

THÔNG RA MỘT KỶ

9(365)

2018

NUM TH 47

TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. L. MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TR. V. BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. Đ. TR. C.
PGS.TS. B. XUÂN C.
PGS.TS. P. H. H. H.
PGS.TS. T. C. H. H.
PGS.TS. H. T. M. H. H.
PGS.TS. P. H. H. H.
PGS.TS. N. H. H. H.
PGS.TS. L. M. H. H.
PGS.TS. N. H. H. H.
GS.TS. V. H. H. H.
PGS.TS. H. H. H. H.

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

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép ho...
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

LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ NGUYỄN TUẤN KHANH: Thẩm quyền của thanh tra trong phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật – Một số khó khăn, vướng mắc và kiến nghị 3
- ❖ LÊ VIỆT SƠN: Hoàn thiện các quy định của pháp luật về thi hành án hành chính 11

LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

- ❖ LÊ ĐỨC PHƯƠNG: Hoàn thiện quy định của Luật Thi hành án Hình sự năm 2010 về tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù 19
- ❖ LÊ HUỖNH TUẤN DUY: Góp ý Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thi hành án Hình sự về thi hành án tử hình 30

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

- ❖ VŨ THỊ HỒNG YẾN: Bình luận quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về hợp đồng tặng cho tài sản 36
- ❖ NGUYỄN THỊ LÊ HUYỀN: Hoàn thiện pháp luật về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em 44

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI

- ❖ LƯU THỊ TUYẾT: Hoàn thiện quy định về chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp trong công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên 51
- ❖ CHÂU HOÀNG THÂN: Công khai thông tin trong xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất 56

LUẬT QUỐC TẾ, NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

- ❖ NGUYỄN NGỌC HÀ: Nội luật hóa các cam kết của Việt Nam theo Tổ chức Thương mại thế giới và các hiệp định thương mại tự do về một số dịch vụ chuyên môn 64
- ❖ BÙI THỊ HUỖNG – TRẦN THỊ LOAN: Pháp luật Thái Lan về tổ chức xã hội và vai trò của tổ chức xã hội trong quản lý nhà nước – Một số kinh nghiệm cho Việt Nam 75

MONTHLY ISSUE

9(365)

2018

47TH 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

ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN TUAN KHANH: Inspector's competence in detecting and handling legal violations – Shortcomings, bottlenecks and recommendation 3

❖ LE VIET SON: Improve regulations on enforcement of administrative judgments 11

CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ LE DUC PHUONG: Improve provisions of the 2010 Law on Enforcement of Criminal Judgments on the receipt and transfer of person serving imprisonment sentence 19

❖ LE HUYNH TUAN DUY: Proposals for the Draft Law amending and supplementing a number of articles of the Law on Enforcement of Criminal Judgments concerning the execution of capital punishment 30

CIVIL LAW, MARRIAGE AND FAMILY LAW

❖ VU THI HONG YEN: A commentary on regulations of the 2015 Civil Code on contracts for gifts of property 36

❖ NGUYEN THI LE HUYEN: Improve the law on surrogacy for humanitarian purposes from the perspective of protection of children's rights 44

ECONOMIC LAW, LAND LAW

❖ LUU THI TUYET: Improve regulations on transfer of shares/contributed capital shares in joint stock companies and limited liability companies with two or more members 51

❖ CHAU HOANG THAN: Publicization of information in the valuation of land prices for compensation upon land recovery by the State 56

INTERNATIONAL LAW, FOREIGN STATE AND LAW

❖ NGUYEN NGOC HA: Legalizing Vietnam's commitments to World Trade Organization and free trade agreements concerning professional services 64

❖ BUI THI HUONG – TRAN THI LOAN: Thailand's law on social organizations and the role thereof in state governance – Lessons for Vietnam 75

THẨM QUYỀN CỦA THANH TRA TRONG PHÁT HIỆN VÀ XỬ LÝ VI PHẠM PHÁP LUẬT – MỘT SỐ KHÓ KHĂN, VƯỚNG MẮC VÀ KIẾN NGHỊ

*Nguyễn Tuấn Khanh**

Tóm tắt: Bài viết trình bày, phân tích về thẩm quyền của thanh tra trong phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật; đồng thời, chỉ ra những khó khăn, vướng mắc từ thực tiễn hoạt động thanh tra, qua đó đề xuất một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The paper presents and analyzes competence of inspectors in detecting and handling legal violations, and shows shortcomings and bottlenecks of inspection activities in practice, thereby makes proposals for improvement.

Hệ thống các cơ quan có chức năng thanh tra đóng vai trò quan trọng trong kiểm soát việc thực thi quyền hành pháp và một trong những mục đích chính của hoạt động thanh tra là phòng ngừa, phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật thông qua hai loại hình hoạt động là thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành. Thời gian qua, các cơ quan có chức năng thanh tra đã kịp thời phát hiện, xử lý và kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xử lý đối với nhiều cơ quan, tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, hiện nay cơ sở pháp lý về thẩm quyền của các cơ quan có chức năng thanh tra trong phát hiện, xử lý vi phạm pháp luật chưa tương xứng với chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được giao. Trong thời gian tới, với yêu cầu kiểm soát hoạt động hành pháp và nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước cần thiết phải sửa đổi, bổ sung các quy định về thẩm quyền của các cơ quan có chức năng thanh tra trong việc phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật.

1. Một số vấn đề về thẩm quyền của thanh tra trong phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật

"Thanh tra" được hiểu là thực thi một chức năng quan trọng trong quản lý nhà nước – "chức năng thanh tra". Trong một số giai đoạn, mặc dù "hoạt động thanh tra" không được phân định rõ như một chức năng của quản lý nhà nước, nhưng về bản chất thì chức năng "thanh tra" vẫn tồn tại trong thực thi quyền hành pháp.

Ngay sau khi khai sinh nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa, ngày 23/11/1945, Hồ Chủ tịch ký Sắc lệnh số 64-SL thành lập Ban thanh tra đặc biệt. Mặc dù trong Sắc lệnh không sử dụng từ "hoạt động thanh tra" nhưng nội dung đã thể hiện rất rõ nhiệm vụ của Ban thanh tra đặc biệt. Sắc lệnh nêu rõ: "Chính phủ sẽ lập ngay một Ban thanh tra đặc biệt, có uỷ nhiệm là đi giám sát tất cả các công việc và các nhân viên của Uỷ ban nhân dân và các cơ quan của Chính phủ". Ban thanh tra đặc biệt có thẩm quyền rất lớn trong phát hiện và xử lý các vi phạm pháp luật, đặc biệt là vi phạm pháp luật trong thực thi quyền hành pháp. Cụ thể, Ban thanh tra đặc biệt có thẩm quyền: "Đình chức, bắt giam bất cứ nhân viên nào trong Uỷ ban nhân dân hay của Chính phủ đã phạm lỗi trước khi mang ra Hội đồng Chính phủ hay Toà án đặc biệt xét xử; tịch biên

* TS., Viện Chiến lược và Khoa học Thanh tra.

hoặc niêm phong những tang vật và dùng mọi cách điều tra để lập một hồ sơ mang một phạm nhân ra Tòa án đặc biệt"¹.

Trong các bản Hiến pháp, thuật ngữ "thanh tra" chưa xuất hiện trong Hiến pháp năm 1946 và Hiến pháp năm 1959. Tại Hiến pháp năm 1959 mới chỉ đề cập đến thuật ngữ "kiểm tra". Cụ thể là: "Các Bộ trưởng và thủ trưởng các cơ quan thuộc Hội đồng Chính phủ ra những thông tư, chỉ thị và kiểm tra việc thi hành các thông tư và chỉ thị ấy" (Điều 76) và "Ủy ban hành chính các cấp chiếu theo quyền hạn do luật định mà ra quyết định, chỉ thị và kiểm tra việc thi hành các quyết định, chỉ thị ấy" (Điều 89)... Nếu đối chiếu quan niệm hiện nay về thanh tra thì hoạt động "kiểm tra" trong Hiến pháp năm 1959 bao hàm cả hoạt động thanh tra và hoạt động kiểm tra.

Đến Hiến pháp năm 1980, thuật ngữ "thanh tra" chính thức được ghi nhận và xác định như một chức năng của cơ quan quản lý nhà nước. Hiến pháp 1980 quy định Hội đồng Bộ trưởng có nhiệm vụ: "Tổ chức và lãnh đạo công tác thanh tra và kiểm tra của Nhà nước"². Sau Hiến pháp năm 1980, Pháp lệnh Thanh tra năm 1990 lần đầu tiên xác định giới hạn phạm vi hoạt động thanh tra. Theo đó, hoạt động thanh tra của các tổ chức thanh tra được xác định là một chức năng thiết yếu của cơ quan quản lý nhà nước. Điều 8 Pháp lệnh Thanh tra năm 1990 quy định nhiệm vụ của các tổ chức thanh tra nhà nước là: "Thanh tra việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, kế hoạch nhà nước của các cơ quan, tổ chức và cá nhân, trừ hoạt động điều tra, truy tố, xét xử của các cơ quan điều tra, kiểm sát, tòa án và việc giải quyết tranh chấp hợp đồng kinh tế,

xử lý vi phạm hợp đồng kinh tế của cơ quan trọng tài kinh tế". Đến Hiến pháp năm 1992 và Hiến pháp năm 2013, hoạt động thanh tra được gắn liền với các hoạt động quản lý nhà nước, vừa có chức năng kiểm soát việc thực thi quyền hành pháp, vừa có chức năng phát hiện, xử lý đối với các vi phạm pháp luật trong lĩnh vực quản lý nhà nước.

Luật Thanh tra năm 2004 và hiện nay Luật Thanh tra năm 2010 đều khẳng định thanh tra (thanh tra nhà nước) là: *Hoạt động xem xét, đánh giá, xử lý theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân.*

Tương ứng với phạm vi và nội dung thanh tra, hoạt động thanh tra được phân thành hai loại là Thanh tra hành chính và Thanh tra chuyên ngành.

- *Thanh tra hành chính* là hoạt động thanh tra của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trực thuộc trong việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn được giao.

- *Thanh tra chuyên ngành* là hoạt động thanh tra của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo ngành, lĩnh vực đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trong việc chấp hành pháp luật chuyên ngành, quy định về chuyên môn - kỹ thuật, quy tắc quản lý thuộc ngành, lĩnh vực đó³.

Để thực hiện chức năng thanh tra, các cơ quan thanh tra được thiết lập và được trao những nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể. Trong Luật Thanh tra năm 2004, các cơ quan thanh tra gồm: Cơ quan thanh tra được tổ chức theo cấp hành chính (Thanh tra Chính phủ, Thanh tra tỉnh, Thanh tra huyện) và cơ quan thanh tra tổ chức theo ngành, lĩnh vực (Thanh tra

¹ Điều II Sắc lệnh số 64-SL ngày 23/11/1945.

² Khoản 15 Điều 107 của Hiến pháp năm 1980.

³ Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010.

bộ, Thanh tra sở). Hiện nay, theo Luật Thanh tra năm 2010 xác định hệ thống các cơ quan ***có chức năng thanh tra*** gồm các cơ quan thanh tra nhà nước và cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành (Tổng cục, cục, chi cục).

Trong các cơ quan thanh tra nhà nước, Thanh tra Chính phủ, Thanh tra tỉnh và Thanh tra huyện chỉ tiến hành hoạt động thanh tra hành chính. Thanh tra Bộ, Thanh tra sở vừa có thẩm quyền tiến hành hoạt động thanh tra hành chính, vừa có thẩm quyền tiến hành hoạt động thanh tra chuyên ngành. Trong nguyên tắc tiến hành thanh tra, có sự khác biệt giữa việc tiến hành thanh tra hành chính với tiến hành thanh tra chuyên ngành. Cụ thể, *hoạt động thanh tra hành chính được tiến hành theo Đoàn thanh tra; hoạt động thanh tra chuyên ngành được tiến hành theo Đoàn thanh tra hoặc do Thanh tra viên, công chức được giao nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành tiến hành độc lập*⁴. Cùng với thẩm quyền được giao, hình thức tiến hành thanh tra (thanh tra hành chính chỉ tiến hành thanh tra theo kế hoạch hoặc thanh tra đột xuất; thanh tra chuyên ngành có thể tiến hành thường xuyên, theo kế hoạch hoặc đột xuất), trình tự thủ tục và các nguyên tắc trong hoạt động thanh tra cũng tác động trực tiếp đến hiệu quả phát hiện và xử lý đối với vi phạm pháp luật của các cơ quan có chức năng thanh tra.

Các cơ quan có chức năng thanh tra nói trên đều có thẩm quyền và trách nhiệm trong việc phát hiện, xử lý vi phạm pháp luật và đây là một trong những mục đích chính của thanh tra. Tuy nhiên, không phải cơ quan thanh tra nào cũng có thẩm quyền

xử lý trực tiếp đối với vi phạm pháp luật được phát hiện trong quá trình thanh tra. Chỉ có cơ quan có chức năng thanh tra chuyên ngành (Thanh tra bộ, Thanh tra sở và các cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành) mới có thẩm quyền xử phạt. Các quyền cụ thể đối với việc phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật được trao cho người ra quyết định thanh tra, trưởng đoàn thanh tra, thanh tra viên hoặc công chức được giao nhiệm vụ thanh tra tiến hành độc lập.

Nhìn chung, quyền của các chủ thể tiến hành thanh tra chủ yếu là các quyền yêu cầu và quyền kiến nghị (nhất là đối với thẩm quyền của các cơ quan thanh tra chỉ thực hiện thanh tra hành chính). Trong một số trường hợp cụ thể, các chủ thể này mới có thẩm quyền xử lý trực tiếp đối với vi phạm pháp luật được phát hiện trong hoạt động thanh tra. Ví dụ:

- Trong hoạt động thanh tra nói chung, người ra quyết định thanh tra có quyền: Quyết định thu hồi tiền, tài sản bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép hoặc bị thất thoát do vi phạm pháp luật của đối tượng thanh tra gây ra; chuyển hồ sơ vụ việc vi phạm pháp luật sang cơ quan điều tra khi phát hiện có dấu hiệu của tội phạm...

- Trong hoạt động thanh tra chuyên ngành, thẩm quyền xử phạt hành chính là thẩm quyền của Chánh Thanh tra bộ, Chánh Thanh tra sở và Thủ trưởng các cơ quan được giao thực hiện thanh tra chuyên ngành, Trưởng đoàn thanh tra chuyên ngành và thanh tra viên, công chức thanh tra chuyên ngành tiến hành thanh tra độc lập. Khi tiến hành thanh tra chuyên ngành, trưởng đoàn thanh tra và thanh tra viên, công chức thanh tra chuyên ngành tiến hành thanh tra độc lập đều có quyền: Lập biên bản về việc vi phạm của đối tượng thanh tra; xử phạt vi phạm

⁴ Điều 3 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP ngày 22/9/2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thanh tra năm 2010.

hành chính theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính...

Thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của các chủ thể tiến hành thanh tra được quy định trong Luật Xử lý vi phạm hành chính, cụ thể là: Thanh tra viên, công chức thanh tra chuyên ngành tiến hành thanh tra độc lập có thể phạt đến mức 500.000 đồng; Chánh Thanh tra sở có thẩm quyền xử phạt đến mức 50.000.000 đồng; Chánh Thanh tra bộ có quyền xử phạt đến mức tối đa được Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định⁵.

2. Một số khó khăn, vướng mắc trong xử lý vi phạm pháp luật được phát hiện qua hoạt động thanh tra

Qua tổng kết 6 năm thực hiện Luật Thanh tra năm 2010 cho thấy trong giai đoạn từ 1/7/2011 đến 30/6/2017, toàn ngành đã triển khai 47.449 cuộc thanh tra hành chính và 1.263.311 cuộc thanh tra, kiểm tra chuyên ngành. Qua thanh tra kiến nghị thu hồi về ngân sách nhà nước 191.929 tỷ đồng và 29.428 ha đất; xuất toán, loại khỏi giá trị quyết toán do chưa thực hiện đúng quy định và đề nghị cấp có thẩm quyền xem xét xử lý 159.474 tỷ đồng, 14.564 ha đất; đã kiến nghị xử lý kỷ luật hành chính đối với 8.514 tập thể, 33.337 cá nhân; xử phạt vi phạm hành chính với số tiền 27.333 tỷ đồng; chuyển cơ quan điều tra xem xét, xử lý 464 vụ, 583 đối tượng; chấn chỉnh quản lý, hoàn thiện cơ chế, chính sách pháp luật trên nhiều lĩnh vực. Nhìn chung, kết quả hoạt động thanh tra trong thời gian qua đã góp phần quan trọng trong việc kịp thời phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật của các cơ quan, tổ

chức, cá nhân⁶.

Tuy nhiên, qua thực tiễn thực hiện Luật Thanh tra năm 2010 cho thấy, việc xử lý vi phạm pháp luật thuộc thẩm quyền của các cơ quan thanh tra đang gặp phải một số vướng mắc, bất cập như sau:

Thứ nhất, tính hệ thống về tổ chức, bộ máy của cơ quan thanh tra nhà nước chưa cao. Hiện nay, các cơ quan thanh tra nhà nước thuộc cơ quan quản lý cùng cấp, có địa vị pháp lý như các cơ quan chuyên môn, cơ quan tham mưu của cơ quan quản lý nhà nước và chịu sự chỉ đạo, điều hành của thủ trưởng cơ quan quản lý cùng cấp. Do đó, các cơ quan thanh tra nhà nước phụ thuộc rất nhiều vào cơ quan quản lý nhà nước cùng cấp cả về tổ chức, nhân sự, kinh phí... Sự phụ thuộc này ảnh hưởng đến tính độc lập trong hoạt động thanh tra và hiệu quả phát hiện, xử lý vi phạm pháp luật, nhất là việc phát hiện, xử lý đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân có vi phạm pháp luật trong thực thi nhiệm vụ công vụ.

Thứ hai, mặc dù Luật Thanh tra năm 2010 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã quy định nhiệm vụ, quyền hạn của các chủ thể tiến hành thanh tra như người ra quyết định thanh tra, trưởng đoàn thanh tra, thành viên đoàn thanh tra, thanh tra viên, công chức được giao nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành tiến hành độc lập. Tuy nhiên, quyền hạn của cơ quan thanh tra nhà nước nói chung và các chủ thể tiến hành thanh tra chưa tương xứng với nhiệm vụ được giao, chưa thực sự đáp ứng được yêu cầu kịp thời phát hiện và xử lý đối với vi phạm pháp luật. Thời gian qua, khi các cơ quan thanh tra phát hiện rất nhiều vụ việc vi phạm pháp

⁵ Theo Điều 46 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

⁶ Thanh tra Chính phủ, Tài liệu Hội nghị tổng kết 6 năm thi hành Luật Thanh tra, 03 năm thi hành Luật Tiếp công dân, tháng 12/2017, tr. 5.

luật và có dấu hiệu vi phạm pháp luật nhưng thẩm quyền trực tiếp xử lý rất hạn chế, hầu như không có quyền quyết định xử lý trực tiếp (trừ thanh tra chuyên ngành được xử phạt vi phạm hành chính) mà chủ yếu là kiến nghị, đề xuất với các cơ quan có thẩm quyền. Ví dụ, ngày 14/3/2018, Thanh tra Chính phủ đã có Thông báo Kết luận số 356/TB-TTCTP về việc Kết luận thanh tra toàn diện Dự án Tổng công ty Viễn thông Mobifone mua 95% cổ phần của Công ty cổ phần nghe nhìn Toàn Cầu. Nội dung kết luận đã chỉ ra những vi phạm, làm trái quy định, thiếu trách nhiệm của Mobifone, nguy cơ hiện hữu thiệt hại nghiêm trọng vốn của Nhà nước tại Mobifone khoảng 7.006 tỷ đồng. Nội dung kết luận Thanh tra cho thấy việc xử lý thuộc thẩm quyền của cơ quan thanh tra đối với các sai phạm là rất hạn chế. Trong vụ việc này, Thanh tra Chính phủ đã kiến nghị Thủ tướng Chính phủ và các cơ quan chức năng như Bộ Thông tin và Truyền thông, Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính, Bộ Công an... tiến hành các biện pháp xử lý hành chính, xử lý về kinh tế và xử lý hình sự. Một ví dụ khác, trước đó, ngày 22/11/2017, Thanh tra Chính phủ đã có Thông báo Kết luận số 2923/TB-TTCTP về việc quản lý đầu tư xây dựng một số Dự án phát triển nhà ở, khu đô thị và quản lý, sử dụng quỹ đất, quỹ nhà để lại từ các dự án đầu tư phát triển khu nhà ở, khu đô thị theo Quyết định số 123/2001/QĐ-UB ngày 06/12/2001 của Ủy ban nhân dân thành phố Hà Nội, giai đoạn từ năm 2002-2014. Qua thanh tra đã phát hiện tổng số tiền sai phạm là 1.562.714,48 triệu đồng. Với thẩm quyền của mình, Thanh tra Chính phủ chủ yếu kiến nghị đến Thủ tướng Chính phủ chỉ đạo các Bộ, ngành và Ủy ban nhân dân thành phố Hà Nội thực hiện các biện pháp xử lý đối với các vi phạm, trong đó có xử lý về

kinh tế và xử lý trách nhiệm của các tổ chức, cá nhân vi phạm...

Trong việc thực hiện các quyền, các cơ quan thanh tra cũng gặp những vướng mắc sau đây:

- Về thực hiện các quyền yêu cầu:

+ Trước hết, quyền yêu cầu cung cấp thông tin, tài liệu được quy định tại Điều 46, Điều 47 và Điều 48 Luật Thanh tra năm 2010 là một trong những quyền cơ bản để tiến hành các hoạt động thanh tra. Tuy nhiên, việc thực hiện quy định này trên thực tế vẫn gặp khó khăn, bất cập. Thực tế cho thấy, có không ít trường hợp đối tượng thanh tra không có sự phối hợp, cố tình lẩn tránh hoặc đưa ra lý do để từ chối cung cấp thông tin, tài liệu hoặc cung cấp thông tin, tài liệu không đầy đủ, kịp thời làm ảnh hưởng đến chất lượng hoạt động thanh tra. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành lại chưa có quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong việc vi phạm pháp luật về thanh tra, nhất là các quy định về việc xử lý vi phạm đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng thanh tra nhưng không cung cấp, cung cấp không đầy đủ, kịp thời tin, tài liệu liên quan đến nội dung thanh tra.

+ Điều 48 Luật Thanh tra và Điều 40 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/9/2011 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thanh tra quy định quyền yêu cầu người có thẩm quyền tạm giữ tiền, đồ vật, giấy phép sử dụng trái pháp luật. Tuy nhiên, Luật Thanh tra, Luật Xử lý vi phạm hành chính và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa quy định cụ thể các căn cứ để xác định "phải ngăn chặn ngay việc vi phạm pháp luật". Bên cạnh đó, do còn thiếu quy định về trình tự, thủ tục yêu cầu tạm giữ tiền, đồ vật, giấy phép sử dụng trái pháp luật cũng như xử lý các vấn đề phát sinh như việc đồ vật,

tài sản bị hư hỏng, mất mát trong quá trình tạm giữ, trách nhiệm bồi thường thiệt hại... dẫn đến trong quá trình thanh tra cũng khó thực hiện quyền này.

+ Pháp luật về thanh tra quy định người ra quyết định thanh tra có quyền yêu cầu tổ chức tín dụng nơi đối tượng thanh tra có tài khoản phong tỏa tài khoản. Cụ thể là khi có căn cứ cho rằng đối tượng thanh tra tẩu tán tài sản, không thực hiện quyết định thu hồi tiền, tài sản của cơ quan thanh tra nhà nước hoặc của Thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước thì người ra quyết định thanh tra có văn bản yêu cầu tổ chức tín dụng nơi đối tượng thanh tra có tài khoản phong tỏa tài khoản để phục vụ việc thanh tra. Hiện nay, việc phong tỏa tài khoản của đối tượng thanh tra đã có hướng dẫn tại Thông tư liên tịch số 07/2015/TTLT-TTCTP-NHNN ngày 25/11/2015 của Thanh tra Chính phủ và Ngân hàng Nhà nước Việt Nam hướng dẫn việc phong tỏa tài khoản của đối tượng thanh tra, nhưng trên thực tế việc thực hiện còn hạn chế bởi thẩm quyền của cơ quan thanh tra chưa đủ mạnh. Bên cạnh đó, việc phong tỏa tài khoản là vấn đề nhạy cảm, phức tạp, có thể làm ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động của đối tượng thanh tra, đặc biệt là đối với doanh nghiệp.

- Về quyền xử phạt hành chính và kiến nghị xử lý vi phạm pháp luật:

+ Quyền xử lý vi phạm hành chính trong hoạt động thanh tra chuyên ngành được quy định tại khoản 2 Điều 30 và điểm m khoản 1 Điều 53 Luật Thanh tra năm 2010, Nghị định số 86/2011/NĐ-CP, Nghị định số 07/2012/NĐ-CP ngày 09/02/2012 của Chính phủ quy định về cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành và hoạt động thanh tra chuyên ngành. Tuy nhiên, có sự chưa đồng bộ giữa pháp luật về thanh tra và pháp luật về xử lý vi

phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh trật tự an toàn xã hội, phòng, chống tệ nạn xã hội, phòng cháy chữa cháy, phòng chống bạo lực gia đình. Luật Xử lý vi phạm hành chính và Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính lại không quy định thanh tra chuyên ngành công an nhân dân được quyền xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực này nên trong quá trình thanh tra chuyên ngành nếu phát hiện vi phạm pháp luật hành chính thì đoàn thanh tra chỉ có thể ra kiến nghị, chấn chỉnh, lập biên bản vi phạm, giao cho cơ quan có thẩm quyền xử phạt. Bên cạnh đó, các quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính còn thiếu sự thống nhất về thời hiệu xử lý vi phạm hành chính (12 tháng hoặc 24 tháng), thời hiệu xử lý kỷ luật (24 tháng) và thời kỳ thanh tra (thông thường 3-5 năm). Do đó, nhiều hành vi vi phạm phát hiện qua thanh tra đã quá thời hiệu xử lý vi phạm hành chính.

+ Trong hoạt động thanh tra chuyên ngành, vấn đề xử phạt vi phạm pháp luật trên thực tế cũng gặp không ít khó khăn, đặc biệt là trong thực thi nhiệm vụ của công chức được giao nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành. Hiện nay, tại một số ngành quản lý, do thiếu biên chế công chức nên lực lượng viên chức được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành. Điều này ảnh hưởng hiệu quả phát hiện và xử phạt vi phạm hành chính đối với vi phạm pháp luật. Bên cạnh đó, trong nhiều trường hợp, hoạt động thanh tra chuyên ngành đòi hỏi phải "bí mật, bất ngờ", nhưng do quy định về hoạt động thanh tra nói chung đề cao nguyên tắc công khai, khách quan và chưa có quy định về sử dụng các công cụ hỗ trợ để theo dõi đối tượng thanh tra nên việc phát hiện và xử lý còn vướng mắc.

+ Theo quy định của pháp luật về thanh tra, khi phát hiện có dấu hiệu tội phạm, cơ quan thanh tra chỉ có quyền kiến nghị hoặc chuyển cơ quan điều tra xem xét, xử lý. Tuy nhiên, tỷ lệ các vụ việc được cơ quan điều tra khởi tố trong tổng số các vụ việc do cơ quan thanh tra chuyển sang chưa cao nên chưa phát huy tích cực hiệu quả công tác đấu tranh, phòng ngừa, xử lý vi phạm pháp luật.

Thứ ba, kết quả quan trọng nhất của hoạt động thanh tra là các kết luận thanh tra và quyết định xử lý về thanh tra. Tuy nhiên, trong thời gian qua, việc thực hiện kết luận thanh tra, quyết định xử lý về thanh tra ở nhiều nơi chưa nghiêm túc, nhất là trong việc thu hồi các khoản tiền sai phạm nộp ngân sách nhà nước, còn thiếu các biện pháp hữu hiệu, các chế tài cụ thể để buộc các đối tượng phải thực hiện. Tỷ lệ thu hồi tiền, tài sản theo kết luận, kiến nghị, quyết định xử lý về thanh tra còn thấp. Bên cạnh đó, một số đơn vị, địa phương thực hiện công tác quản lý nhà nước ở một số lĩnh vực quản lý còn lỏng lẻo, chưa chặt chẽ; khi thanh tra, kiểm tra phát hiện còn có hiện tượng nể nang trong việc kiến nghị xử lý đối với các cá nhân có liên quan⁷...

3. Một số kiến nghị

Từ những khó khăn, vướng mắc phân tích ở trên, tác giả có một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, cần tiếp tục xác định rõ địa vị pháp lý của các cơ quan thanh tra trong bộ máy hành chính nhà nước để đáp ứng yêu cầu ngày càng cao của quản lý nhà nước nói chung. Với tổ chức bộ máy hành chính và cơ chế kiểm soát việc thực thi quyền hành pháp như hiện nay thì các cơ quan thanh tra

càng phải thể hiện được vai trò quan trọng trong kiểm soát việc thực thi công vụ của bộ máy hành chính nhà nước và kịp thời, độc lập trong phát hiện, xử lý vi phạm pháp luật. Do đó, cần xác lập địa vị pháp lý của các cơ quan thanh tra bảo đảm được tính độc lập trong hoạt động và có thẩm quyền đủ mạnh để không chỉ thực hiện nhiệm vụ xem xét, đánh giá việc thực hiện chính sách, pháp luật nói chung, mà còn xử lý kịp thời đối với vi phạm pháp luật. Tinh thần này bước đầu đã được đề cập trong Chiến lược phát triển ngành thanh tra với mục tiêu và nhiệm vụ trong giai đoạn từ năm 2021 đến năm 2030 là: "*Xây dựng hệ thống cơ quan thanh tra tập trung, thống nhất. Cơ quan thanh tra nhà nước ở Trung ương là cơ quan của Chính phủ, chịu sự lãnh đạo trực tiếp của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ. Cơ quan thanh tra cấp tỉnh chịu sự chỉ đạo trực tiếp về công tác, tổ chức, nghiệp vụ của thanh tra cấp trên và thực hiện quản lý tập trung, thống nhất cơ quan thanh tra quận, huyện, thành phố, thị xã thuộc tỉnh/thành phố trực thuộc Trung ương.... Xây dựng các cơ quan thanh tra tập trung, thống nhất theo cấp hành chính gồm 2 cấp, cấp Trung ương và cấp tỉnh*".

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung nhằm tăng thẩm quyền cho các cơ quan thanh tra và thủ trưởng các cơ quan thanh tra trong hoạt động thanh tra hành chính, nhất là thẩm quyền xử lý hoặc yêu cầu xử lý khi phát hiện cơ quan, tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật được phát hiện qua thanh tra, thay vì hầu hết là quyền kiến nghị như hiện nay. Nghiên cứu bổ sung quy định cơ quan thanh tra nhà nước được quyền khởi tố và điều tra ban đầu khi phát hiện các vi phạm pháp luật đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân thuộc thẩm quyền được thanh tra (như quy định đối với bộ đội biên phòng, cơ quan hải

⁷ Thanh tra Chính phủ, Tài liệu Hội nghị tổng kết 6 năm thi hành Luật Thanh tra, 03 năm thi hành Luật Tiếp công dân, tháng 12/2017, tr. 8.

quan, thuế vụ, quản lý thị trường...) với một số loại vi phạm pháp luật mà có căn cứ rõ ràng, ví dụ như thẩm quyền khởi tố, điều tra ban đầu đối với một số hành vi hối lộ được phát hiện qua hoạt động thanh tra... Một số quốc gia hiện nay đang có những thay đổi mạnh mẽ trong việc xác định nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan hành pháp trong kiểm soát việc thực thi công vụ và đề cao thẩm quyền của các cơ quan thanh tra, giám sát hành chính trong việc trực tiếp xử lý các vụ việc tham nhũng. Ví dụ, tại Trung Quốc, Ủy ban giám sát nhân dân được thành lập nhằm kiểm tra việc chấp hành chính sách pháp luật của cơ quan nhà nước và cán bộ, công chức nhà nước. Năm 1954, cơ quan này được đổi tên thành Bộ Kiểm tra và giám sát. Tháng 4/1959, Bộ Kiểm tra và giám sát bị xóa bỏ và được lập lại vào năm 1981. Hiện nay, Bộ giám sát của Trung Quốc sáp nhập về mặt tổ chức với Ủy ban kiểm tra kỷ luật của Đảng, thành thiết chế hoạt động theo mô hình “một nhà hai cửa”. Về hình thức, Bộ Giám sát thuộc Quốc vụ viện, Ủy ban kỷ luật các cấp là của Đảng nhưng thực chất là một. Các cơ quan giám sát hành chính được thành lập theo cấp hành chính từ Trung ương đến cấp tỉnh, khu tự trị, quận, huyện. Cơ quan giám sát từ cấp huyện trở lên thực hiện giám sát đối với các cơ quan hành chính và viên chức nhà nước ở địa phương đó và giám sát cán bộ lãnh đạo và nhân viên cấp dưới. Trong số các nhiệm vụ, Bộ Giám sát có nhiệm vụ điều tra, xử lý các hành vi vi phạm kỷ luật hành chính, công chức và viên chức mà cơ quan hành chính bổ nhiệm. Hiện nay, các cơ quan có chức năng thanh tra, kiểm tra và điều tra của Trung Quốc tiếp tục được kiện toàn bằng việc thành lập cơ quan có thẩm quyền mạnh mẽ hơn. Tại Ai Cập, Cơ quan giám sát hành chính được thành lập từ năm 1958, thuộc hệ

thống hành pháp, chịu trách nhiệm trước Tổng thống. Người đứng đầu là hàm Bộ trưởng nhưng không phải là thành viên Chính phủ. Cơ quan giám sát hành chính được giao nhiệm vụ giám sát việc thi hành pháp luật của các cơ quan hành chính nhà nước, phát hiện những vi phạm trong quản lý hành chính, phát hiện những hành vi có dấu hiệu tội phạm trong đội ngũ công chức... Cơ quan giám sát hành chính được trao quyền năng rất lớn như quyền yêu cầu xử lý về tư pháp, quyền xử lý về hành chính (thực hiện điều tra mỗi vụ việc, Cơ quan giám sát có quyền xử lý, tùy theo tính chất, mức độ sai phạm có thể kiến nghị xử lý kỷ luật hành chính, khởi tố hành chính để đưa ra Tòa án kỷ luật công chức xét xử)⁸... Ở Việt Nam, việc đổi mới tổ chức và hoạt động của ngành Thanh tra trước hết cần hướng đến việc thiết lập hệ thống cơ quan thanh tra nhà nước có thẩm quyền đủ mạnh trong kiểm soát hoạt động hành chính. Bên cạnh đó, cần bổ sung thẩm quyền cho các chủ thể tiến hành thanh tra chuyên ngành để bảo đảm việc kiểm tra, xử phạt vi phạm hành chính có hiệu quả.

Thứ ba, sửa đổi, bổ sung quy định về thẩm quyền, trình tự, thủ tục xử lý vi phạm hành chính nói chung và thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của thanh tra chuyên ngành trong Luật Xử lý vi phạm hành chính và pháp luật về thanh tra để phát huy hiệu quả của hoạt động thanh tra trong thực tiễn. Đồng thời, cần nghiên cứu ban hành Nghị định về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực thanh tra, trong đó quy định cụ thể về chế tài xử lý đối với đối tượng thanh tra không thực hiện các nghĩa vụ theo quy định của pháp luật về thanh tra.

⁸ Thanh tra Chính phủ, *Một số kinh nghiệm quốc tế về công tác phòng, chống tham nhũng*, Nxb. Lao động, năm 2014, tr. 17-23.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ THI HÀNH ÁN HÀNH CHÍNH

*Lê Việt Sơn**

Tóm tắt: Bài viết đã phân tích, bình luận những quy định của pháp luật tố tụng hành chính về thi hành án hành chính, đồng thời chỉ ra một số điểm bất cập trong quy định của pháp luật cũng như thực tiễn thực hiện quy định này, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Abstract: The paper analyzes and discusses regulations of procedural law on enforcement of administrative judgments, and shows shortcomings of such regulations and their implementation, thereby makes proposals for improvement.

1. Đặt vấn đề

Luật Tố tụng Hành chính (Luật TTHC) năm 2015 đã dành riêng Chương XIX từ Điều 309 đến Điều 315 để quy định về thủ tục thi hành bản án, quyết định của tòa án về vụ án hành chính (VAHC) và đặc biệt ngày 01/7/2016, Chính phủ đã ban hành ra Nghị định số 71/2016/NĐ-CP quy định về thời hạn, trình tự, thủ tục thi hành án hành chính (THAHC) và xử lý trách nhiệm đối với những người không thi hành bản án, quyết định của tòa án (Nghị định số 71/2016/NĐ-CP). Theo đó, các nội dung cơ bản về THAHC được quy định như: Những bản án, quyết định của tòa án về VAHC được thi hành; giải thích bản án, quyết định của tòa án; thi hành bản án, quyết định của tòa án; yêu cầu, quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án; quản lý nhà nước về THAHC, kiểm sát THAHC và xử lý vi phạm trong THAHC. Đây chính là những cơ sở pháp lý quan trọng giúp các chủ thể có liên quan đến công tác THAHC thực thi hoặc yêu cầu thực hiện phán quyết của tòa án nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Tuy nhiên, một số quy

định của Luật TTHC năm 2015 và văn bản hướng dẫn thi hành chưa quy định một cách cụ thể, rõ ràng và một số điểm chưa được hướng dẫn đã gây ít nhiều khó khăn cho việc thi hành bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án trên thực tế.

2. Những quy định của pháp luật về thi hành án hành chính

2.1. Những bản án, quyết định của tòa án về vụ án hành chính được thi hành

Theo Điều 309 Luật TTHC năm 2015 thì bản án và quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật được thi hành bao gồm: *Bản án, quyết định hoặc phần bản án, quyết định của tòa án cấp sơ thẩm không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm đã có hiệu lực pháp luật; bản án, quyết định của tòa án cấp phúc thẩm; quyết định giám đốc thẩm hoặc tái thẩm của tòa án; quyết định theo thủ tục đặc biệt của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của tòa án mặc dù có khiếu nại, kiến nghị.*

Với quy định trên, có thể thấy bản án, quyết định của tòa án về VAHC được thi hành rất đa dạng từ bản án, quyết định của tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm đến quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm, quyết định

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

theo thủ tục đặc biệt của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao và thậm chí là quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của tòa án được áp dụng trong quá trình giải quyết VAHC. Căn cứ pháp lý là một trong các yếu tố có ảnh hưởng lớn đến việc bảo đảm thực thi các phán quyết của tòa án¹, vì vậy, việc quy định cụ thể về những bản án và quyết định được thi hành án đã tạo điều kiện thuận lợi cho chủ thể có trách nhiệm thi hành và tổ chức thi hành án dễ dàng xác định bản án, quyết định phải thi hành, tránh nhầm lẫn về đối tượng gây thiệt hại đến quyền và lợi ích của cá nhân, cơ quan và tổ chức có liên quan.

2.2. Giải thích bản án, quyết định của tòa án

Giải thích bản án, quyết định của tòa án bởi người có kiến thức chuyên sâu về pháp luật, từ cơ quan ra phán quyết là căn cứ để thống nhất giữa các cách hiểu trái chiều của người được thi hành án, người phải thi hành án khi mà nội dung phán quyết có nhiều cách hiểu khác nhau. Chính vì vậy, giải thích bản án, quyết định của tòa án là bước đầu tiên, rất cần thiết khi đưa các văn bản đó thực thi trong thực tiễn². Luật TTHC năm 2015 đã có những quy định cụ thể về giải thích bản án, quyết định của tòa án tại Điều 310 về các nội dung: Chủ thể được yêu cầu giải thích bản án, quyết định của tòa án; người có trách nhiệm giải thích bản án, quyết định của tòa án; căn cứ để giải thích, thời hạn giải thích và thủ tục giải thích bản án, quyết định của tòa án.

¹ Xem thêm Dương Thị Tuyết, *Bảo đảm thực thi phán quyết của tòa hành chính*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 10, năm 2016, tr. 43.

² Vũ Thư, Lê Thương Huyền (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Tố tụng hành chính năm 2015*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, năm 2016, tr. 320.

- Về chủ thể có quyền yêu cầu giải thích bản án, quyết định của tòa án bao gồm người được thi hành án, người phải thi hành án, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến việc thi hành bản án, quyết định của tòa án và cơ quan thi hành án dân sự. Có thể nhận thấy, người được quyền yêu cầu giải thích bản án, quyết định của tòa án đều là những chủ thể có liên quan đến việc THAHC. Đối với người được thi hành án, người phải thi hành án, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến việc THAHC chính là người khởi kiện, người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Đây là những đương sự trong VAHC và là những chủ thể trực tiếp phải thực thi hoặc được hưởng lợi ích từ việc thực thi phán quyết của tòa án nên họ được quyền yêu cầu giải thích bản án, quyết định của tòa án. Đối với cơ quan thi hành án dân sự cũng có quyền đề nghị giải thích án bởi lẽ đây là cơ quan có nhiệm vụ theo dõi THAHC³ và trực tiếp tham gia vào việc thi hành bản án, quyết định của tòa án về VAHC có liên quan đến tài sản⁴.

- Về chủ thể có trách nhiệm giải thích bản án, quyết định của tòa án là thẩm phán giữ vai trò Chủ tọa phiên tòa, phiên họp, trường hợp họ không còn là Thẩm phán của tòa án thì Chánh án tòa án đó có trách nhiệm giải thích bản án, quyết định của tòa án. Việc quy định trách nhiệm chính trong việc giải thích bản án, quyết định của tòa án thuộc về Thẩm phán là Chủ tọa phiên tòa, phiên họp bởi lẽ đây là chủ thể đã trực

³ Khoản 2 Điều 14 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP quy định: “*Khi nhận được bản án, quyết định của Tòa án, cơ quan thi hành án dân sự phân công Chấp hành viên thực hiện theo dõi việc thi hành án hành chính*”.

⁴ Điểm h khoản 1 Điều 311 Luật TTHC năm 2015 quy định: “*Quyết định về phân tài sản trong bản án, quyết định của Tòa án được thi hành theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự*”.

tiếp tham gia xét xử VAHC và tham gia vào việc ra bản án, quyết định, nên hơn ai hết họ là người có thể giải thích được bản án, quyết định của tòa án một cách chính xác nhất.

- Về căn cứ giải thích bản án, người có trách nhiệm giải thích căn cứ vào bản án, quyết định và các biên bản phiên tòa, phiên họp, biên bản nghị án để tiến hành giải thích bản án. Biên bản của phiên tòa, phiên họp, biên bản nghị án là các văn bản ghi nhận lại diễn biến nội dung của phiên tòa, phiên họp, nội dung của việc nghị án nên việc căn cứ vào đó để giải thích sẽ bảo đảm được tính chính xác, đúng đắn và khách quan.

- Về thời hạn giải thích bản án, quyết định của tòa án là trong vòng 15 ngày kể từ ngày nhận được văn bản yêu cầu. Việc quy định mức thời hạn 15 ngày là hợp lý, giúp cho Thẩm phán có thời gian để thực hiện trách nhiệm của mình một cách tốt nhất cũng như không quá dài để gây ảnh hưởng đến lợi ích của người được thi hành án. Ngoài ra, Luật TTHC năm 2015 quy định văn bản giải thích bản án không chỉ gửi cho người yêu cầu giải thích, mà còn phải gửi cho cơ quan, tổ chức, cá nhân đã được cấp, gửi bản án, quyết định, vì đây là những chủ thể sẽ chịu sự tác động từ việc giải thích này nên họ cần được biết về nội dung giải thích để kịp thời bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

2.3. Thi hành bản án, quyết định của tòa án

Thi hành bản án, quyết định của tòa án về VAHC được quy định tại khoản 1 Điều 311 của Luật TTHC năm 2015 và được hướng dẫn tại Mục 2 Chương 2 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là, chưa có quy định rõ ràng về các bước cụ thể trong quá trình THAHC nên hiện nay

có nhiều ý kiến khác nhau về thủ tục THAHC. Có quan điểm cho rằng, theo quy định của pháp luật hiện nay, thủ tục THAHC được chia thành các giai đoạn sau: Giai đoạn tự nguyện thi hành án, giai đoạn yêu cầu ra quyết định buộc thi hành án, giai đoạn khi có quyết định buộc thi hành án⁵. Trong khi đó, theo ý kiến khác, thủ tục THAHC được chia làm hai trường hợp: Thủ tục thi hành phần tài sản, quyền tài sản trong bản án, quyết định của tòa án và thủ tục thi hành bản án, quyết định của tòa án về quyết định hành chính, hành vi hành chính⁶. Tác giả cho rằng, việc tiếp cận theo các quan điểm trên là chưa phù hợp vì chưa bao quát được hết các trường hợp mà các văn bản pháp luật tổ tụng hành chính ghi nhận. Theo khoản 1 Điều 311 Luật TTHC năm 2015 và từ Điều 15 đến Điều 19 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP quy định chi tiết về các trường hợp THAHC như sau: Thi hành bản án, quyết định của tòa án về việc không chấp nhận yêu cầu khởi kiện; thi hành bản án, quyết định của tòa án đã hủy toàn bộ hoặc một phần quyết định hành chính, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh; thi hành bản án, quyết định của tòa án đã hủy quyết định kỷ luật buộc thôi việc; thi hành bản án, quyết định của tòa án về hành vi hành chính. Như vậy, tựu trung lại, thủ tục THAHC được chia làm 2 trường hợp: *Một là*, trường hợp thi hành bản án, quyết định của tòa án không chấp nhận yêu cầu khởi kiện; *hai là*, trường hợp thi hành bản án, quyết định của tòa án chấp

⁵ Nguyễn Thị Phương Hà, *Pháp luật về thi hành án hành chính tại Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 22 + 23, năm 2016, tr. 12.

⁶ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Tổ tụng hành chính*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, năm 2012, tr. 416-418.

nhận yêu cầu khởi kiện của người khởi kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

- Trường hợp thi hành bản án, quyết định của tòa án về việc không chấp nhận yêu cầu khởi kiện: Nếu quyết định hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, danh sách cử tri chưa được thi hành hoặc mới thi hành được một phần thì các bên đương sự phải tiếp tục thi hành quyết định đó. Cơ quan có thẩm quyền có quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế hành chính để thi hành quyết định hành chính có hiệu lực theo quy định của pháp luật.

- Trường hợp thi hành bản án, quyết định của tòa án chấp nhận yêu cầu của người khởi kiện thì tùy theo loại đối tượng khởi kiện mà người phải thi hành án phải thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo nội dung bản án và theo quy định của pháp luật như ban hành ra quyết định hành chính mới, chấm dứt thực hiện hành vi hành chính, nhận người bị buộc thôi việc trở lại làm việc, thực hiện việc bổ sung danh sách cử tri... Việc thi hành bản án trong trường hợp này trước tiên do người phải thi hành án tự nguyện thi hành, mà ở đây là người bị kiện. Trong trường hợp hết thời hạn tự nguyện thi hành mà người bị kiện không thi hành, người được thi hành án được quyền yêu cầu Tòa án ra quyết định buộc thi hành án.

2.4. Yêu cầu, quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án

Điều 312 Luật TTHC năm 2015 quy định về yêu cầu, quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án. Đây là một trong những quy định mới về THAHC của Luật TTHC năm 2015 so với Luật TTHC năm 2010. Theo đó, việc yêu cầu tòa án ra quyết định buộc thi hành án chỉ áp dụng

trong trường hợp người có nghĩa vụ thi hành án đã không thi hành bản án, quyết định của tòa án khi hết thời hạn thi hành tự nguyện theo quy định của pháp luật tổ tụng hành chính. Người có quyền yêu cầu tòa án ra quyết định buộc thi hành án là người được thi hành án theo bản án, quyết định của tòa án. Thời hạn để yêu cầu tòa án ra quyết định buộc thi hành án là 1 năm tính từ ngày hết thời hạn tự nguyện thi hành án nhưng người có nghĩa vụ thi hành không thi hành án. Ngoài ra, để bảo vệ quyền lợi cho người được thi hành án, pháp luật tổ tụng hành chính còn quy định trường hợp người yêu cầu thi hành án chứng minh trở ngại khách quan hoặc sự kiện bất khả kháng dẫn đến việc họ không thể yêu cầu thi hành án đúng thời hạn thì thời gian đó không tính vào thời hạn yêu cầu thi hành án. Thẩm quyền ra quyết định buộc thi hành án thuộc về tòa án đã xét xử sơ thẩm. Việc quy định quyết định buộc thi hành án phải được gửi cho thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án để thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án có trách nhiệm kiểm tra, đôn đốc và xử lý trách nhiệm của người phải thi hành án nhằm bảo đảm cho bản án, quyết định của tòa án được thực thi một cách nghiêm chỉnh.

2.5. Quản lý nhà nước về thi hành án hành chính

Theo quy định tại Điều 313 Luật TTHC năm 2015, có hai cơ quan có trách nhiệm quản lý nhà nước về THAHC, cụ thể:

- Chính phủ: Thống nhất quản lý nhà nước về công tác THAHC trong phạm vi cả nước; phối hợp với Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao trong công tác quản lý nhà nước về THAHC; định kỳ hàng năm báo cáo Quốc hội về công tác THAHC.

- Bộ Tư pháp: Ban hành hoặc trình cơ quan có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật về THAHC; bảo đảm biên chế, cơ sở vật chất, phương tiện cho công tác quản lý nhà nước về THAHC; hướng dẫn, chỉ đạo, bồi dưỡng nghiệp vụ về quản lý THAHC; phổ biến, giáo dục pháp luật về THAHC; kiểm tra, thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo về quản lý THAHC; báo cáo Chính phủ về công tác THAHC; xây dựng và tổ chức thực hiện kế hoạch thống kê, theo dõi, tổng kết công tác THAHC.

Ngoài ra, từ Điều 32 đến Điều 35 Chương IV Nghị định số 71/2016/NĐ-CP đã quy định cụ thể về nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan: Bộ Tư pháp, các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân các cấp. Về cơ bản, pháp luật tổ tụng hành chính hiện nay đã quy định rõ ràng về trách nhiệm của các cơ quan, tránh sự chồng chéo và đùn đẩy trách nhiệm lẫn nhau giữa các cá nhân, tổ chức liên quan trong việc quản lý THAHC, góp phần khắc phục được những tồn tại, vướng mắc trong quản lý nhà nước về công tác THAHC trong thời gian qua.

2.6. Kiểm sát thi hành án hành chính

Để đảm bảo công tác THAHC được thực hiện theo đúng quy định của pháp luật thì việc kiểm sát THAHC giữ một vai trò quan trọng. Thông qua việc thực hiện chức năng của mình, viện kiểm sát nhân dân kịp thời kiến nghị với cá nhân, cơ quan, tổ chức có nghĩa vụ thi hành án chấp hành nghiêm chỉnh bản án, quyết định của tòa án, từ đó kịp thời bảo vệ quyền lợi của người được thi hành án⁷. Chính vì vậy, Luật TTHC năm 2015 đã dành riêng Điều 315 để quy định về

việc kiểm sát THAHC. Theo đó, viện kiểm sát nhân dân kiểm sát việc tuân theo pháp luật của đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến việc thi hành bản án, quyết định của tòa án, bảo đảm việc thi hành bản án, quyết định kịp thời, đầy đủ, đúng pháp luật. Đồng thời, viện kiểm sát có quyền kiến nghị với cơ quan, tổ chức, cá nhân có nghĩa vụ THAHC và cơ quan, tổ chức cấp trên trực tiếp của cơ quan, tổ chức phải chấp hành bản án, quyết định của tòa án để có biện pháp tổ chức thi hành nghiêm chỉnh bản án, quyết định của tòa án.

Luật TTHC năm 2015 có điểm bổ sung khá quan trọng khi cho phép tòa án được quyền ra quyết định buộc THAHC, vì vậy viện kiểm sát nhân dân theo Luật TTHC năm 2015 cũng được bổ sung thêm nhiệm vụ thực hiện chức năng kiểm sát quyết định buộc THAHC. Trong trường hợp phát hiện quyết định này có sai phạm thì kịp thời thực hiện các quyền kiến nghị của mình nhằm bảo đảm cho bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án được thi hành nghiêm chỉnh, kịp thời, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người được thi hành án.

2.7. Xử lý vi phạm trong thi hành án hành chính

Luật TTHC năm 2015 kế thừa quy định về xử lý vi phạm trong THAHC của Luật TTHC năm 2010 bằng một quy định khái quát tại Điều 314: “1. Cơ quan, tổ chức, cá nhân phải thi hành án có ý không chấp hành bản án, quyết định của Tòa án, quyết định buộc thi hành án của Tòa án thì tùy từng trường hợp mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của luật. 2. Người lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý cản trở việc thi hành án thì tùy từng trường hợp mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành

⁷ Lê Việt Sơn, *Một số vướng mắc trong các quy định của pháp luật về kiểm sát thi hành án hành chính*, Tạp chí Kiểm sát, số 01, năm 2014, tr. 26.

chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của luật; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật”. Ngoài ra, Nghị định số 71/2016/NĐ-CP cũng quy định cụ thể về những biện pháp xử lý trách nhiệm trong THAHC bao gồm: Xử lý kỷ luật trong THAHC, xử phạt vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự, trách nhiệm vật chất và các biện pháp xử lý khác. Đây chính là những cơ sở pháp lý quan trọng để người có thẩm quyền xử lý các hành vi vi phạm pháp luật trong hoạt động THAHC, bảo đảm cho bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án được thi hành nghiêm chỉnh trên thực tế.

- Về xử lý kỷ luật đối với cán bộ, công chức, viên chức trong THAHC được quy định từ Điều 20 đến Điều 26 của Mục I Chương 3 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP. Theo đó, công chức, viên chức có hành vi vi phạm pháp luật về THAHC thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm có thể bị xử lý kỷ luật với các hình thức: Khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức và buộc thôi việc. Nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục và các nội dung khác có liên quan đến việc xử lý kỷ luật công chức, viên chức vi phạm trong THAHC mà chưa được quy định tại Nghị định này thì thực hiện theo quy định của pháp luật về xử lý kỷ luật đối với công chức, viên chức. Việc áp dụng các hình thức kỷ luật, thẩm quyền, trình tự, thủ tục xử lý kỷ luật cán bộ vi phạm trong THAHC được thực hiện theo quy định của pháp luật, điều lệ của Đảng Cộng sản Việt Nam, tổ chức chính trị - xã hội và văn bản của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền.

- Về xử phạt vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự, trách nhiệm vật chất trong THAHC được áp dụng tương ứng theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính, pháp luật hình sự và pháp

luật về trách nhiệm bồi thường của Nhà nước, pháp luật về dân sự.

- Về các biện pháp xử lý khác được quy định tại Điều 30 và Điều 31 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP bao gồm: Công khai thông tin về việc không chấp hành án và xem xét đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức vi phạm pháp luật về THAHC.

3. Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thi hành án hành chính

Một là, Luật TTHC năm 2015 và Nghị định số 71/2016 NĐ-CP chưa có hướng dẫn và giải thích rõ quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm được thi hành bao gồm những loại quyết định nào. Trong giai đoạn xét xử sơ thẩm và xét xử phúc thẩm có nhiều quyết định của tòa án được ban hành nhưng không phải tất cả các quyết định trên đều là quyết định thuộc đối tượng THAHC. Tác giả đồng ý với ý kiến cho rằng, quyết định của tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm là đối tượng THAHC chỉ bao gồm các quyết định về nội dung vụ án như: Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án, quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm, quyết định phúc thẩm của tòa án cấp phúc thẩm đối với quyết định của tòa án cấp sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị⁸. Trong khi đó, các quyết định được ban hành trong quá trình giải quyết vụ án để thực hiện các hành vi tố tụng cụ thể như: Quyết định phân công Thẩm phán giải quyết VAHC, quyết định thay đổi người tiến hành tố tụng, quyết định hoãn phiên tòa, các quyết định của tòa án liên quan đến việc xác minh và thu thập chứng cứ... không phải là quyết định của tòa án được thi hành án, bởi lẽ xuất phát từ tính

⁸ Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, *Giáo trình Luật Tố tụng hành chính Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, năm 2012, tr. 440.

chất của các loại quyết định này là đã được thực thi ngay trong quá trình giải quyết VAHC. Như vậy, để hiểu thống nhất, cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn quy định rõ về những quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm là đối tượng THAHC.

Hai là, quy định về thủ tục THAHC có sự mâu thuẫn. Theo quy định tại khoản 2 Điều 311 Luật TTHC năm 2015 thì phải thi hành bản án, quyết định của tòa án quy định tại các điểm a, b, c, d và đ khoản 1 Điều 311 trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được bản án, quyết định của tòa án. Quá thời hạn quy định này mà người phải thi hành án không thi hành thì người được thi hành án có quyền gửi đơn đến tòa án đã xét xử sơ thẩm yêu cầu ra quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án. Tuy nhiên, theo điểm a khoản 1 Điều 311 thì người được thi hành án không thể nào yêu cầu tòa án ra quyết định buộc thi hành án. Bởi lẽ, như phần trên tác giả đã phân tích, trong trường hợp tòa án tuyên bác yêu cầu của người khởi kiện vì yêu cầu này không có căn cứ thì thực ra quyết định hành chính đã được đương sự thi hành trước khi khởi kiện hoặc nếu chưa thi hành sẽ bị cưỡng chế để thi hành theo thủ tục hành chính⁹. Hay nói cách khác, quyết định buộc THAHC chỉ áp dụng đối với người bị kiện trong VAHC. Vì vậy, khoản 2 Điều 311 Luật TTHC năm 2015 cần bỏ điểm a để bảo đảm tính thống nhất của pháp luật.

Ba là, quy định của pháp luật về phạm vi áp dụng của quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án chưa được rõ

⁹ Khoản 2 Điều 15 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP quy định: “Cơ quan có thẩm quyền có quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế hành chính để thi hành quyết định hành chính có hiệu lực theo quy định của pháp luật”.

ràng. Liên quan đến phạm vi áp dụng quyết định buộc thi hành án của tòa án hiện nay có hai quan điểm khác nhau: *Một là*, quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án áp dụng đối với tất cả các phần được tuyên trong bản án, quyết định của tòa án (bao gồm phần bản án, quyết định của tòa án không liên quan đến tài sản và phần bản án, quyết định của tòa án có liên quan đến tài sản); *hai là*, quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án chỉ áp dụng đối với phần bản án, quyết định của tòa án không liên quan đến tài sản. Vì vậy, trong thời gian qua, tòa án ở một số địa phương khi ra quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án về VAHC trở nên lúng túng vì không biết quyết định buộc thi hành án có áp dụng đối với tất cả các phần trong bản án hay không. Do đó, có tòa án ban hành quyết định buộc thi hành án áp dụng đối với phần tài sản trong bản án, quyết định của tòa án¹⁰, có tòa án chỉ ban hành quyết định buộc thi hành án đối với phần bản án, quyết định không liên quan đến tài sản¹¹. Sở dĩ có tình trạng áp dụng pháp luật khác biệt như trên là vì thẩm quyền ban hành quyết định buộc THAHC¹² và phạm vi áp dụng của quyết định buộc THAHC chưa được xác định cụ thể và dẫn đến sai sót trong quá trình áp dụng. Theo đó, khi áp dụng quyết định buộc thi hành

¹⁰ Quyết định số 02/2016/QĐ-THAHC ngày 20/20/2016 của Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu buộc thi hành Bản án hành chính sơ thẩm số 07/2014/HCST và Bản án hành chính phúc thẩm số 19/2015/HC-PT của Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu.

¹¹ Quyết định số 04/2017/QĐ-THAHC ngày 06/9/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Cà Mau thi hành Bản án hành chính số 18/2017/HC-ST ngày 06/7/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Cà Mau.

¹² Nguyễn Thị Phương Hà, *Bàn về pháp luật thi hành án hành chính tại Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nghề luật, số 5, năm 2017, tr. 40.

án, một số tòa án chỉ căn cứ vào Điều 312 Luật TTHC năm 2015 để ra quyết định buộc thi hành án nên quyết định buộc thi hành án áp dụng đối với tất cả các phần trong bản án, quyết định của tòa án. Trong khi đó, một số tòa án khác ngoài căn cứ vào Điều 312 Luật TTHC năm 2015 còn áp dụng quy định tại điểm h khoản 1 Điều 311 của Luật TTHC năm 2015: “*Quyết định về phần tài sản trong bản án, quyết định của Tòa án được thi hành theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự*” nên chỉ ra quyết định buộc thi hành án đối với phần bản án, quyết định của tòa án không liên quan đến tài sản. Vì vậy, cần phải bổ sung quy định về phạm vi áp dụng của quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của tòa án, cụ thể, sửa đổi Điều 312 Luật TTHC năm 2015 theo hướng bổ sung quy định “*quyết định buộc thi hành bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án chỉ buộc thi hành phần bản án, quyết định của Tòa án không liên quan đến tài sản*”. Việc đề xuất theo hướng trên để thống nhất với các quy định tại điểm h khoản 1 Điều 311 của Luật TTHC năm 2015: “*Quyết định về phần tài sản trong bản án, quyết định của Tòa án được thi hành theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự*”, đồng thời phù hợp với quy định tại khoản 1 Điều 3 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP: “*THAHC là việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về VAHC được thi hành quy định tại Điều 309 Luật TTHC, trừ quyết định về phần tài sản trong bản án, quyết định của Tòa án về VAHC*”.

Bốn là, một số quy định về kiểm sát THAHC chưa được rõ ràng. Luật TTHC năm 2015 cũng như các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan chưa quy định rõ về nội dung của kiểm sát THAHC; về những vấn đề mà viện kiểm sát được đưa ra kiến nghị, đề nghị nếu trong quá trình kiểm sát

phát hiện ra các sai phạm trong hoạt động THAHC. Chính vì những quy định chưa rõ ràng đã dẫn đến khó khăn cho công tác kiểm sát THAHC và ảnh hưởng đến chất lượng bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án được thi hành trên thực tế. Do đó, theo tác giả, cần có văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn rõ ràng hơn về công tác kiểm sát thi hành bản án, quyết định của tòa án, cụ thể cần bổ sung các quy định sau: Quy định rõ thời điểm viện kiểm sát sẽ thực hiện việc kiến nghị và chủ thể sẽ nhận kiến nghị, quy định rõ về nội dung kiến nghị và thời hạn để cơ quan, tổ chức bị kiến nghị trả lời kiến nghị của viện kiểm sát.

Năm là, chưa ban hành đạo luật về THAHC để điều chỉnh hoạt động THAHC là không phù hợp. Mặc dù Luật TTHC năm 2015 đã dành riêng Chương XIX để quy định về THAHC và Chính phủ đã ban hành Nghị định số 71/2016/NĐ-CP quy định về thời hạn, trình tự, thủ tục THAHC và xử lý trách nhiệm đối với những người không thi hành bản án, quyết định của tòa án, nhưng với những bất cập như đã phân tích ở trên có thể nhận thấy pháp luật về THAHC ở nước ta chưa được đầy đủ, chặt chẽ và toàn diện. Vì vậy, việc sớm ban hành đạo luật để điều chỉnh hoạt động này là điều cấp bách trong giai đoạn hiện nay. Ngoài ra cần xây dựng, ban hành thông tư để hướng dẫn chi tiết về thủ tục thi hành bản án, quyết định của tòa án về VAHC nhằm tạo hành lang pháp lý chặt chẽ, đồng bộ và thống nhất của hệ thống pháp luật THAHC, nâng cao hiệu quả thi hành các bản án, quyết định của tòa án là điều cần sớm phải được thực hiện¹³.

(Xem tiếp trang 29)

¹³ Nguyễn Phúc Đạt, *Thi hành án hành chính - Những chuyển biến tích cực và giải pháp hoàn thiện*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề 2, năm 2016, tr. 7.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA LUẬT THI HÀNH ÁN HÌNH SỰ NĂM 2010 VỀ TIẾP NHẬN, CHUYỂN GIAO NGƯỜI ĐANG CHẤP HÀNH ÁN PHẠT TÙ

Lê Đức Phương*

Tóm tắt: Bài viết góp ý sửa đổi, bổ sung Luật Thi hành án Hình sự năm 2010 về thi hành quyết định tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù và các quy định có liên quan, nhằm góp phần hoàn thiện pháp luật về vấn đề này và thúc đẩy hoạt động hợp tác tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài.

Abstract: This paper gives comments for amendment and supplementation of the 2010 Law on enforcement of criminal judgments concerning the execution of decisions to receive, transfer person serving imprisonment sentence and relevant regulations in order to improve the Law on Enforcement of Criminal Judgments and promote cooperation in receiving, transferring person serving imprisonment sentence between Vietnam and other countries.

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

Hiện nay, có thể thấy rằng, thuật ngữ chỉ hoạt động tiếp nhận, chuyển giao (TN, CG) người đang chấp hành án phạt tù vẫn chưa được sử dụng tương đồng trong các điều ước quốc tế cũng như pháp luật Việt Nam, và nội dung khái niệm TN, CG người đang chấp hành án phạt tù cũng chưa được định nghĩa đầy đủ¹. Tiếp cận vấn đề một cách tổng thể, theo tác giả, khái niệm TN, CG người đang chấp hành án phạt tù được hiểu như sau:

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

Như vậy, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù có các tính chất, đặc điểm sau đây:

Thứ nhất, về bản chất pháp lý, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là một trong các hoạt động hợp tác quốc tế trong tổ tụng hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài ở giai đoạn thi hành án hình sự. Bởi lẽ, theo khoản 1 Điều 491 Bộ luật Tố tụng Hình sự

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

¹ Xem thêm Ngô Hữu Phước - Lê Đức Phương, *Chuyển giao người bị kết án phạt tù theo luật quốc tế và pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 4, năm 2016, tr.62-73; Lê Đức Phương, *Phân biệt chuyển giao, tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù với các hoạt động hợp tác quốc tế khác trong tổ tụng hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5, năm 2017, tr. 58-65.

năm 2015 (BLTTHS năm 2015): “Hoạt động hợp tác quốc tế trong tổ tụng hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài là việc các cơ quan có thẩm quyền của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và các cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài phối hợp, hỗ trợ nhau để thực hiện hoạt động phục vụ yêu cầu điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự”. Theo đó, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là việc các cơ quan có thẩm quyền của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (CHXHCN) Việt Nam và các cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài phối hợp, hỗ trợ nhau để thực hiện hoạt động thi hành án hình sự. Đồng thời, theo khoản 2 Điều 491 BLTTHS năm 2015, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là một trong các hoạt động hợp tác quốc tế trong tổ tụng hình sự giữa Việt Nam với nước ngoài bên cạnh dẫn độ, tương trợ tư pháp về hình sự và các hoạt động hợp tác quốc tế khác được quy định tại BLTTHS năm 2015, pháp luật về tương trợ tư pháp và điều ước quốc tế mà CHXHCN Việt Nam là thành viên.

Thứ hai, cơ sở pháp lý thực hiện hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là các điều ước quốc tế song phương, đa phương mà Việt Nam ký kết với nước ngoài và pháp luật quốc gia. Cụ thể, tính đến nay, Việt Nam đã ký hiệp định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù với: Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai Len (2008); Australia (2008); Hàn Quốc (2009); Thái Lan (2010); Liên bang Nga (2013); Hungary (2013); Tây Ban Nha (2014); Sri Lanka (2014); Campuchia (2016); Cộng hòa Séc (2017). Ngoài ra, Việt Nam cũng đang triển khai kế hoạch đàm phán để tiến tới ký hiệp định TN, CG người đang chấp hành án phạt

tù với Ấn Độ², Mông Cổ³, Kazakhstan⁴, Singapore⁵, Philippines⁶, Indonesia⁷, Malaysia⁸, Lào⁹, Myanmar¹⁰, Cu Ba¹¹, Italia¹², Mozambique¹³,... Trước đó, hoạt động hợp tác TN, CG người đang chấp hành án phạt tù cũng được ghi nhận trong khuôn khổ Hiệp định Tương trợ tư pháp về các vấn

² <http://cand.com.vn/thoi-su/Viet-Nam-va-An-Do-da-m-phan-ve-chuyen-giao-nguoi-bi-ket-an-phat-tu-Tao-dieu-kien-de-cong-dan-khi-pham-toi-duoc-thi-hanh-hinh-phat-tai-nuoc-minh-239632/>, truy cập ngày 2/8/2018.

³ <http://baophapluat.vn/thoi-su/viet-nam-mong-co-da-y-nhanh-dam-phan-cac-hiep-dinh-ve-dan-do-chuyen-giao-nguoi-bi-ket-an-377263.html>, truy cập ngày 2/8/2018.

⁴ <http://www.tapchicanhsat.vn/hop-tac-quoc-te/viet-nam-kazakhstan-tang-cuong-va-hoan-thien-co-so-phap-ly-hop-tac-3148>, truy cập ngày 2/8/2018.

⁵ <https://vov.vn/chinh-tri/quoc-hoi/chu-tich-quoc-hoi-hoi-dam-voi-chu-tich-quoc-hoi-singapore-701026.vov>, truy cập ngày 2/8/2018.

⁶ <https://www.baohaiquanvietnam.vn/tin-tuc/tong-bi-thu-nguyen-phu-trong-tiep-chu-tich-nuoc-tran-dai-quang-don-hoi-dam-thu-tuong-nguyen-xuan-phuc-hoi-kien-tong-thong-phi-li-pin-r-du-tec-te>, truy cập ngày 2/8/2018.

⁷ http://bocongan.gov.vn/UserControls/Publishing/News/BoTruong/print_tin_bt.aspx?UrlListProcess=22D48E3E00E317DB107E3706F225B1CEBCF977E06B47F2494ACFEE190B2CEA54&ItemID=501&webP=botruon, truy cập ngày 2/8/2018.

⁸ <http://www.vpcp.chinhphu.vn/Home/Thu-tuong-Chinh-phu-tiep-Bo-truong-Ngoai-giao-Malaysia/2017/22137.vgp>, truy cập ngày 2/8/2018.

⁹ <https://www.tienphong.vn/the-gioi/tang-cuong-hop-tac-toan-dien-vietlao-1055194.tpo>, truy cập ngày 2/8/2018.

¹⁰ <https://www.tienphong.vn/the-gioi/viet-nammyanmar-lam-sau-sac-hon-quan-he-thuong-mai-dau-tu-1264062.tpo>, truy cập ngày 2/8/2018.

¹¹ <http://tapchithongtindoingoi.vn/thoi-su-chinh-tri/viet-nam-cuba-se-dam-phan-3-hiep-dinh-ve-dan-do-nguoi-bi-13427>, truy cập ngày 2/8/2018.

¹² <http://www.quangninh.gov.vn/pInChiTiet.aspx?nid=58247>, truy cập ngày 2/8/2018.

¹³ <http://baochinhphu.vn/Doi-ngoai/Viet-NamMozambique-Hop-tac-phong-chong-toi-pham-xuyen-quoc-gia/302461.vgp>, truy cập ngày 2/8/2018.

đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Việt Nam với Hungary ký năm 1985 và giữa Việt Nam với Ba Lan ký năm 1993. Ngoài ra, vấn đề này được quy định trong các điều ước quốc tế đa phương mà Việt Nam tham gia như Công ước Liên hợp quốc về phòng chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000 tại Điều 17, Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003 tại Điều 45... Cơ sở pháp lý quốc gia điều chỉnh hoạt động này có thể kể đến một số văn bản quy phạm pháp luật cơ bản như BLTTHS năm 2015, Luật Trưng trợ tư pháp năm 2007 (Luật TTTP năm 2007), Luật Thi hành án hình sự năm 2010 (Luật THAHS năm 2010), Thông tư liên tịch số 01/2013/TTLT/BCA-BTP-BNG-VKSNDTC-TANDTC của Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao và Tòa án nhân dân tối cao ngày 22/02/2013 hướng dẫn về việc TN, CG, tiếp tục thi hành án đối với người đang chấp hành án phạt tù.

Trong trường hợp Việt Nam với nước ngoài không ký kết các điều ước quốc tế chung, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù có thể được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc “*có đi có lại*”¹⁴.

Thứ ba, chủ thể thực hiện hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù gồm: (i) Nước chuyển giao và (ii) Nước tiếp nhận. Trong đó, nước chuyển giao là nước đã kết án phạt tù và đang thi hành bản án này đối với người bị kết án. Nước tiếp nhận là nước đồng ý tiếp nhận người đang chấp

hành án phạt tù từ lãnh thổ nước chuyển giao vào lãnh thổ nước mình để người này tiếp tục chấp hành án phạt tù trên lãnh thổ nước mình. Nước tiếp nhận, về nguyên tắc, là nước mà người được chuyển giao là công dân. Hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù được thực hiện thông qua các cơ quan tư pháp trung ương¹⁵.

Thứ tư, đối tượng được TN, CG là người đang chấp hành án phạt tù có thời hạn hoặc tù chung thân trên lãnh thổ của nước chuyển giao. Về nguyên tắc, đối tượng được TN, CG là công dân của nước tiếp nhận. Đồng thời, đối tượng được tiếp nhận, chuyển giao phải thỏa mãn các điều kiện được quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết và quy định của pháp luật Việt Nam.

Thứ năm, mục đích của việc hợp tác TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là vì lợi ích của người được chuyển giao, trên cơ sở nguyện vọng của họ¹⁶. Bởi lẽ, thực tiễn thi hành án hình sự cho thấy, đối với phạm nhân là người nước ngoài, khi chấp hành hình phạt tù ở nước sở tại, họ gặp phải nhiều khó khăn hơn so với phạm nhân là công dân nước sở tại như sự bất đồng ngôn ngữ, quy chế của trại giam về giáo dục, cải tạo, ăn, mặc, ở, sinh hoạt không phù hợp với đặc điểm tâm sinh lý, văn hóa của họ. Nếu được chuyển giao về nước mà họ là công dân hoặc một nước tiếp nhận thích hợp để tiếp tục chấp hành án phạt tù thì những

¹⁴ Xem khoản 2 Điều 4, khoản 2 Điều 49 Luật TTTP năm 2007; khoản 2 Điều 492 BLTTHS năm 2015; Thông tư liên tịch số 01/2013/TTLT/BCA-BTP-BNG-VKSNDTC-TANDTC đã hướng dẫn rất cụ thể quy trình tiếp nhận, chuyển giao theo nguyên tắc “*có đi có lại*” tại Điều 5.

¹⁵ Cơ quan trung ương của Việt Nam trong hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và dẫn độ là Bộ Công an (khoản 1 Điều 493 BLTTHS năm 2015).

¹⁶ “*Lời mở đầu*” của các Hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với các nước, Công ước của Hội đồng châu Âu về chuyển giao người bị kết án năm 1983... đã khẳng định rất rõ ràng về mục đích này.

bất lợi này có thể được giải quyết. Đồng thời, họ sẽ có cơ hội gặp gỡ, động viên tinh thần thường xuyên hơn từ người thân của mình, giúp họ cải tạo tốt hơn, tái hòa nhập cộng đồng thuận lợi sau khi chấp hành xong án phạt tù. Đặc biệt, hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù có ý nghĩa rất quan trọng đối với những người bị tuyên hình phạt tù có thời hạn dài hoặc tù chung thân và phải chấp hành án tại những nước có nền văn hóa quá khác biệt hay điều kiện giam giữ khắc nghiệt. Thông qua hoạt động này, hiệu quả thi hành án phạt tù sẽ được nâng cao, phù hợp với chính sách hình sự, nguyên tắc nhân đạo trong pháp luật hình sự của Việt Nam cũng như của nhiều nước.

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

2. Một số góp ý sửa đổi, bổ sung Luật Thi hành án hình sự năm 2010 về các quy định liên quan đến tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù

Hiện nay, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài vẫn là một hoạt động mới mẻ trong lĩnh vực thi hành án hình sự của Việt Nam. Số lượng người đang chấp hành án phạt tù mà Việt Nam chuyển giao cho nước ngoài và tiếp nhận từ nước ngoài về Việt Nam để tiếp tục chấp hành án phạt tù chưa nhiều.

Trên thực tế từ năm 1995 đến 2007, Việt Nam đã tiến hành 4 lần chuyển giao người nước ngoài bị tòa án Việt Nam xử phạt tù có thời hạn về nước mà họ là công dân để tiếp tục chấp hành án phạt tù. Bao gồm việc chuyển giao cho Thái Lan 03 phạm nhân; Campuchia 01 phạm nhân; Lào 01 phạm nhân; Cộng hòa Pháp 01 phạm nhân¹⁷. Theo báo cáo của Bộ Công an, từ ngày 01/7/2008 đến 30/6/2014, Bộ Công an đã tiếp nhận 09 yêu cầu chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù từ nước ngoài về Việt Nam để tiếp tục chấp hành hình phạt tù (trong đó có 08 trường hợp theo các hiệp định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với các nước, 01 trường hợp theo nguyên tắc có đi có lại). Việt Nam đã tiếp nhận 05 phạm nhân, đang hoàn thiện thủ tục để tiếp nhận 03 phạm nhân, 01 phạm nhân đã rút đơn xin chuyển giao. Việt Nam đã tiếp nhận và xử lý 40 đề nghị cung cấp thông tin phục vụ việc chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù từ Việt Nam ra nước ngoài tiếp tục chấp hành hình phạt (trong đó 33 trường hợp theo các hiệp định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam và các nước, 07 trường hợp theo nguyên tắc có đi có lại). Hiện đã nhận được 08 yêu cầu chính thức về việc chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, trong đó đã chuyển giao 03 phạm nhân, chuẩn bị chuyển giao 02 phạm nhân đã có quyết định của tòa án nhân dân; các trường hợp còn lại đang tiếp tục xem xét¹⁸.

¹⁷ Trung tâm Thông tin Văn phòng Quốc hội, *Vấn đề chuyển giao người bị kết án phạt tù trong tương trợ tư pháp*, http://vnclp.gov.vn/PICMS/TaiLieu_View.aspx?TaiLieuID=2028, truy cập ngày 19/4/2018.

¹⁸ Vụ Pháp luật quốc tế, Bộ Tư pháp, *Giới thiệu sơ lược kết quả tổng 6 năm thi hành Luật Tương trợ tư pháp (phần 3)*, <http://moj.gov.vn/tttp/tintuc/Pages/>

Tuy nhiên, TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là hoạt động hợp tác quốc tế mang ý nghĩa nhân đạo sâu sắc, góp phần nâng cao hiệu quả xã hội của việc áp dụng và thi hành hình phạt tù. Đặc biệt, trong bối cảnh hiện nay, khi mà tình trạng công dân Việt Nam phạm tội, bị kết án và chấp hành hình phạt tù ở nước ngoài, cũng như tình trạng người nước ngoài phạm tội, bị kết án và chấp hành hình phạt tù ở Việt Nam có xu hướng gia tăng, vấn đề hợp tác giữa Việt Nam với nước ngoài trong TN, CG người đang chấp hành án phạt tù có ý nghĩa thực tiễn quan trọng. Trên thực tế, Việt Nam đã, đang tăng cường công tác đàm phán, ký kết các hiệp định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù với nước ngoài. Từ những căn cứ đó, theo tác giả, việc hoàn thiện pháp luật về vấn đề này bao gồm việc sửa đổi, bổ sung các quy định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù trong Luật THAHS năm 2010 là rất cần thiết, qua đó góp phần thúc đẩy hoạt động hợp tác này giữa Việt Nam với nước ngoài.

Theo Dự thảo (lần 2) Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật THAHS năm 2010 (sau đây gọi tắt là *Dự thảo*)¹⁹, vấn đề TN, CG người đang chấp hành án phạt tù đơn giản chỉ là sửa đổi từ ngữ, cụ thể là thay

cụm từ “*Cảnh sát hỗ trợ tư pháp*” bằng cụm từ “*Cảnh sát thi hành án hình sự và hỗ trợ tư pháp*” tại điểm a khoản 1 và khoản 2 Điều 41 cho phù hợp với Nghị định số 77/2009/NĐ-CP ngày 15/9/2009 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức Bộ Công an.

Theo tác giả, cần phải mở rộng phạm vi các vấn đề cần sửa đổi, bổ sung liên quan đến TN, CG người đang chấp hành án phạt tù trong Luật THAHS năm 2010 để: (i) Bảo đảm sự phù hợp giữa các quy định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù trong Luật này với các điều ước quốc tế về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù mà Việt Nam ký kết với nước ngoài và các luật có liên quan, đặc biệt là Luật TTTP năm 2007; (ii) Bảo đảm sự thống nhất trong các quy định của Luật THAHS liên quan đến TN, CG người đang chấp hành án phạt tù; (iii) Bảo đảm cho người nước ngoài đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam và công dân Việt Nam đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài có quyền đề xuất nguyện vọng được tiếp nhận, chuyển giao; (iv) Bảo đảm sự phân công, phân nhiệm và phối hợp chặt chẽ giữa cơ quan có thẩm quyền trong hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù.

Từ những căn cứ và quan điểm trên, tác giả có một số góp ý sửa đổi, bổ sung Luật THAHS năm 2010 về các quy định có liên quan đến TN, CG người đang chấp hành án phạt tù như sau:

Thứ nhất, cần bổ sung vào phạm vi điều chỉnh của Luật THAHS vấn đề thi hành quyết định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và việc tiếp tục thi hành hình phạt tù đối với người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài được tiếp nhận về Việt Nam (Điều 1).

tin-tuc-su-kien.aspx?ItemID=54, truy cập ngày 03/8/2018.

¹⁹ Dự thảo này do Bộ Công an chủ trì soạn thảo. Có thể xem Dự thảo này tại website: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1468&LanID=1468&TabIndex=1. Theo Nghị quyết số 34/2017/QH14 về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2018 và điều chỉnh Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2017, thì dự thảo luật này sẽ được trình Quốc hội cho ý kiến vào kỳ họp thứ 5 và thông qua vào kỳ họp thứ 6. Tuy nhiên, tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội đã đồng ý cho lùi thời gian trình dự thảo luật này vào kỳ họp tiếp theo để Quốc hội cho ý kiến.

Theo Điều 1 của Dự thảo, vấn đề thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và tiếp tục thi hành hình phạt tù đối với người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài được tiếp nhận về Việt Nam không được đưa vào phạm vi điều chỉnh của Luật THAHS. Trong khi đó, khoản 3 Điều 2 Luật THAHS năm 2010 đã quy định một trong các quyết định được thi hành theo Luật này là: “*Quyết định của Tòa án Việt Nam tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam chấp hành án và đã có quyết định thi hành; quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài*”. Đồng thời, Điều 41 của Luật THAHS năm 2010 cũng đã quy định về trình tự, thủ tục thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù từ nước ngoài về Việt Nam để chấp hành án và thi hành quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài.

Mặt khác, theo các hiệp định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài thì việc tiếp tục thi hành hình phạt tù đối với người đang chấp hành án phạt tù sau khi được TN, CG được điều chỉnh theo pháp luật và thủ tục của bên tiếp nhận, bao gồm cả pháp luật về thi hành hình phạt tù, cũng như các quy định về giảm thời hạn phạt tù, vấn đề tạm tha, ân xá, đặc xá, trả tự do có điều kiện, giảm án hoặc bằng hình thức khác²⁰. Do đó, khoản 1 Điều

²⁰ Chẳng hạn, xem khoản 1 Điều 8 Hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù và hợp tác thi hành án hình sự giữa Việt Nam với Thái Lan năm 2010; khoản 2 Điều 9 Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ailen năm 2008; khoản 2 Điều 8 Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với Australia năm 2008; khoản 2 Điều 8

58 Luật TTTP năm 2007 đã quy định: “*Việc tiếp tục chấp hành hình phạt tù tại Việt Nam của người được chuyển giao thực hiện theo quy định của pháp luật Việt Nam*”. Ngoài ra, điểm b khoản 1 Điều 41 Luật THAHS năm 2010 cũng đã quy định: “*Chế độ quản lý giam giữ, giáo dục cải tạo, xem xét giảm án, tha tù, đặc xá, đại xá người đang chấp hành án phạt tù được chuyển giao được thực hiện theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan*”.

Do vậy, việc bổ sung quy định điều chỉnh việc thi hành quyết định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và việc tiếp tục thi hành hình phạt tù đối với người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài được tiếp nhận về Việt Nam vào phạm vi điều chỉnh của Luật THAHS là cần thiết, qua đó bảo đảm tính thống nhất, đầy đủ, logic về nội dung của luật và phù hợp với Luật TTTP năm 2007 cũng như các hiệp định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài.

Thứ hai, cần bổ sung quyết định được thi hành theo Luật THAHS năm 2010 bao gồm “quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài và đã có quyết định thi hành” (khoản 3 Điều 2).

Nguyên văn khoản 3 Điều 2 Luật THAHS năm 2010 quy định: “*Quyết định của Tòa án Việt Nam tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam chấp hành án và đã có quyết định thi hành; quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài*”.

Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với Hàn Quốc năm 2009...

Theo tác giả, việc bổ sung cụm từ “...và đã có quyết định thi hành” vào khoản 3 Điều 2 như trên là cần thiết. Bởi lẽ, cũng như quyết định thi hành quyết định tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam chấp hành án, quyết định thi hành quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài là căn cứ pháp lý cần thiết và trực tiếp để Bộ Công an tổ chức thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù đã có hiệu lực. Nói cách khác, quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài có hiệu lực chỉ được đưa ra để thi hành khi đã có quyết định thi hành.

Đồng thời, việc bổ sung cụm từ nói trên cũng để bảo đảm sự phù hợp với các quy định khác có liên quan. Chẳng hạn, khoản 1 Điều 57 Luật TTTP năm 2007 đã quy định: “Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày quyết định chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù của Tòa án nhân dân có hiệu lực, Chánh án Tòa án đã ra quyết định sơ thẩm phải ra quyết định thi hành quyết định chuyển giao. Quyết định thi hành quyết định chuyển giao phải được gửi cho Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, Bộ Công an, cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu chuyển giao và người được chuyển giao”. Khoản 2 Điều 41 Luật THAHS năm 2010 quy định: “Khi nhận được quyết định thi hành quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài, trại giam có trách nhiệm bàn giao phạm nhân cho Cảnh sát hỗ trợ tư pháp...”.

Thứ ba, cần bổ sung quy định về giải thích khái niệm “Thi hành quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài” và “Thi

hành quyết định tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam” (Điều 3).

Theo Dự thảo, Điều 3 đã bổ sung nhiều quy định về giải thích từ ngữ, qua đó làm rõ nội dung của các thuật ngữ, khái niệm và bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất trong việc sử dụng thuật ngữ, khái niệm. Đặc biệt, Dự thảo bổ sung nhiều quy định về giải thích các khái niệm mới có liên quan đến việc thi hành Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) như: “Thi hành Quyết định tha tù trước thời hạn có điều kiện”, “thi hành hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn đối với pháp nhân thương mại phạm tội”, “thi hành hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn đối với pháp nhân thương mại phạm tội”, “thi hành hình phạt cấm huy động vốn đối với pháp nhân thương mại phạm tội”... Trên tinh thần đó, theo tác giả, việc bổ sung quy định nhằm giải thích khái niệm “thi hành quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù ở Việt Nam cho nước ngoài” và “thi hành quyết định tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam” là cần thiết. Bởi lẽ, việc giải thích hai khái niệm vừa nêu sẽ góp phần làm rõ được nội dung cơ bản của hoạt động thi hành án hình sự có tính chất đặc thù và khá mới về thực tiễn này. Ngoài ra, về logic, việc giải thích các khái niệm này cũng là hợp lý khi mà tại khoản 3 Điều 2 Luật THAHS năm 2010 đã quy định những bản án, quyết định được thi hành theo Luật này gồm có: (i) Quyết định của Tòa án Việt Nam tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam chấp hành án và đã có quyết định thi hành; (ii) Quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài.

Tác giả đề xuất việc giải thích hai khái niệm này với nội dung cơ bản như sau:

Một là: Thi hành quyết định tiếp nhận chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù từ nước ngoài về Việt Nam để chấp hành án là việc cơ quan, người có thẩm quyền tổ chức tiếp nhận và quản lý giam giữ, giáo dục cải tạo, xem xét giảm án, tha tù, đặc xá, đại xá đối với người đang chấp hành án phạt tù được chuyển giao từ nước ngoài về Việt Nam được thực hiện theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Hai là: Thi hành quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài là việc cơ quan, người có thẩm quyền tổ chức, thực hiện các hoạt động để chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài tại địa điểm và vào thời gian do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và nước yêu cầu chuyển giao thỏa thuận trước bằng văn bản theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Thứ tư, cần bổ sung quy định một trong các nhiệm vụ, quyền hạn của Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an là “Quyết định tổ chức việc thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù” (Điều 11).

Theo tác giả, bổ sung quy định này là cần thiết để bảo đảm sự phù hợp với quy định của Điều 41 Luật THAHS năm 2010 về nhiệm vụ, quyền hạn của Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an trong quá trình thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù. Bởi lẽ, theo Điều 41, khi có quyết định thi hành quyết định tiếp nhận đối với người đang chấp hành án phạt tù được chuyển giao từ

nước ngoài về Việt Nam để chấp hành án, cảnh sát thi hành án hình sự và hỗ trợ tư pháp tổ chức tiếp nhận và bàn giao người bị kết án cho trại giam theo quyết định của cơ quan quản lý thi hành án hình sự thuộc Bộ Công an.

Bổ sung quy định này cũng bảo đảm sự phân công, phân nhiệm giữa các cơ quan trong hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù. Trong hoạt động này, Bộ Công an là cơ quan trung ương có vai trò là đầu mối thay mặt cho Chính phủ Việt Nam thực hiện các hoạt động hợp tác TN, CG người đang chấp hành án phạt tù với nước ngoài²¹, trong đó bao gồm việc trực tiếp TN, CG hồ sơ, tài liệu, thông báo chính thức đến/từ phía nước ngoài. Đồng thời, TN, CG hồ sơ, tài liệu, các quyết định về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù đến/từ các cơ quan có liên quan ở trong nước. Trong khi đó, Cơ quan quản lý thi hành án hình sự Bộ Công an là cơ quan trực thuộc Bộ Công an, quyết định việc tổ chức TN, CG người đang chấp hành án phạt tù khi đã có quyết định thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù.

Thứ năm, cần bổ sung quy định nhiệm vụ của trại giam là thông báo cho phạm nhân nước ngoài về quyền đề nghị được chuyển giao về nước của mình để tiếp tục chấp hành án phạt tù theo các điều ước quốc tế và pháp luật Việt Nam (Điều 16).

Việc bổ sung quy định nhiệm vụ thông báo cho phạm nhân nước ngoài về quyền đề nghị được chuyển giao về nước của mình để tiếp tục chấp hành án phạt tù theo các điều

²¹ Xem khoản 1 Điều 493 BLTTHS năm 2015, khoản 2 Điều 57 Luật TTTP năm 2007, các Hiệp định TN, CG người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài về “Cơ quan trung ương”.

ước quốc tế và pháp luật Việt Nam của trại giam là cần thiết. Bởi lẽ, trại giam là cơ quan thi hành án phạt tù, nơi trực tiếp quản lý, giam giữ phạm nhân bao gồm phạm nhân người nước ngoài. Trong khi đó, các điều ước quốc tế về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài đều có quy định về việc hai bên ký kết có trách nhiệm thông báo cho người đang chấp hành án phạt tù là công dân của hai bên ký kết về quyền được đề nghị chuyển giao về nước của mình để tiếp tục chấp hành án phạt tù²². Đồng thời, bổ sung quy định này cũng để bảo đảm sự thống nhất, phù hợp với quy định “*phạm nhân được cung cấp thông tin về thời sự, chính sách, pháp luật của Nhà nước*” tại khoản 1 Điều 28 Luật THAHS năm 2010.

Thứ sáu, cần bổ sung quy định nhiệm vụ của trại giam là tổ chức thực hiện việc thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với phạm nhân là người nước ngoài (Điều 16).

Theo quy định của Công ước Vienna năm 1961 về Quan hệ ngoại giao và Công ước Vienna năm 1963 về Quan hệ lãnh sự mà Việt Nam là thành viên, nước nhận đại diện có nghĩa vụ tôn trọng và bảo đảm việc thực hiện chức năng của các cơ quan đại diện nước ngoài, bao gồm chức năng bảo hộ quyền lợi hợp pháp của công dân nước mình tại nước nhận đại diện thông qua các

hoạt động như thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với công dân nước mình đang chấp hành án phạt tù tại nước nhận đại diện. Trại giam là cơ quan thi hành án phạt tù, nơi trực tiếp quản lý, giam giữ phạm nhân bao gồm phạm nhân người nước ngoài, do vậy, có nhiệm vụ tổ chức thực hiện việc thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với phạm nhân. Mặt khác, Thông tư liên tịch số 03/2012/TTLT-BCA-BQP-BNG ngày 13/2/2012 của Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, Bộ Ngoại giao hướng dẫn việc thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với phạm nhân cũng đã quy định trách nhiệm của trại giam, trại tạm giam trong việc tổ chức thực hiện việc thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với phạm nhân. Như vậy, việc bổ sung quy định nhiệm vụ của trại giam về tổ chức thực hiện việc thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với phạm nhân là người nước ngoài sẽ bảo đảm sự phù hợp giữa Luật THAHS năm 2010 với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, bảo đảm sự thống nhất với các văn bản quy phạm pháp luật khác của Việt Nam có liên quan. Hơn nữa, việc luật hóa nhiệm vụ này của trại giam sẽ tạo cơ sở pháp lý rõ ràng để phạm nhân nước ngoài được thăm gặp, tiếp xúc với các viên chức ngoại giao, lãnh sự của nước họ, qua đó bày tỏ nguyện vọng về việc được TN, CG.

Thứ bảy, cần quy định bổ sung nhiệm vụ, quyền hạn ra quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và quyết định thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù của tòa án trong thi hành án hình sự (Điều 20).

Theo Điều 20 Luật THAHS năm 2010, tòa án ban hành nhiều loại quyết định để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình trong thi hành án hình sự, nhưng không quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của tòa án về

²² Chẳng hạn, xem khoản 1 Điều 5 Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai len năm 2008, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Trach-nhiem-hinh-su/Hiep-dinh-chuyen-giao-nguoi-bi-ket-an-phat-tu-giua-Viet-Nam-Vuong-quoc-Anh-153623.aspx>, truy cập ngày 2/8/2018; khoản 1 Điều 7 Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với Hàn Quốc năm 2009, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Trach-nhiem-hinh-su/Hiep-dinh-chuyen-giao-nguoi-bi-ket-an-phat-tu/112305/noi-dung.aspx>, truy cập ngày 2/8/2018.

việc ra quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và quyết định thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù. Trong khi đó, Luật TTTP năm 2007 và các quy định khác của Luật THAHS năm 2010 có đề cập vấn đề này. Cụ thể, Điều 55 Luật TTTP năm 2007 quy định quyết định chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài có hiệu lực pháp luật bao gồm: a) Quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm không bị kháng cáo, kháng nghị; b) Quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm. Khoản 1 Điều 57 Luật TTTP năm 2007 về việc “Thi hành quyết định chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù” cũng quy định: *“Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày quyết định chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù của Tòa án nhân dân có hiệu lực, Chánh án Tòa án đã ra quyết định sơ thẩm phải ra quyết định thi hành quyết định chuyển giao. Quyết định thi hành quyết định chuyển giao phải được gửi cho Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, Bộ Công an, cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu chuyển giao và người được chuyển giao”*. Điều 56 Luật TTTP năm 2007 quy định: *“Tòa án nhân dân cấp tỉnh nơi người được chuyển giao có nơi cư trú cuối cùng tại Việt Nam quyết định việc tiếp nhận. Trình tự, thủ tục xem xét việc tiếp nhận được thực hiện theo quy định tại Điều 55 của Luật này”*. Ngay tại Điều 2 Luật THAHS năm 2010 cũng đã quy định về các bản án, quyết định được thi hành theo luật này bao gồm: *“Quyết định của Tòa án Việt Nam tiếp nhận người đang chấp hành án phạt tù ở nước ngoài về Việt Nam chấp hành án và đã có quyết định thi hành; quyết định chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam cho nước ngoài”*.

Chính vì vậy, theo tác giả, cần bổ sung quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của tòa án là trong việc quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và quyết định thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù vào Điều 20 để bảo đảm sự phù hợp, thống nhất với quy định của Luật TTTP năm 2007 và các quy định có liên quan của Luật THAHS năm 2010.

Thứ tám, cần bổ sung quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ Ngoại giao và các Cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam trong thi hành án hình sự, bao gồm thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù vào Luật THAHS năm 2010.

Theo Thông tư liên tịch số 03/2012/TTLT0-BCA-BQP-BNG, Bộ Ngoại giao có nhiệm vụ, quyền hạn trong việc tổ chức thực hiện việc thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với phạm nhân người nước ngoài. Đối với hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù, Bộ Ngoại giao và các cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam cũng là các cơ quan chức năng có liên quan. Chẳng hạn, Thông tư liên tịch số 01/2013/TTLT-BCA-BTP-BNG-VKSNDTC-TANDTC đã quy định về trường hợp Bộ Ngoại giao nước CHXHCN Việt Nam là cơ quan chủ trì, phối hợp với các bộ, ngành liên quan xem xét, quyết định áp dụng nguyên tắc “có đi có lại”. Các cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam ở nước ngoài trong quá trình thực hiện chức năng của mình, tiến hành hoạt động thăm gặp, tiếp xúc lãnh sự đối với phạm nhân là công dân Việt Nam, nhận và phối hợp xử lý nguyện vọng của họ về việc TN, CG về Việt Nam để tiếp tục chấp hành án. Bên cạnh đó, cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam ở nước ngoài còn trợ giúp và phối

hợp với các cơ quan có thẩm quyền ở trong nước trong quan hệ với cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài liên quan tới hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù như xác minh nhân thân, sự đồng ý về việc TN, CG; chuyển giao hồ sơ, tài liệu; tham gia bàn giao, tiếp nhận phạm nhân... Đối với người đang chấp hành án phạt tù mà Việt Nam chuyển giao cho nước ngoài, cơ quan đại diện nước nước CHXHCN Việt Nam tại nước đó có trách nhiệm phối hợp với Bộ Công an giám sát việc cơ quan có thẩm quyền của nước tiếp nhận thực hiện quyết định giảm thời hạn chấp hành án phạt tù, đặc xá, đại xá của cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam (Điều 18 Thông tư liên tịch số 01/2013/TTLT-BCA-BTP-BNG-VKSNDTC-TANDTC).

Như vậy, việc bổ sung quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ Ngoại giao và các Cơ quan đại diện nước nước CHXHCN Việt Nam trong thi hành án hình sự, bao gồm thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù cũng như hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù nói chung sẽ phản ánh đúng nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan này và bảo đảm tính thống nhất giữa Luật THAHS với các văn bản hướng dẫn thi hành có liên quan.

3. Kết luận

TN, CG người đang chấp hành án phạt tù là một hoạt động hợp tác quốc tế giữa Việt Nam với nước ngoài trong tổ tụng hình sự ở giai đoạn thi hành án hình sự. Trong hoạt động này, Luật THAHS có vai trò quan trọng trong việc thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù và vấn đề tiếp tục thi hành án phạt tù đối với người đang chấp hành án phạt tù từ nước ngoài được tiếp nhận về Việt Nam. Xuất phát từ nhận thức về ý nghĩa lý luận và thực tiễn quan trọng của hoạt động TN, CG người đang chấp hành án phạt tù, thực trạng Luật THAHS điều chỉnh vấn đề này chưa hoàn thiện, tác giả cho rằng, việc sửa đổi, bổ sung Luật THAHS năm 2010 về TN, CG người đang chấp hành án phạt tù không chỉ đơn thuần là thay thế từ ngữ như Dự thảo hay chỉ sửa đổi, bổ sung các quy định về thi hành quyết định TN, CG người đang chấp hành án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài. Việc sửa đổi, bổ sung cần thực hiện một cách đầy đủ, hệ thống, cụ thể hóa các quy định khác có liên quan, qua đó góp phần hoàn thiện Luật THAHS và thúc đẩy hoạt động hợp tác quốc tế có ý nghĩa quan trọng này.

(Tiếp theo trang 18 – Hoàn thiện các quy định...)

Tóm lại, Luật TTHC năm 2015 đã kế thừa hợp lý những quy định của các văn bản trước đây về THAHC, đồng thời bổ sung một số quy định đáng chú ý như quy định về việc tòa án được quyền ra quyết định buộc THAHC, quy định về áp dụng các biện pháp xử lý khác đối với người không

THAHC. Tuy nhiên, tác giả cho rằng chế định thi hành bản án, quyết định của tòa án về VAHC theo Luật TTHC năm 2015 còn có một số điểm vướng mắc cần được sửa đổi để bảo đảm THAHC hiệu quả trong thực tiễn.

GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG MỘT SỐ ĐIỀU CỦA LUẬT THI HÀNH ÁN HÌNH SỰ VỀ THI HÀNH ÁN TỬ HÌNH

*Lê Huỳnh Tấn Duy**

Tóm tắt: Dự thảo 2 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thi hành án hình sự năm 2010 đã có những điều chỉnh về các nội dung liên quan đến thi hành hình phạt tử hình. Tuy nhiên, những điều chỉnh này vẫn còn một số điểm chưa hoàn thiện cần được khắc phục trước khi trình Quốc hội cho ý kiến trong kỳ họp tới. Bài viết tập trung phân tích và đánh giá các quy định về thủ tục xem xét bản án tử hình trước khi thi hành; thủ tục thi hành án tử hình; quyền của người bị kết án tử hình. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện Dự thảo Luật này.

Abstract: The second Draft Law amending and supplementing a number of articles of the 2010 Law on Enforcement of Criminal Judgments has a number of amendments and supplementations concerning the execution of death sentence. Nonetheless, these changes show certain shortcomings, which need to be reviewed before submitting for the National Assembly's consideration in the next session. This paper focuses on analyzing and evaluating provisions involving procedures of reviewing death sentence before execution; procedures of death sentence enforcement; rights of death sentenced person. On this basis, the author makes recommendations to improve the Draft Law.

Đặt vấn đề

Những nội dung liên quan đến thi hành án tử hình ở thời điểm hiện tại được điều chỉnh bởi Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (BLTTHS năm 2015), Luật Thi hành án hình sự năm 2010 (Luật THAHS năm 2010) và các văn bản hướng dẫn thi hành. Có thể nói, so với Quyết định số 810/2006/QĐ-BCA-C11 của Bộ Công an¹ trước đây thì những quy định của Luật THAHS năm 2010 về quy trình thi hành án tử hình có nhiều điểm tiến bộ, chặt chẽ và theo hướng nhân văn hơn. Mặc dù vậy, thực

tiễn áp dụng đã cho thấy những quy định này vẫn còn một số vướng mắc, bất cập. Do đó, trong Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thi hành án hình sự năm 2010 (Dự thảo)², Bộ Công an đã có những điều chỉnh đối với các quy định về thi hành án tử hình. Trước khi trình Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp cuối năm nay, cần xem xét lại một lần nữa những sửa đổi, bổ sung của Dự thảo về trình tự, thủ tục thi hành loại hình phạt nghiêm khắc nhất này cũng như những nội dung khác có liên quan như thủ tục xem xét bản án tử hình trước khi thi hành và quyền của người bị kết án tử hình.

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

¹ Quyết định số 810/2006/QĐ-BCA-C11 ngày 04/7/2006 của Bộ Công an Ban hành quy trình bảo vệ phiên tòa, áp giải bị cáo, dẫn giải người làm chứng ra tòa và quy trình thi hành án tử hình.

² Nguồn: Website Quốc hội, Dự thảo online, Dự thảo luật, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật THAHS, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1468&TabIndex=1&LanID=1469, truy cập ngày 12/9/2018.

1. Thủ tục xem xét bản án tử hình trước khi thi hành

Đây là khâu đầu tiên cần thực hiện trước khi tổ chức thi hành hình phạt tử hình. Thủ tục này hiện được quy định tại Điều 367 BLTTHS năm 2015 và không có nhiều thay đổi so với trước đây (Điều 258 BLTTHS năm 2003). Có hai vấn đề còn thiếu sót trong thủ tục này là³: (a) Thời hạn hồ sơ vụ án và bản án được gửi cho Chánh án Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) sau khi bản án tử hình có hiệu lực pháp luật; (b) Thời hạn Chủ tịch nước xét đơn xin ân giảm của người bị kết án tử hình. Đối với thời hạn thứ nhất, BLTTHS dùng từ “gửi ngay” mà không biết đó là trong thời hạn bao lâu, còn thời hạn thứ hai thì hoàn toàn không có quy định. Thống kê cho thấy, thời gian thông thường tính từ khi bản án tử hình có hiệu lực pháp luật cho đến khi Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC quyết định kháng nghị hoặc không kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm là từ 04 tháng trở lên, có những trường hợp trên 01 năm⁴. Những thiếu sót này dẫn đến thực trạng có một số trường hợp người bị kết án tử hình bị tạm giam rất lâu⁵, tạo tâm lý chờ đợi, lo lắng,

hoang mang; trong khi đó về phía trại tạm giam cũng mất thời gian, công sức trong việc giám sát, quản lý. Có ý kiến cho rằng, ngay cả ở những nước phát triển thì người bị kết án tử hình cũng bị tạm giam rất lâu trước khi thi hành án, lý do là để tạo cơ hội xem xét lại bản án tử hình (đặc biệt trong trường hợp oan, sai)⁶, chính vì lẽ đó, không nên đặt ra một thời hạn cụ thể mà Chủ tịch nước phải quyết định có chấp nhận đơn xin ân giảm án tử hình hay không. Tuy nhiên, như trên đã trình bày, việc tạm giam người bị kết án tử hình trong một thời gian vô định gây ra rất nhiều hệ lụy. Hơn thế nữa, tác giả cho rằng, để tránh oan, sai thì cần tuân thủ nghiêm ngặt các nguyên tắc cơ bản của Luật tố tụng hình sự, đặc biệt là nguyên tắc suy đoán vô tội và xác định sự thật của vụ án hơn là y lại vào việc không quy định thời hạn nguyên thủ quốc gia phải đưa ra quyết định chấp nhận hay không chấp nhận đơn xin ân giảm án tử hình.

2. Thủ tục thi hành án tử hình

Những vấn đề liên quan đến thi hành án tử hình hiện nay được quy định tại Chương IV Luật THAHS năm 2010 (từ Điều 54 đến Điều 60) và được hướng dẫn thi hành bởi các văn bản dưới luật như: Nghị định số 82/2011/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 47/2013/NĐ-CP)⁷, Thông tư số

³ Tham khảo thêm Nguyễn Thị Mai (2015), “Một số vướng mắc về thi hành án tử hình”, Tạp chí Nghề luật, số 03.

⁴ Lê Hồng Phong, Nguyễn Đình Bình, “Thi hành hình phạt tử hình: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn”, bài viết trong Kỷ yếu Hội thảo khoa học: “Nâng cao hiệu quả công tác thi hành án hình sự của Công an các tỉnh, thành phố phía Nam”, Trường Đại học Cảnh sát nhân dân, tháng 04/2018, tr. 67.

⁵ Thực tiễn cho thấy thời gian người bị kết án tử hình bị tạm giam chờ thi hành án thông thường là 01 năm tính từ khi bản án có hiệu lực pháp luật, có nhiều trường hợp từ 05 năm trở lên. Xem Lê Hồng Phong, Nguyễn Đình Bình, *ltdđ*, tr. 68.

⁶ Ý kiến của Đại tá Lê Viết Lĩnh (Phó Cục trưởng Cục Theo dõi thi hành án hình sự và Hỗ trợ tư pháp) tại Hội thảo quốc tế: “Góp ý Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật THAHS”, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tháng 06/2018.

⁷ Nghị định số 82/2011/NĐ-CP ngày 16/9/2011 của Chính phủ quy định về thi hành án tử hình bằng hình thức tiêm thuốc độc (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 47/2013/NĐ-CP ngày 13/05/2013).

39/2012/TT-BCA⁸, Thông tư liên tịch số 05/2013/TTLT (Thông tư liên tịch số 05)⁹.

Dự thảo cũng đã có những sửa đổi, bổ sung về thi hành hình phạt tử hình như: Quy định chi tiết, đầy đủ hơn về việc phối hợp giữa các cơ quan trong việc thành lập Hội đồng thi hành án¹⁰; điều chỉnh nội dung Điều 58 (hoãn thi hành án tử hình) của Luật THAHS năm 2010, cụ thể là thay đổi tên gọi cơ quan “Cảnh sát hỗ trợ tư pháp” thành “Cảnh sát thi hành án hình sự” và sửa Điều 35 thành Điều 40 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 (những trường hợp không áp dụng hình phạt tử hình, không thi hành án tử hình).

Dự thảo còn bổ sung quy định cho phép thân nhân hoặc người đại diện hợp pháp được nhận *tro cốt* của người bị thi hành án tử hình; Chánh án Tòa án đã xét xử sơ thẩm có thể thông báo *bằng điện tín ngay sau khi ra quyết định thành lập Hội đồng thi hành án tử hình* cho người có đơn đề nghị về việc cho hoặc không cho nhận tử thi, hài cốt¹¹.

Những sửa đổi, bổ sung trên là hoàn toàn phù hợp, khắc phục thiếu sót của Luật THAHS năm 2010, tạo thuận lợi hơn cho việc thi hành án tử hình trong thời gian tới. Tuy nhiên, về mặt kỹ thuật lập pháp cũng như thực tiễn áp dụng cho thấy có một số vấn đề sau đây cần khắc phục:

⁸ Thông tư số 39/2012/TT-BCA ngày 04/7/2012 của Bộ Công an quy định việc quản lý, giam giữ người bị kết án tử hình.

⁹ Thông tư liên tịch số 05/2013/TTLT-BCA-BQP-BYT-TANDTC-VKSNDTC ngày 06/06/2013 của Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, Bộ Y tế, TANDTC, VKSNDTC Hướng dẫn tổ chức thi hành án tử hình bằng hình thức tiêm thuốc độc.

¹⁰ Khoản 1, 2 Điều 55 Luật THAHS năm 2010.

¹¹ Điều 60 Luật THAHS năm 2010 (hiện nay quy định thông báo bằng văn bản và không quy định thời điểm thông báo).

Thứ nhất, ngoài cụm từ “lý do bất khả kháng” (điểm b khoản 1 Điều 58 Luật THAHS năm 2010) nên bổ sung thêm cụm từ “hoặc do trở ngại khách quan”; thuật ngữ “người đại diện hợp pháp” (Điều 60 Luật THAHS năm 2010) nên được sửa lại thành “người đại diện” cho đồng bộ với cách dùng từ trong BLTTHS năm 2015.

Thứ hai, hướng dẫn tại Thông tư liên tịch số 05 về hoãn thi hành án tử hình vượt quá phạm vi những trường hợp quy định tại Điều 58 Luật THAHS năm 2010. Khoản 2 Điều 10 Thông tư liên tịch số 05 hướng dẫn: Hội đồng thi hành án phải hoãn thi hành án tử hình khi “*nhận được yêu cầu của Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC, Bộ trưởng Bộ Công an hoặc Bộ trưởng Bộ Quốc phòng*”. Đây không phải “lý do bất khả kháng” cũng không phải “tình tiết mới” ghi nhận tại điểm b, c khoản 1 Điều 58 Luật THAHS năm 2010. Do đó, trong Luật THAHS mới nên bổ sung trường hợp này để đảm bảo tính thống nhất giữa Luật và văn bản hướng dẫn.

Thứ ba, việc hỗ trợ xác định tĩnh mạch của người bị kết án tử hình chưa được giải thích cụ thể. Theo quy định tại khoản 2 Điều 9 Thông tư liên tịch số 05, trách nhiệm này thuộc về bác sĩ của bệnh viện thuộc Sở Y tế hoặc bệnh viện thuộc quân khu được cử đến để hỗ trợ Hội đồng thi hành án tử hình. Nhưng trách nhiệm này có đồng nghĩa với việc họ phải là người trực tiếp gắn kim vào tĩnh mạch của người bị kết án tử hình hay chỉ hỗ trợ tìm tĩnh mạch, còn tất cả những việc còn lại như gắn kim tiêm, nối ống thuốc độc vào kim tiêm cũng như bấm nút để bơm thuốc độc sẽ do đội thi hành án thực hiện? Quy định này cần được các cơ quan tư pháp trung ương, Bộ Công an, Bộ Y tế phối hợp hướng dẫn rõ ràng hơn để tránh tình trạng đùn đẩy trách nhiệm cho nhau

như đã từng xảy ra trong thực tiễn¹². Có thông tin cho rằng, hiện nay, khi thi hành án tử hình trong thực tế thì hạn chế trên đã được khắc phục theo hướng bác sĩ chỉ hỗ trợ xác định tĩnh mạch bằng cách gắn kim tiêm vào dây truyền nước biển, tất cả những việc còn lại do thành viên đội thi hành án tiến hành¹³. Tuy nhiên, cách giải quyết này nên được quy định chính thức trong văn bản hướng dẫn để giúp việc áp dụng được thống nhất trong cả nước.

Thứ tư, mặc dù đã cho phép thân nhân hoặc người đại diện hợp pháp được nhận *tro cốt* của người bị thi hành án tử hình, nhưng trong Dự thảo (điểm c khoản 1 Điều 60 Luật THAHS năm 2010) lại không đề cập đến trách nhiệm thông báo của cơ quan THAHS Công an cấp tỉnh, cơ quan THAHS cấp quân khu cho người có đơn đề nghị về việc đến nhận *tro cốt* ngay sau khi thi hành án và nhiệm vụ tổ chức an táng khi họ không đến nhận¹⁴.

Thứ năm, hướng dẫn về trường hợp một người bị kết án tử hình mà lại bị xét xử về một tội phạm mới (nhưng không bị áp dụng hình phạt tử hình) tại một tòa án khác chưa hợp lý. Trước đây, theo Nghị quyết số 02/2007/NQ-HĐTP ngày 02/10/2007 của Hội đồng thẩm phán TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định trong phần thứ năm “Thi hành bản án và quyết định của tòa

án” của BLTTHS thì trường hợp này Chánh án tòa án đã xử sơ thẩm về tội phạm mà họ bị kết án tử hình ra quyết định thi hành án và thành lập Hội đồng thi hành án tử hình. Hướng dẫn này gián tiếp cho thấy, sau khi tòa án xét xử về tội phạm mới, họ phải phối hợp với các cơ quan chức năng để chuyển trả người bị kết án về lại cho tòa án đã kết án tử hình để tổ chức thi hành án.

Thực tế có thể xảy ra trường hợp tòa án xét xử tội phạm mới và tòa án đã kết án tử hình trước đó ở cách nhau rất xa về địa lý trong khi địa phương nơi hai tòa đặt trụ sở đều có nhà thi hành án tử hình thì việc bắt buộc phải áp giải người bị kết án về nơi có tòa án đã ra bản án tử hình để thi hành là quá cứng nhắc, gây lãng phí tiền của, thời gian và tâm lý căng thẳng cho các thành viên đội thi hành án. Hoặc trường hợp địa phương nơi tòa án đã kết án tử hình đặt trụ sở không có nhà thi hành án, nhưng cũng phải chuyển người bị thi hành án tử hình về địa phương này, rồi sau đó lại di chuyển đến địa phương nơi có nhà thi hành án dùng chung cho khu vực. Hoặc, trường hợp nhà thi hành án tại nơi xét xử sau cũng là nhà thi hành án dùng chung cho địa phương nơi có tòa án đã kết án tử hình thì giải quyết như thế nào cho hợp lý?

Trong những trường hợp kể trên, cách giải quyết đơn giản nhất là cho phép Chánh án tòa án đã xử sơ thẩm về tội phạm mà họ bị kết án tử hình ra quyết định ủy thác thi hành án cho tòa án xét xử về tội phạm mới nếu có nhà thi hành án. Tuy nhiên, điều này sẽ gây khó khăn cho việc an táng và cho nhận tử thi vì gia đình của người bị kết án tử hình trong những trường hợp trên thường sẽ ở xa nơi thi hành án. Vấn đề này Dự thảo đã bổ sung việc cho nhận *tro cốt* và như vậy sẽ khắc phục khó khăn trong việc đưa *tro cốt* về an táng hoặc thờ cúng.

¹² Tấn Lộc (2013), “*Bác sĩ sốc vì bị buộc thi hành án tử hình*”, Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh online, <http://plo.vn/xa-hoi/bac-si-soc-vi-bi-buoc-thi-hanh-an-tu-hinh-334460.html>, truy cập ngày 11/01/2018.

¹³ Thông tin cung cấp bởi Thiệu tá Lê Xuân Lập, Phòng Cảnh sát THAHS và Hỗ trợ tư pháp, Công an tỉnh Bình Dương tại Hội thảo: “*Nâng cao hiệu quả công tác thi hành án hình sự của Công an các tỉnh, thành phố phía Nam*”, Trường Đại học Cảnh sát nhân dân, tháng 04/2018.

¹⁴ Dự thảo chỉ quy định về thông báo nhận tử thi và an táng tử thi.

Bên cạnh những hạn chế về pháp luật, việc thi hành án tử hình trong thời gian vừa qua ở nước ta còn gặp một số khó khăn xuất phát từ nhiều nguyên nhân. Do có quá ít nhà thi hành án tử hình¹⁵ nên phải tốn rất nhiều chi phí cho mỗi lần thi hành án¹⁶; gây áp lực, tâm lý căng thẳng cho các cán bộ, chiến sĩ thi hành án, đặc biệt đối với những trường hợp thi hành án ở địa phương cách xa nơi tạm giam người bị kết án. Để khắc phục khó khăn này, theo lộ trình đề án được Chính phủ phê duyệt, Bộ Công an hiện nay đang tiếp tục đầu tư xây dựng thêm 05 nhà thi hành án tử hình ở 05 địa phương theo khu vực lãnh thổ¹⁷.

3. Quyền của người bị kết án tử hình

Dự thảo không có sửa đổi, bổ sung nào liên quan đến nội dung này. Theo quy định tại Điều 57 Luật THAHS năm 2010, người bị kết án tử hình trong thời gian bị tạm giam chờ thi hành án được hưởng các chế độ theo quy định của pháp luật về tạm giam. Hiện nay, các chế độ này được điều chỉnh bởi Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015 (Chương V). Ngoại trừ chế độ quản lý, giam giữ, các chế độ khác như ăn, mặc, sinh hoạt, chăm sóc y tế, nhận quà, gửi, nhận thư, sách, báo, tài liệu được áp dụng như đối với người bị tạm giam khác.

Tuy nhiên, một số quyền của người bị kết án tử hình hiện nay pháp luật THAHS

nước ta chưa có quy phạm điều chỉnh, bao gồm: Quyền kết hôn, ly hôn; quyền hiến tinh trùng, hiến tạng, hiến xác. Người bị kết án tử hình sẽ bị tước đi quyền sống, nhưng điều đó không đồng nghĩa với việc tất cả các quyền cơ bản khác của họ cũng bị tước bỏ trước khi thi hành án. Mặc dù hiện nay pháp luật không cấm, nhưng Luật THAHS năm 2010 và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa quy định nên một số người bị kết án tử hình¹⁸ có nhu cầu thực hiện các quyền trên nhưng thực tế không được đảm bảo. Đây đều là những quyền con người, quyền cơ bản của công dân được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013, đó là quyền kết hôn, ly hôn (Điều 36); quyền hiến mô, bộ phận cơ thể người và hiến xác theo quy định của pháp luật (khoản 3 Điều 20). Những quyền này cũng đã được cụ thể hóa bởi nhiều văn bản pháp luật như: Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014; Bộ luật Dân sự năm 2015 (Điều 35, 39). Trước đây, Luật Hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác năm 2006 cũng không có quy định cấm người bị kết án tử hình được quyền hiến tạng, hiến xác vì mục đích nhân đạo, chữa bệnh, giảng dạy hoặc nghiên cứu khoa học. Phần lớn những người nghiên cứu khoa học pháp lý và hoạt động thực tiễn đều có chung quan điểm phải tôn trọng và đảm bảo thực hiện các quyền trên của người bị kết án tử hình và cần phải bổ sung quy định cụ thể

¹⁵ Hiện chỉ có 05 nhà thi hành án tử hình được xây dựng tại các tỉnh, thành như: Hà Nội, Sơn La, Nghệ An, Đắk Lắk, Bình Dương.

¹⁶ Xem Nhân Nam (2016), “Nhà nước tốn tiền ti để thi hành án tử hình”, Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh Online, <http://plo.vn/phap-luat/nha-nuoc-ton-tien-ti-de-thi-hanh-an-tu-hinh-647049.html>, truy cập ngày 22/04/2018.

¹⁷ LT (2017), “Bộ Công an xây thêm 05 nhà thi hành án tử hình”, Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh Online, <http://plo.vn/phap-luat/bo-cong-an-xay-them-5-nha-thi-hanh-an-tu-hinh-681130.html>, truy cập ngày 22/04/2018.

¹⁸ Tiểu Phương (2017), “Nhiều tử tù xin hiến xác cho y học và những ‘nút thắt’ không dễ cởi”, Báo mới online, <https://baomoi.com/nhieu-tu-tu-xin-hien-xac-cho-y-hoc-va-nhung-nut-that-khong-de-coi/c/23525590.epi>, truy cập ngày 11/01/2018. Tâm Lua (2017), “Cho phép tử tù hiến tinh trùng”, Tuổi trẻ online, <https://tuoitre.vn/cho-phep-tu-tu-hien-tinh-trung-1259908.htm>, truy cập ngày 11/01/2018. Hoàng Điệp (2014), “Đăng ký kết hôn với người bị kết án tử hình”, Tuổi trẻ online, <https://tuoitre.vn/dang-ky-ket-hon-voi-nguoi-bi-ket-an-tu-hinh-598946.htm>, truy cập ngày 11/01/2018.

vào Luật THAHS mới¹⁹. Tuy nhiên, cũng có ý kiến cho rằng, thời điểm này chưa thích hợp để ghi nhận quyền hiến tạng, hiến xác của người bị kết án tử hình vì những trường hợp này không nhiều; đa số họ đều có sức khỏe không tốt (có thể mắc các bệnh truyền nhiễm); di truyền gen xấu; ảnh hưởng tiêu cực đến tâm lý người được ghép tạng²⁰. Như trên đã phân tích, đây là quyền nhân thân của người bị kết án tử hình, thể hiện sự ăn năn hối cải của họ và ước nguyện muốn đền đáp lại một phần tội lỗi của mình; giúp một số người đang cần ghép tạng có cơ hội tiếp tục cuộc sống. Hơn thế nữa, tất cả hạn chế trên đều có thể được khắc phục bằng những quy định như: Kiểm tra tình trạng sức khỏe của người muốn hiến tạng; giữ bí mật thông tin cá nhân của người bị kết án tử hình đã hiến tạng²¹.

Về quyền hiến tạng của người bị kết án tử hình, pháp luật các nước có một điểm tương đồng là không cấm, nhưng lại không có quy định để điều chỉnh trực tiếp và như vậy, họ thường bị từ chối việc hiến tạng. Vấn đề này hiện vẫn đang gây tranh luận trong giới luật học và y học. Những người không ủng hộ quyền hiến tạng của người bị

kết án tử hình thường dựa vào hai lý do bao gồm: Những rào cản thực tế (practical barriers) và sự lo ngại về đạo đức (ethical/moral concerns)²². Quy trình thi hành án (sau khi tiêm mũi cuối cùng thường phải đợi từ 10-15 phút mới kết luận người bị thi hành án đã chết hay chưa) và đặc điểm nhân thân, tình trạng sức khỏe của người bị tử hình (tuổi tác, bệnh truyền nhiễm, béo phì,...) dẫn đến suy luận cho rằng chất lượng nội tạng của họ không tốt, không phù hợp để tiến hành cấy ghép; và cũng giống như ý kiến đã đề cập phía trên, những trường hợp hiến tạng chỉ là số ít. Liên quan đến vấn đề đạo đức, việc ghi nhận quyền hiến tạng của người bị kết án tử hình còn có thể dẫn đến tình trạng ép buộc, cưỡng bức và không đạt được mục đích của hình phạt này là trừng trị và phòng ngừa tội phạm bởi vì người hiến tạng sẽ được tán dương vì lòng nhân đạo, đặc biệt bởi người được ghép tạng²³.

Ngược lại, những người ủng hộ việc ghi nhận quyền hiến tạng của người bị kết án tử hình thì cho rằng, tất cả những lập luận trên đều không thuyết phục. Có thể những trường hợp được ghép tạng của người bị kết án tử hình là rất ít, nhưng đối với người nhận nội tạng và gia đình của họ thì đây là một điều có ý nghĩa vô cùng to lớn. Quy trình thi hành án tử hình nếu so sánh với quy trình ghép tạng tại bệnh viện thì thời gian là không khác nhau nhiều. Khi rút ống thở đối với trường hợp ghép tạng tại bệnh viện thì mất một khoảng thời gian người

(Xem tiếp trang 50)

¹⁹ Tham khảo thêm: Phạm Văn Beo (2010), “Một số ý kiến về thi hành án tử hình trong dự thảo Luật Thi hành án hình sự”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 06; Nguyễn Thị Mai (2015), “Một số vướng mắc về thi hành án tử hình”, Tạp chí Nghề luật, số 03; Luật sư Nguyễn Hồng Hà (2017), “Tử tù sẽ được kết hôn?”, Người lao động online, <http://nld.com.vn/phap-luat/tu-tu-se-duoc-ket-hon-20170208214534274.htm>, truy cập ngày 11/01/2018.

²⁰ Ý kiến của Thiệu tướng, GS. TS. Trịnh Văn Thanh, Hiệu trưởng Trường Đại học Cảnh sát nhân dân tại Hội thảo khoa học: “Nâng cao hiệu quả công tác thi hành án hình sự của Công an các tỉnh, thành phố phía Nam”, Trường Đại học Cảnh sát nhân dân, tháng 04/2018.

²¹ Phạm Văn Beo (2010), “Một số ý kiến về thi hành án tử hình trong dự thảo Luật Thi hành án hình sự”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 06, tr. 17.

²² Shu S. Lin, Lauren Rich, Jay D. Pal, and Robert M. Sade (2012), “Prisoners on Death Row Should be Accepted as Organ Donors”, The National Center for Biotechnology Information, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3388804/>, truy cập ngày 28/5/2018.

²³ Tlđđ.

BÌNH LUẬN QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015 VỀ HỢP ĐỒNG TẶNG CHO TÀI SẢN

Vũ Thị Hồng Yến*

Tóm tắt: Trên cơ sở nhận diện bản chất pháp lý của hợp đồng tặng cho tài sản, bài viết phát hiện và bình luận những bất cập, thiếu sót trong các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về: Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho; hậu quả pháp lý của việc tặng cho tài sản không thuộc quyền sở hữu của bên tặng cho; tặng cho có điều kiện; từ đó đề xuất các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về nội dung này.

Abstract: On the basis of identification of legal nature of contracts for gifts of property, the article shows and gives comments on shortcomings and deficiency in regulations of the 2015 Civil Code as follow: time when contracts for gifts take effect; legal consequences of gifts of property that is not in the ownership of the giver; conditional gifts of property. Thereby, the paper proposes solutions to improve the law on contracts for gifts of property.

1. Nhận diện bản chất pháp lý của hợp đồng tặng cho tài sản

Hợp đồng tặng cho tài sản giống hợp đồng mua bán tài sản ở chỗ đều có sự chuyển giao tài sản và quyền sở hữu tài sản đó từ chủ thể này sang chủ thể khác, nhưng bên nhận tài sản và quyền sở hữu đối với tài sản đó không phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán giống như trong hợp đồng mua bán tài sản¹. Mặc dù quan hệ tặng cho tài sản mang lại lợi ích cho bên được tặng cho, nhưng ý chí đồng ý tiếp nhận lợi ích hay không của bên được tặng cho vẫn là yếu tố quyết định. Như vậy, chủ thể của hợp đồng tặng cho phải được xác định cụ thể ngay tại thời điểm giao kết hợp đồng và phải có sự thống nhất ý chí tặng cho – nhận của các bên. Trường hợp người được tặng cho là người chưa thành niên, người mất hoặc có khó

khăn về nhận thức và làm chủ hành vi, hợp đồng tặng cho vẫn có hiệu lực do tặng cho là loại giao dịch “chỉ làm phát sinh quyền” cho bên được tặng cho. Hợp đồng tặng cho chỉ vô hiệu khi chứng minh được việc tặng cho tài sản cho người chưa thành niên hay người mất năng lực hành vi dân sự nhằm trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ, nhằm tẩu tán tài sản phải thi hành án của bên tặng cho tài sản.

Như vậy, bản chất pháp lý của hợp đồng tặng cho là hợp đồng chuyển quyền sở hữu và không có đền bù; có hiệu lực ngay cả khi bên được tặng cho là người không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ.

Tuy nhiên, trong giới học giả còn nhiều quan điểm chưa thống nhất về các đặc điểm pháp lý sau của hợp đồng tặng cho: Là hợp đồng thực tế hay ưng thuận? Là hợp đồng song vụ hay đơn vụ? Là hợp đồng có đền bù hay không có đền bù?² Tác giả cho rằng các

* PGS.TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ “Hợp đồng tặng cho tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên tặng cho giao tài sản của mình và chuyển quyền sở hữu cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù, bên được tặng cho đồng ý nhận” (Điều 457 Bộ luật Dân sự năm 2015).

² Xem thêm: Lê Thị Giang, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015*, Nxb. Công an nhân dân, 2017, tr. 684-685.

đặc điểm này có sự liên hệ với nhau. Xuất phát từ thực tiễn giải quyết các tranh chấp của hợp đồng tặng cho tài sản, có thể thấy đây là hợp đồng thực tế (hợp đồng tặng cho chỉ phát sinh hiệu lực khi bên được tặng cho nhận tài sản được tặng cho, trừ trường hợp luật có quy định khác); là hợp đồng không có đền bù (vì bên được tặng cho không phải chuyển cho bên tặng cho bất cứ lợi ích vật chất nào) và là hợp đồng đơn vụ (vì bên được tặng cho không phải thực hiện bất cứ nghĩa vụ vào với bên tặng cho)³.

2. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản

Hợp đồng tặng cho tài sản có hiệu lực ở hai thời điểm sau⁴:

Thứ nhất, đó là thời điểm bên được tặng cho nhận được tài sản tặng cho, trừ trường hợp có thoả thuận khác, nếu tài sản được tặng cho là tài sản không đăng ký quyền sở hữu. Đây cũng chính là thời điểm xác lập quyền sở hữu theo quy định tại Điều 161 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015. Có thể hiểu, đối với tài sản không đăng ký quyền sở hữu, thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho trùng với thời điểm xác lập quyền sở hữu của bên được tặng cho đối với tài sản và cũng là thời điểm mục đích của hợp đồng tặng cho đã đạt được. Hay nói cách khác, đây là loại hợp đồng thực tế: Việc xác lập, thực hiện hợp đồng diễn ra đồng thời và chấm dứt hợp đồng ngay.

Thứ hai, đó là thời điểm đăng ký, nếu tài sản tặng cho là tài sản có đăng ký quyền sở hữu. Đăng ký là hoạt động ghi chép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về các

thông tin liên quan đến tài sản, trong đó có các thông tin về quyền sở hữu của tài sản. Tài sản có đăng ký quyền sở hữu (như nhà, đất, ô tô, xe máy...) là đối tượng chịu sự quản lý của Nhà nước; do đó thông tin về chuyển dịch quyền sở hữu tài sản tặng cho phải được đăng ký. Đây cũng là thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với tài sản tặng cho và cũng là thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho loại tài sản có đăng ký quyền sở hữu. Quy định này của BLDS năm 2015 phù hợp với quy định tại khoản 3 Điều 188 của Luật Đất đai năm 2013: Hợp đồng tặng cho quyền sử dụng đất có hiệu lực tại thời điểm hoàn tất thông tin tại Sổ đăng ký; tuy nhiên không đồng nhất với quy định về tặng cho nhà theo khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014:

“Trường hợp mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này.

Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng”.

Nếu căn cứ vào quy định của Luật Đất đai năm 2013 và quy định của Luật Nhà ở năm 2014, sẽ có 2 thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng: Thời điểm công chứng đối với hợp đồng tặng cho nhà ở và thời điểm đăng ký đối với hợp đồng tặng cho quyền sử dụng đất. Vậy hợp đồng tặng cho nhà ở, quyền sử dụng đất chỉ có công chứng mà không đăng ký thì sẽ vô hiệu toàn bộ hay vô hiệu một phần? Khoản 2 Điều 129 của BLDS năm 2015 đưa ra giải pháp cho hợp đồng vi phạm về hình thức lễ ra phải công chứng nhưng không công chứng thì

³ Riêng đối với hợp đồng tặng cho có điều kiện, tác giả đã tách riêng đề bình luận tại mục 4 của bài viết này.

⁴ Quy định tại Điều 458 và 459 Bộ luật Dân sự năm 2015.

toà án sẽ căn cứ vào thực tiễn thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng để công nhận hiệu lực của hợp đồng; còn giải pháp đối với hợp đồng tặng cho lẽ ra phải đăng ký nhưng không đăng ký thì đang còn bỏ ngỏ trong BLDS năm 2015.

Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 12 Luật Nhà ở năm 2014 quy định thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với nhà ở tặng cho là thời điểm nhận bàn giao nhà: “*Trường hợp góp vốn, tặng cho, đổi nhà ở thì thời điểm chuyển quyền sở hữu là kể từ thời điểm bên nhận góp vốn, bên nhận tặng cho, bên nhận đổi nhận bàn giao nhà ở từ bên góp vốn, bên tặng cho, bên đổi nhà ở*” mà không phụ thuộc vào hợp đồng đó đã có hiệu lực hay chưa. Giả sử A tặng cho B nhà ở: A đã giao nhà cho B nhưng hợp đồng tặng cho chỉ viết tay, không được công chứng thì quyền sở hữu nhà đã chuyển cho B ngay cả khi hợp đồng tặng cho chưa có hiệu lực. Bởi muốn có hiệu lực phải chờ có bản án có hiệu lực của Toà án công nhận hiệu lực của hợp đồng theo khoản 2 Điều 129 BLDS năm 2015.

Liên quan đến vấn đề này, Điều 458 và 459 BLDS năm 2015 quy định về tặng cho động sản và tặng cho bất động sản như sau:

Điều 458. Tặng cho động sản

1. *Hợp đồng tặng cho động sản có hiệu lực kể từ thời điểm bên được tặng cho nhận tài sản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.*

2. *Đối với động sản mà luật có quy định đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký.*

Điều 459. Tặng cho bất động sản

1. *Tặng cho bất động sản phải được lập thành văn bản có công chứng, chứng thực hoặc phải đăng ký, nếu bất động sản phải đăng ký quyền sở hữu theo quy định của luật.*

2. *Hợp đồng tặng cho bất động sản có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký; nếu bất động sản không phải đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản.*

Với những quy định trên, có thể thấy rằng:

a) Việc quy định hợp đồng tặng cho theo 2 hình thức của tài sản là động sản và bất động sản là không cần thiết, vì suy cho cùng căn cứ cho các giải pháp được thiết kế trong các điều luật trên, nhà làm luật lại dựa vào tính chất của tài sản là loại có đăng ký hay không đăng ký quyền sở hữu.

b) Thiếu quy định về thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với tặng cho tài sản có đăng ký quyền sở hữu. Mặc dù hai điều luật trên cũng không có quy định về thời điểm chuyển quyền sở hữu đối với tặng cho tài sản không đăng ký quyền sở hữu, nhưng căn cứ vào Điều 161 BLDS năm 2015 (theo nguyên tắc áp dụng pháp luật: Nếu quy định riêng về hợp đồng cụ thể không có thì sẽ áp dụng quy định chung trong BLDS) thì đó là thời điểm giao/nhận tài sản tặng cho. Còn thời điểm chuyển quyền sở hữu trong tặng cho tài sản có đăng ký quyền sở hữu thì hiện tại không có quy định cụ thể trong BLDS năm 2015. Do đó sẽ thiếu giải pháp cho các tình huống sau đây: (i) Bên được tặng cho đã nhận nhà ở, quyền sử dụng đất nhưng chưa thực hiện việc đăng ký thì liệu đã có quyền sở hữu đối với tài sản tặng cho chưa? (ii) Hợp đồng tặng cho đã đăng ký (đã phát sinh hiệu lực theo quy định của Điều 459), nhưng bên được tặng cho chưa nhận nhà ở, quyền sử dụng đất thì đã có quyền sở hữu đối với tài sản tặng cho chưa? Đây là những câu hỏi cần được trả lời trong BLDS vì nó liên quan đến hệ quả của việc xác

định quyền sở hữu đối với tài sản tặng cho: Rủi ro xảy ra đối với tài sản ai chịu; hoa lợi, lợi tức phát sinh từ tài sản ai hưởng?

c) Quy định về hình thức của hợp đồng tặng cho bất động sản, điều luật sử dụng từ “hoặc”: *“Tặng cho bất động sản phải được lập thành văn bản có công chứng, chứng thực hoặc phải đăng ký, nếu bất động sản phải đăng ký quyền sở hữu theo quy định của luật”*. Từ “hoặc” được hiểu là chủ thể xác lập giao dịch được chọn một trong hai hình thức: Chỉ công chứng không cần đăng ký hoặc chỉ đăng ký không cần công chứng. Nhưng thực tế thì hợp đồng tặng cho bất động sản có đăng ký quyền sở hữu thì cơ quan có thẩm quyền chỉ tiến hành đăng ký trên cơ sở hợp đồng tặng cho đã được công chứng. Do đó, từ “và” hay dấu phẩy thay thế cho từ “hoặc” có lẽ sẽ là hợp lý hơn.

3. Hậu quả pháp lý của việc tặng cho tài sản không thuộc quyền sở hữu của bên tặng cho

Điều 460 BLDS năm 2015 quy định:

“Trường hợp bên tặng cho cố ý tặng cho tài sản không thuộc sở hữu của mình mà bên được tặng cho không biết hoặc không thể biết về việc đó thì bên tặng cho phải thanh toán chi phí để làm tăng giá trị của tài sản cho bên được tặng cho khi chủ sở hữu lấy lại tài sản”.

Ở đây nhà làm luật đã đưa ra giải pháp cho quyền lợi của 3 chủ thể trong một quan hệ, đó là: Chủ sở hữu của tài sản tặng cho; bên cố ý tặng cho tài sản của người khác; bên được tặng cho tài sản. Theo đó, chủ sở hữu có quyền đòi lại tài sản từ bên được tặng cho ngay tình; còn bên cố ý tặng cho tài sản của người khác phải thanh toán chi phí để làm tăng giá trị cho tài sản tặng cho. Như vậy, chủ sở hữu của tài sản là người

được hưởng lợi từ sự tăng thêm của tài sản tặng cho khi kiện đòi lại tài sản đó. Giải pháp cho trường hợp hoàn trả tài sản nói chung được quy định tại Điều 583 là chủ sở hữu phải thanh toán chi phí này đối với bên được tặng cho ngay tình chứ không phải bên tặng cho: *“Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản, người bị thiệt hại được hoàn trả tài sản thì phải thanh toán chi phí cần thiết mà người chiếm hữu, người sử dụng tài sản, người được lợi về tài sản mà không có căn cứ pháp luật nhưng ngay tình đã bỏ ra để bảo quản, làm tăng giá trị của tài sản”*. Như vậy, có thể coi như quy định tại Điều 460 là giải pháp riêng biệt cho hợp đồng tặng cho tài sản mà bên tặng cho có lỗi cố ý.

Vậy ai có nghĩa vụ chứng minh lỗi cố ý của bên tặng cho trong bối cảnh của điều luật này? Dựa trên nguyên tắc lỗi suy đoán của pháp luật dân sự, bên tặng cho tài sản của người khác bị coi là có lỗi và có nghĩa vụ chứng minh không có lỗi. Còn việc chứng minh mức độ lỗi cố ý hay vô ý của bên tặng cho thì sẽ do chủ sở hữu của tài sản tặng cho chứng minh để chuyển nghĩa vụ thanh toán chi phí làm tăng giá trị của tài sản sang cho bên tặng cho.

Điều luật nêu trên thiếu giải pháp cho trường hợp bên tặng cho có lỗi vô ý khi tặng cho tài sản của người khác. Như vậy, trường hợp chính bản thân người tặng cho cũng không thể biết tài sản đó không thuộc sở hữu của mình (như được lợi về tài sản) thì trách nhiệm thanh toán chi phí làm tăng giá trị cho tài sản đối với bên được tặng cho có đặt ra hay không?

4. Tặng cho tài sản có điều kiện

Tặng cho vốn dĩ là hợp đồng không có đền bù theo như quy định tại Điều 457 BLDS năm 2015 nhưng thực tế cho thấy,

đây là hợp đồng mà bên tặng cho thường đưa các điều kiện kèm theo đối với bên được tặng cho. Vậy điều kiện tặng cho này được pháp luật quy định như thế nào, liệu nó có làm mất đi đặc điểm “không có đền bù” của hợp đồng tặng cho không? Điều 462 của BLDS năm 2015 quy định:

“1. Bên tặng cho có thể yêu cầu bên được tặng cho thực hiện một hoặc nhiều nghĩa vụ trước hoặc sau khi tặng cho. Điều kiện tặng cho không được vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội.”

2. Trường hợp phải thực hiện nghĩa vụ trước khi tặng cho, nếu bên được tặng cho đã hoàn thành nghĩa vụ mà bên tặng cho không giao tài sản thì bên tặng cho phải thanh toán nghĩa vụ mà bên được tặng cho đã thực hiện.

3. Trường hợp phải thực hiện nghĩa vụ sau khi tặng cho mà bên được tặng cho không thực hiện thì bên tặng cho có quyền đòi lại tài sản và yêu cầu bồi thường thiệt hại”.

Điều luật trên đã chỉ rõ nội dung sau:

- *Điều kiện của hợp đồng tặng cho là việc thực hiện một hoặc nhiều nghĩa vụ*

Tác giả xin được bình luận một số nội dung cần làm sáng tỏ như sau:

Một là: Đây là loại điều kiện làm phát sinh hay chấm dứt hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản? Và điều kiện này có phải thoả mãn các yêu cầu luật định nào không?

Các giải pháp được thiết kế trong Điều 462 đều dẫn đến việc làm chấm dứt quan hệ tặng cho (khoản 3) hoặc không làm phát sinh quan hệ tặng cho (khoản 2); do đó, điều kiện của Điều 462 không thuộc phạm vi các điều kiện của Điều 120 BLDS năm 2015⁵.

⁵ Điều 120 BLDS năm 2015 quy định:

Có thể thấy, điều kiện của Điều 462 là việc thực hiện một hay nhiều nghĩa vụ. Việc thực hiện nghĩa vụ là hành vi có tính chủ quan của con người nên quá trình thực hiện nghĩa vụ với các yêu cầu của điều kiện theo khoản 2 Điều 120 BLDS là không thể áp dụng được cho trường hợp này. Các nghĩa vụ phải thực hiện là điều kiện của hợp đồng tặng cho tài sản chỉ cần đáp ứng yêu cầu: Không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Hơn nữa, theo khoản 2 Điều 462 thì nghĩa vụ này phải trị giá được thành tiền – có nghĩa là không phải các nghĩa vụ gắn với yếu tố nhân thân. Ví dụ: A tặng cho B ngôi nhà với điều kiện B phải thi đỗ, học và nhận được bằng tốt nghiệp cử nhân Luật. Khi B đã thực hiện xong nghĩa vụ thì A có quyền không tặng cho nhà nữa mà chỉ phải thanh toán nghĩa vụ học hành mà B đã thực hiện. Nghĩa vụ thi, học này có trị giá được thành tiền không, hay chỉ là những chi phí học tập, học phí, ăn uống, sinh hoạt trong thời gian học? Tác giả cho rằng, những chi phí đã bỏ ra để tổ chức thực hiện công việc với giá trị của nghĩa vụ là khác nhau; đồng thời nghĩa vụ thi đỗ, học này không trị giá được thành tiền. Điều kiện như vậy là không phù hợp theo quy định tại khoản 2 Điều 462 BLDS năm 2015. Hoặc, nếu điều kiện hạn chế quyền của bên được tặng cho thì loại điều kiện này thuộc phạm vi điều chỉnh của điều luật trên hay không?

“1. Trường hợp các bên có thỏa thuận về điều kiện phát sinh hoặc hủy bỏ giao dịch dân sự thì khi điều kiện đó xảy ra, giao dịch dân sự phát sinh hoặc hủy bỏ.”

2. Trường hợp điều kiện làm phát sinh hoặc hủy bỏ giao dịch dân sự không thể xảy ra được do hành vi cố ý cản trở trực tiếp hoặc gián tiếp của một bên thì coi như điều kiện đó đã xảy ra; trường hợp có sự tác động trực tiếp hoặc gián tiếp của một bên cố ý thúc đẩy cho điều kiện xảy ra thì coi như điều kiện đó không xảy ra”.

Ví dụ: Người mẹ tặng cho con gái quyền sử dụng đất và nhà ở với điều kiện “không được bán”. Theo tác giả Phạm Thị Hằng thì loại điều kiện này còn bị bỏ sót trong quy định của pháp luật hiện hành⁶. Tác giả cho rằng, loại điều kiện này không phải là điều kiện làm phát sinh hay chấm dứt hiệu lực của hợp đồng tặng cho nên không bị điều chỉnh bởi Điều 426 của BLDS năm 2015. Nhưng, có thể hiểu điều kiện “không được bán” này vẫn có giá trị trong nội dung của hợp đồng tặng cho, bởi trong mẫu cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hiện hành có phần dành cho việc ghi rõ những hạn chế của mảnh đất đó⁷.

Hai là: Việc thực hiện một hay nhiều nghĩa vụ là căn cứ để hình thành quan hệ nghĩa vụ, vậy bên có quyền được hưởng lợi từ việc thực hiện nghĩa vụ này là ai?

Theo quy định của Điều 274 BLDS năm 2015 thì việc thực hiện nghĩa vụ luôn gắn với lợi ích của bên có quyền⁸. Vậy bên có quyền đối với hành vi thực hiện nghĩa vụ của Điều 462 là ai? Nếu là bên tặng cho tài sản thì giả thiết này sẽ phá vỡ bản chất của hợp đồng tặng cho là hợp đồng không có đền bù, vì nếu bên tặng cho nhận lợi ích từ

nghĩa vụ do bên được tặng cho thực hiện thì quan hệ giữa họ lại mang tính chất của một quan hệ có đền bù. Nếu bên có quyền là người thứ ba nhận lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ của bên được tặng cho thì cũng khiến cho hợp đồng tặng cho có tính đền bù vì bên tặng cho là người quyết định chọn việc chuyển lợi ích mà lẽ ra mình được nhận cho người thứ ba. Còn nếu bên có quyền lại chính là bên được tặng cho, nghĩa là bên được tặng cho phải thực hiện nghĩa vụ vì lợi ích của chính mình thì giả thiết này khiến hợp đồng tặng cho tuy vẫn giữ tính không đền bù, nhưng làm cho quan hệ nghĩa vụ trở nên không có ý nghĩa; vì có sự hỗn nhập tư cách của chủ thể có quyền và chủ thể có nghĩa vụ.

- Mọi quan hệ về thời gian và hiệu lực của hợp đồng tặng cho với việc hoàn thành hay không hoàn thành nghĩa vụ là điều kiện tặng cho

Có 2 trường hợp được dự liệu trong bối cảnh này:

Thứ nhất, nghĩa vụ được thực hiện và hoàn thành trước so với thời điểm giao tài sản tặng cho thì bên tặng cho không buộc phải giao tài sản tặng cho mà chỉ phải thanh toán nghĩa vụ mà bên tặng cho đã thực hiện. Lý do nào giải thích việc bên tặng cho được quyền chối bỏ cam kết trước đây của mình để không phải giao tài sản tặng cho? Tác giả cho rằng, cho dù hợp đồng tặng cho chưa phát sinh hiệu lực (tài sản tặng cho chưa được giao), nhưng đã có một lời cam kết cho tài sản đã hình thành trước đó. Vậy giá trị của lời cam kết tặng cho tài sản là gì? Có phải là một lời đề nghị giao kết hợp đồng tặng cho và lời đề nghị này đã được phía bên kia chấp nhận toàn bộ? Xét khoản 1 Điều 393 BLDS năm 2015, hợp đồng tặng

⁶ Phạm Thị Hằng, *Tặng cho tài sản có điều kiện và một số vướng mắc từ thực tiễn*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, <http://tapchitoaan.vn/bai-viet/trao-doi-y-kien/tang-cho-tai-san-co-dieu-kien-va-mot-so-vuong-mac-tu-thuc-tien/HkPITTouf.html>, truy cập ngày 10/7/2018.

⁷ Xem khoản 1 Điều 11 Thông tư số 23/2014/TT-BTNMT Quy định về Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

⁸ Điều 274: “*Nghĩa vụ là việc mà theo đó, một hoặc nhiều chủ thể (sau đây gọi chung là bên có nghĩa vụ) phải chuyển giao vật, chuyển giao quyền, trả tiền hoặc giấy tờ có giá, thực hiện công việc hoặc không được thực hiện công việc nhất định vì lợi ích của một hoặc nhiều chủ thể khác (sau đây gọi chung là bên có quyền)*”.

cho tài sản đã được giao kết: “*Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị*”. Tuy nhiên, hợp đồng tặng cho được giao kết, nhưng vẫn chưa phát sinh hiệu lực (thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản là thời điểm giao tài sản tặng cho hoặc thời điểm đăng ký), chưa có sự ràng buộc trách nhiệm giữa các bên. Vậy hậu quả của việc phá bỏ một hợp đồng đã giao kết, mà chưa phát sinh hiệu lực là gì? Câu trả lời cho vấn đề này hiện không có trong quy định của BLDS năm 2015, nhưng cần thiết phải có giải pháp giải quyết thoả đáng. Tác giả cho rằng, bên tặng cho vẫn bị ràng buộc và chịu trách nhiệm về cam kết của mình nếu chỉ bằng mỗi việc thanh toán nghĩa vụ mà bên tặng cho đã thực hiện, thì xét về lẽ công bằng dưới giác độ quyền lợi của bên được tặng cho là không hợp lý. Bởi điều mà bên được tặng cho mong muốn là được sở hữu tài sản tặng cho chứ không phải là nhận số tiền thanh toán cho nghĩa vụ đã thực hiện. Họ thực hiện nghĩa vụ này không phải vì tiền mà vì tài sản tặng cho và vì tình cảm mà người tặng cho hứa hẹn sẽ trao cho họ.

Căn cứ để thay thế từ nghĩa vụ giao tài sản thành nghĩa vụ thanh toán dựa trên sự thoả thuận của các bên⁹, chứ không thể mặc nhiên như giải pháp của khoản 2 Điều 462

⁹ Điều 377 BLDS năm 2015: “1. Trường hợp các bên thoả thuận thay thế nghĩa vụ ban đầu bằng nghĩa vụ khác thì nghĩa vụ ban đầu chấm dứt. 2. Nghĩa vụ cũng chấm dứt, nếu bên có quyền đã tiếp nhận tài sản hoặc công việc khác thay thế cho tài sản hoặc công việc đã thoả thuận trước. 3. Trường hợp nghĩa vụ là nghĩa vụ cấp dưỡng, bồi thường thiệt hại do xâm phạm tính mạng, sức khoẻ, danh dự, nhân phẩm, uy tín và các nghĩa vụ khác gắn liền với nhân thân không thể chuyển cho người khác được thì không được thay thế bằng nghĩa vụ khác”.

này. Điều luật đã chuyển quyền và nghĩa vụ của các bên từ hợp đồng tặng cho sang hợp đồng dịch vụ, do việc yêu cầu bên tặng cho phải thanh toán nghĩa vụ; tuy nhiên lại không có quy định về nghĩa vụ tiếp nhận lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ dành cho ai, cho bên được tặng cho hay cho bên tặng cho. Theo tác giả, cho dù hợp đồng tặng cho tài sản chưa phát sinh hiệu lực, nhưng vì sự bội ước của mình, bên tặng cho vẫn phải chịu trách nhiệm như sau: (i) Bồi thường tổn thất tinh thần cho người được tặng cho; (ii) Thanh toán số tiền theo giá trị của tài sản tặng cho chứ không phải là giá trị của nghĩa vụ đã hoàn thành; (iii) Bồi thường các thiệt hại khác (nếu có).

Thứ hai, quan hệ tặng cho đã phát sinh hiệu lực và đã thực hiện xong, còn việc thực hiện nghĩa vụ xảy ra sau; sau đó nghĩa vụ không thực hiện thì hợp đồng tặng cho sẽ bị huỷ bỏ: Bên tặng cho đòi lại tài sản và yêu cầu bồi thường thiệt hại. Như vậy, việc không thực hiện nghĩa vụ là điều kiện huỷ bỏ hợp đồng tặng cho. Nếu xét về sự thống nhất của một điều luật cũng như sự đồng bộ của một văn bản pháp luật, có thể thấy, giải pháp của khoản 3 Điều 462 có sự mâu thuẫn với khoản 2 Điều 462. Bởi lẽ, khoản 2 thiết kế giải pháp là nghĩa vụ được hoàn thành trước, nhưng tài sản chưa giao thì các bên chỉ thực hiện quyền và nghĩa vụ theo quan hệ nghĩa vụ, coi như không liên quan đến hợp đồng tặng cho. Tuy nhiên, đến khoản 3, nếu hợp đồng tặng cho đã thực hiện mà nghĩa vụ không thực hiện thì hợp đồng tặng cho bị huỷ bỏ ngay. Với quy định này có thể dẫn đến suy diễn: Phải chăng điều luật ngầm ủng hộ cho sự bội ước của bên tặng cho và đẩy bên được tặng cho vào tình cảnh bị lừa mà không có căn cứ nào để bảo vệ quyền lợi của mình.

Từ sự phân tích các bất cập nêu trên liên quan đến hợp đồng tặng cho có điều kiện, tác giả cho rằng, Điều 462 của BLDS năm 2015 cần sửa đổi cụ thể như sau:

+ *Sửa đổi điều kiện trong hợp đồng tặng cho có điều kiện*: Không chỉ là điều kiện về thực hiện nghĩa vụ, mà mở rộng các loại điều kiện khác (điều kiện làm phát sinh hiệu lực và điều kiện làm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng tặng cho) theo như quy định tại Điều 120 BLDS năm 2015. Trường hợp quy định thực hiện nghĩa vụ là điều kiện phát sinh hiệu lực hay chấm dứt hợp đồng tặng cho, cần quy định rõ điều kiện việc hoàn thành nghĩa vụ là điều kiện phát sinh hay chấm dứt hiệu lực của hợp đồng này mà không phụ thuộc vào quy định khác của pháp luật về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng tặng cho.

+ *Cần có giải pháp dự liệu cho việc tặng cho tài sản mà bên tặng cho giữ lại quyền hưởng dụng tài sản cho mình*. Giải pháp này cũng để phù hợp với quy định mới của BLDS năm 2015 về quyền hưởng dụng như: Bà A tặng cho con trai nhà ở, nhưng giữ lại quyền hưởng dụng đối với ngôi nhà đó cho đến khi bà A chết (đó là quyền khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức từ ngôi nhà đã tặng cho con trai).

+ *Nên quy định hợp đồng tặng cho là hợp đồng có đền bù hoặc không có đền bù*. Theo đó, hợp đồng tặng cho có điều kiện là hợp đồng có đền bù, bên nhận lợi ích từ thực hiện nghĩa vụ là bên tặng cho. Có như thế điều luật mới áp dụng phổ quát cho các trường hợp xảy ra trong thực tiễn cuộc sống. Ví dụ như rất nhiều cha mẹ tặng cho con cái tài sản với điều kiện phải phụng dưỡng cha mẹ khi già yếu...

+ *Nên có giải pháp riêng về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho đối với những hành vi hứa tặng cho trong các chương trình từ thiện*. Đó là đối với những lời hứa tặng cho công khai thì sẽ phát sinh hiệu lực ngay tại thời điểm lời hứa tặng cho được công bố chứ không phải là thời điểm giao/nhận tài sản tặng cho. Giải pháp này xuất phát từ thực tiễn: Các hoạt động kêu gọi từ thiện bằng cách tổ chức các chương trình truyền hình trực tiếp, chương trình ca nhạc... và một số cá nhân, doanh nghiệp đã tuyên bố ủng hộ tiền (những người này đã đứng trên sân khấu cầm những biển hiệu ghi số tiền tài trợ, lời tuyên bố này có được ghi âm, ghi hình và cả hội trường chứng kiến), nhưng sau đó những người tổ chức chương trình đến đề nghị họ chuyển tiền ủng hộ thì họ từ chối. Nếu căn cứ vào quy định của BLDS năm 2015 thì sẽ không có cơ sở pháp lý để yêu cầu các cá nhân, doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm về lời hứa của họ. Ở đây, họ đã lợi dụng chương trình để quảng cáo miễn phí, còn việc có đưa các hành vi nêu trên ra trước công luận hay không thì rất khó vì không ai kiểm soát được những lý do chính đáng hoặc lý do bất khả kháng họ đưa ra để từ chối việc tặng cho số tiền đã hứa cho các tổ chức từ thiện.

Tặng cho tài sản là một hợp đồng rất phổ biến trong cuộc sống và tiềm ẩn những tranh chấp phát sinh. Điều này đòi hỏi chất lượng của các quy định của pháp luật trong việc dự liệu các tình huống và xây dựng các giải pháp cho các tình huống đó phải cần chính xác và hợp lý. Những bình luận và đóng góp ý kiến của tác giả đối với quy định về hợp đồng tặng cho trong BLDS năm 2015 nhằm hướng tới mục tiêu này.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ MANG THAI HỘ VÌ MỤC ĐÍCH NHÂN ĐẠO DƯỚI GÓC ĐỘ BẢO VỆ QUYỀN TRẺ EM

Nguyễn Thị Lê Huyền*

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu về chế định mang thai hộ vì mục đích nhân đạo dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em. Trên cơ sở đó, bài viết phân tích những điểm bất cập, hạn chế và đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật nhằm hướng tới việc đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của trẻ em trong chế định đầy chất nhân văn này.

Abstract: The paper focuses on the regulation on surrogacy for humanitarian purposes from the perspective of protection of children's rights. On this basis, the paper analyzes shortcomings, limitations and thereby makes proposals to improve the law in light of ensuring rights and legitimate interests of surrogated children.

1. Dẫn nhập

Trong quan hệ pháp luật hôn nhân và gia đình, trẻ em là một trong những chủ thể trung tâm; luôn được chú trọng, bảo vệ và bảo đảm rằng trẻ em có thể thực hiện đầy đủ các quyền và bổn phận của mình; luôn được ưu tiên trong các quyết định liên quan đến trẻ em vì các lợi ích tốt nhất; không bị phân biệt đối xử; luôn được tôn trọng và lắng nghe các ý kiến và nguyện vọng. Điều này là hoàn toàn phù hợp với các nguyên tắc bảo vệ quyền trẻ em được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013 và Luật Trẻ em năm 2016¹. Do đó, trong việc xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật nói chung, Luật Hôn nhân và Gia đình (LHN&GD) năm 2014 nói riêng, vấn đề lồng ghép bảo vệ quyền trẻ em là một nội dung rất quan trọng và luôn được các cơ quan có thẩm quyền cũng như cộng đồng quan tâm, chú ý.

Một trong những quy định hoàn toàn mới được LHN&GD năm 2014 ghi nhận,

thu hút được sự quan tâm đặc biệt của dư luận xã hội là việc lần đầu tiên các cặp vợ chồng vô sinh được phép thực hiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo tại Việt Nam². Đây là một trong những chế định có liên quan chặt chẽ đến chủ thể là trẻ em. Không giống như những đứa trẻ được sinh ra trong điều kiện thông thường, những đứa trẻ được sinh ra từ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo có thể phải đối diện với những tác động tiêu cực hoặc khả năng bị xâm hại quyền cao hơn những đứa trẻ khác. Ví dụ, chúng có thể phải đối mặt với khả năng bị tổn thương tâm lý vì mặc cảm người “mẹ” sinh ra mình đã “bỏ rơi” mình³, mặc dù bản chất của việc giao con trong mang thai hộ vì mục đích nhân đạo không phải như thế; việc giải quyết các vấn đề xác định quan hệ cha, mẹ con cho trẻ cũng có thể nảy sinh các vấn đề làm ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của trẻ; việc giải quyết mối quan hệ pháp lý liên quan đến khai sinh cho

* ThS., Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

¹ Xem Điều 37 Hiến pháp năm 2013, Điều 5 Luật Trẻ em năm 2016.

² Xem các điều từ Điều 93 đến Điều 99 LHN&GD năm 2014.

³ Xem Eva Steiner, *Surrogacy Agreements in French Law*, The International and Comparative Law, Vol.41, No.4, p. 866 – 875.

trẻ được sinh ra từ mang thai hộ khi kỹ thuật này được thực hiện tại nước ngoài cũng đặt ra nhiều vấn đề cần quan tâm; việc giải quyết hậu quả pháp lý trong trường hợp thỏa thuận mang thai hộ vì mục đích nhân đạo bị tuyên bố vô hiệu cũng chứa đựng những nguy cơ tiềm ẩn dẫn đến việc quyền trẻ em bị xâm phạm... Do đó, việc hoàn thiện pháp luật về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em mang tính cấp thiết và cần được đặt ra cần được đánh giá khách qua, nhiều chiều.

2. Một số bất cập liên quan đến chế định mang thai hộ vì mục đích nhân đạo dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em và giải pháp hoàn thiện

Mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là việc một người phụ nữ tự nguyện, không vì mục đích thương mại mang thai giúp cho cặp vợ chồng mà người vợ không thể mang thai và sinh con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản, bằng việc lấy noãn của người vợ và tinh trùng của người chồng để thụ tinh trong ống nghiệm, sau đó cấy vào tử cung của người phụ nữ tự nguyện mang thai để người này mang thai và sinh con⁴. Như vậy, từ định nghĩa này có thể xác định đứa trẻ được sinh ra trong quan hệ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo có quan hệ huyết thống với cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ. Đây là quy định được đánh giá là hết sức nhân văn, nhằm tạo điều kiện cho cặp vợ chồng không thể tự mình sinh con hiện thực hóa ước mơ làm cha mẹ của chính đứa con có cùng “máu mủ” với mình sau khi họ áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản nhưng vẫn không thành công. Xét dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em, chế định này đã đặt ra những hành lang pháp lý nhằm hướng

đến việc bảo đảm tối đa các quyền và lợi ích hợp pháp của trẻ em được thực thi. Nhưng bên cạnh đó, vẫn còn một số điểm bất cập có thể làm ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp đến sự phát triển của thai nhi cũng như quyền lợi của đứa trẻ sau khi sinh ra. Trong đó, theo tác giả cần lưu ý một số vấn đề sau:

Một là, trong giai đoạn mang thai, về mặt thực tế, người mang thai hộ được nhìn nhận chính là mẹ đẻ của đứa bé vì sự phát triển của đứa trẻ trong giai đoạn này phụ thuộc hoàn toàn vào người mang thai hộ. LHN&GD năm 2014 cũng quy định đứa trẻ được hình thành trong thời gian mang thai *được xem như là con của bên mang thai*: “Người mang thai hộ, chồng của người mang thai hộ có quyền, nghĩa vụ *như cha mẹ* trong việc chăm sóc sức khỏe sinh sản và chăm sóc, nuôi dưỡng con cho đến thời điểm giao đứa trẻ cho bên nhờ mang thai hộ; phải giao đứa trẻ cho bên nhờ mang thai hộ”⁵. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, để đảm bảo quyền lợi tốt nhất cho sự phát triển toàn diện của thai nhi thì người mang thai hộ, chồng của người mang thai hộ không chỉ có quyền, nghĩa vụ “*như cha mẹ*” mà cần xác định bản thân họ chính là cha mẹ hợp pháp. Bởi lẽ, nhiều vấn đề phát sinh trong giai đoạn này liên quan đến đứa trẻ cần được giải quyết như nghĩa vụ chăm sóc, nuôi dưỡng đứa trẻ trong giai đoạn mang thai, quyết định tiếp tục mang thai hay từ bỏ thai nhi... thì chỉ những người nào được xác định là cha mẹ hợp pháp được quyền quyết định. Do đó, đây là nội dung cần được cân nhắc và xác định tư cách chủ thể phù hợp. Về vấn đề này, một trong những kinh nghiệm quốc tế có thể tham khảo là các quy định của pháp luật Australia. Theo đó, Đạo

⁴ Xem khoản 22 Điều 5 LHN&GD 2014.

⁵ Xem khoản 1 Điều 97 LHN&GD 2014.

luật mang thai hộ năm 2010 của Australia quy định: Người phụ nữ mang thai hộ và người chồng sẽ là bố mẹ hợp pháp của đứa trẻ từ lúc bắt đầu mang thai cho đến lúc chuyển giao đứa trẻ cho bên nhờ mang thai hộ⁶. Với quy định này, người phụ nữ mang thai hộ và ngay cả người chồng được gán trách nhiệm, nghĩa vụ chăm sóc và nuôi dưỡng đứa bé như chính con của mình để đảm bảo điều kiện tốt nhất cho đứa bé. Việc xác định cha mẹ rõ ràng về mặt pháp lý này vừa có tác động về mặt pháp luật, vừa nâng cao nhận thức của bên mang thai hộ về việc ràng buộc mình với đứa trẻ. Bản thân họ phải ý thức thực sự rằng, họ chính là cha mẹ hợp pháp của đứa trẻ chứ không đơn thuần chỉ đóng vai trò cha mẹ thay thế cho ai đó. Khi nhận thức này thay đổi, bản thân bên mang thai hộ cũng ý thức rõ hơn trách nhiệm của mình để cho đứa con được pháp luật công nhận là của mình ra đời trong điều kiện tốt nhất, tránh tâm lý mình chỉ “như là” cha mẹ, dễ dẫn đến việc lơ là trong nghĩa vụ nuôi dưỡng, chăm sóc thai nhi, ảnh hưởng xấu đến sức khỏe và sự phát triển toàn diện của thai nhi. Do đó, theo tác giả, khoản 1 Điều 97 LHN&GD năm 2014 nên điều chỉnh là: “*Người phụ nữ mang thai hộ và người chồng của người này sẽ là cha mẹ hợp pháp của đứa trẻ từ lúc bắt đầu mang thai cho đến lúc chuyển giao đứa trẻ cho bên nhờ mang thai hộ*”.

Hai là, theo quy định tại khoản 2 Điều 97 LHN&GD năm 2014, người mang thai hộ phải tuân thủ các điều kiện về việc thăm khám bệnh, các quy trình sàng lọc để phát hiện, điều trị các bất thường, dị tật của bào thai theo quy định của Bộ Y tế. Quy định

này nhằm tạo cơ sở pháp lý đảm bảo đứa trẻ được phát triển bình thường cũng như kịp thời phát hiện và điều trị một cách hiệu quả nhất khi có bất thường xảy ra, hạn chế những hậu quả không mong muốn trong quá trình mang thai.

Mặc dù quy định tại khoản 2 Điều 97 LHN&GD năm 2014 xác định thăm khám là nghĩa vụ của bên mang thai hộ, nhưng vấn đề thực hiện việc thăm khám định kỳ của người phụ nữ mang thai hộ trên thực tế không có cơ chế kiểm soát. Điều này hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí và trách nhiệm của chủ thể là người mang thai. Dễ nhận thấy rằng, nếu trong trường hợp người mẹ mang thai con của chính mình, họ luôn mong muốn điều tốt nhất cho con, ý thức cao trong việc tầm soát phát hiện dị tật sớm để điều trị, song, đối với trường hợp mang thai hộ thì người mang thai chỉ có nghĩa vụ mang thai và sinh con. Sau khi sinh, họ không có trách nhiệm nuôi dưỡng, mọi vấn đề phát sinh sau khi sinh con là nghĩa vụ của bên nhờ mang thai. Điều này dễ khiến họ có thể không chú tâm trong việc thăm khám theo quy định của pháp luật.

Do đó, nếu có cơ chế pháp lý để ràng buộc bên mang thai hộ phải thực hiện nghĩa vụ thăm khám sẽ giải quyết được hai vấn đề lớn trong mang thai hộ vì mục đích nhân đạo: (1) Đảm bảo sự phát triển toàn diện cho thai nhi, bảo đảm tối đa khả năng trẻ được phát triển khỏe mạnh; (2) Hạn chế tối đa tranh chấp giữa các bên trong việc giao nhận con. Ví dụ, do bên mang thai hộ không thực hiện nghĩa vụ thăm khám định kỳ, các quy trình sàng lọc để phát hiện bất thường; dẫn tới việc nên đưa trẻ sinh ra bị dị tật và bên nhờ mang thai không nhận con. Xuất phát sự phân tích trên, tác giả đề xuất rằng, hồ sơ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo của các

⁶ Bộ Tư pháp, *Kinh nghiệm quốc tế về một số vấn đề lớn được quy định trong Luật HN&GD (sửa đổi), Hồ sơ dự án Luật Hôn nhân và gia đình 2014*, tr.8.

bên bắt buộc có văn bản xác nhận của bác sĩ về việc bên mang thai hộ đã thực hiện đầy đủ các lần thăm khám định kì. Đây là điều kiện cần và đủ để cơ sở y tế nơi thực hiện mang thai hộ cấp bản xác nhận về việc sinh con bằng kỹ thuật mang thai hộ cho các bên, làm căn cứ để cơ sở y tế nơi người phụ nữ mang thai hộ sinh con cấp giấy chứng sinh⁷.

Ba là, theo quy định tại khoản 3 Điều 95 LHN&GD năm 2014 về điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, người mang thai hộ phải “ở độ tuổi phù hợp”. Việc quy định về độ tuổi phù hợp để có thể thực hiện việc mang thai hộ cho cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ nhằm hướng đến hai mục đích cơ bản: (1) Đảm bảo sức khỏe của người mang thai hộ, hạn chế tối đa khả năng tai biến sản khoa do yếu tố độ tuổi của người mang thai tác động; (2) Đảm bảo đứa trẻ được sinh ra từ mang thai hộ không bị ảnh hưởng tiêu cực dẫn đến việc sảy thai, sinh non, con bị dị tật... do người mang thai có độ tuổi “không phù hợp”. Nếu cơ thể người mẹ “quá non” hoặc “quá già”, thai nhi sẽ phải “đấu tranh” để tranh giành lượng dinh dưỡng. Do đó, trẻ sinh ra dễ bị còi cọc, thể chất và tinh thần yếu kém, không thông minh⁸. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chưa có bất kì quy định nào về độ tuổi tối đa

được phép thực hiện mang thai được gọi là “*phù hợp*”. Điều này sẽ dễ dẫn đến nguy cơ áp dụng pháp luật “*tùy tiện*” trên thực tế, bởi nó hoàn toàn có thể dựa vào cảm quan của các bên. Theo quan điểm của tác giả, xác định độ tuổi thực hiện mang thai hộ một cách cụ thể, mang tính định lượng là vấn đề cần thiết, không làm ảnh hưởng đến việc thực thi chế định mang thai hộ của các bên có liên quan. Ở bất kỳ giai đoạn xã hội nào, độ tuổi sinh nở tốt nhất của phụ nữ cũng rơi vào khoảng từ 20 đến 35 tuổi⁹. Do đó, vấn đề độ tuổi để có thể thực hiện việc mang thai hộ nên được quy định cụ thể và cần nhắc trên cơ sở thực tiễn xã hội cũng như kết quả nghiên cứu y học để đảm bảo hành lang pháp lý về mang thai hộ được thiết lập không trở nên quá “khắt khe” và hơn hết, vấn đề lợi ích sức khỏe, sự an toàn của người “*mẹ*” mang thai hộ và đặc biệt là sự phát triển toàn diện của thai nhi vẫn được đặt lên hàng đầu. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất khoản 3 Điều 95 LHN&GD năm 2014 về điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo nên quy định: Người mang thai hộ có độ tuổi từ 20 đến 35 tuổi.

Bốn là, khoản 3 Điều 51 LHN&GD 2014 năm quy định: “Chồng không có quyền yêu cầu ly hôn trong trường hợp vợ đang có thai, sinh con hoặc đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi”. Quy định này nhằm hướng tới việc bảo vệ sức khỏe, ổn định tâm lý cho người phụ nữ đang mang thai và sự phát triển toàn diện cho thai nhi. Như vậy, trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích

⁷ Xem Điều 2 Thông tư 34/2015/TT-BYT ngày 27/10/2015 của Bộ Y tế quy định về thủ tục cấp giấy chứng sinh: *Trường hợp trẻ sinh ra do thực hiện kỹ thuật mang thai hộ thì Bên vợ chồng nhờ mang thai hộ hoặc Bên mang thai hộ phải nộp Bản xác nhận về việc sinh con bằng kỹ thuật mang thai hộ theo Phụ lục số 05 ban hành kèm theo Thông tư này và bản sao có chứng thực hoặc bản chụp có kèm theo bản chính để đối chiếu Bản thỏa thuận về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo giữa vợ chồng nhờ mang thai hộ và Bên mang thai hộ gửi cơ sở khám bệnh, chữa bệnh nơi trẻ sinh ra.*

⁸ Nội dung tổng hợp, *Độ tuổi sinh con thông minh nhất*, <http://khoa học.tv/do-tuoi-sinh-con-thong-minh-nhat-27435>, truy cập ngày 26/10/2015.

⁹ Ở Nga, Đạo luật về sức khỏe y tế (Healthcare Act) ra đời ngày 22/6/1993 cũng quy định rõ những yêu cầu đối với người mang thai hộ phải trong độ tuổi từ 20 đến 35 - Bộ Tư pháp, *Kinh nghiệm quốc tế về một số vấn đề lớn được quy định trong Luật HN&GD (sửa đổi), Hồ sơ dự án Luật Hôn nhân và gia đình 2014*, tr.9.

nhân đạo, nếu có áp dụng việc hạn chế quyền yêu cầu ly hôn đối với người chồng thì chỉ có thể áp dụng được trong các trường hợp: (1) Người phụ nữ mang thai hộ đang mang thai; (2) Người phụ nữ mang thai hộ sau khi sinh con chuyển con cho cặp vợ chồng nhờ mang thai¹⁰; (3) Sau khi sinh, người nhờ mang thai hộ nhận con và nuôi con dưới 12 tháng tuổi. Điều này có nghĩa rằng, quyền yêu cầu ly hôn không bị hạn chế đối với người chồng trong cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ khi người phụ nữ mang thai hộ đang mang thai. Theo tác giả, điều này chưa thực sự hợp lý. Bởi, trong khoảng thời gian mang thai, người chồng trong cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ yêu cầu ly hôn, bản thân người mang thai hộ cũng sẽ không tránh khỏi tâm lý lo lắng, e ngại về việc đứa trẻ mình đang mang thai sau khi sinh ra sẽ như thế nào, liệu các bên ly hôn rồi có chối bỏ trách nhiệm nhận và nuôi dưỡng con không?... Do vậy, trong thời gian người phụ nữ mang thai, việc vợ/chồng người đang trực tiếp mang thai yêu cầu ly hôn hoặc cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ yêu cầu ly hôn đều có thể làm ảnh hưởng đến tâm lý của người “mẹ”, từ đó tác động gián tiếp đến sự phát triển của thai

¹⁰ Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không giải thích cụ thể trường hợp người vợ sinh con là như thế nào? Nếu người phụ nữ này sau khi sinh con, nhưng không gắn với trách nhiệm nuôi con thì trong khoảng thời gian bao lâu người chồng của họ có quyền yêu cầu ly hôn? Khác với trường hợp người phụ nữ vừa mang thai vừa sinh con và nuôi con thì người phụ nữ mang thai hộ chỉ mang thai và sinh con chứ không gắn liền trách nhiệm nuôi con sau khi sinh, do đó nếu áp dụng quy định sau 12 tháng người chồng mới có quyền yêu cầu ly hôn như các trường hợp thông thường khác là không phù hợp. Vì vậy, theo tác giả, để đảm bảo hài hòa lợi ích của các thành viên gia đình, pháp luật hiện hành cần có hướng dẫn cụ thể về thời gian hợp lý sau khi sinh con bao lâu thì người chồng có quyền yêu cầu ly hôn trong trường hợp mang thai hộ.

nhì. Vậy nên, để đảm bảo tâm lý của người mang thai hộ không bị tác động tiêu cực, làm ảnh hưởng đến sự phát triển của thai nhi, tác giả đề xuất việc hạn chế quyền yêu cầu ly hôn được áp dụng ngay cả với cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ khi người phụ nữ mang thai hộ đang mang thai.

Năm là, xét trong mối liên hệ với pháp luật hình sự về bảo vệ tính mạng sức khỏe của trẻ em, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định về Tội giết con mới đẻ¹¹. Theo đó, chủ thể của tội phạm này là đối tượng đặc biệt, phải là mẹ ruột của nạn nhân, đồng thời, người mẹ này phải chịu ảnh hưởng nặng nề của tư tưởng lạc hậu hoặc *trong hoàn cảnh khách quan đặc biệt* dẫn đến hành vi giết con của mình. Như vậy, khác với Tội giết người, nếu nạn nhân là một đứa trẻ thì người phạm tội phải gánh chịu khung hình phạt rất cao, thậm chí lên đến tử hình. Thế nhưng, nạn nhân cũng là trẻ em, song rơi vào trường hợp cấu thành Tội giết con mới đẻ thì người phạm tội chỉ phải chịu hình phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm. Điều này xuất phát từ quan điểm lập pháp và dựa trên cơ sở nghiên cứu y học cho rằng, người phụ nữ sau khi sinh con có thể lâm vào tình trạng tâm sinh lý không bình thường cộng với các tác động ngoại cảnh bất lợi nên có thể dẫn đến việc họ có

¹¹ Điều 124. Tội giết hoặc vứt bỏ con mới đẻ:

“1. Người mẹ nào do ảnh hưởng nặng nề của tư tưởng lạc hậu hoặc trong hoàn cảnh khách quan đặc biệt mà giết con do mình đẻ ra trong 07 ngày tuổi, thì bị phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm.

2. Người mẹ nào do ảnh hưởng nặng nề của tư tưởng lạc hậu hoặc trong hoàn cảnh khách quan đặc biệt mà vứt bỏ con do mình đẻ ra trong 07 ngày tuổi dẫn đến hậu quả đứa trẻ chết, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc bị phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm”.

những hành vi gây hậu quả xấu¹². Theo Điều 94 LHN&GD năm 2014 về việc xác định quan hệ cha mẹ con, con sinh ra trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là con chung của vợ chồng nhờ mang thai hộ kể từ thời điểm con được sinh ra. Như vậy, sau khi sinh con, người phụ nữ mang thai hộ không được xác định là người mẹ pháp lý của đứa trẻ nữa mà người mẹ pháp lý của đứa trẻ chính là người phụ nữ trong cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ. Điều đó cũng có nghĩa, chủ thể của Tội giết con mới đẻ trong trường hợp đứa trẻ được sinh ra từ việc thực hiện kỹ thuật mang thai hộ vì mục đích nhân đạo chỉ có thể là người phụ nữ trong cặp vợ chồng vô sinh. Chẳng hạn, sau khi người mang thai hộ sinh con giao con ngay cho cặp vợ chồng vô sinh, nhưng không may đứa trẻ được sinh ra bị tật nguyền khiến người mẹ không muốn nuôi nữa nên giết hoặc vứt bỏ con mới đẻ nơi hẻo lánh dẫn đến đứa trẻ bị chết. Vậy, nếu rơi vào trường hợp trên, hoàn toàn có cơ sở để truy cứu người mẹ về tội danh giết con mới đẻ khi đứa trẻ trong 7 ngày tuổi. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, khác với những người phụ nữ trực tiếp sinh con đồng thời cũng là mẹ hợp pháp, người mẹ trong cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ không phải trải qua quá trình mang thai và sinh nở. Do đó, bản thân họ nếu có hành vi giết hoặc vứt bỏ con mới đẻ dẫn đến hậu quả là đứa trẻ chết thì không thể hưởng sự “ưu đãi” về mặt pháp luật như những trường hợp thông thường khác bởi về mặt tâm lý họ hoàn toàn bình thường. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất đối với các trường hợp này, dù người mẹ

nhờ mang thai hộ có bị tác động bởi các yếu tố về tư tưởng lạc hậu hay hoàn cảnh đặc biệt mà giết hoặc vứt bỏ con mới đẻ dẫn đến con chết thì vẫn truy cứu với tội danh giết người theo quy định tại Điều 123 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) nhằm bảo vệ và ngăn ngừa việc xâm phạm đến tính mạng sức khỏe của trẻ em trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

Sáu là, khoản 3 Điều 98 LHN&GD năm 2014 quy định: “*Bên nhờ mang thai hộ không được từ chối nhận con*”. Như vậy, pháp luật Việt Nam hiện hành quy định nghĩa vụ nhận con đối với bên nhờ mang thai hộ là “*bắt di bắt dịch*”. Theo quan điểm của tác giả, nếu đứa trẻ được sinh ra rơi vào trường hợp như bị Down, bị tật nguyền, bị tim bẩm sinh... mà bên nhờ mang thai không muốn nhận con, nhưng người được nhờ mang thai hộ lại muốn nhận nuôi thì các bên có thể thỏa thuận chuyển quyền làm cha mẹ từ người nhờ mang thai hộ sang người mang thai hộ¹³. Do đó, thiết nghĩ

¹³ Pháp luật Anh thừa nhận tính hợp pháp của việc chuyển quyền làm cha mẹ từ người đẻ thuê sang cặp vợ chồng nhờ đẻ thuê, quan hệ cha mẹ được thiết lập bằng quyết định của tòa án sau khi đứa trẻ ra đời. Xem thêm, Lê Thị Thủy, *Mang thai hộ vì mục đích nhân đạo theo pháp luật Việt Nam dưới góc độ so sánh*, Khóa luận tốt nghiệp – Trường Đại học Luật, Đại học Huế, 2016, tr.81. Xem thêm Janys M Scott QC (2010), *A brief guide to who is a parent and parental orders under the human fertilisation and embryology Act 2008*, pp.2 – 3: “A surrogacy arrangement is an arrangement where one woman agrees to carry a child for another. Such a child would usually be regarded as the child of the mother who carried him or her. The Human Fertilisation and Embryology Act 2008 permits the court, in certain limited circumstances, to make a parental order which results in the child being treated as the child of another woman and her husband, her civil partner, or a person with whom she is living in an enduring family relationship. Parental orders are in many

¹² Xem Bộ Tư pháp, *Tội Giết con mới đẻ*, <https://nganhphapluat.thukyluat.vn/tu-van-phap-luat/trach-nhiem-hinh-su/toi-giet-con-moi-de-24552>, truy cập ngày 1/6/2018.

pháp luật cần bổ sung quy định theo hướng cho phép sự chuyển giao quyền làm cha mẹ nếu các bên có thỏa thuận. Sự thỏa thuận này phải được tòa án cho phép khi có cơ sở để xác định rằng việc chuyển giao là đảm bảo quyền lợi tốt nhất cho trẻ. Có như vậy, lợi ích hợp pháp của trẻ em được sinh ra từ quan hệ pháp luật đặc biệt này mới có thể được bảo vệ tối đa.

3. Kết luận

Mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là một chế định đầy chất nhân văn nhằm mở rộng cơ hội làm cha mẹ của các chủ thể không thể sinh con một cách tự nhiên;

đồng thời hạn chế tối đa những trường hợp “chứa hộ”, “đẻ thuê” phi pháp. Tuy nhiên, để đánh giá toàn diện những vấn đề phát sinh liên quan đến chế định mang thai hộ vì mục đích nhân đạo nhằm hướng tới hoàn thiện pháp luật về vấn đề này cần có góc nhìn tổng quan, đa dạng, nhiều chiều. Trong đó, xét dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em nói chung, bảo vệ sự phát triển toàn diện của thai nhi và đứa trẻ được sinh ra từ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo nói riêng, các quy định của pháp luật liên quan đến vấn đề này rất cần được quan tâm chú ý và giải quyết thận trọng.

respects similar to adoption orders.... While the court has no power to dispense with the agreement to a parental order of a parent, agreement is not required from a person who cannot be found, or is incapable of giving agreement. A mother cannot give agreement to a parental order less than six weeks after the birth of the child”, <https://www.westwateradvocates.com/wp-content/uploads/2015/01/Parents-and-Parental-Orders-Under-The-Human-Fertilisation-and-Embryology-Acto-2008.pdf>, truy cập ngày 1/6/2018.

(Tiếp theo trang 35 – Góp ý Dự thảo Luật sửa đổi...)

cho tạng mới ngừng hô hấp trong khi đó đối với thi hành án tử hình, do tác dụng của hai loại thuốc gây mất trí giác (Sodium thiopental) và làm tê liệt hệ vận động (Pancuronium bromide), dẫn đến tình trạng ngưng hô hấp nhanh hơn²⁴. Chất lượng nội tạng của người bị tử hình hoàn toàn có thể kiểm tra chính xác bởi những phương pháp hiện đại của y học. Lo ngại về việc các nội tạng sẽ bị nhiễm độc có thể được giải quyết bằng cách thay đổi quy trình thi hành án đối với những tử tù muốn hiến tạng. Theo đó, sau khi tiêm mũi thuốc làm mất trí giác (tăng hàm lượng Sodium thiopental so với trường hợp thông thường) thì bác sĩ phẫu

thuật sẽ tiến hành lấy tạng. Việc ép buộc, cưỡng bức người bị kết án tử hình hiến tạng không phải là một vấn đề đáng lo ngại. Nói đúng hơn, lo lắng này nên đặt ra đối với phạm nhân khi họ nghĩ rằng việc hiến tạng có thể giúp được trả tự do sớm hơn (mặc dù rõ ràng không có quy định nào như vậy)²⁵. Vấn đề về mục đích trừng trị và phòng ngừa tội phạm của hình phạt tử hình có thể được giải quyết bằng quy định giữ bí mật thông tin cá nhân của người hiến tạng. Sẽ vô cùng phi lý và vô nhân đạo nếu không cho người bị kết án tử hình được hiến tạng cho người thân thích của họ đang cần ghép tạng để tiếp tục cuộc sống.

²⁴ Tlđđ.

²⁵ Tlđđ.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ CHUYỂN NHƯỢNG CỔ PHẦN/PHẦN VỐN GÓP TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN VÀ CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN HAI THÀNH VIÊN TRỞ LÊN

*Luu Thị Tuyết**

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số điểm hạn chế trong các quy định về chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp trong công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, qua đó đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The paper analyzes shortcomings of regulations on transfer of shares/contributed capital shares in joint stock companies and limited liability companies with two or more members under the 2014 Law on Enterprises, thereby makes proposals for improvement.

Chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp của các cổ đông/thành viên trong công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên (công ty TNHH) là một hoạt động phổ biến và là quyền cơ bản của mỗi nhà đầu tư. Cũng như tất cả mọi hình thức kinh doanh khác, sau khi đầu tư thành lập công ty, nếu không muốn tiếp tục kinh doanh hoặc vì lý do khác, nhà đầu tư có quyền chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp của mình cho người khác.

1. Về khái niệm “chuyển nhượng” cổ phần/phần vốn góp

Hiện nay, tùy từng phạm vi, lĩnh vực mà khái niệm “chuyển nhượng” đang tồn tại hai cách hiểu khác nhau. Trong lĩnh vực đất đai, “chuyển nhượng quyền sử dụng đất” là khi “người sử dụng đất chuyển giao đất và quyền sử dụng đất đó cho người được chuyển nhượng... Bên chuyển giao đất được

nhận số tiền tương đương với giá trị quyền sử dụng đất theo thỏa thuận của các bên”; hay “chuyển nhượng thương phiếu” là “chuyển quyền sở hữu thương phiếu cho người khác để lấy tiền mặt hay thanh toán một nghĩa vụ”¹. Trong những thuật ngữ này, khái niệm “chuyển nhượng” được hiểu theo nghĩa hẹp chính là quan hệ mua bán tài sản.

Tuy nhiên, khái niệm “chuyển nhượng” trong một số từ điển khác lại được cho rằng: Chuyển nhượng là việc giao nhượng lại, ví dụ việc chuyển nhượng tài sản² hoặc được hiểu là việc chuyển quyền sở hữu tài sản, ví dụ như chuyển dịch ruộng đất³. Như vậy, có thể hiểu, *tất cả các hành vi dẫn đến việc chuyển đổi quyền sở hữu tài sản từ cá nhân/tổ chức này sang cá nhân/tổ chức khác đều được*

¹ Viện Khoa học pháp lý, Từ điển Luật học, Nxb. Từ điển Bách khoa và Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 161.

² Khang Việt (chủ biên), Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Từ điển Bách khoa, 2012, tr. 198.

³ Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển Tiếng Việt, Nxb. Từ điển Bách khoa, 2010, tr. 252 – 253.

* ThS., Học viện Chính sách và Phát triển.

xếp chung vào nhóm hành vi chuyển nhượng, ví dụ như: Hành vi mua bán, tặng cho, trả nợ, thừa kế... tài sản. Theo quan điểm này, khái niệm “chuyển nhượng” được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm các quan hệ mua bán, tặng cho, trả nợ...

Liên quan đến hoạt động chuyển nhượng cổ phần trong công ty cổ phần, Điều 126 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định các trường hợp: Chuyển nhượng, tặng cho, trả nợ, thậm chí đề cập cả tình huống cổ đông chết và để lại cổ phần cho người thừa kế. Hay nói cách khác, có thể suy luận, thuật ngữ “chuyển nhượng cổ phần” sử dụng tại Điều 126 được hiểu theo nghĩa rộng. Trong khi đó, đối với công ty TNHH, vấn đề chuyển nhượng phần vốn góp quy định tại Điều 53 và 54 chỉ đề cập về “chuyển nhượng phần vốn góp” và “xử lý phần vốn góp trong một số trường hợp đặc biệt”.

Thiết nghĩ, để đảm bảo tính thống nhất của từ, ngữ dùng trong văn bản quy phạm pháp luật và nội dung của văn bản, Luật Doanh nghiệp năm 2014 cần sửa đổi quy định về chuyển nhượng phần vốn góp của công ty TNHH, theo đó, nhập Điều 53 và Điều 54 thành 1 điều luật chung, điều chỉnh vấn đề chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên công ty. Bên cạnh đó, để tránh nhầm lẫn về ngữ nghĩa, câu từ, quyền chuyển nhượng quy định tại khoản 1 Điều 126 và Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cần được sửa thành “quyền mua bán cổ phần/phần vốn góp”.

2. Chuyển nhượng cổ phần trong công ty cổ phần

Điều 113 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về các loại cổ phần khác nhau

trong công ty cổ phần, trong đó có cổ phần phổ thông và các loại cổ phần ưu đãi (gồm ưu đãi biểu quyết, ưu đãi hoàn lại, ưu đãi cổ tức và các loại ưu đãi khác do điều lệ công ty quy định).

Cổ phần phổ thông có thể được coi là nền tảng cơ bản về vốn của công ty cổ phần, tổng giá trị loại cổ phần này chiếm tỷ lệ lớn, hay nói cách khác là chủ yếu trong công ty. Những người sở hữu cổ phần phổ thông được gọi là cổ đông phổ thông - đại diện phản ánh tập trung nhất sự tồn tại và phát triển của công ty. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, một cổ phần phổ thông tương đương một phiếu biểu quyết; như vậy, các cổ đông phổ thông đều có quyền tham gia biểu quyết quyết định mọi vấn đề quan trọng liên quan đến hoạt động của công ty. Một đặc trưng của công ty cổ phần là quyền tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông của các cổ đông công ty. Khi không còn nhu cầu đầu tư kinh doanh, cổ đông phổ thông có thể chuyển tư cách cổ đông của mình trong công ty cho người khác thông qua việc chuyển quyền sở hữu các cổ phần.

Tuy nhiên, quyền tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông trong công ty cổ phần cũng có một ngoại lệ. Khoản 3 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: “Trong thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông sáng lập khác và chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông”. Các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập được bãi bỏ sau thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được

cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Các hạn chế này không áp dụng đối với cổ phần mà cổ đông sáng lập có thêm sau khi đăng ký thành lập doanh nghiệp. Để hiểu rõ hơn quy định này, chúng ta phải lý giải được: vì sao pháp luật cần hạn chế quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của cổ đông sáng lập trong 3 năm đầu tiên?

Theo khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014, “cổ đông sáng lập là cổ đông sở hữu ít nhất một cổ phần phổ thông và ký tên trong danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần”. Hay nói cách khác, cổ đông sáng lập là những cổ đông đầu tiên góp vốn để hình thành nên công ty cổ phần. Việc pháp luật hạn chế quyền chuyển nhượng cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập trong 3 năm đầu thành lập công ty là hoàn toàn cần thiết, bởi cổ phần gắn liền với yếu tố quyền lực, sở hữu cổ phần đồng nghĩa với quyền biểu quyết tại Đại hội đồng cổ đông về các vấn đề của công ty. Ba năm cũng là khoảng thời gian cần thiết để đảm bảo các quyền, lợi ích của những cổ đông sáng lập khác và đảm bảo mục đích ban đầu của công ty để cho công ty có thể ổn định kinh doanh, đưa hoạt động của công ty đi vào quỹ đạo. Chuyển nhượng phần vốn góp trong giai đoạn này có thể dẫn đến sự bất ổn trong bộ máy quản lý, hoạt động của công ty. Vì vậy, để công ty có bước đầu phát triển một cách ổn định, đúng mục đích và cũng nhằm nâng cao trách nhiệm của các cổ đông sáng lập trong việc điều hành và duy trì hiệu quả hoạt động của công ty, pháp luật đã hạn chế quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của cổ đông sáng lập.

Tuy nhiên, hiện nay, trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 đang tồn tại một quy định mà tác giả cho rằng không bảo đảm mục

tiêu hạn chế quyền tự do chuyển nhượng cổ phần như phân tích ở trên. Khoản 3 và 5 Điều 126 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về việc chuyển dịch cổ phần trong trường hợp cổ đông là cá nhân chết hoặc cổ đông tặng cho cổ phần, sử dụng cổ phần để trả nợ, cụ thể: “3) Trường hợp cổ đông là cá nhân chết thì người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của cổ đông đó là cổ đông của công ty.

...

5) Cổ đông có quyền tặng cho một phần hoặc toàn bộ cổ phần của mình tại công ty cho người khác; sử dụng cổ phần để trả nợ. Trường hợp này, người được tặng cho hoặc nhận trả nợ bằng cổ phần sẽ là cổ đông của công ty”.

Có thể thấy, trong cả ba trường hợp trên, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đều khẳng định, người được thừa kế cổ phần, được tặng cho hoặc được trả nợ bằng cổ phần sẽ trở thành cổ đông của công ty mà không cần đến sự đồng ý của Đại hội đồng cổ đông. Luật cũng không đề cập đến thời điểm tặng cho/trả nợ/thừa kế cổ phần nên có thể hiểu, trong mọi thời điểm kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, người được thừa kế, tặng cho, trả nợ bằng cổ phần đều đương nhiên trở thành cổ đông mới của công ty. Quy định này đặt ra tình huống: Nếu cổ đông sáng lập trong vòng 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp muốn chuyển dịch phần vốn của mình cho người khác, nhưng vì bị hạn chế quyền tự do chuyển nhượng theo quy định của khoản 1 Điều 126 thì liệu cổ đông đó có thể thay thế phương án bán cổ phần bằng tặng cho hoặc dùng cổ phần phổ thông để thanh toán nợ (dù bản chất hai bên chủ

thể vẫn thống nhất là giao dịch mua bán cổ phần) thì có được không? Vậy phải chăng, nếu các giao dịch này được tiến hành thì tại Điều 126, các nhà soạn luật đã vô tình tạo ra một kẽ hở cho cổ đông sáng lập khi muốn chuyển dịch quyền sở hữu cổ phần phổ thông của mình trong vòng 3 năm đầu tiên?

Do vậy, để tránh trường hợp các cá nhân, tổ chức “lách” luật trong việc chuyển nhượng cổ phần tại công ty cổ phần, trá hình dưới hình thức tặng cho hoặc trả nợ, cần xem xét quy định: Trong vòng 3 năm, kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, cổ đông sáng lập chỉ được tặng cho, trả nợ bằng cổ phần phổ thông cho người không phải cổ đông sáng lập của công ty; người thừa kế cổ phần của cổ đông sáng lập chỉ trở thành cổ đông công ty khi được Đại hội đồng cổ đông chấp thuận. Hoặc, cần quy định rõ ràng khái niệm “chuyển nhượng cổ phần” trong công ty cổ phần, theo đó, “chuyển nhượng cổ phần” cần được hiểu theo nghĩa rộng bao gồm cả các quyền bán, tặng cho, thừa kế... cổ phần. Có nghĩa là, việc hạn chế chuyển nhượng cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập trong vòng 3 năm đầu không chỉ là hạn chế việc mua bán cổ phần, mà còn là hạn chế việc tặng cho, trả nợ, hạn chế tư cách cổ đông của người thừa kế.

3. Chuyển nhượng phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

Khác với việc cho phép tự do chuyển nhượng cổ phần trong công ty cổ phần, tại công ty TNHH, khi thành viên muốn chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác thì phải thực hiện theo thứ tự ưu tiên sau đây: (i)

Trước hết, thành viên đó phải chào bán phần vốn góp đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện; (ii) Sau đó, trường hợp các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc mua không hết trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày chào bán thì mới chuyển nhượng cho người khác không phải là thành viên công ty⁴. Quy định này vừa đảm bảo cho các thành viên có quyền định đoạt tài sản (phần vốn góp) của mình, nhưng cũng đảm bảo quyền lợi của các thành viên khác trong công ty. Điều này thể hiện tính đối nhân trong mô hình công ty TNHH, đảm bảo và tránh xáo trộn thành viên công ty. Pháp luật quy định cụ thể thời hạn 30 ngày để các thành viên khác cân nhắc quyết định việc mua hay không mua lại phần vốn góp được chào bán. Điều này giúp đảm bảo quyền lợi cho thành viên đang muốn rút vốn góp, tránh được việc các thành viên khác không muốn mua phần vốn góp hoặc có mua, nhưng không thiện chí nên cố tình kéo dài thời gian mua. Do đó, quy định về chuyển nhượng phần vốn góp trong công ty TNHH hiện nay cơ bản đã đáp ứng được mục tiêu bảo vệ quyền lợi cho cả thành viên muốn bán và các thành viên còn lại trong công ty.

Tuy vậy, quy định tại Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014 vẫn còn tồn tại một số điểm chưa hợp lý. Cụ thể, chưa dự liệu đến trường hợp thành viên công ty muốn bán phần vốn của mình tại công ty, nhưng vì lý do nào đó các thành viên còn lại không muốn mua hết phần vốn họ có thể mua lại thì việc mua - bán sẽ tiến hành như nào? Ví dụ, công ty ABC có ba thành viên A, B và

⁴ Khoản 1 Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

C, mỗi người sở hữu phần vốn là 100 triệu đồng. A chào bán phần vốn của mình cho B và C, như vậy, theo đúng tỷ lệ góp vốn, B và C mỗi người được quyền mua 50 triệu đồng phần vốn góp của A. Tuy nhiên, nếu B chỉ có nhu cầu mua ½ phần vốn góp mà A chào bán cho mình thì ½ phần vốn góp còn lại (trị giá 25 triệu đồng) sẽ được xử lý như thế nào? Vì quy định tại điểm b khoản 1 Điều 53 chưa rõ ràng, nên trong tình huống này sẽ có hai cách hiểu. Cách hiểu thứ nhất, đối với phần vốn B từ chối mua, A được quyền chào bán cho người bên ngoài công ty (trong cùng điều kiện đã chào bán cho B và C). Cách hiểu thứ hai, đối với phần vốn B từ chối mua thì có thể xem xét chào bán thêm cho C, nếu C cũng không có nguyện vọng mua thêm (ngoài phần vốn C được mua theo tỷ lệ) thì A mới được chào bán ra bên ngoài. Ở tình huống này, tác giả theo cách hiểu thứ nhất, bởi quy định thành viên phải chào bán cho người trong công ty hay người ngoài công ty với cùng điều kiện, nên nếu việc mua bán phần vốn góp được thực hiện linh hoạt, nhanh gọn trong một đợt giao dịch sẽ thuận lợi hơn cho thành viên đang có nhu cầu chuyển nhượng vốn góp. Mặt khác, cũng có trường hợp, nếu phần vốn góp của A bị từ chối mua còn lại quá ít (ví dụ trong tình huống trên, B đồng ý mua 95 triệu đồng thì A phải chào bán ra ngoài 5 triệu đồng còn lại), việc rao bán sẽ rất khó khăn do ít người muốn góp vốn vào công ty như thế. Như vậy, thành viên muốn chuyển nhượng vốn góp sẽ gặp bất lợi nếu những thành viên còn lại của công ty không thiện chí trong giao dịch mua bán phần vốn góp này⁵.

Mặt khác, xét về kỹ thuật lập pháp, quy định tại Điều 53 và khoản 6 Điều 54 và đang tồn tại điểm bất hợp lý. Cụ thể, quy định Điều 53 về việc chuyển nhượng vốn góp dẫn chiếu: “*Trừ trường hợp quy định tại... khoản 6 Điều 54 của Luật này...*”, nhưng điểm b khoản 6 Điều 54 lại dẫn chiếu ngược lại như sau: “*Trường hợp thành viên sử dụng phần vốn góp để trả nợ thì người nhận thanh toán có quyền sử dụng phần vốn góp đó theo một trong hai hình thức sau đây:*

a)...

b) *Chào bán và chuyển nhượng phần vốn góp đó theo quy định tại Điều 53 của Luật này*”.

Quy định như vậy, thực tiễn áp dụng sẽ gặp lúng túng khi người nhận thanh toán muốn chào bán và chuyển nhượng phần vốn góp. Do đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 cần bãi bỏ quy định loại trừ tại Điều 53.

Trong nền kinh tế thị trường, cùng với số lượng nhiều doanh nghiệp được thành lập, việc nghiên cứu và hoàn thiện các quy định pháp luật về chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp trong công ty cổ phần, công ty TNHH có ý nghĩa quan trọng cả về mặt kinh tế và pháp lý. Các quy định pháp luật về chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp nếu đảm bảo tính chặt chẽ, thống nhất sẽ tạo điều kiện và khuyến khích các nhà đầu tư yên tâm, ổn định đầu tư, kinh doanh. Ngược lại, những hạn chế của pháp luật về chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp sẽ cản trở, gây tâm lý e ngại trong các nhà đầu tư.

⁵ Trần Quỳnh Anh, “*Hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam về công ty trách nhiệm hữu hạn*”, Tạp

chí Luật học, số 09/2010, tr.15-16.

CÔNG KHAI THÔNG TIN TRONG XÁC ĐỊNH GIÁ ĐẤT TÍNH TIỀN BỒI THƯỜNG KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT

*Châu Hoàng Thân**

Tóm tắt: Theo quy định pháp luật đất đai hiện hành thì giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất được quyết định bởi Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (mang tính hành chính). Đặt trong bối cảnh ấy, việc công khai, minh bạch các căn cứ, thông tin khi định giá đất tính tiền bồi thường là rất cần thiết, nhất là khi Luật Tiếp cận thông tin có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2018. Trong phạm vi bài viết, tác giả phân tích những quy định hiện hành về công khai thông tin trong quá trình xác định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường và kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: According to current land law, land prices for compensation upon recovery by the State shall be decided by Provincial People's Committees (of administrative nature). Put it in the context, publicization and transparency of grounds and information in land valuation is highly critical, especially the Law on Information Access has taken effect since July 1st, 2018. Within the scope of the paper, the author analyzes current regulations on publicization of information during the process of determination of specific land prices for compensation, and makes proposals for improvement.

1. Đặt vấn đề

70% tổng số đơn thư khiếu nại hành chính là thuộc lĩnh vực đất đai, trong đó, giải phóng mặt bằng chiếm đa số¹. Con số trên phần nào cho thấy mức độ quan tâm của người dân và sự ảnh hưởng của công tác giải phóng mặt bằng trong đời sống xã hội. Xung đột chủ yếu vì người có đất thu hồi cho rằng giá đất tính tiền bồi thường quá thấp, không thỏa đáng, thậm chí có địa phương đến 70% khiếu nại về đất đai ở tỉnh là khiếu nại về giá đất bồi thường giải tỏa dự án².

* ThS., Bộ môn Luật Hành chính, Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

¹ Thái Kim, Báo Nhân dân, “Tháo gỡ vướng mắc trong công tác đền bù, giải phóng mặt bằng”, <http://nhandan.com.vn/bandoc/item/32561202-thao-go-vuong-mac-trong-cong-tac-den-bu-giai-phong-mat-bang.html>, truy cập ngày 13/9/2017.

² Hàn Ni, Báo Sài Gòn giải phóng, “Nỗi khổ nhà đất – Bài 3: Giá đất đền bù chưa thỏa đáng”,

Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013 quy định giá đất tính tiền bồi thường là giá đất cụ thể do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất. Như vậy, giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất được quyết định bởi bên thu hồi mà không có sự thỏa thuận. Khi người có đất bị thu hồi không thể thương lượng, thỏa thuận giá cả với bên thu hồi đất, ít nhất họ phải được biết những thông tin về căn cứ tạo ra giá đất bồi thường cho mình. Để đánh giá được giá đất bồi thường có phù hợp hay không thì trước hết cần căn cứ để quyết định giá phải phù hợp. Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 199 Luật Đất đai năm 2013 quy định về quyền giám sát của công dân đối với công tác định giá đất và

<http://www.sggp.org.vn/noi-kho-nha-dat-bai-3-gia-den-bu-chua-thoa-dang-473156.html>, truy cập ngày 22/11/2017.

thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư mà điều kiện tiên quyết để thực hiện quyền giám sát nêu trên là sự đảm bảo về mặt thông tin cho công dân. Vì vậy, công khai thông tin trong xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất không chỉ là biện pháp bảo đảm quyền lợi chính đáng của người có đất thu hồi mà còn là điều kiện cơ bản thực thi quyền giám sát theo Điều 199 Luật Đất đai năm 2013. Tuy nhiên, đến thời điểm hiện nay vẫn chưa có văn bản nào quy định cụ thể, rõ ràng về các thông tin phải được công khai, phương thức công khai, thời điểm công khai và phản hồi về thông tin... trong xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng.

2. Quy định của pháp luật về công khai thông tin trong xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

Theo khoản 1 Điều 2 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016, thông tin là tin, dữ liệu được chứa đựng trong văn bản, hồ sơ, tài liệu có sẵn, tồn tại dưới dạng bản viết, bản in, bản điện tử, tranh, ảnh, bản vẽ, băng, đĩa, bản ghi hình, ghi âm hoặc các dạng khác do cơ quan nhà nước tạo ra. Như vậy, thông tin là tin, dữ liệu (chứa đựng một tin tức về vấn đề cụ thể) và tồn tại trong một dạng vật chất cụ thể.

Công khai là bày ra cho mọi người đều thấy, không giấu kín³. Theo khái niệm tại khoản 2 Điều 2 Luật Phòng chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012), công khai là việc cơ quan, tổ chức, đơn vị công bố, cung cấp thông tin chính thức về văn bản, hoạt động hoặc về

nội dung nhất định. Như vậy, công khai được hiểu là sự minh bạch, công bố rộng rãi một thông tin chính thức nào đó của cơ quan, tổ chức cho mọi người được biết.

Từ hai khái niệm trên có thể hiểu công khai thông tin là việc cơ quan, tổ chức, đơn vị công bố rộng rãi các tin tức, dữ liệu chính thức trong văn bản, hồ sơ, tài liệu có sẵn, tồn tại dưới dạng bản viết, bản in, bản điện tử, tranh, ảnh, bản vẽ, băng, đĩa, bản ghi hình, ghi âm hoặc tồn tại ở một dạng vật chất cụ thể hợp pháp để mọi người được biết. Công khai thông tin nhằm đảm bảo quyền được tiếp cận thông tin của người dân, là căn cứ thực hiện quyền giám sát của nhân dân, thể hiện sự minh bạch trong quản lý nhà nước.

Điều 25 Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận quyền tiếp cận thông tin của công dân; bên cạnh đó, khoản 3 Điều 54 cũng quy định việc thu hồi đất phải công khai, minh bạch. Từ hai quy định trên thấy rằng, Nhà nước phải đảm bảo thực hiện quyền tiếp cận thông tin trong quá trình thu hồi đất của công dân; việc công khai thông tin khi xác định giá đất tính tiền bồi thường là hoàn toàn phù hợp với quy định của Hiến pháp. Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 là hành lang pháp lý quan trọng bảo đảm quyền tiếp cận thông tin của công dân cũng như xác định trách nhiệm công khai thông tin của cơ quan nhà nước. Điều 5 Luật Tiếp cận thông tin đã xây dựng nguyên tắc về phạm vi tiếp cận thông tin của công dân như sau: “Công dân được tiếp cận thông tin của cơ quan nhà nước, trừ thông tin không được tiếp cận và thông tin tiếp cận có điều kiện”. Theo đó, phạm vi tiếp cận thông tin của công dân là rất rộng, nhưng để xác định chính xác nội dung, phạm vi thông tin phải tùy thuộc vào từng nội dung quản lý.

³ Nguyễn Văn Xô (2001), *Tiếng Việt thông dụng*, Nxb. Trẻ, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 98.

Trong pháp luật đất đai, Luật Đất đai năm 1987 và năm 1993 chưa có bất kỳ quy định nào về công khai thông tin trong quản lý đất đai. Luật Đất đai năm 2003 có sự thay đổi lớn trong vấn đề công khai thông tin, có 08 lần từ “công khai” được đề cập trong quy định của Luật, nhưng chỉ là những thông tin về quy hoạch sử dụng đất. Đến nay, Luật Đất đai năm 2013 được xem là Luật quy định chi tiết nhất về công khai thông tin trong quản lý đất đai với 28 lần từ “công khai” được đề cập, đặc biệt Điều 28 Luật Đất đai năm 2013 quy định rất rõ về trách nhiệm của Nhà nước trong xây dựng, cung cấp thông tin đất đai. Bên cạnh đó, Luật còn quy định xử lý trách nhiệm khi vi phạm quy định về công khai thông tin tại Điều 207. Mặc dù những quy định về công khai thông tin trong lĩnh vực đất đai đã có nhiều chuyển biến qua các thời kỳ, nhưng vẫn còn tồn tại một số hạn chế, như: Chưa quy định cụ thể, rõ ràng về nội dung thông tin phải công khai, thời điểm và trách nhiệm công khai trong từng nội dung quản lý.

Theo quy định về trình tự thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư thì giá đất tính tiền bồi thường vẫn được công khai thông qua Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và giá đất bồi thường cho từng trường hợp theo Phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư gửi lấy ý kiến người có đất thu hồi và được niêm yết công khai⁴. Nhưng vấn đề đặt ra là các thông tin trong toàn bộ quá trình xác định giá đất cụ thể có được công khai hay không? Quy định pháp luật hiện hành vẫn chưa giải quyết vấn đề này. Xác định giá đất tính tiền bồi thường là một quá trình được thực hiện bởi nhiều cơ quan, tổ chức khác nhau (cả cơ quan nhà nước và doanh nghiệp

cùng thực hiện) nên việc công khai thông tin có những nét rất đặc thù. Quy định về công khai thông tin xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất vừa phải đảm bảo lợi ích của người có đất thu hồi vừa đảm bảo thông tin trong quản lý nhà nước và cả thông tin của doanh nghiệp định giá.

Hiện nay, các văn bản quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư vẫn chưa quy định cụ thể thông tin nào trong quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường được công khai để người dân tự do tiếp cận; thông tin nào sẽ được cung cấp khi có yêu cầu.

3. Kiến nghị hoàn thiện quy định về công khai thông tin trong xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

Trên cơ sở đã phân tích ở các nội dung trên, tác giả cho rằng, việc công khai thông tin về quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường là rất cần thiết nhằm đảm bảo tính minh bạch trong giải phóng mặt bằng và quyền lợi chính đáng của người có đất thu hồi; đồng thời góp phần triển khai thực hiện Luật Tiếp cận thông tin. Hơn thế nữa, quá trình xác định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường hiện nay trong thực tiễn có sự tham gia rất phổ biến của các tổ chức tư vấn định giá đất, nhưng trách nhiệm của các tổ chức này lại gần như “vô can” khi người dân phản ánh, khiếu nại vấn đề giá đất bồi thường không thỏa đáng, không phù hợp thị trường. Hiện nay, khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai quy định “...cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh được thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất để tư vấn xác định giá đất cụ thể...” nên các địa phương chủ yếu thuê tổ chức định giá. Tuy nhiên, khoản 4 Điều 115 Luật đất đai chỉ quy định “Giá đất do tư vấn xác định là *một trong các căn cứ*

⁴ Xem thêm Điều 28 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.

để cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định giá đất” nên chứng thư thẩm định giá của các tổ chức tư vấn định giá đất chỉ có tính tham khảo, chủ thể quyết định cuối cùng vẫn là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Vì vậy, trách nhiệm thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh hoặc Hội đồng thẩm định giá đất cụ thể. Tác giả cho rằng, việc công khai thông tin trong quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường sẽ công khai sản phẩm (chứng thư thẩm định giá) của các tổ chức tư vấn định giá đến người dân và khi đó các tổ chức này sẽ thận trọng và rất cân nhắc trong quá trình tư vấn định giá cho Nhà nước bởi chịu sự giám sát của nhân dân và uy tín, chất lượng của doanh nghiệp. Việc công khai thông tin như vậy có thể gây chậm trễ trong quá trình thu hồi đất, nhưng không thể vì lý do thuận tiện trong quá trình giải phóng mặt bằng mà không công khai các thông tin về giá đất đến người dân. Tuy nhiên, nếu công khai ở thời điểm không thích hợp, nội dung không rõ ràng, phương thức khó tiếp cận thì cũng không mang lại hiệu quả và ý nghĩa đích thực. Theo pháp luật hiện hành, thông tin về giá đất tính tiền bồi thường chỉ được công khai và lấy ý kiến người dân thông qua bước công khai và lấy ý kiến về phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư;⁵ còn quá trình làm sao có được giá

đó thì các thông tin trong hồ sơ chỉ dừng lại ở mức “lưu nội bộ”.

Căn cứ quy định về xác định giá đất cụ thể của Luật Đất đai, Luật Tiếp cận thông tin, Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định về giá đất, Nghị định số 01/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai năm 2013, Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT quy định chi tiết phương pháp định giá đất; xây dựng, điều chỉnh bảng giá đất; định giá đất cụ thể và tư vấn xác định giá đất và các quy định về tiêu chuẩn định giá Việt Nam tại Thông tư số 28/2015/TT-BTC Ban hành tiêu chuẩn thẩm định giá Việt Nam số 05, 06 và 07, tác giả phân tích và đề xuất giải pháp về các vấn đề sau:

3.1. Xác định nội dung thông tin công khai và thời điểm công khai thông tin trong quá trình xác định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

3.1.1. Nội dung thông tin được công khai

Căn cứ theo 06 bước của quy trình xác định giá đất cụ thể quy định tại Điều 16 Nghị định 44/2014/NĐ-CP: (i) Xác định mục đích định giá đất cụ thể; (ii) Điều tra, tổng hợp, phân tích thông tin về thửa đất, giá đất thị trường; áp dụng phương pháp định giá đất; (iii) Xây dựng phương án giá đất trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; (iv) Thẩm định phương án giá đất; (v) Hoàn thiện dự thảo phương án giá đất trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định; (vi) Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định giá đất.

Các bước trên được khái quát thành ba giai đoạn sau: ***Giai đoạn một***, thẩm định giá đất – thực hiện bởi Sở Tài nguyên và Môi

⁵ Có thể thấy, công khai thông tin về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư chưa được thực hiện nghiêm túc, cụ thể kết quả khảo sát có đến 36 trong 63 tỉnh, thành phố không cung cấp thông tin về Phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư (trong Phương án này có thông tin về giá đất tính tiền bồi thường); tại cấp xã, có 152/321 xã được khảo sát không cung cấp thông tin về Phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư (với các lý do được đưa ra cụ thể là: 53 trường hợp cho rằng xã không có thủ tục đó, 31 trường hợp cán bộ xã từ chối cung cấp thông tin, 62 trường hợp cán bộ phụ trách không có mặt ở cơ quan hoặc đang nghỉ phép và 12 trường hợp cán bộ xã yêu cầu phải có giấy giới thiệu). Xem: Ngân hàng thế giới (2014),

Công khai thông tin quản lý đất đai ở Việt Nam, Nxb. Hồng Đức, tr.14.

trường hoặc tổ chức tư vấn định giá (tiền hành thu thập thông tin và thực hiện thủ tục thẩm định giá để đưa ra dự thảo giá đất cụ thể tính tiền bồi thường); **Giai đoạn hai**, thẩm định phương án giá đất – thực hiện bởi Hội đồng thẩm định giá đất cụ thể (Kiểm tra, đánh giá tính hợp pháp của phương án giá đất và đánh giá về sự phù hợp của phương án với giá đất phổ biến trên thị trường); **Giai đoạn ba**, quyết định giá đất cụ thể - thực hiện bởi Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (trên cơ sở phương án giá đất và kết quả của Hội đồng thẩm định, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh sẽ quyết định mức giá tính tiền bồi thường). Căn cứ vào nội dung công việc của từng giai đoạn, tác giả kiến nghị thông tin cần được công khai trong từng giai đoạn cụ thể như sau:

*** Giai đoạn 1: Thẩm định giá đất**

Căn cứ vào tiêu chuẩn 5 của Tiêu chuẩn định giá Việt Nam và hướng dẫn thực hiện các phương pháp định giá đất tại Thông tư 36/2014/TT-BTNMT, nội dung quan trọng của giai đoạn này là tiến hành thu thập thông tin về thửa đất, khu đất cần định giá; khảo sát thực tế thu thập thông tin giá thị trường; phân tích các thông tin và lựa chọn phương pháp áp dụng định giá; áp dụng các phương pháp định giá để xây dựng báo cáo thẩm định giá và chứng thư thẩm định giá. Như vậy, trong giai đoạn này, xác định các thông tin liên quan, ảnh hưởng trực tiếp đến quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường gồm:

Một là, thông tin về thửa đất, khu đất định giá. Đây là nội dung quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến đánh giá khả năng sinh lợi của đất và đặc điểm thửa đất làm căn cứ phương pháp áp dụng định giá đất. Việc xác định không chính xác các thông tin, đặc điểm của thửa đất sẽ dẫn đến sự sai lệch của

kết quả định giá. Các thông tin trên cần được công khai một cách đầy đủ và chính xác.

Hai là, thông tin về giá thị trường⁶. Đây là cơ sở quan trọng để tham chiếu, đảm bảo nguyên tắc phù hợp giá đất phổ biến trên thị trường khi quyết định giá đất bồi thường. Hiện nay, chúng ta chưa xây dựng được cơ sở dữ liệu giá đất thị trường lành mạnh và cập nhật xuyên suốt để làm cơ sở định giá. Trong khi đó, việc xác định giá thị trường dựa trên khảo sát, thu thập thông tin từ người dân với mức độ tin cậy không cao và khó minh chứng. Vì vậy, việc công khai thông tin về giá thị trường do tổ chức tư vấn cung cấp sẽ tạo cơ hội cho người dân phản hồi để Nhà nước quyết định giá bồi thường. Vấn đề là cung cấp ở mức độ nào, các phiếu thu thập thông tin có được công khai không. Tác giả cho rằng, phiếu thu thập thông tin không cần công khai vì liên quan đến thông tin cá nhân của người cung cấp và tính xác thực của thông tin được cung cấp. Vì vậy, đối với thông tin này, thiết nghĩ Sở Tài nguyên và Môi trường sẽ dựa trên các minh chứng để tổng hợp và xây dựng một báo cáo vấn tắt về thông tin giá thị trường của các loại đất cần định giá để công khai.

Ba là, thông tin về phương pháp định giá đất được áp dụng. Phương pháp định giá được áp dụng sẽ ảnh hưởng đến giá đất tính tiền bồi thường cũng như tính hợp lý của giá đất trong chứng thư thẩm định. Việc thu thập thông tin chính xác là điều kiện cần và áp dụng đúng phương pháp định giá là điều

⁶ Thuật ngữ giá thị trường hiện nay được quy định tại khoản 3 Điều 3 Nghị định 44/2014/NĐ-CP “Giá đất phổ biến trên thị trường là mức giá xuất hiện với tần suất nhiều nhất trong các giao dịch đã chuyển nhượng trên thị trường, trúng đấu giá quyền sử dụng đất, giá đất xác định từ chi phí, thu nhập của các thửa đất có cùng mục đích sử dụng tại một khu vực và trong một khoảng thời gian nhất định”.

kiện đủ để quyết định mức giá bồi thường phù hợp thị trường. Công khai phương pháp định giá đất sẽ hóa giải thắc mắc của người được bồi thường về mối quan hệ giữa giá thị trường với giá bồi thường. Các thông tin về phương pháp định giá và quá trình áp dụng phương pháp mang tính kỹ thuật nên việc chọn lọc nội dung công khai là rất quan trọng. Tác giả cho rằng, nội dung cần công khai về phương pháp định giá là lý do chọn phương pháp và những thông số là cơ sở áp dụng phương pháp định giá⁷.

Những nội dung trên trong quá trình thẩm định giá được thể hiện đầy đủ trong “Chứng thư thẩm định giá”⁸ mà chủ thể thẩm định sẽ hoàn tất, trình đến Hội đồng thẩm định giá đất. Vì vậy, tác giả cho rằng nội dung cần công khai trong giai đoạn này là chứng thư thẩm định giá.

*** Giai đoạn 2: Thẩm định phương án giá đất**

Giai đoạn này nhằm đánh giá kết quả tư vấn định giá đất, thẩm định phương án giá đất về cả mức độ hợp pháp và hợp lý; kết quả của Hội đồng thẩm định sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến quyết định cuối cùng của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Vậy nên mới có quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh là Chủ tịch Hội đồng thẩm định giá đất⁹. Căn cứ Điều 14 Thông tư liên tịch 87/2016/TTLT- BTC- BTNMT, nội dung thẩm định của Hội đồng gồm:

Một là, thẩm định việc áp dụng nguyên tắc định giá đất theo quy định tại khoản 1

Điều 112 của Luật Đất đai năm 2013 trong xây dựng phương án giá đất. Nguyên tắc định giá là cơ sở quan trọng đánh giá tính hợp pháp của phương án giá đất. Vậy, thông tin cần được công khai là đánh giá của Hội đồng về nội dung thẩm định này.

Hai là, thẩm định việc áp dụng các phương pháp định giá đất theo quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều 4 của Nghị định số 44/2014/NĐ-CP trong phương án giá đất; thẩm định việc áp dụng phương pháp định giá đất theo quy định tại khoản 5 Điều 4 của Nghị định số 44/2014/NĐ-CP trong phương án hệ số điều chỉnh giá đất để xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất. Hội đồng phải xem xét căn cứ và quá trình tính toán của phương pháp được áp dụng có chính xác không. Tác giả cho rằng cần công khai hai thông tin: (i) Căn cứ áp dụng phương pháp có đúng không? (ii) Việc áp dụng phương pháp để ra được giá đất có đúng không?

Ba là, thẩm định sự phù hợp của các thông tin thu thập được về thửa đất khảo sát; của phương án giá đất đề xuất so với giá đất thị trường và thông tin về giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai. Đây là nội dung rất quan trọng nhưng mang tính chủ quan nhiều vì chưa có văn bản quy định cụ thể thế nào là “phù hợp”. Thực tế, trong kết luận của Hội đồng thẩm định chỉ nêu chung là “nguyên tắc xác định giá đất phù hợp quy định Luật Đất đai năm 2013”¹⁰, mà không đưa ra nhận xét, đánh giá cụ thể về sự phù hợp của giá đất trong phương án giá đất với

⁷ Ví dụ đối với phương pháp thu nhập thì phải công bố thông tin về thu nhập thửa đất và lãi suất tiền gửi ngân hàng thương mại lựa chọn áp dụng.

⁸ Nội dung chứng thư thẩm định giá được quy định cụ thể trong tiêu chuẩn định giá Việt Nam số 06 ban hành kèm theo Thông tư số 28/2015/TT-BTC ngày 06/3/2015 của Bộ Tài chính.

⁹ Khoản 3 Điều 16 Nghị định 44/2014/NĐ-CP.

¹⁰ Tham khảo biên bản họp Hội đồng thẩm định giá đất tỉnh Sóc Trăng ngày 20/10/2017 về việc xem xét phương án giá đất cụ thể và hệ số điều chỉnh giá đất để làm cơ sở tính tiền bồi thường, giải phóng mặt bằng khi Nhà nước thu hồi đất thực hiện dự án nâng cấp, sửa chữa, xây dựng mới Cầu Ké Sạch và mở rộng đường trục chính hướng Đông huyện Kế Sách.

giá thị trường. Vì vậy, trong kết quả thẩm định, Hội đồng cần đánh giá cụ thể về sự phù hợp của phương án giá đất với giá đất phổ biến trên thị trường; đánh giá này phải được công khai.

Như vậy, với nội dung thẩm định và kết quả thảo luận của Hội đồng thẩm định tại phiên họp, tác giả cho rằng, căn cứ vào biên bản phiên họp sẽ trích lọc thông tin liên quan đến các nội dung nêu trên và các ý kiến đồng thuận về phương án giá đất được lựa chọn để công khai¹¹.

*** Giai đoạn 3: Quyết định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường**

Điều 114 Luật Đất đai quy định thẩm quyền quyết định giá đất thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nhưng vẫn chưa quy định cụ thể về thời điểm quyết định giá đất tính tiền bồi thường và việc công khai quyết định này. Nội dung về giá đất tính tiền bồi thường hiện nay chủ yếu được công khai và lấy ý kiến phản hồi của người có đất thu hồi thông qua quy định về lấy ý kiến Phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư tại Điều 69 Luật Đất đai và Điều 28 Nghị định 47/2014/NĐ-CP. Như vậy, giá đất tính tiền bồi thường đã được quyết định phê duyệt trước khi đưa ra lấy ý kiến của người có đất thu hồi. Tóm lại, sản phẩm công khai trong

giai đoạn này chỉ là Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể tính tiền bồi thường.

3.1.2. Thời điểm công khai thông tin trong quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

Việc xác định thời điểm công khai thông tin về xác định giá đất tính tiền bồi thường phải dựa vào trình tự thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ tái định cư và ý nghĩa của việc công khai thông tin. Nếu căn cứ vào ba giai đoạn phân tích ở mục 3.1.1 và kết thúc giai đoạn nào phải công khai thông tin giai đoạn đó thì sẽ ảnh hưởng đến tiến độ giải phóng mặt bằng và tính thống nhất của các thông tin công khai trong quá trình định giá. Nếu kết thúc quá trình thẩm định giá của tổ chức tư vấn định giá hoặc Sở Tài nguyên và Môi trường thực hiện mà công bố các thông tin về giá thị trường, thông tin về phương pháp định giá... thì không phù hợp bởi kết quả đó chưa được cơ quan có thẩm quyền thẩm định về tính đúng sai, tính chính xác cũng như tính chính thống của thông tin. Vì vậy, tác giả kiến nghị thời điểm công khai thông tin về quá trình định giá, thẩm định phương án giá đất sẽ thực hiện cùng lúc với công khai Quyết định phê duyệt giá đất tính tiền bồi thường. Hay nói đơn giản là khi công bố kết quả thì sẽ công bố luôn quá trình làm ra kết quả đó¹².

¹¹ Các ý kiến không đồng thuận với phương án giá đất sau cùng được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định không được công khai bởi đó chỉ là những phát biểu của cá nhân thành viên Hội đồng; khi Hội đồng đã biểu quyết tập thể đạt sự nhất trí thì các ý kiến trái chiều chỉ để cân nhắc đánh giá trong quá trình thẩm định. Công khai các ý kiến trái chiều đó sẽ ảnh hưởng đến tình hình phản ánh, khiếu nại về giá đất, trong khi chưa chắc đó là ý kiến đúng. Vì vậy, tác giả cho rằng, cần xử lý thông tin của biên bản họp thẩm định chứ không cung cấp toàn bộ nội dung của cuộc họp. Ngoài ra, mục đích công khai thông tin của quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường như bài viết đã nêu là chỉ nhằm minh bạch và lý giải tại sao lại quyết định giá đó để bồi thường.

¹² Tuy nhiên, theo quy định của Luật Đất đai và các văn bản hướng dẫn thi hành thì chưa quy định cụ thể thời điểm công khai Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất. Căn cứ quy định tại khoản 4 Điều 18 Luật Tiếp cận thông tin “Thời điểm công khai thông tin đối với từng lĩnh vực được thực hiện theo quy định của pháp luật có liên quan; trường hợp pháp luật chưa có quy định thì chậm nhất là 05 ngày làm việc kể từ ngày tạo ra thông tin, cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải công khai thông tin”. Tác giả kiến nghị, việc công khai Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể và thông tin trong quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường được thực hiện chậm nhất là 05 ngày làm

3.2. Chủ thể và phương thức công khai thông tin về giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

3.2.1. Chủ thể công khai thông tin

Theo nguyên tắc quy định tại Điều 9 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 “cơ quan nhà nước có trách nhiệm cung cấp thông tin do mình tạo ra”; khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai và Nghị định 44/2014/NĐ-CP quy định thẩm quyền quyết định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Vì vậy, tác giả cho rằng, chủ thể tạo ra thông tin về giá đất tính tiền bồi thường theo quy định là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nên trách nhiệm công khai các thông tin đó sẽ được thực hiện bởi Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Mặc dù trong quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường có sự tham gia của nhiều tổ chức, cá nhân, mà trong đó có hai chủ thể giữ vai trò ảnh hưởng trực tiếp đến giá đất tính tiền bồi thường đó là tổ chức thực hiện nhiệm vụ thẩm định giá và Hội đồng thẩm định phương án giá đất cụ thể, nhưng suy cho cùng đây cũng chỉ là những chủ thể giúp việc cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đưa ra quyết định cuối cùng.

Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 69 Luật Đất đai và thực tế triển khai công tác giải phóng mặt bằng thì quá trình thu hồi đất có sự tham gia rất tích cực và giữ vai trò quan trọng của hai chủ thể là tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường giải phóng mặt bằng (chủ yếu là Trung tâm phát triển quỹ đất, và Hội đồng hoạt động theo dự án) và Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất thu hồi. Việc quy định trách nhiệm công khai thông tin của hai chủ thể trên sẽ nâng cao khả năng

tiếp cận thông tin của người dân đồng thời đảm bảo sự thông suốt, thống nhất của thông tin giữa các chủ thể làm nhiệm vụ giải phóng mặt bằng.

Căn cứ vào nguyên tắc của Luật Tiếp cận thông tin và thẩm quyền xác định giá đất tính tiền bồi thường cũng như vai trò của các chủ thể trong quá trình thu hồi đất bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, tác giả kiến nghị trách nhiệm công khai thông tin của các chủ thể như sau: (i) Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (Sở Tài nguyên và Môi trường chủ trì, giúp việc) là chủ thể có trách nhiệm công khai các thông tin theo kiến nghị ở mục 3.1.1 và thực hiện việc công khai đó; (ii) Tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường giải phóng mặt bằng và Ủy ban nhân dân cấp xã có trách nhiệm triển khai công khai thông tin trên trong khu vực thu hồi đất, đưa thông tin đến người có đất thu hồi.

3.2.2. Phương thức công khai thông tin

Theo quy định tại khoản 1 Điều 18 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 thì các hình thức công khai thông tin được quy định như sau: (i) Đăng tải trên cổng thông tin điện tử, trang thông tin điện tử của cơ quan nhà nước; (ii) Công khai trên phương tiện thông tin đại chúng; (iii) Đăng Công báo; (iv) Niêm yết tại trụ sở cơ quan nhà nước và các địa điểm khác; (v) Thông qua việc tiếp công dân, họp báo, thông cáo báo chí, hoạt động của người phát ngôn của cơ quan nhà nước theo quy định của pháp luật; (vi) Các hình thức khác thuận lợi cho công dân do cơ quan có trách nhiệm công khai thông tin xác định. Trên cơ sở trách nhiệm công khai thông tin và quy định về các hình thức công khai thông tin như đã phân tích, tác giả kiến nghị cụ thể từng hình thức công khai đối với từng chủ thể như sau:

(Xem tiếp trang 74)

việc kể từ ngày ban hành Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể.

NỘI LUẬT HÓA CÁC CAM KẾT CỦA VIỆT NAM THEO TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI VÀ CÁC HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO VỀ MỘT SỐ DỊCH VỤ CHUYÊN MÔN

Nguyễn Ngọc Hà*

Tóm tắt: Bài viết này tập trung phân tích một số vấn đề pháp lý liên quan đến quá trình nội luật hóa các cam kết về dịch vụ chuyên môn theo Tổ chức Thương mại thế giới và các hiệp định thương mại tự do đã có hiệu lực đối với Việt Nam. Có thể thấy, dù đã nỗ lực để chuyển hóa các cam kết vào nội luật, nhưng cách thức nội luật hóa chưa thống nhất và nội dung quy phạm được nội luật hóa chưa tương thích là hai vấn đề mà Việt Nam cần phải khắc phục.

Abstract: The paper focuses on analysis of legal issues concerning legalization of commitments on professional services pursuant to the rules of World Trade Organization and free trade agreements binding on Vietnam. Albeit strenuous effort to incorporate such commitments into domestic laws, Vietnam still needs to address two problems which are inconsistent methods and incompatible normative content.

Đặt vấn đề

Khi gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), Việt Nam đã đưa ra cam kết về tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia đối với một số dịch vụ trong lĩnh vực chuyên môn. Có thể kể đến các cam kết liên quan đến dịch vụ pháp lý (CPC 861); dịch vụ kế toán, kiểm toán và ghi sổ kế toán (CPC862); dịch vụ thuế (CPC 863); dịch vụ kiến trúc (CPC 8671); dịch vụ tư vấn kỹ thuật (CPC8672) và dịch vụ tư vấn kỹ thuật đồng bộ (CPC 8673); dịch vụ quy hoạch đô thị và kiến trúc cảnh quan đô thị (CPC 8674) và dịch vụ thú y (CPC 932)¹. Trong một số hiệp định thương mại tự do (Free Trade

Agreement, FTA) và hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam đã ký kết và có hiệu lực², các cam kết này cũng xuất hiện trong biểu cam kết của Việt Nam.

Để thực thi các cam kết, khoản 3 Điều 6 của Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 và hiện nay là khoản

² Các hiệp định thương mại tự do đã có hiệu lực của Việt Nam có các cam kết về dịch vụ chuyên môn: Hiệp định Khung ASEAN về Dịch vụ (ASEAN Framework Agreement on Service, AFAS), xem: Vietnam – Schedule of Specific Commitments for the 9th Package of Commitments under ASEAN Framework Agreement of Services; Hiệp định đối tác kinh tế giữa Việt Nam và Nhật Bản (Agreement between Japan and the Socialiste Republic of Vietnam for an Economic Partnership, VJEPA), xem: VJEPA – Annex 5: Schedules of Specific Commitments in relation to Article 62, Part 2: Schedule of Vietnam (xem tại: http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/vjepa_annex5_eng.pdf, truy cập ngày 01/08/2018); Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam – Hàn Quốc (Vietnam – Korea Free Trade Agreement, VKFTA), Phụ lục 8-D – Biểu cam kết cụ thể - Việt Nam, tại: http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/vkfta_phu_luc_8d_cam_ket_dich_vu_vn_vie.pdf, truy cập ngày 01/08/2018.

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại Thương. Nghiên cứu này được tài trợ bởi Quỹ Phát triển khoa học và công nghệ quốc gia (NAFOSTED) trong đề tài mã số 505.01-2018.01.

¹ Tổ chức Thương mại thế giới – Ban Công tác về việc gia nhập WTO của Việt Nam, *Biểu CLX – Việt Nam, Phần II – Biểu cam kết cụ thể về dịch vụ, Danh mục miễn trừ đối xử Tối huệ quốc theo Điều II, WT/ACC/VNM/48/Add.2, 27/10/2006.*

2 Điều 6 của Luật Điều ước quốc tế năm 2016 quy định hai phương pháp. Một là, các quy định trong điều ước quốc tế có thể được áp dụng trực tiếp đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân nếu quy định đó “*đã đủ rõ, đủ chi tiết để thực hiện*” và quyết định của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ về việc chấp nhận sự ràng buộc của điều ước quốc tế khẳng định rõ toàn bộ hoặc một phần quy định đó được áp dụng trực tiếp³. Hai là, nếu các điều kiện để áp dụng trực tiếp không được đáp ứng, các quy định của điều ước quốc tế chỉ có thể được áp dụng gián tiếp thông qua việc “*sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành văn bản quy phạm pháp luật*” trong nước⁴. Trong trường hợp áp dụng trực tiếp hoặc nội luật hóa, nếu quy định của điều ước quốc tế và quy định của nội luật khác nhau thì theo khoản 1 Điều 6 của Luật Điều ước quốc tế năm 2016 và quy định tương ứng trong nhiều văn bản luật khác, quy định của điều ước quốc tế sẽ được ưu tiên áp dụng⁵.

³ Về nội dung này, xem thêm: Nguyễn Thị Tường Vân, “*Vấn đề áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế và quy định của pháp luật Việt Nam về áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế*”, Tạp chí Luật học, 2015, số 11(186), tr. 65-69; Hoàng Phước Hiệp, “*Áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2016, số 5 (337), tr. 79-84.

⁴ Xem thêm: Trần Hữu Duy Minh, “*Hiệu lực pháp lý và việc áp dụng điều ước quốc tế ở Việt Nam*”, Tạp chí Luật học, 2016, số 3, tr. 38-45.

⁵ Theo tác giả Trần Hữu Duy Minh, quy định tại khoản 1 Điều 6 của Luật Điều ước quốc tế năm 2016, thực chất, cũng là một trường hợp cho phép áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế. Nói cách khác, dù quy định của điều ước có được áp dụng trực tiếp theo các điều kiện của khoản 2 Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016 hay không, thì khi có sự “khác nhau” giữa một quy định của nội luật và một quy định của điều ước, cơ quan, tổ chức, cá nhân vẫn có quyền viện dẫn đến quy định của điều ước, vì quy định đó được “ưu tiên áp dụng” (Trần Hữu Duy Minh, *lđđ*, tr. 40-42). Tuy nhiên, theo tác giả, quy định tại khoản 1 Điều 6 của Luật Điều ước quốc tế

Đối với các cam kết của Việt Nam về dịch vụ chuyên môn, các nghị quyết của Quốc hội về việc phê chuẩn các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới cũng như về việc Việt Nam gia nhập WTO đều không có quy định nào thể hiện các cam kết đó có thể được áp dụng trực tiếp⁶. Do đó, Việt Nam phải nội luật hóa bằng cách chuyển hóa các cam kết đó vào các quy định của pháp luật trong nước. Tuy nhiên, quá trình nội luật hóa được thực hiện trong thời gian qua lại cho thấy một số vấn đề mà Việt Nam cần phải điều chỉnh để đảm bảo việc tuân thủ các nghĩa vụ của mình trong WTO và các hiệp định thương mại tự do, đặc biệt là trong bối cảnh hai hiệp định thương mại tự do thế hệ mới là Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (The Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership Agreement, CPTPP) và Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam – Liên minh châu Âu (The European Union-Vietnam Free Trade Agreement, EVFTA) sẽ được phê chuẩn và có hiệu lực trong thời gian tới.

Bài viết sẽ tập trung phân tích những vấn đề liên quan đến việc nội luật hóa các cam kết của Việt Nam đối với ba nhóm dịch vụ chuyên môn là dịch vụ pháp lý; dịch vụ kế toán, kiểm toán và ghi sổ kế toán; dịch

năm 2016 nên được đặt trong một bối cảnh rộng hơn về nghĩa vụ “tuân thủ điều ước quốc tế” của Việt Nam. Cả khi quy định của điều ước được áp dụng trực tiếp hay gián tiếp, nếu có sự khác nhau giữa quy định của điều ước và của nội luật, thì Việt Nam vẫn tuân thủ điều ước. Đặc biệt, nó có thể tạo nên một “giá đỡ” về mặt pháp lý cho Việt Nam khi nội luật hóa mà quy định của nội luật lại “khác” so với quy định của điều ước.

⁶ Xem Nghị quyết số 71/2006/NQ-QH11 của Quốc hội ngày 29/11/2006 phê chuẩn Nghị định thư gia nhập Hiệp định thành lập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

vụ thuế. Nội dung của bài viết, bên cạnh việc tóm tắt lại một số cam kết của Việt Nam về ba nhóm dịch vụ này (1) và quá trình nội luật hóa các cam kết đó (2), sẽ tập trung phân tích những vấn đề mà Việt Nam gặp phải khi tiến hành nội luật hóa các cam kết đó (3), từ đó đưa ra một số đề xuất (4).

1. Nội dung cơ bản của các cam kết về một số dịch vụ chuyên môn Việt Nam

Thứ nhất, đối với dịch vụ pháp lý (CPC 861), các cam kết của Việt Nam trong WTO, AFAS, VJEPA và VKFTA đều loại trừ các dịch vụ pháp lý liên quan đến tham gia tố tụng với tư cách là người bào chữa hay đại diện cho khách hàng trước tòa án Việt Nam và dịch vụ giấy tờ pháp lý và công chứng liên quan đến pháp luật Việt Nam. Đồng thời, Việt Nam không đưa ra bất kỳ hạn chế nào đối với phương thức 1 và phương thức 2. Về hiện diện thương mại – phương thức 3, cam kết trong WTO hay trong các FTA chỉ rõ tổ chức luật sư nước ngoài được phép thành lập tại Việt Nam chi nhánh, công ty con, công ty luật nước ngoài và công ty hợp danh giữa tổ chức luật sư nước ngoài và công ty luật hợp danh Việt Nam. Đồng thời, hiện diện thương mại của tổ chức luật sư nước ngoài được phép tư vấn luật Việt Nam nếu luật sư tư vấn đã tốt nghiệp đại học luật của Việt Nam và đáp ứng các yêu cầu áp dụng cho luật sư hành nghề tương tự của Việt Nam⁷. Đối với phương thức 4, trong tất cả các hiệp định, Việt Nam đều chưa cam kết, ngoại trừ các cam kết chung.

⁷ Tổ chức Thương mại thế giới – Ban Công tác về việc gia nhập WTO của Việt Nam, *tlđđ*, WT/ACC/VNM/48/Add.2, tr. 10; AFAS, Phụ lục Nghị định thư số 9, tr. 1; VJEPA, tr. 847; VKFTA, Phụ lục 8-D, tr. 9.

Thứ hai, đối với dịch vụ kế toán, kiểm toán và ghi sổ kế toán (CPC 862), về cơ bản, các cam kết của Việt Nam trong WTO và trong các FTA đều cho thấy đối với các phương thức cung cấp dịch vụ 1, 2 và 3, Việt Nam cam kết không hạn chế về tiếp cận thị trường và về đối xử quốc gia. Việt Nam không cam kết, ngoại trừ các cam kết chung cho phương thức 4⁸.

Thứ ba, đối với dịch vụ thuế (CPC863), Việt Nam không đưa ra bất kỳ hạn chế nào đối với các phương thức 1 và phương thức 2, cả về khía cạnh tiếp cận thị trường cũng như đối xử quốc gia. Đối với phương thức 3, trong WTO, Việt Nam cam kết về tiếp cận thị trường, theo đó, trong vòng 1 năm kể từ ngày gia nhập, Việt Nam sẽ cấp phép cho từng trường hợp cụ thể và số lượng các nhà cung cấp sẽ do Bộ Tài chính quyết định tùy thuộc vào nhu cầu và tình hình phát triển của thị trường Việt Nam. Đồng thời, trong vòng một năm kể từ ngày gia nhập, các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ thuế có vốn đầu tư nước ngoài chỉ được cung cấp dịch vụ cho các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và các dự án có sự tài trợ của nước ngoài ở Việt Nam⁹. Nói cách khác, tính đến năm 2018, Việt Nam không có bất kỳ hạn chế nào về hiện diện thương mại đối với việc cung cấp dịch vụ của tổ chức cung cấp dịch vụ thuế nước ngoài. Trong AFAS, VJEPA và VKFTA, Việt Nam cũng không đưa ra bất kỳ hạn chế nào cho các phương

⁸ Tổ chức Thương mại thế giới – Ban Công tác về việc gia nhập WTO của Việt Nam, *tlđđ*, WT/ACC/VNM/48/Add.2, tr. 11; AFAS, Phụ lục Nghị định thư số 9, tr. 2; VJEPA, tr. 848; VKFTA, Phụ lục 8-D, tr. 10.

⁹ Tổ chức Thương mại thế giới – Ban Công tác về việc gia nhập WTO của Việt Nam, *tlđđ*, WT/ACC/VNM/48/Add.2, tr. 11.

thức 1, 2 và 3¹⁰. Với phương thức 4, trong WTO cũng như theo các FTA, Việt Nam đều chưa cam kết, trừ các cam kết chung.

2. Quá trình nội luật hóa các cam kết về dịch vụ chuyên môn

Sau khi trở thành thành viên WTO và phê chuẩn các FTA nêu trên, Việt Nam đã tiến hành nội luật hóa các cam kết về dịch vụ chuyên môn trong nhiều văn bản khác quy phạm pháp luật khác nhau. Cụ thể:

Với dịch vụ pháp lý, các cam kết của Việt Nam trong lĩnh vực này chủ yếu được nội luật hóa thông qua một số quy định của Luật Luật sư. Cụ thể, Điều 69 Luật Luật sư năm 2006 quy định về các hình thức hiện diện thương mại của tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài ở Việt Nam, bao gồm: Chi nhánh của tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài, công ty trách nhiệm hữu hạn 100% vốn nước ngoài và công ty luật trách nhiệm hữu hạn dưới hình thức liên doanh. Sau đó, Luật Luật sư sửa đổi năm 2012 bổ sung thêm hình thức công ty luật hợp danh giữa tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài và công ty luật hợp danh của Việt Nam. Bên cạnh quy định này, Điều 68 của Luật Luật sư năm 2006, sửa đổi năm 2012 bổ sung các điều kiện hành nghề của tổ chức luật sư nước ngoài. Đồng thời, các điều 74 đến 77 đưa ra các quy định liên quan đến điều kiện, hình thức, phạm vi hành nghề và quyền, nghĩa vụ của luật sư nước ngoài khi hành nghề tại Việt Nam. Ngoài ra, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi năm 2009 bổ sung quy định tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam không được kinh doanh dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp¹¹.

¹⁰ AFAS, Phụ lục Nghị định thư số 9, tr. 2; VJEPA, tr. 848; VKFTA, Phụ lục 8-D, tr. 10.

¹¹ Điều 154 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi năm 2009.

Đối với dịch vụ kế toán, kiểm toán và ghi sổ kế toán, các cam kết của Việt Nam trong WTO và các FTA về các hình thức hiện diện thương mại lần lượt được nội luật hóa thông qua Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 (Điều 36) và Luật Kế toán năm 2015 (Điều 54). Đặc biệt, đối với việc cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới, Chính phủ tiếp tục cụ thể hóa các điều kiện kinh doanh áp dụng cho doanh nghiệp kế toán nước ngoài thông qua Nghị định số 174/2016/NĐ-CP ngày 30/12/2016 quy định chi tiết một số điều của Luật Kế toán (Nghị định 174/2016/NĐ-CP)¹². Bên cạnh đó, nghị định này và Nghị định số 17/2012/NĐ-CP của Chính phủ ngày 13/3/2012 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Kiểm toán độc lập (Nghị định 17/2012/NĐ-CP) bổ sung điều kiện về tỷ lệ sở hữu của tổ chức và kế toán/kiểm toán viên trong công ty.

Đối với dịch vụ thuế, Việt Nam đã ban hành Luật Quản lý thuế năm 2006, sửa đổi năm 2012. Theo đó, Việt Nam đã cụ thể hóa một số cam kết của Việt Nam trong lĩnh vực này dưới dạng các điều kiện để kinh doanh dịch vụ làm thủ tục về thuế¹³.

3. Các vấn đề đặt ra khi nội luật hóa các cam kết về dịch vụ trong lĩnh vực tài chính

Có thể thấy, Việt Nam đã thể hiện nhiều nỗ lực khi nội luật hóa các cam kết của mình đối với một số dịch vụ chuyên môn.

¹² Về nội dung của Nghị định này, xem thêm các bài viết: Phạm Thu Hương, “Hoạt động cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới và một số vấn đề lưu ý”, Tạp chí Tài chính, 2018, số 678, tr. 66-70; Nguyễn Thị Mai Hiền, “Hoạt động cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới của doanh nghiệp nước ngoài”, Tạp chí Tài chính, 2017, số 651, tr. 93-95.

¹³ Xem khoản 4 Điều 20 Luật Quản lý thuế năm 2006, sửa đổi năm 2012.

Điều này đã tạo ra những điều kiện thuận lợi cho quá trình thực thi các cam kết, bởi nhờ quá trình nội luật hóa, các cam kết quốc tế của Việt Nam đã được cụ thể hóa bằng các quy định cụ thể của pháp luật trong nước. Tuy nhiên, việc nội luật hóa cũng cho thấy một số vấn đề mà Việt Nam cần phải xem xét. Có thể kể đến các vấn đề dưới đây:

Thứ nhất, chưa thống nhất về hình thức văn bản để nội luật hóa các cam kết của Việt Nam về dịch vụ trong lĩnh vực tài chính

Trước tiên, cần khẳng định Luật Điều ước quốc tế năm 2016 không hàm chứa bất kỳ điều khoản nào hướng dẫn cách thức nội luật hóa các điều ước quốc tế nói chung và các hiệp định thương mại tự do nói riêng. Đồng thời, theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, quá trình xây dựng và ban hành văn bản luật hay dưới luật đều phải trải qua bước rà soát sự tương thích giữa các quy định trong các văn bản đó với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Điều này dường như cho thấy, cam kết của Việt Nam theo một điều ước quốc tế có thể được chuyển hóa vào các quy định của nhiều loại văn bản khác nhau (văn bản luật hoặc văn bản dưới luật). Minh chứng từ việc nội luật hóa các cam kết của Việt Nam về một số dịch vụ chuyên môn đã nêu ở phần trên cho thấy các cam kết đó có thể được chuyển hóa vào văn bản luật hoặc nghị định. Sự không thống nhất về hình thức văn bản để nội luật hóa các cam kết của Việt Nam có thể tạo ra sự linh hoạt để Việt Nam chuyển hóa các cam kết một cách phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh thực tế của Việt Nam. Tuy nhiên, ngược lại, điều này có thể gây phức tạp đối với doanh nghiệp trong quá trình áp dụng, khi họ không thể biết chính xác văn bản quy phạm

pháp luật nào đã chuyển hóa cam kết nào của Việt Nam.

Thứ hai, các cam kết không được nội luật hóa đồng thời mà rải rác ở nhiều thời điểm khác nhau

Vì các dịch vụ chuyên môn được nội luật hóa trong các văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, nên thời điểm chuyển hóa các cam kết có liên quan được thực hiện vào các thời điểm khác nhau. Với dịch vụ pháp lý, các điều kiện liên quan đến hiện diện thương mại được nội luật hóa lần đầu vào năm 2006, sau đó được sửa đổi, bổ sung vào năm 2012. Hơn nữa, chỉ khi Luật Luật sư được sửa đổi vào năm 2012, dịch vụ này mới chuyển hóa hoàn toàn và đầy đủ về các hình thức hiện diện thương mại mà Việt Nam đã cam kết. Đối với dịch vụ kế toán, phải đợi đến năm 2015 các cam kết của Việt Nam về lĩnh vực này mới được chuyển hóa vào pháp luật trong nước... Như vậy, kể từ khi Việt Nam chính thức trở thành thành viên của WTO vào ngày 11/01/2007, phải hơn tám năm sau các cam kết về dịch vụ kế toán mới được nội luật hóa. Nói cách khác, việc nội luật hóa rải rác và có độ trễ về mặt thời gian gây ra những khó khăn cho việc tiếp cận thị trường Việt Nam của các tổ chức kinh doanh dịch vụ chuyên môn nước ngoài.

Thứ ba, một số quy định nội luật hóa cam kết quốc tế chưa tương thích với cam kết

Liên quan đến dịch vụ pháp lý, Điều 68 Luật Luật sư sửa đổi năm 2012 bổ sung thêm các điều kiện hành nghề của tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài. Để có thể được hoạt động tại Việt Nam, tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài phải đáp ứng ba điều kiện, bao gồm: i) Cam kết và bảo đảm tuân thủ Hiến pháp và pháp luật Việt Nam; ii) Cam kết và bảo đảm có ít nhất hai luật sư

nước ngoài, kể cả trường chi nhánh hay giám đốc công ty luật nước ngoài có mặt và hành nghề tại Việt Nam từ 183 ngày trở lên trong thời gian liên tục 12 tháng; iii) Trường chi nhánh và giám đốc công ty luật nước ngoài tại Việt Nam phải có ít nhất hai năm liên tục hành nghề luật sư. Cần lưu ý là, các cam kết của Việt Nam trong WTO và các FTA đều không đưa ra các điều kiện này, đặc biệt là điều kiện về lưu trú và năm kinh nghiệm. Có ý kiến cho rằng, các hạn chế này không nằm trong danh mục sáu biện pháp hạn chế mà điều XVI.2 của GATS đưa ra, do đó, Việt Nam có thể áp dụng. Tuy nhiên, đối với một phương thức cung ứng dịch vụ mà trong biểu cam kết được ghi là “không hạn chế” (tiếng Anh là “none”) về tiếp cận thị trường, Ban hội thẩm và cơ quan Phúc thẩm, trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Trò chơi*, khẳng định điều này có nghĩa là thành viên đó mở cửa hoàn toàn đối với phương thức cung ứng dịch vụ đó (full market access)¹⁴. Đồng thời, Ban hội thẩm thụ lý vụ tranh chấp *Mexico – Viễn thông*¹⁵, khi xem xét một hạn chế về thời gian mà Mexico đưa ra đối với doanh nghiệp cung ứng dịch vụ viễn thông nước ngoài, khẳng định:

“Sáu nhóm biện pháp tại Điều XVI.2 bao hàm các loại hạn chế tiếp cận thị

trường có thể áp đặt cho việc cung cấp một dịch vụ. Tuy nhiên, không biện pháp nào trong sáu biện pháp nêu trên có chứa đựng các hạn chế về mặt thời gian – như ngày có hiệu lực để thực thi một cam kết. Điều đó cho thấy các hạn chế về thời gian không thể tạo thành các hạn chế về tiếp cận thị trường theo Điều XVI.2 của GATS”¹⁶.

Những giải thích của Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm nêu trên cho thấy, ngoài sáu nhóm hạn chế về tiếp cận thị trường đã được quy định tại Điều XVI.2 của GATS, các thành viên của WTO không thể thiết lập thêm các hạn chế khác. Trong trường hợp ngược lại, việc ban hành và thực thi một biện pháp nhằm hạn chế tiếp cận thị trường không thuộc nhóm sáu biện pháp sẽ dẫn đến sự vi phạm nghĩa vụ của thành viên đó theo Điều XVI.2 của GATS. Vì vậy, có thể thấy việc đặt ra điều kiện về lưu trú và năm kinh nghiệm như trong Luật Luật sư sửa đổi năm 2012 dẫn đến việc Việt Nam đã không tuân thủ đầy đủ nghĩa vụ của mình trong WTO và các FTA.

Liên quan đến việc nội luật hóa các cam kết của Việt Nam đối với dịch vụ kế toán, kiểm toán và ghi sổ kế toán, sự không tương thích với nội dung các cam kết của Việt Nam thể hiện ở một số điểm cụ thể dưới đây:

Một là, đối với các hình thức hiện diện thương mại, từ góc độ tiếp cận thị trường, Luật Kế toán năm 2015 quy định doanh

¹⁴ *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Panel report of 10 November 2004, WT/DS285/R, đoạn 6.267-6.279; Appellate Body Report of 7 April 2005, WT/DS285/AB/R, đoạn 214-215. Xem thêm: Dự án Hỗ trợ thương mại đa biên (MUTRAP II), *Việt Nam gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới: Giải thích các điều kiện gia nhập*, Nxb. Lao động – Xã hội, 2008, tr. 280-282; Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, tr. 479-480.

¹⁵ *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, Panel report of 2 April 2004, WT/DS204/R, đoạn 7.357-7.358.

¹⁶ “The six categories of measures in Article XVI:2 refer to the types of market access limitations that can be imposed on the supply of a service. However, none of the six categories relate to temporal limitations – such as dates for entry into force or for the implementation of commitments. This suggests that temporal limitations cannot constitute limitations on market access under Article XVI:2 of the GATS”. *Id*, WT/DS204/R, đoạn 7.358.

ng nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài thực hiện kinh doanh dịch vụ kế toán tại Việt Nam chỉ có thể (i) 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, và (ii) Thành lập chi nhánh doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài¹⁷. Như ở trên đã phân tích, với phương thức 3, trong WTO và FTA, Việt Nam không đưa ra bất kỳ hạn chế nào. Nói cách khác, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán có quyền thành lập hiện diện thương mại ở Việt Nam dưới bất kỳ hình thức nào. Trong khi đó, theo quy định của Luật Kế toán năm 2015, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài không thể thành lập văn phòng đại diện hay doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài để kinh doanh dịch vụ kế toán ở Việt Nam¹⁸.

Điều này xảy ra tương tự đối với dịch vụ kiểm toán. Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 chỉ cho phép doanh nghiệp kiểm toán nước ngoài thực hiện hoạt động kiểm toán tại Việt Nam dưới hình thức góp vốn thành lập doanh nghiệp liên doanh và thành lập chi nhánh¹⁹, trong khi theo cam kết của Việt Nam trong WTO và các FTA, họ có thể hiện diện thương mại dưới bất kỳ hình thức nào.

Từ góc độ đối xử quốc gia, các Điều 20 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 và khoản 1 Điều 59 Luật Kế toán năm 2015 cho phép các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kiểm toán/kế toán trong nước được thành lập theo các hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn

hai thành viên trở lên, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân. Trong khi đó, theo Điều 36 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 và khoản 4 Điều 59 Luật Kế toán năm 2015, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kiểm toán/kế toán nước ngoài không thể thành lập doanh nghiệp dưới hình thức doanh nghiệp tư nhân. Khi các cam kết của Việt Nam trong WTO và các FTA không đi kèm bất kỳ hạn chế nào về đối xử quốc gia, thì hai quy định khác nhau nêu trên đã tạo nên sự phân biệt đối xử giữa doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán trong nước và doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán nước ngoài.

Do đó, có thể thấy, các quy định của Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 và Luật Kế toán năm 2015 về các hình thức hiện diện thương mại của doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kiểm toán/kế toán nước ngoài tại Việt Nam không tương thích với các cam kết của Việt Nam trong WTO và các FTA về khía cạnh tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia.

Hai là, hai nghị định hướng dẫn Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 và Luật Kế toán năm 2015 đều quy định về tỷ lệ sở hữu như sau: (i) Thành viên là tổ chức được góp tối đa 35% vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn kế toán/kiểm toán hai thành viên trở lên, trường hợp có nhiều tổ chức góp vốn thì tổng số vốn góp của các tổ chức tối đa bằng 35% vốn điều lệ của công ty; (ii) Vốn góp của các kiểm toán viên hành nghề phải chiếm trên 50% vốn điều lệ doanh nghiệp²⁰. Một số ý kiến và nhận định cho rằng, quy định như vậy sẽ không vi phạm cam kết trong WTO và các FTA vì các quy

¹⁷ Khoản 4 Điều 54 Luật Kế toán năm 2015.

¹⁸ Xem thêm: Phạm Thị Hải Yến, “Ngành kế toán: từ cam kết WTO đến luật nội”, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, ngày 12/04/2017, xem tại: <http://www.thesaigontimes.vn/158727/Nganh-ke-toan-tu-cam-ket-WTO-den-luat-noi.html>, truy cập ngày 01/08/2018.

¹⁹ Điều 36 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011.

²⁰ Điều 26 và 27 của Nghị định số 174/2016/NĐ-CP; Điều 6 và 7 của Nghị định số 17/2012/NĐ-CP.

định này không chỉ áp dụng cho tổ chức, cá nhân nước ngoài, mà còn áp dụng cho cả tổ chức, cá nhân Việt Nam. Nói cách khác, các quy định nêu trên không tạo nên sự phân biệt đối xử giữa nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài và nhà cung cấp dịch vụ Việt Nam, do đó, hoàn toàn tuân thủ nghĩa vụ đối xử quốc gia²¹. Tuy nhiên, quy định này không tương thích với các cam kết ở hai điểm: (i) Các cam kết của Việt Nam trong WTO và FTA không đưa ra bất kỳ hạn chế nào về tỷ lệ sở hữu, do đó, việc Việt Nam đặt ra yêu cầu về tỷ lệ sở hữu này sẽ không tương thích với các cam kết đó, nhất là không tương thích với Điều XVI.2 của GATS²²; (ii) Nhận định nêu trên chỉ xem xét các quy định ở góc độ đối xử quốc gia mà không xem xét ở góc độ tiếp cận thị trường. Nói cách khác, một thành viên là tổ chức nước ngoài không thể tiếp cận được thị trường Việt Nam nếu họ muốn thành lập một doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán/kiểm toán ở Việt Nam với tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ trên 35%.

Ba là, đối với việc cung ứng dịch vụ kế toán qua biên giới, Nghị định 174/2016/NĐ-CP đưa ra một loạt các điều kiện để một doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài được tiến hành phương thức

cung ứng dịch vụ này tại Việt Nam. Khoản 1 Điều 30 Nghị định 174/2016/NĐ-CP đưa ra năm điều kiện, bao gồm:

a) Được phép cung cấp dịch vụ kế toán theo quy định của pháp luật của nước nơi doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài đặt trụ sở chính;

b) Có văn bản của cơ quan quản lý hành nghề dịch vụ kế toán (cơ quan quản lý nhà nước về kế toán hoặc tổ chức nghề nghiệp) nơi doanh nghiệp nước ngoài đóng trụ sở chính xác nhận không vi phạm các quy định về hoạt động kinh doanh dịch vụ kế toán và quy định pháp luật khác của nước ngoài trong thời hạn 3 năm trước thời điểm đề nghị cấp Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ kế toán qua biên giới;

c) Có ít nhất 02 người được Bộ Tài chính Việt Nam cấp giấy chứng nhận đăng ký hành nghề dịch vụ kế toán, trong đó có người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài;

d) Có mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho các kế toán viên hành nghề tại Việt Nam;

đ) Không bị xử phạt vi phạm hành chính trong việc cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới tại Việt Nam trong thời hạn 12 tháng tính đến thời điểm đề nghị cấp Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ kế toán qua biên giới tại Việt Nam”.

Đồng thời, Điều 31 Nghị định 174/2016/NĐ-CP bổ sung thêm một điều kiện về phương thức cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới. Theo đó, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài khi cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới tại Việt Nam phải “thực hiện liên danh” với

²¹ Trung tâm WTO – Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, *Bảng rà soát pháp luật Việt Nam với cam kết WTO, EVFTA và TPP về mở cửa dịch vụ cho đầu tư nước ngoài*, 2016, tr. 50, xem tại: http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/sukien/vcci_-_ra_soat_mo_cua_dich_vu_-_full_0.pdf, truy cập ngày 01/08/2018.

²² Điều XVI.2 của GATS yêu cầu đối với các cam kết về mở cửa thị trường, một thành viên WTO không thể duy trì hoặc ban hành các hạn chế liên quan đến số lượng nhà cung cấp dịch vụ, tổng giá trị các giao dịch về dịch vụ, tổng số các hoạt động dịch vụ, tổng số thể nhân có thể được tuyển dụng, các biện pháp hạn chế hoặc yêu cầu hình thức hiện diện thương mại và tỷ lệ góp vốn của bên nước ngoài.

doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán tại Việt Nam trên cơ sở một hợp đồng liên danh được ký kết bởi các bên²³.

Như vậy, khác với cam kết gia nhập WTO và trong các FTA của Việt Nam cho phép cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới không đi kèm với bất kỳ hạn chế nào, Nghị định 174/2016/NĐ-CP đã đưa ra nhiều điều kiện khác nhau có tác động làm hạn chế khả năng tiếp cận thị trường Việt Nam của doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ kế toán nước ngoài. Như đã phân tích ở trên, việc đặt ra các điều kiện hạn chế không thuộc vào sáu nhóm hạn chế của Điều XVI.2 của GATS này dẫn đến quy định của Nghị định 174/2016/NĐ-CP không tương thích với các cam kết có liên quan của Việt Nam. Ngoài ra, việc thiết lập các điều kiện kinh doanh như vậy dường như cũng không phù hợp với tinh thần cải cách môi trường kinh doanh của Việt Nam mà Thủ tướng Chính phủ nhấn mạnh và được thể hiện thông qua Nghị quyết số 19-2018/NQ-CP của Chính phủ được ban hành trong thời gian qua.

Thứ tư, một số cam kết mới chỉ được nội luật hóa một phần

Các cam kết đối với dịch vụ thuế (CPC 863) mới chỉ được nội luật hóa một phần. Theo Hệ thống phân loại các ngành kinh tế của Liên hợp quốc, dịch vụ thuế (taxation service) bao gồm dịch vụ tư vấn và lập kế hoạch thuế kinh doanh (CPC 86301), dịch vụ chuẩn bị và rà soát thuế kinh doanh (CPC 86302) và các dịch vụ khác liên quan đến thuế (CPC 86309). Tuy nhiên, theo Luật Quản lý thuế năm 2006, sửa đổi năm 2012, Việt Nam mới chỉ đưa ra các quy

định liên quan đến điều kiện kinh doanh dịch vụ làm thủ tục về thuế, tức là một dịch vụ thuộc nhóm các dịch vụ khác liên quan đến thuế (CPC 86309). Các dịch vụ tư vấn và lập kế hoạch thuế kinh doanh và dịch vụ chuẩn bị, rà soát thuế kinh doanh hiện chưa được nội luật hóa trong bất kỳ quy định nào của pháp luật Việt Nam.

4. Một số đề xuất

Với những tồn tại khi nội luật hóa các cam kết về một số dịch vụ chuyên môn nêu trên, Việt Nam nên xem xét áp dụng các biện pháp dưới đây:

Thứ nhất, thống nhất cách thức nội luật hóa các điều ước quốc tế

Việc nội luật hóa một cách rải rác trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật và vào nhiều thời điểm khác nhau như phân tích ở trên, tạo ra sự không thống nhất khi nội luật hóa các cam kết về dịch vụ chuyên môn nói riêng và về thương mại dịch vụ nói chung. Điều này có thể gây khó khăn cho nhà đầu tư nước ngoài khi nghiên cứu, tìm hiểu về các điều kiện kinh doanh ở Việt Nam và cũng có thể làm tăng các rủi ro pháp lý mà họ phải gánh chịu, từ đó, tác động không tốt đến môi trường đầu tư của Việt Nam. Vì vậy, Việt Nam cần xem xét để thống nhất cách thức nội luật hóa các cam kết trong WTO và các FTA. Theo ý kiến của một số chuyên gia, Việt Nam có thể ban hành một văn bản luật riêng lẻ để nội luật hóa đồng bộ các quy định trong một FTA nào đó. Cách làm này đã được một số quốc gia trên thế giới tiến hành²⁴, vì vậy, Việt Nam cũng có

²³ Xem thêm: Nguyễn Thị Mai Hiên, “Hoạt động cung cấp dịch vụ kế toán qua biên giới của doanh nghiệp nước ngoài”, Tạp chí Tài chính, 2017, số 651, tr. 93-95.

²⁴ Xem: Nguyễn Khánh Ngọc, “Điều ước quốc tế về thương mại và kinh nghiệm thi hành các hiệp định của vòng Uruguay trong pháp luật Hoa Kỳ”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2004, số 12, tr. 60-70; Hà Thị Thanh Bình, “Nội luật hóa các cam kết gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới của Việt Nam trong lĩnh

thể nghiên cứu và triển khai. Điều này sẽ đặc biệt quan trọng khi trong tương lai, CPTPP và EVFTA có hiệu lực và Việt Nam phải nội luật hóa rất nhiều quy định mới khi chúng chỉ được áp dụng cho một vài đối tác của Việt Nam. Do đó, nếu chuyển hóa các quy định trong EVFTA và CPTPP vào các luật chuyên ngành như hiện tại, sẽ khiến các quy định mới không chỉ được áp dụng cho Liên minh châu Âu hay mười nước châu Á – Thái Bình Dương của CPTPP mà sẽ được áp dụng cho tất cả các quốc gia khác. Vì vậy, việc ban hành một văn bản luật riêng để nội luật hóa EVFTA hay CPTPP trong đó xác định rõ phạm vi áp dụng sẽ hạn chế được tác động không mong đợi này.

Thứ hai, sửa đổi các quy định của nội luật để đảm bảo sự tương thích với các cam kết

Việc nội luật hóa các cam kết về một số dịch vụ chuyên môn, như phân tích ở trên cho thấy, các quy định nội luật hóa cam kết chưa tương thích với các cam kết và nghĩa vụ của Việt Nam trong WTO và các FTA. Về vấn đề này, có thể cho rằng, trên cơ sở quy định của khoản 1 Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016 và nhiều quy định tương ứng trong các văn bản luật khác, Việt Nam không cần phải sửa đổi nội luật vì các quy định trong điều ước sẽ được áp dụng khi quy định nội luật khác với quy định của điều ước. Tuy nhiên, cần lưu ý là trong WTO, Việt Nam có nghĩa vụ đảm bảo sự tương thích của nội luật với cam kết và nghĩa vụ của Việt Nam trong WTO²⁵. Đồng

thời, theo cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, một biện pháp vi phạm bị khiếu kiện có thể là một biện pháp không liên quan đến việc áp dụng của biện pháp đó (*measures as such*). Nói cách khác, bản thân việc một biện pháp được ban hành hàm chứa các quy định không tương thích với các cam kết và nghĩa vụ trong WTO đã có thể bị một thành viên khác khởi kiện. Với thực tiễn này, việc viện dẫn khoản 1 Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016 sẽ không thể bảo vệ được Việt Nam khi bị khiếu kiện liên quan đến một quy định của nội luật không tương thích với cam kết của Việt Nam.

Do đó, trong thời gian tới, Việt Nam cần xem xét để sửa đổi lại các quy định không tương thích. Đây là điều mà Việt Nam đã làm khi sửa đổi Luật Luật sư vào năm 2012 nhằm đảm bảo tuân thủ đầy đủ các cam kết của Việt Nam về các hình thức hiện diện thương mại của tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam. Việc sửa đổi sớm các quy định không tương thích sẽ đảm bảo Việt Nam tuân thủ tốt hơn các cam kết của mình, từ đó tránh được nguy cơ bị khởi kiện.

Thứ ba, cần đặc biệt chú trọng rà soát dựa trên các điều ước quốc tế trong quá trình soạn thảo các văn bản quy phạm pháp luật

Theo Luật Ban hành các văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, trong quá trình soạn thảo văn bản pháp luật, cơ quan nhà nước có liên quan phải tiến hành rà soát và đánh giá sự tương thích của dự thảo văn bản đó với các điều ước quốc tế của Việt Nam²⁶. Việc các quy định của nội luật còn chưa

vực dịch vụ”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2009, số 5 (142), tr. 13-17; Phạm Thị Bắc Hà, “*Pháp luật Canada về ký kết điều ước quốc tế và một số đề xuất cho Việt Nam*”, Tạp chí Luật học, 2015, số 10(185), tr. 9-15.

²⁵ Điều XVI.4 Hiệp định Marrakesh về thành lập Tổ chức Thương mại thế giới năm 1994.

²⁶ Xem: Khoản 2 Điều 36, điểm d khoản 3 Điều 39, điểm b khoản 3 Điều 58, Điều 65... của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

tương thích với các cam kết của Việt Nam về một số dịch vụ chuyên môn như phân tích ở trên cho thấy, quá trình rà soát chưa được thực hiện một cách cẩn trọng và nghiêm ngặt. Vì vậy, công tác này trong thời gian tới cần phải được đặc biệt chú trọng để đảm bảo các điều ước được chuyển hóa một cách chính xác và đầy đủ vào nội luật.

Như vậy, có thể thấy, cách thức nội luật hóa và nội dung của các quy định nội luật hóa về một số dịch vụ chuyên môn trong WTO cũng như các FTA cho thấy những hạn chế mà Việt Nam đã gặp phải. Điều này

không chỉ gây khó khăn cho quá trình áp dụng các quy định của pháp luật, tạo rào cản về tiếp cận thị trường cho các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ nước ngoài, mà còn có thể dẫn đến nguy cơ Việt Nam phải đối mặt với các vụ kiện do vi phạm các cam kết của mình. Vì vậy, theo tác giả, trong thời gian tới, Việt Nam cần thống nhất cách thức nội luật hóa, sửa đổi các văn bản pháp luật hiện hành còn chưa tương thích và chú trọng đến việc rà soát sự tương thích trong quá trình soạn thảo và ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

(Tiếp theo trang 63 – Công khai thông tin trong...)

(i) Ủy ban nhân dân cấp tỉnh sẽ công khai thông tin qua đăng tải trên trang thông tin điện tử;

(ii) Trung tâm phát triển quỹ đất và Ủy ban nhân dân cấp xã có trách nhiệm công khai thông tin thông qua hình thức niêm yết tại trụ sở cơ quan và điểm sinh hoạt chung khu dân cư nơi có đất thu hồi.

Tuy nhiên, do thông tin về giá đất mang tính chuyên biệt nên nếu chỉ dừng lại ở việc công khai một chiều từ cơ quan nhà nước thì người có đất thu hồi sẽ khó có thể nắm rõ và đánh giá đúng các thông tin được cung cấp. Bên cạnh các hình thức công khai nêu trên, tác giả cho rằng đại diện Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (chủ thể quyết định giá đất tính tiền bồi thường) sẽ cùng tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng và Ủy ban nhân dân cấp xã tổ chức họp dân cư để

công khai các thông tin về quá trình xác định giá đất tính tiền bồi thường, giải đáp các thắc mắc liên quan giúp người dân hiểu rõ được căn cứ tính tiền bồi thường. Buổi họp công khai thông tin này không chỉ là giá đất tính tiền bồi thường mà cần xem xét cả những điều kiện bồi thường và đơn giá bồi thường đối với tài sản gắn liền.

4. Kết luận

Công khai thông tin về căn cứ xác định giá đất tính tiền bồi thường có ý nghĩa quan trọng trong quá trình thu hồi đất; đảm bảo sự công khai, minh bạch, công bằng và quyền giám sát của công dân đối với công tác thu hồi đất. Việc công khai thông tin sẽ góp phần nâng cao sự đồng thuận từ người có đất thu hồi và trách nhiệm của người thu hồi đất; giải tỏa sự căng thẳng trong công tác giải phóng mặt bằng.

PHÁP LUẬT THÁI LAN VỀ TỔ CHỨC XÃ HỘI VÀ VAI TRÒ CỦA TỔ CHỨC XÃ HỘI TRONG QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC – MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

*Bùi Thị Hương**
*Trần Thị Loan***

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu, phân tích những quy định của pháp luật Thái Lan về tổ chức xã hội và vai trò của các tổ chức xã hội trong quản lý nhà nước. Từ đó liên hệ và đưa ra một số gợi mở hoàn thiện khung pháp lý và nhìn nhận đầy đủ hơn về vai trò của các tổ chức xã hội ở Việt Nam.

Abstract: The paper studies and analyzes Thailand's regulations on social organizations and the role thereof in state governance. Thereby, it makes reference to Vietnam, proposals to improve the legal framework and contribute to better understanding of the role of social organizations in Vietnam.

Các tổ chức xã hội (TCXH) được hình thành từ nhu cầu liên kết giữa các cá nhân với nhau thành nhóm để cùng giải quyết các vấn đề chung. Đây là một trong những hình thức tổ chức cộng đồng xuất hiện từ xa xưa trong lịch sử loài người. Ngày nay, trong xã hội hiện đại, các TCXH với nhiều loại hình và tên gọi đã góp phần quan trọng trong quá trình phát triển xã hội. Có rất nhiều cách hiểu khác nhau về TCXH, nhưng tựu chung nhất đó là hệ thống các tổ chức tự nguyện của người dân, được gắn kết bởi những nhu cầu, lợi ích chung, hoạt động chủ yếu dựa trên sự tự chủ về tài chính, tự quản trong tổ chức hoạt động và có mục đích phi lợi nhuận. Các TCXH tồn tại dưới nhiều hình thức đa dạng như: Liên hiệp, hiệp hội, hội, tổ chức phi chính phủ, quỹ, viện, liên đoàn, ủy ban, trung tâm, câu lạc bộ... với nhiều mục đích như: Nghề nghiệp, từ thiện, nhân đạo, bảo vệ môi trường... *

1. Quy định của pháp luật Thái Lan về tổ chức xã hội

Hoạt động của các TCXH tại Thái Lan bắt đầu từ năm 1868, chủ yếu phục vụ cho mục đích tôn giáo để cung cấp phúc lợi và hỗ trợ phát triển cho người nghèo¹. Tuy nhiên, sự tham gia của người dân Thái Lan vào quản lý nhà nước là khá mới đối với một đất nước theo chế độ quân chủ. Chỉ đến năm 1932, khi kết thúc chế độ quân chủ tuyệt đối và thay vào đó là chế độ quân chủ lập hiến², thì việc tham gia của người dân và TCXH ở Thái Lan mới chính thức bắt đầu. Từ bản Hiến pháp đầu tiên của Vương

¹ Brenda Furugganan, *Bridging Local Needs with National Realities through Participation: The case of Khun Paiboon Wattanasiritham*, The Synergos Institute, 2002, tr. 3. Xem tại: https://www.synergos.org/sites/default/files/media/documents/khun_paiboon_wattanasiritham.pdf, truy cập ngày 15/03/2018.

² Thanet Aphornsuvan, *Constitutions and human rights in Thai political history*, Constitutions and Human Rights in a Global Age Symposium : An Asia-Pacific Perspective, ANU Research Publications, 2001, xem tại: <https://openresearch-repository.anu.edu.au/handle/1885/42075>, truy cập ngày 28/03/2018.

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

quốc Thái Lan dưới chế độ quân chủ lập hiến năm 1932 đến các bản Hiến pháp sau này như Hiến pháp năm 1991³, Hiến pháp năm 1997⁴, Hiến pháp năm 2007⁵ đều ghi nhận các quyền tự do của công dân như tự do tôn giáo, tự do ngôn luận, tự do hội họp, tự do lập hội... Đây chính là những cơ sở pháp lý căn bản cho sự hình thành và phát triển của các TCXH.

Ngoài ra, các luật quy định hoạt động của các TCXH cụ thể ở Thái Lan khá đa dạng và trải rộng trên nhiều lĩnh vực như *Luật về hợp tác xã năm 1999*⁶, *Luật về Đại học tư thục năm 2003*⁷, *Luật về Trường học tư thục năm 2007*⁸, *Luật Tổ chức các đảng phái chính trị năm 2007*⁹...

1.1. Về quyền thành lập

Hiến pháp Thái Lan hiện hành năm 2017 ghi nhận quyền tự do lập hội tại Điều

42 như sau: “Mọi người đều được tự do liên kết và hình thành một hiệp hội, hợp tác xã, công đoàn, tổ chức, cộng đồng hoặc bất kỳ một nhóm nào khác”¹⁰; đồng thời “cá nhân và cộng đồng sẽ có quyền: Ký vào bản kiến nghị chung đề xuất với cơ quan nhà nước nhằm hành động để mang lại lợi ích cho người dân hoặc cho cộng đồng, hoặc không hành động nếu ảnh hưởng đến cuộc sống ổn định của người dân hoặc cộng đồng đó; ... Cá nhân và cộng đồng cũng có quyền hợp tác với một cơ quan hành chính ở cấp địa phương hoặc cấp quốc gia để thực hiện việc bảo tồn, khôi phục hoặc phát huy trí tuệ, nghệ thuật, văn hóa, truyền thống và phong tục tốt đẹp ở cả cấp độ địa phương và quốc gia”¹¹. Đây chính là cơ sở hiến định để các TCXH được thành lập, hoạt động. Cùng với đó, cũng có những quy định yêu cầu Nhà nước phải có trách nhiệm trong việc bảo đảm quyền tiếp cận thông tin của công dân và cộng đồng, từ đó tạo điều kiện để các TCXH có thể phát huy vai trò của mình trong quản lý nhà nước. Điều 41 Chương 3 của Hiến pháp Thái Lan ghi nhận: *Cá nhân và cộng đồng có quyền: (1) Được thông tin và có quyền truy cập vào hệ thống dữ liệu công cộng hoặc các thông tin do cơ quan nhà nước nắm giữ theo quy định của pháp luật; (2) Trình bày kiến nghị với cơ quan nhà nước và được thông báo về kết quả trả lời kiến nghị trong thời gian quy định; (3) Khiếu nại về hành động hoặc thiếu sót của*

³ Điều 43 Hiến pháp Vương quốc Thái Lan năm 1991, xem tại: http://thailaws.com/law/t_laws/claw0015.pdf, truy cập ngày 11/03/2018.

⁴ Điều 45 - 47 Hiến pháp Vương quốc Thái Lan năm 1997, xem tại: http://thailaws.com/law/t_laws/claw0010.pdf, truy cập ngày 11/03/2018.

⁵ Điều 57 Chương 10, Điều 63-65 Chương 11 Hiến pháp Vương quốc Thái Lan năm 2007, xem tại: <http://www.krisdika.go.th/wps/wcm/connect/efc1bf004ea9ed10953a9d1b6e11f099/C04.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=efc1bf004ea9ed10953a9d1b6e11f099>, truy cập ngày 11/03/2018.

⁶ Luật Hợp tác xã năm 1999, xem tại: http://thailaws.com/law/t_laws/tlaw0378.pdf, truy cập ngày 10/03/2018.

⁷ Luật về Đại học tư thục năm 2003, xem tại: http://thailaws.com/law/t_laws/tlaw0212.pdf, truy cập ngày 10/03/2018.

⁸ Luật về Trường học tư thục năm 2007, xem tại: http://www.krisdika.go.th/wps/wcm/connect/05bf108043c86d74bdcafd25b7244636/PRIVATE+SCHOOL+ACT%2C+B.E.+2550+_2007_.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=05bf108043c86d74bdcafd25b7244636, truy cập ngày 11/03/2018.

⁹ Luật Tổ chức các đảng phái chính trị năm 2007, xem tại: http://thailaws.com/law/t_laws/tlaw0498.pdf, truy cập ngày 10/03/2018.

¹⁰ Điều 42 Chương 3: Quyền và tự do cơ bản của người dân Thái Lan, Hiến pháp Vương quốc Thái Lan năm 2017, xem tại: <http://www.krisdika.go.th/wps/wcm/connect/d230f08040ee034ca306af7292cbe309/CONSTITUTION+OF+THE+KINGDOM+OF+THAILAND+%28B.E.+2560+%282017%29%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d230f08040ee034ca306af7292cbe309>, truy cập ngày 10/03/2018.

¹¹ Điều 43 Chương 3 Hiến pháp Vương quốc Thái Lan năm 2017, tlđđ.

*các cán bộ, công chức, viên chức trong cơ quan nhà nước*¹².

Như vậy, theo quy định trên, có thể thấy Thái Lan cho phép các chủ thể đa dạng có thể liên kết thành lập TCXH, bao gồm cả công dân và tổ chức trong và ngoài Thái Lan. Các TCXH có thể được thành lập bởi các cá nhân, bởi các cộng đồng, hoặc thậm chí bởi sự liên kết giữa các cá nhân và cơ quan nhà nước¹³.

1.2. Về thủ tục thành lập

Ở Thái Lan hiện nay tồn tại hai hình thức TCXH: (1) TCXH có đăng ký theo quy định của pháp luật, (2) TCXH không đăng ký. Những TCXH không đăng ký thường là các tổ chức nước ngoài đã được đăng ký hợp lệ tại quốc gia gốc đến làm việc với một số địa phương tại Thái Lan¹⁴.

Đối với các TCXH có đăng ký, việc đăng ký thành lập thực hiện với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Theo đó: *Một hiệp hội được thành lập để thực hiện bất kỳ một hoạt động thường xuyên và có tính tập thể nào đó không nhằm phân chia lợi nhuận hoặc thu nhập thì phải có điều lệ hoạt động và phải được đăng ký theo quy định của Bộ luật Dân sự và Thương mại năm 1925 (sửa đổi năm 1992, 2008, 2014, 2015)*¹⁵.

Hồ sơ đăng ký thành lập hiệp hội bao gồm: Đơn đăng ký thành lập hiệp hội dưới hình thức văn bản với chữ ký của ít nhất 3

trong số những hội viên gửi đến cơ quan đăng ký có thẩm quyền tại khu vực mà hiệp hội đó đặt trụ sở chính; điều lệ hoạt động của hiệp hội; danh sách tên, địa chỉ và nghề nghiệp của ít nhất 10 hội viên tham gia hiệp hội đính kèm đơn đăng ký¹⁶.

Điều lệ hoạt động của hiệp hội phải chứa đựng ít nhất các nội dung: Tên hiệp hội; mục tiêu hoạt động; địa chỉ trụ sở chính và tất cả các chi nhánh; quy tắc gia nhập và chấm dứt hoạt động của các thành viên; lệ phí hội viên; quy tắc hoạt động của ban điều hành bao gồm số lượng người của ban điều hành, cách thức bầu hoặc bổ nhiệm người đứng đầu, nhiệm kỳ của người đứng đầu và quy định về các cuộc họp của hiệp hội; quy tắc quản lý hiệp hội, giữ gìn tài khoản, tài sản của hiệp hội; tên thành lập của hiệp hội bắt buộc phải có chữ “Hội” (Association)¹⁷.

Để được cấp phép, các hiệp hội này phải đáp ứng những điều kiện theo quy định pháp luật. Bộ Nội vụ Thái Lan là cơ quan chịu trách nhiệm về việc kiểm soát và cho phép thành lập các hiệp hội (Điều 109). Các hiệp hội đăng ký thành lập nếu được cấp phép sẽ có tư cách pháp nhân (Điều 83).

Tuy nhiên, ở Thái Lan, tự do hiệp hội hay tự do thành lập các TCXH không phải là quyền tuyệt đối. “*Để bảo vệ lợi ích công cộng, duy trì trật tự công cộng, đạo đức xã hội hoặc để ngăn chặn hoặc loại bỏ các rào cản hoặc sự độc quyền*”¹⁸ thì pháp luật vẫn có thể có những quy định nhằm hạn chế quyền tự do hiệp hội, thành lập và hoạt động đối với các TCXH.

¹² Điều 41 Chương 3, tldd.

¹³ Asian Development Bank, *Civil Society Brief Thailand*, 2011, xem tại: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/29149/csb-tha.pdf>, truy cập ngày 15/02/2018.

¹⁴ Asian Development Bank, *Civil Society Brief Thailand*, tldd.

¹⁵ Điều 78, Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyển 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, xem tại: <https://www.samuihorsale.com/law-texts/thailand-civil-code-part-1.html#77>, truy cập ngày 21/02/2018.

¹⁶ Điều 81, Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyển 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

¹⁷ Điều 79, Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyển 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

¹⁸ Điều 42 Chương 3 Hiến pháp Vương quốc Thái Lan năm 2017, tldd.

Pháp luật quy định, cơ quan nhà nước có thể yêu cầu sửa đổi hoặc từ chối hồ sơ xin thành lập hiệp hội¹⁹ nếu:

(i) Đơn đăng ký hoặc các nội dung đăng ký không tuân thủ những quy định bắt buộc của điều lệ thành lập cũng như thiếu những giấy tờ cần thiết trong hồ sơ xin thành lập như đã nêu trên, hoặc các nội dung trong đơn đăng ký không phù hợp với mục tiêu của hiệp hội; người đứng đầu của hiệp hội không có phẩm chất và tư cách phù hợp với mục tiêu của hiệp hội sẽ được yêu cầu sửa đổi.

(ii) Mục tiêu thành lập hiệp hội trái đạo đức hoặc pháp luật, hoặc có khả năng gây nguy hiểm tới trật tự công cộng hoặc an ninh quốc gia, hoặc đơn đăng ký bị yêu cầu sửa đổi mà không sửa chữa, thay đổi trong vòng 30 ngày kể từ ngày cơ quan có thẩm quyền yêu cầu sửa đổi thì sẽ bị từ chối đăng ký.

Tổ chức bị từ chối có thể khiếu nại lên Bộ Nội vụ thông qua cơ quan đăng ký trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận được văn bản quyết định từ chối. Bộ trưởng Bộ Nội vụ là người xem xét và ra quyết định cuối cùng về việc khiếu nại.

1.3. Về tổ chức hoạt động

Pháp luật Thái Lan cũng quy định các nội dung về tổ chức hoạt động của hiệp hội như: Thay đổi điều lệ hoạt động, bổ nhiệm người đứng đầu hiệp hội, ban điều hành, hội nghị toàn thể hội viên, hội phí...

Người đứng đầu hiệp hội là người chịu trách nhiệm điều hành các hoạt động của hiệp hội tuân thủ theo pháp luật và điều lệ hoạt động của hiệp hội; chịu sự giám sát trước hội nghị toàn thể thành viên. Việc thay đổi hoặc bổ nhiệm người đứng đầu sẽ được thực hiện theo điều lệ của hiệp hội, và

trong vòng 30 ngày kể từ ngày bổ nhiệm hoặc thay đổi người đứng đầu thì hiệp hội phải làm thủ tục đăng ký lại với cơ quan đăng ký nơi đặt trụ sở chính của hiệp hội²⁰.

Các hội viên ngoài việc có quyền tham gia các hoạt động của hội, họ còn có quyền giám sát các hoạt động và tài sản của hiệp hội. Khi đăng ký tham gia hiệp hội, hội viên phải đóng hội phí theo quy định tại điều lệ của hiệp hội²¹.

Hội nghị toàn thể hội viên sẽ được người đứng đầu hiệp hội triệu tập ít nhất mỗi năm một lần²². Ngoài ra, trong nhiều trường hợp, hiệp hội cũng có thể triệu tập các cuộc họp bất thường²³.

Thông báo triệu tập hội nghị toàn thể phải được gửi tới tất cả các hội viên hoặc được công bố rộng rãi tại địa phương ít nhất hai lần trước ngày họp hội nghị bảy ngày. Nội dung của thông báo hội nghị phải ghi rõ địa điểm, ngày giờ họp cũng như chương trình họp và các tài liệu liên quan đến hội nghị. Tại hội nghị, các nghị quyết sẽ được thông qua bằng hình thức bỏ phiếu và lấy kết quả theo đa số, hoặc theo tỉ lệ đã được quy định trong điều lệ hoạt động của hiệp hội. Mỗi hội viên sẽ có một phiếu bầu, có thể bỏ phiếu trực tiếp hoặc ủy quyền cho người đại diện, trừ khi điều lệ của hiệp hội có quy định khác²⁴.

¹⁹ Điều 82, Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyền 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²⁰ Điều 85, 86 Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyền 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²¹ Điều 89, 90 Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyền 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²² Điều 93, Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyền 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²³ Điều 94, Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyền 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²⁴ Điều 96, 97, 98 Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyền 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

Trong vòng 1 tháng kể từ ngày nghị quyết được hội nghị thông qua, nếu bất kỳ hội viên nào của hiệp hội hoặc nếu công tố viên nhận thấy nghị quyết hội nghị toàn thể hội viên vi phạm điều lệ của hiệp hội hoặc các quy định của pháp luật thì có thể nộp đơn đề nghị tòa án có thẩm quyền hủy bỏ nghị quyết²⁵.

1.4. Về chấm dứt hoạt động

Hiệp hội có thể chấm dứt hoạt động trong các trường hợp: (1) Nếu điều lệ hiệp hội quy định; (2) Nếu hiệp hội chỉ được thành lập và hoạt động trong một khoảng thời gian và đã đến thời điểm dừng hoạt động; (3) Nếu hiệp hội được hình thành dựa trên một cam kết, thỏa thuận nào đó, thì khi chấm dứt cam kết cũng là lúc hiệp hội dừng hoạt động; (4) Bằng một nghị quyết giải thể được hội nghị toàn thể hội viên thông qua; (5) Hiệp hội bị phá sản; (6) Bị cơ quan đăng ký có thẩm quyền loại khỏi sổ đăng ký do có vi phạm một số nội dung đã được quy định trong luật²⁶; (7) Theo quyết định của tòa án yêu cầu chấm dứt hoạt động của hiệp hội²⁷.

Ngoài ra, thủ tục khi chấm dứt hoạt động, việc thanh lý tài sản, nghĩa vụ về tài sản của TCXH cũng được quy định cụ thể trong Bộ luật Dân sự và Thương mại năm 1925 (sửa đổi năm 1992, 2008, 2014, 2015)²⁸.

²⁵ Điều 100, Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyển 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²⁶ Xem Điều 101 Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyển 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²⁷ Xem Điều 104 Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyển 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

²⁸ Xem điều 105 - 107 Mục 2. Hiệp hội, Chương 2.2. Pháp nhân, Quyển 1. Các nguyên tắc chung, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, tldd.

2. Vai trò của tổ chức xã hội ở Thái Lan trong quản lý nhà nước

Theo nghiên cứu của Ngân hàng Phát triển châu Á (2011)²⁹, các TCXH ở Thái Lan có thể được phân chia theo ba vùng địa lý, phản ánh những đặc điểm ở các TCXH khác nhau ở các vùng khác nhau:

Thứ nhất, ở miền Trung Thái Lan và Bangkok, TCXH ở khu vực này rất đa dạng và lĩnh vực hoạt động bao gồm: Y tế, giáo dục, môi trường, phúc lợi xã hội, giới tính, kinh tế và chính trị.

Thứ hai, ở phía Bắc và Đông Bắc Thái Lan, phần lớn các TCXH là các nhóm hoạt động với trọng tâm liên quan đến vấn đề đói nghèo, nông thôn, người dân bản địa, nước và quản lý tài nguyên.

Thứ ba, ở miền Nam Thái Lan, các TCXH độc lập hoạt động với số lượng nhỏ, ví dụ: Hỗ trợ các cộng đồng đánh bắt cá quy mô nhỏ và dạy dân làng về quản lý nguồn tài nguyên. Các xung đột thường xuyên diễn ra tại miền Nam đã ảnh hưởng tới các TCXH và phần lớn trong đó có xu hướng hoạt động liên quan đến hỗ trợ sinh kế cho người dân hoặc trong lĩnh vực tôn giáo.

Hầu hết các TCXH tại Thái Lan quan tâm đến các vấn đề địa phương. Tuy nhiên, một số các tổ chức có thể tham gia vào quá trình hoạch định chính sách quốc gia, ví dụ: Tổ chức Người nghèo (AOL) và Mạng lưới Ngư dân (Fisherfolk). Hơn nữa, một số tổ chức phi chính phủ hoạt động như cơ quan giám sát chính sách Chính phủ³⁰.

Với một số lượng lớn các TCXH hoạt động đa dạng trên nhiều lĩnh vực, tại các khu vực địa lý khác nhau, có thể thấy vai trò

²⁹ Asian Development Bank, Civil Society Briefs: Thailand, tldd.

³⁰ Asian Development Bank, Civil Society Briefs Thailand, tldd.

của các TCXH ở Thái Lan trong quản lý nhà nước được thể hiện như sau:

2.1. Hợp tác với Chính phủ giải quyết các vấn đề xã hội

Nhiều TCXH tại Thái Lan hoạt động trong lĩnh vực phúc lợi, phát triển cộng đồng đã đóng góp hiệu quả khi cùng Nhà nước giải quyết các vấn đề xã hội như xoá đói giảm nghèo, nhất là tại các vùng sâu, vùng xa. Các TCXH đã tích cực tham gia vào công tác giảm nghèo bằng nhiều cách như tạo ra/hỗ trợ công ăn việc làm và/hoặc cơ hội thu nhập (đặc biệt đối với người thu nhập thấp và phụ nữ); tìm các mối quan hệ thương mại để xuất khẩu các mặt hàng thủ công góp phần nâng cao thu nhập cho phụ nữ (Thaicraft là một ví dụ); giúp một cộng đồng nhỏ tham gia vào các dự án phát triển bền vững, vừa bảo vệ môi trường vừa tạo ra việc làm đồng thời nâng cao thu nhập của cộng đồng; xây dựng cơ sở hạ tầng, đường sá tại những vùng cao hẻo lánh, đưa điện, nước sạch về các vùng sâu, vùng xa³¹.

Trong lĩnh vực HIV/AIDS và y tế, các TCXH góp phần nâng cao ý thức về hiểm hoạ HIV/AIDS của cộng đồng, trợ giúp đời sống cho những đối tượng nhiễm HIV, vận động sự chấp nhận của cộng đồng đối với người có HIV/AIDS... Ngoài việc phát tờ rơi tuyên truyền, phát bao cao su cho những đối tượng có nguy cơ lây nhiễm cao... các TCXH còn tài trợ cả về tài chính lẫn các nhu yếu phẩm cho các trung tâm HIV/AIDS của Nhà nước cũng như nhà chùa. Năm 2005, Chính phủ Thái Lan đã hỗ trợ khoản tài chính 70 triệu baht cho các TCXH phòng chống về AIDS tại cộng đồng³². Một số tổ

chức như Trung tâm tình nguyện sóng thần (The Tsunami Volunteer Center – TVC), Hội chữ thập đỏ Thái Lan, Quỹ Dr. Sem Pringpuangkeo (Sem Pringpuangkeo Foundation)... hoạt động nổi bật trong việc cứu trợ thảm hoạ, trợ giúp người tị nạn, phẫu thuật hở hàm ếch cho các trẻ em thiếu may mắn, thực hiện khám chữa bệnh miễn phí cho các dân tộc thiểu số vùng cao...

Các TCXH, cụ thể là các chùa, các tổ chức Phật giáo có vai trò đặc biệt trong lĩnh vực giáo dục. Hiện nay, mặc dù nền giáo dục Thái Lan đặt dưới sự quản lý thống nhất của Bộ Giáo dục nhưng những trường Phật giáo do Nhà nước quản lý hay do Nhà nước và nhà chùa đồng quản lý chiếm một nửa số trường tiểu học và trung học trên cả nước³³. Ví dụ như Trung tâm Phật giáo Dhammakaya được Chính phủ trao quyền đào tạo và rèn luyện đạo đức cũng như giảng dạy thiền định cho quần chúng, huấn luyện đạo đức cho cảnh sát Thái Lan, huấn luyện phẩm hạnh, đạo đức nghề nghiệp cho nhân viên tòa án. Nhiều bộ ngành của Chính phủ như Bộ Giao thông, Hải quan, Y tế, Hàng không... cũng gửi nhân viên đến dự học tại đây...³⁴.

Các TCXH chuyên hoạt động hỗ trợ người khuyết tật giúp các đối tượng này tự tin hoà nhập xã hội thông qua đào tạo nghề nghiệp. Thực tế cho thấy, các tổ chức do Nhà nước lập ra vì mục đích này không thể bao quát hết nhóm đối tượng; vậy nên các TCXH đã trở thành những nhân tố quan

the HealthSector Response to HIV/AIDS in Thailand, 2005. Xem tại: <http://apps.who.int/iris/handle/10665/205059>, truy cập ngày 25/03/2018.

³³ Nguyễn Thị Quế, *Phật giáo ở Thái Lan*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2007, tr. 96.

³⁴ Thích Nguyên Tạng, *Phật Đài Dhammakaya: Một kỳ quan của Phật giáo thế giới trong thời hiện đại*, xem tại: http://www.buddhismtoday.com/viet/pgtg/trungtam_dhammakaya.htm, truy cập ngày 15/03/2018.

³¹ Lê Thị Thanh Hương, *Xã hội dân sự ở Malaysia và Thái Lan*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2009, tr. 242.

³² Xem thêm Ministry of Public Health, Thailand and the World Health Organization, External Review of

trọng cho quá trình phát triển kinh tế - xã hội của Thái Lan³⁵.

2.2. Tham gia quản lý xã hội

2.2.1. Tham gia vào đời sống chính trị

Tại Thái Lan diễn ra những cuộc tranh đấu phức tạp giữa các đảng phái chính trị, lực lượng quân sự và các TCXH. Chế độ chính trị đã chuyển từ quân chủ tuyệt đối sang chế độ quân chủ đại nghị và những cuộc khủng hoảng chính trị tiếp diễn liên tục trong khoảng thời gian dài. Các TCXH đã có những tác động không nhỏ trong quá trình thay đổi tình hình chính trị đó như Liên minh Nhân dân vì dân chủ (PAD hay còn gọi là phe Áo Vàng), Mặt trận dân chủ chống độc tài (UDD hay phe Áo Đỏ),... Liên minh Nhân dân vì dân chủ thành lập năm 2005 nhằm phản đối chính quyền cựu Thủ tướng Thaksin Shinawatra, họ liên tiếp tổ chức các cuộc biểu tình trên đường phố buộc tội ông Thaksin đã tham nhũng trong thời gian còn tại vị³⁶. Các cuộc biểu tình của PAD là nguyên nhân chính dẫn đến tình trạng bạo loạn chính trị và kết quả là cuộc đảo chính tháng 9/2006 lật đổ Thủ tướng Thaksin. Trong khi đó, Mặt trận dân chủ chống độc tài là một TCXH ra đời với mục tiêu ủng hộ cựu Thủ tướng Thaksin Shinawatra³⁷. UDD thường tập hợp lực lượng biểu tình với số lượng hàng chục ngàn người nhằm ủng hộ các Chính phủ đồng minh của ông Thaksin Shinawatra mỗi khi họ thấy rằng các Chính phủ này có nguy cơ bị giải tán hoặc bị các tổ chức tư pháp áp dụng tiêu chuẩn kép. Đỉnh điểm nhất là cuộc đảo chính Hiến pháp năm 2010 yêu

cầu Thủ tướng đương nhiệm lúc đó là Abhisit Vejjajiva giải thể Quốc hội và tổ chức cuộc bầu cử mới³⁸.

Qua các giai đoạn khủng hoảng chính trị ở Thái Lan, có thể thấy rằng: Các TCXH dân sự ở Thái Lan đã tham gia chính trị trong nhiều năm và tiếp tục dẫn dắt mọi người dân tham gia vào đời sống chính trị của Thái Lan. Hoạt động của các TCXH lôi cuốn nhiều tầng lớp người dân, ảnh hưởng rất lớn tới cục diện chính trị tại Thái Lan.

2.2.2. Nghiên cứu chính sách

Các TCXH có vai trò quan trọng khi tiến hành các nghiên cứu độc lập cho Chính phủ, các cơ quan xây dựng pháp luật để làm cơ sở tham khảo trong quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, đồng thời giúp tuyên truyền, nâng cao nhận thức và cung cấp kiến thức, hỗ trợ cho người dân. Ví dụ như tổ chức HelpAge International cung cấp những dữ liệu có giá trị về quan điểm của khu vực và quốc tế về vấn đề già hoá dân số, một trong những vấn đề xã hội đầy thách thức ở Thái Lan. Nghiên cứu của tổ chức này chú ý đến tác động của sự di cư lao động ở những người trẻ tuổi tới người cao tuổi còn lại ở các làng quê; tác động của HIV/AIDS lên những người cao tuổi và người nghèo ở Thái Lan.

2.2.3. Vận động chính sách; góp ý, tham vấn, phản biện xã hội

Nhiều TCXH tập trung chủ yếu nguồn tài chính để thông qua đó tăng cường vận động chính sách (ví dụ Quỹ cộng đồng đô thị - Urban Community Foundation) hay xây dựng mạng lưới hoạt động của mình để vận động chính sách (ví dụ Liên minh các Tổ chức phi Chính phủ Thái Lan về AIDS – TNCA). Một số TCXH còn hướng tới việc

³⁵ Lê Thị Thanh Hương, sđd, tr. 263.

³⁶ Xem tại: <http://dantri.com.vn/the-gioi/5-su-that-ve-lien-minh-to-chuc-cac-cuoc-bieu-tinh-ram-ro-o-thai-lan-1220123886.htm>, truy cập ngày 15/03/2018.

³⁷ Xem tại: <http://vov.vn/the-gioi/phe-ao-do-thai-lan-thay-thu-linh-315900.vov>, truy cập ngày 15/03/2018.

³⁸ Xem tại: <http://dantri.com.vn/the-gioi/thai-lan-10-nam-qua-1274683808.htm>, truy cập ngày 15/03/2018.

tuyên truyền nâng cao nhận thức của người dân về các chính sách, chẳng hạn như Hiệp hội dân số và phát triển cộng đồng quan tâm tới việc giáo dục người dân nông thôn về các vấn đề dân chủ; vận động chính sách đấu tranh vì quyền và lợi ích của phụ nữ. Các TCXH còn tài trợ hoặc đảm nhiệm tổ chức các khoá học, hội thảo giúp phụ nữ có cơ sở để tham gia vào các vị trí trong chính quyền thông qua bầu cử. Bên cạnh đó, các TCXH còn tổ chức hội nghị để đưa ra yêu cầu chung đối với Chính phủ nhằm thiết lập các cơ chế bảo vệ phụ nữ và trẻ em gái³⁹.

2.2.4. Tham gia xây dựng pháp luật

Các TCXH không những có tác động hiệu quả đến quá trình vận động chính sách, mà còn tham gia tích cực trong quá trình xây dựng pháp luật. Một hoạt động nổi bật là Mạng lưới Hiến pháp của phụ nữ (WCN) đã tăng cường sự tham gia của phụ nữ trong công tác soạn thảo Hiến pháp, nâng cao nhận thức của công chúng, đặc biệt là phụ nữ về Hiến pháp. Đồng thời, WCN cũng khuyến khích phụ nữ ứng cử vào Ủy ban soạn thảo Hiến pháp năm 1997, và kết quả là 35% ứng cử viên là phụ nữ và có sáu người đã được bầu vào cơ quan này. Những nỗ lực của mạng lưới trong việc khuyến khích đấu tranh giành quyền hiến định bình đẳng nam nữ cùng với những nỗ lực của các tổ chức đấu tranh cho quyền phụ nữ và các vấn đề dân chủ khác đã được phản ánh trong Hiến pháp năm 1997, thể hiện qua với những điều khoản bảo đảm và bảo vệ quyền con người, xác định rõ vai trò của Nhà nước tôn trọng giá trị con người cũng như tăng cường bình đẳng⁴⁰.

³⁹ Lê Thị Thanh Hương, sđd, tr. 249.

⁴⁰ Irhamna, *Increasing Women's Role in the Democratic Process: Lessons Learned from Thailand's 1997 Constitutional Reform and Thailand's 2001 General Election*, Advances in

2.3. Vai trò trong việc giám sát các cơ quan nhà nước

Qua sự tương tác giữa các TCXH và cơ quan quản lý nhà nước, nhiều vấn đề xã hội bức xúc sẽ được Chính phủ chú ý hơn và tìm cách để giải quyết, chẳng hạn như vấn đề bình đẳng giới, vấn đề nghèo đói, vấn đề ô nhiễm môi trường, sức khỏe, ổn định xã hội... Ví dụ: Sau cuộc biểu tình chống Chính phủ giai đoạn 2008 – 2010, Chính phủ đã thông báo một cuộc hòa giải dân tộc và cùng thảo luận về Dự thảo "Quy hoạch tổng thể quốc gia về Biến đổi khí hậu 2010-2019" được xây dựng bởi Văn phòng Tài nguyên, chính sách và quy hoạch môi trường (ONEP). Các TCXH Thái Lan là những tổ chức đầu tiên góp ý Dự thảo này bao gồm một số vấn đề như: Biện pháp giảm phát thải khí nhà kính từ công nghiệp và năng lượng nặng, các biện pháp giảm phát thải khí nhà kính...⁴¹.

Hoặc vai trò của TCXH trong việc góp ý vào kiến nghị của Ủy Hội sông Mê Kong năm 2010 về mối đe dọa sắp xảy ra đối với sinh kế và an ninh lương thực từ 12 đập, cụ thể là việc xây dựng thủy điện tại đập Xayaburi ở miền Bắc Lào, từ đó Ủy Hội sông Mê Kong đã đồng ý xem lại các kế hoạch của mình về dự án đập Xayaburi⁴².

Trong hoạt động quản lý nhà nước: Các TCXH đã góp phần giám sát sự phù hợp của các chính sách, quyết sách của Nhà nước. Ví dụ như vụ kiện về bảo đảm quyền tiếp

Social Science, Education and Humanities Research, Atlantis Press, 2017, tr. 120. Xem tại: https://www.atlantispres.com/php/download_paper.php?id=25873495, truy cập ngày 15/03/2018.

⁴¹ Kepa, *Reflections on Thai Civil Society*, page 5, <https://www.kepa.fi/tiedostot/reflections-on-thai-civil-society-2011.pdf>, truy cập ngày 15/03/2018.

⁴² Kepa, page 5, tldd.

cận thuốc trong quá trình điều trị HIV ở Thái Lan. Theo đó, các sáng chế độc quyền về dược phẩm của Công ty Bristol-Myers Squibb dẫn đến giá thuốc cao, hạn chế quyền tiếp cận thuốc của bệnh nhân. Vụ kiện này là kết quả của quá trình nhiều năm liên kết giữa các cá nhân khác nhau trong xã hội tham gia bảo vệ và thúc đẩy quyền tiếp cận điều trị của người dân⁴³. Sau đó, TCXH đóng vai trò quan trọng trong việc giám sát giá thuốc với sự hỗ trợ của Tổ chức Y tế thế giới (WHO).

Qua các nội dung ở trên, trong các giai đoạn lịch sử, các TCXH ở Thái Lan luôn là tổ chức đặc lực hỗ trợ Nhà nước quản trị đất nước, đồng thời, bảo đảm đúng mục tiêu của TCXH là hoạt động phi lợi nhuận, vì mục đích chung của cộng đồng.

3. Một vài kiến nghị cho Việt Nam

Từ những phân tích về quy định của pháp luật về tổ chức, hoạt động và vai trò của các TCXH ở Thái Lan trên đây, có thể rút ra một số kiến nghị về hoàn thiện khung pháp lý và nâng cao vai trò của TCXH trong việc tham gia quản lý nhà nước ở Việt Nam như sau:

Thứ nhất, khung pháp lý về hoạt động của TCXH

Khung pháp lý về hoạt động của TCXH ở Thái Lan rất đa dạng, chặt chẽ và là một trong những tiền đề quan trọng cho sự phát triển và đóng góp của các TCXH. Ở Thái Lan, việc đăng ký thành lập một TCXH là quyền của mọi người và được các cơ quan

nhà nước tôn trọng. Hiện nay, Việt Nam vẫn đang trong quá trình xem xét ban hành Luật về Hội và Dự thảo Luật về Hội đã được xây dựng và đưa ra lấy ý kiến góp ý thảo luận rất nhiều lần nhưng vẫn đang tiếp tục bị hoãn và không được đưa vào chương trình xây dựng luật của Quốc hội. Trong khi đó, theo quy định của pháp luật Thái Lan như phần một chúng tôi đã đề cập về mặt chủ thể thì cho phép tất cả mọi người có quyền tham gia, thành lập các TCXH. Điều 25 Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam cũng ghi nhận: “Công dân có quyền... hội họp, lập hội, biểu tình. Việc thực hiện các quyền này do pháp luật quy định”, Dự thảo Luật về Hội ngày 24/10/2016⁴⁴ cũng quy định về quyền lập hội chỉ dành cho công dân Việt Nam, như vậy, theo quy định này chủ thể có quyền lập hội có phạm vi hẹp hơn. Để khắc phục điều này và tiệm cận chung với khung pháp luật quốc tế⁴⁵, Hiến pháp cũng như trong quá trình xem xét ban hành Luật về Hội, ngay từ các bản Dự thảo Luật nên quy định về chủ thể có quyền lập hội là mọi người thay vì công dân như hiện nay.

⁴⁴ Dự thảo lần 7, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1110&LanID=1289&TabIndex=1, truy cập ngày 27/10/2016.

⁴⁵ Theo quy định của các công ước quốc tế về quyền con người thì: Mọi người có quyền tự do lập hội, quy định này được thể hiện trong Tuyên ngôn quốc tế Nhân quyền (UDHR, 1948 - tại Điều 20), Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR, 1966 - tại Điều 22), các quyền này cũng thể hiện trong Điều 8 của Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (1966). Bên cạnh đó, quyền tự do hiệp hội cũng được bảo vệ trong nhiều văn kiện như Công ước về Xóa bỏ phân biệt đối xử với phụ nữ (CEDAW, 1979 - Điều 7 về quyền tham gia vào các tổ chức phi chính phủ, hiệp hội của phụ nữ), Công ước về Quyền trẻ em (CRC, 1989 - Điều 15 về quyền tự do hiệp hội và hội họp của trẻ em), và các công ước khu vực...

⁴³ Nathan Ford, David Wilson, Onanong Bunjumong, Tido von Schoen Angerer, *The role of civil society in protecting public health over commercial interests: lessons from Thailand*, xem tại: <http://www.msf.org/en/article/role-civil-society-protecting-public-health-over-commercial-interests-lessons-thailand>, truy cập ngày 25/03/2018.

Bên cạnh đó, để bảo đảm quyền tự do hiệp hội của người dân, đồng thời tăng cường vai trò của TCXH trong việc tham gia vào các hoạt động giám sát, quản lý nhà nước, thời gian tới, nên tham khảo mô hình của Thái Lan khi xem xét việc chỉnh sửa Dự thảo Luật về Hội, tạo cơ sở pháp lý cho sự ra đời của các TCXH về thủ tục thành lập cũng như chia TCXH thành hai nhóm TCXH có đăng ký và TCXH không cần đăng ký như phần 1.2 chúng tôi đã trình bày.

Thứ hai, về vai trò tác động lên các cơ quan hoạch định chính sách

Có thể thấy, các TCXH thực hiện chức năng đại diện cho quyền lợi của nhóm công dân bị thiệt thòi để đưa ra các khuyến nghị, phản ánh các vấn đề xã hội, nhất là các vấn đề “nóng” phát sinh từ chính sách đến các cơ quan có thẩm quyền. Qua đó, đòi hỏi và thúc đẩy tinh thần trách nhiệm của Nhà nước đối với công dân của mình. Thực tiễn hoạt động của các TCXH ở Thái Lan cho thấy, các TCXH có vai trò rất đa dạng, to lớn cả trong lĩnh vực chính trị, quản lý nhà nước, phát triển kinh tế - xã hội thông qua những hoạt động như: Làm người đại diện cho các đối tượng cần sự trợ giúp; hỗ trợ về mặt kỹ thuật; tập huấn và xây dựng năng lực; tư vấn, phân biện và giám sát xã hội những chủ trương, chính sách, tham gia giám sát thực hiện pháp luật, chính sách,... Việt Nam có thể học hỏi kinh nghiệm này.

Thứ ba, TCXH thực hiện chức năng hỗ trợ cộng đồng

TCXH Thái Lan thực hiện chức năng hỗ trợ cho cộng đồng nói chung và cho những đối tượng yếu thế nói riêng rất hiệu quả (có thể xem các ví dụ ở trên về vai trò của TCXH trong việc giảm thiểu vấn đề HIV). Những hoạt động này đóng góp rất lớn vào hoạt động quản lý nhà nước, ổn

định tình hình chính trị, xã hội ở Thái Lan. Đây cũng là một nội dung gợi mở cho Việt Nam về việc mở rộng khung pháp lý hoạt động cho TCXH thực hiện vai trò của mình trong tất cả các lĩnh vực đời sống. Cần thay đổi quan niệm truyền thống cho rằng, Nhà nước cần và có thể “làm tất cả” trong việc quản lý xã hội. Chia sẻ vai trò và trách nhiệm này với các TCXH sẽ giúp Nhà nước có điều kiện tập trung nguồn nhân lực, vật lực có hạn của mình vào những vấn đề chính, cốt lõi của đất nước.

Thứ tư, vai trò TCXH trong hoạt động từ thiện

Hoạt động từ thiện là một hoạt động phát triển phổ biến ở Thái Lan và kêu gọi được rất nhiều người dân tham gia và các TCXH trong lĩnh vực này thường là không đăng ký. Ở Việt Nam, hoạt động từ thiện của các TCXH cũng nhận được nhiều sự quan tâm, tuy nhiên, để các TCXH có thể thực hiện tốt chức năng của họ, Nhà nước cần phải có cơ chế pháp lý thông thoáng hơn nữa, tạo không gian cho các TCXH này hoạt động, thúc đẩy vai trò tham gia của họ trong những lĩnh vực nhân đạo, từ thiện hoặc khi đất nước xảy ra thiên tai, dịch bệnh...

Như vậy, TCXH ở Thái Lan đã thực hiện rất tốt vai trò kiểm soát quyền lực nhà nước và tham gia tích cực vào công việc quản trị đất nước. Các TCXH này đã tạo ra những đặc trưng riêng cho đất nước Thái Lan, mặc dù không thiếu những bất ổn chính trị, nhưng vẫn là quốc gia phát triển trong khu vực Đông Nam Á. Đây là một trong những ví dụ để chúng ta nghiên cứu tham khảo trong quá trình xây dựng các chính sách, pháp luật, tăng cường vai trò của các TCXH trong quản lý nhà nước ở Việt Nam.