

THÔNG RA MỘT KỶ

8(376)

2019

NUM TH 48

TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. LÊ MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRẦN C
PGS.TS. BÙI XUÂN C
PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI
PGS.TS. TRẦN QUANG HAI
PGS.TS. HÀ THOẠI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHĨ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHONG
PGS.TS. LÊ MINH THẮNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÂN
GS.TS. VŨ KHUẨN VINH
PGS.TS. QUANG NGỌC VŨNG

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

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

**Giấy phép hoả hoạn
bố chớ 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

LY LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT, LUẬT HIẾN PHÁP

- ❖ HUỖNH THỊ SINH HIỀN: Đảm bảo tính minh bạch của pháp luật về giải thích pháp luật thành văn 3
- ❖ VŨ NGUYỄN NAM TRUNG: Một số vấn đề cần bổ sung vào nội dung sửa đổi Luật Tổ chức Chính phủ 11

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT KINH TẾ

- ❖ TRỊNH THỰC HIỆN: Bàn về chế định bảo lưu quyền sở hữu 19
- ❖ NGUYỄN ĐỨC VIỆT: Một số mô hình thủ tục xử lý phá sản nước ngoài trên thế giới – Sự lựa chọn nào cho Việt Nam? 30

LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

- ❖ NGŨ VĂN VỊNH: Hoàn thiện các quy định của pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam về biện pháp bắt người 44
- ❖ VŨ MINH KỶ: Hoàn thiện quy định về ghi âm và ghi hình khi lấy lời khai trong tố tụng hình sự 48

QUYỀN CON NGƯỜI

- ❖ NGUYỄN HẢI YẾN: Quyền được chết – Kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho Việt Nam 56

LUẬT QUỐC TẾ

- ❖ NGUYỄN HỒNG THAO: 25 năm thực thi Công ước Luật Biển năm 1982 65
- ❖ LÊ MAI THANH: Thực thi các điều ước quốc tế trong kiểm soát ô nhiễm môi trường biển ở Việt Nam 73

MONTHLY ISSUE

8(376)

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

THEORY OF STATE AND LAW, CONSTITUTIONAL LAW

- ❖ HUYNH THI SINH HIEN: Ensuring the Transparency of the Law on Interpretation of Statute 3
- ❖ VO NGUYEN NAM TRUNG: Issues to be Supplemented to the Amended Law on Organization of the Government 11

CIVIL LAW, ECONOMIC LAW

- ❖ TRINH THUC HIEN: Discussion on Title Retention 19
- ❖ NGUYEN DUC VIET: Models on Procedure for Handling Cross-border Insolvency – Choices for Viet Nam? 30

CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ NGO VAN VINH: Improving Viet Nam's Criminal Procedure Regulations on Arrest 44
- ❖ VO MINH KY: Improving Criminal Procedure Regulations on Audiotaping and Videotaping in Obtaining Testimony 48

HUMAN RIGHTS

- ❖ NGUYEN HAI YEN: The Right to Die – International Experience and Implications for Viet Nam 56

INTERNATIONAL LAW

- ❖ NGUYEN HONG THAO: 25 years of implementation of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea 65
- ❖ LE MAI THANH: Effectuating international treaties on controlling marine pollution in Viet Nam 73

ĐẢM BẢO TÍNH MINH BẠCH CỦA PHÁP LUẬT VỀ GIẢI THÍCH PHÁP LUẬT THÀNH VĂN

*Huỳnh Thị Sinh Hiền**

Tóm tắt: Bài viết bàn về tính minh bạch của pháp luật trong giải thích pháp luật thành văn ở nước ta hiện nay, tập trung vào vấn đề thẩm quyền, điều kiện và nguyên tắc giải thích. Trên cơ sở đó, bài viết chia sẻ một số kiến nghị nhằm tăng cường tính minh bạch của pháp luật về giải thích pháp luật, nâng cao hiệu quả của hoạt động giải thích pháp luật góp phần làm cho hệ thống pháp luật trở nên minh bạch.

Abstract: The article discusses the transparency of the law on interpretation of statute in our country today with a focus on authority, conditions and principles of interpretation. On that basis, it makes recommendations to enhance the transparency of the law on interpretation of statute, to improve the effectiveness of this activity, and therefore paving the way for the transparency of the whole legal system.

Pháp luật, đặc biệt là pháp luật thành văn luôn tiềm ẩn nội dung mơ hồ, tối nghĩa hoặc đa nghĩa, cũng như khả năng không thể dự liệu tất cả các tình huống có thể xảy ra trong cuộc sống. Vì vậy, giải thích pháp luật thành văn (GTPLTV) là công cụ đảm bảo tính minh bạch cho hệ thống pháp luật. Tất nhiên, muốn có một hệ thống pháp luật minh bạch, trước hết các quy định về giải thích pháp luật cần phải rõ ràng, minh bạch. Tiếc rằng, điều này vẫn còn là thách thức lớn trong môi trường pháp lý ở nước ta hiện nay.

1. Khái niệm giải thích pháp luật thành văn

Giải thích là làm sáng tỏ một vấn đề nào đó cho người khác hiểu¹, là việc dùng lý lẽ để giảng giải giúp người nghe hiểu rõ và hiểu đúng vấn đề². Giải thích là hoạt

động gắn liền với hoạt động nhận thức, phụ thuộc vào hoạt động nhận thức diễn ra trước đó nhằm khắc phục khó khăn trong việc nhận thức³. Cùng với sự hình thành và phát triển của pháp luật thành văn, GTPLTV lần đầu tiên được biết đến thông qua việc giải thích của các nhà chính trị Hy Lạp cổ đại⁴. Hiểu một cách đơn giản, GTPLTV là hoạt động giải thích có đối tượng là các quy tắc của pháp luật thành văn. Mặc dù vậy, không dễ dàng để có khái niệm thống nhất về GTPLTV.

Ở các nước theo hệ thống thông luật (Common law), với cơ chế phân quyền thì GTPLTV được cho là “lãnh địa riêng” của tòa án, luôn gắn liền với hoạt động áp dụng pháp luật để giải quyết các vụ việc cụ thể. Theo đó, GTPLTV thường được hiểu là *hoạt động tìm nghĩa ẩn đằng sau câu chữ của quy định thành văn và xác định phạm vi*

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

¹ Nguyễn Như Ý (Chủ biên), *Đại từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Văn hóa – Thông tin, năm 1998, tr. 727.

² Xem: Hoàng Văn Tú, *Giải thích pháp luật- một số vấn đề cơ bản về lý luận và thực tiễn ở Việt Nam*, Kỷ yếu hội thảo quốc tế về giải thích pháp luật, tháng 2/2008, tr. 105.

³ Bennis Patterson, *Interpretation in Law*, San Diego Law Review, No.42, năm 2005, tr. 692.

⁴ Xem: Nguyễn Như Phát, *Giải thích pháp luật tại Việt Nam- Công cụ đảm bảo tính minh bạch của pháp luật*, Kỷ yếu hội thảo quốc tế về giải thích pháp luật, tháng 2/2008, tr. 95.

áp dụng của quy định thành văn đó⁵. Ở nước ta, xuất phát từ lý luận của các nhà khoa học pháp lý Xô Viết, nhìn chung, các giáo trình lý luận về pháp luật xem giải thích pháp luật là hoạt động nhằm làm sáng tỏ nội dung, tư tưởng, ý nghĩa của các quy phạm pháp luật, đảm bảo cho việc nhận thức và thực hiện nghiêm chỉnh, thống nhất pháp luật⁶. Nếu như ở các nước theo hệ thống Common law, giải thích pháp luật chủ yếu là công việc của thẩm phán trong quá trình giải quyết từng vụ việc cụ thể, thì các nhà lý luận pháp luật Xô Viết chia GTPLTV thành giải thích chính thức và không chính thức⁷. Giải thích không chính thức được tiến hành bởi các chủ thể không nhân danh quyền lực nhà nước, có giá trị tham khảo như giải thích của các nhà chuyên môn. Giải thích chính thức được thực hiện bởi các chủ thể có thẩm quyền và kết quả giải thích có giá trị ràng buộc bằng quyền lực

⁵ Xem Pierre – André Côté, Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat, *Interpretation of legislation in Canada*, 4th Carswell, p.2. Cách tiếp cận này được nhìn nhận ở Việt Nam, cụ thể trong đề tài khoa học của mình hoàn thành vào năm 1999, TS. Nguyễn Văn Thuận cho rằng: “Giải thích pháp luật là việc xác định nội dung và phạm vi áp dụng của văn bản hay một quy định cụ thể của văn bản đó”, hay theo TS. Tô Văn Hòa thì GTPLTV là “làm rõ nội dung một quy phạm nào đó của luật thành văn để người áp dụng pháp luật nói chung có thể thấy được một cách chắc chắn rằng quy phạm pháp luật đó điều chỉnh một hoặc một số hành vi hay vụ việc cụ thể nào đó như thế nào”.

⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 486; Hoàng Thị Kim Quế (chủ biên), *Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2005, tr. 516 - 520; Nguyễn Văn Động, *Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2014. tr.387.

⁷ Xem: Nguyễn Cửu Việt, *Vài nét về khái niệm giải thích pháp luật, quy định về giải thích pháp luật và thực tiễn giải thích pháp luật ở Việt Nam*, Kỷ yếu hội thảo quốc tế về giải thích pháp luật, tháng 2/2008, tr.144 - 145.

nhà nước. Giải thích chính thức mang tính quy phạm được thừa nhận chính thức ở nước ta. Giải thích chính thức theo vụ việc được thực hiện bởi cá nhân, tổ chức có thẩm quyền trong quá trình giải quyết các vụ việc cụ thể, có hiệu lực đối với từng vụ việc cụ thể. Ở nước ta, hiện nay, giải thích chính thức theo vụ việc cụ thể chưa được thừa nhận chính thức trong bất kỳ văn bản quy phạm pháp luật nào.

Giải thích pháp luật được xem là công việc phức tạp, giải thích là làm cho rõ, nhưng bằng cách nào để làm cho rõ là vấn đề của phương pháp giải thích. Nhiều phương pháp khác nhau được sử dụng trong GTPLTV bao gồm giải thích theo ngôn ngữ, giải thích logic, giải thích hệ thống, giải thích dựa trên mục đích, ý định, giải thích phát triển hay giải thích năng động... Bằng cách làm rõ nghĩa của từ, ngữ trong cấu trúc ngữ pháp của quy định, phương pháp giải thích văn phạm được cho là phương pháp giải thích cơ bản, là điểm khởi đầu của hoạt động giải thích. Tuy nhiên, khi giải thích theo ngôn ngữ không đạt được kết quả hoặc kết quả đạt được vô lý, bất công hoặc kết quả rõ ràng là không mong muốn bởi nhà làm luật thì các phương pháp giải thích khác sẽ được cân nhắc vận dụng. Với phương pháp giải thích hệ thống, người giải thích đôi khi phải giải quyết xung đột giữa các quy định thành văn hoặc sử dụng các suy luận tương tự để áp dụng. Trong khi đó, với phương pháp giải thích theo ý định hoặc mục đích, người giải thích có thể đạt được một nghĩa khác (rộng hơn hoặc hẹp hơn) so với nghĩa được diễn đạt theo câu chữ. Đặc biệt, giải thích phát triển hay giải thích năng động thừa nhận vai trò của người giải thích trong việc lấp các lỗ hổng pháp luật bằng hoạt động cập nhật, phát triển, hoặc thậm chí, sáng tạo pháp luật.

2. Minh bạch trong thẩm quyền giải thích pháp luật thành văn

Ở Việt Nam, giải thích pháp luật thành văn chỉ được thừa nhận dưới dạng giải thích mang tính quy phạm. Hiến pháp năm 1959 là Hiến pháp đầu tiên trao quyền giải thích pháp luật cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH)⁸. Các bản Hiến pháp sau đó (Hiến pháp năm 1980, 1992 và 2013) chỉ trao quyền giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh cho cơ quan này⁹. Vấn đề đặt ra là các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) còn lại liệu có nhu cầu cần được giải thích, và nếu có thì chủ thể nào chịu trách nhiệm giải thích? Trên thực tế, có quan niệm rằng chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL nào thì có thẩm quyền giải thích chính văn bản đó khi cần thiết. Phần kết thúc của các VBQPPL là Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thường được thiết kế với quy định sau: *“Trong quá trình thực hiện, nếu có vướng mắc cần phải giải thích hoặc hướng dẫn bổ sung thì đề nghị phản ánh về Tòa án nhân dân tối cao để có sự giải thích hoặc hướng dẫn bổ sung kịp thời”*¹⁰.

Liên quan đến thẩm quyền giải thích các VBQPPL khác, trừ Hiến pháp, luật và pháp lệnh, là khoảng trống của pháp luật, vì vậy, có nhiều suy đoán khác nhau. Suy đoán thứ nhất là nhà lập pháp có thể cho rằng, nhu cầu giải thích phát sinh đối với tất cả các VBQPPL và chủ thể giải thích tốt nhất chính là chủ thể ban hành, người hiểu rõ

nhất ý định, mục đích của quy tắc đã ban hành. Tuy nhiên, do bộ máy lập pháp hoạt động không thường xuyên nên thẩm quyền giải thích các sản phẩm lập pháp được chính thức giao cho UBTVQH, cơ quan đảm nhận chức năng duy trì hoạt động thường xuyên của bộ máy này¹¹. Còn đối với các VBQPPL còn lại, khi chúng phát sinh nhu cầu cần được giải thích thì thẩm quyền giải thích được ngầm hiểu là thuộc về chính chủ thể ban hành. Một khi chủ thể ban hành tự giải thích văn bản của chính mình thì chủ thể này chỉ cần làm rõ quy định mơ hồ bằng cách sửa đổi, bổ sung, thay thế văn bản của chính mình. Có lẽ vì vậy mà nhu cầu giải thích mang tính quy phạm chỉ cần đặt ra cho văn bản của Quốc hội. Đối với các văn bản khác, nhu cầu này không còn cần thiết nữa. Tuy nhiên, suy luận này trở nên mâu thuẫn với việc ghi nhận thẩm quyền giải thích pháp lệnh của chính UBTVQH. Một suy đoán khác là nhà làm luật cho rằng nhu cầu giải thích chỉ xảy ra đối với các văn bản là sản phẩm gốc của bộ máy lập pháp bao gồm Hiến pháp, luật và pháp lệnh (pháp lệnh là sản phẩm của hoạt động ủy quyền làm luật). Các VBQPPL khác ở góc độ nào đó ít nhiều đều có chứa đựng yếu tố giải thích mang tính quy phạm nhằm làm rõ nội dung, ý nghĩa, tinh thần của các sản phẩm lập pháp gốc. Mặc dù vậy, suy đoán chỉ là suy đoán và pháp luật không thể minh bạch khi để ngỏ nhu cầu và thẩm quyền giải thích các VBQPPL còn lại ngoại trừ Hiến pháp, luật và pháp lệnh.

Vấn đề thiếu minh bạch khác liên quan đến thẩm quyền GTPLTV là thẩm quyền giải thích theo vụ việc. Hiến pháp hiện hành chỉ trao quyền giải thích có tính quy phạm

⁸ Điều 53 Hiến pháp năm 1959.

⁹ Điều 100 Hiến pháp năm 1980; Điều 91 Hiến pháp năm 1992 và Điều 74 Hiến pháp năm 2013. Hội đồng nhà nước trong Hiến pháp năm 1980 là chế định kép bao gồm Chủ tịch nước và đồng thời là cơ quan thường trực của Quốc hội.

¹⁰ Xem: Nghị quyết 01/2015/NQ-HĐTP và Nghị quyết số 02/2018/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

¹¹ Nguyễn Cửu Việt, *Một số vấn đề chung về giải thích pháp luật*, Kỷ yếu hội thảo quốc tế về giải thích pháp luật, Nxb. Hồng Đức, năm 2009, tr. 150.

đối với Hiến pháp, luật và pháp lệnh cho UBTVQH, còn thẩm quyền giải thích mang tính vụ việc thì không được ghi nhận. Việc giải thích hiến pháp - VBQPPL có giá trị pháp lý tối thượng luôn gắn liền với cơ chế bảo hiến. Nhiều nước¹² đã lập ra Tòa án Hiến pháp hoặc Hội đồng bảo hiến như một cơ quan chuyên trách đảm nhận vai trò giải thích Hiến pháp. Việt Nam với cơ chế bảo hiến không chuyên trách, thông qua Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, Quốc hội trao cho rất nhiều chủ thể khác nhau như Quốc hội, UBTVQH, Thủ tướng Chính phủ có quyền bãi bỏ hoặc đình chỉ việc thi hành một VBQPPL nhất định khi cho rằng văn bản đó trái với Hiến pháp¹³. Thật khó hình dung các chủ thể này có thể kết luận VBQPPL trái với Hiến pháp mà không giải thích Hiến pháp. Trong trường hợp các chủ thể này giải thích, đó phải là giải thích theo vụ việc.

Nhiều quy định có liên quan trong Hiến pháp và luật cho thấy dường như tòa án Việt Nam đã có thẩm quyền GTPPLTV. Khoản 1 Điều 102 Hiến pháp năm 2013 với nội dung “Tòa án thực hiện quyền tư pháp” chưa từng được giải thích. Nếu nội hàm quyền tư pháp được hiểu theo cách hiểu của Hiến pháp Mỹ¹⁴ và Úc¹⁵ hoặc như cách hiểu của các nhà khoa học nước ta hiện nay thì quyền tư pháp bao gồm quyền giải thích pháp luật¹⁶.

¹² Như: Pháp, Đức, Campuchia, Thái Lan, Mông Cổ, Hàn Quốc...

¹³ Xem: Khoản 2 và 3 Điều 164, khoản 2 Điều 165 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

¹⁴ Xem: Randy E. Barnett, *The original Meaning of judicial power*, Supreme Court Economic Review, Vol. 12, 2004, p.115.

¹⁵ Xem: Michelle Sanson, David Worswick and Thalia Anthony, *Connecting with law*, Pub. Oxford, Australia, 2009, p.69.

¹⁶ Xem: Nguyễn Văn Quyền và Nguyễn Tất Viễn, *Quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền Xã hội*

Ngoài ra, theo quy định của pháp luật hiện hành thì trong quá trình xét xử, tòa án có quyền phát hiện và kiến nghị với cơ quan có thẩm quyền xem xét sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản pháp luật trái với Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh và nghị quyết của UBTVQH¹⁷. Để thực hiện quá trình xét xử, giải quyết từng vụ việc, Thẩm phán tất nhiên phải làm rõ tinh thần, nội dung của điều, khoản, điểm trong văn bản quy phạm pháp luật để có nhận thức, thực hiện, áp dụng đúng, thống nhất pháp luật. Một cách rõ ràng nhất, đây chính là nội dung của hoạt động giải thích pháp luật được ghi nhận trong Luật Ban hành VBQPPL năm 2015¹⁸. Chỉ có thể thông qua giải thích pháp luật, tòa án mới có thể phát hiện và từ đó đề nghị sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật trái Hiến pháp hoặc trái với luật của Quốc hội.

Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014¹⁹, đặc biệt Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP đã thừa nhận án lệ như là sản phẩm của hoạt động giải thích pháp luật. Theo khoản 1 Điều 2 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP thì án lệ được lựa chọn (từ bản án, quyết định có hiệu lực của tòa án các cấp) phải chứa đựng lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau... Trong khi đó, việc đối mặt với các quy định của pháp luật có cách hiểu khác nhau lại là điều kiện duy nhất để UBTVQH tiến hành giải thích pháp luật được quy định tại khoản 1 Điều 158 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015. Phải chăng tòa án được trao quyền

chủ nghĩa Việt Nam từ lý luận đến thực tiễn, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, năm 2017, tr. 24.

¹⁷ Điều 2 khoản 7 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014.

¹⁸ Xem khoản 3 Điều 3 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

¹⁹ Khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014.

giải thích pháp luật? Tuy nhiên, với quy định từ nhiều Nghị quyết hướng dẫn áp dụng pháp luật của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao rằng: “*Trong quá trình thực hiện, nếu có vướng mắc cần phải giải thích... thì đề nghị phản ánh về Tòa án nhân dân tối cao để có sự giải thích ... kịp thời*”²⁰, dường như các tòa án nhân dân cấp dưới không có thẩm quyền giải thích.

Là một quốc gia duy trì mô hình giải thích quy phạm của UBTVQH từ Hiến pháp năm 1954, ngày nay, Trung Quốc đã ghi nhận thẩm quyền giải thích của Tòa án nhân dân tối cao và của Viện kiểm sát nhân dân tối cao đối với các điều khoản pháp luật cụ thể trong quá trình áp dụng chúng. Tuy nhiên, hai cơ quan này không được giải thích các tình huống mới phát sinh sau khi luật đã được ban hành mà phải yêu cầu UBTVQH giải thích, chỉnh sửa hoặc ban hành mới. Đáng chú ý, ngoại trừ Tòa án nhân dân tối cao và Viện kiểm sát nhân dân tối cao, các tòa án và viện kiểm sát khác không được quyền giải thích các quy định trong quá trình áp dụng pháp luật²¹.

Quay trở lại Việt Nam, theo quy định hiện hành, các tòa án không được phép từ chối thụ lý vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng²², mà phải áp dụng lần lượt các nguồn từ tập quán, tương tự pháp luật, nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ, lễ công bằng để giải quyết²³. Để làm được điều này tòa án cần giải thích pháp luật bằng phương pháp suy luận logic, hoặc giải thích phát triển, dựa trên mục đích

khách quan của pháp luật để cập nhật tinh thần, nguyên tắc chung của hệ thống pháp luật. Liên quan đến vấn đề này, theo quan điểm của một học giả trong nước thì một phần thẩm quyền giải thích pháp luật của tòa án Việt Nam đã được thừa nhận từ khá lâu thông qua việc thừa nhận nguyên tắc áp dụng quy định tương tự của pháp luật trong Bộ luật Dân sự năm 1995²⁴.

3. Minh bạch về điều kiện và nguyên tắc giải thích pháp luật thành văn

Liên quan đến vấn đề khi nào Hiến pháp, luật và pháp lệnh cần được giải thích, khoản 1 Điều 158 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 chỉ ghi nhận duy nhất một trường hợp là khi “*quy định của Hiến pháp, luật, pháp lệnh có cách hiểu khác nhau trong việc thi hành*”. Theo tác giả, đây là một quy định mơ hồ vì quy định này có thể được hiểu bằng nhiều cách khác nhau và chiếu theo nội dung thì chính nó lại cần đến một sự giải thích của UBTVQH. Mặt khác, khoản 1 Điều 158 trên có thể được hiểu theo một nghĩa hoàn toàn khác. Theo cách hiểu thứ hai này, các quy định tối nghĩa hay đa nghĩa không đáp ứng điều kiện giải thích nếu không chứng minh được quy định đó có cách hiểu không thống nhất với quy định khác trong Hiến pháp, luật hoặc pháp lệnh. Từ cách hiểu thứ hai này dẫn đến quan điểm cho rằng để cho hoạt động giải thích phát triển, Quốc hội cần cởi trói cho nó bằng cách dỡ bỏ cái “vòng lẩn quẩn” giữa giải thích và xung đột pháp luật (để giải thích phải chứng minh có xung đột pháp luật, mà muốn kết luận có xung đột pháp luật thì phải giải thích)²⁵. Theo pháp luật hiện hành,

²⁰ Nghị quyết số 02/2018/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

²¹ Điều 104 Luật Ban hành VBQPPL sửa đổi năm 2015 của Trung Quốc, http://www.gov.cn/zhengce/2015-03/18/content_2834713.htm, truy cập ngày 20/6/2019.

²² Khoản 2 Điều 4 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

²³ Điều 5 và Điều 6 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁴ Võ Trí Hào, *Vai trò giải thích pháp luật của tòa án*, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/01/04/4231-2/>, truy cập ngày 06/6/2019.

²⁵ Xem: Nguyễn Thị Ánh Vân, *Bài học từ kinh nghiệm giải thích pháp luật thành văn của một số*

UBTVQH có quyền quyết định giải thích Hiến pháp, luật hoặc pháp lệnh trên cơ sở đề nghị giải thích của chủ thể có thẩm quyền. Tuy nhiên, pháp luật chưa quy định rõ thời gian trả lời, cách thức trả lời cũng như những nội dung cần có trong trả lời đề nghị giải thích của UBTVQH, đặc biệt trong trường hợp từ chối đề nghị giải thích.

Về nguyên tắc giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh, khoản 2 Điều 158 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định:

“Việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh phải bảo đảm các nguyên tắc sau đây:

a) Đúng với tinh thần, mục đích, yêu cầu, quan điểm chỉ đạo ban hành Hiến pháp, luật, pháp lệnh;

b) Phù hợp với nội dung, ngôn ngữ của Hiến pháp, luật, pháp lệnh;

c) Không được sửa đổi, bổ sung hoặc đặt ra quy định mới”.

Với quy định trên, rõ ràng, người giải thích bị cấm để hành động như nhà lập pháp nhưng lại không rõ ràng: Liệu người giải thích phải tìm được một nghĩa vừa đúng với tinh thần, mục đích, yêu cầu lập pháp vừa phù hợp với ngôn ngữ lập pháp hay không? Thực tế cho thấy, bằng câu chữ khó có thể diễn đạt một cách chính xác ý định hay mục đích của nhà lập pháp. Ví dụ, luật quy định cấm mọi hành vi cản trở diễn ra trong vùng phụ cận bay nhưng thực chất mục đích lập pháp là cấm luôn mọi hành vi cản trở diễn ra ngay trong vùng bay, trong khi câu chữ của quy định thì không nói lên điều đó. Vì vậy, có lẽ không hợp lý để yêu cầu người giải thích trong mọi trường hợp phải tìm kết quả giải thích vừa phù hợp với diễn đạt câu chữ vừa phù hợp với mục đích lập pháp. Các học thuyết về giải thích pháp luật ở các

nước thuộc hệ thống Common law thường yêu cầu người giải thích phải đặt nghĩa tìm được theo ngôn ngữ của quy định vào toàn bộ ngữ cảnh bao gồm kế hoạch, mục đích và ý định của cơ quan lập pháp nhưng lựa chọn kết quả giải thích theo câu chữ trong quy định hay thiên về mục đích làm luật thì cần thiết phải có sự cân nhắc, đo lường²⁶.

Trong trường hợp người giải thích không bị ràng buộc để chọn một kết quả đáp ứng tất cả các nguyên tắc được liệt kê thì nguyên tắc nào sẽ được ưu tiên hơn? Thứ tự của các nguyên tắc được liệt kê có phải đồng thời là thứ tự ưu tiên trong việc quyết định nghĩa của quy định được giải thích hay không? Nhìn chung, cả hệ thống thông luật (Common law) và hệ thống dân luật (Civil law) đều có nguyên tắc chung là nếu luật thành văn đã rõ và không bất hợp lý, khi áp dụng trong các vụ việc, tòa án phải áp dụng quy định theo câu từ diễn đạt; nếu bất hợp lý, tòa án sẽ từ bỏ nghĩa văn phạm để tránh sự vô lý²⁷.

Cuối cùng, trong quá trình xem xét đề nghị giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh nếu UBTVQH nhận thấy sự mơ hồ trong quy định về điều kiện để giải thích thì cơ quan này cần ban hành Nghị quyết để giải thích hay chỉ cần giải thích cho riêng chủ thể đề nghị? Tương tự, nếu trong quá trình giải thích, có khó khăn phát sinh trong việc hiểu các nguyên tắc GTPLTV thì UBTVQH có quay trở lại giải thích các nguyên tắc này bằng một Nghị quyết khác hay cần làm rõ

nước Civil law và Common law, Tạp chí Luật học, số 5, năm 2006, tr. 87.

²⁶ F.A.R. Bennion, *Understanding common law legislation, drafting and interpretation*, Oxford University Press, 2001, p.45.

²⁷ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (2nd edn Cavendish Publishing Ltd 1999) at 267-268 and ‘Statutory Interpretation in France’ ch. 6 in DN MacCormick and RS Summers (eds) *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Ltd, 1991, p.190.

cách hiểu nguyên tắc này trong Nghị quyết được áp dụng để giải thích? Khả năng rất cao là UBTVQH sẽ cho rằng, không cần thiết giải thích pháp luật về GTPLTV để phục vụ cho hoạt động giải thích của chính mình mà chỉ cần tự giải thích ngầm. Từ những vấn đề được đặt ra cho thấy, có không ít những khó khăn trong việc đảm bảo minh bạch cho hoạt động giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh theo quy định pháp luật hiện hành.

4. Đảm bảo tính minh bạch trong giải thích pháp luật thành văn ở nước ta hiện nay

Giống như mọi lĩnh vực pháp luật khác, các quy định về GTPLTV muốn được minh bạch thì cũng cần sử dụng đến công cụ giải thích pháp luật. Tiếc thay, công cụ này hiếm khi được sử dụng một cách công khai và minh bạch ở nước ta. Trên thực tế, hoạt động giải thích mang tính quy phạm theo thẩm quyền chính thức hiếm khi xảy ra. Hiến pháp và pháp lệnh ở nước ta chưa một lần được giải thích chính thức. Riêng đối với văn bản luật thì hơn nửa thế kỉ qua, chỉ có hai lần UBTVQH ra nghị quyết với tên gọi giải thích²⁸. Điều này chắc chắn đã ảnh hưởng đến chất lượng của các quy định về GTPLTV. Ngược lại, đối với các quy định về GTPLTV đã được ban hành thì tính mơ hồ, khó hiểu của chúng chỉ được nhìn thấy rõ nhất khi chúng có cơ hội để được áp dụng vào thực tế. Tuy nhiên, do thực tế GTPLTV chính thức hầu như không diễn ra, nên các quy định về GTPLTV hầu như không được xem xét đến. Một khi các quy định về GTPLTV còn mơ hồ, khó hiểu thì

tất yếu sẽ ảnh hưởng đến cả hệ thống văn bản pháp luật.

Sự thiếu minh bạch của hệ thống pháp luật hiện tại tập trung phần lớn vào việc giải thích không đúng thẩm quyền, nhưng lại có giá trị ràng buộc của quyền lực nhà nước. Thông qua việc ban hành các văn bản quy định chi tiết, hoặc hướng dẫn thi hành hoặc công văn giải đáp, cả cơ quan hành pháp và tư pháp đều tham gia vào tiến trình giải thích pháp luật²⁹. Tuy nhiên, yếu tố giải thích thì lẫn lộn, khó tách biệt với quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành và tất nhiên không chịu sự điều chỉnh của các quy định về giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh hiện hành. Bên cạnh đó, hoạt động giải thích pháp luật theo vụ việc trong quá trình kiểm tra, giám sát VBQPPL cũng như trong quá trình xét xử của tòa án dù không thể bỏ qua, nhưng hiếm khi phương pháp, nguyên tắc và cách thức giải thích dẫn đến kết quả cuối cùng được bàn luận công khai.

Để đảm bảo tính minh bạch trong hoạt động GTPLTV, trước hết cần thừa nhận chính thức thẩm quyền giải thích mang tính vụ việc của các chủ thể có thẩm quyền áp dụng pháp luật. Điều này có thể thực hiện thông qua hoạt động giải thích nội hàm của “quyền tư pháp” và các quy định về trách nhiệm bảo hiến trong Hiến pháp hiện hành.

²⁸ Nghị quyết số 746/2005/NQ-UBTVQH11 ngày 28/01/2005 để giải thích khoản c Điều 241 Luật Thương mại 1997 và Nghị quyết số 1053/2006/NQ-UBTVQH11 về việc giải thích khoản 6 Điều 19 của Luật Kiểm toán nhà nước.

²⁹ Xem: Hoàng Văn Tú, *Giải thích pháp luật - Một số vấn đề cơ bản và thực tiễn tại Việt Nam*, <https://sites.google.com/site/ahdandthelaw/luat-hinh/bai/tham-quyen-ve-giai-thich-phap-luat-tai-viet-nam>, truy cập ngày 9/6/2019. Ví dụ: Về làm rõ vấn đề thẩm quyền của tòa án nhân dân trong việc giải quyết tranh chấp quyền sử dụng đất theo quy định tại khoản 3 Điều 38 Luật Đất đai năm 1993 thì ban đầu được đề nghị UBTVQH giải thích. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng làm rõ vấn đề này nên là công việc của Chính phủ vì cơ quan này được giao quy định chi tiết và kết quả là việc giải thích được thực hiện bằng một thông tư liên tịch giữa Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao và Tổng cục địa chính.

Bằng phương pháp giải thích hệ thống, UBTVQH hoàn toàn có thể công nhận tòa án và các chủ thể áp dụng pháp luật khác có quyền giải thích VBQPPL. Tiếp theo đó, cần nghiên cứu sửa đổi chương XIV của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 và thay đổi tên chương thành Giải thích Hiến pháp, luật của UBTVQH và thêm vào quy định rằng “chương này đồng thời được áp dụng cho hoạt động giải thích VBQPPL mang tính vụ việc của tòa án và các chủ thể khác”. Theo đó, chỉ có UBTVQH là có thẩm quyền giải thích mang tính quy phạm đối với Hiến pháp, luật; các chủ thể khác khi cần làm rõ các quy định do mình ban hành thì sử dụng quyền sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế văn bản của chính mình.

Bên cạnh làm minh bạch về thẩm quyền, cần bổ sung vào chương này các quy định về: Thời hạn để UBTVQH phải trả lời chủ thể kiến nghị giải thích; hình thức văn bản trả lời; nội dung cần nêu rõ trong trường hợp từ chối hay chấp nhận giải thích; cũng như thời hạn cụ thể cho việc soạn thảo và thông qua văn bản giải thích kể từ ngày chấp nhận giải thích. Trong quá trình sửa đổi, bổ sung cần làm rõ các yếu tố như: Điều kiện cần thiết để giải thích Hiến pháp và luật; thứ tự và điều kiện ưu tiên của các phương pháp giải thích pháp luật; mối quan hệ giữa giải thích Hiến pháp, luật mang tính quy phạm của UBTVQH với giải thích Hiến pháp và luật trong quá trình kiểm tra, giám sát một VBQPPL cá biệt. So với giải thích mang tính quy phạm, điểm đặc thù của giải thích pháp luật theo vụ việc là hoạt động này không chỉ giới hạn ở việc tìm nghĩa của quy định, mà còn bao gồm việc xác định phạm vi áp dụng của quy định được giải thích. Do vậy, khi đã thừa nhận hoạt động giải thích pháp luật theo vụ việc, nên sáp nhập vào chương giải thích này các quy

định về hiệu lực của VBQPPL và nguyên tắc áp dụng VBQPPL. Thực hiện điều này tạo nền tảng cho việc ban hành Luật giải thích pháp luật trong tương lai, đồng thời tạo điều kiện cho pháp luật về GTPLTV ở Việt Nam phù hợp với pháp luật về GTPLTV của các nước trên thế giới³⁰.

Cuối cùng, như đã phân tích, chức năng của tòa án không thể tách rời hoạt động giải thích pháp luật. Không ngoại lệ, chính hoạt động giải thích pháp luật của tòa án rất cần được thể hiện một cách công khai, minh bạch trong các phán quyết. Tuy nhiên, trong khi thẩm quyền cũng như cơ sở pháp lý cho giải thích pháp luật của tòa án chưa rõ, học thuyết về giải thích pháp luật của tòa án chưa phát triển thì thẩm phán khó mà công khai hoạt động giải thích pháp luật của mình. Quan trọng hơn, việc công khai đó không đem đến lợi ích cho cá nhân thẩm phán, đặc biệt trong trường hợp phán quyết của họ bị kháng cáo hoặc kháng nghị. Do vậy, chỉ khi nào thẩm quyền giải thích pháp luật theo vụ việc được chính thức thừa nhận thì các yêu cầu, đòi hỏi về tính rõ ràng của hoạt động giải thích trong các phán quyết của tòa án mới trở nên chính đáng. Thừa nhận thẩm quyền GTPLTV của tòa án sẽ tạo cơ hội cho án lệ phát triển tốt, đồng thời góp phần hình thành kỹ năng, nguyên tắc và phương pháp giải thích pháp luật trên thực tế. Khi tòa án có thẩm quyền giải thích pháp luật, tòa án sẽ chỉ ra những điểm bất hợp lý, làm sáng tỏ những quy định còn mơ hồ góp phần đảm bảo tính minh bạch cho cả hệ thống pháp luật.

³⁰ Các luật về giải thích pháp luật thành văn của Úc và Canada đều chứa các quy định về giải quyết xung đột pháp luật, xác định hiệu lực về thời gian, không gian, kể cả các quy định về hiệu lực hồi tố.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ CẦN BỔ SUNG VÀO NỘI DUNG SỬA ĐỔI LUẬT TỔ CHỨC CHÍNH PHỦ

*Võ Nguyễn Nam Trung**

Tóm tắt: Theo Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2019, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 sẽ được sửa đổi bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức chính quyền địa phương. Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung mười ba nội dung của Luật Tổ chức Chính phủ hiện nay với bốn điều (Dự thảo ngày 25/01/2019). Các nội dung sửa đổi, bổ sung này là cần thiết, kịp thời và hợp lý. Ngoài các vấn đề đã được Dự thảo đề cập, tác giả kiến nghị thêm một số vấn đề bao gồm: i) Việc Quốc hội quy định cơ cấu của Chính phủ ở đầu nhiệm kỳ; ii) Tổ chức của Chính phủ và bộ, cơ quan ngang bộ; iii) Quy định về biểu quyết của tập thể Chính phủ; iv) Về kỹ thuật lập pháp trong quy định về nhiệm vụ và quyền hạn của Thủ tướng Chính phủ.

Abstract: Given the 2019 legislation agenda, the 2015 Law on Organization of the Government shall be amended by the Amended Law on Organization of the Government and Law on Local Government. The draft Amended Law amends and supplements thirteen issues of the current Law on Organization of the Government with four provisions (the draft of 25th January 2019). The issues for amendment and supplementation are necessary, timely and reasonable. Beside, the author suggests certain issues to be included: i) Approval of the Congress on the composition of the Government at the beginning of the tenure; ii) Organization of the Government, ministries and ministry-level bodies; iii) Regulations on the Government's voting; iv) On legislative technique to regulate competence and tasks of Prime Minister of the Government.

1. Về việc Quốc hội quy định cơ cấu của Chính phủ ở kỳ họp đầu tiên của mỗi khóa

Cơ cấu tổ chức của Chính phủ do Quốc hội quyết định theo khoản 1 Điều 95 Hiến pháp năm 2013. Cụ thể, khoản 2 Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 (sau đây gọi tắt là Luật Tổ chức Chính phủ) quy định: “Cơ cấu tổ chức của Chính phủ gồm các bộ, cơ quan ngang bộ. Việc thành lập, bãi bỏ bộ, cơ quan ngang bộ do Chính phủ trình Quốc hội quyết định”. Như vậy, cả Hiến pháp và Luật đều không quy định cụ thể về số lượng cũng như tên gọi cụ thể của các bộ, cơ quan ngang bộ. Cách quy định này khá hợp lý, bởi nếu quy định cứng số

lượng, tên gọi các bộ, cơ quan ngang bộ sẽ khó linh hoạt trong việc quyết định cơ cấu cụ thể của Chính phủ. Từ đó, Hiến pháp và Luật Tổ chức Chính phủ khó đảm bảo tính ổn định. Ngoài ra, kinh nghiệm thế giới cho thấy, có rất ít quốc gia quy định cụ thể về số lượng, tên gọi của các bộ, cơ quan ngang bộ trong văn bản về tổ chức của Chính phủ¹. Ngoài ra, Điều 14 Luật Tổ chức Quốc hội quy định Quốc hội quyết định thành lập, bãi bỏ bộ, cơ quan ngang bộ theo đề nghị của Chính phủ.

¹ Báo cáo số 2947/BC-UBPL13 ngày 19/01/2015 của Ủy ban Pháp luật của Quốc hội khóa XIII về việc xin ý kiến Ủy ban Thường vụ Quốc hội đối với một số vấn đề lớn về Dự án Luật Tổ chức Chính phủ (sửa đổi).

* ThS., Khoa Luật – Trường Đại học Cần Thơ.

Về mặt thực tiễn, tại kỳ họp đầu tiên của mỗi khóa, Quốc hội sẽ quyết định số lượng, tên gọi của các bộ, cơ quan ngang bộ của Chính phủ bằng hình thức ban hành nghị quyết của Quốc hội. Đơn cử, các khóa Quốc hội gần đây ban hành một số nghị quyết như: Nghị quyết số 01/2007/QH12 ngày 31/7/2007 của Quốc hội về cơ cấu tổ chức của Chính phủ và số Phó Thủ tướng Chính phủ nhiệm kỳ khoá XII; Nghị quyết số 03/2011/QH13 ngày 02/8/2011 của Quốc hội về cơ cấu tổ chức của Chính phủ và số Phó Thủ tướng Chính phủ nhiệm kỳ khoá XIII; Nghị quyết số 09/2016/QH14 ngày 27/7/2016 của Quốc hội về cơ cấu tổ chức của Chính phủ nhiệm kỳ Quốc hội khoá XIV. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 32 Nội quy kỳ họp Quốc hội² quy định: “Tại kỳ họp thứ nhất của mỗi khóa Quốc hội, Quốc hội quyết định cơ cấu tổ chức của Chính phủ theo trình tự sau đây: a) Chính phủ khóa trước trình Quốc hội về cơ cấu tổ chức của Chính phủ khóa mới và dự thảo nghị quyết; b) Ủy ban Pháp luật của Quốc hội trình báo cáo thẩm tra; c) Đại biểu Quốc hội thảo luận tại Đoàn đại biểu Quốc hội; Chủ tịch Quốc hội có thể họp với các Trưởng đoàn đại biểu Quốc hội, mời đại diện Chính phủ khóa trước tham dự để trao đổi về các vấn đề có liên quan; d) Ủy ban thường vụ Quốc hội báo cáo Quốc hội kết quả thảo luận tại Đoàn đại biểu Quốc hội; đ) Chính phủ khóa trước báo cáo Quốc hội về việc giải trình, tiếp thu ý kiến của đại biểu Quốc hội; e) Quốc hội thảo luận, biểu quyết thông qua nghị quyết về cơ cấu tổ chức của Chính phủ khóa mới”.

Tóm lại, Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, Luật Tổ chức Chính phủ chỉ quy định cơ cấu chung của

Chính phủ bao gồm bộ, cơ quan ngang bộ mà không cụ thể là bao nhiêu bộ và có các bộ nào. Việc thành lập các cơ quan này do Chính phủ trình Quốc hội quyết định. Theo thông lệ và cũng theo Quy chế làm việc, Quốc hội sẽ làm việc này ở kỳ họp thứ nhất của mỗi khóa. Quy trình này có một số vấn đề như sau:

Thứ nhất, quy định này phủ định một phần thẩm quyền của Thủ tướng, của Chính phủ khóa mới. Theo quy định tại khoản 2 Điều 32 Nội quy kỳ họp Quốc hội, *Chính phủ khóa trước* trình Quốc hội về cơ cấu tổ chức của Chính phủ khóa mới và dự thảo nghị quyết... Như vậy, tại thời điểm này, Chính phủ khóa mới chưa được thành lập và các công việc có liên quan do Chính phủ khóa trước thực hiện. Ngoài ra, với kinh nghiệm của cả nhiệm kỳ hoạt động, Chính phủ khóa trước sẽ chuẩn bị và trình Quốc hội phương án tốt, có sự kế thừa về tổ chức cho Chính phủ khóa mới. Tuy nhiên, Chính phủ khóa mới sẽ mất quyền can dự vào việc xác định cơ cấu của mình (trừ các trường hợp đối với thành viên Chính phủ hoạt động ở cả hai nhiệm kỳ). Việc thay đổi cơ cấu của Chính phủ có chăng chỉ được thực hiện sau một thời gian nhất định. Quyền trình phương án cơ cấu của Chính phủ ở giai đoạn đầu của nhiệm kỳ đã bị vô hiệu bởi vì cũng phải đến kỳ họp thứ hai của Quốc hội thì Chính phủ mới có thể thực hiện được.

Thứ hai, việc ban hành nghị quyết về cơ cấu của Chính phủ sẽ trở nên hình thức nếu Chính phủ khóa cũ và mới giống nhau. Chính phủ duy trì cơ cấu bao gồm 18 bộ và 04 cơ quan ngang bộ từ năm 2007 đến nay với Nghị quyết số 01/2007/QH12. Tuy nhiên, do thủ tục quy định lại về cơ cấu Chính phủ ở kỳ họp thứ nhất nên đều đặn Quốc hội các khóa XIII, XIV ra Nghị quyết số 03/2011/QH13 và Nghị quyết số

² Nội quy kỳ họp Quốc hội ban hành kèm theo Nghị quyết số 102/2015/QH13 ngày 24/11/2015 của Quốc hội.

09/2016/QH14 tương ứng. Thiết nghĩ việc này là không cần thiết.

Đối với vấn đề này, cần sửa đổi Luật Tổ chức Chính phủ theo hướng, cơ cấu tổ chức của Chính phủ thay đổi chỉ trong trường hợp cần thiết; không nên định kỳ phải thực hiện ở kỳ họp thứ nhất của mỗi khóa Quốc hội. Cụ thể, khoản 2 Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ cần quy định:

“Điều 2. Cơ cấu tổ chức và thành viên Chính phủ

1. (...)

2. Cơ cấu tổ chức của Chính phủ gồm các bộ, cơ quan ngang bộ.

Việc thành lập, bãi bỏ bộ, cơ quan ngang bộ do Chính phủ trình Quốc hội *cùng nhiệm kỳ* quyết định.

Trong trường hợp cần thiết, nếu được Quốc hội khóa trước đồng ý, Chính phủ khóa trước có thể chuẩn bị hồ sơ trình Quốc hội khóa mới quyết định cơ cấu tổ chức của Chính phủ tại kỳ họp thứ nhất của Quốc hội khóa mới”.

2. Cơ cấu Chính phủ và cơ cấu bộ, cơ quan ngang bộ

Cơ cấu Chính phủ, bộ và cơ quan ngang bộ theo Luật Tổ chức Chính phủ có một số vấn đề chưa phù hợp như vị trí của Văn phòng Chính phủ, thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ trong việc trình Quốc hội cơ cấu thành viên Chính phủ và quy định về cơ cấu chung của các bộ, cơ quan ngang bộ.

Thứ nhất, không nên quan niệm Văn phòng Chính phủ là cơ quan ngang bộ

Cơ quan hành chính nhà nước là một bộ phận cấu thành nên bộ máy nhà nước, được thành lập theo Hiến pháp và pháp luật để thực hiện quyền lực nhà nước, có chức năng quản lý nhà nước trên các lĩnh vực của đời sống xã hội một cách chủ yếu, thường

xuyên và liên tục³. Các cơ quan được xem là một cơ quan hành chính nhà nước khi có vị trí độc lập trong bộ máy nhà nước và có chức năng quản lý nhà nước là chủ yếu. Hiện nay, vị trí, chức năng của bộ được quy định khoản 1 Điều 39 Luật Tổ chức Chính phủ. Theo đó, bộ, cơ quan ngang bộ là cơ quan của Chính phủ thực hiện chức năng quản lý nhà nước về một hoặc một số ngành, lĩnh vực và dịch vụ công thuộc ngành, lĩnh vực trong phạm vi toàn quốc.

Văn phòng Chính phủ là bộ máy giúp việc của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, có chức năng tham mưu tổng hợp, giúp việc cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn theo quy định của Chính phủ⁴. Nghị định số 150/2016/NĐ-CP⁵ ngày 11/11/2016 của Chính phủ quy định Văn phòng Chính phủ là cơ quan ngang bộ của Chính phủ, là bộ máy giúp việc của Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ. Cụ thể, Văn phòng Chính phủ có chức năng tham mưu tổng hợp, điều phối giúp Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ (bao gồm các Phó Thủ tướng Chính phủ) tổ chức các hoạt động chung của Chính phủ, lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành hoạt động của Chính phủ và hệ thống hành chính nhà nước từ trung ương đến cơ sở; bảo đảm thống nhất, thông suốt, liên tục của nền hành chính quốc gia; kiểm soát thủ tục hành chính; bảo đảm thông tin, xây dựng Chính phủ điện tử phục vụ công tác lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ và cung cấp thông tin cho công chúng theo quy định của pháp luật; bảo đảm điều kiện

³ Phan Trung Hiền, *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2018, tr. 160.

⁴ Khoản 1 Điều 41 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

⁵ Nghị định này quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Văn phòng Chính phủ.

vật chất, kỹ thuật, hậu cần cho hoạt động của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ⁶.

Văn phòng Chính phủ là một cơ quan nhà nước độc lập bởi tư cách pháp nhân của mình cũng như có con dấu để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao. Tuy nhiên, về chức năng, Văn Phòng Chính phủ không thực hiện chức năng quản lý ngành, lĩnh vực hay quản lý nhà nước về dịch vụ công. Các quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Văn phòng Chính phủ trong Luật Tổ chức Chính phủ và Nghị định số 150/2016/NĐ-CP cho thấy điều này. Trong tương lai cũng không cần thiết phải giao chức năng quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực hay dịch vụ công cho Văn phòng Chính phủ.

Theo thông lệ, các nước thường quy định Chính phủ bao gồm những ai chứ ít khi quy định bao gồm các cơ quan nào⁷. Chính phủ vốn dĩ là một tập thể người hành động, quyết định những vấn đề thuộc thẩm quyền chứ không phải là một cơ quan tổ chức thông thường. Chẳng hạn, Nội các là cơ quan nắm giữ quyền hành pháp ở Nhật Bản và cơ quan này bao gồm Thủ tướng là người đứng đầu và các Bộ trưởng theo quy định⁸. Ở Hàn Quốc, Chính phủ gồm có Thủ tướng và các thành viên Hội đồng Nhà nước theo mục 2 chương IV Hiến pháp năm 1987⁹. Một Chính phủ có cơ cấu gần với Việt Nam là Quốc vụ viện nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa. Quốc vụ viện nước này bao gồm

các bộ và các cơ quan tương đương do Đại hội Đại biểu nhân dân toàn quốc (Quốc hội) quy định. Văn phòng Quốc vụ Viện không nằm trong cơ cấu tổ chức của Quốc vụ viện nước này. Tuy nhiên, Tổng Thư ký Quốc vụ viện vẫn là thành viên của Chính phủ theo Điều 86 của Hiến pháp Trung Quốc¹⁰.

Thiết nghĩ, cần đặt Văn phòng Chính phủ về đúng vị trí, chức năng của mình trong hệ thống hành chính nhà nước. Theo đó, không nên quy định Văn phòng Chính phủ là cơ quan ngang bộ bởi cơ quan này không thực hiện chức năng quản lý nhà nước. Tuy nhiên, việc quy định Bộ trưởng, Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ là thành viên Chính phủ là phù hợp nên không cần thay đổi. Tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ như sau:

“Điều 2. Cơ cấu tổ chức và thành viên Chính phủ

1. Chính phủ gồm Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ và Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ.

2. (...)”

Về kỹ thuật, khi mà thành viên Chính phủ có Thủ trưởng cơ quan ngang bộ lại có thêm Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ thì đủ để hiểu ngay rằng Văn phòng Chính phủ không phải là cơ quan ngang bộ. Vấn đề này, chủ yếu ở cách hiểu và vận dụng khi Quốc hội ban hành nghị quyết về cơ cấu của Chính phủ. Hiện nay, các văn bản luật và Hiến pháp không quy định về câu chữ Văn phòng Chính phủ là cơ quan ngang bộ.

Thứ hai, sửa đổi thẩm quyền của Thủ tướng về việc trình Quốc hội cơ cấu thành viên Chính phủ

⁶ Điều 1 Nghị định số 150/2016/NĐ-CP.

⁷ Vũ Hồng Anh, *Đổi mới tổ chức và hoạt động của Chính phủ trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta hiện nay*, Tạp chí Luật học, số 4 năm 2004, tr. 07.

⁸ Điều 65 và đoạn đầu Điều 66 Hiến pháp năm 1946 của Nhật Bản. Xem: Khoa Luật thuộc Đại học quốc gia Hà Nội, *Tuyển tập Hiến pháp một số quốc gia*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 27-28.

⁹ Khoa Luật thuộc Đại học quốc gia Hà Nội, *Tuyển tập Hiến pháp một số quốc gia*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 58-62.

¹⁰ Khoa Luật thuộc Đại học quốc gia Hà Nội, *Tuyển tập Hiến pháp một số quốc gia*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 102.

Khoản 1 Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ quy định: “Chính phủ gồm Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Cơ cấu số lượng thành viên Chính phủ do *Thủ tướng Chính phủ trình* Quốc hội quyết định”. Cơ cấu số lượng thành viên Chính phủ tùy thuộc vào số lượng Phó Thủ tướng Chính phủ và số lượng Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Các bộ là cơ quan hành chính nhà nước tổ chức và hoạt động theo chế độ thủ trưởng. Tất nhiên, mỗi bộ chỉ có một thủ trưởng với chức danh là Bộ trưởng. Do đó, các thành viên của Chính phủ là Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ tương ứng với số lượng bộ, cơ quan ngang bộ ở từng giai đoạn. Trong khi đó, cũng tại Điều này, đoạn 2 khoản 2 quy định: “Việc thành lập, bãi bỏ bộ, cơ quan ngang bộ do *Chính phủ trình* Quốc hội quyết định”. So sánh nội dung hai quy định này chúng ta thấy rằng việc Thủ tướng trình Quốc hội quyết định cơ cấu, số lượng thành viên Chính phủ thực chất là trình Quốc hội quyết định số lượng Phó Thủ tướng Chính phủ chứ không có ý nghĩa trong việc xác định số lượng Bộ trưởng. Do đó, cần bãi bỏ nội dung “Cơ cấu số lượng thành viên Chính phủ do Thủ tướng Chính phủ trình Quốc hội quyết định” tại khoản 1 Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ. Đồng thời sửa đổi khoản 3 Điều 28, thêm nội dung Thủ tướng Chính phủ có thẩm quyền trình Quốc hội quyết định số lượng Phó Thủ tướng Chính phủ như sau:

“Điều 28. Nhiệm vụ và quyền hạn của Thủ tướng Chính phủ

1. (...)

3. Trình Quốc hội *quyết định số lượng Phó Thủ tướng Chính phủ*; phê chuẩn đề nghị bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và thành viên khác của Chính phủ; trong thời gian

Quốc hội không họp, trình Chủ tịch nước quyết định tạm đình chỉ công tác của Phó Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và thành viên khác của Chính phủ.

4. (...)

Thứ ba, cần bổ sung quy định liên quan đến cơ cấu tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ

Cơ cấu tổ chức của bộ được quy định tại hai văn bản là Luật Tổ chức Chính phủ (Điều 40) và Nghị định số 123/2016/NĐ-CP (Điều 17). So sánh nội dung của hai điều này cho thấy, quy định của Nghị định số 123/2016/NĐ-CP là cụ thể và hợp lý hơn so với Luật. Cả hai văn bản đều quy định cơ cấu tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ gồm vụ, văn phòng, thanh tra, cục, tổng cục, đơn vị sự nghiệp công lập. Điểm khác biệt là Nghị định số 123/2016/NĐ-CP quy định cụ thể cục, tổng cục không bắt buộc phải có trong cơ cấu tất cả các bộ, cơ quan ngang bộ mà tùy nhiệm vụ, quyền hạn, phạm vi quản lý của từng bộ, cơ quan ngang bộ. Ngoài ra, Luật Tổ chức Chính phủ không hợp lý khi quy định cơ cấu chung cho các bộ, cơ quan ngang bộ mà không ghi nhận bất kỳ ngoại lệ nào. Các bộ có cùng địa vị pháp lý; chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn cũng tương đối giống nhau. Tuy nhiên, trên thực tế tồn tại sự phân biệt “bộ lớn”, “bộ nhỏ”, “bộ đặc thù”, “bộ không đặc thù” là điều không thể phủ nhận. Bộ Công an, Bộ Quốc phòng là hai bộ điển hình cho tính đặc thù như vừa nêu. Khoản 3 Điều 1 Nghị định số 123/2016/NĐ-CP quy định cơ cấu tổ chức của bộ tại Nghị định này không áp dụng đối với Bộ Quốc phòng, Bộ Công an. Quy định này là phù hợp với cơ cấu đặc thù của lực lượng vũ trang nhân dân Việt Nam. Do đó, tác giả kiến nghị bổ sung khoản 1a vào sau khoản 1 Điều 40 Luật Tổ chức Chính phủ:

“Điều 40. Cơ cấu tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ

1. Cơ cấu tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ gồm vụ, văn phòng, thanh tra, cục, tổng cục, đơn vị sự nghiệp công lập.

1a. Cơ cấu tổ chức của Bộ Quốc phòng, Bộ Công an thực hiện theo các quy định của pháp luật đối với lực lượng vũ trang nhân dân.

2. (...)"

3. Các quy định biểu quyết của tập thể Chính phủ

Lồng trong quy định về phiên họp của Chính phủ, Luật Tổ chức Chính phủ dành khoản 3 Điều 46 quy định về vấn đề biểu quyết: “Các quyết định của Chính phủ phải được quá nửa tổng số thành viên Chính phủ biểu quyết tán thành. Trong trường hợp biểu quyết ngang nhau thì thực hiện theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết”.

Thứ nhất, về hình thức biểu quyết

Luật Tổ chức Chính phủ không quy định về hình thức biểu quyết tại các phiên họp của Chính phủ. Trong khi đó, vấn đề tương tự được ghi nhận tại Điều 96 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014; Điều 117 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017. Hai Luật này quy định Quốc hội, Ủy ban nhân dân quyết định áp dụng một trong các hình thức biểu quyết công khai hoặc bỏ phiếu kín. Không có quy định chi tiết hơn nữa cho vấn đề này, hai Luật này để ngỏ cho việc ban hành quy chế làm việc hay quy chế kỳ họp. Luật Tổ chức Chính phủ cần quy định rằng, việc áp dụng một trong hai hình thức biểu quyết tùy vào vấn đề.

Thứ hai, về phương án biểu quyết

Thông thường, pháp luật có hai cách thức quy định về phương án biểu quyết là: Đồng ý hoặc không đồng ý¹¹; hoặc quy định ba phương án là: Đồng ý, không đồng ý và

không có ý kiến¹². Ngoài bỏ ngỏ về hình thức biểu quyết, Luật Tổ chức Chính phủ còn bỏ ngỏ phương án biểu quyết khi không quy định bất kỳ cách thức nào. Quy chế làm việc của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị định số 138/2016/NĐ-CP cũng không quy định về vấn đề này.

Khoản 3 Điều 3 Quy chế làm việc quy định cách thức giải quyết công việc của Chính phủ: “Quyết định của Chính phủ phải được quá nửa tổng số thành viên Chính phủ biểu quyết tán thành. Khi biểu quyết tại phiên họp Chính phủ cũng như khi sử dụng phiếu lấy ý kiến thành viên Chính phủ, nếu số phiếu *đồng ý* và *không đồng ý* bằng nhau thì quyết định theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết”. Ngoài ra, khoản 7 Điều 29 Quy chế làm việc quy định đối với “trường hợp dự thảo Nghị quyết phiên họp của Chính phủ được gửi lấy ý kiến trực tiếp thành viên Chính phủ thì việc *ghi ý kiến đồng ý (hoặc không đồng ý)* với dự thảo được coi là một hình thức biểu quyết”. Từ hai quy định này, có thể suy luận rằng, khi biểu quyết, các thành viên Chính phủ chỉ có một trong hai sự lựa chọn là đồng ý hoặc không đồng ý. Tuy nhiên, đây cũng chỉ là kết quả của một suy luận không trực tiếp. Về tính hợp lý của vấn đề, cũng có thể suy luận loại bỏ phương án *không có ý kiến*. Thứ đặt giả thiết khi Chính phủ biểu quyết, có 11 thành viên Chính phủ biểu quyết đồng ý, 11 thành viên Chính phủ biểu quyết không đồng ý và 05 thành viên Chính phủ biểu quyết không có ý kiến. Nếu chấp nhận việc thành viên Chính phủ được quyền biểu quyết không có ý kiến thì trường hợp này sẽ được xem là số phiếu *đồng ý* và *không đồng ý* bằng nhau và theo ý kiến mà Thủ tướng đã biểu quyết. Khi đó quyết nghị của tập thể Chính phủ được thông qua khi mà

¹¹ Có thể sử dụng thuật ngữ khác là tán thành, không tán thành hay thông qua, không thông qua.

¹² Có thể gọi là không tham gia biểu quyết, bỏ quyền biểu quyết hay sử dụng phiếu trắng.

tỷ lệ chỉ đạt 11/27 thành viên Chính phủ (chưa quá bán).

Thứ ba, tập thể Chính phủ biểu quyết ngang nhau

Luật Tổ chức Chính phủ trao quyền quyết định cho Thủ tướng khi các thành viên Chính phủ *biểu quyết ngang nhau*. Chi tiết hơn cho vấn đề này, Quy chế làm việc của Chính phủ quy định đó là trường hợp *số phiếu đồng ý và không đồng ý bằng nhau*. Từ việc không quy định rõ ràng quyền *không có ý kiến* của các thành viên Chính phủ dẫn đến không xác định được khi nào thì “ngang nhau” hay số phiếu đồng ý và không đồng ý bằng nhau. Nếu Chính phủ chỉ có hai phương án biểu quyết là đồng ý và không đồng ý thì sẽ không xảy ra tình trạng biểu quyết ngang nhau theo quy định bởi thực tế Chính phủ hiện nay có 27 thành viên.

Ngoài việc không quy định rõ các thành viên Chính phủ được trao bao nhiêu phương án khi biểu quyết thì Luật Tổ chức Chính phủ cũng không quy định việc biểu quyết là quyền hay trách nhiệm của các thành viên Chính phủ. Điều này có thể dẫn đến trường hợp thành viên Chính phủ *không tham gia biểu quyết* chứ không phải *không có ý kiến*. Giả sử, đối với trường hợp thành viên Chính phủ vắng mặt tại phiên họp của Chính phủ thì có nghĩa vụ gửi phiếu ý kiến đồng thời biểu quyết hay không? Không có quy định nào bắt buộc khi vắng mặt thành viên Chính phủ phải gửi ý kiến biểu quyết bằng văn bản. Do đó, cần quy định bổ sung việc biểu quyết là trách nhiệm cá nhân của thành viên Chính phủ. Với một tập thể số lượng thành viên nhỏ nhưng mang trách nhiệm lớn là thực hiện quyền hành pháp, các thành viên Chính phủ cần có trách nhiệm trong việc cho ý kiến biểu quyết. Đối với các vấn đề còn phân vân thì các thành viên Chính phủ cần thảo luận làm sáng tỏ để có một lựa chọn dứt khoát thay vì sử dụng quyền

không có ý kiến hoặc không tham gia biểu quyết. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý đến khả năng vì lý do sức khỏe, thành viên Chính phủ không thể tham gia họp và cũng không thể cho ý kiến bằng văn bản. Như vậy, việc bắt buộc tổng số phiếu biểu quyết phải bằng với tổng số thành viên Chính phủ cũng nên có ngoại lệ cho trường hợp này.

Từ những bất cập, thiếu sót như đã phân tích về vấn đề biểu quyết, Luật Tổ chức Chính phủ cần bãi bỏ khoản 3 Điều 46. Khoản này quy định về vấn đề biểu quyết của Chính phủ, nhưng đặt trong tiêu đề là “Phiên họp của Chính phủ”. Trong khi đó, vấn đề biểu quyết đặt ra cả khi họp hoặc khi lấy phiếu lấy ý kiến. Quy định về biểu quyết của Chính phủ cần tách thành một điều độc lập sau Điều 46. Như vậy, đồng thời với việc bãi bỏ khoản 3 Điều 46, Luật Tổ chức Chính phủ cần bổ sung Điều 46a với nội dung đề xuất như sau:

“Điều 46a. Quyết nghị của Chính phủ

1. Thành viên Chính phủ phải cho ý kiến biểu quyết đồng ý hoặc không đồng ý tại phiên họp của Chính phủ hoặc khi được gửi phiếu lấy ý kiến trừ trường hợp vì lý do sức khỏe được Thủ tướng Chính phủ chấp thuận.

2. Chính phủ quyết định hình thức biểu quyết công khai hoặc bỏ phiếu kín.

3. Quyết định của Chính phủ phải được quá nửa tổng số thành viên Chính phủ biểu quyết tán thành. Trong trường hợp biểu quyết ngang nhau thì thực hiện theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết”.

4. Về kỹ thuật lập pháp trong quy định về nhiệm vụ và quyền hạn của Thủ tướng Chính phủ

Thứ nhất, đối với điểm c khoản 1 Điều 28 Luật Tổ chức Chính phủ

“Thủ tướng Chính phủ có nhiệm vụ, quyền hạn lãnh đạo công tác của Chính phủ; lãnh đạo việc xây dựng chính sách và tổ

chức thi hành pháp luật; phòng, chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí. Trong đó, Thủ tướng Chính phủ chỉ đạo, điều hòa, phối hợp hoạt động giữa các thành viên Chính phủ; quyết định các vấn đề khi còn có ý kiến khác nhau giữa các Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ”. Trong khi đó, điểm c khoản 1 Điều 6 Quy chế làm việc của Chính phủ quy định Phó Thủ tướng Chính phủ chủ động giải quyết công việc đã được phân công; nếu có phát sinh những vấn đề lớn, quan trọng, nhạy cảm phải kịp thời báo cáo Thủ tướng Chính phủ; trong thực thi nhiệm vụ, nếu có vấn đề liên quan đến lĩnh vực của Phó Thủ tướng Chính phủ khác thì trực tiếp phối hợp với Phó Thủ tướng Chính phủ đó để giải quyết hoặc phối hợp giải quyết thông qua Phiếu trình giải quyết công việc của Văn phòng Chính phủ. Trường hợp giữa các Phó Thủ tướng Chính phủ còn có ý kiến khác nhau thì Phó Thủ tướng Chính phủ đang chủ trì giải quyết công việc đó báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định. Như vậy, khả năng xảy ra ý kiến khác nhau không chỉ giữa các Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, mà còn có thể xảy ra giữa các Phó Thủ tướng Chính phủ. Một cách hợp lý, các trường hợp này sẽ do Thủ tướng Chính phủ quyết định.

Thứ hai, đối với khoản 3 Điều 28 Luật Tổ chức Chính phủ

“Thủ tướng Chính phủ trình Quốc hội phê chuẩn đề nghị bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và thành viên khác của Chính phủ; trong thời gian Quốc hội không họp, trình Chủ tịch nước quyết định tạm đình chỉ công tác của Phó Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và thành viên khác của Chính phủ”. Theo quy định của Điều 110 Hiến pháp năm 1992, Chính phủ gồm có Thủ tướng, các Phó Thủ tướng, các Bộ trưởng và các thành viên khác. Tuy nhiên,

hiện nay, Hiến pháp năm 2013 quy định thành viên của Chính phủ bao gồm: Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ¹³. Cụm từ “thành viên khác” của Chính phủ nay đã thay bằng “Thủ trưởng cơ quan ngang bộ”. Do đó, cần điều chỉnh việc sử dụng thuật ngữ cho chính xác, theo đó chỉ đích danh “Thủ trưởng cơ quan ngang bộ”.

Thứ ba, đối với khoản 5 Điều 28 Luật Tổ chức Chính phủ

Thủ tướng Chính phủ có thẩm quyền: “Trong thời gian Quốc hội không họp, quyết định giao quyền Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Nội vụ trong trường hợp khuyết Bộ trưởng hoặc Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Trong thời gian giữa hai kỳ họp Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, quyết định giao quyền Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Nội vụ trong trường hợp khuyết Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh”. Quy định này có hai vấn đề cần làm rõ: Một là, khi nào xem là khuyết chức danh Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh? Trường hợp vì lý do sức khỏe không thể thực hiện được nhiệm vụ có được xem là khuyết chức danh này không? Hai là, người được giao quyền có được toàn quyền như người giữ chức danh chính thức hay không? Do đó, Luật Tổ chức Chính phủ cần quy định cụ thể vấn đề này. Đặc biệt là việc thực hiện “quyền Bộ trưởng”, “quyền Chủ tịch Ủy ban nhân dân” như thế nào, nhất là người giữ “quyền Bộ trưởng” có được quyền biểu quyết trong phiên họp của Chính phủ hay không?¹⁴

¹³ Khoản 1 Điều 95 Hiến pháp năm 2013, khoản 1 Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

¹⁴ Trần Thị Thu Hà, *Bàn về nhiệm vụ, quyền hạn của Thủ tướng Chính phủ theo Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4, năm 2016, tr. 29.

BÀN VỀ CHẾ ĐỊNH BẢO LƯU QUYỀN SỞ HỮU

*Trịnh Thục Hiền**

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu vấn đề tại sao bảo lưu quyền sở hữu được điều chỉnh như một biện pháp giao dịch bảo đảm; đồng thời đưa ra những phân tích, bình luận về chế định này trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

Abstract: The article studies the treatment of title retention as a security for transaction, and analyzes and comments on this measure under the Civil Code 2015. Thereby, the author makes recommendations for legal improvement.

1. Dẫn nhập

Xuất phát từ một thoả thuận trong hợp đồng mua bán hàng hoá, điều khoản bảo lưu quyền sở hữu tạm hoãn việc chuyển giao quyền sở hữu hàng hoá cho người mua đến khi tiền hàng được thanh toán hết¹. Do đặc tính chung của động sản là không cần đăng ký hoặc chứng nhận quyền sở hữu, hàng hoá một khi đã được người mua chiếm hữu thì đối với người thứ ba, người mua là người sở hữu hàng hoá. Do sự chiếm hữu của người mua, người thứ ba có thể cho rằng họ có quyền ưu tiên khi nhận bảo đảm bằng tài sản là hàng hoá hoặc mua hàng hoá mà không bị tranh chấp. Thoả thuận về bảo lưu lẽ ra chỉ ràng buộc các bên nhưng bảo lưu quyền sở hữu ảnh hưởng trực tiếp và nghiêm trọng tới quyền và lợi ích của người thứ ba là bên có quyền ưu tiên đối với tài sản đảm bảo trả nợ và quyền của người mua (lại) hàng hoá ngay tình.

* TS., Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Bộ luật Dân sự năm 2015 tại Điều 161 quy định thời điểm xác lập quyền sở hữu là thời điểm tài sản được chuyển giao, đồng thời cho phép thực hiện chuyển quyền sở hữu theo thoả thuận của các bên, và tại Điều 223 khẳng định người được chuyển giao tài sản bằng hợp đồng mua bán có quyền sở hữu với tài sản đó. Điều 62 Luật Thương mại năm 2005 cũng quy định thời điểm chuyển quyền sở hữu là thời điểm giao hàng hoá.

Bộ luật Dân sự năm 2015 chính thức công nhận bảo lưu quyền sở hữu là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, có nhiều hoài nghi về bản chất của giao dịch này khi người mua dùng tài sản chưa thuộc quyền sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ² hoặc tính hiệu quả của biện pháp bảo đảm³. Bài viết bàn về vấn đề tại sao bảo lưu quyền sở hữu được điều chỉnh như một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, và những vấn đề đặt ra trong các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về bảo lưu quyền sở hữu.

Bảo lưu quyền sở hữu trong kinh nghiệm của nhiều nền tư pháp không chỉ giới hạn ở hàng hoá gốc là đối tượng của hợp đồng mua bán. Bản chất để “dịch chuyển” của động sản đặt ra nhu cầu mở

² Xem vụ kiện *Clough Mill v. Martin* [1985] 1 WLR 111 ở Anh: Người mua không thể bảo đảm cho người bán trên hàng hoá khi chưa sở hữu hàng hoá đó do điều khoản bảo lưu quyền sở hữu. Xem thêm Good RM, *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (tái bản lần thứ tư), Sweet&Maxwell, năm 2009, tr. 11, về các tính chất của lợi ích được bảo đảm trong thông luật Anh.

³ Dương Anh Sơn, *Bảo lưu quyền sở hữu và hiệu lực đối kháng với người thứ ba*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2/2018, năm 2018, tr. 25; Nguyễn Văn Hối và Giáp Minh Tâm, *Hoàn thiện quy định về bảo lưu quyền sở hữu trong Bộ luật Dân sự năm 2015*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2/2019, năm 2019, tr. 14-15.

rộng bảo lưu quyền sở hữu đến các tài sản phát sinh là tiền hàng và quyền đòi nợ phát sinh từ giao dịch bán lại hàng hoá, hoặc sản phẩm tạo ra từ hàng hoá gốc. Bảo lưu quyền sở hữu còn được thoả thuận kéo dài cho đến khi người mua thực hiện mọi nghĩa vụ thanh toán với người bán, kể cả những nghĩa vụ phát sinh từ các hợp đồng khác⁴. Trong phạm vi của bài viết này, bảo lưu quyền sở hữu chỉ được bàn trong hình thức đơn giản nhất là đối với hàng hoá gốc.

2. Chức năng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ

Thoả thuận mua bán trả chậm, tương đối phổ biến. Người bán trong trường hợp này chịu rủi ro khi người mua hoặc đã chiếm hữu, sử dụng, định đoạt hoặc đã nhận quyền sở hữu đầy đủ nhưng vẫn trì hoãn, không thực hiện nghĩa vụ trả tiền hàng. Có rất nhiều cách thức để đối phó với rủi ro thanh toán như nhận thế chấp hoặc cầm cố tài sản của người mua, hoặc sử dụng các phương thức như nhờ thu kèm chứng từ, tín dụng chứng từ đối với mua bán hàng hoá có kèm chứng từ. Bảo lưu quyền sở hữu là một trong số đó, nhưng đơn giản và thuận tiện hơn do nó là một thoả thuận trong chính hợp đồng mua bán. Người mua có thể không sẵn sàng hoặc không có tài sản thích hợp để tạo lập một giao dịch bảo đảm thanh toán với người bán, và không phải giao dịch nào cũng dẫn đến việc hình thành các chứng từ sở hữu.

Thời điểm chuyển giao quyền sở hữu

Thoả thuận bảo lưu quyền sở hữu phù hợp với quy định về mua bán hàng hoá cho phép các bên được tự do quyết định thời điểm chuyển giao quyền sở hữu thay vì chịu sự ràng buộc luật định. Thời điểm hợp đồng

được ký kết hoặc thời điểm chuyển giao hàng hoá tùy vào mỗi quốc gia. Đối với mua bán trả chậm có bảo lưu quyền sở hữu, quyền sở hữu hàng hoá vẫn thuộc về người bán sau khi giao hàng cho đến khi người mua thanh toán hết tiền hàng. Điều này cho phép người bán đòi lại hàng hoá khi người mua vi phạm nghĩa vụ thanh toán, và ngăn cản hàng hoá đã giao trở thành tài sản của người mua để chia cho các chủ nợ khi người mua bị tuyên bố phá sản. Mặt khác, khi người mua thanh toán hết tiền hàng, bảo lưu quyền sở hữu cũng kết thúc giống như một biện pháp bảo đảm thông thường. Như vậy, bảo lưu quyền sở hữu được thực hiện trên một hoặc một nhóm tài sản xác định, trước hết như một quyền tài sản với mục đích đưa người bán thoát khỏi tình trạng của một chủ nợ không có bảo đảm.

Bảo đảm nghĩa vụ trả tiền hàng

Bảo lưu quyền sở hữu có thật sự cần thiết nhằm đòi lại hàng hoá khi nghĩa vụ thanh toán bị vi phạm? Huỷ hợp đồng là biện pháp có thể dẫn đến kết quả tương tự theo Bộ luật Dân sự. Điều 424 cho phép huỷ hợp đồng khi chậm thực hiện nghĩa vụ, và hậu quả huỷ hợp đồng buộc các bên hoàn trả những gì đã nhận quy định tại Điều 427⁵. Đối chiếu với luật Hoa Kỳ, quyền đòi lại hàng hoá khi chưa nhận được thanh toán chỉ được thoả mãn nếu người mua nhận hàng trong tình trạng phá sản và yêu cầu trả hàng được đưa ra trong phạm vi mười ngày kể từ ngày nhận hàng⁶. Huỷ hợp đồng do người mua không trả tiền chỉ xảy ra nếu theo thoả thuận thanh toán được thực hiện tại thời điểm giao hàng hoặc trước thời điểm đó⁷.

⁵ Xem Dương Anh Sơn, tldđ, tr.21.

⁶ Điều 2-702(2) Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code - UCC). Toàn văn các điều luật của UCC có thể tham khảo tại <https://www.law.cornell.edu/ucc/index.html>.

⁷ UCC Điều 2-703(f).

⁴ Xem Davies I, *Effective Retention of Title*, Fourmat Publishing, năm 1991, tr. 32-3, về các loại điều khoản bảo lưu quyền sở hữu.

Người bán chỉ có thể yêu cầu trả tiền chứ không thể đòi lại hàng hoá một khi đã giao hàng thành công⁸. Các quy định đã dẫn ở trên của luật Hoa Kỳ có thể giải thích là để bảo vệ quyền lợi của người thứ ba đối kháng với yêu cầu đòi lại hàng hoá của người bán chưa được thanh toán.

Quay trở lại luật Việt Nam, mặc dù người bán có thể huỷ hợp đồng khi người mua không thanh toán theo Điều 427 Bộ luật Dân sự, nhưng hậu quả của huỷ hợp đồng không phải chỉ giới hạn ở hoàn trả những gì đã nhận mà còn cả bằng tiền khi không thể hoàn trả bằng hiện vật. Biện pháp trả tiền thay cho hoàn trả bằng hiện vật có lẽ là biện pháp thích hợp cho trường hợp người bán phải cạnh tranh với các yêu cầu thực thi trên hàng hoá của các chủ nợ khác hoặc của người mua lại hàng hoá.

Trả lại hàng hoá không phải là giải pháp hợp lý để hoàn trả những gì đã nhận khi hợp đồng bị huỷ do chậm thanh toán trong điều kiện thiếu vắng thoả thuận bảo lưu quyền sở hữu. Điều này đặc biệt đúng khi tài sản đã bán cho người thứ ba, cho dù vẫn đang được người mua chiếm hữu, hay đã trở thành tài sản bảo đảm cho các chủ nợ khác. Người mua tuy chưa thanh toán hết tiền hàng, nhưng họ tiếp nhận hàng hoá phù hợp với ý chí của người bán theo thoả thuận trong hợp đồng và đã nhận quyền sở hữu. Hơn nữa, đối với động sản, chiếm hữu là biểu hiện bên ngoài của quyền sở hữu nói chung. Do vậy, việc người thứ ba tiếp nhận các quyền tài sản từ phía người mua không có trở ngại gì, nhất là khi việc huỷ hợp đồng xảy ra sau đó không nằm trong những sự kiện họ có thể tiên liệu hoặc ngăn cản được. Như vậy, huỷ hợp đồng không thể là biện pháp bảo đảm thực thi trên hàng hoá đã giao

như bảo lưu quyền sở hữu đối kháng với người thứ ba.

Bảo đảm quyền siêu ưu tiên của người bán

Bảo lưu quyền sở hữu có thêm một lợi thế nữa là yêu cầu của người bán có thể đối kháng cả với chủ nợ nhận bảo đảm trên hàng hoá đó. Bảo lưu quyền sở hữu mang lại cho người bán quyền siêu ưu tiên, vượt qua tất cả các quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán trên tài sản. Ở Anh và Hoa Kỳ, giao dịch bảo đảm có thể được thiết lập trên tài sản hình thành trong tương lai, và quyền ưu tiên được xác định trên thời điểm hợp đồng bảo đảm được hình thành (Anh) hoặc thời điểm đăng ký (Hoa Kỳ)⁹. Ở Việt Nam, thời điểm có hiệu lực của giao dịch bảo đảm trên tài sản hình thành trong tương lai được tính trên thời điểm đăng ký gốc¹⁰. Yêu cầu đăng ký thay đổi nội dung biện pháp bảo đảm không áp dụng cho hàng hoá luân chuyển¹¹. Như vậy, nếu người bán đăng ký một giao dịch bảo đảm thông thường như thế chấp trên hàng hoá, họ không có quyền ưu tiên hơn những chủ nợ đã có bảo đảm trước đó trên tài sản hình thành trong tương lai bao gồm hàng hoá đó. Bảo lưu quyền sở hữu chính là biện pháp để hàng hoá không rơi vào khối tài sản hình thành trong tương lai của người mua đang là đối tượng của giao dịch bảo đảm khác.

⁹ Good RM, *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (tái bản lần thứ tư), Sweet&Maxwell, năm 2009, tr. 188 đối với quyền ưu tiên theo luật Anh, và UCC Điều 9-322(a)(1) đối với Hoa Kỳ.

¹⁰ Nghị định số 102/2017/NĐ-CP của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm, tại khoản 4 Điều 18 về đăng ký thay đổi nội dung biện pháp bảo đảm đã đăng ký đối với tài sản hình thành trong tương lai và điểm b khoản 3 Điều 5 về thời điểm có hiệu lực của đăng ký biện pháp bảo đảm.

¹¹ Khoản 4 Điều 18 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm.

⁸ UCC Điều 2-709.

Tại Anh và Hoa Kỳ, thoả thuận bảo lưu quyền sở hữu được lập ra để đối phó với các giao dịch bảo đảm trên tài sản hình thành trong tương lai thường bao trùm tất cả tài sản của người mắc nợ¹². Giao dịch này vốn tạo ra một lợi thế độc quyền khi cho vay dựa trên việc các chủ nợ khác không thể cạnh tranh quyền ưu tiên đối với tài sản của người mắc nợ. Tình trạng này gọi là “độc quyền tình thế” (“*situational monopoly*”)¹³. Người bán trong mua bán trả chậm thực ra là người tài trợ tiền để mua tài sản mới, nhưng họ luôn ở vị thế của chủ nợ không có bảo đảm. Tài sản mới đó lại dùng để bảo đảm thanh toán cho các khoản nợ có bảo đảm khác đã tồn tại từ trước. Chính vì vậy, bảo lưu quyền sở hữu tạo ra một lợi thế cho người bán khi hàng hoá chính là phương tiện để bảo đảm thanh toán và loại bỏ sự tiếp cận của các chủ nợ có bảo đảm khác, tránh khỏi sự liên quan của các chủ nợ có bảo đảm trên tài sản hình thành trong tương lai.

Từ các phân tích trên, có thể đưa đến kết luận rằng, bảo lưu quyền sở hữu có chức năng của một giao dịch bảo đảm. Bảo lưu quyền sở hữu được dùng để bảo đảm cho nghĩa vụ trả tiền hàng, dẫn đến một quyền tài sản tạo lập trên hàng hoá giúp cho người bán không những thoát khỏi vị thế của chủ nợ không có bảo đảm, mà còn có quyền siêu ưu tiên thanh toán trên hàng hoá đối kháng với các loại chủ nợ có bảo đảm khác.

Việc hàng hoá trong tay người mua có thể bị tiêu biến trong quá trình sản xuất, tiêu thụ hoặc chuyển giao cho người khác không làm thay đổi chức năng như giao dịch bảo

đảm của bảo lưu quyền sở hữu. Cũng như bất kỳ biện pháp bảo đảm nào thực thi trên động sản nói chung mà tài sản bảo đảm vẫn do người bảo đảm chiếm hữu, ví dụ như thế chấp, đều có thể dẫn đến tình trạng như trên. Vấn đề đặt ra là các bên trong giao dịch bảo đảm phải xác lập thoả thuận thế nào và luật giao dịch bảo đảm phải quy định ra sao để động sản có thể được khai thác làm tài sản bảo đảm có giá trị.

3. Các lý thuyết về bảo lưu quyền sở hữu

3.1. Bảo lưu quyền sở hữu là thoả thuận chuyển quyền sở hữu trong hợp đồng mua bán: Tiếp cận của thuyết hình thức

Luật giao dịch bảo đảm truyền thống được xây dựng trên nền tảng người vay nợ dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm cho khoản nợ. Đây cũng chính là nguyên tắc cơ bản của luật tài sản nói chung, nghĩa là không ai có thể chuyển giao cái mà người đó không có (*nemo dat quod non habet*). Do vậy, sự phân biệt rõ ràng giữa quyền sở hữu và các quyền lợi tài sản khác kém hơn là yếu tố quan trọng quyết định nội dung của giao dịch¹⁴.

Cách tiếp cận này, theo cách gọi của nhiều nước thuộc thông luật là lý thuyết hình thức (*formalism*), nhấn mạnh vào loại hình hay hình thức của giao dịch (*form of transactions*) để phân biệt giao dịch bảo đảm và các giao dịch khác như mua bán, cho thuê... thể hiện sự tôn trọng ý chí của các bên khi thiết lập các thoả thuận. Nhưng, nội dung thực chất của giao dịch vẫn là yếu tố quyết định. Có nhiều giao dịch trong đó việc chuyển quyền sở hữu nhằm bảo đảm

¹² Wessman MB, *Purchase Money Inventory Financing: The Case for Limited Cross Collateral*, Ohio State Law Journal, quyền 51, năm 1990, tr. 1292-3.

¹³ Jackson TH và Kronman AT, *Secured Financing and Priorities among Creditors*, Yale Law Journal, quyền 88, năm 1979, tr. 1144.

¹⁴ Bridge MG và các tác giả, *Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions*, McGill Law Journal, quyền 44, năm 1999, tr. 614.

thực hiện nghĩa vụ và người chuyển quyền sở hữu sẽ khôi phục lại quyền sở hữu khi trả hết nợ. Loại giao dịch này không được coi là mua bán hàng hoá mà là một loại hình bảo đảm gọi là chuyển quyền sở hữu để bảo đảm nghĩa vụ (*mortgage*), rất phổ biến ở những nước thuộc thông luật.

Luật giao dịch bảo đảm trên động sản của nhiều nước được xây dựng sát với thuyết hình thức, kể cả các nước dân luật như Đức, Thụy Sĩ, Pháp,... và Việt Nam, nhấn mạnh vào điều kiện tài sản bảo đảm thuộc quyền sở hữu của người vay nợ¹⁵. Trên thực tế, ở các nước thông luật, chỉ còn Anh vẫn trung thành với lối tiếp cận truyền thống này¹⁶. Những nước vẫn nằm trong sự ảnh hưởng của thông luật Anh như Canada, New Zealand, Úc... đã chuyển sang thuyết chức năng để xây dựng luật giao dịch bảo đảm trên động sản¹⁷.

Khi toà án Anh giải quyết tranh chấp về bảo lưu quyền sở hữu, nguyên đơn, thường là chủ nợ có bảo đảm, đã yêu cầu toà án tuyên bảo lưu quyền sở hữu là thế chấp (*charge*), không có hiệu lực đối kháng với người thứ ba do không đăng ký. Các yêu cầu này bị bác bỏ do toà án Anh vận dụng

ngghiêm ngặt thuyết hình thức, từ chối coi bảo lưu quyền sở hữu là một biện pháp bảo đảm¹⁸. Do tác động của điều khoản bảo lưu quyền sở hữu, người mua chưa có quyền sở hữu đối với hàng hoá để tạo ra một thế chấp cho nghĩa vụ thanh toán tiền hàng đối với người bán¹⁹. Thuyết hình thức phê phán việc coi bảo lưu quyền sở hữu như biện pháp thế chấp; đó là sự can thiệp thô bạo đến tự do ý chí của các bên trong lựa chọn loại hình giao dịch và thoả thuận điều kiện chuyển quyền sở hữu²⁰. Mặc dù vậy, thuyết này vẫn công nhận chức năng bảo lưu quyền sở hữu nhằm bảo đảm thực hiện nghĩa vụ²¹.

Ở đây, yếu tố mấu chốt để không coi bảo lưu quyền sở hữu chính là giao dịch bảo đảm do người mua chưa có quyền sở hữu đối với hàng hoá để bảo đảm cho người bán. Bảo lưu quyền sở hữu vẫn chỉ là một thoả thuận về chuyển quyền sở hữu trong mua bán, và người bán được quyền thu hồi hàng hóa để thực hiện thoả thuận này trong trường hợp người mua không thanh toán tiền hàng. Người bán luôn giữ vị trí là người sở hữu hàng hoá cho đến khi họ nhận đủ thanh toán. Quyền lợi của họ, với tư cách là chủ sở hữu, không cần phải đăng ký để đối kháng với người thứ ba. Quyền lợi của người bán trở nên vô hình với phần còn lại của thế giới do thiếu các thủ tục công khai, bất chấp quyền lợi đó gây ảnh hưởng đáng kể đến người thứ ba.

3.2. Bảo lưu quyền sở hữu là lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng: Tiếp cận theo thuyết chức năng

¹⁵ Xem Matz H, *Reforming Personal Property Security Law – Some Implications for the Baselines of Priority Regulation*, European Property Law Journal, quyển 1, số 1, năm 2012, tr. 127; khoản 1 Điều 295 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁶ Good RM, *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (tái bản lần thứ tư), Sweet&Maxwell, năm 2009, tr. 11.

¹⁷ Duggan A and Brown D, *Australian Personal Property Securities Law* (tái bản lần thứ hai), LexisNexis Butterworths, năm 2016, tr. 23; Walsh C, ‘Transplanting Article 9: The Canadian PPSA Experience’ trong Gullifer L and Akseli O (biên tập), *Secured Transactions Law Reform Principles, Policies and Practice*, Hart Publishing, năm 2016, tr. 49; Gedye M, ‘The New Zealand Perspective’ trong Gullifer L and Akseli O (biên tập), *Secured Transactions Law Reform Principles, Policies and Practice*, Hart Publishing 2016, tr. 115.

¹⁸ *Clough Mill v Martin* [1985] 1 WLR 111, *Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd v Grahame Puttick Ltd* [1984] 1 WLR 485.

¹⁹ *Clough Mill v Martin* [1985] 1 WLR 111, tr. 119.

²⁰ Bridge MG và các tác giả, tldđ, tr. 590.

²¹ Bridge MG và các tác giả, tldđ, tr. 587-8.

Thuyết chức năng (*functionalism*) là cơ sở lý thuyết cạnh tranh với thuyết hình thức để xây dựng luật giao dịch bảo đảm đối với động sản, được khởi xướng ở Hoa Kỳ khi Điều 9 của Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ (UCC) được ban hành vào năm 1952²². Thuyết chức năng, như tên gọi, coi chức năng của giao dịch là yếu tố quyết định một giao dịch có phải là giao dịch bảo đảm hay không. Điều kiện quyền sở hữu đối với tài sản bảo đảm bị loại bỏ và được thay thế bằng yêu cầu người mắc nợ chỉ cần có “quyền đối với tài sản bảo đảm” (*rights in the collateral*)²³. Thuyết chức năng có mối liên hệ không thể tách rời với hiện tượng quyền sở hữu bề ngoài (*ostensible ownership*). Hiện tượng này xảy ra khi chiếm hữu và quyền sở hữu tuyệt đối bị tách biệt, hay nói cách khác chiếm hữu không còn là biểu hiện cho quyền sở hữu tuyệt đối. Đối với các giao dịch bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trên động sản, ngoại trừ cầm cố, hầu hết người bảo đảm vẫn chiếm hữu tài sản bảo đảm. Họ có thể chiếm hữu với tư cách chủ sở hữu tài sản, nhưng quyền sở hữu đang được bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, hoặc như đối với giao dịch bảo lưu quyền sở hữu, người mua chưa có quyền sở hữu đối với hàng hoá. Công khai quyền lợi của người nhận bảo đảm bằng cách buộc người này chiếm hữu tài sản bảo đảm (như cầm cố) hoặc đăng ký là giải pháp cho vấn đề quyền sở hữu bề ngoài. Ngoại lệ duy nhất là khi sự tách biệt giữa chiếm hữu và quyền sở hữu có thể được nhận biết dễ dàng và chính xác²⁴.

²² Điều 9 trở thành hình mẫu của luật giao dịch bảo đảm trên động sản. Các nước Canada, New Zealand, Úc đã ban hành các Luật Bảo đảm trên động sản (*Personal Property Securities Act – “PPSA”*) dựa trên Điều 9 dù có kết cấu trình bày khác.

²³ UCC Điều 9-203(b), PPSA 2009 của Úc Điều 19 (1), (2).

²⁴ Baird DG and Jackson TH, *Possession and Ownership: An Examination of the Scope of Article*

Do thuyết chức năng mở rộng phạm vi các giao dịch bảo đảm truyền thống như cầm cố, thế chấp... sự phân loại các giao dịch và quy chế pháp lý riêng biệt cho từng loại giao dịch không còn thích hợp. Các nước xây dựng luật giao dịch bảo đảm trên động sản dựa vào thuyết chức năng đã không phân biệt các biện pháp bảo đảm và gọi tất cả dưới tên chung là “lợi ích được bảo đảm” (*“security interest”*) và cùng chịu sự điều chỉnh của các quy định chung về tạo lập, hiệu lực đối kháng, đăng ký, thứ tự ưu tiên và cưỡng chế thi hành.

Định nghĩa của UCC về lợi ích được bảo đảm và giao dịch bảo đảm thể hiện rõ nét tinh thần của thuyết chức năng. Lợi ích được bảo đảm là “*một quyền lợi trên động sản hoặc tài sản gắn liền với đất đai để bảo đảm thanh toán hoặc thực hiện một nghĩa vụ [khác]*”²⁵; và giao dịch bảo đảm, đối tượng áp dụng của Điều 9 UCC, là “*một giao dịch, bất kể hình thức, tạo ra một lợi ích được bảo đảm trên động sản và tài sản gắn liền với đất đai bằng hợp đồng*”²⁶. Luật về giao dịch bảo đảm sẽ áp dụng cho mọi thỏa thuận tạo ra lợi ích được bảo đảm như định nghĩa trên mà không tính đến hình thức, cách đặt tên hay ý định của các bên²⁷. Kết quả là phạm vi áp dụng của Điều 9

9, Tạp chí Stanford Law Review, quyển 35, năm 1983, tr. 179, 190. Baird và Jackson đã đưa ra nhiều ví dụ về các trường hợp loại ra khỏi cơ chế đăng ký theo Điều 9, ví dụ như hệ thống chứng nhận quyền sở hữu đối với xe cơ giới, các tình huống sở hữu bề ngoài có thời hạn ngắn như cho hàng xóm mượn máy cắt cỏ hay việc một người chiếm hữu tài sản không phải là người sở hữu như người kinh doanh kho bãi...

²⁵ UCC Điều 1-201(35).

²⁶ UCC Điều 9-109(a)(1). UCC Điều 9 là nhóm quy định về các giao dịch bảo đảm.

²⁷ Bộ luật Thương mại Thống nhất: Văn bản và Bình luận, ấn bản 2014-2015, Nhà xuất bản Thomson Reuters, năm 2014, tại Bình luận 2 cho Điều 9-109(a)(1), tr. 839.

được mở rộng nhất có thể để bao quát bất kỳ một biện pháp mới nào được tạo ra nhằm lẫn tránh cơ chế điều chỉnh của luật giao dịch bảo đảm và yêu cầu đăng ký²⁸.

Theo thuyết chức năng, bảo lưu quyền sở hữu trở thành một biện pháp bảo đảm dưới tên gọi lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng (*purchase-money security interest*), thuộc phạm vi áp dụng của luật giao dịch bảo đảm trên động sản, như mọi giao dịch có chức năng bảo đảm khác²⁹. UCC còn có các điều luật minh thị giới hạn bảo lưu quyền sở hữu trong phạm vi lợi ích được bảo đảm, và bắt buộc quyền sở hữu phải chuyển giao sang người mua theo các quy tắc chung về chuyển quyền sở hữu trong mua bán hàng hoá, tức là tại thời điểm và địa điểm hoàn thành nghĩa vụ giao hàng³⁰. Nói cách khác, thoả thuận bảo lưu quyền sở hữu bị vô hiệu hoá bởi luật.

Bản chất của giao dịch này là tài sản bảo đảm được hình thành từ vốn vay. Chủ nợ cấp tài chính cho người vay mua một tài sản, và chính tài sản này được dùng để đảm bảo cho nghĩa vụ trả nợ³¹. Như vậy, không

chỉ người bán có thể cấp tín dụng thông qua mua bán trả chậm mà bất kỳ nhà tài trợ nào cũng có thể tham gia cấp tài chính tương tự, miễn là nguồn tài chính đó phải được sử dụng trên thực tế để người vay nợ có được tài sản bảo đảm³². Giao dịch này khác với các giao dịch bảo đảm thông thường ở chỗ, trong các giao dịch bảo đảm thông thường, người vay nợ dùng tài sản sẵn có thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thanh toán³³. Giao dịch này cũng khác với bảo đảm bằng tài sản hình thành trong tương lai ở chỗ, tài sản hình thành trong tương lai dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đã tồn tại giữa người bảo đảm và người nhận bảo đảm.

Giao dịch bảo đảm mà tài sản bảo đảm hình thành từ vốn vay nói chung không ảnh hưởng tới quyền lợi của các chủ nợ có bảo đảm khác, trừ khi các chủ nợ này cũng tham gia cấp tài chính cho việc mua bán. Khối tài sản sẵn có của người vay nợ vẫn được bảo toàn để thanh toán cho các chủ nợ có bảo đảm, và trong một chừng mực nào đó, những người này còn hưởng lợi khi người vay nợ có thể gia tăng khối tài sản của mình do khai thác lợi ích kinh tế từ tài sản mới mua³⁴. Lý luận này giải thích lý do lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng có thứ tự ưu tiên hàng đầu bất chấp thứ tự đăng ký³⁵. Thứ tự thứ nhất của lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng cũng có thể được lý giải là

²⁸ Gilmore G, *Security Interests in Personal Property*, nhà xuất bản Little, Brown and Company, năm 1965, tr. 295-7.

²⁹ Xem thêm PPSA 2009 Úc tại Điều 12(2) liệt kê ví dụ về các biện pháp được coi là lợi ích được bảo đảm theo PPSA. Ngoài cầm cố (*pledge*), thế chấp cố định (*fixed charge*), thế chấp thả nổi (*floating charge*), chuyển quyền sở hữu để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ (*mortgage*) là các biện pháp bảo đảm truyền thống của thông luật, còn có các biện pháp có chức năng bảo đảm như bảo lưu quyền sở hữu, thuê mua, chuyển quyền đòi nợ...

³⁰ UCC Điều 1-201(35), Điều 2-401(1), (2).

³¹ Xem thêm định nghĩa về lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng (*purchase-money security interest*), tài sản bảo đảm cho tiền hàng (*purchase-money collateral*) và nghĩa vụ [trả] tiền hàng (*purchase-money obligation*) lần lượt tại Điều 9-103(b)(1), 9-103(a)(1), và 9-103(a)(2) của UCC; và định nghĩa về lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng (*purchase-money security interest*) tại Điều 14(1) PPSA 2009 Úc.

³² UCC Điều 9-103(a)(2). Xem thêm Bình luận 3 cho Điều 9-103 tại *Bộ luật Thương mại Thống nhất: Văn bản và Bình luận*, đã dẫn ở chú thích 27, tr. 830.

³³ Xem Jackson TH và Kronman AT, tldd, tr. 1175.

³⁴ Keith GM, *A Primer on Purchase Money Security Interests Under Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code*, University of Kansas Law Review, quyển 50, năm 2001 tr. 166.

³⁵ Xem Điều 9-324 UCC và Điều 62 PPSA 2009 Úc về thứ tự ưu tiên của lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng với các lợi ích được bảo đảm khác. Xem thêm Jackson TH và Kronman AT, tldd, tr. 1175-8, phân tích về lý thuyết “vốn mới” – “new money” liên quan đến lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng.

loại giao dịch này phá vỡ tình trạng “độc quyền tình thế” bởi các biện pháp bảo đảm trên hàng hoá hình thành trong tương lai gây ra như đã phân tích ở trên. Người mua có thể thoả thuận điều kiện vay có tính cạnh tranh hơn với chính các chủ nợ có bảo đảm trên tài sản hình thành trong tương lai hoặc với chủ nợ mới nhận bảo đảm trên tài sản hình thành từ vốn vay³⁶. Nói cách khác, người vay nợ có khả năng tiếp cận với nhiều nguồn vốn hơn hẳn để mua hàng hoá so với tình trạng “độc quyền tình thế”.

Như vậy, vị trí của người bán khi bảo lưu quyền sở hữu, cho dù với tư cách của chủ sở hữu theo thuyết hình thức hay chủ nợ có bảo đảm theo thuyết chức năng, về cơ bản là không thể cạnh tranh được, do họ được ưu tiên thanh toán trên hàng hoá. Nhưng trước hết, cách tiếp cận vấn đề của hai thuyết này hoàn toàn khác biệt. Thuyết hình thức đặt vấn đề quyền sở hữu thuộc về ai để quyết định cho người bán thu hồi hàng hoá và loại bỏ mọi yêu cầu của người thứ ba thi hành trên tài sản này. Thuyết chức năng không nhấn mạnh vào thoả thuận chuyển quyền sở hữu nguyên nhân của tranh chấp, mà xác định sự chiếm hữu hàng hoá của người mua dẫn đến nguy cơ tạo ra các tranh chấp lợi ích trên cùng một tài sản³⁷. Đối với luật giao dịch bảo đảm trên động sản nói chung và bảo lưu quyền sở hữu nói riêng, tính cải cách của thuyết chức năng thể hiện ở chỗ liên quan đến hệ quả có thể xảy ra với người thứ ba, đảm bảo rằng mọi thoả thuận ảnh hưởng tới quyền lợi đang có hoặc có thể có của người thứ ba trên cùng một tài sản phải được minh bạch dưới cơ chế điều chỉnh của luật giao dịch bảo đảm. Có thể nói, thuyết chức năng không giải thích được các vấn đề có tính chất lý thuyết như thuyết

hình thức về sự phân bổ quyền sở hữu khi giải quyết các tranh chấp trên cùng một tài sản, ví dụ như tại sao người mua không có quyền sở hữu đối với hàng hoá lại có thể tạo lập các lợi ích được bảo đảm trên tài sản đó. Thuyết chức năng cũng bỏ qua tự do ý chí của các bên khi lựa chọn loại hình giao dịch và phương thức chuyển quyền sở hữu để buộc giao dịch bảo lưu quyền sở hữu vào khuôn khổ của giao dịch bảo đảm. Nhưng, sự tiếp cận thực dụng nhấn mạnh đến lợi ích của tất cả các bên liên quan vẫn bù đắp được các thiếu sót kể trên.

4. Những vấn đề đặt ra về bảo lưu quyền sở hữu trong Bộ luật Dân sự năm 2015

4.1. Một số hạn chế

Bảo lưu quyền sở hữu lần đầu tiên được coi là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015 với vốn vẹn bốn điều luật. Tuy vậy, không thể coi Bộ luật Dân sự đã du nhập thuyết chức năng mặc dù có thể nhà làm luật đã nhìn nhận bảo lưu quyền sở hữu là công cụ bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Các quy định về bảo lưu quyền sở hữu không thể hiện được đây là một biện pháp bảo đảm đúng nghĩa, ngoại trừ quy định bắt buộc phải đăng ký để có hiệu lực đối kháng với người thứ ba.

Thứ nhất, các quy định điều chỉnh bảo lưu quyền sở hữu với tư cách là biện pháp bảo đảm được xây dựng dựa trên các ý niệm về mua bán hàng hoá và quyền của chủ sở hữu đối với tài sản. Trước hết, theo Bộ luật Dân sự, bảo lưu quyền sở hữu là biện pháp bảo đảm dành riêng cho người bán trong hợp đồng mua bán³⁸. Các thuật ngữ của mua bán hàng hoá được giữ lại như “người mua”, “người bán”, “bảo lưu quyền sở hữu” thay vì các thuật ngữ khác của giao dịch bảo

³⁶ Jackson TH và Kronman AT, tldd, tr. 1172.

³⁷ Gilmore G, tldd, tr. 197.

³⁸ Khoản 1 Điều 331 Bộ luật Dân sự năm 2015.

đảm, ví dụ như “người bảo đảm”, “người được bảo đảm” hoặc một thuật ngữ nào đó mô tả loại giao dịch này như “lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng”.

Thứ hai, biện pháp cưỡng chế thực hiện duy nhất đối với bảo lưu quyền sở hữu là đòi lại hàng hoá khi người mua không thanh toán như thoả thuận. Biện pháp cưỡng chế này hoàn toàn là biện pháp cưỡng chế bảo vệ quyền sở hữu³⁹. Quyền đòi lại hàng hoá này thực thi trên chính tài sản đang được người mua chiếm hữu, không tính đến giá trị tài sản có thể tăng hoặc giảm vào thời điểm thực hiện quyền. Giá trị kinh tế của hàng hoá giảm so với khoản nợ thì người bán không được tiếp tục yêu cầu thanh toán phần chênh lệch mặc dù họ có khả năng đòi giá trị hao mòn tài sản do người mua sử dụng⁴⁰. Giá trị tài sản tăng đối với động sản có thể ít xảy ra trên thực tế, nhưng về mặt lý thuyết, nếu đã là một biện pháp bảo đảm, phần chênh lệch khi giá trị tài sản tăng so với khoản nợ phải được nhập vào tài sản chung của bên bảo đảm để thanh toán cho các chủ nợ khác. Quyền đòi lại hàng hoá không những không tính đến sự tăng giảm giá trị kinh tế, mà còn loại trừ khả năng người mua được dùng hàng hoá để bảo đảm nghĩa vụ với các chủ nợ khác. Như vậy, bảo lưu quyền sở hữu thiếu đi một tính chất quan trọng của giao dịch bảo đảm, đó là quyền của bên bảo đảm/bên mua đối với phần chênh lệch khi giá trị tài sản lớn hơn giá trị nghĩa vụ thanh toán, đồng thời tước đi quyền của họ được dùng tài sản bảo đảm này để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho các chủ nợ khác.

Thứ ba, mặc dù quyền đòi lại tài sản vẫn đảm bảo cho người bán sự ưu tiên tuyệt

đối kháng với yêu cầu của người thứ ba trên hàng hoá; bản chất của quyền này hoàn toàn khác với thứ tự đầu tiên của lợi ích được bảo đảm trên tiền hàng. Quyền đòi lại hàng hoá được xây dựng trên lý thuyết về quyền sở hữu tuyệt đối, trong khi đó thứ tự đầu tiên của lợi ích được bảo đảm trên tiền hàng được lý giải bởi tính chất đặc biệt của việc cấp tín dụng bảo đảm bằng tài sản hình thành từ vốn vay cùng với lý thuyết về “độc quyền tình thế”.

4.2. Vị thế của người thứ ba mua lại hàng hoá đang bị bảo lưu quyền sở hữu theo Bộ luật Dân sự năm 2015

Bộ luật Dân sự chưa giải quyết tốt tranh chấp với người mua lại hàng hoá đang bị bảo lưu quyền sở hữu. Theo luật, người mua chỉ được phép sử dụng tài sản và hưởng hoa lợi, lợi tức từ hàng hoá trong thời gian hiệu lực của bảo lưu quyền sở hữu, nhưng không được phép định đoạt, nói cách khác là không được bán lại hàng hoá. Nếu như hàng hoá vẫn bị bán lại, người bán có quyền truy đòi người mua lại nếu bảo lưu quyền sở hữu đã được đăng ký để phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba⁴¹. Dù đã có quyền truy đòi để bảo vệ người bán bảo lưu quyền sở hữu, việc thực hiện quyền này phát sinh nhiều vấn đề do đối tượng là động sản. Xét về phương diện xung đột quyền lợi, để đảm bảo không bị truy đòi nếu không may hàng hoá đang bị bảo lưu quyền sở hữu, người mua hàng hoá phải thực hiện việc kiểm tra qua hệ thống đăng ký. Kiểm tra hệ thống đăng ký không quá phiền hà và tốn kém nếu hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm được xây dựng thuận lợi cho hoạt động tìm kiếm. Nhưng, sẽ không hợp lý nếu yêu cầu kiểm tra đăng ký đối với trường hợp của người mua hàng hoá luân chuyển. Trong trường hợp bảo lưu quyền sở hữu, người mua có

³⁹ Xem thêm Điều 166 Bộ luật Dân sự năm 2015 về quyền đòi lại tài sản để bảo vệ quyền sở hữu.

⁴⁰ Điều 332 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁴¹ Điều 279 Bộ luật Dân sự năm 2015.

thể là người kinh doanh mặt hàng bao gồm hàng hoá được mua từ nhà cung cấp để bán lại. Người mua hàng hoá luân chuyển là người mua hàng trong điều kiện bình thường từ người chuyên kinh doanh mặt hàng đó và chiếm hữu công khai, nghĩa là người bán thể hiện ra bên ngoài quyền được định đoạt hàng hoá. Vì thế, buộc người mua phải kiểm tra tình trạng hàng hoá qua hệ thống đăng ký là không hợp lý và tạo cản trở cho hoạt động thương mại hằng ngày. Ví dụ, sẽ rất tốn kém cho nền kinh tế và không hợp lý nếu yêu cầu người mua sách tại cửa hàng bán sách phải kiểm tra hệ thống đăng ký xem hàng hoá này có phải là tài sản bảo đảm hay không. Hơn nữa, công nhận quyền truy đòi của người bán bảo lưu quyền sở hữu hàng hoá trong trường hợp hàng hoá luân chuyển sẽ không khuyến khích lưu thông thương mại khi người mua bị đặt trong tình trạng có tranh chấp phát sinh từ bảo lưu quyền sở hữu. Trên thực tế, việc thực hiện quyền truy đòi đối với hàng luân chuyển không hề đơn giản, nhất là khi xác định hàng hoá bị lẫn lộn trong rất nhiều hàng hoá khác cùng loại mà người thứ ba đang nắm giữ, hoặc khả năng hàng hoá được bán lại nhiều lần dẫn đến việc khó xác định hàng hoá đang ở trong tay ai. Vì vậy, rất cần một quy định cụ thể công nhận quyền sở hữu tuyệt đối của người mua lại hàng hoá là hàng luân chuyển với chủ trương bảo đảm sự lưu thông không gặp trở ngại của hoạt động thương mại bình thường.

Phân tích ở trên cũng cho thấy đối với động sản nói chung, không riêng gì bảo lưu quyền sở hữu, việc cấm người bảo đảm bán lại tài sản bảo đảm không bảo vệ được quyền lợi của người nhận bảo đảm. Bộ luật Dân sự cần phải tính đến giải pháp khác bên cạnh quyền truy đòi là lợi ích được bảo đảm tạo lập trên những gì thu được từ bán lại tài sản bảo đảm bao gồm quyền đòi nợ và tiền

hàng. Kể cả tài sản có tính chất cố định, loại tài sản này cũng có thể bị bán lại dễ dàng. Cho dù người mua lại không được bảo vệ như người mua hàng hoá luân chuyển, người nhận bảo đảm trên tài sản cố định cũng vẫn gặp những khó khăn như việc xác định tài sản và người đang nắm giữ tài sản. Họ xứng đáng được hưởng thêm một lựa chọn nữa dựa trên việc cưỡng chế tài sản của chính người bảo đảm, đó là quyền đòi nợ hoặc tiền hàng.

Một câu hỏi đặt ra là liệu người mua lại hàng hoá có thể viện dẫn Điều 167 Bộ luật Dân sự năm 2015 để ngăn cản quyền đòi lại động sản không phải đăng ký hay không? Theo điều luật này, người chiếm hữu ngay tình từ một hợp đồng có đền bù với người chiếm hữu tài sản theo thoả thuận với chủ sở hữu sẽ không phải trả lại tài sản. Vấn đề là phải xác định tính chất quyền lợi của người bán đối với hàng hoá trong thời hạn hiệu lực của biện pháp này. Khi bảo lưu quyền sở hữu được xếp vào các biện pháp bảo đảm thì quyền lợi của người bán là lợi ích được bảo đảm trên hàng hoá, không còn là quyền sở hữu tuyệt đối. Do đó, Điều 167 không thể áp dụng vì người bán truy đòi tài sản với tư cách là người nhận bảo đảm, không phải là chủ sở hữu.

Ở đây có sự khác biệt trong việc bảo vệ người thứ ba ngay tình giữa Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015. Trong Bộ luật Dân sự năm 2005, người bán bảo lưu quyền sở hữu có quyền đòi lại hàng hoá với tư cách chủ sở hữu và bị giới hạn bởi quyền của người chiếm hữu ngay tình từ hợp đồng có đền bù (Điều 257). Theo Bộ luật Dân sự năm 2015, quyền đòi lại hàng hoá, giờ đây được gọi là quyền truy đòi đối với người thứ ba, được thực hiện với tư cách người nhận bảo đảm và Điều 167, tương đương với Điều 257 Bộ luật Dân sự năm 2005, không thể áp dụng được nữa.

Mặc dù quyền của người bán được bảo vệ nhiều tới mức không thoả đáng như đã phân tích ở trên đối với trường hợp hàng hoá luân chuyển, người bán bảo lưu quyền sở hữu liệu có động lực để đăng ký giao dịch bảo đảm nhằm đối kháng với người thứ ba mua lại hàng hoá?

5. Kết luận và các đề xuất

Bảo lưu quyền sở hữu vượt qua giới hạn thông thường của một thoả thuận chuyển quyền sở hữu trong giao dịch mua bán, mang lại cho người mua một bảo đảm thanh toán trên chính hàng hoá giao dịch. Bảo đảm này về nguyên tắc có tính chất của một quyền tài sản đối kháng với quyền khác; nói cách khác, loại trừ sự tiếp cận tài sản từ người thứ ba. Tuy nhiên, để công nhận đây là một giao dịch bảo đảm, cần làm rõ vấn đề về quyền sở hữu đối với tài sản bảo đảm, khi người bảo đảm/người mua trong giao dịch này chưa tiếp nhận quyền sở hữu từ người bán.

Thuyết chức năng có thể thay thế cho thuyết hình thức trong xây dựng luật giao dịch bảo đảm trong bất động sản đã đưa ra cách giải quyết đối vấn đề công nhận bảo lưu quyền sở hữu như một biện pháp bảo đảm hơn là một thoả thuận hợp đồng. Chính xác hơn, thuyết chức năng giải quyết các mâu thuẫn mà bảo lưu quyền sở hữu gây ra đối với quyền lợi của bên thứ ba bằng cách buộc bảo lưu quyền sở hữu trở thành một giao dịch bảo đảm để tuân thủ luật chung về giao dịch bảo đảm, trong đó có việc đăng ký và thanh toán.

Mặc dù chức năng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được nhìn nhận, Bộ luật Dân sự năm 2015 không tiếp cận bảo lưu quyền sở hữu như cách thức của thuyết chức năng. Quyền lợi của người bán/người nhận bảo đảm và biện pháp cưỡng chế thực hiện vẫn được xây dựng trên nền tảng của giao dịch mua bán hàng hoá thay vì giao dịch bảo

đảm. Do vậy, Bộ luật Dân sự năm 2015 không đề cập đến thứ tự ưu tiên của bảo lưu quyền sở hữu với tư cách là một biện pháp bảo đảm. Sự khác biệt về nền tảng lý thuyết dẫn đến bảo lưu quyền sở hữu có trạng thái lấp lửng giữa quyền sở hữu tuyệt đối và lợi ích được bảo đảm. Hệ quả là không tạo điều kiện cho người mua tiếp tục sử dụng hàng hoá để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ với chủ nợ khác. Từ góc độ của người bán, bảo lưu quyền sở hữu, với tư cách một biện pháp bảo đảm phải đăng ký để có hiệu lực đối kháng, không mấy hấp dẫn khi thiếu vắng các lợi ích khác thiết thực như lợi ích được bảo đảm có thứ tự ưu tiên đầu tiên đối với quyền đòi nợ hoặc tiền hàng thu từ bán lại hàng hoá. Một điểm có thể cho là tích cực từ sự thiếu sót của luật là khả năng ngăn chặn người mua lại ngay tình viện dẫn Điều 167 Bộ luật Dân sự năm 2015 để giữ lại hàng hoá. Trên thực tế, do tính chất động sản và việc hàng hoá được đưa vào lưu thông thương mại làm cho việc xác định hàng hoá và người nắm giữ chúng thực sự khó khăn. Nhìn chung, bảo lưu quyền sở hữu, không được hỗ trợ nhiều từ pháp luật hiện hành do thiếu các quy định giải quyết xung đột quyền lợi giữa người nhận bảo đảm và người thứ ba mua lại tài sản.

Do vậy, theo tác giả, cần xem xét du nhập khái niệm lợi ích được bảo đảm cho tiền hàng bên cạnh các biện pháp bảo đảm khác. Ngoài ra, phải quy định về lợi ích được bảo đảm thiết lập trên tiền hàng hoặc quyền đòi nợ phát sinh từ bán lại hàng hoá, và quy định về thứ tự ưu tiên giữa người nhận bảo đảm và người mua lại hàng hoá trên cơ sở phân biệt giữa hàng hoá luân chuyển và hàng hoá cố định cũng như bảo đảm lưu thông thương mại bình thường; hoặc du nhập toàn bộ hình mẫu luật giao dịch bảo đảm trên động sản dựa trên thuyết chức năng.

MỘT SỐ MÔ HÌNH THỦ TỤC XỬ LÝ PHÁ SẢN NƯỚC NGOÀI TRÊN THẾ GIỚI – SỰ LỰA CHỌN NÀO CHO VIỆT NAM?

Nguyễn Đức Việt*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, trình bày ba mô hình cơ bản về thủ tục xử lý phá sản nước ngoài trên thế giới. Đó là: Mô hình tương trợ - hợp tác theo Luật mẫu về phá sản quốc tế của Ủy ban Luật Thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL) và các nước theo truyền thống common law, mô hình công nhận – cho thi hành với căn cứ là Quy tắc về phá sản quốc tế của Liên minh châu Âu (EU) và các nước theo truyền thống civil law, và mô hình mở thủ tục phá sản rút gọn mang tính trung gian đang được áp dụng ở Thụy Sĩ. Theo tác giả, trong số các mô hình đó, việc duy trì cơ chế công nhận kết hợp với tiếp thu cơ chế tương trợ một cách có chọn lọc được đánh giá là khả thi nhất với bối cảnh của Việt Nam hiện nay.

Abstract: The article presents and analyzes three basic models on procedure for handling cross-border insolvency in the world. That are: Assistance – Cooperation model under the Model Law on Cross-border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law and common-law jurisdictions, Recognition – Enforcement model under European Union’s Regulation on International Insolvency and civil-law jurisdictions, and Mediated Summary Insolvency Proceeding employed by Switzerland. In the author’s view, among these models, maintaining recognition mechanism and adopting assistance mechanism selectively are the most feasible in Viet Nam’s current climate.

Thực tiễn và học thuyết về phá sản quốc tế hiện nay đều dựa trên nguyên lý phổ quát có điều chỉnh (*Modified Universal Approach*) để giải quyết các vụ việc phá sản quốc tế¹. Nhưng, sự điều chỉnh ở mỗi nước lại có những biên độ khác nhau, dẫn đến những mô hình cụ thể rất khác nhau. Nghiên cứu này sẽ khái quát đặc trưng của các mô hình cơ bản để rút ra khả năng ứng dụng cho Việt Nam trước yêu cầu hoàn thiện pháp luật phá sản quốc tế.

* ThS., Khoa Pháp luật Quốc tế - Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Về các nguyên lý định hình nên pháp luật phá sản quốc tế xem thêm Nguyễn Đức Việt, "Phá sản quốc tế - Một số vấn đề lý luận và nhu cầu hoàn thiện pháp luật Việt Nam", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2019, tr. 64-76.

1. Thủ tục phá sản nước ngoài và các mô hình xử lý tiêu biểu

1.1. Thủ tục phá sản nước ngoài

Do mỗi nước có định nghĩa về thủ tục phá sản khác nhau nên định nghĩa thế nào là thủ tục phá sản nước ngoài cũng rất khác nhau. Mặc dù vậy, những nỗ lực quốc tế trong hơn 20 năm qua mà thành quả là sự ra đời của Luật mẫu về phá sản quốc tế của UNCITRAL năm 1997² (sau đây gọi tắt là Luật mẫu) và Quy tắc 2015/848 ngày

² UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, có thể xem nội dung văn bản và hướng dẫn giải thích nội dung văn bản tại <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>, truy cập ngày 5/6/2019.

20/5/2015³ (trước đó là Quy tắc số 1346/2000 ngày 29/5/2000⁴) về thủ tục phá sản quốc tế của EU (sau đây gọi tắt là Quy tắc EU) có thể cho chúng ta một số định nghĩa đáng chú ý về thủ tục phá sản nước ngoài.

Theo Điều 2(a) của Luật mẫu, “*Thủ tục phá sản nước ngoài là những thủ tục hành chính hoặc tư pháp mang tính tập thể diễn ra tại nước ngoài dựa trên pháp luật về phá sản, bao gồm cả các thủ tục tạm thời, mà trong thủ tục đó, tài sản và công việc kinh doanh của người bị phá sản sẽ phải chịu sự quản lý hoặc giám sát của toà án nước ngoài nhằm mục đích thanh toán hoặc tái cơ cấu*”⁵.

Quy tắc EU không trực tiếp đưa ra khái niệm thủ tục phá sản nước ngoài do bản chất là một điều ước quốc tế khu vực với phạm vi điều chỉnh áp dụng với các thủ tục phá sản của các nước trong khu vực. Nhưng, qua nội hàm của khái niệm thủ tục phá sản thuộc đối tượng điều chỉnh của Quy tắc, cũng có thể hiểu về những thủ tục sẽ được xử lý trong phạm vi Quy tắc này. Theo đó, Quy tắc được áp dụng với “*thủ tục tập*

thể chung, bao gồm cả thủ tục tạm thời, dựa trên pháp luật về phá sản, trong đó đề hướng tới mục đích giải cứu, xử lý nợ, tái cơ cấu hoặc thanh lý tài sản thì (a) Người bị phá sản (chủ thể bị phá sản) bị tước đoạt toàn bộ hoặc một phần tài sản và quản tài viên sẽ được chọn ra; (b) Tài sản và công việc kinh doanh của chủ thể bị phá sản sẽ trở thành đối tượng quản lý hoặc giám sát của toà án; (c) Việc tạm đình chỉ các thủ tục thi hành cá biệt sẽ được ban hành bởi toà án hoặc theo quy định của luật áp dụng nhằm tạo điều kiện cho sự thoả thuận giữa chủ thể bị phá sản và các chủ nợ nếu việc tạm đình chỉ thủ tục đó cung cấp biện pháp thích hợp để bảo vệ hoạt động của chủ nợ thông thường, còn nếu không có thoả thuận nào đạt được thì nó sẽ trở thành thủ tục sơ bộ cho một trong các thủ tục nêu tại điểm (a) hoặc (b). Thủ tục nêu tại khoản này có thể được mở trong bối cảnh bắt đầu có khả năng phá sản với mục đích để tránh việc phá sản của chủ thể bị phá sản hoặc chấm dứt hoạt động kinh doanh của chủ thể bị phá sản. Thủ tục nêu tại đoạn này được liệt kê ở Phụ lục A”⁶.

³ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (Có thể xem nội dung Quy tắc tại <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2015:141:FULL&from=EN>, truy cập ngày 5/6/2019).

⁴ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (Có thể xem nội dung Quy tắc tại <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2000:160:FULL&from=EN>, truy cập ngày 5/6/2019).

⁵ Nguyễn Văn: “*Foreign proceeding*” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation”.

⁶ Nguyễn Văn Điều 1: “*This Regulation shall apply to public collective proceedings, including interim proceedings, which are based on laws relating to insolvency and in which, for the purpose of rescue, adjustment of debt, reorganization or liquidation:*

(a) *A debtor is totally or partially divested of its assets and an insolvency practitioner is appointed;*

(b) *The assets and affairs of a debtor are subject to control or supervision by a court; or*

(c) *A temporary stay of individual enforcement proceedings is granted by a court or by operation of law, in order to allow for negotiations between the debtor and its creditors, provided that the proceedings in which the stay is granted provide for suitable measures to protect the general body of creditors, and, where no agreement is reached, are preliminary to one of the proceedings referred to in point (a) or (b).*

Qua hai định nghĩa trên có thể thấy, cách tiếp cận có sự khác biệt giữa Luật mẫu và Quy tắc EU. Trong khi Luật mẫu có cách tiếp cận bao quát, chỉ nêu đặc điểm của thủ tục phá sản, còn thủ tục cụ thể sẽ do pháp luật từng nước tự quy định phù hợp với các đặc điểm đó; thì Quy tắc EU lại liệt kê cụ thể các quy định được coi là thủ tục phá sản tại các nước thành viên trong một Phụ lục chi tiết mà chỉ những thủ tục được nêu trong Phụ lục đó mới thuộc đối tượng điều chỉnh của Quy tắc này. Trong khi Luật mẫu chỉ quy định 2 dạng thủ tục là thủ tục tái cơ cấu (*reorganization*) hoặc thủ tục thanh lý (*liquidation*), Quy tắc EU lại mở rộng hơn bao gồm cả thủ tục “giải cứu” chủ thể bị phá sản (*rescue*), xử lý nợ (*adjustment of debt*), tái cơ cấu (*reorganization*) và thanh lý tài sản (*liquidation*).

Dù có khác biệt, nhưng cả hai định nghĩa này cũng có nhiều điểm chung cần được lưu ý. Thứ nhất, thủ tục phá sản nước ngoài phải là một dạng thủ tục đòi nợ tập thể (*collective proceedings*), nghĩa là trong đó đồng thời giải quyết quyền lợi của tất cả các chủ nợ có liên quan. Các thủ tục đòi nợ đơn lẻ của các chủ nợ (như những vụ kiện đơn lẻ yêu cầu cưỡng chế tài sản của chủ thể bị phá sản nhằm mục đích thu hồi nợ) không thuộc phạm vi điều chỉnh của cơ chế xử lý phá sản nước ngoài. Thứ hai, đó phải là thủ tục dựa theo quy định của pháp luật phá sản của nước nơi đã mở thủ tục (*law relating to insolvency*). Mỗi nước có quy định khác nhau về cơ quan giải quyết phá

sản nên đó có thể là thủ tục tư pháp hoặc thủ tục hành chính, nhưng tựu chung đều phải được coi là thủ tục thu hồi nợ tập thể theo quy định của pháp luật phá sản nước đó. Những thủ tục có thể cùng nhằm giải quyết nợ một cách tập thể hoặc để tái cơ cấu doanh nghiệp nợ, nhưng theo quy định của Luật Doanh nghiệp như giải thể, chia, tách, sáp nhập... sẽ không được coi là thủ tục phá sản. Lưu ý là cả Luật mẫu và Quy tắc EU đều không đề cập đến tình trạng phá sản (tình trạng mất khả năng thanh toán) của chủ thể bị phá sản, và chủ thể bị phá sản cũng không chỉ giới hạn ở các doanh nghiệp hay pháp nhân. Do đó, nếu thủ tục đòi nợ tập thể đối với một chủ thể bị phá sản (bao gồm cả thể nhân và pháp nhân) chưa mất khả năng thanh toán, nhưng nằm trong phạm vi pháp luật phá sản của một nước nào đó thì vẫn thuộc đối tượng điều chỉnh của cơ chế xử lý thủ tục phá sản nước ngoài. Thứ ba, thủ tục phá sản nước ngoài được hiểu bao gồm cả các thủ tục tạm thời (*interim proceedings*). Những thủ tục tạm thời được áp dụng rất phổ biến trong giải quyết phá sản do yêu cầu của việc bảo toàn tài sản của chủ thể bị phá sản trước khi có quyết định mở thủ tục phá sản. Do đó, đưa thủ tục tạm thời vào cơ chế xử lý phá sản nước ngoài sẽ góp phần bảo toàn tài sản chủ thể bị phá sản, phục vụ tốt nhất cho việc tái cơ cấu hoặc thanh lý tài sản. Thứ tư, tài sản và công việc kinh doanh của chủ thể bị phá sản sẽ phải chịu sự quản lý, giám sát của tòa án hoặc một cơ quan có thẩm quyền. Trong thủ tục đó, có thể có quản tài viên được chỉ định để quản lý tài sản của chủ thể bị phá sản, có thể chủ thể bị phá sản vẫn được giữ quyền quản lý tài sản (*debtor in possession - DIP*), nhưng việc sử dụng tài sản đó chịu sự giám sát của tòa án.

Nhìn chung có thể hiểu: Thủ tục phá

Where the proceedings referred to in this paragraph may be commenced in situations where there is only a likelihood of insolvency, their purpose shall be to avoid the debtor's insolvency or the cessation of the debtor's business activities.

The proceedings referred to in this paragraph are listed in Annex A”.

sản nước ngoài là những thủ tục đòi nợ mang tính tập thể diễn ra tại nước ngoài dựa trên pháp luật về phá sản của nước đó, bao gồm cả các thủ tục tạm thời, mà trong thủ tục đó, tài sản và công việc kinh doanh của chủ thể bị phá sản được trao cho một quản tài viên quản lý hoặc sẽ phải chịu sự quản lý hoặc giám sát của cơ quan có thẩm quyền nước ngoài nhằm mục đích thanh toán nợ hoặc phục hồi chủ thể bị phá sản.

Trong thủ tục phá sản nước ngoài đó, có thể có rất nhiều thủ tục nhỏ hơn diễn ra với kết quả là nhiều dạng quyết định, mệnh lệnh của toà án, cơ quan giải quyết phá sản được ban hành như quyết định mở thủ tục phá sản, chỉ định quản tài viên, phong toả tài sản, áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, tạm đình chỉ cưỡng chế tài sản của chủ thể bị phá sản, triệu tập hội nghị chủ nợ, tuyên bố giao dịch vô hiệu, truy đòi tài sản... Một cách chung nhất, có thể phân chia thủ tục (quyết định) phá sản thành những thủ tục (quyết định) mang tính bao quát như mở thủ tục phá sản, chỉ định quản tài viên và những thủ tục (quyết định) cụ thể như phong toả tài sản, miễn trừ nghĩa vụ cụ thể, bù trừ nghĩa vụ, tuyên bố giao dịch vô hiệu... Những quyết định, mệnh lệnh đó dù là do toà án hay cơ quan tư pháp, hành pháp khác ban hành thì cũng đều mang tính quyền lực nhà nước. Do đó, một quyết định mang tính quyền lực nhà nước như vậy có hiệu lực như thế nào (hay nói cách khác có được thì hành hay không) là một trong những vấn đề trọng tâm của pháp luật phá sản quốc tế. Xét cho cùng vấn đề thủ tục phá sản nước ngoài là vấn đề có công nhận hiệu lực và hiện thực hoá (cho thi hành) hiệu lực đó trong phạm vi lãnh thổ nước mình không. Do đó, thủ tục phá sản nước ngoài thường xoay quanh các vấn đề chính là điều kiện công nhận hiệu lực, hậu quả của việc công nhận,

và xử lý phá sản song song cùng có yêu cầu công nhận. Nhưng do sự khác biệt trong truyền thống pháp luật, hoàn cảnh kinh tế, xã hội, nên các nước có những quy định khác nhau về điều kiện công nhận, hậu quả của việc công nhận và cách thức xử lý phá sản song song. Sự khác biệt đó tạo nên những mô hình áp dụng thủ tục phá sản nước ngoài hết sức độc đáo như sẽ phân tích ở các phần tiếp theo.

2. Các mô hình áp dụng thủ tục phá sản nước ngoài tiêu biểu

Trong thời gian qua, UNCITRAL và EU đã có nhiều nỗ lực nhằm thống nhất và hài hoà hoá pháp luật phá sản quốc tế. Kết quả đáng ghi nhận nhất trong nỗ lực hài hoà hoá pháp luật quốc tế chính là phương thức phân loại thủ tục phá sản thành thủ tục phá sản chính (*Foreign main proceeding*) dựa trên tiêu chí trung tâm lợi ích của chủ thể bị phá sản (*the centre of debtor's main interests – COMI*) và thủ tục phá sản phụ (*Foreign non-main proceeding*, Quy tắc EU gọi là thủ tục phá sản thứ cấp - *Secondary proceeding*) dựa trên tiêu chí nơi tồn tại cơ sở kinh doanh (*Establishment*)⁷. Tương ứng với mỗi loại thủ tục phá sản là các điều kiện công nhận và hậu quả pháp lý khác nhau. Thủ tục phá sản song song cũng dựa trên tính “chính – phụ” của thủ tục phá sản để có sự điều tiết phù hợp. Trong sự phát triển của pháp luật phá sản quốc tế, hiện nay có ba xu hướng nổi bật về áp dụng thủ tục phá sản nước ngoài sau:

a. Mô hình tương trợ - hợp tác

Đây chính là mô hình của Luật mẫu UNCITRAL. Trong mô hình của Luật mẫu,

⁷ Xem điểm (b), (c), (f) Điều 2 Luật mẫu UNCITRAL; Điều 3 Quy tắc EU; khoản 1 Điều 166 Bộ luật Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ năm 1987 (sửa đổi năm 2017).

khi một quản tài viên trong thủ tục phá sản nước ngoài muốn thực hiện các quyền hạn trong phạm vi thẩm quyền giải quyết vụ việc phá sản của mình, trước hết, phải xin sự công nhận từ quốc gia sở tại. Điều kiện để thủ tục phá sản nước ngoài được công nhận bao gồm: (1) Thủ tục phá sản thoả mãn các đặc điểm nêu tại điểm a Điều 2 (điểm a khoản 1 Điều 17), tức phải thoả mãn điều kiện của một thủ tục phá sản nước ngoài như đã nêu ở trên; (2) Người yêu cầu công nhận phải là quản tài viên nước ngoài⁸ (điểm b khoản 1 Điều 17); (3) Phải có đủ các giấy tờ theo quy định bao gồm bản sao quyết định mở thủ tục phá sản, chỉ định quản tài viên, hoặc Giấy chứng nhận của toà án xác nhận sự tồn tại của thủ tục phá sản nước ngoài và việc chỉ định quản tài viên, hoặc chứng cứ có thể chấp nhận khác về sự tồn tại của thủ tục phá sản nước ngoài và việc chỉ định trọng tài viên (điểm c khoản 1 Điều 17); (4) Đơn xin yêu cầu công nhận phải được gửi đến đúng toà án có thẩm quyền (điểm d khoản 1 Điều 17); (5) Việc công nhận thủ tục phá sản nước ngoài không trái với trật tự công của nước nơi yêu

cầu công nhận (Điều 6); (6) Việc áp dụng các biện pháp tương trợ phải phù hợp với quyền lợi của tất cả các chủ nợ (khoản 1 Điều 22). Có thể thấy, ngoài 2 điều kiện (5) và (6), các điều kiện khác mang tính khá hình thức, đặc biệt là không có điều kiện nào liên quan đến thẩm quyền mở thủ tục phá sản, tính chung thẩm của quyết định trong thủ tục phá sản, sự bảo đảm các quyền về thủ tục, nguyên tắc có đi có lại.

Tuy nhiên, điều kiện công nhận có lẽ không phải là nét đặc thù nhất của mô hình tương trợ, mà đặc thù của mô hình này nằm ở hậu quả sau việc công nhận. Nếu thủ tục phá sản nước ngoài được công nhận thì cũng không đương nhiên phát sinh tất cả các hiệu lực vốn có của nó như ở nước đã mở thủ tục phá sản. Việc công nhận thủ tục phá sản nước ngoài chỉ giống như một tiền đề để toà án xem xét áp dụng các biện pháp mang tính tương trợ, hỗ trợ cần thiết. Các biện pháp tương trợ này có sự phân biệt giữa thủ tục phá sản chính và thủ tục phá sản phụ. Nếu thủ tục phá sản nước ngoài được công nhận là thủ tục phá sản chính thì việc công nhận sẽ dẫn tới ba hiệu lực phát sinh đương nhiên được quy định tại Điều 20 là: (i) Đình chỉ các thủ tục cá biệt liên quan đến tài sản, quyền lợi, nghĩa vụ hoặc trách nhiệm của chủ thể bị phá sản, (ii) Đình chỉ việc cưỡng chế thi hành tài sản của chủ thể bị phá sản, và (iii) Tạm đình chỉ việc chuyển nhượng tài sản, thiết lập giao dịch bảo đảm và các hành vi xử lý tài sản khác. Ngoài ra, toà án có thể áp dụng thêm các biện pháp tương trợ bổ sung như thu thập chứng cứ, lấy lời khai nhân chứng, trao quyền quản lý, thanh lý tài sản phá sản cho quản tài viên nước ngoài hoặc chủ thể khác... theo quy định tại Điều 21 Luật mẫu. Phạm vi, thay đổi, hay chấm dứt biện pháp tương trợ do pháp luật nước công nhận quy

⁸ Theo định nghĩa tại điểm d Điều 2 Luật mẫu thì: *Quản tài viên nước ngoài (Foreign representative) nghĩa là chủ thể, bao gồm cả thủ thể được chỉ định một cách tạm thời, được trao quyền trong thủ tục phá sản nước ngoài để quản lý hoặc thanh lý tài sản hoặc công việc kinh doanh của chủ thể bị phá sản, hoặc thực hiện các hành vi với tư cách người đại diện cho thủ tục phá sản nước ngoài.* Trong định nghĩa này, mặc dù không đề cập trực tiếp, nhưng các đặc điểm nêu trong định nghĩa không chỉ hướng tới người thứ ba được chỉ định làm quản tài viên mà còn bao hàm cả chính trường hợp chủ thể bị phá sản tự quản lý tài sản (DIP) như quy định trong pháp luật Hoa Kỳ và nhiều nước khác (Xem thêm tại: UNCITRAL, “*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency Law with Guide to Enactment and Interpretation*”, New York, 2014, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>, para.86).

định (khoản 2 Điều 20). Còn nếu thủ tục phá sản nước ngoài là thủ tục phá sản phụ thì việc công nhận sẽ không đương nhiên làm phát sinh bất cứ hiệu lực gì mà toà án có toàn quyền quyết định sẽ áp dụng biện pháp tương trợ nào trong số các biện pháp được liệt kê tại Điều 21.

Mặc dù xây dựng chi tiết cơ chế công nhận và hỗ trợ thủ tục phá sản nước ngoài, Luật mẫu cũng thừa nhận một cách rộng rãi khả năng phát sinh thủ tục phá sản song song, tức dựa trên nguyên lý đa dạng (*Plurality*) trong thủ tục phá sản⁹. Trong mối quan hệ với nước công nhận, sẽ có hai khả năng xảy ra.

Khả năng thứ nhất là song song tồn tại một thủ tục phá sản phụ được tiến hành ngay tại nước công nhận với thủ tục phá sản nước ngoài được yêu cầu công nhận. Điều này được Luật mẫu thừa nhận nếu chủ thể bị phá sản có tài sản ở nước công nhận thì có thể mở thủ tục phá sản trong nước công nhận, và hiệu lực của thủ tục phá sản tại nước công nhận (thủ tục phá sản phụ) chỉ giới hạn ở giá trị tài sản tại nước công nhận đó (Điều 28). Việc mở thủ tục phá sản trong nước không làm ảnh hưởng đến việc công nhận thủ tục phá sản chính của nước ngoài. Tuy về nguyên tắc, thủ tục phá sản trong nước (tại nước công nhận) chỉ có hiệu lực mang tính lãnh thổ (tức trong phạm vi lãnh thổ nước được công nhận), nhưng trong mối quan hệ giữa thủ tục phá sản trong nước và thủ tục phá sản nước ngoài thì thủ tục phá sản trong nước sẽ được ưu tiên. Trường hợp khi công nhận thủ tục phá sản nước ngoài đã tồn tại một thủ tục phá sản trong nước thì các biện pháp tương trợ được áp dụng phải

phù hợp với thủ tục phá sản trong nước. Nếu thủ tục phá sản nước ngoài đó là thủ tục phá sản chính thì việc công nhận không làm phát sinh các hiệu lực đương nhiên tại Điều 20 mà chỉ có các biện pháp tương trợ theo Điều 21 Luật mẫu được áp dụng. Nếu sau khi công nhận thủ tục phá sản nước ngoài mới tiến hành thủ tục phá sản trong nước thì toà án sẽ xem xét lại các biện pháp tương trợ đã áp dụng với thủ tục phá sản nước ngoài. Trường hợp có mâu thuẫn với thủ tục phá sản trong nước thì sẽ bị thay đổi hoặc huỷ bỏ (Điều 29).

Khả năng thứ hai là song song tồn tại các thủ tục phá sản nước ngoài có yêu cầu công nhận. Trong trường hợp này nếu có thủ tục phá sản chính và thủ tục phá sản phụ thì thủ tục phá sản chính sẽ được ưu tiên. Tức các biện pháp tương trợ áp dụng cho thủ tục phá sản phụ phải phù hợp với thủ tục phá sản chính, nếu có sự mâu thuẫn thì biện pháp tương trợ cho thủ tục phá sản phụ sẽ bị thay đổi hoặc huỷ bỏ. Nếu các thủ tục phá sản nước ngoài đều là thủ tục phá sản phụ thì việc tương trợ được Luật mẫu trao cho toà án nước công nhận toàn quyền xem xét quyết định mà không đưa ra quy tắc ưu tiên cụ thể nào. Mục đích quan trọng nhất mà toà án cần lưu tâm trong trường hợp này là áp dụng biện pháp tương trợ phù hợp để làm sao thúc đẩy các thủ tục phá sản một cách hiệu quả (Điều 30).

Trong việc xử lý thủ tục phá sản nước ngoài, bên cạnh cơ chế công nhận – áp dụng biện pháp tương trợ thì Luật mẫu còn đưa ra một cơ chế độc lập khác là cơ chế hợp tác – phối hợp (mà về bản chất vẫn có thể coi là một dạng tương trợ). Song song với việc tiến hành công nhận và áp dụng các biện pháp tương trợ cho thủ tục phá sản nước ngoài, Luật mẫu yêu cầu toà án, quản tài

⁹ Nguyên lý đa dạng có nội dung là có thể mở nhiều thủ tục phá sản (ở các nước khác nhau) với cùng một chủ thể bị phá sản. Xem thêm: Nguyễn Đức Việt, *ttdđ 1*, tr. 64-76.

viên trong các thủ tục có liên quan thiết lập sự liên lạc và phối hợp để thúc đẩy thủ tục phá sản (Điều 25 đến Điều 27). Tuy nhiên, Luật mẫu không hề đưa ra các điều kiện, hay nội dung cho việc thực hiện hợp tác giải quyết thủ tục phá sản. Luật mẫu chỉ yêu cầu toà án nước mở thủ tục, toà án nước có yêu cầu hợp tác, quản tài viên hợp tác trong phạm vi nhiều nhất có thể (*the maximum extent possible*), và gợi ý một số phương thức hợp tác như chỉ định người đại diện tiến hành thủ tục theo sự chỉ thị từ toà án, trao đổi thông tin, phối hợp quản lý, giám sát tài sản của chủ thể bị phá sản, chấp thuận và thực thi thoả thuận hợp tác, phối hợp giải quyết thủ tục phá sản song song... (Điều 27).

Qua sự khái quát trên, có thể thấy, mô hình này hoàn toàn khác cách tiếp cận truyền thống về việc công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài. Bởi việc công nhận không hoàn toàn đi theo tiêu chí thông thường của việc công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài, và nhất là không hề có sự thi hành trực tiếp nào trong mô hình này mà chỉ có các biện pháp tương trợ, hỗ trợ được đưa ra để giúp thủ tục phá sản nước ngoài tiến hành một cách hiệu quả hơn. Trọng tâm của mô hình tương trợ chính là trao cho toà án quyền tự định đoạt (*discretion*) một cách tối đa để toà án có thể linh hoạt áp dụng các biện pháp tương trợ cần thiết ứng với mỗi hoàn cảnh cụ thể và phát huy sự hợp tác giữa các bên. Đây cũng chính là một đặc trưng trong hệ thống common law, do đó Luật mẫu UNCITRAL được các nước common law hết sức ủng hộ^{10,11}.

¹⁰ Hiện nay (thời điểm tháng 6/2019) có 44 nước chấp thuận Luật mẫu và đã nội luật hóa. Trong số đó,

b. Mô hình công nhận và cho thi hành

Đây là mô hình truyền thống của các nước civil law và thể hiện đặc trưng qua các quy định của Quy tắc EU¹². Mặc dù mô hình này cũng chịu những ảnh hưởng nhất định từ quá trình thảo luận xây dựng Luật mẫu UNCITRAL, nhưng nền tảng cơ bản của cơ chế công nhận – cho thi hành thủ tục phá sản nước ngoài không hề thay đổi kể từ Quy tắc năm 2000 (và tiền thân của nó là Công ước năm 1995 về thủ tục phá sản). Nguyên tắc chung được thừa nhận trong

tuyệt đại đa số là các nước common law bao gồm cả Hoa Kỳ, các nước thuộc khối Thịnh vượng chung như Anh quốc, Canada, Australia, Singapore... (Xem tại: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html, truy cập ngày 5/6/2019). Nằm trong nhóm civil law, nhưng áp dụng Luật mẫu tiêu biểu chỉ có thể kể đến Nhật Bản và Hàn Quốc, nhưng hai nước này cũng có rất nhiều sửa đổi khi nội luật hóa chứ không áp dụng gần như nguyên xi Luật mẫu giống các nước common law.

¹¹ Sự ra đời của Luật mẫu vốn dĩ chịu ảnh hưởng mạnh mẽ từ cơ chế áp dụng thủ tục hỗ trợ (*ancillary proceedings*) theo Điều 304 Bộ luật Phá sản Hoa Kỳ năm 1978, và trong quá trình dự thảo Luật mẫu cũng có sự tham gia tích cực của các luật gia, nhà nghiên cứu đến từ Hoa Kỳ (Look Chan Ho, “*Cross-Border Insolvency – A commentary on the UNCITRAL Model Law*”, 3rd edition, Globe Business Publishing Ltd, 2012 (Selinda A Melnik, *United States*) p. 440; Yamamoto Kazuhiko, 『国際倒産法制』、商事法務、2002 (Yamamoto Kazuhiko, “Luật phá sản quốc tế”, Nxb. Shojihomu, 2002, tr.191-195). Do đó, có ý kiến cho rằng, Luật mẫu là Luật “made in America law”, Luật “khắc hình common law” (石黒一憲、『国際倒産 vs. 国際課税』2010年、信山社、224頁 (Ishiguro Kazunori, “Phá sản quốc tế và Thuế quốc tế”, Nxb. Shinzansha, năm 2010, tr. 224)).

¹² Quy tắc EU có tiền thân là Công ước năm 1995 về phá sản quốc tế (do không có đủ sự phê chuẩn nên không phát sinh hiệu lực) và kế thừa nguyên trạng nhiều nội dung của Công ước này khi nghiên cứu các điều luật của Quy tắc có thể tham khảo thêm sự giải thích các điều luật tương ứng của Công ước năm 1995 tại: European Council, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings 6500/96*, by Miguel Virgos & Etienne Schmit, 3 May 1996.

Quy tắc EU là khi một thủ tục phá sản được mở bởi toà án có thẩm quyền theo quy định của công ước (khi là thủ tục phá sản chính) thì nó đương nhiên được công nhận tại tất cả các quốc gia thành viên và thủ tục đó sẽ có hiệu lực tại các quốc gia thành viên khác như tại nước đã mở nó (Điều 19, Điều 20). Như vậy, rõ ràng hiệu lực của thủ tục phá sản nước ngoài không phụ thuộc vào khả năng toà án nước công nhận áp dụng biện pháp tương trợ nào mà sẽ do luật của chính nước ngoài đã mở thủ tục phá sản quy định. Đây là điều làm nên sự khác biệt cơ bản của mô hình công nhận - cho thi hành so với mô hình tương trợ - hợp tác.

Và, cũng từ sự khác biệt cơ bản trong cách tiếp cận nêu trên, các yêu cầu về điều kiện công nhận (mặc dù là công nhận đương nhiên, nhưng thủ tục phá sản nước ngoài phải đáp ứng điều kiện nhất định thì mới được coi là đương nhiên được công nhận) cũng được đặt ra, nghiêng nhiều về nội dung thực chất hơn là giấy tờ chứng minh hình thức. Điều kiện thứ nhất là, thủ tục phá sản nước ngoài phải thuộc phạm vi điều chỉnh của Quy tắc (Điều 1). Như đã trình bày ở trên, một cách cụ thể nhất là nó phải thuộc Phụ lục A của Quy tắc. Điều kiện thứ hai là thủ tục phá sản do toà án của nước thành viên nơi chủ thể bị phá sản có trung tâm lợi ích (COMI) (khoản 1 Điều 3). Như vậy, thủ tục phá sản được đương nhiên công nhận tại các nước thành viên khác cũng đương nhiên là thủ tục phá sản chính. Điều này không có nghĩa là các nước thành viên khác không được mở những thủ tục phá sản phụ, nhưng thủ tục phá sản phụ về nguyên tắc chỉ có hiệu lực trong phạm vi lãnh thổ quốc gia mở thủ tục đó nên sẽ không đặt ra vấn đề công nhận và cho thi hành tại các quốc gia thành viên khác. Thẩm quyền mở thủ tục phá sản phụ được xác định theo sự

hiện diện của cơ sở kinh doanh (*Establishment*) (khoản 2 Điều 3). Như vậy, so với tiêu chí sự hiện diện của tài sản như quy định của Luật mẫu, tiêu chí về sự hiện diện của cơ sở kinh doanh đặt ra yêu cầu cao hơn về mặt thẩm quyền mở thủ tục phá sản phụ. Điều kiện thứ ba là, thủ tục phá sản không trái với trật tự công của nước công nhận (Điều 33). Nội hàm của khái niệm trật tự công được hiểu bao gồm cả trật tự công trong luật nội dung và cả luật hình thức¹³. Trong vụ phá sản *Eurofood* năm 2006, Toà án Công lý châu Âu cũng đã nhấn mạnh sự công bằng về mặt thủ tục (*due process*) cũng là một trong những yếu tố quan trọng để đánh giá về trật tự công¹⁴. Do đó, dù không đề cập trực tiếp thì việc các đương sự trong thủ tục phá sản được thông báo đầy đủ, có cơ hội tranh luận bình đẳng trong thủ tục phá sản nước ngoài cũng là một điều kiện quan trọng cho việc công nhận thủ tục phá sản nước ngoài.

Khi hội tụ đủ các điều kiện trên, thủ tục phá sản chính sẽ được đương nhiên công nhận tại các quốc gia thành viên khác theo đúng như hiệu lực vốn có tại nước nơi đã mở thủ tục phá sản mà không cần thông qua bất kỳ một phương thức cá biệt nào khác (khoản 1 Điều 20)¹⁵. Tức là nguyên tắc luật áp dụng để xác định hiệu lực của thủ tục

¹³ European Council, *tlđđ* 12, para.206; 貝瀬幸雄、『国際倒産と比較法』、有斐閣、2003 78 頁 (Kaise Yukio, “Phá sản quốc tế và Luật so sánh”, Nxb. Yuhikaku, 2003, tr.78).

¹⁴ *Eurofood IFSC Ltd*, (C-341/04), [2006] E.C.R. I-3813, paras 66-67.

¹⁵ Do bản chất là điều ước khu vực nên quy định này hàm ý loại trừ các thủ tục yêu cầu thực hiện việc công nhận và cho thi hành như yêu cầu phải có Quyết định cho thi hành như *exequatur* trong pháp luật của Pháp hay *exekutionsbewilligung* trong pháp luật Áo...; quy định sự phát sinh hiệu lực trực tiếp của thủ tục phá sản.

phá sản chính của nước ngoài không phải luật nước công nhận và cũng hoàn toàn không phụ thuộc vào quyền tự định đoạt, khả năng tương trợ hay phối hợp của toà án, mà do luật nước nơi mở thủ tục phá sản quy định¹⁶. Tương ứng với hiệu lực bao quát đó, quản tài viên trong thủ tục phá sản chính của nước ngoài cũng được quy định phạm vi quyền hạn theo pháp luật nước nơi mở thủ tục phá sản (trừ trường hợp tại nước công nhận đã mở thủ tục phá sản phụ) (khoản 1 Điều 21). Tuy nhiên, trong việc thực thi các quyền đó, quản tài viên phải tuân thủ các quy định về hình thức (thủ tục) thực thi tại nước công nhận, và không được trực tiếp thực hiện các quyền mang tính chất cưỡng chế tài sản (khoản 3 Điều 21). Còn với thủ tục phá sản phụ, mặc dù nguyên tắc là chỉ có hiệu lực trong phạm vi lãnh thổ nơi đã mở thủ tục phá sản phụ đó, nhưng cũng có một số ngoại lệ như khi các chủ nợ ở nước khác cũng đồng ý với quyết định mang tính chất hạn chế quyền của chủ nợ như cho chủ thể bị phá sản miễn hoặc hoãn thực hiện nghĩa vụ thì thủ tục phá sản phụ này có hiệu lực với cả những chủ nợ đó (khoản 2 Điều 20). Hay quản tài viên của thủ tục phá sản phụ có thể chứng minh trước toà án nước ngoài việc một tài sản vốn dĩ ở nước mở thủ tục phá sản phụ, nhưng sau đó bị tẩu tán và yêu cầu toà án nước ngoài cho phép chuyển tài sản đó về phục vụ thủ tục phá sản phụ (khoản 2 Điều 21).

Ngoài quy định về cơ chế công nhận và

¹⁶ Tuy nhiên, Quy tắc EU cũng đặt ra nhiều ngoại lệ về luật áp dụng với vật quyền, bù trừ nghĩa vụ, tuyên bố giao dịch vô hiệu... (từ Điều 8 đến 18). Cho dù như vậy thì hiệu lực sau công nhận một thủ tục phá sản nước ngoài không phụ thuộc vào sự tự định đoạt của toà án mà do luật áp dụng quy định. Do đó, cũng có thể gọi mô hình này là mô hình kiểu tư pháp quốc tế (tức xác định qua luật áp dụng).

cho thi hành thủ tục phá sản (thủ tục tập thể mang tính bao quát), Quy tắc EU còn đặt ra quy định về công nhận các bản án, quyết định trực tiếp bắt nguồn và có liên hệ mật thiết với thủ tục phá sản (thủ tục cá biệt, mang tính cụ thể, như quyết định tuyên giao dịch với chủ thể bị phá sản vô hiệu, quyết định công nhận thoả thuận xử lý nợ...). Do những bản án, quyết định này thường mang tính chất cần được (cưỡng chế) thi hành cá biệt tại nước khác, tức có liên quan đến yếu tố chủ quyền quốc gia trong tổ chức cưỡng chế thi hành nên cần có sự cho phép cưỡng chế thông qua thủ tục xin chấp thuận cho thi hành (exequatur)¹⁷. Đối với những bản án, quyết định loại này, Điều 32 Quy tắc EU dẫn chiếu tới cơ chế công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự theo Công ước Brussels năm 1968 sửa đổi theo Quy tắc 1215/2012 năm 2012 (cụ thể là từ Điều 39 đến Điều 44 và từ Điều 47 đến Điều 57)¹⁸.

Qua cơ chế công nhận và cho thi hành như trên phần nào ta cũng có thể hình dung cách thức Quy tắc EU điều chỉnh thủ tục phá sản song song. Đó là sự điều chỉnh dựa trên phạm vi hiệu lực của các thủ tục phá sản chính – phụ với nguyên tắc là sự ưu tiên cho thủ tục phá sản chính và giới hạn thủ tục phá sản phụ chỉ nằm trong phạm vi lãnh thổ nước đã mở thủ tục đó¹⁹. Nhưng điều

¹⁷ European Council, *tlđđ* 12, para.190; Kaise Yukio, *tlđđ* 13, tr. 73.

¹⁸ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

¹⁹ Trong Quy tắc EU sẽ không phát sinh trường hợp công nhận thủ tục phá sản phụ của nước ngoài hay song song tồn tại sự hiện diện của nhiều thủ tục phá sản phụ tại một nước như trường hợp được dự liệu trong Luật mẫu. Nguyên nhân của sự khác biệt này xuất phát từ bản chất của Quy tắc EU và Luật mẫu. Luật mẫu, xét cho cùng là văn bản làm mẫu cho các

đặc biệt trong Quy tắc EU năm 2015 là quy định về việc hạn chế mở thủ tục phá sản phụ (Điều 36). Theo đó, quản tài viên trong thủ tục phá sản chính sẽ đưa ra một cam kết đơn phương (*an unilateral undertaking*) rằng, sẽ tôn trọng các quyền ưu tiên và việc thanh toán mà chủ nợ sẽ được hưởng trong trường hợp thủ tục phá sản phụ được mở. Với sự cam kết này việc giải quyết phá sản được kỳ vọng sẽ tập trung vào một mối là thủ tục phá sản chính^{20, 21}.

Qua khái quát trên, có thể thấy rõ mô hình công nhận và cho thi hành của Quy tắc EU bắt nguồn từ cách tiếp cận mang tính tư pháp quốc tế truyền thống về luật áp dụng và về công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài. Thực tế, cách tiếp cận này có một lịch sử rất lâu đời trong giải quyết phá sản quốc tế. Những điều ước quốc tế đầu tiên liên quan đến phá sản quốc tế ra đời từ cuối thế kỷ XIX cũng đã đi theo cách tiếp cận này. Đó

nước lấy đó làm cơ sở nội luật hoá nên khả năng nhiều thủ tục phá sản phụ cùng tồn tại ở một nước là điều có thể xảy ra. Nhưng Quy tắc EU với bản chất là một điều ước quốc tế khu vực hướng tới sự thống nhất nhất định trong khu vực nên có thể triệt để hoá hiệu lực phổ quát của thủ tục phá sản chính và hiệu lực theo lãnh thổ của thủ tục phá sản phụ, dẫn tới loại trừ khả năng có nhiều thủ tục phá sản phụ cùng hiện diện tại một nước thành viên.

²⁰ Tuy nhiên, quản tài viên trong thủ tục phá sản chính cần nắm rõ luật của tất cả các nước có khả năng mở thủ tục phá sản phụ, và các nước có khả năng mở thủ tục phá sản phụ cũng cần có cơ chế phù hợp công nhận sự cam kết của quản tài viên. Điều này cũng gây ra một số lo ngại trong việc gạt đi những nguyên tắc, chính sách trong đối xử bình đẳng giữa các chủ nợ trong pháp luật quốc gia (Xem thêm: Ian F. Fletcher, "The Law of Insolvency, 5th edition", Sweet & Maxwell, 2017, p.1025).

²¹ Ngoài cơ chế công nhận và cho thi hành thì Quy tắc EU cũng đã du nhập cơ chế hợp tác – phối hợp của Luật mẫu. Nội dung của cơ chế hợp tác – phối hợp trong Quy tắc EU hoàn toàn theo Luật mẫu nên xin không trình bày thêm ở đây.

là Công ước Montevideo năm 1889 và năm 1940 của khu vực châu Mỹ La tinh, Bộ luật Bustamante năm 1928 cũng của châu Mỹ La tinh, Hiệp ước về phá sản năm 1933 của các nước Bắc Âu²². Ngoài ra, các nước theo truyền thống *civil law* như Pháp, Đức... vẫn đang trung thành với mô hình công nhận và cho thi hành mà không áp dụng cơ chế tương trợ - hợp tác theo Luật mẫu^{23,24}.

c. Mô hình mở thủ tục phá sản rút gọn

Bên cạnh hai mô hình điển hình nêu trên, còn một mô hình mang tính trung gian đáng lưu ý là mô hình mở thủ tục phá sản rút gọn theo quy định của pháp luật Thụy Sĩ. Theo quy định của chương 11 (từ Điều 166 đến Điều 175) Bộ luật Tư pháp quốc tế

²² Xem thêm tại: Ian F. Fletcher, "Insolvency in private international law" (Second Edition), Oxford University Press Inc, 2005, p.273-300.

²³ Pháp là nước vốn yêu cầu thủ tục phá sản nước ngoài cần phải nhận được *exequatur* (Quyết định cho thi hành) thì mới có hiệu lực thi hành tại lãnh thổ Pháp. Nhưng do pháp luật phá sản Pháp dựa chủ yếu trên án lệ nên sự phát triển của điều kiện công nhận, hậu quả của việc công nhận diễn ra khá phức tạp. Pháp cũng không thừa nhận thủ tục phá sản song song. Tức quyết định công nhận một thủ tục phá sản nước ngoài sẽ đương nhiên ngăn cản các thủ tục phá sản khác đối với cùng một chủ thể phát sinh trong lãnh thổ Pháp (Xem thêm: François Mélin, "La faillite internationale", L.G.D.J, 2004, p.81-98).

²⁴ Ở Đức, cơ chế áp dụng thủ tục phá sản nước ngoài được quy định rõ tại Phần thứ 11 (từ Điều 335 đến Điều 358) Bộ luật phá sản năm 1994 (sửa đổi năm 2013). Cơ chế này cũng có bản chất là sự công nhận và cho thi hành dưới góc độ tư pháp quốc tế. Cách tiếp cận tương đồng với Quy tắc EU này là đương nhiên khi xét thấy Đức chính là quốc gia nòng cốt trong việc xây dựng nên cơ chế hiện nay của Quy tắc EU, trong đó Trưởng ban soạn thảo Công ước về phá sản năm 1995, tiền thân của Quy tắc EU là Tiến sĩ Manfred Balz, người Đức. (Về sự tham gia của Đức trong xây dựng Công ước về phá sản năm 1995 và Quy tắc năm 2001, xem thêm tại: European Council, *tlđđ 12*, para.1; Manfred Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", 70 *Am. Barkr. L.J.* 485, 490 (1996); Kaise Yukio, *tlđđ 13*, tr. 8-15).

Thụy Sĩ năm 1987 (sửa đổi năm 2017), thủ tục phá sản nước ngoài khi thoả mãn các điều kiện quy định sẽ được công nhận tại Thụy Sĩ và có hiệu lực như quy định của pháp luật Thụy Sĩ. Trong mô hình này, toà án không có nhiều quyền tự định đoạt để áp dụng các biện pháp tương trợ như trong mô hình của Luật mẫu, nhưng cũng không hoàn toàn trao cho thủ tục phá sản nước ngoài hiệu lực như nó vốn có ở nước đã mở thủ tục phá sản. Việc chuyển hoá hiệu lực của thủ tục phá sản theo quy định của pháp luật Thụy Sĩ được thực hiện thông qua việc mở một thủ tục phá sản rút gọn hướng tới những chủ nợ có quyền ưu tiên tại Thụy Sĩ²⁵. Sau khi thanh toán xong cho các chủ nợ có quyền ưu tiên này thì phần tài sản còn lại mới được trao cho quản tài viên nước ngoài định đoạt. Cụ thể như sau²⁶:

Quản tài viên nước ngoài và các chủ nợ có quyền nộp đơn yêu cầu toà án Thụy Sĩ công nhận thủ tục phá sản nước ngoài. Điều kiện công nhận được quy định là: (1) Thủ tục phá sản được mở tại nước nơi chủ thể bị phá sản có nơi cư trú/hội sở (*domicile*), hoặc nếu tại thời điểm mở thủ tục phá sản

chủ thể bị phá sản không có nơi cư trú/hội sở tại Thụy Sĩ thì là nơi chủ thể bị phá sản có trung tâm lợi ích (COMI)²⁷; (2) Có thể được thi hành tại chính nước đã mở thủ tục phá sản đó; (3) Không liên quan đến các trường hợp từ chối công nhận được quy định tại Điều 27 Bộ luật Tư pháp quốc tế (khoản 1 Điều 166)²⁸. Các trường hợp không được công nhận quy định tại Điều 27 bao gồm: (1) Việc công nhận trái với trật tự công của Thụy Sĩ; (2) Đương sự chứng minh được một trong các việc sau: (i) Đương sự đã không được triệu tập một cách hợp lệ theo quy định của pháp luật nước nơi người đó cư trú hoặc thường trú, trừ trường hợp đương sự đó đã tham gia phiên toà mà không có ý kiến bảo lưu nào; (ii) Quyết định của toà án nước ngoài được đưa ra trái với các nguyên tắc thực chất của pháp luật tố tụng Thụy Sĩ; (iii) Tranh chấp liên quan đến cùng một đối tượng trong cùng một vụ việc đã được khởi kiện tại toà án Thụy Sĩ, hoặc đã được toà án Thụy Sĩ ra bản án, quyết định, hoặc đã được giải quyết tại một nước thứ ba và bản án, quyết định của nước thứ ba đó đã được công nhận tại Thụy Sĩ; (3) Toà án không được xem xét lại nội dung vụ việc. Đây cũng là những trường hợp không công nhận với tất cả các bản án, quyết định dân sự của toà án nước ngoài khác nên có thể thấy tính chất của cách tiếp

²⁵ Theo cách gọi của một trong số những học giả tham gia xây dựng dự thảo Bộ luật Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ năm 1987 thì đây là Thủ tục phá sản mini (François Knoepfler, Philippe, Schweizer, “*Droit international privé suisse*”, Précis de droit Stœmpfli, 1995, p.319 ; Ishiguro Kazunori, sđd 12, tr.145-154). Trong Bộ luật hiện hành, thủ tục này được gọi với nhiều tên khác nhau gồm “*Thủ tục phá sản phụ trợ*” (*la procédure de faillite ancillaire; Hilfskonkursverfahrens*), hay “*thủ tục thanh toán phá sản rút gọn*” (*la liquidation sommaire de la faillite; summarischen Verfahren*). Để phân biệt với thủ tục hỗ trợ (*ancillary proceedings*) trong pháp luật Hoa Kỳ trước khi áp dụng Luật mẫu và căn cứ vào tính chất thủ tục, tác giả xin gọi đây là “*thủ tục phá sản rút gọn*”.

²⁶ Xem thêm: Bernard Dutoit, “*Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987 (2ème édition)*”, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p.466-486.

²⁷ Việc áp dụng tiêu chuẩn về COMI là bổ sung mới của Bộ luật sửa đổi năm 2013 trên cơ sở tiếp thu Luật mẫu.

²⁸ Theo quy định năm 1987 thì còn một điều kiện nữa là đảm bảo có đi có lại. Tuy nhiên, trong lần sửa đổi năm 2017 thì điều kiện có đi có lại đã bị bãi bỏ do có những phê phán về nguyên tắc có đi có lại cản trở việc nhanh chóng công nhận thủ tục phá sản nước ngoài ảnh hưởng đến hiệu quả giải quyết vụ việc (Xem quá trình thảo luận tại Quốc hội Liên bang Thụy Sĩ: <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20170038>, truy cập ngày 5/6/2019).

cận tư pháp quốc tế khá nổi bật trong pháp luật Thụy Sĩ.

Về hiệu lực của việc công nhận, theo quy định tại Điều 170, trừ trường hợp có quy định khác trong Bộ luật này, việc công nhận thủ tục phá sản nước ngoài sẽ có hiệu lực theo Luật phá sản Thụy Sĩ đối với những tài sản của chủ thể bị phá sản nằm trong lãnh thổ Thụy Sĩ. Như vậy, một thủ tục phá sản sẽ được mở theo quy định của pháp luật Thụy Sĩ. Nhưng các thời hạn cho việc tiến hành thủ tục phá sản theo pháp luật Thụy Sĩ sẽ được tính từ khi công bố quyết định công nhận và không tiến hành triệu tập hội nghị chủ nợ trong thủ tục phá sản này. Các chủ nợ được tham gia vào thủ tục phá sản rút gọn tại Thụy Sĩ cũng chỉ giới hạn ở ba thành phần là chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ không có bảo đảm, nhưng có nơi cư trú tại Thụy Sĩ, và những chủ nợ có liên quan đến hoạt động của một chi nhánh đã đăng ký tại Thụy Sĩ của chủ thể bị phá sản (khoản 1 Điều 172)²⁹. Việc giới hạn thành phần tham gia thủ tục phá sản rút gọn ít nhiều bị phê phán vì không phù hợp với nguyên tắc phá sản phổ quát, nhưng nhà lập pháp Thụy Sĩ đã có quan điểm hạn chế khả năng phát sinh nhiều thủ tục phá sản song song và những phức tạp khi tất cả các chủ nợ đều có thể tham gia thủ tục tại Thụy Sĩ³⁰. Sau khi thanh toán cho các chủ nợ này xong, phần tài sản còn thừa sẽ được trao cho quản tài viên nước ngoài nếu kế hoạch thanh toán do

quản tài viên nước ngoài lập được công nhận (Điều 173). Nếu kế hoạch thanh toán không được toà án Thụy Sĩ công nhận thì phần tài sản đó sẽ được thanh toán cho các chủ nợ có thứ tự ưu tiên thấp hơn theo quy định của pháp luật Thụy Sĩ (Điều 174).

Về phá sản song song, có thể thấy, Thụy Sĩ có quan điểm hạn chế thủ tục phá sản song song gần với cách tiếp cận của nguyên lý phá sản đơn nhất. Việc mở thủ tục phá sản trong nước vốn bị hạn chế theo quy định của khoản 2 Điều 166. Theo đó, nếu chủ thể bị phá sản có chi nhánh (*succursale*) ở Thụy Sĩ thì cho đến trước khi quyết định công nhận thủ tục phá sản nước ngoài được công bố theo quy định tại Điều 169, thủ tục quy định tại khoản 1 Điều 50 Luật Xử lý nợ và phá sản năm 1889³¹ được phép tiến hành. Khoản 1 Điều 50 Luật Xử lý nợ và phá sản năm 1889 quy định những chủ thể có nơi cư trú/hội sở ở nước ngoài và có cơ sở kinh doanh (*establishment*) tại Thụy Sĩ có thể yêu cầu mở thủ tục xử lý nợ trong phạm vi nợ mà cơ sở kinh doanh đó đang chịu. Tức là về nguyên tắc, khi thủ tục phá sản nước ngoài đã được công nhận thì thủ tục trong nước sẽ không được tiến hành (khoản 3 Điều 166).

Như vậy, có thể thấy, ngay cả sau khi sửa đổi, mặc dù có tiếp thu nhiều yếu tố của Luật mẫu như quy định về COMI, bổ sung quy định về cơ chế hợp tác – phối hợp, nhưng nền tảng của cơ chế mở thủ tục phá sản rút gọn vẫn không hề thay đổi³².

²⁹ Lưu ý Bộ luật Tư pháp quốc tế năm 1987 chỉ quy định quyền tham gia của hai chủ thể đầu tiên.

³⁰ Hanisch, “*Wirkungen deutscher Insolvenzverfahren auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen*”, JZ 1988, 737ff, at 246, 貝瀬幸雄、『国際倒産法序説』、東京大学出版会、1989, 189頁 (Kaise Yukio, “*Khái luận về luật phá sản quốc tế*”, Nxb. Tokyo daigaku, 1989, tr.189).

³¹ *Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Xem tại: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/18890002/index.html>, truy cập ngày 19/7/2019.

³² Tuy nhiên, có một sửa đổi cũng hết sức đáng lưu ý là: Theo Bộ luật Tư pháp quốc tế năm 1987, việc mở thủ tục phá sản rút gọn là đương nhiên và bắt buộc, còn theo quy định năm 2017, có trường hợp không

2. Gọi mở cho Việt Nam

Mỗi mô hình đều có lịch sử phát triển và những ưu, nhược điểm gắn với các truyền thống pháp luật trên thế giới hiện nay. Với mô hình tương trợ - hợp tác, ưu điểm nổi bật của nó là có thể giải quyết một cách linh hoạt các vụ việc phá sản quốc tế. Do phá sản quốc tế là một vụ việc hết sức phức tạp với nhiều vấn đề từ luật nội dung đến luật hình thức, từ vấn đề kinh doanh, thương mại đến vấn đề chủ quyền quốc gia nên việc xử lý từng trường hợp (case-by-case) được cho là cần thiết để giải quyết tốt nhất những phức tạp đó. Với cơ chế tương trợ - hợp tác, hiệu lực của việc công nhận và sự thực thi hợp tác căn cứ trên quyền tự định đoạt của toà án. Từ đó, với mỗi vụ việc cụ thể, toà án có thể đưa ra quyết định phù hợp nhất với bối cảnh và yêu cầu của vụ việc đó. Tuy nhiên, đây cũng chính là hạn chế lớn nhất của mô hình tương trợ - hợp tác. Bởi, việc trông cậy hoàn toàn vào quyền tự định đoạt của toà án chính là con dao hai lưỡi. Nó sẽ tạo nhiều gánh nặng cho toà án, vừa có thể dẫn tới nguy cơ lạm dụng quyền lực, vừa làm ảnh hưởng đến chất lượng giải quyết vụ việc nếu toà án không đủ trình độ và năng lực để phán xét các vụ việc phức tạp. Ví dụ, nếu quản tài viên nước ngoài yêu cầu hỗ trợ một việc mà không hề được dự liệu trong luật thành văn thì một toà án chưa đủ quyền hạn trong việc tự định đoạt và chưa đủ năng lực ứng phó vụ việc sẽ có những lúng túng làm ảnh hưởng tiến

mở thủ tục phá sản phụ. Đó là trường hợp không có 3 chủ thể quy định tại khoản 1 Điều 172 (chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ không có bảo đảm nhưng có nơi cư trú tại Thụy Sĩ, và những chủ nợ có liên quan đến hoạt động của một chi nhánh đã đăng ký tại Thụy Sĩ của chủ thể bị phá sản) và quản tài viên nước ngoài có yêu cầu không mở thủ tục phá sản rút gọn (khoản 1 Điều 174a).

độ giải quyết. Ngoài ra, với những nước không có truyền thống án lệ thì sự tự định đoạt này sẽ làm tình hình giải quyết phá sản trở nên rắc rối khi mỗi toà án đều có thể đưa ra những quan điểm khác nhau cho dù tình tiết của sự việc là giống nhau. Do đó, mô hình phù hợp với những nước theo truyền thống án lệ mà quyền của toà án tự định đoạt được công nhận một cách rộng rãi, đi cùng với đó là năng lực, trình độ ứng phó linh hoạt cao của toà án.

Còn với mô hình công nhận – cho thi hành thì ưu điểm nổi bật là đảm bảo sự rõ ràng, ổn định trong giải quyết vụ việc phá sản vì điều kiện công nhận, hiệu lực của việc công nhận đã được xác định rõ ràng. Hơn thế nữa, cách tiếp cận dựa trên luật áp dụng cũng đảm bảo khả năng bao hàm đầy đủ hơn các vấn đề có khả năng phát sinh trong thực tiễn. Khi đó, cho dù quản tài viên có yêu cầu một việc không được dự liệu trong luật thành văn của nước công nhận thì toà án cũng có thể căn cứ vào luật áp dụng để có cơ sở ra quyết định chấp nhận hay không chấp nhận yêu cầu đó. Tuy nhiên, trong mô hình công nhận – cho thi hành này, hạn chế cũng chính nằm ở việc làm sao để đưa ra một quy phạm xung đột phù hợp, và nếu quy phạm xung đột đó dẫn chiếu tới luật nước ngoài thì làm sao để áp dụng luật nước ngoài cho chính xác. Đặc biệt là những lo ngại về nguy cơ quy phạm xung đột không phù hợp, hay luật nước ngoài có những quy định không bảo đảm quyền lợi của chủ nợ trong nước. Đây cũng chính là những khó khăn chung của tư pháp quốc tế, nên vấn đề có thể sẽ được giải quyết nếu tư pháp quốc tế có sự phát triển đầy đủ.

Với mô hình mở thủ tục phá sản rút gọn của Thụy Sĩ, ưu điểm là có thể giúp giải quyết thủ tục phá sản trong phạm vi Thụy Sĩ

một cách thống nhất và bảo vệ được quyền lợi của một số chủ nợ trong nước. Nhưng sự bảo vệ đó gây ra e ngại vi phạm nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ nợ trong thủ tục phá sản và các chi phí phát sinh phục vụ việc mở thủ tục phá sản phụ³³.

Việt Nam không thể áp dụng hoàn toàn mô hình tương trợ - hợp tác của Luật mẫu. *Thứ nhất*, như đã trình bày, vấn đề nòng cốt của mô hình tương trợ - hợp tác nằm ở quyền tự định đoạt của toà án (*discretion*). Mà khái niệm này vốn là đặc trưng của các nước theo truyền thống án lệ (*common law*). Nên cho dù nói rằng không phải toà án Việt Nam không có quyền tự định đoạt đi chăng nữa thì việc áp dụng nó trong thực tiễn không thể phát huy hết hiệu quả như ở các nước vốn có truyền thống trao quyền tự định đoạt, quyền giải thích luật rất rộng cho toà án. *Thứ hai*, mặc dù năng lực, trình độ của toà án Việt Nam ngày càng được nâng cao, nhưng cũng có những hạn chế nhất định³⁴. Do đó, trao mọi thứ cho thẩm phán quyết định sẽ vô tình tạo ra gánh nặng cho hệ thống toà án. *Thứ ba là* bản thân mô hình tương trợ - hợp tác chưa giải quyết được triệt để các vấn đề trong áp dụng thủ tục phá sản nước ngoài. Ví dụ, việc công nhận và cho thi hành những bản án quyết định có liên quan đến thủ tục phá sản không được đề cập trong mô hình này. Hay việc thừa

nhận khả năng mở thủ tục phá sản song song rất rộng cũng có thể làm cho việc giải quyết trở nên phức tạp hơn.

Do đó, trên cơ sở pháp luật hiện hành vốn dựa trên cơ chế công nhận và cho thi hành (Điều 118 Luật Phá sản năm 2014), Việt Nam có thể tiếp tục kế thừa truyền thống đó, kết hợp với việc tham khảo kinh nghiệm của các nước vốn theo truyền thống này để xây dựng một mô hình phù hợp, đặc biệt là đưa ra các quy phạm xung đột phù hợp. Trong quá trình đó, mô hình của Quy tắc EU sẽ cho chúng ta nhiều gợi mở đáng chú ý và phù hợp với nền tảng pháp lý hiện hành của Việt Nam. Bên cạnh đó, cũng có thể tiếp thu những tiến bộ mà mô hình của Luật mẫu đã nêu ra. Những tiến bộ mà Việt Nam có thể tiếp thu từ Luật mẫu là cơ chế phân chia thủ tục phá sản thành thủ tục phá sản chính – thủ tục phá sản phụ, cơ chế xác định thẩm quyền giải quyết phá sản, cơ chế xử lý thủ tục phá sản song song và đặc biệt là cơ chế hợp tác phối hợp. Cơ chế hợp tác – phối hợp có thể được lồng vào cơ chế tương trợ tư pháp vốn có với những điều chỉnh thích hợp để tạo thêm một phương thức xử lý thủ tục phá sản nước ngoài linh hoạt cho đương sự. Đây cũng là cách thức mà nhiều nước như Đức hay Thụy Sĩ cũng đã áp dụng để hoàn thiện pháp luật phá sản quốc tế của mình.

Trong một thế giới hội nhập, việc nền kinh tế và các doanh nghiệp Việt Nam tham gia ngày càng sâu rộng hơn vào nền kinh tế quốc tế đòi hỏi chúng ta phải có cả sự chuẩn bị cho những kịch bản xấu nhất xảy ra. Hoàn thiện pháp luật về phá sản, trong đó có xây dựng mô hình áp dụng thủ tục phá sản nước ngoài sẽ là một sự chuẩn bị có ý nghĩa mà Việt Nam không nên chậm trễ thêm.

³³ Kaise Yukio, *sđd* 30, tr.192.

³⁴ Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã nêu rõ: Chất lượng công tác tư pháp nói chung chưa ngang tầm với yêu cầu và đòi hỏi của nhân dân; trình độ nghiệp vụ và bản lĩnh chính trị của một bộ phận cán bộ còn yếu, thậm chí có một số cán bộ sa sút về phẩm chất đạo đức và trách nhiệm nghề nghiệp. Còn nhiều trường hợp bỏ lọt tội phạm, làm oan người vô tội trong điều tra, bắt, giam giữ, truy tố, xét xử; làm giảm sút lòng tin của nhân dân đối với Đảng, Nhà nước và các cơ quan tư pháp...

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM VỀ BIỆN PHÁP BẮT NGƯỜI

Ngô Văn Vịnh*

Tóm tắt: So với Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003, quy định về biện pháp bắt người trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung theo hướng chặt chẽ, phù hợp hơn với thực tiễn. Tuy nhiên, một số quy định về biện pháp bắt người trong Bộ luật này vẫn còn chung chung, chưa cụ thể, rõ ràng. Do đó, trong phạm vi bài viết này, tác giả kiến nghị một số giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam về biện pháp bắt người.

Abstract: Compared to the Criminal Procedure Code of 2003, arrest regulations under the 2015 Criminal Procedure Law have been amended more strictly and compatibly with the practice. However, arrest regulations under the Code remain general and vague. Therefore, within the scope of the article, the author makes concrete recommendations to improve the relevant criminal procedure regulations on arrest.

Biện pháp bắt người là biện pháp ngăn chặn (BPNC) trong tố tụng hình sự (TTHS), do những người có thẩm quyền theo luật định tiến hành áp dụng đối với bị can, bị cáo, người đang bị truy nã hoặc người có liên quan đến việc thực hiện tội phạm chưa bị khởi tố khi có những căn cứ do luật định, theo trình tự thủ tục nhất định nhằm ngăn chặn tội phạm hoặc bảo đảm cho hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án hình sự được tiến hành nhanh chóng, kịp thời và đúng pháp luật. Biện pháp bắt người là BPNC nghiêm khắc, ảnh hưởng trực tiếp đến một số quyền con người, quyền công dân được quy định trong Hiến pháp. Do đó, xét về góc độ lập pháp, để phòng ngừa việc xâm phạm quyền con người, quyền công dân nói chung và của người bị bắt nói riêng, pháp luật TTHS phải quy định rõ ràng, cụ thể và chặt chẽ về căn cứ và thủ tục áp dụng biện pháp này. Đặc biệt, việc quy định chặt chẽ về căn cứ bắt người sẽ tránh được sự tùy tiện khi áp dụng,

tránh được sự lạm quyền mà dẫn đến bắt oan, bắt sai. Mặc dù Bộ luật TTHS năm 2015 đã quy định khá chặt chẽ và hợp lý về biện pháp bắt người, tuy nhiên vẫn còn một số quy định chung chung, chưa cụ thể và rõ ràng. Do đó, bên cạnh việc triển khai thi hành các quy định của Bộ luật TTHS năm 2015 về biện pháp bắt người, cần tiếp tục hoàn thiện một số quy định trong Bộ luật này, đồng thời xây dựng các văn bản dưới luật đề hướng dẫn cụ thể, tránh nhận thức không thống nhất, gây khó khăn cho việc vận dụng trong thực tiễn. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, đối với bắt người phạm tội quả tang

Theo quy định tại các khoản 1 và 3 Điều 111 Bộ luật TTHS năm 2015¹, cơ quan

¹ 1. Đối với người đang thực hiện tội phạm hoặc ngay sau khi thực hiện tội phạm mà bị phát hiện hoặc bị đuổi bắt thì bất kỳ người nào cũng có quyền bắt và giải ngay người bị bắt đến cơ quan Công an, Viện kiểm sát hoặc Ủy ban nhân dân nơi gần nhất. Các cơ quan này phải lập biên bản tiếp nhận và giải ngay người bị bắt hoặc báo ngay cho Cơ quan điều tra có thẩm quyền.

3. Trường hợp Công an xã, phường, thị trấn, Đoàn Công an phát hiện bắt giữ, tiếp nhận người phạm tội

* TS., Bộ môn Pháp luật và nghiệp vụ công an, Học viện Chính trị Công an nhân dân.

bắt người phạm tội quả tang hoặc tiếp nhận người bị bắt phải giải ngay người bị bắt hoặc báo ngay cho Cơ quan điều tra (CQĐT) có thẩm quyền. Tuy nhiên, Bộ luật TTHS năm 2015 cũng như các văn bản dưới luật lại không quy định thời hạn CQĐT có thẩm quyền đến tiếp nhận người bị bắt là bao lâu, kể từ khi nhận được thông báo. Theo tác giả, việc quy định thời hạn này là cần thiết bởi liên quan đến việc quản lý người bị bắt trong thời gian chờ chuyển giao; đến việc kịp thời thực hiện các quyền của người bị bắt như: Quyền gặp thân nhân, quyền lựa chọn người bào chữa của người thân thích... Hơn nữa, nếu quy định thời hạn này sẽ thúc đẩy và gắn trách nhiệm của CQĐT có thẩm quyền phải nhanh chóng tiếp nhận người bị bắt để kịp thời tiến hành các hoạt động theo quy định của pháp luật. Thiết nghĩ, trong thời gian tới, cơ quan có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể về thời hạn này theo hướng: CQĐT có thẩm quyền phải đến tiếp nhận người bị bắt ngay sau khi nhận được thông báo.

Bên cạnh đó, theo khoản 3 Điều 111 Bộ luật TTHS năm 2015², đối với việc bắt người phạm tội quả tang, công an xã, phường, thị trấn, đồn Công an phải lấy lời khai ban đầu của người bị bắt. Tuy nhiên, qua rà soát các biểu mẫu ban hành kèm theo Thông tư số 61/2017/TT-BCA ngày 14/12/2017 của Bộ trưởng Bộ Công an quy định biểu mẫu, giấy tờ, sổ sách về điều tra hình sự thì không có

quả tang thì thu giữ, tạm giữ vũ khí, hung khí và bảo quản tài liệu, đồ vật có liên quan, lập biên bản bắt giữ người, lấy lời khai ban đầu, bảo vệ hiện trường theo quy định của pháp luật; giải ngay người bị bắt hoặc báo ngay cho Cơ quan điều tra có thẩm quyền.

² Trường hợp Công an xã, phường, thị trấn, Đồn Công an phát hiện bắt giữ, tiếp nhận người phạm tội quả tang thì thu giữ, tạm giữ vũ khí, hung khí và bảo quản tài liệu, đồ vật có liên quan, lập biên bản bắt giữ người, lấy lời khai ban đầu, bảo vệ hiện trường theo quy định của pháp luật; giải ngay người bị bắt hoặc báo ngay cho Cơ quan điều tra có thẩm quyền.

biểu mẫu ghi lời khai dùng cho công an xã, phường, thị trấn, đồn Công an. Vì vậy, cần bổ sung thêm biểu mẫu này.

Thứ hai, đối với bắt người đang bị truy nã

Các khoản 2 và 3 Điều 114 Bộ luật TTHS năm 2015³ chỉ quy định về các thủ tục đối với CQĐT nhận người bị bắt mà không quy định các thủ tục đối với CQĐT trực tiếp bắt người đang bị truy nã. Đây là thiếu sót trong quy định hiện hành. Vì vậy, tác giả kiến nghị thay thế cụm từ “Cơ quan điều tra nhận người bị bắt” trong khoản 2, 3 Điều 114 bằng cụm từ “Cơ quan điều tra bắt hoặc nhận người bị bắt”.

Thứ ba, đối với bắt bị can, bị cáo để tạm giam

Điều 113 Bộ luật TTHS năm 2015 không quy định trực tiếp về căn cứ áp dụng

³ 2. Sau khi lấy lời khai người bị bắt theo quyết định truy nã thì Cơ quan điều tra nhận người bị bắt phải thông báo ngay cho Cơ quan đã ra quyết định truy nã đến nhận người bị bắt. Sau khi nhận người bị bắt, cơ quan đã ra quyết định truy nã phải ra ngay quyết định đình nã.

Trường hợp cơ quan đã ra quyết định truy nã không thể đến nhận ngay người bị bắt thì sau khi lấy lời khai, Cơ quan điều tra nhận người bị bắt phải ra ngay quyết định tạm giữ và thông báo ngay cho cơ quan đã ra quyết định truy nã biết; nếu đã hết thời hạn tạm giữ mà cơ quan ra quyết định truy nã vẫn chưa đến nhận thì Cơ quan điều tra nhận người bị bắt gia hạn tạm giữ và gửi ngay quyết định gia hạn tạm giữ kèm theo tài liệu liên quan cho Viện kiểm sát cùng cấp để xét phê chuẩn.

Trường hợp không thể đến nhận ngay người bị bắt thì cơ quan đã ra quyết định truy nã có thẩm quyền bắt để tạm giam phải ra ngay lệnh tạm giam và gửi lệnh tạm giam đã được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn cho Cơ quan điều tra nhận người bị bắt. Sau khi nhận được lệnh tạm giam, Cơ quan điều tra nhận người bị bắt phải giải ngay người đó đến Trại tạm giam nơi gần nhất.

3. Trường hợp người bị bắt có nhiều quyết định truy nã thì Cơ quan điều tra nhận người bị bắt chuyển giao người bị bắt cho cơ quan đã ra quyết định truy nã nơi gần nhất.

biện pháp bắt bị can, bị cáo để tạm giam. Biện pháp bắt bị can, bị cáo để tạm giam có mối quan hệ rất chặt chẽ với biện pháp tạm giam. Theo đó, bắt bị can, bị cáo trong trường hợp này là để tạm giam, cho nên căn cứ áp dụng biện pháp bắt bị can, bị cáo để tạm giam chính là căn cứ áp dụng biện pháp tạm giam. Tuy nhiên, để có đầy đủ cơ sở pháp lý cho việc áp dụng biện pháp này cũng như bảo đảm sự thống nhất trong quy định về biện pháp bắt người khác - các trường hợp bắt khác đều được quy định rõ về căn cứ áp dụng - cần quy định rõ căn cứ áp dụng biện pháp bắt bị can, bị cáo để tạm giam trong Điều 113 theo hướng biện pháp này áp dụng đối với bị can, bị cáo đang tại ngoại nhưng có căn cứ để tạm giam và cần thiết phải tạm giam. Theo đó, cũng cần sửa đổi quy định về căn cứ tạm giam tại Điều 119 Bộ luật TTHS năm 2015 bởi điều này quy định về 03 trường hợp tạm giam theo việc phân loại tội phạm; trong đó đối với tội phạm nghiêm trọng, tội phạm ít nghiêm trọng được luật quy định rõ về căn cứ áp dụng, nhưng đối với tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng lại không quy định. Cách quy định này dẫn đến 02 cách hiểu và vận dụng khác nhau: *Một là*, bị can phạm tội rất nghiêm trọng hoặc phạm tội đặc biệt nghiêm trọng có thể tạm giam được ngay mà không cần quan tâm đến các dấu hiệu khác; *hai là*, để tạm giam đối với bị can, bị cáo phạm tội rất nghiêm trọng hoặc phạm tội đặc biệt nghiêm trọng phải có các dấu hiệu được quy định tại Điều 109 Bộ luật TTHS năm 2015. Trong đó, cách hiểu và vận dụng thứ nhất đang chiếm vị trí chủ đạo. Đây là vấn đề bất cập thể hiện sự chưa thỏa đáng vì không phải mọi trường hợp bị can, bị cáo phạm tội rất nghiêm trọng hoặc phạm tội đặc biệt nghiêm trọng đều có ý thức bỏ trốn, tiếp tục phạm tội hoặc gây khó khăn cho việc giải quyết vụ án hình sự. Do đó, tác giả cho rằng

Điều 119 cần dẫn chiếu quy định về căn cứ áp dụng BPNC được quy định tại Điều 109.

Theo điểm a khoản 1 Điều 113 Bộ luật TTHS năm 2015⁴, lệnh bắt bị can, bị cáo để tạm giam của CQĐT phải được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành. Tuy nhiên, Bộ luật TTHS năm 2015 lại không quy định thời hạn Viện kiểm sát xem xét phê chuẩn là bao lâu. Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP, ngày 19/10/2018 quy định về phối hợp giữa CQĐT và Viện kiểm sát trong việc thực hiện một số quy định của Bộ luật TTHS cũng không hướng dẫn về vấn đề này. Trên thực tế, với những vụ án đơn giản, tài liệu không nhiều thì Viện kiểm sát có thể phê chuẩn ngay trong ngày. Tuy nhiên, có những vụ án phức tạp, hồ sơ tài liệu có số lượng lớn, Viện kiểm sát đòi hỏi phải có thời gian nghiên cứu tài liệu, xác định căn cứ để xem xét phê chuẩn hay không. Ngoài ra, không loại trừ Viện kiểm sát vì lý do nào đó chậm trễ trong việc phê chuẩn dẫn đến bị can bỏ trốn tiêu hủy chứng cứ. Vì vậy, cần quy định rõ thời hạn phê chuẩn này của Viện kiểm sát.

Theo khoản 3 Điều 113 Bộ luật TTHS năm 2015⁵, không được bắt bị can, bị cáo để tạm giam vào ban đêm, đồng thời chỉ có 02 trường hợp bắt người được tiến hành vào bất cứ thời gian nào đó là: Bắt người phạm tội quả tang và bắt người đang bị truy nã. Tuy nhiên, tác giả cho rằng quy định này chưa đầy đủ. Bởi lẽ, đối với biện pháp bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp cũng thể hiện tính cấp bách, được áp dụng liền sau biện pháp giữ người trong trường

⁴ 1. Những người sau đây có quyền ra lệnh, quyết định bắt bị can, bị cáo để tạm giam:

a) Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp. Trường hợp này, lệnh bắt phải được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành;

⁵ Không được bắt người vào ban đêm, trừ trường hợp phạm tội quả tang hoặc bắt người đang bị truy nã.

hợp khẩn cấp cho nên cũng có thể được tiến hành vào bất cứ thời gian nào. Vì vậy, tác giả kiến nghị sửa đổi khoản 3 Điều 113 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

“Không được bắt người vào ban đêm, trừ trường hợp phạm tội quả tang, bắt người đang bị truy nã hoặc bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp”.

Thứ tư, đối với thông báo về việc bắt người

Đoạn 1 Điều 116 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: *“Sau khi giữ người, bắt người, người ra lệnh giữ người, lệnh hoặc quyết định bắt người phải thông báo ngay cho gia đình người bị giữ, bị bắt, chính quyền xã, phường, thị trấn nơi người đó cư trú hoặc cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập biết”.* Có thể thấy, quy định việc *“thông báo ngay”* ở trên chưa có định lượng cụ thể về mặt thời gian. Hơn nữa, việc thông báo sẽ được thực hiện ra sao khi người bị bắt không có nơi cư trú cố định và không có gia đình. Do đó, để bảo đảm quyền của người bị bắt, cần quy định rõ thời hạn thông báo sau khi bắt cũng như trong trường hợp người bị bắt không có nơi cư trú cố định và không có gia đình thì thông báo cho ai.

Tham khảo kinh nghiệm lập pháp TTHS của một số nước trên thế giới, chẳng hạn như của Trung Quốc, có thể thấy thời hạn thông báo này là 24 giờ: *“Trong thời hạn 24 giờ sau khi bắt người, phải thông báo nguyên nhân và nơi giam giữ cho gia đình hoặc cơ quan nơi người bị bắt làm việc biết, trừ trường hợp gây cản trở đến việc điều tra vụ án hoặc không có cách nào thông báo”*⁶. Ngoài ra, theo Bộ luật TTHS Cộng hòa Liên bang Đức thì việc thông báo cho người thân được thực hiện như sau:

⁶ Viện Khoa học kiểm sát - Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (2002), *Bộ luật Tố tụng hình sự Trung Quốc (Bản dịch - phụ trương thông tin khoa học pháp lý)*, Hà Nội, Điều 71, tr.23.

*“(1) Một người họ hàng của người bị bắt hoặc người mà anh ta tin tưởng sẽ được thông báo ngay lập tức về việc bắt và về các quyết định khác liên quan đến việc tiếp tục giam...; (2) Ngoài ra, người bị bắt phải được tạo điều kiện thông báo cho một người họ hàng hoặc người mà anh ta tin tưởng về việc bắt, với điều kiện không ảnh hưởng tới mục đích của việc điều tra”*⁷. Do đó, theo tác giả, thời hạn thông báo về việc bắt là không quá 24 giờ kể từ khi bắt hoặc nhận người bị bắt là hợp lý (phù hợp với quy định tại đoạn 2 Điều 116 Bộ luật TTHS năm 2015⁸) và đối tượng nhận thông báo về việc bắt trong trường hợp người bị bắt không có nơi cư trú cố định và không có gia đình là người thân thích của họ hoặc người mà họ tin tưởng nếu người đó đề nghị. Với quan điểm như vậy, tác giả kiến nghị sửa đổi Điều 116 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

“Sau khi giữ người, bắt người, trong thời hạn 24 giờ, người ra lệnh giữ người, lệnh hoặc quyết định bắt người phải thông báo ngay cho gia đình người bị giữ, bị bắt, chính quyền xã, phường, thị trấn nơi người đó cư trú hoặc cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập biết.

Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi nhận người bị giữ, bị bắt, Cơ quan điều tra nhận người bị giữ, bị bắt phải thông báo cho gia đình người bị giữ, bị bắt, chính quyền xã,

(Xem tiếp trang 64)

⁷ Viện Khoa học kiểm sát - Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (2002), *Bộ luật Tố tụng Hình sự Cộng hòa Liên bang Đức (Bản dịch - phụ trương thông tin khoa học pháp lý)*, Hà Nội, Điều 114a, tr.109.

⁸ *Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi nhận người bị giữ, bị bắt, Cơ quan điều tra nhận người bị giữ, bị bắt phải thông báo cho gia đình người bị giữ, bị bắt, chính quyền xã, phường, thị trấn nơi người đó cư trú hoặc cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập biết; trường hợp người bị giữ, người bị bắt là công dân nước ngoài thì phải thông báo cho cơ quan ngoại giao của Việt Nam để thông báo cho cơ quan đại diện ngoại giao của nước có công dân bị giữ, bị bắt...*

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ GHI ÂM VÀ GHI HÌNH KHI LẤY LỜI KHAI TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

Võ Minh Kỳ*

Tóm tắt: Ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh khi lấy lời khai của người tham gia tố tụng trong tố tụng hình sự lần đầu tiên được quy định trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015. Quy định này được cho là nhằm mục đích ngăn chặn bức cung, dùng nhục hình trong quá trình thẩm vấn. Bài viết phân tích các lợi ích cơ bản và quy định của pháp luật về nội dung này. Sau đó, bài viết chỉ ra hạn chế và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Audiotaping and videotaping in criminal interrogations were introduced for the first time in the 2015 Code of Criminal Procedure. The regulation aims to prevent the use of torture and forced confession in interrogations. The article analyzes core benefits of such regulation. Thereby, it points out deficiencies, and proposes concrete recommendations.

Ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh (sau đây gọi chung là ghi âm, ghi hình) khi lấy lời khai của người tham gia tố tụng được quy định lần đầu tiên trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (BLTTHS 2015). Trên cơ sở đó, Thông tư liên tịch số 03/2018/TTLT-BCA-VKSNDTC-TANDTC-BQP ngày 01/2/2018 hướng dẫn về trình tự, thủ tục thực hiện ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh (TTLT 03/2018) nhằm chi tiết hóa các quy định của BLTTHS 2015 về nội dung này. Do đây là một quy định mới trong thủ tục hỏi cung bị can, lấy lời khai của người tham gia tố tụng, nên cần thiết phải nghiên cứu, xem xét để đánh giá tính khả thi, hiệu quả của quy định này.

1. Sự cần thiết ghi âm, ghi hình khi lấy lời khai trong tố tụng hình sự

Các nhà lập pháp Việt Nam, cũng như các chuyên gia trong lĩnh vực pháp luật đều thừa nhận rằng ghi âm, ghi hình là một biện pháp được quy định với mục đích chính là

chống lại việc bức cung, dùng nhục hình trong quá trình thẩm vấn bị can, từ đó tránh việc kết án oan sai dựa trên những lời khai sai trái được thu thập bởi các biện pháp cưỡng ép¹.

Có thể thấy rằng, các hoạt động lấy lời khai người bị buộc tội hiện nay thường được diễn ra trong tình trạng khép kín chỉ với sự xuất hiện của người thẩm vấn và người bị buộc tội. Tuy hiện nay BLTTHS 2015 đã quy định việc lấy lời khai của người bị buộc tội phải có mặt của người bào chữa², nhưng số lượng luật sư tại Việt Nam vẫn còn thấp dẫn đến số lượng người bị buộc tội có sự trợ giúp của người bào chữa cũng thấp³. Ngoài ra, BLTTHS 2015 cũng

¹ Thanh Tùng, “Chống bức cung, nhục hình: Từ đề xuất đến quy định chính thức”, Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, ngày 13/9/2016, <https://plo.vn/phap-luat/chong-buc-cung-nhuc-hinh-tu-de-xuat-den-quy-dinh-chinh-thuc-652142.html>, truy cập ngày 05/7/2019.

² Khoản 1 Điều 183 BLTTHS 2015.

³ Yên Châu, “Cả nước có hơn 13.000 luật sư, 5.000 luật sư tập sự”, Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, ngày 05/01/2019, <https://plo.vn/phap-luat/ca-nuoc>

* ThS., Kiểm tra viên, Viện kiểm sát nhân dân quận Ninh Kiều, Tp. Cần Thơ.

có quy định về việc kiểm sát viên tham gia hoạt động thẩm vấn người bị buộc tội⁴, nhưng do không bắt buộc nên việc kiểm sát viên tham gia các cuộc hỏi cung, lấy lời khai không nhiều. Do đó, hầu hết các cuộc thẩm vấn được diễn ra chỉ với điều tra viên, cán bộ điều tra, và người bị thẩm vấn. Như vậy, việc thẩm vấn không được giám sát nên rất dễ phát sinh vấn đề người thẩm vấn lạm dụng quyền hạn của mình để bức cung, dùng nhục hình nhằm lấy lời khai của người bị buộc tội, từ đó có thông tin định hướng cho các hoạt động điều tra tiếp theo. Nếu trường hợp tố cáo có sử dụng bức cung, nhục hình thì cũng không có gì để chứng minh bởi không còn ai khác chứng kiến quá trình thẩm vấn⁵.

Nhiều nghiên cứu đã khẳng định, ngay cả những người vô tội cũng sẽ thú tội theo ý muốn của người thẩm vấn trong trường hợp bị bức cung, dùng nhục hình khi không chịu đựng được nỗi đau về thể xác hoặc tinh thần⁶. Thực tế tại Việt Nam cho thấy, đã có trường hợp án oan sai là hệ quả trực tiếp của việc người bị buộc tội bị bức cung, dùng nhục hình nên phải nhận tội như vụ án 07 thanh niên bị tạm giam oan ở tỉnh Sóc

Trăng vào năm 2013 về hành vi Giết người và Không tố giác tội phạm⁷. Mặt khác, việc cưỡng ép nhận tội không chỉ dẫn đến hệ quả là các vụ án oan sai mà còn trực tiếp xâm phạm đến quyền bất khả xâm phạm về thân thể, tính mạng, danh dự, nhân phẩm, và quyền không bị tra tấn hoặc bị đối xử tàn bạo, vô nhân đạo, của người bị cưỡng ép.

Chức năng cơ bản của việc ghi âm, ghi hình chính là sự phá vỡ tính chất khép kín trong hoạt động thẩm vấn người bị buộc tội. Mọi thứ diễn ra trong phòng thẩm vấn sẽ được ghi lại một cách khách quan. Từ đó, sẽ hạn chế khả năng bức cung, dùng nhục hình trong hoạt động thẩm vấn người bị buộc tội của cơ quan điều tra, giám oan

co-hon-13000-luat-su-gan-5000-luat-su-tap-su-8114-12.html, truy cập ngày 05/7/2019.

⁴ Hiện tại ngoài đối chất có sự tham gia bắt buộc của kiểm sát viên, các hoạt động thẩm vấn khác như hỏi cung bị can, lấy lời khai người tham gia tố tụng đều chỉ quy định kiểm sát viên tham gia nếu thấy cần thiết. Xem thêm tại khoản 1 Điều 183, Điều 189 BLTTHS 2015.

⁵ Ngô Thái Bình, “Giữa bốn bức tường, ai làm chứng chuyện bức cung?”, Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, ngày 04/9/2016, <https://plo.vn/phap-luat/giaua-bon-buc-tuong-ai-lam-chung-chuyen-buc-cung-650547.html>, truy cập ngày 05/7/2019.

⁶ Saul M. Kassin, “False Confessions: Causes, Consequences, and Implications for Reform”, *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 17, No. 4 (Aug., 2008), p.249-253.

⁷ Xem thêm Phúc Hưng, “Sử dụng nhục hình, cựu cảnh sát Sóc Trăng lĩnh án”, Báo điện tử Pháp luật Việt Nam, ngày 07/10/2015, <https://baophapluat.vn/phap-luat/su-dung-nhuc-hinh-cuu-can-sat-soc-trang-linh-an-231805.html>, truy cập ngày 14/8/2019; và Trần Vũ, “Vụ án bảy bị can bị oan: Nhận tội vì khiếp sợ nhục hình”, Báo điện tử Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, ngày 11/8/2014, <https://plo.vn/plo/vu-an-bay-bi-can-bi-oan-nhan-toi-vi-khiiep-so-nhuc-hinh-488566.html>, truy cập ngày 14/8/2019.

Ngoài ra, còn có một số vụ án oan sai khác mà người bị oan sai đã tố cáo về việc bị bức cung, dùng nhục hình trong quá trình điều tra như các trường hợp vụ án Nguyễn Thanh Chấn, vụ án Huỳnh Văn Nén, và vụ án Hàn Đức Long. Xem thêm Nguyễn Quyết, “Án oan Nguyễn Thanh Chấn: Bắt cán bộ công an và kiểm sát viên”, Báo điện tử Người lao động, ngày 09/5/2014, <https://nld.com.vn/phap-luat/an-oan-nguyen-thanh-chan-bat-can-bo-cong-an-va-kiem-sat-vien-20140509154511975.htm>, truy cập ngày 14/8/2019; Dũng Nguyễn, “Vụ Huỳnh Văn Nén: Vi phạm nghiêm trọng các quy định”, Báo điện tử Tiền Phong, ngày 31/10/2015, <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/vu-huynh-van-nen-vi-pham-nghiem-trong-cac-quy-dinh-927363.tpo>, truy cập ngày 14/8/2019; và Nguyễn Vũ, “Ông Hàn Đức Long tố cáo người làm sai lệch hồ sơ, bức cung nhục hình”, Báo điện tử Pháp luật Việt Nam, ngày 29/12/2016, <http://baophapluat.vn/ho-so/ong-han-duc-long-to-cao-nguoi-lam-sai-lech-ho-so-buc-cung-nhuc-hinh-312848.html>, truy cập ngày 14/8/2019.

sai và bảo đảm những quyền cơ bản của người bị buộc tội.

Bên cạnh lợi ích cơ bản và chủ yếu là bảo vệ người bị buộc tội khỏi việc bị bức cung, dùng nhục hình, các nhà nghiên cứu còn chỉ ra rằng việc ghi âm, ghi hình còn có các lợi ích sau:

Thứ nhất, bảo vệ các điều tra viên trước các cáo buộc sai trái về vấn đề bức cung, nhục hình khi thực hiện hoạt động thẩm vấn⁸. Có thể thấy, trong nhiều trường hợp, người bị buộc tội có hành vi thay đổi lời khai tại phiên tòa nhằm trốn tránh trách nhiệm hình sự hoặc vì mục đích khác bằng cách tố cáo bị cưỡng bức bởi các biện pháp không phù hợp của người thẩm vấn. Trong môi trường thẩm vấn khép kín với sự yếu thế thuộc về người bị buộc tội, công luận rất dễ có cái nhìn sai lệch về hành vi của cơ quan điều tra trong quá trình thẩm vấn. Do đó, với các dữ liệu ghi âm, ghi hình trong quá trình hỏi cung, các cáo buộc sai trái về vấn đề bức cung, nhục hình khi thực hiện hoạt động thẩm vấn đối với các điều tra viên sẽ bị ngăn chặn. Có nghiên cứu đã chỉ ra, các vụ án mà quá trình thẩm vấn bị can được ghi âm, ghi hình có tỷ lệ cáo buộc về việc bức cung, dùng nhục hình trong quá trình thẩm vấn thấp hơn hẳn so với các vụ án mà quá trình thẩm vấn không được ghi âm, ghi hình⁹.

Thứ hai, việc ghi âm, ghi hình khi thẩm vấn còn cho phép các điều tra viên có thể

thu thập thêm được thông tin vụ án từ việc phân tích câu trả lời và biểu hiện của người bị thẩm vấn so với việc đọc nội dung biên bản được ghi chép¹⁰. Có thể thấy, bằng việc xem xét các dữ liệu ghi âm, ghi hình, các điều tra viên sẽ có cơ hội xem xét toàn bộ nội dung cuộc thẩm vấn, từng câu chữ và biểu hiện của người bị thẩm vấn. Từ đó, nhiều khả năng sẽ phát hiện thêm được các thông tin đáng giá liên quan đến vụ án.

Thứ ba, việc ghi âm, ghi hình cho phép hội đồng xét xử có cơ hội xem xét toàn bộ quá trình thẩm vấn một cách khách quan, dễ hiểu và đầy đủ. Từ đó, giúp hội đồng xét xử có thể đánh giá được giá trị chứng minh của các lời khai tốt hơn là qua việc đọc các biên bản hỏi cung phần nào mang tính chủ quan của người ghi chép biên bản. Mặt khác, nó cũng giúp phiên tòa giảm được công sức và thời gian cho việc xác định có hay không có bức cung, dùng nhục hình trong quá trình lấy lời khai¹¹.

Thứ tư, các dữ liệu ghi âm, ghi hình khi hỏi cung là nguồn dữ liệu quý giá phục vụ cho các nghiên cứu thực nghiệm (empirical study) nhằm xây dựng và phát triển các kỹ năng, chiến thuật hỏi cung của các điều tra viên, hoặc thực hiện các nghiên cứu luật học, tâm lý học, xã hội học về các vấn đề liên quan đến hỏi cung, lấy lời khai¹².

Thứ năm, ghi âm, ghi hình trong lấy lời khai cũng làm tăng tính công khai, minh

⁸ Thomas P. Sullivan, "The Time Has Come for Law Enforcement Recordings of Custodial Interviews, Start to Finish", 37 Golden Gate U. L. Rev. 175 (2006), p.178.

⁹ US Department of Justice, "Videotaping Interrogations and Confessions", (1993) National Institute of Justice Research in Brief.13, <https://digitalcommons.law.ggu.edu/nij-rib/13>, truy cập ngày 05/7/2019.

¹⁰ Brandon L. Garrett, "The Substance of False Confession", Stanford Law Review, Vol. 62, No. 4 (April 2010), p. 1114 – 1115.

¹¹ Richard A. Leo, "Questioning the Relevance of Miranda in the Twenty-First Century", Michigan Law Review, Vol. 99, No. 5 (Mar., 2001), p.1028

¹² Richard A. Leo, "Questioning the Relevance of Miranda in the Twenty-First Century", Michigan Law Review, Vol. 99, No. 5 (Mar., 2001), p.1028-1029.

bạch của cơ quan điều tra, viện kiểm sát trong hoạt động thẩm vấn, từ đó làm tăng sự tín nhiệm đối với hoạt động của cơ quan điều tra, viện kiểm sát trong tố tụng hình sự.

Tóm lại, ghi âm, ghi hình khi thẩm vấn trong tố tụng hình sự là một hoạt động mà các bên liên quan đều có lợi. Đối với người bị buộc tội, quy định này hạn chế khả năng bị bức cung, dùng nhục hình. Đối với cơ quan điều tra, quy định này làm giảm các cáo buộc sai trái về hoạt động thẩm vấn và giúp tăng khả năng thu thập thông tin về vụ án. Đối với kiểm sát viên và luật sư, quy định này làm giảm tranh cãi về tính khách quan, tính cưỡng ép của lời khai. Đối với tòa án, quy định này giúp tiết kiệm công sức và chi phí trong việc đánh giá lời khai. Đối với xã hội, quy định này mở ra cơ hội tiếp cận hoạt động lấy lời khai của cơ quan điều tra, làm tăng khả năng giám sát, tăng sự tín nhiệm của cộng đồng¹³.

2. Quy định pháp luật về ghi âm, ghi hình khi lấy lời khai trong tố tụng hình sự

Ghi âm, ghi hình khi lấy lời khai được quy định trong BLTTHS 2015 ở các điều: Điều 183 (khi hỏi cung bị can), Điều 187 (khi lấy lời khai người làm chứng), Điều 188 (khi lấy lời khai bị hại, đương sự), Điều 189 (khi đối chất) và Điều 442 (khi lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phạm tội). Ngoài ra, TTLT 03/2018 cũng đã quy định chi tiết hóa trình tự thủ tục theo quy định của BLTTHS 2015.

Có thể chia thành hai nhóm đối tượng ghi âm, ghi hình là: *Nhóm đối tượng người bị buộc tội*, gồm bị can và người đại diện của pháp nhân thương mại phạm tội và *Nhóm đối*

tượng những người tham gia tố tụng khác như bị hại, đương sự, người làm chứng.

Trước hết, đối với nhóm đối tượng người bị buộc tội, BLTTHS 2015 quy định việc ghi âm, ghi hình trong quá trình hỏi cung bị can, quá trình lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội, quá trình đối chất của các đối tượng này tại các cơ sở giam giữ, trụ sở của cơ quan điều tra, cơ quan được giao tiến hành một số hoạt động điều tra là bắt buộc thực hiện trong mọi lần hỏi cung, lấy lời khai, đối chất. Tuy nhiên, Điều 5 của TTLT 03/2018 còn quy định mở rộng thêm địa điểm bắt buộc thực hiện ghi âm, ghi hình khi hỏi cung, lấy lời khai, đối chất ở trụ sở viện kiểm sát. Việc hỏi cung, lấy lời khai ở các địa điểm khác ngoài các địa điểm trên được thực hiện theo yêu cầu của người bị thẩm vấn. Cần lưu ý việc thực hiện theo yêu cầu này là bắt buộc, nếu không thể sắp xếp thiết bị ghi âm, ghi hình thì chỉ được tiến hành hỏi cung, lấy lời khai nếu người bị thẩm vấn đồng ý. Trong trường hợp không bố trí được thiết bị ghi âm, ghi hình thì không được tiến hành việc thẩm vấn; thiết bị ghi âm, ghi hình bị lỗi trong quá trình thẩm vấn thì phải dừng ngay việc thẩm vấn.

Thứ hai, đối với những người tham gia tố tụng khác, việc lấy lời khai, đối chất của bị hại, đương sự, người làm chứng có thể được ghi âm, ghi hình chứ không bắt buộc trong mọi trường hợp. Tuy nhiên, pháp luật không quy định trường hợp nào là trường hợp có thể ghi âm, ghi hình và cũng không quy định người quyết định việc ghi âm, ghi hình nên có thể suy đoán nhà làm luật đã trao quyền cho người thực hiện việc lấy lời khai có quyền quyết định trong từng trường hợp cụ thể.

¹³ Thomas P. Sullivan, "Electronic Recording of Custodial Interrogations: Everybody Wins", 95 *J. Crim. L. & Criminology* 1127 (2004-2005), p.1127-1128.

So sánh về mức độ chặt chẽ và tính ràng buộc giữa hai đối tượng, có thể thấy việc ghi âm, ghi hình khi thẩm vấn người bị buộc tội có mức độ cao hơn người tham gia tố tụng khác. Lý giải cho điều này là bởi người bị buộc tội là đối tượng hướng đến của toàn bộ hoạt động điều tra nhằm chứng minh người đó có phạm tội hay không; họ dễ bị tổn thương bởi các biện pháp thẩm vấn không phù hợp của người thẩm vấn nên cần mức độ bảo vệ cao hơn người tham gia tố tụng khác.

Dữ liệu ghi âm, ghi hình được xem là một bộ phận của hồ sơ vụ án¹⁴, phải được chuyển giao cùng với hồ sơ vụ án theo các giai đoạn của tố tụng¹⁵. Tuy pháp luật không quy định rõ, nhưng có thể xem xét dữ liệu ghi âm, ghi hình là chứng cứ thuộc về nguồn chứng cứ là dữ liệu điện tử¹⁶. Bởi lẽ, dữ liệu ghi âm, ghi hình là hình ảnh, âm thanh được tạo ra, lưu trữ, chuyển giao bằng phương tiện điện tử. Đồng thời, dữ liệu ghi âm, ghi hình cũng có giá trị chứng minh các vấn đề cần chứng minh của vụ án hình sự.

Việc sử dụng dữ liệu ghi âm, ghi hình trong từng giai đoạn được quy định tại Điều 7 và Điều 8 của TTLT 03/2018 như sau: Trong giai đoạn điều tra, kết quả ghi âm, ghi hình có thể được sử dụng để phục vụ công tác điều tra trong trường hợp bị can hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội thay đổi lời khai so với lời khai đã khai trước đó; sử dụng, đánh giá chứng cứ để làm rõ hành vi phạm tội của bị can, pháp nhân thương mại và đồng phạm khác (nếu có), đảm bảo cho việc

giải quyết vụ án được khách quan, toàn diện; kiểm tra việc chấp hành pháp luật trong quá trình hỏi cung, lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội.

Trong giai đoạn truy tố, sử dụng kết quả ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh để phục vụ truy tố và làm cơ sở xác định tính khách quan trong hỏi cung bị can hoặc lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội; sử dụng kết quả ghi âm, ghi hình có âm thanh việc hỏi cung bị can hoặc lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội để đánh giá chứng cứ làm rõ hành vi phạm tội của bị can và đồng phạm; kiểm tra, phát hiện có hay không dấu hiệu oan, sai; bị can có bị bức cung hoặc dùng nhục hình hoặc vi phạm pháp luật trong giai đoạn điều tra.

Trong giai đoạn xét xử, có thể sử dụng để kiểm tra chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan đến vụ án mà hội đồng xét xử thấy cần thiết phải kiểm tra công khai tại phiên tòa; khi bị cáo tố cáo bị bức cung, nhục hình trong quá trình hỏi cung bị can, lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội hoặc bị cáo, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội thay đổi lời khai; và khi có đề nghị của kiểm sát viên, điều tra viên và những người tiến hành tố tụng khác.

Có thể nói, thủ tục ghi âm, ghi hình trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử đã có khung pháp lý tương đối đầy đủ và chi tiết nhằm cụ thể hóa việc thực hiện thủ tục này trên thực tế.

3. Những hạn chế trong quy định pháp luật hiện hành về ghi âm, ghi hình trong điều tra, truy tố, xét xử

¹⁴ Khoản 1 Điều 3 TTLT 03/2018.

¹⁵ Điều 6 TTLT 03/2018.

¹⁶ Xem thêm Điều 99 BLTTHS 2015 về chứng cứ là dữ liệu điện tử.

Thứ nhất, thiếu quy định về việc ghi âm, ghi hình khi lấy lời khai người bị bắt, người bị tạm giữ

Theo quy định tại Điều 87 BLTTHS 2015, lời khai và lời trình bày được xem là một nguồn chứng cứ, đồng thời, điều luật này cũng không phân tằng giá trị chứng minh của từng loại chứng cứ khác nhau. Có nghĩa là, mọi nguồn chứng cứ đều có giá trị như nhau và nguồn chứng cứ là lời khai, thì lời khai của những chủ thể bị buộc tội, gồm người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can và bị cáo, đều có giá trị tương đương với nhau¹⁷.

Như vậy, lời khai và lời nhận tội của người bị bắt, người bị tạm giữ có giá trị tương đương với lời khai của bị can, nhưng quá trình hỏi cung bị can lại được bảo đảm chặt chẽ bằng thủ tục ghi âm, ghi hình trong khi quá trình lấy lời khai của người bị bắt, người bị tạm giữ lại không được bảo vệ bởi các bảo đảm pháp lý tương đương. Có thể thấy, người bị bắt, người bị tạm giữ cũng là những người yếu thế trong quá trình thẩm vấn, và cũng bị thẩm vấn tại cơ sở giam giữ, trụ sở của cơ quan điều tra, viện kiểm sát, cơ quan được giao một số hoạt động điều tra. Do đó, nguy cơ xảy ra bức cung, dùng nhục hình đối với những đối tượng này không hề thấp hơn đối với bị can.

Thiếu sót này có thể ảnh hưởng đến quyền lợi của người bị bắt, người bị tạm giữ trong giai đoạn đầu của tố tụng nếu cơ quan tiến hành tố tụng tận dụng điều này để thực hiện một số biện pháp cưỡng ép nhằm thu thập đủ lời khai, lời nhận tội trước khi người bị buộc tội được chuyển sang tư cách

tố tụng là bị can với sự bảo vệ từ việc ghi âm, ghi hình trong khi hỏi cung.

Thứ hai, chưa quy định về giá trị chứng minh của dữ liệu ghi âm, ghi hình trong trường hợp khác với biên bản giấy

Trong quá trình hỏi cung, lấy lời khai có ghi âm, ghi hình, sẽ xuất hiện hai loại tài liệu: (1) Biên bản hỏi cung hoặc biên bản lấy lời khai do người thẩm vấn lập ra và có chữ ký xác nhận đúng nội dung của người bị thẩm vấn; (2) Dữ liệu ghi âm, ghi hình. Hai loại tài liệu này tuy có liên hệ chặt chẽ với nhau nhưng vẫn là hai loại tài liệu độc lập, có cơ chế hình thành khác nhau.

Nếu dữ liệu ghi âm, ghi hình có thể ghi nhận toàn bộ quá trình thẩm vấn thì các loại biên bản thường chỉ ghi nhận lại ý chính, đã phần nào bị ảnh hưởng bởi ý chí chủ quan của người ghi chép. Do đó, việc có sự sai biệt về nội dung giữa hai loại tài liệu này là hoàn toàn có thể xảy ra. Như vậy, nếu có sự sai biệt xuất hiện ở những nội dung quan trọng về vụ án, thì loại tài liệu nào sẽ có giá trị chứng minh áp đảo chưa được quy định trong pháp luật hiện hành.

Tất nhiên, một giải pháp đưa ra là có thể tiến hành thẩm vấn thêm một lần nữa để làm rõ nội dung sai biệt, nhưng sẽ xử lý như thế nào nếu người bị thẩm vấn sau đó bị chết, mất tích, hoặc không thể xuất hiện để cho lời khai khác.

Ví dụ, trong một vụ án có tính chất đồng phạm, trong đó lời khai của một bị can sẽ là chứng cứ để buộc tội các bị can khác hoặc giải quyết một vấn đề cần chứng minh trong vụ án. Giả sử, một bị can cho lời khai mà nội dung có sự sai biệt giữa dữ liệu ghi âm, ghi hình và biên bản hỏi cung. Sau đó, bị can đó vì bệnh mà chết thì làm thế nào để xác định nội dung của dữ liệu ghi âm, ghi hình hay nội dung của biên bản hỏi cung

¹⁷ Võ Minh Kỳ, “Đánh giá lời khai của người bị buộc tội theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 12 (356), 2017, tr.23.

mới là chứng cứ có giá trị sử dụng trong trường hợp này.

Thiếu sót này trong nhiều trường hợp sẽ dẫn đến việc xử lý mang tính tùy tiện của người tiến hành tố tụng, từ đó nhiều khả năng xử lý vụ án có sự sai lệch.

Thứ ba, chưa quy định về giá trị của biên bản giấy trong trường hợp dữ liệu ghi âm, ghi hình bị mất mát, hư hỏng dẫn đến không thể sử dụng được

TTLT 03/2018 đã quy định rõ về trình tự, thủ tục, và trách nhiệm bảo quản, lưu trữ, chuyển giao các dữ liệu ghi âm, ghi hình trong quá trình thẩm vấn. Tuy nhiên, thực tế không thể tránh khỏi các trường hợp rủi ro do cố ý, vô ý, hoặc trường hợp bất khả kháng dẫn đến các dữ liệu ghi âm, ghi hình bị mất, hoặc bị hư hỏng trong quá trình lưu trữ, bảo quản, chuyển giao dẫn đến không thể sử dụng được. Một vấn đề đặt ra là việc hư hỏng, mất mát các dữ liệu ghi âm, ghi hình liệu có ảnh hưởng đến giá trị của các biên bản hỏi cung, biên bản lấy lời khai bằng giấy hay không?

Hiện tại, các quy định pháp luật vẫn chưa trả lời cho câu hỏi này. Điều này có thể dẫn đến sự tùy tiện trong việc áp dụng ở từng địa phương. Thậm chí, có thể dẫn đến việc lợi dụng kẽ hở này mà cố ý hủy hoại dữ liệu ghi âm, ghi hình để dùng biên bản giấy trong một cuộc thẩm vấn có dấu hiệu bức cung, dùng nhục hình làm chứng cứ để giải quyết vụ án.

Thứ tư, chưa quy định về việc buộc người thẩm vấn phải thông báo cho người bị thẩm vấn về quyền được yêu cầu ghi âm, ghi hình khi thực hiện thẩm vấn ở các địa điểm khác

Hiện nay, quy định pháp luật cho phép bị can và người đại diện của pháp nhân

thương mại phạm tội có quyền yêu cầu được ghi âm, ghi hình cuộc thẩm vấn nếu việc thẩm vấn được thực hiện ở nơi khác ngoài cơ sở giam giữ, trụ sở cơ quan điều tra, viện kiểm sát, các cơ quan được giao một số hoạt động điều tra. Nếu những người này có yêu cầu mà không thể bố trí được thiết bị ghi âm, ghi hình thì không được tiến hành thẩm vấn. Do đó, có thể xem đây là một quyền của bị can và người đại diện của pháp nhân thương mại phạm tội.

Tuy nhiên, hiện tại quy định về trình tự, thủ tục hỏi cung, lấy lời khai lại không có thủ tục phổ biến quyền này cho người bị thẩm vấn¹⁸, đồng thời trong biên bản hỏi cung, biên bản ghi lời khai cũng không có phần nội dung buộc phải hỏi người bị thẩm vấn có yêu cầu về việc ghi âm, ghi hình khi thẩm vấn hay không để có cơ sở xác nhận rằng người bị thẩm vấn không có yêu cầu ghi âm, ghi hình.

Việc không quy định thủ tục này có thể dẫn đến hiện tượng người bị thẩm vấn không biết mình có quyền yêu cầu ghi âm, ghi hình cuộc thẩm vấn. Hoặc tệ hơn, người bị thẩm vấn biết mình có quyền và có yêu cầu ghi âm, ghi hình, nhưng cơ quan tiến hành thẩm vấn lại từ chối yêu cầu này. Bởi việc yêu cầu này không được ghi nhận trong biên bản nên rất khó để xác định rằng người bị thẩm vấn có yêu cầu ghi âm, ghi hình hay không và điều này có thể bị lợi dụng bởi người tiến hành thẩm vấn.

4. Kiến nghị hoàn thiện

Trên cơ sở đã phân tích, người viết cho rằng các nhà lập pháp nên cân nhắc các kiến

¹⁸ Hiện tại khoản 2 Điều 183 BLTTHS 2015 có quy định phải phổ biến quyền và nghĩa vụ của bị can theo Điều 60 khi hỏi cung họ lần đầu, nhưng Điều 60 lại không quy định quyền yêu cầu ghi âm, ghi hình cuộc thẩm vấn.

ngiht sau nhằm hoàn thiện quy định về ghi âm, ghi hình trong quá trình lấy lời khai. Từ đó, bảo đảm và phát huy những lợi ích của việc ghi âm, ghi hình trong điều tra, truy tố, xét xử.

Thứ nhất, cần phải bổ sung thủ tục ghi âm, ghi hình trong quá trình lấy lời khai người bị bắt, người bị tạm giữ tương tự như trường hợp hỏi cung bị can, lấy lời khai người đại diện của pháp nhân thương mại phạm tội. Bởi lẽ, dù với tư cách pháp lý nào thì lời khai của người bị buộc tội đều có giá trị chứng cứ và đều có thể được sử dụng để tiến hành truy tố, xét xử. Do đó, nếu giá trị của các lời khai đó là như nhau thì trình tự, thủ tục thu thập cũng phải tương tự nhau.

Thứ hai, cần quy định về giá trị chứng minh của dữ liệu ghi âm, ghi hình trong trường hợp có sai biệt với nội dung của biên bản giấy. Theo người viết, trong trường hợp này, nội dung của dữ liệu ghi âm, ghi hình phải áp đảo và vượt trội nội dung của biên bản giấy. Bởi lẽ, trong khi dữ liệu ghi âm, ghi hình ghi nhận toàn bộ quá trình thẩm vấn một cách khách quan, toàn diện, đầy đủ thì các loại biên bản thường chỉ ghi nhận lại ý chính, đã phần nào bị ảnh hưởng bởi ý chí chủ quan của người ghi chép. Do đó, nếu có sai biệt về nội dung, cần ưu tiên sử dụng nội dung trong dữ liệu ghi âm, ghi hình, trừ trường hợp người bị thẩm vấn xác nhận lại nội dung đã trình bày.

Thứ ba, cần quy định về giá trị chứng cứ của biên bản giấy trong trường hợp dữ liệu ghi âm, ghi hình bị mất mát, hư hỏng dẫn đến không thể sử dụng được. Theo người viết, quy định này cần phân biệt ra hai trường hợp:

Một là đối với trường hợp lấy lời khai người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, người

đại diện của pháp nhân thương mại phạm tội là những người mà thủ tục ghi âm, ghi hình được quy định chặt chẽ do họ là những người yếu thế trong tố tụng và là đối tượng của cuộc thẩm vấn. Do đó, dữ liệu ghi âm, ghi hình những cuộc thẩm vấn của các đối tượng này rất quan trọng nhằm đảm bảo lời khai, lời nhận tội của họ là chính xác, khách quan, không bị bức cung, dùng nhục hình. Chính vì vậy, nếu các dữ liệu ghi âm, ghi hình không thể sử dụng được thì các biên bản hỏi cung, biên bản lấy lời khai cũng phải bị vô hiệu theo.

Hai là đối với trường hợp lấy lời khai của những người tham gia tố tụng khác như người làm chứng, bị hại, đương sự mà có ghi âm, ghi hình thì việc dữ liệu ghi âm, ghi hình bị hư hỏng, mất mát có thể không ảnh hưởng đến giá trị của các biên bản ghi lời khai. Bởi lẽ, đây là các chủ thể tham gia tố tụng bình thường, không phải là đối tượng của cuộc điều tra, đồng thời cũng khó có thể bị cưỡng ép cho lời khai như người bị buộc tội. Mặt khác, việc ghi âm, ghi hình cũng không bắt buộc đối với quá trình thẩm vấn các chủ thể này nên việc mất mát, hư hỏng dữ liệu ghi âm, ghi hình không có ảnh hưởng đến biên bản lấy lời khai các chủ thể này.

Thứ tư, cần bổ sung thủ tục phổ biến quyền được yêu cầu ghi âm, ghi hình của người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, người đại diện của pháp nhân thương mại phạm tội. Đồng thời, cũng buộc phải ghi nhận vào biên bản lấy lời khai, biên bản hỏi cung về việc có yêu cầu này hay không. Việc quy định này bảo đảm tính thống nhất của pháp luật, bảo đảm người bị buộc tội biết và có thể sử dụng quyền được ghi âm, ghi hình khi bị lấy lời khai.

QUYỀN ĐƯỢC CHẾT - KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Hải Yến*

Tóm tắt: Quyền được chết trong một số trường hợp nhất định đã được công nhận ở một số quốc gia trên thế giới sau thời gian tranh luận và nghiên cứu lâu dài. Tại Việt Nam, quyền được chết đã được đề xuất trong lần sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2005 và năm 2015. Tuy nhiên, quyền này đến nay vẫn chưa được công nhận. Bài viết khái quát về quyền được chết, đưa ra các quan điểm về quyền này và nghiên cứu quy định của một số quốc gia công nhận quyền được chết. Từ đó, tác giả rút ra những gợi mở với Việt Nam.

Abstract: The right to die under certain circumstances is recognized in a number of countries after perpetual debate and research. In Viet Nam, the right to die was proposed during the revision of the 2005 and 2015 Civil Code. However, so far the right has not materialized yet. The article generalizes the right to die, offers viewpoints around it, and studies regulations of a number of countries which have recognized this right. Thereby, the author draws out certain implications for Viet Nam.

1. Khái niệm quyền được chết

Quyền được chết được hiểu theo nhiều khía cạnh như tự tử, an tử, trợ tử, và chăm sóc cuối đời (hoặc chăm sóc nhằm xoa dịu, giảm nhẹ - palliative care). Trong đó, vấn đề pháp lý và y học được quan tâm nhất hiện nay là an tử và trợ tử. An tử (euthanasia) là hành động của một bác sĩ hoặc bên thứ ba kết thúc cuộc sống của bệnh nhân để chấm dứt nỗi đau nghiêm trọng, dai dẳng với bệnh không thể chữa khỏi. An tử nằm trong phạm trù đạo đức về cái chết, có nghĩa là hành vi làm cho người khác chết vì lợi ích tốt nhất của người chết¹. An tử có thể thực hiện chủ động hoặc thụ động. An tử chủ động là khi một người có một hành động nhất định gây ra cái chết của người bệnh như tiêm thuốc độc cho người bệnh. Hành vi này thường được thực hiện bởi bác sĩ. An tử thụ động

là việc lấy đi điều kiện duy trì sự sống của người bệnh có thể là tắt máy trợ thở, dừng việc cung cấp dinh dưỡng cho người bệnh. Về mặt ý chí của người bệnh, có thể chia an tử thành các nhóm tự nguyện - voluntary (người bệnh thể hiện ý chí muốn chết), không tự nguyện - nonvoluntary (không thể hiện ý chí được do mất hoặc không thể nhận thức), và không tùy ý - involuntary (người bệnh muốn sống nhưng việc quyết định và thực hiện an tử là do người khác)².

An tử thường được tham chiếu đến trợ tử (assisted suicide). Tuy nhiên, an tử khác trợ tử. Trợ tử là hành vi cố ý cung cấp phương tiện cho người khác tự sát. Ví dụ, cung cấp một loại thuốc theo toa cho người có dự định sử dụng nó cho mục đích tự tử. Trong khi đó, an tử là hành vi cố ý của một người, chẳng hạn như một bác sĩ, gây ra cái

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

¹ Kamm F.M., *Intricate Ethics: Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Oxford University Press, 2007, tr. 34.

² Christian Nordqvist, "Euthanasia and Assisted Suicide: What Are They and What Do They Mean?" (Medical News Today, December 2018). Xem: http://muse.jhu.edu/content/crossref/journals/perspectives_in_biology_and_medicine/v038/38.3.cassel.html, truy cập ngày 7/5/2019.

chết của một người đang bị đau đớn nghiêm trọng và không thể chữa được; cái chết là hậu quả trực tiếp từ hành vi của bác sỹ. Ví dụ, một bác sỹ tiêm thuốc để gây hôn mê và sau đó tiêm thuốc ngừng tim cho bệnh nhân³. Nói cách khác, nếu như trợ tử là việc cung cấp các phương tiện và giám sát y tế để một người tự nguyện muốn chết có thể tự chấm dứt sự sống của mình, thì an tử là việc để người khác chấm dứt sự sống cho mình.

2. Lịch sử của quyền được chết

Từ thế kỷ thứ V trước công nguyên, ở Hy Lạp và La Mã cổ đại, trước khi Thiên chúa giáo xuất hiện, thái độ đối với an tử và trợ tử có xu hướng khoan dung. Người Hy Lạp và La Mã cổ đại không có niềm tin rõ ràng về giá trị vốn có của sự sống con người và các thầy thuốc có thể thực hiện phá thai thường xuyên cũng như giết người dựa trên sự thương xót - mercy killing (tự nguyện và không tự nguyện). Mặc dù Lời thề Hippocrates cấm các thầy thuốc đưa bất kỳ loại thuốc chết người cho bất kỳ ai, ngay cả khi được yêu cầu, nhưng rất ít thầy thuốc Hy Lạp hay La Mã cổ đại tuân theo lời thề. Trong suốt thời cổ đại, đã có sự ủng hộ rộng rãi đối với cái chết tự nguyện thay vì phải chịu đau đớn kéo dài, và các bác sỹ thường xuyên cấp cho các bệnh nhân thuốc độc mà họ yêu cầu⁴. Từ thế kỷ XII đến XVIII, chủ yếu dưới ảnh hưởng của đạo Thiên chúa cho rằng sự sống là do Chúa ban cho, và việc tìm đến cái chết là đi ngược lại với ý Chúa.

Quan điểm này duy trì chủ đạo từ thời Trung cổ qua thời Phục hưng và thời Cải cách⁵.

Một cột mốc quan trọng trong cuộc tranh luận về an tử là việc sử dụng rộng rãi morphine như một thuốc giảm đau trong thế kỷ XIX. Khi việc sử dụng thuốc giảm đau trở nên khá thịnh hành, Samuel Williams, một nhân viên ngành y người Anh, đề xuất việc sử dụng các loại thuốc này không chỉ để giảm đau, mà còn để chấm dứt sự sống của bệnh nhân. Vào cuối những năm 1800, đề xuất này đã nhận được sự chú ý trên diễn đàn các tạp chí y khoa và tại các tọa đàm khoa học. Tuy nhiên, hầu hết các bác sỹ vẫn giữ quan điểm rằng thuốc giảm đau chỉ có thể được sử dụng để giảm đau, không được dùng để gây ra cái chết⁶. Đầu thế kỷ XX việc ủng hộ đối với an tử tăng lên, các dự luật được soạn thảo, các hiệp hội, tổ chức được thành lập. Tuy nhiên, đến những thập niên 40, việc phát xít Đức thực hiện an tử với các bệnh nhân tâm thần và trẻ em bị khuyết tật đã làm ảnh hưởng tới sự ủng hộ đối với an tử⁷. Đầu những năm 1970, bắt đầu sự phát triển mạnh mẽ quyền của bệnh nhân, đặc biệt, trong đó có quyền tự quyết của bệnh nhân, cụ thể là quyền từ chối chăm sóc y tế, quyền từ chối sự chăm sóc duy trì sự sống. Mục tiêu các quyền này là để cho từng bệnh nhân có thể cân nhắc lợi ích và bất lợi của việc duy trì sự sống⁸. Năm 1980,

³ Angela Morrow, RN, "What Is Euthanasia and Physician-Assisted Suicide?" (Very Well Health, October 2018). Xem: <https://www.verywellhealth.com/what-is-euthanasia-1132209>, truy cập ngày 7/5/2019.

⁴ Ian Dowbiggin, *A Concise History of Euthanasia: Life, Death, God, and Medicine*, 1 edition (Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2007), tr. 8.

⁵ Christine K. Cassel, "When Death Is Sought: Assisted Suicide and Euthanasia in the Medical Context", *Perspectives in Biology and Medicine* 38, no. 3 (1995), tr. 511-12.

⁶ Michael Manning, *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: Killing or Caring?*, 1 edition (New York: Paulist Pr, 1998), tr. 11.

⁷ Ian Dowbiggin, tldd, tr. 11.

⁸ American Public Health Association, APHA policy statement 20086, "Patients' Rights to Self-Determination at the End of Life.", Oct 28, 2008. Xem: <https://www.apha.org/policies-and-advocacy/public-health-policy-statements/policy-database/201>

Liên đoàn Quyền được chết thế giới thành lập bao gồm các tổ chức thành viên từ các quốc gia trên thế giới có liên quan đến an tử và quyền được chết⁹.

Cho đến nay, các quốc gia công nhận trợ tử là hợp pháp bao gồm Canada, Hà Lan, Anh, xứ Wales, Luxembourg, Columbia, Nhật Bản và Thụy Sĩ. Các tiểu bang sau đây ở Mỹ cũng cho phép trợ tử: Oregon, Washington, California, Vermont, New Mexico và gần đây nhất là Colorado. Các quốc gia chấp nhận an tử là Canada, Hà Lan, Bỉ, Luxembourg và Columbia.

3. Quan điểm chống lại quyền được chết

Việc công nhận quyền được chết đồng nghĩa với việc công nhận quyền yêu cầu sự trợ giúp từ người khác kết thúc sự sống của mình. Việc lấy đi mạng sống của người khác được coi là một hành vi sai trái trong nhiều xã hội. Hơn một thế kỷ trước, việc yêu cầu bác sỹ giúp đỡ để có cái chết êm ái là một điều không thể tưởng tượng được và được coi là phi đạo đức và xung đột với lời thề Hippocrates¹⁰.

Một số ý kiến cho rằng, hợp pháp hóa việc an tử hoặc trợ tử sẽ mở đường cho sự lạm dụng hay bóc lột trong ngành y tế bởi thiếu những cơ chế đảm bảo. An tử bị coi là một “đốc trượt” (slippery slope), việc hợp pháp hóa nó sẽ đưa xã hội vào con đường nguy hiểm¹¹. Những người bị bệnh nặng,

tàn tật hoặc cao tuổi có thể cảm thấy bị áp lực lựa chọn cái chết để xóa bỏ gánh nặng đối với xã hội. Một số người lo sợ rằng, hợp pháp hóa an tử có thể làm hạn chế việc tìm ra các phương pháp chữa trị cho những căn bệnh nan y bởi khi cái chết là một lựa chọn thì sẽ không còn nhu cầu chữa trị¹².

4. Quan điểm ủng hộ quyền được chết

Trong các quyền không thể chối bỏ của mỗi con người, quyền sống là quyền đầu tiên và quan trọng nhất. Hiện nay có quan điểm cho rằng, phạm trù quyền sống bao hàm quyền chết, và pháp luật tôn trọng quyền chết của con người cũng là tôn trọng quyền được sống¹³. Điều này có vẻ mâu thuẫn, tuy nhiên nếu nhìn từ góc độ coi cái chết là giai đoạn cuối cùng của sự sống và do đó cái chết là một phần của sự sống thì điều này không hẳn là khó hiểu. Y học không chỉ kéo dài thời gian sống của con người mà còn phải nâng cao chất lượng cuộc sống của con người. Trạng thái cuối cùng của đời người là một phần được tính đến trong chất lượng cuộc sống của một con người. Theo triết học gia Socrates, ai cũng muốn có một cuộc sống đáng sống và một cuộc sống không đáng sống là cuộc sống với đau khổ, bất hạnh kéo dài, không thể tìm thấy niềm vui, hạnh phúc, hoặc thậm chí không thể chịu đựng¹⁴. Nhận thức đúng đắn

4/07/29/13/28/patients-rights-to-self-determination-at-the-end-of-life, truy cập ngày 10/5/2019.

⁹ Địa chỉ website của Liên đoàn Thế giới về Quyền được chết: xem <https://www.worldrtd.net/>.

¹⁰ Joe Duncan, “The History of Euthanasia: The Good Death”, Unusual Universe, February 187, 2019. Xem: <https://medium.com/unusual-universe/the-history-of-euthanasia-the-good-death-c89055ae0c39>, truy cập ngày 10/5/2019.

¹¹ Demetra M Pappas, 1996, *Recent historical perspectives regarding medical euthanasia and*

physician assisted suicide, British Medical Bulletin, 52 - 2, tr. 386–393.

¹² Jenna Martin, 2016, “10 Things You Didn’t Know about the Right to Die Debate”, Guide (SBS, April). Xem: <https://www.sbs.com.au/guide/article/2016/04/22/10-things-you-didnt-know-about-right-die-debate>, truy cập ngày 10/5/2019.

¹³ Paul Hsieh, “Does Your Right To Life Include The Right To Die?”, Forbes, January 2015. Xem: <https://www.forbes.com/sites/paulhsieh/2015/01/26/right-to-die/>, truy cập ngày 10/5/2019.

¹⁴ Mike LaBossiere, “Socrates & the Good Death”, Talking Philosophy, March 4, 2013. Xem:

về cái chết là xấu hay tốt cần phải xem xét đến phạm trù: Chất lượng cuộc sống là vấn đề tinh thần chứ không đơn thuần là thời gian sống. Chính vì thế, có quan điểm cho rằng, nếu một người lựa chọn một cái chết êm đềm không đau đớn thì việc ngăn cản họ không chỉ bất công mà còn tàn nhẫn¹⁵.

Mục đích của an tử và trợ tử khá đơn giản, dễ hiểu, đó là giúp cho người bệnh thoát khỏi tình trạng đau đớn gây ra do bệnh tật hoặc tai nạn không thể cứu chữa. Con đau do một số bệnh nặng, đặc biệt là bệnh nan y có thể là nỗi kinh hoàng, giống như những cơn tra tấn tột tệ nhất mà người ta có thể chịu đựng. Nhưng nỗi đau thể xác không hẳn đóng vai trò duy nhất khi chọn an tử hay trợ tử. Nhiều lý do khác có thể bao gồm trầm cảm, vấn đề hôn nhân hoặc gia đình mà một người cân nhắc khi chọn chết một cách tự nguyện. Cũng có thể coi vấn đề tài chính là một yếu tố ảnh hưởng, đặc biệt là khi chi phí cho duy trì việc chữa trị lớn trong lúc người bệnh phải chịu đựng sự đau đớn thể xác và tinh thần (người thân của họ trong nhiều trường hợp cũng phải gánh chịu những tổn thương tâm lý) với khả năng hồi phục rất thấp hoặc không có. Việc lựa chọn an tử hay trợ tử còn được coi là đem lại lợi ích cho người lựa chọn và người thân của họ, để giúp cho họ có thời gian chuẩn bị tâm lý cho cái chết của người thân, dành thời gian có ý nghĩa cho gia đình.

Bên cạnh đó, một trong những giá trị chủ chốt của chủ nghĩa nhân đạo đó là giá trị của sự tự quyết, tự do lựa chọn của cá nhân. Theo đó, cần phải tối đa hoá sự lựa chọn của con người. Việc thừa nhận quyền được chết trong những trường hợp phù hợp giúp đảm bảo quyền tự quyết, từ đó họ làm

chủ được cuộc sống của mình, thu xếp chuẩn bị cho giai đoạn cuối đời mình dưới tư cách là một con người tự do, ý chí, và qua đó được thừa nhận giá trị toàn vẹn của mình trong cả sự sống và cái chết¹⁶.

An tử theo tiếng anh là euthanasia, có nguồn gốc từ tiếng Hy Lạp cổ đại, và là một từ ghép của hai từ, với “eu” nghĩa tạm dịch là tốt đẹp, “thanatos” tạm dịch là cái chết. Điều này phần nào cho biết quan điểm của người Hy Lạp cổ đại về vấn đề này. Người Hy Lạp coi cái chết là một phần tự nhiên của cuộc sống, chỉ đơn thuần là sự chuyển đổi sang giai đoạn tiếp theo, và là một điều cần thiết. Người Hy Lạp cổ đại tin rằng, một người có thể có cái chết phẩm giá, một cái chết dũng cảm và chết theo cách phù hợp với quan điểm cá nhân mình về một cuộc sống tốt đẹp. Hành động tự đưa ra quyết định là một nền tảng cơ bản của đạo đức về cái chết, và không nên xem nhẹ. Nếu cái chết là một lựa chọn như những lựa chọn khác trong cuộc sống, có nên tước đoạt sự lựa chọn này ở một con người? Đây là một ý tưởng quan trọng về an tử xuất phát từ thời Hy Lạp cổ đại, và vẫn xuất hiện đối với nhiều người khi đề cập đến chủ đề này trong thời điểm hiện nay¹⁷. An tử hay trợ tử nên được coi là sự lựa chọn cách sống trong quá trình chết – trong giai đoạn cuối cuộc đời, giống như mọi lựa chọn mà con người có trong cuộc đời như lựa chọn cách làm việc, cách nghỉ ngơi¹⁸.

Xét về khía cạnh đạo đức, giá trị đạo đức của bất kỳ hành vi nào đều tương đối bởi nó phụ thuộc vào mục đích và hoàn cảnh

<https://blog.talkingphilosophy.com/?p=6835>, truy cập ngày 10/5/2019.

¹⁵ A. C. Grayling, *The Reason of Things: Living with Philosophy* (Phoenix, 2003), tr. 97.

¹⁶ David A J Richards, “*Constitutional Privacy, the Right to Die and the Meaning of Life: A Moral Analysis*”, *William and Mary Law Review* 22 (n.d.), tr. 413.

¹⁷ Joe Duncan, tldd.

¹⁸ Paul Ramsey, *Ethics at the Edges of Life: Medical and Legal Intersections* (New Haven u.a: Yale University Press, 1980), tr. 147.

của hành vi. Những yếu tố trong hoàn cảnh cụ thể quyết định đâu là điều cần làm và không có một quy tắc hành vi nào là tuyệt đối, điều cần làm là tối đa hoá chất lượng sống của con người¹⁹. Về mặt đạo lý thì mục đích của hành vi quyết định giá trị đạo đức của hành vi đó chứ không phải là kết quả. Do đó, trong bất kỳ trường hợp nào, khi đối mặt với quyết định khó khăn trong việc giúp người khác được chết hay không, hành vi đưa ra cần dựa trên tình thương²⁰.

5. Quyền được chết trong pháp luật của một số quốc gia

5.1. Vương quốc Bỉ

Năm 2002, Bỉ thông qua Đạo luật An tử, trong đó luật này không bao gồm vấn đề trợ tử. Mục 3 Đạo luật này quy định điều kiện để một người được an tử như sau:

i) Bệnh nhân là người trưởng thành hoặc là người thành niên có quyền sống độc lập, có năng lực pháp lý và tỉnh táo tại thời điểm đưa ra yêu cầu;

ii) Yêu cầu là tự nguyện, được cân nhắc kỹ, lặp đi lặp lại và không phải là kết quả do áp lực bên ngoài;

iii) Bệnh nhân đang trong tình trạng y tế vô vọng với sự đau đớn về thể chất, tinh thần một cách liên tục và không thể chịu được mà bệnh không thể thuyên giảm, là kết quả từ rối loạn nghiêm trọng và không thể chữa trị được do bệnh hoặc tai nạn²¹.

¹⁹ Melvin I. Urofsky and Philip E. Urofsky, eds., 1995, *The Right to Die: VI Definitions and Moral Perspectives: Death, Euthanasia, Suicide, and Living Wills*, V2 *Who Decides? Issues and Case Studies*, 1 edition (New York: Routledge), tr. 139.

²⁰ Frank Collins, 2008, “*To Die or Not to Die: Rethinking the Morality of Voluntary Euthanasia*”, Baruch College, December. Xem: <https://www.baruch.cuny.edu/facultyhandbook/documents/FrankCollinsentryUndergraduatewinner.pdf>, truy cập ngày 12/5/2019.

²¹ Đạo luật An tử năm 2002, xem: <http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?LA>

Vào tháng 3/2014, Quốc vương Philippe của Bỉ đã ký luật cho phép trẻ em mắc bệnh nan y và không thể chữa khỏi được lựa chọn để được an tử. Theo đó, Bỉ đã trở thành quốc gia đầu tiên trên thế giới dỡ bỏ mọi hạn chế về tuổi tác đối với an tử. Các điều kiện bổ sung cần đáp ứng trong trường hợp đối với trẻ em là: Đứa trẻ gần chết, đau đớn liên tục và không thể chịu đựng được mà không có cách điều trị nào; đứa trẻ phải có năng lực phân biệt và có ý thức tại thời điểm yêu cầu; yêu cầu phải được thực hiện bằng văn bản, được xác nhận và đồng ý bởi bác sĩ điều trị, được xác nhận bởi ý kiến thứ hai từ bác sĩ bên ngoài; và đứa trẻ phải trải qua kiểm tra tâm lý để xác nhận rằng đứa trẻ hiểu đầy đủ yêu cầu an tử và việc kiểm tra đó phải được chứng nhận bằng văn bản của bác sĩ tâm thần. Sau đó, bác sĩ điều trị được yêu cầu gặp cha mẹ trẻ hoặc người đại diện hợp pháp để có được sự đồng ý của những người này bằng văn bản²².

5.2. Canada

Vào ngày 17/6/2016, Canada thông qua Luật C-14 để hợp pháp hóa và điều chỉnh an tử và trợ tử. Theo Điều 241.2 của Luật này, những đối tượng có thể được an tử hoặc trợ tử nếu đáp ứng tất cả các tiêu chí sau²³:

(a) Dù điều kiện hoặc trong bất kỳ thời gian cư trú hoặc thời gian chờ tối thiểu theo luật hiện hành sẽ đủ điều kiện hưởng các dịch vụ y tế được tài trợ bởi Chính phủ ở Canada;

N=E&TABLE=EP&ID=59, truy cập ngày 12/5/2019.

²² NA, “*Belgium’s Parliament Votes through Child Euthanasia - BBC News*”, February 13, 2014. Xem: <https://www.bbc.com/news/world-europe-26181615>, truy cập ngày 11/5/2019.

²³ Luật C-14 Xem: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-14/royal-assent>, truy cập ngày 11/5/2019.

(b) Từ 18 tuổi trở lên và có khả năng đưa ra quyết định liên quan đến sức khỏe của mình;

(c) Đang ở trong một tình trạng y tế đau đớn và không thể điều trị;

(d) Đưa ra một yêu cầu tự nguyện để y tế hỗ trợ trong việc được chết, đặc biệt, yêu cầu không do áp lực bên ngoài; và

(e) Đồng ý nhận hỗ trợ y tế khi chết sau khi được thông báo về các phương tiện có sẵn để giảm bớt đau đớn của mình, bao gồm chăm sóc giảm nhẹ (palliative care).

Trước khi yêu cầu về hỗ trợ y tế được thực hiện, ít nhất hai bác sĩ và/hoặc y tá phải xác nhận một cách độc lập rằng bệnh nhân thực sự có “tình trạng y tế đau đớn và không thể điều trị”. Hai người thực hiện quyết định này phải độc lập với nhau (tức là, một người không thể làm việc dưới quyền của người kia) và không có lợi ích pháp lý hoặc tài chính đối với kết quả điều trị của bệnh nhân.

Luật pháp quy định rằng, để một bệnh nhân được xác định là đang trong tình trạng đau đớn và không thể chữa trị cần phải đáp ứng tất cả các tiêu chí sau:

(a) Có bệnh hoặc khuyết tật nghiêm trọng và không thể chữa được;

(b) Đang ở trong tình trạng suy giảm khả năng bệnh không thể tiến triển được;

(c) Bệnh tật hoặc khuyết tật hoặc tình trạng suy giảm đó khiến họ phải chịu đựng những đau đớn về thể chất hoặc tâm lý không thể chịu đựng được và họ không thể thuyên giảm trong những điều kiện mà họ cho là chấp nhận được; và

(d) Cái chết tự nhiên của họ có thể thấy trước một cách hợp lý, có tính đến tất cả các tình huống y tế mà không có tiến triển trong thời gian còn lại nhất định của họ.

Nghiên cứu được công bố bởi Health Canada cho thấy, mặc dù đây là một luật

mới, tuy nhiên, trong vòng một năm rưỡi kể từ tháng 12/2015 đến tháng 6/2017, có hơn 2.149 trường hợp an tử hoặc trợ tử được ghi nhận và tính đến tháng 10/2018 con số này lên đến 6.749 trường hợp. Theo nghiên cứu này, các bác sĩ có xu hướng ủng hộ an tử hơn so với trợ tử bởi quan ngại về tính hiệu quả và việc phòng ngừa đối với những biến chứng tiềm ẩn của việc để bệnh nhân tự kết thúc sự sống của mình bằng cách trợ tử²⁴.

5.3. Úc

Luật Hỗ trợ chết tự nguyện thông qua năm 2017 bắt đầu có hiệu lực từ giữa năm 2019, sẽ cho phép người dân bang Victoria đang mắc bệnh nan y và các trường hợp thời gian sống tiên lượng dưới sáu tháng được nhận một loại thuốc gây chết người trong vòng 10 ngày kể từ khi yêu cầu. Để làm được điều này, cần đáp ứng các điều kiện sau đây: (i) Từ 18 tuổi trở lên; (ii) Là công dân Úc thường trú tại Victoria; (iii) Có khả năng ra quyết định liên quan đến việc được hỗ trợ chết tự nguyện; được chẩn đoán mắc bệnh, hoặc trong tình trạng y tế không thể chữa trị được, đang tiến triển và sẽ gây tử vong, và tiên lượng tử vong trong vòng dưới 12 tháng; và (iv) Đang trải qua những đau đớn không thể thuyên giảm theo cách mà người đó cho là có thể chấp nhận được. Đồng thời, một người không đủ điều kiện để tiếp cận với việc được hỗ trợ chết tự nguyện nếu họ chỉ bị bệnh tâm thần, hoặc chỉ bị khuyết tật. Luật của bang Victoria cũng hạn chế hơn so với những nơi khác như chỉ cho phép dùng thuốc thay mặt cho bệnh nhân nếu bệnh nhân không thể tự thực hiện sử dụng thuốc. Một người phải tự đưa ra yêu

²⁴ Health Canada, *Fourth Interim Report on Medical Assistance in Dying in Canada*, transparency - other, Aem, (April 25, 2019). Xem: <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/publications/health-system-services/medical-assistance-dying-interim-report-april-2019.html>, truy cập ngày 11/5/2019.

cầu được hỗ trợ chết tự nguyện và không ai có thể yêu cầu thay cho người khác²⁵.

5.4. Nhật Bản

Nhật Bản so với các quốc gia phương Tây, dường như chậm hơn trong việc luật hoá vấn đề an tử và trợ tử. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là việc rút ngắn cuộc sống của các bệnh nhân mắc bệnh nan y bởi các bác sĩ hiếm khi xảy ra ở Nhật Bản. Trái lại, so với các quốc gia châu Á, Nhật Bản là nước đề cập đến vấn đề này khá sớm. Năm 1972, Tòa án tối cao Nagoya trong một vụ án đã đưa ra phán quyết rằng, an tử có thể được chấp nhận nếu các tiêu chí sau được đáp ứng: (1) Dựa trên kiến thức và công nghệ y học hiện đại, bệnh nhân được đánh giá là mắc một căn bệnh nan y và cái chết sắp xảy ra; (2) Bệnh nhân đang chịu đựng nỗi đau không thể chịu đựng được và việc chứng kiến cảnh đau đớn của bệnh nhân của những người xung quanh là vô cùng khó khăn; (3) An tử chỉ được thực hiện với mục đích giảm bớt sự đau đớn của bệnh nhân; (4) Yêu cầu hoặc đồng ý an tử được đưa ra bởi bệnh nhân khi có ý thức và có đủ năng lực để thể hiện quyết định; (5) An tử được thực hiện bởi một bác sĩ (nhân viên y tế có thẩm quyền), hoặc nếu được thực hiện bởi người khác, cần có những lý do thuyết phục cho việc này; (6) Phương pháp an tử được chấp nhận về mặt đạo đức²⁶.

Vào ngày 28/3/1995, Chánh án Tòa án Yokohama đã thiết lập bộ bốn điều kiện pháp lý tiên quyết mới cho việc an tử được thực hiện bởi bác sĩ. Theo đó: 1. Bệnh nhân

đang chịu đựng nỗi đau thể xác không thể chịu đựng được; 2. Cái chết của bệnh nhân là không thể tránh khỏi và sắp xảy ra; 3. Tất cả các điều trị và chăm sóc giảm nhẹ sẵn có để xoa dịu đau đớn về thể xác cho bệnh nhân đã được cung cấp và không còn lựa chọn thay thế nào khác; 4. Bệnh nhân đã bày tỏ mong muốn rõ ràng và tự nguyện rút ngắn cuộc sống của mình. Tòa án cũng tuyên bố rằng, để cho bệnh nhân có “cái chết trong nhân phẩm”, việc điều trị y tế có thể được ngừng lại (a) Khi bệnh nhân bị bệnh nan y không có triển vọng cứu trợ và (b) Khi bệnh nhân có sự sẵn sàng rõ ràng liên quan đến việc ngừng điều trị bởi nhân viên y tế, hoặc nếu bệnh nhân bất tỉnh, mong muốn của bệnh nhân có thể được xác định. Quyết định của Tòa án Yokohama đã tính đến sự phát triển của công nghệ y tế hỗ trợ giảm nhẹ - palliative care kể từ khi có quyết định của Tòa án tối cao Nagoya về các trường hợp an tử²⁷.

Vấn đề quyền được chết hay ủng hộ sự lựa chọn cái chết của người bệnh là một vấn đề ít được đề cập công khai tại Nhật. Tuy nhiên, thực tế này đã và vẫn đang diễn ra tại Nhật Bản, và con số có thể lớn hơn mức tưởng tượng bởi nó thường được thực hiện một cách khá bí mật. Trường hợp được ghi nhận gần đây nhất là vào tháng 3/2019 khi một bệnh nhân bệnh thận yêu cầu dừng các điều trị duy trì sự sống, và đã được bác sĩ chấp nhận²⁸. Năm 2012, một dự luật về chết trong nhân phẩm đã được soạn thảo bởi một nhóm các nhà lập pháp, và Đảng Dân chủ tự

²⁵ Parliament of Victoria, “*Voluntary Assisted Dying Bill 2017*”. Xem: <https://www.parliament.vic.gov.au/publications/research-papers/download/36-research-papers/13834-voluntary-assisted-dying-bill-2017>, truy cập ngày 11/5/2019.

²⁶ M. Fukuda, “*A survey Research of Doctors Attitudes Toward Euthanasia in Boston and in Tokyo*”, *Osaka University Law Review*, No. 22, 1975, 19-77.

²⁷ Miki Hayashia and Toshinori Kitamura, (2002), “*Euthanasia Trials in Japan: Implications for Legal and Medical Practice*”, *International Journal of Law and Psychiatry* 25, tr. 557-71.

²⁸ Yoshihiko Saito, 2019, “*Should a Patient without a Terminal Illness Be Allowed to Choose Death?*”, *Mainichi Daily News*, March 7, sec. Opinion. Xem: <https://mainichi.jp/english/articles/20190307/p2a/00m/0na/009000c>, truy cập ngày 11/5/2019.

do cầm quyền hiện đang rà soát cơ bản dự luật này để tăng cường thêm các thủ tục nhằm xác định ý chí của bệnh nhân²⁹.

6. Quyền được chết tại Việt Nam

Bộ Y tế Việt Nam đã đề xuất ghi nhận quyền được chết khi dự thảo Bộ luật Dân sự năm 2005 và năm 2015. Tuy nhiên, cho đến nay, đây vẫn là vấn đề còn để ngỏ và chưa được công nhận. Lý do của việc này chủ yếu xuất phát từ những quan ngại về xung đột với tôn chỉ ngành y. Nhìn chung, nền y học các quốc gia trên thế giới trong đó có Việt Nam đều nhận định nghĩa vụ của bác sỹ trong việc cứu mạng sống của con người trong hầu hết trường hợp chiếm ưu thế hơn so với các nghĩa vụ khác. Tuy nhiên, trong các trường hợp nan y, khó cứu chữa và người bệnh đang phải gánh chịu những tổn thương thể xác và tâm lý từ bệnh tật, và việc mất khả năng sinh hoạt bình thường thì liệu việc kéo dài sự sống có thể coi là nhân đạo hơn so với việc cho phép họ chấm dứt sự đau đớn không?

Về khía cạnh pháp luật, một bộ phận không nhỏ giới luật gia quan ngại về tính hợp hiến của quyền được chết khi Hiến pháp và các luật chưa công nhận quyền được chết là một quyền nhân thân³⁰. Tuy nhiên, việc pháp luật hiện hành chưa điều chỉnh một vấn đề mới không có nghĩa vấn đề đó không phù hợp với hệ thống pháp luật hiện có mà trong nhiều trường hợp do hệ thống pháp luật chưa đáp ứng kịp thời yêu

cầu thực tiễn. Theo một cuộc khảo sát được thực hiện trên trang báo điện tử VnExpress về quan điểm đối với quyền được chết, 83 % ý kiến (19.182 trên 23.079 ý kiến) tham gia thể hiện sự ủng hộ đối với quyền được chết³¹. Điều này có thể nói lên phần nào quan điểm của công chúng Việt Nam đối với quyền được chết. Thực tế, quyền được chết đã và đang là một nhu cầu hiện có tại Việt Nam khi đây được coi là “lối thoát”³² cho các bệnh nhân mắc bệnh nan y đang phải chịu đau đớn bệnh tật.

Có thể nói, việc chấm dứt sự đau đớn là điều nên làm, và đây là điều dễ dàng nhận được sự đồng thuận, tuy nhiên cách thức làm điều này như thế nào đòi hỏi sự cân nhắc và chuẩn bị kỹ lưỡng cả về kiến thức, nhận thức. Lựa chọn an tử hay trợ tử khác với các lựa chọn khác ở chỗ, sẽ không có một biện pháp nào có thể sửa chữa nếu đưa ra quyết định sai lầm. Do đó, quyền được chết hay an tử và trợ tử không nên được coi là một phương pháp hay phác đồ y học, được áp dụng tự động cho bất kỳ ai đang mắc bệnh nan y. Thay vào đó, quyền được chết nên được coi là phương án cuối cùng khi mọi phương pháp y học khác không còn có hiệu quả, và cần được áp dụng theo những điều kiện nghiêm ngặt nhất.

Bên cạnh đó, để thiết lập một cơ chế hỗ trợ cho quyền được chết không chỉ cần sự đồng lòng của người dân, mà còn từ Nhà nước trong việc xây dựng hệ thống quản lý, các khuôn khổ thủ tục, điều kiện nghiêm ngặt để sàng lọc những trường hợp phù hợp.

²⁹ Masahiro Sakai, 2018, “LDP Looks to Submit Bill on End-of-Life Care with Emphasis on Patients’ Will,” Mainichi Daily News, September 17, sec. Japan. Xem: <https://mainichi.jp/english/articles/20180917/p2a/00m/0na/020000c>, truy cập ngày 11/5/2019.

³⁰ Đức Hiệp, 2015, “Luật sư phân bác đề xuất ‘quyền được chết’”, Tin nhanh VnExpress, April 23. Xem: <https://vnexpress.net/phap-luat/luat-su-phan-bac-de-xuat-quyen-duoc-chet-3204678.html>, truy cập ngày 12/5/2019.

³¹ Nam Phương, 2015, “Đề xuất bổ sung quyền được chết”, Tin nhanh VnExpress, April 21. Xem: <https://vnexpress.net/thoi-su/de-xuat-bo-sung-quyen-duoc-chet-3204054.html>, truy cập ngày 12/5/2019.

³² Thuý Hạnh, 2015, “Quyền được chết’ với bệnh nhân hiểm nghèo: Làm thế nào?”, VietNamNet, April 23. Xem: <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/quyen-duoc-chet-voi-benh-nhan-hiem-ngheo-lam-the-nao-233765.html>, truy cập ngày 12/5/2019.

Có thể có nguy cơ về những trường hợp khó đưa ra quyết định, có nhầm lẫn, sự lạm dụng, nhưng những nguy cơ này không nên là lý do để từ bỏ việc tìm ra cách thức, giải pháp cho vấn đề. Hành động với mục đích nhân đạo để giúp những người đang muốn thoát khỏi đau đớn, khổ sở không thể cứu

chữa là việc nên làm và là động lực để cho các nhà làm luật, các nhà nghiên cứu chuyên môn tìm ra một cơ chế phù hợp cho tương lai để giá trị sống của con người có thể được đảm bảo đến giai đoạn cuối cùng của cuộc đời.

(Tiếp theo trang 47 – Hoàn thiện các quy định...)

phường, thị trấn nơi người đó cư trú hoặc cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập biết; trong trường hợp người bị bắt không có nơi cư trú cố định và không có gia đình thì phải thông báo cho một người thân thích của họ hoặc người mà họ tin tưởng nếu người đó đề nghị...”.

Thứ năm, về biên bản bắt người

Điều 115 Bộ luật TTHS năm 2015 có quy định đầy đủ các nội dung, yêu cầu, hình thức của biên bản bắt người. Tuy nhiên, dưới góc độ bảo vệ quyền con người, quy định này chưa bảo vệ được quyền của người bị bắt vì chưa quy định cho người bị bắt được nhận biên bản bắt. Do đó, theo tác giả, Điều 115 Bộ luật TTHS năm 2015 cần quy định rõ việc người bị bắt được nhận biên bản bắt. Điều này cũng nhằm tránh sự mất mát, thất lạc hay sự tùy tiện của những người có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong việc sửa chữa biên bản bắt, đồng thời cũng thể hiện được sự tôn trọng đối với người bị bắt. Theo đó, khoản 1 Điều 115 Bộ luật TTHS năm 2015 nên được bổ sung như sau: *“Biên bản về việc bắt người được lập thành hai bản, người bị bắt được nhận 01 bản”.*

Thứ sáu, cần nghiên cứu để thu hẹp thẩm quyền áp dụng biện pháp bắt người

Đối với trường hợp bắt người theo lệnh bắt, pháp luật TTHS một số nước⁹ quy định

chỉ có thẩm phán mới có thẩm quyền ra lệnh bắt người. Việc quy định này nhằm tránh việc các chủ thể buộc tội như CQĐT, cơ quan công tố lợi dụng việc bắt người để tiến hành điều tra thuận lợi hơn mà dẫn đến xâm phạm đến các quyền của người bị bắt. Có thể thấy, việc thu hẹp thẩm quyền ra lệnh bắt người sẽ hạn chế được việc lạm dụng biện pháp bắt người; thể hiện được sự thận trọng của Nhà nước trong việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế đối với công dân. Trong giai đoạn hiện nay, nếu chỉ quy định cho tòa án có thẩm quyền áp dụng biện pháp bắt người thì sẽ không thể đáp ứng được thực tiễn công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm. Tuy nhiên, trong tương lai, để phù hợp với luật pháp quốc tế và thẩm quyền, nhiệm vụ của tòa án, cần nghiên cứu sửa đổi Bộ luật TTHS theo hướng chỉ giao cho tòa án mới có thẩm quyền ra lệnh, quyết định bắt người (trừ trường hợp bắt người phạm tội quả tang và bắt người đang bị truy nã).

Liên Bang Đức (Bản dịch - phụ trương thông tin khoa học pháp lý), Hà Nội, Điều 114, tr.108; Bùi Văn Tâm (2015), Bảo đảm quyền con người trong hoạt động bắt, tạm giữ, tạm giam theo Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam (Trên cơ sở số liệu thực tiễn địa bàn tỉnh Đắk Lắk), Luận văn Thạc sĩ luật học, Học viện Khoa học xã hội, tr.41.

⁹ Viện Khoa học kiểm sát - Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (2002), *Bộ luật Tố tụng Hình sự Cộng hòa*

25 NĂM THỰC THI CÔNG ƯỚC LUẬT BIỂN NĂM 1982

*Nguyễn Hồng Thao**

Tóm tắt: Ngày 16/11/2019 thế giới kỷ niệm 25 năm ngày Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển (UNCLOS) 1982 có hiệu lực. Công ước là một trong những thành tựu quan trọng nhất của luật pháp quốc tế và của Liên hợp quốc trong thế kỷ XX và tiếp tục khẳng định vai trò “hiến pháp về biển và đại dương” của mình trong thế kỷ XXI.

Abstract: On 16th November 2019, the world commemorates 25 years since the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea took effect. The Convention is one of the most important achievements of international law and the United Nations in the 20th century and continues to assert its role as ‘the Constitution of the Sea and Ocean’ in the 21st century.

1. UNCLOS - Hiến pháp về biển và đại dương

Vai trò của UNCLOS được thể hiện ở những điểm chính như sau:

Công ước thể hiện cao nhất tính pháp điển hóa tập quán quốc tế và sự phát triển tiến bộ của luật quốc tế trong lĩnh vực biển nên được cộng đồng quốc tế thừa nhận rộng rãi và ủng hộ. Đến ngày 30/6/2019, Công ước đã có 168 nước phê chuẩn, 150 nước là thành viên của Thỏa thuận về áp dụng phần XI của Công ước ký năm 1994 và 90 nước gia nhập Công ước về quản lý các đàn cá xuyên biên giới và các đàn cá di cư xa năm 1995¹.

Công ước bao trùm tất cả các không gian đại dương trên trái đất, với tất cả các tài nguyên sinh vật và không sinh vật, tất cả các tiện ích trên biển. Công ước quy định đầy đủ nhất chế độ pháp lý các vùng biển trên cơ sở cân bằng sự mở rộng các quyền

chủ quyền và tài phán của quốc gia ven biển tại vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa với lợi ích chung của cộng đồng quốc tế tại biển cả và vùng đáy biển di sản chung của loài người.

Công ước quy định khuôn khổ pháp lý cho tất cả các hoạt động ở đại dương và biển, thiết lập lần đầu tiên một bộ quy tắc cho các đại dương, xây dựng trật tự pháp lý mới trên biển đầy tiềm năng. Công ước thiết lập và thúc đẩy chế độ pháp lý quản lý và bảo tồn tài nguyên biển, bảo vệ môi trường biển một cách đồng bộ và hiệu quả trên cơ sở tiếp cận tích hợp và dựa trên hệ sinh thái. Sau Công ước, một loạt sáng kiến trong các lĩnh vực này đã được triển khai. Sau Chương 17 của Kế hoạch hành động 21 Hội nghị Liên hợp quốc về môi trường và phát triển năm 1992², Đại hội đồng Liên hợp quốc thông qua Nghị quyết 66/288 ngày 27/7/2012 về “Tương lai chúng ta mong

* PGS.TS., Thành viên Ủy ban Luật pháp quốc tế.

¹ UN, Ocean & Law of the Sea Division, Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements, https://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm, truy cập ngày 15/6/2019.

² Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3–14 June 1992, vol. I, Resolutions Adopted by the Conference (United Nations publication, Sales No. E.93.I.8 and corrigendum), resolution 1, annex II.

muốn”³ công nhận rằng đại dương, biển và vùng ven biển tạo nên một thành phần tích hợp và thiết yếu của hệ sinh thái trái đất. UNCLOS đã cung cấp khung pháp lý cho việc bảo tồn, sử dụng bền vững các đại dương và tài nguyên của chúng, nhấn mạnh tầm quan trọng của việc bảo tồn, sử dụng bền vững đại dương, biển, tài nguyên biển, xóa đói giảm nghèo, tăng trưởng kinh tế, an ninh lương thực, tạo sinh kế, công việc cho dân chúng, trong khi đồng thời bảo vệ đa dạng sinh học, môi trường biển và giải quyết các tác động của biến đổi khí hậu. Nghị quyết 71/312 của Đại hội đồng Liên hợp quốc ngày 6/7/2017 “Đại dương của chúng ta, tương lai của chúng ta”⁴ kêu gọi các quốc gia hành động nhằm thực hiện Mục tiêu phát triển bền vững 14: Bảo tồn và sử dụng bền vững các đại dương, biển và tài nguyên biển để phát triển bền vững. Các quốc gia cam kết hành động để giảm tỷ lệ và tác động của ô nhiễm đối với các hệ sinh thái biển, bao gồm việc thực thi hiệu quả các công ước có liên quan trong khuôn khổ của Tổ chức Hàng hải quốc tế và theo dõi các sáng kiến như Chương trình hành động toàn cầu bảo vệ môi trường biển khỏi các hoạt động trên đất liền. Mục tiêu phấn đấu đến năm 2025, dựa trên dữ liệu khoa học thu thập được, giảm đáng kể các mảnh vụn biển, đặc biệt là rác thải nhựa, chất ô nhiễm hữu cơ bền vững, kim loại nặng và các hợp chất dựa trên nitơ, từ một số nguồn vận chuyển biển và nguồn thải gốc từ đất liền⁵. Các nỗ lực đấu tranh khắc phục tình trạng

mực nước biển dâng cao, trong đó có việc Ủy ban luật quốc tế đưa vào chương trình nghiên cứu của mình “Ảnh hưởng pháp lý của mực nước biển dâng cao” trong năm 2019⁶, đang được triển khai.

Ngăn chặn nạn đánh cá trái phép, không báo cáo và không theo quy định (IUU) cũng là một mục tiêu xuất phát từ việc thực thi UNCLOS. IUU ảnh hưởng tiêu cực đến nghề cá trên toàn cầu và của mỗi quốc gia. IUU tác động đến an toàn thực phẩm, liên kết tới các tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia như buôn bán ma túy, hạn chế và bóp nghẹt các nghề cá quy mô nhỏ của các quốc gia đang phát triển, tiếp sức cho tham nhũng, rửa tiền và gian lận thương mại. Lượng cá đánh bắt phi pháp hàng năm được ghi nhận khoảng 11 đến 26 triệu tấn, trị giá 11 đến 23,5 tỷ USD⁷. Trên cơ sở UNCLOS và Hiệp định thực hiện các điều khoản của Công ước Luật Biển của Liên hợp quốc năm 1982 về bảo tồn và quản lý đàn cá xuyên biên giới và di cư xa (UNSCFA-1995), Tổ chức Nông lương thế giới (FAO) đã chủ trì soạn thảo nhiều văn bản mới như Thỏa thuận Thúc đẩy việc tuân thủ các biện pháp bảo tồn và quản lý do tàu cá thực hiện ở trên biển cả 1993, Quy tắc Ứng xử nghề cá có trách nhiệm 1995, Kế hoạch Hành động quốc tế nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và loại trừ nạn đánh cá trái phép, không báo cáo và không theo quy định (IPOA - IUU) 2001, Hiệp định của FAO về các biện pháp quản lý cảng nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và loại trừ nạn đánh cá trái phép, không báo cáo và không theo quy định năm 2009, Hướng dẫn Tự nguyện hoàn thiện quy định

³ A/RES/66/288: The future we want - the United Nations, https://www.un.org/en/development/desa/.../docs/.../A_RES_66_288.pdf.

⁴ Our Ocean, Our Future: Call for Action, <https://digitallibrary.un.org/record/1291421>.

⁵ Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-Based Activities, <http://www.unenvironment.org/.../global-programme-action-protection-marine-e...>

⁶ Official Records of the General Assembly, Seventy-first Session, Supplement No. 25 (A/71/25), annex.

⁷ EU Parlement, *Illegal, unreported and unregulated fishings: Santions in EU*, Study 2014, p.19.

FAO, *Illegal, Unreported and Unregulated (IUU)*, 2016.

của quốc gia mà tàu mang cờ năm 2014 và nhiều kế hoạch hành động quốc tế khác.

UNCLOS cũng đặt ra vấn đề liên kết với Công ước Đa dạng sinh học và các văn bản pháp lý khác trong việc quản lý và bảo tồn đa dạng sinh học biển, nhất là tại các vùng biển nằm ngoài quyền tài phán quốc gia (BBNJ)⁸. Tuy nhiên, đa dạng sinh học tại các vùng biển nằm ngoài phạm vi quyền tài phán quốc gia lại đang thiếu khung pháp lý điều chỉnh. Các nước phát triển, với năng lực khai thác vượt trội so với các nước đang phát triển, đang thu được những khoản lợi khổng lồ từ việc khai thác các nguồn tài nguyên ở các vùng biển nằm ngoài quyền tài phán quốc gia, đặc biệt là các nguồn gen sinh vật biển và các nguyên liệu dùng để chế tạo các loại biệt dược. Trong khi việc khai thác và chia sẻ lợi ích từ tài nguyên khoáng sản ở vùng được đặt dưới sự quản lý của Cơ quan quyền lực Vùng (ISA), thì việc khai thác tài nguyên sinh vật ở biển cả lại chưa có một cơ chế quản lý tương tự; bởi lẽ, về mặt nguyên tắc, vùng biển nằm ngoài quyền tài phán quốc gia là vùng biển quốc tế, là nơi mà tất cả các quốc gia đều có quyền sử dụng và khai thác tài nguyên như nhau theo Điều 87 UNCLOS năm 1982: *“Biển cả được để ngỏ cho tất cả các quốc gia, dù có biển hay không có biển”*. Để tiếp tục phát huy vai trò của UNCLOS, từ tháng 6/2004 vấn đề BBNJ bắt đầu được thảo luận tại Đại hội đồng Liên hợp quốc trong khuôn khổ Cuộc họp Tiến trình tư vấn không chính thức về đại dương và luật biển (ICP). Trên cơ sở kết quả thảo luận tại ICP và Báo cáo của Tổng thư kí Liên hợp quốc, một Nhóm Công tác đặc biệt (thành lập 2005 - 2014) và Ủy ban Trù bị về BBNJ (thành lập năm

2016 - 2017)⁹ đang xây dựng một dự thảo Công ước quốc tế mới về bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển nằm ngoài quyền tài phán quốc gia (BBNJ).

Công ước UNCLOS thiết lập chế độ nghiên cứu khoa học biển và chuyển giao công nghệ biển, nhấn mạnh tầm quan trọng của khoa học biển trong xóa đói giảm nghèo, góp phần đảm bảo an ninh lương thực, bảo tồn môi trường và tài nguyên biển của thế giới, giúp hiểu, dự đoán và ứng phó với các sự kiện tự nhiên, thúc đẩy sự phát triển bền vững của đại dương và biển, thông qua nâng cao kiến thức biển, duy trì nỗ lực nghiên cứu, đánh giá kết quả giám sát, áp dụng kiến thức đó vào quản lý và ra quyết định. Hệ thống thông tin địa sinh học đại dương đã ghi nhận 55 triệu quan sát đối với hơn 120.000 loài sinh vật biển và mô tả 321 khu vực có ý nghĩa về mặt sinh thái và sinh học. Chương trình Đánh giá tổng hợp biển toàn cầu đầu tiên cung cấp tổng hợp kiến thức khoa học về tình trạng môi trường biển, bao gồm các khía cạnh kinh tế xã hội¹⁰. Liên hợp quốc đã tuyên bố Thập kỷ khoa học đại dương vì phát triển bền vững (2021-2030) hỗ trợ các nỗ lực nhằm đảo ngược chu kỳ suy giảm sức khỏe đại dương và tập hợp các bên liên quan trên đại dương toàn thế giới theo một khuôn khổ chung để đảm bảo khoa học đại dương có thể hỗ trợ đầy đủ các quốc gia trong việc tạo ra những

⁸ United Nations Environment Programme, document UNEP/CBD/COP/9/29, annex I, decision IX/20, annexes I and II.

⁹ Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015, <https://undocs.org/A/RES/69/292> and Resolution adopted by the General Assembly on 24 December 2017, <https://undocs.org/A/RES/72/249>.

¹⁰ Oceans and the law of the sea, *Report of the Secretary-General*, A/74/70, 25 March 2019, para. 17.

điều kiện cải thiện phát triển bền vững của đại dương.

Công ước UNCLOS bảo vệ quyền tự do hàng hải, an toàn trên biển, phối hợp với Tổ chức Hàng hải quốc tế tạo môi trường thuận lợi cho giao thông hàng hải quốc tế.

Công ước là cơ sở đấu tranh chống các tội phạm trên biển; đặc biệt trấn áp cướp biển và tội phạm cướp có vũ trang trên biển. Theo Điều 100 của Công ước, tất cả các quốc gia được yêu cầu hợp tác ở mức độ tối đa trong việc trấn áp cướp biển. Sự hợp tác quốc tế đã được thể hiện trong trấn áp cướp biển Xomali, khu vực vịnh Guinea, cướp biển ở Đông Á và Đông Nam Á. Thỏa thuận Hợp tác khu vực về chống cướp biển và cướp có vũ trang chống lại tàu thuyền ở châu Á (ReCAAP) đã góp phần giảm 15% các sự cố cướp biển trong sáu tháng đầu năm 2018, so với cùng kỳ năm 2017¹¹.

Công ước UNCLOS thiết lập cơ chế mới hữu hiệu về giải quyết các tranh chấp biển. Lần đầu tiên, cơ chế giải quyết tranh chấp bắt buộc thông qua hòa giải và trọng tài đã được thông qua và áp dụng trên thực tế. Tòa trọng tài thiết lập theo Phụ lục VII của Công ước đã góp phần giải quyết tranh chấp, giải thích và áp dụng Điều 121.3 của Công ước tại Biển Đông năm 2016¹². Một tòa tương tự đã được triển khai năm 2018 trong vụ Ucraina và Nga¹³. Hòa giải bắt

buộc theo Phụ lục XV của Công ước lần đầu tiên được áp dụng thành công trong vụ tranh chấp thềm lục địa giữa Đông Timor và Australia đưa đến Thỏa thuận biên giới biển giữa hai nước ký tháng 3/2018¹⁴. Các vụ việc giải quyết tranh chấp trước Tòa trọng tài của Công ước (ITLOS) ngày càng đa dạng từ đánh cá, bảo vệ môi trường biển, đến phân định biển. Đã có gần 30 vụ việc Tòa ITLOS đưa ra quyết định¹⁵.

Ngoài Tòa Trọng tài quốc tế về luật biển, các tổ chức quốc tế riêng về biển như Ủy ban ranh giới thềm lục địa và Cơ quan quyền lực Đáy đại dương do Công ước thiết lập đã góp phần duy trì sự tuân thủ các quy định của Công ước trên các vùng biển đặc thù. Tới năm 2019, Cơ quan quyền lực Đáy đại dương đã phê duyệt 29 kế hoạch thăm dò tài nguyên khoáng sản biển trong vùng và đã ký kết hợp đồng 15 năm với 17 nhà thầu để thăm dò các quặng đa kim, 7 nhà thầu thăm dò sunfua đa hình và 5 nhà thầu thăm dò các lớp vỏ ferromanganese giàu coban¹⁶. Ủy ban ranh giới thềm lục địa đã đưa ra 30 khuyến nghị về hồ sơ đệ trình của một số quốc gia ven biển¹⁷. Các bản tóm tắt các khuyến nghị này được công bố công khai theo mục 11.3 của Phụ lục III của Quy tắc tổ tụng của Ủy ban.

¹⁴ Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and Australia, <https://pca-cpa.org/en/cases/132/>.

See Nguyen Hong Thao, Joint Development or Permanent Maritime Boundary: The Case of East Timor and Australia, Maritime Awareness Project, January 24, 2017, <http://maritimeawarenessproject.org/2017/01/24/joint-development-or-permanent-maritime-boundary-the-case-of-east-timor-and-australia/>.

¹⁵ International Tribunal for the Law of the Sea, <http://www.itlos.org>.

¹⁶ Exploration Areas, International Seabed Authority, <https://www.isa.org.jm/contractors/exploration-areas>.

¹⁷ Commission on Limits of Continental Shelves (CLCS), https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/clcs_home.htm.

¹¹ Oceans and the law of the sea, *Report of the Secretary-General*, A/73/368, 5 September 2018, para.26

¹² The South China Sea Arbitration - Cases PCA-CPA, <https://pca-cpa.org/en/cases/7/>. Xem Nguyễn Hồng Thao, *Những khía cạnh pháp lý của phán quyết trọng tài Phụ lục VII về Biển Đông - Philippin kiện Trung Quốc*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật 8/2016.

¹³ Case No. 26 - International Tribunal for the Law of the Sea, <https://www.itlos.org/en/cases/list-of-cases/case-no-26/>.

Công ước đã khuyến khích sự hợp tác khu vực và quốc tế trong quản lý, sử dụng biển, bảo tồn và khai thác các tài nguyên biển, bảo vệ môi trường biển, bảo đảm an toàn hàng hải và trong các lĩnh vực khác. Hội nghị hàng năm của các nước thành viên Công ước là cơ chế xem xét phối hợp sự phát triển ở cấp độ toàn cầu theo một mục chương trình nghị sự hợp nhất về đại dương và luật biển. Quy trình tư vấn không chính thức mở rộng của Liên hợp quốc về đại dương và luật biển tạo điều kiện trao đổi quan điểm giữa nhiều bên liên quan và cải thiện sự phối hợp, hợp tác giữa các quốc gia và các tổ chức quốc tế có thẩm quyền¹⁸.

2. Thực thi UNCLOS tại Việt Nam

UNCLOS đã góp phần tạo nên một hình dạng mới của Việt Nam với hơn 3200 km chiều dài hướng ra biển. Theo nguyên tắc “đất thống trị biển”, chiều dài hướng ra biển sẽ cho phép quốc gia ven biển mở rộng các vùng biển của mình lớn nhất. Việt Nam là nước có tỷ lệ chiều dài bờ biển/diện tích biển cao hơn nhiều so với trung bình của thế giới. Việt Nam là nước đầu tiên tuyên bố vùng đặc quyền kinh tế 200 hải lý và thêm lục địa trong khu vực Đông Nam Á. Việt Nam phê chuẩn UNCLOS ngày 23/6/1994, trước khi Công ước có hiệu lực. Việt Nam không chỉ giới hạn trong hình dạng hình chữ S của đất liền và đã trở thành một quốc gia 2 phần biển 1 phần đất với hơn 700.000 km² vùng biển (chưa tính đến vùng biển hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa).

Công ước UNCLOS đã thúc đẩy việc phát triển và hoàn thiện hệ thống pháp luật biển của Việt Nam. Luật Biển Việt Nam năm 2012 có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2013. Tính đến thời điểm hiện tại, đây là văn bản quy định đầy đủ nhất các vấn đề liên quan đến biển Việt Nam như: Cách

xác định, quy chế pháp lý các vùng biển của Việt Nam, vấn đề thực thi quyền tài phán trên biển, vấn đề phát triển kinh tế biển... Về cơ bản, những quy định của Luật Biển Việt Nam năm 2012 khá phù hợp và tương thích với các quy định của UNCLOS. Trên cơ sở UNCLOS và Luật Biển Việt Nam năm 2012, nước ta đã sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành mới hàng loạt các văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành có liên quan. Công ước cũng là động lực để Việt Nam tham gia vào các điều ước quốc tế về biển. Việt Nam đã phê chuẩn Thỏa thuận về thi hành phần XI của Công ước Luật Biển ngày 27/4/2006 và là nước thứ 90 phê chuẩn Công ước về quản lý các đàn cá xuyên biên giới và các đàn cá di cư xa ngày 18/12/2018. Việt Nam đã tham gia 11 Công ước của Tổ chức hàng hải quốc tế (IMO) nhất là các công ước SOLAS (Công ước về an toàn sinh mạng con người trên biển, Luân Đôn, ngày 1/11/1974), Công ước về đường mòn nước (TCLL) 1966, Công ước MARPOL ngày 2/11/1973 về phòng chống ô nhiễm biển, Công ước về giới hạn trách nhiệm dân sự của chủ tàu (CLC) 1992, Công ước về tạo thuận lợi trong giao thông đường biển (FAL 65), Công ước về tìm kiếm, cứu nạn (SAR 79).

UNCLOS tạo cơ sở cho Việt Nam xây dựng chiến lược biển cho riêng mình. Nêu Đại hội Đảng lần thứ IV năm 1976 chỉ đề cập một nền kinh tế mới - kinh tế miền biển¹⁹ thì Đại hội lần thứ VI của Đảng đã xác định phát triển kinh tế biển là ngành kinh tế mũi nhọn của đất nước: “Từng bước khai thác toàn diện các tiềm năng to lớn của kinh tế biển, phát triển kinh tế ở hải đảo, làm chủ lãnh hải và thêm lục địa, thực hiện

¹⁸ Ibid, para. 81.

¹⁹ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ IV* (14 - 20 tháng 12 năm 1976), tr. 4, <http://dangcongsan.vn>.

chủ quyền đối với vùng đặc quyền kinh tế²⁰. Ngày 9/2/2007, Hội nghị lần thứ tư Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X đã ban hành Nghị quyết số 09-NQ/TW về Chiến lược biển Việt Nam đến năm 2020 với mục tiêu tổng quát là đến năm 2020, phấn đấu đưa nước ta trở thành quốc gia mạnh về biển, làm giàu từ biển, bảo đảm vững chắc chủ quyền, quyền chủ quyền quốc gia trên biển, đảo, góp phần quan trọng trong sự nghiệp công nghiệp hoá, hiện đại hoá, làm cho đất nước giàu, mạnh. Sau 10 năm thực hiện, ngày 22/10/2018 Hội nghị lần thứ tám Ban Chấp hành Trung ương Khóa XII ban hành Nghị quyết số 36-NQ/TW về Chiến lược phát triển bền vững kinh tế biển Việt Nam đến năm 2030, tầm nhìn đến năm 2045. Việt Nam bước vào thời kỳ xây dựng và thực thi Chiến lược biển một cách bài bản, nhằm mục tiêu sử dụng bền vững và bảo vệ tốt tài nguyên, môi trường biển. Chiến lược 2030 - 2045 đề ra mục tiêu tổng quát: “Đưa Việt Nam trở thành quốc gia biển mạnh; đạt cơ bản các tiêu chí về phát triển bền vững kinh tế biển; hình thành văn hoá sinh thái biển; chủ động thích ứng với biến đổi khí hậu, nước biển dâng; ngăn chặn xu thế ô nhiễm, suy thoái môi trường biển, tình trạng sạt lở bờ biển và biển xâm thực; phục hồi và bảo tồn các hệ sinh thái biển quan trọng. Những thành tựu khoa học mới, tiên tiến, hiện đại trở thành nhân tố trực tiếp thúc đẩy phát triển bền vững kinh tế biển”. Mục tiêu cụ thể của Chiến lược là:

- Các chỉ tiêu tổng hợp: Các chỉ tiêu về quản trị biển và đại dương, quản lý vùng bờ theo chuẩn mực quốc tế đạt mức thuộc nhóm nước trung bình cao trở lên trên thế

giới. Hầu hết các hoạt động phát triển kinh tế - xã hội liên quan đến biển, đảo được thực hiện theo nguyên tắc quản lý tổng hợp phù hợp với hệ sinh thái biển.

- Về kinh tế biển: Các ngành kinh tế thuần biển đóng góp khoảng 10% GDP cả nước; kinh tế của 28 tỉnh, thành phố ven biển ước đạt 65 - 70% GDP cả nước. Các ngành kinh tế biển phát triển bền vững theo các chuẩn mực quốc tế; kiểm soát khai thác tài nguyên biển trong khả năng phục hồi của hệ sinh thái biển.

- Về xã hội: Chỉ số phát triển con người (HDI) của các tỉnh, thành phố ven biển cao hơn mức trung bình của cả nước; thu nhập bình quân đầu người của các tỉnh, thành phố ven biển gấp từ 1,2 lần trở lên so với thu nhập bình quân của cả nước. Các đảo có người dân sinh sống có hạ tầng kinh tế - xã hội cơ bản đầy đủ, đặc biệt là điện, nước ngọt, thông tin liên lạc, y tế, giáo dục...

- Về khoa học, công nghệ, phát triển nguồn nhân lực biển: Tiếp cận, tận dụng tối đa thành tựu khoa học, công nghệ tiên tiến và thuộc nhóm nước dẫn đầu trong ASEAN, có một số lĩnh vực khoa học và công nghệ biển đạt trình độ tiên tiến, hiện đại trên thế giới. Đào tạo và phát triển nguồn nhân lực biển, hình thành đội ngũ cán bộ khoa học và công nghệ biển có năng lực, trình độ cao.

- Về môi trường, ứng phó với biến đổi khí hậu, nước biển dâng: Đánh giá được tiềm năng, giá trị các tài nguyên biển quan trọng. Tối thiểu 50% diện tích vùng biển Việt Nam được điều tra cơ bản tài nguyên, môi trường biển ở tỉ lệ bản đồ 1: 500.000 và điều tra tỉ lệ lớn ở một số vùng trọng điểm. Thiết lập bộ cơ sở dữ liệu số hoá về biển, đảo, bảo đảm tính tích hợp, chia sẻ và cập nhật. Ngăn ngừa, kiểm soát và giảm đáng kể ô nhiễm môi trường biển; tiên phong trong khu vực về giảm thiểu chất thải nhựa đại

²⁰ Đảng Cộng sản Việt Nam: *Văn kiện Đại hội Đảng thời kỳ đổi mới*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 271, 353.

dương. Ở các tỉnh, thành phố ven biển, 100% chất thải nguy hại, chất thải rắn sinh hoạt được thu gom và xử lý đạt quy chuẩn môi trường; 100% khu kinh tế, khu công nghiệp và khu đô thị ven biển được quy hoạch, xây dựng theo hướng bền vững, sinh thái, thông minh, thích ứng với biến đổi khí hậu, nước biển dâng, có hệ thống xử lý nước thải tập trung, đáp ứng các quy chuẩn, tiêu chuẩn về môi trường.

Quản lý và bảo vệ tốt các hệ sinh thái biển, ven biển và hải đảo; tăng diện tích các khu bảo tồn biển, ven biển đạt tối thiểu 6% diện tích tự nhiên vùng biển quốc gia; phục hồi diện tích rừng ngập mặn ven biển tối thiểu bằng mức năm 2000. Nâng lực dự báo, cảnh báo thiên tai, động đất, sóng thần, quan trắc, giám sát môi trường biển, biến đổi khí hậu, nước biển dâng gồm cả phương thức ứng dụng công nghệ vũ trụ và trí tuệ nhân tạo, đạt trình độ ngang tầm với các nước tiên tiến trong khu vực. Có biện pháp phòng, tránh, ngăn chặn, hạn chế tác động của triều cường, xâm nhập mặn, xói lở bờ biển.

Tới năm 2045, Việt Nam sẽ trở thành quốc gia biển mạnh, phát triển bền vững, thịnh vượng, an ninh, an toàn; kinh tế biển đóng góp quan trọng vào nền kinh tế đất nước, góp phần xây dựng nước ta thành nước công nghiệp hiện đại theo định hướng xã hội chủ nghĩa; tham gia chủ động và có trách nhiệm vào giải quyết các vấn đề quốc tế và khu vực về biển và đại dương.

UNCLOS đặt ra các yêu cầu thay đổi tổ chức bộ máy quản lý và lực lượng thực thi pháp luật trên biển của Việt Nam. Từ năm 1998, nhiệm vụ xây dựng kế hoạch quốc gia phòng ngừa và ứng cứu sự cố tràn dầu được chuyển từ Bộ Khoa học, Công nghệ và Môi trường sang Ủy ban quốc gia về tìm kiếm, cứu nạn trên không và trên biển, giúp Ủy ban này kiện toàn và mở rộng các hoạt động

của mình trên khắp vùng biển Việt Nam, đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ mới. Từ năm 2007, các nhiệm vụ của Bộ Thủy sản đã được tích hợp vào Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn và Tổng cục biển và hải đảo Việt Nam ra đời trong biên chế của Bộ Tài nguyên và Môi trường nhằm tăng cường thống nhất quản lý đa ngành, đa chức năng. Việt Nam là quốc gia đầu tiên trong khu vực xây dựng lực lượng cảnh sát biển từ năm 1998. Trải qua các Pháp lệnh năm 1998, năm 2008 và Luật Cảnh sát biển năm 2018, lực lượng này lớn mạnh đủ sức vươn ra thực thi pháp luật trên các vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam²¹. Bên cạnh cảnh sát biển, Việt Nam đã tái phục hồi lực lượng kiểm ngư và dân quân tự vệ biển, hỗ trợ cho hải quân và cảnh sát biển trong nhiệm vụ đấu tranh bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền và tài phán trên biển²². Chủ trương này đã thể hiện tính đúng đắn trong phối hợp các lực lượng trên biển ngăn cản các hoạt động phi pháp của tàu thuyền và dàn khoan nước ngoài xâm phạm vùng biển Việt Nam, đặc biệt trong các sự kiện dàn khoan HD 981 năm 2014²³ và tàu Địa chất hải dương 8 năm 2019 xâm phạm các vùng biển thuộc quyền chủ quyền và tài phán của Việt Nam theo quy định của UNCLOS.

UNCLOS làm cho Việt Nam không còn xa lạ với những vấn đề quản lý biển thời sự,

²¹ Nguyễn Hồng Thao, *Luật Cảnh sát biển năm 2018 - bước phát triển mới của Lực lượng chấp pháp biển Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 2+3 (378-378) 2019, tr. 56-80.

²² Nguyen Hong Thao and Ton Nu Thanh Binh, *Maritime Militias in the South China Sea*, Maritime Awareness Project, 13 June 2019, <http://maritimeawarenessproject.org/2019/06/13/maritime-militias-in-the-south-china-sea/>.

²³ Nguyen Hong Thao, *HYSY calculation and consequences*, Vietnam Law and Legal Forum Vol 20 N0 238, June 2014

được cộng đồng thế giới quan tâm như IUU, BBNJ hay xây dựng các khu bảo tồn biển, đấu tranh chống rác thải nhựa. Chiến lược phát triển nghề cá xa bờ của Việt Nam phải đi đôi với việc tôn trọng các quy định của FAO về quản lý và phát triển nghề cá biển bền vững. Tháng 10/2017, Việt Nam trở thành nước thứ hai trong khu vực bị Liên minh châu Âu (EU) "rút thẻ vàng" cảnh báo đối với các hải sản khai thác từ các hành vi đánh cá bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định (IUU). Tàu cá Việt Nam cũng liên tục bị các nước Indonesia, Malaysia, Thái Lan áp dụng những biện pháp cứng rắn, tiêu hủy tàu, bắt người, phạt tiền, gây căng thẳng cho công tác bảo hộ ngoại giao và quan hệ trong khu vực. Việt Nam cũng đối mặt với tình trạng đánh bắt bất hợp pháp của tàu thuyền nước ngoài trong vùng biển của mình. Luật Thủy sản năm 2017 với những quy định mới về đấu tranh chống IUU được kỳ vọng giúp Việt Nam khắc phục những khó khăn này²⁴. Công ước đã mở rộng quyền lợi của Việt Nam ra cả ngoài Biển Đông. Việt Nam có cơ hội và cần tích cực tham gia xây dựng Công ước về bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển nằm ngoài quyền tài phán quốc gia. Việt Nam cũng cần chuẩn bị sẵn sàng cho việc đăng ký và gia nhập câu lạc bộ các nước khai thác đáy đại dương. Việt Nam đã có kế hoạch xây dựng 15 khu bảo tồn biển và cần tích cực thúc đẩy mở rộng thêm các khu vực bảo tồn biển khác. Là quốc gia đứng hàng đầu thế giới về rác thải nhựa và thứ năm về chịu tác động của mực nước biển dâng cao, Việt Nam càng cần phải hợp tác mạnh mẽ với các nước

trong khu vực và thế giới để giảm thiểu các rủi ro này.

UNCLOS 1982 là công cụ pháp lý hữu hiệu để Việt Nam đấu tranh bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền và các quyền tài phán trên biển. Cơ chế giải quyết tranh chấp mà Công ước trù định ngày càng cho thấy tính ưu việt của mình. Trung thành với các quy định của Công ước, Việt Nam là nước thành công nhất trong khu vực giải quyết các tranh chấp biển với các công cụ đa dạng nhất. Việt Nam đã áp dụng sáng tạo nguyên tắc công bằng trong phân định đặc quyền kinh tế và thềm lục địa với Thái Lan năm 1997, Vịnh Bắc Bộ với Trung Quốc năm 2000, phân định thềm lục địa với Indonesia năm 2003; phương thức hợp tác cùng phát triển và hợp tác khai thác chung về nghề cá với Trung Quốc trong Vịnh Bắc Bộ năm 2004, với Malaysia năm 1995, Campuchia năm 1982 và đang tiếp tục đàm phán giải quyết phân định biển ở khu vực ngoài cửa Vịnh Bắc Bộ hay phân định đặc quyền kinh tế với Indonesia. Việt Nam ủng hộ quyền tài phán của Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII của Công ước trong vụ Philippines kiện Trung Quốc ở Biển Đông năm 2016 và thể hiện sẵn sàng áp dụng mọi biện pháp giải quyết hòa bình các tranh chấp biển ở Biển Đông với các nước láng giềng. Các quy định và tinh thần của Công ước 1982 cũng được thể hiện rõ trong quá trình xây dựng và thực thi Tuyên bố về cách ứng xử của các bên ở Biển Đông và quá trình đàm phán Bộ quy tắc ứng xử của các bên ở Biển Đông.

UNCLOS tăng cường cơ hội cho Việt Nam mở rộng năng lực hợp tác từ nghiên cứu khoa học biển, đánh giá tài nguyên, bảo vệ môi trường biển đến tổ chức các chuyến tuần tra chung trong Vịnh Bắc Bộ, Vịnh Thái Lan hay phối hợp trấn áp cướp biển. Việt Nam cũng nâng cao năng lực tìm kiếm

(Xem tiếp trang 84)

²⁴ Nguyễn Hồng Thao, *Luật Thủy sản năm 2017 và việc đấu tranh phòng chống đánh bắt bất hợp pháp, không báo cáo, không theo quy định (IUU)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3+4 (355+356)/2/2018, tr. 56-63.

THỰC THI CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ TRONG KIỂM SOÁT Ô NHIỄM MÔI TRƯỜNG BIỂN Ở VIỆT NAM

*Lê Mai Thanh**

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng ô nhiễm môi trường biển và nhu cầu kiểm soát ô nhiễm bằng pháp luật quốc tế. Bài viết cũng phân tích các nguyên tắc và biện pháp kiểm soát ô nhiễm ghi nhận trong pháp luật quốc tế và pháp luật các quốc gia; trên cơ sở đó, đánh giá mức độ nội luật hóa và thực thi nghĩa vụ đã cam kết của Việt Nam và đưa ra giải pháp tăng cường thực thi cam kết quốc tế đó.

Abstract: The article analyzes the situation of marine pollution and the need for pollution control by international law. It also analyzes principles and measures for controlling marine pollution provided under international and national laws; thereby, assesses the degree of incorporation and effectuation of obligations under Vietnam's commitments, and gives recommendations for effectuation of such commitments.

1. Ô nhiễm môi trường biển và nhu cầu điều chỉnh pháp luật kiểm soát ô nhiễm môi trường biển

Trong một thời gian dài, người ta cho rằng đại dương đủ rộng và sâu để có thể tiếp nhận tất cả lượng rác thải, hóa chất do đất liền đổ ra mà không bị ảnh hưởng đáng kể. Đã từng có quan niệm “Giải pháp cho ô nhiễm là pha loãng”¹ được sử dụng như khẩu hiệu khi xử lý ô nhiễm môi trường biển. Tuy nhiên, quan niệm này chỉ hiện hữu khi dân số ít ỏi và người ta xả thải rác hữu cơ ra biển. Theo thời gian, dân số tăng, xuất hiện các thành phố lớn thay cho những ngôi làng nhỏ, rác thải trở nên đa dạng và gây hại cho hệ sinh thái biển. Ngoài ra, kinh tế phát triển, các cụm công nghiệp lớn được xây dựng bám theo biển và xả thải công nghiệp ra biển cũng tăng theo; khẩu hiệu “pha loãng” không còn được nhắc đến. Xuất

hiện muôn vàn hình thức xả thải ra đại dương, tác động đến môi trường tự nhiên của biển. Cho đến nay, ô nhiễm đại dương đã lên đến mức nghiêm trọng và đó là một trong những tác nhân gây biến đổi khí hậu, tác động đến hệ sinh thái biển và sức khỏe con người.

Ô nhiễm là sự xuất hiện các chất có hại nằm ngoài định mức đối với một hệ sinh thái nhất định. Các chất gây ô nhiễm nhân tạo phổ biến cho đại dương bao gồm: Chất thải hóa chất như thuốc trừ sâu, thuốc diệt cỏ, phân bón hóa học, chất tẩy rửa, dầu; ô nhiễm ánh sáng, tiếng ồn tác động đến việc sinh sản, di cư và chuỗi thức ăn của hệ sinh thái biển, nhựa và các chất rắn khác. Sự nguy hiểm nằm ở chỗ, nhiều chất ô nhiễm nằm ở độ sâu của đại dương đã được các sinh vật biển nhỏ tiêu thụ và đưa vào chuỗi thức ăn toàn cầu và chúng quay vòng trở lại đại dương².

Chất thải rắn như túi, nhựa và các vật phẩm khác đổ ra biển từ đất liền hoặc tàu biển với khối lượng lớn dẫn đến cái chết của

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

Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ nhiệm vụ cấp bộ: “*Pháp luật về kiểm soát ô nhiễm môi trường*” do TS. Bùi Đức Hiền làm chủ nhiệm, năm 2019.

¹ Diana Strnisa, Dilution, Pollution issues, <http://www.pollutionissues.com/Co-Ea/Dilution.html>, truy cập ngày 12/6/2019.

² Pearson Education, (2011), Marine pollution: Definition.

các động vật biển có vú, cá, bởi chúng nhầm chất thải với thức ăn. Những rác thải này không chỉ khu trú tại nơi bị xả thải mà theo dòng hải lưu trôi nổi thành những mảng rác khổng lồ, xoáy hoặc bị nhấn chìm dưới đáy biển và mất hàng ngàn năm mới phân hủy. Những chất như phân bón giàu nitơ được nông dân sử dụng trong đất liền lắng đọng theo các dòng suối, sông và nước ngầm, cuối cùng đổ ra biển có thể sinh ra những dòng tảo khổng lồ cướp đi oxy trong nước, để lại những khu vực có ít hoặc không có sinh vật biển. Các nhà khoa học đã xác định được khoảng 400 vùng biển chết như vậy trên khắp thế giới.

Đặc biệt, vấn nạn chất thải nhựa đổ ra đại dương trở nên hết sức nghiêm trọng và có xu hướng tăng liên tục. Trong năm 2013, mức tiêu thụ nhựa trên toàn cầu là 299 triệu tấn; tăng 4% so với năm 2012. Trung bình mỗi năm sẽ có từ 10-20 triệu tấn nhựa xả thải ra biển; trong đó mỗi người châu Á sử dụng tầm 20 kg nhựa trong một năm³. Theo nghiên cứu của các chuyên gia Hoa Kỳ, ngay cả khu vực Midways Atoll (thuộc khu vực lưng chừng giữa châu Á và Bắc Mỹ, phía bắc của quần đảo Hawaii được bao quanh bởi nước) với vị trí địa lý cô lập cũng không tránh khỏi sự bao bọc của thủy triều “nhựa”, kéo theo mảng lớn mảnh vụn nhựa thay cho cát do hậu quả chuyển động tròn từ dòng chảy Bắc Thái Bình Dương. Các nhà khoa học ước tính rằng, 1,5 triệu người Laysan Albatross sống ở Midways có hàm lượng nhựa trong cơ quan tiêu hóa bởi thức ăn từ hải sản, động vật là vật trung chuyển chất thải nhựa từ đại dương vào cơ thể họ. Nhóm các chuyên gia về ô nhiễm biển của Liên hợp

quốc (GESAMP) cho rằng, các nguồn chất thải từ đất liền chiếm tới 80% ô nhiễm biển trên thế giới, 60 đến 95% chất thải là các mảnh vỡ nhựa. Hầu hết rác thải nhựa trên toàn thế giới cuối cùng lại bị xả ra biển⁴.

Tình hình rác thải nhựa không chỉ xảy ra tại một quốc gia nhỏ lẻ mà xuất hiện tại mọi vùng biển trên thế giới. Với chiều dài bờ biển 3260 km, Việt Nam là quốc gia đứng thứ 4/51 quốc gia bị ô nhiễm rác thải nhựa sau Trung Quốc, Indonesia, Philippines⁵; tình trạng rác thải nhựa xảy ra khắp các tỉnh thành ven biển cũng như các đảo ngoài khơi.

Không chỉ rác thải công nghiệp và sinh hoạt, chất thải từ tàu thuyền hoạt động trên biển, khoan dầu khí, tai nạn tràn dầu, chất thải từ hoạt động đánh bắt cá không kiểm soát, những hoạt động du lịch biển, hoạt động lặn biển cũng gây ô nhiễm một cách thường xuyên và có thể tác động đến môi trường sống của hệ sinh thái biển. Ngoài ra, các hoạt động làm mất cân bằng sinh thái, hoạt động bồi đắp, thử hạt nhân, ô nhiễm tiếng ồn, ô nhiễm ánh sáng vào ban đêm làm cho các sinh vật biển bị mất môi trường quen thuộc dẫn đến suy vong. Hơn nữa, các sinh vật biển cũng như các sinh vật khác sống nhờ thức ăn từ đại dương có thể nuốt phải chất thải đại dương từ các mảnh vỡ có hình thù giống thức ăn của chúng, dẫn đến

³ Worldwatch Institute, *Global Plastic Production Rises, Recycling Lags*, <http://www.worldwatch.org/global-plastic-production-rises-recycling-lags-0>, truy cập ngày 30/1/2018.

⁴ Claire Le Guern, *When the mermaids cry: The great plastic tide*, Last updated in March 2018, <http://plastic-pollution.org/>. Thuật ngữ “mảnh vỡ” đã được sử dụng trong ít nhất 25 năm để chỉ các vật liệu nhân tạo đã bị loại bỏ hoặc bị mất tích cũng như bị xả thải vào đại dương.

⁵ US Georgia University, *World Oceans Day*, <https://bit.ly/2WyMrU#WorldOceansDay>; và Nguyễn Việt Hùng, triển lãm ảnh rác thải nhựa "Hãy cứu biển" tại Hà Nội vào Ngày Môi trường và Đại dương thế giới (5/6/2019 - 9/6/2019) với sự tài trợ của UNDP.

nhiễm hóa chất gây hại và từ đó đưa vào cơ thể con người dưới dạng thức ăn gián tiếp.

Ô nhiễm không phải lúc nào cũng là vật chất. Sóng âm xuất hiện trong quá trình khai thác biển và đáy đại dương. Các âm thanh lớn hoặc dai dẳng từ tàu, thiết bị sonar, giàn khoan dầu và âm thanh từ các sự cố thiên tai như động đất có thể phá vỡ dòng di cư, sự sinh sản của nhiều động vật biển, đặc biệt là động vật có vú như cá voi và cá heo⁶.

Ô nhiễm môi trường biển không chỉ được nhìn nhận đơn lẻ, mà còn được coi như một nguyên nhân tác động đến an ninh con người và an ninh quốc gia khi hủy hoại tài nguyên biển của quốc gia và môi trường sống lành mạnh của con người.

Dưới tác động của ô nhiễm, sự thay đổi hệ sinh thái tự nhiên dẫn đến hậu quả biến đổi khí hậu, gây động đất, sóng thần; biến động về luồng chảy và các khu vực tan băng sẽ xâm lấn đất liền, thay đổi môi trường sống của cả người và động thực vật...

Trước thực trạng ô nhiễm môi trường biển, các tổ chức quốc tế như Tổ chức Bảo tồn đại dương ven biển đã xúc tiến thu thập thông tin toàn cầu và tìm kiếm giải pháp hợp tác quản lý môi trường biển tốt hơn.

Đặc thù môi trường đại dương mang tính liên thông với các dòng chuyển động của hải lưu kéo theo ô nhiễm lan tỏa khắp nơi, các quốc gia không thể tự mình đơn độc kiểm soát ô nhiễm môi trường biển được.

Một số quốc gia cũng như các thiết chế quốc tế hiện nay đã khuyến nghị hoặc bằng quy định pháp luật cấm đổ các vật liệu có hại vào đại dương, mặc dù việc thực thi thường ít được chú ý. Các khu bảo tồn biển đang được tạo ra để duy trì hệ sinh thái đại dương nguyên sơ. Những nỗ lực riêng biệt

để khôi phục môi trường cửa sông và vịnh đã đạt được một số thành công. Nhằm phát động cộng đồng quốc tế chú trọng đến bảo vệ môi trường biển, Liên hợp quốc đã chọn ngày 8 tháng 6 là Ngày Đại dương thế giới⁷.

Chủ đề Ngày Đại dương thế giới năm nay còn hướng tới xây dựng sự hiểu biết về đại dương và khám phá những giải pháp khả thi, trong đó có giải pháp cho vấn đề ô nhiễm rác thải nhựa và tăng cường ngăn chặn rác thải nhựa trên biển vì một đại dương khỏe mạnh hơn, cho một tương lai tốt đẹp hơn. Việt Nam cũng thể hiện sự nỗ lực trong quá trình hợp tác vì mục tiêu đến năm 2030 trở thành quốc gia biển mạnh; đạt cơ bản các tiêu chí về phát triển bền vững kinh tế biển; chủ động thích ứng với biến đổi khí hậu, nước biển dâng; ngăn chặn xu thế ô nhiễm, suy thoái môi trường biển; phục hồi và bảo tồn các hệ sinh thái biển quan trọng⁸.

Tựu trung, rất nhiều vấn đề cần sự chung tay nỗ lực của cộng đồng quốc tế nhằm thiết lập và củng cố nền tảng pháp lý cho mục tiêu kiểm soát ô nhiễm biển, bảo đảm an ninh con người, bảo vệ môi trường sống của người và hệ sinh thái biển như: Ngăn ngừa và xử lý ô nhiễm từ hoạt động sử dụng, khai thác biển nói chung; bảo đảm đa dạng thảm động thực vật môi trường biển; ngăn ngừa và xử lý ô nhiễm từ các hoạt động cụ thể triển khai trong các lĩnh vực quân sự, kinh tế, khoa học kỹ thuật;

⁷ Samantha Craven, *The Reef-World Foundation, A front row seat ocean pollution*, <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/story/front-row-seat-ocean-pollution>, truy cập ngày 30/03/2019.

⁸ Thu Loan, *Lễ phát động quốc gia Tuần lễ Biển và Hải đảo Việt Nam, Tháng hành động vì môi trường năm 2019*, <http://www.vasi.gov.vn/tintruong/le-phat-dong-quoc-gia-tuan-le-bien-va-hai-dao-viet-nam-thang-hanh-dong-vi-moi-truong-nam-2019/t708/c235/i1488>, truy cập ngày 1/6/2019.

⁶ Tlđđ.

ngăn ngừa và xử lý ô nhiễm biển từ chất thải công nghiệp, chất thải sinh hoạt, đặc biệt là chất thải nhựa; phòng chống biến đổi khí hậu, nước biển dâng...

2. Một số điều ước quốc tế bảo vệ môi trường biển và việc thực thi nghĩa vụ của Việt Nam

2.1. Một số điều ước quốc tế bảo vệ môi trường biển

Pháp luật tạo ra một loạt các nguyên tắc cụ thể được áp dụng để hiện thực hóa mục tiêu chung giữ sạch biển. Dựa trên đặc thù môi trường biển, pháp luật nhiều quốc gia được xây dựng dựa trên một số chuẩn mực⁹ hay còn gọi là nguyên tắc phổ biến như:

- Phát triển bền vững;
- Ngăn chặn ô nhiễm;
- Phòng ngừa ô nhiễm;
- Người gây ô nhiễm phải trả tiền.

Trên những nền tảng quan điểm chính sách của các quốc gia, pháp luật môi trường biển quốc tế ghi nhận một số nguyên tắc bảo vệ môi trường biển được các thành viên đồng thuận. Chẳng hạn, tại khu vực châu Âu, các nguyên tắc môi trường của EU nhằm bảo vệ môi trường tự nhiên của dân chúng. Những nguyên tắc này được thể chế hóa và được áp dụng trong thực tiễn; được ghi nhận trong các quyết định của Chính phủ và cơ quan công quyền liên quan đến quá trình ứng dụng quy hoạch, quản lý các khu bảo tồn biển và xử lý vấn đề ô nhiễm. Ví dụ, để ngăn chặn ô nhiễm nhựa, ngày 21/5/2019, Hội đồng châu Âu đã thông qua Đạo luật cấm sử dụng những sản phẩm nhựa dùng một lần (10 sản phẩm nhựa và những dụng cụ đánh bắt cá bị bỏ lại trong

quá trình khai thác và các sản phẩm nhựa phân hủy oxo). Đạo luật này sẽ giúp giải quyết 70% các vật thải ra biển nhằm tránh hủy hoại môi trường và ngăn ngừa thiệt hại ước tính 22 tỷ euro vào năm 2030¹⁰.

Bên cạnh đó, một số nguyên tắc bảo vệ môi trường biển được pháp luật quốc gia như Anh ghi nhận. Ngay cả trong quá trình Brexit của Anh, thỏa thuận về những nguyên tắc môi trường cũng được khuyến nghị đưa vào luật của Anh¹¹. Cụ thể, các nguyên tắc bao gồm:

- Nguyên tắc phòng ngừa áp dụng khi không chắc chắn về nguy cơ gây hại cho môi trường; cho phép thiết lập các biện pháp bảo vệ mà không phải đợi hậu quả xảy ra. Nguyên tắc này có giá trị trong việc quản lý rủi ro.

- Thiệt hại môi trường phải được khắc phục tại nguồn, được kết hợp cùng với nguyên tắc phòng ngừa; trong đó đảm bảo thiệt hại hoặc ô nhiễm được xử lý ở ngay tại nơi nó xảy ra.

- Người gây ô nhiễm trả tiền, chịu chi phí bồi thường thiệt hại do ô nhiễm gây ra và chịu trách nhiệm khắc phục thiệt hại nếu được yêu cầu. Nguyên tắc này đóng một vai trò quan trọng trong quản lý môi trường nhằm ngăn chặn và được sử dụng như công cụ cơ bản xác định trách nhiệm bên gây ô nhiễm đối với thiệt hại.

- Nguyên tắc tích hợp đòi hỏi mục tiêu bảo vệ môi trường cần phải được áp dụng trong tất cả các lĩnh vực chính sách khác, phù hợp với quá trình thúc đẩy phát triển bền

⁹ David M. Dziedzornu, *Four principles in marine environment protection: A comparative analysis*, Journal Ocean development and international volume 29, 1998, issue 2.

¹⁰ EU in Vietnam, World Ocean Day, *Say no to single-use plastics*, ngày 8/6/2019.

¹¹ Clientearth, *What are environmental principles?*, <https://www.clientearth.org/what-are-environmental-principles-brexit/>, truy cập ngày 12/3/2019.

vững. Hay nói cách khác, các cơ quan chính phủ có trách nhiệm bảo vệ môi trường.

Không chỉ thể hiện trong pháp luật, thực tiễn xét xử tại Tòa Công lý Liên minh châu Âu cũng áp dụng những nguyên tắc đó trong các vụ án cụ thể¹².

Ngoài khu vực châu Âu, các nước ven biển như Việt Nam cũng cần kế thừa và tiếp nhận các nguyên tắc kiểm soát ô nhiễm môi trường được cộng đồng quốc tế thừa nhận bởi không thể theo đuổi chính sách đơn phương bảo vệ môi trường dễ bị ô nhiễm đặc thù như môi trường biển.

Việt Nam cũng là thành viên của nhiều điều ước quốc tế về biển nói chung và bảo vệ môi trường biển nói riêng. Trong số các điều ước quốc tế về bảo vệ môi trường biển, trách nhiệm quốc gia ven biển như Việt Nam phải thực thi *một số nghĩa vụ sau*:

Công ước Luật Biển 1982 (UNCLOS) - Việt Nam là thành viên từ 1994

Phần XII của UNCLOS ghi nhận quy chế quốc tế bảo vệ môi trường biển, ghi nhận những nguyên tắc, phương pháp tiếp cận của luật quốc tế về môi trường biển. Những nguyên tắc bảo vệ môi trường biển dựa trên hai khuôn khổ phụ thuộc lẫn nhau là: (i) Các nguyên tắc của luật pháp quốc tế theo UNCLOS và Chương 17 của Chương trình nghị sự 21, Kế hoạch hành động được thông qua tại Hội nghị Liên hợp quốc về Môi trường và Phát triển năm 1992 (UNCED) cùng với Kế hoạch thực hiện được thông qua tại Hội nghị thượng đỉnh thế giới về Phát triển bền vững (WSSD), được tổ chức tại Johannesburg năm 2002 (đặt ra nguyên tắc chung và quy tắc áp dụng toàn cầu) và (ii) Cơ chế điều hành bao gồm một loạt cách thức thực hiện những quy tắc chung trên toàn

cầu (Ví dụ: Các công cụ toàn cầu điều chỉnh quá trình giải quyết các nguồn gây ô nhiễm cụ thể; thỏa thuận môi trường đa phương (MEAs)) và cấp độ khu vực như Vùng biển quy ước). UNCLOS tạo thành liên kết giữa hai cơ chế đó; tạo lập cơ sở pháp lý cho sự phát triển cơ chế đa phương thống nhất và thực thi pháp luật nói chung¹³.

Căn cứ vào UNCLOS, thực hiện nghĩa vụ thành viên, pháp luật Việt Nam đã nội luật hóa các quy định của UNCLOS trong pháp luật quốc gia bảo vệ môi trường biển nói chung thông qua Luật Biển Việt Nam năm 2012 và Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo năm 2015, Bộ luật Hàng hải năm 2015...

Bên cạnh UNCLOS, các điều ước quốc tế toàn cầu liên quan tới bảo vệ môi trường biển và hệ sinh thái biển mà Việt Nam là thành viên bao gồm:

Công ước quốc tế về giới hạn trách nhiệm dân sự đối với thiệt hại do ô nhiễm dầu 1992 (CLC 1992)

CLC thông qua năm 1969, được sửa đổi bởi các Nghị định thư năm 1976, Nghị định thư năm 1984 và Nghị định thư năm 1992 (CLC 1992). CLC 1992 có hiệu lực kể từ ngày 30/5/1996 và hiệu lực đối với Việt Nam ngày 17/6/2004.

CLC 1992 quy định trách nhiệm của chủ tàu đối với thiệt hại do ô nhiễm dầu, thiết lập quy tắc trách nhiệm nghiêm ngặt của chủ tàu và hệ thống bảo hiểm trách nhiệm bắt buộc. Chủ tàu được quyền giới hạn trách nhiệm của mình trong phạm vi quy định của CLC 1992 tính theo trọng tải của tàu đối với bất cứ thiệt hại do ô nhiễm

¹² Tlđđ.

¹³ V. Frank, (Thesis 2006), *The protection of the marine environment under international law*, p.11.

nào gây ra bởi dầu (dầu đã được thoát ra hoặc được xả ra từ tàu khi gặp sự cố).

CLC 1992 chỉ áp dụng đối với thiệt hại do ô nhiễm xảy ra trong vùng quốc gia ven biển có chủ quyền hoặc quyền chủ quyền và áp dụng đối với các biện pháp phòng ngừa được thực hiện nhằm phòng tránh hoặc giảm thiểu thiệt hại ô nhiễm dầu¹⁴.

Với việc Việt Nam gia nhập CLC 1992, các chủ tàu chở dầu được giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do ô nhiễm dầu gây ra; tránh nguy cơ đổ vỡ kinh doanh khi gặp sự cố. Mặt khác, do Việt Nam đã đủ điều kiện được cấp giấy chứng nhận “bảo hiểm trách nhiệm dân sự chủ tàu” nên các chủ tàu Việt Nam không còn gặp khó khăn khi cập cảng nước ngoài; trước đây, họ buộc phải xin giấy chứng nhận này từ các quốc gia thành viên CLC 1992.

Công ước MARPOL về phòng ngừa ô nhiễm môi trường biển do tàu gây ra

Công ước MARPOL 73/78 ra đời năm 1973, là kết hợp của hai điều ước quốc tế: Công ước quốc tế về ngăn ngừa ô nhiễm do tàu gây ra được thông qua năm 1973 và Nghị định thư của Công ước được thông qua năm 1978, hiện nay gộp chung thành một văn kiện duy nhất. Có thể cho rằng, đây là một trong những Công ước chủ chốt về bảo vệ môi trường biển¹⁵. Công ước bao gồm những quy định nhằm ngăn chặn ô nhiễm do vận chuyển hàng hóa là dầu mỏ, hàng nguy hiểm, độc hại, cũng như do nước, rác và khí thải của tàu gây ra. Việt

Nam đã tham gia Công ước ngày 18/03/1991.

Công ước MARPOL 73/78 còn bao gồm các phụ lục và Việt Nam cũng tham gia các phụ lục I đến V. Việt Nam cũng đã nội luật hóa các quy định của Công ước trong pháp luật quốc gia nhằm bảo vệ môi trường biển.

Công ước về ngăn chặn ô nhiễm môi trường biển do các hoạt động nhận chìm (Công ước London)

Công ước về ngăn ngừa ô nhiễm từ việc nhận chìm chất thải trên biển được ký vào tháng 11/1972 tại London nên còn được gọi là Công ước London. Công ước London là một trong những công ước đầu tiên trong lĩnh vực bảo vệ môi trường biển. Công ước có hiệu lực từ năm 1975 và được sửa đổi năm 1993, 1995; cuối cùng được thay thế bằng Nghị định thư về ngăn ngừa ô nhiễm đối với việc nhận chìm chất thải và các chất khác trên biển (được gọi là Nghị định thư London năm 1996) có hiệu lực năm 2006. Nghị định thư London nhấn mạnh đến “giải pháp phòng ngừa”, và nguyên tắc “người gây ô nhiễm phải trả chi phí môi trường”¹⁶.

Liên quan đến vấn đề này, Luật Bảo vệ môi trường Việt Nam năm 2014 cho phép nhận chìm, đổ thải ở biển. Việc nhận chìm ở biển đã được quy định chi tiết trong Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo năm 2015 và Nghị định số 40/2016/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo theo Danh mục các chất được phép nhận chìm ở biển. Những nội dung

¹⁴ Cục Hàng hải Việt Nam, *Bảo vệ môi trường trong hoạt động vận tải biển*, <http://www.vinamarine.gov.vn/Index.aspx?page=detail&id=1195> (đăng ngày 28/06/2013).

¹⁵ Xem [http://www.mt.gov.vn/moitruong/tin-tuc/1091/21973/cong-uoc-quoc-te-ve-ngan-ngua-o-nhiem-do-tau-gay-ra-1973--duoc-sua-doi-boi-nghi-dinh-thu-1978-\(cong-uoc-marpol-73-78\).aspx](http://www.mt.gov.vn/moitruong/tin-tuc/1091/21973/cong-uoc-quoc-te-ve-ngan-ngua-o-nhiem-do-tau-gay-ra-1973--duoc-sua-doi-boi-nghi-dinh-thu-1978-(cong-uoc-marpol-73-78).aspx).

¹⁶ Hà Thanh Biên, *Tổng cục Biển và Hải đảo Việt Nam, Công ước về ngăn ngừa ô nhiễm từ việc nhận chìm chất thải trên biển*, <http://www.vasi.gov.vn/hop-tac-quoc-te/cong-uoc-quoc-te-ve-ngan-ngua-o-nhiem-tu-viec-nhan-chim-chat-thai-tren-bien/t708/c305/i265>.

này tương thích với danh mục các chất, bao gồm cả chất nạo vét được đổ xuống biển quy định trong Công ước London 1972 và Nghị định thư London 1996¹⁷.

Bên cạnh đó, một số điều ước đa phương thiết yếu nhằm bảo vệ môi trường biển mà nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam cũng cần quan tâm thích đáng như Công ước quốc tế về hợp tác, chuẩn bị và ứng phó sự cố tràn dầu (viết tắt “OPRC” - Việt Nam chưa tham gia), Công ước quốc tế về trách nhiệm bồi thường thiệt hại gây ra do vận chuyển các chất độc hại trên biển (viết tắt “HNS” - Việt Nam chưa phê chuẩn và Công ước cũng chưa có hiệu lực)...

Ngoài những điều ước toàn cầu trên, Việt Nam là thành viên của điều ước khu vực như Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) với một chương riêng cam kết về nghĩa vụ bảo vệ môi trường trong đó có môi trường biển. Đây cũng là điểm mới đột phá trong nội dung thỏa thuận về thương mại tự do giữa các nước bởi vấn đề môi trường đã được nhìn nhận dưới góc độ chính sách thương mại vì mục tiêu phát triển bền vững. Trong nội dung của CPTPP, các quốc gia thành viên cũng buộc phải tuân thủ một số điều ước toàn cầu trong đó có Công ước MARPOL.

2.2. Thực thi các cam kết quốc tế kiểm soát ô nhiễm môi trường của Việt Nam

Với tư cách thành viên các điều ước quốc tế đã tham gia cũng như vì mục tiêu kiểm soát ô nhiễm môi trường biển, Việt Nam đã thể chế hóa trong pháp luật quốc gia thông qua các văn bản luật và dưới luật cũng như tham gia tích cực vào cơ chế hợp

tác khu vực và toàn cầu về kiểm soát ô nhiễm môi trường biển.

Việt Nam đã ban hành Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo năm 2015 và một số luật chuyên ngành có liên quan đến vấn đề bảo vệ môi trường biển như Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015, Luật Đa dạng sinh học năm 2008, Luật Thủy sản năm 2017 và các văn bản khác... Việt Nam cũng xây dựng bộ Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về môi trường và các tiêu chuẩn về môi trường. Đặc biệt, nguyên tắc cũng như những quy định cụ thể hóa các hoạt động kiểm soát ô nhiễm môi trường biển và hải đảo được ghi nhận trong Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo năm 2015.

Trong quá trình soạn thảo Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo, Việt Nam đã ý thức về việc chuyển hóa các quy định của pháp luật quốc tế cũng như tham khảo kinh nghiệm pháp luật bảo vệ môi trường và các hệ sinh thái của các quốc gia khác. Vậy nên, các quy định về bảo vệ môi trường biển và hải đảo trong Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo đã tương đồng với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế bảo vệ môi trường biển¹⁸.

Kế thừa và phát triển các nguyên tắc pháp luật trong bảo vệ môi trường biển, Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo năm 2015 đã ghi nhận các nguyên tắc sau¹⁹:

1. Kiểm soát ô nhiễm môi trường biển và hải đảo phải được thực hiện thường xuyên, ưu tiên công tác phòng ngừa; kịp thời xử lý, khắc phục có hiệu quả tình trạng

¹⁷ Vũ Thanh Ca, *Phản biện khoa học về việc nhận chìm chất nạo vét ở cảng biển Vĩnh Tân*, Báo Tài nguyên và Môi trường, đăng ngày 4/8/2017.

¹⁸ Vũ Thanh Ca, *Bảo vệ môi trường biển trong luật pháp quốc tế và một số quốc gia trên thế giới*, Tổng cục Biển và Hải đảo Việt Nam, Tạp chí Môi trường số 4/2016.

¹⁹ Điều 42 Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo năm 2015.

ô nhiễm, sự cố môi trường biển, suy thoái môi trường biển và hải đảo (kiểm soát ô nhiễm môi trường biển²⁰).

2. Các khu vực biển phải được phân vùng rủi ro ô nhiễm để có giải pháp kiểm soát ô nhiễm môi trường biển và hải đảo hiệu quả (phân vùng rủi ro ô nhiễm môi trường biển). Phân vùng rủi ro ô nhiễm cho phép xác định khả năng xảy ra ô nhiễm biển, mức độ thiệt hại do ô nhiễm môi trường biển gây ra làm cơ sở cho việc xây dựng các quy định pháp luật và chuẩn bị nguồn lực ứng phó, ngăn chặn, giảm thiểu thiệt hại môi trường do ô nhiễm biển gây ra, tức là giảm rủi ro ô nhiễm môi trường biển tới mức thấp nhất.

3. Các nguồn thải từ đất liền, từ các hoạt động trên biển và hải đảo, chất thải không rõ nguồn gốc và xuyên biên giới phải được kiểm soát. Việc kiểm soát các nguồn thải, chất thải phải xem xét đến sức chịu tải môi trường của khu vực biển và hải đảo (kiểm soát từ nguồn). Chất thải, vật thải như bùn cát nạo vét khi xây dựng cảng, duy trì luồng tàu, tàu thuyền cũ, hỏng... không thể thải ở trên bờ mà phải nhận chìm ở biển. Luật pháp quốc tế và luật pháp của nhiều nước, vùng lãnh thổ cho phép việc nhận chìm đó. UNCLOS 1982, Công ước về ngăn ngừa ô nhiễm biển từ các hoạt động đổ thải ở biển quy định cả về những vật chất có thể nhận chìm trên biển. Những nội dung của điều ước quốc tế liên quan và cả vấn đề thủ tục (giấy phép) đều được nội luật hóa trong pháp luật Việt Nam.

4. Ứng phó có hiệu quả sự cố môi trường biển, kịp thời ngăn chặn lan truyền ô nhiễm trong sự cố môi trường biển (ứng

phó, khắc phục sự cố tràn dầu, hóa chất độc hại trên biển). Các nguyên tắc ứng phó, khắc phục, phân cấp, trách nhiệm ứng phó, xác định thiệt hại, phục hồi môi trường sau sự cố và trách nhiệm bồi thường sự cố tràn dầu, hóa chất độc hại trên biển được quy định trong một số văn bản pháp luật quốc tế và pháp luật của Việt Nam. Các quy định đó xác định và thông báo về khu vực hạn chế hoạt động, tạm đình chỉ hoạt động đối với cơ sở gây sự cố...

5. Phối hợp chặt chẽ giữa các ngành, các cấp, các tổ chức, cá nhân có liên quan trong kiểm soát ô nhiễm môi trường biển và hải đảo. Cơ chế phối hợp đó nhằm bảo đảm mạng lưới thông tin, kiểm soát, phòng ngừa và xử lý ô nhiễm môi trường biển... Bên cạnh đó, cơ chế tham gia của xã hội và cộng đồng trong kiểm soát môi trường biển cũng như việc hợp tác với các quốc gia toàn cầu và khu vực là hết sức quan trọng. Chẳng hạn, Việt Nam đã có thoả thuận hợp tác ứng phó sự cố tràn dầu với Phillipines và với Thái Lan và Campuchia; có thoả thuận về cơ chế hợp tác trong ASEAN về ứng phó sự cố tràn dầu²¹.

Mặc dù đã ghi nhận các nguyên tắc cơ bản kiểm soát ô nhiễm môi trường biển tương đồng với các quốc gia ở mức độ nhất định, nhưng nhiều văn bản chuyên ngành và pháp luật liên quan điều chỉnh hoạt động kiểm soát môi trường biển và hải đảo còn

²⁰ Pháp luật kiểm soát ô nhiễm các nước đều ghi nhận nguyên tắc và nội dung cụ thể kiểm soát ô nhiễm môi trường biển và hải đảo.

²¹ Quyết định số 1864/QĐ-TTg ngày 21/10/2011, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Tai-nguyen-Moi-truong/Quyết-dinh-1864-QĐ-TTg-phe-duyet-Ke-hoach-thuc-hien-Thoa-thuan-hop-tac-131059.aspx>, truy cập ngày 12/6/2019; Quyết định 1278/QĐ-TTg ngày 14/8/2009, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Tai-nguyen-Moi-truong/Quyết-dinh-1278-QĐ-TTg-phe-duyet-ke-hoach-tuyen-bo-chung-Chuong-trinh-khung-Viet-Nam-Campuchia-Thai-Lan-hop-tac-ung-pho-tran-dau-Vinh-Thai-Lan-93103.aspx>, truy cập ngày 12/6/2019.

thiếu quy định cụ thể hoặc quy định thiếu tính khả thi. Ngoài ra, cơ chế thực thi, giám sát, kiểm soát ô nhiễm chưa đáp ứng yêu cầu thực tiễn. Tình trạng ô nhiễm môi trường nói chung và môi trường biển gia tăng. Như trên đã đề cập, Việt Nam là một trong số quốc gia có chất thải nhựa lớn trên thế giới. Việt Nam cũng là một trong số các quốc gia đối phó với sự cố tràn dầu tần suất lớn so với các quốc gia ven biển khác²²... Xu hướng gia tăng ô nhiễm không khí, đất và nước, suy giảm đa dạng sinh học trên đất và dưới nước cũng như nhiều nguyên nhân khác dẫn đến tình trạng trên. Nhưng nguyên nhân quan trọng là hệ thống pháp luật chưa thực sự đồng bộ cũng như thiếu cơ chế phù hợp kiểm soát vấn đề này.

Đánh giá chung, mặc dù pháp luật về môi trường của Việt Nam tuy đã đủ về cấu trúc, nhưng vẫn còn nhiều quy định chồng chéo, không rõ ràng; thiếu nhiều tiêu chuẩn, điều kiện, quy chuẩn cần thiết nhằm kiểm soát ô nhiễm môi trường biển một cách hiệu quả. Việt Nam cũng chưa tham gia đầy đủ vào các điều ước quốc tế quan trọng như Công ước OPRC và một số điều ước khác là căn cứ tiến hành hợp tác quốc tế bảo vệ môi trường biển.

Không chỉ bất cập trong pháp luật, Việt Nam còn đối mặt với cơ chế kiểm soát môi trường thiếu hiệu quả. Mặc dù cơ chế kiểm soát ô nhiễm môi trường biển với thẩm quyền chuyên trách của Cục Kiểm soát tài nguyên và Bảo vệ môi trường biển, hải đảo trực thuộc Tổng cục Biển và Hải đảo trong

kiểm soát môi trường biển cũng như Ủy ban Quốc gia ứng phó sự cố, thiên tai và Tìm kiếm cứu nạn chịu trách nhiệm ứng phó sự cố tràn dầu nhưng vẫn cần sự phối hợp của các cơ quan chức năng liên quan. Cũng như các lĩnh vực khác, việc phối kết hợp giữa các bộ ngành tại Việt Nam vốn luôn là vấn đề khó khăn. Phối kết hợp trong kiểm soát môi trường biển lại càng khó khăn hơn bởi nhiệm vụ này quá phức tạp và liên quan đến nhiều bộ, ngành. Chỉ riêng việc thống nhất các chính sách kế hoạch của từng ngành có liên quan đến việc thực hiện các điều ước quốc tế về môi trường biển cũng là vấn đề lớn. Các cơ quan quản lý và cơ quan đầu mối phối hợp chưa hiệu quả cũng như năng lực của cơ quan đầu mối còn hạn chế trong việc thực hiện các nghĩa vụ của các điều ước (sự chia sẻ thông tin liên quan đến điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên chưa mang tính liên kết theo mạng lưới quốc gia, mà thực hiện bởi nhiều đơn vị khác nhau; các cơ chế hỗ trợ khác để thực hiện điều ước còn chưa đủ, ví dụ về nghiên cứu khoa học, giám sát, quan trắc thành phần môi trường, nguồn tài chính còn thiếu và sử dụng chưa hiệu quả)²³.

2.3. Giải pháp tăng cường năng lực thực thi các điều ước quốc tế kiểm soát ô nhiễm môi trường biển

Như trên đã phân tích, pháp luật Việt Nam về cơ bản đã thể hiện đầy đủ các nguyên tắc và nội dung kiểm soát ô nhiễm môi trường biển, nhưng chưa thực sự đầy đủ, chi tiết và đặc biệt chưa thống nhất. Dựa trên kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật quốc tế, có thể gợi mở theo những hướng sau:

²² Theo thống kê của Hiệp hội các chủ hàng chở dầu quốc tế từ năm 2005 đến năm 2014, Việt Nam là một trong 5/39 quốc gia có số lượng sự cố tràn dầu nhiều nhất (số lượng từ 10 sự cố trở lên), <http://www.itopf.com/knowledge-resources/documents-guides/document/trends-in-oil-spills-from-tankers-over-the-past-ten-years/>, truy cập ngày 12/6/2019.

²³ Nguyễn Minh Cường – Nguyễn Thị Thu Phương, Tổng cục Môi trường, *Việt Nam tích cực tham gia thực hiện điều ước quốc tế về môi trường*, <http://www.vea.gov.vn/vn/truyenthong/tapchimt/cccs/Pages/>.

Thứ nhất, cần thống nhất các quy định về nội dung và thẩm quyền kiểm soát ô nhiễm biển; loại bỏ tình trạng nhiều văn bản cùng điều chỉnh, nhưng quy định tản mát, thiếu minh bạch, rõ ràng. Chẳng hạn, hiện không có văn bản quy định đầy đủ về ứng phó sự cố tràn dầu. Các quy định này nằm rải rác trong Chương VII Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo năm 2015; Bộ luật Hàng hải năm 2015; Luật Bảo vệ môi trường năm 2014; Nghị định số 30/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 21/3/2017 quy định tổ chức, hoạt động ứng phó sự cố thiên tai, tìm kiếm, cứu nạn, trong đó có cả sự cố tràn dầu)²⁴... Chính vì vậy, việc thực thi pháp luật còn gặp nhiều lúng túng. Ví dụ, Quyết định số 02/2013/QĐ-TTg được sửa đổi, bổ sung theo Quyết định số 63/2014/TTg chỉ quy định trách nhiệm tàu chở dầu có dung tích từ 150RT trở lên xây dựng kế hoạch ứng cứu sự cố tràn dầu, các tàu khác có tổng dung tích từ 400RT trở lên phải có kế hoạch ứng cứu ô nhiễm dầu của tàu, nhưng lại không có quy định đối với tàu chở dầu có dung tích nhỏ hơn 150RT và tàu khác có dung tích nhỏ hơn 400RT. Hay như Bộ luật Hàng hải Việt Nam chỉ quy định tàu đóng mới phải có kế hoạch ứng phó sự cố tràn dầu mà không ấn định giới hạn dung tích của phương tiện.

Thứ hai, cần ban hành một số quy định cấm hoặc loại bỏ theo lộ trình đối với chất thải nhựa dùng một lần cũng như những dụng cụ đánh bắt cá bị bỏ lại ngoài khơi, các chất thải gây ra chất oxo... Để thực hiện mục tiêu này có thể dựa trên hỗ trợ tài chính của Liên minh châu Âu (EU). Theo quyết

định của Ủy ban châu Âu, trong 3 năm tới, EU sẽ tài trợ cho nhóm các nước đứng đầu trong việc xả thải nhựa ra đại dương phát triển sản xuất đồ dùng bằng nhựa bền vững, thay thế các sản phẩm gây ô nhiễm môi trường như hiện nay²⁵. Tận dụng sự giúp đỡ và hợp tác đó, Việt Nam có thể lấy mục tiêu 3 năm làm lộ trình cấm chất thải nhựa dùng một lần và dần dần thay thế các sản phẩm nhựa không thân thiện với môi trường nói chung và môi trường biển nói riêng.

Thứ ba, cần cụ thể hóa nghĩa vụ bảo vệ môi trường biển đối với các chủ thể khai thác và tham gia hoạt động kinh tế biển như vận tải biển, đánh bắt cá, thăm dò dầu khí, sử dụng, thử nghiệm năng lượng trên biển... Không chỉ hoạt động trên biển, hiện ước tính khoảng 300 khu công nghiệp²⁶ trên toàn lãnh thổ Việt Nam; chiếm tỷ trọng kinh tế cao nhưng cũng tạo ra nguồn thải lớn ra biển trực tiếp hoặc gián tiếp. Các khu công nghiệp tiềm tàng những rủi ro lớn đối với môi trường biển nếu Nhà nước buông lỏng quản lý và hệ thống giám sát thiếu hiệu quả như vụ Formosa để lại hậu quả lớn cho môi trường biển. Trong các khu vực này, doanh nghiệp phải đáp ứng các nghĩa vụ đối với môi trường nói chung và môi trường biển nói riêng: Thực hiện quản lý chất thải (khí thải, nước thải và chất thải rắn).

Thứ tư, cần cụ thể hóa cũng như bổ sung các tiêu chuẩn, điều kiện, quy chuẩn rõ ràng đối với các hoạt động có nguy cơ gây hại môi trường biển trong đó bao gồm ngăn ngừa chất thải rắn, chất thải khí, chất thải hóa chất, nhựa, tiếng ồn gây ô nhiễm; kiểm soát hoạt động nhả chìm trên biển nhằm kiểm soát ô nhiễm biển hiệu quả.

²⁴ Phạm Thị Gấm, *Một số hạn chế trong ứng phó sự cố tràn dầu ở Việt Nam*, <http://www.vasi.gov.vn/712/-mot-so-han-che-trong-ung-pho-su-co-tran-dau-o-viet-nam/t708/c223/i1220>, truy cập ngày 9/11/2018.

²⁵ EU, tldd, ngày 8/6/2019.

²⁶ <http://viipip.com/homevn/?module=listip>.

Bên cạnh đó, cần thể chế hóa các quy chuẩn thiết yếu đang tồn tại dưới dạng khuyến nghị, hướng dẫn. Theo một số nghiên cứu cho thấy, hướng dẫn quy trình xây dựng kế hoạch ứng phó sự cố tràn dầu các cấp mới được ban hành dưới dạng tài liệu hướng dẫn, không phải là văn bản quy phạm làm cơ sở cho địa phương thực hiện; tình trạng tương tự đối với quy trình sử dụng chất phân tán, quy trình phục hồi và cải thiện môi trường do sự cố tràn dầu, quy trình bồi thường thiệt hại do sự cố tràn dầu, thẩm quyền và quy trình lập phương án ứng cứu sự cố tràn dầu đối với các phương tiện thủy nội địa vận tải xăng, dầu... Kế hoạch ứng phó sự cố tràn dầu cấp quốc gia chưa được phê duyệt; hầu hết các địa phương đều lúng túng trong việc hướng dẫn xây dựng kế hoạch ứng phó sự cố tràn dầu cấp cơ sở; việc khắc phục ô nhiễm môi trường sau sự cố tràn dầu rất hạn chế²⁷...

Thứ năm, cần bổ sung và cụ thể hóa nguyên tắc “người gây ô nhiễm phải trả tiền” trong các văn bản chuyên ngành liên quan đến bảo vệ môi trường biển. Theo thông tin từ Tổng cục Biển và Hải đảo, trên 70% sự cố tràn dầu trên vùng biển Việt Nam chưa được bồi thường²⁸. Vậy nên, nguồn thu từ bên vi phạm sẽ giải quyết được một phần hậu quả nói trên đối với môi trường biển.

Thứ sáu, cần cụ thể hóa và ban hành các quy định mang tính bắt buộc về tiêu chuẩn các phương tiện, công cụ hoạt động trên biển, hoạt động dầu khí, khai thác năng lượng từ biển, các công cụ gây tác động xấu đến hệ sinh thái biển; quyết định về thời gian khai thác đánh bắt cá nhằm bảo tồn hệ sinh thái biển...

Thứ bảy, củng cố mạng lưới thông tin môi trường biển quốc gia trên cơ sở sự gắn kết của các cơ quan có trách nhiệm; mạng lưới đó được kết nối với mạng lưới bảo vệ môi trường toàn cầu bởi nếu không bảo đảm thông tin liên thông thì khó kiểm soát ô nhiễm biển.

Thứ tám, nâng cao nhận thức về môi trường biển và ý thức tuân thủ pháp luật nhằm thực thi các điều ước quốc tế về môi trường của các chủ thể có trách nhiệm cũng như của toàn xã hội.

Cuối cùng là giải pháp tăng cường hợp tác quốc tế, trao đổi, học tập kinh nghiệm các nước, đặc biệt thúc đẩy hợp tác trong khuôn khổ ASEAN và tận dụng kiến thức cũng như cơ hội trao đổi với chuyên gia nước ngoài trong quá trình thực hiện điều ước²⁹. Về căn cứ, giữa Việt Nam và Phillipines, Thái Lan, Campuchia đã có thỏa thuận hợp tác ứng phó sự cố tràn dầu; Việt Nam cũng thỏa thuận về cơ chế hợp tác trong ASEAN về ứng phó sự cố tràn dầu. Thực tế các bên đã triển khai một số hoạt động hợp tác (với Phillipines, Thái Lan, Campuchia), nhưng chưa triển khai hoạt động hợp tác trong khu vực ASEAN³⁰. Ngoài các nước khu vực ASEAN, Việt Nam cũng cần có thỏa thuận cụ thể về ứng phó sự cố tràn dầu với Trung Quốc. Bên cạnh đó, cần phản ứng và xử lý kịp thời với những hành vi bất hợp pháp của các quốc gia trong khu vực như bồi đắp quy mô lớn các thực thể trên biển tác động đến hệ sinh thái tại Biển Đông...

²⁷ Phạm Thị Gấm, t.lđd.

²⁸ Phạm Thị Gấm, t.lđd.

²⁹ Nguyễn Minh Cường - Nguyễn Thị Thu Phương - Tổng cục Môi trường, *Việt Nam tích cực tham gia thực hiện điều ước quốc tế về môi trường*, <http://www.vea.gov.vn/vn/truyenthong/tapchimt/cccs/Pages/>, truy cập ngày 12/6/2019.

³⁰ Phạm Thị Gấm, t.lđd.

Bên cạnh đó, Việt Nam là thành viên của CPTPP nên buộc phải thực thi cam kết về môi trường (Chương 30) với 02 nhóm sau: Các cam kết về chính sách và pháp luật trong nước về môi trường và Cam kết liên quan tới các Hiệp định đa phương về môi trường. Đối với các cam kết về chính sách nội địa đối với môi trường, CPTPP không đưa ra các tiêu chuẩn môi trường cụ thể trong bất kỳ lĩnh vực nào. Tuy nhiên, CPTPP có đưa ra một số yêu cầu cụ thể về đối với một số biện pháp nhằm bảo vệ môi trường mà các nước phải tuân thủ³¹; chẳng hạn như cam kết về trợ cấp đối với việc khai thác/đánh bắt hải sản, biện pháp bảo tồn. CPTPP cũng ghi nhận nghĩa vụ các thành viên về: (i) Loại bỏ các loại trợ cấp đối với việc đánh bắt gây ảnh hưởng tới nguồn lợi thủy sản vốn đang trong tình trạng bị đánh bắt quá mức và (ii) Trợ cấp đối với tàu cá hoạt động bất hợp pháp. Việt Nam có thể

yêu cầu gia hạn lộ trình này dài thêm 2 năm so với 3 năm áp dụng đối với các thành viên khác. CPTPP yêu cầu các nước thành viên thực thi hiệu quả cam kết trong các Công ước về môi trường mà mình là thành viên, trong đó đặc biệt nhấn mạnh nghĩa vụ đã cam kết trong các điều ước quốc tế về môi trường như Công ước MARPOL và Công ước quốc tế về buôn bán các loài động thực vật hoang dã đang bị đe dọa - Công ước CITES.

Kết luận: Các văn bản pháp luật Việt Nam hiện hành đã nội luật hóa những nghĩa vụ điều ước cũng như ấn định các chế tài xử lý đối với hành vi xâm phạm môi trường biển và về cơ bản đã đáp ứng các tiêu chí cam kết; tuy nhiên, pháp luật nước ta vẫn cần hoàn thiện không chỉ vì thực thi nghĩa vụ quốc tế, mà còn vì mục tiêu phát triển bền vững của quốc gia.

³¹ Trung tâm WTO và Hội nhập – VCCI, *Tóm tắt Chương Môi trường*, <http://www.trungtamwto.vn>.

(Tiếp theo trang 72 – 25 năm thực thi Công ước...)

cứu nạn của mình, trợ giúp các nước bạn như vụ tìm kiếm máy bay MH 370 của Malaysia bị mất tích năm 2014 hoặc cứu trợ 22 thủy thủ Philippines bị đắm chìm tại Trường Sa năm 2019; và ngược lại được các nước trợ giúp tìm kiếm ngư dân tàu thuyền bị bão tại Biển Đông hay máy bay Su-30 và CASA mất tích năm 2016.

Trong một phần tư thế kỷ qua, UNCLOS đã cung cấp một khung pháp lý toàn diện cho việc sử dụng hòa bình, hợp tác và bền vững các vùng biển, đại dương

và tài nguyên biển. Công ước khẳng định các vấn đề của biển và đại dương có liên quan chặt chẽ với nhau và phải được giải quyết một cách tổng thể. Thực thi hiệu quả và toàn diện các quy định của Công ước sẽ đưa nhân loại vượt qua các thách thức, xây dựng một hành tinh xanh, hòa bình và thịnh vượng. Công ước là công cụ pháp lý không thể thiếu cho các nước đang phát triển trong đó có Việt Nam trong cuộc đấu tranh vì một trật tự pháp lý biển công bằng và phát triển bền vững.