

THÔNG RA MỘT KỶ

4(372)

2019

NUM TH 48

TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. L. MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TR. V. BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

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

*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

LY LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

❖ LÊ HỒNG HẠNH: Cách tiếp cận, phương pháp nghiên cứu thực trạng xây dựng và thi hành pháp luật về dân tộc thiểu số, miền núi 3

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ LÊ THỊ THU THẢO: Giám sát tư pháp đối với quyền hành pháp ở Pháp và một số kinh nghiệm cho Việt Nam 18

❖ LÊ VIỆT SƠN: Hoàn thiện các quy định của pháp luật về xử lý vi phạm trong thi hành án hành chính 35

LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ PHAN THÀNH NHÂN: Thực trạng pháp luật về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại và hướng hoàn thiện 44

❖ NGUYỄN HẢI YẾN: Xử lý chuyển hướng đối với pháp nhân phạm tội thông qua thỏa thuận tạm đình chỉ truy tố 54

LUẬT KINH TẾ, LUẬT NGÂN HÀNG

❖ NGUYỄN VÕ LINH GIANG: Một số bất cập liên quan đến trách nhiệm của thương nhân trong quảng cáo thương mại 60

❖ ĐỖ MẠNH PHƯƠNG: Thực trạng pháp luật về mô hình hệ thống tổ chức tín dụng là hợp tác xã 66

LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

❖ TRẦN VIỆT DŨNG: Bàn về cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước trong khuôn khổ Hiệp định EVFTA và CPTPP 77

MONTHLY ISSUE

4(372)

2019

48TH 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

THEORY OF STATE AND LAW

- ❖ LE HONG HANH: A research approach and method to study the practice of the making and implementation of laws on ethnic minority and mountainous people 3

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ LE THI THU THAO: Judicial review of the executive power in France and lessons for Vietnam 18
- ❖ LE VIET SON: Improving legal provisions on handling violations in the enforcement of administrative judgments 35

CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ PHAN THANH NHAN: The actual situation of the law on filing of criminal charges at the request of the crime victims and direction for improvement 44
- ❖ NGUYEN HAI YEN: Diversion measures for offending legal persons in the form of deferred prosecution agreement 54

ECONOMIC LAW, BANKING LAW

- ❖ NGUYEN VO LINH GIANG: Shortcomings concerning responsibilities of traders for commercial advertising 60
- ❖ DO MANH PHUONG: The actual situation of the law on organizational model of credit institutions as cooperatives 66

INTERNATIONAL TRADE LAW

- ❖ TRAN VIET DUNG: Discussion on Investor – State Dispute Settlement mechanism in the framework of the European Union – Vietnam Free Trade Agreement and the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership 77

CÁCH TIẾP CẬN, PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU THỰC TRẠNG XÂY DỰNG VÀ THI HÀNH PHÁP LUẬT VỀ DÂN TỘC THIỂU SỐ, MIỀN NÚI

*Lê Hồng Hạnh**

Tóm tắt: Bài viết đề cập đến cách tiếp cận nghiên cứu thực trạng xây dựng, thi hành pháp luật về vấn đề dân tộc thiểu số, miền núi. Đặc biệt, tác giả đưa ra quan điểm của mình về các khái niệm như: Dân tộc thiểu số, “thể chế” nhằm làm sáng tỏ hơn cách tiếp cận vấn đề, hướng tới hoàn thiện vững chắc hệ thống pháp luật và chính sách hiện hành.

Abstract: The article makes mention of research approach to study the practice of the making and implementation of laws on ethnic minority and mountainous people. In particular, the author suggests his view on concepts, such as ethnic minority, “regime”, to unravel the approach, towards improvement and consolidation of the legal and policy system.

Đặt vấn đề

Phát triển để không bỏ rơi lại phía sau các dân tộc thiểu số (DTTS), các cộng đồng sinh sống tại miền núi, vùng sâu, vùng xa luôn luôn là một trong những chính sách lớn của Đảng và Nhà nước Việt Nam. Trong 74 năm qua kể từ ngày thành lập Nhà nước dân chủ nhân dân, Đảng, Nhà nước Việt Nam đã ban hành rất nhiều chính sách, văn bản pháp luật để tạo nền tảng thể chế cho việc thực hiện chiến lược “Đại đoàn kết dân tộc”, phát triển một xã hội, trong đó các cộng đồng dân tộc khác nhau đều có được cơ hội sống hạnh phúc, phần vinh, bình đẳng. Tuy nhiên, do những hoàn cảnh, lý do khác nhau, chính sách, pháp luật về dân tộc, miền núi chưa phát huy đầy đủ hiệu quả, chưa

hiện thực hóa các mục tiêu phát triển các cộng đồng DTTS, vùng miền núi. Hệ quả là sự chênh lệch về trình độ phát triển trong tất cả các lĩnh vực, mức sống của người dân trong các cộng đồng thiểu số miền núi chưa được cải thiện đáng kể. Chính vì vậy, việc hoàn thiện chính sách, pháp luật về dân tộc, miền núi được đặt ra rất cấp bách trong thập kỷ tới của thế kỷ XXI, thời điểm mà các quốc gia trên thế giới đều quyết tâm phát triển bền vững, không để ai rơi lại phía sau. Việc nhận diện và xử lý đúng về mặt chính sách, pháp luật các vấn đề cơ bản, cấp bách trong phát triển các DTTS, các vùng núi phụ thuộc rất nhiều vào cách tiếp cận và nghiên cứu.

1. Thực trạng xây dựng và thi hành pháp luật về vấn đề dân tộc, miền núi

Phát triển DTTS luôn là vấn đề của bất cứ quốc gia nào trong thế giới ngày nay. Trước đây cũng có những quốc gia thuần túy một dân tộc. Tuy nhiên, cùng với làn sóng di cư trong thời đại toàn cầu hóa; sự gia tăng hôn nhân giữa những người thuộc các chủng tộc, dân tộc khác nhau thì rất khó

* GS.TS., Viện Pháp luật và kinh tế ASEAN.
Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài cấp Nhà nước “*Những vấn đề cơ bản, cấp bách trong xây dựng, thi hành pháp luật ở vùng dân tộc thiểu số và miền núi nước ta*” thuộc Chương trình khoa học và công nghệ cấp quốc gia giai đoạn 2016-2020 “*Những vấn đề cơ bản và cấp bách về dân tộc thiểu số và chính sách dân tộc ở Việt Nam đến năm 2030*”; Mã số CTDT/16-20.

có quốc gia nào hoàn toàn chỉ bao gồm một dân tộc. Trong bất cứ xã hội nào cũng tồn tại những DTTS, những dân tộc với truyền thống, văn hóa, tín ngưỡng, tôn giáo và trình độ phát triển rất khác nhau. Mâu thuẫn sắc tộc, xung đột sắc tộc luôn là những trở ngại cho sự phát triển của các quốc gia, nhất là các quốc gia đa sắc tộc. Các quốc gia trong thế giới hiện đại không thể thực hiện chiến lược phát triển nếu không giải quyết tốt vấn đề dân tộc. Trong việc giải quyết vấn đề dân tộc thì chính sách, pháp luật là công cụ có ý nghĩa vô cùng quan trọng. Tuy nhiên, việc xây dựng và thi hành chính sách, pháp luật về DTTS cần phải hướng đến hiệu quả thực sự về kinh tế, xã hội. Không ít các chính sách, pháp luật về dân tộc ở một số quốc gia thiên về mục đích chính trị, mục đích lôi kéo các cộng đồng thiểu số. Trong những quốc gia như vậy, các nhà lập pháp xây dựng pháp luật theo hướng đưa ra các tuyên ngôn, xác định các mục tiêu rất được người dân kỳ vọng song thiếu đi những cách tiếp cận hướng tới kết quả đích thực. Nhiều mục tiêu được đặt ra quá lớn so với điều kiện thực tế của đất nước. Trong mọi hoàn cảnh, việc xây dựng và thi hành pháp luật về vấn đề DTTS hướng tới các kết quả cụ thể, thực chất cần được đặc biệt chú trọng.

Việt Nam là quốc gia nhiều dân tộc, trong đó, người Kinh chiếm đa số (86%). 52 dân tộc còn lại sống chủ yếu ở vùng núi cao, biên giới của đất nước. Với đặc điểm đa dân tộc như vậy và với truyền thống đại đoàn kết dân tộc hình thành trong suốt chiều dài lịch sử dựng nước và giữ nước, vấn đề DTTS bao giờ cũng là mối quan tâm đặc biệt của những người lãnh đạo đất nước, dù đó là các vị vua trong các triều đại phong kiến hay các nhà lãnh đạo trong chế độ dân chủ hiện nay.

Kể từ năm 1945 đến nay, Việt Nam đã ban hành nhiều chính sách và văn bản pháp luật về vấn đề dân tộc, miền núi, trong đó trước hết phải kể đến các bản Hiến pháp. Những qui định về DTTS trong các bản Hiến pháp này thể hiện rất rõ những cam kết của Nhà nước về đảm bảo quyền con người, rộng hơn là quyền của các dân tộc được bình đẳng, được tôn trọng và được bảo vệ chống lại bất cứ sự phân biệt đối xử nào dựa trên yếu tố chủng tộc. Hiến pháp năm 1946 khẳng định: “Tất cả quyền bình đẳng trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt nòi giống, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo” (Điều 1). Đặc biệt, Hiến pháp năm 1946 qui định: “Ngoài sự bình đẳng về quyền lợi, những quốc dân thiểu số được giúp đỡ về mọi phương diện để chóng tiến kịp trình độ chung” (Điều 8). Hiến pháp năm 1980 tại Điều 5 cũng có những qui định bao trùm hơn về vấn đề DTTS. Hiến pháp năm 1992 cơ bản giữ nguyên Điều 5 Hiến pháp năm 1980. Điều 5 Hiến pháp năm 1992 sửa đổi 2001 kế thừa nội dung của Điều 5 Hiến pháp năm 1980 với một thay đổi nhỏ trong đoạn 1 và 2 về mặt cấu trúc, cụ thể là tách khoản 1 thành 2 khoản.

Có một sự trùng hợp nhất định giữa ba bản Hiến pháp năm 1980, 1992 sửa đổi năm 2001 và Hiến pháp năm 2013 là vấn đề dân tộc đều được qui định trong Điều 5. Thoạt nhìn, Điều 5 trong các bản Hiến pháp hầu như có chung nội dung, được kết cấu thành 4 đoạn và từ ngữ như nhau. Tuy nhiên, nghiên cứu kỹ sẽ nhận thấy có một số thay đổi ảnh hưởng đến cách tiếp cận xây dựng và thi hành chính sách pháp luật về DTTS. Phải khẳng định Hiến pháp năm 2013 thể hiện đầy đủ và đúng bản chất hơn vấn đề DTTS. Một là, Hiến pháp khẳng định “các dân tộc bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng và

giúp nhau cùng phát triển; nghiêm cấm mọi hành vi kỳ thị, chia rẽ dân tộc” thay cho khẳng định gián tiếp là “Nhà nước thực hiện chính sách bình đẳng, đoàn kết, tương trợ giữa các dân tộc, nghiêm cấm mọi hành vi kỳ thị, chia rẽ dân tộc”. Hai là, bên cạnh việc khẳng định tiếng Việt là ngôn ngữ quốc gia, Hiến pháp năm 2013 khẳng định quyền của “mỗi dân tộc được sử dụng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn bản sắc dân tộc, phát huy phong tục, tập quán, truyền thống và văn hóa tốt đẹp của mình”. Ba là, Hiến pháp năm 2013 nhấn mạnh việc “tạo điều kiện để các DTTS phát huy nội lực, cùng phát triển với đất nước”.

Căn cứ vào các qui định của Hiến pháp năm 1946, 1980, 1992 và 2013, Nhà nước đã ban hành nhiều chính sách, văn bản pháp luật khác nhau để giải quyết các vấn đề về phát triển DTTS. Tuy nhiên, thực tiễn xây dựng và thi hành pháp luật về vấn đề DTTS, miền núi được đánh giá khái quát qua một số điểm sau.

Thứ nhất, những nguyên tắc pháp lý cơ bản, nền tảng cho việc điều chỉnh các vấn đề về DTTS, miền núi tập trung chủ yếu ở các bản Hiến pháp. Đánh giá một cách khái quát, các nguyên tắc pháp lý cơ bản về vấn đề DTTS của Việt Nam tương thích với các điều ước quốc tế, pháp luật của các quốc gia trên thế giới. Bình đẳng giữa các dân tộc, tôn trọng quyền con người, quyền của các DTTS trong các lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội đều được các bản hiến pháp, các luật chuyên ngành khẳng định.

Thứ hai, Việt Nam chưa ban hành văn bản luật riêng nào về DTTS. Các vấn đề phát triển kinh tế, xã hội, văn hóa của các DTTS được qui định trong các luật chuyên ngành như Luật Đất đai, Luật Hôn nhân và gia đình, Luật Bảo hiểm y tế, Bộ luật Lao động, Luật Lâm nghiệp... Trong số các văn

bản pháp luật về DTTS được ban hành, phần nhiều là văn bản pháp luật cá biệt. Đa phần các văn bản này ít chứa đựng qui phạm pháp luật và thường có hiệu lực ngắn. Một số văn bản pháp luật được ban hành dưới hình thức sắc lệnh trong giai đoạn 1946-1960. Những văn bản cá biệt được ban hành để giải quyết một số vấn đề cụ thể của mỗi vùng miền, mỗi cộng đồng. Ví dụ, Thông tư số 14/TTg/VG ngày 12/4/1962 qui định việc dùng chữ Tày-Nùng, chữ Thái, chữ Mèo của Hội đồng Chính phủ trong lĩnh vực giáo dục do Bộ Giáo dục ban hành; Nghị quyết số 109-CP của Hội đồng Chính phủ ngày 19/6/1973 về một số chính sách cụ thể đối với đồng bào dân tộc và cán bộ vùng cao... Việc các chính sách ưu đãi đối với các DTTS và miền núi được qui định trong các văn bản cá biệt là thực tế dễ giải thích. Một trong những đặc trưng của vấn đề DTTS là tính đa dạng và tính thiểu số¹. Cụ thể, có nhiều DTTS nhưng mỗi DTTS lại có những đặc trưng riêng về văn hóa, về trình độ phát triển, về tôn giáo, tín ngưỡng. Những nhu cầu riêng, cụ thể của mỗi DTTS về phát triển, văn hóa, tôn giáo, tín ngưỡng khó được khái quát trong một văn bản qui phạm pháp luật chung cho tất cả các cộng đồng thiểu số sống trong quốc gia. Trong các văn bản qui phạm pháp luật chung như vậy chỉ có thể qui định các nguyên tắc chung như đã phân tích trên.

Thứ ba, việc không có luật chung về vấn đề dân tộc như ở Việt Nam cũng là thực tế tại các nước khác. Nhiều quốc gia đa dân tộc trên thế giới như Trung Quốc, Ấn Độ, Mỹ, Australia... cũng không có luật riêng về dân tộc. Trung Quốc có 56 DTTS với

¹ Trong các nghiên cứu quốc tế về dân tộc thì hai đặc trưng này được định danh là diversity và ethnicity.

dân số là 113,792,211². Trung Quốc qui định quyền bình đẳng, quyền tự do của các DTTS trong Hiến pháp và Luật thành lập các khu tự trị năm 1984³. Ngoài các luật chung đó, Trung Quốc ban hành các chính sách cụ thể trong các văn bản pháp lý như nghị quyết, qui chế. Trung Quốc điều chỉnh các vấn đề về DTTS ở hai cấp độ: Cấp độ qui định khu tự trị và cấp độ qui định các ưu đãi cụ thể cho cá nhân người DTTS⁴. Luật về các khu tự trị của Trung Quốc về cơ bản qui định một số vấn đề về tổ chức khu tự trị. Đây là tầm thứ nhất của việc điều chỉnh các vấn đề về DTTS. Tầm điều chỉnh thứ hai hướng tới các qui định về tiêu chuẩn ưu đãi cho các lãnh đạo người DTTS, các ưu đãi về chế độ lương thực, thực phẩm, y tế giáo dục... Ở nhiều khía cạnh, pháp luật về DTTS của Trung Quốc cũng giống Việt Nam; các vấn đề cụ thể liên quan đến DTTS thường được qui định trong các văn bản dưới luật, chủ yếu là văn bản cá biệt.

Thứ tư, trong bối cảnh mà các quốc gia đều có xu hướng hội nhập, phụ thuộc lẫn nhau và các DTTS trong hầu hết các quốc gia cũng hòa nhập với nhau về mọi mặt thì những DTTS thuần khiết, không pha trộn, độc lập với các DTTS khác đang ít dần. Tình trạng này cũng đang diễn ra ở Việt

Nam với sự di cư của một số DTTS như Mông, Ngán⁵.

Trong bối cảnh đó, việc chưa phân biệt rõ thế nào là DTTS đang mang lại nhiều khó khăn cho hoạt động xây dựng, thi hành pháp luật. *DTTS, DTTS rất ít người (DTRIN), DTTS đặc biệt khó khăn* là những khái niệm mà hệ thống pháp luật Việt Nam chưa có nội hàm chuẩn xác.

Thứ năm, do trước đây, các DTTS thường sống trong những vùng núi cao, vùng sâu một cách khá biệt lập nên khi nói đến DTTS thường mặc định đó là miền núi và ngược lại khi nói đến miền núi thì thường mặc định là DTTS. Cùng với sự phát triển, di cư và hòa nhập nên ngay cả trong vùng trước đây chỉ có một DTTS sinh sống thì nay đã có sự đan xen của những người dân từ các DTTS khác, đặc biệt là sự đan xen của người Kinh. Trong một vùng đất nhất định có thể có một DTTS và cũng có thể có nhiều DTTS sinh sống. Vùng sâu, vùng xa có thể cũng là vùng DTTS nhưng cũng có thể chỉ có người Việt sinh sống. Trong các văn bản pháp luật, những thuật ngữ này vẫn chưa được định nghĩa rõ ràng và đầy đủ. Văn bản pháp luật mới nhất định nghĩa “vùng sâu, vùng xa” là vùng dân cư thưa thớt, nằm sâu trong rừng núi hoặc vùng ngập nước, ở xa các trung tâm kinh tế, văn hóa, giao thông không thuận tiện, đi lại khó khăn, kinh tế thường lạc hậu, kém phát triển⁶. Trong lúc đó, Nghị định 05/2011/NĐ-CP ngày 14/01/2011 định nghĩa “vùng DTTS” là địa bàn có đông các DTTS cùng sinh sống ổn định thành cộng

² Haiting Zhang (2012), *The Laws on the Ethnic Minority Autonomous Regions in China: Legal Norms and Practice*, Loyola University Chicago International Law Review, Issue 2 Summer/Spring, Volum 9.

³ Government White Papers. VII. *Guarantee of Rights and Interests of VII. Guarantee of Rights and Interests of Ethnic Minorities*, <http://www.china.org.cn/e-white/phumanrights19/p-8.htm>, truy cập ngày 20/2/2019.

⁴ Arthur Rusett (2014), *Legal Structures for Special Treatment of Minorities in the People's Republic of China*, Notre Dame Law Review, Issue 5, Volume 66, Article 5.

⁵ Nguyễn Văn Chính, “Thấy gì từ chính sách hỗ trợ phát triển các dân tộc rất ít người?”, Báo Tia Sáng, 2018, <http://tiasang.com.vn/-quan-ly-khoa-hoc/Thay-gi-tu-chinh-sach-ho-tro-phat-trien-cac-dan-toc-rat-it-nguoi-14050>, truy cập ngày 07/03/2019.

⁶ Nghị định 114/2017/NĐ-CP ngày 09/10/2017 qui định đơn biên phòng ở vùng sâu, vùng xa.

đồng trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Nghị định này cũng định nghĩa “DTTS” là những dân tộc có số dân ít hơn so với dân tộc đa số trên phạm vi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. “Dân tộc đa số” là dân tộc có số dân chiếm trên 50% tổng dân số của cả nước theo điều tra dân số quốc gia. “DTTS rất ít người” là dân tộc có số dân dưới 10.000 người.

Rõ ràng, các khái niệm *vùng sâu, vùng xa, vùng DTTS, DTTS, dân tộc đa số, DTRIN* với tư cách là những từ khóa trong chính sách, pháp luật về DTTS ở Việt Nam vẫn đang còn những bất cập nhất định. Sự mập mờ giữa các khái niệm vùng DTTS, vùng sâu, vùng xa từ trước đến nay vẫn là một vùng xám trong pháp luật Việt Nam về DTTS, miền núi. Ví dụ, khái niệm vùng DTTS được định nghĩa là *địa bàn có đông các DTTS cùng sinh sống thành cộng đồng* không thể bao hàm được địa bàn nơi chỉ có một DTTS sinh sống. Trong thực tế, có những DTTS sống khá biệt lập trên một địa bàn cụ thể. Mặt khác, tiêu chí *có đông các DTTS* cần được hiểu như thế nào? Trong tiếng Việt, đông có nghĩa là nhiều. Một hoặc hai, ba cá thể thì không thể gọi là đông. Nếu trên một địa bàn chỉ có hai DTTS sinh sống thì có thể coi đó là vùng DTTS không? Câu hỏi này về mặt pháp luật là rất khó xác định. DTTS được định nghĩa là dân tộc có số dân ít hơn dân tộc đa số, tức là có số dân dưới 50% dân số quốc gia. Các định nghĩa dựa trên định lượng này có thể đúng với Việt Nam, song xét ở góc độ dân tộc học thì chưa chính xác. Nhiều quốc gia trên thế giới không định nghĩa DTTS chỉ thuần túy dựa trên số dân. Từ điển Cambridge định nghĩa DTTS là nhóm người sống trong một cộng đồng với những truyền thống dân tộc và văn hóa khác với

dân cư chủ yếu⁷. Định nghĩa tương tự được đưa ra trong nhiều từ điển bách khoa thư khác như Wikipedia, the Free Dictionary, Oxford Advanced Learner's Dictionary v.v. Tuyên ngôn của Liên hợp quốc về DTTS được thông qua vào năm 1992 định nghĩa DTTS dựa trên yếu tố dân tộc, văn hóa, tôn giáo, ngôn ngữ riêng. Điều 1 Tuyên ngôn này qui định:

“1. Các quốc gia bảo vệ sự tồn tại cũng như bản sắc dân tộc, sắc tộc, văn hóa, tôn giáo của DTTS sinh sống trong lãnh thổ của mình và phải tạo điều kiện để thúc đẩy bản sắc đó.

2. Các quốc gia sẽ ban hành các biện pháp lập pháp và các biện pháp phù hợp khác để thực hiện những mục đích này”⁸.

Nhà xã học nổi tiếng Louis Wirth (1945) đã đưa ra định nghĩa về nhóm thiểu số (**minority group**) là: “Bất cứ nhóm người nào mà đặc điểm thể chất và văn hóa của họ khu biệt với những nhóm khác trong xã hội nơi họ sống với những sự đối xử phân biệt và thiếu bình đẳng và vì thế họ coi mình là đối tượng của sự phân biệt đối xử tập thể”⁹.

Những dẫn chứng nêu trên về khái niệm DTTS ở các quốc gia khác nhau cho thấy việc định nghĩa DTTS cần dựa trên sự kết hợp các yếu tố khác nhau, đặc biệt là yếu tố

⁷ Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/vi/dictionary/english/ethnic-minority>.

⁸ United Nations General Assembly, 1992, “Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities”, A/RES/47/135, 92nd plenary meeting, 18 December.

⁹ Nguyễn Văn Tiếng Anh “any group of people who, because of their physical or cultural characteristics, are singled out from the others in the society in which they live for differential and unequal treatment, and who therefore regard themselves as objects of collective discrimination”.

văn hóa, ngôn ngữ chứ không thể đơn thuần dựa trên yếu tố địa lý.

Một bất cập khác về định nghĩa DTTS rất ít người dựa trên tiêu chí dưới 10.000 người. Theo quan điểm của tác giả, tiêu chí định lượng này chưa phù hợp. Nếu như một DTTS có số dân dao động thường xuyên xung quanh con số 10.000 này sẽ thường xuyên chịu sự thay đổi của chính sách dành cho DTRIN. Điều này đáng lo ngại vì Nhà nước cần đối xử với DTRIN không phải dựa trên số dân mà dựa trên đặc trưng văn hóa, dân tộc, tôn giáo, tín ngưỡng. Trong bối cảnh hội nhập và di dân lao động như hiện nay, sự thay đổi số dân của các DTTS cũng như DTRIN là hiện tượng quá phổ biến.

Như vậy, việc dựa vào một tiêu chí duy nhất là dân số để đề xuất chính sách hỗ trợ phát triển là có vấn đề, cần được bổ sung thêm bằng các tiêu chí khác. Bên cạnh tiêu chí dân số, cần nghiên cứu cụ thể tình hình kinh tế, xã hội các nhóm DTRIN, và tham khảo kết quả điều tra kinh tế, xã hội 53 dân tộc. Ngoài đặc điểm của tình trạng đói nghèo, các dự án hỗ trợ của Nhà nước, cần phân tích điều kiện cư trú, mức độ hội nhập vào thị trường và quốc gia, tình trạng ngôn ngữ, văn hóa và sự phụ thuộc về mặt xã hội của DTRIN vào các nhóm dân tộc lớn hơn trong khu vực là những khía cạnh không thể bỏ qua khi xác định DTRIN và đưa ra giải pháp hỗ trợ và bảo tồn¹⁰.

Thứ sáu, đánh giá một cách toàn diện, pháp luật Việt Nam về DTTS, miền núi thu được những thành tựu nhất định, nhất là trong việc tạo ra những cơ sở hiến định, luật định vững chắc đảm bảo quyền bình đẳng,

¹⁰ Nguyễn Văn Chính, “Thấy gì từ chính sách hỗ trợ phát triển các dân tộc rất ít người?”, Báo Tia Sáng, 2018, <http://tiasang.com.vn/-quan-ly-khoa-hoc/Thay-gi-tu-chinh-sach-ho-tro-phat-trien-cac-dan-toc-rat-it-nguoi-14050>, truy cập ngày 07/03/2019.

quyền tự chủ của các DTTS ở nước ta. Trong ba thập kỷ Đổi mới, Việt Nam ban hành nhiều luật chuyên ngành trong đó có các qui định đặc thù áp dụng đối với DTTS như Luật Đất đai năm 2014, Bộ luật Dân sự năm 2015, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015, Luật Lâm nghiệp năm 2017, Luật Giáo dục đại học năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2018).

Luật Đất đai năm 2013 qui định tại Điều 27 trách nhiệm của Nhà nước ban hành chính sách về đất ở, đất sinh hoạt cộng đồng cho đồng bào DTTS phù hợp với phong tục, tập quán, bản sắc văn hóa và điều kiện thực tế của từng vùng; tạo điều kiện cho đồng bào dân tộc thiểu số trực tiếp sản xuất nông nghiệp ở nông thôn có đất để sản xuất nông nghiệp. Khoản 3 Điều 192 qui định Nhà nước có chính sách về đất ở, đất sinh hoạt cộng đồng cho đồng bào DTTS phù hợp với phong tục, tập quán, bản sắc văn hóa và điều kiện thực tế của từng vùng. Quyền được miễn giảm tiền sử dụng đất, thuê đất của những người sử dụng đất là người DTTS được qui định Điều 110. Theo Điều 133 Luật Đất đai năm 2013, việc giao đất, cho thuê đất phải ưu tiên hộ gia đình, cá nhân là DTTS không có đất hoặc thiếu đất sản xuất ở địa phương. Khoản 3 Điều 192 qui định hộ gia đình, cá nhân là DTTS sử dụng đất do Nhà nước giao đất theo chính sách hỗ trợ của Nhà nước thì được chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất sau 10 năm, kể từ ngày có quyết định giao đất theo quy định của Chính phủ.

Luật Lâm nghiệp năm 2017 tại khoản 6 Điều 4 qui định Nhà nước bảo đảm cho đồng bào dân tộc thiểu số, cộng đồng dân cư sinh sống phụ thuộc vào rừng được giao rừng gắn với giao đất để sản xuất lâm, nông,

ngư nghiệp kết hợp; được hợp tác, liên kết bảo vệ và phát triển rừng với chủ rừng, chia sẻ lợi ích từ rừng; được thực hành văn hóa, tín ngưỡng gắn với rừng. Khoản 8 Điều 14 qui định Nhà nước tôn trọng không gian sinh tồn, phong tục, tập quán của cộng đồng dân cư; ưu tiên giao rừng cho đồng bào dân tộc thiểu số, hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân cư có phong tục, tập quán, văn hóa, tín ngưỡng, truyền thống gắn bó với rừng, có hương ước, quy ước phù hợp với quy định của pháp luật. Điểm c khoản 2 Điều 94 qui định các cơ quan chức năng của Nhà nước đảm bảo sự hợp tác, liên kết bảo vệ và phát triển rừng của đồng bào dân tộc thiểu số, cộng đồng dân cư gắn với chương trình phát triển kinh tế - xã hội, xây dựng nông thôn mới.

Trong lĩnh vực giáo dục, pháp luật Việt Nam cũng qui định một số chính sách ưu đãi đối với người thuộc DTTS. Khoản 8 Điều 12 Luật Giáo dục đại học năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2018) qui định chính sách ưu tiên phát triển giáo dục đại học đối với đồng bào dân tộc thiểu số. Trong lĩnh vực tư pháp, pháp luật cũng có những qui định liên quan đến quyền của người DTTS. Điều 29 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015, Điều 20 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 qui định người tham gia tố tụng có quyền dùng tiếng nói và chữ viết của dân tộc mình, trường hợp này phải có phiên dịch. Đặc biệt, Bộ luật Dân sự năm 2015 tại khoản 2 Điều 29 qui định trường hợp không có thỏa thuận thì dân tộc của con được xác định theo tập quán; trường hợp tập quán khác nhau thì dân tộc của con được xác định theo tập quán của dân tộc ít người hơn. Bên cạnh các chính sách ưu đãi luật định thì chính sách cụ thể áp dụng đối với DTTS như dân số, y tế, lâm nghiệp, đất đai, giáo dục... còn được quy định trong các văn bản dưới luật.

Việc nghiên cứu hệ thống pháp luật về DTTS hiện hành cho thấy, dù có nhiều cố gắng trong lĩnh vực xây dựng pháp luật song sự thiếu đồng bộ, thiếu thống nhất, chông chéo và ít mang tính qui phạm, thiếu tính khả thi của lĩnh vực pháp luật này vẫn đang là những hạn chế lớn. Đặc biệt, hệ thống pháp luật hiện hành vẫn thiếu “cơ chế pháp lý thống nhất để các cơ quan nhà nước phối hợp trong quản lý, hoạch định, xây dựng, thực hiện, theo dõi, đánh giá các chính sách đối với vùng DTTS và miền núi, người DTTS”¹¹. Hệ quả của hệ thống pháp luật hiện hành (bao gồm cả thực trạng xây dựng lẫn thực thi) vẫn là khoảng cách lớn trong trình độ phát triển, mức sống của các DTTS so với mặt bằng chung của cả nước. Kết quả điều tra kinh tế - xã hội 53 DTTS năm 2015 cho thấy, nhiều vấn đề nổi lên đáng lo ngại như: Tỷ lệ nghèo DTTS 23,1%, cận nghèo 13,6%, cao gấp 4 lần so với mức bình quân chung của cả nước; tỷ lệ tảo hôn DTTS 26,6%, có 19 dân tộc trên 40%, cao nhất 73%; tỷ lệ người DTTS từ 15 tuổi trở lên không biết đọc, không biết viết chữ phổ thông là 20,8%, có 6 dân tộc trên 50%, cao nhất là 65,6%; còn có 80.096 hộ thiếu đất ở, chiếm 2,74% tổng số hộ DTTS; 221.754 hộ thiếu đất sản xuất, chiếm 7,49% hộ DTTS cả nước¹².

2. Cách tiếp cận hoạt động xây dựng và thi hành pháp luật về dân tộc, miền núi

Những đánh giá thực trạng pháp luật của Việt Nam về DTTS ở trên cho thấy việc xây dựng, hoàn thiện và thi hành pháp luật về DTTS đòi hỏi một cách tiếp cận mới.

¹¹ Ủy ban dân tộc (2017), “*Báo cáo đánh giá tác động chính sách trong xây dựng Luật Hỗ trợ phát triển vùng DTTS và miền núi*”, kèm theo Tờ trình số: 01/TTr-UBDT ngày 09/02/2017.

¹² Ủy ban dân tộc, 2017, t.lđd.

2.1. Ưu tiên số một cho việc xây dựng và hoàn thiện thể chế về dân tộc thiểu số

Thể chế là yếu tố quan trọng hàng đầu trong việc phân bổ và sử dụng hiệu quả các nguồn lực, ổn định kinh tế vĩ mô và tăng trưởng bền vững. Thể chế có chất lượng cao với thủ tục hành chính đơn giản, công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình đầy đủ sẽ tạo ra môi trường thuận lợi cho đầu tư kinh doanh, ngăn chặn tham nhũng lãng phí, góp phần quan trọng nâng cao sức cạnh tranh tổng thể của nền kinh tế.

Xây dựng thể chế, hoàn thiện thể chế để phát triển là lựa chọn đầu tiên của nhiều quốc gia trên thế giới. Không chỉ những quốc gia kém phát triển hay đang phát triển mới cần xây dựng hoặc hoàn thiện thể chế mà ngay cả các quốc gia phát triển cũng đang tìm mọi cách hoàn thiện thể chế hiện tại. Hoàn thiện thể chế để phát triển – đó là tuyên ngôn của đa số các quốc gia trên thế giới.

Tuy thể chế được sử dụng rộng rãi, chính thức song bản chất của khái niệm này không được hiểu đầy đủ ở Việt Nam. Thể chế, cơ chế, qui chế là những khái niệm được dùng phổ biến trong các văn kiện chính trị, trong các chính sách và khoa học quản lý, khoa học kinh tế và pháp lý. Có khá nhiều định nghĩa khác nhau về thể chế, song hiện tại vẫn chưa có định nghĩa về thể chế được coi là phổ biến và có được chấp nhận một cách đầy đủ ở Việt Nam. Tác giả Nguyễn Hữu Đồng khi bàn về thể chế kinh tế đã định nghĩa rằng, thể chế kinh tế là các quy định của luật pháp, các nguyên tắc xác định quyền tự do, dân chủ của người dân trong các hoạt động kinh tế¹³. Quan điểm của tác giả Nguyễn Minh Đoàn hầu như

đồng nhất khái niệm thể chế với khái niệm pháp luật.

Tác giả Nguyễn Thanh Tuyền, Nguyễn Lê Anh cũng cho rằng, thể chế là hệ thống pháp chế gồm: Hiến pháp (luật mẹ, luật căn bản); các bộ luật (luật cơ bản và luật “hành xử”), các quy định, các quy tắc, chế định... nhằm hài hòa các quyền lợi và trách nhiệm của mỗi công dân, mọi tổ chức trong một trật tự xã hội, hướng tới sự tổng hòa các lợi ích của cộng đồng¹⁴. Tác giả Nguyễn Thanh Tuyền đưa ra định nghĩa thể chế như sau:

Thể chế bao gồm toàn bộ các cơ quan nhà nước với hệ thống quy định do Nhà nước xác lập trong hệ thống văn bản pháp luật của Nhà nước và được Nhà nước sử dụng để điều chỉnh và tạo ra các hành vi và mối quan hệ giữa Nhà nước với công dân, các tổ chức nhằm thiết lập kỷ cương xã hội¹⁵.

Những quan điểm khoa học nêu trên thể hiện sự đồng nhất khái niệm thể chế với hệ thống pháp luật. Cần thấy rằng quan điểm của các nhà khoa học Nguyễn Thanh Tuyền, Nguyễn Lê Anh, Nguyễn Minh Đoàn... đúng một phần bởi vì chúng chưa phản ánh đầy đủ bản chất, vai trò của thể chế. Thể chế có nội hàm rộng hơn nhiều, rộng đến mức có người cho rằng đây là khái niệm còn mơ hồ. Theo tôi, cần hiểu thể chế theo định nghĩa được Diễn đàn Kinh tế thế giới (WEF) đưa ra. WEF coi thể chế là toàn bộ những gì tạo thành khuôn khổ trật tự cho các quan hệ của con người, định vị cơ chế thực thi và giới hạn của các quan hệ giữa

¹³ Nguyễn Hữu Đồng (2016), “*Thể chế chính trị và hệ thống chính trị*”, Tạp chí Khoa học Xã hội Việt Nam, số 10 (107).

¹⁴ Nguyễn Thanh Tuyền, Nguyễn Lê Anh, “*Mối quan hệ hữu cơ giữa thể chế, cơ chế và chính sách, cơ chế điều hành và hành vi ứng xử*”, Tạp chí Hội nhập và phát triển, số 22, tháng 5/2015.

¹⁵ Học viện Hành chính (2015), “*Phân biệt thể chế nhà nước, thể chế tư và thể chế hành chính*”, Trang thông tin điện tử, ngày 14/4/2015, <http://www1.napa.vn/blog/phan-biet-the-che-nha-nuoc-the-che-tu-va-the-che-hanh-chinh.htm>, truy cập ngày 27/2/2019.

các bên tham gia tương tác; là ý chí chung của cộng đồng xã hội trong việc xác lập trật tự, những quy tắc, những ràng buộc và các chuẩn mực, giá trị chung được mọi người chia sẻ¹⁶. Giá trị phổ biến của thể chế trong những nước phát triển thuộc Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) (*được xem như là những nước có thương hiệu quốc gia tốt nhất*) là dân chủ, phân chia và kiểm soát quyền lực, kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế. Những giá trị này có tính bền vững. Ở những nước này dù đã nổ ra hàng chục cuộc khủng hoảng kinh tế - xã hội, nhưng những giá trị này đã không bị phá hủy. Trái lại, chúng còn làm cho những giá trị phổ biến ấy ngày càng hoàn thiện hơn nhờ những cải cách thể chế.

Douglass North (1991), người được giải thưởng Nobel kinh tế năm 1993 định nghĩa thể chế như sau:

Thể chế là những giới hạn nhân định tạo nên cấu trúc chính trị, kinh tế và tương tác xã hội. Chúng bao gồm các giới hạn phi chính thống (chế tài, điều cấm kỵ, tập quán, qui tắc ứng xử) và những giới hạn chính thống (hiến pháp, các luật lệ, quyền tài sản). Trong suốt lịch sử, thể chế được tạo dựng bởi nhân loại nhằm thiết lập trật tự và nhờ đó giảm thiểu sự thiếu chắc chắn.

Với định nghĩa trên, Douglass North nhấn mạnh rằng thể chế là những giới hạn mà con người tạo ra để định hướng cho những tương tác giữa người với người. Nói một cách khác, thể chế là những “luật chơi trong một xã hội”. Nếu chúng làm tốt thì sẽ kích lệ con người hành động theo hướng tạo ra những kết quả tốt đẹp, và ngược lại. Những “luật chơi” này bao gồm những thể chế chính thức (chẳng hạn như luật pháp,

quyền sở hữu, cách thức tổ chức quyền lực nhà nước) và những thể chế phi chính thống (chẳng hạn như những tục lệ, truyền thống và chuẩn mực ứng xử trong xã hội). Douglas North cho rằng, những thể chế phi chính thống cũng rất quan trọng, chúng có ảnh hưởng đối với sự thành công hay thất bại của những thể chế chính thức.

Thực tiễn phát triển ở nhiều quốc gia cho thấy vai trò to lớn của thể chế phi chính thức. Ở Việt Nam cũng có nhiều ví dụ cho thấy vai trò to lớn của thể chế phi chính thống. Trong lúc ở nhiều địa phương tổ chức lực lượng kiểm lâm, triển khai cơ chế phối hợp liên ngành để bảo vệ rừng thì việc phá rừng vẫn diễn ra; trong khi đó ngay cạnh trụ sở của các hạt kiểm lâm, biên phòng thì 5000ha rừng Pơ mu nghìn năm tuổi vẫn được bảo tồn, bảo vệ bởi thể chế phi chính thức, tức bởi cộng đồng người Cơ Tu và những luật tục về rừng thiêng của họ¹⁷. Thực tế cũng cho thấy, nhiều đạo luật tốt được ban hành nhưng nếu thiếu vắng tinh thần thượng tôn pháp luật thì hiệu quả của chúng chẳng cao.

Khái quát lại, thể chế được hiểu là hệ thống chính sách và pháp luật với tư cách là các qui tắc của cuộc chơi kinh tế, chính trị, xã hội; các thiết chế và cơ chế vận hành cuộc chơi tức là chủ thể tham gia cuộc chơi với phương thức chơi được xác định. Thể chế bao gồm: Pháp luật, chính sách và các qui tắc phi chính thống; các cơ quan nhà nước và toàn bộ các cơ chế phương thức tương tác giữa các chủ thể khác tham gia vào các lĩnh vực hoạt động xã hội. Thể chế của một quốc gia, vùng lãnh thổ bao gồm:

¹⁶ WEF, Institution, <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2015-2016/institutions/>, truy cập ngày 12/3/2019.

¹⁷ Hồng Thanh (2019), “Vương quốc Pơ mu” nghìn năm tuổi”, 24h số ra ngày 9/3/2019, www.24h.com.vn/tin-tuc-trong-ngay/vuong-quoc-po-mu-nghin-nam-tuoi-c46a1033919.html, truy cập ngày 12/3/2019.

Thể chế chính thức và thể chế phi chính thức. Thể chế chính thức gồm Hiến pháp, luật, đặc biệt là các luật về quyền tài sản, quyền con người, tự do khế ước, tự do cạnh tranh; hệ thống tổ chức công quyền, nhất là các thiết chế thi hành pháp luật cùng những cơ chế kiểm soát quyền lực công. Thể chế phi chính thức gồm các quy tắc thành văn hoặc bất thành văn, những điều cấm kỵ được tuân thủ trong quan hệ giữa nhóm người. Hệ thống các thiết chế cũng phức tạp và đa dạng phụ thuộc vào tổ chức bộ máy nhà nước và quyền lực chính trị, kinh tế của mỗi quốc gia. Cũng tùy thuộc vào các yếu tố này mà các cơ chế, phương thức vận hành cũng có thể có sự khác nhau.

Tuy có thể khác nhau về cách tiếp cận nội hàm của thể chế song hầu như tất cả các nhà khoa học đều thống nhất về vai trò to lớn của thể chế trong phát triển xã hội. Vai trò này của thể chế càng đúng hơn và đặc biệt quan trọng hơn đối với công cuộc phát triển DTTS ở Việt Nam hiện nay xét từ thực trạng pháp luật và thực thi pháp luật trong lĩnh vực này.

Phải tạo dựng thể chế như thế nào để thúc đẩy và tốt hơn sự phát triển các DTTS ở Việt Nam? Câu trả lời chung nhất cho vấn đề đặt ra được thể hiện qua những phân tích dưới đây:

Thứ nhất, thể chế về DTTS, nếu hiểu đúng theo định nghĩa chung của quốc tế cũng như theo một số văn kiện chính thức của Đảng và vận dụng vào lĩnh vực này phải bao gồm toàn bộ những gì trực tiếp hoặc gián tiếp tác động đến việc thúc đẩy và tạo điều kiện cho các DTTS phát triển. Nếu chỉ dừng lại ở cách thức xây dựng chính sách, pháp luật và thực thi pháp luật như những gì đã và đang được tiến hành trong những thập kỷ vừa qua cũng như hiện nay thì sẽ không có đột phá trong những thập kỷ

tới. Xây dựng, hoàn thiện thể chế về DTTS đòi hỏi nhiều hơn trong việc xây dựng, thực hiện chính sách, pháp luật. Nếu như có chính sách, pháp luật nhưng việc thực thi chỉ là nhiệm vụ và quyền hạn của cơ quan nhà nước, còn người dân, các tổ chức xã hội đứng ngoài quá trình xây dựng, thực hiện chính sách, pháp luật thì khó hy vọng vào sự phát triển thực chất cho các DTTS. Mặt khác, nói đến xây dựng và hoàn thiện thể chế về DTTS thì không thể bỏ qua thể chế phi chính thức. Yêu cầu đặt ra cấp bách hiện nay là làm thế nào để các thể chế phi chính thức đang tồn tại, đang có giá trị kiến tạo và ổn định cuộc sống của DTTS phát huy tác dụng cao nhất. Thực tiễn khẳng định rằng, mỗi DTTS đều có những đặc trưng văn hóa riêng, nhất là tín ngưỡng, tôn giáo, những cấm kỵ rất khác nhau. Chúng có thể không phù hợp, thậm chí không tốt với người Kinh, dân tộc đa số ở nước ta song đối với mỗi DTTS thì lại có tác dụng ổn định trật tự, duy trì bản sắc văn hóa của tộc người đó. Những thể chế phi chính thức đương nhiên không thể luật hóa thành những giới hạn chung cho toàn xã hội bởi vì nếu làm thế thì chúng không còn là phi chính thức. Tuy nhiên, dù không luật hóa các thể chế phi chính thức này thì pháp luật, chính sách phải tạo cho chúng điều kiện để phát triển thay vì hạn chế với mục đích “thượng tôn pháp luật”. Hoàn thiện thể chế về DTTS gắn với việc củng cố và phát triển các tổ chức xã hội không có sự phân biệt giữa các tổ chức xã hội là cánh tay nối dài của Đảng, Nhà nước hay là các tổ chức xã hội thuần túy. Cần tạo điều kiện cho các tổ chức tham gia các hoạt động thúc đẩy phát triển DTTS chừng nào hoạt động của các tổ chức xã hội vẫn mang lại cho các DTTS giá trị, dù đó là vật chất hay phi vật chất.

Thứ hai, toàn bộ các yếu tố thể chế về DTTS như chính sách, pháp luật, các thiết chế thực hiện chỉ trở thành nền tảng phát triển của DTTS nếu chúng được thiết kế một cách tổng thể, nhất quán từ những chính sách đến pháp luật cho tới thực thi với những giải pháp được cá biệt hóa theo đặc trưng văn hóa, trình độ phát triển của mỗi DTTS. Ở khía cạnh này, thực tiễn ở nhiều nước và ở Việt Nam cho thấy dù pháp luật, chính sách có những qui định rất đúng về quyền và lợi ích của DTTS song những biện pháp cụ thể có khi lại cản trở việc thực hiện các quyền và lợi ích này, thậm chí có thể vi phạm quyền con người. Ví dụ, Hiến pháp, luật qui định rất đúng là người DTTS có quyền được học tập, được tiếp cận nền giáo dục phổ thông. Quyền học tập của người DTTS chỉ có thể được đảm bảo đầy đủ khi họ có quyền chọn học tập bằng ngôn ngữ dân tộc mình hay ngôn ngữ chính thức của quốc gia. Vấn đề đặt ra là nếu như người DTTS chọn học ngôn ngữ của dân tộc mình thì có trường nào dạy tiếng dân tộc đó không? Việc qui định một số loại công việc chỉ dành riêng cho người thiểu số nếu không được cân nhắc kỹ lại có thể trở thành sự phân biệt đối xử đối với người DTTS, sự vi phạm quyền con người. Ví dụ, những công việc dành riêng đó là những công việc không được đánh giá cao, công việc mà người dân tộc đa số lảng tránh thì rõ ràng đó là sự phân biệt đối xử, là sự vi phạm quyền con người. Tổ chức, doanh nghiệp hay thậm chí chính quyền có thể xuất phát từ thực trạng học vấn, trình độ chuyên môn của người DTTS nên muốn dành cơ hội việc làm này cho họ. Tuy nhiên, mục đích này có thể không đạt được mà thay vào đó là sự phân biệt đối xử. Ví dụ khác là chế độ sở hữu và quyền tài sản. Với nhiều DTTS, quyền tài sản, phân chia tài sản và thừa kế

tài sản chịu ảnh hưởng rất lớn của luật tục, gia qui đang thịnh hành. Tuy nhiên, việc hạn chế chế độ sở hữu cá nhân có ảnh hưởng rất lớn đến các quan hệ của người DTTS. Cụ thể, chế độ sở hữu rừng, đất rừng ảnh hưởng rất lớn đến điều kiện sống của các DTTS. Khảo sát do Chương trình phát triển Liên hợp quốc (UNDP) thực hiện năm 2012 nhằm đánh giá tác động của Chương trình 135 giai đoạn II cho thấy, không ít bất cập của hệ thống pháp luật Việt Nam liên quan đến khía cạnh đảm bảo quyền tài sản cho các DTTS. Trong lúc thu nhập của các hộ gia đình DTTS từ hoạt động sản xuất nông nghiệp như canh tác, trồng trọt, chăn nuôi và phần nhỏ từ rừng cộng đồng chiếm tới 60% thì khả năng tiếp cận đất đai của họ lại bị hạn chế, diện tích đất nơi DTTS sinh sống có xu hướng giảm dần¹⁸. Số liệu báo cáo trước Quốc hội cho thấy, đến cuối năm 2018, hiện còn 221.754 hộ đồng bào DTTS thiếu đất sản xuất, trong đó Tây Nguyên là 15.846 hộ và 80.960 hộ thiếu đất ở, trong đó Tây Nguyên là 32.000 hộ. Không gian sinh tồn, không gian bảo tồn văn hóa cho các dân tộc, buôn làng, cộng đồng dân tộc ngày càng bị thu hẹp và phá vỡ¹⁹. Rõ ràng, việc phát huy những luật tục, tập quán của DTTS trong các giải pháp và chương trình phát triển là yếu tố quan trọng của thể chế về DTTS.

¹⁸ UNDP (2012), “Impact of Program 135-phase II through the lens of baseline and endline surveys”, Posted on December 20, <http://www.vn.undp.org/content/vietnam/en/home/library/poverty/Impact-of-Program-135-phase-II-through-the-lens.html>, truy cập ngày 27/2/2019.

¹⁹ Xuân Hùng – Cao Nguyên (2018), “Quốc hội thảo luận về kinh tế - xã hội: Phải chống được thất thoát trong đầu tư công”, Lao động số ra ngày 28 tháng 10, laodong.vn/thoi-su/quoc-hoi-thao-luan-ve-kinh-te-xa-hoi-phai-chong-duoc-that-thoat-trong-dau-tu-cong-638254.ldo, truy cập ngày 27/2/2019.

Thứ ba, thể chế đóng vai trò quan trọng trong việc duy trì một chính quyền tốt, hạn chế tham nhũng. So sánh giữa các quốc gia dựa trên mức độ minh bạch, tính dân chủ cho thấy, thể chế càng minh bạch, càng dân chủ thì mức độ tham nhũng của công chức nhà nước, của các doanh nghiệp sản xuất của công chức nhà nước càng giảm. Thực tế này cho thấy, thể chế về DTTS ở nước ta cần được thiết kế và vận hành minh bạch, dân chủ để khắc phục những hạn chế trong các chương trình xóa đói, giảm nghèo và phát triển bền vững ở các vùng DTTS, miền núi. Những thể chế dân chủ có vai trò đặc biệt trong việc hạn chế tham nhũng và từ đó thúc đẩy được sự phát triển kinh tế, xã hội. Thể chế về DTTS minh bạch, dân chủ, có sự phát huy các thể chế phi chính thống sẽ giúp kiểm soát hữu hiệu các nguồn đầu tư, các dự án đầu tư và việc triển khai hiệu quả các giải pháp, chính sách đề ra. Đây là vấn đề đang đặt ra cấp bách đối với việc xây dựng, thực hiện pháp luật về DTTS.

Thứ tư, thể chế về DTTS góp phần rất lớn trong việc kiểm soát và khai thác hiệu quả các nguồn lực xã hội cho mục đích phát triển DTTS. Sự tồn tại của các nhóm lợi ích trong xã hội là một thực tế và điều này đương nhiên dẫn đến những xu hướng khác nhau trong việc sử dụng nguồn lực xã hội đầu tư cho việc phát triển các DTTS. Đã có không ít dự án đầu tư phát triển kinh tế, xã hội ở các vùng DTTS, miền núi cho thấy kinh phí thực hiện các dự án này bị hao hụt nghiêm trọng khi giải ngân. Các nhóm lợi ích trong bộ máy nhà nước kết hợp với các doanh nghiệp sản xuất tìm cách chiếm đoạt kinh phí từ các dự án phát triển DTTS bằng nhiều cách khác nhau. Thực trạng này đặc biệt đáng lo ngại ở các vùng DTTS, miền núi, nơi trình độ dân trí chưa cao nên thông tin về các dự án và khả năng kiểm soát của

cộng đồng DTTS rất hạn chế. Một trong những khuyến nghị chủ yếu của các chuyên gia quốc tế về cải cách thể chế cho Việt Nam là nhận diện và kiểm soát các nhóm lợi ích²⁰.

2.2. Xây dựng pháp luật về dân tộc thiểu số dựa trên cách tiếp cận toàn diện

Pháp luật, chính sách là yếu tố quan trọng của thể chế. Pháp luật, chính sách tốt, phù hợp với yêu cầu của thực tiễn là điều kiện tiên quyết để có một thể chế hoàn chỉnh. Đương nhiên, như đã phân tích ở trên, đó chỉ mới là điều kiện cần chứ chưa đủ. Pháp luật, chính sách đều có thể trở thành rào cản cho sự phát triển nếu chúng chưa được xây dựng một cách phù hợp. Hệ thống pháp luật của Việt Nam có không ít các ví dụ mà văn bản pháp luật khi ban hành đã cản trở sự phát triển ở những khía cạnh cụ thể. Pháp luật về DTTS ở Việt Nam cần được xây dựng dựa trên cách tiếp cận toàn diện nếu muốn có thể chế về DTTS hoàn chỉnh. Tiếp cận toàn diện là một khái niệm ban đầu được coi là nguyên tắc tổ chức quản trị, xử lý các xung đột trong lĩnh vực an ninh. Liên minh châu Âu (EU) về sau đã coi tiếp cận toàn diện như là một nguyên tắc giải quyết các vấn đề phát triển. Hiện tại, chưa có một định nghĩa chính thức về tiếp cận toàn diện, ngay cả trong Hiệp ước Lisbon, nơi các yêu cầu của nguyên tắc tiếp cận toàn diện được thể hiện khá đầy đủ²¹. Tuy nhiên, nội hàm của nguyên tắc tiếp cận toàn diện được nhận diện một cách thống nhất. Đó là cách tiếp cận nhằm liên kết tất cả yếu tố chính trị, an ninh, phát triển, quyền con người, pháp quyền và các giá trị

²⁰ Raymond Mallon (2015), “Cải cách các thể chế kinh tế Việt Nam nhằm thúc đẩy việc chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường”, <http://www.vnep.org.vn/Upload/Cai-cach-the-che-o-Viet-Nam.pdf>, truy cập ngày 27/2/2019.

²¹ Nicoletta Porizzi (2013), “The EU’s Comprehensive Approach to Crisis Management”, DCFA.

nhân đạo trong việc giải quyết vấn đề đặt ra. Nguyên tắc tiếp cận toàn diện hiện cũng trở thành nguyên tắc xây dựng pháp luật ở nhiều quốc gia.

Ở Việt Nam, việc xây dựng pháp luật cũng đang hướng tới cách tiếp cận toàn diện. Một trong những biểu hiện của cách tiếp cận toàn diện trong pháp luật Việt Nam là hoạt động đánh giá tác động của văn bản pháp luật. Đánh giá tác động của đối tượng chịu sự điều chỉnh được quy định trong Luật Ban hành các văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 và năm 2015. Tuy nhiên, nguyên tắc tiếp cận toàn diện đòi hỏi nhiều hơn việc đánh giá tác động đối với đối tượng chịu sự điều chỉnh. Mặt khác, việc đánh giá tác động của các văn bản pháp luật cả trước và sau khi ban hành ở Việt Nam vẫn còn rất hình thức. Thực trạng này cần sớm khắc phục trong việc xây dựng pháp luật về DTTS, miền núi. Lý do rất dễ nhận thấy: *Thứ nhất*, chỉ việc soạn thảo, ban hành luật, nghị định phải qua qui trình lấy ý kiến của đối tượng chịu tác động. Nhà nước chưa ban hành luật về DTTS, miền núi. Một số luật có các qui định liên quan đến DTTS như Luật Đất đai, Luật Lâm nghiệp... thì việc lấy ý kiến về các qui định cụ thể này khó được thực hiện. Chính phủ ban hành một số nghị định song trong đó chủ yếu là về tổ chức bộ máy Ủy ban dân tộc. Có một vài nghị định về vấn đề DTTS song nội dung của chúng có rất ít các qui phạm cần đánh giá tác động. *Thứ hai*, tuyệt đại đa số các văn bản pháp luật về DTTS, miền núi được ban hành dưới hình thức văn bản cá biệt như nghị quyết, quyết định, thông tư để qui định các chính sách cụ thể. Các văn bản này không thuộc nhóm văn bản cần phải đánh giá tác động hoặc lấy ý kiến chủ thể chịu sự điều chỉnh. Đây là hạn chế đáng lưu ý trong xây dựng pháp luật về DTTS bởi vì các văn

bản này tác động rất lớn đến quyền và lợi ích của người DTTS.

Nguyên tắc tiếp cận toàn diện trong lĩnh vực xây dựng pháp luật về DTTS, miền núi phải đòi hỏi cơ quan soạn thảo phải tuân thủ những yêu cầu sau:

Thứ nhất, đảm bảo trong dự thảo văn bản pháp luật nguyên lý chỉ qui định để cơ quan trung ương thực hiện những gì mà các cơ quan chính quyền địa phương, các DTTS không thể thực hiện. Đây là một trong những yêu cầu của nguyên tắc tiếp cận toàn diện nhằm trao quyền quyết định vấn đề cho chủ thể nào thực hiện hiệu quả nhất²².

Thứ hai, đảm bảo sự tham vấn cộng đồng và tính công khai. Tham vấn cộng đồng hay tham vấn các chính sách, ưu đãi đối với DTTS để ngay từ khi soạn thảo văn bản pháp luật, cơ quan soạn thảo đã xác định được sự phù hợp của những chính sách, ưu đãi đó với nhu cầu của DTTS. Công khai các chính sách, ưu đãi dự kiến ban hành để dư luận nắm bắt ngay từ đầu. Ngân hàng thế giới trong một phân tích xã hội tiến hành đối với DTTS đã khuyến nghị cần có những đối thoại cơ bản mới trong việc xác định mục tiêu cho các nguồn lực tài chính dành cho DTTS²³.

Thứ ba, tiến hành đánh giá tác động của các chính sách, ưu đãi dự kiến ban hành. Việc đánh giá phải định hướng cụ thể. Sử dụng những phương pháp lấy ý kiến nhân dân, lấy ý kiến chuyên gia như đã thực hiện với nhiều văn bản pháp luật khác sẽ khó mang lại hiệu quả trong xây dựng pháp luật

²² Yêu cầu này được Hội đồng châu Âu đưa ra vào năm 1996 trong Báo cáo Cannes, theo đó các bộ, các cơ quan trung ương của quốc gia thành viên phải nghiêm chỉnh tôn trọng tính tại chỗ (subsidiarity) và tính hợp lý.

²³ Ngân hàng thế giới (2009), *Country Social Analysis, Country Social Analysis Ethnicity and Development in Vietnam, Summary Report*.

về DTTS. Phát triển DTTS là rất phức tạp, đa chiều. Chính vì vậy, cần hướng việc đánh giá tác động vào chính người DTTS để những chính sách, ưu đãi đáp ứng đúng nhu cầu của các DTTS.

Hiện tại, hầu hết các chính sách đều từ trung ương, bao gồm các chương trình, dự án đều hướng đến các xã, hộ vùng sâu, vùng xa. Các chương trình, dự án này chỉ bao quát được một số chứ không phải tất cả các DTTS và những chính sách khoanh vùng địa lý này không có sự chú trọng đến nhóm thiểu số đang bị tổn thương so với nhóm đang làm tương đối tốt²⁴.

Thứ tư, pháp luật về DTTS cần thay đổi trọng tâm khi qui định các chính sách, ưu đãi trong giai đoạn tới. Điều này có nghĩa, Nhà nước cần xác định trọng tâm đầu tư. Ví dụ, Nhà nước dành nhiều khoản đầu tư cho hạ tầng giao thông ở vùng DTTS, miền núi nhằm khắc phục sự chênh lệch về trình độ phát triển và đáp ứng nhu cầu tham gia giao thông của người thiểu số, miền núi. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, khi đầu tư vào hạ tầng, người hưởng lợi nhiều hơn là người Kinh, các doanh nghiệp. Khoảng cách thu nhập giữa người thiểu số và người Kinh rút ngắn nhưng hầu như chưa đáng kể. Nhiều quốc gia khi hoàn thiện thể chế, nhất là hệ thống pháp luật, đã chuyển trọng tâm đầu tư, hỗ trợ việc tạo cơ hội bình đẳng cho người dân thiểu số và đa số. Làm thế nào để lựa chọn đúng trọng tâm đầu tư là vấn đề đáng quan tâm của hệ thống pháp luật về DTTS.

2.3. Xây dựng hai cấp độ điều chỉnh pháp luật đối với các vấn đề dân tộc thiểu số: Nền tảng chung và các biện pháp cụ thể cho từng dân tộc, từng lĩnh vực

Vấn đề DTTS rất phức tạp và nhạy cảm về chính trị, kinh tế và xã hội. Giải quyết vấn đề DTTS không tốt là cội nguồn của nhiều xung đột xã hội ở bất cứ quốc gia nào, dù đó là quốc gia phát triển, hay đang phát triển. Ngay ở những quốc gia nơi có đầy đủ luật về quyền tự do, bình đẳng, tự quyết của người DTTS thì xung đột, bất đồng giữa cộng đồng thiểu số, đa số vẫn nảy sinh. Nước Mỹ là một ví dụ. Mỹ có Hiến pháp được coi là bản tuyên ngôn bất hủ về tự do, dân chủ, có nhiều luật về quyền tự do hiệp hội, tự do ngôn luận, tự do biểu tình... nhưng vấn đề dân tộc, đặc biệt là sự phân biệt chủng tộc giữa người da đen và da trắng cho đến nay vẫn làm cho xã hội Mỹ nhiều lúc chao đảo. Nguyên nhân chính là ở tính phức tạp, đa dạng của các DTTS. Như vậy, có sự bất tương thích nhất định giữa những quyền, tự do hiến định hay luật định với thực tiễn áp dụng chúng đối với người dân tộc. Các quyền tự do dân chủ, bình đẳng trong các lĩnh vực khác nhau được qui định chung cho tất cả các thành viên trong xã hội không phân biệt dân tộc, nòi giống, nam nữ hay tôn giáo. Các quyền này được Hiến định hoặc luật định. Đây là cấp độ chung của việc điều chỉnh các vấn đề dân tộc. Ở cấp độ này, về cơ bản, ít khả năng xảy ra mâu thuẫn, xung đột giữa cộng đồng đa số với các cộng đồng thiểu số. Người DTTS với tư cách là một thành viên, một công dân trong quốc gia cụ thể được hưởng các quyền tự do dân chủ như các thành viên khác trong xã hội cũng như tất cả các điều kiện chung đảm bảo cho việc thụ hưởng và thực hiện các quyền tự do, bình đẳng ở mức độ chung nhất. Đây là cấp độ thứ nhất của pháp luật về dân tộc.

Cấp độ thứ hai mới chính là cấp độ có vai trò quyết định đối với việc giải quyết tốt vấn đề dân tộc và phát triển dân tộc. Thực

²⁴ Ngân hàng thế giới (2009), tldd.

tế, dù được hưởng các quyền cơ bản hiến định, với trình độ phát triển, nhận thức, mức sống... thấp, người DTTS khó có thể thực hiện được các quyền hiến định đó. Ví dụ, rất khó để người DTTS tiếp cận được nền giáo dục đầy đủ nếu họ không thông thạo ngôn ngữ chính thống trong khi không có trường dạy bằng ngôn ngữ DTTS. Khả năng tiếp cận các thành tựu công nghệ như internet, viễn thông của người DTTS hạn chế nên việc thực hiện quyền được thông tin cũng không hề dễ dàng. Cần khẳng định rằng cấp độ điều chỉnh này của pháp luật về DTTS phải bao gồm các giải pháp cụ thể hướng tới từng dân tộc theo từng lĩnh vực cụ thể. Ở cấp độ này, giải pháp vùng cũng cần phải được xem xét lại nếu chúng không gắn với nhu cầu của DTTS cụ thể. Phát triển vùng có thể mang lại sự phát triển cho vùng cần hướng tới, nhưng chưa chắc chắn mang lại sự bảo tồn các giá trị của DTTS. Việc thu hồi đất của đồng bào DTTS làm các dự án hạ tầng như cầu, đường, thủy điện... có thể đáp ứng sự phát triển vùng nhưng gây tổn hại cho các bản sắc văn hóa, thậm chí đời sống của DTTS.

Những phân tích cho thấy, cần chú trọng cấp độ thứ hai của việc điều chỉnh các vấn đề về DTTS. Những giải pháp sau đây cần được cân nhắc trong cấp độ này:

- Cụ thể hóa nhu cầu của DTTS theo các khía cạnh cụ thể như đất, rừng, tài sản, hôn nhân, dân số... Ngay cả những lĩnh vực có tính phổ cập về nhu cầu như y tế, giáo dục cũng chứa đựng những yếu tố đặc thù áp dụng đối với mỗi dân tộc cụ thể. Pháp luật Việt Nam hiện hành về DTTS chưa đáp ứng yêu cầu hướng đến các mục tiêu cụ thể này. Theo đánh giá của UNDP tại Việt Nam, hầu hết các chính sách, ưu đãi đối với DTTS theo pháp luật Việt Nam không phản ánh được tính chất đa dạng của 53 dân tộc

sống trên lãnh thổ của mình. Các chính sách, ưu đãi ở cấp khu vực, cấp thôn chòm lán nhau không chỉ trong một lĩnh vực mà trong toàn bộ các lĩnh vực²⁵.

- Trong cấp độ này, việc phát huy vai trò của cộng đồng, các tổ chức xã hội cần được coi là giải pháp ưu tiên. Chú trọng đến vai trò của cộng đồng, của các tổ chức xã hội có nghĩa là chú trọng đến tiếng nói của DTTS. Vì thế, cần có những cách tiếp cận mới khi xác định nhu cầu thực sự của DTTS. DTTS cần không gian, cần diễn đàn để thể hiện nguyện vọng của mình và để tác động đến chính sách. Các tổ chức xã hội ở các vùng thiểu số cần được thúc đẩy và hỗ trợ để chúng có thể khóa lấp sự thiếu hụt các thể chế chính thức ở các vùng DTTS²⁶.

3. Kết luận

Quốc hội đang chủ trương xây dựng luật về DTTS. Bản dự thảo hiện đang trong quá trình soạn thảo với tên gọi: Luật Hỗ trợ phát triển các dân tộc thiểu số. Có khá nhiều ý kiến và bản thảo về nội dung, phạm vi điều chỉnh của luật này. Ngay cả tên gọi của Luật cũng chứa đựng nhiều nội hàm chính trị, xã hội cần được làm rõ. Tuy nhiên, dù cho còn nhiều bản thảo về phạm vi, đối tượng điều chỉnh song có một vấn đề cần được nghiên cứu và phân tích đầy đủ trong quá trình soạn thảo: Vì sao pháp luật, chính sách hiện hành chưa mang lại được những thành quả được kỳ vọng khi ban hành. Câu trả lời chính là thể chế chưa phù hợp. Cách tiếp cận trong xây dựng, thực hiện pháp luật DTTS phải hướng tới việc xây dựng thể chế, hướng tới sự tiếp cận toàn diện.

²⁵ Akiko Fujii (2018), "Value chains approach for socio-economic development in the ethnic minority areas", UNDP Vietnam, August 20, <http://www.vn.undp.org/content/vietnam/en/home/presscenter/speeches/2018/ValueChain.html>, truy cập ngày 12/3/2018.

²⁶ Ngân hàng thế giới (2009), t.lđđ.

GIÁM SÁT TƯ PHÁP ĐỐI VỚI QUYỀN HÀNH PHÁP Ở PHÁP VÀ MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Lê Thị Thu Thảo*

Tóm tắt: Trên cơ sở phân tích các quy định pháp luật về giám sát tư pháp đối với quyền hành pháp ở Pháp, bài viết gợi mở một số kinh nghiệm cho Việt Nam trong việc xây dựng, vận hành cơ chế kiểm tra, giám sát quyền hành pháp.

Abstract: Based on the analysis of legal provisions on judicial review of the executive power in France, the article draws certain lessons for Vietnam in the building and operation of a mechanism to control and review the executive.

1. Khái niệm giám sát tư pháp đối với quyền hành pháp

Giám sát tư pháp đối với các nhánh quyền lực khác từ lâu đã được đặt ra khi các Nhà nước chọn mô hình thể chế cho mình. Thuật ngữ “judicial review” hay “judicial control”¹ là giám sát tư pháp hay kiểm soát tư pháp đã được nghiên cứu từ rất lâu. Judicial review theo từ điển Black’s Law được hiểu là: *Quyền của các tòa án xem lại quyết định của một bộ phận khác của chính quyền hoặc quyết định của tòa án cấp dưới. Khái niệm này cũng đề cập đến việc phiên tòa phúc thẩm xét lại quyết định của tòa sơ*

*thẩm hoặc tòa phúc thẩm trung gian*². Judicial review theo từ điển Bách khoa toàn thư³ được hiểu là sức mạnh của một tòa án để vô hiệu hóa các luật được thông qua bởi cơ quan lập pháp và quyết định của các cơ quan hành pháp.

Thuật ngữ giám sát tư pháp cũng thường được đề cập tới trong khoa học luật hiến pháp khi nghiên cứu về vấn đề bảo hiến (hay còn được gọi là bảo vệ hiến pháp hoặc tài phán hiến pháp - constitutional review/judicial review). Theo định nghĩa của một số từ điển pháp luật phổ biến, có thể hiểu giám sát tư pháp là thẩm quyền của các tòa án của một quốc gia được xem xét và đánh giá tính hợp hiến của các đạo luật hoặc quyết định của các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp⁴. Nếu hiểu theo nghĩa này thì hoạt động giám sát tư pháp bao gồm cả việc giám sát tư pháp đối với các quyết định của tòa án cấp dưới. Điều này được thể

* ThS., Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Cũng cần phân biệt judicial review và judicial control, hai thuật ngữ này có nhiều điểm tương đồng. Khái niệm kiểm soát tư pháp rộng hơn giám sát tư pháp. Nói đến kiểm soát của tòa án là nói đến khả năng tác động, ảnh hưởng của tòa án đối với hoạt động của các cơ quan nhà nước, làm cho hoạt động của các cơ quan phải đúng khuôn khổ của pháp luật. Các phương thức kiểm soát tư pháp có thể là phương thức chính trị hoặc pháp lý. Trong phương thức pháp lý có thể biểu hiện ở việc bắt giam, xét xử các công chức hành pháp hoặc giám sát hoạt động của nhánh hành pháp. Trong các phương thức kiểm soát tư pháp thì giám sát tư pháp được coi là hoạt động chủ đạo nhất mà tòa án thực hiện. Khi nói đến kiểm soát của tòa án thì người ta sẽ liên tưởng ngay đến thẩm quyền giám sát tư pháp của tòa án.

² Black, H. C., *Black’s Law Dictionary*, 6th. Edition, St. Paul, MN: West Publishing Co, 1990, tr. 324.

³ Tham khảo tại địa chỉ: <http://www.encyclopedia.com/international/legal-and-political-magazines/judicial-review>, truy cập ngày 20/6/2017.

⁴ Xem: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/307542/judicial-review>, <http://legaldictionary.thefreedictionary.com/judicial+review>, truy cập ngày 20/6/2017.

hiện tương đối rõ trong hệ thống pháp luật của Anh nhưng lại không có ở Mỹ⁵. Giám sát tư pháp theo nghĩa này lần đầu tiên được thực hiện ở Mỹ bởi Tòa án tối cao qua vụ án Marbury kiện Madison.

Ngoài ra, thuật ngữ judicial review còn được sử dụng trong lĩnh vực luật hành chính nhằm tới việc giám sát của tòa án đối với hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước. Trong hoạt động này, giám sát tư pháp được coi như là thủ tục cuối cùng của thủ tục hành chính vì nó xem xét lại tính hợp pháp, hợp lý của các quyết định, văn bản, hành vi của cơ quan hành chính. Công việc này thường được giao cho một tòa án chuyên trách trong hệ thống tòa án là tòa án hành chính (TAHC) với chức năng cơ bản và quan trọng nhất là xem xét tính hợp pháp đối với các hoạt động của cơ quan hành chính⁶.

2. Giám sát tư pháp đối với quyền hành pháp ở Pháp

Ở Pháp có hai cấp độ giám sát quyền hành pháp (theo hiến pháp và các văn bản pháp luật khác) được trao cho 2 hệ thống Tòa án riêng biệt thực hiện là Hội đồng bảo

hiến (HĐBH) và hệ thống Tòa án hành chính (TAHC).

2.1. Kiểm soát của Hội đồng bảo hiến đối với quyền hành pháp

HĐBH được thành lập khi nền Cộng hòa thứ năm ra đời vào năm 1958⁷. Ban đầu, Hội đồng được thiết kế như một công cụ để bảo vệ các cơ quan hành pháp chống lại Nghị viện, nhưng về sau nó đã phát triển thành một lực lượng mạnh chống lại Chính phủ⁸. Trước năm 1971, HĐBH hầu như không có vai trò gì trong việc bảo vệ tự do dân sự và các quyền cá nhân⁹. Hơn nữa, nhiều nhà phê bình đã không thừa nhận vai trò này của Hội đồng vì bị chính trị hóa cao¹⁰. Nhưng sau đó vào năm 1971, Hội đồng đã chặn đứng một dự luật của Chính phủ liên quan đến hạn chế quyền tự do hiệp hội chính trị¹¹. Tầm quan trọng của hành động này được ví như một “Marbury chống Madison của Pháp”¹². Đây là lần đầu tiên Hội đồng tuyên bố một dự luật vi phạm quyền hiến định¹³. Điều này biểu thị một

⁵ Ví dụ như ở Anh, giám sát tư pháp đối với hoạt động hành chính là do bộ phận hành chính trong Tòa án tối cao và thẩm quyền của tòa án này bao gồm xem xét quyết định của tòa án cấp dưới và các tòa phúc thẩm cấp cao khác. Mặt khác, khi chúng ta xem xét hệ thống pháp luật Mỹ được quy định trong Điều 551(1(B)) của Luật Thủ tục hành chính (APA) năm 1946, có thể thấy rằng quyết định của tòa án bị loại khỏi việc xem xét.

⁶ Cần lưu ý việc giám sát tư pháp (judicial review) đối với hành chính công và tài phán hành chính (administrative justice) không đồng nghĩa với nhau. Cụm từ đầu tiên hẹp hơn; nó bao gồm việc giám sát các quyết định hành chính, được thực hiện bởi các tòa án thông thường hoặc bởi các tòa hành chính đặc biệt. Còn tài phán hành chính mở rộng thẩm quyền xem xét các quyết định của cơ quan hành chính cho cả các cơ quan khác không mang tính chất tư pháp.

⁷ Cole, Alistair, *French Politics and Society*, Hertfordshire: Prentice Hall, 1998 tr. 63.

⁸ Elgie, Robert and Griggs, Steven, *French Politics, Debates and Controversies*, London: Routledge, 1st ed, 2000, tr. 27.

⁹ Ngay từ khi thành lập, vai trò yếu kém của Hội đồng thể hiện khá rõ vì chỉ 9 lần xem xét các dự luật của Chính phủ và cả 9 lần đều ủng hộ Chính phủ trong khoảng từ năm 1958 đến năm 1971. Xem Rieche, *Preserving the Role of the French Constitutional Council as a Check on Executive Power*, *Inquiries Journal*, 3(11), 2011.

¹⁰ Stone Sweet, Alec, “*The Politics of Constitutional review in France and Europe*”, *OUP Law Journals*, 5(1), 2007, tr. 73.

¹¹ L. Morton, *Judicial Review in France: A Comparative Analysis*, *The American Journal Of Comparative Law*, No.1, 1988, tr. 99.

¹² L. Morton, *lđđđ*, tr. 99.

¹³ Surel, Yves, *Checks, Balances and the New Rules of the Political Game*, A. Cole et al.(eds) *Developments in French Politics*, New York: Macmillan, 2008, tr. 146.

bước tiến quan trọng trong vai trò giám sát quyền hành pháp của Hội đồng. Hội đồng đã chứng minh rằng nó có khả năng đưa ra một đạo luật do Chính phủ đệ trình vi hiến. Cho đến ngày nay, Hội đồng đã trở thành một công cụ giám sát đối với Chính phủ vì đang cầm quyền cũng không thể chắc chắn về vấn đề tính hợp hiến của một dự luật. Vì lý do này, trong các quyết định tiếp theo, Hội đồng bắt đầu là một người bảo vệ tích cực các quyền công dân. Đến năm 1987, “các quyền cơ bản” chiếm 40% trong các văn bản của Chính phủ (ordinary laws) bị Hội đồng bãi bỏ.

Giám sát quyền hành pháp thông qua cơ chế bảo hiến của HĐBH của Pháp có một số đặc điểm sau:

Thứ nhất, giám sát tư pháp đối với vấn đề hợp hiến ở Pháp thực hiện theo mô hình tập trung. Có nghĩa là quyền xem xét các đạo luật có hợp hiến hay không chỉ được đưa ra trước HĐBH mà không được đưa ra các tòa thông thường hay TAHC. Quyết định của HĐBH có giá trị chung thẩm và không thể kháng án đối với các cơ quan công quyền, cơ quan hành chính và tất cả các tòa án¹⁴.

Thứ hai, HĐBH chỉ có quyền giám sát trước mà không có quyền giám sát sau. Nghĩa là các dự luật được Chính phủ, Tổng thống đệ trình lên sẽ là đối tượng của việc giám sát tư pháp về tính hợp hiến. Thẩm quyền của Hội đồng là quyết định về việc các đạo luật được đề xuất phù hợp với Hiến pháp hay không sau khi đã được Nghị viện bỏ phiếu và trước khi được Tổng thống ký ban hành¹⁵. Việc kiểm tra các dự luật của

Hội đồng có thể bắt buộc hoặc tùy chọn¹⁶. Chính vì chỉ giám sát trước nên giám sát đối với các hành động của hành pháp là giám sát trừu tượng¹⁷. Ở Pháp, tính hợp hiến của một đạo luật được xác định một cách tổng thể và trừu tượng không phải trong bối cảnh thực tế khi đạo luật được thực thi.

Thứ ba, giám sát hiến pháp của HĐBH đối với quyền hành pháp mang tính hạn chế¹⁸. Bởi lẽ, tại Pháp thủ tục chỉ được kích hoạt bởi những người đặc biệt nắm giữ quyền lực chính trị mà không phải mọi

¹⁶ Trong đó, giám sát bắt buộc đối với những đạo luật về tổ chức và nội quy hoạt động của Nghị viện do Nghị viện ban hành. Còn đối với những đạo luật thông thường, việc xem xét tính hợp hiến không mang tính bắt buộc. Xem thêm: Trần Quỳnh Nga, *Hội đồng bảo hiến của Cộng hòa Pháp*, Tạp chí Luật học số 11, 2009, tr. 75.

¹⁷ Giám sát trừu tượng (Abstract judicial review) và giám sát cụ thể (Concrete judicial review) là hai cách thức được tòa án sử dụng để giám sát các văn bản của nhánh lập pháp và hành pháp. Trong đó, giám sát trừu tượng thường được sử dụng ở các mô hình bảo hiến châu Âu lục địa. Ở mô hình này, việc xem xét tính hợp hiến của một quy định nào đó không nhất thiết phải gắn liền với một vụ việc nào đó, mà có thể đưa ra theo đề nghị của một cá nhân, tổ chức có thẩm quyền. Còn giám sát cụ thể thường được sử dụng ở mô hình bảo hiến Hoa Kỳ. Theo đó, giám sát cụ thể là việc xem xét tính hợp hiến của một đạo luật phải được thực hiện trong một vụ kiện tụng cụ thể khi mà vấn đề hợp hiến của đạo luật có liên quan và cần thiết trong việc giải quyết vụ việc đó. Xem thêm: Nguyễn Như Phát (chủ biên) (2011), *Tài phán hiến pháp – Một số vấn đề lý luận cơ bản, kinh nghiệm quốc tế và khả năng áp dụng cho Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, tr. 255, 256, 261, 262.

¹⁸ Nguyên nhân của sự hạn chế này xuất phát từ nguyên tắc tính tối cao của luật (hay nguyên tắc nghị viện tối cao) vẫn còn ảnh hưởng sâu sắc trong truyền thống pháp lý của Pháp. Ngoài ra nó còn có nguồn gốc từ sự áp dụng nguyên tắc phân chia quyền lực ở Pháp. Theo đó, người ta không cho phép quyền tư pháp được can thiệp vào các nhánh quyền lực khác. Một nguyên nhân mang tính lịch sử đó là quá khứ không tin tưởng vào các thẩm phán sau cuộc cách mạng năm 1789. Xem thêm: Trần Quỳnh Nga, *ltd*, tr. 80.

¹⁴ Điều 62 Hiến pháp Pháp năm 1958 bổ sung năm 2008.

¹⁵ Điều 61 Hiến pháp Pháp năm 1958 bổ sung năm 2008.

công dân như ở các nước theo mô hình giám sát hiến pháp phi tập trung. Những người này bao gồm: Tổng thống, Thủ tướng, Chủ tịch Thượng và Hạ viện, 60 Thượng nghị sĩ và 60 Hạ nghị sĩ¹⁹. Trong đó, Tổng thống và nghị sĩ thuộc đảng chiếm đa số ghế trong Nghị viện rất hiếm khi đưa dự luật của Chính phủ ra trước Hội đồng²⁰. Vì vậy, thủ tục này được phe đối lập sử dụng như một công cụ để hạn chế quyền lực của Chính phủ²¹.

Thứ tư, dự luật bị cho là vi hiến sẽ bị HĐBH hủy bỏ. Về nguyên tắc, khi HĐBH thực hiện xem xét các dự luật do Chính phủ trình mà phát hiện có sự vi hiến, Hội đồng sẽ giải quyết bằng cơ chế tự khắc phục của Chính phủ hoặc có thể ra quyết định hủy ngay dự luật đó. Nhưng, HĐBH thường giám sát Chính phủ thông qua cơ chế tự khắc phục sửa đổi (corrective revision). Kể từ khi Hội đồng có quyền giám sát quyền hành pháp thì Chính phủ bắt đầu dự đoán quyết định của Hội đồng để tránh việc hủy bỏ dự luật của Hội đồng²². Sự tự hạn chế này vẫn thực hiện cho tới ngày nay như một sự tự giám sát trong hành pháp. Ngoài ra, phe đối lập tăng cường sử dụng thủ tục này bởi nó có khả năng đưa dự luật ra trước Hội

đồng bất cứ lúc nào. Trong trường hợp HĐBH vẫn từ chối dự luật, thủ tục này có thể cung cấp cho Chính phủ những sửa đổi cần thiết để dự luật được thông qua. Quá trình “sửa đổi” như vậy giải thích thêm về vai trò ngày càng tăng của Hội đồng trong quá trình lập pháp.

2.2. Kiểm soát của tòa án hành chính đối với quyền hành pháp

Có thể nói, không thể nghiên cứu về giám sát tư pháp đối với quyền hành pháp ở Pháp mà bỏ qua thẩm quyền của TAHC. Quan điểm về giám sát tư pháp đối với hoạt động hành chính của Pháp cho rằng: Chính quyền hành pháp phải hành động trong khuôn khổ của pháp luật. Ngoài ra, Pháp còn có thẩm quyền xét xử hành chính chuyên trách và độc lập để đảm bảo điều trên²³.

Pháp được coi là một ví dụ điển hình cho việc thành lập một TAHC đặc biệt để xem xét lại các quyết định của cơ quan hành chính. Việc lựa chọn tòa hành chính thay vì trao cho tòa án thông thường chủ yếu liên quan đến việc áp dụng hạn chế nguyên tắc phân chia quyền lực. Ở Pháp, theo nhận thức ban đầu về học thuyết phân chia quyền lực, các hoạt động của chính quyền hoàn toàn không chịu sự kiểm soát bởi cơ quan tư pháp thông thường²⁴. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng việc các quyết định của nhánh hành pháp không bị kiểm soát sẽ có những ảnh hưởng bất lợi. Vì vậy, để tránh ảnh hưởng bất lợi này, đã có một kế hoạch cải cách trong việc kiểm soát sự vượt quá thẩm quyền của cơ quan hành chính cấp dưới bởi cơ quan hành chính trên. Do đó, cơ

¹⁹ Điều 61 Hiến pháp Pháp năm 1958 bổ sung năm 2008.

²⁰ Brouard, Sylvain, *The Politics of Constitutional Veto in France: Constitutional Council, Legislative Majority and Electoral Competition*, West European Politics, 32(2), 2009, tr. 386.

²¹ Giữa năm 1974 và năm 1981, số đơn khiếu nại cao gấp năm lần so với 15 năm trước, trong khi các luật được trình bởi Chính phủ cũng tăng tương tự. Trong năm 2007, Hội đồng đã hủy bỏ dự thảo thứ ba đã được thực hiện sau khi Sarkozy đã được bầu làm Tổng thống đảng Cộng hòa. Xem thêm: Knapp, Andrew and Wright Vincent, *The Government and Politics of France*, New York: Routledge, 2006, 5th ed tr401; Surel, Yves, 2008, 4th ed, tldd, tr. 147.

²² Elgie, Robert, tldd, tr. 7.

²³ Bermann, G. A, *The Scope of Judicial Review in French Administrative Law*, Colum. J. Transnat'l L., 16, 1977, tr. 96.

²⁴ Xem thêm: Charles E. Freedman, *The Conseil D'état In Modern France*, Columbia University Press, New York, 1961, tr. 112.

quan hành chính trở thành một thẩm phán trong chính vụ việc mà họ là một bên trong tranh chấp với công dân²⁵. Pháp đã có một hệ thống tư pháp kép kể từ khi Đạo luật Cải cách năm 1790 ra đời với việc tách biệt quyền hành pháp và tư pháp. Trong thế giới hiện đại, nhiều quốc gia châu Âu vẫn ưu tiên giữ các tòa hành chính đặc biệt vì nhiều lý do²⁶.

Liên quan đến việc kiểm soát quyền hành pháp của hệ thống TAHC của Pháp, có một số vấn đề sau:

Thứ nhất, về tổ chức, hoạt động của hệ thống TAHC

Khi nhìn vào ngành tư pháp của Pháp, chúng ta thấy có ba loại tòa án riêng biệt: Hiến pháp, hành chính và các hình thức khác của tòa án²⁷. Trong đó, hệ thống hành chính tư pháp của Pháp được tổ chức theo ba cấp: Sơ thẩm, phúc thẩm và tối cao. Tính đến năm 2012, có 38 tòa sơ thẩm sơ bộ, 8 tòa phúc thẩm hành chính khu vực và cuối cùng là Hội đồng nhà nước (HĐNN)²⁸ như

²⁵ Tigist Assefa, *Judicial Review of Administrative Actions: A Comparative Analysis*, Doctoral dissertation, Addis Ababa University Addis Ababa Ethiopia, 2010, tr. 53.

²⁶ Thứ nhất, do tính chất đặc biệt của các vấn đề hành chính; thứ hai yêu cầu kiến thức đặc biệt của các thẩm phán; thứ ba, sự cần thiết của một thủ tục rệ tiền và chính thức mà không thể tìm thấy trong thủ tục bình thường của các Tòa án dân sự. Xem Burt Franklin, *Comparative Administrative Law*, New York, 1970, tr. 217, 220 - 221.

²⁷ Khác với hệ thống tư pháp ở nhiều nước khác, điển hình là Mỹ, các Tòa án này không được tổ chức theo một hệ thống duy nhất. Quyết định xét xử hành chính cuối cùng thuộc về Hội đồng nhà nước trong khi các vấn đề về dân sự và hình sự thuộc HĐBH. Tuy nhiên, HĐBH vẫn là cơ quan duy nhất có thể xem xét các vấn đề về hiến pháp và đưa ra quyết định cuối cùng.

²⁸ Nguồn gốc của HĐNN bắt đầu từ thế kỷ XIII khi nó xuất hiện dưới nhiều tên khác nhau, đôi khi là Conseil privé hoặc Conseil des parties ("Privy Counsel") và đôi khi là Conseil d'État. Mặc dù có

Toà án tối cao về xét xử hành chính. Theo đó, TAHC sơ thẩm không được thành lập ở tất cả các tỉnh mà cứ khoảng 3 tỉnh mới có một TAHC sơ thẩm. Tòa án phúc thẩm khu vực có thể xét xử lại đối với bản án của Tòa án sơ thẩm. Tuy nhiên, HĐNN chỉ có thể kiểm tra các bản án của các TAHC cấp khu vực về thủ tục tố tụng và vấn đề pháp luật, không phải về vấn đề thực tế²⁹. Như vậy, ở Pháp, TAHC không chỉ được tổ chức thành một hệ thống tòa án độc lập với tòa án thường mà còn được tổ chức theo cấp xét xử, độc lập với tổ chức của đơn vị hành chính lãnh thổ. Đây có thể là một trong những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam trong quá trình xây dựng hệ thống tòa án độc lập theo cấp xét xử.

Thứ hai, về phạm vi giám sát của hệ thống TAHC

Phạm vi giám sát của hệ thống TAHC đối với cơ quan hành pháp bao trùm bởi thẩm quyền của HĐNN, TAHC phúc thẩm và TAHC sơ thẩm.

Trước tiên là thẩm quyền của HĐNN, vai trò của HĐNN có thể được tóm tắt thành ba chức năng riêng biệt được thực hiện bởi các bộ phận khác nhau của Hội đồng: Lập pháp, hành chính và tư pháp.

Một là, chức năng lập pháp: Từ sau năm 1870, vai trò của HĐNN chỉ giới hạn

lịch sử hình thành lâu dài nhưng HĐNN được thành lập chính thức vào năm 1557. Xem thêm: Bernard Schwartz, *French Administrative Law and The Common Law World*, Oxford University Press, London, 1954, tr. 22.

²⁹ Xem thêm: Aubry, Jean-Bernard and Lucie Cluzel Metayer (2007), "Administrative Law in France." In *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A comparative Analysis*, edited by Rene Seerden and Frits Stroink, 2007, tr. 61-92; Antwerpen-Groningen: Maastrichtse Europees Instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek, tr. 79.

trong chức năng tư vấn cho việc soạn thảo các văn bản pháp luật khi có yêu cầu của các cơ quan nhà nước. Theo quy định của Hiến pháp, Hội đồng Bộ trưởng cần thảo luận với HĐNN trước khi ban hành các Pháp lệnh và Nghị định của Chính phủ³⁰. Vai trò của Hội đồng trong quá trình xây dựng pháp luật là một trợ giúp có giá trị đối với Chính phủ trong việc đảm bảo tính hợp pháp của các dự luật do Chính phủ trình. Hằng năm, có khoảng 130 bản dự luật, 800 nghị định và 300 văn bản không theo luật định được kiểm tra bởi HĐNN³¹.

Hai là, Hội đồng có nhiệm vụ tư vấn cho Chính phủ: Các lĩnh vực tư vấn có thể được chia thành bắt buộc và không bắt buộc. Theo cách thức bắt buộc, HĐNN cần phải tư vấn đối với các quy định về các vấn đề hành chính công³². Khi tư vấn cho các nghị định và cho nhánh hành pháp của Chính phủ, HĐNN có quyền lựa chọn³³. Chức năng tư vấn của HĐNN được một số tác giả cho là chức năng chính của cơ quan này³⁴.

Ba là, vai trò của HĐNN với chức năng tư pháp: Trong những ngày đầu, vai trò của HĐNN như một cơ quan tư pháp mới ở giai đoạn “thai nghén”. Xuất phát từ sự công nhận công dân bị tổn hại do hành vi hành chính bất hợp pháp cần có phương thức khắc phục đã dẫn tới việc phát triển một bộ

phận trong HĐNN thành một tòa án có thẩm quyền trong các vụ kiện hành chính³⁵. Bộ phận này được biết đến như một TAHC đặc biệt có quyền quyết định cuối cùng về tất cả các tranh chấp hành chính. HĐNN cũng chịu trách nhiệm quản lý các TAHC sơ thẩm và phúc thẩm.

Mặc dù chỉ là một trong ba chức năng của HĐNN, nhưng xét xử hành chính cùng với các chức năng còn lại cũng có tác động ít nhiều đến hoạt động hành pháp. Việc tư vấn cho Chính phủ được coi là hoạt động thường xuyên của Hội đồng, giúp Hội đồng có khả năng định hướng hoạt động hành pháp của Chính phủ. Với tư cách là một cơ quan tư pháp, HĐNN thông qua hoạt động của Ban tố tụng (Section du Contentieux), xét xử tính hợp pháp của bất kỳ công cụ hành chính nào, bao gồm cả những văn bản quy phạm do Chính phủ ban hành, quy định cụ thể hóa luật.

Về phạm vi giải quyết tranh chấp của HĐNN: Thẩm quyền sơ thẩm của HĐNN là giải quyết các vụ kiện đối với các quyết định của Chính phủ quốc gia bao gồm các nghị định, các quy định của các bộ trưởng, các quyết định của các ủy ban có hiệu lực trên toàn bộ lãnh thổ quốc gia cũng như các văn bản liên quan đến các cuộc bầu cử khu vực. HĐNN sẽ kiểm tra các quy định và quyết định hành chính về việc tuân thủ Hiến pháp, các quyết định hành chính cấp trên, các nguyên tắc chung của luật³⁶, luật, các

³⁰ L. Morton, tldd, tr. 102.

³¹ Communications Department, *Council State, Overview of the French administrative system* (2013), tham khảo trên website <http://www.legislationline.org/topics/country/30/topic/83>, truy cập ngày 25/5/2018.

³² John Bell, *A French Lesson in Judicial Review in Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press No. 1, 1982, tr. 144.

³³ John Bell, tldd, tr. 144.

³⁴ Điều này có thể thấy rõ khi nhiều học giả sử dụng tên “Tham chính viện” thay cho tên gọi HĐNN là nhấn mạnh đến vai trò tư vấn cho Chính phủ của Hội đồng.

³⁵ Với tư cách là TAHC tối cao, hàng năm HĐNN xét xử khoảng 10.000 đến 11.000 vụ án, với số lượng khoảng 300 thẩm phán được chia làm ba cấp với cấp cao nhất là Hội đồng viên. Xem: *Administrative Justice in Europe – Report for France*, tr. 27, 31. Tham khảo tại địa chỉ http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/france/france_en.pdf, truy cập ngày 25/08/2018.

³⁶ Các nguyên tắc chung của luật là những nguyên tắc không được tìm thấy trong bất kỳ đạo luật nào

điều ước quốc tế³⁷. Như vậy, HĐNN có đầy đủ thẩm quyền để phán xét về tính hợp pháp của bất kỳ quyết định nào của nhánh hành pháp, ngoại trừ một số “hành động của Chính phủ”³⁸.

Tiếp theo là thẩm quyền của tòa hành chính sơ thẩm (administrative court) và tòa hành chính phúc thẩm (administrative court of appeal). Thẩm quyền của tòa hành chính sơ thẩm là thẩm quyền chung giải quyết hầu hết các vụ án hành chính, trừ một số ngoại lệ được quy định từ Điều R312-6 đến Điều R312-19 Bộ luật Tư pháp Hành chính³⁹ (Code Administrative Justice). Thẩm quyền của TAHC sơ thẩm được xác định theo nguyên tắc lãnh thổ, tức là tòa án có thẩm quyền xét xử là tòa án nơi có trụ sở của cơ quan hành chính đã ban hành quyết định hành chính bị khiếu kiện hoặc hợp đồng hành chính có tranh chấp⁴⁰. Còn đối với TAHC phúc thẩm, tòa có thẩm quyền xét xử phúc thẩm các kháng cáo đối với bản án của TAHC sơ thẩm hoặc quyết định của các ủy ban liên quan đến việc bồi thường đối với công dân Pháp ở nước ngoài đã được tòa sơ thẩm khu vực hoặc ủy ban thụ lý⁴¹.

Về nguyên tắc, tòa án không giới hạn xem xét các vấn đề hành chính theo lối liệt kê cũng như không công nhận điều khoản dự phòng (chẳng hạn như quy định “trong

trường hợp pháp luật có quy định khác” như Điều 30 của Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015 (sau đây gọi tắt là Luật TTHC năm 2015) của Việt Nam). Luật hành chính Pháp chỉ đưa ra một nguyên tắc ngoại lệ là tòa án sẽ không xem xét, giải quyết các vụ việc liên quan đến quá trình lập pháp của Nghị viện, các mối quan hệ luật pháp quốc tế, các hoạt động hành chính nhưng mang bản chất dân sự như hợp đồng hành chính⁴²... Vì vậy, người dân có thể kiện bất kỳ một quyết định hay hành vi công quyền nào ra tòa án có thẩm quyền nếu không thuộc những trường hợp ngoại lệ.

Cụ thể, các trường hợp không thuộc thẩm quyền của hệ thống TAHC bao gồm:

- *Các văn bản phi quy phạm*. Theo đó, các văn bản hành chính ở Pháp có hai loại: Quy phạm pháp luật – normative (là loại văn bản bắt buộc – obligatory acts) và văn bản phi quy phạm (không bắt buộc). Các văn bản quy phạm được chia thành hai loại: Quy định và quyết định cá nhân. Tuy nhiên các văn bản phi quy phạm không bị tòa án giám sát vì chúng không mang tính bắt buộc⁴³.

- *Các hành vi gắn chính sách đối ngoại và các vấn đề chính trị*⁴⁴. Các vấn đề chính trị như nhiệm vụ của Tổng thống trong việc thực hiện các quan hệ với Chính phủ khác hoặc nhiệm vụ của các cơ quan có thẩm quyền thực hiện quan hệ ngoại giao hoặc vấn đề chiến tranh, hòa bình trong nước⁴⁵.

nhưng xuất phát từ tinh thần của cơ quan pháp luật; chúng được phát hiện bởi HĐNN và do đó được đưa vào các án lệ.

³⁷ Bernard Schwartz, tldđ, 1954, tr. 22.

³⁸ Tigist Assefa, *Judicial Review of Administrative Actions: A Comparative Analysis*, Doctoral dissertation, Addis Ababa University Addis Ababa Ethiopia; 2010, tr. 58.

³⁹ Bản sửa đổi gần đây nhất vào 03/10/2013.

⁴⁰ Bùi Huy Khiên, *Về Tòa án hành chính của Cộng hòa Pháp và kinh nghiệm cho Việt Nam*, Tạp chí Quản lý nhà nước số 177, 2010, tr. 65.

⁴¹ Điều R322-1 Bộ luật Tư pháp Hành chính sửa đổi ngày 03/10/2013.

⁴² Tô Văn Hòa (2007), *Tính độc lập của Tòa án Nghiên cứu pháp lý về các khía cạnh lý luận, thực tiễn ở Đức, Mỹ, Pháp, Việt Nam và các kiến nghị đối với Việt Nam*, Nxb. Lao động, tr. 338.

⁴³ Ziya Bekir BuGuCam, (2012), *Common principles of judicial review of administration in Europe: a comparative study of France, the UK, the ECHR and the EU*, Law & Justice Review, Year: III, Issue: 5, December 2012, tr. 68.

⁴⁴ Bernard Schwartz, tldđ, tr. 22.

⁴⁵ Burt Franklin, tldđ, tr. 227.

- Các văn bản đặc biệt của Chính phủ. Ngoại lệ này xuất phát từ sự phân loại các quyết định của Chính phủ và sự phân biệt rõ ràng giữa chức năng quản lý và chức năng điều hành. Theo các học giả Pháp, một số quyết định bảo vệ lợi ích công như chống khủng bố, bạo loạn, thiên tai, dịch bệnh... mặc dù có thể xâm hại đến quyền riêng tư của cá nhân nhưng nhằm bảo vệ các lợi ích của quốc gia, cộng đồng thì Chính phủ vẫn có thể ban hành⁴⁶. Việc xem xét lại các quyết định này chỉ có thể là Nghị viện mà không thể là HĐNN.

- Các hành vi hành chính do Hiến pháp quy định. Trong trường hợp có nguy cơ đe dọa sự độc lập và toàn vẹn lãnh thổ của quốc gia, theo Điều 16 của Hiến pháp Pháp, Tổng thống nước Cộng hòa Pháp có thể thực hiện tất cả các biện pháp cần thiết trong một khoảng thời gian nhất định cho đến khi mối nguy hiểm kết thúc. Một trường hợp ngoại lệ khác được quy định trong Đạo luật Khẩn cấp của Nhà nước năm 1955. Theo đó, trong trường hợp có xung đột vũ trang, có mối đe dọa sắp xảy ra đối với hoà bình hoặc các thảm họa, Hội đồng Bộ trưởng có thể ban hành các quyết định để giải quyết tình trạng này. Những quyết định này cũng không thuộc thẩm quyền xem xét của tòa án. Tuy nhiên, nếu tình huống kéo dài hơn 12 ngày, việc gia hạn chỉ có thể được quyết định bởi Quốc hội.

- Ngoại lệ liên quan đến “học thuyết về hoàn cảnh đặc biệt”. Ngoại lệ này được các thẩm phán hành chính Pháp phát triển lần đầu tiên trong giai đoạn Chiến tranh thế giới thứ I. Theo học thuyết này, trong “hoàn

cảnh đặc biệt”, quyền hành pháp được phép vi phạm luật trong “chế độ đặc biệt” thông qua một số hành vi hành chính. Những hành vi này sẽ được coi là hợp pháp trong các tình huống đặc biệt. Nhưng theo án lệ của HĐNN, các thẩm phán vẫn có thể kiểm tra tính nghiêm trọng của các hoàn cảnh đặc biệt và mức độ vi phạm hành chính trong trường hợp này⁴⁷.

Thứ ba, về các biện pháp giám sát tư pháp

TAHC Pháp có thẩm quyền: Hủy, giữ nguyên hay sửa những sai phạm trong các quyết định bị kiện; xác định các quyền và nghĩa vụ của các đương sự; quyết định việc bồi thường thiệt hại; giải thích việc áp dụng quyết định phù hợp với thực tiễn pháp lý; tuyên bố quyết định quy phạm trái luật; áp đặt mức phạt hoặc bổ sung khoản tiền yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với tài sản công; áp dụng phương thức cưỡng chế bắt buộc đối với đối tượng bị kiện⁴⁸. Cơ sở quan trọng nhất để cá nhân khiếu kiện quyết định của ngành hành pháp của Chính phủ là hành động gây thiệt hại của các hành vi không đúng thẩm quyền (*ultra vires*)⁴⁹. Là một phần của chức năng giám sát tư pháp, TAHC có thể xem xét và sửa đổi quyết định bị khiếu kiện, ngay cả khi điều này liên quan đến việc xem xét các vấn đề về thực tế và tính thích đáng (*expediency*). Tuy nhiên, thẩm quyền có thể khác nhau khi xem xét dựa trên cơ sở vượt quá thẩm quyền. Trong trường hợp này, HĐNN chỉ có thể xem xét các vấn đề về luật pháp và hủy bỏ quyết định bị khởi kiện mà không được sửa đổi

⁴⁶ Lageot, Celine, *National Legal Tradition-France In Judicial Review: A Comparative Analysis inside the European Legal System*, edited by Susana Galera, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, tr. 81.

⁴⁷ Lageot, Celine, *ltdđ*, tr. 82.

⁴⁸ Đình Văn Minh, *Khiếu nại hành chính lịch sử phát triển và những vấn đề thực tiễn (so sánh với Pháp, Trung Quốc và một số nước trên thế giới)*, Nxb. Hồng Đức, 2015, tr. 235.

⁴⁹ Charles E. Freedman, *ltdđ*, tr. 140.

hoặc thay thế bằng một quyết định khác cho người khởi kiện⁵⁰.

Thứ tư, về thi hành án (THA) ở Pháp

Ở Pháp có những quy định cụ thể giúp bảo đảm hiệu quả hoạt động THA:

Một là, trong quá trình THA, các cơ quan hành chính đề nghị tòa án giải thích và nói rõ trách nhiệm thi hành của họ⁵¹. Việc giải thích thường xảy ra ở Pháp khi các cơ quan hành chính đề nghị HĐNN giải thích rõ thêm điều mà họ phải thực hiện trong phán quyết của cơ quan xét xử hành chính (bản án, quyết định của HĐNN hoặc của các Tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm). Điều này tạo điều kiện thuận lợi cho cơ quan hành chính thi hành bản án, quyết định của tòa án, đồng thời hạn chế khả năng chây ì, từ chối THA của cơ quan hành chính với lý do không thể THA.

Hai là, pháp luật trao cho thẩm phán nhiều quyền lực hơn để bảo đảm THA. Cụ thể là cho phép thẩm phán đặt ra các phương thức nghiêm ngặt để bắt buộc cơ quan hành chính bị kiện phải có nghĩa vụ chấp hành các phán quyết của tòa. Chẳng hạn, thẩm phán có thể yêu cầu xử lý hình sự đối với các cán bộ có thẩm quyền cố tình vi phạm công tác THA, áp dụng chế tài phạt tiền, áp dụng các phương thức phòng ngừa thông qua phương tiện thông tin đại chúng⁵²...

⁵⁰ Burt Franklin, tldđ, tr. 232.

⁵¹ Hà Tú Cầu, *Mô hình THA hành chính của Pháp và khả năng áp dụng kinh nghiệm của Pháp tại Việt Nam* (Phần 2), <http://khpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=20>, truy cập ngày 20/10/2017.

⁵² Phạm Hồng Quang, *Mô hình và thẩm quyền xét xử vụ án hành chính của một số nước trên thế giới*; nguồn: Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử, có sẵn tại địa chỉ: <https://luatminhkhue.vn/tu-van-luat-hinh-su/mo-hinh-va-tham-quyen-xet-xu-vu-an-hanh-chinh>

Về chế tài phạt tiền⁵³, chế tài này được áp dụng đối với người không THA. Luật số 80-539 ngày 16/7/1980 chỉ định một số cơ quan công quyền chịu trách nhiệm thi hành tất cả các chế tài phạt tiền do TAHC tuyên. Các công chức chịu trách nhiệm trong việc chậm trễ thi hành bản án hành chính có thể bị phạt một khoản tiền do tòa kỷ luật tài chính và ngân sách quyết định⁵⁴. Luật số 95-125 ngày 08/02/1995 của Pháp cho phép TAHC đưa ra yêu cầu buộc THA đối với cơ quan hành chính và quy định mức phạt tiền nếu chậm trễ thi hành⁵⁵. Người được hưởng khoản tiền phạt này là người được THA⁵⁶. Việc phạt tiền có thể được yêu cầu bởi người khởi kiện hoặc người đại diện hợp pháp của họ nhưng chỉ được áp dụng khi chính quyền không THA trong ít nhất 6 tháng⁵⁷. Đây là biện pháp mang tính tạm

-cua-mot-so-nuoc-tren-the-gioi.aspx, truy cập ngày 25/6/2018.

⁵³ Về nguồn gốc, đây là phương thức được vay mượn từ thủ tục của tòa án dân sự để khắc phục việc chậm THA. Việc phạt tiền được xem là một sự đổi mới về thói quen tư pháp của các tòa án dân sự, nó là một mệnh lệnh từ tòa án yêu cầu việc chi trả một khoản tiền nhất định cho người chủ nợ theo phán quyết cho mỗi ngày chậm thi hành bản án. Các tòa án dân sự đã nhận thấy rằng một chế tài phạt tiền tích lũy như vậy là một phương thức hiệu quả để đảm bảo cho sự tuân thủ phán quyết của họ. Chế tài này ban đầu chỉ giới hạn đối với các phán quyết tài sản (tiền), nhưng hiện tại cũng có thể được sử dụng để đảm bảo thực hiện một phán quyết hủy bỏ một quyết định bất hợp pháp.

⁵⁴ Đinh Văn Minh, *Tài phán hành chính sơ thẩm*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 121.

⁵⁵ Bùi Tuấn Thành, *Kinh nghiệm THA hành chính của một số nước trên thế giới*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 6 (267), 2014, tr. 54.

⁵⁶ Xem thêm: Hà Tú Cầu, *Mô hình THA hành chính của Pháp và khả năng áp dụng kinh nghiệm của Pháp tại Việt Nam* (Phần 2), có sẵn tại địa chỉ <http://khpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=20>, truy cập ngày 20/10/2017.

⁵⁷ Điều R931-3 của Bộ luật Tư pháp Hành chính sửa đổi ngày 10/3/2013. Có sẵn tại địa chỉ: www.

thời (the astreite proviso ire). Mục đích của phương thức này là thúc đẩy việc thực hiện các bản án, quyết định của tòa án. Nếu sau đó chính quyền tuân thủ trong thời gian hợp lý thì Tòa án có thể sẽ không đòi hỏi cơ quan này nộp số tiền phạt trên. Người khởi kiện có thể tiến hành một vụ kiện khác để yêu cầu bồi thường cho những thiệt hại do hậu quả của việc không được THA gây ra. Luật số 80-539 ngày 16/7/1980 đã cho phép quy trách nhiệm cho cá nhân công chức phải nộp tiền phạt cho việc không thi hành hoặc trì hoãn thi hành bản án đó. Quyền quyết định việc phạt được trao cho tòa kỷ luật ngân sách (Cour de discipline budgétaire), một cơ quan được thành lập năm 1948⁵⁸.

Ba là, sử dụng phương thức công khai các bản án hành chính nhằm làm giảm sự chây ì của cơ quan hành chính trong việc THA. Điều L.10 của Bộ luật Tư pháp Hành chính của Pháp thiết lập nguyên tắc “*công khai phán quyết*”. Việc công khai này được đảm bảo bởi việc đọc quyết định, bản án công khai hoặc đăng tải công khai. Ngoài ra, các bên sẽ được thông báo về việc công bố này. Thư ký tòa án không được trì hoãn trong việc tiến hành các thông báo, trừ trường hợp quyết định có liên quan đến thủ tục rút gọn. Trong trường hợp đó, quyết định phải được thông báo không chậm trễ trong khoảng thời gian trung bình từ hai đến ba tuần⁵⁹.

Thứ năm, điều kiện đảm bảo tòa án giám sát đối với quyền hành pháp

Ở Pháp, để cho hệ thống tư pháp có khả năng giám sát, kiểm soát được hoạt động của cơ quan hành pháp, cần có các bảo đảm như:

Một là sự độc lập của hệ thống TAHC với hệ thống hành chính công vụ. Như đã đề cập, việc thiết lập hệ thống TAHC theo cấp xét xử mà không theo đơn vị hành chính lãnh thổ đảm bảo sự tách biệt về tổ chức, hoạt động của tòa án đối với cơ quan hành chính. HĐNN là cơ quan chịu trách nhiệm quản lý hoạt động của TAHC phúc thẩm và sơ thẩm.

Hai là sự độc lập của cá nhân thẩm phán. Các thẩm phán hành chính của Pháp độc lập về tư cách đối với các thẩm phán của các tòa án thường. Họ không có cùng nhiệm kỳ với các thẩm phán tòa án thường⁶⁰. Tất cả đều được chỉ định và có thể bị Tổng thống bãi nhiệm bất cứ lúc nào⁶¹. Hạn chế về nhiệm kỳ này đối với các thẩm phán hành chính là đặc điểm riêng của Pháp (thậm chí khác với Đức khi có cùng một truyền thống pháp lý hành chính). Nhiệm kỳ hạn chế của các thẩm phán cũng có thể được xem như một khuyết điểm trong tính độc lập của hệ thống tư pháp hành chính⁶².

Tuy nhiên, Bộ luật Tư pháp Hành chính ban hành ngày 04/5/2000, có hiệu lực ngày 01/1/2004 quy định bảo đảm các thẩm phán hành chính không thể bị sa thải tương tự như các thẩm phán ở các tòa án thường, tức họ cũng không thể bị chuyển công

sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.../CJA_P
artie%20reglementaire.pdf.

⁵⁸ Xem thêm: Lionel Neville Brown, John Bell, Jean-Michel Galabert, *French Administrative Law*, Nxb. Clarendon Press – Oxford, 1998, tr. 116 -118.

⁵⁹ Nguồn: http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/france.france_en.pdf, truy cập ngày 15/03/2018.

⁶⁰ Lý do đưa ra cho nhiệm kỳ như vậy là vì người ta tin rằng các thẩm phán hành chính cần có kiến thức cần thiết về các vấn đề hành chính và họ cần liên tục làm công tác hành chính. Xem thêm Burt Franklin, *tlđđ*, tr. 224.

⁶¹ Burt Franklin, *tlđđ*, tr. 224.

⁶² Tigist Assefa, *tlđđ*, tr. 60.

tác hay đề bạt trái với ý muốn. Đây là quy định chỉ áp dụng cho các thẩm phán hành chính của tòa hành chính sơ thẩm và phúc thẩm⁶³. Những thành viên của HĐNN của Pháp lệ thuộc nhiều hơn vào Chính phủ, đặc biệt là Thủ tướng và Bộ trưởng Tư pháp - người thực tế giữ vị trí Chủ tịch HĐNN thay mặt Thủ tướng. Vì họ là những công chức nhà nước đơn thuần, họ vẫn có thể bị sa thải hoặc chuyển chuyển sang một công việc mới bởi Thủ tướng hoặc Tổng thống.

3. Một số gợi ý cho Việt Nam

3.1. Nhìn nhận lại về vai trò và sự cần thiết của việc kiểm soát quyền hành pháp bởi tòa án

Trước đây, trong vận hành quyền lực nhà nước, chúng ta thường xem nhẹ quyền lực tư pháp⁶⁴. Hiến pháp năm 1946, 1959 mới chỉ ghi nhận tòa án là cơ quan tư pháp, cơ quan xét xử. Tương tự với Hiến pháp năm 1980, 1992, các bản Hiến pháp này đề cao nhiệm vụ bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa nhưng chưa đề cập đến vấn đề kiểm soát quyền lực nhà nước. Hiến pháp năm 2013 được ban hành là một bước tiến lớn trong tiến trình nhận thức về lý thuyết vận hành quyền lực nhà nước. Hiến pháp năm 2013 ghi nhận nguyên tắc “*quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp*”. Thuật ngữ “*kiểm soát*” lần đầu tiên được ghi nhận trong văn bản pháp lý quan trọng nhất của Nhà nước Việt Nam. Cùng với đó, nhận

thức về vai trò của tòa án cũng đã có sự thay đổi đáng kể. Hiến pháp năm 2013 khẳng định tòa án là cơ quan xét xử, thực hiện quyền tư pháp. Đề cao nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân⁶⁵. Như vậy, Hiến pháp năm 2013 đã trực tiếp ghi nhận nội dung kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp. Đây chính là cơ sở pháp lý quan trọng nhất để chúng ta xây dựng cơ chế kiểm tra, giám sát hoạt động hành pháp từ phía cơ quan tư pháp là Tòa án. Nhưng, nguyên tắc tập quyền vẫn còn tồn tại như một nguyên tắc chủ đạo nên việc kiểm soát sát chủ yếu thể hiện qua hoạt động kiểm soát của Quốc hội đối với cơ quan hành pháp và tư pháp. Còn tư pháp, hành pháp giám sát ngược lại lập pháp thì thực tế chưa có quy định nào thể hiện. Tuy nhiên, ở Việt Nam cũng đã có các quy định thể hiện nội dung kiểm soát quyền lực giữa cơ quan thực hiện quyền tư pháp với cơ quan thực hiện quyền hành pháp qua hoạt động xét xử của tòa hành chính Việt Nam. Mặc dù, khi mới thành lập tòa hành chính Việt Nam thực hiện việc xét xử các vụ án hành chính nhằm sửa chữa những sai lầm trong hoạt động hành chính và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân. Các quốc gia như Pháp ban đầu khi mới thành lập TAHC cũng không hướng đến mục đích kiểm soát nhánh hành pháp. Nhưng, sự vận hành thể chế quyền lực đương đại đã đòi hỏi vai trò mới của tòa án trong việc kiểm soát quyền hành pháp. Tòa án trở thành khiên đỡ cuối cùng khi có sự lạm quyền, lạm quyền hay vi phạm của cơ quan hành pháp. Ở Việt Nam, vai trò của tòa án cũng cần được nhìn nhận lại cho phù hợp với thực tiễn và xu hướng vận hành quyền lực trên thế giới.

⁶³ Tô Văn Hòa, tldđ, tr. 384.

⁶⁴ Điều này cũng dễ lý giải ở những nước vận hành theo nguyên tắc tập quyền, quyền lực tối cao thuộc về Quốc hội – cơ quan đại diện cao nhất cho ý chí của nhân dân. Những người đứng đầu cơ quan hành pháp và tư pháp ở trung ương đều được bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm bởi Quốc hội.

⁶⁵ Xem Điều 102 Hiến pháp năm 2013.

Theo đó, mặc dù tổ chức bộ máy nhà nước vận hành theo lý thuyết tập quyền nhưng không phải là không có cơ sở để Việt Nam xây dựng mô hình giám sát quyền hành pháp bởi tòa án. Bởi lẽ:

Thứ nhất, ở nước ta đã có sự phân công từ đầu để mỗi nhánh quyền lực phát huy chức năng của mình. Hơn nữa, Hiến pháp năm 2013 – cơ sở pháp lý quan trọng nhất cũng đã ghi nhận nguyên tắc “quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp”⁶⁶. Đây là cơ sở quan trọng để tòa án – cơ quan thực hiện quyền tư pháp kiểm soát nhánh quyền hành pháp. Về mặt lý thuyết, Nhà nước ta không áp dụng tuyệt đối lý thuyết tập quyền mà áp dụng có chọn lọc lý thuyết phân quyền, phù hợp với đặc điểm chính trị của Việt Nam. Về nguyên tắc, quyền lực nhà nước vẫn là thống nhất, tập trung. Thống nhất, tập trung ở đây chính là thống nhất, tập trung vào quyền lực của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, chứ không nên hiểu thống nhất, tập trung vào cơ quan lập pháp là Quốc hội. Nếu hiểu theo nghĩa này, việc trao quyền kiểm soát quyền hành pháp cho tòa án tất yếu sẽ không vi phạm nguyên tắc tập quyền, đồng thời, ngăn ngừa được khả năng chuyên quyền, độc đoán.

Thứ hai, việc tòa án kiểm soát quyền hành pháp cũng ít gây ảnh hưởng tới nhánh lập pháp. Ở những nước theo truyền thống Nghị viện (lập pháp) tối cao như Việt Nam, việc tòa án có quyền giám sát tất cả các nhánh còn lại vẫn chưa được chấp nhận một cách rõ ràng, mạnh mẽ. Nhưng, việc thừa nhận tòa án có quyền giám sát ngành hành pháp thì lại khác. Bởi lẽ, việc tòa án kiểm

soát quyền hành pháp suy cho cùng cũng phải dựa trên cơ sở pháp luật và nhằm bảo vệ pháp luật. Mà pháp luật lại là sản phẩm của ngành lập pháp. Như vậy, vô hình trung, việc tòa án kiểm soát quyền hành pháp đảm bảo luật của Quốc hội được cơ quan hành pháp thực thi đúng đắn, và Quốc hội cũng không phải lo sợ sự lấn át của quyền tư pháp vì tòa án muốn thực hiện quyền này thì cũng phải nằm trong khuôn khổ quy định của pháp luật. Như vậy, không những quyền lực lập pháp của Quốc hội không bị ảnh hưởng mà nó còn làm tăng hiệu quả hoạt động của bộ máy nhà nước.

Thứ ba, Đảng và Nhà nước ta đã chủ trương xây dựng nhà nước pháp quyền⁶⁷. Trong nhà nước pháp quyền, kiểm soát quyền lực có nghĩa là kiểm soát các hành vi của chính quyền (lập pháp và hành pháp) để chống lại sự lạm quyền, xâm phạm đến đời sống của người dân⁶⁸. Như vậy, sự kiểm soát của tòa án đối với quyền hành pháp là điều tất yếu của việc tổ chức chính quyền trong một xã hội mà pháp luật được thượng tôn.

Thứ tư, tòa án Việt Nam có vị trí thích hợp nhất để kiểm soát quyền hành pháp. Mặc dù, Nhà nước ta vận hành quyền lực theo nguyên tắc tập quyền nhưng tòa án vẫn cần phải độc lập. Tòa án là cơ quan ít có khả năng lạm quyền nhất và cũng là cơ quan có khả năng hạn chế sự lạm quyền tốt nhất. Ở nước ta có nguyên tắc “Thẩm phán và Hội thẩm xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”⁶⁹. Đây là điều kiện quyết định

⁶⁶ Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

⁶⁷ Khoản 1 Điều 2 Hiến pháp 2013 ghi nhận nguyên tắc: “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân”.

⁶⁸ Nguyễn Đăng Dung (2014), *Tòa án trong nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, tr. 326.

⁶⁹ Điều 9 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014.

đối với việc trao quyền kiểm soát quyền hành pháp cho tòa án. Ngoài ra, tòa hành chính nói riêng và hệ thống tòa án Việt Nam nói chung đang đảm đương nhiệm vụ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân trước sự xâm phạm từ phía cơ quan nhà nước thì việc kiểm soát hoạt động của cơ quan hành pháp là điều tất yếu. Kiểm soát không phải là để hạ thấp hay triệt tiêu quyền lực hành pháp mà là để quyền hành pháp được vận hành hiệu quả, giảm thiểu sự xâm phạm đến quyền và lợi ích công dân.

Hơn nữa, Đảng và Nhà nước ta cũng đã xác định bảo vệ công lý và quyền con người là sứ mệnh của tòa án⁷⁰. Khi tòa án được xác định là cơ quan bảo vệ công lý và quyền con người thì mới có cơ sở cho việc thiết lập chế độ tài phán hiến pháp, ở đó tòa án sẽ phán xét tính hợp hiến trong hành vi của lập pháp và hành pháp. Tòa án chỉ có chức năng này khi vị trí của nó được xác định độc lập với lập pháp và hành pháp, nhân danh công lý và quyền con người để hành động. Vì vậy, việc tòa án được giao quyền kiểm soát quyền hành pháp là yêu cầu trực tiếp, khách quan và tất yếu.

3.2. Thiết lập và vận hành cơ chế bảo hiến do tòa án thực hiện

Việc thiết lập cơ chế bảo hiến và vận hành hiệu quả là vấn đề phức tạp và cần thiết, nhưng không thể một sớm một chiều thay đổi toàn bộ cơ chế cũ bằng cơ chế tài phán mới. Theo đó, khi thiết lập phương thức tài phán hiến pháp đối với hành vi của

⁷⁰ Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa IX tại Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ X của Đảng đã thể hiện một tư duy thật sự sâu sắc và mới khi xác định *Tòa án bảo vệ công lý và quyền con người*. Tòa án không phải là công cụ của nhà nước để cai trị người dân (Chính phủ mới là người cai trị); ngược lại, tòa án là công cụ của công lý mà người dân, trong những trường hợp cụ thể, sử dụng để bảo vệ mình.

nhánh hành pháp, theo tác giả, Việt Nam có thể học hỏi kinh nghiệm của Pháp theo hướng sau:

Thứ nhất, chủ thể bảo hiến có thể là tòa án hiến pháp (TAHP). Với điều kiện hiện tại của Việt Nam, việc thiết lập mô hình bảo hiến bởi tòa án thường là không hợp lý. Bởi lẽ, để áp dụng mô hình tài phán hiến pháp tại tòa án thường, các thẩm phán phải có trình độ nghiệp vụ và pháp lý rất cao, nhất là trình độ về luật hiến pháp. Chất lượng của tòa án thường của Việt Nam chưa đảm bảo được điều này. Đồng thời, khi thiết lập TAHP thì tòa này nên độc lập, không phải là một tòa chuyên trách nằm trong hệ thống tòa án tư pháp thường, cũng không nằm trong Quốc hội hay Chính phủ.

Thứ hai, dù cơ quan bảo hiến chuyên trách được tổ chức dưới hình thức HĐBH hay TAHP thì nó cần phải có thẩm quyền bảo hiến đối với các văn bản pháp luật của cơ quan hành pháp mà trước hết là Chính phủ. Theo đó, một số tác giả kiến nghị cho rằng TAHP khi được thành lập nên xem xét việc áp dụng cách thức giám sát trước đối với các dự thảo luật của Chính phủ trình ra trước Quốc hội⁷¹. Chức năng này của TAHP sẽ tương tự như chức năng của HĐBH của

⁷¹ Theo đó, nếu như các dự thảo luật của Chính phủ đã được thông qua trước khi được Chủ tịch nước công bố. Trước khi công bố một văn bản luật do Quốc hội thông qua, Chủ tịch nước có thể yêu cầu TAHP kiểm tra tính hợp hiến của văn bản đó. Nếu văn bản được tòa án xác định là vi hiến thì Chủ tịch nước có thể gửi lại cho Quốc hội để chỉnh sửa. Nếu Quốc hội vẫn thông qua với đa số 2/3 thì Chủ tịch nước phải công bố. Nguyên tắc thống nhất quyền lực không cho phép TAHP hay Chủ tịch nước có quyền phủ quyết tuyệt đối đối với văn bản pháp luật đã được Quốc hội thông qua. Xem thêm Nguyễn Như Phát (chủ biên) (2011), *Tài phán hiến pháp – Một số vấn đề lý luận cơ bản, kinh nghiệm quốc tế và khả năng áp dụng cho Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, tr. 401, 402.

Pháp khi thực hiện quyền giám sát trước. Kiến nghị này có thể giải quyết được thực trạng cơ chế tự kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp của nội bộ các cơ quan hành pháp hiện nay. Bởi lẽ, theo quy định hiện hành, việc đảm bảo tính hợp hiến cho các văn bản quy phạm của Chính phủ do các cơ quan của Chính phủ thực hiện. Trong đó, đối với nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ thì việc thẩm định tính hợp hiến sẽ do Bộ tư pháp chủ trì, còn các thông tư của Bộ trưởng sẽ do tổ chức pháp chế của Bộ, cơ quan ngang bộ thẩm định⁷². Phương thức thẩm định này giống như cách kiểm soát trước đối với các dự thảo văn bản quy phạm của Chính phủ và đồng thời cũng là một hình thức kiểm soát trong. Khâu này dù có được đầu tư kỹ lưỡng thì vẫn khó tránh những khuyết điểm. Tuy nhiên, nếu trao ngay cho TAHP quyền giám sát trước cũng chưa phải là một giải pháp thực sự hợp lý. Bởi lẽ, những thẩm phán của tòa án này chưa thể có đủ kinh nghiệm trong việc phải giám sát trước đối với dự thảo luật của Chính phủ. Nhiệm vụ kiểm soát trước đối với dự án luật của Chính phủ có lẽ nên đặt ra trong mục tiêu dài hạn cho hoạt động của TAHP ở Việt Nam.

3.3. Mở rộng thẩm quyền của Tòa án trong việc xét xử hành chính

Để đảm bảo yêu cầu kiểm soát đối với nhánh hành pháp thì tổ chức, hoạt động của tòa hành chính phải có những bước tiến mới. Trước hết cần phải mở rộng thẩm quyền xét xử của tòa hành chính theo hướng sau đây:

Trước mắt, khi chưa có thiết chế TAHP, có thể trao cho tòa hành chính xem xét tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản của cơ

quan hành chính nhà nước. Về lâu dài, khi thành lập TAHP, việc xem xét tính hợp hiến các văn bản quy phạm của cơ quan hành pháp sẽ được chuyển cho TAHP, còn tòa án thường sẽ phán xét về tính hợp pháp trong văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan hành pháp.

Ở nước ta, sự tồn tại của tòa hành chính là cơ sở quan trọng cho việc thiết lập chế độ giám sát tư pháp đối với các hoạt động hành chính ở Việt Nam. Tòa hành chính trong hệ thống tòa án nhân dân hiện nay ở nước ta có thể đảm đương được nhiệm vụ tài phán về tính hợp hiến, hợp pháp các văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan hành chính nhà nước. Hiện nay, tòa án đã có quyền kiến nghị đối với văn bản quy phạm trái Hiến pháp, trái luật và trái với văn bản của cơ quan cấp trên. Vì vậy, cần mở rộng thẩm quyền của tòa hành chính được xét xử các quyết định hành chính cá biệt, các hành vi hành chính và cả các quyết định quy phạm của các cơ quan hành chính khi có dấu hiệu vi hiến và bất hợp pháp. Theo đó, tòa hành chính thuộc tòa án nhân dân cấp tỉnh và tòa hành chính thuộc Tòa án nhân dân tối cao có thể đảm nhận thẩm quyền này. Tòa hành chính thuộc Tòa án nhân dân cấp tỉnh cần có thêm thẩm quyền tài phán về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản do Ủy ban nhân dân các cấp ban hành (Quyết định, chỉ thị). Tòa án nhân dân tối cao cần có quyền tài phán về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản do Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành (Thông tư) và cả văn bản do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành (Nghị định, Quyết định). Theo một số tác giả, nên thừa nhận quyền giám sát trừu tượng lẫn giám sát cụ thể của tòa hành chính. Tuy nhiên, với tổ chức, hoạt động cũng như chất lượng thẩm phán, ý thức của người dân hiện nay thì chỉ nên quy

⁷² Xem thêm Điều 92, Điều 98, Điều 102 Luật Ban hành văn bản pháp luật năm 2015.

định hình thức giám sát cụ thể⁷³. Cụ thể, trong một vụ việc liên quan đến cơ quan hành chính, nếu nhận thấy văn bản mà cơ quan hành chính dự định áp dụng đối với trường hợp của mình có dấu hiệu vi hiến, bất hợp pháp, người dân có quyền yêu cầu hoãn áp dụng văn bản đó và yêu cầu tòa hành chính kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp. Trong trường hợp này, người khởi kiện phải chứng minh được việc áp dụng văn bản quy phạm của cơ quan hành pháp trực tiếp xâm phạm đến quyền và lợi ích của họ làm cơ sở để tòa án thụ lý.

Trước đây, mặc dù pháp luật không quy định cho tòa án quyền phán xét về tính hợp hiến, hợp pháp của văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan hành chính ban hành nhưng đã từng tồn tại tiền lệ tòa án “sửa” một văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ vi phạm các yêu cầu về tính hợp pháp⁷⁴. Về thực tiễn, tòa án là cơ quan phán xét tính hợp hiến, hợp pháp đối với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan hành chính hiệu quả nhất, có sức thuyết phục nhất và vì lẽ công bằng. Theo đó, nếu thừa nhận quyền này cho tòa án, tòa án sẽ xem xét nội dung vi hiến, bất hợp pháp trong các văn bản quy phạm pháp luật. Sau khi đã xác định chính xác về nội dung bất hợp pháp, tòa án sẽ gửi thông báo đến cơ quan ban hành. Trong một khoảng thời gian nhất định, cơ quan ban hành phải tự kiểm tra và xử lý. Tuy nhiên, nếu quá thời hạn đã nêu mà cơ quan hành chính nhà nước không trả lời hoặc trả lời

nhưng tòa án không đồng ý, tòa án sẽ giải quyết như thế nào? Có một số tác giả kiến nghị tòa án có quyền tuyên hủy văn bản quy phạm pháp luật không hợp pháp⁷⁵. Tuy nhiên, theo tác giả, hiện tại chúng ta không nên trao cho tòa án quyền hủy bỏ văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan hành chính trái Hiến pháp, trái luật, trái với văn bản của cơ quan cấp trên vì sẽ vi phạm nguyên tắc phân chia quyền lực. Hơn nữa, nếu tòa án có quyền tuyên hủy, hậu quả pháp lý sau khi hủy sẽ rất khó giải quyết trong trường hợp cơ quan hành chính nhà nước không hủy bỏ, sửa đổi, bổ sung văn bản quy phạm pháp luật đó.

Để thực hiện được những điều nói trên, cần sửa đổi Hiến pháp. Cụ thể, Hiến pháp phải trao cho tòa án quyền giải thích Hiến pháp và luật thay vì cho Ủy ban thường vụ Quốc hội; sửa đổi các quy định liên quan đến việc giám sát văn bản của Ủy ban nhân dân, Bộ, cơ quan ngang Bộ. Theo đó, cần bổ sung thêm quyền xem xét, giám sát văn bản của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cho tòa hành chính thuộc Tòa án nhân dân cấp tỉnh; quyền giám sát văn bản của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ cho Tòa án nhân dân tối cao.

Đây là giải pháp hợp lý để giải quyết tình trạng số lượng văn bản quy phạm của cơ quan hành chính vi hiến, bất hợp pháp ngày càng gia tăng, trong khi cơ chế phát hiện, xử lý các văn bản trái luật hiện tại còn có nhiều vấn đề bàn cãi về sự khách quan và tính hiệu quả. Tuy nhiên, để bảo đảm cho tòa án có khả năng thực hiện được nhiệm vụ này, việc nâng cao trình độ, chất lượng đội ngũ thẩm phán là công việc tiên quyết.

⁷³ Nguyễn Thị Phượng, *Đổi mới cơ chế kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp các văn bản quy phạm pháp luật của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7(192), tháng 4/2011, 2011, tr. 25.

⁷⁴ Cao Vũ Minh (2016), *Vai trò của Tòa án trong việc xem xét văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 06 (100), tr. 17.

⁷⁵ Cao Vũ Minh (2016), *ltdđ*, tr. 17.

3.4. Tăng cường biện pháp đảm bảo thi hành án hành chính

THA hành chính sẽ là khâu cuối cùng giúp đảm bảo sự kiểm soát của tòa án đối với cơ quan hành pháp hiệu quả. Để giải quyết tình trạng THA tồn đọng trong giải quyết tranh chấp hành chính, tác giả đề xuất một số giải pháp sau:

Thứ nhất, nên bổ sung thêm chế tài phạt tiền là một trong các biện pháp xử lý trách nhiệm trong THA hành chính. Về phương thức phạt tiền khi chậm THA, chúng ta có thể tham khảo kinh nghiệm của Pháp. Phương thức phạt tiền sẽ được áp dụng khi một chủ thể có nghĩa vụ vi phạm các quy định về THA hành chính. Phương thức này có ý nghĩa và bản chất khác với các hình thức phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính hay phạt tiền trong trách nhiệm hình sự⁷⁶. Cách thức áp dụng phương thức này ở các nước dựa trên việc qua mỗi ngày hoặc mỗi tuần không THA, người phải THA sẽ phải trả một khoản tiền phạt. Số tiền này được tích lũy theo thời gian, khiến cho người phải THA chịu gánh nặng về mặt tài chính, từ đó tác động vào ý thức THA của họ. Đây là một phương thức tiên bộ, nên nghiên cứu áp dụng tại Việt Nam. Theo đó, nếu được áp dụng thì biện pháp này thì nên theo hướng sau:

Một là, cơ quan có thẩm quyền áp dụng phương thức phạt tiền nên trao cho tòa án thực hiện. Về việc này có thể học hỏi kinh nghiệm của Pháp. Pháp giao việc áp dụng phương thức phạt tiền này cho tòa án đã ra quyết định, bản án hành chính mà chưa được thi hành. Việc tòa án áp dụng phương thức phạt tiền về bản chất là nhằm đảm bảo

bản án, quyết định của tòa án được thực thi đúng nội dung và đúng thời hạn chứ không nên hiểu là một việc lấn sân hay làm thay công việc quản lý của cơ quan hành chính.

Hai là, việc áp dụng phương thức phạt tiền chỉ nên áp dụng sau một khoảng thời gian nhất định khi người phải THA không THA. Khoảng thời gian này ở mỗi nước sẽ có quy định khác nhau (ví dụ như ở Pháp là 6 tháng). Ở Việt Nam, việc THA hành chính có tính chất khá đặc biệt nên việc chậm thi hành cũng là điều khó tránh khỏi. Việc quy định thời hạn này nên căn cứ vào tình hình THA hiện tại để đưa ra thời hạn hợp lý, vừa đảm bảo tính răn đe đối với người cố tình chây ì không THA hành chính vừa đảm bảo thời gian hợp lý để người có nghĩa vụ THA thi hành nghĩa vụ của mình.

Ba là, về khoản tiền phạt, đối với nghĩa vụ THA là tài sản, nên quy định mức phạt tỷ lệ thuận với trách nhiệm tài sản mà người phải THA đáng lẽ phải thi hành nhưng lại chậm trễ không thi hành. Còn đối với trách nhiệm THA không liên quan đến tài sản, cần có một khung cố định giới hạn mức tối thiểu và tối đa cho mỗi ngày chậm thi hành.

Bốn là, nếu đối tượng bị phạt tiền là cơ quan hành chính thì khoản tiền phạt sẽ được trích từ kinh phí hoạt động của cơ quan mà ngân sách nhà nước đã cấp cho. Do đó, ngay từ khi được lập vào đầu năm, Quy chế chi tiêu nội bộ của cơ quan hành chính phải dự trù luôn khoản tiền chi cho việc nộp phạt chậm THA do cơ quan, cán bộ, công chức gây ra⁷⁷.

Năm là, những hướng xử lý đối với khoản tiền phạt sau khi cơ quan THA thu được: (i) Cho người được THA hưởng khoản tiền; (ii) Nộp về ngân sách nhà nước; (iii) Tòa án được thụ hưởng và đưa vào kinh phí

⁷⁶ Xem thêm Nguyễn Thanh Thư, *Xử lý trách nhiệm trong THA hành chính ở Việt Nam*, Khóa luận tốt nghiệp, 2017, tr. 62.

⁷⁷ Nguyễn Thanh Thư, *tlđd*, tr. 64.

để phát triển án lệ. Về vấn đề này, chúng ta có thể học hỏi kinh nghiệm THA hành chính của Pháp là cho người được THA được hưởng khoản tiền phạt. Mặc dù khoản tiền này có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước nhưng nó cần được trao cho người được THA nhằm bồi thường thiệt hại vì chậm thực hiện nghĩa vụ của cơ quan hành chính.

3.5. Tăng cường tính độc lập của tòa án đối với cơ quan hành pháp

Tư pháp độc lập nói chung và độc lập với hành pháp nói riêng là điều kiện cần thiết để đảm bảo hiệu lực của hệ thống tòa án, đảm bảo phán quyết của tòa án không bị bất cứ chủ thể nào tác động, kể cả các cơ quan nhà nước. Để giải quyết thực tế sự lệ thuộc, ảnh hưởng không nhỏ của cơ quan hành pháp đối với tòa án, thẩm phán trong quá trình xét xử, tác giả đề xuất giải pháp về cơ cấu tổ chức của hệ thống tòa án. Theo đó, cần quán triệt thay đổi theo hướng xây dựng hệ thống tòa án theo cấp xét xử. Trước tiên, cần cụ thể hóa nguyên tắc các tòa án tổ chức độc lập theo cấp xét xử vào Luật Tố tụng Hành chính. Kiến nghị này mặc dù không mới nhưng lại đặc biệt có ý nghĩa trong bối cảnh cần xây dựng hệ thống tòa án độc lập với cơ quan hành chính. Tổ chức tòa án theo thẩm quyền xét xử, không phụ thuộc vào đơn vị hành chính đã được áp dụng ở nhiều quốc gia. Để xây dựng thành công chúng ta có thể học hỏi kinh nghiệm của các nước có nền tài phán hành chính phát triển như Pháp.

Ngoài ra, việc cải tổ hệ thống tòa án nên theo tinh thần Nghị quyết 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 là tổ chức tòa án theo thẩm quyền xét xử bao gồm: Tòa án sơ thẩm khu vực, tòa án phúc thẩm, tòa án thượng thẩm và Tòa án nhân dân tối cao. Đối với tòa sơ

thẩm khu vực, tòa án chỉ xét xử sơ thẩm và được tổ chức ở một hoặc một số đơn vị hành chính lãnh thổ. Căn cứ vào số lượng án thụ lý, khối lượng công việc phải giải quyết, cường độ lao động của các thẩm phán... sẽ phân bổ biên chế, bố trí địa bàn đặt trụ sở tòa án cho phù hợp, đảm bảo tòa án không bị chi phối bởi bất cứ đơn vị hành chính lãnh thổ nào, thuận tiện cho việc đi lại khi có công việc liên quan đến hoạt động xét xử của tòa án⁷⁸. Đối với tòa án phúc thẩm, tòa sẽ vừa xét xử phúc thẩm những vụ án mà tòa án sơ thẩm khu vực xét xử sơ thẩm có kháng cáo, kháng nghị, vừa xét xử sơ thẩm một số vụ án theo quy định của pháp luật. Theo tác giả, tòa này sẽ được tổ chức gần giống như tòa án cấp tỉnh hiện nay nhưng không nhất thiết là tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nào cũng có một tòa án phúc thẩm. Có thể cân nhắc phương án tổ chức một tòa phúc thẩm cho hai hoặc ba tỉnh giáp ranh nếu số lượng vụ việc thụ lý, mật độ dân số không nhiều. Đối với tòa thượng thẩm, theo Nghị quyết 49-NQ/TW của Bộ Chính trị, Tòa án nhân dân tối cao không còn chức năng xét xử phúc thẩm nên việc thành lập tòa thượng thẩm sẽ chỉ có nhiệm vụ xét xử phúc thẩm. Tòa này được tổ chức gần giống như tòa án cấp cao hiện nay được tổ chức ở 3 khu vực đặt trụ sở tại: Hà Nội, Đà Nẵng, Thành phố Hồ Chí Minh. Đối với Tòa án nhân dân tối cao, theo Nghị quyết 49-NQ/TW, Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ và xét xử giám đốc thẩm⁷⁹.

(Xem tiếp trang 43)

⁷⁸ Nguyễn Đăng Dung (2014), tldd, tr. 338.

⁷⁹ Xem thêm Nguyễn Đăng Dung (2014), tldd.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ XỬ LÝ VI PHẠM TRONG THI HÀNH ÁN HÀNH CHÍNH

*Lê Việt Sơn**

Tóm tắt: Bài viết phân tích quy định của pháp luật về xử lý vi phạm trong thi hành án hành chính, đồng thời chỉ ra một số điểm bất cập trong quy định của pháp luật, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes legal provisions on handling violations in the enforcement of administrative judgments, and points out several shortcomings under the law. Thereby, it makes concrete proposals for improvement.

Đặt vấn đề

Xử lý vi phạm trong thi hành án hành chính (THAHC) có một ý nghĩa rất quan trọng đối với hoạt động tổ tụng hành chính nói chung và THAHC nói riêng. Thứ nhất, đây là hoạt động nhằm phòng ngừa, đấu tranh chống vi phạm pháp luật trong hoạt động THAHC. Thứ hai, xử lý vi phạm trong THAHC góp phần bảo vệ các giá trị của hoạt động xét xử, thể hiện bản chất nghiêm minh của những bản án, quyết định được thi hành theo quy định của pháp luật. Thứ ba, việc xử lý vi phạm cũng góp phần giáo dục và nâng cao ý thức pháp luật của cá nhân, cơ quan, tổ chức trong việc chấp hành nghiêm chỉnh bản án, quyết định của tòa án hành chính. Chính vì tầm quan trọng như trên, Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015 (Luật TTHC năm 2015) đã dành riêng Điều 314 để quy định về xử lý vi phạm trong THAHC. Nghị định số 71/2016/NĐ-CP được Chính phủ ban hành ngày 01/7/2016 quy định thời hạn, trình tự, thủ tục THAHC và xử lý trách nhiệm đối với người không thi hành bản án, quyết định của tòa án (Nghị định 71/2016/NĐ-CP) cũng dành riêng

Chương III để điều chỉnh việc xử lý trách nhiệm trong THAHC. Đây là những căn cứ pháp lý quan trọng áp dụng để xử lý các hành vi vi phạm pháp luật trong THAHC. Tuy nhiên, những quy định của pháp luật hiện hành vẫn còn nhiều bất cập, dẫn đến thực tiễn áp dụng các quy định này trong thời gian qua ở nước ta còn hạn chế, số vụ việc vi phạm bị xử lý trong lĩnh vực này chưa được nhiều, chưa đạt được hiệu quả như mong muốn¹. Chính vì vậy, việc hoàn thiện pháp luật về xử lý vi phạm trong THAHC là điều cấp bách cần phải thực hiện để nâng cao hiệu quả của hoạt động THAHC nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người được thi hành án.

¹ Theo Báo cáo số 336/BC-CP ngày 17/8/2018 của Chính phủ về việc bổ sung Báo cáo số 164/BC-CP ngày 10/5/2018 của Chính phủ về việc chấp hành pháp luật tổ tụng hành chính trong giải quyết các vụ án hành chính, thi hành các bản án, quyết định của tòa án đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân, Ủy ban nhân dân thi trong 3 năm từ 2015 đến 2017 không có trường hợp xử lý kỷ luật, bị truy cứu trách nhiệm hình sự do vi phạm nghĩa vụ thi hành án hành chính mặc dù theo thống kê số trường hợp tòa án ra quyết định buộc thi hành án là 70, số trường hợp đã có quyết định buộc thi hành nhưng tính đến ngày 30/4/2018 vẫn chưa thi hành là 20 trường hợp.

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

1. Thực trạng quy định pháp luật về xử lý vi phạm trong thi hành án hành chính

Điều 314 Luật TTHC năm 2015 về xử lý vi phạm trong THAHC và Chương III Nghị định 71/2016/NĐ-CP về xử lý trách nhiệm trong THAHC quy định các biện pháp xử lý sau: Xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự, bồi thường thiệt hại, 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. Tùy theo tính chất và mức độ của hành vi vi phạm, người vi phạm sẽ bị áp dụng một trong các hình thức trên hoặc bị áp dụng đồng thời một số biện pháp xử lý khác nhau theo quy định của pháp luật.

1.1. Xử lý kỷ luật trong thi hành án hành chính

Xử lý kỷ luật là một trong các biện pháp xử lý vi phạm trong THAHC được quy định tại Điều 314 Luật TTHC năm 2015 và được quy định chi tiết từ Điều 20 đến Điều 26 Nghị định 71/2016/NĐ-CP. Theo đó, việc xử lý kỷ luật với cán bộ, công chức và viên chức trong THAHC chỉ áp dụng trong trường hợp cán bộ, công chức, viên chức có hành vi vi phạm pháp luật trong lĩnh vực THAHC.

- *Về đối tượng bị xử lý kỷ luật:* Theo Điều 20 của Nghị định 71/2016/NĐ-CP, người bị xử lý kỷ luật là cán bộ, công chức và viên chức có hành vi vi phạm pháp luật về THAHC. Với quy định này có thể thấy, đối tượng bị xử lý kỷ luật trong THAHC có phạm vi rất rộng, có thể được chia làm hai nhóm: *Một là*, cán bộ, công chức, viên chức là người phải THAHC nhưng họ đã vi phạm việc thực hiện nghĩa vụ được nêu trong bản án, quyết định của tòa án; *hai là*, cán bộ, công chức, viên chức có trách nhiệm trong việc tổ chức THAHC nhưng họ đã vi phạm

nhiệm vụ, công vụ được pháp luật giao trong việc tổ chức thực thi phán quyết của tòa án. Như vậy, dù cán bộ, công chức, viên chức vi phạm thuộc nhóm nào thì họ đã thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật, xâm hại tới các quan hệ xã hội được pháp luật tổ tụng hành chính ghi nhận và bảo vệ.

- *Về các hình thức xử lý kỷ luật:* Đối với đối tượng bị xử lý là cán bộ thì 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 quyền². Trong khi đó, đối với công chức, viên chức vi phạm pháp luật trong lĩnh vực THAHC có thể bị áp dụng một trong các hình thức kỷ luật sau: Khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức và buộc thôi việc. Điều 21 đến Điều 26 Nghị định 71/2016/NĐ-CP đã liệt kê từng hành vi vi phạm tương ứng với từng hình thức xử lý công chức, viên chức vi phạm. Với quy định theo hướng liệt kê, người có thẩm quyền xử lý kỷ luật dễ dàng nhận diện được một cách chính xác đối với từng loại hành vi vi phạm để tiến hành xử lý nhanh chóng, chính xác và kịp thời, bảo đảm tính hiệu quả trong việc xử lý vi phạm trong THAHC.

- *Về nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục xử lý kỷ luật đối với công chức, viên chức:* Được áp dụng theo quy định tại Nghị định 71/2016/NĐ-CP, đối với các nội dung chưa được quy định thì thực hiện theo pháp luật về xử lý kỷ luật đối với công chức, viên chức.

Việc xử lý kỷ luật trong THAHC có thể đồng thời áp dụng với một số biện pháp xử lý vi phạm khác. Biện pháp này sẽ áp dụng

² Khoản 3 Điều 20 Nghị định 71/2016/NĐ-CP.

đồng thời khi cán bộ, công chức, viên chức bị truy cứu trách nhiệm hình sự đối với tội không chấp hành án, tội không thi hành án, tội cản trở thi hành án và bị tòa án kết án bằng bản án có hiệu lực pháp luật³. Đối với biện pháp trách nhiệm vật chất, biện pháp công khai thông tin về việc không chấp hành án và biện pháp xem xét đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức cũng được áp dụng đồng thời với biện pháp xử lý kỷ luật với họ. Tuy nhiên, việc xử lý kỷ luật không thể đồng thời áp dụng với việc xử phạt vi phạm hành chính. Điều 1 Nghị định số 97/2017/NĐ-CP ngày 18/8/2017 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 81/2013/NĐ-CP ngày 19/7/2013 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính chỉ rõ: “*Trường hợp cán bộ, công chức, viên chức thực hiện hành vi vi phạm khi đang thi hành công vụ, nhiệm vụ và hành vi vi phạm đó thuộc công vụ, nhiệm vụ được giao theo văn bản quy phạm pháp luật hoặc văn bản hành chính do cơ quan, người có thẩm quyền ban hành, thì không bị xử phạt theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính mà bị xử lý theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức, viên chức*”.

³ Theo quy định tại Điều 3 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP ngày 17/5/2011 quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức đã chỉ rõ các hành vi bị xử lý kỷ luật bao gồm:

1. Vi phạm việc thực hiện nghĩa vụ, đạo đức và văn hóa giao tiếp của công chức trong thi hành công vụ; những việc công chức không được làm quy định tại Luật Cán bộ, công chức.

2. Vi phạm pháp luật bị Tòa án kết án bằng bản án có hiệu lực pháp luật.

3. Vi phạm quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; bình đẳng giới; phòng, chống tệ nạn mại dâm và các quy định khác của pháp luật liên quan đến công chức nhưng chưa đến mức bị truy cứu trách nhiệm hình sự.

1.2. Xử phạt vi phạm hành chính

Xử phạt vi phạm hành chính trong THAHC là việc các chủ thể có thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt đối với cá nhân và tổ chức vi phạm pháp luật trong hoạt động THAHC. Mục đích của việc xử phạt vi phạm hành chính là nhằm truy cứu trách nhiệm hành chính đối với một hành vi vi phạm cụ thể và quan trọng hơn là giáo dục, ngăn chặn những hành vi vi phạm tương tự trong THAHC. Theo Điều 27 Nghị định 71/2016/NĐ-CP, việc xử phạt trong THAHC được áp dụng đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân cố ý không chấp hành án hoặc cản trở thi hành án. Về thẩm quyền, trình tự, thủ tục xử phạt, mức xử phạt vi phạm hành chính thực hiện theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính. Như vậy, cũng giống như một số biện pháp xử lý vi phạm khác, Luật TTHC năm 2015 và Nghị định 71/2016/NĐ-CP không quy định chi tiết về việc xử phạt mà viện dẫn sang quy định của pháp luật chuyên ngành, cụ thể là pháp luật về xử lý vi phạm hành chính.

- *Xét về cấu thành vi phạm pháp luật trong THAHC*: Có thể nhận thấy chủ thể hành vi vi phạm có phạm vi rộng vì bao gồm cả cá nhân, cơ quan và tổ chức. Tác giả cho rằng, quy định này là phù hợp với thực tế hiện nay vì chủ thể vi phạm các quy định của pháp luật về THAHC không chỉ là cá nhân, mà còn có cả cơ quan và tổ chức – là những người có nghĩa vụ thi hành hoặc có liên quan đến việc THAHC theo phán quyết trong bản án, quyết định của tòa án. Hành vi trái pháp luật THAHC bị xử lý là hành vi không chấp hành án hoặc cản trở thi hành án. Việc không thi hành án không bị áp dụng xử phạt hành chính. Một trong những nguyên nhân mà nhà làm luật loại trừ hình thức xử phạt vi phạm hành chính đối với việc không thi hành án là vì tính chất và

mức độ gây nguy hiểm cho xã hội ở mức độ cao nên cần bị xử lý hình sự để bảo đảm tính răn đe, giáo dục, trừng trị người có hành vi vi phạm.

- Về thẩm quyền, trình tự, thủ tục xử phạt: Mức xử phạt vi phạm hành chính sẽ được thực hiện theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính, mà cụ thể là Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, Nghị định và các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan.

1.3. Truy cứu trách nhiệm hình sự

Truy cứu trách nhiệm hình sự là biện pháp xử lý vi phạm nghiêm khắc nhất trong số các biện pháp xử lý vi phạm đối với người có hành vi vi phạm pháp luật về THAHC. Theo quy định tại khoản 1 Điều 28 Nghị định 71/2016/NĐ-CP, việc truy cứu trách nhiệm hình sự được áp dụng đối với người không thi hành án, không chấp hành án, cố ý cản trở việc thi hành án có đủ yếu tố cấu thành tội phạm. Như vậy, theo quy định này thì có ba dạng hành vi có đủ yếu tố cấu thành tội phạm sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự bao gồm: Hành vi không thi hành án, không chấp hành án, cố ý cản trở việc thi hành án và tương ứng với 3 hành vi này là ba tội sau đây được Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định: Tội không thi hành án (Điều 379), Tội không chấp hành án (Điều 380), Tội cản trở việc thi hành án (Điều 381).

Theo quy định tại khoản 2 Điều 28 Nghị định 71/2016/NĐ-CP thì người đứng đầu cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án, cơ quan thi hành án dân sự (THADS), cơ quan quản lý nhà nước về THAHC tùy theo chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình, có trách nhiệm đề nghị cơ quan có thẩm quyền truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người có dấu hiệu vi phạm pháp luật hình sự trong THAHC.

Bên cạnh đó, theo quy định của pháp luật hiện nay, việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các tội phạm liên quan đến thi hành án, chỉ áp dụng đối với cá nhân mà không áp dụng đối với tổ chức có hành vi vi phạm. Bên cạnh đó, hành vi bị truy cứu trách nhiệm hình sự chỉ dừng lại ở ba hành vi là không thi hành án, không chấp hành án và cản trở việc thi hành án. Đối với các hành vi khác thường xảy ra trong quá trình thi hành án nhưng không bị truy cứu như: Hành vi hủy hoại đối tượng thi hành án, hành vi sử dụng trái phép, tiêu dùng, chuyển nhượng, đánh tráo, cất giấu hoặc thay đổi tình trạng của đối tượng thi hành án... Hình phạt mà tòa án áp dụng đối với nhóm tội phạm này cũng không đa dạng mà chỉ dừng lại ở ba loại là tù có thời hạn, phạt tiền và cấm đảm nhiệm chức vụ trong thời gian nhất định. Ngoài ra, mức hình phạt tù có thể lên đến 05 năm hoặc 10 năm là tương đối cao, mang tính trừng phạt nghiêm khắc đối với các loại tội phạm này.

1.4. Trách nhiệm vật chất

Trách nhiệm vật chất trong xử lý vi phạm về THAHC được quy định tại khoản 2 Điều 314 Luật TTHC năm 2015 và Điều 29 Nghị định 71/2016/NĐ-CP. Tuy nhiên, quy định của hai văn bản quy phạm pháp luật này có sự khác biệt về chủ thể chịu trách nhiệm, hành vi vi phạm và chế tài áp dụng đối với người vi phạm.

- Khoản 2 Điều 314 Luật TTHC năm 2015 quy định như sau: “*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 chính hoặc bị 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*”. Như vậy, chủ thể bị truy cứu trách nhiệm vật chất theo Luật TTHC năm 2015 là chủ thể

đặc biệt – có chức vụ quyền hạn. Hiểu theo quy định này thì việc bồi thường thiệt hại trong THAHC chỉ áp dụng đối với người phải THAHC là người bị kiện trong vụ án hành chính vì người bị kiện trong vụ án hành chính luôn là cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền trong cơ quan nhà nước. Ngoài người phải THAHC là người bị kiện trong vụ án hành chính phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại thì cơ quan, người có thẩm quyền có trách nhiệm tổ chức THAHC cũng là người phải chịu trách nhiệm bồi thường nếu gây ra thiệt hại trong quá trình THAHC. Hành vi phải chịu trách nhiệm bồi thường theo Luật TTHC năm 2015 là hành vi cố ý cản trở việc THAHC. Biện pháp chế tài mà người vi phạm phải thực hiện là bồi thường thiệt hại.

- Trong khi đó, Điều 29 Nghị định 71/2016/NĐ-CP quy định về trách nhiệm vật chất trong THAHC như sau: “*Người phải thi hành án trong quá trình thi hành án mà gây ra thiệt hại thì phải khắc phục hậu quả, bồi thường thiệt hại, hoàn trả theo quy định của pháp luật về trách nhiệm bồi thường của Nhà nước, pháp luật về dân sự*”. Theo quy định này, người phải chịu trách nhiệm vật chất trong THAHC rộng hơn so với quy định của Luật TTHC năm 2015 khi người phải THAHC⁴ có thể là người khởi kiện, người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong vụ án hành chính. Một điểm đặc biệt là Nghị định 71/2016/NĐ-CP xác định bất cứ hành vi nào gây ra thiệt hại trong quá trình THAHC đều phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại mà không chỉ riêng là hành vi cố ý cản trở việc THAHC như quy định của Luật TTHC năm 2015. Các hình thức chế tài mà người vi phạm bị áp dụng cũng đa dạng và phong phú hơn so với Luật TTHC năm

2015 khi bao gồm: Khắc phục hậu quả, bồi thường thiệt hại, hoàn trả theo quy định của pháp luật.

1.5. Các biện pháp xử lý khác

Mục 3 Chương III Nghị định 71/2016/NĐ-CP quy định về các biện pháp xử lý khác trong THAHC bao gồm: Công khai thông tin về việc không chấp hành án (Điều 30); xem xét đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức vi phạm pháp luật về THAHC (Điều 31). Đây là những biện pháp được Nghị định 71/2016/NĐ-CP ghi nhận lần đầu tiên và có thể áp dụng đồng thời với một số biện pháp xử lý vi phạm đã được phân tích ở trên.

- *Công khai thông tin về việc không chấp hành án*: Điều kiện để áp dụng biện pháp này là người phải thi hành án đã hết thời hạn tự nguyện thi hành theo quy định của pháp luật nhưng đã không thi hành và bị tòa án ra quyết định buộc THAHC. Thẩm quyền thực hiện biện pháp này thuộc về Cục THADS đối với các vụ việc thuộc thẩm quyền theo dõi của Cục và các chi cục THADS trực thuộc. Về nội dung thực hiện, Cục THADS tổ chức công khai quyết định buộc THAHC bằng hình thức đăng tải trên trang thông tin điện tử của Cục THADS đối với các vụ việc thuộc thẩm quyền theo dõi của Cục và các chi cục THADS trực thuộc; đồng thời tích hợp trên Cổng thông tin điện tử của Tổng cục THADS thuộc Bộ Tư pháp và Cổng thông tin điện tử Chính phủ đối với các vụ việc người phải thi hành án là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ. Nội dung thông tin của người phải thi hành án bị công khai gồm: Tên, địa chỉ của người phải thi hành án; số, ngày, tháng, năm và tên tòa án ra quyết định buộc THAHC và nghĩa vụ phải thi hành. Việc chấm dứt công

⁴ Khoản 4 Điều 3 Nghị định 71/2016/NĐ-CP.

khai thông tin được thực hiện trong thời hạn 02 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo kết quả về việc thi hành xong; Cục THADS là cơ quan công khai thông tin phải chấm dứt công khai thông tin.

So với các biện pháp khác, biện pháp công khai thông tin về việc không chấp hành án chủ yếu nhằm tạo ra sức ép để người không chấp hành án phải nhanh chóng THAHC. Mặc dù quy định hiện hành chưa rõ nhưng có thể xác định chủ thể bị áp dụng biện pháp pháp lý này chỉ là người bị kiện trong vụ án hành chính mà thôi vì quyết định buộc THAHC của tòa án chỉ áp dụng đối với người phải thi hành án là người bị kiện⁵.

- *Xem xét đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức vi phạm pháp luật về THAHC*: Việc đánh giá, phân loại cán bộ, công chức là làm rõ ưu điểm, khuyết điểm, mặt mạnh, mặt yếu về phẩm chất chính trị, đạo đức, lối sống, năng lực, hiệu quả công tác của cán bộ, công chức, viên chức để làm căn cứ tuyển chọn, quy hoạch, đào tạo, bồi dưỡng, luân chuyển, điều động, bổ nhiệm, giới thiệu ứng cử, miễn nhiệm, khen thưởng, kỷ luật và thực hiện chế độ chính sách đối với cán bộ, công chức⁶. Vì vậy, đối với các cán bộ, công chức và viên chức có hành vi vi phạm pháp luật trong quá trình THAHC bị xem xét đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức cũng là một trong những giải pháp hữu hiệu nhằm nâng cao hiệu quả việc chấp hành pháp luật của cán bộ, công chức, viên chức trong quá trình THAHC.

⁵ Lê Việt Sơn, *Những bất cập và các kiến nghị hoàn thiện các quy định về quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của Tòa án trong vụ án hành chính*, Tạp chí Kiểm sát, số 02, năm 2019, tr. 53.

⁶ Trường Đại học Luật Tp. HCM (2018), *Giáo trình Luật hành chính*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 345.

Điều 31 Nghị định 71/2016/NĐ-CP về xem xét đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức vi phạm pháp luật về THAHC quy định: “*Cơ quan, người có thẩm quyền không xét thi đua, khen thưởng; không đánh giá, phân loại ở mức độ hoàn thành tốt nhiệm vụ, hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ đối với cán bộ, công chức, viên chức vi phạm pháp luật về THAHC*”. Theo quy định trên, cơ sở thực tế để áp dụng biện pháp này là cán bộ, công chức và viên chức có hành vi vi phạm pháp luật về THAHC, bao gồm hai dạng sau: *Một là*, cán bộ, công chức, viên chức theo quy định của pháp luật có nhiệm vụ, quyền hạn liên quan đến việc THAHC nhưng đã không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nhiệm vụ, quyền hạn của mình; *hai là*, cán bộ, công chức, viên chức là người phải thi hành án nhưng đã không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trong phần bản án, quyết định của tòa án đã tuyên. Đối với cán bộ, công chức và viên chức có một trong hai hành vi vi phạm trên sẽ không được xét thi đua, khen thưởng và việc đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức ở mức cao nhất chỉ là hoàn thành nhiệm vụ; có tác động tích cực nhất định đến nhận thức và hành vi của các chủ thể này trong việc THAHC.

2. Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về xử lý vi phạm trong thi hành án hành chính

Thứ nhất, chưa có những quy định cụ thể điều chỉnh việc xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm pháp luật trong THAHC

Như trong phần trên đã phân tích, các quy định về thẩm quyền, trình tự, thủ tục xử phạt, mức xử phạt vi phạm hành chính trong THAHC được Nghị định 71/2016/NĐ-CP dẫn chiếu sang pháp luật về xử lý vi phạm hành chính. Tuy nhiên, pháp luật về xử lý vi

phạm hành chính hiện nay không có Nghị định quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực THAHC. Chính vì không có văn bản xử lý nên khi áp dụng việc xử phạt trong thực tiễn, chủ thể có thẩm quyền áp dụng Nghị định số 110/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp, hành chính tư pháp, hôn nhân gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã và Nghị định số 67/2015/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 110/2013/NĐ-CP⁷. Việc áp dụng các Nghị định này để xử phạt là điều không hợp lý bởi lẽ đây không phải là văn bản quy phạm điều chỉnh việc xử phạt đối với các hành vi vi phạm pháp luật trong THAHC; vì đây là văn bản quy phạm điều chỉnh riêng cho việc xử lý vi phạm trong lĩnh vực THADS và các lĩnh vực tư pháp khác. THAHC và thi hành án dân sự có nhiều điểm khác biệt nên không thể áp dụng chung cùng loại văn bản. Vì vậy, để bảo đảm cho công tác xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực THAHC được thuận lợi và đạt được hiệu quả cao, Chính phủ cần sớm ban hành Nghị định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực THAHC, trong đó các nội dung cơ bản về xử phạt cần được xác định rõ như: Thẩm quyền xử phạt, các hành vi vi phạm bị xử phạt, mức xử phạt đối với từng hành vi vi phạm, thủ tục xử phạt, việc thi hành quyết định xử phạt...

Thứ hai, quy định về trách nhiệm vật chất giữa Luật TTHC năm 2015 và Nghị định 71/2016/NĐ-CP không có sự tương thích với nhau

⁷ Hồ Quân Chính (2015), *Thi hành các bản án, quyết định hành chính ở Tp. Hồ Chí Minh – Những khó khăn, vướng mắc và một số kiến nghị*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 07, năm 2015, tr. 26.

Như đã phân tích ở trên, quy định về trách nhiệm vật chất giữa Luật TTHC năm 2015 và Nghị định 71/2016/NĐ-CP có sự khác nhau về chủ thể vi phạm bị xử lý, hành vi gây ra thiệt hại phải chịu trách nhiệm vật chất và chế tài áp dụng đối với người vi phạm. Về nguyên tắc, Luật TTHC năm 2015 là văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn Nghị định 71/2016/NĐ-CP nên phải áp dụng các quy định của văn bản Luật này. Tuy nhiên, trên cơ sở so sánh với các quy định khác có liên quan và căn cứ vào các đặc điểm đặc trưng của THAHC, có thể thấy các quy định về xử lý trách nhiệm vật chất theo Nghị định 71/2016/NĐ-CP phù hợp với công tác xử lý trong thực tiễn hơn vì các lí do sau:

- *Một là*, chủ thể chịu trách nhiệm vật chất trong THAHC là người phải THAHC mà không chỉ riêng là người có chức vụ, quyền hạn. Bởi lẽ trong THAHC, việc vi phạm các nghĩa vụ trong THAHC thường là người phải THAHC mà người phải THAHC không chỉ là người có chức vụ, quyền hạn trong cơ quan nhà nước mà còn có thể là những cá nhân, cơ quan và tổ chức trong xã hội tham gia vụ án hành chính với tư cách là người khởi kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong vụ án.

- *Hai là*, hành vi vi phạm gây ra thiệt hại trong THAHC rất đa dạng chứ không chỉ riêng hành vi cố ý cản trở việc THAHC được Luật TTHC năm 2015 quy định. Các hành vi khác như hành vi hủy hoại, làm mất tài sản, làm mất công dụng sử dụng của tài sản là đối tượng thi hành án; hành vi từ chối hỗ trợ cho cơ quan có thẩm quyền thực thi việc thi hành án; hành vi hủy hoại, che giấu hoặc chiếm đoạt đối tượng trong thi hành án... cũng gây ra thiệt hại đối với người bị vi phạm. Nếu các hành vi này gây ra thiệt hại mà người vi phạm không bị xử lý là điều không hợp lý.

- *Ba là*, chế tài mà người vi phạm bị áp dụng bao gồm nhiều loại khác nhau theo quy định của Nghị định 71/2016/NĐ-CP là hợp lý bởi lẽ tùy theo tính chất, mức độ của hành vi vi phạm mà chế tài được lựa chọn áp dụng phải phù hợp.

Vì vậy, để bảo đảm tính đồng bộ trong quy định của pháp luật, tác giả cho rằng, Luật TTHC năm 2015 cần sửa đổi theo hướng quy định chung về biện pháp này cũng như các biện pháp khác, các vấn đề chi tiết sẽ được điều chỉnh ở Nghị định 71/2016/NĐ-CP.

Bên cạnh giải pháp vừa phân tích, quy định của pháp luật về trách nhiệm vật chất trong xử lý vi phạm về THAHC còn có điểm chưa rõ ràng về căn cứ xử lý. Như đã đề cập, Điều 29 Nghị định 71/2016/NĐ-CP quy định, khi áp dụng trách nhiệm vật chất đối với người vi phạm thì việc khắc phục hậu quả, bồi thường thiệt hại, hoàn trả được áp dụng theo quy định của pháp luật về trách nhiệm bồi thường của Nhà nước và pháp luật về dân sự. Tuy nhiên, Chương II Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước chỉ quy định phạm vi trách nhiệm bồi thường của Nhà nước trong hoạt động thi hành án hình sự và thi hành án dân sự mà không đề cập đến hoạt động THAHC⁸. Vì vậy, để bảo đảm tính đồng bộ trong quy định của pháp luật, Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước cần phải được sửa đổi, bổ sung quy định về phạm vi trách nhiệm bồi thường của Nhà nước trong hoạt động THAHC.

Thứ ba, quy định cơ quan có trách nhiệm công khai thông tin về việc không

⁸ Điều 20, Điều 21 Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017.

chấp hành án và phương thức công khai còn chưa phù hợp

Như đã đề cập ở trên, trách nhiệm thực hiện công khai thông tin về việc không chấp hành án thuộc về Cục THADS đối với các vụ việc thuộc thẩm quyền theo dõi của Cục và các chi cục THADS trực thuộc. Có thể cho rằng, pháp luật đã giao nhiệm vụ cho cơ quan THADS theo dõi THAHC nên việc giao cho cơ quan này công khai thông tin về việc không thi hành án là điều phù hợp. Tuy nhiên, do cơ quan THADS không chịu trách nhiệm trong việc tổ chức THAHC nên rất khó khăn để thực hiện việc công khai thông tin⁹. Tác giả cho rằng, cần trao thẩm quyền này về cho tòa án đã xét xử vụ án. Việc đề xuất này hoàn toàn phù hợp với điều kiện của nước ta hiện nay, xuất phát từ các lý do sau: *Một là*, tòa án chính là cơ quan đã xét xử vụ án, vì vậy tòa án sẽ dễ dàng, thuận tiện theo dõi về việc không chấp hành án nên có thể đăng tải thông tin một cách nhanh chóng và kịp thời. *Hai là*, Luật TTHC năm 2015 đã giao quyền cho tòa án trong việc ra quyết định buộc THAHC, nay nên trao cho tòa án thêm quyền công khai việc không chấp hành án. *Ba là*, hiện nay tòa án đã được trao quyền công bố bản án, quyết định trên cổng thông tin điện tử của tòa án¹⁰ nên việc trao luôn thẩm quyền công khai thông tin về việc không chấp hành bản án, quyết định của tòa án để bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất cũng là điều phù hợp.

⁹ Báo cáo số 164/BC-CP ngày 10/5/2018 của Chính phủ về việc chấp hành pháp luật tố tụng hành chính trong giải quyết các vụ án hành chính, thi hành các bản án, quyết định của tòa án đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân, Ủy ban nhân dân.

¹⁰ Xem Nghị quyết số 03/2017/NQ-HĐTP, ngày 16 tháng 3 năm 2017 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về việc công bố bản án, quyết định trên cổng thông tin điện tử của tòa án.

Về phương thức công khai thông tin không chấp hành án: Việc chỉ công khai thông tin trên các trang thông tin điện tử của ngành là chưa đạt được hiệu quả như mong muốn. Bởi lẽ, mục đích của việc công khai thông tin về việc không chấp hành án là để cho các cá nhân, cơ quan và tổ chức trong xã hội biết về hành vi không THAHC của cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền trong cơ quan nhà nước; qua đó, thực hiện chức năng giám sát của người dân nhằm tạo áp lực cho họ thi hành. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, ít khi người dân lại truy cập vào các trang thông tin điện tử của ngành để tìm hiểu và đọc các tin tức. Vì vậy, để việc công khai thông tin không chấp hành án mang tính rộng rãi, tác động đến nhiều đối tượng trong xã hội nhằm đánh mạnh vào tâm lý của người vi phạm, quy định này cần được

sửa đổi theo hướng là ngoài việc đăng tải trên các trang thông tin điện tử của ngành như quy định hiện nay thì cần phải được đăng tải trên các trang báo điện tử chính thống được người dân truy cập với số lượng lớn hàng ngày. Mặt khác, xuất phát từ lập luận về cơ quan có nhiệm vụ công khai thông tin như đã phân tích, thì thông tin về việc không chấp hành án nên đăng tải công khai trên cổng thông tin điện tử của tòa án.

Có thể nói, hoàn thiện pháp luật về xử lý vi phạm trong THAHC nhằm tạo cơ sở pháp lý thống nhất, chặt chẽ và toàn diện trong hệ thống pháp luật về THAHC sẽ góp phần tích cực vào việc nâng cao hiệu quả của hoạt động THAHC ở nước ta. Vì vậy, việc sửa đổi, bổ sung các quy định này cần phải sớm được thực hiện trong thời gian tới.

(Tiếp theo trang 34 – Giám sát tư pháp...)

Với tổ chức hệ thống tòa án như vậy, tòa hành chính vẫn được thiết lập là một tòa án chuyên trách được tổ chức ở cấp sơ thẩm, phúc thẩm và thượng thẩm; đối với Tòa án tối cao thì vẫn tổ chức thành Hội đồng thẩm phán như hiện nay.

Như vậy, để tòa án kiểm soát quyền hành pháp hiệu quả, sự độc lập của tòa án với các cơ quan hành pháp là điều cần thiết. Tuy nhiên, bảo đảm tư pháp độc lập không

phải là công việc đơn giản, kể cả ở các quốc gia phát triển. Tư pháp độc lập cũng không phải là một yêu cầu tuyệt đối. Để tư pháp độc lập với các nhánh quyền lực nhà nước khác thì không chỉ yêu cầu về mặt thiết chế, tổ chức, hoạt động của ngành tư pháp mà còn yêu cầu về cá nhân thẩm phán, họ phải độc lập trước mọi áp lực chính trị, tài chính cũng như dư luận xã hội...

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ KHỞI TỐ VỤ ÁN HÌNH SỰ THEO YÊU CẦU CỦA BỊ HẠI VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Phan Thành Nhân*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại, cũng như thực tiễn thực hiện các quy định này, từ đó đưa ra một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes and assesses regulations under the Criminal Procedure Code of 2015 in terms of filing of criminal charges at the request of the crime victims. Thereby, it makes concrete proposals for improvement.

Có thể nói khởi tố vụ án hình sự (VAHS) theo yêu cầu của bị hại là đảm bảo quyền tự quyết và tự định đoạt của bị hại khi họ là người trực tiếp bị xâm hại đến sức khỏe, danh dự, nhân phẩm hoặc đến quyền của họ. Với tư cách là bên bị thiệt hại do tội phạm gây ra, quyền buộc tội của bị hại được “suy ra từ nội dung của các quyền tố tụng được quy định trong Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS)”¹. Điều này được thể hiện rõ nét hơn khi vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại. Pháp luật tố tụng hình sự (TTHS) đã quy định những trường hợp các cơ quan tiến hành tố tụng (CQTHTT) chỉ được khởi tố VAHS khi có yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại và họ cũng có quyền rút yêu cầu khởi tố², trừ

trường hợp có căn cứ xác định việc rút yêu cầu là trái với ý muốn của họ do bị ép buộc, cưỡng bức.

1. Sơ lược về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại

Ở Việt Nam, pháp luật TTHS chủ yếu vận hành theo nguyên tắc công tố, tức là Nhà nước toàn quyền quyết định việc buộc tội. Nhưng đối với một số loại tội phạm, Nhà nước quyết định buộc tội khi bị hại có yêu cầu khởi tố VAHS. Đây là quyền buộc tội của bị hại, có tính chất tư tố, là điều kiện phát sinh quyền công tố của Nhà nước nhưng vẫn nằm trong giới hạn của quyền công tố. Bởi lẽ, bị hại chỉ có quyền yêu cầu khởi tố VAHS, sau đó vụ án được giải quyết theo thủ tục chung. Như vậy, cơ sở lý luận của việc hình thành chế định khởi tố VAHS theo yêu cầu của bị hại ở nước ta là sự kết hợp giữa quyền công tố và quyền tư tố trong TTHS³.

* ThS., Tòa án nhân dân tỉnh Đồng Tháp.

¹ Lê Nguyên Thanh, *Người bị thiệt hại do tội phạm gây ra trong tố tụng hình sự Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, năm 2012, tr. 59.

² Trên thực tế, bị hại thường hay viết đơn với tên “đơn xin bãi nại” theo từ ngữ dân gian, chứ không phải là thuật ngữ pháp lý. Bãi nại theo nghĩa Hán Việt là bãi bỏ (chấm dứt, hủy bỏ) việc khiêu nại, kiện cáo, kiện tụng. Đối với vụ án khởi tố theo yêu cầu của bị hại thì việc bãi nại với nội dung không yêu cầu xử lý trách nhiệm hình sự đối với người thực hiện hành vi phạm tội được xem là rút yêu cầu khởi tố; nếu bị hại chỉ bãi nại với nội dung không yêu cầu

bồi thường, tức là đơn bãi nại không đề cập đến việc xử lý hay không xử lý trách nhiệm hình sự người phạm tội thì đây không phải là rút đơn yêu cầu khởi tố.

³ Nguyễn Đức Thái, *Khởi tố vụ án theo yêu cầu của người bị hại trong tố tụng hình sự Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, năm 2015, tr. 48.

CQTHTT chỉ được quyền khởi tố VAHS khi có yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại và họ chỉ được quyền rút yêu cầu khởi tố nếu thuộc một trong các tội danh được liệt kê tại khoản 1 Điều 155 của BLTTHS năm 2015. Theo đó, các trường hợp bị hại hoặc người đại diện của họ được rút yêu cầu khởi tố là các tội thuộc trường hợp ít nghiêm trọng hoặc nghiêm trọng; xâm phạm đến sức khỏe, danh dự, nhân phẩm và trật tự quản lý kinh tế. Cụ thể là các tội thuộc khoản 1 các điều: Điều 134 (Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác), Điều 135 (Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác trong trạng thái tinh thần bị kích động mạnh), Điều 136 (Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác do vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng hoặc do vượt quá mức cần thiết khi bắt giữ người phạm tội), Điều 138 (Tội vô ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác), Điều 139 (Tội vô ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác do vi phạm quy tắc nghề nghiệp hoặc quy tắc hành chính), Điều 141 (Tội hiếp dâm), Điều 143 (Tội cưỡng dâm), Điều 155 (Tội làm nhục người khác), Điều 156 (Tội vu khống) và Điều 226 (Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp). Đây là những tội danh mà người phạm tội thực hiện hành vi xâm phạm đến quyền và lợi ích của bị hại cũng như ảnh hưởng đến Nhà nước và xã hội ở mức độ hạn chế; nếu tiếp tục theo đuổi vụ án thì có thể gây mất nhiều thời gian, công sức, tiền bạc của bị hại, thậm chí còn có thể làm giảm uy tín, ảnh hưởng đến danh dự, nhân phẩm và còn tiếp tục gây ra những tổn hại về tinh thần cho họ. Do vậy,

BLTTHS đã trao cho bị hại quyền tự quyết và định đoạt, tức là vụ án chỉ được khởi tố theo yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại trong một số trường hợp đặc biệt và họ cũng có thể rút lại yêu cầu để chấm dứt tiến trình giải quyết vụ án; bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích của mình, nhưng không ảnh hưởng đáng kể đến lợi ích của xã hội và nhiệm vụ của Nhà nước trong việc đấu tranh phòng, chống tội phạm.

Bảo vệ bị hại không chỉ đơn thuần là trừng trị người phạm tội mà trong một số trường hợp còn phải xem xét đến nguyện vọng của bị hại mong muốn xử lý người phạm tội như thế nào. Nếu bị hại hoặc người đại diện của họ đã rút yêu cầu khởi tố thì không có quyền yêu cầu lại, trừ trường hợp rút yêu cầu do bị ép buộc, cưỡng bức. Tuy nhiên, luật không định nghĩa như thế nào là rút yêu cầu do bị ép buộc, cưỡng bức; dẫn đến có nhiều quan điểm khác nhau. Theo từ điển tiếng Việt: “*Ép buộc là dùng quyền lực bắt phải làm điều trái với ý muốn*”⁴, còn “*cưỡng bức là bắt phải làm, dù không muốn cũng không được*”⁵. Như vậy, có thể hiểu việc rút yêu cầu khởi tố do bị ép buộc, cưỡng bức là kết quả tác động bởi hành vi cố ý của người thực hiện hành vi có dấu hiệu tội phạm hoặc người thứ ba; người bị hại hoặc người đại diện của bị hại buộc phải rút yêu cầu khởi tố trái với ý muốn của họ nhằm tránh thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản cho mình hoặc người thân thích.

⁴ Viện Ngôn ngữ học - Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, năm 2016, tr. 458.

⁵ Viện Ngôn ngữ học - Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, năm 2016, tr. 294.

2. Thực trạng pháp luật về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại

Thứ nhất, về chủ thể có quyền yêu cầu hoặc rút yêu cầu khởi tố VAHS

BLTTHS năm 2015 đã sửa đổi cụm từ “người đại diện hợp pháp của người bị hại” và “người chưa thành niên” thành cụm từ “người đại diện” và “người dưới 18 tuổi” và bổ sung trường hợp “người đại diện của bị hại có quyền yêu cầu khởi tố trong trường hợp bị hại đã chết”. Có thể thấy, việc sửa đổi, bổ sung trên là thống nhất với khái niệm bị hại được nêu tại khoản 1 Điều 62 BLTTHS năm 2015; không chỉ quy định cá nhân mới là bị hại như BLTTHS năm 2003 (Điều 51) mà còn ghi nhận cả cơ quan, tổ chức cũng là bị hại. Ngoài ra, việc bổ sung trường hợp “người đại diện của bị hại khi bị hại đã chết” xuất phát từ thực tiễn sau khi bị hại là người chưa thành niên, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất bị xâm hại đã chết sau đó (do bị bệnh, tai nạn...). Lúc này, pháp luật cho phép người đại diện của họ thực hiện quyền yêu cầu.

Qua nội dung của điều luật cho thấy, chủ thể có quyền yêu cầu khởi tố không chỉ bị hại mà còn có đại diện của bị hại trong trường hợp bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hay thể chất hoặc đã chết, nhưng tên của điều luật (Điều 155) chỉ đề cập có bị hại là chưa đầy đủ. Có thể lý giải việc điều luật được đặt tên như vậy xuất phát từ chủ thể bị xâm hại trực tiếp do tội phạm gây ra chính là bị hại, còn người đại diện của bị hại chỉ có quyền yêu cầu trong một số trường hợp nhất định (khi bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hay thể chất hoặc đã chết). Ngoài ra, BLTTHS năm 2015 chưa đề cập tới một số trường hợp như: Không quy định

khi vụ án có nhiều bị hại nhưng chỉ có một bị hại yêu cầu hoặc vụ án có nhiều bị can, bị cáo nhưng bị hại chỉ rút yêu cầu đối với một người thì CQTHTT sẽ xử lý như thế nào? Hoặc khi có sự mâu thuẫn trong việc yêu cầu khởi tố VAHS giữa bị hại là người dưới 18 tuổi (không có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất) với người đại diện của họ thì CQTHTT sẽ theo ý kiến của ai? Hoặc trường hợp bị hại là người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất, nhưng không có hoặc không xác định được người đại diện thì CQTHTT sẽ giải quyết như thế nào? Việc xác định tình trạng bị hại có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất là như thế nào, có bắt buộc phải có kết luận của cơ quan có thẩm quyền hay quyết định của tòa án không, trình tự thủ tục như thế nào; người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất có giống với người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi như quy định tại Điều 23 của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 hay không. Đây là những vấn đề cần được tiếp tục quan tâm, nghiên cứu.

Thứ hai, về thời hạn bị hại hoặc người đại diện của bị hại được quyền yêu cầu khởi tố VAHS

Điều 155 BLTTHS năm 2015 không đề cập đến việc bị hại hoặc người đại diện của họ có quyền yêu cầu khởi tố VAHS trong thời hạn bao lâu và nếu hết thời hạn đó thì họ sẽ mất quyền yêu cầu. Có quan điểm cho rằng, BLTTHS không quy định thời hạn bị hại được quyền yêu cầu khởi tố nghĩa là họ có quyền yêu cầu khởi tố bất cứ lúc nào; hoàn toàn không bị giới hạn về mặt thời gian⁶. Tác giả cho rằng, theo quy định của

⁶ Nguyễn Đức Thái, ttdđ, tr. 128; Ngô Văn Lượng, *Một số vấn đề về quyền yêu cầu khởi tố vụ án hình*

BLTTHS năm 2015, thẩm quyền truy cứu trách nhiệm hình sự thuộc về CQTHTT, nhưng những cơ quan này chỉ được thực hiện việc truy cứu trách nhiệm hình sự trong thời hạn nhất định theo quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS). Như vậy, bị hại hoặc người đại diện của bị hại cũng có quyền yêu cầu khởi tố VAHS nếu còn trong thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự, tức là đối với tội ít nghiêm trọng thì thời hạn yêu cầu là 05 năm và với tội nghiêm trọng thì thời hạn yêu cầu là 10 năm⁷. Vấn đề đặt ra là, vì một lý do nào đó mà bị hại hoặc người đại diện của họ chưa yêu cầu khởi tố vụ án, nhưng sắp hết thời hạn họ mới có đơn yêu cầu gây khó khăn cho cơ quan điều tra trong việc thu thập chứng cứ để chứng minh có hành vi phạm tội xảy ra hay không, do chứng cứ bị biến dạng, thay đổi theo thời gian, thậm chí có thể sẽ không còn. Cho nên, có quan điểm cho rằng, cần quy định thời hạn yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại trong điều luật theo hướng thu hẹp hơn so với thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự theo BLHS với lý do: Để hạn chế trường hợp quá thời hạn giải quyết tố giác, tin báo tội phạm do bị hại chậm yêu cầu khởi tố, cần đưa ra quy định về thời hạn yêu cầu khởi tố vụ án để nhằm nâng cao trách nhiệm, ý thức của bị hại trong việc cân nhắc yêu cầu khởi tố hay không khởi tố vụ án của mình và tạo điều kiện thuận lợi cho CQTHTT trong quá trình giải quyết vụ án⁸, tránh việc vụ án bị “treo” không thể giải quyết được và tình trạng vi phạm pháp luật

một cách “bất đắc dĩ”⁹. Từ đó, có quan điểm cho rằng, nên quy định thời hạn bị hại hoặc người đại diện của bị hại được quyền yêu cầu khởi tố VAHS là 02 tháng, theo thời hạn giải quyết tố giác, tin báo tội phạm¹⁰. Có tác giả đề xuất nên quy định bị hại hoặc người đại diện của bị hại chỉ có quyền yêu cầu khởi tố VAHS trong thời hạn 01 tháng, kể từ ngày bị tội phạm xâm phạm¹¹. Người viết cho rằng, thời hiệu yêu cầu xử lý hình sự quy định như hiện nay là phù hợp, thể hiện tính nhân đạo, tôn trọng và bảo đảm quyền con người trong chính sách hình sự của Nhà nước. Nếu giới hạn thời gian yêu cầu khởi tố của bị hại hoặc người đại diện của bị hại như những đề xuất trên sẽ dẫn đến sự bất hợp lý khi vụ việc tuy vẫn còn trong thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự nhưng họ lại không được quyền yêu cầu, chỉ vì bị giới hạn về mặt thủ tục tố tụng. Chưa kể trường hợp yêu cầu chậm có thể do nguyên nhân trở ngại khách quan hoặc sự kiện bất khả kháng. Ngoài ra, quy định này còn thể hiện quyền chủ động tự quyết và tự định đoạt trong vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại. Mặt khác, để việc giải quyết tin báo, tố giác tội phạm không vi phạm thời hạn thì có thể xem xét đến khả năng tạm đình chỉ, chứ không nhất thiết phải quy định thời hạn yêu cầu.

Thứ ba, về thời điểm bị hại hoặc người đại diện của bị hại có quyền rút yêu cầu khởi tố VAHS

Trước đây, BLTTHS năm 2003 quy định: “*Trong trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu trước ngày mở phiên tòa*

sự của bị hại, Tạp chí Khoa học Kiểm sát, số 04/2018, tr. 45.

⁷ Điều 27 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

⁸ Nguyễn Đức Thái, tldd, tr. 147.

⁹ Ngô Văn Lượng, tldd, tr. 46.

¹⁰ Nguyễn Đức Thái, tldd, tr. 129.

¹¹ Ngô Văn Lượng, tldd, tr. 46.

*sơ thẩm thì vụ án phải được đình chỉ*¹². Tuy nhiên, BLTTHS năm 2015 đã bỏ cụm từ “trước ngày mở phiên tòa sơ thẩm” khi quy định: “*Trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu thì vụ án phải được đình chỉ, trừ trường hợp có căn cứ xác định người đã yêu cầu rút yêu cầu khởi tố trái với ý muốn của họ do bị ép buộc, cưỡng bức thì tuy người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu, Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án vẫn tiếp tục tiến hành tố tụng đối với vụ án*”¹³. Như vậy, BLTTHS năm 2015 đã mở rộng thời điểm bị hại hoặc người đại diện của bị hại rút yêu cầu khởi tố vụ án hình sự so với BLTTHS năm 2003. Tuy nhiên, việc này dẫn đến nhiều quan điểm khác nhau.

*Quan điểm thứ nhất cho rằng*¹⁴, bị hại hoặc người đại diện của bị hại có quyền rút yêu cầu khởi tố trước khi Hội đồng xét xử (HĐXX) sơ thẩm nghị án và theo đó HĐXX quyết định đình chỉ vụ án¹⁵. Trường hợp HĐXX đã ra bản án, việc rút yêu cầu này chỉ có ý nghĩa là một tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, không phải là căn cứ để tòa án cấp phúc thẩm đình chỉ vụ án. Bởi lẽ, việc xét xử của tòa án không theo yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại mà là theo truy tố của viện kiểm sát; và việc hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án ở

giai đoạn xét xử phúc thẩm không coi đây là căn cứ để đình chỉ vụ án¹⁶.

*Quan điểm thứ hai cho rằng*¹⁷, bị hại hoặc người đại diện của bị hại có quyền rút yêu cầu khởi tố ở bất kỳ giai đoạn nào, kể cả giai đoạn phúc thẩm. Theo đó, ở giai đoạn sơ thẩm, khi bị hại hoặc người đại diện của bị hại rút yêu cầu khởi tố trước ngày mở phiên tòa thì Thẩm phán chủ tọa phiên tòa ra quyết định đình chỉ vụ án¹⁸ và tại phiên tòa thì HĐXX quyết định đình chỉ vụ án¹⁹. Tuy nhiên, trường hợp sau khi kết thúc phiên tòa sơ thẩm còn trong thời hạn kháng cáo mà bị hại hoặc người đại diện của bị hại rút yêu cầu thì tòa án đã xét xử sơ thẩm hướng dẫn họ làm đơn kháng cáo để tòa án cấp phúc thẩm xem xét giải quyết việc rút yêu cầu theo thủ tục phúc thẩm. Ở giai đoạn phúc thẩm, bị hại hoặc người đại diện của bị hại rút yêu cầu thì HĐXX hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án²⁰.

Theo tác giả, hướng xử lý như quan điểm thứ hai là hợp lý, nhưng vẫn còn có những điểm chưa phù hợp về mặt lý luận lẫn thực tiễn, cụ thể như sau:

- *Một là*, việc xác định thẩm quyền giải quyết thuộc về Thẩm phán chủ tọa phiên tòa hay HĐXX thông qua giai đoạn chuyển tiếp là “ngày mở phiên tòa” là chưa hợp lý, vì ngày mở phiên tòa và ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử không giống nhau.

¹² Khoản 2 Điều 105 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003.

¹³ Khoản 2 Điều 155 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

¹⁴ Bùi Ngọc Hòa (2018), “*Thẩm quyền của Tòa án trong xét xử sơ thẩm và xét xử phúc thẩm theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*”, <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND054313>, truy cập ngày 29/11/2018.

¹⁵ Điều 299 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

¹⁶ Điều 359 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

¹⁷ Công văn 254/TANDTC-PC ngày 26/11/2018 của Tòa án nhân dân tối cao về việc người đã yêu cầu khởi tố vụ án hình sự rút yêu cầu theo quy định tại Điều 155 của Bộ luật Tố tụng Hình sự.

¹⁸ Điều 45 và điểm a khoản 1 Điều 282 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

¹⁹ Khoản 2 Điều 155 và Điều 299 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

²⁰ Khoản 2 Điều 155 và Điều 359 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

Ngày mở phiên tòa là ngày được ấn định trong quyết định đưa vụ án ra xét xử (nếu phiên tòa không thuộc trường hợp phải hoãn hoặc tạm ngừng), còn ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử là ngày ban hành quyết định đưa vụ án ra xét xử²¹. Về nguyên tắc, kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử, mọi thẩm quyền quyết định thuộc về HĐXX, trừ trường hợp giải quyết các yêu cầu, đề nghị về cung cấp, bổ sung chứng cứ; triệu tập người tham gia tố tụng, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng khác đến phiên tòa; đề nghị về việc thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn (trừ biện pháp tạm giam), biện pháp cưỡng chế; đề nghị xét xử công khai hoặc xét xử kín, yêu cầu vắng mặt của người tham gia tố tụng thì thuộc thẩm quyền giải quyết của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa trước khi mở phiên tòa²². Tuy nhiên, cũng có những yêu cầu phát sinh trước khi mở phiên tòa như yêu cầu thay đổi thành viên Hội đồng xét xử, thư ký tòa án; đề nghị về việc xét xử theo thủ tục rút gọn thì Thẩm phán chủ tọa phiên tòa báo cáo với Chánh án hoặc Phó Chánh án được phân công giải quyết theo thẩm quyền²³.

- *Hai là*, trong trường hợp bị hại hoặc người đại diện của bị hại rút yêu cầu khởi tố trước khi HĐXX vào nghị án, HĐXX phải thảo luận, thông qua tại phòng nghị án và lập biên bản về việc đình chỉ vụ án theo quy định tại khoản 2 Điều 299 BLTTHS năm 2015. Tuy nhiên, khoản 6 Điều 326 BLTTHS năm 2015 không đề cập tới trường hợp trên cũng như quyền quyết định

đình chỉ vụ án của HĐXX. Đây có thể xem là sự thiếu sót và hạn chế của điều luật.

- *Ba là*, trong trường hợp bị hại hoặc người đại diện của bị hại rút yêu cầu khởi tố tại phiên tòa phúc thẩm, HĐXX sẽ hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án là phù hợp với quy định tại điểm d khoản 1 Điều 355 BLTTHS năm 2015 về thẩm quyền của HĐXX phúc thẩm đối với bản án sơ thẩm. Tuy nhiên, Điều 359 BLTTHS năm 2015 về hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án lại không quy định về trường hợp khi bị hại hoặc người đại diện của họ rút yêu cầu khởi tố tại phiên tòa phúc thẩm thì HĐXX được quyền hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án.

- *Bốn là*, trong trường hợp sau khi xét xử sơ thẩm, bị hại hoặc người đại diện của bị hại kháng cáo rút yêu cầu khởi tố thì phải đợi tòa án ban hành quyết định đưa vụ án ra xét xử phúc thẩm và tiếp tục chờ đợi đến ngày mở phiên tòa để HĐXX hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án. Như vậy, vụ án sẽ bị kéo dài, gây mất thời gian, tốn kém chi phí khi phải thành lập HĐXX. Đặc biệt, trường hợp bị cáo đang bị tạm giam, nếu không kịp thời được thay đổi biện pháp ngăn chặn bằng hình thức cho tại ngoại, thì phải chờ đến ngày tòa án mở phiên tòa và ban hành quyết định hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án kèm theo việc tuyên trả tự do cho bị cáo. Vấn đề này xuất phát từ việc Thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa không có thẩm quyền ra quyết định hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án.

- *Năm là*, đối với vụ án thuộc trường hợp người thực hiện hành vi phạm tội bị bắt quả tang hoặc người đó tự thú và sự việc phạm tội đơn giản, chứng cứ rõ ràng, tội phạm đã thực hiện là tội ít nghiêm trọng,

²¹ Điểm a khoản 1 Điều 255 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

²² Điều 279 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

²³ Điều 44, Điều 45 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

người phạm tội có nơi cư trú, lý lịch rõ ràng thì được xét xử sơ thẩm theo thủ tục rút gọn. Thậm chí, ở giai đoạn sơ thẩm được giải quyết theo thủ tục thông thường nhưng sau đó chỉ có kháng cáo, kháng nghị giảm nhẹ hình phạt hoặc cho bị cáo được hưởng án treo thì vẫn được giải quyết phúc thẩm theo thủ tục rút gọn²⁴. Tuy nhiên, đối với trường hợp vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại được xét xử sơ thẩm theo thủ tục rút gọn, sau đó bị hại hoặc người đại diện của bị hại kháng cáo rút yêu cầu khởi tố vụ án thì giai đoạn phúc thẩm bắt buộc phải chuyển sang giải quyết theo thủ tục thông thường, do điều kiện áp dụng thủ tục rút gọn để xét xử phúc thẩm không cho phép. Tác giả cho rằng, quy định này là chưa hợp lý, vì trường hợp bị hại hoặc người đại diện của bị hại kháng cáo rút yêu cầu khởi tố vụ án đơn giản hơn các trường hợp nêu trên.

Thứ tư, về rút yêu cầu khởi tố VAHS có điều kiện

Thực tiễn phát sinh trường hợp bị hại có đơn rút yêu cầu khởi tố với nội dung là đồng ý rút yêu cầu khởi tố khi bị can bồi thường xong số tiền mà bị hại yêu cầu, mặc dù số tiền đó cao hơn thiệt hại thực tế gấp nhiều lần, nhưng bị can vẫn đồng ý bồi thường (có biên bản thỏa thuận thống nhất về số tiền bồi thường giữa các bên) và người nhà của bị can đã bồi thường thay cho bị can được một nửa. Có quan điểm cho rằng, đây là trường hợp bị hại rút yêu cầu khởi tố có điều kiện, nếu bị can thực hiện xong việc bồi thường thì CQTHTT mới đình chỉ vụ án.

Tác giả cho rằng, trường hợp này thuộc về kỹ năng xử lý tình huống của người tiến hành tố tụng, họ phải giải thích hậu quả pháp lý của việc bị hại rút yêu cầu khởi tố và làm rõ việc bị hại rút yêu cầu khởi tố có hoàn toàn tự nguyện không. Nếu bị hại đã tự nguyện thì xem như họ đã rút yêu cầu khởi tố. Còn việc thỏa thuận và thống nhất về mức bồi thường giữa các bên là thuộc về trách nhiệm dân sự, nên người tiến hành tố tụng cần giải thích cho họ và đề nghị nên ấn định thời hạn để hoàn thành việc bồi thường nếu bị can không bồi thường đúng thời hạn đó thì bị hại có quyền khởi kiện bằng một vụ án dân sự. Bởi lẽ, thực chất, bị hại yêu cầu bồi thường số tiền cao hơn thực tế nhiều lần và đã đưa bị can vào tình thế miễn cưỡng phải bồi thường để không phải bị xử lý hình sự. Nếu như bị can là người giàu có thì vấn đề không có gì phải bàn, nhưng nếu bị can là người nghèo, gia đình khó khăn và chỉ có thể bồi thường qua các giai đoạn tố tụng? Biết rằng mức bồi thường sẽ được tòa án xem xét phù hợp với quy định của pháp luật và việc đã bồi thường được xem là tình tiết giảm nhẹ, nhưng trong trường hợp này nếu được coi là rút yêu cầu khởi tố có điều kiện thì chế định khởi tố VAHS theo yêu cầu của bị hại lại cho thấy sự bất bình đẳng giữa người giàu và người nghèo, làm mất đi ý nghĩa thực sự của chế định khởi tố VAHS theo yêu cầu của bị hại²⁵. Bởi vậy, tác giả cho rằng không nên quy định việc bị hại rút yêu cầu khởi tố có điều kiện, tức là khi nào bị can, bị cáo bồi thường xong thì đơn rút yêu cầu đó mới có hiệu lực.

3. Kiến nghị hoàn thiện quy định về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại

²⁴ Khoản 2 Điều 456 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

²⁵ Xem thêm: Nguyễn Đức Thái, tltđd, tr. 63 - 66.

Qua phân tích về mặt lý luận lẫn thực tiễn cho thấy, quy định của BLTTHS năm 2015 về khởi tố VAHS theo yêu cầu của bị hại vẫn còn một số điểm chưa phù hợp cần bổ sung hoàn thiện như sau:

Thứ nhất, theo tác giả, cần bổ sung tên của Điều 155 BLTTHS năm 2015 theo hướng: “*Khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại, người đại diện của bị hại*”. Việc bổ sung cụm từ “người đại diện của bị hại” sẽ thống nhất giữa tên điều luật với nội dung của điều luật về chủ thể có quyền yêu cầu, rút yêu cầu khởi tố VAHS.

Thứ hai, trong thời gian tới cần sớm ban hành thông tư liên tịch giữa Bộ trưởng Bộ Công an với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao để hướng dẫn cụ thể các trường hợp:

Một là, khi vụ án có nhiều bị hại nhưng chỉ có một người yêu cầu khởi tố. Tác giả cho rằng, trường hợp này phải dựa trên nguyên tắc có lợi cho bị can, bị cáo để xác định người yêu cầu mới là bị hại và CQTHTT sẽ giải thích quyền lợi cho người không yêu cầu, đồng thời tiến hành lập biên bản và ghi rõ lý do không yêu cầu và nếu họ có yêu cầu bồi thường thì đưa họ vào tham gia tố tụng với tư cách nguyên đơn dân sự.

Hai là, vụ án có nhiều bị can, bị cáo nhưng bị hại chỉ rút yêu cầu đối với một người. Tác giả cho rằng, trường hợp này CQTHTT đình chỉ vụ án đối với bị can, bị cáo mà bị hại rút yêu cầu là phù hợp với quy định tại Điều 230, Điều 248 và Điều 282 BLTTHS năm 2015.

Ba là, khi có sự mâu thuẫn trong việc yêu cầu khởi tố VAHS giữa bị hại là người dưới 18 tuổi (không có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất) với người đại diện của họ. Tác giả cho rằng, mặc dù người dưới 18

tuổi tuy không có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất thì khả năng nhận thức của họ vẫn còn trong giai đoạn đang được hoàn thiện nên cần phải có người đại diện là phù hợp. Tuy nhiên, cần so với độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự đầy đủ là từ đủ 16 tuổi trở lên (tức là không còn được coi là trẻ em)²⁶. Do đó, tác giả cho rằng, trong trường hợp nêu trên cần hướng dẫn theo hướng: “*Nếu có sự mâu thuẫn trong việc yêu cầu khởi tố VAHS giữa bị hại là người dưới 18 tuổi (không có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất) với người đại diện của họ thì CQTHTT sẽ theo ý kiến của người đại diện của bị hại nếu bị hại dưới 16 tuổi và theo ý kiến của bị hại nếu bị hại từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi*”.

Bốn là, trường hợp bị hại là người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất, nhưng không có hoặc không xác định được người đại diện. Vấn đề này có thể tham khảo quy định của BLTTHS Liên bang Nga: Nếu hành vi phạm tội xâm hại đến bị hại đang ở trong tình trạng bị lệ thuộc hoặc do những nguyên nhân khác mà người đó không có khả năng tự mình sử dụng quyền thì mặc dù họ không có yêu cầu nhưng Kiểm sát viên cũng như Dự thẩm viên hoặc Điều tra viên (sau khi có sự đồng ý của Kiểm sát viên) vẫn có quyền khởi tố VAHS²⁷. Thực tiễn còn cho thấy, cha hoặc mẹ gây thương tích cho con là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất thì người còn lại sẽ là người đại diện cho bị hại và hầu như không có yêu cầu khởi tố xảy ra trong trường hợp này.

²⁶ Khoản 1 Điều 12 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

²⁷ Điều 25 Bộ luật Tố tụng Hình sự Liên bang Nga năm 2006.

Năm là, người như thế nào được coi là có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất; có bắt buộc phải có kết luận của cơ quan có thẩm quyền hay quyết định của tòa án không; trình tự thủ tục như thế nào; người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất có giống với người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi hay không. Tác giả cho rằng, tùy thuộc vào từng trường hợp cụ thể để xác định người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi là người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất và phải có kết luận giám định pháp y tâm thần của cơ quan chuyên môn có thẩm quyền. Bởi vì, một người có thể được coi là có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi nhưng chưa đến mức mất năng lực hành vi dân sự. Đó có thể là tình trạng giảm sút trí nhớ, khả năng diễn đạt ý chí do tuổi tác, bệnh tật, tai nạn; hoặc tình trạng khuyết tật về thể chất, ví dụ như câm, điếc... dẫn đến sự khó khăn trong việc hoàn thiện khả năng nhận thức²⁸.

Thứ ba, theo tác giả, cần sửa đổi, bổ sung điểm a khoản 3 Điều 326 BLTTHS năm 2015 theo hướng: “a) Vụ án có thuộc trường hợp tạm đình chỉ hoặc thuộc trường hợp trả hồ sơ để điều tra bổ sung hoặc đình chỉ vụ án hay không”. Và bổ sung điểm e vào khoản 6 Điều 326 BLTTHS năm 2015 theo hướng: “e) Đình chỉ vụ án”. Việc sửa đổi, bổ sung quy định này vừa đảm bảo phù hợp với quy định tại khoản 2 Điều 299 BLTTHS năm 2015 về việc ra bản án, quyết định của tòa án, đặc biệt là khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015 về thời điểm bị hại

hoặc người đại diện của bị hại có quyền rút yêu cầu khởi tố kẻ cả tại phiên tòa trước khi HĐXX vào nghị án, vừa đảm bảo nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa trong TTHS²⁹.

Thứ tư, theo tác giả cần mở rộng thẩm quyền giải quyết của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa về việc giải quyết yêu cầu, đề nghị trước khi mở phiên tòa; và mở rộng thẩm quyền của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa (đối với vụ án được giải quyết theo thủ tục thông thường), Thẩm phán được phân công (đối với vụ án được giải quyết theo thủ tục rút gọn) ở giai đoạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm. Cụ thể là bổ sung điểm e vào khoản 1 Điều 279 BLTTHS năm 2015 theo hướng: “e) Yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại về việc rút yêu cầu khởi tố”; bổ sung điểm c vào khoản 2 Điều 346 BLTTHS năm 2015 theo hướng: “c) Hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án”; bổ sung điểm c vào khoản 2 Điều 464 BLTTHS năm 2015 theo hướng: “c) Hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án”. Việc bổ sung quy định này nhằm rút ngắn thời gian giải quyết vụ án, đảm bảo tốt hơn quyền lợi cho bị cáo trong trường hợp bị tạm giam, nhưng bị hại hoặc người đại diện của bị hại đã rút yêu cầu khởi tố trước khi tòa án mở phiên tòa (ở giai đoạn sơ thẩm) hoặc họ đã kháng cáo rút yêu cầu khởi tố (điều này đã thể hiện sự tự nguyện của họ thông qua việc được Tòa án cấp sơ thẩm hướng dẫn làm đơn kháng cáo rút yêu cầu khởi tố nên không cần thiết phải mở phiên tòa phúc thẩm để kiểm tra lại).

Thứ năm, theo tác giả cần bổ sung vào khoản 2 Điều 359 BLTTHS năm 2015 theo hướng: “Trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu theo quy định tại khoản 2

²⁸ Trường Đại học Mở Tp. Hồ Chí Minh - Nguyễn Ngọc Điện chủ biên, *Giáo trình Luật Dân sự (Tái bản lần thứ 4, có chỉnh sửa, bổ sung)*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, năm 2018, tr. 95.

²⁹ Điều 7 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

Điều 155 của Bộ luật này thì Hội đồng xét xử phúc thẩm hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án”. Việc bổ sung quy định này là phù hợp với quy định tại khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015 về thời điểm bị hại hoặc người đại diện của bị hại có quyền rút yêu cầu khởi tố kể cả ở giai đoạn phúc thẩm; đảm bảo nguyên tắc pháp chế, đảm bảo thẩm quyền của HĐXX phúc thẩm. Ngoài ra, phương án trên khả thi hơn phương án bổ sung khoản 8 Điều 157 vào khoản 2 Điều 359 BLTTHS năm 2015: “*Khi có một trong các căn cứ quy định tại các khoản 3, 4, 5, 6, 7 và 8 Điều 157 của Bộ luật này thì Hội đồng xét xử phúc thẩm hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án*”. Bởi vì, theo quy định tại khoản 8 Điều 157 BLTTHS năm 2015 thì bị hại hoặc người đại diện của bị hại không yêu cầu khởi tố, khác với trường hợp có yêu cầu khởi tố nhưng sau đó đã rút lại yêu cầu.

Thứ sáu, theo tác giả, cần mở rộng điều kiện để vụ án được giải quyết theo thủ tục rút gọn ở giai đoạn xét xử phúc thẩm. Theo đó, cần bổ sung vào khoản 2 Điều 456 BLTTHS năm 2015 theo hướng:

“2. Thủ tục rút gọn được áp dụng trong xét xử phúc thẩm khi có một trong các điều kiện:

a) Vụ án đã được áp dụng thủ tục rút gọn trong xét xử sơ thẩm và chỉ có kháng cáo, kháng nghị giảm nhẹ hình phạt hoặc cho bị cáo được hưởng án treo hoặc bị hại, người đại diện của bị hại kháng cáo rút yêu cầu khởi tố;

b) Vụ án chưa được áp dụng thủ tục rút gọn trong xét xử sơ thẩm nhưng có đủ các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều này và chỉ có kháng cáo, kháng nghị giảm nhẹ hình phạt hoặc cho bị cáo được hưởng án treo

hoặc bị hại, người đại diện của bị hại kháng cáo rút yêu cầu khởi tố”.

Việc bổ sung quy định trên đảm bảo tính hợp lý khi vụ án đã được xét xử sơ thẩm theo thủ tục rút gọn và sau đó bị hại hoặc người đại diện của bị hại kháng cáo rút yêu cầu khởi tố vụ án thì vụ án được tiếp tục xét xử phúc thẩm theo thủ tục rút gọn. Hoặc trường hợp ở giai đoạn sơ thẩm không được giải quyết theo thủ tục rút gọn nhưng vụ án chỉ có bị hại hoặc người đại diện của bị hại kháng cáo rút yêu cầu khởi tố thì cũng cần áp dụng thủ tục rút gọn để xét xử nhằm rút ngắn thời gian giải quyết vụ án, phù hợp với đề xuất về việc mở rộng thẩm quyền của Thẩm phán được phân công ở giai đoạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm nêu trên.

Kết luận

Khởi tố VAHS theo yêu cầu của bị hại là quy định đặc thù thể hiện quyền tự quyết và tự định đoạt của bị hại trong TTHS, do vậy, họ được quyền rút yêu cầu khởi tố để chấm dứt tiến trình tố tụng nhằm đảm bảo tốt hơn quyền lợi cho mình. BLTTHS năm 2015 đã mở rộng thời điểm bị hại hoặc người đại diện của bị hại rút yêu cầu khởi tố so với BLTTHS năm 2003. Tuy nhiên, qua phân tích cho thấy, quy định của BLTTHS năm 2015 về khởi tố VAHS theo yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại vẫn còn một số điểm hạn chế, bất cập nhất định. Do vậy, trong thời gian tới khi sửa đổi, bổ sung BLTTHS năm 2015 cần hoàn thiện các quy định này, nhằm đảm bảo tính hợp lý, sự gắn kết và thống nhất giữa các điều luật với nhau, đặc biệt là đảm bảo tốt hơn quyền lợi của bị hại, bị cáo và đảm bảo nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa trong TTHS.

XỬ LÝ CHUYÊN HƯỚNG ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN PHẠM TỘI THÔNG QUA THỎA THUẬN TẠM ĐÌNH CHỈ TRUY TỐ

Nguyễn Hải Yến*

Tóm tắt: *Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố với mục đích chính nhằm trao cho pháp nhân phạm tội cơ hội được sửa chữa sai lầm và tiếp tục vận hành mà không bị ảnh hưởng tiêu cực bởi việc bị kết án; đồng thời vẫn đảm bảo được mục đích trừng trị và ngăn ngừa của biện pháp hình sự. Cơ chế này được áp dụng từ lâu tại Hoa Kỳ và được các quốc gia học tập kinh nghiệm đưa vào hệ thống của mình. Bài viết giới thiệu về nội dung thoả thuận này đồng thời gợi mở việc áp dụng tại Việt Nam.*

Abstract: *Deferred prosecution agreement serves the main aims to give the offending legal persons an opportunity to repair the consequences and continue to operate without being negatively affected by the conviction, and ensure punitive and deterrent purposes of criminal measures. This mechanism has been applied for a long time in the United States and has been adopted into the system of other countries. This article introduces the content of this mechanism and suggests the prospect of application thereof in Vietnam.*

1. Bối cảnh truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân tại Việt Nam

Doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế đóng vai trò quan trọng trong sự phát triển của một quốc gia. Có thể nói, những chủ thể này là trung tâm của nền kinh tế và sự hiện diện cũng như tầm ảnh hưởng của chúng vươn tới mọi khía cạnh của đời sống xã hội. Tuy nhiên, đi kèm với xu hướng phát triển của các thành phần kinh tế này là những hành vi vi phạm pháp luật mà trong nhiều trường hợp, gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến nền kinh tế - xã hội, đặc biệt ở các lĩnh vực môi trường; thuế; kinh doanh, thương mại; tài chính, ngân hàng và bảo hiểm. Nhằm tăng cường tính răn đe cũng như xử lý hiệu quả đối với các hành vi vi phạm của các chủ thể trên, lần đầu tiên Bộ luật Hình sự năm 2015 quy định truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các chủ thể là pháp nhân

thương mại. Đây có thể coi là sự sửa đổi đánh dấu bước ngoặt trong quá trình cải cách hệ thống tư pháp hình sự Việt Nam. Một trong những điểm nổi trội được cho là ưu việt hơn so với cách thức xử lý hành chính hay dân sự đó là tính chuyên nghiệp, minh bạch cao và chế tài mạnh mẽ¹. Cụ thể, pháp nhân thương mại phạm tội có thể phải chịu một trong các hình phạt chính như: Phạt tiền, đình chỉ hoạt động có thời hạn, đình chỉ hoạt động vĩnh viễn; và các hình phạt bổ sung như: Cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định; cấm huy động vốn; phạt tiền (khi không áp dụng là hình phạt chính), đồng thời pháp nhân phải chịu án tích do toà án quyết định.

¹ Hoàng Văn Vân, *Một số vấn đề về truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại theo Bộ luật Hình sự năm 2015*, <http://toaandaklak.gov.vn/trao-doi-nghiep-vu/mot-so-van-de-ve-truy-cuu-trach-nhiem-hinh-su-doi-voi-phap-nhan-thuong-mai-theo-bo-luat-hinh-su-nam-2015-294>., html, truy cập ngày 30/12/2018.

* ThS., Vụ Pháp luật hình sự - hành chính, Bộ Tư pháp.

Việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân là điều cần thiết nhưng chưa có vụ việc nào được xử lý. Tuy nhiên, cần nhận diện những nguy cơ từ việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân để sớm khắc phục kịp thời. Việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân trải qua một quá trình tố tụng phức tạp, kéo dài sẽ không tránh khỏi việc ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất, kinh doanh của pháp nhân đó, của kinh tế địa phương, của các chủ thể là các đối tác hợp tác, kinh doanh với pháp nhân, chủ nợ, và đặc biệt là người lao động. Pháp luật của các quốc gia có quy định truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân đã xác định biện pháp khắc phục những ảnh hưởng này mà vẫn đảm bảo tính răn đe đối với pháp nhân; đó là cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố (*deferred prosecution agreement*) hay còn gọi là thoả thuận chuyển hướng trước xét xử (*pre-trial diversion agreement*). Đây là một giải pháp hiệu quả tại một số quốc gia², trong đó Hoa Kỳ là quốc gia có truyền thống sử dụng cơ chế này từ lâu và thường xuyên hơn cả.

2. Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố theo hệ thống pháp luật Hoa Kỳ

Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố là thoả thuận giữa cơ quan công tố và pháp nhân phạm tội; trong đó, cơ quan công tố đồng ý rút cáo trạng, nếu sau một thời gian nhất định, pháp nhân phạm tội đó hoàn thành nghĩa vụ của mình. Ví dụ: Pháp nhân phạm tội hợp tác với các cơ quan có thẩm quyền trong các cuộc điều tra đối với tội phạm khác; thừa nhận hành vi vi phạm của mình; thực hiện cải cách nội bộ bao gồm xây dựng các khuôn khổ nội quy hoạt động hiệu quả và có cơ chế giám sát độc lập; chấp nhận các

biện pháp trừng phạt (như hình phạt, bồi thường và giao nộp tài sản bất chính). Bất kỳ hành vi vi phạm thoả thuận nào của pháp nhân, phải được chứng minh trước thẩm phán. Trong trường hợp này, cơ quan công tố sẽ có lợi thế về bằng chứng khi đã có được sự nhận tội trước đó của pháp nhân và các bằng chứng thu được từ sự hợp tác của pháp nhân. Điều đó có nghĩa là nếu vi phạm thoả thuận thì dường như chắc chắn pháp nhân sẽ bị kết án. Hơn nữa, khả năng truy tố vẫn luôn được duy trì ngay cả sau giai đoạn thoả thuận nếu pháp nhân phạm tội mới, và lúc này pháp nhân thường không được phép tham gia vào thoả thuận tạm đình chỉ truy tố tiếp theo. Thoả thuận thường được thực hiện từ một đến ba năm để pháp nhân phạm tội có thể hoàn thành các nghĩa vụ của mình.

2.1. Ưu điểm của cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố

Vào đầu những năm 90 của thế kỷ XX, thoả thuận tạm đình chỉ truy tố tại Hoa Kỳ chủ yếu được sử dụng cho các tội phạm không nghiêm trọng, hoặc không liên quan đến bạo lực; đối tượng được áp dụng chủ yếu là người chưa thành niên và người phạm tội lần đầu. Mục đích chính của cơ chế này lúc đó là để chuyển hướng các đối tượng được áp dụng ra khỏi quá trình tố tụng và tái hòa nhập³. Tuy nhiên, về sau, đặc biệt là kể từ cuộc khủng hoảng tài chính năm 2008, cơ chế này được áp dụng chủ yếu cho pháp nhân phạm tội nhằm tránh hậu quả tiêu cực cho doanh nghiệp cũng như người lao động trong khi vẫn duy trì việc ngăn chặn tái phạm và mục đích trừng phạt⁴.

³ Peter R Reilly, *Justice Deferred Is Justice Denied: We Must End Our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecutions*, Brigham Young University Law Review, năm 2015, tr. 53.

⁴ MoloLamken Law Firm, *What's a Deferred Prosecution Agreement?*, <http://www.mololam>

² Hoa Kỳ, Anh, Canada, Pháp, Argentina, Singapore.

Tương tự trường hợp áp dụng với cá nhân, việc áp dụng thoả thuận tạm đình chỉ truy tố đối với pháp nhân cũng được coi là giải pháp “tái hoà nhập” các pháp nhân phạm tội, đặc biệt khi pháp nhân là chủ thể trừu tượng và quá trình truy tố kéo dài có thể gián tiếp trừng phạt những chủ thể vô tội như người lao động; các chủ nợ; các đối tác cung cấp, sản xuất và khách hàng của pháp nhân đó. Bên cạnh đó, thiệt hại về mặt uy tín có thể ảnh hưởng lớn đến hoạt động kinh doanh của pháp nhân thương mại, từ đó ảnh hưởng đến mối quan hệ với đối tác, khách hàng, chủ nợ nói riêng và công chúng nói chung, thậm chí có thể dẫn đến phá sản⁵. Cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố được coi là giải pháp giải quyết gốc rễ và phòng ngừa các vấn đề trong tương lai vì pháp nhân thương mại có thể bị yêu cầu cải tổ các hoạt động của mình và được giám sát để đảm bảo sự tuân thủ pháp luật hiện hành. Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố còn có lợi ích về mặt kinh tế; đình chỉ truy tố có thể góp phần tránh được việc điều tra, truy tố tốn kém, thậm chí, có thể tạo ra lợi ích cho Nhà nước từ việc thu lại được tiền nộp phạt và lợi nhuận bất chính từ các pháp nhân phạm tội.

Về mục đích trừng phạt và bồi thường, thoả thuận tạm đình chỉ truy tố cho phép đưa ra những điều kiện áp dụng đối với pháp nhân phạm tội, tương xứng với tính chất và mức độ của tội phạm mà pháp nhân thực hiện. Trong trường hợp pháp nhân bị kết án với hình phạt tiền thì hình phạt bị

giới hạn theo quy định của luật; trong khi đó, thoả thuận tạm đình chỉ truy tố cho phép các bên có sự linh hoạt về mức tiền nộp phạt và tạo điều kiện cho các nạn nhân của tội phạm được bồi thường xứng đáng hơn, Nhà nước thu được khoản tiền phạt lớn hơn và thu được tài sản bất chính hiệu quả hơn. Cuối cùng, một lợi ích khác của thoả thuận tạm đình chỉ truy tố là có thể khuyến khích các doanh nghiệp tố giác hành vi tội phạm trong chính nội bộ của mình. Thực tiễn tại Hoa Kỳ cũng cho thấy hiệu quả của cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố - hay còn gọi là cơ chế thoả thuận chuyển hướng trước phiên toà - như một công cụ xử lý pháp nhân phạm tội. Kể từ năm 2000, Bộ Tư pháp Hoa Kỳ đã tiến hành 245 thỏa thuận với pháp nhân, thu được tổng cộng 36 tỷ đô la từ tiền phạt, tịch thu tài sản và từ các biện pháp khác. Chỉ riêng trong năm 2012, các cơ quan thực thi liên bang đã tiến hành 36 thỏa thuận, thu về 9 tỷ đô la tiền phạt⁶. Hiệu quả của cơ chế này còn căn cứ vào việc pháp nhân có phạm tội mới trong hoặc sau thỏa thuận hoặc có thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ của thỏa thuận hay không. Tại Hoa Kỳ, thỏa thuận tạm đình chỉ truy tố được coi là công cụ hiệu quả để đối phó với pháp nhân phạm tội, đặc biệt là các tội phạm kinh tế và tài chính. Cơ chế này rút ngắn quá trình xử lý pháp nhân nhưng không giảm sức răn đe đối với nhóm tội phạm này⁷.

Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố không phải là công cụ để nhân nhượng với tội phạm, bởi cơ chế này yêu cầu pháp nhân

ken.com/news-knowledge-18.html, truy cập ngày 24/01/2019.

⁵ Federico Mazzacava, *Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and Non-Prosecution Agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice*, *The Journal of Criminal Law*, số 3, năm 2014, tr. 249.

⁶ Court Golumbic and Albert Lichy, *The 'Too Big to Jail' Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy*, *Social Science Research Network*, năm 2014, tr. 310.

⁷ Mazzacava, *Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders*, tđđđ.

phải thừa nhận và chịu trách nhiệm về hành vi phạm tội của mình, hợp tác đầy đủ và trung thực với các cơ quan có thẩm quyền. Cơ chế này cho phép thu được số tiền phạt lớn hơn so với mức quy định trong luật, đồng thời buộc pháp nhân phạm tội phải thay đổi cơ bản trong cách thức kinh doanh và vận hành với mục đích ngăn ngừa việc tái phạm. Nói cách khác, thoả thuận tạm đình chỉ truy tố có thể đạt được mục tiêu của truy tố là giáo dục và răn đe trong cộng đồng, cải tạo đối tượng phạm tội, bồi thường nạn nhân. Do đó, việc áp dụng thoả thuận có tính đến bản chất của hành vi phạm tội và những tác động của pháp nhân đối với nền kinh tế.

2.2. Thủ tục áp dụng thoả thuận tạm đình chỉ truy tố

Sở tay Công tố viên Hoa Kỳ đưa ra các yêu cầu mà các công tố viên nên xem xét khi điều tra, truy tố và thương lượng về một thoả thuận liên quan đến tội phạm của pháp nhân. Theo đó, trước khi quyết định có nên tiến hành thoả thuận tạm đình chỉ truy tố với pháp nhân hay không, công tố viên cần xem xét:

1. Sự đầy đủ của bằng chứng;
2. Khả năng kết án thành công tại phiên tòa;
3. Mức độ răn đe, tái hoà nhập và các hậu quả khác của việc kết án;
4. Hiệu quả của các phương pháp phi hình sự;
5. Bản chất và mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội;
6. Tính phổ biến của hành vi trong nội bộ pháp nhân;
7. Trước đây pháp nhân đã có hành vi sai phạm tương tự hay không;
8. Sự sẵn sàng hợp tác của pháp nhân với cơ quan có thẩm quyền;

9. Việc tuân thủ pháp luật trước đó của pháp nhân;

10. Việc trình báo kịp thời, tự nguyện về hành vi vi phạm trong pháp nhân; việc bồi thường hậu quả của pháp nhân;

11. Hậu quả tiêu cực nếu truy tố pháp nhân;

12. Tính thoả đáng của các biện pháp khắc phục hậu quả đối với hành vi vi phạm của pháp nhân;

13. Tính thoả đáng của việc truy tố các cá nhân chịu trách nhiệm về vi phạm của pháp nhân⁸.

Sau khi cân nhắc các yếu tố này, công tố viên sẽ quyết định việc tiến hành thoả thuận với pháp nhân; nếu thấy việc thoả thuận là có ích, công tố viên sẽ đưa ra đề nghị thoả thuận và thảo luận về các điều kiện của thoả thuận với pháp nhân. Nội dung thoả thuận thường xác nhận về các hành vi phạm tội từ phía pháp nhân, các nghĩa vụ pháp nhân phải thực hiện, thời gian thực hiện và cơ chế giám sát việc tuân thủ nghĩa vụ thoả thuận của pháp nhân. Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố cần có sự chấp thuận của tòa án⁹; trên thực tế, tòa án ít khi từ chối chấp thuận thoả thuận. Việc xem xét của tòa án hoàn toàn khác với việc xem xét đối với thoả thuận mặc cả nhận tội, nếu như trong thoả thuận mặc cả thú tội, tòa án phải đảm bảo các yếu tố theo luật định, (ví dụ như đảm bảo yếu tố tự nguyện và hiểu rõ nội dung thoả thuận mặc cả nhận tội của bị cáo) để thoả thuận đó được thông qua, thì đối với thoả thuận tạm đình chỉ truy tố, tòa

⁸ Sở tay Công tố viên Hoa Kỳ § 9-28.300 và § 9-28.1300, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>, truy cập ngày 27/01/2019.

⁹ Luật Liên bang Hoa Kỳ, Mục 18. § 3161(h)(2), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3161>, truy cập ngày 27/01/2019.

án không xem xét đến các nội dung, điều kiện của thoả thuận¹⁰. Tòa án không thể từ chối với lý do rằng, tội phạm của pháp nhân không phù hợp để được miễn truy tố¹¹.

2.3. Nghĩa vụ của pháp nhân khi tham gia thoả thuận

Nghĩa vụ của pháp nhân trong một thoả thuận tạm đình chỉ truy tố thường là hợp tác với cơ quan có thẩm quyền; thực hiện nghĩa vụ tài chính; cải tổ hệ thống trong nội bộ pháp nhân; thiết lập một cơ chế giám sát việc tuân thủ thỏa thuận; cam kết không phạm tội mới. Nếu bị cáo không thực hiện nghĩa vụ đã thỏa thuận, sẽ bị truy tố ra toà và lời khai được đưa ra trong quá trình thoả thuận được sử dụng làm bằng chứng chống lại pháp nhân tại toà¹².

Nghĩa vụ hợp tác với cơ quan có thẩm quyền

Thực tế, việc yêu cầu pháp nhân thực hiện nghĩa vụ hợp tác với cơ quan có thẩm quyền cũng nhằm vào việc truy tố đối với những cá nhân chịu trách nhiệm để xảy ra các hành vi vi phạm. Việc hợp tác với cơ quan có thẩm quyền có thể dưới các hình thức khác nhau: Cung cấp nhân chứng bắt cứ khi nào và tại bất cứ đâu nếu công tố viên muốn lấy lời khai mà không cần trát của tòa; thay thế những cán bộ chịu trách nhiệm về các vi phạm của pháp nhân và chấm dứt hợp đồng đối với những nhân viên từ chối hợp tác điều tra; cung cấp đầy đủ các thông tin, tài liệu nội bộ liên quan đến hành vi vi phạm của pháp nhân.

¹⁰ Jake A. Nasar, *In Defense of Deferred Prosecution Agreements Notes*, New York University Journal of Law and Liberty, số 11, năm 2018, tr. 892.

¹¹ Vụ United States v. Fokker Services B.V., <https://harvardlawreview.org/2017/01/united-states-v-fokker-services-b-v/>, truy cập ngày 9/01/2019.

¹² Reilly, *Justice Deferred Is Justice Denied: We Must End Our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecution*, t.lđđ.

Nghĩa vụ tài chính

Các nghĩa vụ tài chính bao gồm việc bồi thường cho nạn nhân, nộp tiền phạt và giao nộp tài sản bất chính. Mục đích trừng trị của thoả thuận tạm đình chỉ truy tố thể hiện chủ yếu trong nghĩa vụ này. Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố là công cụ hiệu quả có thể đạt được mức tiền phạt linh hoạt. Việc phạm tội của pháp nhân chủ yếu vì mục đích lợi nhuận, do đó, mức tiền phạt bằng hoặc lớn hơn lợi nhuận mà pháp nhân thu được từ hành vi vi phạm sẽ có tác dụng ngăn ngừa những vi phạm sau này và cũng răn đe đối với những pháp nhân khác¹³.

Nghĩa vụ cải tổ hệ thống vận hành

Thoả thuận tạm đình chỉ truy tố còn có mục đích thay đổi hành vi của pháp nhân thông qua việc thay đổi hệ thống nhân sự và trách nhiệm của những cá nhân đứng đầu của pháp nhân đó. Từ năm 2003 đến 2013, 1/3 số thoả thuận tạm đình chỉ truy tố của Hoa Kỳ bao gồm điều khoản thay đổi nhân sự chủ chốt - những cá nhân có quyền đưa ra quyết định trong hoạt động kinh doanh của pháp nhân phạm tội¹⁴. Bằng cách thay đổi những người đứng đầu pháp nhân, thoả thuận tạm đình chỉ truy tố có thể khuyến khích tăng cường quản trị tốt doanh nghiệp và thúc đẩy sự tập trung vào cải cách doanh nghiệp. Ngoài cách thức thay đổi nhân sự, việc có một cơ chế thực thi trong nội bộ pháp nhân được cho là hiệu quả không kém. Để ngăn ngừa tái phạm thì thông thường pháp nhân phạm tội sẽ cần thay đổi cách thức quản lý và vận hành tổ chức của mình, bởi đây là những yếu tố quan trọng dẫn đến

¹³ Jake A. Nasar, t.lđđ, tr. 866.

¹⁴ Wulf A. Kaal and Timothy A. Lacine, *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, *The Business Lawyer* 70, số 1, năm 2014, tr. 61-119.

việc pháp nhân có thực thi đúng pháp luật hay không. Cụ thể, pháp nhân phạm tội cần phải thiết lập một khuôn khổ các quy tắc và tiêu chuẩn trong mọi hoạt động để đảm bảo tuân thủ pháp luật, thiết lập các khoá đào tạo định kỳ cho nhân viên về các quy tắc, tiêu chuẩn, quy trình hoạt động của pháp nhân.

Thiết lập cơ chế giám sát việc tuân thủ thoả thuận

Một cơ chế điển hình đảm bảo thực thi thoả thuận là giới thiệu các giám sát viên khách quan từ bên ngoài nhằm kiểm soát sự tuân thủ của pháp nhân với các điều khoản của thoả thuận. Nhìn chung, giám sát viên đối với pháp nhân phải giám sát hệ thống quản lý nội bộ hoặc đề xuất, giới thiệu xây dựng một hệ thống mới để đánh giá sự hiệu quả trong hoạt động của pháp nhân và ngăn chặn các hành vi vi phạm. Quyền hạn cụ thể của các giám sát viên trong từng thoả thuận là khác nhau; có thể chỉ là vai trò tư vấn cho pháp nhân hoặc can thiệp sâu vào quá trình vận hành của pháp nhân bao gồm thiết kế lại quy trình nội bộ của pháp nhân, báo cáo mọi hành vi sai lệch hoặc những kẽ hở trong quá trình vận hành cho chính pháp nhân đó và cho tòa án. Trong một số trường hợp, các thoả thuận cho phép pháp nhân được lựa chọn giám sát viên của mình, với sự chấp thuận của công tố viên. Trong các trường hợp khác, công tố viên đứng ra lựa chọn giám sát viên phù hợp. Thông thường, những giám sát viên này được lựa chọn từ nhóm các cựu nhân viên của cơ quan có thẩm quyền bao gồm các cựu thẩm phán, công tố viên và nhân viên quản lý được các bên liên quan cho là đáng tin cậy¹⁵.

3. Khả năng áp dụng cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố tại Việt Nam

Pháp luật hình sự Việt Nam quy định chính sách “khoan hồng đối với pháp nhân thương mại tích cực hợp tác với cơ quan có trách nhiệm trong việc phát hiện tội phạm hoặc trong quá trình giải quyết vụ án, tự nguyện sửa chữa, bồi thường thiệt hại gây ra, chủ động ngăn chặn hoặc khắc phục hậu quả xảy ra”¹⁶. Mục đích của cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố cũng không gì khác hơn trao cho pháp nhân phạm tội cơ hội được hưởng khoan hồng thông qua việc thực hiện các nghĩa vụ chứng tỏ sự hối cải và mong muốn “tái hoà nhập” của mình. Do vậy, việc bổ sung chế định thoả thuận tạm đình chỉ truy tố có thể góp phần hiện thực hoá chính sách hình sự của Nhà nước Việt Nam với pháp nhân thương mại phạm tội, góp phần quan trọng trong việc giảm thiểu những ảnh hưởng tiêu cực đối với những chủ thể vô tội như người lao động, các đối tác của pháp nhân phạm tội nói riêng cũng như nền kinh tế nói chung.

Với bản chất nêu trên, có thể nhận thấy, cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố có tiềm năng áp dụng tại Việt Nam. Tuy nhiên, việc áp dụng bất kỳ cơ chế nào từ hệ thống pháp luật này sang hệ thống pháp luật khác cần có sự cân nhắc, tiếp thu có chọn lọc. Mặc dù được áp dụng phổ biến trong hệ thống tố tụng hình sự Hoa Kỳ và có những lợi ích đã được thừa nhận rộng rãi, cơ chế thoả thuận tạm đình chỉ truy tố cũng vấp phải một số quan ngại. Bản chất của thoả thuận tạm đình chỉ truy tố có thể khiến cho việc phân định vai trò giữa cơ quan công tố và tòa án bị lu mờ, và vô hình trung biến công tố viên thành thẩm phán khi được trao cho thẩm quyền tiến hành thoả thuận tạm

(Xem tiếp trang 65)

¹⁵ Jake A. Nasar, tldđ, tr. 862.

¹⁶ Điều 4 khoản 2 Điều 3 Bộ luật Hình sự năm 2015.

MỘT SỐ BẤT CẬP LIÊN QUAN ĐẾN TRÁCH NHIỆM CỦA THƯƠNG NHÂN TRONG QUẢNG CÁO THƯƠNG MẠI

Nguyễn Võ Linh Giang*

Tóm tắt: Bài viết phân tích bất cập trong quy định về trách nhiệm của thương nhân trong hoạt động quảng cáo thương mại. Qua đó, bài viết kiến nghị những biện pháp hoàn thiện quy định pháp luật về trách nhiệm của thương nhân quảng cáo nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Abstract: The article analyzes certain shortcomings in the regulations on responsibilities of traders for commercial advertising. Thereby, it makes concrete proposals for improvement of regulations on responsibilities of advertising traders with the purpose to protect consumers' rights and interests.

1. Bất cập trong quy định pháp luật về trách nhiệm của thương nhân trong quảng cáo thương mại

Trong hoạt động quảng cáo, thương nhân có trách nhiệm cung cấp thông tin cho người tiêu dùng. Thông tin trong giai đoạn này rất quan trọng đối với người tiêu dùng. Dựa trên những thông tin này, người tiêu dùng quyết định có mua hay sử dụng một hàng hóa, dịch vụ của thương nhân hay không. Trách nhiệm cung cấp thông tin của thương nhân quảng cáo được quy định chung với trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trong việc cung cấp thông tin về hàng hóa, dịch vụ cho người tiêu dùng tại Điều 12 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Theo đó, thương nhân quảng cáo có trách nhiệm cung cấp các thông tin cho người tiêu dùng về hàng hóa, dịch vụ, bao gồm:

- Ghi nhãn hàng hóa theo quy định của pháp luật;

- Cảnh báo khả năng hàng hóa, dịch vụ có ảnh hưởng xấu đến sức khỏe, tính mạng,

tài sản của người tiêu dùng và các biện pháp phòng ngừa;

- Cung cấp thông tin về khả năng cung ứng linh kiện, phụ kiện thay thế của hàng hóa;

- Cung cấp, hướng dẫn sử dụng; điều kiện, thời hạn, địa điểm, thủ tục bảo hành trong trường hợp hàng hóa, dịch vụ có bảo hành.

Nhãn hàng hóa là một trong những công cụ cung cấp thông tin hữu hiệu cho người tiêu dùng. Tuy nhiên, trong hoạt động quảng cáo thương mại, thương nhân thường chỉ giới thiệu về hàng hóa, tên hàng hóa mà không nêu cụ thể các thông tin khác liên quan trên nhãn hàng hóa. Quyền tiếp cận thông tin về hàng hóa của người tiêu dùng trong giai đoạn này thường không được bảo đảm bởi thương nhân quảng cáo thương mại.

Thương nhân quảng cáo thương mại phải cung cấp thông tin cho người tiêu dùng về khả năng hàng hóa, dịch vụ có ảnh hưởng đến sức khỏe, tính mạng, tài sản để họ biết trước khi quyết định mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ. Tuy nhiên, vì mục đích

* Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

lợi nhuận, họ thường không cung cấp những thông tin này đến người tiêu dùng.

Nhằm đảm bảo thông tin trong hoạt động quảng cáo đến với người tiêu dùng được chính xác, bên cạnh Điều 12 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, khoản 1 Điều 10 của Luật quy định về các hành vi bị cấm như sau:

Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ lừa dối hoặc gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng thông qua hoạt động quảng cáo hoặc che giấu, cung cấp thông tin không đầy đủ, sai lệch, không chính xác về một trong các nội dung sau đây:

- Hàng hóa, dịch vụ mà tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ cung cấp;

- Uy tín, khả năng kinh doanh, khả năng cung cấp hàng hóa, dịch vụ của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ;

- Nội dung, đặc điểm giao dịch giữa người tiêu dùng với tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ.

Như vậy, pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng quy định những hành vi quảng cáo lừa dối hoặc gây nhầm lẫn sẽ bị cấm. Tuy nhiên, điều luật không xác định nội dung nào sẽ bị cấm, nội dung nào không bị cấm hay chỉ cần quảng cáo đó gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng đều bị cấm. Nghị định số 99/2011/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 cũng chưa có hướng dẫn về nội dung này. Trong khi đó, Luật Quảng cáo cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành cũng chỉ dừng lại ở việc liệt kê hành vi quảng cáo bị cấm bao gồm quảng cáo lừa dối, quảng cáo gây nhầm lẫn mà không xác định cụ thể. Vì vậy, để xác định một quảng cáo là lừa dối hay gây nhầm lẫn phải dựa vào quy định của pháp luật cạnh tranh.

Luật Cạnh tranh năm 2004 quy định về quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh tại Điều 45. Tuy nhiên, Luật Cạnh tranh năm 2018 (có hiệu lực vào ngày 01/7/2019) không quy định vấn đề này mà chỉ liệt kê các hành vi cạnh tranh không lành mạnh bị cấm tại Điều 45.

Về hành vi quảng cáo so sánh, quảng cáo bắt chước và quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn bị cấm: Quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn tác động trực tiếp đến hành vi của người tiêu dùng nhằm định hướng tiêu dùng theo nội dung quảng cáo. Việc này ảnh hưởng đến thông tin người tiêu dùng được tiếp cận và quyền lựa chọn của người tiêu dùng. Ngoài ra, việc cung cấp thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn trong hoạt động quảng cáo không chỉ vi phạm nguyên tắc trung thực mà còn xâm phạm ý chí của người tiêu dùng khi muốn mua sản phẩm mà người đó nhận biết khi xem quảng cáo, chứ không phải sản phẩm thực tế¹. Hành vi quảng cáo so sánh và quảng cáo bắt chước tác động trực tiếp đến đối thủ cạnh tranh và tác động gián tiếp đến người tiêu dùng. Luật Cạnh tranh đã tiếp cận hành vi bị cấm trong hoạt động quảng cáo để từ đó xác định trách nhiệm của thương nhân quảng cáo cung cấp thông tin đến người tiêu dùng.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 45 Luật Cạnh tranh năm 2004, doanh nghiệp bị cấm thực hiện hoạt động quảng cáo “so sánh trực tiếp hàng hóa, dịch vụ của mình với hàng hóa, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác”. Điều luật chỉ quy định về quảng cáo so sánh mà chưa nêu lên các cấp độ so sánh như thế nào. Tuy nhiên, quảng cáo là một

¹ Bộ Công Thương, Cục Quản lý cạnh tranh, *Quảng cáo dưới góc độ cạnh tranh*, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội, 2008, tr. 133.

hoạt động xúc tiến thương mại trong đó thương nhân sẽ chỉ so sánh sản phẩm của mình tốt hơn so với thương nhân khác. Việc sử dụng từ “nhất” phổ biến trong các quảng cáo của thương nhân lại không thuộc phạm vi điều chỉnh của khoản 1 Điều 45 mà được quy định tại khoản 4 Điều 45 về các hoạt động quảng cáo khác mà pháp luật có quy định cấm².

Hiện nay, có hai quan điểm trong việc xác định thế nào là một quảng cáo so sánh trực tiếp. Thứ nhất, so sánh trực tiếp là khi chỉ rõ tên thương nhân khác hoặc hàng hóa, dịch vụ của thương nhân khác. Thứ hai, so sánh trực tiếp là việc thông qua quảng cáo, người tiêu dùng nhận biết đó là thương nhân khác hoặc hàng hóa, dịch vụ của thương nhân khác. Quan điểm thứ hai được nhiều người đồng tình hơn vì thực tế, thương nhân không nêu rõ hàng hóa hoặc dịch vụ họ muốn so sánh mà chỉ dùng ngôn ngữ hoặc hình ảnh để ám chỉ đối thủ cạnh tranh hoặc sản phẩm của đối thủ cạnh tranh. Tuy nhiên, hành vi ám chỉ này của thương nhân ảnh hưởng trực tiếp đến đối thủ cạnh tranh và ảnh hưởng gián tiếp đến quyền được thông tin và quyền được lựa chọn của người tiêu dùng.

Luật Cạnh tranh năm 2004 sử dụng khái niệm “hàng hóa, dịch vụ có thể thay thế cho nhau” để xác định hàng hóa, dịch vụ cùng loại³. Tuy nhiên, cách xác định này chỉ áp dụng được đối với các sản phẩm trên một thị trường liên quan, còn khi thị trường

không liên quan thì không thể xác định được là có so sánh hay không. Hành vi quảng cáo này đem lại cho người tiêu dùng sự so sánh (thông thường tập trung vào yếu tố chất lượng, giá cả) về hàng hóa, dịch vụ cùng loại có lợi cho thương nhân quảng cáo so sánh; tạo tâm lý không tốt cho người tiêu dùng về uy tín, hàng hóa, dịch vụ cùng loại của đối thủ cạnh tranh⁴.

Quảng cáo bắt chước được quy định tại khoản 2 Điều 45 Luật Cạnh tranh như sau: “Bắt chước một sản phẩm quảng cáo khác để gây nhầm lẫn cho khách hàng”. Theo khoản 3 Điều 2 Luật Quảng cáo năm 2012: “Sản phẩm quảng cáo bao gồm nội dung và hình thức quảng cáo được thể hiện bằng hình ảnh, âm thanh, tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng và các hình thức tương tự”. Còn theo Điều 105 Luật Thương mại năm 2005: “Sản phẩm quảng cáo thương mại gồm những thông tin bằng hình ảnh, hành động, âm thanh, tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng chứa đựng nội dung quảng cáo thương mại”. Từ hai định nghĩa trên có thể thấy, sản phẩm quảng cáo bao gồm hai yếu tố là hình thức và nội dung, trong đó chứa đựng các thông tin được thể hiện dưới dạng hình ảnh, hành động, âm thanh, tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng. Vì vậy, việc bắt chước một sản phẩm quảng cáo khác là hành vi làm giống hoặc tương tự một vài yếu tố của sản phẩm đã quảng cáo; việc xác định một quảng cáo bắt chước phụ thuộc vào mục đích quảng cáo gây nhầm lẫn cho khách hàng hay cụ thể là người tiêu dùng mà không phụ thuộc vào phạm vi bắt chước của sản phẩm quảng cáo. Tuy nhiên, cách

² Khoản 11 Điều 8 Luật Quảng cáo năm 2012 quy định cấm quảng cáo có sử dụng các từ “nhất”, “duy nhất”, “tốt nhất”, “số một” hoặc từ ngữ có ý nghĩa tương tự mà không có tài liệu hợp pháp chứng minh theo quy định của Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch.

³ Xem thêm Điều 4 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh.

⁴ Lê Anh Tuấn, *Pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2009, tr. 148.

xác định này lại làm khó cho việc phân biệt giữa quảng cáo bất chước và quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn, dẫn đến khả năng áp dụng trách nhiệm thương nhân đối với người tiêu dùng theo khoản 3 Điều 45 Luật Cạnh tranh năm 2004 thay vì áp dụng trách nhiệm với người tiêu dùng và với thương nhân khác theo khoản 2 Điều 45 Luật Cạnh tranh năm 2004. Hệ quả của hành vi này là làm cho người tiêu dùng không phân biệt được hoặc khó phân biệt được đến mức có thể gây nhầm lẫn với sản phẩm quảng cáo khác của đối thủ cạnh tranh⁵.

Quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn được quy định tại khoản 3 Điều 45 Luật Cạnh tranh năm 2004. Quy định này đã liệt kê các nội dung quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn như “giá, số lượng, chất lượng, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, ngày sản xuất, thời hạn sử dụng, xuất xứ hàng hóa, người sản xuất, nơi sản xuất, người gia công, nơi gia công, cách thức sử dụng, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành, các thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn khác”. Theo quy định này, những quảng cáo nào gây nhầm lẫn hoặc lừa dối người tiêu dùng với những nội dung được liệt kê thì được xác định là một quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn. Những nội dung không được liệt kê dù gây nhầm lẫn hoặc lừa dối người tiêu dùng vẫn không bị xem là quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn. Bên cạnh việc liệt kê các nội dung gây nhầm lẫn hoặc lừa dối bị cấm, luật còn quy định về “các thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn khác”. Quy định này nhằm mở rộng đến những trường hợp chưa được liệt kê nhưng nội dung quảng cáo gian dối hoặc làm người tiêu dùng nhầm lẫn.

Tóm lại, trong hoạt động quảng cáo, thương nhân quảng cáo có trách nhiệm cung cấp thông tin cho người tiêu dùng để đảm bảo người tiêu dùng có thể đưa ra lựa chọn đúng đắn khi quyết định mua hoặc sử dụng hàng hóa, dịch vụ của thương nhân. Tuy nhiên, khi thương nhân không thực hiện nghĩa vụ này, họ phải chịu trách nhiệm với cơ quan nhà nước thông qua việc bị xử lý vi phạm hành chính; còn trách nhiệm đối với người tiêu dùng thì luật chỉ dừng lại ở việc cung cấp thông tin mà không nêu một hình thức trách nhiệm nào của thương nhân đối với người tiêu dùng.

2. Giải pháp hoàn thiện quy định pháp luật về trách nhiệm của thương nhân trong quảng cáo thương mại

Đến thời điểm hiện tại, việc xác định trách nhiệm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của thương nhân quảng cáo được áp dụng theo Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, Luật Quảng cáo và Luật Cạnh tranh năm 2004. Các văn bản trên bộc lộ những hạn chế khi xác định trách nhiệm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của thương nhân quảng cáo. Đến ngày 01/7/2019 khi Luật Cạnh tranh năm 2018 có hiệu lực thì pháp luật cạnh tranh hầu như không còn chú trọng bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng như trước đây mà tập trung bảo vệ đối thủ cạnh tranh, môi trường cạnh tranh cũng như tổ tụng cạnh tranh. Do đó, cần ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật Quảng cáo nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trước sự lạm dụng của thương nhân quảng cáo.

Thứ nhất, đối với quy định về quảng cáo so sánh: Luật chỉ quy định về quảng cáo so sánh trực tiếp, nhưng chưa ban hành văn bản hướng dẫn nên khó áp dụng trên thực tế. Vì vậy, việc ban hành một văn bản hướng dẫn về quảng cáo so sánh trực tiếp là

⁵ Lê Anh Tuấn, sđd, tr. 149.

cần thiết. Theo đó, đánh giá một quảng cáo là so sánh trực tiếp phải xuất phát từ góc độ của người tiêu dùng. So sánh trực tiếp không chỉ là hành vi nêu đích danh hàng hóa, dịch vụ của thương nhân khác mà còn thông qua sản phẩm quảng cáo, người tiêu dùng có thể nhận biết về hàng hóa, dịch vụ của thương nhân cụ thể.

Đối với quy định về hàng hóa, dịch vụ cùng loại, tiêu chí xác định hàng hóa, dịch vụ cùng loại cần dựa vào thị trường liên quan. Tuy nhiên, trong hoạt động quảng cáo, khi những hàng hóa, dịch vụ không cùng thị trường liên quan vẫn có thể so sánh được. Do đó, việc quy định về so sánh hàng hóa, dịch vụ cùng loại cần phải được chi tiết hóa.

Mặt khác, quảng cáo so sánh giúp người tiêu dùng có thông tin đầy đủ để quyết định mua hàng⁶; tiết kiệm được thời gian mà vẫn có thể đưa ra quyết định mua hàng hóa hoặc sử dụng dịch vụ phù hợp với nhu cầu của họ. Do đó, nên sửa đổi quy định theo hướng cho phép quảng cáo so sánh khi thỏa mãn các điều kiện nhất định.

Thứ hai, về quảng cáo bắt chước: Theo quy định, một quảng cáo bị xem là bắt chước khi gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng. Tuy nhiên, việc phân biệt giữa quảng cáo bắt chước và quảng cáo gây nhầm lẫn rất khó khăn. Hoặc khi một quảng cáo bắt chước một quảng cáo khác không nhằm mục đích gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng nhưng người tiêu dùng vẫn bị nhầm lẫn thì có bị xem là một quảng cáo bắt chước không? Vì vậy, việc bỏ mục tiêu “để gây nhầm lẫn cho khách hàng” tại khoản 2 Điều 45 Luật Cạnh tranh là cần thiết; đồng thời

để xác định hành vi nào là quảng cáo bắt chước, hành vi nào là quảng cáo gây nhầm lẫn. Tuy nhiên, Luật Cạnh tranh năm 2004 và Luật Quảng cáo năm 2012 không có quy định về quảng cáo bắt chước. Nhưng khoản 9 Điều 8 Luật Quảng cáo năm 2012 cấm: “Quảng cáo không đúng hoặc gây nhầm lẫn về khả năng kinh doanh, khả năng cung cấp sản phẩm, hàng hóa, dịch vụ của tổ chức, cá nhân kinh doanh sản phẩm, hàng hóa, dịch vụ; về số lượng, chất lượng, giá, công dụng, kiểu dáng, bao bì, nhãn hiệu, xuất xứ, chủng loại, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành của sản phẩm, hàng hoá, dịch vụ đã đăng ký hoặc đã được công bố”. Quy định cấm này của Luật Quảng cáo rộng hơn nội hàm quảng cáo bắt chước. Do đó, cần hướng dẫn chi tiết quy định này.

Thứ ba, quy định về quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn: Quy định tại khoản 3 Điều 45 Luật Cạnh tranh năm 2004 góp phần làm rõ quy định tại khoản 1 Điều 10 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 45 chỉ liệt kê một số nội dung gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng nên không tránh khỏi việc liệt kê thiếu. Có thể nêu lên một số hành vi chưa bị liệt kê như quảng cáo bỏ sót thông tin, quảng cáo sử dụng những lời xác nhận mang tính lừa dối hoặc quảng cáo về một ưu đãi không có thật. Vì vậy, quy định này cần được thay thế bằng các tiêu chí đánh giá quảng cáo gian dối hoặc gây nhầm lẫn như sau:

- Thông tin không trung thực, sai lệch so với thực tế mà không có căn cứ chứng minh cho thông tin đó.

- Thông tin không đầy đủ, làm cho người tiêu dùng nhận thức sai lệch về hàng hóa, dịch vụ đó.

⁶ Bộ Công Thương, Cục Quản lý cạnh tranh, sđd, tr. 174.

- Gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng về hàng hóa, dịch vụ, về thương nhân quảng cáo và thương nhân khác.

- Quảng cáo gây nhầm lẫn tác động đến quyết định mua hàng hoặc sử dụng dịch vụ của người tiêu dùng.

Thứ tư, khoản 12 Điều 8 Luật Quảng cáo năm 2012 cấm hành vi quảng cáo có nội dung cạnh tranh không lành mạnh; trường hợp này áp dụng pháp luật về cạnh tranh. Tuy nhiên, Luật Cạnh tranh năm 2018 (sắp có hiệu lực) lại không hề nhắc đến hành vi quảng cáo nhằm cạnh tranh

không lành mạnh; sẽ rất khó xác định trách nhiệm của thương nhân nhất là trách nhiệm đối với người tiêu dùng trong trường hợp này. Vì vậy, cần ban hành văn bản hướng dẫn quy định của Luật Quảng cáo.

Bên cạnh các hành vi bị cấm trên, thực tế người tiêu dùng vẫn bị xâm hại quyền lợi bởi những quảng cáo chưa bị cấm theo quy định của pháp luật hiện hành. Do đó, cần cấm các hành vi quảng cáo quá mức, quảng cáo ép buộc, quảng cáo quá rối để bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

(Tiếp theo trang 59 – Xử lý chuyển hướng...)

đình chỉ truy tố, qua đó dẫn đến việc tha bổng cho đối tượng phạm tội¹⁷. Bên cạnh đó, tính linh hoạt của cơ chế này có thể dẫn đến sự không thống nhất trong việc áp dụng và sự không công bằng giữa các đối tượng được áp dụng. Liệu cơ chế này có thể được áp dụng tại Việt Nam mà vẫn hạn chế được các vấn đề này? Tham khảo kinh nghiệm từ phía hệ thống pháp luật Vương quốc Anh, để giảm thiểu việc áp dụng không thống nhất trong nội bộ hệ thống và để nâng cao tính minh bạch, Chính phủ Anh đã ban hành “Quy tắc áp dụng” đối với thoả thuận tạm đình chỉ truy tố. Quy tắc này bao gồm những hướng dẫn khi xem xét áp dụng thoả thuận, các điều kiện để cân nhắc, những điều khoản thoả thuận mẫu, hướng dẫn xử lý khi pháp nhân vi phạm thoả thuận¹⁸.

Đối với việc tăng cường giám sát tư pháp trong quá trình thoả thuận, Việt Nam có thể tham khảo các quy định giám sát của thẩm phán trong các giai đoạn của thoả thuận như mô hình của Vương quốc Anh và Singapore¹⁹, cụ thể đối với kết quả của giai đoạn thương lượng giữa kiểm sát viên và pháp nhân và giai đoạn ký kết thoả thuận đều cần được thẩm phán xem xét và đánh giá thông qua một phiên họp. Nếu toà án chấp thuận thoả thuận thì quyết định và lý do chấp thuận sẽ được công bố công khai. Toà án có trách nhiệm xem xét, đảm bảo yếu tố hợp lý, công bằng của các điều khoản trong thoả thuận. Trong trường hợp pháp nhân vi phạm thoả thuận thì việc kết luận về vi phạm thoả thuận của pháp nhân và cách thức xử lý cũng phải được thông qua tại phiên toà.

¹⁷ Richard A. Epstein, *The Deferred Prosecution Racket*, <https://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160>, truy cập ngày 12/02/2019.

¹⁸ Serious Fraud Office, *Deferred Prosecution Agreements*, <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>, truy cập ngày 12/02/2019.

¹⁹ Zachary S. Brez, *Singapore Introduces Deferred Prosecution Agreements*, https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2018/04/04/singapore-introduces-deferred-prosecution-agreements/, truy cập ngày 13/02/2019.

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ MÔ HÌNH HỆ THỐNG TỔ CHỨC TÍN DỤNG LÀ HỢP TÁC XÃ

*Đỗ Mạnh Phương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về mô hình hệ thống các tổ chức tín dụng là hợp tác xã; từ đó chỉ ra những bất cập, hạn chế và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật điều chỉnh mô hình tổ chức hệ thống các tổ chức tín dụng là hợp tác xã.

Abstract: The article analyzes and assesses the actual situation and practice of legal provisions on organizational model of the system of credit institutions as cooperatives. On that basis, the author identifies shortcomings and limitations, and makes proposals to improve the regulations governing the organizational model of credit institutions as cooperatives.

1. Đặt vấn đề

Tổ chức tín dụng (TCTD) là hợp tác xã (HTX) là khái niệm chung để chỉ các loại hình TCTD được tổ chức và hoạt động theo mô hình HTX, tồn tại trong môi liên kết hệ thống, hoạt động trong lĩnh vực ngân hàng với mục tiêu vì thành viên và xuất phát từ thành viên. Ở Việt Nam, hệ thống các TCTD là HTX (bao gồm ngân hàng HTX và các quỹ tín dụng nhân dân - QTDND) được thành lập từ năm 1993. Sau hơn 20 năm, hệ thống các TCTD là HTX đã phát triển rất mạnh và có những đóng góp rất lớn về kinh tế - xã hội. Tính đến tháng 12/2018, cả nước có 1183 QTDND được thành lập và hoạt động trên địa bàn của 57 tỉnh, thành phố¹.

Về pháp luật điều chỉnh, sau hơn 20 năm Việt Nam đã tạo dựng được một khuôn khổ pháp luật tương đối đầy đủ điều chỉnh tổ chức và hoạt động của hệ thống các

TCTD là HTX. Tuy nhiên, thực trạng tổ chức và hoạt động của hệ thống các TCTD là HTX cho thấy pháp luật về TCTD là HTX tồn tại khá nhiều hạn chế, bất cập.

2. Thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về mô hình hệ thống các tổ chức tín dụng là hợp tác xã

Đến thời điểm hiện tại, pháp luật về TCTD là HTX ở Việt Nam không có quy định về mô hình hệ thống các TCTD là HTX. Chính vì thế, để nghiên cứu về thực trạng quy định và thực tiễn thi hành pháp luật về mô hình hệ thống TCTD là HTX, chúng ta phải nghiên cứu các quy định của pháp luật về số lượng loại hình TCTD là HTX, vị trí pháp lý của các loại hình TCTD là HTX cụ thể và về mối quan hệ giữa các loại hình TCTD là HTX trong hệ thống các TCTD là HTX nói chung. Thực trạng quy định và thực tiễn thi hành pháp luật về mô hình hệ thống các TCTD là HTX Việt Nam từ năm 1993 (thời điểm triển khai đề án thí điểm thành lập hệ thống QTDND) đến nay có thể chia thành ba giai đoạn:

- Từ năm 1993 – 2000, giai đoạn thí

* ThS., Khoa Luật, Học viện Ngân hàng.

¹ Hiệp hội QTDND Việt Nam (2019), số 08/BC-HHQTĐ, ngày 01/02/2019, Báo cáo tình hình hoạt động Hiệp hội quỹ tín dụng nhân dân năm 2018 phương hướng, nhiệm vụ năm 2019.

điểm thành lập với mô hình hệ thống các TCTD là HTX ba cấp.

- Từ năm 2000 đến năm 2013, giai đoạn thực hiện Chỉ thị số 57/CT-TW, ngày 10/10/2000 của Ban chấp hành Trung ương về củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống QTDND (chuyển đổi mô hình hệ thống các TCTD là HTX từ mô hình ba cấp sang mô hình hai cấp).

- Từ 2013 đến nay, giai đoạn hoàn thiện mô hình hệ thống các TCTD là HTX hai cấp.

2.1. Giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000

Giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000 được mở đầu bởi Quyết định số 390/TTg ngày 27/7/1993 của Thủ tướng Chính phủ về việc triển khai đề án thí điểm thành lập QTDND. Theo ông Nguyễn Thạc Tâm – Phó Tổng Giám đốc Ngân hàng HTX Việt Nam², ở giai đoạn thí điểm thành lập hệ thống QTDND, Việt Nam nhận được sự giúp đỡ của hệ thống Quỹ tín dụng Desjardins ở Quebec Canada về kinh nghiệm xây dựng hệ thống QTDND. Chính vì vậy, mô hình hệ thống các TCTD là HTX của Việt Nam ở giai đoạn này được tổ chức theo mô hình tương tự như mô hình Quỹ tín dụng Desjardins. Nếu như mô hình tổ chức hệ thống Quỹ tín dụng Desjardins được tổ chức với mô hình 3 cấp bao gồm: Cấp Trung ương (TW) là Tổng liên đoàn Quỹ tín dụng Desjardins, cấp khu vực là các liên đoàn được tổ chức ở Ontario, New Brunswick và Manitoba, cấp cơ sở là các quỹ tín dụng; thì ở Việt Nam hệ thống các

TCTD là HTX được tổ chức với mô hình ba cấp bao gồm: QTDND TW, QTDND khu vực và QTDND cơ sở.

Theo quy định của Luật các TCTD năm 1997, TCTD là HTX bao gồm: Ngân hàng hợp tác, QTDND, HTX tín dụng và các hình thức khác³. Tuy nhiên, thực tế cho đến thời điểm năm 2000, hệ thống các TCTD là HTX ở Việt Nam vẫn được tổ chức theo mô hình ba cấp bao gồm: QTDND TW, QTDND khu vực và QTDND cơ sở.

QTDND TW được thành lập vào ngày 20/7/1995 dựa trên cơ sở pháp lý là các văn bản: Công văn số 6901/KTTH, ngày 09/12/1994 của Thủ tướng Chính phủ về việc cho phép thành lập QTDND TW; Quyết định số 162/QĐ-NH5, ngày 08/06/1995 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước (NHNN) về việc cho phép thành lập QTDND TW; Quyết định số 200/QĐ-NH5, ngày 20/07/1995 của Thống đốc NHNN về việc cấp giấy phép cho việc thành lập và hoạt động của QTDND TW. Các văn bản pháp luật liên quan đến việc thành lập QTDND TW cũng chính là những cơ sở pháp lý cho việc tổ chức và hoạt động của QTDND TW trong giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000. Các văn bản pháp luật trên không đưa ra định nghĩa về QTDND TW, không có quy định về thành viên và điều kiện thành lập QTDND TW. Chính vì thế, nếu chỉ căn cứ vào các quy định của pháp luật sẽ không thể xác định được QTDND TW tồn tại với vị trí pháp lý như thế nào trong hệ thống các TCTD là HTX. Tuy nhiên, căn cứ vào các quy định về hoạt động của QTDND TW tại Điều 3 Quyết định số 200/QĐ-NH5, ngày 20/07/1995 của Thống

² Thông tin trên được thu thập bằng hình thức phỏng vấn chuyên gia được thực hiện ngày 20/10/2017 đối với ông Nguyễn Thạc Tâm – Phó Tổng Giám đốc Ngân hàng HTX Việt Nam.

³ Khoản 5 Điều 20 Luật Các TCTD năm 1997.

độc NHNN về việc cấp giấy phép cho việc thành lập và hoạt động của QTDND TW và thực tế thành lập cũng như hoạt động của QTDND TW, có thể xác định QTDND TW là liên hiệp QTDND cấp quốc gia, là tổ chức đầu mối của hệ thống QTDND. Thành viên của QTDND TW là các QTDND khu vực và QTDND cơ sở. Trong hoạt động của mình, QTDND TW phải tuân thủ nguyên tắc ưu tiên phục vụ đối với các QTDND trong hệ thống, hướng đến mục tiêu điều hòa vốn trong hệ thống QTDND.

QTDND khu vực được tổ chức và hoạt động dựa trên Quy chế tổ chức và hoạt động của QTDND khu vực được ban hành kèm theo Quyết định số 113/QĐ-NH5, ngày 17/4/1995 của Thống đốc NHNN (Quyết định này sau đó được sửa đổi, bổ sung hai lần bởi Quyết định số 142/QĐ-NH17, ngày 21/5/1996 và Quyết định số 173/1997/QĐ-NH17, ngày 14/6/1997 của Thống đốc NHNN). Pháp luật về TCTD là HTX giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000 quy định, mỗi tỉnh - thành phố hoặc một vùng kinh tế thuộc tỉnh, thành phố có tối thiểu 12 QTDND tự nguyện tham gia thì được thành lập QTDND khu vực. Thành viên của các QTDND khu vực bao gồm: Các QTDND trên địa bàn; các tổ chức kinh tế - xã hội - hành chính có trụ sở chính đóng trên địa bàn hoạt động của QTDND khu vực; các công dân Việt Nam và đại diện hộ gia đình từ 18 tuổi trở lên có đủ năng lực hành vi dân sự, cư trú lâu dài trên địa bàn hành chính nơi QTDND khu vực đóng trụ sở. Chức năng, mục tiêu hoạt động chính của các QTDND khu vực là hỗ trợ tài chính, điều hòa vốn giữa các QTDND cơ sở nơi QTDND khu vực đóng trụ sở. Tuy nhiên, QTDND khu vực cũng được phép thực hiện chức năng

của một QTDND cơ sở nơi QTDND khu vực đóng trụ sở. Hoạt động của các QTDND khu vực phải tuân thủ nguyên tắc ưu tiên thành viên là QTDND. Với những quy định trên, có thể thấy, QTDND khu vực tồn tại với vị trí pháp lý là liên hiệp QTDND cấp tỉnh, là tổ chức đầu mối của các QTDND cơ sở trên địa bàn hành chính nơi QTDND khu vực đóng trụ sở, là cầu nối giữa các QTDND cơ sở trên địa bàn với QTDND TW. Tính đến tháng 9/2000 ở Việt Nam có 21 QTDND khu vực, tổng nguồn vốn là 473.464 tỷ đồng, tổng dư nợ cho vay là 384.824 tỷ đồng⁴.

Các QTDND cơ sở ở Việt Nam được thành lập, tổ chức và đi vào hoạt động trên cơ sở pháp lý là Điều lệ mẫu QTDND ban hành kèm theo Nghị định số 42/1997/NĐ-CP, ngày 29/4/1997 của Chính phủ (sau đây gọi tắt là Nghị định số 42/1997/NĐ-CP) và Thông tư số 06/1997/TT-NHNN17 ngày 25/10/1997. Theo quy định của Nghị định số 42/1997/NĐ-CP, QTDND cơ sở là tổ chức kinh tế được tổ chức dưới mô hình HTX do các thành viên là thể nhân và pháp nhân tự nguyện lập ra, hoạt động trong lĩnh vực tiền tệ, tín dụng và các dịch vụ ngân hàng, nhằm mục tiêu tương trợ, tạo điều kiện thực hiện có kết quả hơn các hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ và cải thiện đời sống của các thành viên. QTDND cơ sở là đơn vị nhỏ nhất trong hệ thống QTDND, có quyền tham gia là thành viên của QTDND khu vực và QTDND TW. Tính đến tháng 9/2000, ở Việt Nam có 960 QTDND cơ sở với 783.000 thành viên hoạt động trên 11,15% xã, phường tại 54/63

⁴ Ngân hàng Nhà nước Việt Nam số: 1070/ĐA-NHNN17, ngày 3 tháng 11 năm 2000, *Đề án củng cố hoàn thiện và phát triển hệ thống QTDND*.

tỉnh, thành phố⁵.

Nói tóm lại, theo quy định của pháp luật, hệ thống các TCTD là HTX ở Việt Nam giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000 được tổ chức theo mô hình ba cấp bao gồm: QTDND TW – QTDND khu vực – QTDND cơ sở. Tuy nhiên, sau một thời gian áp dụng, mô hình này đã bộc lộ những hạn chế nhất định.

Một là, pháp luật TCTD là HTX giai đoạn này chưa đưa ra định nghĩa về QTDND khu vực, QTDND TW và ngân hàng HTX. Bên cạnh đó, cho đến năm 2011 khi Luật các TCTD năm 1997 được thay thế bởi Luật các TCTD năm 2010, loại hình ngân hàng HTX chưa được thành lập. Thực trạng đó cho thấy tồn tại sự không thống nhất giữa quy định của pháp luật về số lượng các loại hình TCTD là HTX và số lượng các loại hình TCTD là HTX tồn tại trên thực tế.

Hai là, theo quy định của pháp luật, QTDND TW là thành viên của QTDND khu vực và ngược lại QTDND khu vực là thành viên của QTDND TW. QTDND TW có quyền cử đại diện tham gia ứng cử vào các chức danh quản lý điều hành của QTDND khu vực và ngược lại QTDND khu vực cũng có quyền cử đại diện tham gia vào việc quản lý điều hành QTDND TW⁶. Những quy định trên của pháp luật dẫn đến tình trạng chông chéo về sở hữu và quyền quản trị, điều hành giữa QTDND TW và các QTDND khu vực, không phản ánh đúng

bản chất mối quan hệ, tính liên kết hệ thống giữa QTDND TW và QTDND khu vực trong mô hình tổ chức hệ thống⁷.

Ba là, nghiên cứu thực trạng mô hình tổ chức hệ thống QTDND ở Việt Nam giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000 cho thấy: Các QTDND cơ sở bắt buộc phải tham gia là thành viên của QTDND khu vực và QTDND TW; các QTDND khu vực bắt buộc phải tham gia là thành viên của QTDND TW. Trong khi đó, căn cứ pháp lý cho vấn đề trên lại không được quy định cụ thể, rõ ràng. Quy định xác định QTDND có nghĩa vụ: “*Thực hiện các nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật và Điều lệ của Liên hiệp, Liên minh QTDND*” tại khoản 6 Điều 8 Điều lệ mẫu QTDND ban hành kèm theo Nghị định số 42/CP ngày 29/4/1997 của Chính phủ là căn cứ pháp lý duy nhất liên quan đến vấn đề trên.

Bốn là, thực tế hoạt động của hệ thống QTDND ở Việt Nam giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000 cho thấy, QTDND khu vực đã không thể hiện được vai trò là đầu mối của các QTDND cơ sở trong một tỉnh, chưa thực hiện được sứ mệnh là cầu nối giữa QTDND TW và các QTDND cơ sở trong việc xây dựng liên kết hệ thống điều hòa vốn trong hệ thống QTDND. Các QTDND khu vực mới chỉ đóng vai trò là trạm trung chuyển nguồn vốn từ QTDND TW về các QTDND cơ sở⁸.

⁵ Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (2000), Số: 1070/ĐA-NHNN17, ngày 3/11/2000, *Đề án củng cố hoàn thiện và phát triển hệ thống quỹ tín dụng nhân dân*.

⁶ Điều 1 Quyết định số 142/QĐ-NH17; Điều 1 Quyết định số 173/1997/QĐ-NH17.

⁷ Về lý luận QTDND TW thuộc sở hữu chung của các QTDND khu vực và QTDND cơ sở. QTDND TW được tổ chức ra với vai trò là tổ chức đầu mối đứng đầu hệ thống QTDND, liên kết hệ thống, hỗ trợ tài chính và điều hòa vốn trong hệ thống QTDND.

⁸ QTDND TW, số 452/BC-QTDND TW, ngày 29/06/2012, *Báo cáo tổng kết 10 năm triển khai thực hiện Chỉ thị số 57-CT/TW của Bộ Chính trị về củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống quỹ tín dụng nhân dân*.

Năm là, việc pháp luật quy định các QTDND khu vực được đồng thời làm chức năng của một QTDND cơ sở nơi QTDND khu vực đóng trụ sở đã dẫn đến hiện tượng các QTDND khu vực lúng túng trong việc lựa chọn giữa việc thực hiện hoạt động kinh doanh và việc thực hiện chức năng hỗ trợ tài chính, điều hòa vốn giữa các QTDND cơ sở. Trên thực tế, đã xảy ra hiện tượng các QTDND khu vực cạnh tranh với chính các thành viên của mình là QTDND cơ sở⁹.

2.2. Giai đoạn từ năm 2000 đến năm 2013

Hệ thống QTDND ở Việt Nam sau một thời gian áp dụng đã đạt được những kết quả nhất định, hệ thống QTDND được tổ chức dưới mô hình HTX hoạt động trong lĩnh vực tín dụng - ngân hàng đã khai thác được nguồn vốn tại chỗ, góp phần đáp ứng nhu cầu vốn cho sản xuất, kinh doanh, dịch vụ và đời sống của các thành viên, thực hiện mục tiêu xoá đói giảm nghèo và hạn chế cho vay nặng lãi. Tuy nhiên, sau một thời gian áp dụng, các quy định của pháp luật về tổ chức và hoạt động của hệ thống QTDND ở Việt Nam đã bộc lộ những hạn chế nhất định.

Năm 1994 NHNN Việt Nam và Tổ chức Hợp tác kỹ thuật Đức (GTZ) ký kết dự án (SBV-GTZ) “Hỗ trợ công cuộc đổi mới ngành ngân hàng”, theo đó, Tổ chức Hợp tác kỹ thuật Đức (GTZ) sẽ hỗ trợ cải cách ngành ngân hàng Việt Nam. Trong quá trình thực hiện dự án với sự giúp đỡ của Tổ chức Hợp tác kỹ thuật Đức (GTZ),

Việt Nam đã nghiên cứu và thấy được nhiều điểm tích cực trong mô hình tổ chức hệ thống ngân hàng HTX của Đức. Đặc biệt, qua việc nghiên cứu quá trình phát triển mô hình tổ chức hệ thống ngân hàng HTX của Đức chúng ta thấy được những hạn chế trong mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX ba cấp và xu thế của Đức trong việc chuyển đổi từ mô hình ba cấp sang mô hình hai cấp¹⁰.

Chính vì thế, ngày 10/10/2000, Ban chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam đã ban hành Chỉ thị số 57-CT/TW về việc củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống QTDND (sau đây gọi tắt là Chỉ thị số 57). Trên cơ sở Chỉ thị số 57, NHNN đã xây dựng Đề án củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống QTDND (Đề án đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt theo Quyết định số 135/2000/QĐ-TTg ngày 28/11/2000). Theo tinh thần của Chỉ thị số 57 và các quy định cụ thể trong Đề án củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống QTDND, một trong những nhiệm vụ quan trọng là phải hoàn thiện mô hình tổ chức hệ thống QTDND theo hướng chuyển dần từ mô hình ba cấp bao gồm QTDND cơ sở, QTDND khu vực và QTDND TW sang mô hình hai cấp với QTDND cơ sở và QTDND TW.

Thực hiện Chỉ thị số 57 và Đề án củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống QTDND, NHNN đã xây dựng và trình Chính phủ ban hành Nghị định số 48/2001/NĐ-CP ngày 13/8/2001 về tổ chức và hoạt động của QTDND (sau đây gọi tắt

⁹ QTDND TW, số 452/BC-QTDTW, ngày 29/06/2012, Báo cáo tổng kết 10 năm triển khai thực hiện Chỉ thị số 57-CT/TW của Bộ Chính trị về củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống quỹ tín dụng nhân dân.

¹⁰ Trần Quang Khánh, Hoàn thiện mô hình tổ chức tín dụng là hợp tác xã ở Việt Nam – Bài học từ mô hình ngân hàng hợp tác xã ở Cộng hòa Liên bang Đức, <http://www.vapcf.org.vn/modules.php?name=News&op=newsdetail&catid=15&subcatid=14&id=6181>, truy cập ngày 23/11/2018.

là Nghị định số 48/2001/NĐ-CP). Theo quy định của Nghị định số 48/2001/NĐ-CP, hệ thống các TCTD là HTX ở Việt Nam từ sau ngày 28/8/2001 sẽ được tổ chức theo mô hình hai cấp bao gồm QTDND TW và QTDND cơ sở (QTDND khu vực không còn được quy định trong Nghị định số 48/2001/NĐ-CP). Các văn bản quy phạm pháp luật quy định về QTDND khu vực bị bãi bỏ kể từ ngày Nghị định số 48/2001/NĐ-CP có hiệu lực¹¹. Nghị định số 48/2001/NĐ-CP chính là cơ sở pháp lý để thực hiện chuyển đổi mô hình tổ chức TCTD là HTX từ ba cấp sang hai cấp. Thực hiện Đề án củng cố, hoàn thiện và phát triển hệ thống QTDND và các quy định cụ thể trong Nghị định số 48/2001/NĐ-CP, QTDND TW đã phối hợp với 21 QTDND khu vực thực hiện việc sáp nhập, chuyển đổi 21 QTDND khu vực thành chi nhánh của QTDND TW, hoàn thành việc tiếp nhận công tác điều hòa vốn cho các QTDND cơ sở từ các NHNN chi nhánh nơi chưa có QTDND khu vực.

So với giai đoạn từ năm 1993 đến năm 2000, nội dung quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX giai đoạn từ năm 2000 đến năm 2013 đã có những tiến bộ nhất định.

Thứ nhất, khái niệm TCTD hợp tác được quy định trong Luật các TCTD năm 1997 chưa thật sự hợp lý khi liệt kê những loại hình mà ở thời điểm Luật các TCTD năm 1997 có hiệu lực không tồn tại trên thực tế (HTX tín dụng) và chưa được thành

lập (Ngân hàng HTX). Tuy nhiên, với quy định tại Điều 1 Nghị định số 48/2001/NĐ-CP, có thể xác định hệ thống các TCTD là HTX ở Việt Nam bao gồm hai loại hình là QTDND TW và QTDND cơ sở. Cùng với đó pháp luật về TCTD là HTX giai đoạn này đã đưa ra định nghĩa về QTDND TW và QTDND cơ sở¹².

Khi Luật các TCTD năm 2010 được ban hành thay thế cho Luật các TCTD năm 1997, các định nghĩa về TCTD là HTX, ngân hàng HTX, và QTDND đã được quy định cụ thể¹³. Mặc dù Luật các TCTD năm 2010 không quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX, nhưng với những quy định về TCTD là HTX, Ngân hàng HTX và QTDND có thể xác định hệ thống các TCTD là HTX ở Việt Nam được tổ chức theo mô hình hai cấp với ngân hàng HTX và QTDND. Trong đó, “*Ngân hàng HTX là ngân hàng của tất cả các QTDND*”. Mặc dù, thực tế mô hình hai cấp với QTDND TW và QTDND cơ sở còn tồn tại đến năm 2013 khi QTDND TW được chuyển đổi thành Ngân hàng HTX Việt Nam, nhưng những quy định trên đã thể hiện được kỹ năng lập pháp, khả năng dự liệu của nhà làm luật.

Thứ hai, pháp luật về TCTD là HTX trong giai đoạn từ năm 2000 đến năm 2013 đã quy định cụ thể hơn về nghĩa vụ của QTDND cơ sở trong việc tham gia là thành viên của QTDND TW. Khoản 6 Điều 8 Nghị định số 48/2001/NĐ-CP quy định QTDND cơ sở có nghĩa vụ: “*Tham gia tổ chức liên kết phát triển hệ thống nhằm mục*

¹¹ Xem Điều 74, Nghị định số 48/2001/NĐ-CP và Quyết định số 2156/QĐ-NHNN, ngày 22/10/2012 về việc công bố danh mục văn bản quy phạm pháp luật do Thống đốc NHNN Việt Nam ban hành từ ngày 01/01/1997 đến hết ngày 30/6/2012 đã hết hiệu lực thi hành (bỏ sung).

¹² Xem thêm: Điều 3, Điều 4 Nghị định số 48/2001/NĐ-CP.

¹³ Xem khoản 6, 7, Điều 4 và Điều 73, Luật các TCTD năm 2010.

tiêu xây dựng QTDND và cả hệ thống QTDND an toàn, hiệu quả, phát triển bền vững”. Mặc dù pháp luật vẫn chưa quy định cụ thể việc QTDND cơ sở bắt buộc phải tham gia là thành viên của QTDND TW, nhưng so với quy định QTDND có nghĩa vụ: “Thực hiện các nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật và Điều lệ của Liên hiệp, Liên minh QTDND” tại khoản 6 Điều 8 Điều lệ mẫu QTDND ban hành kèm theo Nghị định số 42/1997/NĐ-CP ngày 29/4/1997 của Chính phủ, quy định tại khoản 6 Điều 8 Nghị định số 48/2001/NĐ-CP đã cụ thể hơn.

Thứ ba, Nghị định số 48/2001/NĐ-CP đã dành một điều luật riêng quy định về mối liên hệ hệ thống trong mô hình tổ chức hệ thống QTDND. Theo đó, các QTDND được liên kết với nhau để: Thống nhất và phối hợp hoạt động nhằm mục tiêu hợp tác tương trợ giữa các thành viên; bảo đảm sự an toàn và phát triển từng QTDND và toàn hệ thống thông qua các công việc: Điều hoà vốn; xây dựng quỹ an toàn hệ thống QTDND; đào tạo cán bộ; tổ chức kiểm toán; trao đổi thông tin, kinh nghiệm và tư vấn cho nhau về quản trị, tổ chức và điều hành nghiệp vụ¹⁴. Quy định trên thể hiện các nhà lập pháp đã quan tâm nhiều hơn đến việc tạo dựng mối quan hệ giữa các QTDND cơ sở với nhau và với QTDND TW trong một mô hình tổ chức hệ thống chung.

2.3. Giai đoạn từ năm 2013 đến nay

Có thể khẳng định, giai đoạn từ năm 2013 đến nay là giai đoạn hoàn thiện mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX. Mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX ở Việt Nam hiện nay là kết quả của

quá trình nghiên cứu, học tập từ mô hình Quỹ tín dụng Desjardins ở Quebec Canada, mô hình ngân hàng HTX của Đức và mới nhất là mô hình Ngân hàng Rabobank của Hà Lan. Mô hình Ngân hàng Rabobank của Hà Lan được tổ chức theo mô hình hai cấp, bao gồm Ngân hàng Rabobank TW và các Ngân hàng Rabobank cơ sở. Trong mô hình tổ chức hệ thống Rabobank TW tồn tại với tư cách là ngân hàng TW của các Rabobank cơ sở, có quyền thu thập thông tin, kiểm tra hoạt động, cho vay hỗ trợ và nhận tiền gửi nhân quỹ từ các Rabobank cơ sở. Tuy nhiên, các Rabobank cơ sở không phải là đơn vị cấp dưới của Robabank TW, chúng tồn tại độc lập và có quyền tự chủ kinh doanh¹⁵.

Chủ trương chuyển đổi QTDND TW thành Ngân hàng HTX Việt Nam và xây dựng mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX hai cấp bao gồm ngân hàng HTX và QTDND của Luật các TCTD năm 2010 đã được cụ thể hóa trong Thông tư số 31/2012/TT-NHNN ngày 31/12/2012 quy định về ngân hàng HTX (sau đây gọi tắt là Thông tư số 31/2012/TT-NHNN)¹⁶. Trên cơ sở Thông tư số 31/2012/TT-NHNN QTDND TW đã thực hiện các thủ tục để chuyển đổi QTDND TW thành Ngân hàng HTX Việt Nam. Ngày 04/6/2013, Ngân hàng HTX Việt Nam chính thức được thành lập theo Giấy phép số 166/GP-NHNN cho phép thành lập Ngân hàng HTX Việt Nam. Sau khi QTDND TW được chuyển đổi thành Ngân hàng HTX Việt Nam, hệ thống các TCTD là HTX ở Việt Nam chính thức

¹⁵ Thông tin trên được thu thập bằng hình thức phỏng vấn chuyên gia được thực hiện ngày 20/10/2017 đối với ông Nguyễn Thạc Tâm – Phó Tổng Giám đốc Ngân hàng HTX Việt Nam.

¹⁶ Thông tư số 31 được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 09/2016/TT-NHNN, ngày 17/6/2016.

¹⁴ Xem Điều 9 Nghị định số 48/2001/NĐ-CP.

được tổ chức theo mô hình hai cấp bao gồm Ngân hàng HTX và QTDND¹⁷. Tính liên kết hệ thống, mối quan hệ giữa ngân hàng HTX và QTDND được pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX giai đoạn từ năm 2013 đến nay quy định cụ thể hơn như sau:

Thứ nhất, QTDND có nghĩa vụ tham gia là thành viên của QTDND TW (Ngân hàng HTX Việt Nam)

Như đã phân tích, thực tế tất cả các QTDND ở Việt Nam đều bắt buộc phải tham gia là thành viên của Ngân hàng HTX Việt Nam. Tuy nhiên, pháp luật thực định Việt Nam chưa có một quy định cụ thể, rõ ràng khẳng định QTDND có nghĩa vụ tham gia là thành viên của Ngân hàng HTX Việt Nam (QTDND TW). Pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX ở các giai đoạn trước mới chỉ dừng lại ở việc quy định QTDND có nghĩa vụ: “*Thực hiện các nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật và Điều lệ của Liên hiệp, Liên minh QTDND*”¹⁸ hay QTDND cơ sở có nghĩa vụ: “*Tham gia tổ chức liên kết phát triển hệ thống nhằm mục tiêu xây dựng QTDND và cả hệ thống QTDND an toàn, hiệu quả, phát triển bền vững*”¹⁹. Vấn đề trên đã được khắc phục với các quy định: (1) QTDND có nghĩa vụ: “*Góp vốn xác lập tư cách thành viên và vốn góp thường niên tại*

Ngân hàng HTX Việt Nam”²⁰; (2) QTDND chỉ được chuyển nhượng một phần vốn góp của mình cho các pháp nhân khác đáp ứng các điều kiện trở thành thành viên của Ngân hàng HTX và phải duy trì mức vốn góp xác lập tư cách thành viên và vốn góp thường niên tối thiểu²¹.

Thứ hai, về vị trí pháp lý, nhiệm vụ, quyền hạn của Ngân hàng HTX trong mối quan hệ với QTDND

Để hoàn thiện mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX nhằm củng cố vị trí pháp lý của ngân hàng HTX với vai trò là tổ chức đầu mối của hệ thống các TCTD là HTX, pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX giai đoạn từ năm 2013 đến nay đã trao cho Ngân hàng HTX thẩm quyền nhất định trong mối quan hệ với các QTDND. Theo đó, Ngân hàng HTX có quyền: Yêu cầu QTDND cung cấp báo cáo phục vụ cho mục đích điều hòa vốn và giám sát an toàn hệ thống; Kiểm tra, giám sát hoạt động nghiệp vụ, việc thực hiện các quy định về an toàn của QTDND; kiểm toán, hướng dẫn và hỗ trợ kiểm toán nội bộ của các QTDND thành viên; có ý kiến tham gia về phương án nhân sự của QTDND trước khi QTDND tiến hành bầu, bổ nhiệm các chức danh thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Giám đốc QTDND.

Bên cạnh đó, Ngân hàng HTX có trách nhiệm hướng dẫn, đào tạo nghiệp vụ ngân hàng, công nghệ thông tin đối với QTDND thành viên; hỗ trợ các hoạt động ngân hàng cho QTDND thành viên theo quy định của pháp luật; tham gia xử lý đối với QTDND

¹⁷ Từ khi Luật các TCTD năm 2010 có hiệu lực (ngày 01/01/2011), tên gọi QTDND chỉ được sử dụng để chỉ loại hình TCTD là HTX cấp cơ sở, thay thế cho tên gọi QTDND cơ sở. Tuy nhiên, trên thực tế cụm từ QTDND vẫn được sử dụng là một phần tên gọi của TCTD cấp TW ở Việt Nam (QTDND TW) đến năm 2013.

¹⁸ Khoản 6 Điều 8 Điều lệ mẫu QTDND ban hành kèm theo Nghị định số 42/CP ngày 29/4/1997 của Chính phủ.

¹⁹ Khoản 6 Điều 8 Nghị định số 48.

²⁰ Khoản 5 Điều 41 Thông tư số 04/2015/TT-NHNN Quy định về QTDND.

²¹ Điểm b khoản 1 Điều 33 Thông tư số 31/2102/TT-NHNN.

thành viên gặp khó khăn hoặc có dấu hiệu mất an toàn trong hoạt động; quản lý tiền gửi điều hòa vốn của hệ thống QTDND; thực hiện trách nhiệm khác theo quy định của Điều lệ và pháp luật²².

Bên cạnh những kết quả đạt được, pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX giai đoạn từ năm 2013 đến nay vẫn còn những hạn chế, bất cập nhất định cần phải tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện.

Một là, pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX không đưa ra quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX

Ngoài định nghĩa về Ngân hàng HTX và QTDND, Luật các TCTD năm 2010 đã đưa ra định nghĩa về TCTD là HTX. Tuy nhiên, định nghĩa về TCTD là HTX mới chỉ dừng lại ở việc đưa ra căn cứ để xác định các loại hình TCTD là HTX và liệt kê các loại hình TCTD là HTX mà chưa thể hiện được mối quan hệ giữa các loại hình TCTD là HTX trong mô hình tổ chức hệ thống nói chung²³. Để có một cái nhìn đầy đủ về hệ thống các TCTD là HTX việc đưa ra quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX là điều hết sức cần thiết. Quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX phải thể hiện được: Hệ thống các TCTD là HTX được tổ chức theo mô hình hai cấp hay ba cấp; vị trí, vai trò, mối quan hệ giữa các loại hình TCTD là HTX trong mô hình tổ chức hệ thống nói chung.

²² Xem thêm: Điều 44, Điều 45 Thông tư số 31/2012/TT-NHNN.

²³ Đỗ Mạnh Phương (2017), Chuyên đề 1 một số vấn đề lý luận về “TCTD là HTX” và pháp luật về “TCTD là HTX”, bảo vệ ngày 14/9/2017 tại Trường Đại học Luật Hà Nội.

Hai là, tổ chức đầu mối của hệ thống các TCTD là HTX (TCTD là HTX cấp TW) chưa được quy định cụ thể, rõ ràng

Hệ thống các TCTD là HTX mỗi quốc gia sẽ chỉ có một tổ chức đầu mối. Tổ chức đầu mối đứng đầu hệ thống các TCTD là HTX mỗi quốc gia được xác định là cấp TW. Ở Việt Nam, từ năm 1993 đến 2012, tổ chức đầu mối đứng đầu hệ thống các TCTD là HTX là QTDND TW, từ năm 2013 đến nay là Ngân hàng HTX Việt Nam. Tuy nhiên, quy định của pháp luật về TCTD là HTX về vấn đề trên lại chưa thật sự cụ thể, rõ ràng, có thể dẫn những cách hiểu không thống nhất về vấn đề trên.

Theo quy định của Luật các TCTD năm 2010 thì TCTD là HTX bao gồm: Ngân hàng HTX và QTDND, trong đó “*Ngân hàng HTX là ngân hàng của tất cả các QTDND*”. Với quy định của Luật các TCTD năm 2010 cùng thực trạng tổ chức và hoạt động của Ngân hàng HTX Việt Nam, có thể hiểu ở Việt Nam chỉ có một ngân hàng HTX và đó là Ngân hàng HTX Việt Nam. Tuy nhiên, quy định về thẩm quyền cấp giấy phép, điều kiện cấp giấy phép, trình tự cấp giấy phép thành lập ngân hàng HTX tại Thông tư số 31/2012/TT-NHNN có thể dẫn đến cách hiểu, ngoài Ngân hàng HTX Việt Nam ở Việt Nam có thể có các ngân hàng HTX khác được thành lập và Ngân hàng HTX Việt Nam không phải tổ chức đầu mối đứng đầu hệ thống các TCTD là HTX²⁴.

²⁴ Xem thêm: Đỗ Mạnh Phương, “*Bàn về một số vấn đề pháp lý thành lập Ngân hàng hợp tác xã Việt Nam*”, Tạp chí Khoa học và đào tạo ngân hàng, số 138/2013.

3. Các giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật điều chỉnh mô hình hệ thống các tổ chức tín dụng là hợp tác xã ở Việt Nam hiện nay

Như đã phân tích, mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX Việt Nam từ năm 1993 đến nay được chia thành ba giai đoạn và đã từng bước được hoàn thiện cho phù hợp điều kiện thực tế của Việt Nam và xu hướng phát triển của hệ thống TCTD là HTX trên thế giới. Tuy nhiên, bên cạnh những mặt tích cực, pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống TCTD là HTX vẫn còn tồn tại những hạn chế, bất cập nhất định cần tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện. Dưới đây, tác giả sẽ đề xuất các giải pháp cụ thể hoàn thiện pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống TCTD là HTX:

Thứ nhất, pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống TCTD là HTX cần bổ sung quy định về mô hình tổ chức hệ thống TCTD là HTX

So với các loại hình TCTD khác, Ngân hàng HTX và QTDND có những đặc thù nhất định về hình thức pháp lý, thành viên, mục tiêu hoạt động, địa bàn hoạt động, phạm vi hoạt động. Những đặc thù đó đòi hỏi Ngân hàng HTX và QTDND phải được tổ chức trong một mô hình tổ chức hệ thống riêng tồn tại trong một mô hình tổ chức hệ thống các TCTD nói chung. Tuy nhiên, đến thời điểm hiện tại, pháp luật về TCTD là HTX vẫn chưa đưa ra quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX và đó được xem là một hạn chế, bất cập cần phải khắc phục và hoàn thiện.

Việc đưa ra quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX là hết sức cần thiết, không chỉ góp phần xây dựng hoàn thiện pháp luật về TCTD là HTX mà

còn tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống TCTD là HTX ở Việt Nam trong thời gian tới. Quy định về mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX phải thể hiện được các nội dung chủ yếu sau đây: Hệ thống các TCTD là HTX được tổ chức theo mô hình hai cấp; vị trí, vai trò, mối quan hệ giữa các loại hình TCTD là HTX trong mô hình tổ chức hệ thống nói chung.

Thứ hai, pháp luật về mô hình tổ chức hệ thống TCTD là HTX cần quy định cụ thể, rõ ràng hơn về khái niệm, vị trí pháp lý của Ngân hàng HTX

Như đã phân tích, hiện nay đang có những cách hiểu không thống nhất về vị trí pháp lý của Ngân hàng HTX, tổ chức đóng vai trò là TCTD là HTX cấp TW, là đầu mối của hệ thống các TCTD là HTX. Sự không thống nhất đó bắt nguồn từ sự không thống nhất giữa khái niệm Ngân hàng HTX được quy định trong Luật các TCTD năm 2010 và thực trạng tổ chức và hoạt động của Ngân hàng HTX Việt Nam với quy định về thẩm quyền, điều kiện, thủ tục cấp giấy phép thành lập Ngân hàng HTX được quy định tại Thông tư số 31/2012/TT-NHNN. Khái niệm Ngân hàng HTX trong Luật các TCTD năm 2010 đã xác định rõ: “*Ngân hàng HTX là ngân hàng của tất cả các QTDND do các QTDND và một số pháp nhân góp vốn thành lập theo quy định của Luật này nhằm mục tiêu chủ yếu là liên kết hệ thống, hỗ trợ tài chính, điều hòa vốn trong hệ thống các QTDND*” và thực tế Ngân hàng HTX Việt Nam đang được tổ chức, tồn tại và hoạt động với vị trí là Ngân hàng HTX duy nhất, giữ vai trò là tổ chức đầu mối, liên kết hệ thống, hỗ trợ tài chính, điều hòa vốn trong hệ thống các

QTDND. Tuy nhiên, quy định về thẩm quyền, điều kiện, thủ tục cấp giấy phép thành lập ngân hàng HTX được quy định tại Thông tư số 31/2012/TT-NHNN lại dẫn đến cách hiểu ở Việt Nam có thể có Ngân hàng HTX khác được thành lập và Ngân hàng HTX Việt Nam không phải là ngân hàng HTX duy nhất.

Để khắc phục những hạn chế, bất cập trên, pháp luật cần đưa ra quy định khái niệm về Ngân hàng HTX Việt Nam. Trong đó xác định Ngân hàng HTX Việt Nam là TCTD là HTX cấp TW, là tổ chức đầu mối của hệ thống các TCTD là HTX, giữ vai trò liên kết hệ thống, hỗ trợ tài chính, điều hòa vốn trong hệ thống các QTDND. Cụm từ “do các QTDND và một số pháp nhân góp vốn thành lập” nên được loại bỏ vì nó không phản ánh đúng bản chất và vị trí pháp lý của Ngân hàng HTX Việt Nam. Hơn nữa, thực tế Ngân hàng HTX Việt Nam là do NHNN thành lập chứ không phải do các QTDND thành lập (theo số liệu trên bảng cân đối tài chính kế toán trên hệ thống thông tin nội bộ của Ngân hàng HTX Việt Nam ngày 25/12/2018, tổng vốn chủ sở hữu: 3,027,311,327,908 đồng, trong đó vốn góp của nhà nước do NHNN là đại diện chủ sở hữu là: 3,009,676,327,908 đồng (chiếm 99,9%) phần còn lại là vốn góp của các QTDND).

Bên cạnh việc đưa ra khái niệm về Ngân hàng HTX Việt Nam thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng bãi bỏ các quy định về cấp giấy phép ngân hàng HTX tại Mục II (gồm các Điều 8, 9, 10, 11) Thông tư số 31/2012/TT-NHNN.

Thứ ba, cần quy định cụ thể về việc QTDND có nghĩa vụ tham gia là thành viên của Ngân hàng HTX Việt Nam

Như đã phân tích, nghĩa vụ của

QTDND trong việc tham gia là thành viên của Ngân hàng HTX Việt Nam (trước đây là QTDND TW) đã được pháp luật về TCTD là HTX quy định ngày càng cụ thể và rõ ràng hơn qua các giai đoạn. Giai đoạn đầu, từ năm 1993 – 2000 (giai đoạn thí điểm thành lập với mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX ba cấp) quy định QTDND có nghĩa vụ: “Thực hiện các nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật và Điều lệ của Liên hiệp, Liên minh QTDND”²⁵. Giai đoạn thứ hai, từ năm 2000 đến năm 2013 (giai đoạn thực hiện chuyển đổi mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX từ mô hình ba cấp sang mô hình hai cấp) quy định QTDND cơ sở có nghĩa vụ: “Tham gia tổ chức liên kết phát triển hệ thống nhằm mục tiêu xây dựng QTDND và cả hệ thống QTDND an toàn, hiệu quả, phát triển bền vững”²⁶. Giai đoạn thứ ba, từ 2013 đến nay (giai đoạn hoàn thiện mô hình tổ chức hệ thống các TCTD là HTX hai cấp) quy định QTDND có nghĩa vụ: “Góp vốn xác lập tư cách thành viên và vốn góp thường niên tại Ngân hàng HTX Việt Nam”²⁷.

Tuy nhiên, với quy định của Thông tư số 04/2015/TT-NHNN có thể hiểu nghĩa vụ “Góp vốn xác lập tư cách thành viên và vốn góp thường niên tại Ngân hàng HTX Việt Nam” chỉ đặt ra đối với những QTDND có tham gia là thành viên của Ngân hàng HTX Việt Nam. Chính vì thế, để bảo đảm cụ thể, rõ ràng và minh bạch, pháp luật về TCTD là HTX cần quy định một trong nghĩa vụ của QTDND là tham gia thành viên của Ngân hàng HTX Việt Nam.

²⁵ Khoản 6 Điều 8 Nghị định số 48/2001/NĐ-CP.

²⁶ Khoản 5 Điều 41 Thông tư số 04/2015/TT-NHNN Quy định về QTDND.

²⁷ Điểm b khoản 1 Điều 33 Thông tư số 31/2102/TT-NHNN.

BÀN VỀ CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA NHÀ ĐẦU TƯ VÀ NHÀ NƯỚC TRONG KHUÔN KHỔ HIỆP ĐỊNH EVFTA VÀ CPTPP

*Trần Việt Dũng**

Tóm tắt: Bài viết phân tích tổng quan những vấn đề còn gây tranh cãi của cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước (ISDS) truyền thống; giới thiệu và đánh giá về ISDS trong khuôn khổ hai hiệp định thương mại quan trọng là Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam – Liên minh châu Âu (EVFTA) và Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP). Bài viết cũng sẽ phân tích một số giải pháp đã được Việt Nam áp dụng để hạn chế rủi ro từ ISDS và những chiến lược cần phải thực hiện để bảo vệ quyền lợi cho Nhà nước một cách hệ thống và hiệu quả trước các vụ tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài.

Abstract: This paper analyzes controversial issues that have concerned countries relating to the traditional Investor – State Dispute Settlement (ISDS) mechanism; It introduces and assesses the ISDS under the two important free trade agreement of Vietnam, namely the European Union – Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA) and the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (CPTPP). In particular, it provides critical analyses on certain specific measures implemented by Vietnam to manage the risks from ISDS and strategies to be implemented to protect rights and legitimate interests of the State systematically and effectively against potential disputes with foreign investors.

1. Tổng quan về cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước

1.1. Mục tiêu, vai trò của cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước trong đầu tư quốc tế

Đầu tư xuyên biên giới hàm chứa nhiều rủi ro cho nhà đầu tư. Các tài sản của nhà đầu tư chịu tác động trực tiếp từ những thay đổi chính sách, pháp luật và các biến động chính trị-xã hội tại quốc gia tiếp nhận đầu tư. Để bảo vệ quyền lợi cho công dân của mình trong hoạt động đầu tư quốc tế, các quốc gia của nhà đầu tư đã phát triển mô hình giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước (ISDS) thông qua các thỏa

thuận đầu tư với quốc gia tiếp nhận đầu tư. Cơ chế ISDS cho phép nhà đầu tư từ một quốc gia (là bên ký kết của điều ước đầu tư) yêu cầu bồi thường từ quốc gia khác (cũng là bên ký kết của điều ước đầu tư) khi nhà đầu tư đó cho rằng Nhà nước/cơ quan quản lý nhà nước của quốc gia đó đã vi phạm nghĩa vụ bảo hộ nhà đầu tư theo quy định của điều ước liên quan. Nói cách khác, nhà đầu tư nước ngoài có thể tiếp cận một cơ chế giải quyết tranh chấp tại cơ quan tài phán quốc tế (thông thường là trọng tài quốc tế) không phụ thuộc vào quốc gia sở tại có thỏa thuận trọng tài trực tiếp với nhà đầu tư hay không nhằm bảo vệ quyền và lợi ích của mình theo điều ước đầu tư. Nhà đầu tư nước ngoài cũng có quyền được áp dụng

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

trực tiếp các nguyên tắc và quy định của luật quốc tế, thay vì pháp luật quốc gia (luật đầu tư của quốc gia tiếp nhận đầu tư hay luật bảo vệ công dân của quốc gia mình mang quốc tịch).

ISDS được coi là một công cụ bảo đảm trước những thay đổi trong pháp luật hoặc chính sách đầu tư của quốc gia có thể phủ nhận hay triệt tiêu các tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu (theo luật quốc tế) đối với nhà đầu tư nước ngoài. Đối với quốc gia, việc chấp nhận tham gia vào ISDS là sự khẳng định cam kết thực chất và mang tính ràng buộc của họ đối với các nghĩa vụ trong điều ước đầu tư; qua đó giúp thu hút thêm đầu tư nước ngoài. Tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước phải được xét xử bởi các cơ quan tài phán quốc tế độc lập trên cơ sở pháp quyền (rules of law) chứ không chịu áp lực chính trị, kinh tế hoặc quân sự từ Nhà nước hoặc cơ quan nhà nước. Thông thường, nhà đầu tư nước ngoài sẽ tiếp cận các thiết chế trọng tài quốc tế có uy tín để khiếu kiện Nhà nước, đặc biệt là Trung tâm quốc tế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước của Ngân hàng thế giới (International Center for Settlement of Investment Disputes - ICSID)¹.

1.2. Một số bất cập của cơ chế truyền thống giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước

Cùng với sự bùng nổ của hoạt động đầu tư quốc tế trong ba thập niên trở lại đây, số lượng các tranh chấp giữa nhà đầu tư nước

ngoài và Nhà nước đã gia tăng đáng kể. Theo báo cáo của Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (UNCTAD), nếu như trước năm 1990 số lượng các vụ tranh chấp đầu tư quốc tế gần như là không đáng kể thì từ năm 1990-2017 con số này đã là trên 900 vụ (trong đó có 314 đang trong quá trình giải quyết)². Hầu hết các vụ tranh chấp đều do nhà đầu tư tiến hành chống lại các quốc gia đang phát triển và các nền kinh tế chuyển đổi³. Quan trọng hơn, trong hầu hết các vụ kiện đầu tư quốc tế, Nhà nước thường rơi vào thế bất lợi hoặc bị thua kiện nhà đầu tư nước ngoài.

Kinh nghiệm với ISDS đã dẫn đến sự không hài lòng của nhiều quốc gia đối với cơ chế giải quyết tranh chấp này. Bởi các vụ tranh chấp đầu tư quốc tế có thể liên quan đến những thách thức về biện pháp công (*public acts*) của Chính phủ (ví dụ như các chính sách bảo vệ lợi ích cộng đồng, môi trường, quy hoạch khai thác nguồn tài nguyên cạn kiệt...) chứ không chỉ đơn thuần là những vấn đề tranh chấp thương mại về quyền và nghĩa vụ⁴. Ví dụ trường hợp vụ Công ty Formosa gây ô nhiễm biển Vũng Áng, rõ ràng từ góc độ pháp luật môi trường nhà đầu tư Đài Loan đã gây thiệt hại

¹ Trần Việt Dũng, “Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nhà nước của Hiệp định Thương mại tự do EU-Việt Nam – sự hình thành tòa án đầu tư quốc tế?”, trong Trần Việt Dũng và Nguyễn Thị Lan Hương (chủ biên), *Giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế - Một số vấn đề pháp lý và thực tiễn trong bối cảnh hội nhập*, (Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2018), tr. 57-77.

² UNCTAD, (2018): International Investment Agreements Navigator: Vietnam, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/229#iiaInnerMenu>, truy cập ngày 10/12/2018. Theo thống kê của UNCTAD, giai đoạn từ 1990-2018 Việt Nam đã bị kiện 8 lần, tuy nhiên riêng trong giai đoạn từ 2010 tới 2018, Việt Nam đã phải đối mặt với 7 vụ kiện bởi nhà đầu tư nước ngoài.

³ UNCTAD, (2018), ghi chú 4, tlđđ.

⁴ Schill Stephan, *Multilateralizing International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, tr. 45-46; cũng xem Trần Việt Dũng và Nguyễn Ngọc Mai Thy, *Lợi ích công cộng trong luật đầu tư quốc tế - Thực tiễn giải quyết tranh chấp quốc tế và một số đề xuất cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 01 (122), 2019, tr. 68-73.

to lớn cho môi trường biển và môi trường sống của cộng đồng dân cư trong khu vực; nhưng từ góc độ luật đầu tư quốc tế, Nhà nước vẫn bị ràng buộc trách nhiệm trước nhà đầu tư, bao gồm trách nhiệm đền bù khoản lợi ích bị mất mát của nhà đầu tư dựa trên tiêu chí “sự kỳ vọng hợp lý” (*legitimate expectation*). Quyết định cuối cùng về trách nhiệm của Nhà nước đối với nhà đầu tư sẽ phụ thuộc vào quan điểm của Hội đồng trọng tài nếu vấn đề được giải quyết theo ISDS. Về nguyên tắc, trọng tài chỉ phải xem xét vấn đề tranh chấp theo quy định của điều ước đầu tư quốc tế liên quan, vì vậy lợi ích công cộng có thể bị xem nhẹ nếu điều ước quốc tế không giải quyết vấn đề này. Vụ kiện *Chevron v. Ecuador*⁵ là một ví dụ điển hình của cách tiếp cận phiến diện của trọng tài đối với vấn đề trách nhiệm bồi thường của Nhà nước và nhà đầu tư trong sự cố môi trường. Nhiều người cho rằng, các cơ chế trọng tài đầu tư quốc tế đề cao hơn về tính dân chủ và giá trị công so với cơ chế trọng tài thương mại được áp dụng như nền tảng của ISDS truyền thống⁶.

Một vấn đề khác của ISDS, là tính thiếu hệ thống của cơ chế giải quyết tranh chấp. Hội đồng trọng tài về cơ bản được thành lập cho từng vụ kiện và hoạt động độc lập với nhau, vì vậy phán quyết của các hội đồng trọng tài không thống nhất và ít có tính kế thừa (khi giải thích nghĩa vụ quốc tế của quốc gia)⁷. Thực trạng này tạo ra tình trạng

không rõ ràng và khó dự đoán trong thủ tục giải quyết tranh chấp đầu tư.

Bên cạnh đó, việc ISDS không hạn chế các nhà đầu tư (Ví dụ: Các cổ đông của một công ty có vốn đầu tư nước ngoài và thậm chí là nhà đầu tư có lợi ích gián tiếp tại công ty đó) khiếu kiện Nhà nước để đòi bồi thường dẫn tới việc các nhà đầu tư khác nhau có thể tiến hành thủ tục khiếu kiện đối với một biện pháp của Nhà nước tại các tổ chức trọng tài khác nhau. Nhà nước sẽ phải cùng lúc đối mặt với nhiều vụ kiện về cùng một vấn đề. Như vậy, chi phí cho thủ tục giải quyết tranh chấp sẽ là khoản tiền lớn đối với ngân sách quốc gia. Đây là vấn đề đối với nhiều quốc gia đang phát triển phải đối mặt trong tranh chấp đầu tư quốc tế.

Cuối cùng, vấn đề mà nhiều người vẫn coi là một điểm yếu cố hữu của ISDS hiện đại là tính khách quan và vô tư của các thành viên Hội đồng trọng tài. Các trọng tài, về nguyên tắc, sẽ chỉ làm việc cho một vụ việc cụ thể và nhận thù lao (phí trọng tài) do các bên tranh chấp đóng góp. Rủi ro của cơ chế này là trọng tài sẽ có xu hướng ưu tiên các nhà đầu tư (vì các nhà đầu tư mới là chủ thể chủ yếu khởi xướng các vụ kiện đầu tư quốc tế) để đảm bảo các cơ hội trong tương lai cho công việc trọng tài. Một số quan điểm còn cho rằng, trọng tài còn có xu hướng hạn chế từ chối thẩm quyền (kể cả khi cơ sở xác định thẩm quyền không vững vàng) để được tiến hành thụ lý vụ kiện và hưởng phí trọng tài. Vấn đề xác định thẩm quyền được thể hiện rất rõ trong vụ tranh chấp giữa các cổ đông của Yukos và Liên bang Nga (vụ kiện có phán quyết trọng tài với giá trị lớn nhất lịch sử tranh chấp trọng tài quốc tế cho tới nay, nhưng đã bị Tòa án Hague tuyên bố vô hiệu vì Hội đồng trọng

⁵ Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23.

⁶ Van Harten, “Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law” trong Stephan Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, (2010) tr. 627.

⁷ Trần Việt Dũng, (2018), tldd; tr. 63.

tài không có thẩm quyền)⁸. Quyết định chấp nhận thẩm quyền xét xử trong các vụ tranh chấp có giá trị lớn sẽ dẫn tới kéo dài thủ tục tố tụng và mang lại lợi ích bổ sung cho trọng tài vì họ sẽ được trả mức phí trọng tài cao hơn⁹.

2. Chính sách của Việt Nam đối với bảo hộ đầu tư nước ngoài và cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước

Trong lĩnh vực đầu tư, từ khi tiến hành Đổi Mới và hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam luôn đề cao việc xây dựng và phát triển khung pháp lý cho đầu tư nước ngoài và coi đó là một động lực quan trọng cho quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa¹⁰. Việt Nam coi trọng nghĩa vụ tuân thủ các điều ước quốc tế trong chính sách hội nhập¹¹.

Chính phủ Việt Nam ủng hộ mạnh mẽ việc bảo vệ và xúc tiến đầu tư nước ngoài trực tiếp theo các chuẩn mực quốc tế, cũng như tôn trọng ISDS. Hầu hết các thỏa thuận đầu tư và thỏa thuận thương mại khu vực

được ký bởi Việt Nam kể từ năm 2007¹², đều có các điều khoản về ISDS. Bất chấp sự chỉ trích ngày càng tăng về ISDS ở nhiều nơi trên thế giới, cũng như phải đối mặt với nhiều vụ tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài, Việt Nam chưa bao giờ thể hiện công khai quan điểm hoài nghi về vai trò của ISDS. Việt Nam nhìn nhận về ISDS như một phần không thể tách rời của các điều ước đầu tư quốc tế.

Các vấn đề về cơ chế ISDS cũng được Việt Nam chấp nhận đàm phán và đưa vào khung pháp lý đầu tư trong khuôn khổ các hiệp định tự do thương mại khu vực được ký kết trong những năm qua. Tuy nhiên, cơ chế ISDS trong khuôn khổ các Hiệp định Thương mại tự do (FTA) thế hệ mới có những sửa đổi so với cơ chế truyền thống, điển hình như cơ chế ISDS trong EVFTA và ở một chừng mực nào đó là CPTPP.

2.1. Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước trong khuôn khổ CPTPP

Hiệp định CPTPP, hay còn gọi là TPP-11, là hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam và 10 đối tác thương mại trong khu vực châu Á - Thái Bình Dương (bao gồm Úc, Brunei, Canada, Chile, Nhật Bản, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore)¹³ có hiệu lực với Việt Nam từ 14/1/2019, được nhìn nhận là một trong

⁸ Kang Christine và Yi Jang Xuan (2016), *Dutch Court Set Aside \$50 Billion Award In Yukos Case*, <https://www.chambersandpartners.com/article/338/dutch-court-set-aside-50-billion-award-in-yukos-case>, truy cập ngày 30/4/2018; Markus Altenkirch and Jan Frohloff (2016), *The Hague District Court Sets Aside Yukos Awards*, Global Arbitration News, <https://globalarbitrationnews.com/the-hague-district-court-sets-aside-yukos-awards-20160426/>, truy cập ngày 30/4/2018.

⁹ Gaukrodger David, and Kathryn Gordon, (2012), *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing (03/2012), tr. 9-10.

¹⁰ *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc thời kỳ đổi mới (khóa VI, VII, VIII, IX, X)*, Phần I (Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010).

¹¹ Điều 12, Hiến pháp năm 2013.

¹² Việt Nam đã tham gia đàm phán ký kết 12 FTA và đang đàm phán 6 FTA.

¹³ CPTPP bao gồm hầu hết các điều khoản của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP), TPP đã được ký vào ngày 4 tháng 2 năm 2016, nhưng không bao giờ có hiệu lực sau khi Mỹ rút khỏi hiệp định. Tất cả các bên ký tên ban đầu của TPP - ngoại trừ Hoa Kỳ - đã đồng ý khôi phục lại các thỏa thuận của TPP (nhưng bỏ qua một số điều khoản vốn được Hoa Kỳ ủng hộ). CPTPP đã được ký chính thức vào ngày 8/3/2018 tại Santiago, Chile và có hiệu lực từ ngày 30/12/2018.

những điều ước thương mại quan trọng của Việt Nam trong giai đoạn hội nhập quốc tế sắp tới¹⁴. Bên cạnh cơ hội phát triển thị trường xuất khẩu, CPTPP cũng hướng tới xúc tiến và bảo hộ đầu tư. Chương đầu tư trong CPTPP thiết lập các điều kiện đầu tư thuận lợi cho hoạt động đầu tư tại các thị trường khu vực.

Chương Đầu tư của CPTPP đã có những quy định quan trọng nhằm khắc phục những điểm yếu của cơ chế ISDS truyền thống. Theo đó, chính sách/biện pháp của Nhà nước nhằm bảo vệ lợi ích công cộng được xem là hợp lý và phải được tôn trọng. Điều 9.16 của CPTPP quy định: “[Không] có quy định nào trong Chương [đầu tư] này được hiểu là để ngăn cản một Bên ban hành, duy trì, hay thực thi bất kỳ biện pháp khác phù hợp với Chương này mà Bên đó cho rằng thích hợp để bảo đảm hoạt động đầu tư trên lãnh thổ của mình được thực hiện theo cách thức nhạy cảm với môi trường, sức khỏe hoặc mục tiêu quản lý khác”.

Mặc dù vậy, quy định trên của CPTPP vẫn còn mang tính mơ hồ. Hiệp định chỉ yêu cầu trọng tài cân nhắc trường hợp Nhà nước thực hiện biện pháp vì mục đích công cộng chứ chưa khẳng định loại trừ trách nhiệm bồi thường của Nhà nước đối với nhà đầu tư nước ngoài khi thực hiện một biện pháp/chính sách vì lợi ích công cộng; cũng như không làm rõ nguyên tắc đánh giá cân bằng các lợi ích công (phi kinh tế) và lợi ích kinh tế của nhà đầu tư nước ngoài. Với cách tiếp cận này, ISDS của CPTPP không đặt ra

nguyên tắc xử lý đối với những vấn đề nhạy cảm cho xã hội mà vẫn dành toàn bộ quyền quyết định cách tiếp cận giải quyết tranh chấp cho Hội đồng trọng tài. Điều đó có nghĩa là Việt Nam, với tư cách là Nhà nước tiếp nhận đầu tư, khi đưa ra một biện pháp hay một chính sách ảnh hưởng đến lợi ích của nhà đầu tư nước ngoài (dù là vì mục tiêu bảo vệ môi trường hay bảo vệ sức khỏe con người), vẫn có thể bị xem xét bởi trọng tài đầu tư quốc tế và phải chịu trách nhiệm bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài (cho dù nhà đầu tư vi phạm pháp luật hay chính sách công của Việt Nam). Như vậy, các cơ quan nhà nước sẽ phải rất cẩn trọng trong việc đưa ra các chính sách, biện pháp quản lý nhà nước về đầu tư nếu chúng có thể ảnh hưởng tới quyền tài sản của nhà đầu tư nước ngoài (đặc biệt là các biện pháp mang tính chất trùất hữu gián tiếp).

Tuy nhiên, CPTPP cũng thiết lập một cơ chế ngoại lệ đối với ISDS – đó là trường hợp các quốc gia ký kết hiệp định trực tiếp thỏa thuận bảo lưu về phạm vi của cơ chế ISDS. Cụ thể, Việt Nam và New Zealand đã có thỏa thuận song phương về việc áp dụng cơ chế ISDS, trong đó hạn chế áp dụng cơ chế này để giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Chính phủ của hai bên. Cụ thể, nếu tranh chấp xảy ra thì nhà đầu tư và Chính phủ của nước tiếp nhận đầu tư sẽ giải quyết một cách thiện chí thông qua tham vấn và thương lượng. Nếu tranh chấp không thể được giải quyết theo hình thức tham vấn, thương lượng trong vòng 6 tháng thì nhà đầu tư có thể yêu cầu giải quyết bằng trọng tài ISDS nhưng phải được sự chấp thuận của Chính phủ nước nhận đầu tư (Việt Nam hoặc New Zealand)¹⁵. Với thỏa thuận

¹⁴ Phan Trang, *Việt Nam trông đợi gì ở Hiệp định CPTPP sắp được ký?*, Cổng thông tin chính phủ [http://baochinhphu.vn/Viet-Nam-va-CPTPP/Viet-Nam-trong-doi-gi-o-Hiep-dinh-CPTPP-sap-duoc-ky/351242.vgp], truy cập ngày 1/12/2018.

¹⁵ Ministry of Foreign Affairs and Trade of New Zealand, Side instruments signed by New Zealand

này của New Zealand và Việt Nam, cơ chế ISDS của CPTPP sẽ không được mặc nhiên sử dụng mà phải được sự đồng ý của quốc gia tiếp nhận đầu tư liên quan. Cách tiếp cận này của Việt Nam và một số quốc gia ký kết CPTPP gián tiếp thay đổi cách vận hành của cơ chế ISDS truyền thống, cung cấp cho quốc gia một “lớp bảo vệ” cho Nhà nước Việt Nam trong những tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài và hạn chế lựa chọn trọng tài đối với nhà đầu tư nước ngoài.

2.2. Hệ thống tòa án đầu tư trong khuôn khổ EVFTA

Hiệp định thương mại tự do giữa EU và Việt Nam được hoàn tất đàm phán từ năm 2015 và đang chờ thủ tục ký kết của Nghị viện châu Âu. Sau khi có hiệu lực, các quy định về đầu tư của EVFTA sẽ thay thế toàn bộ các hiệp định đầu tư song phương giữa Việt Nam và 22 quốc gia thành viên EU¹⁶. EVFTA được coi là một FTA thế hệ mới có nhiều cải cách mang tính đột phá đối với ISDS.

EVFTA có tham vọng thiết lập hệ thống toà án đầu tư (ITS) để giải quyết các tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước. Mô hình ITS rất đặc thù - mô phỏng theo cơ chế giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO). Hiện trên thế giới, mô hình ISDS tương tự chỉ mới được quy định trong khuôn khổ Hiệp định hợp tác toàn diện về kinh tế và thương mại (CETA) giữa Canada và EU¹⁷. Các nhà đàm phán EVFTA tin rằng mô hình ITS sẽ tạo ra một sự phát triển mới cho ISDS - đảm bảo việc quyền lợi của

các bên được xem xét một cách cân bằng và có hệ thống, giải quyết hầu hết các tranh cãi về ISDS truyền thống. Cơ chế này xoay quanh 4 yếu tố cấu thành, bao gồm: (i) Tính hệ thống và ổn định, (ii) Tính minh bạch và dễ dự đoán, (iii) Sự độc lập của thành viên hội đồng xét xử, và (iv) Thời gian cố định cho từng giai đoạn tranh chấp.

Điểm nhấn của cơ chế ISDS trong EVFTA là mô hình cơ quan giải quyết tranh chấp cố định mang tính bán tư pháp (*quasi judicial*) với hai cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm – “Hệ thống toà án đầu tư” (ITS). Ủy ban thương mại của EVFTA sẽ bổ nhiệm 9 thẩm phán cho toà đầu tư cấp sơ thẩm, trong đó sẽ có 3 người là công dân của nước thành viên EU, 3 người là công dân Việt Nam và 3 người còn lại là công dân của nước thứ 3¹⁸. Thẩm phán của toà đầu tư phải là những cá nhân có kinh nghiệm chuyên môn đủ để được bổ nhiệm tại các cơ quan tư pháp của nước mình mang quốc tịch, hoặc là một luật gia có uy tín quốc tế. Họ phải có kiến thức và kinh nghiệm chuyên môn sâu trong lĩnh vực luật quốc tế và đặc biệt là luật đầu tư quốc tế¹⁹. Toà cấp phúc thẩm có 6 thẩm phán, với 2 người là công dân EU, 2 người là công dân Việt Nam và 2 người còn lại là công dân nước thứ 3²⁰. Ủy ban thương mại EVFTA sẽ bổ nhiệm các thẩm phán của ITS ngay khi EVFTA có hiệu lực. Thời hạn nhiệm sở của các thẩm phán toà sơ thẩm và toà phúc thẩm là 4 năm và có thể được gia hạn một lần²¹.

Việc bổ nhiệm các thẩm phán cho Hội đồng xét xử sẽ do Chánh án toà án đầu tư quyết định trên cơ sở lựa chọn luân phiên,

and Vietnam under the CPTPP, <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Viet-Nam-ISDS.pdf>, truy cập ngày 12/12/2018.

¹⁶ Điều X.21 Chương XX EVFTA.

¹⁷ Hiệp định hợp tác toàn diện về kinh tế và thương mại giữa Canada và EU được ký vào 30/10/2016.

¹⁸ Điều 12.1 Chương 8 Phần 4, EVFTA.

¹⁹ Điều 12.4 Chương 8 Phần 4 EVFTA.

²⁰ Điều 13.2 Chương 8 Phần 4 EVFTA.

²¹ Điều 12.5, 13.5 Chương 8 Phần 4 EVFTA.

nhưng phải bảo đảm việc lựa chọn là ngẫu nhiên không dự đoán trước²². Trên lý thuyết, vì được chỉ định ngẫu nhiên nên các thẩm phán sẽ không thể biết mình được chỉ định vào vụ kiện nào. Bên cạnh đó, các thẩm phán của ITS phải đảm bảo không tham gia vào bất cứ vụ tranh chấp nào mà họ có thể có xung đột lợi ích cho dù là trực tiếp hay gián tiếp với các bên trong vụ tranh chấp²³. Các thẩm phán của tòa ITS sẽ hưởng lương trực tiếp từ Ủy ban thương mại²⁴ và phải có nghĩa vụ tham gia vào các vụ tranh chấp khi được Ủy ban thương mại chỉ định. Những quy định trên đối với thẩm phán của ITS hướng tới bảo đảm chất lượng cho ISDS đồng thời nâng cao tính độc lập của các thẩm phán trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Cơ chế phúc thẩm của ITS được kỳ vọng sẽ giúp giải tỏa những lo lắng của Nhà nước về tính công bằng và chính xác của các phán quyết²⁵. Cơ chế ISDS truyền thống bị chỉ trích là không có cơ chế rà soát các phán quyết giải quyết tranh chấp. ITS có thẩm quyền xem xét khiếu nại của các bên tranh chấp về nội dung phán quyết của tòa cấp sơ thẩm liên quan tới cả hai nội dung luật và chứng cứ²⁶. Các quyết định của tòa đầu tư cấp phúc thẩm của EVFTA là cuối cùng (chung thẩm) và ràng buộc đối với các bên²⁷. Với việc áp dụng cơ chế này, EVFTA sẽ hướng tới bảo đảm các phán quyết giải quyết tranh chấp mang tính hệ

thống và nhất quán, tương tự kết quả của hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO²⁸.

Bên cạnh đó, EVFTA đề cao tính minh bạch trong thủ tục ISDS. Mọi tài liệu được các bên gửi tới ITS (nếu không thuộc nhóm các thông tin bảo mật) sẽ phải được công bố công khai cho công chúng và toàn bộ phiên xét xử của ITS sẽ phải mở công khai (ngoại trừ những phần phải bảo mật và phải được bảo vệ theo quy định của hiệp định²⁹). Cơ chế này được kỳ vọng sẽ tạo áp lực buộc các bên liên quan phải tôn trọng pháp luật ở mức cao nhất.

Nhìn chung, mô hình ISDS của EVFTA này được hậu thuẫn mạnh mẽ bởi EU. Hiện nay, EU đang xúc tiến đàm phán đưa mô hình này vào FTA với hai đối tác khác là Hàn Quốc và Singapore. Nhiều quan điểm cho rằng, trong tương lai khi cấu trúc ISDS này được vận hành tại nhiều quốc gia, có thể hình thành một hệ thống tòa án quốc tế thường trực trong lĩnh vực đầu tư quốc tế tương tự như Tòa công lý quốc tế của Liên hợp quốc. Tuy nhiên, việc đánh giá tính hiệu quả của mô hình này hiện nay là còn quá sớm. Việc kết hợp các ISDS của các hiệp định đầu tư khác nhau thành một hệ thống tòa án đầu tư cũng không đơn giản. Các cơ quan tài phán của mỗi hiệp định FTA giữa EU và các đối tác thương mại hoàn toàn độc lập với nhau về mặt tổ chức cũng như cơ cấu nhân sự. Mặc dù vậy, một khi đi vào vận hành, ITS sẽ có những tác động đáng kể tới thực tiễn giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư EU và Việt Nam. Sự can thiệp sâu của ITS vào hệ thống tư pháp

²² Điều 12.7, 13.7 Chương 8 Phần 4 EVFTA.

²³ Điều 14 Chương 8 Phần 4 EVFTA.

²⁴ Theo quy định của Điều 12 và Điều 13 EVFTA, thẩm phán của ITS sẽ nhận mức trợ cấp cố định hàng tháng và khi giải quyết vụ kiện sẽ nhận phí bỏ sung tương đương với mức phí các trọng tài ICSID nhận, tức khoảng USD 3,000/ngày.

²⁵ Trần Việt Dũng, (2018), tldđ, tr.67.

²⁶ Điều 28 Chương 8 Phần 4 EVFTA.

²⁷ Điều 29 Chương 8 EVFTA.

²⁸ Trần Việt Dũng, Cơ quan giải quyết tranh chấp cấp phúc thẩm của WTO: Mô hình cho các cơ chế giải quyết tranh chấp kinh tế quốc tế khác, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 05(66), 2011, tr.48-54.

²⁹ Điều 20.4 Chương 8 EVFTA.

quốc gia chắc chắn sẽ ảnh hưởng tới nguyên tắc độc lập trong trật tự pháp lý của hệ thống pháp luật quốc gia và chủ quyền quốc gia. Việt Nam cần chuẩn bị đối mặt với việc phán quyết của ITS sẽ có hiệu lực tự động tại Việt Nam và các cơ quan chức năng sẽ phải thi hành ngay lập tức mà không thông qua thủ tục công nhận và thi hành phán quyết của tòa án/trọng tài nước ngoài.

3. Kết luận

Các FTA thế hệ mới như EVFTA và CPTPP hướng tới phát triển khung pháp lý ổn định và thuận lợi cho hoạt động đầu tư giữa các quốc gia, trong đó ISDS vẫn được coi là một trụ cột quan trọng để giải quyết những tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước. Cả hai hiệp định này đều đã có những bổ sung đối với ISDS nhằm khắc phục những vấn đề cố hữu của cơ chế truyền thống. Tuy nhiên, cách tiếp cận và mức độ cải cách đối với ISDS của hai hiệp định này là rất khác nhau.

CPTPP về cơ bản vẫn duy trì mô hình ISDS truyền thống và mở rộng khả năng nhà đầu tư tiếp cận cơ chế trọng tài ICSID để kiện Nhà nước. Mặc dù vậy, CPTPP cũng đặt ra một cơ chế linh hoạt khi cho phép các bên ký kết tự thỏa thuận cách thức áp dụng ISDS của hiệp định. Thay vì quy định một ISDS cứng, cản trở Nhà nước thực hiện chủ quyền của mình, CPTPP chấp nhận để các bên ký kết thiết lập thỏa thuận song phương phù hợp với nhu cầu của chính họ đối với ISDS. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, cơ chế này của CPTPP không hoàn toàn loại trừ Nhà nước khỏi khả năng bị nhà đầu tư nước ngoài kiện tại trọng tài đầu tư quốc tế. Hiện giữa Việt Nam và các nước thành viên CPTPP vẫn tồn tại các hiệp định đầu tư

song phương (BIT), trong khi CPTPP không loại trừ hiệu lực của các BIT, như vậy, nhà đầu tư nước ngoài vẫn có thể tiếp cận ISDS trong các BIT liên quan để bảo vệ quyền lợi của mình. Do đó, Việt Nam cần có các bước cần thiết để hủy hoặc chấm dứt hiệu lực các BIT; loại bỏ sự chồng chéo các điều ước đầu tư quốc tế.

Hệ thống tòa án đầu tư của EVFTA so với các cơ chế ISDS truyền thống là một bước đột phá khi nó hướng tới bảo đảm sự công bằng và minh bạch cao hơn trong ISDS. EVFTA đã tích hợp nhiều thực tiễn tốt của các quốc gia trên thế giới đối với ISDS. Nhưng điểm nhấn quan trọng nhất trong mô hình tòa án đầu tư của EVFTA chính là cơ chế phúc thẩm của ITS. Cơ chế này được kỳ vọng sẽ là bộ lọc quan trọng để hạn chế và khắc phục các lỗi giải thích luật và đánh giá về chứng cứ của hội đồng xét xử. Sự mô phỏng của cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO cũng sẽ giúp cho các phán quyết của ITS mang tính hệ thống và dễ dự đoán hơn. Tuy nhiên, Nhà nước cũng sẽ phải đánh giá kỹ các tác động của cơ chế này (ví dụ như tác động minh bạch của thủ tục giải quyết tranh chấp sẽ ảnh hưởng như thế nào tới uy tín thu hút đầu tư nước ngoài của Việt Nam, hay việc phán quyết của ITS có hiệu lực trực tiếp tại Việt Nam sẽ tác động thế nào tới cơ chế thi hành án hiện hành...) đối với các biện pháp, chính sách đầu tư của cơ quan quản lý nhà nước.

Một cách tổng quan, Chính phủ cần có cách tiếp cận rõ ràng đối với ISDS và triển khai áp dụng một cách đồng bộ các giải pháp để không bị bị động trong các tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài, cũng như không bị ràng buộc khi thực hiện các chính sách vì lợi ích công cộng.