

THÔNG RA MỘT KỶ

6(374)

2019

SỐ 48

TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. LÊ MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. LÊ ĐÌNH TRUNG
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI
PGS.TS. TRẦN QUANG HẠO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHĨ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÚC
PGS.TS. LÊ MINH THẮNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VŨ KHUYNH VINH
PGS.TS. QUANG NGỌC VĨNH

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

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động
báo chí số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy Lợi

Giá: 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP

❖ NGUYỄN THỊ VIỆT HƯƠNG: Dân chủ đại diện và cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện 3

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ TRƯƠNG HỒNG QUANG: Sự cần thiết ghi nhận quan hệ sống chung cùng giới trong pháp luật Việt Nam 12

❖ BÙI THỊ MỪNG: Điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính 24

LUẬT KINH TẾ

❖ NGUYỄN NHƯ PHÁT: Luật Cạnh tranh năm 2018 và việc khắc phục những bất cập của Luật Cạnh tranh năm 2004 liên quan đến kiểm soát hạn chế cạnh tranh 32

❖ NGUYỄN HUY CƯỜNG: Một số bất cập của pháp luật về quản lý vốn nhà nước đầu tư tại doanh nghiệp sau cổ phần hóa và kiến nghị hoàn thiện 41

❖ NGUYỄN THỊ THÚY: Bất cập trong các quy định của pháp luật kinh doanh bảo hiểm về việc thay đổi chủ thể, bên thụ hưởng trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ 49

LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

❖ NGÔ QUỐC CHIẾN: Phán quyết trọng tài thiếu căn cứ - Một trong những cơ sở để hủy phán quyết trọng tài đầu tư 58

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

❖ NGUYỄN BÁ BÌNH: Các vấn đề cơ bản về án lệ ở các nước thuộc hệ thống thông luật 69

❖ NGUYỄN QUANG TUYẾN – ĐỖ TRẦN HÀ LINH: Pháp luật của bang New South Wales, Australia về bồi thường khi nhà nước thu hồi đất và một số gợi mở cho Việt Nam 79

MONTHLY ISSUE

6(374)

2019

48TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW

- ❖ NGUYEN THI VIET HUONG: Representative Democracy and Legal Mechanism for Its Enforcement 3

HUMAN RIGHTS

- ❖ TRUONG HONG QUANG: The Necessity of Recognition of Civil Unions in Vietnam's law 12
- ❖ BUI THI MUNG: Requirements for people requesting transition of their gender 24

ECONOMIC LAW

- ❖ NGUYEN NHU PHAT: The 2018 Law on Competition and Remedying Shortcomings of the 2004 Law on Competition Relating to Control of Competition-Restricting Acts 32
- ❖ NGUYEN HUY CUONG: Shortcomings of the Law on Management of State Capital in Post-Privatized Enterprises and Recommendations 41
- ❖ NGUYEN THI THUY: Shortcomings of the law on insurance business regarding changes of subject and beneficiary in life insurance contract 49

INTERNATIONAL TRADE LAW

- ❖ NGO QUOC CHIEN: Ill-Founded Arbitral Awards – One of the Grounds for Setting Aside Awards of Arbitral Investment Tribunals 58

FOREIGN STATE AND LAW

- ❖ NGUYEN BA BINH: Fundamental Issues on Case Law in Common Law Jurisdictions 69
- ❖ NGUYEN QUANG TUYEN – DO TRAN HA LINH: The Law of New South Wales (Australia) on Compensation upon State's Land Recovery and Implications for Vietnam 79

DÂN CHỦ ĐẠI DIỆN VÀ CƠ CHẾ PHÁP LÝ THỰC HIỆN DÂN CHỦ ĐẠI DIỆN

*Nguyễn Thị Việt Hương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích bản chất của dân chủ đại diện, mối quan hệ giữa dân chủ đại diện và dân chủ trực tiếp, phạm vi, vai trò và tính tất yếu thực hiện dân chủ đại diện trong nền dân chủ hiện đại. Bài viết đi sâu phân tích các khía cạnh lý luận về cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện, nhận diện cấu trúc nội dung và cấu trúc hình thức của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện. Thông qua đó, bài viết gợi mở hướng tư duy về hoàn thiện cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện, phúc đáp yêu cầu xây dựng nền dân chủ ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: The article analyzes the nature of representative democracy, the relationship between representative and direct democracies, the scope, role, and inevitability of representative democracy in modern democracy. It delves into analysis of theoretical aspects of legal mechanism to enforce representative democracy, identification of content and formalistic structure of such mechanism. On that basis, the article makes thought-provoking implications for improvement of the legal mechanism for enforcement of representative democracy, to meet the requirement for building democracy in Vietnam currently.

1. Nhận thức chung về dân chủ đại diện

Nguyên lý về chủ quyền nhân dân được khẳng định như bản chất và trụ cột của việc tổ chức và vận hành xã hội hiện đại. Nguyên lý chủ quyền nhân dân chính là cơ sở để nhận thức về tính thống nhất của quyền lực nhà nước, về yêu cầu và vai trò của dân chủ trong đời sống chính trị - xã hội của các quốc gia.

Đứng trên nguyên lý chủ quyền nhân dân, dân chủ được hiểu là việc nhân dân quyết định các vấn đề của cộng đồng bằng cách trực tiếp đưa ra các quyết định của mình hoặc thông qua đại diện được ủy quyền để đưa ra quyết định. Như vậy, dân chủ là một phạm trù đa nghĩa với bản chất

nhiều thứ bậc và được xem xét trên nhiều phương diện. Nhưng trước hết, dân chủ là một hiện tượng chính trị nằm trong mối tương quan với quyền lực nhà nước. Dân chủ và quyền lực nhà nước là hai phạm trù khác nhau, đôi khi đối lập nhau, nhưng về cơ bản thống nhất với nhau. Dân chủ có liên hệ chặt chẽ với bản chất của Nhà nước, với chức năng, nhiệm vụ và hình thức nhà nước. Xét trong mối quan hệ với quyền lực nhà nước, nhân dân là chủ thể gốc của quyền lực nhà nước. Đó chính là nội hàm của khái niệm dân chủ với tính cách là chế độ nhà nước với cấu trúc gồm ba vế tồn tại trong hiện thực: (1) Nhân dân; (2) Quyền lực công và (3) Mối quan hệ giữa hai yếu tố đó. Tính chất trực tiếp của mối quan hệ sở hữu và thực hiện quyền lực công là cơ sở để phân định hai hình thức cơ bản của dân chủ: Dân chủ trực tiếp và dân chủ đại diện. Sự

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

khác biệt giữa hai hình thức này nằm ở chỗ “ai là người đưa ra các quyết định”.

Dân chủ trực tiếp chính là phương thức để người chủ quyền lực trực tiếp thể hiện ý chí của mình, tự mình thực hiện một số hoạt động trong chu trình quyền lực, quyết định các vấn đề, các công việc quan trọng của quốc gia, của cộng đồng lãnh thổ mà không thông qua một yếu tố trung gian nào. Đặc điểm chủ yếu của các hình thức dân chủ này là tính “trực tiếp”, vì vậy, chúng luôn đảm bảo tính nguyên vẹn của ý chí chính trị của nhân dân. Đồng thời, thông qua cách giải quyết trực tiếp có tác dụng chuyển tải ý chí chính trị của nhân dân về các vấn đề của quốc gia, nhân dân có đủ cơ sở để kiểm soát con đường chính trị của các cơ quan quyền lực nhà nước.

Dân chủ đại diện (còn gọi là dân chủ gián tiếp) là hình thức dân chủ mà theo đó nhân dân thông qua đại diện của mình để bày tỏ chính kiến và quyết định những vấn đề của đời sống cộng đồng. Người trực tiếp thực hiện việc đưa ra quyết định chính là người đại diện do nhân dân ủy quyền, thực hiện quyền lực nhà nước dựa vào ý chí của cử tri đã bầu ra họ, đồng thời có sự độc lập nhất định đối với các cử tri để đảm bảo cho họ có được khả năng đưa ra những sáng kiến cá nhân để thể hiện phẩm chất tinh hoa của mình, điều chỉnh quan điểm của những người dân bình thường, với tính cách là bộ lọc có trách nhiệm, tinh hoa và thông thái. Như vậy, dân chủ đại diện phản ánh rõ nét nhất sự ủy quyền quyền lực của nhân dân, là biểu thị rõ nhất nguyên lý chủ quyền nhân dân.

Lý thuyết về dân chủ đại diện xuất phát từ quan niệm xem chủ quyền thuộc về nhân dân, chỉ có nhân dân là chủ thể duy nhất có chủ quyền. Tuy nhiên, để bảo đảm hiệu quả

trong việc thực hiện chủ quyền, nhân dân cần lựa chọn và ủy quyền cho những người đại diện để thay mặt mình thực hiện quyền lực. Xét từ góc độ bản chất, dân chủ đại diện là quyền quyết định của người chủ quyền lực thông qua người đại diện và cơ quan đại diện. Dân chủ đại diện chính là một cơ chế ủy quyền và cơ chế để người đại diện phản ánh lợi ích của những người mà mình đại diện. Vì vậy, cốt lõi của dân chủ đại diện chính là vấn đề ai đại diện cho ai, ai phản ánh lợi ích của ai. Theo đó, linh hồn của dân chủ đại diện chính là đại biểu và cơ chế liên hệ giữa đại biểu và người ủy quyền.

Dân chủ đại diện trước hết là một chế độ được thực hiện trong khuôn khổ quyền lực nhà nước. Dân chủ đại diện chính là quyền quyết định của người chủ quyền lực đối với việc thực thi quyền lực nhà nước thông qua người đại diện do chủ thể gốc của quyền lực nhà nước bầu ra và ủy quyền. Nói cách khác, bản chất của dân chủ đại diện trong thực hiện quyền lực nhà nước chính là thuộc tính đại diện trong thực hiện quyền lực nhân dân. Tuy nhiên, dưới góc độ xã hội và chính trị, dân chủ đại diện còn bao gồm đại diện ngoài phạm vi quyền lực nhà nước, có tác động đến quyền lực nhà nước. Theo đó, các thiết chế xã hội như Đảng, các tổ chức chính trị - xã hội, các phong trào xã hội... đều đại diện cho lợi ích của một tầng lớp, một nhóm nhất định trong xã hội. Như vậy, theo nghĩa rộng, dân chủ đại diện là kết quả của quá trình thiết chế hoá với sự tham gia của rất nhiều chủ thể trong xã hội, được thể hiện qua cấu trúc của các thiết chế, các chức năng và hành động của các thành phần trong thiết chế.

Với tính cách là một chế độ nhà nước, dân chủ đại diện có vai trò rất quan trọng: *Thứ nhất*, dân chủ đại diện là hình thức hữu

hiệu nhất cho phép nhân dân thực hiện chủ quyền nhân dân trong tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước với tư cách là người chủ của quyền lực gốc. Trong thế giới đương đại, các mối quan hệ trở nên rất đa dạng, phức tạp, cho nên dân chủ trực tiếp mặc dầu có nhiều ưu thế nhưng không phải lúc nào cũng có thể thực hiện và thực hiện tốt. Dân chủ đại diện là hình thức tổ chức phản ánh được ý chí chung của cử tri, có thể đưa ra những quyết sách hữu hiệu đối với các vấn đề của quốc gia, cộng đồng, có thể khắc phục được những yêu cầu cụ thể nhiều khi là bất hợp lý trong tương quan với lợi ích chung của cộng đồng. *Thứ hai*, dân chủ đại diện đáp ứng được đòi hỏi chung của nhiệm vụ xây dựng nhà nước pháp quyền. Sự hiện diện của thiết chế đại diện do nhân dân trực tiếp bầu ra, đại diện cho nhân dân, thay mặt nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước là bằng chứng thiết thực của một Nhà nước dân chủ và là một đòi hỏi không thể thiếu của nhà nước pháp quyền. Thực hiện dân chủ đại diện trong nhà nước pháp quyền là cơ sở để khẳng định chủ quyền nhân dân và cơ sở hợp pháp của chính quyền, bảo đảm sự tham gia của người dân vào việc hình thành chính quyền cũng như vào việc ban hành các chính sách trong quá trình quản trị nhà nước, là điều kiện để các đạo luật phản ánh quyền tự nhiên của con người và cũng là yếu tố cần thiết để hạn chế sự lạm dụng quyền lực của các cơ quan nhà nước¹. *Thứ ba*, dân chủ đại diện đáp ứng yêu cầu bảo đảm lợi ích của quốc gia, cộng đồng. Dân chủ đại diện giúp tránh được sự

xung đột về lợi ích thông qua việc trao đổi, thảo luận tại nghị trường để đi tới một ý chí chung, đại diện cho lợi ích của quốc gia, địa phương. *Thứ tư*, trong thể chế chính trị Việt Nam, dân chủ đại diện góp phần tăng cường sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam. Dân chủ đại diện cho phép hợp pháp hóa quyền lực chính trị thành quyền lực nhà nước. Thông qua hoạt động bầu cử, các thành viên của Đảng được bầu thành các đại biểu trong cơ quan đại diện, phản ánh sự chính thức ủy quyền của nhân dân, đảm bảo tính chính đáng và hợp pháp của sự lãnh đạo của Đảng. Dân chủ đại diện góp phần đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước, các đảng viên được nhân dân trực tiếp bầu trở thành đại biểu Quốc hội chính là những người chuyển tải “ý Đảng” vào các chính sách của Nhà nước, được thể hiện thành các quy định của pháp luật để định hướng cho các hoạt động của các chủ thể trong xã hội. Dân chủ đại diện cũng là một trong những phương thức để Đảng có thể điều chỉnh chính sách và phương thức hoạt động của mình nhằm ngày càng nâng cao năng lực lãnh đạo của Đảng. Thông qua các cuộc bầu cử, các cuộc tiếp xúc, cọ xát giữa các thành viên của Đảng với các cử tri, Đảng có thể đo lường được một cách chính xác niềm tin của nhân dân đối với Đảng.

Mặc dù bản thân dân chủ đại diện cũng như quá trình thực hiện dân chủ đại diện ở các quốc gia trên thế giới cho thấy vẫn có vô số những nhược điểm như khả năng đặc quyền, đặc lợi, lạm quyền, tham nhũng quyền lực có được từ sự ủy quyền, quan liêu, xa rời lợi ích của người ủy quyền, thiếu năng lực đại diện, dân chủ có thể bị méo mó bởi nhiều lý do như trình độ nhận thức, quan điểm, lợi ích của người đại diện... Tuy nhiên, trong lịch sử tổ chức

¹ Xem: Hoàng Minh Hiếu, “*Bảo đảm tính đại diện của Quốc hội đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay*”, Luận án tiến sĩ Luật học, Đại học Luật Hà Nội, 2014, tr. 65.

quyền lực nhà nước và cho tới nay, nền dân chủ đại diện vẫn là hình thức thực hiện một cách hiệu quả chủ quyền nhân dân với điều kiện cơ bản là những người đại diện phải được lựa chọn trên cơ sở bầu cử phổ thông và bình đẳng (ngoài ra còn có các nguyên tắc kỹ thuật khác), người đại diện luôn giữ được mối liên hệ chặt chẽ với cử tri và đảm bảo phản ánh được lợi ích của cử tri. Theo đó, dân chủ đại diện có thể coi là một hình thức dân chủ tiêu biểu nhất, có lịch sử lâu đời trong các hình thức dân chủ, giữ được vị trí đặc biệt quan trọng trong nền dân chủ hiện đại.

2. Quan niệm về cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện

Cơ chế là phạm trù chỉ cách thức mà theo đó một quá trình thực hiện. Khái niệm này được sử dụng trong cả lĩnh vực tự nhiên và lĩnh vực xã hội². Cách hiểu như vậy về cơ bản đúng khi nhận thức về yếu tố cốt lõi của “cơ chế”. Cơ chế không phải là khái niệm “tĩnh”, ngược lại nó là khái niệm “động” thể hiện sự vận hành tới mục đích nào đó.

Cơ chế pháp lý là một khái niệm luôn gắn liền với pháp luật và khả năng điều chỉnh của pháp luật. Cơ chế pháp lý trước hết phải được pháp luật ghi nhận ở các cấp độ khác nhau trong các văn bản pháp luật có hiệu lực pháp lý khác nhau, khởi nguồn từ Hiến pháp - đạo luật có hiệu lực pháp lý cao nhất chế định những vấn đề có tính nguyên tắc của cơ chế pháp lý trong một lĩnh vực cụ thể của đời sống xã hội. Xét trên phương diện nội dung, cơ chế pháp lý phải bao gồm hệ thống các quy định pháp luật ghi nhận những quy tắc ứng xử của các cá nhân và tổ

chức liên quan đến một chuỗi các khâu của quá trình thực hiện mục tiêu trong một lĩnh vực cụ thể. Xét trên phương diện tổ chức, cơ chế pháp lý bao gồm hệ thống các quy định pháp luật về tổ chức và hoạt động của các thiết chế tham gia vào quá trình thực hiện mục tiêu trong một lĩnh vực cụ thể. Xét trên phương diện thủ tục, cơ chế pháp lý là sự hợp thành của các phương pháp, trình tự, bước đi, hậu quả pháp lý do pháp luật ghi nhận để đảm bảo tính hợp pháp của quá trình thực hiện mục tiêu trong một lĩnh vực nhất định.

Như vậy, có thể hiểu, cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện là *tổng thể các nguyên tắc, thể chế, thiết chế, hình thức, phương pháp và các điều kiện đảm bảo dân chủ đại diện, gắn kết với nhau, hợp thành hệ thống, do pháp luật điều chỉnh, phản ánh mối quan hệ giữa đại biểu và cử tri trong hoạt động đại diện để thực hiện quyền lực nhà nước, vận hành hướng tới mục tiêu bảo đảm quyền lực thuộc về nhân dân*.

Với cách hiểu này, có thể chia sẻ ý kiến về các đặc điểm của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện như sau³: (i) Đây là cách thức, theo đó, quá trình thực hiện quyền lực nhà nước được thực hiện thông qua một cơ quan, tổ chức đại diện được uỷ quyền quyết định việc thực hiện công việc nhà nước nhất định; (ii) Đây là quá trình không diễn ra thụ động, trái lại, chủ thể của quyền lực chủ động uỷ quyền, kiểm soát việc cơ quan được uỷ quyền thay mình ra quyết định các công việc nhà nước; (iii) Nói đến cơ chế pháp lý, bản thân nó đã hàm ý cơ

² Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, 2002, tr. 214.

³ Xem: PGS.TS. Vũ Thư, Chuyên đề *Các thành tố của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện* thuộc Đề tài cấp Bộ “Cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam hiện nay” (chủ nhiệm: PGS.TS Nguyễn Thị Việt Hương), Hà Nội, 2017-2018.

chế này gồm các yếu tố có tính chất pháp lý để thực hiện các công việc nhà nước nhằm mục đích nhất định. Cơ chế pháp lý chỉ nói đến phương diện pháp lý, cách thức có tính chất pháp lý của quá trình thực hiện dân chủ đại diện. Bản thân nó không bao hàm hết được tính sinh động của thực tiễn vận hành dân chủ đại diện.

3. Cấu trúc của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện

Có thể nhận diện cấu trúc của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện trên hai phương diện: (1) *Cấu trúc nội dung của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện*; (2) *Cấu trúc hình thức của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện*.

3.1. Về cấu trúc nội dung của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện

Dân chủ đại diện nếu hiểu dưới góc độ nội dung và quy trình của cơ chế thì gồm ba công đoạn (ba tiểu cơ chế):

Thứ nhất, cơ chế tạo lập quan hệ đại diện

Giá trị thực chất của dân chủ đại diện trước hết được đánh giá thông qua tính chính đáng của vị trí mà người đại diện nhận được. Tính chính đáng này phụ thuộc và thể hiện qua cách thức hình thành nên mối quan hệ đại diện. Đối với quan hệ đại diện trong nền dân chủ hiện đại, tính chính đáng của vị trí đại diện mà các đại biểu nhận được chính là sự uỷ quyền của nhân dân thông qua hình thức bầu cử.

Trong các xã hội dân chủ ngày nay, bầu cử là hình thức dân chủ trực tiếp, nhưng được xem là một biện pháp đương nhiên để lựa chọn những người đại diện của nhân dân. Lý thuyết dân chủ tất yếu dẫn đến việc thừa nhận bầu cử là một quyền của công dân. Mỗi một công dân đều có quyền tham gia thiết lập nên ý chí chung của xã hội. Để

hiện thực hoá ý chí chung đó, mọi công dân đều có quyền tham gia bầu ra người đại diện của mình một cách phổ thông và bình đẳng. Hơn thế, khái niệm dân chủ trong tiến trình phát triển của nó đã được hiểu một cách sâu xa hơn: Dân chủ không những là chế độ nhà nước mà còn là một chế độ tự do, nghĩa là một chế độ trong đó nhân dân được thừa nhận và đảm bảo những quyền tự do căn bản: Tự do thân thể, tự do đi lại, tự do tư tưởng, tự do tín ngưỡng, tự do hội họp... Bầu cử tự do, trực tiếp, bỏ phiếu kín là phương thức bảo đảm cho việc tôn trọng các quyền tự do, dân chủ đó.

Liên quan đến cơ chế tạo lập quan hệ đại diện, quan điểm chung ở tất cả các quốc gia đều thống nhất khẳng định rằng, kết quả bầu cử chỉ được thể hiện bằng việc chuyển một số quyền của cử tri cho người đại diện chứ không phải toàn bộ quyền. Giới hạn của những quyền được chuyển (uỷ quyền) được xác định bằng số thẩm quyền mà Hiến pháp và pháp luật đã xác định cho cơ quan đại diện và có thể được gọi một cách chính xác là quyền thực hiện chủ quyền của cơ quan đại diện và người đại diện. Chủ quyền của nhân dân là không thể chuyển dịch.

Thứ hai, cơ chế thực hiện nhiệm vụ đại diện (cơ chế hoạt động của đại diện)

Cơ chế thực hiện nhiệm vụ đại diện là khâu trung tâm của nền dân chủ đại diện.

Cơ chế thực hiện nhiệm vụ đại diện trước hết liên quan đến yêu cầu về tính tương đồng giữa đại biểu với cử tri theo cách hiểu cơ quan đại diện phải phản ánh một cách chính xác “hình ảnh” xã hội, là một xã hội thu nhỏ ở các không gian khác nhau (quốc gia hay địa phương). Cách quan niệm này cho rằng, cơ quan đại diện phải có thành phần đồng dạng với cơ cấu thành phần của xã hội, nhờ đó các quyết định do

cơ quan này đưa ra sẽ phản ánh được chính xác ý chí chung của xã hội. Tuy nhiên, cách tổ chức cơ quan đại diện theo mô hình đồng dạng hoàn toàn như trên là không hiện thực. Bởi, cơ cấu xã hội là một thực thể phức tạp, khó có thể mô phỏng đầy đủ trong cấu trúc của cơ quan đại diện. Vì vậy, xuất hiện quan điểm về tổ chức cơ quan đại diện theo nguyên tắc đồng dạng về mặt địa lý. Mặc dù đã được áp dụng vào thực tế và trở thành phổ biến cho đến ngày nay, nhưng cách thức tổ chức cơ quan đại diện đồng dạng về mặt địa lý có những điểm hạn chế nhất định⁴. Từ đó, đã dẫn đến quan điểm tổ chức cơ quan đại diện đồng dạng với các xu hướng, tư tưởng, đường lối, chính sách trong xã hội và theo đó hình thức bầu cử đại diện tỷ lệ xuất hiện. Trên thực tế, cho đến nay, nhiều quốc gia đã lựa chọn dung hoà giữa cách thiết lập các cơ quan đại diện vừa thể hiện được cơ cấu của xã hội về mặt địa lý, vừa thể hiện được sự đồng dạng về các tư tưởng, đường lối, chính sách trong xã hội.

Linh hồn của cơ chế thực hiện nhiệm vụ đại diện là hoạt động của đại biểu. Điều này trước hết phụ thuộc vào năng lực đại diện của đại biểu, đặc biệt là khả năng của đại biểu trong việc giữ mối liên hệ với cử tri. Một số nghiên cứu cho thấy: Trong việc bảo đảm tính đại diện của Quốc hội và Hội đồng

địa phương, mối quan hệ giữa các đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng địa phương và cử tri được đảm bảo bởi cả những quy định về pháp lý và các biện pháp chính trị. “Ngày nay, mặc dù hình thức ủy quyền chịu lệnh không còn được áp dụng một cách nghiêm ngặt như trước kia nhưng ở nhiều nước, pháp luật vẫn yêu cầu các đại biểu phải thực hiện những hoạt động nhất định nhằm giữ mối liên hệ với các cử tri. Ở các nước thực hiện hình thức ủy quyền tự do, hầu như không có một sự ràng buộc nào về mặt pháp lý bắt buộc các đại biểu phải giữ mối liên hệ mật thiết với cử tri nhưng về mặt chính trị, sự vận hành của hệ thống bầu cử và dư luận đòi hỏi các đại biểu phải chú ý đặc biệt tới việc giữ mối quan hệ với cử tri”⁵.

Hoạt động thực hiện nhiệm vụ đại diện còn được xem xét thông qua cách thức đi đến các quyết định của cơ quan đại diện, bảo đảm cho các quyết định của cơ quan đại diện tiệm cận với ý chí chung của xã hội. Trên thực tế, một quyết định được đa số đại biểu thông qua và được dư luận ủng hộ vẫn chưa hẳn đã phản ánh một cách hoàn toàn chính xác ý chí chung của xã hội⁶. Vì vậy, để đảm bảo thực hiện đầy đủ vai trò đại diện, điều quan trọng nhất là các ý kiến của cử tri phải được lắng nghe trong khi các đại

⁴ Theo Hoàng Minh Hiếu, có hai hạn chế căn bản của mô hình đồng dạng về mặt địa lý: (i) Với cách bầu cử theo đa số thì trong một khu vực bầu cử có thể có những cử tri không được đại diện do ứng cử viên mà họ lựa chọn lại không trúng cử; (ii) Việc phân chia thành các khu vực bầu cử theo khu vực địa lý dẫn tới khả năng tính đại diện của người dân ở các khu vực địa lý khác nhau sẽ không đồng đều (Xem: Hoàng Minh Hiếu, “*Bảo đảm tính đại diện của Quốc hội đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay*”, Luận án tiến sĩ Luật học, Đại học Luật Hà Nội, 2014, tr. 55-56).

⁵ Hoàng Minh Hiếu, “*Bảo đảm tính đại diện của Quốc hội đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay*”, Luận án tiến sĩ Luật học, Đại học Luật Hà Nội, 2014, tr. 77-78.

⁶ Nhận thức này là căn cứ dẫn đến quan niệm về việc thiết lập nguyên tắc bảo vệ ý kiến thiểu số. Để tiệm cận được với ý chí chung của xã hội, cơ quan đại diện phải sử dụng phương pháp biểu quyết theo đa số, nhưng để đảm bảo sự bình đẳng trong đại diện, trước khi đi đến biểu quyết cuối cùng theo quyết định của đa số, trình tự, thủ tục làm việc của cơ quan đại diện cần đảm bảo ý kiến của nhóm thiểu số phải được thể hiện và lắng nghe.

biểu được tự do xét đoán và quyết định dựa trên các ý kiến đó. Đến lượt nó, điều này lại phụ thuộc chủ yếu vào điều kiện để các đại biểu thực hiện nhiệm vụ cũng như các kỹ năng đại diện của họ, đặc biệt trong việc lắng nghe ý kiến của các cử tri, quy trình thảo luận, cọ xát giữa các quan điểm và sự tự do xét đoán để đưa ra các quyết định.

Thứ ba, cơ chế hủy bỏ ủy quyền đại diện (cơ chế giám sát và bãi miễn đại biểu)

Bãi miễn đại biểu là chế định có đặc trưng ngược lại với chế định bầu cử, phản ánh yêu cầu về sự gắn bó giữa đại biểu với đơn vị bầu cử của mình. Chế độ dân chủ sẽ không thể triệt để và hoàn toàn nếu nhân dân chỉ bầu ra những đại biểu của mình mà lại không có quyền bãi miễn các đại biểu đó khi họ không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân. Bãi miễn đại biểu dân cử phải được coi là một trong những yêu cầu cơ bản, thiết yếu nhằm thực hiện triệt để chế độ dân chủ đại diện, bảo đảm quyền lực nhà nước thực sự thuộc về nhân dân.

Bãi miễn đại biểu dân cử được hiểu là cử tri hoặc cơ quan đại diện của cử tri bỏ phiếu để thể hiện sự không tín nhiệm của mình đối với những đại biểu dân cử, buộc các đại biểu dân cử thôi giữ nhiệm vụ đại biểu khi nhiệm kỳ vẫn còn. Trong trường hợp và theo những thủ tục luật định, do kết quả bỏ phiếu tín nhiệm của nhân dân, một đại biểu có thể bị tước đi tư cách đại biểu.

Trong thực tế, thuật ngữ “bãi miễn” thường được dùng chung, mang ý nghĩa tương đồng với thuật ngữ “bãi nhiệm” - đều là bãi bỏ tư cách đại biểu dân cử trước khi hết nhiệm kỳ theo biểu quyết của đa số cử tri hoặc cơ quan dân cử. Ở Việt Nam, *bãi miễn* và *bãi nhiệm* đại biểu dân cử đều là hình thức kỷ luật đối với đại biểu dân cử trước khi hết nhiệm kỳ nếu đại biểu đó

không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân. Khoản 2 Điều 7 Hiến pháp năm 2013 xác định: “*Đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân bị cử tri hoặc Quốc hội, Hội đồng nhân dân bãi nhiệm khi không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân*”. Theo cách biểu đạt của Điều 7 nêu trên, quyền bãi nhiệm đại biểu dân cử được hiểu là quyền của cử tri hoặc của Quốc hội, Hội đồng nhân dân bãi bỏ tư cách đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân khi các đại biểu này không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân.

3.2. Về cấu trúc hình thức của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện

Cấu trúc hình thức của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện là các thành tố hợp thành cơ chế, là sự biểu hiện ra bên ngoài của các tiêu cơ chế thực hiện dân chủ đại diện mà qua đó cử tri có được công cụ để truyền tải ý chí của mình trong các quan hệ đại diện.

Về cơ bản, quan hệ đại diện được biểu hiện thông qua các thành tố sau:

Một là, nguyên tắc thực hiện dân chủ đại diện

Cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện là một hệ thống gồm các bộ phận cấu thành có mối quan hệ qua lại, tác động lẫn nhau vì vậy phải vận hành theo các nguyên tắc, quy trình nhất định do luật định. Nguyên tắc đảm bảo dẫn dắt các hành vi của cá nhân và thiết chế không xa rời quan điểm thực thi dân chủ đại diện của mỗi quốc gia. Nói cách khác, các hành vi dân chủ sẽ không hợp thành cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện nếu thiếu các nguyên tắc kết nối chúng được quy định trong pháp luật. Nguyên tắc thực hiện dân chủ đại diện là tổng thể những tư tưởng xuyên suốt, chủ

đạo toàn bộ hoạt động thực hiện dân chủ đại diện.

Nguyên tắc thực hiện dân chủ đại diện có thể có những biểu hiện phong phú, đa dạng khác nhau, tuy nhiên mọi nguyên tắc đều phải được xác lập trên nền tảng của nguyên lý chủ quyền nhân dân - mọi quyền lực thuộc về nhân dân. Các nguyên tắc cũng đồng thời phải hướng tới bảo đảm trật tự xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của các lực lượng xã hội, các thiết chế tham gia vào quá trình vận hành nguyên lý chủ quyền nhân dân.

Về cơ bản, các nguyên tắc thực hiện dân chủ đại diện bao gồm: (i) Nguyên tắc phổ thông, bình đẳng; (ii) Nguyên tắc đa số; (iii) Nguyên tắc ủy quyền có giới hạn; (iv) Nguyên tắc cạnh tranh.

Hai là, thể chế dân chủ đại diện

Trên thực tế, đã có nhiều khái niệm về thể chế với các khuôn khổ rộng, hẹp khác nhau. Ở nước ta, cách hiểu về thể chế cũng có nhiều khác biệt. Tuy nhiên, nhìn chung đa số các quan niệm về thể chế đều xem thể chế là các quy định, quy tắc. Như vậy thể chế thực hiện dân chủ đại diện được hiểu đơn giản là các quy định về thực hiện dân chủ đại diện. Nói một cách đầy đủ hơn, thể chế thực hiện dân chủ đại diện là hệ thống luật và các quy định khác do Nhà nước tạo ra hay thừa nhận nhằm xác lập những quyền và khả năng để nhân dân thực hiện dân chủ đại diện.

Với cách hiểu như trên, thể chế dân chủ đại diện gồm các nội dung chủ yếu sau đây: (1) Xác định trong Hiến pháp và pháp luật những nguyên tắc cơ bản của chế độ dân chủ đại diện; (2) Xác định trong Hiến pháp và pháp luật về quyền và cách thức thành lập đại diện (tư cách và quyền của cử tri,

quyền và điều kiện ứng cử, các thủ tục về bầu người đại diện, các thủ tục công nhận và xem xét lại kết quả bầu cử...); (3) Xác định trong Hiến pháp và pháp luật các quyền, trách nhiệm của đại diện và cơ quan đại diện, cách thức, thủ tục thực hiện nhiệm vụ đại diện, mối quan hệ giữa người đại diện và cơ quan đại diện với cử tri; (4) Xác định trong Hiến pháp và pháp luật quyền và cách thức hủy bỏ ủy quyền đại diện đối với người đại diện, quyền giám sát của cử tri đối với người đại diện và cơ quan đại diện; (5) Xác định trong Hiến pháp và pháp luật các yêu cầu mang tính nguyên tắc về đảm bảo thực hiện dân chủ đại diện.

Ba là, thiết chế dân chủ đại diện

Thiết chế dân chủ đại diện bao gồm những người đại diện được người dân bầu ra để hoạt động trong một cơ cấu tổ chức nhất định nhằm quyết nghị về các vấn đề phản ánh ý chí nguyện vọng chung của người dân. Như vậy, thiết chế dân chủ đại diện bao gồm hai thành tố: (i) Người đại diện; (ii) Cơ quan đại diện. Xét về bản chất, thiết chế đại diện là do nhân dân thành lập nên và ủy quyền có giới hạn trong thực hiện quyền lực nhân dân. Trong hệ thống nhà nước, bộ máy nhà nước do nhân dân trực tiếp hoặc gián tiếp tổ chức ra để thực hiện quyền lực nhà nước do nhân dân ủy quyền. Có thể có nhiều cơ quan nhà nước khác nhau được nhân dân trực tiếp ủy quyền thông qua bầu cử để nắm giữ quyền lực với tư cách là đại diện cho nhân dân. Tuy nhiên, ở hầu hết các nước, thiết chế đại diện được xác định là Nghị viện và các Hội đồng địa phương. Ở Việt Nam, đó là các cơ quan Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp, hoạt động theo chế độ hội nghị bao gồm các đại biểu nhân dân bầu ra, có địa vị pháp lý

ngang nhau, lá phiếu như nhau trong thảo luận và quyết nghị các vấn đề của cả nước hay của địa phương.

Thiết chế dân chủ đại diện là trung tâm của thiết chế thực hiện dân chủ đại diện. Ngoài thiết chế đại diện cho cử tri, do cử tri bầu ra và trực tiếp ủy quyền, còn có các cơ cấu tổ chức khác tham gia vào quá trình hiện thực hóa dân chủ đại diện. Có thể chỉ ra rất nhiều loại cơ quan, tổ chức khác nhau hợp thành hệ thống các thiết chế thực hiện dân chủ đại diện như: (1) Các cơ quan, tổ chức tham gia vào việc xác lập người đại diện, cơ quan đại diện (tham gia vào quá trình bầu cử); (2) Các cơ quan đại diện (thiết chế dân chủ đại diện), trong đó, người được bầu thực hiện chức năng, nhiệm vụ đại diện; (3) Các cơ quan, tổ chức tham gia vào quá trình thực hiện dân chủ đại diện; (4) Các cơ quan, tổ chức thực hiện chức năng bảo đảm cho việc thực hiện dân chủ đại diện. Như vậy, thiết chế thực hiện dân chủ đại diện được hiểu là các cơ quan, tổ chức được pháp luật quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức cùng các mối quan hệ liên quan để thực hiện dân chủ đại diện. Nếu như thực hiện dân chủ đại diện là một thể thống nhất hữu cơ thì trên nguyên tắc, các thiết chế thực hiện dân chủ đại diện cũng phải là một hệ thống thống nhất nhằm làm cho dân chủ đại diện thực hiện được.

Bốn là, hình thức và phương pháp thực hiện dân chủ đại diện

Hình thức, phương pháp thực hiện dân chủ đại diện là cách thức, biện pháp thực hiện dân chủ đại diện. Hình thức, phương pháp thực hiện dân chủ đại diện là thành tố không thể thiếu trong quá trình vận hành nội dung của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện.

Toàn bộ cách thức, biện pháp diễn ra trong quá trình đại diện của người đại diện và cơ quan đại diện có thể chia thành các nhóm sau: (i) Nhóm các hình thức, phương pháp liên quan đến việc bầu người đại diện; (ii) Nhóm các hình thức, phương pháp liên quan đến việc thực hiện chức năng đại diện của thiết chế đại diện; (iii) Nhóm hình thức, phương pháp giám sát và yêu cầu của cử tri đối với người đại diện.

Ngoài các thành tố nói trên, có ý kiến cho rằng, điều kiện đảm bảo sự vận hành hiệu quả của cơ chế pháp lý cũng là một thành tố của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện⁷. Tuy nhiên, cần nhận thức mạch lạc rằng, điều kiện đảm bảo sự vận hành hiệu quả của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện có vai trò rất quan trọng, nếu thiếu các điều kiện đảm bảo thì cơ chế pháp lý sẽ không vận hành được hoặc vận hành không đạt được mục tiêu hướng tới của cơ chế pháp lý, nhưng không phải điều kiện nào góp phần vào việc hiện thực hóa dân chủ đại diện cũng là thành tố của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện. Trên thực tế, các điều kiện đảm bảo sự vận hành của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện là một phổ rộng bao gồm cả những điều kiện có tính pháp lý, cả những điều kiện không có tính pháp lý. Chỉ những điều kiện nào có tính pháp lý, được pháp luật điều chỉnh mới trở thành yếu tố cấu thành hình thức của cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện.

⁷ Xem: Nguyễn Tiên Thành, “Hoàn thiện cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ cơ sở ở Việt Nam hiện nay”, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội, 2016, tr. 53-54 và 67.

SỰ CẦN THIẾT GHI NHẬN QUAN HỆ SỐNG CHUNG CÙNG GIỚI TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

*Trương Hồng Quang**

Tóm tắt: *Tại Việt Nam hiện nay, sống chung cùng giới là một thực tế khách quan, nhu cầu chính đáng của các cặp đôi đồng tính, song tính, chuyển giới. Tuy nhiên, pháp luật chưa ghi nhận một hình thức pháp lý cho mối quan hệ sống chung cùng giới. Bài viết phân tích một số lý do cơ bản cho thấy cần ghi nhận mối quan hệ này và đề xuất một hình thức pháp lý cụ thể.*

Abstract: *In Vietnam currently, civil unions are a fact, legitimate need of gay, bisexual, transgender couples. However, the law has not recognized the form of civil unions. The article puts forth basic rationale for such recognition and makes proposals for a specific legal form.*

1. Dẫn nhập

Khác với một số quốc gia trên thế giới, pháp luật Việt Nam chỉ ghi nhận hình thức kết hôn đầy đủ cho quan hệ sống chung của một cặp đôi. Theo đó, pháp luật hiện hành chỉ ghi nhận quyền kết hôn giữa hai người khác giới tính (dị tính). Điều này được thể hiện qua khoản 1, 5 Điều 3 và khoản 2 Điều 8 của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Như vậy, tại Việt Nam hiện nay, kết hôn là việc nam và nữ xác lập quan hệ vợ chồng với nhau (kết hôn dị tính) và Nhà nước không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính. Bên cạnh đó, pháp luật hiện hành cũng chưa thừa nhận “hôn nhân thực tế” (nam, nữ có đủ điều kiện kết hôn, sống chung với nhau như vợ chồng mà không đăng ký kết hôn) và chỉ đưa ra các quy định để giải quyết hậu quả của trường hợp này (Điều 14, 15, 16 của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014)¹. Có thể nhận

thấy, các quy định pháp luật về kết hôn đã và đang bộc lộ những bất cập nhất định. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung nghiên cứu mối quan hệ sống chung giữa những người cùng giới tính (sống chung cùng giới).

Trên thực tế, quan hệ sống chung cùng giới đã và đang tồn tại, thể hiện ngày càng rõ nét trong xã hội Việt Nam². Quan hệ sống

Có không ít người hoàn toàn nhận thức được điều đó nhưng họ vẫn không đi đăng ký kết hôn bởi họ cho rằng hôn nhân không phải hình thành, tồn tại xuất phát từ tờ giấy đăng ký kết hôn (dù tờ giấy đó có giá trị pháp lý rất cao) và hôn nhân xuất phát từ nhu cầu của mỗi cá nhân trong mối quan hệ xã hội.

² Xem: Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2013), Đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở “*Nhận diện các vấn đề pháp lý về cộng đồng người đồng tính, song tính và chuyển giới tại Việt Nam hiện nay*”, Hà Nội, Chủ nhiệm: Trương Hồng Quang, tr. 83-98; Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (iSEE) (2009), *Nghiên cứu trực tuyến: “Đặc điểm kinh tế - xã hội của nam giới có quan hệ tình dục đồng giới ở Việt Nam”*, tháng 2/2009; Viện iSEE và Khoa Xã hội học - Học viện Báo chí và tuyên truyền (2010), *Nghiên cứu khoa học: Thông điệp về đồng tính trên báo in và báo mạng*, Hà Nội, tr. 25-36; Viện iSEE, Nguyễn Quỳnh Trang (chủ biên) (2010), *Sống trong một xã hội dị tính - Nghiên cứu 40 người nữ yêu nữ*, Nxb. Thế giới, Hà Nội, tr. 10-14; Nguyễn

* Nghiên cứu viên, Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp).

¹ Chung sống như vợ chồng là một hiện tượng xã hội sẽ tiếp tục tồn tại và có nhiều khả năng sẽ phát triển, dù Nhà nước không khuyến khích, không thừa nhận.

chung cùng giới có thể diễn ra giữa các thành viên thuộc nhóm đồng tính (có cảm xúc, tình cảm với người cùng giới), song tính (có cảm xúc, tình cảm với cả hai giới) và chuyển giới (có nhu cầu, mong muốn giới tính khác với giới tính sinh học khi sinh ra). Việc tồn tại mối quan hệ sống chung cùng giới này đã đặt ra nhiều yêu cầu cho hệ thống pháp luật. Trong đó, việc xem xét ghi nhận một hình thức pháp lý cho mối quan hệ sống chung cùng giới đã và đang được thảo luận trong quá trình xây dựng, hoàn thiện pháp luật tại Việt Nam thời gian qua.

2. Lý do và hình thức ghi nhận quan hệ sống chung cùng giới

Sau rất nhiều tranh luận trong quá trình soạn thảo, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 vẫn chưa hợp pháp hóa hôn nhân cùng giới và chỉ quy định “không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính” (khoản 2 Điều 8). Theo tác giả, việc xem xét ghi nhận mối quan hệ chung sống của cặp đôi cùng giới bằng một hình thức pháp lý là rất cần thiết trong giai đoạn hiện nay.

Thứ nhất, lý do pháp luật phải ghi nhận và bảo vệ quyền của người đồng tính, song tính và chuyển giới

(1) Cần phải khẳng định rằng, quyền con người trước hết tồn tại dưới dạng các khả năng, các xu hướng, các nhu cầu. Nó chỉ có ý nghĩa khi được xã hội thừa nhận qua quá trình giáo dục, đấu tranh, phát triển. Quyền con người được hiểu là những đặc quyền (quyền tự nhiên) mà con người có. Đó là khả năng hành động một cách có ý

thức, trách nhiệm, nhất là khả năng tự bảo vệ. Tuy vậy, để thực sự đạt tới cái gọi là "quyền" thì cần phải có yếu tố thứ hai đó là quy chế pháp lý (pháp luật). Không có pháp luật thì sẽ không thực sự có quyền. Nếu không được ghi nhận về mặt pháp luật, quyền con người tồn tại như một thứ vô định có thể bị “xói mòn” và điều đó gây khó khăn cho Nhà nước trong việc thực hiện chức năng bảo đảm và bảo vệ quyền con người³. Với bản chất là quyền tự nhiên, quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới (LGBT) cũng tuân theo nguyên lý này. Quyền của người LGBT cần được pháp luật ghi nhận và bảo vệ để các khả năng, xu hướng và nhu cầu được trở thành hiện thực, góp phần bảo vệ quyền của người LGBT trong thực tế. Việc pháp luật ghi nhận quyền của người LGBT là một yêu cầu tất yếu đặt ra trong bối cảnh xã hội ngày càng phát triển.

(2) Quyền con người trong pháp luật là sự cụ thể hoá các quyền tự nhiên của con người vào một cơ chế rõ ràng, minh bạch và được đảm bảo thực hiện bởi quyền lực nhà nước. Thông qua pháp luật, các nghĩa vụ sẽ được tôn trọng và thực thi, các quyền trở thành quy tắc ứng xử bắt buộc và thống nhất chung cho toàn xã hội. Quyền con người trong pháp luật là phạm trù rộng lớn không chỉ trong pháp luật của từng quốc gia mà còn ở phạm vi quốc tế thông qua các điều ước quốc tế và các tuyên ngôn về nhân quyền. Trong phạm vi quốc gia, quyền con người được thể chế hoá và bảo vệ đầu tiên thông qua Hiến pháp. Các quy định trong Hiến pháp ghi nhận các quyền tự do của con người, tạo ra các giới hạn pháp lý cho tổ

Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), *Sống chung cùng giới: Trải nghiệm thực tế và mưu cầu hạnh phúc lứa đôi*, Nxb. Thế giới, Hà Nội, tr. 16-23; Jeffrey Hays (2014), *Homosexuality in Vietnam*, http://factsanddetails.com/southeast-asia/Vietnam/sub5_9c/entry-3421.html, tháng 5/2014.

³ Võ Khánh Vinh (Chủ biên) (2015), *Quyền con người*, Giáo trình sau đại học, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, tr. 27.

chức và hoạt động của Nhà nước nhằm bảo vệ chặt chẽ hơn các quyền cơ bản của con người⁴ để xây dựng chính quyền dựa trên nhận thức nhân bản là “con người vốn sinh ra là tự do”.

Dưới ảnh hưởng của sự kỳ thị, phân biệt đối xử, người LGBT có thể được xem như đối tượng yếu thế trong xã hội. Khi tham gia vào các quan hệ kinh tế như tìm kiếm việc làm, cơ hội thăng tiến trong công việc, vấn đề nhà ở... họ sẽ gặp nhiều trở ngại và có thể bị đối xử bất công⁵. Hơn nữa, do người LGBT chỉ chiếm tỉ lệ nhỏ trong dân số nên tiếng nói chưa được chú trọng đúng mức; hệ quả là khả năng tự thân chống đỡ, tự bảo vệ khi quyền lợi chính đáng bị xâm phạm thường rất thấp. Nói cách khác, rất cần có pháp luật để bảo vệ người LGBT khỏi các xâm hại nói trên.

(3) Về mặt chính trị, khi ban hành pháp luật, cần chú trọng tới địa vị pháp lý, quyền và lợi ích của các bên để có những quy định phù hợp⁶. Thực tế cho thấy, với số lượng ít, chưa có nhiều sự góp mặt trên các diễn đàn pháp luật, người LGBT chưa bày tỏ được nhiều quan điểm, nguyện vọng của mình để nhà làm luật xem xét và phát triển thành luật. Điều này không có nghĩa là chỉ đến khi người LGBT lên tiếng thì pháp luật mới vào cuộc mà phải hiểu rằng, quyền được pháp

luật bảo vệ các lợi ích chính đáng là đòi hỏi hợp lý của mọi công dân. Luật pháp khi ban hành phải tính đến quyền lợi chung cho cả cộng đồng, trong đó quyền của những nhóm người thiểu số, dễ bị tổn thương phải được chú ý đến. Luật pháp nếu không đề cập quyền lợi của số ít người yếu thế thì không thể là nền luật pháp dân chủ và tiến bộ.

(4) Người LGBT không phải là hiện tượng xã hội có tính chất tạm thời. Sự tồn tại của hiện tượng này là tất yếu, xuất hiện ở mọi xã hội, trong mọi giai đoạn lịch sử. Sự phát triển của đời sống đã nâng cao các đòi hỏi về quyền tự do, quyền sống của con người. Trong bối cảnh đó, người LGBT đã nảy sinh các mâu thuẫn với xã hội liên quan đến các yêu cầu được xã hội công nhận sự tồn tại của mình, được đối xử công bằng, được kết hôn như những người khác, với những giá trị truyền thống, chuẩn mực văn hoá, đạo đức lâu đời. Xung đột ngày một mạnh mẽ của các lợi ích ấy đòi hỏi cần có sự điều chỉnh hợp lý của pháp luật. Cần thiết phải có những quy phạm điều hoà, giải quyết mâu thuẫn trên để duy trì trật tự xã hội hợp lý, đồng thời bảo vệ toàn diện các quyền cơ bản mà người LGBT đáng được hưởng.

Như vậy, ghi nhận quyền của người LGBT trong pháp luật là một lẽ tất yếu, một yêu cầu chính đáng, góp phần tôn trọng, bảo vệ nhân phẩm, phẩm giá của người LGBT cũng như bảo vệ trật tự xã hội, giải quyết các mâu thuẫn xã hội phát sinh trong quá trình người LGBT tìm kiếm, thể hiện các nhu cầu, tự do của bản thân. Ghi nhận quyền của người LGBT trong pháp luật vừa bảo đảm cho người LGBT có cơ sở pháp lý vững vàng để tự bảo vệ quyền lợi cho chính mình và vừa tạo cơ sở cho sự tuân thủ, tôn trọng các quyền đó của các chủ thể khác trong xã hội.

⁴ Nguyễn Đăng Dung, Trương Đắc Linh, Nguyễn Mạnh Hùng, Lưu Đức Quang và Nguyễn Văn Trí (2010), *Xây dựng và bảo vệ Hiến pháp - Kinh nghiệm thế giới và Việt Nam*, Nxb. Giáo dục Việt Nam, Hà Nội, tr. 41.

⁵ Dương Hoán (2010), *Quyền kết hôn của người đồng tính*, Kỷ yếu tọa đàm khoa học “Vai trò của nhà nước trong việc bảo đảm quyền của các nhóm xã hội dễ bị tổn thương”, thành phố Hồ Chí Minh, ngày 4/12/2010.

⁶ Trương Hồng Quang (2012), “*Cơ sở lý luận về quyền của người đồng tính*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 24, (12), tr. 28.

Thứ hai, quy định của pháp luật về điều kiện kết hôn chưa thực sự phù hợp, thống nhất với Hiến pháp và pháp luật

Khi cặp đôi cùng giới muốn đăng ký kết hôn với nhau sẽ không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết. Trước đây, với quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000, xét về kỹ thuật lập pháp, việc sử dụng quy phạm “cấm” việc kết hôn giữa những người cùng giới tính (khoản 5 Điều 10) để tạo ra hiệu ứng định kiến xã hội đối với người LGBT. Hiện nay, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 bỏ quy định này, thay vào đó là “không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính” (khoản 2 Điều 8). Mặc dù bản chất của hai quy định này không khác nhau, nhưng cũng tác động ý thức trong xã hội, góp phần giảm sự kỳ thị trong xã hội đối với người LGBT. Trong quá trình xây dựng Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, vấn đề quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới đã được đặt ra bàn luận, xem xét rất nghiêm túc, kỹ lưỡng, nhận được nhiều ý kiến đóng góp, chia sẻ và bình luận từ các nhóm đối tượng khác nhau. Đây là một trong những vấn đề gây tranh cãi, nhận được nhiều sự quan tâm khi xây dựng luật này. Trong bối cảnh đó, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 chưa ghi nhận quyền kết hôn hoặc một hình thức pháp lý khác cho quan hệ chung sống của cặp đôi cùng giới.

Tuy nhiên, quy định về điều kiện kết hôn của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 có khả năng giới hạn quyền kết hôn theo Điều 36 Hiến pháp năm 2013: “*Nam, nữ có quyền kết hôn, ly hôn. Hôn nhân theo nguyên tắc tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng, tôn trọng lẫn nhau*”. Thực tế, quy định này của Hiến pháp năm 2013 không cấm kết hôn cùng giới một cách rõ ràng. “Vợ” và “chồng” là hai thuật

ngữ pháp lý để chỉ mối quan hệ gắn kết gia đình giữa hai cá thể người. Về giới tính sinh học thì hai người cùng giới hoàn toàn có thể được xác định là nam hoặc nữ. Hiến pháp năm 2013 không bắt buộc nam chỉ được kết hôn với nữ hay ngược lại.

Trong mối quan hệ với các quy định khác của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, quy định không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính cũng bộc lộ những bất cập nhất định. Trong Luật này, Điều 2 quy định nguyên tắc “hôn nhân tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng” (khoản 1); Điều 5 quy định cấm hành vi kết hôn giả tạo, ly hôn giả tạo; tảo hôn, cưỡng ép kết hôn, lừa dối kết hôn, cản trở kết hôn (điểm a, b khoản 2). Trước đây, Điều 4 của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 cũng có quy định tương tự. Vấn đề đặt ra là nếu người đồng tính hoặc người chuyển giới có xu hướng tính dục đồng tính vì lý do áp lực gia đình, xã hội nên chấp nhận kết hôn với một người khác giới thì liệu có vi phạm nguyên tắc hôn nhân tự nguyện, tiến bộ hay không⁷? Đây là một nguyên tắc rất cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình ở nước ta, đồng thời cũng là một điều kiện thiết yếu để đảm bảo hạnh phúc, sự bền vững gia đình. Tuy nhiên, việc xác định thế nào là tự nguyện kết hôn là điều không đơn giản trong thực tế. Tình cảm là yếu tố thiêng liêng, nhưng lại vô hình, không thể định lượng được trong quy phạm pháp luật hay thực tế áp dụng. Nếu người đó kết hôn với người khác giới do quan niệm thường thấy của xã hội hiện nay

⁷ Vụ Pháp luật - Văn phòng Chính phủ (2012), Báo cáo số 9734/PL ngày 28/11/2012 về Kết quả khảo sát của đoàn công tác liên ngành về dự án Bộ luật Dân sự và dự án Luật Hôn nhân và Gia đình, Hà Nội, tr. 11, 12.

thì chắc chắn việc kết hôn đó bị cưỡng ép bởi gia đình, xã hội hoặc vì yếu tố khác nên hôn nhân không đáp ứng nguyên tắc tự nguyện. Hơn nữa, nếu người bạn đời kết hôn với người đó không biết sự thật về xu hướng tính dục của chồng/vợ mình thì điều kiện cấm kết hôn giả tạo sẽ bị vi phạm. Quyền mưu cầu hạnh phúc là một trong những quyền cơ bản của con người, trong đó có cả người LGBT. Những hạn chế này đòi hỏi pháp luật phải có những thay đổi nhất định để bảo đảm giá trị thực thi trong xã hội.

Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 14 của Hiến pháp năm 2013 cũng quy định: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”. Vậy, việc giới hạn quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới là vì lý do gì? Điều đó chưa được Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 làm rõ.

Thứ ba, việc pháp luật ghi nhận mối quan hệ sống chung cùng giới sẽ đáp ứng nhu cầu thực tế của đời sống xã hội

(1) Việc các cặp đôi cùng giới (chủ yếu là người đồng tính) sống công khai, có quan hệ tình cảm với nhau được thể hiện khá rõ

Theo kết quả một nghiên cứu đồng tính nữ công bố năm 2012, có 62% đang có người yêu là nữ và 87% đang hoặc đã từng có người yêu⁸. Trong tổng mẫu nghiên cứu định lượng của nghiên cứu do Viện iSEE công bố năm 2013, có đến gần 62% người tham gia (trong tổng số 2.483 người LGBT) cho biết họ đang trong một mối quan hệ gắn

kết với một người cùng giới (tỷ lệ của nhóm nữ cao hơn hẳn so với nhóm nam)⁹. Trong số này, có đến 28,9% cặp đôi đồng tính đang sống chung sở hữu chung tài sản có giá trị như ô tô, sổ tiết kiệm; 18,4% có góp vốn đầu tư, kinh doanh chung, 7,9% có nhà đất chung (đứng tên cả hai người)¹⁰.

Cũng theo kết quả nghiên cứu nêu trên thì những người đồng tính ở lứa tuổi kết hôn trung bình hiện nay, phần lớn số người được hỏi xác định lý do, mục tiêu của cuộc sống chung rất cụ thể: (i) Sống chung để hỗ trợ lẫn nhau về tinh thần, tình cảm, tạo cảm giác cuộc sống an toàn (87,5%); (ii) Thể hiện tình yêu, cam kết chung thủy (81%); (iii) Kế hoạch cuộc sống lâu dài sau này (con cái, tài sản, tuổi già...) (70%)...¹¹. Những người quyết định sống chung đều có quan niệm rất rõ ràng về sự gắn bó lâu dài và thể hiện mong muốn gìn giữ mối quan hệ này. Việc đi đến cuộc sống chung đối với mỗi cặp đôi đều không phải là một quyết định chóng vánh mà dựa trên sự cân nhắc kỹ lưỡng. Giống như các cặp đôi dị tính, người đồng tính (và cả người song tính, chuyển giới) bắt đầu cuộc sống chung với cam kết chung thủy, hỗ trợ lẫn nhau và ước vọng hạnh phúc lâu dài. Họ duy trì cuộc sống chung bằng cách chia sẻ gánh nặng kinh tế, trách nhiệm với gia đình hai bên và điều chỉnh bản thân để đạt được sự hòa hợp. Cuộc sống chung của những người cùng giới hiện nay đang tồn tại và phổ biến trong tất cả các nhóm đồng tính. Một khảo sát thực tế cũng cho thấy, khá nhiều người

⁸ Lê Bảo (2012), *Công nhận hôn nhân đồng tính?*, <http://daidoanket.vn/index.aspx?chitiet=58979&menu=1390&style=1>, truy cập ngày 14/12/2012.

⁹ Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), *tdđd*, tr. 24.

¹⁰ Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), *tdđd*, tr. 31.

¹¹ Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), *tdđd*, tr. 25.

đồng tính lựa chọn sống chung nếu được pháp luật thừa nhận¹². Trong đó, tỷ lệ mong muốn đăng ký kết hôn ở mức cao nhất (72%, xét trên cả phương diện mong muốn của người đồng tính cũng như dự đoán thái độ của cha mẹ khi họ thực hiện việc đăng ký kết hôn nếu pháp luật cho phép).

Bên cạnh đó, với mong muốn về cuộc sống lứa đôi, một số đám cưới đồng giới đã được tổ chức thời gian qua, ví dụ như: Đồng tính nữ (tháng 12/2010, Hà Nội)¹³, đồng tính nam (tháng 6/2011, thành phố Hồ Chí Minh)¹⁴, đồng tính nữ (năm 2012, Cà Mau)¹⁵, đồng tính nam (tháng 5/2012, Kiên Giang)¹⁶, đồng tính nữ (tháng 7/2012, Bình Dương)¹⁷, đồng tính nam (năm 2014, Tiền Giang)¹⁸, đồng tính nam (năm 2015, thành

phò Hồ Chí Minh)¹⁹, đồng tính nam (năm 2018, Đồng Tháp)²⁰... Việc tổ chức này chỉ có ý nghĩa tinh thần, như một thông báo về sự công khai xu hướng tính dục và không có ý nghĩa về mặt pháp lý.

(2) *Quan hệ sống chung của các cặp đôi cùng giới đang gặp khá nhiều khó khăn*

Khác với những cặp đôi dị tính, các cặp đôi cùng giới hầu hết không dám bộc lộ bản chất mối quan hệ với gia đình. Theo một khảo sát công bố năm 2013²¹, đối với quan hệ đồng giới từ những người đã cho gia đình biết, hoặc úp mở về quan hệ đồng giới thì 46,3% mối quan hệ đó không được sự chấp nhận của cha mẹ, họ hàng. Thậm chí, 16,8% người đồng giới đã từng bị gia đình và họ hàng đe dọa chấm dứt mối quan hệ đó. Người đồng tính cũng thường bế tắc khi nghĩ đến chuyện có con dù đó là mong muốn trong sâu thẳm; môi trường xã hội, định kiến không đồng tình các cặp đồng tính sinh/nhận con và nuôi dưỡng con. Những người chung sống đồng giới gặp nhiều khó khăn gấp bội trong việc duy trì mối quan hệ lâu dài do không được pháp luật thừa nhận (đồng nghĩa với việc không có sự ràng buộc về mặt luật pháp); không được hỗ trợ về tâm lý khi nảy sinh mâu thuẫn (phải giấu

¹² Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), t.lđd, tr. 59.

¹³ *Đám cưới gây "sốt" của cặp đồng tính nữ Hà thành*, <http://giadinh.net.vn/xa-hoi/dam-cuoi-gay-sot-cua-cap-dong-tinh-nu-ha-thanh-20101217102942763.htm>, truy cập ngày 17/12/2010.

¹⁴ Ngô Nguyệt Hữu (2011), *Đám cưới đồng tính nam đầu tiên ở Việt Nam*, <http://antg.cand.com.vn/Phong-su/Dam-cuoi-dong-tinh-nam-dau-tien-o-Viet-Nam-300698/>, truy cập ngày 30/6/2011.

¹⁵ Minh Anh (2012), *Xôn xao đám cưới đồng tính nữ ở Cà Mau*, <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/xon-xao-dam-cuoi-dong-tinh-nu-o-ca-mau-60843.html>, truy cập ngày 19/02/2012.

¹⁶ *Đám cưới đồng giới gây xôn xao Hà Tiên*, <https://vietnamnet.vn/vn/doi-song/dam-cuoi-dong-gioi-gay-xon-xao-ha-tien-73941.html>, truy cập ngày 28/5/2012.

¹⁷ Ngô Thiên Phúc (2012), *Xôn xao đám cưới đồng tính ở Bình Dương*, <https://tuoitre.vn/xon-xao-dam-cuoi-dong-tinh-o-binh-duong-504145.htm>, truy cập ngày 29/7/2012.

¹⁸ Đức Thịnh (2014), *Hai chàng trai ở Tiền Giang cưới nhau*, <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/hai-chang-trai-o-tien-giang-cuoi-nhau-703333.tpo>, truy cập ngày 07/5/2014.

¹⁹ NTK Adrian Anh Tuấn hôn bạn đời ngọt ngào trong đám cưới đồng tính, <http://www.doisongphapluat.com/giai-tri/ngoi-sao/ntk-adrian-anh-tuan-hon-ban-doi-ngot-ngao-trong-dam-cuoi-dong-tinh-a80905.html>, truy cập ngày 25/01/2015.

²⁰ Hà Trang (2018), *Đám cưới đồng tính nam của cặp đôi diễn trai ở Đồng Tháp gây "sốt" mạng xã hội*, <https://dantri.com.vn/doi-song/dam-cuoi-dong-tinh-nam-cua-cap-doi-dien-trai-o-dong-thap-gay-sot-mang-xa-hoi-20180314222444333.htm>, truy cập ngày 15/3/2018.

²¹ Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), t.lđd, tr. 44.

điểm mọi người xung quanh) và do sự phản đối của gia đình²².

Trên thực tế, có khá nhiều các vấn đề pháp lý liên quan trong cuộc sống chung nằm ngoài khả năng giải quyết của các cặp đôi cùng giới. Ví dụ, đối với các phúc lợi, một trong hai người được hưởng chế độ bảo hiểm y tế của cơ quan làm việc và chế độ bảo hiểm này cũng bao phủ cho vợ/chồng và con cái nếu người đó là người dị tính²³. Thực tế có cặp đôi sống với nhau ba năm, có các đóng góp chi tiêu và sở hữu tài sản chung, bộc lộ mối quan hệ sống chung của mình với gia đình hai bên và bạn bè, nhưng mối quan hệ có bản chất hôn nhân này vẫn chưa được thừa nhận về mặt pháp lý. Do vậy, người cùng chung sống không được hưởng chế độ phúc lợi dành cho vợ/chồng. Bên cạnh đó, một số chế độ phúc lợi liên quan đến các tổ chức công đoàn của các cơ quan nhà nước dành cho vợ/chồng của các cán bộ cũng không thể áp dụng đối với cặp đôi đồng tính (đau ốm, hiếu...). Điều này cho thấy, thực tế sống chung của người đồng tính là có thật, nhưng chưa được pháp luật công nhận nên vô hình trung khiến cho họ không được hưởng những phúc lợi đáng ra phải được hưởng.

(3) Nhu cầu về quan hệ tài sản và quyền đại diện của cặp đôi cùng giới

Theo một khảo sát đối với 1563 người LGBT được công bố năm 2018 cho thấy người LGBT thật sự quan tâm đến các vấn đề quyền lợi và nghĩa vụ khi chung sống với bạn đời của mình: Bảo hiểm, y tế, tài sản,

con cái... và cả những vấn đề liên quan tới mối quan hệ: Cùng cố tình cảm, sự chấp nhận của gia đình²⁴.

Về mặt quan hệ tài sản, mặc dù các cặp đôi cùng giới hoàn toàn có thể đứng tên chung khi mua một mảnh đất, một căn nhà, nhưng trong thực tế có nhiều cặp đôi tin tưởng nhau hoặc thiếu hiểu biết pháp luật nên chỉ có một người đứng tên. Điều này đã làm cho quyền lợi của một bên không được bảo đảm, mất tài sản do chính mình tạo ra. Cho dù hai người trong cặp đôi cùng giới đã có sự sắp xếp tài sản trong quá trình chung sống, nhưng người này sẽ không được quyền thừa kế tài sản của người kia nếu một trong hai người qua đời đột ngột (trừ khi di chúc có quy định khác). Trong hoàn cảnh này, sẽ có những tài sản chung phải bán đi để trả phần giá trị đó cho người nhà của người đã mất. Trong cuộc sống chung, nhiều tài sản không chỉ mang ý nghĩa giá trị vật chất mà còn có thể mang giá trị tinh thần, đặc biệt khi một người đã ra đi. Điều này có thể gây ra những trải nghiệm tâm lý rất nặng nề cho người ở lại. Bên cạnh đó, không phải lúc nào mua một món đồ chung, hai người đều thực hiện thủ tục đăng ký sở hữu chung tài sản.

Thực tế khó khăn trong quan hệ tài sản của cặp đôi cùng giới:

N.T.H (Thành phố Đà Nẵng) trải qua nỗi đau đớn khi mất cả người yêu và tài sản gom góp suốt 10 năm. Chị sống chung với bạn gái đã hơn 8 năm, hai người hùn vốn làm ăn và góp cả tiền mua nhà. Do tin tưởng người yêu nên bạn gái H đứng tên trong giấy tờ sở hữu khi mua nhà. Tuy nhiên, bạn

²² Hà Phương (2013), *Thực tế quan hệ đồng giới ở Việt Nam*, <http://vov.vn/Xa-hoi/Thuc-te-quan-he-dong-gioi-o-Viet-Nam/261829.vov>, truy cập ngày 14/5/2013.

²³ Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), *tlđđ*, tr. 52, 53.

²⁴ Xem các thông tin chi tiết tại tài liệu: Lương Thế Huy (2018), Báo cáo “*Đánh giá quan điểm và tác động của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 đối với người LGBT tại Việt Nam*”, Hà Nội.

gái của H bất ngờ mất vì tai nạn giao thông. Gia đình bạn gái H đã căn cứ “giấy trắng mực đen” lấy lại toàn bộ tài sản, H không giữ bất cứ bằng chứng gì về việc đồng sở hữu ngôi nhà và công việc kinh doanh²⁵.

Khi cặp đôi cùng giới khởi kiện ra tòa án yêu cầu chia tài sản chung thì tòa án căn cứ vào Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 không công nhận quan hệ vợ chồng giữa hai người mà chỉ giải quyết việc chia tài sản như hai người bình thường có tài sản chung theo phần. Trong trường hợp một trong hai người qua đời thì người còn lại cũng bị tước đi quyền thừa kế di sản của người đã khuất. Bên cạnh đó, do không được thừa nhận quan hệ hôn nhân hợp pháp, cặp đôi cùng giới không có sự ràng buộc của pháp luật một cách chặt chẽ trong việc sử dụng và định đoạt khối tài sản chung này. Từ đó, có thể dẫn đến những rủi ro pháp lý khi một trong hai người tự ý định đoạt tài sản chung mà chưa có sự chấp thuận của bên kia, có thể làm ảnh hưởng đến nguồn sống của gia đình, thậm chí xâm hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của người kia.

Một vấn đề khác có thể được đặt ra đó là về quyền đại diện cho nhau của cặp đôi cùng giới. Trong mối quan hệ hôn nhân dị tính, đại diện cho nhau giữa vợ và chồng là quy định mới trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 và tiếp tục được quy định tại Điều 24 đến Điều 27 của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Theo đó, vợ, chồng có thể ủy quyền cho nhau xác lập, thực hiện và chấm dứt giao dịch mà theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, Bộ

luật Dân sự năm 2015 và các luật khác có liên quan phải có sự đồng ý của cả hai vợ chồng và vợ, chồng đại diện cho nhau khi một bên mất năng lực hành vi dân sự mà bên kia có đủ điều kiện làm người giám hộ hoặc khi một bên bị hạn chế năng lực hành vi dân sự mà bên kia được tòa án chỉ định làm người đại diện theo pháp luật cho người đó, trừ trường hợp theo quy định của pháp luật người đó phải tự mình thực hiện quyền, nghĩa vụ có liên quan (khoản 2, 3 Điều 24 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014). Các quy định này thể hiện mối quan hệ bình đẳng giữa vợ và chồng trong các giao dịch mà pháp luật quy định phải có sự đồng ý của cả vợ chồng, nếu như trước kia trong gia đình chỉ có người chồng mới có quyền xác lập, thực hiện và chấm dứt các giao dịch dân sự, thì ngày nay, người vợ hoàn toàn có quyền đại diện cho chồng thực hiện các giao dịch dân sự đó. Địa vị pháp lý của vợ và chồng là hoàn toàn bình đẳng.

Trên thực tế, cặp đôi cùng giới vẫn tự xây dựng cho mình quan hệ tình cảm và chung sống với nhau như vợ chồng mặc dù không được pháp luật thừa nhận. Trong nhiều trường hợp, người bạn đời của họ mới là người gần gũi nhất đối với họ chứ không phải là cha mẹ, anh chị em, họ hàng ruột thịt. Mặc dù, pháp luật không thừa nhận, nhưng họ vẫn xem nhau như một gia đình, giữa các thành viên có sự yêu thương chăm sóc, là chỗ dựa tinh thần của nhau, gắn bó với nhau không phải bằng nghĩa vụ pháp lý dưới hình thức của tờ giấy đăng ký kết hôn mà bằng sợi dây tình cảm. Điều đó đặt ra vấn đề mặc dù pháp luật chưa thừa nhận hôn nhân cùng giới, nhưng cũng nên xem xét thừa nhận quyền đại diện cho nhau trong những trường hợp cần thiết, ví dụ như một người đau ốm phải điều trị ở bệnh viện, bị mất

²⁵ Diệu Linh (2013), 94,7% người đồng tính mong muốn được kết hôn hợp pháp, <http://danviet.vn/loi-song-suc-khoe/947-nguoi-dong-tinh-mong-muon-du-oc-ket-hon-hop-phap/137869p1c31.htm>, truy cập ngày 14/5/2013.

hoặc bị hạn chế năng lực hành vi cần có người giám hộ²⁶.

Bên cạnh đó, trước đây, các vấn đề liên quan đến mối quan hệ cùng giới đều được quan tâm, cân nhắc trong quá trình sửa đổi Hiến pháp năm 1992 và Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000. Nhiều ý kiến khi góp ý dự thảo đã đề xuất nên công nhận quyền kết hôn cùng giới trong dự thảo sửa đổi Hiến pháp (các hội thảo, kỳ họp Quốc hội). Ban soạn thảo Luật Hôn nhân và Gia đình sửa đổi cũng đưa vấn đề quyền kết hôn cùng giới vào danh sách các vấn đề tham vấn khi bắt đầu xây dựng dự thảo²⁷ và cân nhắc xây dựng các quy định có liên quan cho đến thời điểm trình Quốc hội. Sự quan tâm của các ban soạn thảo, các cơ quan có liên quan đến quan hệ chung sống cùng giới của cặp đôi LGBT càng cho thấy đây là nhu cầu thực tế và chính đáng.

Thứ tư, việc ghi nhận mối quan hệ sống chung cùng giới liên quan đến vấn đề bình đẳng giới

Theo quan niệm truyền thống²⁸, hoạt động bình đẳng giới hướng đến mục tiêu tạo sự ngang bằng giữa nam và nữ về mọi mặt, trong đó tạo một số điều kiện để nữ giới được phát huy khả năng của bản thân. Theo tác giả, quan niệm này đúng nhưng dường như chưa đầy đủ, chưa đáp ứng được xu hướng phát triển về giới hiện nay. Mặc dù thuật ngữ gender (giới tính) là khái niệm rộng, nhưng hiện tại chỉ mới được hiểu ở mức độ biological sex/gender (giới tính sinh

học) mà chưa có sự ghi nhận bình đẳng giữa những xu hướng tính dục, bản dạng giới khác nhau.

Không thể phủ nhận quan niệm bình đẳng giới là bình đẳng giữa nam và nữ rất phổ biến hiện nay. Tuy nhiên, ngay trong chính giới nam hoặc nữ lại có những bất bình đẳng nhất định mà pháp luật Việt Nam còn đang bỏ ngỏ. Có thể nhận thấy, việc không ghi nhận một hình thức sống chung của cặp đôi cùng giới có thể dẫn đến sự bất bình đẳng ngay trong cùng một giới tính: Một nam/nữ dị tính có quyền kết hôn, mưu cầu hạnh phúc, nhưng một nam/nữ đồng tính lại không có quyền này. Bất bình đẳng giới trong xã hội hiện đại không chỉ là giữa nam và nữ mà còn là trong cùng một giới tính với nhau.

Thứ năm, quan niệm về gia đình đã thay đổi

Hầu hết các quan điểm hiện nay đều lo ngại thừa nhận quan hệ cùng giới sẽ làm phá vỡ gia đình, đi ngược lại một chức năng cơ bản của gia đình là duy trì nòi giống. Theo tác giả, gia đình có vị trí đặc biệt quan trọng và là đối tượng nghiên cứu của nhiều ngành khoa học. Những chủ đề nghiên cứu về gia đình luôn thu hút được sự quan tâm của các nhà khoa học không chỉ ở Việt Nam mà trên cả thế giới. Trong thực tiễn, khái niệm về gia đình vẫn chưa được xác định một cách thống nhất và rõ ràng. Tùy thuộc vào quan điểm và các phương pháp tiếp cận, người ta có thể đưa ra những khái niệm khác nhau về gia đình.

Một số ý kiến cho rằng, trên thế giới hiện nay xuất hiện nhiều dạng gia đình biến thái khiến cho mọi định nghĩa về gia đình đều trở nên bất cập. Chẳng hạn, một học giả phương Tây cho biết: "Một cuộc thăm dò mới đây đã cho thấy, 45% người Mỹ ngày

²⁶ Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), t.lđd, tr. 53.

²⁷ Bộ Tư pháp (2012), *Công văn số 3460/BTP-PLDSKT ngày 07/5/2012 về việc đánh giá các bất cập, hạn chế trong quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 và trong thực tiễn thi hành Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000*, Hà Nội, tr. 3.

²⁸ Ví dụ: Luật Bình đẳng giới năm 2006.

nay cho rằng một đôi không cần kết hôn mà cùng chung sống với nhau thì được coi là một gia đình đích thực, 33% coi các đôi cùng giới tính có nuôi nấng con cái là gia đình, còn 20% thì coi các cặp đồng giới tính chung sống với nhau là một gia đình"²⁹. Những ý kiến này đều cho rằng, đây có thể là sự mở rộng thái quá trong quan niệm về gia đình mà người Việt Nam ta khó lòng chấp nhận. Đối với người Á Đông nói chung và người Việt Nam nói riêng, gia đình là một giá trị xã hội quan trọng vào bậc nhất. Nếu ở châu Âu, gia đình nhiều khi đơn giản chỉ được coi là một nhóm xã hội thì ở Việt Nam, gia đình được coi là một tế bào xã hội có tính sản sinh với đầy đủ các yếu tố cấu thành của nó như vợ - chồng - con cái. Dường như, những quan điểm gay gắt này vẫn còn tồn tại ở nhiều nơi trên thế giới. Tuy nhiên, tất cả những điều này cũng cho thấy, khái niệm gia đình vẫn hoàn toàn có thể được thay đổi để có sự điều chỉnh phù hợp hơn với những trạng thái khác nhau trong xã hội. Nhìn chung, khá nhiều quốc gia đồng thuận một cách hiểu chung nhất: "*Gia đình là đơn vị cơ bản của tổ chức xã hội và là môi trường tự nhiên cho sự phát triển và hạnh phúc của mỗi thành viên, nhất là trẻ em*"³⁰.

Tại Việt Nam, từ trước đến nay, khái niệm gia đình thường được hiểu là của một cặp đôi dị tính. Tuy nhiên, gia đình hiện nay lại là loại hình gia đình đang ở trong thời kỳ quá độ từ xã hội nông nghiệp sang xã hội

công nghiệp hiện đại với nền kinh tế thị trường quốc gia và quốc tế³¹. Ngay ở những gia đình dị tính, sinh sản không còn là mục đích tối cao của hôn nhân. Gia đình vẫn hạnh phúc dù không có con, hoặc nhận con nuôi. Nếu vô sinh mà muốn có con, họ vẫn có thể sử dụng sự trợ giúp của y tế hiện đại. Từ một đơn vị đa chức năng trong xã hội truyền thống, trong gia đình hiện nay, các chức năng đã được tải bớt ra ngoài gia đình. Chỉ có một chức năng mà khó một thiết chế xã hội nào có thể gánh vác được, đó là chức năng thỏa mãn tình cảm đôi lứa. Chức năng này vốn bị coi nhẹ trong gia đình truyền thống, nay đã được đẩy lên hàng đầu. Như vậy, sự thay đổi hệ giá trị chức năng của gia đình đã và đang diễn ra ngay ở bản thân các gia đình dị tính. Nếu sự phá vỡ những tiêu chí giá trị truyền thống có thể xảy ra ở cả các gia đình dị tính, thì việc dự báo rằng quan hệ cùng giới (hôn nhân) làm xói mòn giá trị truyền thống gia đình có thể là sự kết án khá khiên cưỡng. Nếu thừa nhận nhu cầu tình dục đồng giới không phải là bệnh (như Tổ chức Y tế thế giới đã nhấn mạnh từ năm 1990), mà là một xu hướng có tính tự nhiên, không thể khuyến khích hay ngăn cản, thì việc hợp pháp hóa nhu cầu cam kết tự nguyện của người đồng tính là việc nên làm. Trong xu thế phát triển của xã hội hiện đại, đến giai đoạn hiện nay, đã và nên chấp nhận sự đa dạng của các kiểu loại gia đình thay cho hình ảnh nhất thể hóa về kiểu loại, về cấu trúc như gia đình truyền thống³².

²⁹ James W. Vander Zanden (1990), *Sociology the Core*, Mc. Graw Publishing Company, p. 225.

³⁰ Liên hợp quốc (1969), *Tuyên bố về phát triển và tiến bộ xã hội (Đại Hội đồng Liên hợp quốc thông qua theo Nghị quyết 2542 (XXIV) ngày 11/12/1969)*, nguồn: <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Linh-vuc-khac/Tuyen-bo-ve-phat-trien-va-tien-bo-xa-hoi-1969-270275.aspx>.

³¹ Phạm Quỳnh Phương (2012), *Kết hôn đồng tính có đe dọa văn hóa truyền thống*, nguồn: <http://vietnamnet.vn/vn/doi-song/76857/ket-hon-dong-tinh-co-de-doa-van-hoa-truyen-thong-.html>, truy cập ngày 30/7/2012.

³² Phạm Quỳnh Phương (2012), *tdđd*.

Thời gian qua, tổ chức Liên hợp quốc cũng đã ghi nhận quan niệm về một phạm vi rộng rãi trong việc xác thực những tiến triển - thay vì cố định - của định nghĩa về gia đình. Liên hợp quốc đã lưu ý rằng "khái niệm gia đình có thể khác biệt trong vài khía cạnh, giữa các quốc gia, và ngay cả giữa các tôn giáo, và vì thế không thể đưa ra một định nghĩa chuẩn mực chung"³³. Ủy ban về Quyền trẻ em Liên hợp quốc đã tuyên bố điều này trong "Nhận định về môi trường gia đình", rằng cần phản ánh "những cấu trúc gia đình khác nhau, phát sinh từ các mẫu hình văn hóa và các quan hệ tình cảm gia đình đa dạng đang nổi lên"³⁴. Một trong các quan hệ tình cảm gia đình đa dạng ở đây có thể được hiểu là sự đa dạng về xu hướng tính dục, là một cơ sở quan trọng cho một gia đình của các cặp đôi đồng tính. Việc thừa nhận hôn nhân cùng giới cũng không thể làm suy thoái nòi giống như ý kiến của nhiều người bởi thực ra như đã nêu, người đồng tính chỉ chiếm số ít trong tổng dân số của xã hội. Hơn nữa, người đồng tính hoàn toàn có thể nhờ mang thai hộ hoặc nhận con nuôi (nếu pháp luật cho phép). Đây cũng là điều mà các nhà làm luật Việt Nam cần xem xét để bổ sung cho khái niệm về gia đình nhằm tạo ra sự công bằng cũng như thay đổi nhận thức về gia đình tại Việt Nam thời gian tới.

Thứ sáu, việc pháp luật chưa ghi nhận mối quan hệ sống chung cùng giới sẽ dẫn đến một số tác động tiêu cực

Hiện nay, Việt Nam chưa công nhận hình thức sống chung nào của cặp đôi cùng

giới nên chưa có nghiên cứu đánh giá cụ thể tác động của những hình thức này đến gia đình và xã hội. Tuy nhiên, một khảo sát công bố năm 2013 đã chỉ ra một loạt các tác động tiêu cực có thể kéo đến cho bản thân người LGBT, cho gia đình của họ và cho cả xã hội nói chung khi không có sự công nhận pháp luật với kết hôn hay kết đôi cùng giới³⁵:

- Tác động đến người LGBT: Sự kỳ thị xã hội sẽ còn tiếp tục tiếp diễn (87%), người LGBT có thể bị trở thành nạn nhân của bạo lực gia đình hoặc bạo lực học đường (87,8%), không dám bộc lộ xu hướng tình dục (95,5%), kéo theo nhiều người kết hôn dị tính giả (89%), không được đảm bảo quyền yêu thương và kết đôi (94%), không được đảm bảo sức khoẻ tinh thần (93,9%), và không có được đời sống và sức khoẻ tình dục viên mãn (92,5%).

- Tác động đến gia đình của người LGBT: Nếu không có sự công nhận của pháp luật, các gia đình của người LGBT còn phải chịu sự kỳ thị xã hội nặng nề (74,9%), vấn đề bạo hành gia đình sẽ còn tiếp diễn (62,4%).

- Với xã hội nói chung: Sự kỳ thị của xã hội đối với người LGBT sẽ còn tiếp diễn nặng nề (71,2%), từ đó khiến cho người LGBT không tự tin tham gia đóng góp tích cực vào các hoạt động kinh tế - xã hội (78,1%), làm gia tăng nguy cơ lây lan HIV và các bệnh lây truyền qua đường tình dục (82,1%).

Bên cạnh đó, việc không công nhận quan hệ sống chung của cặp đôi cùng giới bằng một hình thức pháp lý có thể dẫn đến sự cầu thả trong việc thi hành pháp luật (ví

³³ Ủy ban Nhân quyền (1990), *Nhận định chung thứ 19: Bảo vệ gia đình, quyền hôn nhân và bình đẳng của các phối ngẫu*, Văn kiện Liên hợp quốc, HRI/GEN/1/Rev.2, 2.

³⁴ Ủy ban về Quyền trẻ em, *Báo cáo về Kỳ họp thứ năm*, Văn kiện Liên hợp quốc, CREC/C/24, Phụ lục V.

³⁵ Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long, Phạm Thanh Trà (2013), *tdđd*, tr. 65.

dụ như xử phạt hành chính đối với đám cưới đồng giới³⁶). Hơn nữa, nhiều người đồng tính sẽ tiếp tục rơi vào tình trạng vì sức ép từ gia đình, sự kỳ thị mà phải cưới người dị tính. Do vậy, mục đích và nguyên tắc của hôn nhân sẽ không thực sự được bảo đảm.

Qua các phân tích nêu trên, việc nghiên cứu ghi nhận hình thức pháp lý cho mối quan hệ chung sống cùng giới tại Việt Nam hiện nay là cần thiết và chính đáng. Tuy nhiên, cũng cần xem xét trong bối cảnh quan niệm về hôn nhân, gia đình ở Việt Nam chưa nhất quán, đôi khi còn khá dè dặt và chịu sự ảnh hưởng của các quan niệm cũ nên chưa thể thay đổi ngay trong một thời gian ngắn. Ví dụ, theo một khảo sát trước đây, có 77% người dân (ở 04 tỉnh/thành phố) đồng ý phải bảo vệ quyền của người đồng tính, nhưng trong số đó chỉ có 36.6% đồng ý cho người đồng tính có quyền kết hôn³⁷.

Theo tác giả, trong thời điểm hiện nay, nên công nhận hình thức sống chung có đăng ký (kết hợp dân sự) đối với cặp đôi cùng giới tại Việt Nam. Hình thức này đã được một số quốc gia trên thế giới áp dụng, là một bước đệm để tạo điều kiện xem xét, đánh giá thêm mối quan hệ cùng giới trước khi công nhận hôn nhân bình đẳng đối với cặp đôi cùng giới sau đó. Quan hệ sống chung có đăng ký không làm ảnh hưởng đến

chế định hôn nhân truyền thống, chưa gây xáo trộn lớn trong đời sống xã hội Việt Nam. Việc quy định sống chung có đăng ký phải được hiểu là áp dụng cho cặp đôi gồm hai người cùng giới tính (hai người đồng tính, song tính hoặc cũng có thể là người chuyển giới đã phẫu thuật và đăng ký sống chung với người cùng có cùng giới tính sau khi phẫu thuật...). Các cặp đôi khi thực hiện quyền sống chung có đăng ký này sẽ bị hạn chế một số quyền so với cặp đôi có quyền kết hôn đầy đủ (ví dụ quyền nhận con nuôi chung...).

Nếu công nhận một hình thức pháp lý nào đó cho mối quan hệ sống chung cùng giới (kết hợp dân sự/hôn nhân bình đẳng) thì sẽ phải đồng thời sửa đổi các văn bản pháp luật khác (đang sử dụng thuật ngữ vợ, chồng hoặc thủ tục hành chính có liên quan). Ví dụ: Bộ luật Dân sự năm 2015 và các văn bản pháp luật có liên quan; Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản pháp luật có liên quan; Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007; văn bản pháp luật về hộ tịch (Luật Hộ tịch năm 2014), hộ khẩu, các mẫu văn bản hành chính (sơ yếu lý lịch cá nhân/Đảng viên...), căn cước công dân, quy định về Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất... Bên cạnh đó, liên quan đến mối quan hệ sống chung của cặp đôi cùng giới, cần có sự mở rộng quan niệm về bình đẳng giới (Luật Bình đẳng giới năm 2006 và văn bản pháp luật có liên quan), giải thích rõ quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân (khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013)³⁸...

³⁶ La Hoàn (2012), *Xử phạt đám cưới đồng tính: Biểu hiện của sự kỳ thị*, <https://vietnamnet.vn/vn/doi-song/xu-phat-dam-cuoi-dong-tinh-bieu-hien-cua-suky-thi-74234.html>, truy cập ngày 30/5/2012.

³⁷ Nguyễn Thị Thu Nam (2012), *Quan điểm xã hội về đồng tính và hôn nhân đồng giới*, Báo cáo được trình bày tại Hội thảo do Viện iSEE tổ chức, thành phố Hà Nội, ngày 13/12/2012. Báo cáo được dựa trên kết quả của nghiên cứu "Thái độ xã hội với người đồng tính" do Viện iSEE thực hiện năm 2010-2011 (phỏng vấn định lượng 854 người và phỏng vấn sâu 31 người ở 4 địa bàn là thành phố Hà Nội, Hà Nam, thành phố Hồ Chí Minh và An Giang).

³⁸ Trương Hồng Quang (2018), "*Nhu cầu giải thích quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân của Hiến pháp năm 2013*", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, (3), tr. 3-13.

ĐIỀU KIỆN ĐỐI VỚI NGƯỜI YÊU CẦU CHUYỂN ĐỔI GIỚI TÍNH

*Bùi Thị Mừng**

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu các quy định về điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính theo Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính Việt Nam, so sánh với pháp luật một số nước trên thế giới, từ đó có những góp ý nhằm hoàn thiện các quy định về vấn đề này.

Abstract: The article studies the regulations on requirements for people requesting transition of their gender under the Draft Law on Transgender of Vietnam, compares with the foreign laws, thereby it makes proposals for improvement of regulations in this respect.

1. Sự cần thiết phải quy định về điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính

Quy định điều kiện đối với người đề nghị chuyển đổi giới tính nhằm đảm bảo quyền được sống đúng với giới tính của cá nhân

Theo nghĩa chung nhất, giới tính chỉ sự khác biệt về mặt sinh học giữa nam và nữ, đặc biệt là các đặc điểm liên quan đến chức năng sinh sản. Tuy nhiên, trên thực tế, cũng có những trường hợp, giới tính của một người không rõ ràng, chẳng hạn bộ phận sinh dục có khiếm khuyết, dẫn đến có sự nhận diện không chính xác về giới tính. Vì thế, để đảm bảo quyền được sống với đúng giới tính của họ, pháp luật dự liệu cho phép cá nhân được “xác định lại giới tính”. Trường hợp khác, khi cá nhân đã được xác định rõ là nam hay nữ thông qua sự nhận diện dựa vào đặc điểm sinh học, nhưng bản thân họ lại khát khao sống với giới tính ngược lại với giới tính được nhận diện

thông qua đặc điểm sinh học. Trường hợp này, để được sống với đúng giới tính của mình, cá nhân cũng có mong muốn được “chuyển đổi giới tính”. Đây chính là cơ sở thực tiễn để pháp luật phải ghi nhận cho phép cá nhân được “chuyển đổi giới tính”. Quyền được sống đúng với giới tính mong muốn là quyền tự nhiên của mỗi cá nhân. Do vậy, việc quy định các điều kiện để cá nhân được phép chuyển đổi giới tính là cần thiết, tạo cơ sở để đảm bảo cho cá nhân được sống với đúng giới tính của mình.

Quy định các điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính nhằm đảm bảo việc chuyển đổi giới tính được tiến hành chặt chẽ, góp phần bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của những người có liên quan

Quyền được sống với đúng giới tính của mình là quyền của cá nhân. Tuy nhiên, khi cá nhân thực hiện quyền của mình có thể ảnh hưởng đến quyền của người khác. Bởi vì, những hệ quả pháp lý mà việc chuyển đổi giới tính mang lại cũng hết sức đa dạng và phức tạp không chỉ với bản thân người chuyển giới mà còn với những người liên

* TS., Khoa Pháp luật Dân sự - Trường Đại học Luật Hà Nội.

quan và toàn xã hội¹. Trong thực tiễn, xuất phát từ các đặc điểm sinh học, người đã được nhận diện là nam hay nữ, cho dù họ có khát khao sống với giới tính ngược lại, nhưng vì nhiều lý do họ vẫn phải che đậy khát khao đó. Nhiều người trong số họ vẫn xác lập quan hệ hôn nhân, thậm chí sinh con. Vì thế, điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính không chỉ bảo đảm quyền được sống đúng giới tính của cá nhân, mà còn phải đảm bảo hài hoà về quyền và nghĩa vụ của những người có liên quan với người chuyển đổi giới tính.

Quy định về điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính nhằm hạn chế những rủi ro mang lại từ quá trình thực hiện can thiệp y học đối với người chuyển đổi giới tính, đảm bảo trật tự an toàn xã hội

Chuyển đổi giới tính là một quá trình phức tạp ảnh hưởng sâu sắc đến chính bản thân người chuyển đổi giới tính và gây ra những hệ lụy xã hội phức tạp². Chuyển đổi giới tính không chỉ đơn thuần là việc “tuyên bố” của cá nhân về việc “thay đổi” giới tính, mà còn liên quan đến sự can thiệp y học. Can thiệp y học trong chuyển đổi giới tính, ngoài việc phức tạp dưới góc độ chuyên môn còn có thể để lại những hậu quả rất nghiêm trọng đối với người chuyển đổi giới tính. Vì vậy, việc quy định chặt chẽ các điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính sẽ giúp hạn chế được những rủi ro từ việc thực hiện các can thiệp y học trong

chuyển đổi giới tính, đảm bảo an toàn cho người chuyển đổi giới tính. Mặt khác, việc quy định chặt chẽ các điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính còn góp phần phòng ngừa việc lạm dụng chuyển đổi giới tính cũng như thực hiện việc chuyển đổi giới tính nhằm hưởng những lợi thế trong chính sách, pháp luật của Nhà nước. Ví dụ: Chuyển đổi giới tính để trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ quân sự hoặc hưởng các chính sách ưu tiên đối với nữ.

2. Quy định về điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính trong Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính

Trên thế giới, quy định về việc cho phép chuyển đổi giới tính không phải là vấn đề mới mẻ. Tính đến tháng 9/2015, có 61 quốc gia hợp pháp hoá thay đổi giới tính trên giấy tờ³. Yêu cầu chuyển đổi giới tính về cơ bản đều được quy định gắn với điều kiện để được can thiệp y học và điều kiện thay đổi giấy tờ hộ tịch.

2.1. Điều kiện được yêu cầu can thiệp y học để chuyển đổi giới tính

Về điều kiện được can thiệp y học để chuyển đổi giới tính, mặc dù còn có những điểm khác biệt nhất định, nhưng pháp luật của các quốc gia về cơ bản đều quy định những điều kiện sau:

(i) Điều kiện về giới tính;

(ii) Điều kiện liên quan đến nguyện vọng sống với giới tính khác;

¹ Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (2018), Kỷ yếu hội thảo “*Pháp luật một số quốc gia trên thế giới về chuyển đổi giới tính và bài học cho Việt Nam*”, tr. 22.

² PGS.TS. Nguyễn Văn Cừ, PGS.TS. Trần Thị Huệ, (2017), “*Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015*”, Nxb. Công an nhân dân, tr.101.

³ Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (iSEE), “*Có bao nhiêu nước hợp pháp hoá chuyển đổi giới tính*”, <https://static1.squarespace.com/static/526c21b5e4b0d43e45f6c4c2/t/5631e866e4b03a88e395bce2/1446111334966/Factsheet+++Hop+phap+ho+a+chuyen+doi+gioi+ tinh+tren+the+gioi.pdf>, truy cập ngày 15/4/2019.

(iii) Điều kiện về độ tuổi được phép chuyển đổi giới tính;

(iv) Điều kiện về năng lực chủ thể của người yêu cầu chuyển đổi giới tính;

(v) Điều kiện về tình trạng hôn nhân của người yêu cầu chuyển đổi giới tính.

Ở Việt Nam, vấn đề chuyển đổi giới tính lần đầu tiên được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015⁴, đặt nền tảng cho việc điều chỉnh pháp luật về chuyển đổi giới tính. Bộ luật Dân sự năm 2015 đã thể hiện rõ quan điểm lập pháp tiến bộ của Nhà nước ta trong việc đảm bảo quyền được sống với giới tính thực tế của cá nhân. Xét ở góc độ pháp lý, ghi nhận bằng pháp luật việc chuyển đổi giới tính là cơ sở quan trọng để thực hiện việc bảo đảm các quyền con người của cá nhân. Bởi, nhu cầu được sống với giới tính thực tế của mình là nhu cầu tự nhiên của cá nhân. Tuy nhiên, nhìn từ góc độ thực tiễn, việc chuyển đổi giới tính cũng hàm chứa nhiều rủi ro cho chính bản thân người thực hiện việc chuyển đổi giới tính cũng như ít nhiều tác động đến quyền và lợi ích hợp pháp của những người có mối liên hệ hôn nhân, gia đình và đời sống xã hội. Vì vậy, pháp luật về chuyển đổi giới tính thực sự phải tạo ra được hành lang pháp lý an toàn để việc chuyển đổi giới tính thể hiện được những giá trị nhân văn trong việc ghi nhận và bảo đảm các quyền con người. Cho đến nay, Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính đã được Bộ Y tế - cơ quan chủ trì soạn thảo xây dựng.

Theo quy định tại Điều 7 Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính⁵, cá nhân có quyền yêu

cầu can thiệp y học để chuyển đổi giới tính khi đáp ứng đủ các điều kiện sau:

+ Có giới tính sinh học hoàn thiện;

+ Được kiểm tra y tế theo bảng chuẩn và có xác nhận của chuyên gia tâm lý và bác sỹ tâm thần về mong muốn có giới tính khác với giới tính sinh học hoàn thiện và có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;

+ Từ đủ 18 tuổi trở lên;

+ Là người độc thân.

Như vậy, trước hết nhìn vào cấu trúc quy định điều kiện đối với cá nhân có quyền yêu cầu can thiệp y học để chuyển đổi giới tính, tác giả nhận thấy các quy định về điều kiện đã cơ bản tiệm cận với pháp luật về chuyển đổi giới tính của các quốc gia trên thế giới.

Về điều kiện giới tính:

Cũng giống như pháp luật về chuyển đổi giới tính của hầu hết các nước trên thế giới, Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính quy định, người chuyển đổi giới tính phải là người có giới tính sinh học hoàn thiện. Giới tính sinh học là một quá trình kết hợp và pha trộn những đặc điểm di truyền học của sinh vật, thường dẫn đến kết quả là sự chuyên môn hóa thành giống đực (male) và giống cái (female). Nhóm tác giả của Viện Nghiên cứu Kinh tế, Xã hội và Môi trường cho rằng, giới tính sinh học (biological sex) là giới tính của một người dựa trên cơ quan sinh dục ngoài⁶. Giới tính sinh học hoàn thiện là giới tính của một người được xác định là nam hay nữ dựa trên sự hoàn chỉnh

⁴ Xem Điều 37 Bộ Luật Dân sự Việt Nam năm 2015.

⁵ Đề cương Dự thảo Luật chuyển đổi giới tính, <https://thegioiluat.vn/phap-luat/du-thao-luat-chuyen-doi-gioi-tinh-42352>, truy cập ngày 15/4/2019.

⁶ Phạm Quỳnh Phương, Lê Quang Bình và Mai Thanh Tú (2012), Kỹ yếu hội thảo “*Khát vọng được là chính mình: Người chuyển giới ở Việt Nam – những vấn đề thực tiễn và pháp lý*”, Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường, Hà Nội, tr.12.

cả về bộ phận sinh dục và nhiễm sắc thể⁷. Theo Bác sỹ Nguyễn Tấn Thủ, y học hiện nay chấp nhận việc xác định giới tính dựa vào đặc tính sinh dục nguyên phát (tuyến sinh dục và cơ quan sinh dục ngoài) và cũng có thêm bằng những đặc tính sinh dục thứ phát (bầu vú ở nữ, hệ lông râu, tạng và xương...) ⁸. Như vậy, giới tính sinh học hoàn thiện được nhận diện chủ yếu thông qua các đặc điểm của tuyến sinh dục và cơ quan sinh dục. Vì thế, việc chuyển đổi giới tính sẽ chỉ được đặt ra đối với người đã có giới tính sinh học hoàn thiện, nghĩa là dựa trên các đặc điểm sinh học của cá nhân, chúng ta đã phân biệt được người đó là nam hay là nữ. Điều kiện này giúp phân biệt với trường hợp “xác định lại giới tính”. Bởi vì, xác định lại giới tính được thực hiện trong trường hợp một người được biết đến là có khuyết tật bẩm sinh hoặc chưa định hình chính xác về giới tính.

Điều kiện phải được kiểm tra y tế theo bảng chuẩn và có xác nhận của chuyên gia tâm lý và bác sỹ tâm thần về mong muốn có giới tính khác với giới tính sinh học hoàn thiện và có năng lực hành vi dân sự đầy đủ:

Người yêu cầu chuyển đổi giới tính phải mong muốn có giới tính khác với giới tính sinh học hoàn thiện là một yêu cầu bắt buộc trong pháp luật về chuyển đổi giới tính của tất cả các quốc gia. Bởi vì, đó là yêu cầu mang tính cốt lõi của việc chuyển đổi giới tính. Vì vậy, điều kiện này trong Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính là phù hợp với

thông lệ quốc tế. Bởi lẽ, đây là một điều kiện quan trọng nhằm xác định cũng như đảm bảo tính chặt chẽ trong việc xem xét những người được phép chuyển đổi giới tính. Thực tế, có những người có “bản dạng giới” khác với giới tính sinh học hoàn thiện. Bản dạng giới (gender identity) là cảm nhận trải nghiệm mang tính chủ quan của một cá nhân cảm thấy mình thuộc về giới nam hay giới nữ⁹. Vì vậy, họ mong muốn được sống với giới tính mà họ cảm nhận. Đây là nhu cầu chính đáng, nên việc ghi nhận bảo đảm để họ thực hiện chuyển đổi giới tính là cần thiết. Điều kiện này cũng xác định rõ người được chuyển đổi giới tính không phải là mọi cá nhân, mà phải là cá nhân có cảm nhận giới tính khác với giới tính “sinh học hoàn thiện”. Cũng trên cơ sở này, nhà làm luật quy định rõ mong muốn có giới tính khác của người chuyển đổi giới tính phải có xác nhận của chuyên gia tâm lý và bác sỹ tâm thần để nhận diện một cách khách quan. Đây là điều kiện cần thiết và phù hợp với thực tiễn điều chỉnh pháp luật về chuyển đổi giới tính ở các nước trên thế giới, hạn chế tình trạng lạm dụng việc chuyển đổi giới tính để trốn tránh thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, ngoài việc xác định rõ mong muốn có giới tính khác với giới tính sinh học, cần phải quy định thêm các điều kiện như người chuyển đổi giới tính phải được tư vấn về tâm lý, y tế và pháp lý. Người yêu cầu chuyển đổi giới tính cần phải được tư vấn thật kỹ để hiểu biết một cách đầy đủ nhất các nguy cơ

⁷ Xem khoản 2 Điều 2 Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính.

⁸ Hoà Hồ, “5 khái niệm cơ bản cần nói với trẻ dậy thì”, <https://vnexpress.net/doi-song/5-khai-niem-co-ban-ve-gioi-tinh-can-noi-voi-tre-day-thi-2887476.html>, truy cập ngày 15/4/2019.

⁹ Phạm Quỳnh Phương, Lê Quang Bình và Mai Thanh Tú (2012), Kỳ yêu hội thảo “Khát vọng được là chính mình: Người chuyển giới ở Việt Nam – những vấn đề thực tiễn và pháp lý”, Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường, Hà Nội, tr.12.

mà họ có thể sẽ phải đối mặt trước khi thực hiện các can thiệp y học, các vấn đề về tâm lý họ có thể sẽ gặp phải cũng như hệ quả pháp lý khi họ được thay đổi giấy tờ hộ tịch bởi vì nó liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ.

Về năng lực chủ thể của người yêu cầu chuyển đổi giới tính, tác giả cho rằng nên tách ra thành một điều kiện riêng. Có thể thấy, quá trình chuyển đổi giới tính bao gồm nhiều khâu với tính chất phức tạp cũng như liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của người chuyển đổi giới tính. Vì thế, đòi hỏi người yêu cầu chuyển đổi giới tính phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ để thể hiện ý chí khi tiến hành việc can thiệp y học. Do đó, quy định điều kiện về năng lực chủ thể là cần thiết và phải được ghi nhận, nhưng nên tách riêng với điều kiện về mong muốn có giới tính khác thành một điều kiện độc lập.

Điều kiện độ tuổi:

Theo quy định tại Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính thì người chuyển đổi giới tính phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên. Có ý kiến cho rằng, cần xem xét cho phép chuyển đổi giới tính ở độ tuổi thấp hơn vì, người chuyển đổi giới tính nếu thực hiện việc chuyển đổi giới tính sớm hơn sẽ thích nghi dễ dàng với giới tính mà họ mong muốn. Mặt khác, trẻ em có cảm nhận về giới tính của mình tương đối sớm, do đó việc cho phép người từ đủ 18 tuổi trở lên mới được chuyển đổi giới tính sẽ tạo áp lực tâm lý, bức bối vì không được sống với đúng giới tính và khiến trẻ em đối mặt với nguy cơ bị bắt nạt, bạo lực học đường, nghỉ học sớm và có trường hợp tự tử¹⁰.

¹⁰ Thuý Hà, “Thảo luận về điều kiện công nhận chuyển đổi giới tính”, <http://khampha.vn/suc-khoe/>

So sánh với pháp luật của một số quốc gia trên thế giới, tác giả nhận thấy quy định về điều kiện độ tuổi được phép chuyển đổi giới tính ở mỗi quốc gia có những đặc thù riêng. Tuy nhiên, về cơ bản, độ tuổi này đều được ấn định ở mức từ đủ 18 tuổi trở lên. Cá biệt có những quốc gia cho phép thực hiện việc chuyển đổi giới tính khi cá nhân đủ 16 tuổi hoặc phải từ đủ 20 tuổi trở lên¹¹. Như vậy, căn cứ vào tình hình thực tế, các quốc gia sẽ xem xét và ấn định điều kiện độ tuổi phù hợp. Trường hợp cho phép chuyển đổi giới tính khi cá nhân đủ 16 tuổi trở lên thì phải có ý kiến của người đại diện. Từ sự phân tích trên, tác giả cho rằng, quy định độ tuổi được phép chuyển đổi giới tính theo tinh thần của Dự thảo là phù hợp với thông lệ quốc tế cũng như hoàn cảnh thực tế ở Việt Nam. Bởi vì, xét trên phương diện lý luận, quy định này phù hợp và tương thích với các quy định của pháp luật có liên quan đến năng lực hành vi dân sự của cá nhân. Pháp luật Việt Nam hiện hành quy định người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên. Mặt khác, quá trình thực hiện chuyển đổi giới tính rất phức tạp, việc can thiệp chuyển đổi giới tính có thể mang lại nhiều rủi ro về sức khoẻ đối với người chuyển đổi giới tính. Cho nên, việc quyết định thực hiện chuyển đổi giới tính cần phải được bảo đảm bởi một cá nhân đủ điều kiện về độ tuổi để tự chịu trách nhiệm về hành vi của mình. Mong muốn sống với giới tính khác phải được cảm nhận một cách đầy đủ và sâu sắc nhất từ người chuyển đổi giới tính, vì vậy quyết định can

thao-luan-ve-dieu-kien-cong-nhan-nguoi-chuyen-doi-gioi-tinh-c11a591133.html, truy cập ngày 15/04/2019.

¹¹ Xem chú thích số (1), tlđd.

thiếp y học để chuyển đổi giới tính phải là quyết định của chính bản thân người này mà không thể thông qua tư cách người đại diện.

Tình trạng hôn nhân của người yêu cầu chuyển đổi giới tính:

Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính quy định, người đề nghị chuyển đổi giới tính phải là người độc thân. Đây cũng là quy định được pháp luật chuyển đổi giới tính của hầu hết các quốc gia ghi nhận. Pháp luật của một số nước châu Âu cũng như một vài bang của Mỹ có sự cởi mở nhất định khi cho phép người chuyển đổi giới tính thực hiện việc chuyển đổi giới tính ngay cả khi đang tồn tại quan hệ hôn nhân¹². Tuy nhiên, đây không phải là quan điểm được ủng hộ ở nhiều quốc gia mà hôn nhân đồng giới không được thừa nhận. Việc quy định người đề nghị chuyển đổi giới tính phải là người độc thân không chỉ tương thích với pháp luật của các nước trên thế giới, mà còn thể hiện sự đồng bộ với các quy định pháp luật của Việt Nam có liên quan.

Việc cho phép người đang tồn tại một quan hệ hôn nhân chuyển đổi giới tính thể hiện sự mâu thuẫn với quy định của pháp luật Việt Nam bởi pháp luật Việt Nam hiện nay chưa thừa nhận hôn nhân đồng giới. Mặt khác, hệ quả của việc chuyển đổi giới tính trong trường hợp này có ảnh hưởng trực tiếp đến lợi ích của bên chồng hoặc vợ của người chuyển đổi giới tính. Vì vậy, để đảm bảo sự thống nhất và đồng bộ với các quy định của pháp luật có liên quan cũng như ổn định các quan hệ hôn nhân và gia đình, cần giới hạn một người được phép thực hiện yêu cầu can thiệp y học để chuyển

đổi giới tính phải xem xét đến tình trạng hôn nhân của người đó.

Về điểm này, Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính của Việt Nam cũng có nhiều nét tương đồng với pháp luật của các quốc gia trong khu vực châu Á. Chẳng hạn, theo pháp luật của Nhật Bản, người chuyển đổi giới tính phải đảm bảo điều kiện là không trong tình trạng hôn nhân¹³. Theo quan điểm của các nhà làm luật Nhật Bản, quy định này sẽ hạn chế được việc lạm dụng chuyển đổi giới tính để thực hiện các hành vi trái pháp luật. Ví dụ, hai người kết hôn với nhau, sau đó một người chuyển đổi giới tính. Như vậy, sau khi chuyển đổi giới tính, hai người có cùng giới tính với nhau. Vì thế, vô hình trung, việc chuyển đổi giới tính trở thành một hình thức để “hợp thức hoá” quan hệ hôn nhân đồng giới khi Nhật Bản là một quốc gia không thừa nhận hôn nhân đồng giới. Từ sự phân tích trên cho thấy, việc quy định điều kiện người chuyển đổi giới tính phải là người độc thân theo Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính cũng phù hợp với thực tiễn hôn nhân đồng giới chưa được thừa nhận tại Việt Nam.

Ngoài các điều kiện trên, Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính còn quy định, tùy vào từng trường hợp can thiệp y học, người chuyển đổi giới tính còn phải đáp ứng những điều kiện nhất định đối với từng quy trình can thiệp y học. Trường hợp can thiệp để điều trị nội tiết tố thì người chuyển đổi giới tính còn phải có xác nhận có đủ điều kiện sức khoẻ để điều trị (Điều 8). Trường hợp can thiệp phẫu thuật ngực hoặc bộ phận sinh dục thì ngoài việc tuân thủ đầy đủ các điều kiện trên, cá nhân phải đảm bảo đã

¹² Xem chú thích số (1), tlđd.

¹³ Xem chú thích số (1) tlđd, tr. 115.

điều trị nội tiết tố liên tục trước khi phẫu thuật, đảm bảo đủ các điều kiện để phẫu thuật đồng thời cũng phải được cơ sở khám, chữa bệnh được phép phẫu thuật ngực hoặc bộ phận sinh dục xác nhận đủ sức khoẻ để phẫu thuật (Điều 9). Như vậy, gắn với từng quá trình can thiệp y học cụ thể, nhà làm luật còn dự liệu thêm các điều kiện cần thiết để việc “chuyển đổi” giới tính của cá nhân được đảm bảo tốt nhất.

2.2. Điều kiện để người chuyển đổi giới tính thay đổi giấy tờ về hộ tịch

Theo Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính, sau khi thực hiện việc can thiệp y học, người chuyển đổi giới tính sẽ được công nhận đã can thiệp y học để chuyển đổi giới tính. Các trường hợp được công nhận đã can thiệp y học bao gồm: (i) Người chuyển đổi giới tính đã điều trị nội tiết tố 02 năm liên tục (ii) Phẫu thuật ngực hoặc bộ phận sinh dục khác với giới tính sinh học hoàn thiện (iii) Phẫu thuật ngực và bộ phận sinh dục khác với giới tính sinh học hoàn thiện. Công nhận đã can thiệp y học là căn cứ để người đề nghị chuyển đổi giới tính thực hiện việc thay đổi về hộ tịch theo đúng giới tính đã được chuyển đổi.

Như vậy, nhà làm luật Việt Nam đã có quy định khá cởi mở trong việc ghi nhận sự thay đổi giới tính về mặt pháp lý đối với người chuyển đổi giới tính. Với quy định này tác giả hiểu rằng, người chuyển đổi giới tính được thay đổi hộ tịch theo giới tính đã chuyển đổi không nhất thiết phải thực hiện tất cả các quá trình can thiệp y học. Cụ thể là không phải thực hiện thay đổi một cách “triệt để” giới tính sinh học bao gồm cả điều trị nội tiết tố và cắt bỏ các cơ quan có liên quan đến chức năng sinh sản (bao gồm ngực và bộ phận sinh dục ngoài). Có thể thấy,

quy định này là tương đồng với pháp luật của nhiều nước trên thế giới, nhất là các nước châu Âu - nơi có pháp luật về chuyển đổi giới tính tương đối sớm. Nhiều nghiên cứu đã chỉ ra rằng, ngày nay nhiều nước châu Âu đã có những sửa đổi pháp luật về chuyển đổi giới tính theo hướng không buộc người chuyển đổi giới tính phải cắt bỏ bộ phận sinh dục hoặc “triệt sản” với lý do tôn trọng và bảo đảm các quyền con người¹⁴. Vậy phải chăng, nhà làm luật Việt Nam đã đón đầu xu hướng tiến bộ này và ghi nhận ngay trong pháp luật về chuyển đổi giới tính cho phép người chuyển đổi giới tính có thể lựa chọn quy trình can thiệp y học phù hợp để được thay đổi giới tính về mặt pháp lý? Liệu điều này có phù hợp với Việt Nam? Về điểm này, tác giả cho rằng, Việt Nam cần phải có những nghiên cứu để xem xét thận trọng hơn trong việc dự liệu điều kiện để người chuyển đổi giới tính được phép thay đổi các giấy tờ về hộ tịch.

Để hiểu rõ vấn đề này, chúng ta phải nhận diện rằng, muốn phân biệt được một người là nam hay nữ, phải dựa trên đặc điểm sinh học. Cũng từ logic này, chúng ta nhận diện và phân biệt được “người có giới tính sinh học hoàn thiện”, “người có khiếm khuyết về giới tính”. Như vậy, xét dưới góc độ khoa học, để phân biệt và nhận diện giới tính nam hay nữ, chúng ta đều phải dựa trên các đặc điểm về mặt sinh học. Nhiều nhà khoa học cũng dựa trên lập luận này để ủng hộ quan điểm chỉ cho phép thay đổi giấy tờ với giới tính mới sau khi đã hoàn tất thủ tục phẫu thuật thay đổi bộ phận sinh dục¹⁵.

¹⁴ Xem chú thích số (1), tldd, tr. 22.

¹⁵ Nguyễn Văn Hợi và Hoàng Thị Loan, “Một số ý kiến góp ý cho Dự thảo Luật chuyển đổi giới tính”,

Dưới góc độ xã hội, sự nhận diện trên cơ sở các đặc điểm về sinh học là căn cứ quan trọng để người chuyển đổi giới tính không chỉ được thừa nhận về mặt pháp lý, mà còn được thừa nhận “về mặt xã hội”. Chính sự thừa nhận của xã hội mới là yếu tố đảm bảo cho người chuyển đổi giới tính được đối xử một cách công bằng, không bị kỳ thị hay phân biệt đối xử.

Tham khảo pháp luật về chuyển đổi giới tính của các nước châu Á - những nước có nhiều nét tương đồng về văn hoá với Việt Nam, phần lớn các nước châu Á đã cho phép chuyển đổi giới tính đều chỉ thừa nhận giới tính mới sau khi có phẫu thuật chuyển đổi giới tính, chỉ có một vài nước thừa nhận không cần qua phẫu thuật trong đó có Hàn Quốc, Đài Loan và Isarel. Đặc biệt, Trung Quốc được cho là quốc gia có xu hướng ngày càng quy định chặt chẽ hơn về vấn đề chuyển đổi giới tính. Bởi vì, khác với trước đó, năm 2009, Trung Quốc đã quy định phải hoàn tất thủ tục phẫu thuật trước khi thay đổi giấy tờ¹⁶. Theo quan điểm của tác giả, nhà làm luật Việt Nam nên đi theo xu hướng ghi nhận điều kiện thừa nhận giới tính mới đối với người chuyển đổi giới tính khi họ đã thực hiện phẫu thuật thay đổi bộ phận sinh dục.

3. Khuyến nghị hoàn thiện quy định về điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính

Từ những phân tích trên cho thấy, về hình thức, các quy định về điều kiện đối với

người yêu cầu chuyển đổi giới tính theo Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính là tương đối đầy đủ. Dự thảo luật đã quy định cả điều kiện được yêu cầu can thiệp y học để chuyển đổi giới tính cũng như điều kiện về thay đổi giấy tờ hộ tịch. Về nội dung, điều kiện đối với người yêu cầu đề nghị chuyển đổi giới tính đã có khá nhiều điểm tương đồng với pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới, đồng thời cũng thể hiện được những nét đặc thù phù hợp với điều kiện của Việt Nam. Tuy nhiên, để pháp luật về chuyển đổi giới tính thực sự tạo hành lang pháp lý an toàn, bảo vệ quyền lợi của người chuyển đổi giới tính, quyền và lợi ích hợp pháp của những người liên quan, bảo vệ trật tự và an toàn xã hội, tác giả cho rằng, pháp luật về chuyển đổi giới tính cần tiếp tục được xem xét và hoàn thiện theo hướng sau:

- Một là, cần quy định tách điều kiện về năng lực chủ thể của người đề nghị chuyển đổi giới tính thành một điều kiện riêng;

- Hai là, cần bổ sung thêm điều kiện người chuyển đổi giới tính cần phải được tư vấn về tâm lý, y tế và pháp lý trước khi thực hiện can thiệp y học để chuyển đổi giới tính;

- Ba là, cần quy định điều kiện để được thay đổi các giấy tờ hộ tịch theo hướng người chuyển đổi giới tính được thực hiện việc thay đổi giấy tờ hộ tịch sau khi đã thực hiện phẫu thuật thay đổi bộ phận sinh dục;

- Bốn là, tiếp tục hoàn thiện pháp luật về hộ tịch để đảm bảo tốt việc thay đổi các giấy tờ hộ tịch cho người chuyển đổi giới tính sau khi hoàn tất quy trình can thiệp y học theo quy định của Luật Chuyển đổi giới tính.

Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6(358), tháng 3/2018.

¹⁶ Xem chú thích số (1), t.đd.

LUẬT CẠNH TRANH NĂM 2018 VÀ VIỆC KHẮC PHỤC NHỮNG BẤT CẬP CỦA LUẬT CẠNH TRANH NĂM 2004 LIÊN QUAN ĐẾN KIỂM SOÁT HẠN CHẾ CẠNH TRANH

Nguyễn Như Phát*

Tóm tắt: Luật Cạnh tranh năm 2004 đã đi vào thực tiễn cuộc sống và ít nhiều đã có hiệu quả nhất định. Tuy nhiên, sau hơn 10 năm thực hiện, Luật Cạnh tranh năm 2004 đã bộc lộ những hạn chế trước yêu cầu của nhận thức mới về điều chỉnh pháp luật cạnh tranh cũng như của hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam hiện nay, trong đó có yêu cầu về hội nhập pháp luật cạnh tranh. Trước tình hình đó, Quốc hội khoá XIV đã thông qua Luật Cạnh tranh năm 2018, sửa đổi Luật Cạnh tranh năm 2004 với nhiều thay đổi, khắc phục về nhận thức và phương thức điều chỉnh pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh, trong đó, đáng chú ý là những sửa đổi về hạn chế cạnh tranh và kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh. Bài viết này đề cập những điểm mới của Luật Cạnh tranh năm 2018 về hạn chế cạnh tranh và kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh.

Abstract: The 2004 Law on Competition has gone into social life and made progress to certain extent. However, after 10 years of its implementation, the 2004 Law has exposed shortcomings in the face of new perception on competition law as well as international economic integration in Vietnam currently, including integration of competition law. In this climate, the 14th National Assembly approves the 2018 Law on Competition to amend the 2004 Law with many changes of perception and methods to regulate in the field of competition, notably changes in restriction of competition and control of competition-restricting acts. The article makes mention of new contents of the 2018 Law on Competition regarding restriction of competition and control of competition-restricting acts.

Ngày 12/06/2018, Quốc hội khoá XIV đã thông qua Luật Cạnh tranh năm 2018, thay thế và đề khắc phục những bất cập của Luật Cạnh tranh năm 2004 như đã được đánh giá và tổng kết¹. Luật này có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/7/2019. Đến thời điểm đó, Chính phủ căn ban hành 03 nghị định hướng dẫn thi hành, bao gồm:

- Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh;

- Nghị định quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia và Bảo vệ người tiêu dùng;

- Nghị định quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh.

Đến lúc này, cả 03 Nghị định trên đây vẫn trong quá trình soạn thảo và lấy ý kiến đóng góp của các Bộ, ngành... Vì vậy, chưa thể hình dung được, Luật Cạnh tranh năm 2018 sẽ đi vào cuộc sống và được đón nhận

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

¹ Xem thêm: Nguyễn Như Phát, “Nghiên cứu pháp luật cạnh tranh trong bối cảnh sửa đổi Luật Cạnh tranh năm 2004”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7/2017.

như thế nào. Tuy nhiên, trên những nét cơ bản, khắc phục những hạn chế của Luật Cạnh tranh năm 2004 liên quan đến xử lý hành vi hạn chế cạnh tranh, có thể giới thiệu một số nội dung mới của Luật Cạnh tranh năm 2018 như sau:

1. Mở rộng phạm vi điều chỉnh của Luật Cạnh tranh

Luật Cạnh tranh đã khắc phục hạn chế do thiếu cơ sở để kiểm soát các hành vi được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng có tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đến thị trường Việt Nam. Với xu thế toàn cầu hóa kinh tế và mở cửa thị trường, phạm vi hoạt động của các doanh nghiệp ngày càng mở rộng trên phạm vi lãnh thổ của nhiều quốc gia khác nhau. Khi đó, thực tiễn sẽ phát sinh các hành vi phản cạnh tranh diễn ra bên ngoài lãnh thổ quốc gia, nhưng có tác động tới môi trường cạnh tranh trong nước. Để đối phó với thực trạng này, nhiều quốc gia đã mở rộng phạm vi áp dụng của Luật Cạnh tranh trên nguyên tắc tác động ảnh hưởng của hành vi để kiểm soát các hành vi phản cạnh tranh xuyên biên giới và bảo vệ thị trường trong nước. Thực tiễn thời gian qua cũng đã xuất hiện những hành vi như thỏa thuận ấn định giá, phân chia thị trường hay các giao dịch mua bán, sáp nhập được thực hiện ở ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng có tác động ảnh hưởng nhất định tới thị trường Việt Nam (chẳng hạn như vụ sáp nhập/mua lại của Uber và Grab vừa qua). Vì vậy, cần thiết phải sửa đổi, bổ sung Luật Cạnh tranh năm 2004 theo hướng mở rộng phạm vi điều chỉnh đối với những hành vi cạnh tranh diễn ra bên ngoài lãnh thổ nhưng có tác động hạn chế cạnh tranh tới môi trường kinh doanh của Việt Nam.

Vì vậy, theo Điều 1 Luật Cạnh tranh năm 2018: Luật này quy định về hành vi hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế gây tác động hoặc có khả năng **gây tác động hạn chế cạnh tranh đến thị trường Việt Nam**; hành vi cạnh tranh không lành mạnh; tổ tụng cạnh tranh; xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh; quản lý nhà nước về cạnh tranh.

Quy định này là phù hợp với thông lệ thế giới và yêu cầu điều chỉnh thực tế của thị trường Việt Nam. Lý giải như sau:

Thứ nhất, xuất phát từ mục tiêu cơ bản của Luật Cạnh tranh là nhằm bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, công bằng, làm động lực phát triển cho nền kinh tế, Luật Cạnh tranh cần kiểm soát mọi hành vi có tác động hoặc có khả năng dẫn tới độc quyền hóa thị trường, làm tổn hại hoặc xâm hại môi trường cạnh tranh, bất kể hành vi đó được thực hiện ở đâu.

Thứ hai, trong xu thế toàn cầu hóa và mở cửa thị trường, hoạt động của các doanh nghiệp ngày càng mở rộng trên phạm vi nhiều lãnh thổ, quốc gia khác nhau. Do đó, nhiều hành vi phản cạnh tranh diễn ra bên ngoài lãnh thổ quốc gia, nhưng có tác động tới môi trường cạnh tranh trong nước. Để đối phó với thực trạng này, nhiều quốc gia đã mở rộng phạm vi áp dụng của Luật Cạnh tranh trên nguyên tắc “*tác động ảnh hưởng của hành vi*” để kiểm soát các hành vi phản cạnh tranh xuyên biên giới và bảo vệ thị trường trong nước, như Hoa Kỳ, Nhật Bản, EU, Trung Quốc, Canada²...

Thứ ba, sau 12 năm thi hành Luật Cạnh tranh năm 2004, cơ quan quản lý cạnh tranh đã phát hiện nhiều hành vi cạnh tranh như

² Chính phủ, Tờ trình số 377/TTr-CP ngày 6/9/2017 về “Dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi)”, tr. 2.

thỏa thuận ấn định giá, phân chia thị trường tiêu thụ hay các giao dịch mua bán, sáp nhập được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng đã có ảnh hưởng nhất định tới thị trường Việt Nam. Ví dụ: Tập đoàn Abbott mua lại Công ty dược phẩm CFR; Tập đoàn Boehringer Ingelheim International mua lại Sanofi SA trong lĩnh vực thuốc thú y; Tập đoàn Central Group (Thái Lan) mua lại hệ thống siêu thị Big C tại Việt Nam³... Tuy nhiên, pháp luật cạnh tranh Việt Nam hiện hành chưa đủ căn cứ pháp lý vững chắc điều chỉnh các loại hành vi thực hiện ở ngoài lãnh thổ. Do vậy, các hành vi này chưa được xử lý triệt để, góp phần bảo vệ thị trường trong nước.

Thứ tư, việc mở rộng phạm vi điều chỉnh góp phần tạo hành lang pháp lý để xử lý triệt để, toàn diện mọi hành vi cạnh tranh dù xảy ra tại đâu có tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đối với thị trường Việt Nam; góp phần tạo sự ổn định cho nền kinh tế nội địa thông qua các yếu tố thị trường bền vững, đặc biệt quan trọng đối với các lĩnh vực thiết yếu, lĩnh vực phục vụ dân sinh của nền kinh tế; tạo điều kiện thực thi cam kết về việc duy trì và đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh trong hầu hết các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới.

2. Tách hành vi tập trung kinh tế ra khỏi nhóm hành vi hạn chế cạnh tranh

Vấn đề này thể hiện trong Điều 1 Luật Cạnh tranh năm 2018. Về bản chất, hoạt động tập trung kinh tế là việc tích tụ sức mạnh thị trường để hình thành nên chủ thể kinh tế có hiệu quả hoạt động cao hơn. Do đó, hoạt động tập trung kinh tế là quyền của

doanh nghiệp được thừa nhận rộng rãi, đã được quy định trong Bộ luật Dân sự, Luật Doanh nghiệp và các luật chuyên ngành khác. Tuy nhiên, việc tích tụ sức mạnh thị trường đến một mức độ nhất định có thể tác động hoặc gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường (hình thành nên hình thái thị trường tạo thuận lợi cho việc thực hiện các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh hoặc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh). Vì vậy, pháp luật cạnh tranh có nhiệm vụ kiểm soát hoạt động tập trung kinh tế nhằm mục đích phòng ngừa, ngăn chặn tác động hạn chế cạnh tranh để bảo đảm môi trường cạnh tranh và bảo vệ quá trình cạnh tranh. Còn hành vi hạn chế cạnh tranh có bản chất là những hành vi “bất thường” về mặt kinh tế cần được xem xét và xử lý.

Các giao dịch tập trung kinh tế không đương nhiên mang tác động làm suy giảm cạnh tranh mà có cả mặt tiêu cực và tích cực. Cơ quan quản lý chỉ cần xem xét nguy cơ liệu giao dịch tập trung kinh tế đó có đủ khả năng gây hạn chế cạnh tranh trong tương lai hay không. Chính vì lẽ đó, pháp luật cạnh tranh của nhiều quốc gia đều xem xét tập trung kinh tế theo cơ chế tiền kiểm mà không phải hậu kiểm. Luật Cạnh tranh của Việt Nam cũng không cấm tập trung trong mọi trường hợp như các hành vi lạm dụng vị trí độc quyền hay thỏa thuận thông đồng đấu thầu... Như vậy, bản thân tập trung kinh tế chưa phải là hành vi hạn chế cạnh tranh. Tuy nhiên, tập trung kinh tế sẽ có kết cục là tạo dựng một doanh nghiệp có sức mạnh trong thị trường liên quan và như một quy luật tự nhiên, kẻ mạnh luôn tìm cách lạm dụng sức mạnh của mình trong quan hệ với kẻ yếu. Đây là hiện tượng có thể làm phá vỡ tình trạng hạn chế cạnh tranh.

³ Chính phủ, t.lđd, tr. 11.

Về cơ chế kiểm soát, việc kiểm soát tập trung kinh tế bao gồm cả cơ chế “tiền kiểm” và “hậu kiểm”. “Tiền kiểm” nhằm phòng ngừa khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh thông qua việc đánh giá tác động của hành vi trong tương lai để từ đó áp dụng các điều kiện nhằm khắc phục tác động hạn chế cạnh tranh; chỉ những giao dịch tập trung kinh tế không có biện pháp khả thi để khắc phục tác động hạn chế cạnh tranh mới bị cấm. Kiểm soát “hậu kiểm” nhằm xử lý việc vi phạm cơ chế phòng ngừa tập trung kinh tế (điều tra hành vi vi phạm và xử phạt).

Tuy nhiên, các cấp độ đầy đủ của kiểm soát tập trung kinh tế, theo thông lệ vẫn chưa được Luật ghi nhận theo phương pháp “tiền kiểm” và “hậu kiểm”. Thông thường, người ta biết đến các cấp độ của kiểm soát bao gồm: (i) Hoàn toàn tự do, (ii) Tập trung trước thông báo sau, (iii) Tập trung khi được phép, (iv) Cấm tập trung kinh tế, bao gồm cấm được hưởng miễn trừ và cấm tuyệt đối.

3. Thay đổi cách tiếp cận về đánh giá sức mạnh thị trường

Theo Luật Cạnh tranh năm 2004, thị phần được tính chỉ dựa trên doanh thu. Đây luôn là tiêu chí quan trọng nhưng không phải là duy nhất để đánh giá, xác định sức mạnh của thị trường. Vì vậy, quy định một cách cứng nhắc về tỷ lệ thị phần trên thị trường liên quan là không phù hợp với thực tế và không tạo cho cơ quan quản lý cạnh tranh có khả năng cân nhắc, đánh giá tác động để xử lý đúng và thực chất vì lợi ích của cạnh tranh.

Khoản 5 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2004 đã quy định:

“Thị phần của doanh nghiệp đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định là tỷ lệ

phần trăm giữa doanh thu bán ra của doanh nghiệp này với tổng doanh thu của tất cả các doanh nghiệp kinh doanh loại hàng hoá, dịch vụ đó trên thị trường liên quan hoặc tỷ lệ phần trăm giữa doanh số mua vào của doanh nghiệp này với tổng doanh số mua vào của tất cả các doanh nghiệp kinh doanh loại hàng hoá, dịch vụ đó trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm”.

Với quy định này, trên một số thị trường đặc thù như thị trường cho thuê phim, dịch vụ internet, truyền hình trả tiền, thị trường sữa, vận tải hành khách... thì việc xác định doanh thu của doanh nghiệp để tính thị phần là rất khó khăn, phức tạp, khó có thể thực hiện được hoặc có thể gây ra nhiều tranh cãi.

Trên thực tế, đối với những thị trường như vậy, một số cơ quan cạnh tranh trên thế giới thường tính thị phần của doanh nghiệp dựa trên các yếu tố khác theo đặc trưng của ngành như sản lượng bán, năng lực sản xuất... của mỗi doanh nghiệp trên thị trường. Ví dụ, cơ quan cạnh tranh Thụy Sĩ đã dựa trên số lượng các thuê bao để tính thị phần của các doanh nghiệp tham gia thị trường cung cấp dịch vụ internet ADSL. Ngoài ra, theo kinh nghiệm thực thi của nhiều quốc gia, thị phần trên thực tế không thể tính toán được một cách chính xác, và sai số khoảng trên dưới 5% là mức có thể chấp nhận được⁴. Hơn nữa, thị phần luôn là một đại lượng thay đổi theo thời gian và theo nhu cầu của thị trường. Mọi diễn biến trên thị trường hoặc những yếu tố khách quan khác đều có thể ảnh hưởng đến thị phần của doanh nghiệp. Vì vậy, để giải

⁴ Bộ Công Thương (2017), *Báo cáo tổng kết 12 năm thi hành Luật Cạnh tranh*, Hồ sơ Dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi), tr.5.

quyết các vụ việc cạnh tranh có hiệu quả, khi xác định thị phần cần phải đặt chúng vào trạng thái động. Thị phần sẽ phản ánh chính xác sức mạnh của doanh nghiệp khi đánh giá thị phần trong sự phát triển của doanh nghiệp ở quá khứ, hiện tại và tương lai, và với sự phát triển chung của ngành cũng như tương quan với các đối thủ cạnh tranh khác⁵.

Vì vậy, Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định:

Điều 10. Xác định thị phần và thị phần kết hợp:

1. Căn cứ vào đặc điểm, tính chất của thị trường liên quan, thị phần của doanh nghiệp trên thị trường liên quan được xác định theo một trong các phương pháp sau đây:

a) Tỷ lệ phần trăm giữa doanh thu bán ra của doanh nghiệp này với tổng doanh thu bán ra của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm;

b) Tỷ lệ phần trăm giữa doanh số mua vào của doanh nghiệp này với tổng doanh số mua vào của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm;

c) Tỷ lệ phần trăm giữa số đơn vị hàng hóa, dịch vụ bán ra của doanh nghiệp này với tổng số đơn vị hàng hóa, dịch vụ bán ra của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm;

d) Tỷ lệ phần trăm giữa số đơn vị hàng hóa, dịch vụ mua vào của doanh nghiệp này với tổng số đơn vị hàng hóa, dịch vụ mua vào của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm.

2. Thị phần kết hợp là tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp

tham gia vào hành vi hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế.

3. Doanh thu để xác định thị phần quy định tại khoản 1 Điều này được xác định theo chuẩn mực kế toán Việt Nam.

4. Trong trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh chưa đủ 01 năm tài chính thì doanh thu, doanh số, số đơn vị hàng hóa, dịch vụ bán ra, mua vào để xác định thị phần quy định tại khoản 1 Điều này được tính từ thời điểm doanh nghiệp bắt đầu hoạt động cho đến thời điểm xác định thị phần.

5. Chính phủ quy định chi tiết Điều này.

Trên tinh thần đó, để cơ quan quản lý cạnh tranh có thể linh hoạt trong việc đánh giá và xác định sức mạnh thị trường, Điều 13 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh như sau:

“1. Ủy ban Cạnh tranh quốc gia đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh căn cứ vào một số yếu tố sau đây:

a) Mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận;

b) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường;

c) Hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ;

d) Giảm khả năng tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu;

đ) Tăng chi phí, thời gian của khách hàng trong việc mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ liên quan khác;

⁵ Bộ Công Thương, tldđ, tr.43.

e) Gây cản trở cạnh tranh trên thị trường thông qua kiểm soát các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan đến các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận”.

Cần nói thêm rằng, trong kỷ nguyên kinh tế số, vấn đề xác định thị trường liên quan và sức mạnh của doanh nghiệp trên thị trường ngày càng trở nên phức tạp. Trong điều kiện của kinh tế số, việc xác định doanh số, giá thành sản xuất và khuôn khổ của thị trường liên quan cũng như xác định các đối thủ cạnh tranh... quả là vấn đề không dễ dàng mà việc liệt kê các yếu tố trên đây có lẽ chưa thực sự đầy đủ.

4. Ghi nhận toàn diện các nhân tố ngoài thị trường, tác động vào thị trường nhằm hạn chế hoặc biến dạng môi trường cạnh tranh

Quy định về các hành vi bị cấm đối với cơ quan quản lý nhà nước tại Điều 6 Luật Cạnh tranh năm 2004⁶ được cộng đồng doanh nghiệp, các chuyên gia trong và ngoài nước đánh giá cao. Quy định này được coi là đặc biệt phù hợp với bối cảnh ở các nước có nền kinh tế chuyển đổi từ kinh tế kế hoạch hóa sang kinh tế thị trường như Việt Nam. Bởi lẽ, độc quyền nhà nước và sự can thiệp của hành chính vào hoạt động sản

xuất kinh doanh là thói quen truyền thống trong chế độ kinh tế kế hoạch hóa. Tuy nhiên, Luật Cạnh tranh năm 2004 mới chỉ dừng lại ở quy định nền tảng như trên mà chưa quy định các biện pháp xử lý, hoặc trách nhiệm của các cơ quan quản lý nhà nước, của các cán bộ, công chức khi đã thực hiện các hành vi bị cấm tại Điều 6 Luật Cạnh tranh năm 2004. Việc thiếu quy định về xử lý như trên khiến việc thi hành quy định tại Điều 6 Luật Cạnh tranh trở nên kém hiệu quả, không có tính răn đe, phòng ngừa vi phạm.

Ngoài ra, sự tác động của các tác nhân từ bên ngoài thị trường làm hạn chế và biến dạng môi trường cạnh tranh; đặc biệt tại Việt Nam hiện nay, sự tác động không chỉ được tiến hành bởi các cơ quan nhà nước. Nhiều cá nhân và các tổ chức không phải là Nhà nước, trên thực tế, đã dùng nhiều thủ đoạn trái pháp luật can thiệp làm hạn chế cạnh tranh. Tình trạng đó đã và đang làm vãn đục cơ chế thị trường ở Việt Nam. Đó là chưa kể đến “sức mạnh” của lợi ích nhóm hay “tư bản thân hữu” đang có thể hiện hữu trong kinh tế thị trường ở nước ta hiện nay.

Trên tinh thần đó, Luật Cạnh tranh năm 2018 đã có quy định bao quát và cụ thể hơn trong Điều 8 về các hành vi bị nghiêm cấm có liên quan đến cạnh tranh:

“1. Cơ quan nhà nước thực hiện hành vi gây cản trở cạnh tranh trên thị trường sau đây:

a) Ép buộc, yêu cầu, khuyến nghị doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, cá nhân phải thực hiện hoặc không thực hiện việc sản xuất, mua, bán hàng hóa, cung ứng, sử dụng dịch vụ cụ thể hoặc mua, bán hàng hóa, cung ứng, sử dụng dịch vụ với doanh nghiệp cụ thể, trừ hàng hóa, dịch vụ thuộc lĩnh vực

⁶ Điều 6. Các hành vi bị cấm đối với cơ quan quản lý nhà nước: Cơ quan quản lý nhà nước không được thực hiện những hành vi sau đây để cản trở cạnh tranh trên thị trường: 1. Buộc doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, cá nhân phải mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ với doanh nghiệp được cơ quan này chỉ định, trừ hàng hóa, dịch vụ thuộc lĩnh vực độc quyền nhà nước hoặc trong trường hợp khẩn cấp theo quy định của pháp luật; 2. Phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp; 3. Ép buộc các hiệp hội ngành nghề hoặc các doanh nghiệp liên kết với nhau nhằm loại trừ, hạn chế, cản trở các doanh nghiệp khác cạnh tranh trên thị trường; 4. Các hành vi khác cản trở hoạt động kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp.

độc quyền nhà nước hoặc trong trường hợp khẩn cấp theo quy định của pháp luật;

b) Phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp;

c) Ép buộc, yêu cầu, khuyến nghị các hiệp hội ngành, nghề, tổ chức xã hội - nghề nghiệp khác hoặc các doanh nghiệp liên kết với nhau nhằm hạn chế cạnh tranh trên thị trường;

d) Lợi dụng chức vụ, quyền hạn để can thiệp trái pháp luật vào hoạt động cạnh tranh.

2. Tổ chức, cá nhân cung cấp thông tin, vận động, kêu gọi, ép buộc hoặc tổ chức để doanh nghiệp thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh”.

Chính vì vậy, Luật Cạnh tranh năm 2018 đã mở rộng phạm vi áp dụng mà theo khoản 3 Điều 2 thì đối tượng áp dụng của Luật bao gồm cả “Cơ quan, tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài có liên quan”.

Có thể nói, đây là sự chuyển biến rất tích cực trong tư duy và chính sách pháp luật nói chung cũng như pháp luật cạnh tranh nói riêng ở Việt Nam. Đáng rằng, những loại hành vi trái pháp luật, phản cạnh tranh như trên đây có thể bị xử lý bằng pháp luật dân sự hoặc thậm chí hình sự. Tuy nhiên, một thực tế khó phủ nhận là, vì mục đích cạnh tranh, vì lợi ích của các doanh nghiệp trong thị trường cạnh tranh, nhiều doanh nghiệp sẽ không ngần ngại sử dụng những “bàn tay lạ” theo kiểu “kinh tế ngầm” để hành xử trái pháp luật, làm méo mó hoặc hạn chế cạnh tranh trong kinh tế thị trường. Đây là hiện tượng ít thấy trong pháp luật cạnh tranh của nhiều quốc gia mà ở đó, hành vi bị xử lý theo pháp luật cạnh tranh chỉ là hành vi của các đối thủ cạnh tranh.

Hy vọng rằng, rút kinh nghiệm về sự bế tắc trong việc thi hành Điều 6 của Luật Cạnh tranh năm 2004, tới đây, Chính phủ, thông qua các nghị định, sẽ có những quy định cụ thể hóa về phương thức và cơ chế cũng như cách thức xử lý những hành vi của những tác nhân “ngoài thị trường liên quan” xâm hại môi trường cạnh tranh như hiện nay ở Việt Nam.

5. Thiết lập chế độ khoan hồng trong những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Chương trình khoan hồng được áp dụng nhằm miễn giảm mức xử phạt cho các chủ thể tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh chủ động đến khai báo đồng thời cung cấp các tài liệu chứng cứ giúp cơ quan cạnh tranh phát hiện và điều tra hành vi thỏa thuận. Thực tế, phần lớn các vụ việc điều tra thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được các cơ quan cạnh tranh thế giới phát hiện thông qua chương trình khoan hồng. Chẳng hạn tại Nhật Bản, chương trình khoan hồng là chương trình giảm hoặc miễn trừ tiền phạt phải nộp của doanh nghiệp trong trường hợp họ gửi các báo cáo tới Ủy ban Thương mại lành mạnh Nhật Bản (JFTC) liên quan đến hành vi vi phạm. Thông qua chương trình này, JFTC đã phát hiện ra rất nhiều vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, đặc biệt là thông đồng đấu thầu mà trước đó họ không thể phát hiện ra do không có chứng cứ. Cụ thể, chương trình khoan hồng của Nhật Bản mặc dù mới được đưa vào áp dụng từ tháng 4/2006, nhưng đến tháng 5/2007, JFTC đã nhận được sự khai báo của 105 công ty trong đó có cả Tập đoàn công nghiệp nặng Mitsubishi. Trong năm 2009, có 85 vụ JFTC nhận được thông báo đúng

sự thật về hành vi vi phạm, và đến cuối tháng 3 năm 2010 là 349 vụ⁷.

Theo thông lệ và ý nghĩa của việc áp dụng chính sách khoan hồng, Điều 112 Luật Cạnh tranh 2018 quy định:

1. Doanh nghiệp tự nguyện khai báo giúp Ủy ban Cạnh tranh quốc gia phát hiện, điều tra và xử lý hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm quy định tại Điều 12 của Luật này được miễn hoặc giảm mức xử phạt theo chính sách khoan hồng.

2. Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh quốc gia quyết định việc miễn hoặc giảm mức xử phạt theo chính sách khoan hồng.

3. Việc miễn hoặc giảm mức xử phạt quy định tại khoản 1 Điều này được thực hiện trên cơ sở đáp ứng đủ các điều kiện sau đây:

a) Đã hoặc đang tham gia với vai trò là một bên của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh quy định tại Điều 11 của Luật này;

b) Tự nguyện khai báo hành vi vi phạm trước khi cơ quan có thẩm quyền ra quyết định điều tra;

c) Khai báo trung thực và cung cấp toàn bộ các thông tin, chứng cứ có được về hành vi vi phạm, có giá trị đáng kể cho việc phát hiện, điều tra và xử lý hành vi vi phạm;

d) Hợp tác đầy đủ với cơ quan có thẩm quyền trong suốt quá trình điều tra và xử lý hành vi vi phạm.

Việc miễn giảm mức xử phạt vì lý do khoan hồng rồi sẽ phải căn cứ vào các yếu tố: (i) Thời điểm khai báo; (ii) Thứ tự khai báo và (iii) Độ chính xác của thông tin khai báo.

6. ĐỔI MỚI TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA CƠ QUAN NHÀ NƯỚC VỀ CẠNH TRANH

Khắc phục những bất cập trong Luật Cạnh tranh trước đây và theo thông lệ quốc tế, Điều 46 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định về Ủy ban Cạnh tranh quốc gia:

“1. Ủy ban Cạnh tranh quốc gia là cơ quan thuộc Bộ Công Thương gồm Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các thành viên.

Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh và các đơn vị chức năng khác là bộ máy giúp việc của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia.

2. Ủy ban Cạnh tranh quốc gia có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

a) Tham mưu giúp Bộ trưởng Bộ Công Thương thực hiện chức năng quản lý nhà nước về cạnh tranh;

b) Tiến hành tố tụng cạnh tranh; kiểm soát tập trung kinh tế; quyết định việc miễn trừ đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm; giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh và các nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này và quy định của luật khác có liên quan.

3. Chính phủ quy định chi tiết nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia”.

Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, Luật Cạnh tranh là phương tiện được Nhà nước sử dụng để điều chỉnh các quan hệ cạnh tranh trên thị trường trên cơ sở kết hợp tư duy pháp lý và tư duy kinh tế. Các quy định pháp lý về việc đánh giá sức mạnh thị trường hay kiểm soát tập trung kinh tế được xây dựng trên cơ sở các phương pháp phân tích, đánh giá về kinh tế. Trong quá trình xử lý các vụ việc cạnh tranh, bên cạnh những quy phạm pháp luật, cơ quan cạnh tranh cũng cần phải sử dụng các phân tích,

⁷ Bộ Công Thương, tldđ, tr. 16.

đánh giá kinh tế phục vụ cho việc đánh giá vụ việc⁸.

Như vậy, theo tinh thần đó, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia sẽ cần tham gia và thực hiện mạnh mẽ hơn nữa chức năng hành chính kinh tế, thay vì như trước đây, Hội đồng cạnh tranh và Cục quản lý cạnh tranh dường như chỉ đặt trọng tâm vào việc xử lý theo pháp luật và coi nhẹ chức năng tham gia quản lý kinh tế. Cũng theo tinh thần đó, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia được “tự do” hơn trong việc xem xét, đánh giá tác động của thoả thuận hạn chế cạnh tranh hay lạm dụng sức mạnh thị trường theo các tiêu chí khác nhau và dựa trên tính toán cân nhắc của mình mà ít bị ràng buộc bởi các quy định mang tính định lượng của Luật.

Một cải cách đáng kể trong lĩnh vực thiết chế nhà nước về cạnh tranh, khắc phục những “tắc nghẽn” trong tổ tụng cạnh tranh trước đây là thiết lập cơ quan điều tra về cạnh tranh thuộc cơ cấu tổ chức của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia. Điều 50 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định về Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh:

“1. Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh thuộc Ủy ban Cạnh tranh quốc gia, có chức năng điều tra các hành vi vi phạm quy định tại Luật này.

2. Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

a) Thu thập, tiếp nhận thông tin nhằm phát hiện hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh;

b) Tổ chức điều tra vụ việc cạnh tranh;

c) Kiến nghị áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử

lý vi phạm hành chính trong điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh;

d) Thực hiện các biện pháp nghiệp vụ điều tra trong quá trình điều tra phù hợp với quy định của pháp luật;

đ) Nhiệm vụ khác theo phân công của Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh quốc gia”.

Cần bàn thêm rằng, khi xác định “Ủy ban Cạnh tranh quốc gia là cơ quan thuộc Bộ Công Thương gồm Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các thành viên” (khoản 1 Điều 46 Luật Cạnh tranh năm 2018), nhiều người rất lo ngại về tính chất và khả năng độc lập của cơ quan này khi xử lý các vụ việc cạnh tranh với lý do là nó “thuộc Bộ”. Tác giả cho rằng, xuất phát từ tinh thần nhà nước pháp quyền và kinh nghiệm quốc tế⁹, sự độc lập của một thiết chế không nằm ở chỗ nó thuộc ai mà vấn đề là pháp luật quy định về quyền, nghĩa vụ và cơ chế hoạt động cũng như quan hệ của nó trong hệ thống như thế nào.

Đến lúc này, Dự thảo Nghị định về Cơ quan cạnh tranh quốc gia còn đang được lấy ý kiến, song hy vọng, sắp tới, chúng ta sẽ có một thiết chế cạnh tranh mới có diện mạo và đủ sức mạnh để thực sự là cơ quan canh gác cho trật tự cạnh tranh trong kinh tế thị trường.

⁸ Chính phủ, t.lđd, tr.9.

⁹ Có thể lấy ví dụ, Cục Các ten của Cộng hòa Liên bang Đức, từ khi ra đời luôn là một cơ quan nằm trong Bộ Kinh tế Liên bang. Tuy nhiên, khi hoạt động chuyên môn nó vẫn luôn hoạt động độc lập. Xem: https://www.bundeskartellamt.de/EN/Home/home_node.html, truy cập ngày 27/5/2019.

MỘT SỐ BẤT CẬP CỦA PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ VỐN NHÀ NƯỚC ĐẦU TƯ TẠI DOANH NGHIỆP SAU CỔ PHẦN HÓA VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Nguyễn Huy Cường*

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập của pháp luật về quản lý vốn nhà nước đầu tư tại các doanh nghiệp sau cổ phần hóa, qua đó đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes shortcomings of the law on management of state capital in post-privatized enterprises, thereby makes proposals for improvement.

1. Một số bất cập của pháp luật về quản lý vốn nhà nước đầu tư tại các doanh nghiệp sau cổ phần hóa

1.1. Việc chuyển nhượng phần vốn nhà nước tại các doanh nghiệp sau khi cổ phần hóa hiện chỉ đạt được mục đích tối đa hóa số tiền thu lại mà chưa hướng đến lựa chọn được nhà đầu tư chiến lược

Cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước là nhằm từng bước thực hiện chủ trương nhà nước chuyển dịch, giảm thiểu sự can thiệp trực tiếp vào kinh doanh. Nhà nước tập trung hơn vào những ngành, nghề then chốt của nền kinh tế hoặc những lĩnh vực mà doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác không tham gia. Đồng thời, Nhà nước tiếp tục giữ vai trò quản lý, bảo đảm định hướng xã hội chủ nghĩa. Như vậy, việc chuyển nhượng phần vốn đầu tư của Nhà nước tại các doanh nghiệp sau khi cổ phần hóa về bản chất phải bao gồm hai mục đích chính là: Tối đa hóa số tiền thu về cho nhà nước; và tìm kiếm nhà đầu tư chiến lược để phát triển doanh nghiệp.

Nghị định số 91/2015/NĐ-CP về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý,

* ThS., Công chứng viên – Văn phòng công chứng Công Lý Trà Vinh.

sử dụng vốn, tài sản tại doanh nghiệp và sau đó là Nghị định số 32/2018/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 91/2015/NĐ-CP đã có những hướng dẫn định khung về việc xác định giá khởi điểm cũng như phương thức chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư tại các doanh nghiệp sau khi cổ phần hóa. Những quy định này đều hướng đến mục đích tối đa hóa số tiền thu về cho Nhà nước từ việc chuyển nhượng vốn đầu tư. Tức là người đầu tư trả tiền cao sẽ được nhận chuyển nhượng phần vốn nhà nước, còn họ có kinh nghiệm, tâm huyết, chiến lược để phát triển doanh nghiệp sau khi trở thành cổ đông công ty hay không thì hiện vẫn còn bỏ ngỏ, không có quy định.

Pháp luật quy định khi chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư tại các doanh nghiệp sau cổ phần hóa phải thực hiện việc xác định giá cổ phần để làm giá khởi điểm thực hiện chuyển nhượng¹. Trong khi đó, việc xác định giá khởi điểm cũng là một vướng mắc. Theo quy định hiện hành, có nhiều phương pháp xác định giá khởi điểm,

¹ Khoản 15 Điều 1 Nghị định số 32/2018/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 91/2015/NĐ-CP về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý, sử dụng vốn, tài sản tại doanh nghiệp.

song mỗi phương pháp mang lại một kết quả khác nhau. Đối với phương thức chuyển nhượng vốn tại công ty cổ phần đã niêm yết hoặc đăng ký giao dịch trên thị trường chứng khoán thì thực hiện theo các phương thức giao dịch cổ phiếu². Nếu công ty cổ phần chưa niêm yết (hoặc đã niêm yết, đăng ký giao dịch trên thị trường chứng khoán nhưng không thực hiện giao dịch trên sàn giao dịch chứng khoán) thì thực hiện chuyển nhượng vốn theo phương thức đấu giá công khai. Trong trường hợp đấu giá công khai không thành công thì thực hiện chào bán cạnh tranh. Trường hợp chào bán cạnh tranh không thành công thì thực hiện theo phương thức thỏa thuận³. Như vậy, pháp luật quy định nhiều phương thức chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư và mỗi phương thức chuyển nhượng sẽ dẫn đến những giá trị chuyển nhượng khác nhau. Các quy định hiện hành về chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư tại các công ty cổ phần sau cổ phần hóa chỉ tập trung vào việc tối ưu hóa số tiền thu về cho Nhà nước mà chưa quan tâm đến việc lựa chọn nhà đầu tư chiến lược có năng lực, có kinh nghiệm để tiếp quản và phát triển công ty cổ phần khi trở thành cổ đông.

Mục tiêu quan trọng của việc thoái vốn, chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư tại các công ty sau cổ phần hóa là nhằm tìm được nhà đầu tư chiến lược để không chỉ hỗ trợ vốn, mà còn hỗ trợ doanh nghiệp nâng cao năng lực quản trị điều hành. Hiện nay việc chuyển nhượng phần vốn nhà nước

đầu tư được chào bán công khai. Nhà đầu tư chiến lược hay nhà đầu tư nhỏ lẻ đều có cùng quyền lợi và nghĩa vụ như nhau. Nếu mức giá các nhà đầu tư nhỏ lẻ đưa ra cao hơn mức giá của các nhà đầu tư lớn, chiến lược thì theo quy định hiện hành phải bán cho nhà đầu tư nhỏ lẻ⁴. Tuy nhiên, các nhà đầu tư nhỏ lẻ lại thường không thể mua hết phần vốn Nhà nước muốn bán. Do đó, rất dễ dẫn đến trường hợp phải tổ chức bán nhiều lần.

1.2. Việc bàn giao các doanh nghiệp đã cổ phần hóa về cho Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước quản lý còn chậm

Căn cứ Quyết định số 1232/QĐ-TTg, Thủ tướng Chính phủ ban hành danh mục thoái vốn nhà nước giai đoạn 2017-2020. Theo đó, có 62 doanh nghiệp có vốn nhà nước đầu tư sau khi đã thực hiện cổ phần hóa phải chuyển giao về Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước (SCIC) quản lý và bán phần vốn nhà nước tại các công ty này. Tuy nhiên, cho đến thời điểm ngày 31/08/2018, SCIC chỉ mới tiếp nhận được 27 doanh nghiệp⁵. Số lượng doanh nghiệp theo Quyết định 1232/QĐ-TTg còn phải chuyển giao về SCIC để thực hiện thoái vốn là 35 doanh nghiệp.

Số liệu trên chỉ phản ánh cục bộ số lượng doanh nghiệp đã cổ phần hóa cụ thể

² Điểm b khoản 2 Điều 39 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp 2014.

³ Điểm c khoản 2 Điều 39 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp 2014.

⁴ Khoản 13, 15 Điều 1 Nghị định số 32/2018/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 91/2015/NĐ-CP về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý, sử dụng vốn, tài sản tại doanh nghiệp.

⁵ Duy Thái, Thời báo tài chính, *Chuyển giao vốn về SCIC: “Bên nhận” sẵn sàng, nhưng bên giao còn ị ạch*, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/kinh-doanh/2018-09-18/chuyen-giao-von-ve-scic-ben-nhan-san-sang-nhung-ben-giao-con-i-ach-62071.aspx>, truy cập ngày 31/03/2019.

phải thực hiện thoái vốn theo lộ trình 2017-2020 căn cứ quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Thực tế hiện nay có rất nhiều công ty đã thực hiện xong cổ phần hóa và chuyển đổi loại hình thành công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Phần vốn nhà nước đầu tư tại các công ty cổ phần này theo quy định phải chuyển giao cho SCIC quản lý bởi SCIC là cơ quan có thẩm quyền nhận quyền đại diện chủ sở hữu nhà nước⁶. Nhưng hiện nay vẫn có rất nhiều doanh nghiệp chưa được chuyển giao về SCIC quản lý.

Có thể nhận thấy việc chậm trễ trong chuyển giao các công ty cổ phần có phần vốn nhà nước đầu tư sau khi cổ phần hóa bao gồm các nguyên nhân sau đây:

Thứ nhất, do quy định về việc xác định giá trị phần vốn nhà nước tại các công ty cổ phần để chuyển giao cho SCIC. Tuy pháp luật hiện hành đã cho phép các bên bàn giao căn cứ số liệu trên báo cáo tài chính năm hoặc quý gần nhất để xác định giá trị phần vốn nhà nước tại các công ty cổ phần⁷, nhưng, khi SCIC hậu kiểm và số liệu có sự thay đổi so với lúc bàn giao thì các bên phải tiến hành điều chỉnh số liệu. Pháp luật hiện hành lại chưa có quy định biện pháp, cách thức giải quyết các hệ quả liên quan sau khi SCIC đã ghi nhận giá trị phần vốn nhà nước tại các công ty cổ phần nhận bàn giao vào số liệu vốn đầu tư của SCIC và nay bị điều chỉnh thay đổi. Như vậy, tuy pháp luật đã có

quy định cởi mở về xác định giá trị phần vốn nhà nước để bàn giao nhưng lại dẫn đến hệ quả là việc điều chỉnh phần vốn đã nhận bàn giao có sự thay đổi sau khi hậu kiểm không có hướng dẫn thi hành.

Thứ hai, việc bàn giao phần vốn nhà nước về cho SCIC nhanh hay chậm là phụ thuộc vào ý chí chủ quan của đơn vị đang quản lý phần vốn nhà nước là các Bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Bởi đây là các cơ quan có trách nhiệm chủ động chỉ đạo; người đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp lập Hồ sơ chuyển giao để phối hợp với SCIC nhận bàn giao⁸. Nếu phía Bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cố tình trì hoãn thì việc chuyển giao rất khó thực hiện. Mặt khác, ở một vài doanh nghiệp chưa xử lý dứt điểm các tồn tại về cơ cấu tổ chức, nhân sự, các vướng mắc từ thời doanh nghiệp nhà nước trước khi bàn giao về SCIC.

Thứ ba, việc chậm bàn giao các doanh nghiệp đã cổ phần hóa về cho SCIC quản lý là do ảnh hưởng đến lợi ích cá nhân, lợi ích nhóm. Bởi lẽ, khi đã chuyển giao về cho SCIC quản lý, SCIC sẽ thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu bao gồm 9 quyền⁹, đặc biệt trong đó có quyền về bổ nhiệm cán bộ, phê duyệt kế hoạch sản xuất - kinh doanh và quyền quyết định về các vấn đề đầu tư tài chính. Do đó, để kéo dài và bảo vệ những lợi ích nhất định có được từ các doanh nghiệp nhà nước đã được cổ phần hóa, những đơn vị quản lý phần vốn nhà nước sẽ cố tình dây dưa, kéo dài việc chuyển giao.

⁶ Khoản 5 Điều 1 Nghị định số 147/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 151/2013/NĐ-CP về chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước.

⁷ Điều 8 Thông tư 83/2018/TT-BTC hướng dẫn việc chuyển giao quyền đại diện chủ sở hữu nhà nước tại Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước.

⁸ Điều 10 Thông tư số 83/2018/TT-BTC hướng dẫn việc chuyển giao quyền đại diện chủ sở hữu nhà nước tại Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước.

⁹ Điều 22 Điều lệ tổ chức và hoạt động của Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước Ban hành kèm theo Nghị định số 148/2017/NĐ-CP.

Thứ tư, pháp luật hiện hành quy định việc chuyển giao phần vốn nhà nước tại các công ty cổ phần sau khi cổ phần hóa về cho SCIC quản lý nhưng không quy định chế tài xử lý vi phạm. Do hiện nay không có quy định chế tài xử lý đối với các trường hợp chậm chuyển giao về cho SCIC quản lý đối với những chủ thể có liên quan nên không thể thực hiện đúng theo tiến độ chuyển giao mà các quy định pháp luật đã ban hành.

1.3. Thẩm quyền đan xen giữa các chủ thể là đại diện chủ sở hữu nhà nước tại các công ty cổ phần sau khi cổ phần hóa

Việc chuyển giao vốn nhà nước đầu tư tại các công ty cổ phần và thẩm quyền đại diện chủ sở hữu cho phần vốn nhà nước tại các công ty cổ phần sau khi cổ phần hóa được pháp luật quy định song song bởi hai chủ thể là: Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp và SCIC. Với việc ra đời của Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp, Nghị định số 131/2018/NĐ-CP đã quy định SCIC là đơn vị trực thuộc Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp¹⁰. SCIC được giao thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại các doanh nghiệp thuộc diện chuyển giao từ các bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh theo quy định của pháp luật, trừ 19 Tập đoàn, Tổng công ty (cũng được quy định tại Nghị định số 131/2018/NĐ-CP).

Việc bàn giao SCIC cho Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp quản lý, vô hình trung đã tạo ra hiện tượng chồng chéo, đan xen thẩm quyền gọi là “Nhà nước trong Nhà nước” vì cả hai cơ quan có cùng chung chức năng lại trực thuộc lẫn nhau.

¹⁰ Khoản 2 Điều 9 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP đã quy định SCIC là đơn vị trực thuộc Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

Chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của SCIC và Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp được quy định độc lập tại hai Nghị định khác nhau, vẫn đang có hiệu lực thi hành và cùng do Chính phủ ban hành. Nghị định số 131/2018/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp, Nghị định số 147/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 151/2013/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của SCIC. SCIC đang là đơn vị trực thuộc Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp, chịu sự quản lý, điều hành của Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp, nhưng Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp lại không có thẩm quyền quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn trực tiếp cho SCIC mà thẩm quyền này phải do Chính phủ quy định. Vấn đề đặt ra là Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp sẽ quản lý, điều hành SCIC như thế nào khi SCIC, về nguyên tắc, là đơn vị trực thuộc nhưng nội dung, thẩm quyền hoạt động lại không thuộc sự điều chỉnh của Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp và sự điều chỉnh cụ thể lại nằm trong một Nghị định độc lập.

1.4. Quy định về giá khởi điểm cổ phần chuyển nhượng do nhà nước đầu tư tại các công ty cổ phần chưa rõ ràng

Hiện nay, việc định giá phần vốn chuyển nhượng do Nhà nước đầu tư tại các công ty cổ phần được thực hiện theo quy định tại Nghị định số 32/2018/NĐ-CP ngày 8/3/2018 của Chính phủ. Theo đó, việc xác định giá khởi điểm khi chuyển nhượng vốn đối với phần vốn nhà nước đầu tư tại các công ty cổ phần phải xác định đầy đủ giá trị

thực tế phần vốn của Nhà nước. Việc định giá phải bao gồm giá trị được tạo bởi quyền sử dụng đất giao có thu tiền sử dụng đất, quyền sử dụng đất nhận chuyển nhượng hợp pháp, quyền sử dụng đất thuê (thuê trả tiền hàng năm), giá trị các quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm giá trị văn hóa, lịch sử khác, nhãn hiệu, tên thương mại (nếu có) theo quy định của pháp luật¹¹. Tuy nhiên hiện nay, vẫn chưa có văn bản hướng dẫn việc định giá nhãn hiệu, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, giá trị văn hóa, lịch sử... nên rất khó khăn trong thực hiện.

Hiện nay, việc thẩm định giá sẽ được các đơn vị thẩm định giá thực hiện và xác định giá trị doanh nghiệp dựa trên các quy định tại Tiêu chuẩn thẩm định giá số 12 về Thẩm định giá doanh nghiệp do Bộ Tài chính ban hành kèm theo Thông tư số 122/2017/TT-BTC ngày 15/11/2017. Theo quy định tại Tiêu chuẩn thẩm định giá số 12, pháp luật đã quy định chi tiết các cách tiếp cận khác nhau như: Từ thị trường, từ chi phí và từ thu nhập số liệu cũng như phương pháp thẩm định giá doanh nghiệp tương ứng. Pháp luật hiện hành quy định kết quả thẩm định giá được sử dụng làm một trong những căn cứ để chủ sở hữu xem xét, quyết định hoặc phê duyệt giá đối với tài sản¹². Như vậy, cho dù các tổ chức thẩm định giá xác định các giá trị tài sản của công ty, gồm các tài sản vô hình và hữu hình thì chủ sở hữu vẫn là người có thẩm quyền quyết định giá trị cuối cùng của tài sản thẩm định.

¹¹ Khoản 15 Điều 1 Nghị định số 32/2018/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 91/2015/NĐ-CP về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý, sử dụng vốn, tài sản tại doanh nghiệp.

¹² Điều 32 Luật Giá năm 2012.

Các công ty cổ phần sau khi đã cổ phần hóa, sẽ tiếp nhận các điều kiện lịch sử, cơ sở vật chất, trang thiết bị và tài sản vô hình khác từ công ty nhà nước trước đó chuyển đổi. Do đó, dù không được hạch toán trên báo cáo tài chính nhưng việc doanh nghiệp còn có thể các tài sản vô hình khác như giá trị văn hóa, lịch sử, bí quyết kinh doanh... là một tất yếu hình thành nên giá trị doanh nghiệp. Tuy nhiên, việc chứng minh sự tồn tại và xác định giá trị các tài sản này rất khó khăn vì không có cơ sở tham chiếu.

Thông tư số 59/2018/TT-BTC quy định trong trường hợp không đủ hồ sơ, tài liệu để xác định giá trị văn hóa, lịch sử thì SCIC được tự căn cứ mức độ ảnh hưởng, tác động của giá trị đến hình ảnh, vị thế của doanh nghiệp, hiệu quả đem lại cho hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp để xác định tỷ lệ (tối thiểu 1%) trên tổng giá trị thực tế phần vốn nhà nước, vốn của doanh nghiệp nhà nước làm cơ sở xác định giá khởi điểm và chịu trách nhiệm về quyết định của mình¹³. Như vậy, pháp luật hiện hành cho phép SCIC được tự mình đánh giá và xác định giá trị phần tài sản vô hình. Tuy nhiên, quy định này bộc lộ nhiều bất cập khi việc xác định giá trị các tài sản vô hình này phụ thuộc vào ý chí chủ quan của SCIC.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật về quản lý vốn nhà nước tại các doanh nghiệp sau khi cổ phần hóa

¹³ Khoản 4 Điều 1 Thông tư số 59/2018/TT-BTC của Bộ Tài chính sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 219/2015/TT-BTC của Bộ trưởng Bộ Tài chính về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý, sử dụng vốn, tài sản tại doanh nghiệp.

2.1. Ban hành những quy định ưu tiên cho những nhà đầu tư chiến lược, nhà đầu tư lớn trong quá trình chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư tại các doanh nghiệp sau cổ phần hóa

Pháp luật hiện hành quy định khi chuyển nhượng vốn nhà nước đầu tư thì các nhà đầu tư dù nhỏ lẻ hay nhà đầu tư lớn, chiến lược đều có cùng quyền lợi và nghĩa vụ như nhau. Do đó, chưa tạo điều kiện thuận lợi để các nhà đầu tư chiến lược tham gia. Theo người viết, cần ban hành quy định ưu tiên cho các nhà đầu tư lớn, chiến lược đăng ký mua hết phần vốn nhà nước cần chuyển nhượng. Không nên quy định xác định giá khởi điểm rồi đem ra bán, nếu ai trả giá cao hơn thì được mua nhưng lại không quy định là mua hết phần vốn cần chuyển nhượng. Nếu vẫn cứ áp dụng theo quy định hiện nay thì rất khó để tìm được các nhà đầu tư chiến lược. Pháp luật nên quy định theo hướng xác định giá khởi điểm rồi lựa chọn các thứ tự sau đây để chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư:

- Một là, phương thức ưu tiên nhất là bán đấu giá toàn bộ phần vốn nhà nước đầu tư và căn cứ giá khởi điểm để đấu giá.

- Hai là, phương thức bán theo từng lô riêng lẻ và căn cứ vào giá khởi điểm để bán.

Pháp luật vẫn nên quy định việc chuyển nhượng theo các phương thức hiện hành là bán trên sàn chứng khoán đối các công ty đã niêm yết hoặc đăng ký giao dịch trên thị trường chứng khoán. Đối với công ty chưa niêm yết hoặc chưa đăng ký giao dịch trên thị trường chứng khoán thực hiện đấu giá công khai, trường hợp đấu giá công khai không thành công thì thực hiện chào bán cạnh tranh, trường hợp chào bán cạnh tranh không thành công thì thực hiện theo phương thức thỏa thuận. Tuy nhiên, pháp luật nên

ban hành thêm nguyên tắc chuyển nhượng theo thứ tự bán đấu giá một lô toàn bộ hoặc bán theo từng lô riêng lẻ.

Theo đó, người viết đề xuất sửa đổi, bổ sung thêm nguyên tắc chuyển nhượng vốn nhà nước đầu tư tại công ty cổ phần được quy định tại khoản 1 Điều 39 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp 2014 như sau:

“Bổ sung thêm điểm d:

d) Việc chuyển nhượng vốn phải được thực hiện theo nguyên tắc chuyển nhượng một lần toàn bộ phần vốn nhà nước đầu tư, trong trường hợp chuyển nhượng một lần không thành công thì được chuyển nhượng từng lô theo từng phương thức chuyển nhượng nhưng phải đảm bảo giá giao dịch không thấp hơn giá khởi điểm được xác định”.

Với việc bổ sung quy định nguyên tắc chuyển nhượng phần vốn nhà nước đầu tư tại công ty cổ phần nêu trên mới có thể tạo điều kiện cho các nhà đầu tư lớn, chiến lược tham gia và hạn chế tối đa việc phải tổ chức bán đấu giá nhiều lần.

2.2. Chuyển giao toàn diện Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước về cho Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp quản lý

Hiện nay về nguyên tắc thì SCIC là đơn vị trực thuộc Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp, nhưng mọi vấn đề điều chỉnh như thẩm quyền thành lập, quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu tổ chức và hoạt động lại độc lập với Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp. Do đó, rất dễ dẫn đến việc Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp không thể quản lý được SCIC. Vì vậy, theo người viết cần thực hiện các giải pháp sau đây:

Thứ nhất, Chính phủ nên ban hành văn bản bãi bỏ hiệu lực thi hành đối với Nghị định số 151/2013/NĐ-CP của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước, sau đó là Nghị định số 147/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 151/2013/NĐ-CP. Đồng thời, nội dung văn bản này cũng quy định Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp sẽ trực tiếp quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước.

Thứ hai, Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp ban hành văn bản quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước để tạo cơ sở pháp lý cho SCIC hoạt động. Như vậy, Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp mới có thực quyền quản lý SCIC.

Với kiến nghị nêu trên, người viết đề xuất sửa đổi, bổ sung Điều 11 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp, cụ thể:

“Sửa đổi, bổ sung Điều 11:

3. Nghị định số 151/2013/NĐ-CP ngày 01 tháng 11 năm 2013 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước và Nghị định số 147/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 151/2013/NĐ-CP ngày 01 tháng 11 năm 2013 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước hết hiệu lực kể từ ngày Nghị định này có hiệu lực thi hành.

4. Giao cho Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ chế hoạt động của Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước theo các quy định tại Nghị định này”.

2.3. Ban hành các chế tài xử lý vi phạm đối với những chủ thể gây chậm trễ, trì hoãn việc bàn giao các công ty đã cổ phần hóa cho SCIC quản lý

Pháp luật đã có quy định thời hạn thực hiện việc chuyển giao các doanh nghiệp về cho SCIC quản lý nhưng thực tế áp dụng rất chậm chạp, bị trì hoãn. Nguyên nhân chính dẫn đến sự chậm trễ trong sự bàn giao về cho SCIC quản lý là hiện nay chưa có chế tài cụ thể đối với các đơn vị, cá nhân chậm trễ thực hiện theo quy định pháp luật. Do đó, người viết đề xuất một số kiến nghị sau:

Một là, phần vốn nhà nước tại các doanh nghiệp đã cổ phần hóa hiện do các Bộ và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quản lý, đại diện. Nếu những doanh nghiệp này chậm bàn giao về cho SCIC quản lý theo thời hạn quy định thì phải có hình thức xử lý trách nhiệm tương ứng đối với những người đứng đầu như: Khiển trách, cảnh cáo thậm chí miễn nhiệm, cách chức. Có như thế mới tạo sự quyết liệt thực hiện theo đúng quy định pháp luật, đảm bảo tính nghiêm minh của các văn bản pháp quy.

Hai là, việc bàn giao phải được tiến hành đồng thời giữa hai bên, bên giao và bên nhận. Trong quá trình bàn giao mà đơn vị nào chậm trễ, trì hoãn dẫn đến chậm bàn giao thì cần có cơ chế xác định để làm rõ trách nhiệm từng bên. Khi đã xác định được nguyên nhân chậm trễ là lỗi của bên nào thì cần có những chế tài tương ứng đối với người đứng đầu như các đề xuất ở kiến nghị thứ nhất.

Người viết đề xuất sửa đổi, bổ sung thêm quy định tại khoản 1 Điều 11 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp, cụ thể:

“Bổ sung thêm khoản 1 Điều 1:

Cơ quan chuyển giao nào không chuyển giao quyền đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại các doanh nghiệp theo đúng thời hạn quy định tại Nghị định này cho Ủy ban thì Thủ trưởng cơ quan chuyển giao đó tùy theo tính chất, mức độ vi phạm sẽ bị xử lý bằng các hình thức: Khiển trách, cảnh cáo, giáng chức hoặc cách chức”.

2.4. Thành lập Hội đồng định giá độc lập để xác định giá khởi điểm đối với phần vốn nhà nước chuyển nhượng là các tài sản vô hình

Hiện nay, pháp luật quy định trong trường hợp không đủ hồ sơ, tài liệu để xác định giá trị văn hóa, lịch sử thì SCIC được tự căn cứ mức độ ảnh hưởng, tác động của giá trị vô hình này đến hình ảnh, vị thế của doanh nghiệp, hiệu quả đem lại cho hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp để xác định tỷ lệ (tối thiểu 1%) trên tổng giá trị thực tế phần vốn nhà nước, vốn của doanh nghiệp nhà nước làm cơ sở xác định giá khởi điểm và chịu trách nhiệm về quyết định của mình. Như vậy, SCIC được tự định giá phần ảnh hưởng của các giá trị vô hình như giá trị văn hóa, lịch sử, các quyền sở hữu trí tuệ như nhãn hiệu, tên thương mại... Quy định này bộc lộ rất nhiều bất cập vì cho phép SCIC được tự ấn định giá trị đối với phần giá trị vô hình của Nhà nước trong khối tài sản chung của công ty.

Theo người viết, để đảm bảo phần vốn nhà nước đầu tư khi chuyển nhượng được khách quan, minh bạch, phù hợp thị trường, nên thành lập một Hội đồng định giá độc lập để xác định phần giá trị là các tài sản vô hình tại các doanh nghiệp nhà nước sau cổ phần hóa. Có như thế mới đảm bảo tính khách quan, tránh trường hợp SCIC “vừa đá bóng vừa thổi còi”.

Người viết đề xuất sửa đổi, bổ sung khoản 4 Điều 1 Thông tư số 59/2018/TT-BTC ngày 16/7/2018 sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 219/2015/TT-BTC ngày 31/12/2015 của Bộ trưởng Bộ Tài chính về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý, sử dụng vốn, tài sản tại doanh nghiệp như sau:

4. Sửa đổi, bổ sung Điều 3 như sau:

“Điều 3. Chuyển nhượng vốn nhà nước, vốn của doanh nghiệp nhà nước, quyền mua cổ phần, quyền góp vốn đầu tư tại công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

.....

6. Việc xác định giá khởi điểm chuyển nhượng vốn thực hiện theo quy định tại khoản 12 và khoản 15 Điều 1 Nghị định số 32/2018/NĐ-CP. Trong đó:

- Đối với giá trị các quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm giá trị văn hóa, lịch sử (nếu có) thực hiện xác định riêng từng giá trị theo quy định pháp luật thẩm định giá, theo các phương pháp xác định phù hợp. Trường hợp không đủ hồ sơ, tài liệu để xác định giá trị văn hóa, lịch sử thì chủ sở hữu vốn chuyển nhượng phải thành lập Hội đồng định giá độc lập để xác định giá khởi điểm”.

(Xem tiếp trang 68)

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT KINH DOANH BẢO HIỂM VỀ VIỆC THAY ĐỔI CHỦ THỂ, BÊN THỤ HƯỞNG TRONG HỢP ĐỒNG BẢO HIỂM NHÂN THỌ

Nguyễn Thị Thuý*

Tóm tắt: Trong phạm vi bài viết, tác giả tập trung phân tích, giải thích những vấn đề bất cập liên quan đến các quy định pháp luật về sự thay đổi chủ thể, bên thụ hưởng trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ; từ đó đưa ra những kiến nghị để giải quyết những bất cập này.

Abstract: Within the scope of the article, the author focuses on analysis and explanation of shortcomings relating to regulations on changes of subject and beneficiary in life insurance contract, thereby makes proposals to remedy the shortcomings.

1. Dẫn nhập

Luật Kinh doanh bảo hiểm đã được ban hành vào năm 2000 (Luật KDBH năm 2000) và được sửa đổi, bổ sung năm 2010. Tuy nhiên, việc áp dụng các quy định pháp luật về bảo hiểm hiện hành đã bộc lộ nhiều điểm bất cập và hạn chế, đặc biệt đối với những quy định về hợp đồng bảo hiểm nhân thọ còn nhiều vấn đề chưa được đề cập hoặc giải thích, điều chỉnh một cách cụ thể, hợp lý.

Dưới đây bài viết phân tích các quy định pháp luật về sự thay đổi chủ thể của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ dẫn đến những bất cập trong thực tiễn áp dụng. Những bất cập đó đã gây ra nhiều tranh cãi cũng như dẫn đến việc không đảm bảo được mục đích san sẻ rủi ro mà người mua bảo hiểm muốn tìm kiếm, thậm chí, trong nhiều trường hợp còn gây bất lợi cho họ - bên yếu thế - trong quan hệ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ.

2. Chủ thể của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ

Bảo hiểm nhân thọ là loại bảo hiểm cho trường hợp người được bảo hiểm sống hoặc chết¹. Theo pháp luật kinh doanh bảo hiểm hiện hành, bảo hiểm nhân thọ bao gồm các loại cụ thể như bảo hiểm trọn đời, bảo hiểm sinh kỳ, bảo hiểm tử kỳ, bảo hiểm hỗn hợp, bảo hiểm trả tiền định kỳ, bảo hiểm liên kết đầu tư, bảo hiểm hưu trí². Từ các quy định trên cho thấy, đối tượng của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ chính là tuổi thọ và tính mạng của con người. Chính từ đối tượng này đã dẫn đến sự khác biệt của bảo hiểm nhân thọ so với các loại bảo hiểm khác như bảo hiểm phi nhân thọ, bảo hiểm sức khoẻ³. Sự khác biệt của đối tượng trong bảo hiểm nhân thọ thể hiện ở tính vô giá của tuổi thọ và tính mạng của con người, hay nói cách khác, đối tượng của loại bảo hiểm này là những thứ chúng ta không thể cân, đo, đong,

¹ Khoản 12 Điều 3 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

² Khoản 1 Điều 7 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

³ Điều 7 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

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

đo, đếm hay định giá được bằng tiền⁴. Vì vậy, bản chất của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ không mang tính chất bù đắp thiệt hại cho người được bảo hiểm, hay không đơn thuần là sự chuyển giao rủi ro, tổn thất từ người mua bảo hiểm sang cho bên bán bảo hiểm (doanh nghiệp bảo hiểm).

Xuất phát từ tính vô giá của tuổi thọ và tính mạng con người, bảo hiểm nhân thọ thực chất là một sự đầu tư tài chính hay một sự tích lũy, tiết kiệm cho tương lai. Bởi vì, số tiền bảo hiểm của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ là một khoản tiền cụ thể do người mua bảo hiểm đề nghị với bên bán bảo hiểm chi trả trong trường hợp có sự kiện bảo hiểm xảy ra và số tiền bảo hiểm này được bên bán bảo hiểm xác định dựa vào độ tuổi, tình trạng sức khỏe hoặc những điều kiện khác của người được bảo hiểm⁵. Số tiền bảo hiểm sẽ được doanh nghiệp bảo hiểm chi trả cho chính người mua bảo hiểm, hoặc cho người được bảo hiểm, hoặc cũng có thể chi trả cho người thụ hưởng tùy thuộc vào thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ.

Dù mang trong mình tính đặc trưng, khác biệt so với các loại bảo hiểm khác, nhưng pháp luật kinh doanh bảo hiểm của Việt Nam hiện nay vẫn chưa có những quy định pháp lý cụ thể, chuyên biệt để điều chỉnh cho loại hình bảo hiểm nhân thọ. Ngay cả định nghĩa về hợp đồng bảo hiểm nhân thọ cũng không được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật mà chỉ có thể tham khảo trong các tài liệu nghiên cứu khoa học. Chẳng hạn, theo Giáo trình Kinh tế bảo hiểm của Viện Đại học Mở Hà Nội,

“hợp đồng bảo hiểm nhân thọ là sự cam kết giữa hai bên, theo đó bên nhận bảo hiểm (công ty bảo hiểm) có trách nhiệm và nghĩa vụ chi trả cho bên được bảo hiểm khi có các sự kiện bảo hiểm xảy ra, còn bên được bảo hiểm có trách nhiệm và nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm như đã thỏa thuận theo quy định của pháp luật”⁶. Trong khi đó, có tác giả đã định nghĩa hợp đồng bảo hiểm nhân thọ là “sự thỏa thuận giữa bên mua bảo hiểm và doanh nghiệp bảo hiểm về việc doanh nghiệp bảo hiểm cam kết bảo hiểm cho tuổi thọ của người được bảo hiểm, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm và tương ứng doanh nghiệp bảo hiểm sẽ trả tiền bảo hiểm cho người được bảo hiểm hoặc người thụ hưởng nếu người được bảo hiểm sống hoặc chết trong thời gian thỏa thuận”⁷.

Từ những định nghĩa trên cho thấy chủ thể bắt buộc của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ bao gồm: Bên bán bảo hiểm và bên mua bảo hiểm; ngoài ra, còn có thể có thêm chủ thể liên quan là người được bảo hiểm và người thụ hưởng nếu những chủ thể này và bên mua bảo hiểm không phải là một. Mục tiêu hàng đầu của doanh nghiệp bảo hiểm là thu được nhiều phí bảo hiểm và chi trả bảo hiểm càng ít càng tốt; trong khi đó, người mua bảo hiểm tham gia bảo hiểm nhân thọ một mặt để đề phòng rủi ro xảy ra, mặt khác, mong muốn sẽ nhận được một khoản tích lũy khi kết thúc hợp đồng mà không có sự kiện bảo hiểm xảy ra. Thêm vào đó, thời hạn thực hiện hợp đồng bảo hiểm nhân thọ

⁴ Trường Đại học Tài chính, kế toán Hà Nội, *Giáo trình Bảo hiểm*, Nxb. Tài chính, 1999, tr. 155.

⁵ Nguyễn Thị Thủy, *Pháp luật hợp đồng bảo hiểm con người*, Nxb. Hồng Đức, 2017, tr. 14 – 15.

⁶ Viện Đại học Mở Hà Nội, *Giáo trình Kinh tế bảo hiểm*, Nxb. Thống kê, 2006, tr. 24 .

⁷ Trần Vũ Hải, *Hợp đồng bảo hiểm nhân thọ - những vấn đề pháp lý và thực tiễn*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 8.

thường khá dài và trên thực tế đã có nhiều trường hợp phải thay đổi chủ thể trong các hợp đồng bảo hiểm nhân thọ vì nhiều lý do. Tuy nhiên, việc thiếu những quy định cụ thể, hợp lý cho hợp đồng bảo hiểm nhân thọ nói chung và cho các vấn đề phát sinh từ việc thay đổi chủ thể của hợp đồng nói riêng đã dẫn đến những xung đột về quyền và nghĩa vụ giữa các bên của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, cũng như gây bất lợi cho bên mua bảo hiểm cũng là bên yếu thế trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ.

3. Thay đổi người mua bảo hiểm

Pháp luật bảo hiểm hiện hành ghi nhận quyền được chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm của bên mua bảo hiểm. Như vậy, pháp luật cho phép có sự thay đổi về mặt chủ thể trong hợp đồng bảo hiểm⁸. Cụ thể, theo quy định tại Điều 26 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010), pháp luật cho phép bên mua bảo hiểm có thể chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm theo thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm với điều kiện bên mua phải thông báo bằng văn bản cho doanh nghiệp bảo hiểm về việc chuyển nhượng và doanh nghiệp bảo hiểm có văn bản chấp thuận việc chuyển nhượng đó⁹. Luật KDBH năm 2000 và sau đó là Luật sửa đổi, bổ sung Luật KDBH năm 2010 cũng không có bất cứ quy định chi tiết hay hướng dẫn thêm nào về điều kiện của việc chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm.

Vì vậy, theo quy định hiện hành, người mua bảo hiểm chỉ có thể chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm với điều kiện doanh nghiệp bảo hiểm có văn bản chấp nhận việc

chuyển nhượng đó. Vấn đề đặt ra là tại sao phải quy định điều kiện này? Có thật sự cần thiết phải có sự chấp thuận việc chuyển nhượng từ bên bán bảo hiểm hay không? Trong trường hợp bên bán bảo hiểm không đồng ý cho chuyển nhượng thì phải giải quyết như thế nào? Trên thực tế, các quy định pháp luật bảo hiểm hiện hành về chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm chỉ hợp lý đối với bảo hiểm mang tính chất bù đắp thiệt hại vì trong trường hợp này, bên mua bảo hiểm đồng thời là bên được bảo hiểm. Trong khi đó, các quy định chuyển nhượng này chưa thật sự điều chỉnh đúng đắn đối với hợp đồng bảo hiểm nhân thọ nói riêng, hợp đồng bảo hiểm con người nói chung. Bởi vì, bên nhận chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm nhân thọ sẽ trở thành người mua bảo hiểm, có thể không phải là người được bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm được chuyển nhượng đó. Do đó, chủ thể cần thể hiện ý chí chấp thuận cho việc chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm nhân thọ nên chẳng thuộc về người được bảo hiểm trong hợp đồng đó. Bởi vì, trong trường hợp này, tính mạng và tuổi thọ của người được bảo hiểm chính là đối tượng của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ được chuyển nhượng và được doanh nghiệp bảo hiểm chấp nhận¹⁰.

Mặt khác, bản chất của bảo hiểm nhân thọ là một khoản tích lũy, tiết kiệm cho người thân hoặc những người mà người mua bảo hiểm có nghĩa vụ tài chính¹¹. Do đó, khoảng thời gian đầu tư vào hợp đồng bảo hiểm nhân thọ sẽ khá dài và người mua

⁸ Trần Vũ Hải, tldd, tr. 182 – 183.

⁹ Điểm d khoản 1 Điều 18, Điều 26 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

¹⁰ Trần Vũ Hải, tldd, tr. 201 – 202.

¹¹ Nguyễn Văn Dũng, *Mối liên hệ pháp lý giữa quyền lợi có thể được bảo hiểm và hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ*, Luận văn thạc sỹ luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, 2013, tr. 22.

bảo hiểm sẽ phải tiết kiệm tiền để đóng phí trong nhiều năm liền. Tuy nhiên, chính vì thời gian đóng phí bảo hiểm dài nên trong quá trình thực hiện hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, bên mua bảo hiểm có thể gặp những vấn đề rủi ro, khó khăn làm họ không còn đủ khả năng tài chính để tiếp tục thực hiện hợp đồng. Vì vậy, để bảo vệ họ trước nguy cơ vi phạm nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm, các nhà làm luật cho phép bên mua bảo hiểm có thể chuyển nhượng lại hợp đồng bảo hiểm cho người khác để người này tiếp tục nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm trong thời gian còn lại của hợp đồng.

Với quy định này, các nhà làm luật đã thể hiện rõ ý chí bảo vệ người mua bảo hiểm trước khả năng bị mất một phần trong tổng số phí bảo hiểm đã đóng trước đó vì vi phạm nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm. Tuy nhiên, pháp luật đồng thời đặt ra một điều kiện có phần đi ngược lại với ý chí tốt đẹp bên trên của mình khi quy định sự chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm chỉ được phép thực hiện khi có sự chấp thuận của doanh nghiệp bảo hiểm. Giả sử, doanh nghiệp bảo hiểm không đồng ý cho bên mua bảo hiểm chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm cho một người khác dù người này đáp ứng đủ những điều kiện về tư cách người mua bảo hiểm theo quy định của pháp luật, người mua bảo hiểm vẫn phải tiếp tục thực hiện hợp đồng bảo hiểm nếu muốn nhận lại toàn bộ số phí bảo hiểm đã đóng. Nếu không, người mua bảo hiểm chỉ có thể nhận lại phần giá trị hoàn lại (thường nhỏ hơn tổng số phí bảo hiểm đã đóng) của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ mà thôi.

Theo quy định của Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010), bên mua bảo hiểm là tổ chức, cá nhân giao kết hợp

đồng bảo hiểm với doanh nghiệp bảo hiểm và thực hiện nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm¹². Với quy định này, bên mua bảo hiểm phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện về chủ thể giao kết hợp đồng theo quy định của pháp luật về năng lực hành vi dân sự (là người từ đủ 18 tuổi trở lên, không bị tòa tuyên bố mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, được phép tham gia vào tất cả các giao dịch dân sự); phải tồn tại trong suốt quá trình thực hiện hợp đồng bảo hiểm; và đặc biệt, phải thực hiện nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm đầy đủ, đúng theo thời hạn và phương thức đã thỏa thuận trong hợp đồng. Như vậy, chỉ cần người mua bảo hiểm tìm kiếm được người thay mình tiếp tục thực hiện nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm để hợp đồng bảo hiểm không bị chấm dứt giữa chừng, người bán bảo hiểm cần tạo điều kiện cho việc thay đổi này. Vì xét cho cùng, mục đích quan trọng sau cùng của các bên khi tham gia hợp đồng bảo hiểm nhân thọ chính là việc hợp đồng bảo hiểm nhân thọ được thực hiện xuyên suốt, doanh nghiệp bảo hiểm được thu đủ phí bảo hiểm và phía người mua bảo hiểm đạt được mục tiêu tích lũy tài chính cho tương lai bên cạnh được chia sẻ rủi ro.

4. Thay đổi bên bán bảo hiểm (doanh nghiệp bảo hiểm)

Bên cạnh việc ghi nhận khả năng có thể thay đổi bên mua bảo hiểm thông qua hình thức chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm, pháp luật kinh doanh bảo hiểm hiện hành cũng cho phép có thể thay đổi bên bán bảo hiểm dưới phương thức chuyển giao hợp

¹² Khoản 6 Điều 3, điểm a khoản 2 Điều 18 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

đồng bảo hiểm. Việc chuyển giao hợp đồng bảo hiểm chỉ có thể thực hiện nếu được Bộ Tài chính đồng ý phê chuẩn và phải đảm bảo các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng bảo hiểm được chuyển giao không thay đổi cho đến khi hết thời hạn hợp đồng bảo hiểm¹³. Tuy nhiên, pháp luật không có bất cứ quy định chi tiết nào về trách nhiệm cụ thể của doanh nghiệp bảo hiểm thực hiện chuyển giao và doanh nghiệp bảo hiểm nhận chuyển giao đối với bên mua bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm ngoài các quy định về mặt thủ tục hành chính khi tiến hành chuyển giao. Bên bán bảo hiểm có phải thông báo bằng văn bản cho người mua bảo hiểm không? Liệu rằng, người mua bảo hiểm có quyền lấy lại toàn bộ số tiền phí bảo hiểm mình đã đóng do bên bán bảo hiểm thay đổi hay không? Mặt khác, doanh nghiệp bảo hiểm nhận chuyển giao phải tiếp tục thực hiện toàn bộ các hợp đồng bảo hiểm được chuyển giao mà mình không hề trực tiếp xem xét, thẩm định hồ sơ khách hàng từ ban đầu có thể dẫn đến khả năng làm phát sinh nhiều rắc rối trong việc xác định trách nhiệm đối với khách hàng nếu trong thời gian còn lại của hợp đồng bảo hiểm có vấn đề vướng mắc xảy ra. Bởi vì, trong hợp đồng bảo hiểm con người nói chung và hợp đồng bảo hiểm nhân thọ nói riêng, người mua bảo hiểm và người được bảo hiểm có thể không phải là cùng một người.

Theo quy định của pháp luật kinh doanh bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm tham gia hợp đồng bảo hiểm nhân thọ với tư cách là bên bán bảo hiểm, tiến hành thu phí bảo

hiểm của bên mua bảo hiểm và cam kết chi trả số tiền bảo hiểm cho những trường hợp thuộc diện chi trả bảo hiểm. Như vậy, bản chất hoạt động kinh doanh bảo hiểm của doanh nghiệp bảo hiểm chính là tạo lập nguồn quỹ bảo hiểm từ phí bảo hiểm do bên mua bảo hiểm đóng và sử dụng quỹ bảo hiểm để chi trả khi xảy ra các sự kiện bảo hiểm. Từ phân tích trên cho thấy, hoạt động kinh doanh bảo hiểm thể hiện rõ bản chất của hoạt động huy động vốn từ công chúng của doanh nghiệp bảo hiểm, trong đó doanh nghiệp bảo hiểm đóng vai trò định chế tài chính trung gian, dùng số vốn huy động được của nhiều người để chi trả, san sẻ cho một số ít người chẳng may gặp rủi ro trong cuộc sống.

Với khả năng được sử dụng nguồn vốn nhàn rỗi trong công chúng từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bảo hiểm cùng với bản chất hợp đồng bảo hiểm nhân thọ là những khoản đầu tư tài chính với đối tượng giao dịch của hợp đồng (tính mạng, tuổi thọ) vô cùng trừu tượng tại thời điểm giao kết hợp đồng, các nhà làm luật nhận thấy cần đặt các doanh nghiệp bảo hiểm dưới sự quản lý chặt chẽ, khắt khe hơn so với các doanh nghiệp thông thường. Cụ thể, bên cạnh các quy định pháp luật chung về doanh nghiệp, các doanh nghiệp bảo hiểm còn phải tuân thủ các quy định đặc thù được đặt ra trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm (như vốn pháp định, khả năng tài chính; trình độ chuyên môn nghiệp vụ của người quản lý, người điều hành;...) ¹⁴ để bảo đảm cho sự an toàn, hợp pháp trong hoạt động kinh doanh của các chủ thể này, đồng thời

¹³ Khoản 2 Điều 75 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

¹⁴ Điều 63, 64 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

đảm bảo được quyền lợi cho người tham gia bảo hiểm.

Tuy nhiên, bất cứ hoạt động kinh doanh kiếm lời nào cũng tất yếu hàm chứa rủi ro, nhất là khi hoạt động bảo hiểm lại có đối tượng kinh doanh khá đặc biệt, chính là rủi ro và phí bảo hiểm. Do đó, pháp luật cho phép bên bán bảo hiểm có thể chuyển giao hợp đồng bảo hiểm nếu trong quá trình kinh doanh, doanh nghiệp bảo hiểm rơi vào trường hợp: (i) Có nguy cơ mất khả năng thanh toán; (ii) Chia, tách, hợp nhất, sáp nhập, giải thể; hoặc (iii) Theo thỏa thuận giữa các doanh nghiệp bảo hiểm¹⁵. Biện pháp này được đưa ra nhằm bảo vệ quyền lợi chính đáng của người tham gia bảo hiểm cũng như các chủ thể có liên quan đến hợp đồng bảo hiểm. Bởi về bản chất, chuyển giao hợp đồng bảo hiểm là việc chuyển giao, san sẻ rủi ro của doanh nghiệp bảo hiểm hiện tại sang doanh nghiệp bảo hiểm nhận chuyển giao trong trường hợp tái cấu trúc doanh nghiệp bảo hiểm thực hiện chuyển giao; hoặc nhằm khắc phục khó khăn về tài chính; hoặc nhằm gia tăng năng lực tài chính cho doanh nghiệp bảo hiểm thực hiện chuyển giao... Dù với mục đích gì đi nữa, biện pháp chuyển giao hợp đồng bảo hiểm đều hướng đến việc đảm bảo khả năng chi trả bảo hiểm của doanh nghiệp bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm, từ đó có thể bảo vệ quyền lợi chính đáng của khách hàng. Chính vì chuyển giao hợp đồng bảo hiểm có khả năng ảnh hưởng đến quyền lợi của nhiều chủ thể có liên quan trong hợp đồng bảo hiểm, do đó, việc chuyển giao hợp đồng bảo hiểm chỉ có thể thực hiện nếu

được Bộ Tài chính đồng ý phê chuẩn và phải đảm bảo các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng bảo hiểm được chuyển giao không thay đổi cho đến khi hết thời hạn hợp đồng bảo hiểm¹⁶.

Tuy nhiên, ngoài những quy định về trình tự thủ tục chuyển giao mà doanh nghiệp bảo hiểm phải thực hiện, pháp luật kinh doanh bảo hiểm hiện hành chưa có những điều luật xác định cụ thể hay giải thích chi tiết các nghĩa vụ mà doanh nghiệp bảo hiểm phải thực hiện khi tiến hành chuyển giao; cũng như không có những quy định về điều kiện đối với doanh nghiệp bảo hiểm nhận chuyển giao, hay quy định về quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp bảo hiểm nhận chuyển giao sau khi việc chuyển giao hợp đồng bảo hiểm đã hoàn thành. Đặc biệt, việc thay đổi bên bán bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ là một sự kiện pháp lý rất quan trọng đối với các bên liên quan trong hợp đồng bảo hiểm. Bởi vì, bên bán bảo hiểm chính là chủ thể sẽ chi trả bảo hiểm trong trường hợp có sự kiện bảo hiểm xảy ra hoặc chi trả giá trị hoàn lại trên toàn bộ số phí bảo hiểm mà người mua bảo hiểm đã đóng như một khoản đầu tư tài chính. Thế nhưng, với các quy định hiện nay, quyền lợi chính đáng của bên mua bảo hiểm, một trong những chủ thể quan trọng của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ lại không được quy định chi tiết, cụ thể.

Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010) chỉ quy định rằng, trong vòng 30 ngày kể từ ngày được Bộ Tài chính chấp thuận việc chuyển giao hợp đồng bảo hiểm, doanh nghiệp chuyển giao hợp đồng

¹⁵ Điều 74, 75, 76 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

¹⁶ Khoản 2 Điều 75 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

bảo hiểm phải gửi thông báo kèm theo tóm tắt kế hoạch chuyển giao cho từng bên mua bảo hiểm. Bên mua bảo hiểm chỉ có thời hạn 15 ngày để suy nghĩ và đưa ra quyết định huỷ hay tiếp tục đối hợp đồng bảo hiểm nhân thọ mình đang tham gia. Hệ quả của quyết định huỷ hợp đồng bảo hiểm là doanh nghiệp thực hiện chuyển giao hợp đồng bảo hiểm sẽ trả lại cho bên mua bảo hiểm nhân thọ một phần phí bảo hiểm đã nhận hoặc giá trị hoàn lại¹⁷.

Với giải pháp này, bên mua bảo hiểm rơi vào thế bất lợi. Vì để có thể tìm được doanh nghiệp bảo hiểm uy tín, người mua bảo hiểm đã phải tốn nhiều thời gian để cân nhắc, lựa chọn kỹ lưỡng và đi đến quyết định tích góp tài chính để tham gia hợp đồng bảo hiểm nhân thọ vì mục tiêu tiết kiệm đầu tư cho tương lai. Tuy nhiên, khi có sự kiện thay đổi bên bán bảo hiểm, người mua bảo hiểm chỉ có vồn vẹn 15 ngày để tìm hiểu, nghiên cứu về kế hoạch chuyển giao, tìm kiếm thông tin về doanh nghiệp bảo hiểm sẽ nhận chuyển giao. Trong khi đó, người mua bảo hiểm không thể dễ dàng tiếp cận được những thông tin này một cách chính xác. Thêm vào đó, khi nhìn vào quy định về hệ quả pháp lý của quyết định huỷ hợp đồng bảo hiểm nhân thọ trong trường hợp chuyển giao, có lẽ bên mua bảo hiểm đa phần đành miễn cưỡng chấp nhận tiếp tục thực hiện phần thời hạn còn lại của hợp đồng bảo hiểm. Bởi lẽ, dù là nhận lại phí bảo hiểm đã đóng hay giá trị hoàn lại tại thời điểm dừng hợp đồng bảo hiểm nhân thọ cũng đều bất lợi cho bên mua bảo hiểm, và

điều bất công nhất chính là việc người mua bảo hiểm không thể đạt được mục đích tham gia bảo hiểm nhân thọ của mình, nhất là khi họ đã có một khoảng thời gian đầu tư nhất định.

5. Thay đổi nội dung liên quan đến người thụ hưởng

Khái niệm người thụ hưởng chỉ tồn tại trong hợp đồng bảo hiểm con người, trong đó bao gồm hợp đồng bảo hiểm nhân thọ¹⁸. Người thụ hưởng là tổ chức, cá nhân được bên mua bảo hiểm chỉ định để nhận tiền bảo hiểm từ doanh nghiệp bảo hiểm khi có sự kiện bảo hiểm xảy ra. Trong bảo hiểm nhân thọ, người thụ hưởng có thể là người được bảo hiểm hoặc có thể là một chủ thể khác, và người thụ hưởng chính là người sở hữu hợp pháp số tiền bảo hiểm được chi trả từ phía doanh nghiệp bảo hiểm mà không cần thực hiện hành vi kí kết hợp đồng bảo hiểm tại thời điểm giao kết, cũng như không phải thực hiện bất cứ nghĩa vụ đóng phí nào cho doanh nghiệp bảo hiểm. Như vậy, người thụ hưởng là người được chỉ định trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ và phải tồn tại từ lúc giao kết hợp đồng bảo hiểm mà không bị ràng buộc bởi các điều kiện về năng lực hành vi¹⁹.

Nhìn chung, pháp luật kinh doanh bảo hiểm có những quy định khá thoáng đối với người thụ hưởng, thậm chí người mua bảo hiểm có thể chỉ định người thụ hưởng tại nhiều thời điểm khác nhau, chẳng hạn tại thời điểm giao kết hợp đồng bảo hiểm, trong quá trình thực hiện hợp đồng, hoặc ngay tại thời điểm xảy ra sự kiện bảo hiểm.

¹⁷ Điểm b khoản 3 Điều 48 Nghị định số 73/2016/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật KDBH và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH.

¹⁸ Khoản 8 Điều 3 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010).

¹⁹ Nguyễn Thị Thủy, tldđ, tr. 92 – 96.

Bên cạnh đó, tương tự như người bán và người mua bảo hiểm, người thụ hưởng hợp đồng bảo hiểm nói chung cũng có thể được thay đổi, tuy nhiên những quy định pháp lý liên quan đến việc thay đổi này đã bộc lộ một số bất cập nhất định, đặc biệt trong quy định về giao kết hợp đồng bảo hiểm con người cho trường hợp chết, tức là nghiệp vụ bảo hiểm tử kỳ trong bảo hiểm nhân thọ. Cụ thể, tại điểm a khoản 1 Điều 38 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010) quy định: “Khi các bên mua bảo hiểm giao kết hợp đồng bảo hiểm con người cho trường hợp chết của người khác thì phải được người đó đồng ý bằng văn bản, trong đó ghi rõ số tiền bảo hiểm và người thụ hưởng”. Như vậy, trong trường hợp hợp đồng bảo hiểm nhân thọ được giao kết với đối tượng bảo hiểm là cái chết của một người khác, người này phải được biết và thể hiện sự đồng ý về hai vấn đề sau: (i) Số tiền bảo hiểm trên cái chết của mình là bao nhiêu?; (ii) Người được hưởng số tiền bảo hiểm từ cái chết của mình là ai? Người được bảo hiểm này phải thể hiện sự đồng ý của mình bằng văn bản.

Quy định điều kiện như trên là hoàn toàn hợp lý vì nếu xét ở *góc độ đạo đức*, quy định này thể hiện tính nhân văn của pháp luật bảo hiểm với mong muốn xác định rõ mối quan hệ giữa người mua bảo hiểm với người thụ hưởng của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ; tránh trường hợp người mua bảo hiểm nhân thọ cấu kết với người thụ hưởng để trục lợi bảo hiểm hoặc đầu tư vào bảo hiểm nhân thọ dựa trên tính mạng, tuổi thọ của người được bảo hiểm nhằm tích lũy một khoản tài chính cho mối quan hệ trái đạo lý giữa người mua và người thụ

hưởng của hợp đồng bảo hiểm²⁰. Mặt khác, xét về *góc độ tài chính*, đối tượng của bảo hiểm nhân thọ là tuổi thọ, tính mạng của người được bảo hiểm thì bắt buộc mối quan hệ giữa người mua bảo hiểm và người thụ hưởng phải có một mối quan hệ tài chính liên quan với nhau, hay nói cách khác, cái chết của người được bảo hiểm sẽ mang lại lợi ích cho người được thụ hưởng. Chính vì vậy, người mua bảo hiểm có nghĩa vụ công bố cho người được mua bảo hiểm biết về thông tin người thụ hưởng và số tiền bảo hiểm, đồng thời, người được bảo hiểm phải thể hiện sự đồng ý của mình bằng văn bản về hai vấn đề trên; người mua bảo hiểm được quyền không công bố những thông tin còn lại trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ.

Tuy nhiên, điều kiện bắt buộc phải có sự đồng ý của người được bảo hiểm chỉ dừng lại ở thời điểm chỉ định người thụ hưởng đầu tiên, bởi vì sau khi việc chỉ định đó có hiệu lực (tức đã có sự đồng ý của người được bảo hiểm), người mua bảo hiểm hoàn toàn có khả năng thay đổi người thụ hưởng mà không cần thông báo cũng như không cần có sự chấp thuận của người được bảo hiểm. Cụ thể, điểm b khoản 1 Điều 38 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010) quy định: “Mọi trường hợp thay đổi người thụ hưởng phải có sự đồng ý bằng văn bản của bên mua bảo hiểm”. Rõ ràng quy định này đã phủ nhận các cơ sở lý luận về mặt đạo đức lẫn góc độ tài chính mà các nhà làm luật dựa vào để đưa ra điều kiện tại điểm a ngay trong khoản 1 Điều 38 này. Từ đó, có thể dẫn đến trường hợp để có được sự chấp nhận của người được bảo hiểm

²⁰ Trương Mộc Lan, Lưu Nguyên Khánh, *Một số điều cần biết về pháp lý trong kinh doanh bảo hiểm*, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2001, tr. 94.

nhằm hợp pháp hoá hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, người mua bảo hiểm chỉ định người thụ hưởng đầu tiên phù hợp ý chí của người được bảo hiểm, nhưng trong quá trình thực hiện hợp đồng bảo hiểm đó, người mua bảo hiểm có thể tiến hành thay đổi người thụ hưởng mà không cần thông báo cho người được mua bảo hiểm biết. Kết quả, người thụ hưởng mới này sẽ có thể hưởng được số tiền bảo hiểm phát sinh từ đối tượng bảo hiểm là tính mạng, tuổi thọ của người được bảo hiểm cho dù giữa người được bảo hiểm và người thụ hưởng không có bất cứ mối quan hệ thân thích hay sự ràng buộc nghĩa vụ tài chính nào. Thậm chí, có trường hợp, quyền lợi của hai chủ thể này là xung đột với nhau.

Vì vậy, cách thức quy định hiện nay về hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, cụ thể là bảo hiểm con người cho trường hợp chết là thiếu thuyết phục. *Thứ nhất*, quy định này không phù hợp về mặt logic giữa điều kiện chỉ định người thụ hưởng đầu tiên với điều kiện khi thay đổi người thụ hưởng. *Thứ hai*, điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 38 Luật KDBH năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010) thể hiện sự không công bằng về mặt đạo lý đối với người được bảo hiểm. Bởi vì, người được bảo hiểm chính là người có tính mạng, tuổi thọ được bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, nói cách khác, tính mạng, tuổi thọ của người được bảo hiểm sẽ mang lại một khoản tài chính không nhỏ cho người thụ hưởng nếu có sự kiện bảo hiểm xảy ra. Trong khi đó, nếu theo quy định hiện hành về thay đổi người thụ hưởng thì giữa người được bảo hiểm và người thụ hưởng có thể không có bất cứ mối quan hệ nào²¹. *Thứ ba*, quy định hiện

nay không đảm bảo đúng mục đích mà bảo hiểm nhân thọ hướng đến. Thực chất, khi tham gia bảo hiểm nhân thọ, người mua bảo hiểm không chỉ hướng đến những khoản tiền được đền bù, bồi thường như các loại bảo hiểm khác, mà mục tiêu chủ yếu là có được một khoản đầu tư tài chính từ việc tích lũy, tiết kiệm các khoản phí bảo hiểm, thay vì dùng số tiền nhàn rỗi để gửi tiết kiệm tại ngân hàng. Nhằm phòng ngừa rủi ro có thể xảy ra cho mình, người tham gia bảo hiểm nhân thọ cũng như người được mua bảo hiểm đang hướng tới việc để dành, đầu tư một khoản tài chính cho những người thân, những người họ có nghĩa vụ chăm sóc, nuôi dưỡng hay nghĩa vụ tài chính theo quy định pháp luật. Vì vậy, theo tác giả nếu người được bảo hiểm không biết hoặc không có quyền, nghĩa vụ tài chính nào đối với người sẽ thụ hưởng số tiền bảo hiểm được xác định dựa trên chính tính mạng, tuổi thọ của mình thì mối quan hệ ở đây là không hợp lý.

6. Kết luận

Sự kiện thay đổi người mua bảo hiểm, người bán bảo hiểm và người thụ hưởng trong hợp đồng bảo hiểm nói chung và trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ nói riêng dẫn đến những hệ quả pháp lý quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng bảo hiểm. Nhằm ngăn ngừa cũng như giảm bớt những tranh chấp xảy ra từ những bất cập của quy định pháp luật trong thực tiễn áp dụng, pháp luật kinh doanh bảo hiểm cần có những quy định cụ thể, chi tiết hơn về vấn đề này để đảm bảo được quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, nhất là bảo vệ bên yếu thế trong quan hệ bảo hiểm nhân thọ.

²¹ Nguyễn Văn Dũng, tldđ, tr. 22.

PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI THIẾU CĂN CỨ - MỘT TRONG NHỮNG CƠ SỞ ĐỂ HỦY PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI ĐẦU TƯ

Ngô Quốc Chiến*

Tóm tắt: Theo Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa Nhà nước và công dân của các Nhà nước khác (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States – ICSID), phán quyết trọng tài là chung thẩm, nhưng các bên có thể yêu cầu hủy phán quyết dựa trên 5 căn cứ khác nhau. Bài viết phân tích 1 trong 5 lý do hủy phán quyết trọng tài đầu tư, đó là phán quyết trọng tài được đưa ra thiếu căn cứ. Bài viết cũng sẽ phân tích một số án lệ gần đây để hiểu rõ hơn việc vận dụng quy định này, để từ đó rút ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

Abstract: Pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, arbitral award is final, yet the parties may request to set aside the awards on five grounds. The article analyzes one of the five grounds to set aside awards of arbitral investment tribunal, that is ill-founded arbitral awards. The article also examines recent cases to understand better the application of this regulation, thereby makes recommendations for Vietnam.

Giải quyết tranh chấp đầu tư giữa Nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước tiếp nhận đầu tư thông qua các quy định của Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa Nhà nước và công dân của các Nhà nước khác (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States – ICSID) là một trong những cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư được sử dụng phổ biến hiện nay. Mặc dù, Việt Nam chưa phải là thành viên của Công ước này, nhưng các tranh chấp đầu tư giữa Nhà đầu tư nước ngoài với Nhà nước Việt Nam vẫn có thể được giải quyết bằng ICSID theo quy tắc phụ trợ, khi hiệp định đầu tư có liên quan dẫn chiếu đến cơ chế đó¹. Theo Điều 52(1) Công ước

ICSID, các bên có thể yêu cầu hủy phán quyết dựa trên năm căn cứ sau: (a) Hội đồng trọng tài được thành lập không hợp pháp; (b) Hội đồng trọng tài vượt quá thẩm quyền; (c) Trọng tài viên nhận hối lộ; (d) Vi phạm nghiêm trọng quy định về tố tụng; và (e) Phán quyết trọng tài thiếu căn cứ. Bài viết sẽ tập trung phân tích quy định cuối cùng tại điểm (e).

1. Khái quát về cơ chế hủy phán quyết trọng tài đầu tư

định: “1. Nhà đầu tư tranh chấp đáp ứng các điều kiện nêu tại Điều 9.18 có thể nộp đơn khởi kiện ra trọng tài: (a) Theo Công ước ICSID và Quy tắc ICSID về tố tụng trọng tài, với điều kiện cả hai Bên ký kết là thành viên của Công ước ICSID; (b) theo Quy tắc phụ trợ ICSID, với điều kiện chỉ một Bên ký kết là thành viên của Công ước ICSID”. ICSID case n° ARB(AF)/18/2. Tham khảo: [https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/18/2](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/18/2), truy cập ngày 29/3/2019.

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

¹ Ví dụ, vụ Shin Dong Baig kiện Chính phủ Việt Nam trên cơ sở Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam – Hàn Quốc. Điều 9.19 Hiệp định này quy

1.1. Các căn cứ hủy phán quyết trọng tài đầu tư theo Công ước ICSID

Hủy phán quyết trọng tài ICSID (annulment of the award) là một thủ tục đặc biệt và có tính chất ngoại lệ², nhưng trong thực tế chúng ta thấy cơ chế này đang được sử dụng ngày càng phổ biến³, không chỉ từ phía Nhà nước tiếp nhận đầu tư, mà cả từ phía nhà đầu tư.

Cơ chế hủy phán quyết cung cấp cho các bên trong tố tụng trọng tài khả năng kiểm soát tính hợp pháp của phương thức trọng tài dựa trên 5 căn cứ quy định tại Điều 52(1). Trong số đó, lý do “thiếu căn cứ” hay được sử dụng nhất để yêu cầu tuyên hủy phán quyết trọng tài ICSID.

Thời hạn để một bên (nhà đầu tư hoặc Nhà nước) đưa ra yêu cầu hủy là 120 ngày kể từ khi phán quyết được tuyên. Phán quyết bị yêu cầu hủy phải là phán quyết cuối cùng, như được quy định tại Điều 48 Công ước ICSID, chứ không phải là các quyết định đơn lẻ mà Hội đồng trọng tài đưa ra trong quá trình tố tụng. Trường hợp yêu cầu hủy có căn cứ là trọng tài viên nhận hối lộ, thì yêu cầu hủy phải được nộp trong thời hạn 120 ngày kể từ ngày phát hiện ra việc nhận hối lộ (chứ không phải kể từ ngày

tuyên phán quyết trọng tài), nhưng không vượt quá 3 năm kể từ ngày tuyên phán quyết cuối cùng.

Bên yêu cầu hủy phán quyết phải nêu rõ phán quyết nào cần được xem xét hủy; ngày yêu cầu; nêu chi tiết căn cứ (hoặc các căn cứ) của yêu cầu hủy; và nộp lệ phí yêu cầu hủy 25.000 USD. Ngay sau khi tiếp nhận đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, Chủ tịch Hội đồng hành chính sẽ thành lập một Hội đồng trọng tài vụ việc (*ad hoc*) xét đơn yêu cầu hủy. Hội đồng xét yêu cầu hủy gồm 3 thành viên được lựa chọn từ Danh sách trọng tài viên của Trung tâm ICSID. Thành viên Hội đồng xét yêu cầu hủy không được là trọng tài viên tham gia Hội đồng xét xử vụ việc đó và cũng không được có cùng quốc tịch với những người này cũng như quốc tịch của quốc gia bên tranh chấp và quốc gia mà nhà đầu tư có quốc tịch.

Quy tắc tố tụng đối với yêu cầu hủy phán quyết trọng tài đầu tư cũng giống quy tắc áp dụng cho xét xử tranh chấp đầu tư (Điều 53 Quy tắc tố tụng). Nói cách khác, trình tự, thủ tục xét yêu cầu hủy cũng giống trình tự, thủ tục xét xử tranh chấp đầu tư và được giải thích rõ hơn trong Bản thông tin liên quan đến việc hủy phán quyết trọng tài đầu tư gửi Hội đồng hành chính ICSID⁴.

Bên đưa ra yêu cầu hủy có thể yêu cầu hoãn thi hành phán quyết trọng tài cho tới khi Hội đồng xét đơn yêu cầu hủy đưa ra quyết định về việc có hủy hay không hủy phán quyết trọng tài (Điều 52(5) Công ước ICSID, Điều 54 Quy tắc trọng tài). Bản thân

² C. H. Schreuer, “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”, in E. Gaillard. - Y. Banifatemi (eds.), “Annulment of ICSID Awards”, Juris Publishing Inc. (2004), tr. 17.

³ Theo thống kê của World Bank, tính đến thời điểm hiện nay đã có 60 yêu cầu hủy và 59 yêu cầu đã được xét xử xong. Trong số 59 yêu cầu đã được xét xử xong, Hội đồng xét yêu cầu hủy đã chấp nhận hủy toàn bộ 6 phán quyết; hủy một phần 14 phán quyết và bác đơn yêu cầu hủy đối với 39 phán quyết. Tham khảo tại: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Annulment.aspx>, truy cập ngày 29/3/2019.

⁴ Bản cập nhật năm 2016 có thể xem được tại: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20ENG.pdf>, truy cập ngày 30/3/2019.

Hội đồng xét yêu cầu hủy cũng có thể ra quyết định tạm hoãn thi hành phán quyết trọng tài nếu thấy cần thiết.

Quyết định của Hội đồng xét yêu cầu hủy phán quyết trọng tài có thể: i) Bác yêu cầu hủy (điều này có nghĩa là phán quyết trọng tài sẽ được giữ nguyên); hoặc ii) Chấp nhận một phần yêu cầu hủy (điều này có nghĩa là phán quyết sẽ bị hủy một phần); hoặc iii) Chấp nhận toàn bộ yêu cầu hủy (điều này có nghĩa là phán quyết sẽ bị hủy toàn bộ).

Cần lưu ý là Quyết định của Hội đồng *ad hoc* xét yêu cầu hủy phán quyết trọng tài không phải là một phán quyết trọng tài và các bên không được quyền kháng cáo mặc dù nó khá giống với phán quyết trọng tài ở các quyết định liên quan đến hiệu lực bắt buộc, công nhận và thi hành quyết định (Điều 53(2) Công ước ICSID).

Các bên có thể thỏa thuận công bố hay không công bố quyết định hủy phán quyết trọng tài trên trang web của ICSID. Khi các bên quyết định giữ bí mật về quyết định hủy phán quyết, Trung tâm chỉ công bố tóm tắt các lập luận pháp lý của Quyết định (Điều 48(2) và Điều 53 Quy tắc trọng tài). Nếu phán quyết trọng tài bị hủy một phần hoặc toàn bộ, một bên có quyền yêu cầu đưa vụ tranh chấp ra xét trước một hội đồng trọng tài mới để có một phán quyết trọng tài mới. Một trong các bên có thể sử dụng quyền này bằng cách nộp một yêu cầu xét xử mới, trong đó nêu rõ phán quyết ban đầu bị hủy và giải thích chi tiết các khía cạnh của tranh chấp cần được xét xử lại (Điều 55(1) Quy tắc trọng tài).

1.2. Sự khác nhau giữa hủy phán quyết và sửa phán quyết trọng tài đầu tư

Theo Điều 51 Công ước ICSID, các bên có thể yêu cầu sửa phán quyết trọng tài (revision of the award) nếu phát hiện ra một hoặc các sự kiện ảnh hưởng quyết định đến phán quyết trọng tài, nhưng với điều kiện là trước khi tuyên phán quyết cuối cùng, bên đưa ra yêu cầu sửa và bản thân Hội đồng trọng tài không biết sự kiện này và bên đưa ra yêu cầu không có lỗi khi không biết sự kiện này. Bên đưa ra yêu cầu sửa phán quyết có thể yêu cầu Hội đồng xét yêu cầu sửa phán quyết tạm dừng việc thi hành phán quyết cho tới khi có quyết định về việc sửa phán quyết. Hội đồng trọng tài cũng có thể quyết định tạm dừng thi hành phán quyết nếu thấy cần thiết.

Như vậy, có hai khác biệt cơ bản giữa cơ chế hủy phán quyết và cơ chế sửa phán quyết trọng tài đầu tư.

Khác biệt thứ nhất liên quan đến thẩm quyền của các hội đồng xét yêu cầu. Hội đồng xét yêu cầu sửa phán quyết có thể đưa ra các nhận định và đánh giá riêng, thay cho các nhận định và đánh giá của Hội đồng trọng tài và thay quyết định bị yêu cầu sửa bằng quyết định của mình nếu thấy phán quyết của Hội đồng trọng tài không hợp pháp. Trong khi đó, Hội đồng xét yêu cầu hủy phán quyết trọng tài chỉ được hủy một phần hoặc toàn bộ phán quyết trọng tài nếu thỏa mãn 1 trong 5 căn cứ nêu tại Điều 52(1) Công ước ICSID⁵ như đã phân tích ở trên. Hội đồng xét yêu cầu hủy không được sửa đổi, sửa chữa hay thay thế phán quyết trọng tài. Nếu phán quyết bị hủy thì sau đó, một trong các bên có thể yêu cầu lập một

⁵ L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, "Guide to ICSID Arbitration", Kluwer Law International, 2004, tr. 99.

Hội đồng trọng tài mới để xét xử lại vụ tranh chấp (như quy định tại Điều 52(6) Công ước ICSID).

Khác biệt thứ hai liên quan đến phạm vi của cơ chế hủy⁶. Trong cơ chế hủy, việc kiểm soát của Hội đồng xét yêu cầu hủy bị giới hạn ở tính hợp pháp của trình tự, thủ tục của phán quyết. Trong khi đó, cơ chế sửa phán quyết lại có thể liên quan đến nội dung của phán quyết⁷. Yêu cầu hủy không nhằm mục đích sửa chữa sai sót trong nội dung của phán quyết bị yêu cầu hủy. Cơ chế hủy phán quyết không phải là một cơ hội để bên đưa ra yêu cầu đệ trình các bằng chứng hoặc chứng cứ mới, trong khi đây lại là điều bắt buộc trong cơ chế sửa phán quyết trọng tài. Cơ chế hủy phải được hiểu là một dạng kiểm soát đối với các căn cứ chuyên biệt và có giới hạn và phải được phân tích dựa trên các tài liệu của hồ sơ cung cấp cho hội đồng xét yêu cầu hủy.

2. Thiếu căn cứ là cơ sở để hủy phán quyết trọng tài trong thực tiễn xét xử

2.1. Sự phát triển của án lệ trọng tài

Thời gian đầu, các quyết định hủy phán quyết trọng tài, như trong các vụ Klöckner⁸

và Amco⁹, vấp phải khá nhiều chỉ trích bởi Hội đồng xét yêu cầu hủy đã tiến hành việc sửa nội dung của phán quyết, đưa ra các tiêu chí đánh giá rộng vượt qua các giới hạn của Điều 52(1)¹⁰. Trong hai quyết định này, tiêu chí điển giải được sử dụng để làm căn cứ hủy không phải là thiếu căn cứ theo nghĩa hẹp nghiêm ngặt, mà là thiếu các lý do “quan trọng và phù hợp” hoặc “đủ xác đáng” có khả năng làm căn cứ cho phán quyết¹¹. Cách tiếp cận này đã xóa đi ranh giới giữa kiểm soát về hình thức và kiểm soát về nội dung của phán quyết, và qua đó đã trao cho hội đồng xét yêu cầu hủy vai trò kiểm duyệt các phán quyết mà họ cho là không chính xác.

Các quyết định hủy này đã gây khá nhiều tranh cãi¹². Sau đó, hội đồng xét yêu

des différends relatifs aux investissements, Revue québécoise de droit international, 2002, 15.2.

⁹ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID case n° ARB/81/1). Xem bình luận của Julien Fouret và Dany Khayat, *tlđđ*.

¹⁰ E. A. Schwartz, “Finality at What Cost? The Decision of the Ad Hoc Committee in Wena Hotels v. Egypt”, in E. Gaillard E., Y. Banifatemi (eds.), “Annulment of ICSID Awards”, Juris Publishing Inc., 2004, tr. 48; C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2e ed., Cambridge University Press, 2009, tr. 912.

¹¹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID case n° ARB/81/2, Quyết định của Hội đồng xét yêu cầu hủy ngày 3/5/1985, đoạn 119 và 120. Xem bình luận của Julien Fouret và Dany Khayat, *tlđđ*.

¹² Xem: A. Broches, “Observations on the Finality of ICSID Awards”, ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 6, n° 2, 1991, tr. 321; W. M. Reisman, “Repairing ICSID’s Control System: Some Comments on Aron Broches’ “Observations on the Finality of ICSID Awards””, ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, n° 1 (1992), tr. 196; A. Broches, “On the Finality of Awards: A Reply to Michael Reisman”, ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 8, n° 1, 1993, tr. 92.

⁶ Xem thêm: C. H. Schreuer, “*The ICSID Convention: A Commentary*”, 2e ed., Cambridge University Press, 2009, tr. 901.

⁷ D. D. Caron, “*Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal*”, ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, n° 1, 1992, tr. 26. Tham khảo tại: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2506540, truy cập ngày 30/3/2019.

⁸ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2). Xem bình luận của Julien Fouret và Dany Khayat, *Centre international pour le règlement*

cầu hủy trong các vụ việc khác đã sử dụng tiêu chí cân bằng hơn và tôn trọng hơn tinh thần của Công ước ICSID¹³. Các ví dụ điển hình nhất về sự thay đổi quan niệm về điều kiện và khả năng chấp nhận các yêu cầu hủy là các vụ *Wena v. Egypt*¹⁴ và *CDC v. Seychelles*¹⁵. Trong hai vụ này, các phán

¹³ M. B. Feldman, “*The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards*”, ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 2, n° 1, 1987, p. 85.

¹⁴ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID case no ARB/98/4). Đây là tranh chấp giữa Công ty Wena Hotels Limited quốc tịch Anh và Chính phủ Ai Cập. Cụ thể năm 1989, Wena và Công ty Khách sạn quốc gia Ai Cập (EHC) đã ký hợp đồng hợp tác có thời hạn 21,5 năm theo đó công ty Wena được quyền vận hành một số khách sạn vốn trước đây thuộc quyền của EHC. Ngay từ những năm đầu của hợp đồng, hai bên đã phát sinh nhiều tranh chấp khác nhau, đặc biệt liên quan đến các nghĩa vụ tài chính và đến năm 1991, chính quyền Ai Cập đã buộc hai bên chấm dứt hợp đồng và thu hồi quyền quản lý các khách sạn của Wena. Vì vậy, Wena đã khởi kiện Chính phủ Ai Cập dựa trên Hiệp định đầu tư song phương, trong đó có quy định cấm quốc gia tiếp nhận đầu tư quốc hữu hóa tài sản của nhà đầu tư mà không bồi thường kịp thời và thỏa đáng. Hội đồng trọng tài đầu tư đã kết luận rằng Chính phủ Ai Cập đã vi phạm Hiệp định đầu tư song phương và phải trả cho Wena số tiền bồi thường thiệt hại là 20.600.986.43 USD. Chính phủ Ai Cập sau đó đã nộp đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài này vì Hội đồng đã không đưa ra được các căn cứ xác đáng cho phán quyết của mình. Tuy nhiên yêu cầu hủy này đã không được chấp nhận. Quyết định ngày 5/2/2002 bác đơn yêu cầu hủy có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>, truy cập ngày 7/5/2019.

¹⁵ *CDC Group plc v. Republic of Seychelles* (ICSID case no ARB/02/14). Đây là tranh chấp giữa Công ty CDC quốc tịch Anh với Chính phủ Seychelles liên quan đến các khoản đầu tư tài chính và khách sạn của CDC tại Seychelles. Do Chính phủ Seychelles không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đối với các khoản vay, nên CDC đã khởi kiện và hội đồng trọng tài đã kết luận Chính phủ Seychelles đã vi phạm nghĩa vụ. Sau đó Chính phủ Seychelles đã nộp đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài vì Hội đồng trọng tài đã đưa ra kết luận thiếu căn cứ. Tuy nhiên, Hội đồng ad hoc

quyết đã không bị hủy, dù rằng lập luận và căn cứ của phán quyết có các sai lệch và thiếu sót. Nguyên tắc “Hội đồng xét yêu cầu hủy không được quyền đưa ra quan điểm về nội dung vụ việc”¹⁶ đã bắt đầu được chấp nhận rộng rãi trong tổ tụng hủy phán quyết.

Xu thế này đã được khẳng định trong các quyết định sau đó, như trong các vụ *Soufraki v. United Arab Emirates*¹⁷, *MTD v. Chile*¹⁸ và *Lucchetti v. Peru*¹⁹. Trong các vụ

đã nhận định rằng Hội đồng trọng tài đã đưa ra được các căn cứ cho các quyết định của mình. Quyết định ngày 29/6/2005 bác đơn yêu cầu hủy có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6344.pdf>, truy cập ngày 7/5/2019.

¹⁶ *CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles*, Aff. CIRDI n° ARB/02/14, *tldd*, đoạn 35.

¹⁷ *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (ICSID case n° ARB/02/7). Đây là một tranh chấp giữa một nhà đầu tư các nhân tên là Hussein Nuaman Soufraki (có quốc tịch Canada và cho rằng có cả quốc tịch Italy) và Chính phủ Các tiểu vương quốc Arab thống nhất liên quan đến hợp đồng nhượng quyền phát triển, quản lý và vận hành Cảng Al Hamriya và khu vực xung quanh thời hạn 30 năm. Hussein Nuaman Soufraki (Nguyên đơn) cho rằng các quyền của mình theo hợp đồng nhượng quyền đã bị vi phạm nên đã kiện Chính phủ Các tiểu vương quốc Arab thống nhất (Bị đơn) ra Trọng tài ICSID trên cơ sở Hiệp định đầu tư song phương giữa Italy và Các tiểu vương quốc Arab thống nhất. Bị đơn đã phản đối thẩm quyền của Hội đồng trọng tài với lập luận chính rằng Nguyên đơn không có quốc tịch Italy một cách thực chất và vì vậy Hiệp định đầu tư song phương Italy-Các tiểu vương quốc Arab thống nhất không thể được áp dụng. Trước hội đồng trọng tài, Nguyên đơn đã không cung cấp được các giấy tờ hợp pháp chứng minh mình đã có quốc tịch Italy trước khi phát sinh tranh chấp. Sau đó Nguyên đơn đã yêu cầu hủy phán quyết này. Tuy nhiên, Hội đồng xét yêu cầu hủy đã bác yêu cầu này Quyết định ngày 5/6/2007 bác đơn yêu cầu hủy có thể xem được tại: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C213/DC1553_En.pdf, truy cập ngày 7/5/2019.

¹⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case n° ARB/01/7). Đây là tranh chấp giữa các Công ty MTD Equity Sdn. Bhd.

này, các yêu cầu hủy đã bị bác hoàn toàn, vì các hội đồng xét yêu cầu hủy đã sử dụng

(quốc tịch Malaysia, gọi tắt là MTD Equity) và MTD Chile S.A. (gọi tắt là MTD Chile) và Chính phủ Chile liên quan đến một khoản đầu tư của MTD Equity nhằm phát triển các dự án bất động sản tại Chile. Nhà đầu tư (Nguyên đơn) cho rằng Chính phủ Chile đã vi phạm nghĩa vụ đối xử công bằng và thỏa đáng của Nhà nước tiếp nhận đầu tư đối với nhà đầu tư quy định trong Hiệp định đầu tư song phương Malaysia-Chile nên đã khởi kiện Chính phủ Chile (Bị đơn) ra trọng tài ICSID. Hội đồng trọng tài đã quyết định rằng Bị đơn đã vi phạm Điều 3(1) Hiệp định đầu tư song phương Malaysia-Chile và buộc Bị đơn bồi thường cho Nguyên đơn 5,871,322.42 USD. Sau đó Bị đơn đã nộp đơn yêu cầu hủy phán quyết này vì cho rằng Hội đồng trọng tài đã không đưa ra các căn cứ cho quyết định của mình. Hội đồng xét đơn đã bác yêu cầu hủy này (đoạn 113). Quyết định ngày 21/3/2007 bác đơn yêu cầu hủy có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0546.pdf>, truy cập ngày 6/5/2019.

¹⁹ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (tiền thân là Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru* (ICSID, case n° ARB/03/4). Đây là tranh chấp giữa hai công ty Industria Nacional de Alimentos (là công ty kế thừa công ty Empresas Lucchetti) và Indalsa Perú, S.A (là công ty kế thừa của Lucchetti Perú, S.A) thuộc quyền kiểm soát của Lucchetti nhà đầu tư quốc tịch Chile với Chính phủ Peru liên quan đến dự án đầu tư sản xuất và kinh doanh mỳ ông. Nhà đầu tư (Nguyên đơn) cho rằng Chính phủ Peru (Bị đơn) đã không đối xử với mình một cách công bằng và đã quốc hữu hóa tài sản của mình nên đã khởi kiện ra trọng tài ICSID. Tuy nhiên, hội đồng trọng tài đã kết luận rằng Bị đơn đã không vi phạm hiệp định đầu tư song phương Chile-Peru. Nguyên đơn sau đó đã yêu cầu hủy phán quyết này dựa vào ba lập luận, trong đó có lập luận cho rằng các căn cứ mà dựa vào đó Hội đồng trọng tài đưa ra phán quyết mâu thuẫn nhau và vì vậy đồng nghĩa với việc phán quyết trọng tài thiếu căn cứ. Tuy nhiên, Hội đồng xét yêu cầu hủy đã bác yêu cầu của nguyên đơn vì cho rằng Hội đồng trọng tài có thể đưa ra các căn cứ khác nhau để củng cố cho các lập luận khác nhau. Quyết định ngày 5/9/2007 bác đơn yêu cầu hủy có thể xem được tại http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C225/DC683_En.pdf, đặc biệt đoạn 72 và 73, truy cập ngày 6/5/2019.

các tiêu chí hẹp để đánh giá thế nào là thiếu căn cứ.

Tuy nhiên, trong vụ *Mitchell v. Congo*²⁰, Hội đồng xét yêu cầu hủy vẫn diễn giải Công ước theo hướng rộng. Trong vụ việc này, phán quyết đã bị hủy toàn bộ. Hội đồng xét yêu cầu hủy đã đánh giá rằng, hội đồng trọng tài đã vượt quá thẩm quyền một cách rõ ràng và đã không nêu rõ các căn cứ của quyết định, chủ yếu là đã tuyên bố một cách sai lầm rằng đã tồn tại một khoản đầu tư được bảo vệ bởi một hiệp định song phương²¹. Quyết định này đã gây rất nhiều tranh cãi vì khi Hội đồng xét yêu cầu hủy

²⁰ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID case n° ARB/99/7). Đây là tranh chấp giữa M. Mitchell (Nguyên đơn) và Chính phủ Cộng hòa dân chủ Congo (Bị đơn). Nguyên đơn có quốc tịch Mỹ đã thực hiện một khoản đầu tư vào Congo để mở một văn phòng luật sư tại đây. Sau đó, Chính phủ Congo đã buộc M. Mitchell phải đóng cửa văn phòng này. Theo nguyên đơn, hành động này của Bị đơn đã vi phạm Hiệp định đầu tư song phương Hoa Kỳ – Congo, đặc biệt quy định cấm Nhà nước tiếp nhận đầu tư quốc hữu hóa tài sản của nhà đầu tư. Hội đồng trọng tài đã tuyên nguyên đơn thắng kiện. Bị đơn sau đó đã yêu cầu hủy phán quyết này vì cho rằng Hội đồng trọng tài đã vi phạm tất cả các quy định nêu tại Điều 52 Công ước ICSID. Liên quan đến căn cứ của phán quyết trọng tài, Hội đồng ad hoc xét yêu cầu hủy đã nhận định rằng Hội đồng trọng tài đã chưa đưa ra được các căn cứ hợp pháp cho phán quyết của mình và vì vậy, kết hợp với các lý do khác quy định tại Điều 52, đã hủy toàn bộ phán quyết trọng tài. Quyết định ngày 1/11/2006 hủy toàn bộ phán quyết trọng tài có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>, đặc biệt đoạn 58, truy cập ngày 6/5/2019.

²¹ R. Dolzer, C. H. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, tr. 69; W. B. Hamida, “Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control. Ad hoc Committee’s Decision in *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, n° 3, 2007, tr. 287.

đường như đã tiến hành sửa phán quyết trọng tài²².

Về phần mình, quyết định hủy phán quyết vụ CMS v. Argentine²³ lại có một tính chất đặc biệt khác. Mặc dù một phần của phán quyết (phần liên quan đến điều khoản đối xử công bằng và thỏa đáng), đã bị hủy vì thiếu căn cứ²⁴, nhưng việc hủy này không ảnh hưởng đến phán quyết cuối cùng. Hội đồng xét yêu cầu hủy đã ý thức được trong

²² G. Verhoosel, “Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID”, in “50 Years of the New York Convention”, ICCA Congress series n° 14, Wolters Kluwer, 2009, tr. 304.

²³ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID case n° ARB/01/8). Đây là một tranh chấp giữa CMS Gas Transmission Company (Nguyên đơn) với Chính phủ Argentina liên quan đến các khoản đầu tư vào lĩnh vực dầu khí tại quốc gia này. Để đối phó với cuộc khủng hoảng kinh tế, Chính phủ Argentina đã ban hành một loạt các đạo luật khác nhau liên quan đến dầu khí và nhà đầu tư cho rằng các đạo luật này đã có hậu quả là tước đoạt tài sản của mình. Tranh chấp sau đó được giải quyết trước Trọng tài đầu tư ICSID theo Hiệp định đầu tư song phương Hoa Kỳ – Argentina. Hội đồng quyết định Bị đơn đã vi phạm một số quy định của Hiệp định đầu tư song phương Hoa Kỳ – Argentina, đặc biệt quy định về cấm tước đoạt quyền sở hữu của nhà đầu tư. Bị đơn sau đó yêu cầu hủy phán quyết này dựa trên Điều 52 Công ước ICSID, trong đó nhấn mạnh đến lý do Hội đồng trọng tài đã không đưa ra các căn cứ rõ ràng cho phán quyết trọng tài. Quyết định ngày 25/9/2007 hủy một phần phán quyết trọng tài có thể xem được tại: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4/DC687_En.pdf, truy cập ngày 7/5/2019.

²⁴ CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, *tldd*, đoạn 96 và 97. Hội đồng xét yêu cầu hủy đã nhận định rằng “cách thức mà Hội đồng trọng tài kết luận rằng CMS có thể yêu cầu Argentina thực hiện các nghĩa vụ của mình đối với TGN là hoàn toàn không rõ ràng. [...] Các tình tiết của vụ việc cho thấy phán quyết đã thiếu căn cứ, khiến cho người đọc không hiểu được lập luận của phán quyết. [...] Kết quả là kết luận của Hội đồng trọng tài về Điều II (2) (c) phải bị hủy vì thiếu căn cứ”.

vụ việc này rằng mình không thể vượt quá các giới hạn của kiểm soát, ngay cả khi có một loạt các sai lầm và thiếu sót trong việc nêu các căn cứ của phán quyết. Hội đồng xét yêu cầu hủy đã nhận định rằng phán quyết trọng tài đã mắc “...các sai lầm rõ ràng về quyền, các khoảng trống pháp lý [...]. Tuy nhiên, Hội đồng đã nhắc lại rằng mình chỉ thực hiện nhiệm vụ theo quy định của Điều 52 Công ước ICSID; có nghĩa là không được xét lại nội dung vụ việc. Tinh thần của Điều 52 phải được hiểu: Công ước cho phép hủy như một giải pháp thay thế, và chỉ như vậy khi hội đủ một số điều kiện, Hội đồng không thể thay thế các nhận định và đánh giá của hội đồng trọng tài bằng các nhận định và đánh giá của riêng mình.

2.2. Hai vụ việc điển hình

Vụ Azurix v. Argentine

Trong vụ Azurix v. Argentine²⁵, Nhà nước đã yêu cầu hủy phán quyết trọng tài

²⁵ Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID case n° ARB/01/12). Đây là tranh chấp giữa công ty Azurix Corp với Chính phủ Argentina liên quan đến khoản đầu tư của Azurix trong lĩnh vực nước sạch tại Argentina. Azurix đã trúng thầu một số dự án nước sạch tại một số tỉnh của Argentina, tuy nhiên trong quá trình thực hiện hợp đồng các bên đã phát sinh tranh chấp liên quan đến giá dịch vụ. Azurix cho rằng khoản đầu tư vào Argentina đã bị tước đoạt bằng các biện pháp hành chính của Chính phủ Argentina và ngoài ra Chính phủ Argentina đã vi phạm nghĩa vụ của mình theo Hiệp định song phương giữa Mỹ và Argentina về hỗ trợ, khuyến khích và bảo vệ đầu tư (BIT) về đối xử công bằng và thỏa đáng. Hội đồng trọng tài đã kết luận rằng Chính phủ Argentina đã vi phạm nghĩa vụ theo BIT giữa Argentina và Hoa Kỳ và buộc Chính phủ Argentina phải bồi thường cho Azurix số tiền 165,240,753 USD. Sau đó, Chính phủ Argentina đã nộp đơn yêu cầu hủy phán quyết này. Quyết định ngày 1/9/2009 bác yêu cầu hủy phán quyết trọng tài có thể xem được tại: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/>

tuyên Nhà nước phải bồi thường cho một nhà đầu tư Mỹ dựa trên 4 trong 5 nguyên nhân quy định tại Điều 52(1) Công ước ICSID. Trong khuôn khổ bài viết này, chúng tôi chỉ phân tích căn cứ “phán quyết trọng tài thiếu căn cứ”.

Argentine khẳng định rằng Hội đồng trọng tài đã thiếu căn cứ, với 5 lập luận sau: (i) Hội đồng trọng tài đã đưa ra các căn cứ mâu thuẫn nhau trong việc áp dụng pháp luật Argentine; (ii) Hội đồng trọng tài đã không nêu căn cứ cho quyết định của mình vì đã xét rằng các lập luận của Argentine trong tố tụng không phải là các lập luận quan trọng; (iii) Hội đồng trọng tài đã không giải thích các lý do mà Hội đồng dựa vào để kết luận đã có sự vi phạm nguyên tắc bảo vệ đầy đủ và an ninh dành cho nhà đầu tư theo hiệp định song phương; (iv) Hội đồng trọng tài đã không đưa ra một lập luận logic nhằm làm rõ mối quan hệ nhân quả giữa việc không thực hiện nghĩa vụ và xác định thiệt hại; và (v) Hội đồng trọng tài đã không giải thích cách xác định số tiền bồi thường cho nhà đầu tư.

Trong quyết định của mình, Hội đồng xét yêu cầu hủy đã nhắc lại các giới hạn thẩm quyền của mình khi xét yêu cầu hủy, và đặc biệt là nhiệm vụ của mình giới hạn ở việc đánh giá hiệu lực của phán quyết trọng tài mà không có quyền tiến hành xem xét nội dung tranh chấp²⁶.

Còn về cách giải thích phạm vi của thiếu căn cứ, hội đồng xét yêu cầu hủy đã đánh giá rằng “nguyên nhân hủy này chỉ áp

dụng cho các trường hợp không có bất kỳ nghi ngờ nào rằng Hội đồng trọng tài đã không đưa ra căn cứ cho phán quyết của mình, chứ không áp dụng cho các trường hợp Hội đồng trọng tài chỉ quên nêu các căn cứ thuyết phục và chính xác”²⁷.

Theo tiêu chí hẹp này, Hội đồng xét yêu cầu hủy đã bác yêu cầu hủy của Argentine, đánh giá rằng Hội đồng trọng tài đã đưa ra căn cứ cho phán quyết của mình – ít nhiều rõ ràng, tùy theo các trường hợp rằng, Hội đồng trọng tài đã xét các lập luận được Argentine viện dẫn và đã bác bỏ chúng một cách rõ ràng hoặc ngầm suy trong phán quyết, và cuối cùng Hội đồng trọng tài đã không mâu thuẫn trong các căn cứ mà mình đưa ra.

Vụ MCI v. Ecuador

Trong vụ MCI v. Ecuador²⁸, các nhà đầu tư Mỹ đã yêu cầu hủy một phần phán quyết trọng tài vì thiếu căn cứ dựa trên Điều 52(1)(e) Công ước ICSID. Theo yêu cầu

²⁷ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, tldđ, đoạn 53.

²⁸ *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID case n° ARB/03/6. Đây là tranh chấp giữa tập đoàn MCI và New Turbine của Hoa Kỳ với Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL), một cơ quan nhà nước của Ecuador về điện lực. Tranh chấp liên quan đến giá điện và một số nội dung khác và INECEL đã tuyên bố chấm dứt hợp đồng. MCI và New Turbine đã khởi kiện Chính phủ Ecuador dựa trên hiệp định đầu tư song phương Ecuador-Hoa Kỳ, đặc biệt các quy định về đối xử công bằng, thỏa đáng và nghĩa vụ bảo vệ nhà đầu tư của Nhà nước tiếp nhận đầu tư. Hội đồng trọng tài đã kết luận rằng Chính phủ Ecuador đã không vi phạm nghĩa vụ và bác yêu cầu của các nguyên đơn. Vì vậy, nguyên đơn đã yêu cầu hủy một phần phán quyết này. Quyết định ngày 19/10/2009 bác đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài có thể xem được tại: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C226/DC1231_En.pdf, truy cập ngày 6/5/2019.

ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5/DC1171_En.pdf, truy cập ngày 7/5/2009.

²⁶ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, tldđ, đoạn 41.

hủy, Hội đồng trọng tài đã không xem xét một yêu cầu được đưa ra trong tố tụng về việc Ecuador phải trả một số khoản tiền cho MCI. Theo MCI, Hội đồng trọng tài đã không đề cập đến một vấn đề mà MCI cho rằng có thể ảnh hưởng đến kết quả của phán quyết. Ngoài ra, theo đơn yêu cầu hủy, phán quyết đã không hề giải thích tại sao Hội đồng trọng tài lại không xem xét yêu cầu này. Yêu cầu hủy còn lập luận rằng, ngay cả khi chấp nhận rằng Hội đồng trọng tài đã bác bỏ một cách ngầm định yêu cầu của MCI vì tranh chấp đã xuất hiện trước khi hiệp định song phương có hiệu lực, thì lập luận của Hội đồng trọng tài cũng không thống nhất, thậm chí mâu thuẫn và như vậy đồng nghĩa với thiếu căn cứ.

Hội đồng xét yêu cầu hủy đã nhắc lại ngay từ đầu rằng mình không phải là một cơ quan xét xử phúc thẩm và rằng nhiệm vụ của mình giới hạn ở việc kiểm soát tính hợp pháp của phán quyết, theo đúng các nguyên tắc được quy định rõ và đầy đủ tại Điều 52 Công ước ICSI: “Các hội đồng xét yêu cầu hủy không thể phân tích nội dung của phán quyết [...]. Đây là một nguyên tắc cơ bản [...]. Vì vậy, vai trò của Hội đồng xét yêu cầu hủy bị giới hạn ở việc đánh giá sự hợp pháp của phán quyết chứ không phải sửa phán quyết. Cụ thể, hội đồng không thể thay thế phán quyết về nội dung tranh chấp của Hội đồng trọng tài bằng phán quyết của mình”²⁹.

Còn về lập luận rằng phán quyết đã thiếu căn cứ mà MCI viện dẫn, Hội đồng xét yêu cầu hủy đã chấp nhận rằng việc không xem xét các yêu cầu được đệ trình

lên Hội đồng trọng tài có thể được coi là thiếu căn cứ, nhưng cần phải phân biệt các yêu cầu với các lập luận: Hội đồng trọng tài phải trả lời tất cả các yêu cầu nhưng không bắt buộc phải xem xét tất cả các lập luận khi các lập luận này không xác đáng³⁰.

Còn về nội dung của yêu cầu, Hội đồng xét yêu cầu hủy đã sử dụng lại lập luận của Hội đồng trọng tài và từ đó kết luận rằng, yêu cầu của MCI đã được xem xét và được bác bỏ một cách ngầm suy bởi Hội đồng trọng tài. Dù điều này đã không được thể hiện rõ trong phán quyết, người ta vẫn có thể suy ra từ lập luận của Hội đồng trọng tài rằng Hội đồng trọng tài đã chấp nhận các lập luận của Ecuador liên quan đến nội dung tranh chấp³¹.

3. Một số lưu ý thay cho lời kết

Phán quyết trọng tài đầu tư về nguyên tắc là chung thẩm. Tuy nhiên, Công ước ICSID có các quy định cho phép các bên thực hiện quyền khiếu kiện sau khi phán quyết được tuyên. Quyền khiếu kiện này có thể liên quan đến việc: Diễn giải phán quyết (Điều 50), sửa phán quyết (Điều 51) và hủy phán quyết (Điều 52). Việc phân tích nội dung Điều 52(1)(e) và thực tiễn xét xử các yêu cầu hủy phán quyết trọng tài đầu tư cho phép rút ra một số lưu ý sau:

Thứ nhất, Điều 48(3) Công ước ICSID quy định rằng phán quyết trọng tài phải xét và xử tất cả các yêu cầu đệ trình lên hội đồng trọng tài và việc phân xử phải có căn cứ (Điều 48). Trường hợp hội đồng trọng tài không thực hiện nghĩa vụ này thì đó chính

²⁹ MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, *tlđđ*, đoạn 24.

³⁰ MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, *tlđđ*, đoạn 67 và 68.

³¹ MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, *tlđđ*, đoạn 77.

là một căn cứ để hủy phán quyết trọng tài, theo Điều 52(1)(e) Công ước ICSID. Tuy nhiên, Công ước không định nghĩa thế nào là “thiếu căn cứ”. Trong thực tiễn xét xử hiện nay, “thiếu căn cứ” được các Hội đồng xét yêu cầu hủy diễn giải theo hướng hẹp. Các căn cứ bị thiếu phải là các căn cứ có ảnh hưởng quyết định đến nội dung của phán quyết. Chỉ các phán quyết trọng tài không có bất kỳ căn cứ nào, nghĩa là chỉ chứa phán quyết định, mới có thể bị hủy³². Nếu việc thiếu căn cứ ảnh hưởng đến một phần của phán quyết thì có thể dẫn tới việc hủy một phần phán quyết (như trong vụ CMS v. Argentine), chứ không dẫn tới việc hủy toàn bộ phán quyết.

Thứ hai, trách nhiệm của Hội đồng trọng tài là đưa ra các căn cứ cần thiết để giải thích cho các bên lý do khiến Hội đồng trọng tài quyết định như trong phán quyết. Mục đích của Công ước là nhằm bảo đảm cho các bên được xét xử theo chuẩn mực tối thiểu về tố tụng. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là Hội đồng xét yêu cầu hủy được quyền đánh giá tính chất xác đáng, phù hợp hay thuyết phục của căn cứ của phán quyết trọng tài. Chỉ cần Hội đồng trọng tài đã thực hiện nghĩa vụ nêu căn cứ dẫn tới các quyết định của mình thì phán quyết không bị hủy³³.

Thứ ba, cần phân biệt các căn cứ mâu thuẫn nhau với các căn cứ không đúng hoặc không phù hợp. Các căn cứ mâu thuẫn nhau làm cho phán quyết không thể hiểu được,

trong khi các căn cứ không đúng hoặc không phù hợp ảnh hưởng đến chất lượng lập luận của trọng tài và như vậy ảnh hưởng đến giá trị của phán quyết. Trên góc độ logic, hai căn cứ mâu thuẫn nhau sẽ loại trừ nhau, và như vậy dẫn đến việc thiếu căn cứ. Trong vụ Vivendi v. Argentine³⁴, Hội đồng xét đơn yêu cầu hủy đã nhận định rằng các căn cứ mâu thuẫn nhau sẽ loại trừ lẫn nhau. Ngoài ra, cũng cần phân biệt các nhận định mâu thuẫn nhau với các nhận định về các vấn đề trái ngược nhau. Trường hợp trọng tài đưa ra các nhận định về các vấn đề trái ngược nhau thì không thể hiểu đó là các nhận định mâu thuẫn nhau; không thể trở thành căn cứ hủy phán quyết.

Thứ tư, các căn cứ không nhất thiết phải xuất hiện một cách rõ ràng trong phán quyết. Các căn cứ này có thể ngầm ẩn hoặc được suy đoán một cách hợp lý từ các nhận định và kết luận của Hội đồng trọng tài. Cả Điều 48(3) và Điều 52(1)(e) Công ước

³⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, ICSID case n° ARB/97/3. Đây là tranh chấp giữa hai công ty Compañía de Aguas del Aconquija và S.A. y Vivendi Universal (thuộc quyền kiểm soát của công ty Générale des eaux của Pháp) với Chính phủ Argentina liên quan đến hợp đồng nhượng quyền xây dựng và khai thác công trình nước sạch có thời hạn 30 năm. Các nhà đầu tư (Nguyên đơn) quốc tịch Pháp cho rằng Chính phủ Argentina đã vi phạm nghĩa vụ đối xử công bằng, thỏa đáng và bảo vệ nhà đầu tư nước ngoài như đã được quy định tại Điều 3 và Điều 5 Hiệp định đầu tư song phương Pháp-Argentina. Tranh chấp sau đó được đưa ra xét xử trước Trọng tài ICSID. Hội đồng trọng tài đã bác yêu cầu của nguyên đơn. Sau đó nguyên đơn đã yêu cầu hủy phán quyết trọng tài này. Quyết định ngày 3/7/2002 hủy một phần phán quyết trọng tài (phần vượt quá thẩm quyền) có thể xem được tại: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC552_En.pdf, truy cập ngày 7/5/2019.

³² C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2e ed., Cambridge University Press, 2009, tr. 918.

³³ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case n° ARB/98/4, *tlđđ*, đoạn 79.

ICSID đều không quy định về cách thức nêu căn cứ. Vì vậy, Hội đồng xét yêu cầu hủy trong vụ *Wena v. Egypt*³⁵ đã diễn giải mục đích của hai quy định này theo hướng nhằm bảo đảm rằng các bên có quyền được hiểu lập luận của Hội đồng trọng tài và vì vậy, căn cứ không nhất thiết phải được nêu rõ, miễn là các bên hiểu được phán quyết trọng tài.

Thứ năm, cách thể hiện các căn cứ có thể khác nhau tùy thuộc các truyền thống và văn hóa pháp lý của trọng tài viên. Một số hội đồng trọng tài nêu các căn cứ một cách rất vắn tắt nhưng một số hội đồng trọng tài khác lại nêu rất chi tiết. Nhìn chung, việc căn cứ được nêu trong phán quyết không rõ

ràng không nhất thiết dẫn tới việc hủy toàn bộ hay một phần phán quyết. Để phán quyết bị hủy thì việc thiếu vắng các căn cứ phải đủ lớn ảnh hưởng đến phán quyết. Bên yêu cầu hủy phán quyết trọng tài phải chứng minh rằng việc thiếu căn cứ đã ảnh hưởng đến kết quả cuối cùng của phán quyết.

Tóm lại, để được hủy phán quyết, bên yêu cầu cần phải chứng minh rằng, Hội đồng trọng tài đã vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ nêu các căn cứ và đó là các căn cứ ảnh hưởng đến kết quả của phán quyết. Nếu các căn cứ bị thiếu là rất nhỏ hoặc nếu việc đó không ảnh hưởng đến phán quyết trọng tài thì phán quyết trọng tài đó không bị hủy.

³⁵ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case n° ARB/98/4, *tlđđ*, đoạn 56.

(Tiếp theo trang 48 – Một số bất cập của pháp luật...)

3. Kết luận

Việc quản lý vốn nhà nước tại các công ty cổ phần được thực hiện theo nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Pháp luật hiện hành quy định việc chuyển nhượng phần vốn nhà nước tại các doanh nghiệp đã bộc lộ một số hạn chế nhất định. Quy định hiện hành chỉ nhằm hướng đến việc tối đa hóa số tiền thu về từ việc chuyển nhượng mà chưa hướng đến việc tìm và tạo điều kiện cho các nhà đầu tư lớn, chiến lược tham gia để duy trì và phát triển doanh

nh nghiệp sau khi đã chuyển nhượng. Việc xác định giá trị các tài sản vô hình như quyền sở hữu trí tuệ, các giá trị văn hóa, lịch sử... chưa được quy định hợp lý. Các phương thức chuyển nhượng phần vốn nhà nước tại các doanh nghiệp chưa phù hợp với thông lệ quốc tế nên các nhà đầu tư chiến lược chưa tham gia nhiều. Do đó, việc nhanh chóng chỉnh sửa, hoàn thiện các quy định pháp luật về quản lý vốn nhà nước đầu tư tại doanh nghiệp sau cổ phần hóa là cần thiết và cấp bách.

CÁC VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ ÁN LỆ Ở CÁC NƯỚC THUỘC HỆ THỐNG THÔNG LUẬT

Nguyễn Bá Bình*

Tóm tắt: *Án lệ đóng vai trò quan trọng như mạch máu trong hệ thống pháp luật của các nước thuộc hệ thống thông luật (common law system). Đặt trong bối cảnh Việt Nam bước đầu thừa nhận và áp dụng án lệ cũng như việc hội nhập quốc tế sâu rộng của đất nước, bài viết bàn về khái niệm án lệ và việc áp dụng án lệ tại các nước thuộc hệ thống thông luật, đồng thời rút ra một số bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.*

Abstract: *Case law plays an important role as lifeblood of common law jurisdictions. Put it in the context of Vietnam's gradual recognition and application of case law and deep and wide international integration, the article analyzes the concept of case law and the application thereof in the common law jurisdictions, and provides concrete lessons for Vietnam.*

1. Khái niệm án lệ

1.1. Định nghĩa án lệ

Ở các nước thuộc hệ thống thông luật (common law system), tiêu biểu như Anh, Hoa Kỳ, Úc, án lệ chiếm vị trí quan trọng, được ví như mạch máu của hệ thống pháp luật ("life blood of a legal system")¹; là một nguồn luật chính thức, chủ yếu chứ không phải là nguồn luật thứ yếu như các nước thuộc hệ thống dân luật (civil law system).

Tại Anh, quê hương của hệ thống thông luật, án lệ được hiểu theo nghĩa rộng và nghĩa hẹp, cụ thể là: "*Theo nghĩa rộng, án lệ liên quan đến việc sử dụng các quyết định, bản án của các vụ án đã được xét xử trước đó như những tuyên bố có quyền uy trong pháp luật và được dùng làm cơ sở cho việc giải quyết các vụ việc sau đó. Theo nghĩa hẹp, án lệ đòi hỏi thẩm phán của mỗi tòa án cụ thể tôn trọng và tuân theo các bản án đã*

tuyên của các tòa án cấp trên theo nguyên tắc bắt buộc"².

Theo Từ điển Black's Law, án lệ ở các nước thuộc hệ thống thông luật được hiểu là "*các vụ án đã được giải quyết tạo cơ sở cho việc giải quyết các vụ án sau này với những sự kiện hoặc vấn đề pháp lý tương tự*"³. Dù án lệ là một loại nguồn quan trọng ở các nước thuộc hệ thống thông luật, sự sáng tạo của thẩm phán trong việc giải quyết các vụ việc để từ đó làm nên các án lệ không phải không có giới hạn. Án lệ ra đời trong các trường hợp sau đây⁴:

(i) Khi chưa có luật thành văn nhưng tòa án phải xét xử để bảo đảm công lý. Đây là trường hợp án lệ đưa ra quy tắc pháp luật mới.

* TS., Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Gerald J. Postema, *Some Roots of Our Nation of Precedent*, *Precedent in Law* (Clarendon Press-Oxford, 1987), tr.10-15.

² Peter. B. H. Birks, *English Private Law* (Oxford University Press, 2000), tr.29.

³ Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, 8th ed., 2004, tr.1102.

⁴ Malgorata Z. Krol, 'Precedent and the law' in Ewoud Hondius (ed), *Precedent and the law* (Bruylant Bruxelles, 2007), tr.424-425.

(ii) Đã có luật thành văn, nhưng pháp luật không rõ ràng, buộc thẩm phán phải giải thích pháp luật một cách hợp lý. Trong trường hợp này, án lệ không đưa ra quy tắc pháp luật mới mà chỉ đưa ra cách giải thích hợp lý cho các quy phạm pháp luật được áp dụng để giải quyết vụ việc phát sinh.

Cách hiểu về án lệ tại Việt Nam, thể hiện thông qua Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ (sau đây gọi tắt là Nghị quyết 03), như sau: “Án lệ là những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án về một vụ việc cụ thể được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao lựa chọn và được Chánh án Tòa án nhân dân tối cao công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử”. Nếu đối chiếu với khái niệm này của Việt Nam, án lệ trong hệ thống thông luật được áp dụng không chỉ trong hoạt động “xét xử” của tòa án, mà còn thông qua các phương thức khác như thương lượng, hòa giải, trọng tài... Do đó, định nghĩa án lệ trong Nghị quyết 03 cần phải bao quát hơn, án lệ không chỉ được áp dụng “trong xét xử” mà còn “để giải quyết các vụ việc tương tự”; ngoài ra, cần xác định án lệ được dùng để giải quyết các vụ việc chứ không phải “...để ...nghiên cứu”, bởi “nghiên cứu” là cách thức chứ không phải mục đích áp dụng của án lệ.

1.2. *Mối quan hệ giữa án lệ và luật thành văn*

Dù án lệ là một loại nguồn chủ yếu, quan trọng trong hệ thống thông luật và thường xuyên được các thẩm phán xem xét trong quá trình xét xử, luật thành văn vẫn có giá trị cao hơn án lệ. Ở các nước thuộc hệ thống thông luật, luật thành văn là các quy

định pháp luật được ban hành bởi các cơ quan lập pháp. Theo nguyên tắc tính tối cao của lập pháp/nghị viện (legislative supremacy/the supremacy of parliament) thì luật thành văn có giá trị ưu tiên áp dụng hơn án lệ⁵. Nếu đã có quy định pháp luật thành văn thì phải áp dụng quy định đó để xét xử và luật thành văn khi ra đời có thể bãi bỏ án lệ. Án lệ chỉ ra đời và được áp dụng khi chưa có luật thành văn hoặc quy định luật thành văn chưa rõ ràng về một vấn đề thực tế phát sinh. Thực tiễn ở các nước thuộc hệ thống thông luật cho thấy, Nghị viện của các nước như Anh, Hoa Kỳ đã ban hành các văn bản pháp luật để bãi bỏ các án lệ của tòa án. Không chỉ thế, với xu thế ngày càng xích lại gần nhau giữa hệ thống thông luật và hệ thống dân luật⁶, các quốc gia thuộc hệ thống thông luật ngày càng ban hành nhiều văn bản quy phạm pháp luật thành văn để điều chỉnh, theo đó, sự phổ biến của việc sử dụng án lệ trong xét xử tại các nước này đang giảm dần. Nguyên thẩm phán nổi tiếng của Tòa án tối cao Úc Michael Kirby nhận định: “*Sự gia tăng số lượng và tầm quan trọng của các văn bản quy phạm pháp luật với tư cách là nguồn luật dẫn đến sự sụt giảm tương ứng về ý nghĩa của học thuyết án lệ đối với việc làm rõ pháp luật*”⁷. Sự ra đời của các văn bản quy phạm pháp luật, không chỉ giảm dần các án lệ đang có, mà còn phủ lấp dần các

⁵ Daniel A. Farrber, "Statutory Interpretation and Legislative Supremacy", tr.78, The Georgetown Law Journal, 1989, https://eclw.uwaterloo.ca/~dwharder/PPE/History_of_law/, truy cập ngày 28/6/2018.

⁶ Julian Hermida, *Convergence of Civil Law and Common Law in the Criminal Theory Realm*, University of Miami International and Comparative Law Review, Fall, 2005.

⁷ Michael Kirby, "Precedent Law, Practice, and Trends in Australia", Australian Bar Review, 2007.

khoảng trống cho sự ra đời của các quy tắc pháp lý mới hay cách giải thích pháp luật để có thể tạo ra án lệ mới.

1.3. Công bố và viện dẫn án lệ

Một trong hai yêu cầu then chốt để có án lệ tồn tại và phát triển ổn định ở các nước thuộc hệ thống thông luật (bên cạnh yêu cầu về hệ thống thứ bậc tòa án) là hệ thống công bố án lệ đáng tin cậy được thiết lập. Điều này hết sức cần thiết để bảo đảm án lệ được hiểu và áp dụng tốt trong thực tế.

Ở Anh, án lệ được đăng trong các báo cáo pháp luật (Law Reports) được xuất bản ở nhiều nguồn khác nhau, có thể kể đến theo các giai đoạn lịch sử như sau⁸:

- Giai đoạn từ năm 1282 đến năm 1537: Các báo cáo pháp luật, lúc đó có tên gọi là Year Books bắt đầu xuất hiện ở Anh. Lúc đầu, các Year Books chủ yếu là các hướng dẫn về bào chữa và các quy định pháp luật tố tụng dành cho luật sư. Từ thế kỷ XV, các Year Books bắt đầu công bố các phán quyết quan trọng của tòa án.

- Giai đoạn từ năm 1537 đến năm 1865: Xuất hiện nhiều báo cáo pháp luật được công bố bởi các công ty tư nhân (private law reports). Các công ty tư nhân đã cố gắng chuyên môn hóa và nâng cao chất lượng các báo cáo pháp luật. Tiêu biểu như các báo cáo pháp luật có tên gọi là Coke's Reports (Co Rep) xuất hiện từ năm 1600 đến năm 1658.

- Giai đoạn từ năm 1865 đến năm 1980: Các báo cáo pháp luật tư nhân trở nên rất chuyên nghiệp. Hội đồng tổng hợp các báo cáo pháp luật được thành lập bởi các nhà chuyên môn và cho đến nay vẫn thường xuyên đưa ra các báo cáo pháp luật ở Anh

như Law Reports, the Weeekly Law Reports, the Industrial Case Reports và Law Report Statutes.

- Giai đoạn từ năm 1980 đến cuối những năm 1990: Xuất hiện tài liệu luật pháp được công bố trên máy tính điện tử. Điển hình như Công ty Lexis đã cung cấp các bản án, án lệ được hệ thống hóa từ năm 1945 trên mạng Internet.

- Giai đoạn từ cuối những năm 1990 đến nay: Anh đã công bố miễn phí các bản án, án lệ trên các trang Web của tòa án như: www.courtservice.gov.uk, www.privycouncil.org.uk, www.supremecourt.gov.uk.

Bên cạnh các báo cáo pháp luật được xuất bản bởi các công ty tư nhân, ở Anh các báo cáo pháp luật còn được xuất bản và tài trợ bởi Nhà nước như: Báo cáo về các vụ việc thuế (Reports of Tax Cases), Báo cáo về các vụ việc sáng chế, kiểu dáng và nhãn hiệu (Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases).

Ở Úc, ban đầu các tuyển tập án lệ được xuất bản một cách không chính thức, thường là bởi các luật sư. Đến những năm 1860, các tuyển tập án lệ được xuất bản chính thức. Hiện ở Úc có rất nhiều tuyển tập án lệ, bao gồm các tuyển tập được sự cho phép của các tòa án khác nhau của các Hội đồng Công bố án lệ (Incorporated Councils of Law Reporting). Các tuyển tập này được xuất bản bởi chính Hội đồng hoặc bởi các nhà xuất bản nhân danh Hội đồng. Tuy vậy, các nhà xuất bản tư như CCH Australia Limited cũng xuất bản các tuyển tập án lệ. Đặc biệt, các án lệ ngày càng được lưu trữ và công bố nhiều hơn ở dạng điện tử trên mạng internet.

Việc viện dẫn án lệ ở các nước thuộc hệ thống thông luật tuân theo những quy tắc

⁸ Michael Zander, *The Law-Making Process* (6th ed, Cambridge University Press, 2004), tr.306.

nhất định, nhưng nhìn chung đều phải chứa đựng các thông tin cần thiết cho việc xác định vị trí của nó trong các tuyển tập báo cáo pháp luật. Theo đó, các thông tin cần thiết phải có gồm: i) Tên viết tắt của tuyển tập báo cáo pháp luật; ii) Số của tuyển tập báo cáo pháp luật; và iii) Số trang đầu tiên mà án lệ được đăng trong tuyển tập báo cáo pháp luật đó. Hai thông tin khác cũng thường được viện dẫn là: Năm mà án lệ ra đời/năm xuất bản tuyển tập báo cáo pháp luật và tên viết tắt hoặc cấp tòa xét xử.

Theo Hướng dẫn về Viện dẫn pháp luật (the Australian Guide to Legal Citation) của Đại học Melbourne, có thể thấy cách viện dẫn thông dụng ở Úc như sau: Koowarta v Bjelke-Peterson (1982) 153 CLR 168. Theo đó, Koowarta là tên Nguyên đơn, Bjelke-Peterson là tên Bị đơn; chữ cái “v” ở giữa viết tắt cho từ tiếng Anh “versus” với nghĩa là “kiện”; án lệ này được xuất bản trong tuyển tập Commonwealth Law Report (CLR), tập xuất bản năm 1982, tập số 153, bắt đầu từ trang 168.

Liên hệ với Việt Nam, theo Nghị quyết 03, án lệ được công bố theo tên của vụ việc được tòa án giải quyết⁹, trong khi kinh nghiệm các nước thuộc hệ thống thông luật cho thấy, cần phải công bố đầy đủ “số, tên của án lệ”. Bên cạnh đó, cần công bố không chỉ “Số bản án, quyết định của tòa án có chứa đựng án lệ”¹⁰ mà còn cả tên của bản án, quyết định của tòa án có chứa đựng án lệ.

Về viện dẫn án lệ, Nghị quyết 03 quy định: “*Trường hợp áp dụng án lệ thì số bản án, quyết định của tòa án có chứa đựng án lệ, tính chất, tình tiết vụ việc tương tự được*

nêu trong án lệ và tính chất, tình tiết vụ việc đang được giải quyết, vấn đề pháp lý trong án lệ phải được viện dẫn, phân tích, làm rõ trong bản án, quyết định của tòa án”¹¹. Các nội dung cụ thể về án lệ đã được nêu tại Điều 7 Nghị quyết 03 về công bố án lệ, vì thế không cần phải nêu lại khi viện dẫn án lệ. Viện dẫn án lệ là nhằm xác định rõ án lệ nào được áp dụng, theo đó, tương tự như ở các nước thuộc hệ thống thông luật, việc viện dẫn án lệ ở Việt Nam chỉ cần nêu số và tên án lệ.

2. Áp dụng án lệ

2.1. Nguyên tắc bắt buộc tuân theo án lệ

Khái niệm án lệ gắn liền với nguyên tắc bắt buộc tuân theo án lệ (stare decisis). Nguyên tắc này về cơ bản được hiểu giống nhau trong cả pháp luật Anh và Hoa Kỳ, theo đó, tòa án cấp dưới phải tuân theo án lệ của tòa án cấp trên. Không có một văn bản pháp luật nào quy định về nguyên tắc này mà nó được hình thành như một tập quán, thuộc về truyền thống thông luật của nước Anh¹².

Sự khác biệt cơ bản của nguyên tắc bắt buộc tuân theo án lệ ở Anh và ở Hoa Kỳ là: Ở Anh, nguyên tắc này vốn được áp dụng một cách khá cứng nhắc, trong khi ở Hoa Kỳ nó được áp dụng một cách mềm dẻo, linh hoạt hơn. Ở Anh, nguyên tắc bắt buộc tuân theo án lệ thể hiện cụ thể như sau¹³:

¹¹ Khoản 2 Điều 8 Nghị quyết 03.

¹² D. Neil MacCormick Zenon Bankowski, Geoffrey Marshall, 'Precedent in the United Kingdom' in Robert S Summers Neil MacCormick (ed), *Interpreting precedents: a comparative study* (Ashgate, 1997), tr.316.

¹³ Michael Zander, *The Law-Making Process* (6th ed, Cambridge University Press, 2004), tr.216-256.

⁹ Điểm a khoản 2 Điều 7 Nghị quyết 03.

¹⁰ Điểm b khoản 2 Điều 7 Nghị quyết 03.

- Án lệ của Tòa án tối cao (Supreme Court of UK, trước đây là Thượng nghị viện Anh) có tính chất bắt buộc tuân thủ đối với tất cả các tòa án cấp dưới;

- Án lệ của Tòa phúc thẩm có tính chất bắt buộc tuân thủ đối với các tòa án cấp dưới và (trừ luật hình sự) đối với chính Tòa phúc thẩm;

- Án lệ do Tòa Công lý tối cao (High Court of Justice) có tính chất bắt buộc tuân thủ đối với các tòa cấp dưới và có ý nghĩa quan trọng, thường được sử dụng để hướng dẫn cho các bộ phận của Tòa Công lý tối cao và Tòa Hoàng gia (Crown Court).

Như vậy, ở Anh chỉ các tòa án cấp cao trở lên mới có thể tạo ra án lệ. Tuy nhiên, nguyên tắc bắt buộc tuân theo án lệ ở Anh tỏ ra cứng nhắc khi các tòa án thường phải tuân theo án lệ do chính nó tạo ra, dù cho chúng có thể tạo nên bất công hay hạn chế sự phát triển của pháp luật. Đối với Tòa án tối cao Anh, mãi đến năm 1966, trong Tuyên bố Thực tiễn (Practice Statement), luận điểm mềm dẻo về án lệ mới được đưa ra. Đó là: Tòa án tối cao sẽ không tuân theo án lệ của mình nếu thấy việc không tuân theo đó là đúng. Trong tuyên bố đưa ra, Thượng Nghị viện Anh đã thẳng thắn đưa ra lý do như sau: *“Những Thẩm phán của Thượng Nghị viện thừa nhận rằng việc quá cứng nhắc tuân theo án lệ có thể dẫn đến sự không công bằng trong một số vụ việc cụ thể và nó cũng kìm hãm quá mức đối với sự phát triển hợp lý của pháp luật. Họ (những Thẩm phán) đề xuất bổ sung thực tiễn xét xử của họ bằng cách thay đổi các quyết định trước đó mà nó thường được coi là có giá trị ràng buộc. Cũng liên quan đến tuyên bố này, những Thẩm phán của Thượng Nghị viện cũng sẽ lưu ý đến những thay đổi có thể trong tương lai liên quan đến hợp đồng,*

giải quyết tranh chấp về sở hữu, các quan hệ tài chính đã được thiết lập và những điều cần thiết cho sự chắc chắn của pháp luật trong lĩnh vực luật hình sự”. Tuy vậy, thực tế cho thấy, Tòa án tối cao Anh ít khi không tuân thủ án lệ của chính mình tạo nên.

Ở Hoa Kỳ, khác với Anh, tòa án được tổ chức theo mô hình liên bang và ở từng bang. Theo đó nguyên tắc bắt buộc tuân theo án lệ cũng có nhiều điểm khác biệt, linh hoạt hơn so với Anh. Cụ thể là¹⁴:

- Án lệ của Tòa án tối cao liên bang (The US Supreme Court) có tính chất bắt buộc tuân thủ bởi các Tòa án liên bang cấp dưới. Các án lệ của Tòa án tối cao liên bang về các vấn đề liên quan Luật Hiến pháp hoặc Luật liên bang có giá trị bắt buộc với các Tòa án tối cao của các tiểu bang và các tòa án tiểu bang cấp dưới;

- Án lệ của các Tòa án phúc thẩm liên bang có tính chất bắt buộc tuân thủ bởi các Tòa án liên bang quận là cấp dưới của nó trong khu vực địa lý xác định;

- Tòa án tối cao mỗi tiểu bang phải tuân thủ án lệ của Tòa án tối cao liên bang;

- Án lệ của Tòa án tối cao mỗi tiểu bang có tính chất bắt buộc tuân thủ bởi các tòa án cấp dưới trong cùng tiểu bang;

- Án lệ của mỗi tiểu bang có tính chất bắt buộc tuân thủ bởi Tòa án liên bang quận có trụ sở trong phạm vi lãnh thổ của tiểu bang tương ứng.

¹⁴ Evan H. Caminker, 'Why must Inferior Courts Obey Superior Court Precedent' (April 1994) 46 Stanford Law Review 817; Nidia E. Nedzel, *Legal Reasoning, Research and Writing for International Graduate Students* (2nd ed, Wolters Kluwer, 2008), tr.60; Margaret Z. John; Rex R. Perschbacher, *The United States Legal System: An Introduction* (Carolina Academic Press, 2002).

Ở Hoa Kỳ, các tòa án, dù ở cấp liên bang hay tiểu bang, không bị ràng buộc một cách cứng nhắc với án lệ chính nó tạo ra. Trong vụ *Silliman v. United States*, 101 U.S. 465 (1879) và vụ *Hertz v. Woodman*, 281 US 205 (1910), Tòa án tối cao liên bang đã khẳng định: “*Mặc dù nguyên tắc Stare decisis tạo ra tính ổn định, thống nhất của pháp luật, nhưng nó không cứng nhắc. Tòa án có thể tùy ý cân nhắc việc tuân thủ hoặc không theo án lệ khi cần phải cân nhắc thay đổi các câu hỏi pháp luật*”.

Yêu cầu tuân thủ bắt buộc án lệ trong hệ thống tòa án Úc, cũng được tổ chức theo mô hình liên bang và từng bang, thể hiện như sau¹⁵:

(i) Án lệ của Tòa án tối cao Úc (The High Court of Australia) có giá trị bắt buộc đối với các tòa án cấp thấp hơn. Tòa án tối cao Úc không phải tuân thủ đối với án lệ do chính mình tạo ra. Tuy nhiên, trên thực tế Tòa án tối cao thường tôn trọng án lệ của chính mình nhằm bảo đảm cho việc áp dụng thống nhất trong xét xử.

(ii) Trong phạm vi từng tiểu bang/vùng lãnh thổ (ví dụ Bang New South Wales), tòa án cấp thấp hơn phải tuân thủ án lệ do tòa án cấp cao hơn tạo lập.

2.2. Phần bắt buộc tuân thủ và phần không bắt buộc tuân thủ của án lệ

Theo nguyên tắc bắt buộc tuân thủ án lệ (Stare decisis) tòa án cấp dưới phải tuân thủ các phán quyết của tòa án cấp trên. Tuy nhiên, cần thấy rằng sự tuân thủ của thẩm phán đối với phán quyết của vụ án trước không phải là sự tuân thủ toàn bộ quyết định (decision) ở phán quyết đó mà chỉ phải tuân theo một phần của phán quyết được

gọi tên theo tiếng La tinh là “*Ratio decidendi*”. Bản án, quyết định là án lệ của tòa án ở các nước thuộc hệ thống thông luật thường rất dài, có thể là hàng trăm trang giấy A4. Trong đó, các thẩm phán đưa ra và trả lời cho các câu hỏi pháp lý (question of law) xuất phát từ hàng loạt các sự kiện pháp lý (point of fact). Các lập luận của thẩm phán để trả lời cho các câu hỏi pháp lý tạo nên án lệ.

Mỗi án lệ bao gồm hai phần cơ bản được gọi tên theo tiếng La tinh tương ứng là “*Ratio decidendi*” và “*Obiter dicta*”. “*Ratio decidendi*” (thường được dịch ra tiếng Anh là “the reason for decision”) là phần lý do để đưa ra quyết định, hay còn gọi là quy tắc pháp lý của vụ kiện được thẩm phán sử dụng để luận giải cho quyết định của mình (có thể gọi *Ratio decidendi* là quy tắc pháp lý)¹⁶. Các thẩm phán khi giải quyết vụ việc thường miêu tả các sự kiện thực tế phát sinh, phân tích các sự kiện đó và đưa ra quyết định thông qua việc nêu ra lý do, căn cứ. Mỗi thẩm phán có thể đưa ra nhiều căn cứ khác nhau, nhưng chỉ những căn cứ nào thực sự cần thiết cho quyết định của thẩm phán mới được coi là phần *Ratio decidendi*. Những giải thích thêm được gọi là *Obiter dicta*. Trong một vụ án nếu có nhiều thẩm phán tham gia xét xử và mỗi thẩm phán đều đưa ra lý do cho phán quyết, lý do nào được đa số thẩm phán nhất trí sẽ là *Ratio*¹⁷. Nếu các thẩm phán đưa ra nhiều lý do và đều cần thiết cho phán quyết thì mỗi lý do tạo nên

¹⁵ Andrew Terry; and Des Giugni, *Business and the Law* (CENGAGE Learning, 2009).

¹⁶ Laurence Boule, *Precedent and Legal Reasoning*, in J. Corkey (ed.), *The Study of Law*, 1988; Richard Ward & Amanda Wragg, *English Legal System*, 9th Ed, Oxford University Press, 2005, tr.81.

¹⁷ Bình luận của Thẩm phán Brennan J của Tòa án tối cao Úc trong vụ kiện *O’Toole v Charles David Pty Ltd* (1991) 171 CLR 232, tr.267.

một *Ratio*¹⁸. Có thể thấy rõ phần *Ratio decidendi* qua ví dụ thực tế ở vụ Donoghue kiện Stevenson - thường được dẫn giải khi luận bàn về án lệ trong các công trình nghiên cứu, giảng dạy của các học giả trên toàn thế giới. Trong vụ này, bà Donoghue cùng bạn mình đi uống nước giải khát “bia gừng” (“ginger beer”) trong một quán cà phê. Lúc uống cạn chai nước, bà phát hiện có con ốc sên chết trong chai “bia gừng”. Donoghue đã kiện nhà sản xuất nước giải khát Stevenson khi cho rằng sự việc trên đã khiến bà bị viêm dạ dày và ruột. Trong vụ án này, theo lý thuyết về hợp đồng truyền thống của thông luật lúc bấy giờ thì không thừa nhận quan hệ hợp đồng giữa nhà sản xuất và người tiêu dùng vì nhà sản xuất không ký hợp đồng với người tiêu dùng, theo đó không xác định được trách nhiệm của nhà sản xuất đối với người tiêu dùng. Tuy nhiên, khi xét xử các thẩm phán thượng viện Anh đã xác lập nên một án lệ, với phần *Ratio decidendi*¹⁹ được chứa đựng trong lập luận của thẩm phán Atkin như sau: “*Một nhà sản xuất sản phẩm và bán chúng dưới dạng thức cho thấy rằng nhà sản xuất dự kiến các sản phẩm đến tay người tiêu dùng ở dạng thức mà người tiêu dùng không thể có khả năng kiểm tra tương đối kỹ*²⁰, và với nhận thức rằng sự thiếu cẩn trọng một cách hợp lý trong việc sản xuất, đóng gói sản phẩm sẽ dẫn tới thiệt hại về sức khỏe, tài

sản cho người tiêu dùng thì phải chịu trách nhiệm cho sự thiếu cẩn trọng đó”²¹.

Obiter dicta (thường được dịch sang tiếng Anh là “things otherwise said”) những giải thích thêm cho quyết định được thẩm phán đưa ra trong phán quyết nhưng không phải là phần *Ratio decidendi* và vì thế không có ý nghĩa bắt buộc cho các tòa án khác (có thể gọi *Obiter dicta* là luận cứ phụ). Trong vụ Donoghue kiện Stevenson nói trên, phần *Ratio decidendi* liên quan tới “nhà sản xuất” sản phẩm. Vì thế bất kỳ lập luận, căn cứ nào của các thẩm phán đề cập về trách nhiệm của “nhà sửa chữa” sản phẩm đều là *Obiter*. Dù là phần không bắt buộc tuân thủ, *Obiter dicta* có thể là những lập luận có tính thuyết phục cao như *Ratio decidendi* cho các phán quyết về sau tùy thuộc vào việc *Obiter dicta* được đưa ra bởi thẩm phán nào, tòa án nào²². Thực tế cho thấy *Obiter dicta* được sử dụng bởi thẩm phán trong nhiều vụ án khi các *Obiter* này có giá trị thuyết phục cho việc đưa ra quyết định.

So sánh với cách hiểu của các nước như trên cho thấy, Việt Nam cần xác định rõ án lệ là lập luận trong các bản án, quyết định chứ không phải là bản thân bản án, quyết định. Vậy nên, theo tác giả, một số điều trong Nghị quyết 03 cần được hiểu và chỉnh sửa lại thành “lập luận trong các bản án, quyết định” chứ không phải chính “bản án, quyết định” (Điều 3, Điều 4 Nghị quyết 03).

2.3. Án lệ bắt buộc và án lệ tham khảo

Các án lệ được sử dụng để giải quyết các vụ việc sau này gồm hai loại: Án lệ bắt buộc (binding precedent) và các án lệ tham

¹⁸ Michael Kirby, *Precedent Law, Practice, and Trends in Australia* (2007), Australian Bar Review; Susan Y Bell, *Precedent: Attitude of the English and Australian Courts* (1970) tr.266, The Adelaide Law Review, tr.268.

¹⁹ Đưa ra nguyên tắc rằng nếu nhà sản xuất có lỗi bất cẩn gây thiệt hại cho người tiêu dùng thì phải bồi thường.

²⁰ Chai nước giải khát là chai thủy tinh mờ đục.

²¹ *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, tr. 599.

²² Andrew Terry; and Des Giugni, *Business and the Law* (CENGAGE Learning, 2009), tr.61.

khảo (persuasive precedent). Án lệ bắt buộc là án lệ mà tòa án xem xét vụ việc hiện tại bắt buộc phải tuân theo. Lẽ dĩ nhiên, không phải toàn bộ phán quyết trước đó đều buộc phải tuân thủ mà chỉ có phần *Ratio decidendi* của phán quyết. Để trở thành án lệ bắt buộc đối với vụ việc hiện tại thì án lệ đó phải đáp ứng hai điều kiện: (i) Đảm bảo quan hệ thứ bậc trong hệ thống tòa án; và (ii) Án lệ hàm chứa các sự kiện pháp lý quan trọng (material facts) và vấn đề pháp lý (question of law) tương tự với vụ việc hiện tại.

Đối với điều kiện thứ nhất, quan hệ thứ bậc của việc áp dụng án lệ trong hệ thống tòa án của các nước thuộc hệ thống thông luật thể hiện cụ thể như đã đề cập trong mục 2.1 về nguyên tắc bắt buộc tuân thủ án lệ ở trên.

Đối với điều kiện thứ hai, việc xác định sự tương tự giữa vụ việc hiện tại với án lệ nào đó là việc không hề dễ dàng. Các vụ việc khó có thể giống nhau hoàn toàn, vì thế trong nhiều trường hợp việc xác định sự tương tự phụ thuộc rất nhiều vào luận giải, nhận định của thẩm phán trong vụ việc hiện tại.

Khác với án lệ bắt buộc, án lệ tham khảo là các án lệ không bắt buộc tòa án đang xem xét vụ việc phải tuân theo, nhưng có sức thuyết phục và có thể tham khảo. Nghiên cứu pháp luật các nước thuộc hệ thống thông luật, tiêu biểu như Anh, Hoa Kỳ, Úc, có thể thấy các loại án lệ tham khảo như sau²³:

(i) Thứ nhất, án lệ của tòa án cấp cao hơn đối với tòa án cấp dưới khi vụ việc của tòa án cấp dưới chỉ liên quan đến phần

Obiter dicta của án lệ tòa án cấp trên. Trong trường hợp này, việc viện dẫn án lệ của tòa án cấp cao chỉ mang tính tham khảo, chứ không có giá trị bắt buộc tuân thủ, đối với tòa án cấp dưới;

(ii) Thứ hai, án lệ của tòa án cấp dưới được viện dẫn bởi các tòa án cấp cao. Thực tiễn cho thấy, Tòa án tối cao Anh, Tòa án tối cao Liên bang Hoa Kỳ đều có thể viện dẫn án lệ của tòa án phúc thẩm (tòa án cấp dưới) để tham khảo cho việc ra phán quyết cho vụ việc đang xét xử.

(iii) Thứ ba, án lệ của tòa án nước ngoài. Trong quá trình xét xử, các thẩm phán có thể viện dẫn các án lệ nước ngoài, nhưng những án lệ này chỉ mang giá trị tham khảo, chứ không bắt buộc. Chẳng hạn, trong thực tiễn xét xử ở Úc, thẩm phán có thể tham khảo án lệ của Tòa án tối cao Anh, Tòa phúc thẩm Anh, án lệ của tòa án các nước Hoa Kỳ, Canada hay New Zealand. Hay tại Anh, trong vụ việc *Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd.* [1993] 1 A11 ER 1011, Thẩm phán đã viện dẫn đến quyết định của Tòa án tối cao Hoa Kỳ trong vụ *New York Time v. Sullivan*, 376 U.S.254 (1964), vụ án nổi tiếng liên quan đến phán quyết về quyền tự do ngôn luận của công dân.

(iv) Thứ tư, án lệ của tòa án cùng cấp. Ở Hoa Kỳ và Úc, Tòa án tối cao của tiểu bang này không phải tuân thủ án lệ của Tòa án tối cao của tiểu bang khác. Tuy vậy, trong thực tiễn, Tòa án tối cao của các tiểu bang thường tham khảo các án lệ của Tòa án tối cao tiểu bang khác để xét xử vụ việc tương tự. Các Tòa án phúc thẩm liên bang của Hoa Kỳ cũng không bắt buộc tuân thủ án lệ của nhau mà các án lệ này chỉ được viện dẫn mang tính chất tham khảo.

²³ Andrew Terry; and Des Giugni, *Business and the Law* (CENGAGE Learning, 2009), tr.63.

2.4. Phân biệt và bác bỏ án lệ

Thẩm phán giải quyết vụ việc hiện tại có thể sử dụng phương pháp phân biệt (“distinguishes”) các phán quyết trước đó bằng cách chỉ ra tình huống thực tế khác biệt đến mức không áp dụng án lệ được tạo thành từ vụ việc xét xử trước. Kỹ thuật thông dụng nhất để phân biệt án lệ là chỉ ra các sự kiện pháp lý của hai vụ việc là quá khác biệt. Phương pháp phân biệt tạo ra cơ chế khiến cho án lệ có thể bị giới hạn tới mức hầu như nó bị bãi bỏ. Ví dụ, nếu thấy rằng án lệ Donoghue kiện Stevenson rõ ràng là quá rộng, tòa xét xử vụ việc hiện thời có thể phân biệt nó bằng cách giới hạn án lệ này cho các vụ việc liên quan nước uống giải khát, các loại chai thủy tinh mờ đục và ốc sên.

Nhìn chung, án lệ có thể bị phân biệt bởi các lập luận như sau²⁴:

- Một sự kiện quan trọng ở vụ án hiện tại không có trong án lệ, hoặc ngược lại một sự kiện quan trọng trong án lệ lại không có trong vụ án hiện tại;

- Vấn đề pháp lý trong vụ án hiện tại không giống với vấn đề pháp lý trong án lệ;

- Một trong các điều kiện/yếu tố cần thiết của Ratio decidendi ở án lệ trước đó không có trong các sự kiện của vụ việc hiện tại;

- Ratio decidendi ở án lệ trước đó được xác định quá rộng, theo đó, quyết định ở vụ việc đã tạo thành án lệ cần được giới hạn một cách chặt chẽ trong các sự kiện của nó;

- Chính sách và công lý đòi hỏi phải có các chuẩn mực và ngoại trừ khác đối với Ratio decidendi trong án lệ trước đó;

- Quy tắc trong án lệ trước đó Obiter dictum không mang tính bắt buộc phải tuân thủ ở vụ việc hiện tại.

Án lệ sẽ không còn hiệu lực nếu nó bị bãi bỏ (overrules). Án lệ có thể bãi bỏ bởi tòa án hoặc bởi một văn bản quy phạm pháp luật nếu án lệ sai hoặc không còn phù hợp với pháp luật và thực tiễn hiện thời. Nhận định về việc bãi bỏ án lệ ở Anh, Zenon Bankowski cho rằng: “*Không có một vấn đề gì đối với việc bãi bỏ các án lệ ở Vương quốc Anh mặc dù có tồn tại học thuyết về sự đòi hỏi phải tuân theo án lệ. Một tòa án cấp cao với thẩm quyền được trao có thể bãi bỏ các án lệ của nó một cách dứt khoát. Án lệ bị bãi bỏ sẽ chấm dứt hiệu lực pháp luật. Thượng nghị viện Anh và các tòa án đã thể hiện thực tiễn bãi bỏ các án lệ của chúng rất rõ ràng ở Anh*”²⁵.

Ở các nước thuộc hệ thống thông luật, các tòa án cấp cao có thể bãi bỏ án lệ của tòa án cấp dưới và án lệ của chính nó²⁶. Trong quyết định của mình, các thẩm phán sẽ nêu ra lý do của việc bãi bỏ án lệ. Ví dụ trong vụ việc *R v. L* (1991) 174 CLR 379, Tòa án tối cao Úc xem xét vụ kiện hình sự chồng ép vợ quan hệ tình dục. Hơn 200 năm tính cho đến thời điểm vụ kiện, hệ thống thông luật cho rằng, hành vi đó không cấu thành tội phạm và Tòa án tối cao Úc cũng từng áp dụng quy tắc đó trong vụ *Bartlett v. Barlett* (1933) 50 CLR 3. Tuy nhiên, trong

²⁴ Robert C. Beckman, Brady S. Coleman and Joel Lee, *Case Analysis and Statutory Interpretation* (Faculty of Law, National University of Singapore, Singapore, 2001), tr.164-165.

²⁵ D. Neil MacCormick Zenon Bankowski, Geoffrey Marshall, tldd, tr.342.

²⁶ Catriona Cook, Robin Creyke, Robert Geddes, Ian Holloway, *Laying Down the Law*, Chapter 6: Judicial Decision-Making, 5th ed, Butterworths, Australia, 2001, tr.103.

vụ kiện *R v L* (1991) 174 CLR 379 nói trên, Tòa án tối cao Úc cho rằng, các điều kiện và giá trị xã hội đã thay đổi và quy tắc đó không còn được chấp nhận trong cộng đồng. Theo đó, Tòa án tối cao Úc đã bác bỏ quy tắc này.

Thực tiễn cũng cho thấy, dù án lệ là một loại nguồn quan trọng trong hệ thống pháp luật các nước thông luật nói chung, các nước như Anh, Úc nói riêng, trong trường hợp cần thiết, án lệ cũng có thể bị bác bỏ bởi các đạo luật do Nghị viện ban hành. Ví dụ, trong vụ án *Oxfam v. Birmingham City Council* [1975] 2 ALL ER 289, Thượng nghị viện Anh tuyên bố một cửa hàng bán đồ từ thiện không dành toàn bộ cho mục đích từ thiện thì không đủ điều kiện để được giảm thuế theo Điều 40 của *General Rate Act 1967*. Tuy vậy, nguyên tắc này đã bị bãi bỏ bởi đạo luật có tên “*Rating (Charity Shops) Act*” năm 1976²⁷.

Từ các phân tích nói trên, có thể rút ra một số bài học về áp dụng án lệ tại Việt Nam trên cơ sở dẫn chiếu Nghị quyết 03, trong đó có quy định: “*Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, bảo đảm những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau*”²⁸. Cụm từ “những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau thì phải được giải quyết như nhau” khá giống câu nói nổi tiếng về nguyên tắc xét xử công bằng của Aristotle “*like cases should be treated alike*”²⁹ vốn thường được viện dẫn

để nói về cơ sở cho việc áp dụng án lệ ở các nước thuộc hệ thống thông luật. Tuy vậy, ở góc độ tiếng Việt, có lẽ nó chưa chuyển tải hết bản chất vốn có của việc áp dụng án lệ ở Việt Nam hiện nay. Ở các nước thuộc hệ thống thông luật, án lệ có thể được áp dụng cho vụ việc có sự kiện pháp lý tương tự hoặc vấn đề pháp lý tương tự. Tuy vậy, đánh giá được các vụ việc có sự kiện pháp lý tương tự trong thực tiễn không phải là một việc dễ dàng. Kể từ khi thừa nhận án lệ thì tòa án Việt Nam cũng ít khi căn cứ vào vụ việc tương tự về sự kiện pháp lý để áp dụng án lệ³⁰. Vì thế, trong thời gian trước mắt, sẽ phù hợp hơn khi tạm thời quan niệm án lệ ở Việt Nam được áp dụng cho các vụ việc có vấn đề pháp lý giống nhau. Cũng cần khẳng định rằng, với một vụ việc có thể có nhiều vấn đề pháp lý đặt ra, trong đó, cách lập luận về một/một số vấn đề pháp lý trong vụ việc đó có thể trở thành án lệ, còn cách lập luận của vấn đề/các vấn đề pháp lý còn lại có thể không trở thành án lệ. Như vậy, bản chất án lệ là các vấn đề pháp lý giống nhau phải được giải quyết giống nhau chứ không phải là các vụ việc (bởi có thể trong hai vụ việc có vấn đề pháp lý giống nhau nhưng cũng có vấn đề pháp lý khác nhau). Do đó, Nghị quyết 03 cũng cần quy định về việc áp dụng án lệ như sau: “*Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, bảo đảm những vấn đề pháp lý giống nhau phải được giải quyết giống nhau*”.

²⁷ Ian McLeod, *Legal Method* (2nd ed, Macmillan, 1996), tr.196-197.

²⁸ Khoản 2 Điều 8 Nghị quyết 03.

²⁹ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Vol. V.

³⁰ Xem Kỳ yếu Hội thảo “Lấy ý kiến đối với Dự thảo Báo cáo nghiên cứu về quy trình tuyển chọn án lệ và dự thảo Nghị quyết sửa đổi Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP về án lệ” của Tòa án nhân dân tối cao, Hà Nội, ngày 25/4/2019, tr.12, 100.

PHÁP LUẬT CỦA BANG NEW SOUTH WALES, AUSTRALIA VỀ BỒI THƯỜNG KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT VÀ MỘT SỐ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Quang Tuyên*
Đỗ Trần Hà Linh**

Tóm tắt: Bài viết đi sâu tìm hiểu nội dung các quy định về bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất của bang New South Wales, Australia đối với một số vấn đề cụ thể, bao gồm chủ thể của thu hồi đất, căn cứ thu hồi đất, giá đất và việc bồi thường khi di dời... Trên cơ sở đó, các tác giả rút ra kinh nghiệm có giá trị tham khảo cho Việt Nam trong quá trình hoàn thiện pháp luật về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất trong bối cảnh Bộ Tài nguyên và Môi trường đang tổng kết 05 năm thi hành Luật Đất đai năm 2013.

Abstract: The article studies regulations of New South Wales (Australia) on compensation upon land recovery by the State regarding certain issues, including subjects of, grounds for land recovery, land price and compensation upon relocation, etc. On this basis, the authors draw out reference lessons for Vietnam to improve the law on compensation, support, relocation upon land recovery by the State in the context of the Ministry of Land and Natural Resources has summarized five year implementation of the 2013 Land Law.

1. Nội dung cơ bản của pháp luật về bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất của bang New South Wales - Australia

Bang New South Wales là bang phát triển nhất Australia với thủ phủ là thành phố Sydney về kinh tế, thương mại, du lịch và dịch vụ. Để phục vụ nhu cầu phát triển thì việc thu hồi đất là điều khó tránh khỏi. Ở bang New South Wales, tất cả các cấp chính quyền đều có thể thu hồi đất thuộc sở hữu tư nhân để phục vụ cho mục đích công cộng. Việc thu hồi này được thực hiện theo quy định của pháp luật bang¹. Thu hồi đất gây những tác động tiêu cực đến quyền và lợi

ích của người sử dụng đất. Bồi thường là một phương thức nhằm hạn chế đến mức thấp nhất những tác động tiêu cực do việc thu hồi đất gây ra cho người sử dụng đất.

1.1. Quy định về các chủ thể tham gia vào quá trình thu hồi đất

Theo Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991 bang New South Wales² (The Land Acquisition (Just Terms Compensation) Act 1991 - sau đây gọi là Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991), chính quyền bang có thể thu hồi đất và các lợi ích gắn liền với đất để phục vụ cho các mục đích công cộng. Việc Nhà nước thu hồi đất được thực hiện theo một trong hai phương thức là thương lượng

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

** ThS., Trường Đại học Kinh tế, Đại học Đà Nẵng.

¹ Nguồn: New South Wales Government, *Land acquisition*, http://www.valuergeneral.nsw.gov.au/compulsory_acquisitions/land_acquisition.

² Có thể tìm đọc Đạo luật này trên website chính thức của chính quyền Bang: <https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1991/22/full>.

hoặc cưỡng chế. Trong trường hợp người có thẩm quyền thu hồi đất không thể đạt được thỏa thuận với chủ đất về mức giá bồi thường đối với mảnh đất bị thu hồi thì mảnh đất đó có thể bị cưỡng chế thu hồi.

Trường hợp mảnh đất được thu hồi thông qua thương lượng, người có thẩm quyền thu hồi đất và chủ đất sẽ thỏa thuận với nhau về mức giá bồi thường mà không cần có sự tham gia của Hội đồng định giá (“Valuer General”). Tuy nhiên, nếu mảnh đất bị cưỡng chế thu hồi thì Hội đồng định giá phải tham gia để xem xét quyết định mức giá bồi thường.

Hội đồng định giá được bổ nhiệm bởi Thống đốc bang để giám sát hệ thống định giá. Hội đồng định giá có vai trò hoàn toàn độc lập trong quá trình cưỡng chế thu hồi đất và không đứng về phía chủ đất hay người có thẩm quyền thu hồi đất.

Theo quy định tại tiết 1 Mục 4 Phần 1 Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991 của bang New South Wales thì người có thẩm quyền thu hồi đất là một trong những chủ thể sau:

- i) Bộ trưởng (a Minister of the Crown);
- ii) Cơ quan pháp định đại diện cho Hoàng gia; hoặc
- iii) Hội đồng, Hội đồng của Hạt hoặc một cơ quan được quy định trong Đạo luật về chính quyền địa phương năm 1993; hoặc
- iv) Bất kỳ cơ quan nào khác được trao quyền để thu hồi đất theo quy trình cưỡng chế thu hồi.

Người có thẩm quyền thu hồi đất chịu trách nhiệm thương lượng với chủ đất và phải đề nghị với chủ đất hoặc người có lợi ích trên khu đất thu hồi về mức bồi thường đã được xác định bởi Hội đồng định giá.

Theo Mục 5 Phần 3 Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991, nếu chủ đất không đồng ý

với mức bồi thường mà Hội đồng định giá xác định thì họ có thể khởi kiện ra toà án về đất đai và môi trường (“Land and Environment Court”) trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày nhận được thông báo về việc bồi thường.

1.2. Các căn cứ xác định mức bồi thường

Mức bồi thường phải được xác định phù hợp với các quy định của Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991 của bang và phải thích đáng. Khi xác định mức bồi thường các yếu tố sau sẽ được xem xét:

- Giá thị trường của mảnh đất;
- Bất kỳ giá trị đặc biệt nào đối với chủ đất;
- Bất kỳ tổn thất nào liên quan tới việc chia cắt;
- Bất kỳ tổn thất nào liên quan tới sự xáo trộn;
- Những tổn thất do phải di dời;
- Sự gia tăng hoặc giảm sút giá trị của bất kỳ mảnh đất nào khác (nằm liền kề hoặc được tách ra từ mảnh đất bị thu hồi) thuộc sở hữu của chủ đất tại thời điểm thu hồi (tiết 55 Mục 4 Phần 3 Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991).

1.2.1. Giá thị trường của mảnh đất

Theo quy định tại tiết 56 Mục 4 Phần 3 Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991, giá thị trường của đất là số tiền sẽ được trả cho đất hoặc các lợi ích gắn liền với đất, nếu đất được bán tại thời điểm đó bởi một người tự nguyện bán cho một người tự nguyện mua.

Khi xác định giá trị trường của đất tại thời điểm mà đất bị thu hồi, các yếu tố sau sẽ không được tính đến:

Một là, bất kỳ sự tăng lên hoặc sụt giảm giá trị của đất xuất phát từ việc thực thi

hoặc kế hoạch thực thi các mục đích công cộng mà vì các mục đích đó đất bị thu hồi;

Hai là, bất kỳ sự tăng giá trị của đất xuất phát từ việc thực hiện các cải cách vì mục đích công cộng trước khi đất bị thu hồi;

Ba là, bất kỳ sự tăng giá trị của đất do việc sử dụng đất trái với các quy định của pháp luật.

Tổng giá trị thị trường của các lợi ích trên đất không được vượt quá giá trị thị trường của mảnh đất tại thời điểm thu hồi. Các lợi ích gắn liền với đất được hiểu là tài sản hợp pháp trên đất, hoặc là quyền địa dịch, quyền lợi, quyền hạn hoặc đặc quyền đối với hoặc liên quan đến đất.

Các lợi ích gắn liền với đất có thể được bồi thường bao gồm³:

- Quyền sở hữu tuyệt đối với đất (fee simple);
- Quyền địa dịch;
- Các lợi ích gắn liền với đất của người thuê nhà/đất;
- Lợi ích đến từ việc cho thuê nhà hay đất;
- Các lợi ích tài chính hợp pháp khác gắn liền với đất.

Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991 bảo đảm rằng, khi đất bị thu hồi thì mức bồi thường sẽ không thấp hơn giá trị trường của đất. Khi xác định giá thị trường của đất, bất kỳ sự nghi ngờ nào sẽ được giải quyết theo hướng có lợi cho chủ đất nhằm bảo đảm mức bồi thường sẽ không thấp hơn giá thị trường. Tuy nhiên, nếu như việc thu hồi đất này làm tăng giá trị một mảnh đất khác của

chủ đất thì mức tăng lên đó sẽ được xem xét để bù trừ vào mức bồi thường.

1.2.2. Giá trị đặc biệt của đất

Giá trị đặc biệt của đất là giá trị tài chính của bất kỳ lợi thế nào ngoài giá trị thị trường, cho người có quyền đòi bồi thường thiệt hại liên quan đến việc sử dụng đất của người đó (theo tiết 57 Mục 4 Phần 3 Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991).

Ví dụ: Mảnh đất bị thu hồi đang được sử dụng để kinh doanh buôn bán lẻ và người chủ sở hữu của cửa hàng cũng đồng thời đang sử dụng mảnh đất liền kề để sản xuất những mặt hàng đang bán. Chủ đất có thể định giá mảnh đất bị thu hồi cao hơn giá thị trường do lợi thế từ việc khai thác mảnh đất liền kề tạo ra.

1.2.3. Các tổn thất liên quan tới việc chia cắt đất

Các tổn thất liên quan tới việc chia cắt đất được Đạo Luật về thu hồi đất năm 1991 định nghĩa là “bất kỳ sự giảm sút nào về giá trị thị trường của bất kỳ mảnh đất nào khác của người có quyền đòi bồi thường xuất phát từ việc mảnh đất đầy bị chia cắt từ một mảnh đất khác của người đó” (tiết 58 Mục 4 phần 3).

Bồi thường cho việc chia cắt xuất phát từ việc tách hoặc chia đất của chủ sở hữu đất do bị thu hồi và lô đất còn lại bị giảm sút giá trị. Ví dụ: Một trang trại bò sữa bị cắt thành hai thửa đất do việc xây dựng xa lộ. Kết quả là các lô đất còn lại không tiếp tục sử dụng để làm trang trại được nữa. Do đó, đất bị mất giá trị.

Khi xem xét liệu bồi thường hay không, Hội đồng định giá phải xem xét tất cả các yếu tố, bao gồm cả việc thu hồi đã làm tăng giá trị của một số mảnh đất.

1.2.4. Những tổn thất do sự xáo trộn

³ Xem hướng dẫn của Hội đồng định giá bang New South Wales trên website: http://www.valuergeneral.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0019/200359/Compensation_following_compulsory_acquisition_16-08-2017.pdf.

Theo tiết 59 Mục 4 Phần 3 Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991, những tổn thất do sự xáo trộn là những chi phí hợp lý mà chủ đất phải gánh chịu do đất bị thu hồi, bao gồm bất kỳ những tổn thất nào sau đây:

Một là, các chi phí hợp pháp và các loại phí định giá hợp lý mà chủ đất phải gánh chịu do đất bị cưỡng chế thu hồi, ngoại trừ các chi phí trả cho người đại diện của chủ đất.

Hai là, các chi phí hợp lý mà chủ đất phải gánh chịu liên quan tới việc di dời/tái định cư.

Ba là, chi phí hợp lý phát sinh (hoặc có thể phát sinh) liên quan tới phí trước bạ do chủ đất mua lại đất khác để tái định cư. Chi phí này không được vượt quá số tiền sẽ phải trả cho việc mua lại mảnh đất khác có giá trị tương đương với mảnh đất vừa bị cưỡng chế thu hồi.

Bốn là, chi phí hợp lý phát sinh (hoặc có thể phát sinh) liên quan tới việc chấm dứt khoản thế chấp cũ và thực hiện thế chấp mới. Số tiền này không được vượt quá số tiền sẽ phát sinh nếu khoản thế chấp mới bảo đảm việc hoàn trả số dư nợ đối với khoản thế chấp cũ.

Năm là, bất kỳ chi phí tài chính nào khác phát sinh một cách hợp lý (hoặc có thể phát sinh) liên quan đến việc sử dụng đất thực tế và là kết quả trực tiếp và tự nhiên của việc thu hồi đất.

Những chi phí chưa phát sinh tại thời điểm thu hồi đất nhưng có thể phát sinh một cách hợp lý sau đó thì vẫn được xem xét bồi thường. Tuy nhiên, tính hợp lý được hiểu là thời điểm phát sinh chi phí đó không được quá lâu tính từ thời điểm đất bị thu hồi. Theo Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991, các chi phí hoặc phí được coi là hợp lý khi:

- Liên quan trực tiếp đến quá trình thu hồi đất;

- Nếu chưa phát sinh thì phải có khả năng phát sinh;

- Trả lại cho chủ đất hoàn cảnh tương đương với hoàn cảnh trước khi đất của họ bị thu hồi.

Các chi phí gắn với việc tái định cư và các chi phí liên quan tới việc sử dụng đất thực tế phải được xem xét trên cơ sở trả lại cho chủ đất hoàn cảnh tương đương với trước khi đất của họ bị thu hồi. Ví dụ: Nếu mảnh đất trước khi bị thu hồi có hệ thống điện ba pha và việc thu hồi một phần mảnh đất đã làm loại bỏ dịch vụ đó thì chi phí thiết lập lại dịch vụ sẽ được xem là chi phí hợp lý cần được thanh toán.

1.2.5. Các tổn thất do phải di dời

Các tổn thất do phải di dời (quy định tại tiết 60 Mục 4 Phần 3 Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991) là sự bồi thường cho những tổn thất phi tài chính phát sinh từ việc một người phải chuyển nơi cư trú chính của họ (nhà) do bị thu hồi đất. Số tiền tối đa phải trả cho những bất lợi do phải di dời được quy định bởi chính quyền bang và được điều chỉnh hàng năm. Nó được xuất bản trong Công báo của bang vào cuối tháng 2 hàng năm.

Bồi thường thiệt hại do phải di dời thường được mô tả như là một khoản thanh toán cho sự bất tiện, xáo trộn và sự gắn bó vật lý với mảnh đất.

Bồi thường thiệt hại do phải di dời chỉ được thanh toán khi một người phải di dời nơi cư trú chính của họ như là kết quả của việc đất bị thu hồi (bao gồm cả những người thuê nhà).

Người đang thuê nhà có quyền được bồi thường những bất lợi do phải di dời nếu như

căn nhà đó là nơi cư trú chính của họ. Trường hợp nhà mà chủ đất đang ở và cũng được cho thuê thì cả hai bên (chủ đất và bên thuê nhà) có thể được hưởng một khoản tiền bồi thường thiệt hại do phải di dời. Với điều kiện khu nhà ở của mỗi bên phải riêng biệt, có lối đi riêng biệt và tiện nghi riêng biệt như nhà bếp, phòng tắm, nhà vệ sinh, phòng ngủ và khu vực sinh hoạt.

Khi đánh giá, xem xét mức bồi thường, Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991 quy định phải xem xét tất cả các yếu tố liên quan, bao gồm:

- Các lợi ích trên đất của người có quyền đòi bồi thường;
- Sự bất tiện mà người đó phải gánh chịu do việc phải di chuyển khỏi mảnh đất của mình;
- Khoảng thời gian sau khi đất bị thu hồi mà người đó đã được (hoặc sẽ được) ở lại trên đất;
- Trong trường hợp thuê nhà thì phải xem xét thời gian người đó cư trú trên đất (cụ thể là người đó đang cư trú trên đất tạm thời hay là không xác định thời hạn).

Theo chỉ dẫn hiện hành của bang New South Wales, nếu chỉ mới bắt đầu thuê (dưới 1 năm) thì mức bồi thường tối đa là 3.750 AUD, nếu thời gian thuê từ 1 năm tới 5 năm thì mức bồi thường tối đa là 7.500 AUD, nếu thời gian thuê từ 5 năm tới 10 năm thì mức bồi thường tối đa là 22.500 AUD, và nếu thời gian thuê là trên 10 năm thì mức bồi thường tối đa là 37.500 AUD⁴.

1.2.6. Sự gia tăng hoặc giảm sút giá trị của mảnh đất khác

Theo quy định của Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991, khi xác định mức bồi thường thì phải tính đến bất kỳ sự gia tăng hoặc giảm sút giá trị của đất do nằm liền kề hoặc được tách ra từ mảnh đất bị thu hồi vì mục đích công cộng.

Trường hợp giá đất tăng lên, vì được hưởng lợi từ mục đích công cộng, thì phải giảm số tiền bồi thường theo số tiền tăng giá trị đó.

Nếu giá trị của mảnh đất bị giảm xuống do ảnh hưởng của các mục đích công cộng đối với mảnh đất đó hoặc do không còn khả năng sử dụng cho mục đích sử dụng trước đây vì nó đã bị tách ra khỏi mảnh đất bị thu hồi. Trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền thực hiện bồi thường phải tăng mức bồi thường căn cứ trên giá trị bị giảm sút của mảnh đất.

2. Một số gợi mở cho Việt Nam

Trên cơ sở tiếp cận, tìm hiểu nội dung cơ bản của pháp luật về bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất của bang New South Wales, Australia, có thể rút ra một số kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam nhằm hoàn thiện chế định bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất, cụ thể:

Thứ nhất, có thể thấy rằng, pháp luật của bang New South Wales, Australia rất chú trọng tới việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có đất bị thu hồi khi bồi thường đối với đất và tài sản gắn liền với đất. Hơn nữa, pháp luật của bang New South Wales còn quan tâm bảo vệ quyền lợi chính đáng của những người không phải là chủ sở hữu của mảnh đất bị thu hồi nhưng bị ảnh hưởng bởi việc thu hồi đất gây ra. Ví dụ như những người thuê nhà trên mảnh đất bị thu hồi... Đây là một trong những điểm khác biệt so với pháp luật Việt Nam về thu hồi đất.

⁴ Xem hướng dẫn của bang New South Wales về xác định mức bồi thường thiệt hại do di dời trên website: https://www.finance.nsw.gov.au/sites/default/files/Solatium%20Guidelines_Determination_compensation_disadvantage_relocation.pdf.

Thứ hai, tòa án là cơ quan có quyền tài phán đưa ra phán quyết trong trường hợp người bị thu hồi đất và cơ quan có thẩm quyền thu hồi đất không thương lượng, thỏa thuận với nhau (không tìm được tiếng nói chung) về mức giá bồi thường (phát sinh tranh chấp về mức giá bồi thường). Để phán quyết của tòa án có tính chính xác, công bằng và khách quan thì việc đảm bảo sự độc lập của cơ quan này (độc lập tư pháp) có ý nghĩa cực kỳ quan trọng.

Thứ ba, theo Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991 của bang New South Wales, việc thu hồi đất của chủ sở hữu tư nhân về đất đai chỉ được thực hiện vì mục đích công cộng. Có nghĩa là Đạo luật về Thu hồi đất năm 1991 của bang New South Wales chỉ cho phép chính quyền bang được thu hồi đất của chủ sở hữu tư nhân về đất đai (sự hạn chế quyền sở hữu tư nhân về đất đai) cho các mục đích công cộng (vì lợi ích chung của cộng đồng). Điều này ngăn ngừa sự lạm dụng quyền lực nhà nước của cơ quan công quyền trong việc thu hồi đất và đảm bảo về mặt pháp lý đối với quyền và lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu đất đai.

Thứ tư, mô hình Hội đồng định giá được bổ nhiệm bởi Thống đốc bang để giám sát hệ thống định giá. Hội đồng định giá có vai trò hoàn toàn độc lập trong quá trình cưỡng chế thu hồi đất và không đứng về phía chủ đất hay người có thẩm quyền thu hồi đất là kinh nghiệm bổ ích mà Việt Nam cần học tập trong sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai năm 2013. Việc Đạo luật này quy định cho Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là UBND cấp tỉnh) vừa có thẩm quyền thu hồi đất vừa có

thẩm quyền quyết định giá đất làm căn cứ để xây dựng phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư cho người có đất bị thu hồi là không hợp lý bởi tính không khách quan trong việc xác định giá đất bồi thường. Đây chính là tình trạng “vừa đá bóng vừa thổi còi”. Việc quy định cho UBND cấp tỉnh quá nhiều quyền lực trong việc thu hồi đất tiềm ẩn nguy cơ độc quyền “ban phát” trong việc xác định giá đất bồi thường, không đảm bảo sự khách quan, công bằng; tham nhũng, tiêu cực và lợi ích nhóm... Điều này lý giải vì sao hiện nay ở nước ta, phần lớn các tranh chấp, khiếu nại về đất đai là liên quan đến bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

Thứ năm, việc xác định mức bồi thường dựa trên các yếu tố gồm: i) Giá thị trường của mảnh đất; ii) Bất kỳ giá trị đặc biệt nào đối với chủ đất; iii) Bất kỳ tổn thất nào liên quan tới việc chia cắt; iv) Bất kỳ tổn thất nào liên quan tới sự xáo trộn; v) Những tổn thất do phải di dời; vi) Sự gia tăng hoặc giảm sút giá trị của bất kỳ mảnh đất nào khác (nằm liền kề hoặc được tách ra từ mảnh đất bị thu hồi) thuộc sở hữu của chủ đất tại thời điểm thu hồi. Đây là gợi ý tốt và bổ ích đối với các nhà lập pháp Việt Nam trong việc sửa đổi những quy định của Luật Đất đai năm 2013 về giá đất xác định bồi thường. Thực tiễn thi hành chế định này của Luật Đất đai năm 2013 cho thấy tính không hợp lý, không phù hợp của các quy định về giá đất được “đo bằng” số lượng các khiếu kiện, tranh chấp liên quan đến bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất không hề thuyên giảm mà có xu hướng gia tăng.