCLOS chỉ quy định đề xuất được đưa ra trước Đại hội đồng, vì vậy, có thể hiểu, Điều 159(10) không giới hạn chủ thể đưa ra đề xuất, miễn sao nhận được sự ủng hộ của một phần tư thành viên để gửi lên Chủ tịch ISBA.

Một câu hỏi lại được đặt ra là, trong trường hợp khác Đại hội đồng muốn hỏi ý kiến tư vấn của SDC thì việc quyết định sẽ như thế nào? Về nguyên tắc, Đại hội đồng quyết định theo phương thức đồng thuận, tức là không có phiếu chống²⁸. Trong trường hợp không thể đạt được đồng thuận, thì nêu về thủ tục nguyên tắc đa số phiếu tham gia và biểu quyết được áp dụng²⁹. Cần lưu ý, đây là biểu quyết thông qua thủ tục, còn Điều 159(10) quy định về xin ý kiến tư vấn vấn đề thủ tục. Trường hợp vấn đề nội dung thì áp dụng nguyên tắc hai phần ba số phiếu tham gia và biểu quyết³⁰.

UNCLOS và các văn bản liên quan đều không đề cập việc xin ý kiến tư vấn là vấn đề thủ tục hay nội dung. Tuy nhiên, Điều 159(8) UNCLOS có bổ sung quy định trong trường hợp một câu hỏi không rõ là nội dung hay thủ tục, thì câu hỏi đó được coi là

²⁷ Mặc dù còn nhiều tranh cãi liên quan tới vấn đề này, tuy nhiên, có thể khẳng định đề Tòa ICJ đưa ra ý kiến tư vấn, ít nhất một phần hai quốc gia thành viên tham gia và biểu quyết trong Đại hội đồng Liên hợp quốc phải đồng ý, xem thêm: Nguyễn Tiến Đức, Đỗ Quý Hoàng, tldđ, tr. 78-79.

²⁸ Nguyên tắc 61(1) Quy chế Đại hội đồng ISBA.

²⁹ Điều 159(7) UNCLOS 1982; Nguyên tắc 61(2) Quy chế Đại hội đồng ISBA.

³⁰ Điều 159(8) UNCLOS 1982; Nguyên tắc 61(2) Quy chế Đại hội đồng ISBA.

một câu hỏi nội dung và áp dụng nguyên tắc biểu quyết vấn đề nội dung.

- Hội đồng (*the Council*)

Hội đồng là cơ quan hành pháp của ISBA, chịu trách nhiệm giám sát và điều phối việc thực hiện quy chế khai thác tại vùng đáy đại dương. Thẩm quyền và nhiệm vụ của Hội đồng được quy định tại Điều 162 UNCLOS 1982, đó là đề ra các chính sách cụ thể về các vấn đề thuộc thẩm quyền của ISBA, chẳng hạn như giám sát và điều phối việc thực hiện thăm dò và khai thác tài nguyên... Hội đồng bao gồm 36 thành viên được Đại hội đồng bầu ra; các quốc gia thành viên này chia thành năm nhóm dựa trên các tiêu chí khác nhau³¹.

Việc ra quyết định của Hội đồng khá phức tạp, được quy định chi tiết tại Điều 161(8) UNCLOS, tùy thuộc vào vấn đề mà Hội đồng quyết định theo nguyên tắc đồng thuận, hoặc đa số phiếu, hoặc hai phần ba số phiếu thuận, hoặc ba phần tư số phiếu thuận. Đối với những vấn đề không được quy định cụ thể tại Điều 161(8) UNCLOS thì nguyên tắc biểu quyết là đồng thuận³². Trường hợp không thể đạt được đồng thuận, nguyên tắc hai phần ba số phiếu tham gia và biểu quyết được áp dụng đối với các vấn đề nội dung với điều kiện quyết định không bị phản đối bởi đa số thành viên trong một nhóm bất kỳ nào. Tuy nhiên, giống như Đại hội đồng, cũng không rõ Hội đồng coi việc

hỏi ý kiến tư vấn SDC là vấn đề nội dung hay thủ tục. Vì vậy, có khả năng Hội đồng biểu quyết xem câu hỏi nội dung hay thủ tục dựa trên nguyên tắc hai phần ba số phiếu và không bị phản đối bởi đa số trong một nhóm bất kỳ; sau đó tiếp tục bỏ phiếu để thông qua quyết định xin ý kiến tư vấn. Vụ tư vấn đầu tiên của SDC cho Hội đồng về trách nhiệm và nghĩa vụ của quốc gia bảo trợ cho các chủ thể tham gia hoạt động trong vùng đáy đại dương. Trong vụ việc này, các thành viên Hội đồng đều đồng thuận đưa ra quyết định yêu cầu tư vấn gửi tới SDC³³.

Về câu hỏi pháp lý, để có thể thụ lý vụ việc, câu hỏi đặt ra cho SDC phải là câu hỏi pháp lý trên cơ sở Điều 191 UNCLOS 1982. Có thể thấy, cách diễn đạt “câu hỏi pháp lý” thuộc thẩm quyền của SDC tương tự thẩm quyền của ICJ. Trong vụ tư vấn đầu tiên của mình, SDC cũng viện dẫn các vụ việc trước đó của ICJ để lập luận rằng, bất kỳ câu hỏi được đặt ra dưới góc độ pháp lý sẽ đáp ứng được điều kiện thứ hai này³⁴. Điều này có thể được diễn giải do SDC áp dụng cách tiếp cận tương tự như của ICJ liên quan tới cách hiểu thế nào là câu hỏi pháp lý³⁵. Vì vậy, SDC sẽ không chỉ xem xét những câu hỏi pháp lý lý thuyết, mà còn cả những câu hỏi vừa có khía cạnh chính trị nhưng vẫn có bản chất pháp lý, và có thể liên quan tới tranh chấp giữa các quốc gia³⁶.

Tuy nhiên, có khả năng thẩm quyền của SDC bị giới hạn bởi Điều 291(1) UNCLOS 1982, theo đó, pháp luật áp dụng phải là UNCLOS và các nguyên tắc, quy định khác không trái với UNCLOS. Trong khi ICJ áp

³¹ Điều 161(1) UNCLOS 1982. Trong lần bầu gần nhất vào 21/7/2016, các thành viên Hội đồng được bầu cho nhiệm kỳ 4 năm bao gồm: *Nhóm A*: Trung Quốc, Nhật Bản; *Nhóm B*: Ấn Độ; *Nhóm C*: Canada, Nam Phi; *Nhóm D*: Bangladesh, Brazil, Uganda; *Nhóm E*: Algeria, Argentina, Bồ Biển Ngà, Cộng hòa Séc, Hà Lan, Na-Uy, Panama, Ba Lan, Tây Ban Nha, Trinidad và Tobago, Vương quốc Anh và Bắc Ailen, xem thêm tại: <https://www.isa.org.jm/authority/council-structure-mandate>, truy cập ngày 15/5/2017.

³² Nguyên tắc 56(2) Quy chế Hội đồng ISBA.

³³ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, như chú thích 4, đoạn 34.

³⁴ Như trên, đoạn 39.

³⁵ Nguyễn Tiến Đức, Đỗ Quý Hoàng, *tlđđ*, tr. 79-80.

³⁶ Rudiger Wolfrum, *tlđđ*, tr. 50-51.

dụng pháp luật quốc tế nói chung, thì SDC và ITLOS bị ràng buộc phải áp dụng UNCLOS 1982 và các nguyên tắc khác không trái với UNCLOS 1982.

Về phạm vi hoạt động của Đại hội đồng và Hội đồng, Điều 191 UNCLOS yêu cầu ý kiến tư vấn đưa ra cho câu hỏi pháp lý phải “phát sinh trong phạm vi hoạt động” của Đại hội đồng và Hội đồng của ISBA. SDC sẽ có thẩm quyền quyết định liệu câu hỏi pháp lý đặt ra có phát sinh trong phạm vi hoạt động của các cơ quan này hay không³⁷.

Thẩm quyền và nhiệm vụ của Đại hội đồng được quy định tại Điều 160(1)(2) UNCLOS. Nhìn chung, Đại hội đồng là cơ quan tối cao của ISBA có thẩm quyền và chức năng bao quát nhất, vì vậy, các vấn đề chung liên quan tới hoạt động tại vùng đáy biển quốc tế sẽ thuộc phạm vi thẩm quyền của Đại hội đồng.

Bên cạnh đó, Hội đồng với tư cách là cơ quan điều hành, có thẩm quyền đề ra các chính sách cụ thể hoá phương hướng chung của Đại hội đồng với điều kiện phải phù hợp với UNCLOS 1982. Căn cứ quy định tại Điều 162(1)(2) UNCLOS, Hội đồng được quyền thực hiện việc giám sát đối với các hoạt động tại vùng này phù hợp với Điều 153(4) UNCLOS và các nguyên tắc, quy định, thủ tục được ISBA đề ra.

Cũng cần lưu ý, Đại hội đồng và Hội đồng ISBA không có thẩm quyền tài phán đối với vùng đáy biển quốc tế, mà chỉ có thẩm quyền tổ chức và kiểm soát các “hoạt động tại Vùng đáy biển quốc tế”³⁸. Điều 1(3) UNCLOS 1982 định nghĩa “hoạt động tại Vùng đáy biển quốc tế” là tất cả các hoạt động thăm dò, khai thác tài nguyên trong

vùng này. Trong vụ tư vấn đầu tiên của mình, SDC đã làm rõ các “hoạt động” này bao gồm: “*Khoan, nạo vét, đào, xả thải, xây dựng và vận hành hoặc bảo trì các công trình, đường ống và thiết bị khác liên quan tới các hoạt động như vậy*”³⁹. Điều 133(a) UNCLOS giải nghĩa thêm: “tài nguyên” được hiểu là “*toàn bộ nguồn khoáng chất ở thể rắn, hay lỏng, hay khí in situ [tại chỗ] trong Vùng, nằm ở đáy biển hay lòng đất dưới đáy biển này, kể cả các khối đá kim (nodules polymetalliques)*”.

3. Kết luận

Qua nghiên cứu chức năng tư vấn của hai thiết chế tài phán trên và các yêu sách tranh chấp tại khu vực Biển Đông, theo các tác giả, có thể coi cơ chế xin ý kiến tư vấn của ITLOS và/hoặc SDC như gợi mở cho các bên tranh chấp. Giống như Toà ICJ, ý kiến tư vấn của Toà ITLOS đầy đủ và SDC không có giá trị ràng buộc pháp lý mà chỉ có tính khuyến nghị. Điều này tạo động lực cho các bên muốn tìm kiếm một giải pháp mềm. Tuy nhiên, không thể cho rằng ý kiến tư vấn của các thiết chế tài phán này không quan trọng bởi việc trả lời tư vấn đều phải dựa trên UNCLOS 1982 và các nguyên tắc, quy định liên quan không trái với UNCLOS 1982. Nói cách khác, đây là một sự giải thích, diễn giải quy định của luật mang tính chung nhất.

Vậy làm sao để tiếp cận cơ chế tư vấn của toàn bộ thẩm phán Toà ITLOS và SDC trong trường hợp của Việt Nam?

3.1. Chức năng tư vấn của Toà ITLOS đầy đủ và gợi mở cho Việt Nam

Đối với Toà ITLOS, điều kiện đặt ra có thể xuất phát từ sáng kiến trong khuôn khổ khu vực ASEAN hoặc giữa một số quốc gia

³⁷ Như chú thích 34, đoạn 41.

³⁸ Điều 157(1) UNCLOS 1982.

³⁹ Như chú thích 34, đoạn 85.

liên quan tới tranh chấp, nhằm thành lập một tổ chức khu vực quản lý việc đánh bắt, khai thác hải sản, trong đó quy định việc xin ý kiến tư vấn của Tòa ITLOS về vấn đề chuyên môn mà tổ chức đó đảm nhận. Như vậy, thẩm quyền tư vấn của Tòa ITLOS được thỏa thuận giữa các quốc gia giống như vụ việc tư vấn đầu tiên cho Cơ quan Tiểu vùng khai thác thủy sản. Vấn đề xin tư vấn cũng nằm trong phạm vi hoạt động của cơ quan chuyên môn này. Tuy nhiên, trên thực tế, do còn nhiều tranh cãi về thẩm quyền tư vấn của Tòa ITLOS, các tác giả không đánh giá cao hiệu quả của cách thức này, đặc biệt khi có nhiều yếu tố chính trị đan xen liên quan tới tranh chấp tại khu vực Biển Đông. Vẫn tồn tại tranh cãi rằng, việc Nội quy Tòa ITLOS tự ghi nhận thẩm quyền tư vấn của mình là hành vi vượt quá thẩm quyền *ultra vires*. Đồng thời, khái niệm “một cơ quan” được một thỏa thuận quốc tế ủy quyền yêu cầu xin tư vấn vẫn thiếu rõ ràng. Chính việc thiếu vắng các quy định về chủ thể có quyền yêu cầu tư vấn cũng như phạm vi yêu cầu tư vấn sẽ gián tiếp ảnh hưởng xin giá trị tư vấn của Tòa⁴⁰.

3.2. Chức năng tư vấn của SDC và gọi mở cho Việt Nam

Đối với SDC, thẩm quyền tư vấn bị giới hạn trong phạm vi các hoạt động tại Vùng đáy biển quốc tế. Do đó, việc đặt câu hỏi

⁴⁰ Tác giả Nguyễn Tiến Đức đã trao đổi với thẩm phán/cựu thẩm phán ITLOS. Theo Thẩm phán Tòa ITLOS, Tomas Heidar, không có gì đảm bảo yêu cầu tư vấn từ một tổ chức liên Chính phủ sẽ được ITLOS thụ lý, bởi phải đánh giá dựa trên từng vụ việc cụ thể với những tiêu chuẩn khắt khe. Tuy nhiên, theo cựu Thẩm phán ITLOS, Tullio Treves, các quốc gia phải ủy quyền một cách cụ thể, rõ ràng cho cơ quan xin ý kiến tư vấn được thành lập trên cơ sở thỏa thuận đó. Ông cho rằng, đây là tiền lệ của ITLOS và khả năng rất lớn là ITLOS sẽ tiếp tục thực hiện chức năng này nếu có yêu cầu trong tương lai.

cũng cần có sự tính toán kỹ lưỡng. Trên cơ sở phân tích phán quyết vụ Phi-lip-pin kiện Trung Quốc (vụ kiện Biển Đông), Nguyễn Hồng Thao, ủy viên Ủy ban Luật pháp quốc tế, đã kết luận rằng: (i) Xuất hiện vùng biển cả bên ngoài đường yêu sách của tất cả các quốc gia tranh chấp; (ii) Xuất hiện Vùng đáy biển di sản chung của loài người bên ngoài ranh giới ngoài thềm lục địa của các nước xung quanh mà tại đây tất cả các quốc gia được hưởng quyền tự do biển cả⁴¹. Như vậy, ISBA sẽ có vai trò quan trọng trong việc kiểm soát đối với các hoạt động tại Vùng đáy biển quốc tế tại khu vực Biển Đông; và SDC có thể gián tiếp liên quan với tư cách là thiết chế độc lập có nhiệm vụ tư vấn cho các cơ quan khác trong ISBA tiến hành hoạt động sao cho phù hợp với UNCLOS 1982.

Việt Nam đã là thành viên của ISBA từ năm 2006. Vì vậy, Việt Nam có thể đưa ra sáng kiến trước Đại hội đồng ISBA và/hoặc vận động các quốc gia trong Hội đồng xem xét khả năng xin ý kiến tư vấn của SDC liên quan tới các hoạt động tại vùng đáy đại dương khu vực Biển Đông.

Rõ ràng ý kiến tư vấn của các cơ quan tài phán nói trên không thể giải quyết được toàn bộ tranh chấp tại khu vực Biển Đông. Tuy nhiên, việc xin ý kiến tư vấn, đặc biệt từ phía SDC có thể đem lại nhiều gọi mở. Mục đích của việc xin ý kiến tư vấn của SDC là nhằm nhắc lại và khẳng định giá trị pháp lý của phán quyết vụ kiện Biển Đông, đặc biệt ở khía cạnh đáy đại dương và các hoạt động trong vùng này. Đây sẽ là một sự chuẩn bị cho việc đàm phán giải quyết các yêu sách tranh chấp tại Biển Đông.

⁴¹ Xem thêm: Nguyễn Hồng Thao, *Biển Đông – Hậu phán quyết của Tòa Trọng tài ngày 12/7/2016*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 12 (2016), tr. 59-65.